

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2021

Aufsätze

Martin Burgi und Lisa Hagen Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen **1-6**

Carsten Morgenroth und Barbara Wieczorek Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus der Hochschulpraxis, Teil 1-Online-Lehre **7-18**

Guido Speiser Das Promotionsrecht für Fachhochschulen **19-32**

Thomas Reydon Zur Unvergleichbarkeit akademischer Systeme **33-46**

Anmerkungen zur Rechtsprechung

Frank Wertheimer Wiederzuweisung von Personal- und Sachmitteln aus einer Bleibezusage – VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18 **47-52**

Tobias Mandler und Laura Wegmann Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 Wiss-ZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 **53-58**

Berichte

Karoline Haake Lehre und Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen. Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts **59-64**

Ausschreibung des Preises für Wissenschaftsrecht **65-66**

Ausgegraben

Friedrich Carl von Savigny Schriftsteller und Universitätslehrer **67-68**

Martin Burgi/Lisa Hagen

Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen

Vielfach besteht in Berufungsausschüssen (Synonym: -kommissionen) beim Umgang mit befangenen Mitgliedern regelmäßig zu Beginn der ersten Sitzung große Unsicherheit. Die Feststellung der Befangenheit zieht zahlreiche Folgefragen nach sich: Muss das als befangen geltende Mitglied die Sitzung verlassen? Wenn ja, für immer oder nur für die Dauer der laufenden Sitzung? Oder betrifft der Ausschluss womöglich nur die Beratungen hinsichtlich des die Befangenheit auslösenden Bewerbers bzw. der die Befangenheit auslösenden Bewerberin?¹ Problematisch erweist sich insoweit der mit einem Ausschluss einhergehende Verlust an Fachkompetenz für die ausgeschriebenen Gebiete, v.a. in Mehrfächer-Fakultäten. Ferner birgt ein Ausschluss der als befangen geltenden Mitglieder die Gefahr des Verlustes der Beschlussfähigkeit bzw. der doppelten Professorenmehrheit. Damit verbunden sind Aktivitäten zur personellen (Nach-) Besetzung, die regelmäßig das Berufungsverfahren verlängern. Im folgenden Beitrag soll es nur um diese Fragen gehen, das Vorliegen der Befangenheit eines Mitglieds des Berufungsausschusses wird unterstellt.

I. Bisheriger praktischer Umgang ausweislich sog. Handreichungen

Nach der „Handreichung zum Berufungsverfahren“ der LMU München (und vielen anderen Hochschulen) sollen als befangen geltende Mitglieder des Berufungsausschusses von der Mitwirkung bei der weiteren Beratung

und Beschlussfassung ausgeschlossen sein.² Dabei sei es nicht ausreichend, wenn das befangene Mitglied nur im Hinblick auf die Bewerber, die den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht mitwirkt oder den Sitzungsraum verlässt.³ Vielmehr sei erst nach Wegfall des Befangenheitsgrundes, d.h. erst dann, wenn der betroffene Bewerber ausgeschieden ist, eine Mitwirkung wieder möglich. Der Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses wird an deutschen Universitäten allerdings unterschiedlich gehandhabt. So wird an der Philipps Universität Marburg das befangene Mitglied gebeten, den Raum zu verlassen. Es kann aber nach der ersten Auswahlentscheidung, sofern keine Befangenheit mehr bestehen sollte, im Berufungsausschuss verbleiben.⁴ Auch an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg muss das als befangen geltende Mitglied den Sitzungsraum verlassen.⁵ An der Leibniz Universität Hannover dürfen die betroffenen Mitglieder des Berufungsausschusses hingegen auch während der Vorauswahl noch mitwirken, sie dürfen sich dabei lediglich nicht zu den Bewerbern äußern, die Anlass zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben.⁶ An der Universität der Bundeswehr München ist eine Mitwirkung bei der Vorauswahl der Bewerber zulässig, solange sich das als befangen geltende Mitglied nicht zu den Bewerbern äußert, denen gegenüber Befangenheit besteht. Spätestens bei Verbleiben des Bewerbers im engeren Auswahlverfahren ist das als befangen geltende Mitglied auszutauschen.⁷ Gleichsam auf einem Mittelweg regelt die Berufsordnung der Ruhr-Universität Bochum, dass

1 In dieser Ausarbeitung wird im Sinne einer sprachlichen Vereinfachung das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.
2 Siehe 2. c) Befangenheit in der Handreichung zum Berufungsverfahren, abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).
3 Siehe Merkblatt – Hinweise zum Protokoll für Berufungsverfahren, abrufbar unter https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/01_berufungsverfahren/merkblatt-hinweise-protokoll.pdf (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).
4 Siehe Befangenheitsregeln Universität Marburg, S. 2, abrufbar unter: <https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini->

[ration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf](https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini-ration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).
5 Siehe Berufungsverfahren an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg – Leitfaden, S. 9, abrufbar unter: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/formulare/berufungsleitfaden.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).
6 Vgl. Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren Uni Hannover, S. 2, abrufbar unter: https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/dezernat2/handreichung_umgang_mit_befangenheit.pdf (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).
7 Vgl. Leitfaden zur Befangenheit in Berufungsverfahren der Bundeswehr Universität München, S. 4, abrufbar unter: <https://www.unibw.de/universitaet/berufung> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

das als befangen geltende Mitglied erst aus dem Berufungsausschuss auszuschließen ist, wenn sich ein Ausschluss von der Beratung und Beschlussfassung über einzelne Kandidatinnen oder Kandidaten nicht als ausreichend erweist.⁸

II. Normativer Rahmen

Die rechtliche Grundlage beim Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses unterscheidet sich je nach Bundesland nur unwesentlich.⁹ Maßgeblich sind die Vorschriften des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes sowie die Hochschulgesetze der Länder. Daneben können die Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungsbefugnis Regelungen für das Berufungsverfahren treffen. Keine Außenwirkung entfalten die zu I. erwähnten Handreichungen, sie sind dem Charakter nach universitätsinterne Verwaltungsvorschriften.

In Bayern ist das Berufungsverfahren (noch) in einem eigenen Hochschulpersonalgesetz (Art. 18 BaySchPG) geregelt. In den anderen Bundesländern werden Vorgaben für das Berufungsverfahren in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen geregelt, etwa in § 48 BWLHG, § 37 NRWHG, § 50 RHPfHochSchG oder § 101 BerlHG.¹⁰ Regelungen zur Befangenheit fehlen in den ohnehin meist konkretisierungsbedürftigen Hochschulgesetzen jedoch weitgehend. In Bayern beispielsweise regelt lediglich Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayHSchG für Mitglieder von Gremien die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG für Beratungen und Abstimmungen, die nicht in einem Ver-

waltungsverfahren erfolgen. Jedoch wird überwiegend angenommen, der Berufungsausschuss sei schon kein Gremium i.d.S.¹¹ Daneben gibt Art. 18 Abs. 4 S. 13 BayHSchPG Hochschulen die Möglichkeit, für die Aufstellung des Berufungsvorschlags eigene Regelungen durch die jeweilige Grundordnung zu schaffen, wovon seitens der Hochschulen nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde.¹²

Ergänzend und subsidiär gelten darüber hinaus jedoch grundsätzlich die Regelungen des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere §§ 20 und 21, da staatliche Hochschulen zugleich Behörden im Sinne des § 1 VwVfG sind.¹³ Bei einem Berufungsverfahren handelt es sich um eine Prüfungsentscheidung im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, und es ist auf den Erlass eines Verwaltungsaktes ausgerichtet, § 9 VwVfG.¹⁴ Der Berufungsausschuss ist ferner ein Ausschuss i.S.v. § 88 VwVfG, sodass sich ein etwaiger Ausschluss eines Mitglieds nach § 21 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG richtet.¹⁵ Über den Ausschluss entscheidet nach §§ 21 Abs. 2, 20 Abs. 4 S. 2 VwVfG der Berufungsausschuss, sobald er Kenntnis über die Gründe erlangt, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.¹⁶ Die folgenden Ausführungen orientieren sich beispielhaft an der Rechtslage in Bayern.

III. Relevante Entscheidungen auf der Ebene des Berufungsausschusses

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG obliegt es dem Berufungsausschuss, den Berufungsvorschlag vorzubereiten.

8 Vgl. Berufungsordnung der Ruhr-Universität Bochum, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.ruhr-uni-bochum.de/berufungsportal/berufungsverfahren/Berufungsordnung%202015.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

9 Übersichtlich hierzu *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 ff.).

10 Siehe dazu die Auflistung bei *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 Rn. 2.

11 So *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 6.4; *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (611 f.).

12 So *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (282) mit Verweis auf § 61 Abs. 2 S. 1 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München und § 75 Abs. 1 S. 1 Grundordnung der Universität Regensburg.

13 Zu den Einzelheiten siehe *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.). Bei den Hochschulen des Bundes gilt im Übrigen das VwVfG des Bundes. In Bayern lässt sich auch aus Art. 104 BayHSchG auf die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG schließen, vgl. dazu *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG, Rn. 25.

14 Siehe *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018,

§ 20 Rn. 18; *Geis*, OdW 2020, 23; für das BayVwVfG siehe *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a; so wohl auch BayVfGH, B.v. 03. Juli 2018 – 7 CE 17.2430 –, juris Rn. 45; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.), die Art. 20, 21 BayVwVfG analog anwenden wollen; zur Rechtslage in Berlin *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (338); bezüglich des VwVfG MV OVG Mecklenburg-Vorpommern, B.v. 21. April 2010 – 2 M 14/10 –, juris Rn. 19.

15 Dazu *Geis*, OdW 2020, 23 (24), der auch auf die Sondervorschriften im Hochschulrecht eingeht; *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (341); *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die entsprechenden Vorschriften des BayVwVfG analog anwenden; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; VG Hannover, B.v.19.6.2003 – 6 B 2398/03 –, juris Rn. 69.

16 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (27); *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (342); zum BayVwVfG *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a f.; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die Vorschriften analog anwenden.

Darin sind gem. Art. 18 Abs. 4 S. 11 BayHSchPG die fachliche, pädagogische und persönliche Eignung der Bewerber in Relation zum Ausschreibungstext eingehend „und“ vergleichend zu würdigen und die gewählte Reihenfolge zu begründen.

Eine sachlich betrachtete erste Entscheidung betrifft mithin die Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des je einzelnen Bewerbers (1). Die Bewerber müssen also hinsichtlich der zu bewertenden Kriterien zunächst jeweils für sich beurteilt werden.¹⁷ In einem sachlich betrachteten zweiten Schritt erfolgt sodann eine vergleichende Betrachtung der nach (1) qualifizierten Bewerber, die sodann im Rahmen einer Vorauswahl entweder in einen Lesedurchgang einbezogen oder direkt zu den Berufungsvorträgen eingeladen werden (2). In der Verfahrenspraxis vieler Universitäten wird zwischen den Entscheidungen (1) und (2) freilich nicht explizit getrennt. Zuletzt erfolgt die Entscheidung über die Erstellung der Vorschlagsliste (3).

IV. Rechtsfolge: Ausscheiden aus der Sitzung

Regelmäßig wird zu Beginn der Sitzung des Berufungsausschusses auf Grundlage der Bewerbungen geprüft, ob Anhaltspunkte für eine Befangenheit einzelner Ausschussmitglieder vorliegen. Ist dies der Fall, so ist das betroffene Mitglied des Berufungsausschusses nach den Handreichungen (teilweise „Richtlinien“ oder „Leitfäden“ genannt) von der weiteren Mitwirkung auszuschließen. Fraglich ist jedoch, auf welche der unter III. vorgestellten Entscheidungsstadien sich dieser Ausschluss erstreckt.

1. Bei der Entscheidung über die Eignung des je einzelnen Bewerbers

In Frage kommt ein Mitwirkungsverbot des befangenen Mitglieds bei der Entscheidung zu (1) insgesamt oder

nur soweit, wie die Beratungen den die Befangenheit auslösenden Bewerber betreffen, sodass eine Mitwirkung bei den Beratungen hinsichtlich der übrigen Bewerber möglich bliebe.

Für die erstgenannte Variante sprechen sich verschiedene Stimmen in der Literatur aus.¹⁸ Rechtsprechung, die genau diese Konstellation im Blick hat, gibt es (soweit ersichtlich) nicht. Das Mitwirkungsverbot soll sachfremde Verwaltungsentscheidungen verhindern, weshalb es in einem weiten Sinne auf jegliche Form der Mitwirkung im Verwaltungsverfahren zu erstrecken ist, die zumindest die Möglichkeit direkter oder indirekter Einflussnahme auf die Verwaltungsentscheidung bietet.¹⁹ Eine solche Mitwirkung liegt auch dann vor, wenn die befangene Person nur beratend mit dem Ziel tätig wird, auf die Sachentscheidung anderer Einfluss zu nehmen.²⁰ Eine indirekte Einflussnahme dahingehend, dass die übrigen Bewerber schlechter gestellt würden, könne bei einer Mitwirkung des als befangene geltenden Mitglieds bei den verbleibenden Bewerbern, die nicht den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht verhindert werden, da die Auswahlentscheidung maßgeblich auch auf dem wertenden Vergleich der jeweiligen Qualifikationen beruhe.²¹ Allein die Präsenz des ausgeschlossenen Mitglieds könne die Diskussion der verbleibenden Mitglieder im Berufungsausschuss beeinflussen.²² Der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit, den es im Verwaltungsverfahren gerade zu vermeiden gilt,²³ bliebe für die übrigen Bewerber bestehen. „Ausschluss“ in diesem Sinne dürfe demnach nicht nur kein Stimmrecht bedeuten, sondern müsse darüber hinaus auch das Anwesenheitsrecht ausschließen.²⁴ Dafür soll auch der Wortlaut in Art. 20 Abs. 4 S. 3, 4 („nicht mitwirken“ bzw. „nicht zugegen sein“) sprechen. Dem Erfordernis der Fachkompetenz müsse im Wege der Nachnominierung durch den Fakultätsrat ausreichend Rechnung getragen wer-

17 Dies ergibt sich nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 44a schon daraus, dass die Würdigung vergleichend sein muss. Vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 127, wonach das in Art. 33 Abs. 2 GG statuierte Prinzip der Bestenauslese erfordere, dass orientiert an dem ausgeschriebenen Anforderungsprofil der Stelle „auf der Grundlage sämtlicher vorliegenden und für die zu besetzende Stelle relevanten Informationen eingehend die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des einzelnen Bewerbers sowie der Bewerber im Verhältnis zueinander für die zu besetzende Stelle zu ermitteln ist“, was eine separate Entscheidung über jeden einzelnen Bewerber impliziert.

18 So etwa *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

19 Siehe *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestal-

tungsaufgabe, 2001, S. 201 f. mit Fn. 26; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 23; *Hefßhaus*, in: BeckOK VwVfG, 48. Edition, Stand 01.07.2020, § 20 Rn. 13.

20 Vgl. VG Düsseldorf, U.v. 03. Dezember 2015 – 15 K 7734/13 –, juris Rn. 74; *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, S. 78 Rn. 140.

21 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); so auch VG Hamburg, B.v. 25. Februar 2005 – 8 E 6091/04 –, juris Rn. 51 (der Beschluss wurde jedoch später vom OVG Hamburg aufgehoben, das schon das Vorliegen von Befangenheit im Streitfall verneinte, vgl. B.v. 08. Juli 2005 – 1 Bs 89/05 –, juris Rn. 16).

22 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

23 Vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 718 (720).

24 So *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

den,²⁵ was auch nach den Probevorträgen noch erfolgen könne.²⁶ Nur wenn sich in seltenen Ausnahmefällen keine Ersatzmitglieder für den Berufungsausschuss finden lassen sollten, müsste aus Gründen der Praktikabilität eine fachkompetente Besetzung des Ausschusses dadurch sichergestellt werden, dass das als befangen geltende Mitglied zwar an der Beratung teilnehmen dürfe, ihm aber das Stimmrecht versagt werde.²⁷

Hier zeigt sich ein erstes Problem dieser Sichtweise, da im Falle der Befangenheit mehrerer Mitglieder des Berufungsausschusses die universitätsinterne Kapazität an möglichen fachkompetenten Mitgliedern rasch erschöpft sein kann, sodass auf Externe zurückzugreifen wäre. Eine Nachberufung der ausscheidenden Mitglieder durch externe Mitglieder (d.h. Professoren anderer Universitäten) wäre nicht nur kosten- (man denke an zu erstattende Fahrtkosten etc.) und zeitintensiv.²⁸ Das Berufungsverfahren ist vielmehr auch das Kernstück hochschulischer Selbstverwaltung.²⁹ Ganz in diesem Sinne wird das von Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Auswahlrecht der Hochschulen für die Ämter von Hochschullehrenden als Selbstergänzungsrecht bezeichnet.³⁰ Inwiefern die Besetzung eines Berufungsausschusses mit überwiegend externen Mitgliedern dem noch gerecht werden könnte, ist äußerst zweifelhaft.

Für die eingangs genannte zweite Variante spricht auch die Erhaltung der Fachkompetenz des Berufungsausschusses. Dieser hat den Auftrag, die im Sinne der Bestenauslese (siehe auch Art. 33 Abs. 2 GG) qualifizierteste Person für die zu besetzende Professur vorzuschla-

gen.³¹ Dementsprechend sollte er idealerweise auch das Gremium mit dem maximal möglichen Sachverstand sein.³² Ein umfassendes Mitwirkungsverbot befangener Ausschussmitglieder birgt demgegenüber die Gefahr, dass die Personen, die die größte Fachkompetenz in den Berufungsausschuss bringen, nicht mehr mitwirken können. Dies betrifft insbesondere kleine wissenschaftliche Communities, die von einem engen wissenschaftlichen Austausch geprägt sind.³³

Allerdings wird in den Berufungsausschüssen oft nicht zwischen dem ersten (1) und zweiten (2) Stadium der Entscheidung, also der Bewertung des je Einzelnen und der vergleichenden Betrachtung aller Bewerber unterschieden. Auch die Stellungnahmen aus der Literatur, die sich für die erstere Vorgehensweise aussprechen, differenzieren nicht durchgehend zwischen diesen Entscheidungsstadien. Hier ist u.E. anzusetzen (siehe V.).

2. Bei der Entscheidung über eine Vorauswahl

Entfällt der Grund der Befangenheit, da der Bewerber, der den Anlass zur Befangenheit gegeben hat bereits bei der Entscheidung zu (1) ausscheidet, so kann nach überwiegender Ansicht das ursprünglich ausgeschlossene Mitglied an den Sitzungen des Berufungsausschusses wieder teilnehmen und mitbestimmen.³⁴ Wird der Bewerber, der den Anlass für die Befangenheit gegeben hat in einen Lesedurchgang einbezogen oder zu den Probevorträgen eingeladen, so ist ein Mitwirken des Mitglieds im weiteren Berufungsverfahren ausgeschlossen.³⁵

25 So auch OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28). *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617) sehen eine solche Nachbesetzung für Professoren aufgrund des aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Grundsatzes, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssen, als verpflichtend an.

26 OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

27 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; a.A. *Geis*, OdW 2020, 23 (28): In diesem Fall sei das Verfahren als ultima ratio abzubrechen.

28 So appelliert *Mehde*, ZfB 2018, 373 (375 f.), trotz der Bemühungen einen bösen Schein zu vermeiden, den für die Besetzung des Berufungsausschusses entstehenden Aufwand nicht aus den Augen zu verlieren.

29 Vgl. auch *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 1;

Geis, OdW 2020, 23 (31).

30 *Reich*, DÖV 2004, 413 (415); BVerfGE 35, 79 (131).

31 So OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 7.

32 Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 15; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (281); OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 9.

33 Dieses Dilemma thematisieren auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (283) regen aus diesem Grund an eine etwaige Befangenheit nicht vorschnell zu bejahen.

34 Vgl. *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a. *Geis*, OdW 2020, 23 (28) hingegen lehnt die Rückkehr einer einmal ausgeschiedenen Person im gleichen Verfahren ab.

35 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); diese Vorgehensweise, wie sie der Leitfaden zur Durchführung von Berufungsverfahren einer Berliner Hochschule vorsieht, wird auch vom VG Berlin im Rahmen eines Konkurrentenrechtsstreits für zulässig erachtet, siehe VG Berlin, B.v. 15. Dez. 2017 – 5 L 315.17 –, juris Rn. 18.

3. Bei der Entscheidung über die Vorschlagsliste

Nach den Probevorträgen und nachdem wie üblicherweise vorgesehen externe vergleichende Gutachten über die Vorzuschlagenden eingeholt wurden³⁶, erstellt der Berufungsausschuss gem. Art. 18 Abs. 4 S. 5 BayHSchPG eine Vorschlagsliste. In diesem Stadium ist das befangene Mitglied bereits aus dem Berufungsausschuss ausgeschieden (s.o.).

V. Vorschlag einer (soweit nicht schon erfolgten) Modifizierung der Handreichungen

Aufbauend auf den insoweit gewonnenen Erkenntnissen empfiehlt es sich, für die Fassung universitätsinterner Verwaltungsvorschriften bezüglich des Umgangs mit als befangen geltenden Mitgliedern folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Die erste Sitzung eines Berufungsausschusses sollte in zwei Durchgänge gegliedert werden. Ein erster Durchgang sollte die Eignung i.w.S. für die je einzelne sich bewerbende Person zum Gegenstand haben, unabhängig von einem wertenden Vergleich mit den anderen Bewerbenden. Wurde auf diese Weise über alle Bewerbende einzeln beraten, so kann nach einer zeitlichen Zäsur ein wertender Vergleich unter den Bewerbenden stattfinden, die die Mindestanforderungen für die zu besetzende Stelle erfüllen. Durch ein solches Vorgehen kann zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person und dem wertenden Vergleich unterschieden werden, sodass ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf die Zeit der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person begrenzt werden kann. Sollte es die die Befangenheit auslösende Person bis zum wertenden Vergleich schaffen, muss das als befangen geltende Mitglied dann ausscheiden.

VI. Auswirkungen auf Beschlussfähigkeit und Zusammensetzung

1. Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses ab Ausscheiden des Mitglieds

Das bayerische Hochschulrecht trifft selbst keine Regelung zur Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses.

Der Gesetzgeber der Hochschulreform 2006 hat die nähere Ausgestaltung der Verfahrensregelungen weitgehend den Hochschulen selbst überlassen.³⁷ Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG regelt demgegenüber organisatorische Vorgaben zur Zusammensetzung des Berufungsausschusses. Die Auswirkungen des Ausscheidens eines Mitglieds aus dem Berufungsausschuss werden daher beispielhaft anhand der Grundordnung der LMU behandelt.

Gem. 2. a) der Handreichung der LMU³⁸ bzw. § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU ist der Berufungsausschuss beschlussfähig, wenn sämtliche Mitglieder ordnungsgemäß geladen sind und die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Fraglich ist, ob die Sitzung weitergeführt werden darf, wenn infolge des Ausscheidens mehrerer Mitglieder wegen Befangenheit nicht mehr die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Gem. § 69 Abs. 5 S. 1 1. HS Grundordnung LMU ist ein Gremium, wenn es zum zweiten Mal zur Verhandlung über denselben Gegenstand zusammengerufen wird, weil es das erste Mal beschlussunfähig war, ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Stimmberechtigten beschlussfähig. Eine Aussage über die Auswirkungen einer eventuellen Befangenheit eines Ausschussmitglieds auf die Beschlussfähigkeit des Ausschusses beim erstmaligen Zusammenkommen trifft diese Regelung mithin nicht. Beschlussfähig ist der Berufungsausschuss demnach, wenn zu Beginn der Sitzung die Voraussetzungen des § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU vorliegen. Die Befangenheit eines Mitglieds im weiteren Verlauf der Sitzung hat darauf zunächst keine Auswirkung, da die als befangen geltende Person einstweilen Mitglied des Berufungsausschusses bleibt und im Falle des Ausscheidens des die Befangenheit auslösenden Bewerbers wieder bei der Entscheidungsfindung mitwirken könnte.

Auch Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG verlangt nicht, dass die Mitglieder des Berufungsausschusses durchgehend anwesend sind,³⁹ sodass die Abwesenheit eines Mitglieds während der Beratung über den die Befangenheit auslösenden Bewerber für die Beschlussfähigkeit folgenlos bleibt. Zu empfehlen ist dennoch, von vornherein eine größere Zahl von Mitgliedern sowie Ersatzmitgliedern zu entsenden. Ferner kann die Beschlussfähigkeit im Falle des endgültigen Ausscheidens eines als be-

36 Vgl. etwa § 62 Abs. 2 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München vom 15. Juni 2007.

37 Vgl. Lindner, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 2.

38 Abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).

39 So Jaburek, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24; dazu VG Ansbach, B.v. 25.08.2015 – AN 2 E 15.00143 –, juris Rn. 33: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Ausschussmitglieder während aller Verfahrensschritte kann deshalb nicht verlangt werden. Die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Ausschusses wäre andernfalls ernsthaft in Frage gestellt.“

fangen geltenden Mitglieds durch die Nachbesetzung des Sitzes im Ausschuss wiederhergestellt werden.⁴⁰ Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG bildet der Fakultätsrat im Einvernehmen mit der Hochschulleitung einen Berufungsausschuss, sodass jener auch für die Nachnominierung eines Mitglieds des Ausschusses zuständig ist.⁴¹

2. Die Professorenmehrheit im Berufungsausschuss nach Ausscheiden des Mitglieds

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG wird für die Entscheidung über die Vorschlagsliste neben der Mehrheit der dem Gremium angehörenden Mitgliedern auch die Mehrheit der dem Gremium angehörenden Professoren gefordert. Diese Mehrheit der Stimmen der Professoren sichert deren ausschlaggebenden Einfluss.⁴² Scheiden mehrere Mitglieder aufgrund von Befangenheit aus dem Berufungsausschuss aus, kann die Zahl der Personen, die eine Professur innehaben, unter die von Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG geforderte Mehrheit sinken. Denkbar wäre es, die Nachbesetzung der betroffenen Mitglieder in diesem Fall schon wegen Art. 5 Abs. 3 GG, dem der Grundsatz zu entnehmen sei, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssten und die vorgesehenen Verteilungsverhältnisse insgesamt sonst unterlaufen würden, als verpflichtend anzusehen.⁴³ Beschränkt sich das Mitwirkungsverbot jedoch nur auf die Beratungen und Abstimmungen über die die Befangenheit auslösenden Personen, wird die Professorenmehrheit dadurch nicht in Frage gestellt, da sich Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG als eine organisationsrechtliche Vorgabe auf die Mitgliedschaft, nicht auf die durchgehende Mitwesenheit bezieht.⁴⁴

VII. Fazit

Das Berufungsverfahren der Hochschullehrer als den eigentlichen „Träger(n) der freien Forschung und Lehre

innerhalb der Universität“⁴⁵ ist für die Zukunft der Universitäten von maßgeblicher Bedeutung. Dementsprechend komplex gestaltet sich die Zusammensetzung des Berufungsausschusses sowie der Ablauf des Berufungsverfahrens, dessen Ziel es ist, den nach dem Prinzip der Bestenauslese geeignetsten Bewerber ausfindig zu machen. Regeln zum Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern des Berufungsausschusses sollen dabei sicherstellen, dass diese Entscheidung frei von sachfremden Einflüssen erfolgt. Gleichzeitig ist die fachliche Nähe zu der zu besetzenden Professur und sind Erfahrungen im Bereich der damit einhergehenden Aufgaben elementare Voraussetzung, um die Geeignetheit des jeweiligen Bewerbers einschätzen zu können. Eine zu strenge Handhabung der Befangenheitsregelungen könnte demnach die Fachkompetenz des Berufungsausschusses und damit letztendlich die Qualität der gefundenen Entscheidung beeinträchtigen. Eine Aufteilung des Verfahrens in der Weise, dass zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person einerseits und dem wertenden Vergleich zwischen ihnen andererseits unterschieden werden kann, ermöglicht es, ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf den Zeitraum der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person zu begrenzen.

Prof. Dr. Martin Burgi ist Professor an der Ludwigs-Maximilians-Universität München und Leiter des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht und der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen. Lisa Hagen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht.

⁴⁰ Dazu Fn. 22.

⁴¹ Siehe auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

⁴² Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16 mit Verweis auf

BVerfGE 51, 369 (381).

⁴³ So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617).

⁴⁴ So *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16.

⁴⁵ BVerfG, NJW 1973, 1176 (1181).

Carsten Morgenroth und Barbara Wieczorek

Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil I – Online-Lehre

Übersicht

I. Einleitung

II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

a. Beschaffung

b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

2. Vorüberlegungen für Lehrende

a. Überlegungen zur inhaltlichen und didaktischen Gestaltung

b. Verwendung von open access-Inhalten

c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

3. Fehlverhalten der Studierenden

a. Staatliches Recht

b. Hochschulrecht

III. Ergebnisse

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat auch das deutsche Hochschulleben in kürzester Zeit stark verändert.¹ Die Mitte März 2020 in Deutschland beginnenden Maßnahmen, Kontakte zu beschränken und Mindestabstände einzuhalten, hatte dabei erhebliche organisatorische und rechtliche Konsequenzen. Innerhalb weniger Wochen hatten die Hochschulen die Aufgabe, das anstehende Sommersemester 2020 über online-Angebote zu Lehre und Prüfung abzusichern.² Diese Absicherung ließ sich nur mit einer intensiven Kraftanstrengung aller Beteiligten bewältigen, zumal die rechtliche Lage unsicher und volatil war und der Prozess der Digitalisierung von Lehre und Prüfung in den deutschen Hochschulen sich weitgehend noch nicht auf der Zielgeraden befindet.³ Immer-

hin konnten im Verlaufe des Sommersemesters 2020 erste Erfahrungen mit der online-Lehre und einem Prüfungszeitraum im online-Format gesammelt werden.⁴

Nach einer Beruhigung der Infektionslage über den Sommer 2020, die mit Lockerungen der Infektionsschutzmaßnahmen verbunden war,⁵ stiegen die Zahlen der positiven Testergebnisse deutschlandweit wieder erheblich an. Es galt deshalb, die Erkenntnisse und Erfahrungen der vergangenen Monate zu konsolidieren, sich intensiv mit den Ausgestaltungen des online-Hochschulbetriebs zu befassen und diese in einem sinnvollen Maß dauerhaft zu integrieren.

