

## Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene

Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundes *de lege lata*  
und *de lege ferenda*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney/Markus Kern, Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene. Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundes de lege lata und de lege ferenda, 44 S., Jusletter v. 21.12.2015, Es ist möglich, dass die in der im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

*Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.*

*Dr. Markus Kern, LL.M.*

*Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.*



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>5</b>
<b>Materialienverzeichnis .....</b>	<b>7</b>
<b>§ 1 Einleitung .....</b>	<b>9</b>
<b>§ 2 Rechtliche Rahmenbedingungen im Hochschulraum Schweiz .....</b>	<b>12</b>
I. Zum Hochschulraum Schweiz: verfassungsrechtliche Grundlagen.....	12
II. Strukturgrundsätze.....	14
1. Qualitätssicherung.....	14
2. Koordination .....	15
3. Förderung des Wettbewerbs.....	16
4. Differenzierungsgebot.....	17
5. Gleichbehandlungsgebot .....	17
6. Hochschulautonomie .....	18
III. Institutioneller Rahmen .....	19
<b>§ 3 Zur Zulässigkeit der Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren <i>de lege lata</i> .....</b>	<b>21</b>
I. Eidgenössische Technische Hochschulen.....	21
II. Kantonale Hochschulen und weitere Institutionen des Hochschulbereichs.....	25
1. Zur Reichweite der gesetzlichen Grundlagen im HFKG.....	26
a. Delegation an Bundesorgane.....	26
b. Delegation an die gemeinsamen Organe .....	27
aa. Zu den Delegationsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Qualitätssicherung.....	29
bb. Zu den Delegationsmöglichkeiten aufgrund der hochschulpolitischen Koordination .....	37
cc. Fazit .....	37
2. Zur Zulässigkeit einer „kriteriengebundenen Subventionierung“ .....	38
a. Zum System der Bundesfinanzierung unter dem HFKG .....	39
b. Vorgaben und Schranken der kriteriengestützten Subventionierung .....	43
c. Exkurs: zu den bundesrechtlichen „Subventionskriterien“ in anderen Politiken .....	48
aa. Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung .....	48
bb. Natur- und Heimatschutz .....	49
cc. Weitere Sachbereiche .....	51
dd. Fazit .....	53

<b>§ 4</b>	<b>Zur Zulässigkeit der Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren <i>de lege ferenda</i></b>	<b>55</b>
I.	Allgemeines	55
II.	Kompetenzen und Regelungszuständigkeiten auf der Grundlage der Kompetenzen des Bundes im Hochschulbereich	56
1.	Abstützung auf Regelungskompetenzen zur Organisation	57
2.	Abstützung auf Regelungskompetenzen zur Finanzierung	60
3.	Zur allgemeinen Kompetenzgrundlage des Art. 63a Abs. 4 BV	63
4.	Fazit	65
<b>§ 5</b>	<b>Zusammenfassung und Schlussbetrachtung</b>	<b>66</b>
I.	Zusammenfassung	66
II.	Schlussbetrachtung	67
	<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>68</b>

## Literaturverzeichnis

- AMSCHWAND, FABIAN, Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen: Verfassungsrechtlicher Rahmen und Leitlinien für die Umsetzung an den Hochschulen, Bern 2014 (zit. AMSCHWAND, Qualitätssicherung).
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. N).
- BIAGGINI, GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. N).
- EHRENZELLER, BERNHARD, Hochschulautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Hochschulwesen, in: Stefan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 210 ff. (zit. EHRENZELLER, Hochschulautonomie).
- EHRENZELLER, BERNHARD, Hochschulraum Schweiz: Qualität, Wettbewerb und Koordination im Widerstreit?, in: Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007 (zit. EHRENZELLER, Hochschulraum).
- EHRENZELLER, BERNHARD/MASTRONARDI, PHILIPPE/SCHWEIZER, RAINER J./VALLENDER, KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014 (zit. AUTOR, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. N).
- EHRENZELLER, BERNHARD/REISNER, ANNEGRET, Die Konstitutionalisierung von „Bologna“: Sonderfall oder Modell der Weiterentwicklung des kooperativen Föderalismus?, ZSR 2008, S. 229 ff. (zit. EHRENZELLER/REISNER, Bologna).
- EPINEY, ASTRID, Zur institutionellen Akkreditierung nach dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, FS Walter Stoffel, Bern 2014, S. 407 – 417 (zit. EPINEY, Institutionelle Akkreditierung).
- EPINEY, ASTRID/KERN, MARKUS, Zur Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs unter dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. EPINEY/KERN, Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs).
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012 (zit. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht).
- HÄFELIN, ULRICH//MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht).
- HÖRDEGEN, STEPHAN, Aus- und Weiterbildung, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 679 – 729 (zit. HÖRDEGEN, Bildung).
- HÖRDEGEN, STEPHAN, Grundziele und –werte der „neuen“ Bildungsverfassung, ZBI 2007, S. 113 ff. (zit. HÖRDEGEN, Grundziele).

- JAAG, TOBIAS/LIENHARD, ANDREAS/TSCHANNEN, PIERRE, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 7. Aufl., Basel 2009 (zit. JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, *Bundesverwaltungsrecht*).
- MÖLLER, FABIAN, *Rechtsschutz bei Subventionen, Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts*, Basel/Genf/München 2006 (zit. MÖLLER, *Subventionen*).
- MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*. 4. Aufl., Bern 2008 (zit. MÜLLER/SCHEFER, *Grundrechte*).
- RHINOW, RENÉ A./SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. RHINOW/SCHEFER, *Verfassungsrecht*).
- RHINOW, RENÉ/SCHMID, GERHARD/BIAGGINI, GIOVANNI/UHLMANN, FELIX, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*).
- SCHAERER, BARBARA, *Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht*, Chur/Zürich 1992 (zit. SCHAERER, *Subventionen*).
- STÖCKLI, ANDREAS, *Ausgewählte Entwicklungen im Verwaltungsorganisationsrecht der Kantone im Jahr 2013*, in: Peter Hänni (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2013 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2014, S. 283 – 300 (zit. STÖCKLI, *Entwicklungen*).
- STÖRI, GILG, *Verhaltenssteuerung durch Subventionen: zur Bedeutung von Struktur und Funktion für die Zulässigkeit der Subvention*, Zürich 1992 (zit. STÖRI, *Verhaltenssteuerung*).
- TSCHANNEN, PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011 (zit. TSCHANNEN, *Staatsrecht*).
- TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH/MÜLLER, MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*).
- VOTH, VOLKER JOHANNES, *Akkreditierung im Hochschulsektor vor den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit*, Diss. Hamburg 2011 (zit. VOTH, *Akkreditierung*).
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Basel 2015 (zit. AUTOR, in: Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar*, Art. N).

## Materialienverzeichnis

- Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 22. Februar 2002 zur Parlamentarischen Initiative Anstossfinanzierung für familienergänzende Betreuungsplätze, BBl 2002 4219 (zit. Bericht SGK-N Anstossfinanzierung, BBl 2002 4219).
- Konferenz der Rektoren der Schweizer Universitäten/Konferenz der Fachhochschulen der Schweiz/Konferenz der Pädagogischen Hochschulen der Schweiz, Hochschulautonomie: Sechs Thesen der drei Rektorenkonferenzen, Bern April 2005, abrufbar unter [http://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/DE/FH/Publicationen/Autonomie-Thesen\\_CRUS-KFH-SKPH1.pdf](http://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/DE/FH/Publicationen/Autonomie-Thesen_CRUS-KFH-SKPH1.pdf) (besucht am 17. August 2015) (zit. Thesen Hochschulautonomie Rektorenkonferenzen).
- Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats vom 23. Juni 2005 zur Parlamentarischen Initiative Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5479 (zit. Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479).
- Stellungnahme des Bundesrates vom 17. August 2005 zum Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats vom 23. Juni 2005 zur Parlamentarischen Initiative Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5547 (zit. Stellungnahme Bundesrat Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5547).
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 29. Mai 2009, BBl 2009 4561 (zit. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561).
- Botschaft zum Sportförderungsgesetz und zum Bundesgesetz über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport vom 11. November 2009 (zit. Botschaft Sportförderungsgesetz, BBl 2009 8189).
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 17. Februar 2010, BBl 2010 1627 (zit. Botschaft Änderung Finanzhilfen familienergänzende Kinderbetreuung, BBl 2010 1627).
- Schweizerischer Wissenschafts- und Innovationsrat (SWIR), Akkreditierungsrichtlinien, Stellungnahme des SWIR im Rahmen des Anhörungsverfahrens, Juli 2014, abrufbar unter [http://www.swir.ch/images/stories/pdf/de/2014\\_08\\_29\\_SWIR\\_Stellungnahme\\_Akkreditierungsrichtlinien.pdf](http://www.swir.ch/images/stories/pdf/de/2014_08_29_SWIR_Stellungnahme_Akkreditierungsrichtlinien.pdf) (zit. Stellungnahme Akkreditierungsrichtlinien SWIR).



## § 1 Einleitung

1. Mit der Reform der sogenannten „Bildungsverfassung“ und dem Inkrafttreten der nachgelagerten Erlasse erfuhr der Rechtsrahmen des Hochschulraums Schweiz eine grundlegende Umgestaltung. Bei der **Neuausrichtung der Hochschullandschaft** stand unter anderem der Grundsatz der Koordination im Vordergrund, der es erlauben soll, eine verbesserte Abstimmung zwischen den unterschiedlichen Hochschultypen, den Hochschulträgern und den einzelnen Hochschulen zu erreichen. Die geschaffene Hochschulordnung ist demzufolge als Beispiel und Ausdruck des kooperativen Föderalismus zu sehen. Daneben und in einem gewissen Spannungsfeld hierzu wurden jedoch auch der Grundsatz der Autonomie der Hochschulen und die Rücksicht auf ihre unterschiedlichen Trägerschaften zu tragenden Elementen des schweizerischen Hochschulraums erhoben. Die dadurch ermöglichte Differenzierung zwischen den Hochschulen soll demnach ein gewisses (gesundes) Mass an Wettbewerb zwischen den Institutionen ermöglichen und fördern.

2. Vor dem Hintergrund der zwischen Bund und Kantonen geteilten Zuständigkeiten im Bereich des Hochschulwesens erfolgt die **Umsetzung und Konkretisierung** dieses verfassungsrechtlichen Rahmens in der Form eines komplexen Normengeflechts zwischen Bundes- und Kantonsebene, das neben dem Hochschulförderungs- und –koordinationsgesetz (HFKG) auch eine Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (ZSAV-HS) sowie eine interkantonale Vereinbarung über den schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulkonkordat) umfasst. Gegenstand dieser Instrumente ist zum einen die Ausformulierung inhaltlicher Vorgaben des Hochschulrechts und zum anderen und insbesondere die Schaffung eines institutionellen Gefüges von gemeinsamen Organen, denen namentlich die gesamtschweizerische Koordination der Tätigkeiten von Bund und Kantonen im Hochschulbereich überantwortet wird.

3. In der Anwendung dieses komplexen Rechtsrahmens mit seinen neuen Rechtsinstrumenten, Zuständigkeiten und Organen sowie seinen neuen materiellen Vorschriften und Regelungsinstrumenten dürfte sich inskünftig eine Reihe von praktischen Problemen und Rechtsfragen stellen. Eine solche **Fragestellung** liegt dem vorliegenden Gutachten zugrunde, das zu beantworten sucht, ob und inwieweit der Bund bzw. die gemeinsamen Organe befugt sind, Vorschriften oder auch Empfehlungen zu **Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren**, insbesondere an den kantonalen Hochschulen und den anderen Institutionen des Hochschulbereichs, zu erlassen. Diese Problematik soll einerseits auf der Grundlage des geltenden gesetzlichen Rahmens untersucht werden; darüber hinaus soll andererseits (auf dieser Grundlage) auch danach gefragt werden, ob und ggf. inwieweit es verfassungsrechtlich zulässig wäre, den gesetzlichen Rahmen – also letztlich das HFKG – so zu modifizieren, dass derartige Vorgaben auf Bundesebene formuliert werden dürften.

Diese Fragestellung ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass nicht nur die Eidgenössischen Technischen Hochschulen, sondern auch die kantonalen Universitäten, die Fachhochschulen sowie (im Rahmen von projektgebunden Beiträgen) teilweise auch die Pädagogischen Hochschulen durch Bundesmittel gefördert werden, so dass sich die Frage aufdrängen könnte, ob und inwieweit der Bund in diesem Zusammenhang auch über die Art und Weise der Verwendung der Mittel – die u.a. zur Bezahlung der Gehälter der Professoren und Professorinnen verwendet werden bzw. hierzu einen Beitrag leisten – bestimmen kann.

Im Einzelnen könnte sich noch die Frage stellen, was unter **Nebenbeschäftigungen** genau zu verstehen ist. Für die Zwecke dieser Untersuchung – in der die kompetenzrechtlichen Fragen im Mittelpunkt stehen – dürfte es jedoch ausreichend sein, sich hier mit einer eher allgemeinen Umschreibung zu begnügen: So sollen im Folgenden unter Nebenbeschäftigungen all diejenigen Tätigkeiten verstanden werden, die bereits zu 100 % angestellte Professorinnen und Professoren in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durchführen; in der Regel stehen solche Tätigkeiten in einem engen Zusammenhang mit dem Forschungsgebiet der Professorinnen und Professoren.

4. Deutlich wird damit, dass die skizzierte Problemstellung sowohl **verfassungsrechtliche Fragen** (insbesondere diejenige nach der Reichweite der Bundeskompetenzen in diesem Zusammenhang) als auch solche nach der genauen **Tragweite des geltenden gesetzlichen Rahmens** aufwirft. Im Einzelnen geht es in erster Linie um folgende Problemfelder:

- Zunächst ist zu untersuchen, ob der **bestehende gesetzliche Rahmen** bereits die Formulierung solcher Vorgaben oder Empfehlungen erlaubt und welches Organ/welche Organe hier ggf. tätig werden könnten.
- Darüber hinaus fragt es sich ganz allgemein, ob und inwieweit die **Bundeskompetenzen** im Hochschulbereich es dem Bund auch erlauben, rechtlich verbindliche Vorgaben in Bezug auf die Anstellungsbedingungen der Professoren und Professorinnen in den Kantonen oder diesbezügliche Empfehlungen zu erlassen, auszuarbeiten bzw. entsprechende Delegationen auf Gesetzesstufe einzuführen. Solche Kompetenzen könnten einerseits auf der Grundlage der allgemeinen hochschulpolitischen Kompetenzen des Bundes, andererseits aufgrund der damit einhergehenden „Subventionierung“ des kantonalen Hochschulwesens bestehen.
- Bei beiden Themenkomplexen ist ggf. jeweils auch danach zu fragen, ob und inwieweit in Bezug auf die **Regelungsreichweite und -tiefe Grenzen** bestehen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auf Bundesebene formulierte Vorgaben in diesem Bereich in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Hochschulautonomie sowie zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung stehen (könnten). Relevant könnten in diesem Zusammenhang aber auch weitere verfassungsrechtliche Vorgaben bezüglich staatlichen Handelns sein, so etwa der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV).
- Schliesslich ist ganz allgemein darauf hinzuweisen, dass die Thematik grundsätzliche Fragen des **Zusammenwirkens von Bund und Kantonen** in diesem Bereich sowie – insbesondere aufgrund der durch das HFKG geschaffenen neuen Organstruktur – komplexe Fragen des Verhältnisses der unterschiedlichen Regelungen in diesem Bereich (Gesetz, Konkordat, Zusammenarbeitsvereinbarung

zwischen Bund und Kantonen) aufwirft und damit die **Normenhierarchie** berührt, auf die nachfolgend ebenfalls, wenn auch sehr knapp, hingewiesen werden soll.

**5.** Vor diesem Hintergrund erschliesst sich der **Aufbau der vorliegenden Untersuchung**: In einem ersten Schritt sind – sozusagen als Grundlage für die Analyse der im Folgenden im Zentrum stehenden Fragen – die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen im Hochschulraum Schweiz zu skizzieren (§ 2), wobei insbesondere auf die generelle Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, auf die Strukturgrundsätze des Hochschulraums und auf den geschaffenen institutionellen Rahmen einzugehen ist. Anschliessend ist auf die Zulässigkeit der Regelung von Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene *de lege lata* einzugehen, wobei einerseits die Regelungen des Hochschulbereichs (unter Berücksichtigung der Befugnisse der durch das HFKG geschaffenen gemeinsamen Organe) zu berücksichtigen sind. Andererseits ist auf die Frage nach der Befugnis des Bundes, bei den in der neuen Hochschulordnung zu gewährenden Bundesbeiträgen an die kantonalen Hochschulen und die anderen Institutionen im Hochschulbereich im Zuge einer kriterienbasierten Subventionierung Anforderungen an die Regelung der Nebenbeschäftigungen der Professorinnen und Professoren vorzusehen, zu untersuchen (§ 3). Unter dem Blickwinkel möglicher zukünftiger Rechtsentwicklungen und damit *de lege ferenda* ist sodann der kompetenzrechtlichen Fragestellung nachzugehen, ob und ggf. inwieweit dem Bund eine Kompetenz zum Erlass von Regelungen (unter Einschluss von Delegationen an die gemeinsamen Organe) betreffend die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zukommt und welche Schranken er ggf. bei ihrer Ausübung zu beachten hat (§ 4). Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (§ 5).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasser im Auftrag des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) erstellten. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Arbeit: Die Verfasser wurden – losgelöst von möglicherweise bestehenden Interessen – um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Die Fragestellung wurde dabei wie folgt umschrieben:

„Das Gutachten soll klären, welche Kompetenzen dem Bund im Bereich der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren, die an kantonalen Hochschulen angestellt sind, zukommen. Dabei geht es insbesondere darum, zu analysieren, ob und inwieweit der Bund zuständig ist, auf diesem Gebiet verbindliche Vorgaben oder unverbindliche Empfehlungen zu formulieren. Dieser Frage soll sowohl *de lege lata* (unter Berücksichtigung der entsprechenden Kompetenzen des Hochschulrats) als auch *de lege ferenda* (im Sinn des Bestehens einer entsprechenden Kompetenz des Bundes, das HFKG durch eine entsprechende Bestimmung zu modifizieren) nachgegangen werden.“

Der Abteilung Hochschulen des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation, insbesondere Frau *Christina Baumann*, Herrn *Marco Scruzzi* und Herrn *Maurizio Toneatto*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit gedankt.

## § 2 Rechtliche Rahmenbedingungen im Hochschulraum Schweiz

6. Die Beantwortung der Frage, welche Kompetenzen dem Bund bei der Regelung der Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren von kantonalen Universitäten, Fachhochschulen und anderen Einrichtungen der Hochschulbildung zukommen, muss notwendigerweise auf der Grundlage und ausgehend von der mit der neuen Bildungsverfassung **vollzogene Neuordnung des Hochschulraums Schweiz** erfolgen. Daher soll im Folgenden kurz der Hochschulraum in seinen Grundzügen skizziert werden (I.), um anschliessend die generellen Strukturgrundsätze und Ziele des Hochschulraums (II.) sowie dessen institutionelle Ausgestaltung (III.) als rechtlichen Rahmen für die vorliegende Fragestellung darzustellen, wobei jeweils – soweit angebracht – der Bezug zur der in der vorliegenden Untersuchung im Zentrum stehenden Fragestellung hergestellt wird.<sup>1</sup>

### I. Zum Hochschulraum Schweiz: verfassungsrechtliche Grundlagen

7. Die sogenannte „**Bildungsverfassung**“ auf Bundesebene (Art. 61a – 67 BV) erfuhr mit der Annahme des Bundesbeschlusses über die Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung vom 16. Dezember 2005<sup>2</sup> in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2006<sup>3</sup> eine massgebliche Neufassung und bildet heute den verfassungsrechtlichen Rahmen des Bildungsrechts in der Schweiz.<sup>4</sup> Für den Hochschulbereich kommt diese Neuordnung insbesondere in dem mit „Hochschulen“ betitelten Art. 63a BV zum Ausdruck. Zu lesen und zu interpretieren ist diese Bestimmung im Gesamtkontext der Bildungsverfassung und dabei insbesondere im Zusammenhang mit der allgemeinen Ziel- und Programmbestimmung (Art. 61a BV), der Schulhoheit der Kantone (Art. 62 Abs. 1 BV) sowie der Vorschrift über die Forschung (Art. 64 BV). Darüber hinaus ist auch der weitere verfassungsrechtliche Kontext, insbesondere die Vorgaben der Grundrechte sowie die Sozialziele, zu beachten.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Die Ausführungen in diesem Paragraphen greifen teilweise auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die insoweit aufgegriffen werden. Vgl. EPINEY/KERN, Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs, S. 5 ff.

<sup>2</sup> BBl 2005 7273.

<sup>3</sup> BBl 2006 6725.

<sup>4</sup> Für einen kurzen Überblick vgl. etwa RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, S. 506 f.; eingehender zur neuen Bildungsverfassung EHRENZELLER, Hochschulautonomie, S. 206 ff.

<sup>5</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Vor Art. 61a N 3; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, S. 208; EHRENZELLER, Hochschulraum, S. 682.

8. Die auf dieser Grundlage geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben zur **Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen** beruhen auf dem Ansatz des kooperativen Föderalismus und räumen somit Bund und Kantonen eine gemeinsame Verantwortung für den Hochschulbereich ein.<sup>6</sup> Die Verteilung von Kompetenzen und Aufgaben ist im Einzelnen mehrschichtig ausgestaltet:

- In Bezug auf die **Hochschulträgerschaft** führt die Verfassung die **parallele Kompetenz** von Bund und Kantonen weiter (Art. 63a Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BV).
- Ebenso bestehen **parallele Förderkompetenzen für den Hochschulbereich**, welche für den Bund teilweise verpflichtend (kantonale Hochschulen), teilweise fakultativ (andere Institutionen des Hochschulbereichs) formuliert sind (Art. 63a Abs. 2 BV).
- **Gemeinsam** kommt **Bund und Kantonen** die Aufgabe zu, die Koordination des Hochschulbereichs sicherzustellen und für die „Gewährleistung der Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen“ zu sorgen (Art. 63a Abs. 3 BV).

9. Angesichts dieser Formulierungen wird der Hochschulbereich in der Regel als ein Beispiel für eine sog. **parallele Kompetenz** aufgeführt,<sup>7</sup> deren Eigenart darin besteht, dass die Kompetenzen des Bundes und der Kantone nebeneinander bestehen und der Gebrauch der Bundeskompetenz nicht – im Gegensatz zu den sog. konkurrierenden Kompetenzen – dazu führt, dass das kantonale Recht verdrängt wird bzw. den Kantonen in dem jeweiligen Bereich keine Kompetenzen mehr zukommen.<sup>8</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Kantone in diesen Bereichen völlig frei wären; vielmehr haben sie aufgrund der **derogatorischen Kraft des Bundesrechts** oder (inzwischen besser) des **Vorrangs des Bundesrechts** (Art. 49 Abs. 1 BV, der davon spricht, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht) die bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten.

10. Als **Instrumente zur Umsetzung der erwähnten Aufgaben** gibt die Bundesverfassung den Abschluss von Verträgen zwischen Bund und Kanton vor (Zusammenarbeitsvereinbarung<sup>9</sup>, wobei als rechtliche Grundlage auf Kantonsseite zusätzlich ein Konkordat – das Hochschulkonkordat<sup>10</sup> – sowie Vollzugsvereinbarungen erforderlich sind), sieht die Übertragung von Befugnissen an gemeinsame Organe vor und enthält die Grundlage zum Erlass eines ausführenden Bundesgesetzes (Art. 63a Abs. 4 BV).<sup>11</sup> Für den Fall, dass auf

---

<sup>6</sup> EHRENZELLER, Hochschulraum, S. 683; für eine eingehende Darstellung der Erarbeitung des kooperativen Regelungsmodells im Hochschulbereich vgl. EHRENZELLER/REISNER, Bologna, S. 238 ff.

<sup>7</sup> S. z.B. TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 292; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, S. 354.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesen verschiedenen Kompetenzarten TSCHANNEN, Staatsrecht, 290 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, S. 352 ff.

<sup>9</sup> Umgesetzt durch die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich vom 26. Februar 2015 (ZSAV-HS; SR 414.205).

<sup>10</sup> Interkantonale Vereinbarung über den schweizerischen Hochschulbereich vom 20. Juni 2013 (Hochschulkonkordat).

<sup>11</sup> Für eine kurze Zusammenfassung des neuen Normgefüges vgl. auch STÖCKLI, Entwicklungen, S. 299.

dem damit primär vorgegebenen Weg der Kooperation zwischen Bund und Kantonen die Erreichung der gemeinsamen Ziele nicht gelingt, sieht die Verfassung – gewissermassen als Auffangebene und Druckmittel – eine subsidiäre Kompetenz (und Pflicht) des Bundes vor, bestimmte Aspekte des Hochschulraums (Studienstufen und deren Übergänge, die akademische Weiterbildung sowie die Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen) selbst zu regeln (Art. 63a Abs. 5 BV).

## II. Strukturgrundsätze

11. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen des Hochschulraums Schweiz lassen eine Reihe eher allgemein formulierter **Zielsetzungen und Grundsätze** erkennen. Diese sind aufgrund ihrer wenig spezifischen Formulierung zwar in der Regel nicht direkt anwendbar. Von rechtlicher Bedeutung sind sie jedoch gleichwohl schon deshalb, weil sie durch weitere Regelungen konkretisiert werden bzw. diese weiteren Regelungen die Verwirklichung dieser Ziele und Prinzipien sicherstellen sollen, so dass die allgemeinen Zielsetzungen und Grundsätze bei der **Auslegung** dieser konkretisierenden Bestimmungen heranzuziehen sind. Darüber hinaus ist aber auch bei der Auslegung sonstiger, den Hochschulraum Schweiz betreffender rechtlicher Vorgaben diesen allgemeinen Zielsetzungen und Grundsätzen Rechnung zu tragen.

12. Als **Ziele und Grundsätze** des Hochschulraums Schweiz – die zumeist bereits in der Verfassung verankert sind und dann insbesondere auf Gesetzebene wieder aufgegriffen werden – sind in erster Linie die Qualitätssicherung (1.), die Koordination (2.), die Förderung des Wettbewerbs (3), das sog. Differenzierungsgebot (4.), das Gebot der Gleichbehandlung (5.) sowie die Hochschulautonomie (6.) zu nennen.

### 1. Qualitätssicherung

13. Bund und Kantonen kommt sowohl in Bezug auf den Bildungsraum Schweiz im Allgemeinen (Art. 61a Abs. 1 BV) als auch auf das Hochschulwesen im Besonderen (Art. 63a Abs. 3 BV) die Pflicht zu, für „hohe Qualität“ bzw. die „Gewährleistung der Qualitätssicherung“ zu sorgen.<sup>12</sup> Die Aufgabe der Qualitätssicherung ist gemäss den Vorgaben der Verfassung primär durch Kooperation und subsidiär („Anerkennung von Institutionen“) durch den Bund zu erfüllen. Die **Pflicht zur Qualitätssicherung** wird auch im Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (Art. 1 Abs. 1, Art. 1 Abs. 2 Bst. b, Art. 3 Bst. a HFKG), im Hochschulkonkordat (Art. 1 Bst. a und b und Verweis auf die Ziele des HFKG in Art. 1 Bst. d) sowie in der darauf beruhenden Zusammenarbeitsvereinbarung (Art. 1 ZSAV-HS mit Verweis auf die Ziele des HFKG) vorgegeben und teilweise weiter ausgeführt. Zur Zielerreichung werden zunächst die Hochschulen in die Pflicht

---

<sup>12</sup> Eingehend zur Qualität als Leitmotiv der neuen Bildungsverfassung HÖRDEGEN, Grundziele, S. 132 ff.; mit weiteren Ausführungen zum zugrundeliegenden Qualitätsverständnis AMSCHWAND, Qualitätssicherung, S. 47 ff.

genommen, die für die langfristige Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung zu sorgen haben (Art. 27 HFKG).<sup>13</sup> Im Zuständigkeitsbereich der Behörden wird zur Überwachung und Kontrolle der universitären Qualitätssicherung und zur Gewährleistung eines Mindeststandards insbesondere auf das Instrument der **Akkreditierung** gesetzt,<sup>14</sup> womit einerseits das hohe Niveau und die Reputation des Forschungsstandortes Schweiz in Lehre, Forschung, Dienstleistungen sowie der akademischen Weiterbildung gewährleistet und fortentwickelt werden soll und andererseits im Sinne des Konsumentenschutzes Qualitätssicherung auf der individuellen Ebene sichergestellt werden soll.<sup>15</sup>

## 2. Koordination

**14. Koordination** ist für die schweizerische Hochschullandschaft gleichsam **Ziel und Instrument**: Einerseits verpflichtet die Bundesverfassung Bund und Kantone (Art. 63a Abs. 3 BV) zur Koordination im schweizerischen Hochschulwesen und sieht für den Fall, dass die gemeinsamen Ziele auf dem Weg der Koordination nicht erreichbar sind, subsidiäre Bundeskompetenzen vor (Art. 63a Abs. 5 BV). Andererseits ist die Koordination jedoch auch ein Ziel an sich, da sie die Grundlage für einen abgestimmten und kohärenten Hochschulraum, der hohen Qualitätsstandards genügt, in der Schweiz darstellt. Zu den gesetzlich ausformulierten Teilzielen sind hierbei insbesondere die Förderung der Profilbildung der Hochschulen (Art. 3 Bst. c HFKG), die Sicherstellung der Kohärenz zwischen Hochschul-, Forschungs- und Innovationspolitik (Art. 3 Bst. d HFKG), die Gewährleistung der Durchlässigkeit und Mobilität zwischen den Hochschulen (Art. 3 Bst. e HFKG), die Vereinheitlichung von Studienstrukturen, -stufen und Übergängen und die Anerkennung der Abschlüsse (Art. 3 Bst. f HFKG) sowie schliesslich die Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen (Art. 3 Bst. h HFKG) zu zählen.<sup>16</sup>

**15.** Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung kann die Koordination möglicherweise als grundsätzliches Argument für eine **schweizweit einheitliche Regelung** angeführt werden. Dabei ist jedoch einerseits in Betracht zu ziehen, dass die Koordination in

---

<sup>13</sup> Die Pflicht zur Gewährleistung der Qualitätssicherung kommt sowohl der öffentlichen Hand als auch (über Art. 27 HFKG) den Hochschulen zu, so dass für erstere nicht von einer „subsidiären Verpflichtung“ gesprochen werden kann, vgl. EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 34; vgl. auch EHRENZELLER, Hochschulraum, S. 687; Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5528; a.A. wohl BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 11.

<sup>14</sup> Art. 28 ff. HFKG. Als inhaltliche Vorgabe für die subsidiäre Bundeskompetenz spricht bereits Art. 63a Abs. 5 BV von der „Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen“, womit insbesondere Akkreditierungen gemeint sein dürften; vgl. zum Instrument der Akkreditierung AMSCHWAND, Qualitätssicherung, S. 87 ff.; HÖRDEGEN, Bildung, S. 711 ff.; VOTH, Akkreditierung, *passim*.

<sup>15</sup> Zu diesen Zielsetzungen näher, m.w.N., EPINEY/KERN, Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs, S. 8 f.; vgl. im Einzelnen auch zur Reichweite der gesetzlichen Vorgaben für die institutionelle Akkreditierung EPINEY, Institutionelle Akkreditierung, S. 407 (409 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. zu den einzelnen Unterzielen Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4605 f. u. 4632 f.

einem Spannungsverhältnis zu den Prinzipien der Wettbewerbsförderung und des Differenzierungsgebots steht.<sup>17</sup> Andererseits ist die Frage aufzuwerfen, welchen Anwendungsbereich dem Grundsatz zukommt und dabei namentlich, ob und inwieweit er sich auch auf interne organisatorische Belange der Hochschulen oder der Institutionen des Hochschulbereichs erstreckt. Betrachtet man hierzu die obgenannten gesetzlichen Teilziele, so scheint sich jedenfalls die Hauptstossrichtung eher auf die inhaltliche bzw. aufgabenbezogene Koordination zwischen den Hochschulinstitutionen zu beziehen. Jedenfalls dürfte die Herleitung einer Bundeskompetenz für die Regelung von Nebenbeschäftigungen von Professoren und Professorinnen (auch) an kantonalen Hochschulen aus Art. 63a Abs. 3 BV schon an der mangelnden diesbezüglichen Präzision der Vorschrift scheitern; hierauf wird im Einzelnen zurückzukommen sein.<sup>18</sup>

### 3. Förderung des Wettbewerbs

16. Als weiteres Teilziel nennt das Gesetz die **Förderung des Wettbewerbs**, insbesondere im Bereich der Forschung. Als angestrebte Konsequenz des Wettbewerbsziels ist die Wettbewerbsfähigkeit des Hochschulbereichs zu betrachten, wie sie gemäss Art. 1 Bst. a Hochschulkonkordat und Art. 1 Abs. 1 HFKG anzustreben ist. Mit der Setzung eines Wettbewerbsziels setzt der Rechtsrahmen in gewisser Hinsicht auch einen Kontrapunkt zur Zielsetzung der Koordination, indem klargestellt wird, dass diese nicht als eine umfassende Aufteilung von Markt und Angeboten zu verstehen ist, sondern dass Wahlmöglichkeiten zwischen Hochschultypen, Studiengängen und Forschungsschwerpunkten bestehen bleiben und gefördert werden sollen. Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass zwischen Koordination und Wettbewerb (wie angesprochen<sup>19</sup>) ein gewisses Spannungsverhältnis besteht. So kann etwa die angestrebte Profilbildung der Hochschulen – sowohl zwischen den Hochschultypen als auch innerhalb der Hochschultypen – wohl nur durch eine entsprechende (fachliche und sonstige) Koordination erreicht werden, die aber ihrerseits die Wettbewerbskomponente reduziert bzw. in bestimmten Bereichen gar weitgehend ausschaltet.

17. Bezüglich der Zuständigkeit zum Erlass von Vorschriften zu den Anstellungsbedingungen des Lehrkörpers stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob solche organisatorischen Belange nicht gerade auch einen Parameter darstellen, welcher den Hochschulen eine Differenzierung von anderen Hochschulen und damit eine **wettbewerbliche Positionierung** ermöglicht. Eine solche Abhebung von anderen Institutionen könnte beispielsweise in eher restriktiven Nebenbeschäftigungsregelungen bestehen, die sicherstellen, dass dem Lehrkörper ausreichend Zeit für Lehre und Forschung verbleibt oder aber in teilweise weiter gefassten Regeln, die Betätigungen in der Praxis ermöglichen und da-

---

<sup>17</sup> Dazu sogleich unten N 16 ff.

<sup>18</sup> N 95 ff.

<sup>19</sup> N 15. Etwas eingehender zum Thema EPINEY/KERN, Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs, S. 10.

mit den Einbezug von Praxiswissen in Lehre und Forschung fördern oder etwa in grosszügigen Regelungen, die eine Hochschule auf dem Arbeitsmarkt als besonders als attraktiv erscheinen lassen.

#### 4. Differenzierungsgebot

18. Das **Differenzierungsgebot** ist sowohl im Zusammenhang mit dem Koordinations- als auch dem Wettbewerbsziel zu sehen:<sup>20</sup> Demnach soll ein Hochschulraum mit gleichwertigen, aber andersartigen Hochschultypen geschaffen werden (Art. 3 Bst. b HFKG), was gemäss Art. 5 Abs. 2 HFKG bedingt, in der Aufgabenerfüllung „die Besonderheiten von universitären Hochschulen, Fachhochschulen, pädagogischen Hochschulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs“ zu berücksichtigen sowie gemäss Art. 36 Abs. 1 HFKG voraussetzt, dass die „unterschiedlichen Aufgaben von universitären Hochschulen, Fachhochschulen und pädagogischen Hochschulen“ beachtet werden.<sup>21</sup>

19. In Bezug auf die **inhaltliche Tragweite des Differenzierungsgebotes** dürfte vor diesem Hintergrund vieles dafür sprechen, das Differenzierungsgebot eher weit zu verstehen, so dass es sich auf Institutionen unterschiedlicher inhaltlicher Ausrichtung (angebotene Fachrichtungen, inhaltliche Schwerpunkte bzw. Profile sowie die Spanne der angebotenen Fächer), mit unterschiedlichen Angebotsstrukturen (schwergewichtig akademische Ausrichtung; praktische und anwendungsorientierte Ausrichtung; berufsbegleitende Angebote; Forschungseinrichtungen, etc.), unterschiedlicher Studienstrukturen (Vollzeitangebote, berufsbegleitende Angebote, akademische Weiterbildung, etc.) wie auch unterschiedlicher Trägerschaften (Bund, Kantone, Private sowie ausländische Trägerschaften) bezieht. Um diese Differenzierung insbesondere bei Inhalten, Angeboten und Strukturen zu ermöglichen, erscheint es unerlässlich, den Hochschulinstitutionen einen gewissen Spielraum nicht nur in Bezug auf diese Gestaltungsfaktoren, sondern auch auf organisatorische Belange zu belassen. Damit wird ihnen die Möglichkeit eingeräumt, ihre Organisationsstrukturen, Abläufe, Anstellungsbedingungen etc. nach der gewählten Differenzierung auszurichten. Somit stellt die Autonomie der Hochschulen in gewissem Masse eine Voraussetzung für die Umsetzung des Differenzierungsgebotes dar. Gleichzeitig soll damit selbstredend nicht gesagt werden, dass die Hochschulen nicht auch in diesen Bereichen gewisser allgemeiner Vorgaben und eines stimmigen rechtlichen Rahmens bedürfen.

#### 5. Gleichbehandlungsgebot

20. Die Bundesverfassung verpflichtet Bund und Kantone gegenüber Institutionen mit gleichen Aufgaben auf das **Gebot der Gleichbehandlung** (Art. 63a Abs. 3 BV).<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 36; Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5527.

<sup>21</sup> Vgl. auch Art. 30 Abs. 2; Art. 44 Abs. 3 sowie Art. 51 Abs. 5 Bst. b HFKG.

<sup>22</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 36; vgl. auch N 15.

Demnach sollen Hochschulinstitutionen nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich und nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich behandelt werden, wobei sich die Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte und Institutionen auch aus dem Differenzierungsgebot ergibt. Das Gleichbehandlungsgebot ist als **spezifische Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes** zu sehen, wie er der Bundesverfassung zugrunde liegt (vgl. Art. 8 BV), und betont den Umstand, dass in der schweizerischen Hochschullandschaft weder zwischen den einzelnen Hochschultypen noch zwischen individuellen Hochschulen eine Hierarchie geschaffen werden darf.

**21.** Im vorliegenden Kontext ist aus dem Gleichbehandlungsgebot wohl jedenfalls abzuleiten, dass allfällige auf Ebene des Bundes oder durch die gemeinsamen Organe erlassenen Vorschriften zur Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren grundsätzlich für **sämtliche Hochschulen oder Hochschulinstitutionen** Geltung erlangen müssten. Abstufungen wären allenfalls zwischen den Hochschulkategorien denkbar, wobei jedoch darzutun wäre, inwieweit für bestimmte Hochschulkategorien ein abweichendes Regime angezeigt ist.

## **6. Hochschulautonomie**

**22.** Schliesslich enthalten Verfassung (Art. 63a Abs. 3) und Gesetz (Art. 5 Abs. 1; Art. 30 Abs. 2 sowie 36 Abs. 1 HFKG) die Verpflichtung von Bund und Kantonen bzw. Bund, Rücksicht auf die **Autonomie der Hochschulen** und ihrer Träger zu nehmen.<sup>23</sup> Gemäss den Materialien stellt die Hochschulautonomie „ein geradezu konstitutives Element für Wissenschaft und Bildung“ dar; sie gewährleistet den Hochschulinstitutionen „die nötige Freiheit, um sich in einem von Wettbewerb geprägten Umfeld eigenständig zu profilieren“.<sup>24</sup>

**23.** Die institutionell ausgerichtete Hochschulautonomie weist einen engen Bezug zum nun in Art. 20 BV ausdrücklich garantierten **Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit** auf, das zwar schwergewichtig individuell orientiert ist, auf das sich jedoch teilweise auch wissenschaftliche Institutionen berufen können.<sup>25</sup>

**24.** Die verfassungsrechtlichen Kompetenzen von Bund und Kantonen namentlich zur Koordination des Hochschulbereichs, zur Gewährleistung der Qualitätssicherung sowie generell zur Gestaltung der Hochschulpolitik implizieren eine gewisse **Begrenzung der Hochschulautonomie**. Der Grundsatz der Hochschulautonomie steht folglich dem Um-

---

<sup>23</sup> S. eingehend hierzu EHRENZELLER, Hochschulautonomie, S. 210 ff.; AMSCHWAND, Qualitätssicherung, S. 168 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4603 f.; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, S. 215 f.; grundlegend auch Thesen Hochschulautonomie Rektorenkonferenzen, *passim*.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 544 f.; EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 20; SCHWEIZER/HAFNER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 20 N 22; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, N 1667.

stand nicht entgegen, dass Bund und Kantone im Rahmen der Akkreditierungsvoraussetzungen gewisse Mindestanforderungen an Organisation, Struktur, Inhalte und Qualität definieren und den Institutionen des Hochschulbereichs entsprechende Vorgaben machen. Im Lichte der Hochschulautonomie wohl unzulässig wären hingegen beispielsweise äusserst detaillierte Vorgaben an die interne Organisation der Hochschulen oder weitreichende inhaltliche Schranken und Vorschriften, welche einen freien und unabhängigen Forschungs- und Lehrbetrieb massgeblich einschränken oder sogar gänzlich verunmöglichen würden.

### III. Institutioneller Rahmen

25. Mit dem neuen Rechtsrahmen, bestehend aus Bildungsverfassung, Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, Zusammenarbeitsvereinbarung und Hochschulkonkordat, werden zur Steuerung des schweizerischen Hochschulbereichs **drei gemeinsame Organe** geschaffen, an welche Bund und Kantone Legislativ- und Exekutivkompetenzen übertragen: die Schweizerische Hochschulkonferenz in der Zusammensetzung als Plenarversammlung und als Hochschulrat, die Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen sowie der Schweizerische Akkreditierungsrat mit der Schweizerischen Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung (Art. 63a BV; Art. 7 ff. HFKG; Art. 2 ff. ZSAV-HS; Art. 5 ff. Hochschulkonkordat).<sup>26</sup>

26. Oberstes hochschulpolitisches Organ der Schweiz wird die **Schweizerische Hochschulkonferenz**, in der ein Bundesratsmitglied als Vertreter des Bundes sowie je ein Regierungsmitglied sämtlicher Kantone (Plenarversammlung) bzw. je ein Regierungsmitglied der Trägerkantone (Hochschulrat) Einsitz haben. Die Plenarversammlung ist namentlich für finanzielle Belange (finanzielle Rahmenbedingungen, Festlegung der sog. Referenzkosten und Beitragskategorien, Empfehlungen für Stipendien, vgl. Art. 11 Abs. 2 HFKG, Art. 2 Abs. 2 Bst. a ZSAV-HS) zuständig, während dem Hochschulrat gestützt auf die Zusammenarbeitsvereinbarung vor allem Kompetenzen zukommen, welche im Zusammenhang mit den Aufgaben der Hochschulträger stehen, so namentlich der Erlass von Vorschriften im Bereich der Studienstruktur (Studienstufen und Übergänge, Mobilität, Weiterbildung, Koordination des Zugangs sowie der Beschränkung zu einzelnen Studiengängen, usw.), bezüglich der Hochschulorganisation (Hochschultypen, Mitwirkungsrechte der Hochschulangehörigen) sowie der Qualitätssicherung, der Koordination und im Bereich von Abschlüssen und Anerkennungen (Art. 12 Abs. 3 HFKG, Art. 2 Abs. 2 Bst. b ZSAV-HS). Die Regelung der Zuständigkeiten im Zusammenspiel zwischen HFKG und ZSAV-HS ist dabei nicht nur präzise ausformuliert, sondern auch abschliessend ausgestaltet.<sup>27</sup> Der Bund nimmt in beiden Formationen der Hochschulkonferenz eine Vorrangstellung ein, indem der Bundesratsvertreter als Präsidentin oder Präsident waltet

---

<sup>26</sup> Für einen kurzen Überblick der bisherigen bzw. der neuen Rechtslage vgl. JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht, S. 227 f. bzw. STÖCKLI, Entwicklungen, S. 299 f.

<sup>27</sup> Vgl. dazu auch unten N 59.

und die Konferenz leitet und die Stimme des Bundes zudem neben dem qualifizierten Mehr von zwei Dritteln der Stimmen der anwesenden Mitglieder für Entscheide in jedem Fall erforderlich ist (Art. 16 Abs. 2 Bst. b bzw. Art. 17 Abs. 2 Bst. b HFKG).

**27.** Die **Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen** ist das gesamtschweizerische Koordinationsorgan der Hochschulen.<sup>28</sup> Sie setzt sich aus den Rektorinnen und Rektoren sowie den Präsidentinnen und Präsidenten der schweizerischen Hochschulen zusammen, wobei auch die Präsidentinnen und Präsidenten der in der Schweiz akkreditierten privaten Hochschulen Einsitz nehmen können (Art. 19 Abs. 1 u. 2 HFKG). Die Konferenz gibt sich ein Organisationsreglement, das vom Hochschulrat zu genehmigen ist (Art. 19 Abs. 2 S. 4 HFKG). Die Rektorenkonferenz ist namentlich für die Unterstützung der Kooperation und Koordination unter den Hochschulen zuständig (Art. 2 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 ZSAV-HS), vertritt die Hochschulen in der Hochschulkonferenz (Art. 2 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 ZSAV-HS), wirkt bei der Vorbereitung der Geschäfte der Hochschulkonferenz mit (Art. 6 Abs. 1 ZSAV-HS), hat Antragskompetenz gegenüber der Hochschulkonferenz in Bezug auf die Koordination und Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen (Art. 38 Abs. 1 HFKG, Art. 6 Abs. 2 ZSAV-HS) und formuliert Empfehlungen zur mehrjährigen Entwicklungs- und Finanzplanung (Art. 37 Abs. 2 HFKG). Sie ist zudem zu den finanziellen Rahmenbedingungen anzuhören (Art. 43 HFKG) und wirkt bei der Vorbereitung internationaler Verträge mit (Art. 66 Abs. 3 HFKG).

**28.** Der **Schweizerische Akkreditierungsrat** mit der **Schweizerischen Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung** (Art. 21 f. HFKG, Art. 7 ZSAV-HS) bildet das dritte gemeinsame Organ von Bund und Kantonen.<sup>29</sup> Der Akkreditierungsrat setzt sich aus unabhängigen Mitgliedern zusammen, ist weisungsunabhängig und organisiert sich selbst sowie die Akkreditierungsagentur, wobei die entsprechenden Organisationsreglemente durch den Hochschulrat zu genehmigen sind (Art. 21 Abs. 1, 4 bzw. 5 und 8 HFKG). Er ist für Belange der Akkreditierung und Qualitätssicherung zuständig. Zur ausführenden Regelung von Qualitätssicherung und Akkreditierung erarbeitet der Akkreditierungsrat Akkreditierungsrichtlinien und Verfahrensvorschriften, die vom Hochschulrat erlassen werden (Art. 12 Abs. 3 Bst. a Ziff. 2 sowie Art. 30 Abs. 2 HFKG).

---

<sup>28</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4608 f.

<sup>29</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4609.

### § 3 Zur Zulässigkeit der Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren *de lege lata*

29. Nach dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Rechtsstaatsprinzip ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht. Auch wenn in Bezug auf die genaue Tragweite des Art. 5 Abs. 1 BV einiges umstritten sein mag,<sup>30</sup> ist doch allgemein in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass der aus dieser Bestimmung ableitbare Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes oder der Grundsatz der Gesetzmässigkeit<sup>31</sup> das Erfordernis einer **gesetzlichen Grundlage für staatliches Handeln** beinhaltet – und zwar grundsätzlich für das gesamte staatliche Handeln, so dass nicht nur Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen (etwa aufgrund von Grundrechtseingriffen, wobei hier Art. 36 Abs. 1 BV nochmals die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage erwähnt), sondern auch positive Leistungen eine gesetzliche Grundlage haben müssen.<sup>32</sup>

30. Dies bedeutet für die hier interessierende Fragestellung, dass eine (hier zur Debatte stehende staatliche) Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren (durch wen auch immer sie erfolgen sollte) einer gesetzlichen Grundlage<sup>33</sup> bedarf, so dass danach zu fragen ist, ob – *de lege lata* – der **geltende rechtliche Rahmen** es erlaubt, Vorgaben auf diesem Gebiet zu formulieren.

31. Nähert man sich der **Frage**, welche gesetzlichen Grundlagen vorliegend auf Bundesebene – auf die sich diese Untersuchung beschränkt<sup>34</sup> – in Betracht kommen, so ist zunächst eine grundlegende Unterscheidung zwischen der Regelungskompetenz in Bezug auf die Eidgenössischen Technischen Hochschulen einerseits (I.) und die kantonalen Hochschulen und weitere Institutionen des Hochschulbereichs andererseits (II.) zu treffen.

#### I. Eidgenössische Technische Hochschulen

32. Art. 63a Abs. 1 BV überträgt dem Bund die Aufgabe, **Eidgenössische Technische Hochschulen** zu betreiben. Damit wird dem Bund auch die Kompetenz eingeräumt, die zur Errichtung und zum Betrieb erforderlichen Vorschriften zu erlassen. Hiermit geht auch die Befugnis einher, Bestimmungen zu organisatorischen Belangen, zur Regelung

---

<sup>30</sup> Vgl. ausführlich zum Rechtsstaatsprinzip, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5, *passim*.

<sup>31</sup> Vgl. zur Terminologie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 84.

<sup>32</sup> Die umfassende Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips betonend etwa BGE 103 Ia 369 E. 5; 131 II 562 E. 3.1; 128 I 113 E. 6.4.2.

<sup>33</sup> Zum Begriff der gesetzlichen Grundlage, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 35 ff.

<sup>34</sup> Soweit kantonale Hochschulen betroffen sind, kommen als gesetzliche Grundlagen auch kantonale Erlasse in Betracht, die hier jedoch ausgespart werden sollen.

der Arbeitsverhältnisse mit den Angestellten des ETH-Bereichs und damit auch bezüglich der Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren zu erlassen.

**33.** In Ausübung der Kompetenz zum Betrieb der Eidgenössischen Technischen Hochschulen gemäss dem heutigen Art. 63a Abs. 1 BV wurde 1991 das **ETH-Gesetz** erlassen, welches die eigentlichen ETHs, die Forschungsanstalten sowie den ETH-Rat und die ETH-Beschwerdekommision zum Gegenstand hat.<sup>35</sup> In Ausführung dieser Bestimmungen besteht ein enges Geflecht an Verordnungen, Geschäftsordnungen und Verträgen zur Errichtung und Organisation der Eidgenössischen Technischen Hochschulen, zu finanziellen Bestimmungen, zur Studienordnung, zu Lehrkörper und Bediensteten, zu Stipendien, zu Preisen und anderen Beiträgen, zu angegliederten Anstalten sowie zu Immaterialgütern und Beteiligungen.<sup>36</sup> Die Anstellungsbedingungen für das Personal des ETH-Bereichs werden im Grundsatz in Art. 17 (Arbeitsverhältnisse), Art. 17a (Lehraufträge) und Art. 17b (Dauer des Arbeitsverhältnisses) ETH-Gesetz geregelt. Dabei sind für die vollamtlichen Mitglieder des ETH-Rates, für die Schulpräsidenten und -präsidentinnen sowie für die Direktoren und Direktorinnen der Forschungsanstalten spezifische Regelungen auf Verordnungsebene vorgesehen (Art. 17 Abs. 1 ETH-Gesetz). Für die Arbeitsverhältnisse des Personals wird ansonsten im Grundsatz auf das Bundespersonalgesetz verwiesen (Art. 17 Abs. 2 ETH-Gesetz), und für externe Lehrbeauftragte werden Arbeitsverträge nach Obligationenrecht abgeschlossen (Art. 17a Abs. 1 ETH-Gesetz).