Diese Abhandlung unternimmt daher den Versuch, die Fortentwicklung des Rechts der online-Lehre nach derzeitigem Stand aufzuarbeiten. Teil 2 wird dann neben einigen grundlegenden Fragestellungen den aktuellen Zwischenstand für online-Prüfungen beleuchten. Hoffentlich kann damit ein kleiner Beitrag geleistet werden, den derzeit nur begrenzt möglichen kollegialen Austausch zu befördern.

II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

Obwohl die online-Lehre kein neuartiges Phänomen in der deutschen Wissenschaftslandschaft ist,⁶ hat die Corona-Situation den Bedarf danach und damit den Klärungsbedarf bezüglich seiner rechtlichen Dimensionen erheblich erhöht. Aus der praktischen Innensicht sollen deshalb die wesentlichen Aspekte angeschnitten werden, zu denen einige Vorüberlegungen zum verwendeten Softwaresystem (1.) und Hinweise für Lehrende für die Erstellung ihrer Lehrunterlagen (2.) gehören. Aber nicht nur die Verantwortungssphäre der Hoch-

Online-Fundstellen wurden zuletzt abgerufen am 24. November 2020.

1 Eine anschauliche Beschreibung der Anforderungen und Reaktionen aus den ersten Monaten vermittelt *Sandberger*, OdW 2020, 155 ff.

2 Dem Beginn der wesentlichen Corona-Maßnahmen Mitte März 2020 folgte die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung nach § 5 IfSG durch den deutschen Bundestag mit Wirkung zum 28. März 2020, s. *Rixen*, NJW 2020, 1097 ff. Der übliche Semesterstart im Sommersemester liegt ca. Mitte April des Jahres und war von diesen einschneidenden Maßnahmen nur wenige Wochen entfernt.

3 Mit ausführlichen Nachweisen dazu *Eisentraut*, OdW 2020, 177 ff.

4 Eine Zusammenfassung des ersten Corona-Semesters bietet [Hochschulen ziehen Bilanz des Digitalsemesters \(faz.net\)](#), seitens der Hochschulrektorenkonferenz [Stellungnahmen der HRK - Hochschulrektorenkonferenz](#).

5 Es wurde im Bundestag sogar über eine Aufhebung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne von § 5 IfSG debattiert, s. [Deutscher Bundestag - Streit um Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite](#).

6 So bieten etwa die Fernuniversität Hagen oder die Virtuelle Hochschule Bayern seit Längerem online-Angebote an.

schule gehört hierhin, sondern auch eine Betrachtung möglichen Fehlverhaltens der Studierenden mit Bezug zu den Unterrichtsmaterialien (3.).

1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

Vorüberlegungen zum Softwaresystem inkludieren dessen Beschaffung (a.), und dessen bestmögliche datenschutzrechtliche Absicherung (b.).

a. Beschaffung

Auch für die Beschaffung von Software zu Zwecken der online-Lehre hat eine Hochschule das geltende Vergaberecht einzuhalten, zumindest dann, wenn sie ein sog. öffentlicher Auftraggeber ist. Dies ist für staatliche Hochschulen immer der Fall. Für private, staatlich anerkannte Hochschulen bestimmt sich dies nach dem Umfang ihrer Anerkennung.⁷

Innerhalb des Vergaberechts ist sodann in zweierlei Hinsicht zu strukturieren. Wir unterscheiden in erster Stufe das auf EU-Recht basierende Oberschwellenvergaberecht gemäß GWB und VgV vom Unterschwellenvergaberecht nach der UVgO bzw. – soweit die betreffenden Bundesländer diese noch nicht für gültig erklärt haben⁸ – die VOL/A. Der aktuelle Schwellenwert⁹ beträgt für die hier relevanten Beschaffungsarten 214.000 € netto. Für den Unterschwellenbereich, also für Gesamtnettokosten unter 214.000 €, relevant ist eine weitere Unterscheidung zwischen gewerblichen Lieferungen bzw. sonstigen Leistungen einerseits und sog. freiberuflichen Leistungen andererseits. Freiberufliche Leistungen sind solche Leistungen, bei denen nach der Art der Leistung freiberufliche Anbieter¹⁰ zumindest auch als Bieter im Vergabeverfahren in Frage kommen können. Gerade für Soft-

wareprodukte ist dies mit Bezug zu individueller Entwicklung bzw. Anpassung sehr wahrscheinlich und deshalb in der Vorbereitung des Verfahrens immer mit zu beobachten.¹¹ Für derart komplexe, integrierte Systeme wie online-Lehrsoftware wird der potenzielle Anbieterkreis aber wohl doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausschließlich aus gewerbetreibenden, industriellen Anbietern bestehen können, so dass die richtige Vergabeart die gewerbliche Lieferung bzw. Leistung ist. Diese Frage könnte allerdings für konkrete Weiterentwicklungen einer bestehenden Software anders zu beurteilen sein.¹²

Essenziell für die Beschaffung ist in jedem Fall die Vorbereitung. Im Rahmen der sog. Bedarfsermittlung¹³ hat die Hochschule nämlich möglichst genau vorab zu überlegen, welche Formen der online-Lehre – bzw.: ggf. inklusive online-Prüfungen – sie einzusetzen plant. Danach bestimmt sich dann im Rahmen der sog. Markterkundung, welche potenziellen Anbieter für eine derart ausgestattete Software in Frage kommen.¹⁴ Da die Markterkundung in der Regel auch einen Schätzwert für die Beschaffungskosten beinhaltet,¹⁵ ist damit zugleich auch der zutreffende rechtliche Rahmen¹⁶ für das Verfahren gesichert. Bezüglich der potenziellen Bieter empfiehlt es sich, im Rahmen des Verfahrens aktuelle, einschlägige Referenzen abzufordern, um bei den betreffenden Stellen nach deren Erfahrungen mit dem Bieter und der Software konkret zu erfragen.¹⁷ Hinsichtlich der Leistung selbst ist es vergaberechtlich zulässig, vor der Erteilung des Zuschlags eine sog. Teststellung¹⁸ zu absolvieren, in der die Software dann im praktischen Einsatz getestet werden kann, um die Richtigkeit der Bieterangaben zum System im konkreten Umfeld der Hochschule

7 Bei juristischen Personen des Privatrechts hat nach § 99 Nr. 2 GWB eine Feststellung zu erfolgen, dass deren Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse liegt, s. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, 2020, § 99 GWB, Rn. 55. Dies könnte idealerweise durch die Anerkennung der privaten Hochschule erfolgen.

8 Da die UVgO – wie die VOL – keinen Gesetzescharakter hat, ist sie von jedem Bundesland gesondert einzuführen, beispielsweise als Verwaltungsvorschrift zu § 55 Landes-LHO.

9 Der Schwellenwert nach § 3 VgV wird von der EU-Kommission im Amtsblatt der EU bekanntgegeben, zuletzt am 30. Oktober 2019 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020, s. Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. L 279/23.

10 § 50 UVgO nimmt zum Personenkreis freiberuflicher Anbieter insoweit Bezug auf die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

11 Variantenreich und instruktiv insoweit Kirch/Kumpf, Vergabe-News 2014, 94 ff.

12 Der für derartige Leistungen grundsätzlich eröffnete Wettbewerb

könnte natürlich dadurch ausgeschlossen sein, dass sich der Anbieter Exklusivrechte an der Software zu Grunde liegendem Quellcode ausbedungen hat, was bei Software außerhalb der open source Bewegung sehr wahrscheinlich ist. In diesem Falle kommt nach der Art der Leistung nur der Verkäufer der Ausgangssoftware in Frage – es handelt sich hierbei dann um eine privilegierte Form der gewerblichen Beschaffung.

13 Trutzel, in: Ziekow/Völlink (Fn. 7), § 28 VgV, Rn. 2.

14 OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2008, Az. 13 Verg 1/08.

15 OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2011, Az. Verg W 16/10.

16 Gemeint ist hier die Unterscheidung zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht, nicht dagegen die danach noch zu treffende Wahl der konkreten Verfahrensart.

17 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 08.04.2014, Az. 11 Verg 1/14.

18 Zu den Möglichkeiten und rechtlichen Maßstäben einer Teststellung vor bzw. nach Vertragsschluss Jennert/Werner, VergabeR 2016, 174 ff.

verifizieren zu können. Die vergaberechtliche Erleichterung, infolge unverschuldeter Dringlichkeit nach vereinfachten Vorgaben zu beschaffen,¹⁹ sollte dagegen mit Blick auf die nunmehr seit mehreren Monaten bekannte Sonderproblematik Corona nicht mehr zulässig sein.²⁰

b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

Datenschutzrechtliche Überlegungen der Hochschule beinhalten sowohl das formelle als auch das inhaltliche Datenschutzrecht, letzteres bei Softwareanbietern außerhalb der EU insbesondere zum Recht des Datentransfers in Drittstaaten nach Art. 44 ff. EU-DSGVO.

In formeller Hinsicht bestehen Pflichten der Hochschule im Außenverhältnis zu Studierenden sowie interne Dokumentationspflichten. Zu letzteren gehört insbesondere das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (VVT) gemäß Art. 30 EU-DSGVO, in dem die wesentlichen Datenverarbeitungen, Verfahrensabläufe, Beteiligten und Rechtspositionen im Rahmen des Betriebs des Softwaresystems aufzuführen sind. Gegenüber den Studierenden hat die Hochschule dagegen über die Funktionsweise des Systems und die damit verbundenen Datenverarbeitungen zu informieren, Art. 13, 14 EU-DSGVO, sowie diese Information auch zu dokumentieren, Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO.²¹ Ob diese Information über eine allgemeine Internetseite oder für jeden Studierenden individuell, beispielsweise in einem Fenster vor Nutzung des Systems, erscheint, bleibt der konkreten Ausgestaltung überlassen. Zum ebenfalls erforderlichen Nachweis der Dokumentation der Information bietet sich möglicherweise die IT-basierte, individualisierte Information in Verbindung mit der Speicherung der aktiv gesetzten Kenntnisaufnahme durch die Studierenden seitens der Hochschule als effektives Mittel an.

In materieller Hinsicht hat sich die Datenverarbeitung zunächst allgemein an den Grundsätzen von Art. 5 EU-DSGVO zu orientieren, insbesondere an den Geboten der Zweckbindung, Datensparsamkeit und Verhältnismäßigkeit. Nach dem Zweck der Lehre, interaktiven Austausch von Wissen zwischen Lehrenden und Studierenden zu ermöglichen,²² sind dabei bestimmungsgemäß personenbezogene Daten dieser Beteilig-

ten zu beachten. Möchte die lehrende Person darüber hinaus im Rahmen der Lehre personenbezogene Daten Dritter verwenden, z. B. ein Video mit abgebildeten dritten Personen, so hat das System dies dem Grunde nach ebenfalls zu berücksichtigen.²³ Die Hochschule hat jedoch übergeordnet zwei Fragen zu klären: die technischen Voreinstellungen des Systems und die datenschutzrechtliche Kompatibilität bei Verwendung von Software von außerhalb der EU, insbesondere US-amerikanischer Software.

Die technischen Voreinstellungen des Systems haben neben der rein technischen Kompatibilität mit anderen verwendeten Systemen vor allem datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Diese als „technisch-organisatorische Maßnahmen“ vorgesehenen Anforderungen bestehen insbesondere in den Vorkehrungen zur Sicherheit der Datenverarbeitung nach Art. 32 EU-DSGVO sowie in Voreinstellungen, die von vornherein das Gebot der Datensparsamkeit umsetzen wollen und Verarbeitung nur der für den jeweiligen Zweck wirklich erforderlichen Daten überhaupt erst ermöglichen, Art. 25 Abs. 2 EU-DSGVO. Zu letzterem gehört – neben einem etablierten und regelmäßig überprüften Rechte- und Rollenkonzept²⁴ – vor allem die Frage, ob die Hochschule ein Softwaresystem für online-Lehre von vornherein für eine Aufzeichnung der betreffenden Veranstaltung sperrt und diese damit gar nicht erst zulässt.²⁵ Diese Frage stellt sich in dieser Absolutheit für die Hochschule natürlich nur dann, wenn unter keinen Umständen ein Vorhalten der Lehrveranstaltung als datenschutzrechtlich erlaubt, insbesondere erforderlich für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Hochschullehre, angesehen werden kann, Art. 6 Abs. 1 lit. e) EU-DSGVO.²⁶ Die in diese Abwägung einzustellenden Rechte und Interessen der Beteiligten sind vielfältig. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien im Folgenden einige praktisch wesentliche Aspekte diskutiert.

So erscheint es als durchaus offen, ob das Vorhalten digitaler Kopien von Lehrveranstaltungen ein legitimer Zweck für die Datenverarbeitungsform der „Speicherung“, die mit der Aufnahme einhergeht, sein kann. Aus der Verantwortung der Hochschule für die Sicherstel-

19 Zu den umfangreichen Sonderregelungen von Bund und Ländern im Zusammenhang mit der Covid-19-Situation s. *Braun*, in: Ziekow/Völlink (Fn. 7), § 134 GWB, Rn. 145 a ff.

20 Soweit die Beschaffung Angebote außerhalb der EU betrifft, wird jedoch auf den Zusammenhang mit der Entscheidung des *EuGH* zu Privacy Shield verwiesen, s. Fn. 54-56.

21 So der renommierte Datenschutzrechtler *Schwartzmann* anlässlich eines Webinars zum Recht von online-Lehre und online-Prüfungen am 30. Oktober 2020, hierzu *Haake*, *OdW* 2021, S. 62 ff.

22 Hierzu *Fehling*, *OdW* 2020, 137, 142.

23 Die konkrete Ausgestaltung ist dann Sache der bzw. des Lehren-

den, z. B. über lecture pranks, s. dazu Fn. 59.

24 In Erwägungsgrund 78 zu Art. 25 EU-DSGVO als „Maßnahme zur Transparenz der Verarbeitung“ bezeichnet.

25 S. auch *Fehling* (Fn. 22), S. 146 ff.

26 Sollte dagegen eine datenschutzrechtliche Bewertung ein differenziertes Bild ergeben, so ist dies je nach dem Grad der Differenzierbarkeit, also etwa nach Fachdisziplinen, Selbstverwaltungseinheiten, Studiengängen oder sogar Modulen individuell zu erfassen und den jeweils vorgegebenen Verfahren in den einzelnen Hochschulen zuzuführen.

lung des Lehrangebots²⁷ wird sich sicherlich ein digitales Streaming, aber tendenziell keine Aufzeichnung ableiten lassen. Seitens der Studierenden ist die effektive Verwirklichung der Studierfreiheit durch nahezu unbegrenzte Wiederholungsmöglichkeit sowie das erhöhte Rezeptionspotenzial speziell für auditive bzw. visuelle Lerntypen sicherlich von Vorteil – ob sich dieser Aspekt aber rechtsverbindlich aus der Studierfreiheit heraus ableiten lässt, ist zweifelhaft, zumal bereits die Ebene der rechtlichen Verankerung einer Studierfreiheit alles andere als geklärt ist.²⁸ Demgegenüber lässt sich seitens der Lehrenden anführen, die aus der über Art. 5 Abs.3 GG vermittelten Lehrfreiheit folgende Wahl der Lehrmethoden²⁹ schließe nicht nur eine Bedienung der virtuellen Welt an sich über die einmalige, sondern gerade über die Aufzeichnung eine dauerhafte oder sonst perpetuierte Rezeptionsmöglichkeit der Lehrinhalte für die Studierenden ein. Hinsichtlich der Wahl didaktischer Konzepte für Lehrveranstaltungen ist die Methode des „Flipped Classroom“³⁰ zu nennen, bei der die Nutzung von Aufzeichnungen in besonderem Maße relevant ist. Die Tatsache, dass bei geeigneter Konzeption ein „Flipped Classroom“-Ansatz zu verbesserten Lernergebnissen im Vergleich zu traditionellen Ansätzen führt³¹, unterstreicht die Bedeutung von Lehrmethoden unter Nutzung digitaler Hilfsmittel, wie auch Aufzeichnungen zur Verbesserung der Lehrqualität. Die Bedeutung des Konzeptes „Flipped Classroom“ wird auch an seiner Verbreitung sichtbar.³² Jedenfalls auf der Ebene des legitimen Zwecks beachtlich sind daneben Erwägungen der Teilhabe von unverschuldet verhinderten Studierenden, etwa infolge von Krankheit, Schwangerschaft oder Mutterschutz bzw. Elternzeit³³ – insoweit kann der oben angestellte Vergleich zur analogen Welt verlassen und die Chancen der digitalen Möglichkeiten in die Abwägung eingestellt werden. Für die Arbeit mit und am Menschen kann dieser Gedanke der nicht fortgesetzten Analogie fortgeführt und ein legitimer Zweck einer Aufnahme durchaus darin erkannt werden, die Übungsfunktion derartiger Lehre mit Blick auf die Lebens- bzw. Gesund-

heitsrisiken in der späteren beruflichen Praxis als neue, digital vermittelte Chance der Lehre anzusehen. Zugunsten einer weiteren Prüfung wird deshalb von der Verfolgbarkeit legitimer Zwecke durch die Aufnahme von Lehrveranstaltungen ausgegangen.

Eine hinreichende Eignung der Aufnahme zur Verfolgung der benannten legitimen Zwecke wird man der Aufnahme einer Lehrveranstaltung nur dann absprechen können, wenn man das Maß an erforderlicher Interaktion als Grundbestandteil wissenschaftlicher Lehre³⁴ auch in Zeiten wie diesen als unverändert hoch ansähe. Dieser Anspruch wäre für das Sommersemester 2020 angesichts der herrschenden Rahmenbedingungen verfehlt gewesen. Je länger die Hochschulen mit der Corona-Situation umgehen und sich adaptieren können, desto mehr wird dieser Anspruch an Interaktion auch digitaler Lehre – im Sinne einer vollendeten Transformation – gelten. Aus jetziger Sicht, zu Beginn des zweiten „Corona-Semesters“, scheinen gewisse Abstriche von diesem Maßstab allerdings nach wie vor geboten zu sein. Die Eignung der Aufnahme wird deshalb zumindest derzeit nicht bestreitbar sein.

Im Rahmen der Erforderlichkeit der Maßnahme ist zu fragen, welche der möglichen Varianten die Rechte der Betroffenen, ihre Grundrechte aus Art. 7, 8 GrCh, am wenigsten einschränkt, die verfolgten legitimen Zwecke jedoch verwirklichen kann.³⁵ Hierbei ist insbesondere an Beschränkungen der Verwendung personenbezogener Daten der Studierenden zu denken, da die lehrende Person über die Verwendung ihrer eigenen personenbezogenen Daten im Rahmen ihrer Methodenwahl autonom bestimmen kann. Im Lichte der Verwirklichung von Studien- bzw. Teilhaberechten und -interessen sind deshalb Stufungen vorzunehmen zwischen der Verwendung von studentischen Video- bzw. Bildeinblendungen, Chatfunktionen, Klarnamen oder Pseudonymen und anderen denkbaren Varianten. Zu beachten ist hier für die Teilmenge der sog. biometrischen Daten³⁶ der Studierenden nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO, dass diese datenschutzrechtlich als besonders sensibel gelten und des-

27 *Fehling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3, Rn. 99.

28 Eine anschauliche Darstellung der verschiedenen Ebenen und Positionen bei *VGH Mannheim*, Urteil vom 21.11.2017, Az. 9 S 1145/16, Rn. 45 ff. bei juris.

29 BVerfGE 90, 1, 11 ff.

30 *Spannagel/Spannagel*, Designing In-Class Activities in the Inverted Classroom Model, in: Handke/ Kiesler/ Wiemeyer. The Inverted Classroom Model. 2013. S. 113 ff.

31 *van Alten/ Phielix/Janssen/Keßer*. Effects of flipping the classroom on learning outcomes and satisfaction: A meta-analysis, Educational Research Review, 2019, passim.

32 Eine Studie der Bertelsmann-Stiftung belegt, dass etwas mehr als die Hälfte der Lehrenden, die *Blended Learning*-Formate ein-

setzen, das Konzept „*Flipped Classroom*“ verwenden, s. *Schmid/Goertz/Radomski/Thom/Behren*, Monitor Digitale Bildung. Die Hochschulen im digitalen Zeitalter, 2017, S. 15.

33 Die Möglichkeiten, auch im Mutterschutz bzw. in Elternzeit, ggf. auf der Grundlage einer Beurlaubung, Prüfungsleistungen absolvieren zu dürfen, wodurch eine Verfolgung von Lehrveranstaltungen auch in diesen Zeiten sinnvoll bzw. erforderlich sein kann, ist – aufbauend auf dem seit 2019 geltenden MuSchG – sehr differenziert unter den Hochschulen geregelt.

34 *Fehling* (Fn. 27).

35 *EuGH*, MMR 2009, 175, 177.

36 *Gola*, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2017, Art. 9 Rn. 12.

halb durch besondere Mechanismen zu schützen sind, insbesondere die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 EU-DSGVO.³⁷ Speziell diese personenbezogenen Daten sind deshalb besonders sorgfältig zu prüfen, bevor deren flächendeckende Verwendung freigegeben werden kann. Ebenso ist in die Abwägung einzustellen, welchen Grad von Öffentlichkeit die verarbeiteten personenbezogenen Daten erfahren werden, also etwa die Stufen des Internets, des hochschulweiten Intranets oder auch lediglich einer Fakultäts- bzw. Kursöffentlichkeit. Für den Bereich der Arbeit mit und am Menschen sei hier auf den rechtlich ebenfalls besonders sensiblen Bereich der Arbeit mit Patientendaten hingewiesen und eine entsprechende Stufung der Verwendung personenbezogener Patientendaten entsprechend des Ausbildungszwecks angeregt. Welche dieser Stufen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung beschränkt zu werden hat, richtet sich nach den in den Studienordnungen verankerten Zielen der Lehre. Da diese Regelungen als spezifische Bestimmungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. b) in Verbindung mit Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO zu sehen sind³⁸ und auch einen genuin wissenschaftsspezifischen Bereich regeln, die nationalen Grundrechte also herangezogen werden dürfen,³⁹ sind diese Erwägungen als Ausgestaltungen der einzelnen Grundrechtsträger der nationalen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG vollwertig in die Abwägung einstellbar. Teilweise wird gegen die Erforderlichkeit der Aufzeichnung angeführt, der Zweck der Wiederholung sei durch andere Maßnahmen, beispielsweise virtuelle Sprechstunden, ebenso erreichbar.⁴⁰ Dieser Ansatz trifft jedoch in Fällen nicht zu, in denen die Adressaten nicht wirkungsvoll über derartige Maßnahmen zu erreichen sind. Zu denken wäre etwa an die Einstellung in einen Pool von Lehrinhalten ohne feste Rezeptionsstrukturen, beispielsweise in großen OER-Netzwerken oder überregionalen Lehrverbänden.

Findet ein Datentransfer in ein Land außerhalb des Geltungsbereichs der EU-DSGVO statt, so sind die zu-

sätzlichen inhaltlichen Vorgaben für eine Datenübermittlung in ein Drittland nach Art. 44 ff. DSGVO zu beachten. Prominente Beispiele sind hierbei sicherlich die Konferenzsoftwares Zoom, Skype oder Microsoft Teams, die von US-amerikanischen Firmen vertrieben werden. Diese Fragestellung hat für das laufende Wintersemester 2020/21 an Bedeutung gewonnen, denn der *EuGH* hat mit Urteil vom 16. Juli 2020⁴¹ die bisher geltende datenschutzrechtliche Legitimation für den transatlantischen Datentransfer zwischen der EU und den USA (sog. Privacy Shield)⁴² mangels hinlänglichem Datenschutzniveau in den USA für unwirksam erklärt. Der *EuGH* hat außerdem zur zweiten Säule rechtmäßiger transatlantischer Datenübermittlung, den sog. Standardschutzklauseln,⁴³ Stellung bezogen: Diese seien nach dem Scheitern von Privacy Shield zwar weiterhin zulässig und denkbar, im Verhältnis zu den USA in der konkreten Fallgestaltung jedoch nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen tragfähig.⁴⁴ Damit stehen die deutschen Hochschulen vor einem erheblichen Legitimationsproblem, personenbezogene Daten ihrer Bediensteten bzw. Studierenden in die USA weiterzuleiten oder deren direkte Erhebung in den USA zu verantworten.

Die nach wie vor mögliche und erforderliche Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung nach Art. 28 EU-DSGVO vermag diese Defizite nach aktuellem Stand nicht vollständig zu kompensieren. Sie bezieht sich inhaltlich auf die operative Abwicklung der Datenverarbeitung, lässt die materiell-rechtliche Zulässigkeit des Datentransfers dagegen unberührt. Vor Geltung der EU-DSGVO ging das deutsche Datenschutzrecht zwar von einer Privilegierungswirkung der ADV dergestalt aus, dass eine Einheit von Verantwortlichem und Auftragsdatenverarbeiter angenommen wurde, sodass die Erlaubnis der Verarbeitung beim Verarbeiter direkt genügte, der Transfer zum Auftragsdatenverarbeiter also nicht mehr gesondert legitimationsbedürftig war.⁴⁵ Mangels erkennbarer gerichtlicher Klärung unter Geltung der

37 Von dieser kann aber gegebenenfalls abgesehen werden, wenn die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung diese bereits hinreichend enthält, Art. 35 Abs. 10 EU-DSGVO; s. *Jandt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 35, Rn. 22 ff.

38 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 37) Art. 6, Rn. 196 m.w.N. lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

39 In seinen aktuellen Urteilen *Recht auf Vergessen I* (Az. 1 BvR 16/13) und *Recht auf Vergessen II* (1 BvR 276/17) vom 6. November 2019 hat das *BVerfG* seine Linie zur Behandlung nationaler staatlicher Maßnahmen an Hand der Grundrechte der GrCh und des GG, aufbauend auf der Linie seiner *Solange*-Entscheidungen, dahin gehend präzisiert, dass die Ausführung von EU-Recht (hier der EU-DSGVO) zumindest auch dann an den nationalen

Grundrechten zu messen ist, wenn das betreffende EU-Recht den Mitgliedsstaaten einen Gestaltungsspielraum einräumt, wie dies hier über die Öffnungsklauseln nach Art. 85, 89 EU-DSGVO der Fall ist.

40 *Schwartzmann* (Fn. 21).

41 *EuGH*, Urt. v. 16.07.2020, Az. C 311/18 – Schrems II.

42 Beschluss 2016/1250 der Europäischen Kommission zur Übermittlung personenbezogener Daten in die USA.

43 Art. 46 Abs. 2 Nr. c und d EU-DSGVO sieht Standardvertragsklauseln der EU-Kommission (Alt. c) oder nationaler Aufsichtsbehörden, die von der EU-Kommission nach Art. 93 Abs. 2 EU-DSGVO genehmigt wurden, vor.

44 *EuGH*, Fn. 20, 41.

45 *Gola*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, Kommentar, 1. Auflage, 2010, § 11 Rn. 2.

EU-DSGVO ist offen, ob diese Privilegierung noch besteht – bis auf Weiteres ist deshalb von einer rechtlichen Unsicherheit auszugehen.⁴⁶

Sind die Hochschulen durch diese Sach- und Rechtslage gezwungen, auf Angebote aus den USA zu verzichten, bis eine tragfähige Folgeregulation in Kraft getreten ist? Oder lässt sich möglicherweise doch eine Rechtfertigung für die Verwendung von Zoom & Co. finden? Eine ganze Reihe von Gründen scheinen dies jedenfalls nahezu legen.