**34.** Für die **Schulpräsidenten und -präsidentinnen der ETH und die Direktorinnen und Direktoren der Forschungsanstalten** enthält Art. 7a Verordnung ETH-Bereich<sup>37</sup> eine spezifische Regelung zu Nebenbeschäftigungen, die teilweise auf Art. 11 der Kaderlohnverordnung des Bundes<sup>38</sup> verweist. Dieser Regelungsrahmen enthält im Einzelnen Vorgaben zur Meldepflicht und zur Bewilligung von Nebenbeschäftigungen sowie zur Ablieferung des Einkommens und soll im Folgenden – insbesondere auch als Beispiel für einen möglichen Regelungsrahmen – kurz dargestellt werden.

**35.** Bezüglich der **Meldepflicht** von Nebenbeschäftigungen wird zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Nebenbeschäftigung unterschieden. Als *entgeltliche Nebenbeschäftigung* sind die Ausübung eines politischen Mandates, die Mitgliedschaft in obersten Leitungsorganen von (anderen) Unternehmen und Anstalten des öffentlichen oder privaten Rechts sowie die Ausübung einer Beratungstätigkeit zu qualifizieren (Art. 11 Abs. 1 Kaderlohnverordnung). Vor der Übernahme solcher Verpflichtungen besteht eine Meldepflicht an die vorgesetzte Stelle. Soweit dadurch die Leistungsfähigkeit vermindert oder

---

<sup>35</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (ETH-Gesetz; SR 414.110).

<sup>36</sup> SR 414.110.1 – 414.17.

<sup>37</sup> Verordnung über den Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 19. November 2003 (SR 414.110.3).

<sup>38</sup> Verordnung über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes vom 19. Dezember 2003 (Kaderlohnverordnung; SR 172.220.12).

Interessenskonflikte auftreten könnten, ist die Meldung an das Departement weiterzuleiten, das bestimmt, ob eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist (Art. 11 Abs. 2 Kaderlohnverordnung). Von einer Verminderung der Leistungsfähigkeit ist auszugehen, wenn Haupt- und Nebenbeschäftigung ein volles Pensum um mehr als 10 Prozent übersteigen (Art. 11 Abs. 3 Kaderlohnverordnung). Die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen ist einer näheren Prüfung zu unterwerfen, wenn sie in derselben oder einer verwandten Branche ausgeübt wird oder zu einer direkten Geschäftsbeziehung oder Beteiligung führen kann (Art. 11 Abs. 4 Kaderlohnverordnung). Für *unentgeltliche Nebenbeschäftigungen* besteht eine Meldepflicht beim ETH-Rat, wenn sie die Leistungsfähigkeit vermindern, zu Interessenskonflikten führen (Art. 7a Abs. 2 Verordnung ETH-Bereich mit Verweis auf Art. 11 Abs. 3 und 4 Kaderlohnverordnung) oder den Ruf des ETH-Bereichs beeinträchtigen könnten. Im Hinblick auf die **Bewilligung** von meldepflichtigen Nebenbeschäftigungen steht dem ETH-Rat die Möglichkeit offen, sie zu untersagen oder mit Auflagen und Bedingungen zu verknüpfen (Art. 7a Abs. 4 Verordnung ETH-Bereich). Hinsichtlich der **Ablieferung des Einkommens** aus Nebenbeschäftigungen bestimmt Art. 11 Abs. 5 Kaderlohnverordnung, dass jener Teil des Einkommens dem Arbeitgeber abzuliefern ist, der 30% der Entlohnung übersteigt, wobei die Ablieferung an diejenige ETH oder Forschungsanstalt zu erfolgen hat, der die betroffene Person angehört (Art. 7a Abs. 5 Verordnung ETH-Bereich). Ein teilweiser oder vollständiger Verzicht auf Ablieferung kann vom Arbeitgeber ausgehen, wenn die Nebenbeschäftigung durch ein wesentliches Interesse des Arbeitgebers begründet ist (Art. 11 Abs. 5 Kaderlohnverordnung) oder aber auf Gesuch der betroffenen Person hin gestützt auf einen Entscheid des Bundesrates erfolgen (Art. 7a Abs. 6 Verordnung ETH-Bereich).

**36.** Für das weitere Personal des ETH-Bereichs gelangen die Regeln des Bundespersonalgesetzes zur Anwendung (Art. 17 Abs. 2 ETH-Gesetz). Bezüglich der Nebenbeschäftigung von **Professorinnen und Professoren der ETH** sieht die Professorenverordnung ETH<sup>39</sup> eine Bewilligungspflicht für Aktivitäten mit einem Zeitaufwand von mehr als einem Arbeitstag pro Woche und für Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmandate vor und statuiert eine Entschädigungspflicht für die Benutzung der Mittel der ETH (Art. 6 Professorenverordnung).<sup>40</sup> In Ausführung dieser generellen Vorgaben hat der ETH-Rat Weisungen<sup>41</sup> gestützt auf Art. 37 Abs. 3 BPG<sup>42</sup> i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz<sup>43</sup> und Art. 6 Professorenverordnung ETH er-

---

<sup>39</sup> Verordnung des ETH-Rates über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 18. September 2003 (SR 172.220.113.40).

<sup>40</sup> Für andere Arbeitsverhältnisse nach Art. 17 Abs. 1 ETH-Gesetz ist insbesondere Art. 56 Personalverordnung ETH-Bereich zu beachten, wonach für bestimmte Kategorien von Nebenbeschäftigungen eine Bewilligungspflicht vorgesehen ist (Art. 56 Abs. 2).

<sup>41</sup> Weisungen des ETH-Rates betreffend Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren im ETH-Bereich vom 28. März 2007 (RSETHZ 501.1).

<sup>42</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

<sup>43</sup> Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (Rahmenverordnung BPG; SR 172.220.11).

lassen. Als Nebenbeschäftigung werden demnach alle bezahlten oder unbezahlten Tätigkeiten qualifiziert, welche ausserhalb des Arbeitsverhältnisses erbracht werden, ob für eine private Unternehmung, für eine öffentliche Institution oder im Rahmen eines öffentlichen Amtes (Art. 3 Weisungen). Materiell beinhalten die Weisungen unter anderem den Grundsatz, wonach Aktivitäten mit den Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vereinbar sein müssen und weder die finanziellen Interessen noch die Reputation des ETH-Bereichs gefährden dürfen (Art. 4 Abs. 1 Weisungen). Bezahlte Nebenbeschäftigungen müssen zudem im Interesse der jeweiligen ETH-Institution liegen (Art. 4 Abs. 3 Weisungen). Die Regelung der Nebenbeschäftigungen im Einzelnen hingegen wird den Institutionen überlassen, wobei diese immerhin verpflichtet sind, eine Deklarationspflicht vorzusehen sowie das Melde- und Bewilligungsverfahren, die Verwendung und Abgeltung der Nutzung von Hochschulressourcen, die Rechenschaftsablage und das Vorgehen im Falle von Missbrauch zu regeln (Art. 5 f. Weisungen). Für die **ETH Zürich** sehen die Richtlinien der Schulleitung<sup>44</sup> eine positive sowie eine negative Definition der Nebenbeschäftigungen vor, regeln die Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen, die Nutzung von Infrastruktur und Personal sowie die Tätigkeit in *Spin-Off* Unternehmen und unterstellen bestimmte Nebenbeschäftigungen (Zeitaufwand von mehr als einem Tag pro Woche, Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandate, Beanspruchung der Infrastruktur, Risiko für Reputation oder finanzielle Interessen der ETH) einer Bewilligungspflicht durch die Präsidentin oder den Präsidenten der ETH. Für die **ETH Lausanne** hat die Schulleitung ebenfalls Richtlinien zu Nebenbeschäftigungen erlassen,<sup>45</sup> die sich auf Art. 6 Professorenverordnung ETH und Art. 53 und 56 Personalverordnung ETH-Bereich<sup>46</sup> abstützen. Die Richtlinien sehen eine Bewilligungspflicht für Nebenbeschäftigungen, die einen Interessenskonflikt bergen könnten (Art. 7 Abs. 2 Richtlinien), sowie für Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmandate (Art. 10 Richtlinien) vor, wobei die erteilten Bewilligungen zentral gespeichert werden. Eine Meldepflicht besteht für die Tätigkeit als Experte, für Beratungsleistungen und ähnliche Aktivitäten (Art. 8 Richtlinien), für die Mitarbeit bei der Errichtung und Entwicklung von *Start-up* Unternehmen (Art. 11 Richtlinien) sowie für jegliche finanzielle Beteiligung an Unternehmen, sofern hierbei potentiell Interessenskonflikte bestehen könnten (Art. 12 Richtlinien). Darüber hinaus ist ein Mediationsverfahren bei Streitigkeiten vorgesehen (Art. 13 f. Richtlinien). Eine Pflicht zur Ablieferung des Einkommens aus Nebentätigkeiten besteht soweit ersichtlich weder für die Professorinnen und Professoren der ETH Lausanne noch der ETH Zürich.

**37.** Diese Regelungen und die Delegation ihres Erlasses an den ETH-Rat und die einzelnen Hochschulinstitutionen vermag zu illustrieren, dass selbst für den eigentlich in der Kompetenz des Bundes stehenden ETH-Bereich lediglich für die Schulpräsidenten und -präsidentinnen der ETH und die Direktorinnen und Direktoren der Forschungsanstalten

---

<sup>44</sup> Richtlinien betreffend Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren der ETH Zürich vom 12. Februar 2008 (RSETHZ 501.2).

<sup>45</sup> Directive concernant la gestion des conflits d'intérêt dans le cadre d'activités ou de fonctions publiques exercées en dehors des rapports de travail du 1<sup>er</sup> décembre 2005 (LEX 4.1.1).

<sup>46</sup> Verordnung des ETH-Rates über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschule vom 25. April 2001 (PVO-ETH; SR 172.220.113).

ein umfassendes bundesrechtliches Regelungsregime betreffend Nebenbeschäftigungen besteht. Die Regelung der Nebenbeschäftigungen der Professorinnen und Professoren hingegen wird in ihrer konkreten Ausgestaltung den entsprechenden Hochschulinstitutionen überlassen, wobei dem Bundesrecht immerhin zu entnehmen ist, welche Sachbereiche die Regelungen umfassen müssen. Diese **Zurückhaltung** bezüglich einheitlicher Detailregelungen ist als Ausdruck der Hochschulautonomie zu verstehen und müsste wohl in ähnlicher Art und Weise auch im Verhältnis zwischen den kantonalen Hochschulinstitutionen und ihren Trägern umgesetzt werden.<sup>47</sup> In materieller Hinsicht zeigt sich für die Professorinnen und Professoren ein relativ grosszügiger rechtlicher Rahmen für Nebenbeschäftigungen, wogegen für die obersten Leitungspersonen ein etwas restriktiveres Regime umgesetzt wurde.

**38. Zusammenfassend** ist somit festzuhalten, dass dem Bund umfassende Kompetenzen für die Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren des ETH-Bereichs zukommen, von denen er in differenzierter Form und im Sinne der Hochschulautonomie eher zurückhaltend Gebrauch gemacht hat. Allenfalls könnten hierbei wohl noch weitergehende Vorgaben für die einzelnen Hochschulen formuliert werden, wobei sich solche Regelungen in die Systematik des bestehenden und soeben skizzierten Regelungswerks des ETH-Bereichs einbetten müssten und wiederum die Vorgaben der Hochschulautonomie zu beachten wären.

## **II. Kantonale Hochschulen und weitere Institutionen des Hochschulbereichs**

**39.** Die Regelung der Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren wird grundsätzlich von den Hochschulträgern bzw. den Hochschulinstitutionen selbst wahrgenommen, und es gibt heute unbestrittenermassen keine bundesrechtlichen Vorgaben für die Hochschulen in kantonalen Trägerschaft oder für sonstige Institutionen des Hochschulbereichs. Damit stellt sich die Frage, ob *de lege lata gesetzliche Grundlagen* bestehen, um Vorgaben auf diesem Gebiet zu formulieren und ggf. ob die Reichweite dieser Grundlagen bzw. die entsprechende Regelungskompetenz beschränkt ist.

**40.** Solche gesetzlichen Grundlagen könnten zunächst in der **Verfassung** selbst zu finden sein. Allerdings ist hier keine Bestimmung ersichtlich, die selbst bereits als gesetzliche Grundlage für die Regelung spezifisch dieser Frage dienen könnte:<sup>48</sup> Weder sind spezifische Grundlagen ersichtlich, die den Bundesrat zum Erlass einer selbständigen

---

<sup>47</sup> Vgl. insoweit auch noch die Erwägungen unter N 44 ff., 95 ff. im Zusammenhang mit den Grenzen möglicher Bundeskompetenzen bzw. ihrer Ausübung.

<sup>48</sup> Diese Frage ist zu unterscheiden von derjenigen, ob es die Verfassung dem Gesetzgeber erlaubt, eine solche Grundlage zu schaffen. Hierzu unten N 95 ff.

Verordnung in dieser Frage ermächtigen würden, noch liegen die Voraussetzungen der sog. Polizeinotverordnungen (Art. 185 Abs. 3 BV) vor.<sup>49</sup>

**41.** In Erwägung zu ziehen ist aber die Existenz **gesetzlicher Grundlagen im HFKG**, wobei es hier – neben der Frage nach einer Delegation an Bundesorgane – in erster Linie darum geht, ob die mit dem neuen Hochschulsystem eingerichteten gemeinsamen Organe entsprechende Vorschriften erlassen könnten (1.). Weiter ist danach zu fragen, ob dem Bund hier Zuständigkeiten allein aufgrund des Umstands, dass er die Hochschulen mitfinanziert bzw. subventioniert (2.), zukommen könnten.

## **1. Zur Reichweite der gesetzlichen Grundlagen im HFKG**

### **a. Delegation an Bundesorgane**

**42.** Das **HFKG** selbst enthält **keine Delegation an Organe des Bundes**, Vorgaben über Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zu formulieren. Insbesondere dürften derartige Vorgaben nicht auf **Art. 67 HFKG** gestützt werden, wonach der **Bundesrat** „Ausführungsbestimmungen“ erlässt, soweit der Vollzug des Gesetzes in die Bundeszuständigkeit fällt. Denn diese Delegation ist schon nach ihrem Wortlaut als Ermächtigung zum Erlass von Vollziehungsverordnungen<sup>50</sup> gefasst (insoweit wohl weitgehend parallel wie die sich bereits aus Art. 182 Abs. 2 BV ergebende Verordnungskompetenz des Bundesrates). Zwar dürfen (und müssen sinnvollerweise) auch Vollziehungsverordnungen Bestimmungen enthalten, die in dieser Weise nicht bereits im Gesetz verankert sind. Jedoch verbietet sich grundsätzlich die Einführung neuer Rechte und Pflichten, so dass sich jedenfalls die Grundzüge derselben bzw. die diesbezüglichen Grundsätze bereits im Gesetz finden müssen;<sup>51</sup> dies muss auch dann gelten, wenn solche neuen Rechte und Pflichten *a priori* mit den Zielsetzungen eines gesetzlichen Erlasses im Einklang stehen könnten, wäre es doch ansonsten möglich, über den „Umweg“ der weiten Auslegung von Zielbestimmungen – die zudem häufig unklar sein wird – den Grundsatz, wonach Gesetzgebungsdelegationen einem Mindestmass an Bestimmtheit genügen müssen, zu unterlaufen, ein Prinzip, das sich übrigens auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lässt.<sup>52</sup>

**43.** Im **HFKG** sind aber auch **kein spezifischen Bestimmungen** zu finden, die sich unmittelbar oder auch nur mittelbar auf den Erlass von Regelungen durch Bundesorgane beziehen, die Vorgaben betreffend die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren enthalten könnten. Insbesondere ist weder den Regelungen über die Akkreditierung (Art. 27 ff. HFKG) noch denjenigen über die Finanzierung (Art. 41 ff. HFKG)

---

<sup>49</sup> Zur selbständigen Verordnungskompetenz des Bundesrates etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, 591 f.

<sup>50</sup> Zum Begriff TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 592 f.

<sup>51</sup> S. nur TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 593.

<sup>52</sup> Zur Tragweite des Rechtsstaatsprinzips in diesem Zusammenhang EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 42 ff.

als solche eine diesbezügliche Delegation zu entnehmen. Hinzu kommt, dass das Anstellungsverhältnis der an kantonalen Hochschulen angestellten Professorinnen und Professoren unbestrittenermassen jedenfalls im Grundsatz in der Regelungskompetenz der Kantone liegt, so dass sich eine allfällige Befugnis des Bundesrates, hier gewisse Aspekte einer Regelung zu unterziehen, klar aus dem Gesetz ergeben müsste (wobei sich dann noch die Frage der Bundeskompetenz stellt, worauf zurückzukommen sein wird).<sup>53</sup>

## b. Delegation an die gemeinsamen Organe

**44.** Allerdings sieht das Gesetz – wie dargelegt<sup>54</sup> – **gemeinsame Organe** vor, denen bestimmte Befugnisse übertragen werden können. Hinzu kommen **ergänzende rechtliche Grundlagen**.<sup>55</sup> Damit stellt sich auf der Grundlage des geltenden Rechts in erster Linie die Frage, ob und inwieweit HFKG, Zusammenarbeitsvereinbarung und Hochschulkonkordat den Erlass von Regelungen zu Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren durch die gemeinsamen Organe zulassen. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu analysieren, ob den geltenden Rechtsgrundlagen entsprechende Kompetenzen entnommen werden können, wobei sich unter anderem auch Rückschlüsse einerseits aus den Zielen der Regelungsinstrumente und andererseits aus den Aufgaben und Zuständigkeiten der geschaffenen gemeinsamen Organe ziehen lassen.

**45.** HFKG und ZSAV-HS verfolgen unter anderem das **Ziel**, günstige Rahmenbedingungen für Lehre und Forschung von hoher Qualität zu schaffen (Art. 3 Bst. a HFKG), eine Finanzierung der Hochschulen nach einheitlichen und leistungsorientierten Grundsätzen zu erreichen (Art. 3 Bst. g HFKG) sowie eine gesamtschweizerische hochschulpolitische Koordination zu gewährleisten (Art. 3 Bst. h HFKG). Mit diesen Zielen scheint eine Regelung der Nebenbeschäftigungen durch die gemeinsamen Organe jedenfalls nicht unvereinbar, da sie ja u.a. dazu dienen soll, die Zeit für Lehre und Forschung als Hauptaufgaben des Lehrkörpers zu bewahren, Reputationsverluste zu vermeiden sowie Interessenskonflikte zu reduzieren (Qualitätssicherung), eine Abgeltung für den Einsatz von Personal- und Sachressourcen zu erhalten (unter Umständen Teil der Leistungsorientierung) sowie eine gewisse Vereinheitlichung der Regelungen zu erreichen (Koordination sowie einheitliche Finanzierungsgrundsätze).

**46.** Zu beachten ist aber, dass hieraus – ebensowenig wie in Bezug auf die Verordnungskompetenz des Bundesrates auf der Grundlage von Art. 67 HFKG<sup>56</sup> – nicht schon geschlossen werden kann, die gemeinsamen Organe dürften alle Aspekte regeln, die der Verwirklichung der Zielsetzungen des Gesetzes dienen (könnten). Vielmehr ist eine eigentliche **Delegationsnorm** notwendig, wie sich auch ausdrücklich aus Art. 63a Abs. 4 Satz 2 BV ergibt: Danach bedarf die Delegation der Zuständigkeiten einer Grundlage im HFKG; und vor diesem Hintergrund ist Art. 6 Abs. 3 HFKG zu sehen, wonach die im

---

<sup>53</sup> Unten N 72 ff., N 97 ff.

<sup>54</sup> N 25 ff.

<sup>55</sup> N 10.

<sup>56</sup> S. soeben N 42 f.

Gesetz vorgesehenen Kompetenzen in einem zweiten Schritt durch den Zusammenarbeitsvertrag den gemeinsamen Organen übertragen werden können. Soweit zwischen HFKG und ZSAV-HS ein inhaltlicher Widerspruch bestehen sollte, kommt dem Bundesgesetz gemäss Art. 6 Abs. 5 HFKG der Vorrang zu.<sup>57</sup> Somit ergibt sich ausgehend von Art. 63a Abs. 4 Satz 2 BV, über Art. 6 Abs. 3 HFKG hin zu den Bestimmungen der ZSAV-HS eine eigentliche – teilweise gewissermassen verzweigte – **Delegationskaskade**.

47. Anknüpfend an diese sind somit für die **Zulässigkeit des Erlasses von Regelungen durch die gemeinsamen Organe** in einem bestimmten Bereich (wobei es in der vorliegenden Untersuchung um Vorgaben betreffend die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren geht) **zwei Voraussetzungen** zu prüfen:

- Erstens und vor allem muss bereits das **Gesetz** selbst die Übertragung der betreffenden Zuständigkeit an eines der gemeinsamen Organe vorsehen.
- Zweitens muss die **Zusammenarbeitsvereinbarung** diese Delegation auch verankern.

Dabei ist die erste Voraussetzung jedenfalls in unserem Zusammenhang entscheidend, da die Zusammenarbeitsvereinbarung<sup>58</sup> in Bezug auf die Kompetenzen im Wesentlichen parallel zur gesetzlichen Regelung ausgestaltet ist. Daher soll im Folgenden in erster Linie geprüft werden, ob sich aus den Bestimmungen des HFKG die Möglichkeit ergibt, einem der gemeinsamen Organe die Zuständigkeit zum Erlass von Vorgaben betreffend die Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren zu übertragen. Diese Fragestellung ist auch insofern von Interesse, als sie auch allgemein Auskunft darüber gibt, ob diese Problematik Gegenstand von Regelungen der gemeinsamen Organe sein kann.

Die skizzierte Konstruktion des Gesetzes – die im Übrigen bereits in der Verfassung angelegt ist (vgl. Art. 63a Abs. 4 BV, der die gemeinsamen Organe sowie Verträge zwischen Bund und Kantonen erwähnt) – ist aus staatsrechtlicher Sicht ausgesprochen interessant und wohl (soweit ersichtlich) in der Verfassung in dieser Form einzigartig. Sie impliziert, dass eine Delegation an die gemeinsamen Organe eine „doppelte Grundlage“ erfordert: erstens eine gesetzliche Grundlage im Bundesgesetz und zweitens eine Delegation in einer Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen. Diese Konstruktion ist vor dem Hintergrund der Parallelität der Kompetenzen von Bund und Kantonen zu sehen<sup>59</sup> und trägt dem Umstand Rechnung, dass es im Hochschulsektor regelungsbedürftige Bereiche gibt, die sowohl Bundeskompetenzen als auch kantonale Kompetenzen betreffen und sinnvollerweise – insbesondere im Hinblick auf die Zielsetzung der Koordinierung – nicht in getrennten Erlassen, womöglich höchst unterschiedlich, geregelt werden sollen. Damit einher geht auch der im vorliegenden Zusammenhang relevante Umstand, dass aufgrund der Beteiligung der Kantone an den gemeinsamen Organen auf diese auch Regelungskompetenzen delegiert werden können, die die Kompetenzen der Kantone berühren, wie dies bereits in Art. 63 Abs. 4 S. 1 BV angelegt ist, der in diesem Zusammenhang von den Aufgaben des Bundes und der Kantone spricht. Aufgeworfen werden damit auch komplexe Fragen der **Normenhierarchie**: Diese ist mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet. Feststehen dürfte immerhin, dass dem Bundesgesetzrecht ein grundsätzlicher **Vorrang** gegenüber dem Vereinbarungs- und Konkordatsrecht und diesem ein Vorrang gegenüber dem einfachen kantonalen Recht und den Regelungen auf Hochschulebene zukommt. Im Verhältnis zwischen Zusammenarbeitsvereinbarung und HFKG wird

---

<sup>57</sup> Dazu nochmals sogleich N 47.

<sup>58</sup> Vgl. Fn. 9.

<sup>59</sup> Oben N 9.

letzterem in Art. 6 Abs. 5 HFKG ausdrücklich der Vorrang eingeräumt. Selbiges ergibt sich zweifels- ohne für das Verhältnis zwischen HFKG und Hochschulkonkordat aus Art. 49 Abs. 1 BV. Nicht geklärt ist hingegen – das wohl auch weniger konfliktrichtige – Verhältnis zwischen Zusammenarbeitsvereinbarung und Konkordat. Aufgrund der Bundesbeteiligung dürfte hierbei jedoch wohl eher von einem Vorrang der Zusammenarbeitsvereinbarung auszugehen sein. Diskutabel ist sodann zum einen das Verhältnis zwischen der ZSAV-HS und anderen Bundesgesetzen als dem HFKG<sup>60</sup> sowie zum anderen das Verhältnis zwischen Bundesratsverordnungen einerseits und der ZSAV-HS sowie den Erlassen der gemeinsamen Organe, insbesondere der Schweizerischen Hochschulkonferenz, andererseits. Im Ergebnis dürften in Bezug auf die zuletzt aufgeworfene Frage die besseren Gründe dafür sprechen, sowohl die ZSAV-HS als auch das von den gemeinsamen Organen erlassene Recht als Bundesrecht anzusehen, beruht es doch jedenfalls auf dem HFKG. Damit gehen diese Rechtsakte kantonalem Recht vor und jedenfalls die ZSAV-HS wohl auch bundesrätlichen Verordnungen, könnte doch der Bundesrat ansonsten das austarierte System des HFKG auf dem Verordnungsweg unterlaufen.

**48.** Nimmt man vor diesem Hintergrund die **Delegationsnormen des HFKG** in den Blick, so könnten im Wesentlichen zwei grundsätzliche Ansatzpunkte für eine Begründung der Zuständigkeit einer der gemeinsamen Organe für die Regelung der Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren in Betracht kommen, nämlich die Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Qualitätssicherung (aa) sowie die allgemeine Zuständigkeit zur hochschulpolitischen Koordination (bb), die im Folgenden auf ihre Einschlägigkeit im vorliegenden Zusammenhang zu analysieren sind, bevor ein kurzes Fazit gezogen wird (cc).

#### **aa. Zu den Delegationsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Qualitätssicherung**

##### **(1) Grundsatz**

**49.** Primärer möglicher Ansatzpunkt für eine mögliche Verortung einer Kompetenz der gemeinsamen Organe für die Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren sind die Zuständigkeiten zur Gewährleistung der **Qualitätssicherung**.<sup>61</sup> Gemäss Art. 12 Abs. 3 Bst. a Ziff. 2 HFKG ist der Hochschulrat zum Erlass von Vorschriften über die Gewährleistung der Qualitätssicherung und die Akkreditierung auf Antrag des Schweizerischen Akkreditierungsrates zuständig. Diese Kompetenzen des Hochschulrates sind eingebettet in ein System der Qualitätssicherung, das HFKG, die ZSAV-HS und das Hochschulkonkordat in Ausführung des Verfassungsauftrages von Art. 63a Abs. 3 Satz 1 BV etablieren. Demnach ist die Qualitätssicherung Aufgabe der Hochschulen und der anderen Institutionen des Hochschulbereichs, die zu diesem Zwecke ihre Qualität in Lehre und Forschung periodisch überprüfen (Art. 27 HFKG). Dazu sind die Institutionen verpflichtet, ein Qualitätssicherungssystem zu schaffen und zu unterhalten (Art. 30 Abs. 1 Bst. a HFKG; Art. 21 Akkreditierungsrichtlinien HFKG<sup>62</sup>). Die

---

<sup>60</sup> Hierzu noch N 57.

<sup>61</sup> Vgl. dazu schon den Überblick oben N 13, 28.

<sup>62</sup> Richtlinien des Hochschulrates für die Akkreditierung im Hochschulbereich vom 28. Mai 2015 (Akkreditierungsrichtlinien HFKG; AS 2015 1877).

Kontrolle und Überwachung der Qualitätssicherung durch die Hochschulinstitutionen erfolgt über das Instrument der **Akkreditierung**.<sup>63</sup> Diese kann in der Form der *institutionellen Akkreditierung* für Hochschulen oder andere Institutionen des Hochschulbereichs oder der *Programmakkreditierung* für Studienprogramme von Hochschulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs erfolgen. Die Grundvoraussetzungen für die institutionelle Akkreditierung (Art. 30 HFKG) bzw. die Programmakkreditierung (Art. 31 HFKG) werden im Gesetz festgelegt und als „Qualitätsstandards für die institutionelle Akkreditierung“ bzw. „Qualitätsstandards für die Programmakkreditierung“ in den Akkreditierungsrichtlinien HFKG ausgeführt.<sup>64</sup>

**50.** Für die vorliegend relevante **institutionelle Akkreditierung** wird in Art. 30 Abs. 1 Bst. a Nr. 1 HFKG vorausgesetzt, dass **Lehre, Forschung und Dienstleistung von hoher Qualität** sind. Diese Vorgaben werden – gestützt auf Art. 30 Abs. 2 HFKG, wonach der Hochschulrat die Voraussetzungen der Akkreditierung in Akkreditierungsrichtlinien konkretisiert – in den Akkreditierungsrichtlinien<sup>65</sup> präzisiert.<sup>66</sup>

Diese Richtlinien enthalten unter anderem die generelle Vorgabe, im Rahmen des Qualitätssicherungssystems zu gewährleisten, dass Organisationsstruktur und Entscheidungsprozesse den Hochschulinstitutionen ermöglichen, ihren Auftrag zu erfüllen und ihre strategischen Ziele zu erreichen (Anhang 1 Ziff. 2.1). Sodann soll das System eine regelmässige Evaluation der Lehr- und Forschungstätigkeit, der Dienstleistungen sowie der Ergebnisse vorsehen (Anhang 1 Ziff. 3.1). Zur Gewährleistung der ausreichenden Qualifikation des Personals entsprechend dem Typ und den spezifischen Merkmalen der Hochschulinstitutionen soll das Qualitätssicherungssystem zudem eine regelmässige Evaluation des Personals vorsehen (Anhang 1 Ziff. 4.2).

**51.** Derzeit sind in den Akkreditierungsrichtlinien keinerlei Vorgaben über die Anstellungsbedingungen des Lehr- und Forschungspersonals im Allgemeinen und der Professorinnen und Professoren im Besonderen verankert. Vielmehr liegt dem vorgesehenen Instrumentarium der Qualitätssicherung im Bereich von Lehre und Forschung – jedenfalls auf der Grundlage der geltenden Richtlinien – gewissermassen ein **output-orientierter Ansatz** zugrunde, indem etwa eine Evaluation der Aktivitäten der Hochschulinstitutionen vorgenommen wird, statt im Einzelnen organisatorische oder anstellungsbezogene Vorgaben vorzusehen.

**52.** Dieser Ansatz dürfte aber auch aufgrund des **HFKG** jedenfalls im Grundsatz zwingend sein: Zwar sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine institutionelle Ak-

---

<sup>63</sup> Vgl. hierzu bereits oben N 13, 28.

<sup>64</sup> Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 bzw. Art. 23 i.V.m. Anhang 2 Akkreditierungsrichtlinien HFKG. Vgl. zu diesem System AMSCHWAND, Qualitätssicherung, S. 87 ff.; s. auch EPINEY, Institutionelle Akkreditierung, S. 407 ff.

<sup>65</sup> Fn. 61.

<sup>66</sup> Wobei diese Präzisierungen zumindest teilweise in Anbetracht des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und der Pflicht zur Beachtung der Autonomie der Hochschulen zu weit gehen dürften. Zur Problematik EPINEY, Institutionelle Akkreditierung, S. 407 ff.; s. auch Stellungnahme Akkreditierungsrichtlinien SWIR, *passim*.

kreditierung sehr offen formuliert, so dass dem Hochschulrat beim Erlass der Akkreditierungsrichtlinien ein gewisser Gestaltungsspielraum bleibt. Jedoch legen sowohl der Wortlaut der Bestimmung als auch der Zusammenhang mit Art. 30 Abs. 2 HFKG es nahe, dass einer eigentlichen **Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professoren und Professorinnen sehr enge Grenzen** gesetzt sind:<sup>67</sup>

- Art. 30 Abs. 1 Bst. a Nr. 1 HFKG spricht lediglich von „hoher Qualität“ von Forschung und Lehre. Dies deutet klar auf einen *output*-orientierten Ansatz hin, wie er auch in den Akkreditierungsrichtlinien zugrunde gelegt wird. Bestätigt wird diese Sicht dadurch, dass die Voraussetzung der hohen Qualität von Forschung und Lehre nicht als solche im Rahmen der institutionellen Akkreditierung geprüft wird, sondern Gegenstand der Akkreditierung bzw. Akkreditierungsvoraussetzung ist die Existenz eines Qualitätssicherungssystems auf der Ebene der betreffenden Hochschule, das Gewähr für diese hohe Qualität von Forschung und Lehre bietet (vgl. die Formulierung im Einleitungssatz des Art. 30 Abs. 1 Bst. a HFKG). Somit muss die Hochschule lediglich das Bestehen eines solchen Systems darlegen. In Anbetracht der Hochschulautonomie, der recht allgemeinen Formulierungen in Art. 30 Abs. 1 Bst. a HFKG sowie der erwähnten **„Systembezogenheit“ der Akkreditierung** ist im Übrigen davon auszugehen, dass es ausreichend sein muss, wenn das Qualitätssicherungssystem **grundsätzlich geeignet** ist, die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen, während dies nicht in jedem Einzelfall dargelegt werden muss und darüber hinaus auch selbstredend keine absolute „Garantie“ verlangt werden kann, dass nicht im Einzelfall (z.B. in Bezug auf qualifiziertes Personal) gewisse Abweichungen vorkommen können. Mit dieser gesetzlichen Ausrichtung und Systematik unvereinbar wäre es vor diesem Hintergrund, im Einzelnen Fragen der Anstellung des Lehrpersonals im Allgemeinen und Einzelheiten der Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren im Besonderen zu regeln.
- Weiter ist zu beachten, dass der Hochschulrat bei der Konkretisierung des Art. 30 Abs. 1 HFKG in den Akkreditierungsrichtlinien den **„Besonderheiten und der Autonomie“ der Hochschulen „Rechnung“ zu tragen** hat (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 HFKG). Dieser Bezug auf die Autonomie der Hochschulen figuriert bereits in der Verfassung (Art. 63a Abs. 3 BV) sowie allgemein auch in Art. 5 Abs. 1 HFKG, während Art. 5 Abs. 2 HFKG ebenfalls die „Besonderheiten“ der verschiedenen Hochschultypen erwähnt, auf die Rücksicht zu nehmen ist.<sup>68</sup> Gemäss der Botschaft zum HFKG stellt die Hochschulautonomie „ein geradezu konstitutives Element für Wissenschaft und Bildung“ dar; sie gewährleistet den Hochschulinstitutionen „die nötige Freiheit, um sich in einem von Wettbewerb geprägten Umfeld

---

<sup>67</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch schon EPINEY, Institutionelle Akkreditierung, S. 407 (410 ff.), worauf die folgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen.

<sup>68</sup> Eingehend zur Hochschulautonomie EHRENZELLER, Hochschulautonomie, 210 ff.; s. hierzu auch schon oben N 22 ff.

eigenständig zu profilieren“.<sup>69</sup> Zwar kann insbesondere die Hochschulautonomie durch die Akkreditierungsrichtlinien beschränkt werden (wie übrigens auch schon die gesetzlichen Anforderungen eine Einschränkung dieser Autonomie implizieren); allerdings wird man aus der Pflicht, den Besonderheiten und der Autonomie der Hochschulen „Rechnung zu tragen“ (Art. 30 Abs. 2 HFKG) nicht nur eine Art „Kenntnisnahmepflicht“, sondern eine **inhaltliche Verpflichtung** in dem Sinn ableiten können, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Akkreditierungsrichtlinien sowohl in materieller Hinsicht als auch soweit die Verfahren betroffen sind, im **Ergebnis die Hochschulautonomie auch effektiv berücksichtigen** müssen, ein Ansatz, der sich im Übrigen auch bereits aus der Verfassung ergeben dürfte. Dies bedeutet einerseits, dass die durch die Akkreditierung implizierten Einschränkungen der Hochschulautonomie zur Verfolgung der mit ihr angestrebten Ziele geeignet und erforderlich sein müssen (womit Bezug auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz genommen wird), und andererseits, dass die Hochschulautonomie nicht ihres Wesenskerns entleert werden darf. Soweit eine allfällige **Präzisierung der materiellen Anforderungen** betroffen ist, impliziert die Hochschulautonomie in Verbindung mit den eher offenen gesetzlichen Formulierungen, dass den **Hochschulen ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen** ist, so dass eine wesentlich über die gesetzlichen Formulierungen hinausgehende und damit zu dichte Konkretisierung dieser Vorgaben nicht zulässig erscheint. Denn die Frage, was genau unter „hoher Qualität“, „qualifiziertem Personal“, „leistungsfähiger“ Hochschulorganisation und -leitung oder „angemessenen“ Mitwirkungsrechten zu verstehen ist, muss – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – durch die Universitäten selbst bestimmt werden. M.a.W. dürfen die Akkreditierungsrichtlinien zwar einen Rahmen vorgeben, der die genannten Aspekte etwas konkretisiert, so dass sich die Universitäten an diesen Rahmen halten bzw. die Qualitätssicherungssysteme so ausgestaltet sein müssen, dass sie deren Beachtung grundsätzlich sicherstellen können. Dieser Rahmen darf sich aber nur auf eine Art „Vertretbarkeitskriterien“ beziehen, wäre doch ansonsten die Hochschulautonomie gefährdet. Dieser Ansatz vermag sicherzustellen, dass einerseits die gesetzlichen Anforderungen beachtet werden, wird doch jedenfalls eine Art Plausibilitätstest zu verlangen sein, und dass andererseits die Hochschulen die eigentlichen qualitativen „Inhalte“ (z.B. hohe Qualität o.ä.) in diesem Rahmen selbst bestimmen können. Damit wird man allgemein formulieren können, dass die **Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen** zumindest in gewissen Punkten **nicht allzu detailliert** ausfallen darf, da damit ein nicht geeigneter oder ein nicht notwendiger Eingriff in die Hochschulautonomie einhergehen oder/und die Hochschulautonomie ihres Wesenskerns beraubt werden könnte. Nur diese Sicht trägt auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen sowie der effektiven Wirksamkeit der nach dem Gesetz zu gewährleistenden Hochschulautonomie Rechnung.

---

<sup>69</sup> Vgl. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4603 f.; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, S. 201 (215 f.); grundlegend auch Thesen Hochschulautonomie Rektorenkonferenzen, *passim*.

- Schliesslich und ergänzend ist zu beachten, dass gerade bei den Anstellungsbedingungen die **Kompetenzen der Kantone** betroffen sind, liegt die Regelung dieser Frage doch in ihrer Kompetenz, jedenfalls soweit die kantonalen Hochschulen betroffen sind. Zwar ist es – wie erwähnt<sup>70</sup> – nicht *a priori* ausgeschlossen, dass den gemeinsamen Organen auch Kompetenzen übertragen werden, die den Kantonen zustehen; jedoch ist es schon fraglich, ob verfassungsrechtlich eine im Gesetz vorgesehene Delegation für die Regelung auch der Einzelheiten des Anstellungsverhältnisses im Allgemeinen und der Zulässigkeit und Modalitäten der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren im Besonderen zulässig wäre;<sup>71</sup> jedenfalls aber wird man diesbezüglich wegen der Betroffenheit zentraler föderalistischer Grundsätze eine klare gesetzliche Grundlage verlangen müssen, die – wie erwähnt – nicht ersichtlich ist.

**53.** Für die Frage, ob und inwieweit es **zulässig** wäre, in den **Akkreditierungsrichtlinien Regelungen betreffend Nebenbeschäftigungen** aufzunehmen, bedeuten diese Grundsätze u.E. Folgendes, dies ausgehend von dem sich aus den vorangehenden Überlegungen ergebenden Grundsatz, dass den Hochschulen bzw. ihren Trägern bei der Bestimmung ihrer Organisationsstrukturen und der Anstellungsverhältnisse ganz allgemein ein breiter Freiraum bleiben muss:

- Jedenfalls ist ein **output-orientierter Ansatz** zugrunde zu legen, geht es doch ersichtlich im Ergebnis um die hohe Qualität, während der Weg dahin offensichtlich nicht vorgeschrieben werden soll. In einem solchen System würden allfällige Probleme aufgrund übermässiger Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren oder wegen unzureichender Abgeltung der Benutzung von Hochschulressourcen demzufolge (erst) sichtbar, wenn sie die Lehr- und Forschungstätigkeit oder die Erbringung weiterer (hochschulbezogener) Dienstleistungen kompromittieren oder entsprechende Mängel bei der Evaluation des Personals zu Tage treten würden.
- Dies bedeutet auch, dass **spezifische und konkrete Regelungen der Nebentätigkeiten nicht in den Akkreditierungsrichtlinien** verankert werden dürften. Denn dies implizierte nicht nur einen erheblichen Eingriff in die Hochschulautonomie, sondern wäre wohl auch (im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes) nicht erforderlich, da die hohe Qualität von Lehre und Forschung auf andere Weise sichergestellt werden könnte, die einen weniger weitgehenden Eingriff in die Hochschulautonomie mit sich brächte. Abgesehen davon geht es – wie erwähnt<sup>72</sup> – in Art. 30 Abs. 1 HFKG nur um das Qualitätssicherungssystem als solches, womit es nicht in Einklang stünde, in Bezug auf Anstellungsbedingungen Detailregelungen zu treffen.

---

<sup>70</sup> N 47.

<sup>71</sup> Hierzu noch N 95 ff.

<sup>72</sup> N 52.

- Allerdings ist nicht zu verkennen, dass zumindest ein Teil der mit einer Regelung der Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren verfolgten Ziele, namentlich die Bewahrung der Reputation und die Sicherung der Kapazitäten des Lehrkörpers für die Hauptaufgaben Lehre und Forschung, durchaus in **engem Zusammenhang mit der hohen Qualität von Lehre und Forschung** stehen und so vom gesetzlich vorgesehenen Qualitätssicherungssystem zumindest partiell abgedeckt sind. Insofern erscheint es *a priori* nicht ausgeschlossen, auf der Ebene der gemeinsamen Organe gewisse Anforderungen in Bezug auf die Organisation der Hochschulinstitutionen sowie die Anstellungsbedingungen des Lehrkörpers und demzufolge die Nebenbeschäftigungen vorzusehen, so dass es grundsätzlich denkbar sein dürfte, einen entsprechenden **Qualitätsstandard** in die nach dem HFKG zu erlassenden Akkreditierungsrichtlinien aufzunehmen. Dieser müsste allerdings in seiner Ausgestaltung dem erwähnten *output*-orientierten Ansatz entsprechen und somit in grundsätzlich abstrakter und offener Weise formuliert sein, dies in dem Sinn, dass die Frage der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren grundsätzlich einer Regelung zugeführt werden muss, die sicherzustellen vermag, dass die hohe Qualität von Forschung und Lehre gewahrt bzw. nicht beeinträchtigt wird. Nicht zulässig wären jedoch Vorgaben, welche die Nebenbeschäftigungen im Einzelnen regeln und den Bildungsinstitutionen und ihren Trägern in diesem Bereich nur noch einen sehr beschränkten Spielraum belassen.

Denkbar erschiene hier z.B. die Vorgabe, dass die Anstellungsbedingungen und Regelungen der Nebenbeschäftigungen des Lehrkörpers eine qualitativ hochstehende Lehre und Forschung ermöglichen müssen oder aber eine Pflicht, im Rahmen des Qualitätssicherungssystems eine regelmäßige Evaluation der Vereinbarkeit der Nebentätigkeiten des Lehrkörpers mit den Hauptverpflichtungen vorzusehen. Damit im Zusammenhang stehend könnte – zur Sicherstellung, dass überhaupt ein Evaluationsstandard geschaffen wird – u.E. auch eine generelle Pflicht statuiert werden, verbindliche Regeln in Bezug auf die Nebenbeschäftigungen zu erlassen, allenfalls unter der Vorgabe der mit solchen Vorschriften zu verfolgenden Ziele (z.B. angemessene Abgeltung der Nutzung personeller und materieller Ressourcen der Hochschulinstitution; Wahrung der Reputation; Vermeidung von Interessenskonflikten etc.). Die Zulässigkeit solcher Vorgaben im geltenden Regelungsgefüge dürfte davon abhängen, wie sich entsprechende Vorschriften in den *output*-orientierten Ansatz des bestehenden Qualitätssicherungssystems einpassen lassen und wäre gestützt auf konkrete Regelungen jeweils im Einzelnen zu prüfen. In Bezug auf private Institutionen des Hochschulbereichs wären entsprechende Regeln ebenfalls denkbar, sind doch die Ziele der Qualitätssicherung und des Reputationsschutzes hier genauso relevant. Generell aber ist festzuhalten, dass das auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben bestehende Qualitätssicherungssystem bereits aufgrund des ihm zugrundeliegenden Ansatzes keine Handhabe für eine eigentliche inhaltliche Regelung der Nebenbeschäftigungen, etwa in der Form von Vorschriften bezüglich der im Einzelnen eingesetzten Instrumente oder Einzelheiten der Zulässigkeit (z.B. Melde- und/oder Bewilligungspflicht, Abtretung der Erlöse, Benutzung der Infrastruktur, Verwendung des geistigen Eigentums etc.), bietet. Dies ist auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen, dass es hier nicht um die Frage nach dem (sinnvollen und effektiven) Einsatz öffentlicher Mittel, sondern ausschliesslich um diejenige nach der Qualität von Forschung und Lehre gehen kann.

54. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch betont, dass sich aus der **allgemeinen Zuständigkeit zur Gewährleistung der Qualitätssicherung** (Art. 12 Abs. 3 Bst. a Ziff. 2 HFKG) nichts anderes ergeben kann. Zwar könnte diese Vorschrift

es allenfalls nahelegen, gewisse qualitätsbezogene Massnahmen auch ausserhalb des bestehenden Qualitätssicherungssystems zu erlassen. In dieser Form liesse sich möglicherweise der Erlass separater, mit dem bestehenden Akkreditierungs- und Qualitätssicherungssystem nicht in Zusammenhang stehender Regelungen begründen. Dieser Option steht jedoch in der gegenwärtigen Regelungslage die Tatsache entgegen, dass das HFKG mit den Akkreditierungsvoraussetzungen von Art. 23 ff. HFKG auch bereits den regulatorischen Rahmen der Qualitätssicherung fixiert und mit der Übertragung der Befugnis zum Erlass von Akkreditierungsrichtlinien an den Hochschulrat in Art. 30 Abs. 2 HFKG auch das Instrumentarium für die Qualitätssicherung festlegt. Über diesen damit gesetzlich determinierten Rahmen kann wohl ohne spezifische rechtliche Grundlage nicht hinausgegangen werden. Bewegt man sich hingegen innerhalb des bestehenden Rahmens, der eben einen *output*-orientierten und generellen Charakter aufweist, müsste – wie dargelegt – auch dem entsprechenden Regelungsansatz gefolgt werden, der sich kaum mit einer eigentlichen inhaltlichen Regelung der Nebenbeschäftigungen vertragen würde.<sup>73</sup>

## (2) Überlegungen zum Einbezug der eidgenössischen Institutionen des Hochschulbereichs

55. In diesem Zusammenhang lässt sich weiter die Frage aufwerfen, ob und inwieweit den gemeinsamen Organen auch die Kompetenz zur Regelung organisatorischer Belange bzw. der Anstellungsbedingungen und somit der Nebenbeschäftigungen der **Eidgenössischen Technischen Hochschulen** und der anderen eidgenössischen Institutionen des Hochschulbereichs eingeräumt wird. Ausgangspunkt der Überlegungen bildet hierbei die Tatsache, dass im Grundsatz auch die ETH – mit Ausnahme der Vorschriften über die Grundbeiträge sowie die Bauinvestitions- und die Baunutzungsbeiträge – in den Anwendungsbereich des HFKG fallen und damit dem Regelungsrahmen der gemeinsamen Organe unterworfen sind (Art. 2 HFKG). Somit erstrecken sich die Tätigkeiten der gemeinsamen Organe im Grundsatz sowohl auf kantonale und private Hochschulen und andere Institutionen im Hochschulbereich als auch auf die eidgenössischen Hochschulen. Eine allfällige Regelung der Nebenbeschäftigungen in den Akkreditierungsrichtlinien hätte demzufolge grundsätzlich auch für die Eidgenössischen Technischen Hochschulen Geltung (die ebenfalls akkreditiert werden müssen). Ein Einbezug der eidgenössischen Hochschulinstitutionen dürfte auch nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Institutionen mit gleicher Aufgabe grundsätzlich geboten sein (Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV). Diesem ist jedenfalls die Vorgabe zu entnehmen, dass sich eine Ungleichbehandlung in dieser Hinsicht auf eine tatsächliche Ungleichheit abstützen müsste und zu begründen wäre.

56. Entsprechend wären die bestehenden Vorschriften zu den Nebenbeschäftigungen im ETH-Bereich mit allfälligen Bestimmungen in den Akkreditierungsrichtlinien **in Einklang zu bringen**. Anzumerken bleibt dabei, dass der Delegation der Regelungskompetenzen gegenüber den eidgenössischen Hochschulinstitutionen in der Pflicht des Bundes zum Betrieb der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Art. 63a Abs. 1 BV) eine

---

<sup>73</sup> Dazu im Einzelnen soeben N 52 f.

Schranke erwächst. Grundsätzlich dürfte diese Schwelle jedoch erst erreicht sein, wenn massgebliche Entscheidungs- und Kontrollkompetenzen in Bezug auf die Führung dieser Bildungsinstitutionen an die gemeinsamen Organe ausgelagert würden, so dass nicht mehr von einem Betrieb durch den Bund gesprochen werden könnte. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV könnte eine entsprechende Schranke jedenfalls im Grundsatz möglicherweise auch gegenüber kantonalen Hochschulinstitutionen eine gewisse Wirkung entfalten. Insoweit dürften sich aus dieser Schranke letztlich ähnliche Grenzen ableiten lassen wie in Bezug auf die kantonalen Hochschulen aus deren kantonaler Trägerschaft,<sup>74</sup> so dass auch Art. 63a Abs. 1 BV gegen die Zulässigkeit einer eigentlichen inhaltlichen Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren spricht.

57. Nimmt man nun hinsichtlich der eidgenössischen Institutionen des Hochschulbereichs wiederum die **Normenhierarchie** in den Blick,<sup>75</sup> so zeigt sich, dass sich hierbei die Vorrangsregelung zwischen den Bestimmungen für den ETH-Bereich und den allgemeinen hochschulrechtlichen Vorschriften (HFKG, ZSAV-HS, Erlasse der gemeinsamen Organe) im Unterschied zu den kantonalen Institutionen des Hochschulbereichs nicht (unbedingt) aus der Normenhierarchie ergibt, sind doch in beiden Fällen (auch) bundesrechtliche Vorschriften im Spiel. Zur Vorrangsbegründung des allgemeinen Hochschulrechts ebenfalls nicht ergiebig ist der *lex specialis*-Grundsatz, wäre doch der Vorrang demnach eher den spezifischen Regelungen mit Bezug zur ETH und nicht den allgemeinen Regeln von HFKG, ZSAV-HS oder den Erlassen der gemeinsamen Organe einzuräumen. Im geltenden Recht ist immerhin eine Heranziehung des *lex posterior*-Grundsatzes denkbar, da die Normen des Hochschulrechts (weitgehend) jünger sind als die Regelungen des ETH-Bereichs – wobei sich dies natürlich inskünftig ändern könnte. Allerdings und insbesondere kann der Vorrang allfälliger allgemeiner hochschulrechtlicher Vorschriften auf die Überlegung abgestützt werden, dass sich der Bund im Zuge der Schaffung solcher Bestimmungen im HFKG und insbesondere ihrer Verankerung in der Zusammenarbeitsvereinbarung auch gegenüber den Kantonen zum geschaffenen Regelungsregime verpflichtet hat und sich damit widersprüchlich verhalten würde, wenn die Regelungen in Bezug auf die eigenen Hochschulinstitutionen nicht entsprechend angepasst würden. Möglicherweise wäre hierin auch ein Verstoss gegen die in Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV verankerte Pflicht zu Rücksicht und Beistand zu erblicken. Treten nun dennoch inhaltliche Widersprüche auf, so könnte dies angesichts der komplexen und teilweise verzweigten Normstrukturen zu potentiell verzwickten Fragen führen: Besteht beispielsweise eine materielle Divergenz zwischen den Akkreditierungsrichtlinien auf der einen und dem ETH-Gesetz oder einer Ausführungsverordnung auf der anderen Seite, so dürfte vieles dafür sprechen, dem auf dem HFKG gestützten Recht im Ergebnis Vorrang einzuräumen, dies zumindest soweit es um das Verhältnis zu untergesetzlichen Normen geht. Immerhin sei bemerkt, dass sich diese Frage in der Praxis jedenfalls für den Bereich der

---

<sup>74</sup> Hierzu N 52.