Zunächst kann hierbei auch auf das Erfordernis der Aufrechterhaltung funktionsfähiger Hochschulen trotz der Ausnahmesituation Corona zugegriffen werden.⁴⁷ Die Pandemie und ihre Folgen sind zwar seit mittlerweile einem guten halben Jahr bekannt. Seriöse Prozesse zum Umstieg ganzer Hochschulen auf flächendeckende online-Lehre benötigen jedoch erheblich mehr Zeit. Das parallele Argument lässt sich finden für Hochschulen, die den Datentransfer in die USA praktiziert und sich hierbei auf Privacy Shield berufen haben⁴⁸ – auch diesen Hochschulen ist ein rechtlich gesicherter und technisch-inhaltlich reibungsloser Umstieg in den wenigen Monaten vom Urteil des *EuGH* bis zum Beginn des Wintersemester 2020/21 schlicht nicht möglich gewesen. Einer sehr schnell beschaffbaren, im Grundbetrieb und damit trotz geringeren performativen Potenzials sicheren EU-DSGVO-kompatiblen Software an sich könnte daneben entgegenstehen, dass die Lehrenden für den Umgang mit einer neuen Software flächendeckend und hinreichend geschult werden müssen, um qualitativ hinreichende wissenschaftliche Lehre anbieten zu müssen. Neben einer schnellen und sicheren Durchdringung der neuen Materie durch das technische Personal der Hochschule könnte in Zeiten mobiler Arbeit eine hinreichend breite und gründliche Einweisung des Lehrpersonals einer solche Maßnahme (vorübergehend) entgegenstehen. Könnte für diesen Kontext nicht der allgemeine Rechtsgrundsatz herangezogen werden, dass Unmögliches rechtlich nicht gefordert werden darf?⁴⁹

Darüber hinaus wird auch teleologisch damit argumentiert, ein Vergleich der US-amerikanischen Software (z. B. Zoom) mit in der EU hergestellten Produkten weise ein vergleichbares Produktivrisiko auf, wobei dem sicherlich entgegengehalten werden könnte, dass das hauptsächlichliche Datenschutzrisiko in der Zugriffsmöglichkeit von US-Behörden infolge des Cloud Act⁵⁰ und nicht durch technische Unzulänglichkeiten besteht.⁵¹ Aus dem gleichen Grund genügt es auch nicht, dass die US-amerikanischen Anbieter den Vertrieb an Abnehmer in der EU über in der EU ansässige Zweigstellen⁵² abwickeln. Denn hier wäre zwar nach Art. 3 EU-DSGVO der europäische Datenschutz auch bei einem Transfer in die USA anwendbar, was den Cloud Act mit den entsprechenden Befugnissen der US-Behörden jedoch nicht berührt.⁵³

Ein weiteres Argument für eine zumindest vorübergehende Verwendung von US-amerikanischen Systemen könnte sein, dass die derart konsequente Ablehnung datenschutzrechtlicher Möglichkeiten durch den *EuGH* so nicht absehbar war. Denn der Generalanwalt beim *EuGH* hatte in seinem Gutachten zum Fall zwar Privacy Shield ebenfalls kritisch gewürdigt, einen Transfer über die Standardvertragsklauseln dagegen nach wie vor als zulässig bewertet.⁵⁴ Berücksichtigt man den Erfahrungswert, dass der *EuGH* oft dem Gutachten des zugewiesenen Generalanwalts folgt,⁵⁵ so bestärkt dieser Erfahrungssatz in der konkreten Anwendung für die deutschen Hochschulen neben dem Eileffekt, der durch das Urteil ohnehin eingetreten war, auch den Überraschungseffekt.

Dieser Überraschungseffekt wirkt sich vergaberechtlich dagegen tendenziell privilegierend aus. Denn die Tatsache, erst im Juli 2020 vom Erfordernis einer EU-DSGVO-kompatiblen Software erfahren zu können, die mit Wirkung zum Oktober 2020 funktionsfähig sein soll, erlaubt keine langen Vergabeverfahren. Mit dem Plädoyer des Generalanwalts vor dem *EuGH* und der davon abweichenden Entscheidung des Gerichtshofs rückt der Fall argumentativ auch stärker in die Nähe einer „unver-

46 Für einen Wegfall der Privilegierungswirkung *Roßnagel/Kroschmann*, ZD 2014, 495 ff.; dagegen *Koos/Englisch*, ZD 2014, 276 ff.

47 Zu den Implikationen mit Bezug auf den Standard der Wissenschaftlichkeit der Hochschullehre s. oben, Fn. 27; zum freien Datenverkehr als eigenständigem Ziel der EU-DSGVO und dessen Besonderheiten *Fehling* (Fn. 22), S. 143.

48 Exemplarisch die Universität Kiel, abrufbar unter [Informationen zu Datenschutz und Sicherheit — Rechenzentrum \(uni-kiel.de\)](https://www.uni-kiel.de/informationen-zu-datenschutz-und-sicherheit).

49 Ausführlich zum bereits im Römischen Recht entwickelten „nulla obligatio – Grundsatz“ *Seong*, Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Diss., Frankfurt, 2004.

50 Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act des US-Kongresses vom 22. März 2018, s. *Cording/Göttinger*, CR 2018, 636 ff.

51 *Schwartmann* (Fn. 21).

52 Auf eine eigenständige Rechtspersönlichkeit, etwa als eigenständige Tochtergesellschaft innerhalb einer Konzernstruktur, kommt es nicht an, s. *Zerdick*, in: *Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 3, Rn. 8.

53 *Berengaut/Lensdorf*, CR-Beilage 2019, 111 ff.

54 <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-facebook-schrems-privacy-shield-1.4730186>.

55 Zur Bedeutung der Schlussanträge der Generalanwälte beim *EuGH* für Findung und Darstellung der Entscheidung *Oppermann/Claasen/Nettesheim*, *Europarecht*, 8. Auflage, 2018, § 5 Rn. 143; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/ AEUV, Kommentar, 5. Auflage, 2016, Art. 252 AEUV, Rn. 3

schuldeten“ Dringlichkeit, die für eine privilegierte Beschaffung erforderlich ist.⁵⁶ Dieser zeitnahen Beschaffung standen, nicht nur angesichts der Urlaubszeit im relevanten Zeitraum, jedoch organisatorische Erfordernisse der technisch sicheren Implementierung, vor allem aber der Einführung und Schulung der bearbeitenden Personen in so gravierendem Maße entgegen, dass auch die privilegierte Beschaffung der Software den Bereich der faktischen Unmöglichkeit einer Umstellung nicht verlassen ließ.

Letztlich ist aber auch diese Abwägung in erster Linie zu messen an den individuellen Gegebenheiten jeder Hochschule, insbesondere der Frage, ob und ggf. inwieweit die Etablierung vom Umstieg auf eine Struktur der online-Lehre, die EU-DSGVO-kompatibel ist, möglich und zumutbar ist. Für diese Abwägung kann dabei die Entscheidung für oder gegen eine Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen, mit erheblicher Wirkung für die performative Beanspruchung des Systems, relevant sein.

Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, sich gegen datenschutzrechtliche Angriffe effektiv wehren zu können, zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum. Belastbare Entscheidungen hierzu werden abzuwarten bleiben. Die Hochschulen scheinen darüber hinaus gut beraten, diese Materie nicht aus den Augen zu verlieren und an dieser Frage zu arbeiten sowie den Prozessfortschritt zu dokumentieren. Flankierend könnten die politischen Interessenvertretungsstrukturen des deutschen Hochschulsystems auf die Brisanz der derzeitigen Rechtslage hinweisen und neue Lösungen für eine Legitimierung des wichtigen Datenaustauschs zwischen den USA und der EU fördern.

2. Vorüberlegungen für Lehrende

Zu den Vorüberlegungen, die sich Lehrende vor Beginn einer online-Lehrveranstaltung machen sollten, zählen die inhaltliche bzw. didaktische Gestaltung (a.), die Verwendung von Materialien im Wege von open access (b.),

die Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems (c.) und die rechtliche Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch (d.).

a. Überlegungen zur inhaltlichen bzw. didaktischen Gestaltung

Inhaltliche bzw. didaktische Planungen und Gestaltungen sind kein neues Thema, sondern aus der bisherigen Abwicklung der Hochschullehre bekannt. Neu ist dagegen die Anforderung an viele Lehrende, innerhalb kurzer Zeit eine Umstellung vieler Lehrveranstaltungen und Lehrmaterialien auf die online-Variante zu bewerkstelligen. In inhaltlicher Hinsicht ist dabei maßgeblich, das erforderliche Niveau an Wissenschaftlichkeit der Lehre sicherzustellen.⁵⁷ Didaktisch gilt es, die neuen Herausforderungen der online-Vermittlung zu meistern.

Prägende Merkmale für die didaktische Annäherung an die online-Lehre können dabei die räumlichen und zeitlichen Verschiebungen im Vergleich zur Präsenzlehre sein. Der räumlichen Verlagerung curricularer Kommunikation und Interaktion entsprechen dabei digitale Tools wie Chats oder Umfragen. Der Möglichkeit in zeitlicher Hinsicht, Lehre in vor- bzw. nachbereitende Zeiträume zu verlagern, kommt beispielsweise der Ansatz des „Flipped Classroom“-Konzepts entgegen. Denn hiermit können Elemente zur Vorbereitung, die asynchron bearbeitet werden, mit der Abbildung der Präsenzphasen im digitalen Raum miteinander verknüpft werden. Für die Zeit nach der Lehrveranstaltung bzw. für Zeiten zwischen Lehrveranstaltungen bieten sich E-Learning-Plattformen⁵⁸ an. Hier könnten wesentliche didaktische Erwägungen, die sich gerade durch den Umstieg auf digitale Formate ergeben, eingebaut werden.⁵⁹

In inhaltliche und methodische bzw. didaktische Überlegungen einbezogen werden können dabei auch urheberrechtliche Fragestellungen. Denn es ist anerkannt, dass Urheberrechte an Arbeitsergebnissen, die auf freier wissenschaftlicher Tätigkeit beruhen, nicht nach

56 Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO.

57 Fehling (Fn. 22).

58 Schneider/ Preckel, Variables Associated With Achievement in Higher Education: A Systematic Review of Meta-Analyses, Psychological Bulletin, 2017, S. 8 weisen einen Cohens d-Wert für das Feedback von 0,47 aus, was auf einen mittleren Effekt

schließen lässt.

59 Ein effektives Mittel zur Auflockerung von Lehrinhalten können dabei auch sog. lecture pranks sein, also Videosequenzen, in denen Lehrveranstaltungen mit überraschenden, humorvollen Elementen überzogen werden, z.B. das Erscheinen von Zorro oder Superman im Hörsaal.

§ 43 UrhG auf den Dienstherrn übergehen, sondern bei den Urhebern verbleiben.⁶⁰ Soweit eine lehrende Person also wissenschaftlich tätig ist und dabei keinem inhaltlichen Weisungsrecht unterliegt, bleiben die Urheberrechte daran dieser Person zugewiesen. Für Lehrmaterialien von Hochschullehrern ist dies deshalb immer der Fall, für wissenschaftliche Mitarbeitende im Rahmen ihrer freien Anteile im Arbeitsvertrag, nicht dagegen für Inhalte, die durch nichtwissenschaftliches Personal erstellt wurden.⁶¹ Sollte eine gemeinsame Erstellung von Inhalten von weisungsfreiem und weisungsgebundenem Personal geben, so ergeben sich Abgrenzungsfragen im Einzelfall.

Schließlich können auch datenschutzrechtliche Erwägungen die inhaltlichen bzw. methodisch-didaktischen Gestaltungen beeinflussen. Dies betrifft beispielsweise die Konstellation, dass die lehrende Person den reinen Lernfortschritt der Studierenden IT-basiert messen und zu diesem Zweck massenweise Bearbeitungen der Studierenden speichern möchte, z.B. in Form von interaktiven Quiz-Aufgaben in Lernplattformen oder eingereichten Aufgaben inklusive dem entsprechenden Feedback. Diese Speicherungen werden in aller Regel Verarbeitungen personenbezogener Daten sein, da die lehrende Person sie ja den betreffenden Studierenden zuordnen können muss. Datenschutzrechtlich sind diese Speicherungen nach verbreiteter Auffassung bedenklich, weil ihre Erforderlichkeit für Zwecke der ordnungsgemäßen Ausübung der Hochschullehre im Zweifel steht.⁶² Eine andere Bewertung ließe sich dagegen dann rechtfertigen, wenn der reine Lernerfolg durch didaktische Überlegungen Relevanz für die Prüfung bekommen würde, z. B. als Prüfungsvorleistung, Teilprüfungsleistung oder auch als Studienleistung⁶³, zum Beispiel in Form von E-Portfolios⁶⁴. Diese Erkenntnis hat nicht nur Auswirkungen auf die (Um-)Gestaltung dieser Module durch Fakultät bzw. Fachbereich, sondern auch für den methodischen Aufbau und die inhaltliche Planung der

Abfolge durch die lehrende Person im konkreten Einzelfall.

b. Verwendung von open access Inhalten

Die digitale Verwendung von Lehrinhalten bringt ein erhöhtes Potenzial ihrer Verbreitung und damit auch erhöhte rechtliche Risiken mit sich. Ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch eine Sicherungspanne im Internet einsehbar, so bedeutet dies weltweiten Zugriff.⁶⁵ Es kann deshalb allein aus rechtlichen Gründen sinnvoll sein, auf Inhalte zurückzugreifen, die rechtlich ganz oder weitgehend freigegeben sind. Zudem bilden die im Rahmen der open access Bewegung mittlerweile entstandenen Werksammlungen auch eine große Chance für inhaltliche oder visuelle Anregungen, Ergänzungen oder Bereicherungen der eigenen Gedanken und Strukturen.

Open access (dt. freier Zugang) bedeutet den unbeschränkten und kostenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.⁶⁶ Hinsichtlich der Unbeschränktheit könnte schnell das Missverständnis aufkommen, dass dies tatsächlich automatisch die Befreiung von sämtlichen Rechten dritter Personen bedeuten könnte. Dem ist jedoch nicht so. Die weitgehende Rechtsfreiheit der open access Bewegung bezieht sich stattdessen hauptsächlich auf das Urheberrecht.⁶⁷ Andere relevante Rechtsgebiete, beispielsweise das Bildnisschutzrecht nach dem KUG oder das Datenschutzrecht, bleiben davon unberührt und sind nach wie vor vollständig zu beachten.⁶⁸ Speziell mit Blick auf Materialien in der Hochschullehre spricht man häufig auch von open educational resources (OER).⁶⁹

Hauptanwendungsfall für eine urheberrechtlich weitgehend befreite Be- und Verarbeitungsmöglichkeit von fremden Inhalten im Rahmen von OER sind die Creative Commons Lizenzen.⁷⁰ Die Creative Commons Bewegung hat eine Serie von Lizenzformen hervorgebracht, die eine Verwendung der lizenzierten Inhalte mit mehr oder weniger großen rechtlichen Beschränkungen be-

60 *Götting/Leuze*, in: *Hartmer/Detmer, Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Auflage, 2017, § 13, Rn. 124 ff.; s. bereits *Leuze*, *Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst und in den Hochschulen*, 1998, S. 113 ff.

61 *Leuze* (Fn. 60), S. 124 ff.

62 *Schwartzmann* (Fn. 21).

63 *Sandberger* (Fn. 1), S. 167.

64 *van den Berk/Tan*, *ePortfolio-Prüfung*, 2018, abrufbar unter: https://www.researchgate.net/publication/322519665_E-Portfolio-Prüfung.

65 *Sosnitzer*, *Rechtswissenschaft* 2010, 225 ff.

66 Für den Wissenschaftsbereich einführend *Eisentraut* (Fn. 3), S.

179 f.; Zu gesetzlichen Regelungen im Rahmen eines Zweitverwertungsrechts von Forschungsergebnissen *Haug*, *OdW* 2019, 89 ff.

67 Vgl. Informationsplattform *Open Access: Rechtsfragen in Deutschland* (open-access.net).

68 Exemplarisch hierzu Lizenzbestimmungen für die sehr liberale Creative Commons Lizenz CC BY: *Creative Commons — Namensnennung 2.0 Deutschland — CC BY 2.0 DE*.

69 *Kreutzer/Hirche*, *Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre*, 2017, S. 25 ff.; *Eisentraut* (Fn. 3), S. 179 m.w.N.

70 Grundlegend *Krujatz*, *Open Access*, Diss. 2012, Tübingen, S. 125 ff.

deuten. In der am stärksten urheberrechtlich befreiten Lizenz namens CC BY hat die verwendende Person nur noch den Namen des Urhebers zu nennen, ansonsten sind alle Nutzungsmöglichkeiten erlaubt, also z. B. die Bearbeitung, die Verbreitung oder die Verwendung zu eigenen kommerziellen Zwecken. In derjenigen Variante mit den stärksten rechtlichen Vorbehalten darf der verwendete fremde Inhalt weder kommerziell genutzt noch bearbeitet werden, zudem ist auch hier der Name des Urhebers zu nennen, sog. Lizenz CC BY-NC-ND. Vereinzelt findet sich dagegen auch die sog. Creative Commons Zero (CCO) Lizenz, in der alle urheberrechtlichen Beschränkungen aufgehoben sind. Hinsichtlich anderer Rechte gilt hierzu jedoch der soeben gezeigte Hinweis.

Die Verwendung von OER-Materialien und speziell Creative Commons Lizenzen bringt eine Reihe von Chancen und Potenzialen hervor, können fremde Inhalte doch vermeintlich schnell und rechtssicher in die eigenen Unterlagen eingepflegt werden. Dennoch bergen auch die CC-Lizenzen und andere OER-Materialien eine Reihe von rechtlichen Herausforderungen. So kann die Frage des zutreffenden Klägers, die Erfüllung der Lizenzbedingungen oder auch die Schadensberechnung im Falle einer Pflichtverletzung Gegenstand diffiziler Streitfragen sein.⁷¹ Nicht umsonst ist der Leitspruch der Creative Commons Bewegung auch „some rights reserved“ (dt. einige Rechte vorbehalten).⁷²

Die Hochschulen sollten deshalb überlegen und ggf. regulieren, ob sie für die Verwendung von fremden OER-Materialien grundlegende Kontrollstrukturen wie z. B. Informationspflichten etablieren oder sogar die Verwendung aller oder einzelner Lehrmaterialien von einer fachlichen Freigabe abhängig machen wollen.

c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

Soweit nicht die Hochschule als Institution die datenschutzrechtliche Information über die verwendeten Softwaresysteme der online-Lehre vornimmt, könnte sich eine individuelle Information, vermittelt und verantwortet durch die lehrende Person, anbieten. Auch hierzu sind mehrere Varianten denkbar, beispielsweise eine automatische, auf das betreffende System individualisierte Information zu Beginn jedes Semesters oder auch eine IT-basierte oder mündliche Information durch die lehrende Person zu Beginn der Veranstaltungsreihe. Um die erforderlichen Nachweise der Information

sicherzustellen, könnte sich ein individueller Aufruf, verbunden mit einer per opt-in betätigten Kenntnisnahme durch die Studierenden und die interne Speicherung dieser Aktionen, als effektives Mittel anbieten.

d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

Zu einer abgerundeten Planung der Verwendung von Lehrmaterialien gehört auch, diese bestmöglich gegen Missbrauch zu schützen. Typischer Fall ist dabei das Informationsleck infolge einer unverschuldeten technischen Panne und das daraufhin erfolgende Hinausschwemmen der Inhalte ins Internet, wo sie dann unkontrollierbar verwendet werden können. Denkbar sind in Ausnahmefällen jedoch leider auch unbefugte Nutzungshandlungen durch die Adressaten der Lehrveranstaltung.

Auf die technischen Dimensionen der Datensicherung durch Strukturen der globalen Hochschularchitektur hat die einzelne lehrende Person in aller Regel keinen Einfluss. Jedoch ist zu überlegen, ob sich die Lehrmaterialien effektiv und elegant durch einen prägnanten Vermerk zur rechtlichen Zugehörigkeit in hohem Maße sichern lassen.⁷³ Wegen der bereits behandelten Problematik, wem die Rechte an den Lehrmaterialien zugewiesen sind,⁷⁴ kann sich dabei durchaus die Frage stellen, ob der „copyright-Vermerk“ als Rechtsträger die lehrende Person oder nicht lieber doch die Hochschule beinhalten sollte. Dies soll der Gestaltung der Hochschule im Ergebnis überlassen bleiben, zumal in vielen Fällen die Lehrmaterialien komplett von der lehrenden Person erstellt und deshalb dieser rechtlich zugewiesen sein werden. Aus Sicht eines Verwenders ist dagegen möglicherweise die Sichtweise interessanter, wer im Falle einer Rechtsverletzung als haftende Person in Frage kommt. Weil die Durchführung von Hochschullehre eine dienstliche Tätigkeit, damit eine Amtshandlung im Sinne des Staatshaftungsrechts ist, haftet bei Verletzungen im Außenverhältnis zur anspruchsführenden Person zunächst die Hochschule als Dienstherr nach den Grundsätzen der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Außerdem zählt es zu den dienstlichen Pflichten wissenschaftlichen Personals, Recht und Gesetz einzuhalten,⁷⁵ so dass im Falle bekannt werdender Rechtsverletzungen auch der jeweilige Dienstvorgesetzte auf Abhilfe drängen darf. Insgesamt sprechen deshalb gute Gründe dafür, in diesem Kontext eher eine rechtliche Zugehörigkeit der Hochschule in den Vermerk einzuflechten.

71 OLG Köln, Urteil vom 31.10.2014, Az. 6 U 60/14; ausführlich Rauer/Ettig, WRP 2015, 94 ff.

72 [Some Rights Reserved Archives - Creative Commons](#).

73 Die Ernst-Abbe-Hochschule Jena bietet ihren Lehrenden einen

solchen Vermerk an.

74 Leuze (Fn. 60, 61).

75 § 36 Abs. 1 BeamtStG.

3. Fehlverhalten der Studierenden

Das Mitgliedschaftsverhältnis der Studierenden zur Hochschule ist weniger intensiv ausgestaltet als ein Beschäftigungsverhältnis. Die verbindlichen Rechtsverhältnisse sind deshalb wenig allgemein und abstrakt, sondern verstärkt an einzelne Regelungsbereiche angebunden. Hauptanwendungsfall hierfür ist die Prüfung. Aber auch außerhalb dieser sind konkrete Verhaltenspflichten und zugehörige Sanktionen denkbar. Für die Lehre sind dies zum Einen der rechtliche Rahmen des staatlichen Zivil- bzw. Strafrechts (a.), sowie spezielle hochschulrechtliche Mechanismen in Anlehnung an das Ordnungsrecht (b.).

a. Staatliches Recht

So kann bereits die Aufnahme einer Lehrveranstaltung auf einem dauerhaften Datenträger, beispielsweise einem *Smartphone*, strafbar sein. Denn § 201 Abs.1 Nr. 1 StGB verbietet die Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes. Soweit eine online-Lehrveranstaltung nicht einer breiten und unbestimmbaren Öffentlichkeit zugänglich ist, wie dies etwa bei den sog. MOOCs⁷⁶ der Fall ist, sollte der Teilnehmerkreis einer Lehrveranstaltung hinreichend nichtöffentlich sein.⁷⁷ Problematisch ist das Merkmal „unbefugt“, das nicht Bestandteil des Tatbestands der Norm, sondern ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Handelns ist.⁷⁸ Die Unbefugtheit des Handelns kann deshalb durch eine rechtfertigende Einwilligung⁷⁹ oder andere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Hierbei stellen sich interessante Abgrenzungsfragen. Ist nämlich nur die lehrende Person zu hören, so kommt es ausschließlich auf ihren Willen an. Werden dagegen auch Redebeiträge anderer Studierender mit aufgefangen, so sind alle ihre Einwilligungen erforderlich. Außerdem ist offen, wie sich die lehrende Person zu einer Aufnahme positioniert, ob dies also als sinnvolle Bereicherung je nach Lerntyp oder als übergreifige Ambush-Aktion gesehen wird. Aus der Einwilligung der lehrenden Person in die Aufzeichnung der Veranstaltung, die aus ihrem Verhalten folgt,⁸⁰ kann insofern nicht ohne Weiteres auch auf die Einwilligung zur Speicherung durch Studierende ausgegangen werden. In jedem Fall ist es ratsam, diese Konstellation vor Beginn

einer Lehrveranstaltungsreihe belastbar zu besprechen und möglicherweise zusätzlich auch schriftlich für diejenigen Studierenden vorzuhalten, die bei der Besprechung nicht anwesend waren.⁸¹

Etwas eindeutiger ist die Rechtslage dann bei § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der das Zur-Verfügung-Stellen dieser Materialien unter Strafe stellt. Hauptanwendungsfall dessen ist sicherlich der Upload auf öffentlich zugänglichen Plattformen. Dass dies vom Willen aller hörbaren Personen gedeckt bzw. sonst gerechtfertigt werden kann, dürfte sich auf Ausnahmesituationen beschränken.

Die Gelegenheit für eine strategische Überlegung der Hochschule bietet in diesem Zusammenhang noch, dass Straftaten nach § 201 Abs. 1 StGB nur auf Strafantrag verfolgt werden, § 205 StGB. Die Hochschule hat in diesem Zusammenhang das Recht und gleichzeitig auch die Verantwortung, sich mit dem Zusammenspiel von Strafrecht und Hochschulrecht mit Blick auf die Gegebenheiten vor Ort zu befassen. Dabei könnte das Interesse an einer Durchsetzungsfähigkeit angesichts des eher lockeren rechtlichen Bandes der Hochschulmitgliedschaft für eine stärkere Strafverfolgung ebenso eine Rolle spielen wie der Kontrollverlust durch das staatliche Strafverfolgungsmonopol dagegen. Hochschulen in Bundesländern, denen ordnungsrechtliche Regelungssysteme wie das Ordnungsverfahren⁸² zur Seite stehen, könnten dieses Element in ihre Abwägung ebenfalls einfließen lassen.

Parallel zum Schutz persönlicher Rechtsgüter wird auch das Urheberrecht als geistiges Eigentum geschützt. Denn § 106 UrhG stellt mit der Vervielfältigung ebenfalls bereits die Aufnahme sowie mit der öffentlichen Wiedergabe das Hochladen auf öffentlich zugängliche Plattformen ebenso unter Strafe wie § 201 StGB, solange die Lehrmaterialien urheberrechtlich geschützt sind und keine Einwilligung aller Beteiligten vorliegt. Die inhaltliche Strafbarkeit ist deshalb weitgehend parallel zu § 201 StGB. Anders als dort unterliegt eine Verfolgung von Taten nach § 106 UrhG aber nicht der ausschließlichen Dispositionsbefugnis der Hochschulen, denn nach § 109 UrhG kann die Staatsanwaltschaft bei besonderem öffentlichen Interesse die Strafverfolgung auch von Amts wegen einleiten. Soweit jedoch keine Präzedenz- oder

76 Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), 2020; Besprechung bei Golla, OdW 2020, 209 ff.

77 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 30. Auflage, 2018, § 201, Rn. 7 f.

78 Heuchemer/Paul, JA 2004, Heft 4, 1, 4.

79 Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 77), § 201, Rn. 29 ff.

80 S. oben, Nr. II 1 b.

81 Dies bietet sich unabhängig von bestehenden Teilhaberechten der unverschuldet abwesenden Studierenden, s. oben, Fn. 33, aus Gründen effektiver Verfahrensgestaltung an.

82 § 76 ThürHG.

sonstigen gravierenden Fälle vorliegen, sollten die soeben genannten Erwägungen gleichermaßen gelten können.

Daneben können diejenige Person, welche die Verletzungshandlung zu verantworten hat, auch zivilrechtliche Ansprüche treffen, z. B. Unterlassungsansprüche hinsichtlich des Urheberrechts aus § 97 UrhG,⁸³ bezüglich anderer Aspekte, etwa des Bildnisschutzrechts aus §§ 823 in Verbindung mit 1004 BGB,⁸⁴ oder Schadensersatzansprüche aus § 98 UrhG für Urheberrechtsverletzungen oder aus §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 201 StGB.⁸⁵ Spannende Konstellationen ergeben sich hierbei dann, wenn die widerrechtlich verwendeten Inhalte zumindest auch der lehrenden Person zugewiesen sind und diese deshalb mindestens teilweise selbst berechtigt ist, Ansprüche geltend zu machen, sog. Aktivlegitimation. Hier könnte die Hochschule ein Interesse daran haben, das Verfahren selbst zu führen. Im Falle einer ausschließlichen Rechtsinhaberschaft der lehrenden Person kommt dabei die Abtretung der Forderung gegen den Verletzer von Seiten der lehrenden Person auf die Hochschule nach § 398 BGB in Betracht. Befinden sich beide in einer Rechtsgemeinschaft bezüglich der Lehrinhalte, so sollte eine Streitgenossenschaft nach § 59 ZPO im Prozess eine taugliche Alternative zur alleinigen Prozessführung der Hochschule nach Abtretung sein.

b. Hochschulrecht

Den Hochschulen steht entweder auf der Grundlage eigener Regelungen, etwa einer Hausordnung, oder kraft funktionalen Annexes der Selbstverwaltungstätigkeit das Hausrecht zur Seite. Dieses berechtigt den Inhaber, die Benutzung der der Hochschule zugewiesenen Liegenschaften unter bestimmte Bedingungen zu stellen bzw. die Nutzung zu untersagen.

Vor allem für die derzeit so stark frequentierten online-Aktionswelten ist das Hausrecht insbesondere in seiner Ausgestaltung als virtuelles Hausrecht⁸⁶ interessant. So kann auch der virtuelle Kommunikations- und Interaktionsraum unter Spielregeln gestellt und die Teilnahme daran von deren Einhaltung abhängig gemacht werden. Da das klassische Hausrecht physisch wirkt und möglicherweise nicht alle hausrechtsbezogenen Regelungen die virtuelle Dimension bereits enthalten, empfiehlt sich eine konkrete Ausgestaltung in einer Regelung. Soweit das reguläre Hochschulrecht oder auch das

spezielle Corona-Recht für derartige Regelungen eine Rechtsgrundlage bieten, kann diese Fixierung darauf gestützt werden.

In einigen Bundesländern besteht darüber hinaus auch die Möglichkeit, gegen Studierende nach Durchführung eines Ordnungsverfahrens bestimmte Ordnungsmaßnahmen zu verhängen.⁸⁷ Durch die Verbindung nichtakademischen Fehlverhaltens mit akademischen Sanktionen trägt dieses Ordnungsverfahren damit zumindest in Ansätzen ordnungsrechtliche Züge. Diese Sanktionsmöglichkeiten stehen damit gewissermaßen zwischen dem eng begrenzten prüfungsrechtlichen Regelungssystem und dem allgemein geltenden staatlichen Recht. Zum Schutz der Studierenden sind diese Ordnungsverfahren sehr formal ausgestaltet.

III. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Die Beschaffung von Konferenzsystemen für online-Lehre ist mittlerweile wohl im regulären Vergabeverfahren für gewerbliche Lieferungen und sonstige Leistungen zu tätigen. Unmittelbar nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie im März 2020 sowie möglicherweise auch mit Blick auf die wenig vorhersehbare Entscheidung des *EuGH* über die Unwirksamkeit von Privacy Shield war dagegen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine privilegierte Beschaffung wegen unverschuldeter Dringlichkeit möglich (oben, Nr. II 1 a).

2. Für die Frage der Zulässigkeit einer Speicherung personenbezogener Daten von Studierenden im Rahmen der online-Lehre im Wege der Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen ist die rechtliche Gemengelage zwischen der Verantwortung der Hochschule für qualitativ hinreichend wissenschaftliche Lehre, der Lehrfreiheit der lehrenden Person unter Einschluss didaktischer Elemente und der Verwirklichung der Studierfreiheit der Studierenden maßgeblich. Die konkrete Abwägung hängt von vielen verschiedenen Faktoren, etwa der Art, Anzahl und Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Daten, dem speziellen Verwendungszweck oder dem Grad der vermittelten Öffentlichkeit, ab. Online-Lehre kann jedoch mehr sein als die virtuelle Abbildung von analog verwendeten Strukturen, angereichert um neue didaktische Elemente. Online-Lehre vermittelt die

83 *BGH*, Urteil vom 24.09.2014, Az. I ZR 35/11.

84 *BAG*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 8 AZR 1010/13.

85 *OLG Köln*, Urteil vom 18.07.2019, Az. 15 W 21/19.

86 *LG Bremen*, Urteil vom 20.06.2019, Az. 7 O 1618/18 m.w.N.

87 § 15 BbgHG, § 51 a HG NRW, § 76 ThürHG.

Chance, unverschuldet abwesende Personengruppen wirksam teilhaben zu lassen. Nicht nur online-Lehre an sich, sondern auch die Abbildung gespeicherter Inhalte im Wege der Aufnahme erhält dadurch einen neuen Charakter und Zweck sowie eine andere Wertigkeit im Gefüge der bestehenden Interessen und Rechte (oben, Nr. II 1 b).

3. Mit guten Gründen lassen sich Produkte von außerhalb der EU auch nach der Kassierung von Privacy Shield durch den *EuGH* im Juli 2020 zumindest noch für eine gewisse Zeit aufrechterhalten. Zu diesen Gründen zählen etwa das Erfordernis, einen funktionsfähigen Wissenschaftsbetrieb aufrechtzuerhalten, die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung in dieser Konsequenz oder die latent vorhandene Privilegierungswirkung einer Vereinbarung über Auftragsdatenverarbeitung (oben, Nr. II 1 b).

4. Online-Lehre bedeutet die Chance und die Verantwortung, die sich verschiebenden räumlichen, zeitlichen und inhaltlichen Gegebenheiten anzunehmen und sie zu neuen inhaltlich-didaktischen Einheiten zu formen. Dabei stehen bereits viele verschiedene Elemente zur Verfügung. Rechtliche Aspekte, etwa die urheberrechtliche Zuweisung von Arbeitsinhalten oder die datenschutzrechtliche Bedenklichkeit der Messung reinen Lernfortschritts ohne Bewertungsbezug, sind hierbei einzuflechten (oben, Nr. II 2 a).

5. Die Möglichkeiten der open access-Bewegung sind groß und sind Teil des Selbstverständnisses des wissenschaftlichen Systems. Da die Begriffe „open“ access oder Creative „Commons“ komplette Rechtfreiheit suggerieren, in der Praxis aber selten mit einer faktischen Rechtfreiheit in diesem Ausmaß verbunden sind, bietet es sich für die Hochschulen an, Informations- und ggf. Prüfprozesse einzurichten bzw. auszubauen, um Rechtsverletzungen und daraus entstehende Vermögens- und Reputationsschäden zu vermeiden (oben, Nr. II 2 b).

6. Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO sieht nicht nur eine Information der Studierenden über ihre verarbeiteten personenbezogenen Daten, sondern auch deren Dokumentation, also Nachweisführung, vor. Dies kann je nach konkreten Gegebenheiten allgemein oder auch spezifisch für jedes verwendete System erfolgen (oben, Nr. II 2 c).

7. Arbeitsinhalte von weisungsfrei handelndem wissenschaftlichen Personal bleiben diesen Personen recht-

lich zugewiesen. Im Falle einer Rechtsverletzung im Rahmen von deren Tätigkeit wird wegen der Solvenz des Dienstherrn und dessen staatshaftungsrechtlicher Verantwortlichkeit in aller Regel der Dienstherr Gegner von Ansprüchen sein. Kennzeichnungen von Lehrmaterialien könnten deshalb sinnvollerweise nicht die wissenschaftlich tätige Person, sondern die Hochschule als Rechteinhaber ausweisen (oben, Nr. II 2 d).

8. Studierende, die Lehrmaterialien ohne Erlaubnis aufzeichnen bzw. insbesondere weiterverbreiten, begeben sich in die Gefahr einer zivil- bzw. strafrechtlichen Erfassung. Für die Hochschulen ergeben sich dabei strategische Möglichkeiten. So kann durch die Stellung eines Strafantrages die Ahndungsmöglichkeit von Verhalten innerhalb des ansonsten rechtlich eher wenig verflochtenen Mitgliedschaftsverhältnisses erhöht werden. Im Verhältnis zur lehrenden Person, deren Rechte ganz oder teilweise verletzt wurden, bieten sich die Forderungsabtretung oder die Streitgenossenschaft als forensische Gestaltungsmittel an (oben, Nr. II 3 a).

9. Der im Rahmen der online-Lehre betretene virtuelle Raum setzt virtuelle Steuerungsbefugnisse voraus, die über ein virtuelles Hausrecht zu verwirklichen sind, etwa bei Störungen von Lehrveranstaltungen. In Ländern, in denen über ein Ordnungsverfahren die Möglichkeit der Verhängung curricularer Sanktionen bei nicht notwendig curricular angebundener ordnungswidrigem Verhalten von Studierenden möglich ist, erhält die strategische Ausrichtung zwischen Ordnung und Mitgliedschaft, die sonst über Elemente wie Strafanträge oder eidesstattliche Erklärungen zu lösen sind, eine weitere Facette (oben, Nr. II 3 b).

Prof. Dr. rer. nat. Barbara Wiczorek ist Vizepräsidentin der Ernst-Abbe-Hochschule Jena für Studium, Lehre und Weiterbildung und Leiterin des Teilprojekts „Hochschuldidaktik“ an der Hochschule. Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar der Ernst-Abbe-Hochschule sowie Referent und Fachautor im Hochschulstudien- bzw. -prüfungsrecht. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autorin und des Autors wieder.

Guido Speiser

Das Promotionsrecht für Fachhochschulen

Übersicht

I. Entwicklung der Fachhochschulen

II. Drei Fragen zum Promotionsrecht

III. Recht auf Promotionsbetreuung

1. Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG

2. Einschränkungen des Schutzbereichs

a) Dienstpflicht und Aufgabenprofil

b) Kontextualität von Promotionsverfahren

IV. Promotionsrecht für Fachhochschulen?

I. Entwicklung der Fachhochschulen

1968 wurden die Fachhochschulen als neuer Hochschultyp gegründet und den Universitäten an die Seite gestellt. Sie sollten die wachsende Nachfrage nach einer wissenschaftlichen, aber berufsbezogenen Ausbildung bedienen. Ihre Etablierung – in der Gründungsphase oft die Statusanhebung bereits existierender Fachschulen – war von Zweifeln, Widerständen und Startschwierigkeiten begleitet.¹ Damit schien ein bekanntes Muster auf, das sich schon bei der Gründung der technischen Hochschulen Ende des 19. Jahrhunderts, der Zuerkennung ihres universitären Status nach 1945 sowie der Einrichtung der Handelshochschulen, Pädagogischen Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen und Bergakademien gezeigt hatte.² Die Ursachen der jeweiligen Friktionen waren im Einzelnen vielfältig. Gleichwohl spielte die als solche wahrgenommene Statusgefährdung der Universität durchgängig eine Rolle. Damals wie heute haben sich diese Abwehrkämpfe erledigt. Aus der Geschichte geblieben

ist die Erkenntnis, dass neue Hochschultypen stets in Relation und Abgrenzung zur Universität gedacht werden. Das gilt in besonderer Weise für die Fachhochschulen, deren Entwicklung bis heute vom Ringen um die eigene Identität geprägt ist.³

Seit ihren Anfangstagen haben die Fachhochschulen einen enormen Aufschwung erlebt, der sich in nahezu jedem einschlägigen Indikator widerspiegelt. Die Zahl der Einrichtungen ist gestiegen, ebenso die Zahl der Studierenden, der Personalbestand und die Finanzmittel.⁴ Heute gibt es 213 Fachhochschulen und 120 Universitäten.⁵ Die jeweiligen Anteile an der Studierendenschaft haben sich verschoben. 1995 studierte etwa ein Fünftel aller Studierenden an einer Fachhochschule, 2019 war es über ein Drittel.

Mit dem Wachstum hat sich der Fachhochschulsektor zunehmend differenziert. Einrichtungsgrößen und Trägerschaften variieren stark.⁶ Auch das angebotene Fächerspektrum hat sich weiterentwickelt. Anfangs wurden v.a. Ingenieur-, Betriebswissenschaften und Sozialwesen angeboten. Diese Beschränkungen finden sich heute nicht mehr, zumindest über den Sektor hinweg betrachtet.⁷ Die Akademisierung von Berufsfeldern wie den Gesundheitsberufen wird vorwiegend von den Fachhochschulen getragen.⁸ Die disziplinäre Öffnung hat ein klassisches Unterscheidungsmerkmal zu den Universitäten aufgeweicht, die sich als „universitas litterarum“ traditionell dem Fächerkanon in seiner gesamten Breite verpflichtet fühlen.

Auch das Aufgabenportfolio der Fachhochschulen hat sich erweitert. Zwar steht die Aufgabe der berufs-

1 Braun, Promotionsrecht für Fachhochschulen?, 1994, S. 68 ff.; von Grünberg/Sonntag, 50 Jahre Fachhochschule – über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps, *OdW* 2019, S. 157 ff.; Thiemme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 53 ff.; Lackner, Die Stellung der Fachhochschulen im deutschen Hochschulsystem, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 136; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Rolle der Fachhochschulen im Hochschulsystem (Drs. 10031-10), 2010, S. 25; Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2016, S. 36 ff.; Schreiterer, Einführung: Die Rolle der Fachhochschulen im Wissenschaftssystem, in: Borgwardt (Hrsg.), *Zwischen Forschung und Praxis*, 2016, S. 19 ff.; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Entwicklung der Fachhochschulen (Drs. 5102/02), 2002, S. 5 ff.

2 Braun (Fn. 1), S. 27ff.

3 von Grünberg/Sonntag (Fn. 1), S. 159 ff.; Schreiterer (Fn. 1), S. 21 ff.; Pautsch, Das Promotionsrecht – ein Privileg der Universitäten?, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 178.

4 Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 131 ff. Zuletzt ist das Wachstum stark auf private Fachhochschulen entfallen, im Folgenden betrachtet werden aber nur die staatlichen Fachhochschulen.

5 Zu diesen und den folgenden Zahlen: *Hochschulrektorenkonferenz*, *Hochschulen in Zahlen 2020*, abrufbar unter https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-06-Hochschulsystem/Statistik/2020-08-27_Statistikfaltblatt_Deutsch_2020_Hochschulen_in_Zahlen.pdf [31.5.2020].

6 Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 24 ff.

7 Pautsch (Fn. 3), S. 178; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 37; kritisch: Schreiterer (Fn. 1), S. 27.

8 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Personalgewinnung und -entwicklung an Fachhochschulen (Drs. 5637-16), 2016, S. 21; Lackner (Fn. 1), S. 153; Ziegele/Roessler/Mordhorst, Hochschultyp im Wandel? Zur zukünftigen Rolle der Fachhochschule im deutschen Hochschulsystem, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 161.

und praxisbezogenen Ausbildung bis heute im Mittelpunkt. Dies spiegelt sich in der Lehrverpflichtung der Fachhochschulprofessoren*, die mit 18 Semesterwochenstunden i.d.R. doppelt so hoch ausfällt wie die der Universitätsprofessoren. Überdies wird die Lehre stärker professoral getragen, die Curricularnormwerte liegen höher und die Lerngruppen sind kleiner. Ausweislich der insoweit übereinstimmenden Landeshochschulgesetze gehört heute auch die Forschung zu den Regelaufgaben, zumeist in Form der anwendungsbezogenen Forschung.⁹ Forschungstätigkeit gehört heute zu den Dienstaufgaben von Fachhochschulprofessoren. Auf individueller und institutioneller Ebene ist damit auch an Fachhochschulen die Einheit von Forschung und Lehre gegeben, wenn auch in anderer Ausprägung als an Universitäten.¹⁰ Im Ergebnis haben sich in den Landeshochschulgesetzen und im Hochschulrahmengesetz des Bundes die Aufgaben der Hochschultypen angeglichen.¹¹

In der Praxis ist der traditionell niedrige Stellenwert der Fachhochschulforschung deshalb gestiegen, i.d.R. mit Fokus auf anwendungsbezogener Forschung.¹² Allerdings schwimmt die Grenze zur universitären Grundlagenforschung zunehmend, in einigen Forschungsbereichen (z.B. der künstlichen Intelligenz) ist sie nicht einmal konzeptionell haltbar. Damit wird eine weitere Demarkationslinie zwischen den Hochschultypen löchrig.¹³ In dieser Entwicklung mag man den ursprünglich für Großbritannien beschriebenen *academic drift* erkennen, nach dem sich neue Hochschultypen am Goldstandard der Forschungsuniversität ausrichten. Der vermeintliche „Sog nach oben“, nach dem die Fach-

hochschulen nach „einer materiellen und statusmäßigen Gleichstellung mit den Universitäten“¹⁴ streben, ist immer wieder kritisch kommentiert worden, nicht zuletzt von Fachhochschulvertretern. Signum dieser Entwicklung ist die Namensänderung vieler „Fachhochschulen“ in „Hochschulen für angewandte Wissenschaften“ bzw. „Universities of Applied Sciences“, die in den Hochschulgesetzen der meisten Länder ermöglicht oder vollzogen wurde.¹⁵ Der neue Begriff ist nicht nur Umkettung, sondern gleichermaßen Ausdruck und Vollzug einer substantiell veränderten Vorstellung des Bezeichneten selbst.

Ihre stärkere Forschungsorientierung hat dazu geführt, dass Fachhochschulen zunehmend in den entsprechenden Drittmittel-, Publikations- und Personalmärkten agieren.¹⁶ Ihre Befähigung, in ihrer heutigen Konfiguration dort zu reüssieren, wird allerdings immer wieder bezweifelt. Zu den benannten Problemen zählen die schwierige Rekrutierung von Professoren, der fehlende Mittelbau, die oft untermäßig vorhandene (für Drittmittelanträge aber entscheidende) wissenschafts-akzessorische Struktur, die gering ausgeprägte Forschungskultur, der fehlende Auftrag zur Nachwuchsqualifikation und die unzureichende Grundfinanzierung.¹⁷ Auch die Spannung zwischen professoraler Forschungsaufgabe und Lehrverpflichtung ist vielfach festgestellt worden.¹⁸ Diese Defizite, gepaart mit dem politisch forcierten Einbezug der Fachhochschulen in den wettbewerblich organisierten Forschungsraum, haben Forderungen nach einer Angleichung der Startbedingungen verstärkt.¹⁹

* Hier und im Folgenden sind stets Frauen und Männer gemeint, auch wenn im Interesse der besseren Lesbarkeit die männliche Form gewählt ist.

9 Vgl. Meurer, Zugang von FH-/HAW-Absolventinnen und -Absolventen zur Promotion, kooperative Promotion und Promotionsrecht, 2018, S. 52 ff. Hochschulrektorenkonferenz, Handhabung der Kooperativen Promotion - Empfehlung der 18. Mitgliederversammlung (2015), abrufbar unter https://www.hrk.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Empfehlung_Handhabung_der_Kooperativen_Promotion_12052015_01.pdf [12.6.2020], Ziffer II; Waldeyer, Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, NVwZ Heft 20 2010, S. 1280; Waldeyer, Die Professoren der Fachhochschule als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit. Die Neue Hochschule Heft 1 2008, S. 13; Detmer, Das Recht der (Universitäts-)Professoren, in: M. Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn. 66; zum Zusammenhang mit § 1-2 des HRG: Pautsch (Fn. 3), S. 179; zur Historie: von Grünberg/Sonntag (Fn. 1), S. 159 ff.; Schreiterer (Fn. 1), S. 23 ff.; Braun (Fn. 1), S. 144 ff.

10 BVerfGE 126, 1, 46 ff.; Waldeyer 2010 (Fn. 9), S. 1282.

11 BVerfGE 126, 1, 20.

12 Fröhlich/Kortmann, Auf der Suche nach einer zielführenden Lösung, in: DUZ Wissenschaft & Management, Heft 6 2019, S. 22;

Lackner (Fn. 1), S. 154; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 38.

13 Niederdrenk, Zur Rolle der Fachhochschulen im deutschen Hochschulsystem, in: Baden-Württemberg Stiftung (Hrsg.), Gleichartig - aber anderswertig? Zur künftigen Rolle der (Fach-)Hochschulen im deutschen Hochschulsystem, 2013, S. 22; vgl. Waldeyer 2010 (Fn. 9), S. 1281.

14 Schreiterer (Fn. 1), S. 28.

15 Hartmer, Das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses, in: M. Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn. 10, mit Verweis auf den entsprechenden KMK-Beschluss; vgl. Ziegele/Rössler/Mordhorst (Fn. 8), S. 160; Lackner (Fn. 1), S. 137; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 38.

16 Speiser, Grenzen des Marktes in der Wissenschaft, in: Merten/Knoll (Hrsg.), Handbuch Wissenschaftsmarketing, 2019, S. 69 ff.

17 Wissenschaftsrat (Fn. 8), S. 24 f.; Schreiterer (Fn. 1), S. 27 f.; von Coelln, Den Doktor nicht mit dem Bade ausschütten (21.3.2019), abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/den-doktor-nicht-mit-dem-bade-ausschuetten-promotion-an-fachhochschulen-16099100.html?printPageArticle=true#pageIndex_2 [12.8.2020].

18 von Coelln (Fn. 17); Lackner (Fn. 1), S. 150.

19 Deutscher Hochschulverband, Zum Promotionsrecht der Fachhochschulen (Resolution des 64. DHV-Tages v. 25.3.2014), 2014, S. 3.

Ein weiterer, wirkmächtiger Entdifferenzierungsfaktor zwischen Universität und Fachhochschule war die Bologna-Reform.²⁰ Mit dem gestuften Studiensystem wurde die bis dato gerade nicht gegebene Gleichwertigkeit der Abschlüsse hergestellt. Damit glied sich auch die Studienstruktur an, etwa mit Blick auf Regelstudienzeiten und neuen (mitunter forschungsorientierten) Masterstudiengängen an Fachhochschulen. Das Bolognaziel der berufsbefähigenden Studiengänge kam den Fachhochschulen entgegen, führte auf Seiten der Universitäten zu einer Verberuflichung der Hochschulbildung und sorgte so für weiteren Konvergenzdruck.²¹

Gegenläufig zu den skizzierten Konvergenzen zeigt sich im gesamten Hochschulsystem eine einrichtungsbezogene Differenzierung. Die Hochschulen unterscheiden sich immer weniger voneinander, nicht weil sie einem Einrichtungstyp zugehören, sondern weil sie ein je eigenes institutionelles Profil entwickeln.²² Dies folgt zum einen aus der wissenschaftsinternen Wettbewerbsorientierung, in der eine klare und möglichst nachgefragte Positionierung die größten Erfolgchancen zu haben scheint. Zum anderen können einzelne Akteure die zunehmend pluralen gesellschaftlichen und politischen Ansprüche, die an sie gerichtet werden, nicht mehr alle erfüllen. Zu den profilbildenden Merkmalen gehören fachspezifische Forschungsleistungen, Lehrkompetenz für bestimmte Zielgruppen und Lehrformate, Kooperation mit Wirtschaft und Gesellschaft, Transferkompetenzen, internationale Netzwerke, regionale Verankerung und die viel zitierte Third Mission. Diese Heterogenität zeigt sich im Fachhochschulsektor besonders eindrücklich an der starken Spreizung der eingeworbenen Drittmittel.²³ Die stärkere Forschungsorientierung der Fachhochschulen bezieht sich deshalb nicht auf alle Einrichtungen gleichermaßen, sondern auf den Sektor insgesamt.

Insgesamt sinkt somit die typologische Stabilität im Hochschulsystem. Zwar hat die Kategorisierung in Universität und Fachhochschule Bestand, erlaubt aber immer weniger treffsichere Aussagen über die zugehörigen Institutionen. Dies hat Diskussionen darüber befeuert,

was Fachhochschulen gegenüber Universitäten auszeichnet und auszeichnen sollte. Die weitgreifenden Debatten, Empfehlungen und Szenarien sollen hier nicht nachgezeichnet werden.²⁴ Ebenso wenig soll hier beurteilt werden, ob die Entwicklung schließlich zur Einebnung der binären Hochschulstruktur führen wird – einem System ohne „Status- und Rechtsunterschiede mehr auf Ebene der Institutionen“²⁵ oder einem „dritten Weg...zwischen den beiden kanonischen Typen hochschulpolitischer Orthodoxie“²⁶.

Die Frage nach dem Promotionsrecht für Fachhochschulen ergibt sich nahezu zwangsläufig aus dem „rutschenden System“. Wenn Fachhochschulen gesetzlich zur Forschung beauftragt sind, wenn Forschungstätigkeit kein kategoriales Unterscheidungsmerkmal zwischen Universitäten und Fachhochschulen mehr darstellt und wenn die Promotion zentral für das Forschungsgeschehen und die Qualifikation des wissenschaftlichen Nachwuchses ist, dann muss die institutionelle Verortung des Promotionsrechts in den Blick geraten. Dies gilt umso mehr, als sowohl das Verfügen als auch das Nicht-Verfügen über das Promotionsrecht das Selbstverständnis und die Entwicklungsoptionen der Fachhochschulen und damit auch des Wissenschaftssystems als Ganzes prägen.

II. Drei Fragen zum Promotionsrecht

Zum Promotionsrecht für Fachhochschulen lassen sich drei zentrale Fragen stellen. Erstens lässt sich fragen, ob Fachhochschulen das Promotionsrecht erhalten *sollten*. Diese viel diskutierte Frage ist wissenschaftspolitisch. Ausgegangen wird meist von organisations- und wissenschaftsgeschichtlichen Darstellungen, die dann in normative Aussagen münden. Die vorgebrachten Argumente werden nicht selten von Status-, Positions- und Identitätsüberlegungen unterlegt.²⁷ Häufig wird ein Systembezug hergestellt. Dazu gehören Argumente, die das Promotionsrecht für Fachhochschulen mit einem Promotionsrecht für außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in Zusammenhang bringen.²⁸

20 BVerfGE 126, 1, 23; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1282 f.; *Pautsch/Dillenburger* (Fn. 1), S. 83 ff.; *von Coelln* (Fn. 17); *Meurer* (Fn. 9), S. 6.

21 *von Grünberg/Sonntag* (Fn. 1), S. 161; *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 20; *Schreiterer* (Fn. 1), S. 20.

22 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 18, auch mit Verweis auf neue institutionelle Hochschulformen; *Wissenschaftsrat* 2002 (Fn. 1), S. 7; *Niederrenk* (Fn. 13), S. 12; *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 161.

23 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 26; *Niederrenk* (Fn. 13), S. 14;

24 Vgl. die Darstellungen in *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 29 ff.; *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 162 ff.; *Lackner* (Fn. 1), S. 150 ff.; *von Coelln* (Fn. 17).

25 *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 161.

26 *Schreiterer* (Fn. 1), S. 26.

27 Vgl. den Überblick in *Meurer* (Fn. 9), S. 23 ff.

28 *von Coelln* (Fn. 17); *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 10/14; *Deutscher Hochschulverband* (Fn. 19), S. 1.

Zweitens lässt sich fragen, ob Fachhochschulen das Promotionsrecht haben *dürfen*. Diese Überlegung ist wissenschaftsrechtlicher Natur, weil sie – jenseits der Wünschbarkeit eines solchen Szenarios – nach dessen Zulässigkeit fragt. In Rede stehen dabei verfassungsrechtliche, einfachgesetzliche und untergesetzliche Mindestanforderungen an die Verleihung und Ausübung des Promotionsrechts. Mit Blick auf eine oder mehrere dieser Normen lässt sich prüfen, ob Fachhochschulen die jeweiligen Bedingungen erfüllen. Auch diese Fragestellung ist in den vergangenen Jahrzehnten intensiv diskutiert worden. Wesentliche Aspekte dieses Debattenstrangs werden im Folgenden nachgezeichnet.

Eine zentrale Rolle spielt die Anforderung, dass das Promotionsrecht die Wissenschaftlichkeit der gradverleihenden Institution voraussetzt.²⁹ Dies lässt sich wie folgt begründen: Notwendige Voraussetzung für das Promotionsrecht ist die Grundrechtsträgerschaft nach Art. 5 Abs. 3 GG. Diese wiederum steht in einer Äquivalenzbeziehung zur Wissenschaftlichkeit des Grundrechtsträgers: Alle und nur diejenigen, die im Sinne der Norm wissenschaftlich tätig sind, kommt ihr Schutz zu.³⁰ Genau dann wenn die Tätigkeit eines Rechtssubjekts in die Bereiche Forschung und Lehre fällt, wird der Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG aktiviert. Die Norm ist blind gegenüber weiteren persönlichen, institutionellen und typologischen Charakteristika seiner Träger. Würde nichtwissenschaftlichen Einrichtungen das Promotionsrecht zugesprochen, wären sie ipso facto „wissenschaftliche“ Einrichtungen. Dies wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.³¹ In ihrer bekannteren Lesart verbietet die Norm die sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlung von Rechtssubjekten, also Gleiches ungleich zu be-

handeln.³² Zugleich untersagt Art. 3 Abs. 1 GG eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von Personen, also Ungleiches gleich zu behandeln. Dies wäre der Fall, wenn nicht-wissenschaftlichen und wissenschaftlichen Rechtssubjekten gleichermaßen die Grundrechtsträgerschaft des Art. 5 Abs. 3 GG zukäme.

Die Hinweise, die das BVerfG zur Wissenschaftlichkeit von Fachhochschulen gegeben hat, sind deshalb auch für deren Promotionsrechtsfähigkeit bedeutsam gewesen. In zwei frühen Urteilen 1982 und 1983 blieb das Gericht in dieser Frage unentschieden.³³ Die Urteile ließen offen, ob die Tätigkeit von Fachhochschulen und damit von Fachhochschullehrern als wissenschaftlich zu qualifizieren sei. Mit dem Vorenthalten des Prädikats der Wissenschaftlichkeit wurde weder die Grundrechtsträgerschaft nach Art. 5 Abs. 3 GG festgestellt noch die notwendige Bedingung für das Promotionsrecht erfüllt.

Seine agnostisch-reservierte Haltung gab das Gericht knapp 30 Jahre später auf. 2010 legte es ein Urteil vor, das den Fall eines Professors der Hochschule Wismar betraf und zugleich bis heute maßgebliche Grundsatzüberlegungen enthielt.³⁴ Das Gericht verwies auf die gesetzlich veranlasste Aufgabenannäherung der Hochschultypen. Bisher sei die vornehmliche Aufgabe der Fachhochschulen die Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit gewesen, Forschung habe nur im Rahmen des Ausbildungsauftrags stattgefunden. Nun weise „die Mehrheit der Bundesländer in ihren Hochschulgesetzen den Fachhochschulen [...] Forschung [...] als Aufgabe, teilweise sogar ohne funktionale Bindung an ihren Ausbildungsauftrag, ausdrücklich [zu]“³⁵. Dabei sei die an Fachhochschulen durchgeführte anwendungsbezogene Forschung als Forschung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG aufzufas-

29 Pautsch (Fn. 3), S. 176/182; Epping, Zur schleichenden Angleichung der Hochschultypen: Auch ein Promotionsrecht für Fachhochschulen?, in Hanau/Leuze/Löwer/Schiedermaier (Hrsg.), Wissenschaftsrecht im Umbruch - Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, 2001, S. 69; Hufen/Geis, Verfassungsrechtliche Fragen eines Promotionsrechts für Fachhochschulen, in: Becker/Bull/See-wald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 631.

30 Zum Verständnis der Wissenschaftsfreiheit als Jedermann-Grundrecht: BVerfGE 15, 256 (263); 35, 79 (112); 47, 327 (367), 88, 129 (136).

31 Hufen/Geis (Fn. 29), S. 631; Pautsch, Promotionsrecht für Fach-

hochschulen nunmehr verfassungsgemäß? NVwZ Heft 11 2012, S. 676.