<sup>75</sup> Zu dieser bereits oben N 47.

Nebenbeschäftigungen nicht stellen dürfte, sind die den gemeinsamen Organen hier zukommenden Kompetenzen doch sehr beschränkt.

**bb. Zu den Delegationsmöglichkeiten aufgrund der hochschulpolitischen Koordination**

**58.** Alternativ zu einem Rückgriff auf die die Qualitätssicherung betreffenden Regelungen könnte in Erwägung gezogen werden, die Zuständigkeit der gemeinsamen Organe zur Regelung der Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren auf **andere Kompetenzgrundlagen** des HFKG bzw. der ZSAV-HS abzustützen. In Betracht kommt hier im Wesentlichen eine Abstützung auf die Zuständigkeit des Hochschulrates zum Beschluss der gesamtschweizerischen hochschulpolitischen Koordination für den Hochschulbereich (Art. 12 Abs. 3 Bst. e HFKG). Dieses Vorgehen erscheint indes insoweit wenig stimmig, als das Instrument der gesamtschweizerischen hochschulpolitischen Koordination für den Hochschulbereich eine strategische Ausrichtung aufweist und somit eine Regelung von spezifischen Vorgaben zu den Anstellungsbedingungen des Lehrkörpers in diesem Rahmen kaum kohärent wäre. Auch führte eine andere Sicht im Ergebnis dazu, dass diese Delegationsnorm einen denkbar weiten und letztlich kaum präzisierbaren Anwendungsbereich hätte, was weder mit der Hochschulautonomie in Einklang stünde noch der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Anforderung eines Mindestmasses an Präzision gesetzlicher Delegationen Rechnung trüge.

**cc. Fazit**

**59.** Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass auf der Grundlage der derzeitigen Regelung im HFKG keine Bestimmung ersichtlich ist, die es einem der gemeinsamen Organe, insbesondere dem Hochschulrat, erlauben würde, eigentliche inhaltliche Vorgaben über die Zulässigkeit und Modalitäten der Ausübung von Nebenbeschäftigungen durch an kantonalen Hochschulen oder sonstigen Institutionen beschäftigte Professorinnen und Professoren zu formulieren. Zulässig wäre allerdings die Aufnahme eines (sehr) **allgemein formulierten Qualitätsstandards** in die Akkreditierungsrichtlinien.

Ganz allgemein lässt sich in diesem Zusammenhang festhalten, dass – wohl auch aufgrund der Tatsache, dass die Aufteilung der Zuständigkeiten im Bereich des Hochschulrechts zwischen Bund, Kantonen und den gemeinsamen Organen durchaus ein gewisses föderalistisches Konfliktpotential birgt – im geschaffenen Regelungsrahmen eine ausgesprochen **detaillierte Zuschreibung der Kompetenzen** vorgenommen wurde. Dies zeigt exemplarisch ein Blick auf die Formulierung von Art. 2 Abs. 2 Bst. a und b ZSAV-HS in Verbindung mit den Vorschriften des HFKG, wo die Zuständigkeiten der Schweizerischen Hochschulkonferenz sowohl als Plenarversammlung als auch als Hochschulrat bezüglich der Sachbereiche und der möglichen Instrumente (Regelungskompetenzen; Wahlrechte; Festlegung der Referenzkosten und der finanziellen Rahmenbedingungen; Anhörungsrechte; Stellungnahmen; Budgetkompetenzen; Aufsichtsrechte, etc.) im Einzelnen spezifiziert, abschliessend aufgeführt und damit eng eingegrenzt werden. Auch vor diesem Hintergrund dürfte es unverzichtbar sein, auch allfällige zusätzliche Kompetenzen zur Regelung der Anstellungsbedingungen der Professorinnen und Professoren – jedenfalls soweit sie über sehr generelle Vorgaben im Rahmen der Qualitätssicherung hinausgehen – in einer spezifischen Rechtsgrundlage im HFKG und – daran anknüpfend – in der ZSAV-HS vorzusehen.

**60.** Angesichts der Tatsache, dass die Regelungen der Zuständigkeiten der Schweizerischen Hochschulkonferenz im geltenden Recht äusserst detailliert ausgestaltet sind und neben verschiedenen weiteren Kategorien von Kompetenzen auch jene zur Formulierung von Empfehlungen ausdrücklich verankert sind (vgl. etwa Art. 12 Abs. 3 Bst. c und d HFKG), erschiene es kompetenzrechtlich problematisch, wenn diese spezifische **Empfehlungen** zur Regelung der Nebenbeschäftigungen erlassen würde. Vielmehr wäre hierfür, jedenfalls soweit solchen Empfehlungen eine – auch nur minimale – rechtliche Verbindlichkeit bzw. Wirkung zukommen sollte, etwa im Sinne, dass sie von den Adressaten in die Entscheidungsfindung mit einbezogen oder berücksichtigt werden müssten, wohl eine ausdrückliche rechtliche Grundlage erforderlich. Ausgehend vom geltenden Rechtsrahmen als zulässig zu erachten ist hingegen wohl eine einfache Informationstätigkeit der gemeinsamen Organe. In diesem Rahmen könnten beispielsweise die bestehenden Regelungen zu den Nebenbeschäftigungen an den schweizerischen Hochschulen vergleichend dargestellt und analysiert oder besonders vorbildhafte oder innovative Regelungen als sogenannte *best practices* präsentiert werden. Je nachdem, ob bei dieser Informationstätigkeit eher die behördliche Positionierung oder die selbstverwaltenden Aktivitäten der Hochschulen im Vordergrund stehen, könnte diese Aufgabe vom Hochschulrat gestützt auf die allgemeinen Informationskompetenzen des Gremiums oder/und von der Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Unterstützung der Kooperation und Koordination unter den Hochschulen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 ZSVA-HS wahrgenommen werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das sich nicht auf den ersten Blick erschliessende Verhältnis von Art. 12 Abs. 3 S. 1 HFKG zu Art. 12 Abs. 3 S. 2 HFKG: Während im ersten Satz betont wird, der Hochschulrat behandle Geschäfte, welche die „Aufgaben der Hochschulträger“ betreffen, führt der zweite Satz der Bestimmung im Einzelnen diejenigen Zuständigkeiten auf, die dem Hochschulrat durch die Zusammenarbeitsvereinbarung übertragen werden können (wobei hier auch, wie im Text erwähnt, Empfehlungen aufgeführt werden). Aufgeworfen wird damit die Frage, ob Art. 12 Abs. 3 S. 2 HFKG die (potentiellen) Kompetenzen des Hochschulrates in jeder Beziehung abschliessend umschreibt, so dass dieser über keine Geschäfte auch nur beraten dürfte, die sich nicht unter diese Bestimmung bzw. die Zusammenarbeitsvereinbarung subsumieren liessen. Nach der hier vertretenen Ansicht ginge dieser Ansatz jedoch zu weit: Denn er implizierte, dass Art. 12 Abs. 3 S. 1 HFKG gar keine Bedeutung zukäme, ganz abgesehen davon, dass ein eigentliches „Beratungsverbot“ für ein politisches Gremium wohl ausdrücklich verankert werden müsste (und im Übrigen auch sehr ungewöhnlich wäre). Auf der anderen Seite ergibt sich aus der Systematik der Vorschrift und der detaillierten Auflistung der möglichen Zuständigkeiten des Hochschulrates in Art. 12 Abs. 3 S. 2 HFKG auch, dass diese insofern grundsätzlich abschliessend sein müssen, als es um „formell“ beschlossene und an bestimmte Adressaten gerichtete Dokumente – seien diese nun rechtsverbindlicher oder nicht (direkt) rechtsverbindlicher Natur (wie Empfehlungen) – geht.

## **2. Zur Zulässigkeit einer „kriteriengebundenen Subventionierung“**

**61.** Weiter könnte in Erwägung gezogen werden, dass dem Bund (allein) aufgrund der Gewährung von Subventionen (insbesondere der Grundbeiträge) an die Kantone die Kompetenz zukommen könnte, auch Kriterien für die Verwendung dieser Gelder zu for-

mulieren und somit auch Vorgaben für die Zulässigkeit und die Modalitäten der Ausübung von Nebentätigkeiten durch Professorinnen und Professoren vorzusehen. So könnten die vom Bund zu gewährenden finanziellen Unterstützungsmittel an zusätzliche Voraussetzungen in Bezug auf die Regelung der Nebentätigkeiten durch die Hochschulträger oder die Hochschulinstitutionen geknüpft werden. Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit sich eine solche **kriteriengebundene Subventionierung** im Rahmen der geltenden rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen, Vorgaben realisieren liesse. Dazu soll zunächst kurz das im Entstehen begriffene System der Bundesfinanzierung unter dem HFKG dargestellt werden (a.), um danach die Vorgaben und Schranken bei der Verankerung solcher Kriterien im vorliegenden Kontext aufzuzeigen (b.), bevor in einem Exkurs auf die diesbezügliche Regelung in anderen Bereichen eingegangen wird (c.).

### a. Zum System der Bundesfinanzierung unter dem HFKG

**62.** Art. 63a Abs. 2 1. HS BV statuiert eine Pflicht des Bundes zur Unterstützung der kantonalen Hochschulen.<sup>76</sup> Gemeint sind die kantonalen Fachhochschulen und Universitäten, während die Pädagogischen Hochschulen trotz klarem Wortlaut der Vorschrift von der Unterstützungspflicht nicht erfasst sein sollen.<sup>77</sup> Als „Kann-Bestimmung“ formuliert ist hingegen die **Unterstützung** für weitere vom Bund „anerkannte Institutionen des Hochschulbereichs“. In diesem Fall ist von „Beiträgen“, also wohl von ausschliesslich finanzieller Beteiligung die Rede, während in Bezug auf die kantonalen Hochschulen der weiter gefasste Begriff der „Unterstützung“ Verwendung findet, womit im Grundsatz auch nichtmonetäre Formen der Unterstützung erfasst sind. Von diesen Vorgaben sowie den Zielen und Strukturprinzipien der Bildungsverfassung abgesehen, bleibt dem Gesetzgeber in der Umsetzung des Unterstützungsrahmens ein weiter Spielraum, der im HFKG konkretisiert wurde.

**63.** Zur Gewährleistung eines geordneten Übergangs vom ursprünglichen Regime von UFG und FHSG zum neuen gesetzlichen Rahmen wurde ein **gestaffeltes Inkrafttreten des HFKG** vorgesehen. Demnach trat der Hauptteil der Vorschriften (Bestimmungen zu den allgemeinen Grundsätzen, den gemeinsamen Organen, der Zulassung zu Hochschulen und der Studiengestaltung an Fachhochschulen, zu Qualitätssicherung und Akkreditierung, zu Bezeichnungs- und Titelschutz, Sanktionen und Rechtsschutz sowie zu den Kompetenzen des Bundesrates zum Abschluss internationaler Verträge) bereits auf den 1. Januar 2015 in Kraft, wogegen das Inkrafttreten der Vorschriften zur gesamtschweizerischen hochschulpolitischen Koordination und Aufgabenteilung (Kapitel 6, Art. 36 – 40), zur Finanzierung (Kapitel 8, Art. 41 – 44), zu Beitragsarten und Finanzie-

---

<sup>76</sup> Dagegen hatte die frühere Fassung der Bestimmung noch eine blosser „Kann-Bestimmung“ vorgesehen: Art. 63 Abs. 2 BV in der Fassung vom 18. April 1999.

<sup>77</sup> Stellungnahme Bundesrat Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5547, 5551; EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 26; kritisch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 8.

nung, Grundbeiträgen, Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträgen sowie projektgebundenen Beiträgen (Kapitel 8 Bundesbeiträge, Abschnitte 2 bis 5) bis zum 1. Januar 2017 aufgeschoben wurde.<sup>78</sup> Damit soll zum einen die Festlegung der zur Koordination erforderlichen Vorgaben und eines bundesrätlichen Ausführungserlasses und zum anderen eine Anpassung an die neuen finanziellen Rahmenbedingungen ermöglicht werden,<sup>79</sup> die zusätzlich durch entsprechende Übergangsbestimmungen abgedeckt wird (Anpassung der Beitragssätze und Kohäsionsbeiträge)<sup>80</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nun ausschliesslich auf die ab dem 1. Januar 2017 geltende Rechtslage.

**64.** Für die Finanzierung der Hochschulen und Hochschulinstitutionen statuiert das HFKG eine Reihe von generellen **Grundsätzen**: In Bezug auf die Höhe der Finanzleistungen der öffentlichen Hand wird festgehalten, dass *ausreichende Mittel* bereitzustellen sind, um eine Lehre und Forschung von hoher Qualität zu gewährleisten (Art. 41 Abs. 1 HFKG). Sodann wird der Bund, in Ausführung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, auf *einheitliche Finanzierungsgrundsätze* und zusammen mit den Kantonen auf eine *wirtschaftliche und wirksame Verwendung* öffentlicher Gelder verpflichtet (Art. 41 Abs. 2 und 3 HFKG). Schliesslich wird den Bildungsinstitutionen selbst die Auflage gemacht, sich um *angemessene Drittmittel* zu bemühen (Art. 41 Abs. 4 HFKG).

**65.** Konkret richtet sich die **Bemessung** der öffentlichen Finanzmittel nach dem Bedarf der Hochschulen, die der Hochschulrat unter anderem gestützt auf statistische Daten, die Kostenrechnungen sowie die Entwicklungs- und Finanzpläne der Hochschulen, die Studierendenzahlen und die Referenzkosten bestimmt, und sie erfolgt innerhalb der von der Plenarversammlung vorgegebenen finanziellen Rahmenbedingungen (Art. 42 und 43 HFKG). Den Referenzkosten als einem der zentralen Parameter der Bedarfsberechnung wohnt ein normatives Element inne, indem ihre Berechnung zwar von den tatsächlichen durchschnittlichen Kosten der Lehre ausgeht, sie aber letztlich danach bemessen werden, welche Beträge für die Aufwendungen für eine Lehre von hoher Qualität notwendig sind. Dabei wird der sogenannte Standardisierungsfaktor Forschung als korrigierendes Element einbezogen, der es erlaubt, Prioritäten zu verfolgen, hochschulübergreifende Massnahmen umzusetzen und dem Differenzierungsgebot Rechnung zu tragen (Art. 44 HFKG).<sup>81</sup>

**66.** Eines der erklärten Ziele des neuen gesetzlichen Regimes besteht darin, eine **Grundfinanzierung** der kantonalen Universitäten und Fachhochschulen sicherzustellen.<sup>82</sup> Damit sollten die Unsicherheiten in der Finanzplanung insbesondere für die kantonalen Universitäten beseitigt werden, da für diese nach dem bisherigen Finanzierungsmo-

---

<sup>78</sup> Art. 81 Abs. 2 HFKG i.V.m. Bundesratsbeschluss vom 12. November 2014.

<sup>79</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4614; Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5485 u. 5509.

<sup>80</sup> Art. 72 und Art. 74 HFKG.

<sup>81</sup> Vgl. auch Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4617 und 4655.

<sup>82</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4619 f.

dell nur Finanzhilfen vorgesehen waren, auf die kein Anspruch bestand und die Schwankungen unterworfen waren. Stattdessen sollte eine stabile Planungsgrundlage geschaffen werden.<sup>83</sup> Zentrales Instrument zur Gewährleistung dieser Stabilität sind die sogenannten **Grundbeiträge**, welche einen fixen Beitragssatz des Gesamtbetrags der Referenzkosten umfassen und damit zur Deckung der Betriebsaufwendungen beitragen.<sup>84</sup> Demzufolge werden die Ausgaben im Bereich der Grundfinanzierung auf Bundesebene zu gebundenen Ausgaben.<sup>85</sup> Die Bemessung der Grundbeiträge richtet sich nach den Leistungen der Hochschulinstitutionen in Lehre und Forschung. Sie geht von den Referenzkosten aus (welche sich auf Normkosten pro Studentin bzw. pro Student beziehen) und wird – für die Lehre – anhand einer Reihe von kollektiven Leistungsparametern (Studierende, Studienabschlüsse, Studiendauer, Betreuungsverhältnisse, Verteilung auf die Disziplinen und Fachbereiche, Qualität der Ausbildung) der Bildungseinrichtungen berechnet.<sup>86</sup> Der Anteil Forschung soll nach den Forschungsleistungen und der Akquisition von Drittmitteln bemessen werden.<sup>87</sup> Ein Teil des Gesamtbetrages wird schliesslich nach dem Anteil der ausländischen Studierenden berechnet.<sup>88</sup> Die Festlegung der Anteile zwischen den unterschiedlichen Bemessungskategorien und die Gewichtung der Kriterien erfolgt durch den Bundesrat, dem somit in der Bestimmung der Beitragshöhe trotz einer weitergehenden Objektivierung durch einzelne Kriterien ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>89</sup> Institutionen des Hochschulbereichs, die nicht Hochschulen sind, können vom zuständigen Bundesamt Leistungsaufträge im Rahmen von Leistungsvereinbarungen erteilt bekommen oder feste Beiträge an den Betriebsaufwand erhalten.<sup>90</sup>

**67.** Daneben besteht zudem die Möglichkeit, den Hochschulinstitutionen **Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträge** für den Erwerb, die langfristige Nutzung, die Erstellung oder die Umgestaltung von Bauten, die der Lehre, der Forschung oder anderen Hochschulzwecken zugutekommen, auszurichten.<sup>91</sup>

**68.** Als dritte Kategorie von Bundesbeiträgen sind schliesslich **projektgebundene Beiträge** vorgesehen, die für „Aufgaben von gesamtschweizerischer hochschulpolitischer Bedeutung“ vergeben werden können, beispielsweise für Kompetenzzentren, die von mehreren Hochschuleinrichtungen gemeinsam getragen werden, für international

---

<sup>83</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4692.

<sup>84</sup> Art. 49 ff. HFKG.

<sup>85</sup> Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4619; vgl. auch EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 30.

<sup>86</sup> Art. 51 Abs. 2 HFKG.

<sup>87</sup> Art. 51 Abs. 3 HFKG.

<sup>88</sup> Art. 51 Abs. 4 HFKG.

<sup>89</sup> Derzeit sind die Arbeiten im Hinblick auf die genaue Festlegung der Berechnung der Grundbeiträge im Gange. Es ist zu erwarten, dass sie bis Anfang 2016 abgeschlossen werden können.

<sup>90</sup> Art. 53 HFKG.

<sup>91</sup> Art. 54 – 58 HFKG.

herausragende Programme, aber auch für bestimmte thematische Schwerpunkte, wie namentlich die Förderung der Mehrsprachigkeit, der Chancengleichheit und tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau oder der nachhaltigen Entwicklung.<sup>92</sup>

**69.** Generell zeigt sich eine sehr **weitgehende und detaillierte gesetzliche Abstützung** und Determinierung der geplanten Subventionierungsinstrumente. Das HFKG nennt nicht nur die Grundsätze zur Ausrichtung dieser Unterstützungsleistungen, die Voraussetzungen für die Beitragsberechtigung seitens der Hochschulinstitutionen, die Beitragskategorien, die Verwendungszwecke der Beiträge sowie teilweise die Beitragssätze, sondern enthält auch detaillierte Vorgaben etwa zur Festlegung des Finanzierungsbedarfs oder zur Bemessung der Höhe der Grundbeiträge. Jedenfalls in Bezug auf die Parameter der Grundbeiträge und wohl auch der Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträge mit ihrer detailreichen Umschreibung der Gewährungsbedingungen geht die Regelungsdichte der gesetzlichen Vorschriften damit wohl über das vom Legalitätsgrundsatz geforderte Mass hinaus. Der Grund für diese weitgehende Spezifikation der Rahmenbedingungen der Bundessubventionierung dürfte einerseits darin zu erblicken sein, dass ein aus föderalistischer Perspektive potentiell heikler Sachbereich betroffen ist und man somit bestrebt war, den gefundenen, austarierten Finanzierungskompromiss möglichst umfassend gesetzlich zu verankern. Andererseits ist der hohe Detaillierungsgrad als Resultat des Bestrebens zu betrachten, gegenüber den Hochschulträgern und den Institutionen des Hochschulbereichs für zusätzliche Planungssicherheit und Finanzierungsstabilität zu sorgen.<sup>93</sup>

**70.** Die **subventionsrechtliche Qualifikation** der vorgesehenen Finanzierungsinstrumente fällt unterschiedlich aus: In Abgrenzung zu Abgeltungen, die zur Milderung oder zum Ausgleich einer dem Empfänger bundesrechtlich vorgeschriebenen oder delegierten Aufgabe ergehen, handelt es sich vorliegend – jedenfalls im Grundsatz – um Finanzhilfen, das heisst um Subventionen, die dem Empfänger gewährt werden, um die Erfüllung einer selbstgewählten Aufgabe – hier die Erbringung der Verwaltungsaufgabe Hochschulbildung und –forschung – zu fördern oder zu erhalten.<sup>94</sup> Diese Gewährung finanzieller Mittel verfolgt den Zweck, die Erbringung dieser Leistung allgemein zu fördern und anzuregen (Grundbeiträge, Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträge) bzw. bestimmte Tätigkeiten in diesem Sachbereich gezielt zu fördern (projektgebundene Beiträge). Sodann sind sämtliche der drei Subventionsmechanismen als *ex-ante Subventionen* zu qualifizieren, bei welchen Gesuchstellung und Entscheid zur Beitragsgewährung der Leistungserbringung zeitlich vorgelagert sind.<sup>95</sup> Da die Grundbeiträge sowie die Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträge voraussetzen, dass sich neben dem Bund auch die Trägerkantone

---

<sup>92</sup> Art. 59 – 61 HFKG.

<sup>93</sup> Vgl. dazu bereits oben N 66.

<sup>94</sup> Vgl. Abgrenzung gemäss Art. 3 Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz (SuG; SR 616.1); vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 453; MÖLLER, Subventionen, S. 26 f.; zur Qualifikation unter dem HFKG vgl. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4620 u. 4657 f.

<sup>95</sup> Vgl. dazu allgemein MÖLLER, Subventionen, S. 39 f.; STÖRI, Verhaltenssteuerung, S. 30 f.

als Subvenienten auftreten, liegen hierbei multipolare Subventionsverhältnisse oder sogenannte *Kopplungssubventionen* vor, während die projektgebundenen Beiträge je nachdem, ob auch die Trägerkantone einen Beitrag zu leisten haben, ebenfalls als multipolares oder eben als bipolares Subventionsverhältnis zu qualifizieren sind.<sup>96</sup> In unserem Zusammenhang interessiert schliesslich insbesondere die Qualifikation der Beiträge als *Anspruchssubventionen*, auf die bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht oder umgekehrt als *Ermessenssubventionen*, wobei die Beitragsausrichtung im Entschliessungsermessen der zuständigen Behörde liegt.<sup>97</sup> Entscheidend ist diese Zuordnung insbesondere für den Rechtsweg, da lediglich für Subventionen, auf die Kantons- oder Bundesrecht einen Anspruch einräumt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden kann.<sup>98</sup> Vorliegend sind nun sowohl die Grundbeiträge als auch die Bauinvestitions- und Baunutzungsbeiträge als Anspruchssubventionen zu qualifizieren,<sup>99</sup> wogegen dem Hochschulrat als für die Ausrichtung zuständige Behörde in Bezug auf projektgebundene Beiträge der Entscheid über das „ob“ der Subventionsgewährleistung eingeräumt wird, womit diese als Ermessenssubvention zu qualifizieren sind.<sup>100</sup>

## b. Vorgaben und Schranken der kriteriengestützten Subventionierung

**71.** Nachdem das **Legalitätsprinzip** gemäss Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich auch in der Leistungsverwaltung zur Anwendung gelangt,<sup>101</sup> kommt ihm auch im Bereich der Subventionen Geltung zu. Generell wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichts festgehalten, dass die Anforderungen an Normstufe und Normdichte im Bereich der Leistungsverwaltung im Grundsatz tiefer anzusetzen seien als in der Eingriffsverwaltung.<sup>102</sup> In Bezug auf staatliche Leistungen hält das Bundesgericht fest, dass zumeist eine spezi-

---

<sup>96</sup> Art. 50 und 56 bzw. 59 Abs. 3 HFKG; hierzu allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 456; MÖLLER, Subventionen, S. 38; STÖRI, Verhaltenssteuerung, S. 24 ff.

<sup>97</sup> Vgl. hierzu etwa MÖLLER, Subventionen, S. 43 ff.; SCHAERER, Subventionen, S. 173 ff.

<sup>98</sup> Art. 83 Bst. k BGG; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 455.

<sup>99</sup> S. auch schon N 62, 64 ff.

<sup>100</sup> Zwar muss das Vorliegen einer „Kann-Bestimmung“, wie sie in Art. 59 Abs. 1 HFKG verwendet wird, nicht unter allen Umständen auf eine Ermessenssubvention schliessen lassen (vgl. hierzu insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts: BGE 118 V 16, 19; BGE 116 V 318, 320); in der vorliegenden Konstellation ist jedoch insbesondere aufgrund der vergleichsweise offenen Formulierung des Verwendungszwecks (Art. 59 Abs. 2 HFKG) von einer Ermessenssubvention auszugehen.

<sup>101</sup> BGE 134 I 313, 318; 130 I 1, 5; 128 I 113, 120 sowie bereits BGE 103 Ia 369, 380 ff.; statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 26 u. 95; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 145 ff.; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 40.