32 Vgl. das Homogenitätsgebot: BVerfGE 35, 79 (Ls. 8.a)).

33 BVerfGE 61, 210, 237 ff.; 64, 323, 353 ff.

34 BVerfGE 126, 1.

35 BVerfGE 126, 1, 46.

36 BVerfGE 126, 1, 24; vgl. in diesem Punkt bereits BVerfGE 61, 210, 252; vgl. auch Waldeyer 2008 (Fn. 9), S. 13.

37 Zu den in den Landeshochschulgesetzen normierten Mindesteinstellungsvoraussetzungen für Professoren im Allgemeinen sowie für Fachhochschulprofessoren im Besonderen: Detmer (Fn. 9), S. 39 ff./66.

sen.³⁶ Damit habe sich der dienstrechtliche Auftrag von Fachhochschullehrern erweitert.³⁷ Überdies sei die Fachhochschullehre wissenschaftliche Lehre.³⁸ Fachhochschulen seien deshalb wissenschaftliche Hochschulen und Fachhochschullehrer genuin wissenschaftlich Tätige. Damit sei der Grund entfallen, ihnen den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG zu versagen. Fachhochschullehrer, „denen die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre übertragen worden ist, [können sich] auf die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen“³⁹. Damit stellte das Gericht implizit fest, dass die notwendige Bedingung für die Verleihung des Promotionsrechts an Fachhochschulen erfüllt ist. In der Folge wurde das verfassungsrechtliche Argument für die Verwehrung dieses Rechts unbrauchbar.⁴⁰ Der bis dato häufig vorgebrachte *modus tollens* kollabierte.

Aus dem Grundgesetz lassen sich keine weiteren spezifischen Voraussetzungen ableiten, die Institutionen mit Promotionsrecht erfüllen müssen. Ein verfassungsrechtlich verankertes Promotionsmonopol für Universitäten oder einen anderen Einrichtungstyp gibt es deshalb nicht.⁴¹ Die Entwicklung dokumentiert das Fehlen einer solchen institutionellen Verkopplung. Wiederholt haben nicht-universitäre Hochschulen das Promotionsrecht erhalten, etwa die Pädagogischen Hochschulen, die Hochschule Kassel oder die Sporthochschule Köln.⁴² Weder begrifflich noch faktisch setzt das Promotionsrecht den universitären Status voraus. Umgekehrt gilt das nicht: Alle deutschen Universitäten haben das Pro-

motionsrecht – viele würden sagen: ‘müssen haben’, weil sie den Verlust dieses Merkmals mit dem Wesen der Universität für unvereinbar halten.

In der Literatur werden weitere Voraussetzungen für das Promotionsrecht genannt, die aus anderen Rechtsquellen abgeleitet werden. Dazu gehören das Gewohnheitsrecht bzw. darauf aufsetzende, systematisierende Überlegungen.⁴³ Diese gewohnheitsrechtlichen Voraussetzungen können aber nur so lange Geltung beanspruchen wie (abweichendes) förmliches Recht gesetzt wird. Zu nennen ist überdies das Hochschulrahmengesetz (HRG), dem seit der Föderalismusreform 2006 aber nur noch eingeschränkte Prägekraft zukommt. Die wenigen im HRG heute noch enthaltenen Regelungen mit Bezug zum Promotionsrecht (v.a. § 1-2) stehen dessen Verleihung an Fachhochschulen jedenfalls nicht im Wege und könnten überdies von den Ländern qua eigenem Legislativakt überrollt werden.⁴⁴

Aus Sicht eines Landesgesetzgebers gibt es seit der BVerfGE 2010 deshalb keine grundlegenden rechtlichen Hürden mehr, seinen Fachhochschulen das Promotionsrecht zu verleihen oder die rechtliche Möglichkeit dafür zu schaffen. Dies hat eine Reihe von Bundesländern auf jeweils unterschiedliche Weise ins Werk gesetzt. Gegenwärtig sind dies Sachsen-Anhalt, Hessen, Baden - Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig - Holstein.⁴⁵

Die Literatur hat sich bisher vor allem mit der skizzierten Frage der Zulässigkeit des Promotionsrechts für Fachhochschulen befasst. Die Frage, ob Fachhochschu-

38 BVerfGE 126, 1, 21; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1280. Eine hier nicht zu vertiefende Frage lautet, wie aktuell der Forschungsbezug der Lehre im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG sein muss. Das BVerfG macht geltend, dass wissenschaftliche Lehre nicht nur in der Kommunikation eigener Forschungsergebnisse bestehen muss. Möglich sei auch, die Forschung in einem Wissenschaftsgebiet „permanent zu verfolgen, zu reflektieren, kritisch zu hinterfragen und für [die] Lehre didaktisch und methodisch zu verarbeiten“ (BVerfGE 126, 1, 23; vgl. BVerfGE 35, 79, 112; vgl. auch *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 11; kritisch gegenüber der Weite dieses Lehrbegriffs: *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 11; *von Coelln*, Artikel 5, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2014 (44. Erg.-Lfg. XI/14), Rn. 42). Diese Bewertungskompetenz muss zwar, so könnte man argumentieren, auf eigener Forschungstätigkeit gründen. Diese kann aber in der Vergangenheit liegen, etwa während der u.U. lange zurückliegenden Promotion. Folgte man dem, wäre wissenschaftliche Lehre auch dann möglich, wenn der Lehrende nicht mehr aktuell forscht (a.A. *Kempfen*, Grundfragen institutionellen Hochschulrechts, in: *M. Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl. 2016, Rn. 88). Möglich wären damit auch reine wissenschaftliche Lehranstalten.

39 BVerfGE 126, 1, Ls. 1.

40 Vgl. BVerfGE 126, 1, 21 f.; *Pautsch* (Fn. 3), S. 184; *Pautsch* (Fn. 31), S. 677; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1284.

41 *Epping* (Fn. 29), S. 66; *Starck*, Art. 5, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz - Kommentar*, 6. Aufl. 2010, S. 365; *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 8; *Pautsch* (Fn. 31), S. 676.

42 Auch vor 1949 war der universitäre Status keine rechtliche Voraussetzung für das Promotionsrecht. Davon zeugen die Technischen Hochschulen, denen das Recht 1899 verliehen wurde und die erst in den 1960er Jahren in Technische Universitäten umbenannt wurden (*Braun* (Fn. 1), S. 15; *Pautsch* (Fn. 31), S. 674.).

43 Vgl. die Darstellung solcher Argumente in *Braun* (Fn. 1), S. 116 ff.

44 Vgl. die Einschätzungen von *Epping* (Fn. 29), S. 74 und *Braun* (Fn. 1), S. 179 f., die sich allerdings auf die damalige Rechtslage beziehen.

45 § 18 Abs. 1 HSG LSA; § 4 Abs. 3 Satz 3 HessHG; § 76 Abs. 2 LHG-BW; HG NW § 67b (2)-(4); § 54a HSG SH; zu den frühen Regelungen in Sachsen-Anhalt und Bremen: *Pautsch* (Fn. 31), S. 675; *Kluth*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Promotionsrechts, in: *Dörr/Fink/Hillgruber/Kempfen/Murswiek* (Hrsg.), *Die Macht des Geistes - Festschrift für Hartmut Schiedermaier*, 2001, S. 575 f.; vgl. den Überblick in *Meurer* (Fn. 9), S. 19 ff.; zu den einschlägigen Regelungen im vierten Hochschulrechtsänderungsgesetz in Baden-Württemberg, s. *Deutscher Hochschulverband - Landesverband Baden-Württemberg*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, abrufbar unter https://www.hochschulverband.de/fileadmin/redaktion/download/pdf/landesverband/BWUE/Stellungnahme_4_HRAEG_24082020.pdf, S. 17/20f. [20.9.2020].

len das Promotionsrecht erhalten *müssen*, fand hingegen kaum Aufmerksamkeit. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden. Das Argument, das zu einer bejahenden Antwort führt, lautet wie folgt:⁴⁶

- (1) Fachhochschullehrer sind Grundrechtsträger nach Art. 5 Abs. 3 GG.
- (2) Art. 5 Abs. 3 GG umfasst das Recht auf Promotionsbetreuung.
- (3) Fachhochschullehrer haben das Recht auf Promotionsbetreuung.
- (4) Fachhochschulen müssen das Promotionsrecht haben.

Prämisse (1) wurde wie dargestellt vom BVerfG festgestellt. Die folgende Diskussion widmet sich deshalb dem verbleibenden Argument. Prämisse (2) und Schlussfolgerung (3) werden in Abschnitt III. beleuchtet, Abschnitt IV. widmet sich der Schlussfolgerung (4).

III. Recht auf Promotionsbetreuung

1. Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG

Unter den Forschungsbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG fallen Tätigkeiten, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen“ sind bzw. die „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“⁴⁷. Nach einem Gedanken von *Rudolf Smend* von 1927 macht das BVerfG überdies die „Eigengesetzlichkeit“ der Wissenschaft geltend.⁴⁸ Im Ergebnis wird eine prozessbezogene, inklusive und abstrakte Definition von Forschung vorgelegt, die sich bewusst nicht auf Forschungsformate, Forschungsgegenstände oder wissenschaftstheoretische Positionen festlegt.⁴⁹ Ob sich ein Tätigkeitstypus unter diesen Forschungsbegriff subsumieren lässt, muss deshalb immer erst plausibilisiert werden. Ohne Mühe gelingt dies bei der Wahl eines Forschungsgegenstands, der Entwicklung einer Forschungsthese, der Wahl oder

Konzeption einer Methode, der Auswahl wissenschaftlicher Mitarbeiter, der Durchführung des Vorhabens und der Bewertung der Ergebnisse.⁵⁰ Vorbereitende, begleitende und unterstützende Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit dem Forschungsprozess stehen, sind ebenfalls erfasst.⁵¹ Auch die Verbreitung der Forschungsergebnisse ist geschützt, etwa die Wahl von Publikationsort und -format.⁵²

Beinhaltet Art. 5 Abs. 3 GG auch das Recht des Grundrechtsträgers, Promotionsvorhaben zu betreuen? Dafür sprechen zwei alternative Begründungen. Zum einen hat sich die Forschung in vielen Disziplinen zu einer Gemeinschaftsanstrengung entwickelt. Sie findet in arbeitsteiligen, komplex organisierten und zunehmend interdisziplinären Teams statt. Promovenden nehmen in diesem unhintergehbaren Arbeitsmodus oft eine zentrale Rolle ein. Ihre Projekte umfassen v.a. die Durchführung von Teilprojekten (Messungen, Datenerhebung, Datenauswertung, Literaturrecherche etc.) und die Ergebnisverarbeitung (Texterstellung, Präsentationen, Publikationen etc.). Die Projekte sind jeweils Teil der übergeordneten Forschungsvorhaben und für deren Gelingen notwendig. Aus der Perspektive des Hochschullehrers ist die Bedingung der Möglichkeit, solche größeren Forschungsvorhaben durchzuführen, die gezielte und koordinierte Einbindung von Promovenden. Will er sein Grundrecht auf Forschungsfreiheit auf diese Weise ausüben, muss er deshalb Promotionsarbeiten vergeben und betreuen können. Im Fall von Fachhochschulprofessoren mag man die Situation als verschärft ansehen. Im Gegensatz zu Universitätsprofessoren stehen ihnen kaum Grundmittel und Mitarbeiter für die Forschung zur Verfügung. Wollen sie ihren Forschungsauftrag erfüllen, sind sie auf Drittmittel und auf drittmittelbeschäftigte Promovierende angewiesen.⁵³

Zum anderen lässt sich die Betreuung von Promotionsarbeiten als Teil der Forschungstätigkeit ansehen, nicht nur als deren notwendige Voraussetzung. Zur Promotionsbetreuung gehört es, Kandidaten auszuwählen, Themen für deren Dissertationen vorzuschlagen und zu

46 Nicht betrachtet wird hier das Argument, dass Fachhochschulen als juristische Personen selbst Grundrechtsträger sind (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) und deshalb über das Promotionsrecht verfügen müssen. In einem solchen Argument dürfte das Verbot der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG hinsichtlich Universitäten und Fachhochschulen eine Rolle spielen.

47 BVerfGE 35, 79, 112.

48 BVerfGE 35, 79, Ls. 1; vgl. 47, 327, 367.

49 BVerfGE 35, 79, 113; 90, 1, 12 f.; 126, 1, 18.

50 BVerfGE 35, 79, 112 f.; vgl. die Aufzählungen in *Starck* (Fn. 41),

Rn. 361 und *Kempen* (Fn. 38), Rn. 67.

51 *von Coelln* (Fn. 38), Rn. 52; *Starck* (Fn. 41), Rn. 361; *Jarass*, Art. 5, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 15. Aufl. 2018, Rn. 138; *von der Decken*, Art. 5 - VIII. Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 14. Aufl. 2017, Rn. 45.

52 *Hufen*, *Wissenschaft zwischen Freiheit und Kontrolle*, NVwZ 2017, S. 1265; *Jarass* (Fn. 51), Rn. 138.

53 *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 22.

diskutieren, bei der Konzeption der Projekte zu beraten, die Durchführung zu betreuen sowie die mündliche und schriftliche Promotionsleistung zu bewerten. Diese Tätigkeiten lassen sich unter den Forschungsbegriff des BVerfG fassen. Sie sind Teil der organisierten Gemeinschaftsanstrengung, methodisch und systematisch Erkenntnisse zu gewinnen. Ob die Tätigkeiten zum Zentrum oder zur Peripherie des Forschungsbegriffs zählen, bleibt ohne Folgen. Wie dargestellt sind auch Tätigkeiten erfasst, die den Forschungsprozess unterstützen oder begleiten.

Das Recht auf Promotionsbetreuung fällt damit in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG.⁵⁴ Die subjektivrechtliche Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG garantiert die autonome Tätigkeit des Grundrechtsträgers im Schutzbereich.⁵⁵ Dem Staat und Dritten ist es untersagt, die Betreuung von Promotionsarbeiten zu beeinflussen, zu behindern oder zu untersagen. Zugleich steht es dem Grundrechtsträger frei, sein Recht nicht auszuüben und die Betreuung von Kandidaten mit sachlicher Begründung abzulehnen.⁵⁶ Ebenso kann er ein eingegangenes Promotionsverhältnis wieder lösen, etwa wenn die Vertrauensbasis zum Promovenden nicht mehr gegeben ist.⁵⁷

Da Art. 5 Abs. 3 GG auch eine wertentscheidende Grundsatznorm darstellt, hat der an einer staatlichen Einrichtung tätige Grundrechtsträger das „Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen“⁵⁸. Analog zu den aus der Norm erwachsenden Leistungsrechten muss der Staat deshalb die Voraussetzungen herstellen, unter denen das Recht auf Promotionsbetreuung wahrgenommen werden kann. Er hat die organisatorischen, administrativen und finanziellen Verhältnisse zu schaffen, in denen der Grundrechtsträger die geschützten Einzeltätigkeiten tatsächlich ausüben kann. Das Recht darf für den Grundrechtsträger nicht im Formalen verbleiben, es muss eine reale Handlungsoption sein. Zu diesen Voraussetzungen gehört ein strukturell gesicherter Zugang zu Promotionsverfahren. Dem Grundrechts-

träger muss die verfahrensrechtliche Möglichkeit offenstehen, Promovenden in der gebotenen Weise autonom betreuen zu können. Diese Möglichkeit ist unerlässlich, will er sein Grundrecht ausüben. Wie zu sehen sein wird, kann dieser Zugang nicht bedingungs- und kontextlos verfügbar gemacht werden. Gleichwohl muss sich diese Konditionalität auf das notwendige Mindestmaß beschränken. Andernfalls wäre die Grundrechtsausübung in problematischer Weise eingeschränkt.

2. Einschränkungen des Schutzbereichs

a) Dienstpflicht und Aufgabenprofil

Das Recht der Fachhochschullehrer auf Promotionsbetreuung ist aus zwei wesentlichen Gründen begrenzt. Die BVerfG-Entscheidung von 2010 enthielt den Hinweis, dass die Wissenschaftlichkeit einer öffentlich getragenen Einrichtung von einer legislativen Entscheidung über ihren Aufgabenzuschnitt abhängt.⁵⁹ Entscheidet der Gesetzgeber, wissenschaftliche Einrichtungen zu schaffen oder bestehenden Einrichtungen Aufgaben in Forschung und Lehre zuzuweisen, genießen diese Einrichtungen den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG. Im Fall der Hochschulen ist die weitgehend freie Aufgabenzuweisung durch den Landesgesetzgeber ausschlaggebend.

Dieses Prinzip reguliert nicht nur die institutionelle, sondern auch die persönliche Grundrechtsträgerschaft. Einschlägig sind die rechtlich verbindlichen Regelungen, die im Rahmen einer Anstellung, der Dienstpflicht eines Beamten oder einer selbständigen Tätigkeit getroffen werden. Sie benennen insbesondere die dienstlich geschuldeten Pflichten des Beschäftigten. Der Beschäftigte geht die Rechtsbindung freiwillig ein, etwa in Form eines Arbeitsvertrags. Regelmäßig korrespondieren die Aufgaben des Beschäftigten mit denen seines Arbeitgebers. Entsprechend sind die gesetzlichen Aufgaben einer Hochschule für die daraufhin orientierten Aufgaben der Beschäftigten relevant.

Im Kontext der dienstlich ausgeübten Wissenschaft sorgt das Prinzip nicht nur dafür, dass eine Grundrechtsträgerschaft vorliegt, sondern auch ob und inwiefern sie

54 Vgl. Hinweise in der Literatur, die aber i.d.R. nicht begründet werden. Nach *Hufen/Geis* gehört das „Promotionsrecht zum Kernbereich wissenschaftlicher Tätigkeit“ *Hufen/Geis* (Fn. 29), S. 631; zitiert von *Pautsch* (Fn. 3), S. 182; vgl. *Kluth* (Fn. 45), S. 577/587. *Hartmer* konstatiert mit Blick auf die Forschungsfreiheit: „Individuell können sich berufene Universitätsprofessoren auf ihr Recht berufen, als Prüfer und „Betreuer“ an Promotionsverfahren teilzunehmen.“ Und später: „[Dem]... Universitätslehrer steht aus Art. 5 Abs. 3 GG... das Recht zu, Doktoranden anzunehmen, zu betreuen und als Prüfer an Promotionsverfahren teilzunehmen“ (*Hartmer* (Fn. 15), Rn. 8/14). *Kempen* sieht „das Erstellen

von Gutachten, die Bewertung der Forschungsleistungen anderer im Rahmen von Promotionen, Habilitationen und Berufungsverfahren“ als erfasst an (*Kempen* (Fn. 38), Rn. 67; vgl. *Starck* (Fn. 41), Rn. 361).

55 BVerfGE 35, 79, 112 ff.; 47, 327, 367.

56 *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 17; *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42.

57 *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 22; zu den Pflichten des Doktorvaters, s. 3.2.

58 BVerfGE 35, 79, Ls. 3.

59 BVerfGE 126, 1, 46; *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 9; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1282.

eingeschränkt ist. Beispielsweise besteht die Aufgabe einer staatlichen Schule und damit die Dienstaufgabe ihrer Lehrer in der Weitergabe gesicherten Wissens, nicht in forschungsgeleiteter Lehre (vgl. Art. 7 Abs. 1 GG). Unternimmt ein Lehrer diese Form der Lehre, erfüllt er seinen Dienstauftrag nicht in der geschuldeten Weise. Obwohl er also faktisch Wissenschaft betreiben mag, kann er sich nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.⁶⁰ In ähnlicher Weise kann sich ein Universitätslektor, dessen Aufgabe in der Vermittlung von Fremdsprachenkenntnissen besteht, nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Analoge Überlegungen können zu wissenschaftlichen Mitarbeitern und – jenseits der staatlichen getragenen Wissenschaft – zu Unternehmensforschern angestellt werden. In diesen Fällen schränken freiwillige Rechtsbindungen (i.d.R. in Form von Arbeitsverträgen) die Grundrechtsträgerschaft im dienstlichen Rahmen von vornherein ein. Solche partiellen oder vollständigen Schutzbereichsbeschränkungen sind Eingriffen in den Schutzbereich logisch vorgängig und deshalb nicht mit diesen gleichzusetzen. In der Praxis ist Art. 5 Abs. 3 GG deshalb kein binäres Grundrecht, das man vollständig hat oder vollständig nicht hat. Es liegt in Abschattungen vor, die von der Rechtssituation des jeweiligen Grundrechtsträgers abhängen. Die individuelle Konstellation eröffnet und beschränkt zugleich den dienstlich verfügbaren Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG. Geschützt ist nur die Wissenschaft, die beauftragt wurde.

Diese Überlegungen treffen auch auf den Hochschullehrer zu. Ihm können „Rechte aus Art. 5 III *nur* in dem Umfang erwachsen, in dem er kraft Amtes lehrt und forscht“⁶¹ Auch innerhalb seines Dienstauftrags akzeptiert der Hochschullehrer freiwillig Verkürzungen seiner Rechte. Die Lehrverpflichtung beschränkt seine negative Lehrfreiheit.⁶² Hinzu tritt die Pflicht, Lehrveranstaltungen in einem bestimmten, allerdings nicht beliebig weitem Gebiet zu übernehmen.⁶³ Überdies muss ein Hochschullehrer sein Lehrangebot den Vorgaben der jeweiligen Studien- und Prüfungsordnung anpassen.⁶⁴

Die Zugehörigkeit zur Gruppe der Hochschullehrer reicht zur Bestimmung des Schutzbereichs allerdings oft nicht aus. Ausschlaggebend ist das individuelle, verbindlich vereinbarte Aufgabenspektrum. Das BVerfG verwies

mehrfach auf unterschiedliche Zuständigkeiten und Amtspflichten von Hochschullehrern, die nicht nur nicht illegitim, sondern sogar geboten seien.⁶⁵ Wird etwa auf eine Lehrprofessur berufen, kann sich der Stelleninhaber nicht umstandslos auf alle Rechte nach Art. 5 Abs. 3 GG berufen, die einem Forschung und Lehre gleichermaßen vertretenden Hochschullehrer zustehen. Er ist dienstlich zu eingeschränkter Forschungstätigkeit angewiesen. Sein Portfolio an forschungsbezogenen Einzelrechten ist deshalb regelmäßig eingeschränkt.

Auch die Rechteeausstattung eines Fachhochschullehrers hängt von den individuell vereinbarten Dienstaufgaben und indirekt vom gesetzlich festgelegten Aufgabenportfolio seiner Hochschule ab.⁶⁶ Zu berücksichtigen ist insbesondere die i.d.R. hohe Lehrverpflichtung und der begrenzte Forschungsauftrag.⁶⁷ Die Forschungsfreiheit des Fachhochschullehrers und mithin sein Recht auf Promotionsbetreuung sind deshalb regelmäßig eingeschränkt. Er verfügt über dieses Recht nicht in gleichem Umfang wie der Universitätsprofessor. In diesem begrenzten Rahmen bleibt das Grundrecht allerdings ungeschmälert erhalten. Die Beschränkung des Schutzbereichs führt nicht zu dessen vollständigem Verlust.

b) Kontextualität von Promotionsverfahren

Der Staat verleiht den Hochschulen durch Rechtsakt das Promotionsrecht, also die Befugnis zur Verleihung des Doktorgrads.⁶⁸ Die Zuständigkeit für die Verleihung obliegt den Ländern, die diese in ihren Hochschulgesetzen wahrnehmen.

Die Wahrnehmung des Promotionsrechts kommt den Hochschulen zu. Die darauf anzuwendenden Regelungen sind Gegenstand der akademischen Selbstverwaltung.⁶⁹ Entsprechend gestalten die Hochschulen und ihre Fakultäten das Promotionsrecht mit satzungsrechtlichen Regelungen wie den Promotionsordnungen aus und führen Promotionsverfahren gemäß dieser Regelungen durch.⁷⁰ Fakultäten und Hochschullehrern kommt die Rolle von Amtswaltern bzw. Organwaltern zu, die das Promotionsverfahren durchführen.⁷¹

Unabhängig davon, ob Hochschule oder Fakultäten eigentliche Träger des Promotionsrechts sind⁷², ist je-

60 Vgl. *Jarass* (Fn. 51), Rn. 140.

61 BVerwG in DVBl. 1986, 1109, meine Hervorhebung; vgl. *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 10 ff.

62 *Kempen* (Fn. 39), Rn. 96; vgl. BVerfGE 93, 85, 98.

63 Zur Reichweite und Begrenzung dieser Verpflichtung: BVerfGE 125, 1, 25; 126, 1, 26; *Detmer* (Fn. 9), Rn. 174; zur Änderungsmöglichkeit der dienstlichen Aufgaben: *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1283.

64 BVerfGE 126, 1, 56; *Detmer* (Fn. 9), Rn. 173.

65 BVerfGE 88, 129, 139; vgl. 139, 148, 191.

66 *von Coelln* (Fn. 38), Rn. 98.

67 *Niederdrenk* (Fn. 13), S. 22; *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 13; vgl. aber die vereinzelt eingerichteten Forschungsprofessuren an Fachhochschulen, etwa seit 2009 in Brandenburg.

68 Zu den Voraussetzungen und Spielarten des Promotionsrechts: *Braun* (Fn. 1), S. 15 ff.; zur Geschichte: *Kluth* (Fn. 45), S. 571 f.

69 BVerfGE 61, 210, 245; 88, 129, 140.

70 *Pautsch* (Fn. 31), 674; *Thieme* (Fn. 1), Rn. 421; *Meurer* (Fn. 9), S. 8.

71 *Kluth* (Fn. 45), S. 573.

denfalls klar, dass der Hochschullehrer es nicht ist. Mit der Wahrnehmung seines Rechts auf Promotionsbetreuung trägt er vielmehr wesentlich zur Wahrnehmung des Promotionsrechts der Hochschule bzw. der Fakultät bei. Umgekehrt kann sein individuelles Recht auch nur so realisiert werden – also innerhalb des organisatorischen und fachlichen Gefüges einer Institution. Die wechselseitige Inanspruchnahme bedingt die Einbindung seines individuellen Rechts in den Regelungsrahmen der Hochschule, zu dem insbesondere die Promotionsordnung zählt. Dort geregelt werden u.a. die Pflichten des Doktorvaters, etwa die fachliche Betreuung und Förderung des Promovenden und die Notwendigkeit, das Lösen einer gegebenen Betreuungszusage ausreichend zu begründen.⁷³ Eine Verletzung dieser Pflichten kann eine Amtspflichtverpflichtung darstellen. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass mit der Annahme eines Doktoranden durch den Hochschullehrer ein „unvollkommen zweiseitiges öffentlich-rechtliches vertragliches“⁷⁴ Rechtsverhältnis etabliert wird.

Für das Promotionsverfahren ist überdies das allgemeine Prüfungsrecht anzuwenden.⁷⁵ Dazu zählen die Fairness der Prüfungsbedingungen sowie die Nachvollziehbarkeit und Justiziabilität der Prüfungsergebnisse. Hinzu kommt die Bedingung, dass eine Prüfungsleistung nur von Personen bewertet werden darf, die mindestens die durch die Prüfung festzustellende oder eine gleichwertige Qualifikation besitzen.⁷⁶ Ein Promotionsprüfer muss deshalb promoviert sein. Fachhochschullehrer erfüllen diese Bedingung regelmäßig, weil die Promotion zu ihren Einstellungs Voraussetzungen zählt. Aus einer Entscheidung des BVerfG von 1993 lässt sich ein darüber hinaus gehendes Qualifikationserfordernis für Promotionsprüfer ableiten. Das Gericht befand es als zulässig, dass nach anwendungsorientiertem Profil eingestellte Professoren der Gesamthochschule Duisburg nach der einschlägigen Promotionsordnung „besondere

Forschungsleistungen“⁷⁷ nachweisen müssen, um an Promotionsverfahren teilnehmen zu können. Die Beurteilung der Promotion setze „eine besondere wissenschaftliche Befähigung voraus“⁷⁸. Bei Professoren mit universitärem Profil werde diese i.d.R. durch die Habilitation nachgewiesen. Professoren mit anwendungsorientiertem Profil könnten hingegen den Nachweis i.d.R. so nicht erbringen, ein anderweitiger Nachweis sei deshalb gerechtfertigt. Die besonderen Forschungsleistungen müssten in Form und Umfang allerdings nicht formal abgeprüft werden oder „habilitationsadäquat“⁷⁹ sein. Über die Promotion hinausgehende Veröffentlichungen, Patente und Informationen über aktuelle Forschungsaktivitäten reichten hin. Dies stelle eine „von der Sache her gerechtfertigte Differenzierung“⁸⁰ zwischen den Professorengruppen dar. Das BVerfG selbst verblieb im Vagen, ob die Erfordernis der zusätzlichen Forschungsleistungen notwendig oder nur zulässig ist. Aus hiesiger Sicht lässt sich aus dem Argument des Gerichts eine Notwendigkeit ableiten.

Diese und weitere prüfungsrechtliche Anforderungen sind weitgehend in den Hochschulgesetzen und dem einschlägigen Satzungsrecht niedergelegt. Zu berücksichtigen ist überdies, dass die im Promotionsverfahren getroffenen Entscheidungen Verwaltungsakte darstellen, etwa die Zulassung und die Verleihung des Doktorgrads. Anwendung finden deshalb auch die entsprechenden verwaltungsrechtlichen Regelungen.⁸¹

Das dargestellte Regelungsgeflecht gestaltet und begrenzt das individuelle Recht auf Promotionsbetreuung. Der Hochschullehrer übt sein Recht innerhalb dieses Rahmens aus, der in der universitären Praxis seit langem etabliert und weitgehend unstrittig ist. Seine kontextuelle Bedingtheit teilt das Recht auf Promotionsbetreuung mit den aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitenden organisationsrechtlichen Teilhaberechten. Das BVerfG hat wiederholt die „Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers

72 Plädoyer für letztere: Kluth (Fn. 45), S. 577; ähnlich Hartmer (Fn. 15), Rn. 14.

73 Hartmer (Fn. 15), Rn. 20; z.B. *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Promotionsordnung vom 2.12.2014 (zuletzt geändert am 7.11.2016), abrufbar unter <https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Universitaet/Rechtsgrundlagen/Pro-mO071116.pdf> [15.7.2020], § 6.