<sup>102</sup> Vgl. etwa BGE 138 I 378, 392; 125 I 182, 193; siehe hierzu bereits SCHAERER, Subventionen, S. 88 ff.

algesetzliche Normierung erforderlich sei, wobei Stufe und Bestimmtheitsgrad des erforderlichen Rechtssatzes von der Art der Materie abhängen. Insbesondere bei regelmässig wiederkehrenden Leistungen stellten sich Fragen hinsichtlich Gleichbehandlung, Voraussehbarkeit und Gewaltenteilung, die es erforderlich machten, zumindest die Grundzüge der staatlichen Leistungen im Gesetz zu regeln.<sup>103</sup> Dazu gehören namentlich der Kreis der Leistungsempfänger, das Verfahren zur Festlegung der Leistung sowie die Leistungsvoraussetzungen, während die Einzelheiten der Leistungsgewährleistung auch in einer Verordnung geregelt werden können.<sup>104</sup> Für die vorliegende Fragestellung bedeuten diese Anforderungen, dass ein allfälliges zusätzliches Kriterium für die Gewährung von Bundessubventionen in der Form von anstellungsrechtlichen Anforderungen jedenfalls seinem Grundsatz nach auf Gesetzesebene vorgesehen werden müsste. Dies gilt umso mehr, als das HFKG die Subventionsvoraussetzungen aufgrund der föderalistischen Sensibilitäten und zur Sicherstellung der Planungssicherheit heute in vergleichsweise hoher Normdichte regelt<sup>105</sup> und eine ausdrückliche Regelung somit einerseits zur Einhaltung dieser Regelungsziele und andererseits aus Gründen der Regelungskohärenz erforderlich ist. Schliesslich spricht für diesen Ansatz, dass das System des HFKG davon ausgeht, dass für die Frage der grundsätzlichen Beitragsberechtigung ausschliesslich (soweit die Anforderungen an die Hochschule betroffen sind) die institutionelle Akkreditierung massgeblich ist (Art. 45 Abs. 1 Bst. a HFKG).<sup>106</sup> Die Voraussetzungen für die Akkreditierung werden in Art. 27 ff. HFKG formuliert. Diesem System würde es zuwiderlaufen, wenn man dem Bund zugestünde, dass er allein aufgrund der Subventionsgewährung weitere (über Art. 45 Abs. 1 HFKG hinausgehende) Voraussetzungen für die Beitragsberechtigung aufstellen dürfte.

**72.** Weiter sind vorliegend auch die **verfassungsrechtlichen Grundlagen** von Bedeutung,<sup>107</sup> denn die **Auslegung** der erwähnten Bestimmungen des HFKG hat **verfassungskonform** zu erfolgen,<sup>108</sup> so dass sie nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie nicht durch die einschlägige Kompetenzgrundlage in der Verfassung gedeckt wären. Zentrales Element für die Beurteilung der Frage nach der Zulässigkeit der Verankerung entsprechender Kriterien auf Bundesebene ist ihre Vereinbarkeit mit den **kompetenzrechtlichen Grundlagen** staatlichen Handelns. Bei der Gewährung von Finanzhilfen an kantonale Hochschulen und andere Institutionen des Hochschulbereichs stützt sich der Bund auf **Art. 63a Abs. 2 BV**, welcher ihm eine Unterstützungskompetenz einräumt und in Bezug auf die kantonalen Hochschulen eine Unterstützungspflicht auferlegt. Diese Unterstützungszuständigkeit umfasst auch Rechtssetzungskompetenzen zur rechtssatzmässigen Erfassung und Abstützung der Subventionstätigkeit. Aus dem Legalitätsprinzip ergibt

---

<sup>103</sup> BGE 118 Ia 46, 61 f.; 134 I 313, 318.

<sup>104</sup> BGE 134 I 313, 318.

<sup>105</sup> Dazu oben N 62 ff.

<sup>106</sup> Hierzu z.B. EPINEY/KERN, Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs, S. 29 ff.; s. auch EPINEY, Institutionelle Akkreditierung, S. 407 ff.

<sup>107</sup> Vgl. insoweit auch noch N 95 ff.

<sup>108</sup> Zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung nur, m.w.N., TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 150 f.

sich die Vorgabe, diese Gesetzgebungskompetenzen auch tatsächlich zu nutzen und einen entsprechenden Rechtsrahmen für die Subventionsgewährleistung zu schaffen. Dieser Pflicht ist die Bundesversammlung mit dem Erlass von Art. 41 – 61 HFKG nachgekommen. Diese Gesetzgebungskompetenz ist nun jedoch notwendigerweise beschränkt: Weder kann sie dazu genutzt werden, Belange in anderen – auch möglicherweise verwandten – Sachbereichen zu regeln noch darf sie zur Regelung von Gegenständen herangezogen werden, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Gewährung der Unterstützungsleistung stehen. Andernfalls könnte dies dazu führen, dass sich der Bund über die verfassungsrechtlich eingeräumte Unterstützungskompetenz umfassendere Zuständigkeiten zur (indirekten) Rechtssetzung zuschreibt, welche gemäss der Verfassungsordnung gerade den Kantonen verbleiben sollten. Damit würde letztlich die Gefahr einer Umgehung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenzordnung geschaffen. Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand bedeutet dies nun, dass dem Bund nicht über die Kompetenz verfügt, in der Form von Kriterien für Bundessubventionen Sachbelange zu regeln, die aufgrund der Kompetenzverteilung gemäss der Bundesverfassung den Kantonen zukommen.

**73.** Darüber hinaus müssen auch bei der Gewährung der Bundessubventionen und damit bei der allfälligen Vorgabe zusätzlicher Subventionsvoraussetzungen die in Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV verbrieften **Grundsätze der Rücksicht auf die Autonomie der Hochschulen und ihre unterschiedlichen Trägerschaften** berücksichtigt werden.<sup>109</sup> Diese gebieten Zurückhaltung bei Eingriffen in die inhaltlichen, aber auch in die organisatorischen Zuständigkeiten der Hochschulträger und der Hochschulen. Die Schwere des Eingriffs in die Autonomie ist in Bezug auf die vorliegende Fragestellung als umso bedeutender zu betrachten, als die Hochschulträger und die Hochschulen auf die entsprechenden Finanzmittel angewiesen sind. Aus dieser Perspektive scheint es beispielsweise durchaus zulässig, die projektgebundenen Beiträge an eine bestimmte organisatorische (bspw. die Förderung der Mitwirkung der Studierenden) oder thematische (bspw. Förderung der nachhaltigen Entwicklung oder der Chancengleichheit)<sup>110</sup> Ausrichtung zu knüpfen, um damit inhaltliche Impulse zu geben und Entwicklungen zu fördern, da es den Hochschulen (bzw. den Hochschulträgern) letztlich freigestellt ist, auf die Finanzmittel zu verzichten. Würden entsprechende (oder anderweitige) Voraussetzungen jedoch an die Gewährung der Grundbeiträge geknüpft, so können Hochschulträger bzw. Hochschulen realistischerweise kaum auf ihre Einhaltung verzichten, womit sie einen weitergehenden Eingriff in die Autonomie bedeuteten.

---

<sup>109</sup> In diesem letzten Punkt unterscheiden sich die Vorgaben gegenüber kantonalen oder privaten Hochschulinstitutionen von der aktuellen Regelung bezüglich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen, für die Träger und Gesetzgeber zusammenfallen, womit das Gebot der Rücksichtnahme jedenfalls für Bundesregelungen hinfällig wird. Insoweit wäre es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Detaillierungsgrad der dargestellten Regelungen in Bezug auf Leitung und Lehrkörper der ETHs weiter geht als jener, welchen die gemeinsamen Organe in Bezug auf die kantonalen oder privaten Hochschulinstitutionen erlassen dürften; vgl. dazu schon N 32 ff.

<sup>110</sup> Art. 59 Abs. 2 Bst. e, f und g HFKG.

74. Teilweise in Zusammenhang mit den obgenannten Prinzipien ist schliesslich auch der nun in Art. 5a BV ausdrücklich verbrieft **Subsidiaritätsgrundsatz** zu beachten. Der Anwendungsbereich des Grundsatzes erstreckt sich in dieser Form auf die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben, beschlägt also einzig die staatliche Ebene und nicht das Verhältnis zwischen Individuum und Staat.<sup>111</sup> Vorliegend von Bedeutung ist die Dimension des Grundsatzes für die Ausübung von Kompetenzen, die den Bundesgesetzgeber in verbindlicher, wenn auch wohl nicht justiziablem Art und Weise dazu verpflichtet, von seinen Befugnissen schonenden Gebrauch zu machen.<sup>112</sup> Ähnliches ergibt sich auch aus der Pflicht zu Rücksicht und Beistand zwischen Bund und Kantonen gemäss Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV, wonach beiden Ebenen des föderalen Staates eine Pflicht zur schonenden Kompetenzausübung zukommt.<sup>113</sup> Für die Formulierung von allfälligen Voraussetzungen für die Ausrichtung von Bundessubventionen an die Hochschulinstitutionen lässt sich hieraus bei aller Schwierigkeit der Konkretisierung jedenfalls ableiten, dass das unter geltendem Recht bestehende Gefüge von Bundes- und Kantonskompetenzen nicht gestützt auf die finanziellen Möglichkeiten des Bundes in dessen Interesse ausgeweitet werden darf. Der Bund hat sich mit anderen Worten auch bei der Ausgestaltung der Subventionstätigkeit im bundesstaatlichen Interesse eine gewisse Zurückhaltung in der Ausübung seiner Kompetenzen aufzuerlegen.

75. Deutlich wird damit insgesamt, dass das geltende Recht **dem Bund nicht erlaubt**, die Gewährung der Grundbeiträge von einer bestimmten Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren abhängig zu machen:

- Hierfür **fehlt** schon die **gesetzliche Grundlage**. Diese könnte zwar auf den ersten Blick in den Bestimmungen des HFKG zur Subventionierung der Hochschulen gesehen werden, die es dem Bund auch erlauben könnten, die Gewährung der Subventionen an gewisse Voraussetzungen zu knüpfen. Allerdings verlangt das Legalitätsprinzip – wie dargelegt – eine entsprechende ausdrückliche Regelung, die nicht ersichtlich ist. Eine Art „implizite Ermächtigung“ an den Bund, allein aufgrund der gesetzlich verankerten Subventionsgewährung auch alle denkbaren Bedingungen an diese knüpfen zu können, wäre weder mit dem Legalitätsprinzip noch mit sonstigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar.
- Aber auch darüber hinaus ist es fraglich, ob eine Verknüpfung der Subventionsgewährung an die Erfüllung bestimmter Auflagen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang stünde. Zwar mag vertreten werden, dass bei bundesrechtlich gewährten Subventionen jeweils auch eng mit diesen im Zusammenhang stehende Fragen geregelt werden könnten. Jedoch wären jedenfalls konkrete Anfor-

---

<sup>111</sup> BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5a N 8.

<sup>112</sup> BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5a N 7 u. 29; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5a N 11 u. 13.

<sup>113</sup> Vgl. etwa WALDMANN/KRAEMER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 44 N 19.

derungen an Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren als Voraussetzung für die Gewährung von Bundessubventionen an die kantonalen Hochschulen oder die anderen Institutionen des Hochschulbereichs als generelle organisatorische Regelungen mangels sachlicher Nähe zum Subventionsziel, aufgrund des fehlenden Bezugs zu den Modalitäten der Finanzleistung oder der Mittelverwendung sowie wegen ihrer intensiven Rückwirkungen auf die Autonomie der Hochschulen und die kantonalen Regelungskompetenzen **aus kompetenzrechtlichen Gründen als unzulässig** zu betrachten. Für diesen Schluss sprechen darüber hinaus auch die Rücksicht auf die Hochschulautonomie und die unterschiedlichen Trägerschaften gemäss Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV sowie das Subsidiaritätsprinzip in seiner bundesstaatlichen Ausprägung nach Art. 5a BV, das eine schonende Kompetenzausübung des Bundes verlangt.

Allgemein kann die Frage, inwieweit bestimmte Voraussetzungen für die Subventionsgewährleistung durch den Bund im Hochschulbereich im geltenden (verfassungs-)rechtlichen Rahmen zulässig sind, jedoch kaum pauschal beantwortet werden und muss demzufolge gestützt auf eine **Einzelfallbeurteilung** bestimmt werden. Neben der Einhaltung der obgenannten allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben sind hierbei insbesondere drei Kategorien von Faktoren entscheidend: (i.) Natur, Umfang und Bedeutung der zugrundeliegenden Subvention, (ii.) die sachliche Nähe der Anforderungen zum Verwendungszweck der Subvention sowie (iii.) der Bezug zu den Modalitäten der Finanzleistung und der Mittelverwendung. Demzufolge sind beispielsweise entsprechende Voraussetzungen eher zulässig bei Ermessenssubventionen, wo der Behörde ohnehin ein gewisser Entscheidungsspielraum zukommt, bei einmalig ausgerichteten Leistungen, bei Subventionen von geringerem Umfang oder bei Unterstützungsleistungen, auf welche der Empfänger nicht unbedingt angewiesen ist. Sodann sind Kriterien umso eher als zulässig zu erachten, wenn sie im selben Sachbereich situiert sind, den auch der Verwendungszweck beschlägt, sowie schliesslich, wenn etwa die Modalitäten der Verwendung der zugeteilten Finanzmittel geregelt werden.

Wenn generelle Aussagen zur Zulässigkeit bestimmter Voraussetzungen für Bundessubventionen im vorliegenden Kontext nach dem Gesagten auch schwierig sind, so kann dennoch versucht werden, beispielhaft einige mögliche Klauseln im Hochschulbereich auf ihre Zulässigkeit hin zu kategorisieren: Weitgehend unproblematisch und damit in der Regel **zulässig** scheinen etwa Vorgaben bezüglich des Kreises der Beitragsempfänger; des Verwendungszweckes der zugeteilten Mittel; Anforderungen an den damit zu finanzierenden Gegenstand; Voraussetzungen an die Kostenbeteiligung des Hochschulträgers, Dritter oder Eigenleistungen der Hochschulen; Bestimmungen in Bezug auf die Mittelverwendung oder Vorgaben bezüglich der Berichterstattung über die Mittelverwendung. Problematischer und deshalb **grundsätzlich unzulässig** können hingegen Bedingungen sein, die sich auf die engere inhaltliche Ausrichtung der Hochschulinstitutionen beziehen (zu denken ist etwa an die Vorgabe, bestimmte Themen zu bearbeiten oder gar bestimmte Meinungen zu vertreten), konkrete Anforderungen in Bezug auf Personal- oder Organisationsentscheidungen zum Gegenstand haben oder andere Sachbereiche oder Organisationseinheiten als die von den Mitteln betroffenen berühren.

**76.** Wenn der Bund somit keine rechtlich verbindlichen Vorgaben für Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren allein aufgrund der Beitragsgewährung formulieren darf, hindert ihn das jedoch nicht daran, **Empfehlungen** auszusprechen, die sich z.B. an die Trägerkantone, aber auch an die Rektorenkonferenz richten können. Jedoch darf solchen Empfehlungen keine – auch nur minimale – rechtliche Verbindlichkeit oder Bedeutung zukommen, etwa im Sinne, dass sie von den Adressaten in die Entscheidungs-

findung mit einbezogen oder berücksichtigt werden müssten oder ihre Erfüllung darzulegen wäre. Erst recht dürfen an die Nichterfüllung solcher Empfehlungen keine rechtlichen Konsequenzen – etwa ein Reduktion des Grundbeitrags oder eine verspätete Auszahlung – geknüpft werden.

### c. **Exkurs: zu den bundesrechtlichen „Subventionskriterien“ in anderen Politiken**

77. Der Bund subventioniert die Wahrnehmung kantonaler (öffentlicher) Aufgaben nicht nur im Hochschulbereich, sondern auch in anderen Bereichen. Insofern stellen sich hier ähnliche Fragen, so dass im folgenden Exkurs die Rechtslage in einigen dieser Politiken skizziert werden soll.

#### aa. **Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung**

78. Mit dem Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung<sup>114</sup> hat der Bund die Grundlage für ein Impulsprogramm zur Schaffung von **familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder** geschaffen. Ziel der dazu ausgerichteten Finanzhilfen ist es, Eltern eine bessere Vereinbarkeit von Arbeit und Ausbildung zu ermöglichen. Zu diesem Zweck können während maximal drei Jahren Finanzhilfen an Kindertagesstätten, Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung, Koordinationsstrukturen sowie für Projekte mit Innovationscharakter in diesem Bereich ausgerichtet werden. Das Programm war ursprünglich auf acht Jahre befristet, ist jedoch später um weitere fünf Jahre bis Ende 2015 und letztlich bis Ende 2019 verlängert worden, wobei jeweils zusätzliche Mittel gesprochen wurden.<sup>115</sup>

79. Der Erlass stützt sich auf die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundes zur Unterstützung von Massnahmen zum Familienschutz (Art. 116 Abs. 1 Satz 2 BV). Diese Bundeszuständigkeit beinhaltet keine umfassende Gesetzgebungskompetenz, sondern erlaubt nur den Erlass von Vorschriften in Bezug auf die Unterstützungstätigkeiten des Bundes.<sup>116</sup> Zudem steht es dem Bund gestützt auf diese Grundlagen einzig zu, Massnahmen durch Dritte zu fördern, nicht hingegen selbst Massnahmen zu ergreifen.<sup>117</sup> Zu den kantonalen Kompetenzen schafft die Verfassungsgrundlage eine **parallele Zuständig-**

---

<sup>114</sup> Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 4. Oktober 2002 (SR 861).

<sup>115</sup> Art. 8 Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung; AS 2011 307; AS 2015 513; Verpflichtungskredite: BBl 2003 410; BBl 2006 8661; BBl 2010 1851; BBl 2015 1385.

<sup>116</sup> AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 116 N 7; MADER/HÜRZELER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 116 N 8.

<sup>117</sup> AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 116 N 7; MADER/HÜRZELER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 116 N 8; GÄCHTER/FILIPPO, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 116 N 7.

**keit**, weshalb die kantonalen Befugnisse in diesem Bereich nicht verdrängt, sondern lediglich ergänzt werden.<sup>118</sup> Vergleichend lässt sich somit sagen, dass Art. 116 Abs. 1 Satz 2 BV ebenso wie Art. 63a Abs. 2 BV eine Unterstützungskompetenz des Bundes begründet, diese jedoch im Unterschied zu jener des Hochschulbereichs als „Kann-Bestimmung“ formuliert ist, weshalb dem Bund vorliegend keine Unterstützungspflicht zukommt.

**80.** Ausgerichtet wird die finanzielle Unterstützung somit in der Form von Finanzhilfen, die als **Ermessenssubventionen** ausgestaltet sind, auf die also auch bei Vorliegen der Subventionsvoraussetzungen kein Anspruch besteht. Für Kindertagesstätten und Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung wird eine bestimmte Trägerschaft, die langfristige Finanzierung sowie die Einhaltung der kantonalen Qualitätsstandards vorausgesetzt.<sup>119</sup> Für die Unterstützung der Koordination der Betreuung in Tagesfamilien wird entweder eine Verwendung der Mittel für die Koordination und die Professionalisierung der Betreuung in Tagesfamilien oder die Förderung der Ausbildung von Tagesfamilien verlangt.<sup>120</sup> Finanzhilfen für innovative Projekte schliesslich können gewährt werden für Projekte mit Modellcharakter, die vom zuständigen Kanton oder der Gemeinde finanziell unterstützt werden und sofern diese sich verpflichten, diese Unterstützung auch nach Erhalt der Bundessubventionen aufrechtzuerhalten.<sup>121</sup>

**81.** Die vorliegend interessierenden, im Übrigen allesamt gesetzlich fixierten, **Subventionierungskriterien** haben demzufolge folgende Aspekte zum Gegenstand: Anforderungen an die Trägerschaft, Gewährleistung der finanziellen Verlässlichkeit, Qualitätsanforderungen (Verweis auf kantonale Standards, Modellcharakter), Abgrenzung der zu fördernden Aktivitäten sowie zusätzliche Beteiligung der Gemeinwesen (Kopplungssubventionen). Damit zeigt sich einerseits ein enger sachlicher Konnex zwischen dem Förderungszweck und dem Förderungsgegenstand der Finanzhilfen und den Voraussetzungen zu ihrer Gewährung. Andererseits wird, gerade beim Abstellen auf die kantonalen Qualitätsstandards, eine gewisse Zurückhaltung des Bundes sichtbar, im Zusammenhang mit Subventionen in Sachbereichen legislatorisch tätig zu werden, die eigentlich oder weitgehend in der Kompetenz der Kantone liegen.

## **bb. Natur- und Heimatschutz**

---

<sup>118</sup> MADER/HÜRZELER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 116 N 8; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 116 N 7; GÄCHTER/FILIPPO, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 116 N 7.

<sup>119</sup> Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung; zur Einhaltung der Vorgaben der Pflegekinderverordnung des Bundes (SR 211.222.338); vgl. Bericht SGK-N Anstossfinanzierung, BBl 2002 4219, 4241.

<sup>120</sup> Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung.

<sup>121</sup> Art. 3 Abs. 3 Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung; Botschaft Änderung Finanzhilfen familienergänzende Kinderbetreuung, BBl 2010 1627, 1648.

**82.** Wie Art. 78 Abs. 1 BV deklaratorisch betont, fällt der Natur- und Heimatschutz im Grundsatz in die **Zuständigkeit der Kantone**. Im gleichen Zug werden dem Bund jedoch einigermassen umfangreiche Kompetenzen im Arten- und Biotopschutz (Abs. 4) sowie – vorliegend von Interesse – eine Unterstützungskompetenz für Bestrebungen im Natur- und Heimatschutz sowie die Zuständigkeit zu Erwerb oder Sicherung von Objekten von gesamtschweizerischer Bedeutung eingeräumt (Abs. 3).

**83.** Die Unterstützungskompetenz bezieht sich wiederum vorwiegend auf finanziellen Beistand. Umgesetzt wird sie in Art. 13 ff. NHG<sup>122</sup>, wonach **Finanzhilfen** zur Erhaltung von schützenswerten Objekten, Beiträge an Naturschutzorganisationen und für Forschungsvorhaben, für Aus- und Weiterbildung oder für Öffentlichkeitsarbeit ausgerichtet werden und Errichtung, Betrieb und Qualitätssicherung von Parks von nationaler Bedeutung finanziell unterstützt werden können. Die Bundesbefugnis hat insofern „akzessorischen“<sup>123</sup> Charakter, als sie die Massnahmen anderer Aufgabenträger unterstützt, aber keine Grundlage für ein selbstständiges Tätigwerden des Bundes darstellt. Für den Bereich der Finanzierung bzw. der Unterstützung handelt es sich um eine parallele Kompetenz, welche die primären Zuständigkeiten der Kantone im Natur- und Heimatschutz und in der Denkmalpflege nicht einschränkt.<sup>124</sup>

**84.** Die **Ausrichtung der Finanzmittel** an die Kantone erfolgt grundsätzlich im Rahmen der bewilligten Kredite auf der Grundlage von Programmvereinbarungen und in Form von globalen Finanzhilfen.<sup>125</sup> Die Finanzhilfen an andere Empfänger, Organisationen oder Aufgabenträger im Bereich der Forschung, Ausbildung und Öffentlichkeitsarbeit werden einzeln gewährt.<sup>126</sup> Neben den Grundsätzen der Beitragsbemessung, der Qualifikation beitragsberechtigter Aufwendungen, den Auszahlungsmodalitäten oder den Anforderungen an die Berichterstattung und Kontrolle regelt die Verordnung insbesondere auch mögliche Nebenbestimmungen für die Zusicherung einer Finanzhilfe für ein bestimmtes Objekt. Diese kann Auflagen und Bedingungen etwa bezüglich Schutzdauer, Erhaltung, Berichterstattungspflicht, Einsichtsrechten der Behörden, Ausführung der Unterhaltsarbeiten, Informationspflichten oder Zugänglichkeit für die Allgemeinheit enthalten.<sup>127</sup> Als Grundlage für die Beitragsgewährung gegenüber den Kantonen dienen Programmvereinbarungen nach Art. 20a SuG. Diese enthalten namentlich strategische Programmziele, die generell zu formulieren und soweit als möglich zu spezifizieren sind,

---

<sup>122</sup> Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451).

<sup>123</sup> BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 78 N 31.

<sup>124</sup> DAJCAR/GRIFFEL, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 78 N 25; MARTI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 78 N 11; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 78 N 4.

<sup>125</sup> Art. 13 Abs. 1 NHG i.V.m. Art. 4 NHV bezüglich Natur- und Heimatschutz sowie Denkmalpflege, Art. 14 NHG i.V.m. Art. 12a Abs. 2 NHV bezüglich Forschungs-, Ausbildungs- und Öffentlichkeitsleistungen durch die Kantone und Art. 23k i.V.m. Art. 4 NHV bezüglich Parks von nationaler Bedeutung. Ausnahmsweise können gemäss Art. 4a NHV auch Finanzhilfen im Einzelfall ausbezahlt werden.

<sup>126</sup> Art. 12 NHV sowie ausdrücklich Art. 12a Abs. 3 NHV.

<sup>127</sup> Art. 7 NHV.

indem die bereichsspezifischen Leistungen und Massnahmen des Vereinbarungskantons dargestellt und möglichst mit Leistungs-, Qualitäts- bzw. Hilfsindikatoren versehen werden.<sup>128</sup> Zur Sicherstellung von Erfüllungskontrolle, Programmbegleitung und Finanzaufsicht wird ein gemeinsames Programmcontrolling von Bund und Kantonen eingerichtet.

**85.** Zusammenfassend lassen sich mit Blick auf die vorliegende Fragestellung mehrere Schlussfolgerungen ziehen: Zunächst zeigt sich, dass sowohl in der Lehre als auch in der ausführenden Gesetzgebung die Unterstützungskompetenz von Art. 78 Abs. 3 BV wiederum als lediglich begrenzte Gesetzgebungszuständigkeit verstanden wird: Die ausführenden Bestimmungen in Gesetz und Verordnung weisen soweit ersichtlich einen **engen sachlichen Zusammenhang** zur Gewährung der Finanzhilfen auf. Sodann zeigen insbesondere die Verordnungsvorgaben zu den Nebenbestimmungen, dass Auflagen und Bedingungen jedenfalls für Finanzhilfen, welche für bestimmte Objekte gewährt werden, eng mit dem Schutzobjekt, den Modalitäten der Schutzgewährleistung und den Rahmenbedingungen der Finanzierungsleistung zusammenhängen. Bemerkenswert ist schliesslich die Tatsache, dass die Finanzleistungen in der Form von Globalkrediten gewährt werden, womit den Mittelempfängern wohl etwas grössere Spielräume in der Handhabung der Subventionsmittel eingeräumt werden. Zudem kann ihnen bei der Aushandlung der Programmvereinbarung Verhandlungsspielraum etwa bezüglich der Programmziele, des Programmgegenstandes oder auch der Formulierung von Bedingungen und Auflagen zukommen. Diese Elemente deuten grundsätzlich auf einen schonenden Umgang mit der hierbei bestehenden Unterstützungskompetenz des Bundes hin.