74 Kluth (Fn. 45), S. 578; a.A. Hartmer der ein „öffentlich-rechtliches Verhältnis sui generis“ annimmt: Hartmer (Fn. 15), Rn. 18. Darüber hinaus besteht ab einem bestimmten Zeitpunkt im Promotionsverfahren, der je nach Promotionsordnung unterschiedlich definiert ist, ein Rechtsverhältnis zwischen Promovend und Fakultät.

75 Hartmer (Fn. 15), Rn. 34; vgl. BerlHG, §30 ff.

76 BVerfGE 88, 129, 139 ff.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 20; Epping (Fn. 29), S. 76 ff.; z.B. BerlHG § 32; vgl. HRG § 15 Abs. 4.

77 BVerfGE 88, 129, 139.

78 BVerfGE 88, 129, 140; vgl. Epping (Fn. 29), S. 77 f.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 11; Detmer (Fn. 9), Rn. 184.

79 BVerfGE 88, 129, 141. A.A. Epping und Hartmer, die eine förmlich nachgewiesene wissenschaftliche Qualifikation auf Habilitationsniveau (nicht aber zwingend die Habilitation selbst) für notwendig halten: Epping (Fn. 29), S. 77 f.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 11.

80 BVerfGE 88, 129, 141. Damit wies das Gericht zugleich eine Vorstellung des aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitenden Homogenitätsgebots zurück, nach der eine Binnendifferenzierung innerhalb der Hochschullehrergruppe nicht möglich sei (vgl. BVerfGE 54, 363, 387; 57, 70, 92 f.; 88, 129, 137). Vgl. den materiellen Hochschullehrerbegriff des Gerichts: BVerfGE 35, 79, 127; 61, 210, 248 f.; 88, 129, 137.

81 Hartmer (Fn. 15), Rn. 34.

hinsichtlich der Hochschulorganisation betont.⁸² Von der Gestalt der Hochschulorganisation hängen aber die konkreten Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten des Hochschullehrers ab. In analoger Weise hängt die individuelle Ausprägung des Rechts auf Promotionsbetreuung von den gesetzlichen und hochschulbinnenrechtlichen Verfahrens- und Organisationsregeln ab. Hier wie dort ist dies nicht als Eingriff in den Schutzbereich zu sehen, sondern als notwendige Bestimmung des Schutzbereichs nach Maßgabe des relevanten Kontextes.

Zwischenfazit

Das am Ende von Abschnitt II. vorgestellte Argument hat sich bisher als stichhaltig erwiesen:

- (1) Nach der BVerfG-Entscheidung von 2010 sind Fachhochschullehrer regelmäßig zu Forschung und Lehre im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG beauftragt. Sie sind deshalb Träger der Wissenschaftsfreiheit.
- (2) Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG umfasst das Recht auf Promotionsbetreuung. Der Grundrechtsträger hat das Recht, diese Tätigkeit frei von Ingerenzen des Staates oder Dritter auszuüben. Zugleich ist der Staat verpflichtet, die Voraussetzungen für die individuelle Rechteausübung zu schaffen. Dazu gehört ein strukturell gesicherter Zugang der Grundrechtsträger zu Promotionsverfahren.
- (3) Der Fachhochschullehrer verfügt über das Recht auf Promotionsbetreuung. Er hat deshalb grundsätzlich Anspruch auf Zugang zu Promotionsverfahren. Mit Blick auf seinen regelmäßig beschränkten Forschungsauftrag ist sein Recht auf Promotionsbetreuung jedoch begrenzt.

Im folgenden Abschnitt wird die noch verbleibende Schlussfolgerung (4) des Arguments diskutiert, nach der Fachhochschulen das Promotionsrecht haben müssen.

IV. Promotionsrecht für Fachhochschulen?

Verfügt eine Fachhochschule nicht über das Promotionsrecht und hat ein dort beschäftigter Fachhochschul-

lehrer keinen anderweitigen geregelten Zugang zu Promotionsverfahren, liegt ein Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung vor.

Je nach landes- und satzungsrechtlichen Regelungen mögen zwar noch Ausnahme- und Einzelfallregelungen möglich sein, denen ein Fachhochschullehrer an promotionsberechtigten Hochschulen nachsuchen kann. Diese können jedoch seinen Anspruch auf einen strukturell gesicherten Zugang zu Promotionsverfahren nicht befriedigen.

Lässt sich der Eingriff rechtfertigen? Grundsätzlich ist das denkbar. Art. 5 Abs. 3 GG gilt vorbehaltlos, aber nicht absolut. Die damit verbundenen Rechte und Pflichten können und müssen begrenzt werden, wenn andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang beeinträchtigt werden.⁸³ Zu beachten sind dabei die bekannten Kautelen, insbesondere die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.

Welche Verfassungsgüter würden nun beeinträchtigt, wenn alle Fachhochschulen über das Promotionsrecht verfügten und damit ihren Hochschullehrern (in der gebotenen begrenzten Weise, s. III. 2.) einen strukturellen Zugang zu Promotionsverfahren eröffneten?⁸⁴ Ohne Zweifel würde dies die Statik des Wissenschaftssystems erheblich verändern. Dagegen ließen sich gewichtige Argumente vorbringen. Hingewiesen wurde – um nur eine solche Überlegung zu nennen – auf die Gefahr einer „Nivellierung“ und die daraus folgende Schwächung des gesamten Systems.⁸⁵ Um eine solche Konstellation sinnvoll zu organisieren, wären überdies rechtliche Anpassungen nötig. Insbesondere müsste auch den Fachhochschulen die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses als institutioneller Auftrag übertragen werden. Solche Erwägungen sind allerdings wissenschafts- und rechtspolitischer Natur. Hier in Rede stehen dagegen nur Gefährdungen, die die Konstellation für andere Verfassungsgüter mit sich brächte.

Das Risiko für die Funktionalität des Wissenschaftssystems könnte nun auch als rechtlich erheblich aufgefasst werden. Nach dieser Vorstellung verletzt es die aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitende staatliche Pflicht, für funktionsfähige Wissenschaftseinrichtungen zu sorgen⁸⁶. Dieses Argument verfängt indes kaum. Zum ei-

82 BVerfGE 88, 203, 262; vgl. BVerfGE 35, 79, 116; 50, 290, 332; 139, 148, 181.

83 BVerfGE 28, 243, 260 f.; 30, 173, 193; 47, 327, 369; 67, 213, 228; 126, 1, 24.

84 Überdies könnte die hier nicht vertiefte Frage gestellt werden, ob in diesem Szenario die Rechte angehender Promovenden besser

geschützt würden. Zur grundrechtsrelevanten Thematik der Zulassung zur Promotion: Kluth (Fn. 45), S. 574 ff.; Thieme (Fn. 1), Rn. 424; Hartmer (Fn. 15), Rn. 17; vgl. z.B. BerHG § 35 (2)-(3).

85 Deutscher Hochschulverband (Fn. 19), S. 2.

86 BVerfGE 35, 79, 114.

nen ist es spekulativ, ob aus dem Szenario eine rechtlich nicht hinnehmbare Systemstörung folgte. Zum anderen träte eine Störung, wenn überhaupt, zunächst dann auf, wenn die gegenwärtigen Systembedingungen grosso modo unverändert blieben, wenn also insbesondere Fachhochschulen und Universitäten unveränderte Ausstattungen und Aufgaben hätten. Ein solches Ceteris-Paribus ist aber verfassungsrechtlich kontingent. Mutmaßlich könnte der einfache Gesetzgeber Architektur und Organisation des Wissenschaftssystems so gestalten, dass dessen Funktionalität auch dann erhalten bliebe, wenn Fachhochschulen das Promotionsrecht hätten. Jedenfalls wäre der Nachweis zu erbringen, dass eine solche Gestaltung gar nicht oder jedenfalls nicht zu vertretbaren Funktionalitätseinbußen möglich ist. Die Erfolgchance eines solchen Nachweises dürfte gering sein.

Im Ergebnis ist zu bezweifeln, dass der Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung erforderlich ist. Dem Staat stehen Handlungsoptionen zur Verfügung, den gegen ihn gerichteten Anspruch des Fachhochschullehrers auf Zugang zu Promotionsverfahren zu erfüllen, ohne dabei andere Verfassungsgüter gefährden.

Die Wahrscheinlichkeit, dass das geschilderte Szenario realisiert wird, ist offenkundig nahe null. In den Blick zu nehmen sind deshalb auch Arrangements, die Fachhochschullehrern Zugang zu Promotionsverfahren eröffnen, ohne Fachhochschulen das Promotionsrecht zu verleihen. Solche kooperativen Promotionsverfahren haben inzwischen alle Bundesländer in jeweils spezifischer Weise eingerichtet. Die Modelle variieren im Detail erheblich⁸⁷ und sollen hier nicht im Einzelnen diskutiert werden. Stattdessen werden für die Beurteilung zentrale Merkmale herangezogen, die die überwiegende Mehrzahl der Modelle gemeinsam haben:⁸⁸

- Es wird die rechtliche Möglichkeit eröffnet, Fachhochschullehrer an der Betreuung und Prüfung von Doktoranden zu beteiligen.⁸⁹ Der Promovend setzt sein Promotionsvorhaben vorwiegend an einer Fachhochschule um.
- Das Promotionsverfahren wird an einer Universität durchgeführt, die den Doktorgrad verleiht und deren Promotionsordnung maßgeblich ist.
- Eine Kooperationsverpflichtung der Universitäten, ihrer Gremien und Mitglieder gibt es nicht. Das Verfahren setzt deshalb eine entsprechende Kooperationsbereitschaft voraus.

Möchte ein Fachhochschullehrer an einem solchen Verfahren teilnehmen, kann er auf eine Reihe von Problemen stoßen. Zu nennen ist die schwierige Suche nach einem universitären Kooperationspartner, die mit der oft starken Auslastung von Universitätsprofessoren und der mitunter schlechten Passung von Fachhochschul- und universitären Fächern zusammenhängt.⁹⁰ Bemängelt wird überdies die fehlende Kooperationsbereitschaft von Universitäten.⁹¹ Hinzu kommen die z.T. nur mögliche Beteiligung von Fachhochschullehrern als Zweitbetreuer⁹² und die Tatsache, dass das Prüfungsverfahren rechtlich in der Hand der Universitären liegt⁹³. Auch die Probleme, denen Promotionsanwärter mit Fachhochschulabschluss bei ihrer Zulassung begegnen können⁹⁴, wirken auf den Fachhochschullehrer zurück.

Wohl mit diesen Problemen zusammenhängend, ist es bisher nicht gelungen, kooperative Promotionsverfahren in der Fläche zu etablieren.⁹⁵ Trotz einer starken relativen Zunahme und politischer Forcierung dieses Promotionsmodells (etwa durch den Bund, Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen) ist die kooperative Promotion absolut betrachtet nach wie vor ein

87 Vgl. die Übersichten in *Meurer* (Fn. 9), S. 8 ff. / 39 ff.; *Hochschulrektorenkonferenz*, Promotionen von Absolventinnen und Absolventen von Fachhochschulen und HAW und Promotionen in kooperativen Promotionsverfahren (1. 5 2019), abrufbar unter https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-05-Forschung/HRK_1_2019_Kooperative_Promotion.pdf [24.7.2020], S. 7 ff. Zu Baden-Württemberg: *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 23 ff. Zu Hessen und Bayern: *Weidner*, Kein einfaches Unterfangen, in: *DUZ Wissenschaft & Management*, Heft 6 2019, S. 12 ff. Zu Nordrhein-Westfalen: *Schuchert*, Kooperative Promotion in NRW – am Wendepunkt, in: *DUZ Wissenschaft & Management*, Heft 6 2019, S. 16 ff.; *von Coelln* (Fn. 17).

88 Vgl. *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 11; *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 22; *Schuchert* (Fn. 87), S. 16. Nicht differenziert wird hier u.a. zwischen kooperativen Individualpromotionen, die auf individuellen Absprachen beruhen, und kooperativen Verfahren, die auf Vereinbarungen oder Verträgen zwischen Institutionen beruhen (vgl. *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42 ff.). Zur letztgenannten Kategorie gehören Kooptationen, Assoziierungen, Gastprofes-

suren, Doppelberufungen, kooperative Promotionskollegs und kooperative Promotionsprogramme.

89 Die Landeshochschulgesetze enthalten entweder selbst die Möglichkeit der Beteiligung von Fachhochschullehrern (z.B. *BerlHG* § 35 (4)); vgl. die Übersicht in *Meurer* (Fn. 9), S. 39 ff.) oder verpflichten die Universitäten, eine solche Möglichkeit in ihren Promotionsordnungen vorzusehen (z.B. Art. 64 Abs. 1 Satz 4 *BayHschG*). Alternativ ist in den Gesetzen die i.d.R. nicht näher ausgeführte Verpflichtung verankert, ein kooperatives Promotionsverfahren vorzusehen (z.B. § 31 Abs. 5 *BbgHG*).

90 *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42.

91 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 87; *Niederdrenk* (Fn. 13), S. 24.

92 *Hochschulrektorenkonferenz* (Fn. 87), S. 20.

93 *Schuchert* (Fn. 87), S. 20 f.

94 Vgl. *Meurer* (Fn. 9), S. 6 ff.; *Hochschulrektorenkonferenz* (Fn. 87), S. 9 ff.; vgl. Fn. 86.

95 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 86 ff.; *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 28.

randständiges Phänomen. Von den zwischen 2015 und 2017 abgeschlossenen Promotionen wurden etwa 0,9 Prozent in kooperativen Verfahren absolviert.⁹⁶

Hier von Interesse ist die Frage, ob die kooperative Promotion im skizzierten Grundmodell dem Fachhochschullehrer einen hinreichenden Zugang zu Promotionsverfahren eröffnet. Kann der Staat damit seiner Pflicht nachkommen, die Voraussetzungen für die Ausübung des individuellen Rechts auf Promotionsbetreuung zu schaffen?

Mit Blick auf diese Frage sind die geschilderten Schwierigkeiten insoweit rechtserheblich als sich in ihnen eine strukturelle Abhängigkeit des Fachhochschullehrers von Gremien und Mitgliedern der Universitäten manifestiert. Zwar führt die kontextuelle Einbindung des Rechts auf Promotionsbetreuung in gewissem Rahmen immer zu Abhängigkeiten des Grundrechtsträgers (s. III. 2. b)). Diese bergen auch für den Universitätsprofessor das Risiko, sein Recht im konkreten Fall nicht ausüben zu können, etwa weil ein Promotionsprojekt im Promotionsausschuss abgelehnt wird. Solche Fälle sind in der Praxis allerdings selten. Vor allem aber kann der Universitätsprofessor ein Promotionsverfahren initiieren, ohne dafür substantiell auf die Mitwirkung Dritter angewiesen zu sein. Sein in diesem Sinne autonomer Zugang zu Promotionsverfahren ist in der Promotionsordnung satzungsrechtlich gesichert.⁹⁷ Faktisch liegt es wesentlich bei ihm selbst, ob und in welchem Umfang er sein Recht auf Promotionsbetreuung ausüben möchte. Dieses Initiativrecht ist im Fall des Fachhochschullehrers kupiert. Er ist von vornherein auf die freiwillige Kooperationsbereitschaft eines Universitätsprofessors und/oder universitärer Gremien angewiesen. Nur wenn diese gegeben ist, kann das Verfahren beginnen, das die notwendige Grundlage für die Ausübung seines Rechts darstellt (und das die genannten „Standardrisiken“ birgt). Der Fachhochschullehrer kann deshalb bei der Rechtsausübung aus Gründen scheitern, die nicht auf seiner

Qualifikation, der Qualität des Promotionsprojekts oder Zulassungserfordernissen des Promovenden beruhen. Vielmehr können Gründe vorliegen, die ihm nicht zugeordnet werden können. Dazu zählt die nicht gegebene Kooperationsbereitschaft fachlich geeigneter universitärer Partner, die etwa von deren Zeit- und Ressourcenmangel herrühren mag. Auch während der Durchführung des Promotionsvorhabens und bei der Bewertung der Prüfungsleistungen bleibt der Fachhochschullehrer weit stärker von Dritten abhängig als der Universitätsprofessor, etwa mit Blick auf die rechtliche Verortung des Promotionsverfahrens an der kooperierenden Universität.

Kann diese stärkere Abhängigkeit als jene zusätzliche Schutzbereichsbeschränkung aufgefasst werden, die dem Fachhochschullehrer mit Blick auf seinen i.d.R. begrenzten Forschungsauftrag angemessen ist (s. III. 2. a))? Die Anforderung an den Fachhochschullehrer, universitäre Partner zu finden und für eine Kooperation zu gewinnen, könnte als legitimer Abstrich an seinem Recht auf Promotionsbetreuung interpretiert werden. Der Fachhochschullehrer hätte diese Einschränkung zu akzeptieren, weil er dienstlich nicht in gleichem Maße zur Forschung beauftragt ist wie der Universitätsprofessor und seine Forschungsfreiheit deshalb eingeschränkt ist.

Dieser Ansatz kann prinzipiell überzeugen, an der konkreten Umsetzung bestehen jedoch Zweifel. Erinnerung sei daran, dass nach der BVerfG-Rechtsprechung an der Grundrechtsträgerschaft des Fachhochschullehrers nach Art. 5 Abs. 3 GG *an sich* keine Abstriche zu machen sind (s. II.). Er kann sich uneingeschränkt auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, wenn und insoweit er sein Fach eigenständig in Forschung und Lehre vertritt. Aus den dargelegten Gründen ist seine Forschungsfreiheit aber begrenzt, darunter das Recht auf Promotionsbetreuung. Diese Konstellation – grundsätzlich vollumfängliche Grundrechtsträgerschaft, partiell begrenzter Schutzbereich – signalisiert, *wie* die erforderliche Be-

⁹⁶ Hochschulrektorenkonferenz (Fn. 87), S. 17.

⁹⁷ Vgl. etwa *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer* (Fn. 73).

grenzung zu verstehen und auszulegen ist. Die zu begrenzenden Rechte sollten nur in eingeschränktem Rahmen zur Verfügung stehen, in diesem Rahmen jedoch ohne Abstriche. Weniger einleuchtend ist ein Verständnis, nach dem die betroffenen Teilrechte nur in jeweils abgeschwächter Ausprägung zugemessen werden, gewissermaßen als Rechte zweiter Klasse. Eine Umfangsminderung der zu begrenzenden Rechte ist plausibler als eine Intensitätsminderung.

Kooperative Promotionsverfahren geraten in Spannung zu dieser Konzeption der adäquaten Schutzbereichsbegrenzung. Sie messen dem Fachhochschullehrer gerade keinen begrenzten, aber vollgültigen Autonomieraum zu, sondern etablieren eine strukturelle Abhängigkeit vor und während des Promotionsverfahrens. Nach diesem Verständnis sind sie als Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung zu werten. Mit der Einrichtung solcher Verfahren kommt der Landesgesetzgeber nicht ausreichend seiner Pflicht nach, die Voraussetzungen für die individuelle Rechteausübung zu schaffen.

Die Rechtfertigung dieses Eingriffs fällt aus Gründen schwer, die sich aus dem bisher Gesagten ergeben. Wenn sich der Verleihung des Promotionsrechts an *alle* Fachhochschulen keine zwingenden verfassungsrechtlichen Gründe entgegenstellen, wird dies a fortiori für ein anders gestaltetes kooperatives Promotionsverfahren gelten. Es lassen sich institutionelle und organisatorische Bedingungen schaffen, in denen der Fachhochschullehrer in solchen Verfahren sein Recht auf Promotionsbetreuung ausüben kann, ohne dass andere Verfassungsgüter beeinträchtigt werden oder ein unvertretbares Risiko einer solchen Beeinträchtigung in Kauf zu nehmen wäre.

Grundsätzlich sind verschiedene Alternativmodelle kooperativer Promotionsverfahren denkbar, die die genannten Bedingungen erfüllen. Möglich wäre beispielsweise ein landesgesetzlich oder satzungsrechtlich verankertes Anrecht des Fachhochschullehrers auf Beteiligung an universitären Promotionsverfahren, das einen höheren Grad an Verbindlichkeit aufweist als heutige Regelungen.⁹⁸ Ein solches Kooperationsanrecht eröffnete dem Fachhochschullehrer den erforderlichen strukturellen Zugang zu Promotionsverfahren, zu dem das skizzierte Initiativrecht gehört, sowie die nötige Unabhängigkeit bei der Betreuung und der Bewertung seiner Promovenden. Die einzufordernde Schutzbereichsbegrenzung ließe sich ggf. realisieren, indem der Fachhochschullehrer nicht im gleichen quantitativen Umfang Zugang zu Promotionsverfahren hätte (z.B. hinsichtlich der Zahl der betreuten Promovenden). Weitere Überlegungen müssten zeigen, in welcher Form solche Ansätze landesgesetzlich und satzungsrechtlich umzusetzen wären.

Guido Speiser ist im Berliner Büro der Max-Planck-Gesellschaft tätig. Der vorliegende Beitrag spiegelt seine Meinung wider, nicht die der Max-Planck-Gesellschaft

98 Vgl. die vom Wissenschaftsrat geforderte „Kooperationspflicht“ der Universitäten (Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 88), die allerdings nicht verfassungsrechtlich begründet wird, sowie die Idee der „Kooperationsplattformen“ (Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 40); vgl. Wissenschaftsrat (Fn. 8), S. 16). Vgl. ebenso die Forderung nach „diskriminierungsfreie[n] Regelungen [...] für die Betreuungsberechtigung für Fachhochschulprofessorinnen und -professoren“ (Hochschulrektorenkonferenz (Fn. 9), Ziff. III 2.).

Thomas A. C. Reydon

Zur Unvergleichbarkeit akademischer Systeme

Übersicht

I. Einleitung

II. Pauschalisierende Darstellungen in der Forschungsliteratur

III. Das deutsche akademische System im Vergleich

IV. Aspekte ausländischer Systeme

V. Fazit

In der Fachliteratur im Bereich Hochschul- und Wissenschaftsforschung, in Universitätsverwaltungen sowie in akademischen Lebensläufen gibt es eine Tendenz, deutsche akademische Funktions-, Amts- und Besoldungsbezeichnungen pauschal auf die anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden. Insbesondere der deutsche Dreisatz W₁-/W₂-/W₃-Professor/in wird dabei oft eins zu eins als *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* übersetzt. Es scheint auch gut zu passen: Beide Systeme haben eine drei-Stufen-Hierarchie und die englischen Bezeichnungen scheinen sowohl für die internationale Darstellung als auch als Kategoriensystem in der Hochschul- und Wissenschaftsforschung gut brauchbar. Dieser Artikel kritisiert diese Abbildungspraxis dahingehend, dass sie sowohl das deutsche als auch ausländische akademische Systeme stark verzerrt repräsentiert und wesentliche Aspekte dieser Systeme ausblendet. Es wird gezeigt, dass die Abbildung des deutschen Dreisatzes auf die anglo-amerikanischen *academic ranks* sowohl als wissenschaftliches Kategoriensystem als auch als Grundlage für informelle Übersetzungen akademischer Positionen ungeeignet ist.

I. Einleitung

Auf den ersten Blick scheint die Übersetzung des deutschen Dreisatzes W₁-/W₂-/W₃-Professor/in als *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* gut zu passen: Sie scheint sowohl eine praktische Übersetzung deutscher

Funktionsbezeichnungen für die internationale Darstellung von Personen und Institutionen als auch ein gutes Kategoriensystem für die Hochschul- und Wissenschaftsforschung zu liefern. Der Schein trägt allerdings und eine solche pauschale Abbildung deutscher Professorenämter ist aus mehreren Gründen problematisch.

Erstens wird die Vielzahl von nicht-professoralen Funktionen und Ämtern (akademische/r (Ober)rat/rätin, Hochschuldozent/in, Privatdozent/in usw.) bei einer solchen Abbildung oft undifferenziert in die Kategorie „übrige“ (d. h. wissenschaftliche/r Mitarbeiter/in) einsortiert. Zweitens sind ‚W₁‘, ‚W₂‘ und ‚W₃‘ lediglich Bezeichnungen von Besoldungsgruppen in den Besoldungsgesetzen bzw. -ordnungen der Länder und des Bundes, und keine Amts- oder Funktionsbezeichnungen oder gar *academic ranks*. Die gesetzlich geltenden Amtsbezeichnungen sind ‚Juniorprofessor‘ (formal: ‚Professor als Juniorprofessor‘), ‚Professor an einer Fachhochschule‘, ‚Professor an einer Kunsthochschule‘, ‚Universitätsprofessor‘ usw.¹ Zwischen Amt und Besoldungsgruppe besteht dementsprechend ein grundlegender Unterschied, wobei Professor/innen in „Personalunion“ sowohl ein Amt als auch eine Stelle in einer bestimmten Besoldungsgruppe innehaben.² Drittens ist der Vergleich wissenschaftlich problematisch, weil er das Forschungssubjekt viel zu stark vereinfacht und verzerrt repräsentiert. Wesentlich für gute Forschung ist der Gebrauch von Kategorien, die das Forschungssubjekt angemessen repräsentieren: Die verwendeten Kategorien sollen die erforschten Phänomene zwar so vereinfacht repräsentieren, dass sie verallgemeinert beschrieben und verstanden werden können, aber nicht so weit vereinfachen, dass wichtige Unterschiede unsichtbar werden. Letzteres ist hier allerdings der Fall.

In diesem Artikel möchte ich den oben genannten zweiten und dritten Punkt vertiefen und dafür plädieren, das deutsche System für sich sprechen zu lassen, statt zu

* Ich danke Herrn Dr. *Simon Lohse* sowie dem Gutachtergremium von Ordnung der Wissenschaft für hilfreiche Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Artikels.

1 Siehe Bundesbesoldung W (Professorenbesoldungsreformgesetz, Art. 1 § 14, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 11, 22. Februar 2002); Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten (Drs. 4009-14), Dresden: Wissenschaftsrat, 2014, Tabelle 25, S. 148.

2 Juriistisch ist die Sache allerdings noch etwas komplizierter. Siehe dazu weiter unten in Abschnitt III. In den Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Verbesserung von akademischen Karrierewegen ist die Trennung von Amt und Stelle auch deutlich sichtbar. Teil der Empfehlungen ist z. B. die Umwidmung vorhandener Stellen in Professuren (Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 14), was nur bei einer entsprechenden Trennung zwischen „Stellenhülsen“, Besoldungsgruppen und Ämtern möglich ist.

versuchen, es durch eine übervereinfachte und forcierte Abbildung auf ein völlig andersgeartetes System zu übersetzen.

II. Pauschalisierende Darstellungen in der Forschungsliteratur

Eine kurze Sichtung neuerer Veröffentlichungen in der Hochschul- und Wissenschaftsforschung zeigt, dass ausgerechnet hier manchmal die notwendige Subtilität fehlt und Autor/innen zu Pauschalisierungen neigen, die die tatsächliche Situation schlecht widerspiegeln. Ich gebe hier einige Beispiele um deutlich zu machen, worin die Problematik besteht.³

In Beiträgen aus 2015 und 2016 erkennt *Kreckel* die Unterschiede zwischen den verschiedenen Ländern zwar an, aber behauptet, dass „[d]ie Hochschullehrerpositionen am oberen Ende der universitären Laufbahn [...] überall sehr ähnlich strukturiert und deshalb gut vergleichbar“ sind, sodass diese als „archimedischer Punkt“ für die vergleichende Betrachtung verschiedener Systeme dienen können.⁴ *Kreckel* behauptet, dass in allen Systemen der Lehrstuhl oder *Chair* an der Spitze der Hierarchie steht. Dem *Chair* dem Rang nach untergeordnet sind die *Senior Lecturer*, *Reader*, *Associate Professor* sowie *W2*-Professuren, so *Kreckel*. In einer ähnlichen Weise behauptet *Drozdownicz*, dass in Deutschland überall die Funktion des Institutsdirektors oder geschäftsführenden Leiters durch eine/n *W3*-Professor/in erfüllt wird und die *W1*- und *W2*-Professuren als Hilfspersonal („so-called *auxiliary academic staff*“) der *W3*-Professur hierarchisch untergeordnet sind.⁵ Und *Kehm* behauptet in neueren Arbeiten explizit, dass die deutsche Juniorprofessur mit einer *Assistant Professorship*, die *W2*-Professur mit einer *Associate Professorship* und die *W3*-Professur

mit einer *Full Professorship* und „*chair holder*“ vergleichbar wären. Dabei geht *Kehm* sogar so weit zu behaupten, dass die *W2*-Professur die funktionale Äquivalente der *Associate Professorship* wäre.⁶

Diese Beispiele enthalten mehrere problematische Behauptungen, die ich zunächst nur hervorhebe und dann in den nächsten Abschnitten dieses Aufsatzes weiter vertiefen werde. So ist *Kreckels* Behauptung, dass an der Spitze der Hierarchie überall der Lehrstuhl oder *Chair* steht, faktisch unrichtig. In den USA, z. B., haben die meisten *Full Professors* keinen *Chair* inne und können umgekehrt *Associate Professors* und sogar *Assistant Professors* einen *Chair* innehaben. Und auch in Deutschland haben sehr viele *W3*-Professor/innen keinen Lehrstuhl inne. Darüber hinaus ist die Suggestion, dass es sich beim Unterschied zwischen *W2*- und *W3*-Professuren um eine Rangabstufung handeln würde, problematisch, weil sie sich nicht mit der Tatsache verträgt, dass es an deutschen Universitäten (mit sehr wenigen Ausnahmen) keine Professorenlaufbahn gibt, die in gut definierten Beförderungsschritten von einem niedrigen Rang über Zwischenränge zum höchsten akademischen Rang führen würde. Ein solches Beförderungssystem, in dem Personen auf der Basis von Leistung und Erfahrung zu einer höheren Position bei dem gleichen Arbeitgeber aufsteigen, ist allerdings eine Voraussetzung für die Existenz von Rängen. Ein solcher Aufstieg ist z. B. im US-Amerikanischen System explizit vorgesehen, in Deutschland allerdings fast überall explizit ausgeschlossen.