#### cc. Weitere Sachbereiche

**86.** Im Bereich der **Förderung von Kindern und Jugendlichen** räumt Art. 67 Abs. 2 BV dem Bund „in Ergänzung zu kantonalen Massnahmen“ die Kompetenz zur Unterstützung ausserschulischer Arbeit mit Kindern und Jugendlichen ein. Ob es sich dabei um eine parallele Kompetenz handelt, ist in der Lehre umstritten.<sup>129</sup> Jedenfalls ist sie jedoch als subsidiär zu qualifizieren und in diesem Sinne kommt ihr ein grundsätzlich begrenzter Charakter zu. Wahrgenommen wurde die Unterstützungskompetenz unter anderem in der gesetzlich vorgesehenen Gewährung von Finanzhilfen an private Trägerschaften, die sich der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen widmen. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Finanzhilfen für Betriebsstruktur und regelmässige Aktivitäten beispielsweise haben generell den Tätigkeitsbereich der Organisationen, den Verzicht auf Gewinnerzielungsabsicht und ihr Ziel zum besonderen Schutz der Unversehrtheit und

---

<sup>128</sup> Vgl. dazu im Einzelnen BUNDESAMT FÜR UMWELT, Handbuch Programmvereinbarungen im Umweltbereich, Bern 2011, S. 9 ff.

<sup>129</sup> So AUBERT/MAHON, *Petit commentaire*, Art. 67 N 8; GEBERT JENNI, in: Ehrenzeller et al., *SG-Kommentar*, Art. 67 N 14; TSCHENTSCHER, in: Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar*, Art. 67 N 5; im Sinne einer lediglich „lückenfüllenden“ Zuständigkeit hingegen BIAGGINI, *Kommentar BV*, Art. 67 N 3.

zur Förderung der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zum Gegenstand.<sup>130</sup> Darüber hinaus enthält das Gesetz eine Reihe von Einzelanforderungen, namentlich im Hinblick auf den geographischen Parameter der Tätigkeit, eine Mindestbestandesdauer von drei Jahren, die Aktivitäten der Organisationen sowie in Bezug auf den Umfang der Aktivitäten.<sup>131</sup> Demzufolge zeigt sich auch hier eine vergleichsweise enge Orientierung der Subventionskriterien an Zweck, Gegenstand und Modalitäten der Gewährung der Finanzhilfen, womit den Organisationen etwa in Bezug auf ihre interne Organisation oder Ausrichtung beträchtliche Spielräume verbleiben dürften.

**87.** Weitere Unterstützungskompetenzen sieht die Bundesverfassung zudem im **Sprachenbereich** vor, wo Bund und Kantone eine parallele Förderungskompetenz bezüglich Verständigung und Austausch zwischen den Sprachgemeinschaften eingeräumt wird (Art. 70 Abs. 3 BV). Sodann kommt dem Bund die Zuständigkeit (und die Pflicht) zur Unterstützung der mehrsprachigen Kantone bei der Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben sowie von Massnahmen der Kantone Graubünden und Tessin zur Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache zu (Art. 70 Abs. 4 und 5 BV). Letztere Kompetenzgrundlagen beinhalten zwar eine Unterstützungspflicht, bedingen jedoch ein Tätigwerden der entsprechenden Kantone, können also nicht als Grundlagen für eigenständige Massnahmen durch den Bund herangezogen werden. In Ausführung dieser Pflichten gewährt der Bund Finanzhilfen an private und öffentliche Aufgabenträger (Austauschorganisationen; viersprachige Nachrichtenagenturen; nicht gewinnorientierte, gesamtschweizerisch tätige Organisationen, welche die Mehrsprachigkeit fördern oder zur Sprachenverständigung beitragen; Organisationen und Verlage im Bereich der rätoromanischen Sprache und Kultur etc.) sowie an die Kantone (für den Unterricht der Landessprachen; Schaffung von Hilfsmitteln für mehrsprachige Arbeit in mehrsprachigen Kantonen; Massnahmen zur Erhaltung der rätoromanischen und italienischen Sprache und Kultur, etc.).<sup>132</sup> Bei der konkreten Ausformulierung der Subventionskriterien zeigt sich, soweit ersichtlich, einerseits wiederum eine relativ enge inhaltliche Orientierung am Subventionszweck und -gegenstand<sup>133</sup> sowie andererseits – und damit verbunden – verbleibende inhaltliche und organisatorische Spielräume bei den Subventionsempfängern. Art. 12 Sprachenverordnung beispielsweise regelt die Anforderungen an das Institut für Mehrsprachigkeit der Universität und der Pädagogischen Hochschule Freiburg i.Ue. Dabei werden die vom Institut zu erbringenden Grundleistungen definiert, die Vorgabe gemacht, ein Netzwerk von Forschungsinstitutionen im Bereich der Mehrsprachigkeit zu entwickeln und eine leitende Funktion als Kompetenzzentrum wahrzunehmen, in der Leistungsvereinbarung vorgesehene eigene Projekte zu betreiben und sich für Projekte ausserhalb des Forschungsauftrages angemessen abgelden zu lassen. Soweit gestützt auf diese Rechtsgrundlagen ersichtlich, bleiben demzufolge anderweitige organisatorische

---

<sup>130</sup> Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (KJGF; SR 446.1).

<sup>131</sup> Art. 7 Abs. 2 KJFG.

<sup>132</sup> Art. 14 ff. Bundesgesetz über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz; SpG; SR 441.1) sowie 9 ff. Sprachenverordnung.

<sup>133</sup> Vgl. 9 ff. Sprachenverordnung.

Entscheidungen weitgehend in der Zuständigkeit des Zentrums, der Trägerinstitutionen und des Kantons.

**88.** Ein abschliessendes Beispiel für Unterstützungskompetenzen des Bundes ist dessen Zuständigkeit zur Unterstützung gesamtschweizerischer **Bestrebungen zu Gunsten Betagter und Behinderter** gemäss Art. 112c Abs. 2 BV. Diese Zuständigkeit ist verpflichtend, aber wiederum subsidiär zu verstehen und auf die Unterstützung gesamtschweizerischer Tätigkeiten beschränkt.<sup>134</sup> Wahrgenommen wird diese Pflicht zum einen durch Gewährung von Beiträgen an gemeinnützige private Institutionen für Tätigkeiten wie Beratung, Betreuung, Koordinationsaufgaben, Unterrichtstätigkeit und Weiterbildungen im Bereich der Altershilfe.<sup>135</sup> Als Subventionskriterien werden insbesondere die Zielerreichung und die Leistungserbringung in den unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen rechtlich normiert. Zusätzlich wird dem zuständigen Bundesamt die Kompetenz eingeräumt, die Ausrichtung der Beiträge an Bedingungen und Auflagen zu knüpfen. Zum anderen werden sprachregional oder national tätigen Dachorganisationen der Invalidenhilfe Beiträge für die Beratung und Betreuung von Invaliden, die Beratung von Angehörigen oder Kurse zur Ertüchtigung Invaliden gewährt.<sup>136</sup> Die Verordnung regelt die Anforderungen an die Organisationen, die anrechenbaren Leistungen, die Berechnung und Höhe der Beiträge sowie das Verfahren.<sup>137</sup> Zusammenfassend lässt sich – jedenfalls gestützt auf die verfügbaren Rechtsgrundlagen – somit auch für diesen Sachbereich festhalten, dass sich die Subventionsvoraussetzungen eng am Leistungsgegenstand orientieren und den angesprochenen Organisationen somit weitgehende Spielräume in Bezug auf ihre organisatorische oder personelle Ausrichtung belassen.

#### **dd. Fazit**

**89.** Insgesamt lässt dieser Seitenblick auf weitere Unterstützungskompetenzen des Bundes und die gesetzliche Ausgestaltung somit zweierlei erkennen:

- Erstens werden – insoweit parallel zur Rechtslage im Hochschulbereich – auf Gesetzesstufe regelmässig **Subventionskriterien** festgelegt, die mitunter auf Verordnungsstufe noch konkretisiert werden, ohne dass jedoch neue Kriterien hinzugefügt würden.
- Zweitens erfolgt durchgehend eine vergleichsweise **enge Orientierung** der Subventionskriterien an **Zweck, Gegenstand und Modalitäten der Gewährung der Finanzhilfen**, womit den Kantonen oder Organisationen regelmässig ein weiterer Gestaltungsspielraum insbesondere in Bezug auf ihre interne Organisation, Ausrichtung oder Arbeitsweise verbleiben.

---

<sup>134</sup> GÄCHTER/FILIPPO, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 112c N 13; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 112c N 5.

<sup>135</sup> Art. 101<sup>bis</sup> AHVG; Art. 222 ff., insb. Art. 223 Abs. 6 AHVV.

<sup>136</sup> Art. 74 f. IVG.

<sup>137</sup> Art. 108 IVV; gestützt auf Art. 108<sup>ter</sup> IVV ist das Bundesamt ermächtigt, Richtlinien zum Leistungsbedarf, zu den Anforderungen an statistische Erfassung, Rechnungswesen und Qualitätskontrolle zu erlassen und damit die Subventionsvoraussetzungen weiter auszuführen.

Nicht ersichtlich ist, dass der Bund über diese Subventionskriterien hinaus weitere materielle Anforderungen an die Empfänger(kantone) stellen würde.

## § 4 Zur Zulässigkeit der Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren *de lege ferenda*

90. Die Analyse der Rechtslage *de lege lata* hat somit ergeben, dass auf der Grundlage des **geltenden gesetzlichen Rahmens** weder Bundesorgane (etwa der Bundesrat) noch die im HFKG vorgesehenen gemeinsamen Organe eigentliche inhaltliche Regelungen über Zulässigkeit und Modalitäten der Ausübung von Nebentätigkeiten durch Professorinnen und Professoren erlassen dürfen. Zulässig erscheint einzig die Aufnahme eines (sehr) allgemein formulierten Qualitätsstandards in die Akkreditierungsrichtlinien.<sup>138</sup> Etwas anderes gilt freilich für den ETH-Bereich, in welchem dem Bund umfassende Kompetenzen zukommen.<sup>139</sup>

91. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig wäre, neue gesetzliche Bestimmungen einzuführen, die Bundesorganen und/oder den im HFKG vorgesehenen gemeinsamen Organen den Erlass solcher Vorgaben ermöglichen. M.a.W. soll danach gefragt werden, ob es *de lege ferenda* möglich ist, hier auf Bundesebene entsprechende Regelungen vorzusehen bzw. zu ermöglichen. Dabei erfolgt eine Beschränkung auf die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Erlasses entsprechender gesetzlicher Bestimmungen; selbstverständlich könnte aber auch die Verfassung geändert werden (womit die Ausgangslage sich grundlegend ändern könnte), wovon hier jedoch nicht ausgegangen werden soll. Insofern geht es also um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Erlasses solcher gesetzlicher Bestimmung auf der Grundlage des **geltenden Verfassungsrechts**.

92. Ausgehend von einigen allgemeinen Bemerkungen zur Kompetenzordnung (I.) sollen vor diesem Hintergrund die verschiedenen in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen analysiert werden (II.).

### I. Allgemeines

93. Ausgangspunkt für die Beantwortung der hier zu untersuchenden Frage bildet die Kompetenzordnung der Bundesverfassung. Hierzu sieht Art. 3 BV einen „Verfassungsvorbehalt“ vor, wonach die Begründung einer Bundeskompetenz eine Einzelermächtigung in der Bundesverfassung voraussetzt.<sup>140</sup> Diese Kompetenzeinräumung darf grundsätzlich nicht in der Form einer Generalklausel erfolgen und lässt sich somit als **begrenzte**

---

<sup>138</sup> N 42 ff.

<sup>139</sup> N 32 ff.

<sup>140</sup> TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 277; BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 N 13; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 3 N 10; vgl. auch die Bekräftigung in Art. 42 BV.

**Einzelermächtigung** qualifizieren.<sup>141</sup> Zudem statuiert die Bundesverfassung den Grundsatz der subsidiären Generalkompetenz der Kantone, in dem Sinne, dass ihnen jene Zuständigkeiten zukommen, die nicht *qua* Bundesverfassung dem Bund übertragen werden.<sup>142</sup> Daraus resultiert im Grundsatz eine lückenlose Kompetenzaufteilung.<sup>143</sup>

94. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die genaue Reichweite der Kompetenzen des Bundes (und damit auch der Kantone) mitunter schwierig zu ermitteln sein kann. Dies gilt gerade in denjenigen Bereichen, in denen – wie im Hochschulbereich – eine parallele Kompetenz besteht<sup>144</sup> und die zudem – wie ebenfalls der Hochschulbereich – auch insofern einen gewissen Querschnittscharakter aufweisen, als die Wahrnehmung der bestehenden Bundeskompetenzen durchaus Gebiete berühren und ggf. erfassen kann, die grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kantone liegen. Wie weit in solchen Konstellationen die Regelungskompetenzen des Bundes dann genau gehen, ist durch **Auslegung** zu ermitteln, wobei in diesem Zusammenhang besonderes Augenmerk auf die systematischen und teleologischen Aspekte zu legen ist. Grundsätzlich ist damit dem Gesamtzusammenhang der Kompetenzordnung Rechnung zu tragen, und die einschlägigen Bestimmungen sind so auszulegen, dass jede ihre grösstmögliche Wirksamkeit zu entfalten vermag (Grundsatz der sog. praktischen Konkordanz). Im vorliegenden Zusammenhang implizieren diese Prinzipien insbesondere, dass die bestehenden Kompetenzen des Bundes entsprechend ihren Zielsetzungen effektiv wahrgenommen werden können, ohne dass jedoch (gewisse) kantonale Kompetenzen ausgehöhlt werden. Zudem ist bei der Auslegung der Reichweite der Bundeskompetenzen danach zu fragen, ob die entsprechenden Bestimmungen in einem Spannungsverhältnis zu anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben stehen, und ggf. ist diesem Spannungsverhältnis durch eine Auslegung im Sinne der praktischen Konkordanz Rechnung zu tragen.<sup>145</sup>

## II. Kompetenzen und Regelungszuständigkeiten auf der Grundlage der Kompetenzen des Bundes im Hochschulbereich

95. Nach dem Gesagten ist nach einer verfassungsrechtlichen Grundlage für die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zu suchen. Eine solche Zuständigkeit könnte sich im Wesentlichen aus **Art. 63a, 64 BV** ergeben, so dass im Folgenden der möglichen Tragweite dieser Bestimmungen in diesem Zusammenhang nachzugehen ist.

---

<sup>141</sup> BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 N 14.

<sup>142</sup> BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 N 15; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 3 N 10.

<sup>143</sup> BIAGGINI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 3 N 15.

<sup>144</sup> Zur Parallelität der Kompetenz in diesem Bereich schon oben N 9.

<sup>145</sup> Zur Verfassungsauslegung im Allgemeinen und zum Grundsatz der praktischen Konkordanz im Besonderen aus der jüngeren Rechtsprechung (wenn auch in anderem Zusammenhang) instruktiv (und m.w.N.) BGE 139 I 16, insbesondere E. 4.2.1. Aus der Literatur, m.w.N., BELSER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Einleitung N 56 ff.

Diese Frage stellt sich auch in Bezug auf eine mögliche Zuständigkeit der gemeinsamen Organe, dies obwohl auch die Kantone an deren Erlassen beteiligt sind.<sup>146</sup> Denn nach Art. 63a Abs. 4 Satz 1 BV schliessen zwar Bund und Kantone Verträge ab und übertragen bestimmte Befugnisse an gemeinsame Organe. Allerdings muss das Gesetz diese gemeinsamen Organe vorsehen und die Zuständigkeiten, die übertragen werden können, bezeichnen. Da ein Bundesgesetz aber eine Bundesregelung darstellt, geht es insofern in jedem Fall um ein Handeln des Bundes (und nur des Bundes, steht doch der Erlass eines Bundesgesetzes in Frage), wofür eine Verfassungsgrundlage bzw. eine entsprechende Kompetenz des Bundes notwendig ist. Im Übrigen handelt es sich wohl auch bei den von den gemeinsamen Organen erlassenden Rechtsakten um Bundesrecht (trotz der Mitwirkung der Kantone),<sup>147</sup> so dass auch insofern eine Kompetenz des Bundes notwendig ist.

**96.** So eindeutig die Bundeskompetenzen in Bezug auf die Regelung der Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren für die an den eidgenössischen Institutionen im Hochschulbereich angestellten Personen ausfallen,<sup>148</sup> so klärungsbedürftig präsentieren sie sich denn auch im Hinblick auf Hochschulinstitutionen, die nicht dem Bund zuzuordnen sind. In Bezug auf die kantonalen Hochschulen und die anderen Institutionen des Hochschulbereichs, stellt sich somit in einem ersten Schritt die Frage, ob eine Regelungsbefugnis des Bundes für die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren in allfälligen **organisatorischen Bundeskompetenzen** erblickt werden kann (1.), bevor in einem zweiten Schritt zu prüfen ist, ob die **Bundeskompetenzen im Bereich der Finanzierung** der kantonalen Hochschulen hier fruchtbar gemacht werden können (2.) und auf die Tragweite der allgemeinen Kompetenzgrundlage des Art. 63 Abs. 4 BV einzugehen ist (3.) und schliesslich ein zusammenfassendes Fazit gezogen werden kann (4.).

## **1. Abstützung auf Regelungskompetenzen zur Organisation**

**97.** Im Abschnitt über die „Bildungsverfassung“ der Bundesverfassung (Art. 61a ff. BV) finden sich eine Reihe von **Bestimmungen, die die Organisation des Hochschulbereichs** betreffen und daher als Kompetenzzuweisungen an den Bund in unserem Zusammenhang in Betracht kommen könnten. Im Einzelnen könnten hier – auf den ersten Blick – drei Bestimmungen einschlägig sein, die im Folgenden kurz darauf hin analysiert werden sollen, ob sie dem Bund eine Kompetenz einräumen, die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren, die an kantonalen Hochschulen und weiteren Institutionen des Hochschulbereichs beschäftigt sind, zu regeln.

**98.** Eine erste denkbare Verfassungsgrundlage hierzu findet sich in der dem Bund und den Kantonen auferlegten **Pflicht zur Koordination und Gewährung der Qualitätssicherung** im schweizerischen Hochschulwesen gemäss **Art. 63a Abs. 3 Satz 1 BV**. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe ist als Konkretisierung der Pflichten aus Art. 61a BV bezüglich des gesamten Bildungsraums Schweiz als Ziel und Leitlinie für das Wirken von Bund und Kantonen im Bereich des Hochschulwesens zu verstehen. Allerdings begründet

---

<sup>146</sup> S. insoweit schon N 47.

<sup>147</sup> So auch EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 42.

<sup>148</sup> N 32 ff.

die Vorschrift nach soweit ersichtlich einhelliger Meinung in der Lehre<sup>149</sup> keine eigenen Kompetenzen, was schon deshalb überzeugt, weil bereits der Wortlaut der Bestimmung nicht erkennen lässt, dass es hier um eine Kompetenzzuweisung an den Bund geht; vielmehr ist – im Gegenteil – die Rede vom gemeinsamen Wirken von Bund und Kantonen. Im Übrigen ist die Bestimmung sehr offen und unbestimmt formuliert, so dass der Umfang von allenfalls dem Bund zustehenden Befugnissen auch nicht nur ansatzweise erkennbar ist bzw. wäre. Diese Vorschrift kann somit vorliegend nicht als Grundlage für eine Bundesregelung herangezogen werden. Selbige Folgerung ist auch im Hinblick auf die (noch) generellere Norm von Art. 61a BV zu ziehen, welche Bund und Kantone auf eine hohe Qualität und Durchlässigkeit des Bildungsraums Schweiz sowie auf die Koordination ihrer Tätigkeiten in diesem Bereich verpflichtet, in diesem Sinn aber auch lediglich programmatische Wirkung entfaltet und keine (neuen) Bundeskompetenzen begründet.<sup>150</sup>

**99.** Eine weitere – und die wohl naheliegendste – verfassungsrechtliche Grundlage für eine allfällige Bundesregelung im hier interessierenden Bereich ist in den **subsidiären Kompetenzen des Bundes** im Hochschulbereich zu suchen. Nach **Art. 63a Abs. 5 S. 1 BV** ist der Bund zuständig (und verpflichtet), Vorschriften über die Studienstufen und deren Übergänge sowie über die Weiterbildung und über die Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen zu erlassen, sofern Bund und Kantone die gemeinsamen Ziele nicht auf dem Weg der Koordination erreichen.<sup>151</sup>

Zudem – und wohl unter derselben Voraussetzung – ist er dazu befugt, die Unterstützung der Hochschulen an einheitliche Finanzierungsgrundsätze zu binden und von der Aufgabenteilung zwischen den Hochschulen in besonders kostenintensiven Bereichen abhängig zu machen.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 33 sowie Art. 61a N 18; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 10; HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 63a N 16; nicht in dieser Deutlichkeit hingegen Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5526, wo festgehalten wird, die in Abs. 2 verankerten Pflichten würden über die Kompetenzen von Abs. 5 hinausgehen, was insofern zutrifft, als etwa auch die Unterstützung der Forschung gemäss Art. 64 BV der Koordinationspflicht untersteht.

<sup>150</sup> Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5518; EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 61a N 8 u. 18; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 61a N 1; HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 61a N 15 u. 25.

<sup>151</sup> Entgegen dem Ansinnen des Bundesrates wurde die „Qualitätssicherung“ nicht als Regelungsgegenstand aufgenommen: Stellungnahme Bundesrat Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5547, 5552.

<sup>152</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 46 ff.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 15 ff.; HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 63a N 29. Zu letzterem Aspekt noch unten N 47 f.

Diese abschliessende und vergleichsweise spezifische Konturierung der subsidiären Bundeszuständigkeiten in Art. 63a Abs. 5 S. 1 BV<sup>153</sup> ist Ausdruck des Bestrebens, die Bundeskompetenzen in diesem Bereich eng zu fassen und damit die bestehende kantonale Hochschulhoheit nur soweit zu beschränken, als dies zur Erreichung der Ziele des Hochschulraums erforderlich ist.<sup>154</sup> Eine direkte Zuständigkeit zur (subsidiären) Regelung von organisatorischen Belangen – oder spezifischer – von arbeitsrechtlichen Fragen zugunsten des Bundes lässt sich der Bestimmung somit mangels sachlicher Nähe nicht entnehmen: Denn die aufgeführten, nach dem Gesagten abschliessend zu verstehenden Regelungsbereiche betreffen gerade nicht die interne Organisation der Hochschulen, und die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren weisen auch keinerlei Bezug zu den in dieser Vorschrift genannten Fragen auf. Legte man die Bestimmung anders – im Sinne eines Einbezugs dieses, hier im Vordergrund stehenden Bereichs – aus, reichte bereits ein ausgesprochen loser, wenn überhaupt bestehender Bezug (dessen Konturen zudem kaum erkennbar wären) zu den in Art. 63 Abs. 5 BV aufgeführten Gebieten für die Einschlägigkeit der Vorschrift aus, womit die Aufzählung ihren Sinn verlöre und die Vorschrift ausgehöhlt würde. Hinzu kommt, dass ein solcher Ansatz implizierte, dass der Bund in erheblichem (und kaum beschränktem) Ausmass Angelegenheiten der kantonalen Hochschulen regeln könnte, was wohl kaum dem Grundsatz, wonach die kantonalen Hochschulen eben in kantonaler Trägerschaft betrieben werden, Rechnung trüge, könnte die mit dieser kantonalen Trägerschaft verbundene Befugnis zur Regelung von Hochschulbelangen doch weitgehend ausgehebelt werden.

**100.** Als weitere mögliche Kompetenzgrundlage könnte schliesslich eine Heranziehung der Bundesbefugnisse im **Forschungsbereich** (Art. 64 BV) in Erwägung gezogen werden. Hierzu sieht die Verfassung ausdrücklich vor, dass die Bundesförderung von wissenschaftlicher Forschung und Innovation von der Sicherstellung von Qualitätssicherung und Koordination abhängig gemacht werden kann (Art. 64 Abs. 2 BV). Die Verfassungsvorschrift schafft also eine Konditionalität, die allenfalls für die Vorgabe von Bestimmungen zu Nebenbeschäftigungen fruchtbar gemacht werden könnte. Allerdings beinhaltet die Forschungsförderungskompetenz keine generelle Bundeszuständigkeit im Bereich der Organisation oder der Anstellungsbedingungen. Wie bereits in Bezug auf die Unterstützungskompetenz des Bundes gegenüber kantonalen Hochschulen und weitere von ihm anerkannte Institutionen des Hochschulbereichs (Art. 63a Abs. 2 Satz 1 BV) gezeigt wurde,<sup>155</sup> beinhaltet die Zuständigkeit zur finanziellen Unterstützung selbst keine grundsätzliche Kompetenz, organisatorische oder anstellungsrechtliche Modalitäten in den unterstützten Institutionen zu regeln. Hinzu kommt, dass an kantonalen Universitäten angestellte Professorinnen und Professoren – von Ausnahmefällen allenfalls abgesehen –

---

<sup>153</sup> „[P]räzise und abschliessende Kompetenzzuteilung“: EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 46; „[b]egrenzte und bedingte Regelungskompetenz“: BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 15; „beschränkte subsidiäre Bundeskompetenz“: HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 63a N 28.

<sup>154</sup> Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5518.

<sup>155</sup> N 72 ff.

grundsätzlich nicht nur forschen, sondern auch lehren und sich in der universitären Selbstverwaltung engagieren. Auch werden die Bundesmittel an die kantonalen Hochschulen nicht nur zur Förderung der Forschung vergeben. Insofern würde Art. 64 BV möglicherweise auch materiell nicht ausreichen.