Weiterhin ist die von *Kehm* behauptete funktionale Äquivalenz nicht gegeben. Wenn *W2*-Professor/innen ihrer Funktion nach mit *Associate Professors* äquivalent sein sollen, ist die Frage, welches System dabei überhaupt als Referenzsystem genommen ist. Es gibt *Assistant*, *Associate* und *Full Professors* in den USA, aber es

3 Weitere Beispiele sind einfach zu finden – siehe z. B.: *K. Janson, H. Schomburg & U. Teichler*, Wissenschaftliche Wege zur Professur oder ins Abseits? Strukturinformationen zu Arbeitsmarkt und Beschäftigung an Hochschulen in Deutschland und den USA, Kassel: Internationales Zentrum für Hochschulforschung Kassel, 2006, S. 24; *E. Berkhout, J. van Leuwen, W. Salverda & K. Tijdens*, Beloning van Wetenschappelijk Personeel in Internationaal Perspectief, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, 2015, S. 4ff.; *M. Lutter & M. Schröder*, Who becomes a tenured professor, and why? Panel data evidence from German sociology, 1980–2013, *Research Policy* 45, 2016, 999–1013; *R. Schürmann*, Zwischen Pluralisierung und Selektion: Die Promotionsphase im Ländervergleich USA, Frankreich, Deutschland, in: S. Metz-Göckel, R. Schürmann, K. Heusgen & P. Selent (Hg.), *Faszination Wissenschaft und passagere Beschäftigung: Eine Untersuchung zum Drop-Out aus der Universität*, Opladen: Verlag Barbara Budrich, 2016, 257–290, S. 279; *W. Ooms, C. Werker & C. Hopp*, Moving up the ladder: Heterogeneity influencing academic careers through research orientation, gender, and mentors, *Studies in Higher*

Education 44, 2019, 1268–1289, S. 1270.

4 *R. Kreckel*, Karrieremodelle an Universitäten im internationalen Vergleich *Akademie Aktuell* 03-2015, 2015, 36–40, S. 37–38; *R. Kreckel*, Zur Lage des wissenschaftlichen Nachwuchses an Universitäten: Deutschland im Vergleich mit Frankreich, England, den USA und Österreich, *Beiträge zur Hochschulforschung* 38, 2016, 12–40, S. 18.

5 *Z. Drozdowicz*, *Higher Education Institutions in the Process of Transformation and Modernization: Global and Local Issues*, Zürich: LIT Verlag, 2018, S. 108.

6 *B.M. Kehm*, Entering academia: Realities for new faculty in German higher education, in: M. Yudkevich, P.G. Altbach & L.E. Rumbley (Hg.), *Young Faculty in the Twenty-First Century: International Perspectives*, Albany: State University of New York Press, 2015, 111–139, S. 120; *B.M. Kehm*, Germany: Unpredictable career progression but security at the top, in: M.J. Finkelstein & G.A. Jones (Hg.), *Professorial Pathways: Academic Careers in a Global Perspective*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2019, 21–42, S. 30.

gibt sie auch in Großbritannien, in Australien, in Kanada, in den Niederlanden, in Dänemark, und in vielen anderen Ländern. Und der Dreisatz bezeichnet sehr unterschiedliche Stellenarten in den verschiedenen Systemen, wobei es oft innerhalb eines Systems noch Unterschiede zwischen einzelnen Universitäten gibt. Auch wird nirgends erwähnt, in welchen Aspekten eine Ähnlichkeit zwischen dem Dreisatz W₁-/W₂-/W₃-Professur und dem Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* bestünde und in welchen Aspekten die Ebenen nicht vergleichbar wären. Es bleibt außerdem unklar, worin die angebliche funktionale Äquivalenz zwischen W₂-Professuren und *Associate Professorships*, von der *Kehm* spricht, bestehen soll. Was ist denn eigentlich die Funktion von deutschen W₂-Professor/innen im Unterschied zu der Funktion aller W₃-Professor/innen? Haben denn überhaupt alle W₂-Professor/innen deutschlandweit die gleiche Funktion und ist diese deutlich von der Funktion von W₃-Professuren abgetrennt? (Die Antwort ist: nein.) Was ist eigentlich die Funktion aller *Associate Professors* in den USA und wie ist diese von der Funktion aller *Full Professors* abgegrenzt? Gibt es dort überhaupt einen funktionalen Unterschied? (Die Antwort ist wieder: nein.) Und was ist überhaupt die Begründung von *Kehms* Behauptung einer funktionalen Äquivalenz zwischen W₂-Professuren und *Associate Professors* – wo sind denn die empirischen Belege?

Der niederländische Bericht von *Berkhout et al.* ist ein eklatantes Beispiel solcher pauschalisierenden Aussagen, die das komplizierte deutsche System zu stark vereinfacht und z. T. fehlerhaft darstellen.⁷ So behaupten die Autoren fälschlicherweise, dass der normale Karrierepfad die *Beförderung* vom W₁-Juniorprofessor zum W₂-Professor beinhaltet.⁸ Auch behaupten sie, dass die Amtsbezeichnung auf der W₂-Stufe ‚außerordentlicher Professor‘ und die auf der W₃-Stufe ‚ordentlicher Professor‘ ist, obwohl diese Amtsbezeichnungen schon seit der Novellierung des Hochschulrahmengesetzes in 1976 keine rechtliche Bedeutung mehr haben (mit Bayern als

Ausnahme) und sowohl *de jure* als auch *de facto* nicht mehr existieren.⁹ Darüber hinaus waren außerordentliche Professuren den ordentlichen Professuren nie akademisch *untergeordnet*. Außerordentliche Professuren waren zwar oft den (von ordentlichen Professor/innen besetzten) Lehrstühlen *zugeordnet*, hatten meist selbst keine Lehrstühle inne (obwohl schon seit den 1930er Jahren vielerorts außerordentliche Lehrstühle eingerichtet wurden, deren Inhaber als Extraordinarius ihren Lehrstuhl innehatten) und hatten korporationsrechtlich etwas weniger Gestaltungsmacht in der Universität als die ordentlichen Professuren. Aber sie standen in akademischer Hinsicht neben den ordentlichen Professuren als Professuren mit dem gleichen akademischen Status. (Die ordentliche Professur hatte zwar *organisatorisch* das Sagen in der Lehrstuhlgruppe oder im Institut, hatte *akademisch* allerdings keinen höheren Rang als die außerordentliche Professur.)

Solchen pauschalen Abbildungen gegenüber stehen Autoren, die anerkennen, dass es keinen hierarchischen oder funktionalen Unterschied zwischen W₂- und W₃-Professuren gibt und ‚W₂‘ und ‚W₃‘ lediglich Besoldungsgruppen bezeichnen.¹⁰ Manche Autor/innen setzen dabei sowohl die W₂- als auch die W₃-Professur mit der *Full Professorship* im anglo-amerikanischen System gleich. Diese Beispiele sind insofern der tatsächlichen Situation besser angemessen als die oben kritisierten Beispiele, als sie den akademischen Status explizit von der Besoldungsgruppe trennen.¹¹

In den folgenden Abschnitten werde ich meine Kritik vertiefen, indem ich erst das deutsche System und dann einige ausländische Systeme näher beleuchte.

III. Das deutsche akademische System im Vergleich

Schon bei einer sehr kurzen Google-Suche nach englischsprachigen Anzeigen für in Deutschland ausgeschriebene Professuren ist eine überraschend große Diversität zu finden.¹² Es gibt Ausschreibungen für *Assis-*

7 *Berkhout et al.* (Fn. 3).

8 *Berkhout et al.* (Fn. 3), S. 5.

9 Dazu: *U. Karpen*, Akademische Grade, Titel, Würden, in: C. Flämig, V. Grellert, O. Kimminich, E.-J. Meusel, H.H. Rupp, D. Scheven, H.J. Schuster & F. Graf Stenbock-Fermor (Hg.): Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, Berlin: Springer-Verlag, 1982, 854-875, S. 865; *R. Richter*, Studium und Lehre der Wirtschaftswissenschaften: Westdeutschland nach 1945, Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, S. vii; *F. Becker*, Akademisches Personalmanagement, Band 1: Grundlagen des Personalmanagements an Hochschulen, Münster & New York: Waxmann, 2019, S. 114.

10 *O. Hüther & G. Krücken*, Higher Education in Germany – Recent Developments in an International Perspective, Cham: Springer, 2018, S. xii, 196; *A. Gstöttner*, Hochschulkarrieren in Deutschland und Skandinavien: Eine qualitative Untersuchung der

Erziehungswissenschaft unter Genderperspektive, Wiesbaden: Springer VS, 2014: 49; *S.A. Alawi, R. Luketina, N. Krezdorn, L.F. Busch, A. Limbourg, L. Branski, P.M. Vogt & A. Jokuszies*, How to become a medical professor – a comparative analysis of academic requirements in Germany and the United States, *Innovative Surgical Sciences* 4, 2019, 108-115, S. 110, 113.

11 Außerdem muss hervorgehoben werden, dass die Besoldungsgruppe W₂ auch für Hochschuldozenturen ohne Professorentitel gilt (*Gstöttner*, S. 49) und dementsprechend als solche überhaupt keine akademische Staturebene definieren kann. Auch Forschungsgruppenleiter/innen in Max-Planck-Instituten werden nach W₂ bezahlt ohne eine Professur innezuhaben.

12 Der Kürze wegen werden hier keine Fundstellen der Stellenanzeigen angegeben. Alle erwähnten Anzeigen sind jedoch beim Autor dieses Aufsatzes verfügbar.

tant Professors in der Besoldungsgruppe W₁, *Associate Professors* in der Besoldungsgruppe W₂ sowie *Full Professors* in der Besoldungsgruppe W₃, welche die hier kritisierte Abbildungspraxis zu bestätigen scheinen. Aber auch Ausschreibungen für *Full Professors* in der Besoldungsgruppe W₂ sowie *Full Professors*, die abhängig von der bisherigen Erfahrung und Leistung in der Besoldungsgruppe W₂ oder W₃ eingestellt werden können, sind in einer großen Anzahl zu finden. Vereinzelt findet man sogar Ausschreibungen für *Associate Professors* in der Besoldungsgruppe W₁ und *Assistant Professors* in der Besoldungsgruppe W₂. Diese Praxis ist nur verständlich wenn ein deutlicher Unterschied zwischen den *Ämtern* (Juniorprofessor/in, Professor/in an einer Fachhochschule, Universitätsprofessor/in usw.) und den *Planstellen* (der Besoldungsgruppen W₁, W₂ und W₃) gemacht wird.

Auffällig ist weiterhin, dass Erfahrung und Leistung in Deutschland nicht immer maßgeblich sind für die Besoldungsstufe (sodass nicht gesagt werden kann, dass W₃-Professuren generell eine höhere Seniorität haben als W₂-Professuren). So hat die *Universität Freiburg* 2020 eine *Full Professorship (W₃) for Epistemology and Theory of Science* ausgeschrieben und dabei spezifiziert, dass „This professorship is particularly suitable for highly qualified early career researchers.“ Eine *Full Professorship* im anglo-amerikanischen Sinne wäre jedoch niemals für Nachwuchswissenschaftler/innen geeignet – eine *Full Professorship* erreicht man in diesem System frühestens *mid-career* und ausschließlich auf der Basis langjähriger Erfahrung sowie Leistungen in Lehre und Forschung. In den USA fängt man meistens unmittelbar nach der Promotion als *Assistant Professor* in einem Laufbahnsystem (dem *tenure track* oder *tenure stream*) an. Nach mehreren Jahren (typischerweise sechs Jahren, manchmal früher) kann man mit einem umfangreichen Dossier aller Lehr-, Forschungs- und Selbstverwaltungstätigkeiten *tenure* beantragen („going up for tenure“), die eine feste Anstellung mit einer Beförderung zum *Associate Professor* beinhaltet. Danach kann man nach einer weiteren Wartezeit von mehreren Jahren den gleichen Prozess noch einmal durchmachen („going up for full“) um zum *Full Professor* befördert zu werden.

Während also W₃-Professuren in einigen Fällen als Einstiegsprofessuren für Nachwuchswissenschaftler/innen konzipiert sind, ist umgekehrt die Juniorprofessur nicht mit dem *Assistant Professor* vergleichbar. Während im Regelfall die Stelle als *Assistant Professor* unmittelbar nach der Promotion folgt, wird von angehenden Juniorprofessoren oft eine mehrjährige Lehr- und Forschungs-

erfahrung erwartet. So schrieb die *Universität Hamburg* Anfang 2020 eine Juniorprofessur (W₁) für Infektionsbiologie aus. Im Ausschreibungstext ist zu lesen: „Von den Bewerberinnen und Bewerbern werden internationale wissenschaftliche Erfahrungen sowie Erfahrungen in der Einwerbung und Durchführung von Drittmittelprojekten erwartet.“ Die *Universität Magdeburg* schrieb Anfang 2020 eine Juniorprofessur (W₁) für Entzündung und Immunmetabolismus aus und spezifizierte im Ausschreibungstext, dass „der Abschluss der Promotion [...] nicht länger als 5 Jahre und nicht weniger als 2 Jahre zurückliegen“ solle. Auch wird spezifiziert: „Der/Die erfolgreiche Bewerber/-in sollte exzellente Publikationen im Forschungsfeld vorweisen und bereits erfolgreich kompetitive Fördermittel eingeworben haben. Er/Sie sollte mindestens 2 Jahre Postdoktorandenerfahrung in einem internationalen bzw. kompetitiven nationalen Labor vorweisen können“. Und die *Universität Trier* spezifizierte Anfang 2020 in einer Ausschreibung einer Juniorprofessur (W₁) für allgemeine und angewandte Phonetik: „Über den durch die Dissertation gesetzten Schwerpunkt hinaus muss die Beschäftigung mit einem weiteren Bereich der angewandten Phonetik wie beispielsweise Soziophonetik oder kontrastive Phonetik z.B. durch Publikationen, Projekte oder Projektanträge nachgewiesen werden.“ In allen drei Fällen werden Erfahrungen und Leistungen erwartet, die deutlich über die einer Promotion hinausgehen und eine mehrjährige Tätigkeit auf einer Postdoktorandenstelle erfordern.

Der Logik der hier kritisierten Abbildungspraxis folgend, müsste der Status des *Associate Professors* mit dem Status des Privatdozenten sowie dem Status des erfolgreich zwischenevaluierten Juniorprofessors übereinstimmen. Der Schritt vom *Assistant* zum *Associate Professor* beinhaltet ja eine Evaluation, die feststellen soll, ob man „das Zeug zum Professor“ hat. Aber wenn die Juniorprofessur pre-Evaluation nicht mit dem *Assistant Professor* vergleichbar ist, kann die Juniorprofessur post-Evaluation auch nicht mit dem *Associate Professor* verglichen werden. Außerdem erhalten erfolgreich zwischenevaluierte Juniorprofessoren/innen in den meisten Fällen keine feste Stelle – dies im Gegensatz zu *Associate Professors*.

Tenure track-Systeme sind leider in Deutschland noch immer die Ausnahme und dort wo es sie gibt, folgen sie meistens nicht einem linearen Beförderungspfad W₁-W₂-W₃. Wenn Juniorprofessuren mit *tenure track* ausgeschrieben werden, erfolgt das *tenure* manchmal auf eine W₂-Professur, manchmal auch auf eine W₃-Professur. Und wenn das *tenure* auf eine W₂-Professur erfolgt,

gibt es danach grundsätzlich keinen weiteren Beförderungsschritt auf einer W₃-Professur mehr: Der Schritt zu einer W₃-Professur muss im Regelfall über den Weg der Wegbewerbung und Bleibeverhandlungen erlangt werden, sodass die Erlangung einer W₃-Professur nicht nur von der persönlichen Erfahrung und Leistung abhängig ist (wie dies im anglo-amerikanischen System explizit der Fall ist) sondern auch von der zufälligen Lage auf dem akademischen Arbeitsmarkt. Wissenschaftler/innen in Fächern, in denen sehr wenig W₃-Professuren ausgeschrieben werden, haben dadurch oft einen systematischen Karrierenachteil im Vergleich zu Wissenschaftler/innen in Fächern mit vielen verfügbaren W₃-Professuren.

Vorreiterin bei der Einrichtung eines *tenure track*-Systems ist in Deutschland die *TU München*. Das dort eingeführte Modell umfasst – genau wie das anglo-amerikanische Vorbild – den Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* und sieht nach sechs Jahren eine leistungs-basierte Beförderung von der *Assistant Professorship* auf eine *Associate Professorship* vor, die nach weiteren sechs Jahren bei ausreichender Leistung zu einer Beförderung zum *Full Professor* führen kann.¹³ Dabei gilt ein „*up or out*“-Modell: Bei ausreichender Leistung wird man befördert, bei nicht ausreichender Leistung muss man gehen. Die *TU München* selbst spricht von „einem gestuften leistungskontrollierten Karrieresystem“, in dem allerdings *Assistant Professors* in die Besoldungsgruppe W₂ und die *Associate* und *Full Professors* beide in die Besoldungsgruppe W₃ eingestuft werden.¹⁴

Das „Potsdamer Modell“ implementiert den Dreisatz W₁-W₂-W₃ auch als eine gestufte Laufbahn.¹⁵ Dabei gilt ein „*up or out*“-Modell für die Evaluation und ggf. Beförderung vom W₁-Professor zum W₂-Professor, aber nicht für den Schritt vom W₂-Professor zum W₃-Professor.¹⁶ Für den Kontext dieses Aufsatzes ist die folgende Anmerkung zum Potsdamer Modell interessant:

„Für den Wechsel von W₂ nach W₃ ohne externen Ruf ist eine Änderung des brandenburgischen Hochschulgesetzes notwendig. Eine entsprechende Änderung wurde beantragt, stößt bei der Landesverwaltung aber auf

grundsätzliche Bedenken, weil die Professur nicht als Laufbahnamt angesehen wird. Bis zur gewünschten Neu-regelung planen wir das Modell über eine Hilfskonstruktion umzusetzen, in der die W₂-Phase ersetzt wird durch eine Phase, in der der Stelleninhaber eine W₃-Stelle erhält, die nach W₃-Basisgehalt ohne Zulagen besoldet ist und sich in ihrer Personal- und Sachausstattung an einer W₂-Stelle orientiert.“¹⁷

Diese Anmerkung zeigt besonders deutlich, dass die deutsche Professur im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Professorship explizit *nicht* als Laufbahnamt konzipiert ist. Dementsprechend können Bezeichnungen wie ‚Juniorprofessor‘, ‚Universitätsprofessor‘, ‚W₂-Professor‘ usw. im allgemeinen *nicht* als akademische Ränge oder Dienstgrade aufgefasst werden. Ränge bzw. Dienstgrade setzen ein Karrieresystem voraus, das Beförderungen zu höheren Rängen/Dienstgraden auf der Basis von klar definierten Leistungen oder Erfahrung vorsieht. Nur die in Deutschland bereits etablierten *tenure track*-Systeme sind solche Karrieresysteme. Außerdem zeigt die im Zitat genannte „Hilfskonstruktion“, dass Karriere-stufe und Planstelle/Besoldungsgruppe nicht notwendigerweise zusammengehen: behelfsmäßig kann eine „nackte“ W₃-Stelle als W₂-Stelle hinhalten.

Der Wissenschaftsrat hat 2014 Empfehlungen veröffentlicht, in denen die breite Einführung eines „echten“ *tenure track*-Systems in Deutschland (im Unterschied zu lediglich Ausnahmen vom Hausberufungsverbot) empfohlen wird.¹⁸ Auch in diesen Empfehlungen ist eine deutliche Trennung zwischen akademischem Status und Besoldungsstufe sichtbar. Der Wissenschaftsrat empfiehlt ein vierstufiges Karrieresystem bestehend aus einer Promotionsphase, einer Postdoc-Phase, einer Phase der befristeten *tenure-track* Professur (vergütet nach W₁ oder W₂) und letztlich einer Phase der unbefristeten Professur (vergütet nach W₂ oder W₃).¹⁹ Die Vergütungsstufen sind dabei innerhalb der Karrierestufen nicht mit Unterschieden in Ämtern oder Funktionen verbunden, sondern mit „bereits erbrachten wissenschaftlichen Leistungen, Nachfrage und Standort“.²⁰ Die/der Inhaber/in einer befristeten Professur auf der

13 TUM Berufungs- und Karrieresystem – Statut zum Qualitätsmanagement, München: *Technische Universität München*, 2012; W.A. Herrmann, *Tenure track: The royal road to professorship?*, *Angewandte Chemie* 52, 2013, 4700-4701; D. Hrzán, *Under construction?! – Akademische Personalentwicklung als Bestandteil aktiver Personalpolitik an Hochschulen*, in: A. Keller, D. Pöschl & A. Schütz (Hg.): *Baustelle Hochschule: Attraktive Karrierewege und Beschäftigungsbedingungen gestalten*, Bielefeld: W. Bertelsmann Verlag, 2013, 69-82; K. Zimmermann, *Blick über den Tellerrand: Karrierewege in der Wissenschaft im internationalen Vergleich*, in: A. Keller, D. Pöschl & A. Schütz (Hg.): *Baustelle Hochschule: Attraktive Karrierewege und Beschäftigungsbedingungen*

gestalten, Bielefeld: W. Bertelsmann Verlag, 2013, 39-52, S. 44; Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 115.

14 TUM Berufungs- und Karrieresystem (Fn. 13), S. 5.

15 O. Günther & R. Seckler, *Tenure-Track nachhaltig – Das Potsdamer Modell*, *Forschung & Lehre* 2/2014, 114-115

16 Bei einer negativen Evaluation bleibt die Person auf der W₂-Lebenszeitstelle.

17 Günther & Seckler (Fn. 15), S. 115, Hervorhebung hinzugefügt.

18 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 14.

19 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 10-14, 18, 49.

20 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 12.

dritten Stufe der Karriereleiter kann also je nach persönlicher Leistung, Situation auf dem Arbeitsmarkt im betreffenden Fach und Situation am Standort in eine niedrigere oder auch höhere Besoldungsgruppe eingestuft werden, und das Gleiche gilt für die/der Inhaber/in einer Lebenszeitprofessur auf der vierten Stufe der Karriereleiter. Die Besoldungsstufe definiert dabei weder eine Karrierestufe noch ein Amt oder eine Funktion.

Außerdem wird die vierstufige Leiter explizit als Karriereweg zur – undifferenzierten – Lebenszeitprofessur verstanden. Die vier Stufen entsprechen dabei den durch die EU definierten *research career stages*, wobei die Phase der befristeten *tenure-track* Professur („Bewährungsphase“) der *career stage* R3 („*established researcher*“) und die Phase der unbefristeten Professur der *career stage* R4 („*leading researcher*“) entsprechen.²¹ Weil die Besoldungsgruppe W2 sowohl für die dritte als die vierte Stufe gelten kann, kann sie keine Stufe definieren (es kann W2-Professor/innen geben, die sich noch formell bewähren müssen, und solche, die sich bereits bewährt haben und in die vierte Stufe einzuordnen sind). Nebenbei bemerkt würde der Vorschlag des Wissenschaftsrats den derzeit noch existierenden Umstand ändern, dass sich der akademische Status von Juniorprofessor/innen durch die Zwischenevaluation (in der die Bewährung als Hochschullehrer/in formell festgestellt wird) in den meisten Fällen nicht ändert: Man bleibt Juniorprofessor/in und erfüllt lediglich die Voraussetzungen für die Berufung auf eine Lebenszeitprofessur.

Festzuhalten ist, dass W1, W2 und W3 gesetzlich festgelegte *Besoldungsstufen* für verbeamtete Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sind – nicht mehr und nicht weniger. Sie werden in keinen Gesetzestexten oder Ordnungen als akademische Ränge bzw. Dienstgrade, Ämter, Titel o. ä. benannt und sind in dieser Hinsicht schlichtweg nicht auf anglo-amerikanische *academic ranks* abbildbar.

Juristisch ist die Lage allerdings etwas komplizierter. Erstens sind die akademischen Titel von sowohl den

Ämtern als auch den Planstellen zu unterscheiden: Nach der Rufannahme folgen z. B. die beurkundete Ernennung zum/zur Universitätsprofessor/in, die Verleihung des Titels ‚Professor/in‘ (die nicht separat beurkundet wird, aber separat im jeweils geltenden Hochschulgesetz festgelegt ist; die Führung des Titels ist oft unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Ausscheiden aus dem Amt noch erlaubt) sowie die Einweisung in eine Planstelle einer bestimmten Besoldungsgruppe. Dabei ist der Unterschied zwischen dem Professorenamt im korporationsrechtlichen Sinn, im statusrechtlichen Sinn und im funktionellen Sinn relevant.²²

Korporationsrechtlich gibt es seit 1976 nur einen *einheitlichen Professorenbegriff*, d. h., als Mitglieder ihrer Fakultät und ihrer Hochschule haben alle Professor/innen den gleichen akademischen Status.²³ Statusrechtlich (d. h. dienstrechtlich) gibt es rein formal eine Differenzierung zwischen W1-, W2- und W3-Professuren, da dienstrechtlich ein Amt „nach allgemeinem Beamtenrecht durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe, das Endgrundgehalt und die Amtsbezeichnung bestimmt [wird]. Dabei kann ein Amt unter einer Amtsbezeichnung mehreren Besoldungsgruppen zugeordnet sein.“²⁴ Da die Laufbahngruppe für alle Professor/innen die gleiche ist (die Laufbahngruppe ist der höhere Dienst), ergeben sich die Ämter aus den möglichen Kombinationen der Amtsbezeichnungen („Professor als Juniorprofessor“, „Universitätsprofessor“, „Professor an einer Fachhochschule“ usw.) mit den Besoldungsgruppen. Rein dienstrechtlich gibt es dementsprechend einen Unterschied zwischen W2-Universitätsprofessuren und W3-Universitätsprofessuren (und auch zwischen W2-Universitätsprofessuren und W2-Professuren an einer Fachhochschule, usw.), der sich manchmal in einem unterschiedlichen Recht auf eine bestimmte Anzahl von Mitarbeiterstellen und eine bestimmte Bürogröße manifestiert.

Allerdings ist diese Differenzierung *nicht* akademisch relevant, da sie nicht mit einem Unterschied in

21 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 60; für die *research career stages*, siehe European Commission (DG for Research & Innovation), Towards a European Framework for Research Careers, 21. Juli 2011, Brüssel: Europäische Kommission; Webseite des Mobility Patterns and Career Paths of EU Researchers-Projekts, <https://www.more3.eu/indicator-tool/career-stages-r1-to-r4> (Aufgerufen am 09.07.2020).

22 D. Scheven, Die Ausgestaltung des Rechts der Professoren, in: C. Flämig, V. Grellert, O. Kimminich, E.-J. Meusel, H.H. Rupp, D. Scheven, H.J. Schuster & F. Graf Stenbock-Fermor (Hg.):

Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, Berlin: Springer-Verlag, 1982, 423-452; H. Detmer, Das Recht der (Universitäts-) Professoren, in: H. Detmer & M. Hartmer (Hg.): Hochschulrecht: Ein Handbuch für die Praxis (3. Auflage), Heidelberg: C.F. Müller, 2017, 139-240, S. 217-218.

23 Scheven (Fn. 22), S. 427; Karpen (Fn. 9), S. 866.

24 Scheven (Fn. 22), S. 428.

akademischer Qualifikation, akademischer Funktion, akademischen Rechten oder akademischen Pflichten verbunden ist. Wie *Scheven* schreibt:

„Nach der Regelung des HRG ist eine dienstrechtliche Differenzierung der Professoren aufgrund der statusrechtlichen Stellung mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht mehr vereinbar, denn *die Professoren erfüllen gleiche Einstellungs Voraussetzungen und nehmen gleiche Aufgaben wahr*. [...] Soweit solche Differenzierungen auf anderen Rechtsgebieten noch bestehen [...] werden sie aufgrund des Professorenrechts des HRG aufgehoben werden müssen. Damit ist das Professorenrecht [...] unbeschadet funktioneller Differenzierungen nach den Hochschulaufgaben im statusrechtlichen Sinne einheitlich.“²⁵

Obwohl *Scheven* diese Sätze bereits lang vor der Einführung der W-Besoldung und der Juniorprofessur schrieb, gilt der Gleichheitsgrundsatz nach wie vor: Weil alle Professor/innen die gleiche Qualifikation vorweisen müssen und die gleichen Aufgaben zu erfüllen haben, müssen sie auch alle den gleichen akademischen Status besitzen.