Anders ist die Sachlage hingegen zu bewerten, wenn Forschungsmittel des Bundes dazu herangezogen werden, Stellen oder Organisationseinheiten an Forschungseinrichtungen vollständig oder weitestgehend zu finanzieren. Entsprechend dürfte es etwa zulässig sein, die Nebenbeschäftigungen von Professoren, die ausschliesslich aus Mitteln des Schweizerischen Nationalfonds finanziert werden, bundesrechtlich zu regeln. Selbiges gilt – jedenfalls im Grundsatz und unter Beachtung der Forschungsautonomie und der Wissenschaftsfreiheit – auch für Forschungsstätten, die vom Bund errichtet, übernommen und/oder betrieben werden (Art. 64 Abs. 3 BV). In diesen Konstellationen geht es aber gerade nicht um die „allgemeine“ Förderung der Forschung oder der kantonalen Hochschulen, sondern um spezifische (Personen-)Förderprogramme, deren Gewährung eben nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgt. M.a.W. wären in einem solchen Rahmen erfolgende Vorgaben für die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren nicht als allgemeine Vorgaben an die kantonalen Hochschulen und sonstige Institutionen des Hochschulbereichs zu verstehen, sondern es handelte sich letztlich um Voraussetzungen oder Bedingungen der Förderung selbst.

## 2. Abstützung auf Regelungskompetenzen zur Finanzierung

**101.** Der verfassungsrechtliche Rahmen in Bezug auf die Finanzierung des Hochschulwesens ist von vergleichsweise geringer Bestimmtheit und belässt somit dem Gesetzgeber, den Kantonen und den Hochschulen einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum.

**102.** Art. 63a Abs. 2 Satz 1 BV bezieht sich auf die **Bundesträgerschaft** und verpflichtet den Bund, mindestens zwei Eidgenössische Technische Hochschulen zu betreiben<sup>156</sup> und beinhaltet somit auch die Pflicht, eine angemessene Finanzierung dieser Bildungseinrichtungen sicherzustellen. Demzufolge kommt dem Bund als Träger der ETHs sowie weiterer Forschungsanstalten im ETH-Bereich von Verfassungs wegen eine Finanzierungspflicht zu. Darüber hinaus räumt die Verfassung dem Bund die Möglichkeit ein, weitere Hochschulen oder „andere Institutionen des Hochschulbereichs“<sup>157</sup> zu errichten, zu übernehmen oder zu betreiben.<sup>158</sup> Werden entsprechende Hochschulen oder Institutionen durch den Bund errichtet, übernommen oder betrieben, so besteht auch in diesem Falle eine – im Regelfall wohl ausschliessliche – Finanzierungspflicht des Bundes.

---

<sup>156</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 21.

<sup>157</sup> Art. 2 Abs. 1 HFKG stützt sich zur Bestimmung seines Geltungsbereichs auf eine übereinstimmende Begrifflichkeit ab.

<sup>158</sup> Einrichtungen wie (vor seiner Integration in die Universität Lausanne) das Institut des Hautes Etudes en Administration Publique (IDHEAP) in Lausanne, das Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (IUHEI) in Genf und (vor seiner Eingliederung in die Universitäten Genf und Lausanne) das Institut Kurt Bösch in Sitten sind zwar wohl als „andere Institutionen des Hochschulbereichs“ zu qualifizieren, fallen aber mangels Bundesträgerschaft nicht unter Art. 63a Abs. 1 BV. Anderer Ansicht wohl HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 63a N 13; EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 24. Dagegen ist die Bundesträgerschaft im Falle der Eidgenössischen

**103.** In Bezug auf die **kantonale Hochschulen** und andere Institutionen des Hochschulbereichs wird in **Art. 63a Abs. 5 Satz 2 BV** die Bindung der Hochschulen an „**einheitliche Finanzierungsgrundsätze**“ als mögliche Voraussetzung für die Gewährung von Bundesunterstützung genannt. Prämisse des Ansatzes der Regelung über einheitliche Finanzvorgaben ist einerseits der in Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV verbrieft Grundsatz der Gleichbehandlung von Institutionen mit gleichen Aufgaben, da hiermit sämtliche Einrichtungen übereinstimmenden finanziellen Anforderungen gegenüberstehen. Andererseits liegt dem Ansatz die Ausrichtung auf einen wirtschaftlichen und wirksamen Einsatz öffentlicher Mittel zugrunde (Art. 41 Abs. 3 HFKG), da übergreifende Finanzierungsgrundsätze als Effizienz- und Effektivitätsstandards wirken und damit die Bildungseinrichtungen und deren Träger mittelbar zu effizientem und effektivem Mitteleinsatz bewegt werden können.

**104.** Wenn der Wortlaut der Bestimmung in dieser Hinsicht auch nicht als ganz eindeutig betrachtet werden kann, so ergibt sich gestützt auf die Systematik der Vorschrift doch, dass diese Bedingungen für die Gewährung von Unterstützung ebenfalls Teil der **subsidiären Bundeskompetenzen** bilden.<sup>159</sup> Entsprechend müsste das primäre Bestreben darauf gerichtet sein, sowohl die einheitlichen Finanzierungsgrundsätze als auch die Aufgabenteilung in den besonders kostenintensiven Bereichen zwischen Bund und Kantonen auf dem Weg der Koordination zu erreichen. Mit der Bestimmung der Sachbereiche der Koordination (Studienstufen und deren Übergänge, Weiterbildung, Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen, einheitliche Finanzierungsgrundsätze sowie Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen) wirkt Abs. 5 inhaltlich zurück auf Abs. 3 und 4 von Art. 63a BV. Dies bedeutet nun jedoch nicht, dass der gesamte Rahmen der Bundesunterstützung durch die geschaffenen gemeinsamen Organe und damit in Koordination zwischen Bund und Kantonen zu regeln wäre. Vielmehr lässt die Verfassungsbestimmung durchaus die Möglichkeit offen, die Modalitäten der Bundesfinanzierung auch direkt bundesrechtlich zu regeln, wie dies mit Art. 42 – 61 HFKG geschehen und aufgrund des Legalitätsprinzips auch erforderlich ist. Dies hat aber einerseits in Abstimmung mit den Regelungen der Kantone und der Finanzierung durch die Träger, Kantone und Dritte zu geschehen und darf andererseits den inhaltlichen Spielraum für die Finanzierungskoordination im Rahmen der gemeinsamen Organe nicht übermässig beschränken. Hierbei handelt es sich um Grundsätze, die bei der Auslegung der genauen inhaltlichen Tragweite der Bestimmung und somit der Reichweite der Bundeskompetenzen, die massgeblich vom Verständnis des Begriffs „einheitliche Finanzierungsgrundsätze“ abhängt, zu berücksichtigen sind.

---

Hochschule für Sport des Bundes zwar gegeben, die diesbezüglichen Zuständigkeiten stützen sich aber primär auf Art. 68 Abs. 2 BV und Art. 14 Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung; vgl. auch Botschaft Sportförderungsgesetz, BBl 2009 8189, 8213 ff.  
<sup>159</sup> Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5530 f.

**105.** Der **Begriff der „einheitlichen Finanzierungsgrundsätze“** wird zwar in der Verfassung nicht näher definiert.<sup>160</sup> Er dürfte jedoch auf jeden Fall besagen, dass für analoge Institutionen übereinstimmende Prinzipien angewendet werden müssen (Einheitlichkeit) sowie dass sich die Vorgaben auf gewisse Leitlinien zu beschränken haben, ohne dass auf Bundesebene eine umfassende Regelung der Finanzierungsstruktur vorgenommen werden dürfte (Grundsatzcharakter). Schliesslich wohnt dem Begriff auch die oben<sup>161</sup> angesprochene Stossrichtung einer mittelbaren Finanzsteuerung inne, die lenkt, ohne direkt in die eigentliche Finanzierung einzugreifen. In diesem Sinne ist die Formulierung der Befugnis zum Erlass einheitlicher Finanzierungsgrundsätze auch Ausdruck der Rücksicht auf die Autonomie der Hochschulen und auf deren unterschiedliche Trägerschaften. Innerhalb dieses verfassungsrechtlichen Spielraums wird die Finanzierung mit den im HFKG vorgesehenen Finanzierungsgrundsätzen und den vorgesehenen Arten von Bundesbeiträgen konkretisiert.<sup>162</sup>

**106.** Deutlich wird damit auch, dass der Begriff der einheitlichen Finanzierungsgrundsätze keinesfalls so ausgelegt werden kann, dass damit (umfassend) auch die **Art und Weise der Verwendung der gewährten Gelder** geregelt werden könnte: Denn dies würde nicht nur dem in der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen „Grundsatzcharakter“ der „Finanzierungsgrundsätze“ sowie dem Grundgedanken der Vorschrift, mit einer mittelbaren Finanzsteuerung zu arbeiten, widersprechen, sondern wäre auch kaum mit der Hochschulautonomie sowie dem Grundsatz der kantonalen Trägerschaft zu vereinbaren. Denn eine solchermassen weite Auslegung ermöglichte letztlich die Regelung (fast) aller Belange der Hochschulen, sind diese doch zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf finanzielle Mittel angewiesen, die sie gerade hierfür einsetzen. Damit kann auf diese Kompetenzgrundlage keinesfalls eine Bundesregelung gestützt werden, die die Art und Weise der Verwendung der Mittel selbst im Einzelnen regelt (sei dies nun in Bezug auf die Anstellung von Personen, den Erwerb von Sachen oder sonstige Belange).

**107.** Die **Regelung der Nebenbeschäftigungen** von Professorinnen und Professoren ist eine Frage des Anstellungsverhältnisses und betrifft somit gerade nicht die Finanzierungsgrundsätze im skizzierten Sinn (bei denen es – wie auch im HFKG ausgeführt – vor allem, wenn nicht gar ausschliesslich, um Kriterien geht, nach denen die Grundbeiträge berechnet und bestimmt werden), sondern beschlägt die Art und Weise der Verwendung der Mittel (nämlich die Anstellungsbedingungen der Betroffenen). Insofern kann Art. 63a Abs. 5 S. 2 BV keinesfalls als verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für eine Bundesregelung dieser Frage herangezogen werden.

**108.** Weiter könnte als Kompetenzgrundlage noch **Art. 63a Abs. 2 BV** in Betracht kommen, wonach der Bund die kantonalen Hochschulen unterstützt, woraus sich eine Zuständigkeit ergeben könnte, auch die Art und Weise der Mittelverwendung und damit

---

<sup>160</sup> EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 55.

<sup>161</sup> N 103.

<sup>162</sup> S. insoweit N 62 ff.

(u.a.) die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren im Einzelnen zu regeln. Eine genauere Betrachtung der Vorschrift zeigt jedoch (wie ausführlich in anderem Zusammenhang dargelegt),<sup>163</sup> dass diese Auslegung kaum vertretbar erscheint.

### 3. Zur allgemeinen Kompetenzgrundlage des Art. 63a Abs. 4 BV

**109.** Gemäss Art. 63a Abs. 3 BV sorgen **Bund und Kantone gemeinsam** für die Koordination und für die Gewährleistung der Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen. Dazu haben sie nach Art. 63a Abs. 4 Satz 1 BV Verträge abzuschliessen und bestimmte Befugnisse an gemeinsame Organe zu übertragen. Hinsichtlich des Umfangs der zu übertragenden Kompetenzen räumt die Verfassung dem Gesetzgeber ein beträchtliches Ermessen ein, indem ihm die Benennung der Bereiche der Kompetenzübertragung überlassen wird, soweit ersichtlich mit der einzigen Vorgabe, einen ausreichenden Sachzusammenhang zu den Anliegen der Koordination und Qualitätssicherung gemäss Abs. 3 zu beachten sowie mit dem Auftrag, auf Gesetzesebene auch die Grundsätze von Organisation und Verfahren der Koordination zu fixieren (Art. 63a Abs. 4 Satz 2 BV).

**110.** Dieser weite Spielraum könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, dass es dem Gesetzgeber unbenommen wäre, auch die Kompetenz zur (umfassenden) Regelung von Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren an die gemeinsamen Organe zu übertragen. Denn Art. 63a Abs. 4 BV formuliert keinerlei materiell-rechtliche Vorgaben in Bezug auf die Zuständigkeiten, die übertragen werden können. Ein solcher Ansatz berücksichtigte jedoch nicht den **Zusammenhang dieser Bestimmung mit den weiteren Absätzen des Art. 63a BV**, ein Bezug, der durchaus auch im Wortlaut des Art. 63a Abs. 4 Satz 1 BV zum Ausdruck kommt, in dem auf die Aufgaben von Bund und Kantonen (womit offenkundig die in diesem Artikel geregelten Aufgaben gemeint sind) verwiesen wird: Die Zuständigkeiten, die übertragen werden, sind ersichtlich nicht beliebig, sondern auf den Hochschulbereich bezogen und ergeben sich somit aus Art. 63a BV, wobei Art. 63a Abs. 2 und 3 BV von besonderer Bedeutung sein dürften. Wie soeben erläutert,<sup>164</sup> können diese Bestimmungen jedoch nicht als Grundlage für eine Kompetenz des Bundes zur Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren herangezogen werden, was einerseits an ihrem erwähnten programmatischen Charakter, andererseits aber auch an der skizzierten inhaltlichen Ausrichtung bzw. Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen liegt. Diese beziehen sich lediglich auf die Unterstützung der kantonalen Hochschulen (Art. 63a Abs. 2 BV) bzw. auf die Koordination und die Qualitätssicherung (Art. 63a Abs. 3 BV):

- Dass eine Kompetenz zur (finanziellen) Unterstützung der Hochschulen nicht ausreicht, um auch die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zu regeln, wurde bereits dargelegt.<sup>165</sup> Legte man nun Art. 63a Abs. 4 BV so aus, dass dieser – wegen der finanziellen Unterstützung – auch die Regelung dieser

---

<sup>163</sup> N 72 ff.

<sup>164</sup> N 97 ff.

<sup>165</sup> N 72 ff.

Frage erlaubte, wäre dies wenig kohärent, sind doch Art. 63a Abs. 4 BV keine diesbezüglichen zusätzlichen Anhaltspunkte zu entnehmen, dass – entgegen den erörterten (übrigens auch allgemeinen) Grundsätzen – im Zuge der Unterstützung auch solche Aspekte geregelt werden könnten.

- Soweit die in Art. 63a Abs. 3 Satz 1 BV erwähnte Koordination und Qualitätssicherung betroffen ist, ist darauf hinzuweisen, dass Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV die Rücksichtnahme auf die Autonomie der Hochschulen und ihre Trägerschaften (womit die Bestimmung auch ein föderalistisches Element enthält) vorgibt. Diese Grundsätze müssen notwendigerweise auch im Rahmen von Art. 63a Abs. 4 BV beachtet werden, wäre es doch widersinnig, Bund und Kantone auf diese Prinzipien zu verpflichten, es dem Bund jedoch zu erlauben, in einem Bundesgesetz hiervon abzuweichen, ganz abgesehen davon, dass sich diese Ausstrahlungswirkung auch wegen des Bezugs der Kompetenzgrundlage des Art. 63a Abs. 4 BV auf bzw. zu den anderen Absätzen des Art. 63a BV aufdrängt. Mit der Autonomie der Hochschulen wäre es aber kaum zu vereinbaren, wenn die gemeinsamen Organe die Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren im Einzelnen bis in alle Details festlegen könnten, implizierte dies doch einen beträchtlichen Eingriff in die Hochschulautonomie, dessen Erforderlichkeit zur Erreichung des angestrebten Ziels wohl auch zu bezweifeln wäre. Hinzu kommt, dass bei Hochschulen in kantonaler Trägerschaft die Anstellungsverhältnisse dem kantonalen Recht unterstehen und eine Detailregelung in dieser Frage empfindlich in die Kompetenzen der Kantone eingriffe.<sup>166</sup> Vor dem Hintergrund dieser Implikationen einer Bundesregelung in diesem Sinn hätte die entsprechende Kompetenzgrundlage auch wesentlich klarer ausfallen müssen: Es erscheint wenig plausibel, dass der Bund aufgrund einer sehr allgemein formulierten Kompetenz zur Koordination im Hochschulwesen auch derart weitgehend in kantonale Zuständigkeiten eingreifen können sollte. Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der Koordination (parallele Erwägungen können in Bezug auf die Qualitätssicherung angestellt werden)<sup>167</sup> somit keinesfalls so ausgelegt werden, dass er auch die Regelung von Einzelheiten der Zulässigkeit und Modalitäten der Ausübung von Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren an kantonalen Hochschulen erlaubte, so dass es allenfalls in Betracht kommen könnte, dass dem Bund in diesem Zusammenhang die Möglichkeit eröffnet wäre, sehr allgemeine Grundsätze zu regeln bzw. im Gesetz diese Regelung Bundesorganen oder gemeinsamen Organen zu übertragen; materiell dürften hier aber keinesfalls präzisere bzw. weitergehendere Delegationen erfolgen als sie sich bereits heute aus den Kompetenzen des Hochschulrates zum Erlass von Akkreditierungsrichtlinien ergeben.<sup>168</sup>

Dessen ungeachtet sprechen die besseren Gründe dafür, den Begriff der Koordination enger auszulegen, so dass er sich auf Fragen bezieht, in denen tatsächlich ein Zusammenwirken der verschiedenen Hochschulen in Frage steht bzw. zur Erreichung der Zielsetzungen des Art. 63a BV

---

<sup>166</sup> Vgl. zu diesen Erwägungen bereits in anderem Zusammenhang oben N 49 ff., 72 ff., 97 ff.

<sup>167</sup> S. insoweit auch schon N 49 ff.

<sup>168</sup> Hierzu N 49 ff.

sachdienlich bzw. notwendig ist. Nicht davon erfasst wären damit Aspekte (wie die Anstellungsverhältnisse), in Bezug auf welche es nur um Fragen der internen Organisation geht, die nicht in einer irgendwie gearteten Wechselwirkung mit anderen Hochschulen stehen.

**111.** Damit sprechen die besseren Gründe dafür, dass auch **Art. 63a Abs. 4 BV** dem Bund **nicht die Kompetenz** einräumt, über eine Modifikation des HFKG den gemeinsamen Organen die Zuständigkeit zu übertragen, Einzelheiten der Zulässigkeit und Ausgestaltung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zu regeln. Vielmehr dürfte die Bundeskompetenz in dieser Frage im Grundsatz keinesfalls weiter gehen als das geltende HFKG, aus dem sich bereits heute die Zuständigkeit des Hochschulrates ergibt, in die Akkreditierungsrichtlinien einen entsprechenden allgemeinen Standard aufzunehmen.<sup>169</sup>

#### **4. Fazit**

**112.** Damit kann **zusammenfassend** festgehalten werden, dass weder die Bundeskompetenzen in Bezug auf die Hochschulorganisation noch Befugnisse betreffend die Regelung der Hochschulfinanzierung oder die allgemeine Vorschrift des Art. 63 Abs. 4 BV als ausreichende Grundlage für eine Bundeszuständigkeit zum Erlass von Vorschriften zu Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren an den kantonalen Hochschulen oder anderen Institutionen des Hochschulbereichs betrachtet werden können, dies jedenfalls soweit auf diese Weise eine Detailregelung erfolgen sollte. Demzufolge wäre es verfassungsrechtlich unzulässig, das HFKG durch eine Vorschrift zu ergänzen, die dem Bund oder den gemeinsamen Organen eine Kompetenz einräumte, die Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren im Einzelnen zu regeln.

---

<sup>169</sup> N 49 ff.

## § 5 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

### I. Zusammenfassung

113. Die wesentlichen Ergebnisse der vorstehend angestellten Überlegungen können wie folgt thesenartig zusammengefasst werden.

- Für die Regelung der **Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren des ETH-Bereichs** kommen dem Bund umfassende Kompetenzen zu, von denen er in differenzierter Form und im Sinne der Hochschulautonomie eher zurückhaltend Gebrauch gemacht hat. Es stünde ihm allerdings frei, hier weitergehende Vorgaben für die einzelnen Hochschulen zu formulieren, wobei sich solche Regelungen in die Systematik des bestehenden und soeben skizzierten Regelungswerks des ETH-Bereichs einbetten würden bzw. müssten.<sup>170</sup>

Immerhin zeigt jedoch der Blick auf die geltenden diesbezüglichen Vorschriften im Hochschulbereich, dass das Bundesrecht lediglich eine sehr partielle Regelung enthält und die entsprechende Zuständigkeit dem ETH-Rat überlässt, welcher wiederum bloss die Regelungsgegenstände umschreibt und eine entsprechende Regelungspflicht vorgibt, die letztlich auf Ebene der einzelnen Hochschulen umzusetzen ist. Somit lässt sich vorliegend feststellen, dass hiermit das Bundesrecht, insbesondere wohl auch im Interesse der Hochschulautonomie, den eidgenössischen Bildungsinstitutionen einen weitreichenden Regelungsspielraum belässt.

- Soweit an kantonalen Universitäten oder sonstigen Institutionen des Hochschulbereichs angestellte Professorinnen und Professoren betroffen sind, ist in Bezug auf die Rechtslage *de lege lata* folgendes festzuhalten:
  - Das **HFKG** enthält **keine Delegation an Organe des Bundes**, Vorgaben über Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren zu formulieren.<sup>171</sup>
  - Auf der Grundlage der derzeitigen Regelung im **HFKG** ist keine Bestimmung ersichtlich, die es einem der **gemeinsamen Organe**, insbesondere dem Hochschulrat, erlauben würde, eigentliche inhaltliche Vorgaben über die Zulässigkeit und Modalitäten der Ausübung von Nebenbeschäftigungen durch an kantonalen Hochschulen oder sonstigen Institutionen beschäftigte Professorinnen und Professoren zu formulieren. Zulässig wäre allerdings die Aufnahme eines (sehr) **allgemein formulierten Qualitätsstandards in die Akkreditierungsrichtlinien**, dies in dem Sinn, dass die Frage der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren grundsätzlich einer Regelung zugeführt werden muss, die sicherzustellen vermag, dass die hohe Qualität von Forschung und Lehre gewahrt wird bzw. nicht beeinträchtigt wird. Nicht zulässig wären jedoch Vorgaben, welche die Nebenbeschäftigungen im Einzelnen regeln und den Bildungs-

---

<sup>170</sup> § 3 I., N 32 ff.

<sup>171</sup> § 3 II.1.a., N 42 f.

institutionen und ihren Trägern in diesem Bereich nur noch einen sehr beschränkten Spielraum belassen. Ein solcher Qualitätsstandard müsste dann auch für die Eidgenössischen Technischen Hochschulen zum Zuge kommen.<sup>172</sup>

- Das geltende Recht erlaubt es dem Bund nicht, im Sinne einer „**kriterienbasierten Subventionierung**“ die Gewährung der Grundbeiträge von einer bestimmten Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren abhängig zu machen.<sup>173</sup>
- *De lege ferenda* wäre es verfassungsrechtlich aus kompetenzrechtlichen Gründen **unzulässig**, das **HFKG** durch eine Vorschrift zu **ergänzen**, die dem Bund oder den gemeinsamen Organen eine Kompetenz einräumte, die Nebentätigkeiten von Professorinnen und Professoren an den kantonalen Hochschulen oder anderen Institutionen des Hochschulbereichs im Einzelnen zu regeln. Denn weder die Bundeskompetenzen in Bezug auf die Hochschulorganisation noch Befugnisse betreffend die Regelung der Hochschulfinanzierung oder die allgemeine Vorschrift des Art. 63a Abs. 4 BV können hierfür als ausreichende Grundlage für eine diesbezügliche Bundeszuständigkeit betrachtet werden, dies soweit auf diese Weise eine Detailregelung erfolgen sollte.

## II. Schlussbetrachtung

**114.** Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchungen – die ausgesprochen engen Grenzen, die *de lege lata* und *de lege ferenda* in Bezug auf eine Delegation an Bundesorgane oder die gemeinsamen Organe bestehen, soweit die Regelung von Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren an kantonalen Hochschulen betroffen sind – illustriert letztlich den **kompetenzrechtlichen Hintergrund** der vorliegenden Fragestellung.

**115.** Deutlich wird damit, dass die Frage, ob und inwieweit solche Regelungen sinnvoll oder gar notwendig sind, von der vorliegend untersuchten Thematik streng zu trennen ist. Diese Überlegungen sind nach dem Gesagten jedenfalls im Wesentlichen durch die zuständigen Träger anzustellen, was – losgelöst von den in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden rechtlichen Aspekten – auch insofern sinnvoll ist, als die Frage der Regelung von Nebenbeschäftigungen selbstredend in einem engen Zusammenhang mit sonstigen Anstellungsbedingungen, mit dem Standort einer Hochschule, mit den betroffenen Fachgebieten sowie mit zahlreichen weiteren Gegebenheiten an den verschiedenen Hochschulen stehen. Darüber hinaus geht es hier zweifellos auch um gewisse „politische“ Grundentscheidungen. Insofern erscheint es sachdienlich, dass diese Frage durch die betreffenden Hochschulen sowie ihre Träger erörtert und entschieden wird.

---

<sup>172</sup> § 3 II.1.b., N 49 ff.

<sup>173</sup> § 3 II.2., N 61 ff.

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPFL	École polytechnique fédérale de Lausanne
et. al.	et alii (und weitere)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
f./ff.	folgende/fortfolgende
ggf.	gegebenenfalls
FHSG	Bundesgesetz über die Fachhochschulen vom 6. Oktober 1995 (SR 414.71)
HFKG	Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011 (Hochschulförderungs- und –koordinationsgesetz; SR 414.20)
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere

IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)
KJFG	Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz; SR 446.1)
LEX	Recueil des lois, ordonnances, règlements et directives de l'EPFL
M.a.W.	mit anderen Worten
M.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnote/Randziffer
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NHV	Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (SR 451.1)
RSETHZ	Systematische Rechtssammlung der ETH Zürich
S.	Seite(n) / Satz
s./s.o.	siehe; siehe oben
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SG	St. Gallen
SGK-N	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
sog.	sogenannt(e)
SpG	Bundesgesetz über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften vom 5. Oktober 2007 (Sprachengesetz; SR 441.1)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz; SR 616.1)
SWIR	Schweizerischer Wissenschafts- und Innovationsrat
u.	und
u.a.	und andere; unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UFG	Bundesgesetz über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich vom 8. Oktober 1999 (AS 2000 948; Universitätsförderungsgesetz)
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
usw.	und so weiter
v.	von/vom
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WBK-N	Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates

ZSAV-HS

Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich vom 12. November 2014  
(AS 2014 4149)