Hervorgehoben werden muss erstens, dass mit den funktionellen Differenzierungen in *Schevens* Zitat explizit *nicht* einen Unterschied zwischen einer allgemeinen Funktion von W2-Professuren und einer allgemeinen Funktion von W3-Professuren gemeint wird. Ein solcher Unterschied existiert nach dem Gleichheitsgrundsatz ja nicht: Beide haben *als Professuren* die gleiche Funktion. Gemeint sind vielmehr Unterschiede in den Aufgaben „vor Ort“ zwischen sog. abstrakt-funktionellen Ämtern (z. B.: Professor an der Universität X, Professor an der Kunsthochschule Y usw.) und konkret-funktionalen Ämtern (z. B.: Professor für theoretische Philosophie an der Universität X, Professor für Festkörperphysik an der Universität Y usw.).²⁶ Hier geht es also um konkrete Rollen an bestimmten Institutionen, die funktional sehr unterschiedlich sein können, und nicht um generelle funktionale Unterschiede, die zwischen W2-Professuren und W3-Professuren bestehen würden.²⁷

Zweitens muss der Qualifikationsaspekt hervorgehoben werden. *Scheven* weist darauf hin, dass alle Profes-

sor/innen die gleichen Einstellungs Voraussetzungen erfüllen – d. h. die gleiche Qualifikation vorweisen – müssen. Dies ist im Einklang mit dem im Grundgesetz festgelegten Leistungsprinzip. Für Universitätsprofessuren gelten unabhängig von der Besoldungsstufe die gleichen Voraussetzungen bezüglich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sodass die Besoldungsstufen nicht generell Unterschiede in der Leistung zum Ausdruck bringen können.²⁸ Umgekehrt gelten für W2-Professuren an einer Fachhochschule und für W2-Universitätsprofessuren unterschiedliche Voraussetzungen (FH-Professuren setzen Erfahrungen in der Berufspraxis voraus), sodass auch hier die Besoldungsstufe nicht die fachliche Leistung abbildet. Diesbezüglich besteht auch ein deutlicher Unterschied mit dem anglo-amerikanischen System, in dem beide Beförderungsschritte (vom *Assistant Professur* zum *Associate Professor* zum *Full Professor*) auf eine Leistungsbeurteilung beruhen. Sowohl für die Beförderung vom *Assistant Professur* zum *Associate Professor* als auch für die Beförderung zum *Full Professor* müssen wissenschaftliche Leistungen in einem Umfang und einer Qualität erbracht sein, die eine bestimmte Seniorität (und damit einen akademischen Status) begründen. Eine solche Leistungsbeurteilung findet im deutschen System jedoch nur einmal statt, nämlich bei der Zwischenevaluation der Juniorprofessur, der Habilitation (verbunden mit der Ernennung zum Privatdozenten oder der Verleihung des Titels ‚*Dr. habil.*‘) oder der Erstberufung auf eine Professur (unter der Voraussetzung der Habilitation oder habilitationsäquivalenter Leistungen). In allen drei Fällen geht es um die Feststellung, dass ein/e Kandidat/in wissenschaftliche Leistungen in einem Umfang und einer Qualität erbracht hat, die einer bestimmten fachlichen Seniorität (nämlich der Seniorität der Professur) entsprechen. Weil es im deutschen System nur einen solchen Qualifikationsschritt gibt, der gleichermaßen für W2- und W3-Professuren qualifiziert, kann ein entsprechender Status- oder Senioritätsunterschied zwischen W2- und W3-Professuren auch nicht begründet werden. Die deutschen Besoldungsstufen sind dementsprechend für den internationalen Vergleich ohne Relevanz.

25 *Scheven* (Fn. 22), S. 428; Kursivsetzung eingefügt.

26 *Scheven* (Fn. 22), S. 429; *Karpen* (Fn. 9), S. 863-864.

27 Dieser kurze juristische Exkurs zeigt, dass Kehms in Abschnitt II erwähnte Pauschalbehauptung, dass W2-Professuren mit *Associate Professurships* funktional äquivalent seien, nicht mit der Rechtslage übereinstimmt und völlig fehlgeleitet ist. Wenn es um Professorenämter geht, ist der funktionale Unterschied vielmehr mit den Ämtern ‚Professor als Juniorprofessor‘, ‚Universitätsprofessor‘, ‚Professor an einer Fachhochschule‘ usw. verbunden. So gibt z. B. es keinen funktionalen Unterschied zwischen einer nach

W2 vergüteten Universitätsprofessur und einer nach W3 vergüteten Universitätsprofessur, aber wohl zwischen einer nach W2 vergüteten Professur an einer Fachhochschule und einer nach W2 vergüteten Universitätsprofessur. Das Amt, nicht die Vergütung, macht den Unterschied.

28 Art. 33 Abs. 2 GG. Persönliche Leistungen können dementsprechend auch nicht durch eine *ad hoc* Beförderung von einer W2-Professur zu einer W3-Professur honoriert werden, aber werden durch Leistungszulagen honoriert.

Mit Hinblick auf eine Abbildung der deutschen Situation auf die drei anglo-amerikanischen *academic ranks* müsste außerdem zuerst bestimmt werden, was es abzubilden gilt: das eine, einheitliche Professorenamt; die drei Besoldungsgruppen (die selbst keine Ämter sind), die Ämter, die sich aus den möglichen Kombinationen der Amtsbezeichnungen mit den Besoldungsgruppen ergeben (auf jeden Fall mehr als drei); die (sehr vielen) abstrakt-funktionelle Ämter; oder die (auch sehr vielen) konkret-funktionelle Ämter. Ein Argument für eine bestimmte Wahl fehlt bislang.

Erwähnt werden muss, dass für statistische Zwecke manchmal ein hierarchischer Unterschied zwischen W₂- und W₃-Professuren auf Basis von Seniorität gemacht wird. Die von der Europäischen Kommission jährlich herausgegebenen *She Figures*-Berichte zur Genderverteilung in akademischen Funktionen sind ein einschlägiges Beispiel. Dabei wird eine vierstufige Einteilung von Funktionen verwendet. Die höchste Stufe (*grade A*) ist definiert als die höchste Position oder Stelle, in der Forschung betrieben wird, und die zweithöchste Stufe (*grade B*) als die Gruppe der Forschenden in Positionen mit weniger Seniorität als die höchste Position (A), aber mit höherer Seniorität als neu promovierte Forschende.²⁹ Während *grade A* für Deutschland lediglich die W₃- und C₄-Professuren umfasst, ist *grade B* ein Sammelbecken für alle Stellenarten zwischen der ersten Stelle unmittelbar nach der Promotion (*grade C*) und der Position mit der höchsten Seniorität. Allerdings lässt sich diese Einteilung dahingehend kritisieren, dass mangels einer „Karriereleiter“, die einen Aufstieg durch Erfahrung von der W₂-Ebene auf die W₃-Ebene ermöglichen würde, einen Senioritätsunterschied zwischen den Ebenen nicht sinnvoll gemacht werden kann. Außerdem sind die Besoldungskategorien W₂ und W₃ weder *de jure* noch *de facto* mit Seniorität oder Erfahrung verbunden: Besoldungsrechtlich sind keine Erfahrungsstufen in der W-Besoldung spezifiziert und in der Praxis gelten auch keine unterschiedlichen Erfahrungsanforderungen für W₂- und W₃-Professuren.³⁰ Auch muss diesbezüglich erwähnt werden, dass die *She Figures*-Berichte alle Gastprofessuren pauschal in *grade B* eingeordnet (wobei *She Figures* 2012 explizit die Besoldungsgruppen W₃ und W₂ für Gastprofessuren in *grade B* erwähnt, die letzte Ausgabe, *She Figures* 2019, allerdings nicht). Dies ist zu-

mindest merkwürdig, weil Gastprofessuren oft dazu dienen, herausragende und etablierte Wissenschaftler/innen für einen bestimmten Zeitraum an eine Universität zu holen. So wird z. B. die *Leibniz-Professur* an der *Universität Leipzig* „an besonders renommierte und vorwiegend internationale Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler vergeben und gehört zu den höchsten Auszeichnungen unserer Universität“.³¹ Wie ein solcher Status mit einer niedrigeren Senioritätsstufe als die von regulären W₃-Professuren vereinbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

Festzuhalten ist, dass mit dem Amt einer nach W₂ besoldeten Professur genau die gleichen Aufgaben, Pflichten und Rechte verbunden sind als mit den Amt einer nach W₃ besoldeten Professur. Die Gründe für den Unterschied in Vergütung zwischen liegen oft darin, dass nach W₃ besoldete Professor/innen oft *neben ihrem eigentlichen Amt als Professor* weitere Aufgaben übernehmen, wie z. B. die Leitung einer Lehrstuhlgruppe, eines Labors usw., oder ihre Professur für einen besonderen Zweck geschaffen wurde (z. B. als Gastprofessur für die Stärkung internationaler Kooperationen oder für die Stärkung der Verbindungen mit Wirtschaft und Industrie, als Stiftungsprofessur zur Stärkung eines Lehr- oder Forschungsgebiets, als Professur mit einer spezifischen Aufgabe in der Öffentlichkeitsarbeit usw.). Aber diese Aufgaben sind eben Aufgaben *neben dem eigentlichen Professorenamt*, sodass sie keinen Unterschied zwischen *academic ranks* begründen können. Wer einen Lehrstuhl innehat, hat diesen in „Personalunion“ neben der Professur inne, und wer geschäftsführende Direktorin eines Instituts ist, ist dies in „Personalunion“ neben der Professur. Unterschiede in Vergütung können durch solche zusätzliche Tätigkeiten begründet werden, aber Unterschiede zwischen *academic ranks* folgen daraus nicht.

IV. Aspekte ausländischer Systeme

Betrachten wir jetzt den Vergleich mit dem anglo-amerikanischen System näher. Meistens werden die US-amerikanischen Bezeichnungen als international-englischsprachige Standardbezeichnungen verwendet ohne dabei explizit auf das akademische System in den USA zu verweisen. Allerdings impliziert die Verwendung dieser *academic ranks* sowie Behauptungen wie die, dass es

29 European Commission, *She Figures 2012 – Gender in Research and Innovation*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, S. 87.

30 Die oben genannte Ausschreibung in Freiburg einer für „highly

qualified early career researchers“ geeignete W₃-Professur ist vielleicht das beste Beispiel in diesem Kontext.

31 Siehe <https://www.ral.uni-leipzig.de/unterstuetzung/leibniz-programm/leibniz-professur/#c137414> (Aufgerufen am 08.07.2020).

funktionale Äquivalenzen zwischen den Stufen in den verschiedenen Systemen gibt, sehr wohl, dass die Verwendung englischsprachiger Bezeichnungen eine Verbindung mit dem US-Amerikanischen System herstellen soll. Es wird in dieser Praxis stillschweigend angenommen, dass (1) das amerikanische System als Maßstab aller anderen akademischen Systeme geeignet wäre und (2) die Bezeichnungen *Assistant Professor*, *Associate Professor* und *Full Professor* auch außerhalb des spezifisch US-amerikanischen Kontexts vollständig klar definiert werden können. Für (1) fehlt dabei in der Literatur jegliches Argument. Und bezüglich (2) wird meistens ignoriert, dass die *academic ranks* des *Assistant*, *Associate* und *Full Professors* in einem System eingebettet sind, das dem deutschen (oder niederländischen, oder französischen, oder italienischen, oder britischen, oder ...) System kaum entspricht.

Zuerst zu Punkt (1). Ein mögliches Argument dafür, die Kategorien *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* als maßgebliche Bezugspunkte für die Betrachtung aller akademischer Systeme weltweit anzusehen, wäre die weltweite Dominanz der anglo-amerikanischen Wissenschaft. Man kann dies befürworten oder ablehnen, aber es lässt sich schlecht leugnen, dass die englischsprachigen Länder eine führende Rolle in der Wissenschaft einnehmen. Englisch ist die *lingua franca* der Wissenschaft, die internationalen Ranglisten von Universitäten werden stets von US-Amerikanischen und Britischen Universitäten angeführt und wenn nach Beispielen für exzellente Universitäten gefragt wird, werden (zu Recht oder auch nicht) Institutionen wie *Harvard*, *MIT*, *Oxford* und *Cambridge* genannt. Ein Argument ist dies zwar nicht, aber es ist ein Sachverhalt, der die herausgehobene Stellung des anglo-amerikanischen Systems vielleicht verständlich macht.

Allerdings folgt aus dieser Sachlage nicht, dass das anglo-amerikanische System als weltweiter Standard für akademische Systeme gelten kann oder soll (Punkt (2)). Dagegen spricht z. B., dass es *das* anglo-amerikanische System gar nicht gibt. Die Kategorien *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* stammen aus dem US-Amerikanischen System und haben im Kontext dieses Systems sehr spezifische Bedeutungen. Allerdings werden diese Bezeichnungen auch an einigen (aber nicht allen) Universitäten in Großbritannien, Kanada, Australien und Neuseeland verwendet, bezeichnen dort allerdings manchmal andere Kategorien als in den USA. So kannte das

System in Großbritannien schon immer die Professur als höchste Ebene, aber haben einige Universitäten erst vor Kurzem die Kategorie *Associate Professor* eingeführt, die manchmal statt der älteren Kategorie *Reader* verwendet wird, manchmal aber auch statt der Kategorie *Senior Lecturer*. Die Kategorie des *Assistant Professors* gibt es typischerweise nicht und die Kategorie des *Associate Professors* wird auch nur durch eine Minderheit der Universitäten verwendet.

Auch kennt das US-Amerikanische System noch weitere *ranks*, die in der hier kritisierten Abbildungspraxis typischerweise ignoriert werden. So gibt es unterhalb des *Assistant Professors* meistens den *Instructor* und/oder *Lecturer* (innerhalb dieser manchmal Diversifizierungen wie *Senior Lecturer* und *Master Lecturer*), und oberhalb des *Full Professors* oft den *University Professor*, *Distinguished Professor* usw. Während die drei Kategorien *Assistant Professor*, *Associate Professor* und *Full Professor* immer den Kern des Systems ausmachen, sind die anderen Kategorien zwischen Universitäten sehr unterschiedlich. So hat z. B. die *Vanderbilt University* ein stark diversifiziertes System, das innerhalb des *tenure tracks* die akademischen Titel von *University Distinguished Professor*, *Distinguished Professor*, *University Professor*, *Professor*, *Associate Professor*, *Assistant Professor* und *Instructor* kennt, sowie außerhalb des *tenure tracks* noch die Titel von *Principal Senior Lecturer*, *Senior Lecturer* und *Lecturer*.³² In diesem Beispiel fällt auf, dass der einfache Dreisatz von *Assistant-Associate-Full Professor* die tatsächliche akademische Hierarchie vor Ort stark verkürzt abbildet. Auch fällt auf, dass statt ‚*Full Professor*‘ die Bezeichnung ‚*Professor*‘ verwendet wird.³³ Außerdem ist hier ein weiterer Unterschied zum deutschen System sichtbar: Während in Deutschland der Unterschied zwischen Universitätsprofessor und Professor typischerweise ein Unterschied zwischen Ämtern ist (Professor an einer Universität bzw. Professor an einer Fachhochschule), ist in den vereinigten Staaten der Unterschied zwischen *University Professor* und *Professor* ein hierarchischer unterschied (ein Professor kann aufgrund herausragender Leistungen zum *University Professor* ernannt werden).

Der wichtigste Faktor allerdings, der den Vergleich zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen System höchst problematisch macht, ist der leistungsbaasierte Aufstieg. Der Normalfall im US-Amerikanischen *tenure track*-System beinhaltet die Evaluation der persönlichen Leistung und die persönliche Beförderung

32 <https://www.vanderbilt.edu/faculty-manual/part-ii-appointment-and-tenure/ch1-academic-titles-at-vanderbilt/> (Aufgerufen am 09.04.2020).

33 Tatsächlich ist ‚*Full Professor*‘ in den Vereinigten Staaten eher eine umgangssprachliche Bezeichnung und ist die offizielle Bezeichnung meistens nur ‚*Professor*‘.

ohne dass man dabei mit anderen in Konkurrenz steht oder von der Verfügbarkeit einer höher vergüteten Planstelle abhängig wäre. Auch beinhaltet es seitens des Arbeitgebers eine explizite Absicht der Beförderung bei ausreichender Leistung. Im deutschen System, hingegen, konkurriert man mit allen anderen Bewerber/innen um die eine ausgeschriebene Professur. Es geht dabei nicht primär um die persönlichen Leistungen der Bewerber/innen, sondern um Passung zum Profil der ausgeschriebenen Stelle. Leistung ist in Deutschland zwar eine *notwendige Voraussetzung* für das akademische Weiterkommen, aber (anders als im US-Amerikanischen System) keine *hinreichende Voraussetzung*.

Zum Schluss dieser Betrachtung des US-Amerikanischen Systems möchte ich noch kurz auf den Begriff des Lehrstuhls eingehen. Wie in Abschnitt II bereits erwähnt, behauptet *Kreckel*, dass „[a]n der Spitze [...] überall der auf Lebenszeit besetzte ‚Lehrstuhl‘ oder ‚Chair‘ stünde.“³⁴ *Kreckel* und *Zimmermann* setzen sogar ‚W3‘ systematisch mit ‚Lehrstuhlinhaber‘ gleich.³⁵ Und auch die Junge Akademie setzt in ihrem Debattenbeitrag zur Department- statt Lehrstuhlstruktur die Bezeichnungen ‚W3‘ und ‚Lehrstuhlinhaber‘ gleich, und suggeriert gleichzeitig eine allgemeine hierarchische Unterordnung der W1- und W2-Professuren unter den W3-Professuren.³⁶ Solche pauschalen Gleichsetzungen sind jedoch irreführend, weil sich die Situation zwischen den einzelnen Bundesländern und sogar zwischen den einzelnen Fakultäten innerhalb einer Universität stark unterscheiden kann. Erstens gibt es heutzutage in Deutschland rein formell überhaupt keine Lehrstühle mehr und kommt der Begriff des Lehrstuhls in den Landeshochschulgesetzen nicht mehr vor. Der Begriff ‚Lehrstuhl‘ wird vielmehr informell als Bezeichnung für die Organisationseinheit unter der Leitung einer Professur verwendet, wobei es sich um eine nach W1, W2 oder W3 vergütete Professur handeln kann. Institute und Seminare umfassen oft mehrere Professuren und werden durch einen mehrköpfigen Vorstand statt einer Professur geleitet, wobei die Professuren des Instituts (W1, W2 und W3) einander *nebeneinander* sind. Dabei werden oft die thematisch zentralere Professuren nach W3 vergütet und die thematisch weniger zentralen Professuren nach W2, aber die ersteren Planstellen gelten nicht als Lehrstühle in einem

Unterschied zu den letzteren Planstellen. Solche Institute und Seminare sind zwar keine Departments im Sinne des Debattenbeitrags der Jungen Akademie, aber sie implementieren die Organisationsstruktur von Departments dahingehend, dass alle Juniorprofessuren und Professuren hierarchisch auf der gleichen Ebene stehen. Auch in Fällen, in denen sich jemand im Rahmen von Bleibeverhandlungen von der Besoldungsstufe W2 auf die Besoldungsstufe W3 „hochverhandelt“, ist mit der neuen Planstelle kein Lehrstuhl verbunden. Man bleibt Universitätsprofessor/in und wechselt lediglich die Besoldungsgruppe.

Darüber hinaus ist der Vergleich mit US-Amerikanischen *Chairs* problematisch, weil diese nicht den traditionellen deutschen Lehrstühlen entsprechen. In den USA sind *Chairs* nicht an *academic ranks* gekoppelt und können *Associate Professors* und sogar vereinzelt *Assistant Professors* einen *Chair* innehaben. Ein *Chair* ist eher mit einer Planstelle mit besonderer Ausstattung zu vergleichen, die eine Person unabhängig vom *academic rank* befristet oder auch auf Lebenszeit innehaben kann. Es gibt *Chairs* die ein bestimmtes unterrepräsentiertes Fach oder Teilgebiet vertreten sollen, es gibt *Chairs* für spezifische Forschungszwecke (ohne Lehrverpflichtung), es gibt *Chairs* zur Förderung des Nachwuchses (die dann auch durch *Assistant Professors* besetzt werden können), es gibt Stiftungsprofessuren (*Named Chairs* oder *Endowed Chairs*) usw. Es gibt dementsprechend *Full Professors* mit *Chair*, *Full Professors* ohne *Chair* (und das ist der Normalfall für *Full Professors* in den USA), *Associate Professors* mit *Chair* usw. Auch kommt es vor, dass *Chairs* getaktet innerhalb eines Departments oder eines *Colleges* neu vergeben werden. Wer einige Jahre einen *Chair* innehatte und diesen dann wieder an die nächste Person weitergeben muss, behält dabei selbstverständlich den eigenen *academic rank*. Und auch wenn es um den *Chair* im Sinne des Institutsleiters (*Department Chair*) geht, passt der Vergleich nicht. Viele Departments an US-Amerikanischen Universitäten werden von *Associate Professors* geleitet (die oft gerade deswegen nicht zum *Full Professor* aufsteigen, weil durch die viele Verwaltungsarbeit zu wenig Zeit für die Forschung bleibt).

34 *Kreckel* (Fn. 4), 2016, 18.

35 *R. Kreckel & K. Zimmermann*, *Hasard oder Laufbahn: Akademische Karrierestrukturen im internationalen Vergleich*, Leipzig: Akademische Verlagsanstalt, 2014, S. 22-27.

36 *J. Specht, C. Hof, J. Tjus, W. Pernice & U. Endesfelder*, *Departments*

statt Lehrstühle: *Moderne Personalstruktur für eine zukunftsfähige Wissenschaft*, Berlin: Die Junge Akademie an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina, 2017, S. 6.

Kreckels "archimedischer Punkt" für die vergleichende Betrachtung³⁷ ist daher als Fiktion zu betrachten. Die Organisation der verschiedenen Gruppen innerhalb der professoralen Ebene ist für das Verständnis lokaler akademischer Systeme besonders wichtig. Aber gerade diese Organisationsstrukturen sind zwischen den verschiedenen Systemen – und manchmal sogar innerhalb eines Systems – sehr unterschiedlich.

Sehen wir uns zum Vergleich einige andere europäische Systeme an. In den Niederlanden gibt es drei Hauptebenen in der akademischen Hierarchie: *universitair docent*, *universitair hoofddocent* und *hoogleraar*. Es ist dort gängige Praxis, diese auf den drei *academic ranks* in den USA abzubilden, wobei *universitair docent* üblicherweise mit *Assistant Professor*, *universitair hoofddocent* mit *Associate Professor* und *hoogleraar* mit *Full Professor* gleichgesetzt wird. Allerdings gibt es auch hier im Vergleich zu den USA große Unterschiede. So ist eine Stelle als *universitair docent* in den Niederlanden nicht unbedingt eine Qualifikationsstelle: Wer unmittelbar nach der Promotion eine Stelle antritt, wird typischerweise befristet als *universitair docent* eingestellt. Wer sich bewährt, kann entfristet werden, bleibt dabei allerdings oft *universitair docent* und manche bleiben ihr ganzes Leben lang *universitair docent*. Das niederländische System ist diesbezüglich weniger ein *up or out* als ein *up or not*-System. Auch sind niederländische *hoogleraren* etwas Besonderes: Nur sie tragen Talare (die es dort zum Glück noch gibt), nur sie halten Antrittsvorlesungen und nur sie haben traditionell das *ius promovendi* – das Recht, Personen zum Doktor zu promovieren, also als Doktormutter/vater aufzutreten. Vor Kurzem hat eine Gesetzesänderung zwar die Möglichkeit für *universitair hoofddocenten* eröffnet, das *ius promovendi* zu erlangen, aber der Professorenstatus bleibt *hoogleraren* vorbehalten. Im Übrigen gibt es auch in den Niederlanden zwei Vergütungsstufen für *hoogleraren*, nämlich *hoogleraar 2* und *hoogleraar 1*, die allerdings kaum in Stellenausschreibungen oder Lebensläufen erwähnt werden. Die Vergütungsstufe *hoogleraar 1* ist für Professoren mit einer Leitungs- oder höheren administrativen Funktion ge-

dacht, aber sie ist explizit nicht mit einem Unterschied in Rang, Dienstgrad oder professoraler Würde verbunden.

Was würde dies nun für die Vergleichbarkeit der deutschen und niederländischen Systeme heißen? In Deutschland können Juniorprofessoren eigenständig als Doktormutter/vater auftreten und haben demnach ein mit dem niederländischen *ius promovendi* vergleichbares Recht. Im Vergleich wären daher alle deutschen Professoren (W₁, W₂ und W₃) auf der niederländischen Ebene von *hoogleraar* (also: *Full Professor*) anzusetzen.³⁸ Tatsächlich kennen in den Niederlanden auch einige Universitäten die Kategorie von *hoogleraar* auf Probe: den *adjunct hoogleraar*, der in einigen Aspekten mit der deutschen Juniorprofessur vergleichbar wäre.³⁹ Wenn man schon eine Abbildung vornehmen möchte, müsste man eigentlich sagen, dass deutsche Juniorprofessoren der niederländischen Kategorie *adjunct hoogleraar* und deutsche Universitätsprofessoren der niederländischen Kategorie *hoogleraar* entsprechen. Die Vergütungsstufen W₂ und W₃ würden dabei allenfalls den niederländischen Vergütungsstufen *hoogleraar 2* und *hoogleraar 1* entsprechen.

Als weitere Beispiele möchte ich noch kurz Belgien, Frankreich und Italien betrachten. In Flandern gibt es im Unterschied zu den Niederlanden vier Ebenen: *docent*, *hoofddocent*, *hoogleraar* und *gewoon hoogleraar* – oft übersetzt als *Lecturer*, *Associate Professor*, *Professor* und *Full Professor*. Ein solches Vierstufiges System ist kaum auf den deutschen Dreisatz abbildbar. In der Wallonie gibt es drei Ebenen, wobei allerdings die *Associate Professorship* als Einstiegsrang gilt! Die *Université Catholique de Louvain* z. B. spezifiziert:

„1. Every faculty member with little or no academic experience will be appointed at the rank of Associate Professor (entry rank for an academic career in Belgium). 2. Those with several years of academic experience gained since completing their PhD may immediately be appointed at the rank of Professor, based on analysis of their academic career to date. 3. The rank of Full Professor, on the other hand, is not available upon appointment, only by internal promotion.“⁴⁰

37 Kreckel (Fn. 4), 2016, 18.

38 Van der Meulen stellt z. B. fest, dass es im deutschen akademischen System keine mit dem *universitair hoofddocent* vergleichbare Ebene gibt und das *ius promovendi* bei den Juniorprofessoren und Professoren liegt. Siehe B. van der Meulen, Quick Scan Internationale Vergelijking Ius Promovendi, Den Haag: Rathenau Instituut, 2015, S. 4.

39 Hier zeigt sich übrigens auch, wie begriffliche Vergleiche schiefge-

hen können: Während in den Niederlanden ein *adjunct hoogleraar* den höchsten akademischen Rang einnimmt (aber lediglich Professor auf Probe ist), sind amerikanische *Adjunct Professors* eher mit deutschen Lehrbeauftragten vergleichbar.

40 <https://onderwijs.vlaanderen.be/nl/graden-academisch-personeel-en-administratief-en-technisch-personeel> (Aufgerufen am 09.04.2020); <https://uclouvain.be/en/discover/faq-reponses-aux-questions-des-candidats.html> (Aufgerufen am 09.04.2020).

Wegen der Handhabung des *Associate Professors* als Einstiegsebene und der ausschließlichen Zugänglichkeit des *Full Professors* über den Weg der internen Beförderung (und ausdrücklich nicht über Bewerbungen von außen) ist auch hier ein Vergleich mit dem deutschen System nur schwer möglich.

In Frankreich und Italien gibt es gesetzlich festgelegte Äquivalenztabelle, die ausländische akademische Funktionsbezeichnungen auf inländische abbilden. In der französischen Tabelle werden deutsche W2- und W3-Professuren beide auf der höchsten Ebene, dem „niveau PR“, angesiedelt, in der sowohl der flämische *hoogleraar* als auch der *gewoon hoogleraar*, der niederländische *hoogleraar* und der US-Amerikanische *Professor* und *Full Professor* angesiedelt sind (der *Associate Professor* befindet sich auf der Ebene darunter).⁴¹ Die italienische Tabelle beinhaltet eine etwas stärker differenzierter Einteilung.⁴² In dieser Tabelle sind W3-Professuren auf der höchsten Ebene (*Grade a*) zusammen mit dem US-Amerikanischen *Professor* und dem niederländischen *hoogleraar* eingeordnet. W2-Professuren sind sowohl auf der höchsten Ebene (*Grade a*) als auch der zweithöchsten Ebene eingeordnet (*Grade b*, wo auch der US-Amerikanische *Associate Professor* und der niederländische *universitair hoofddocent* eingeordnet sind). Der Eintrag der W2-Professoren in der Tabelle ist mit einer Fußnote versehen, die sagt: „Equivalence to be assessed on the basis of CV and home institution“. Hier versucht man dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die W2-Professur in einigen wenigen Fällen (wie an der *TU München*) eher als Einstieg in die Universitätsprofessur gilt, in den meisten Fällen jedoch als „volle“ Professur.

V. Fazit

In diesem Aufsatz habe ich die weit verbreitete Tendenz, die anglo-amerikanischen *academic ranks* als Maßstab für deutsche akademische Karrieren zu nehmen und deutsche akademische Funktions-, Amts- und Besoldungsbezeichnungen auf anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden, kritisiert. Ich habe versucht zu zeigen, dass diese Praxis das deutsche akademische System dermaßen stark verzerrt darstellt, dass sie als wissenschaftlich fehlerhaft gelten muss.

Insgesamt ergibt sich aus den angeführten Beispielen keine eindeutige Abbildung der verschiedenen akademischen Systeme auf einander. Vielmehr zeigen die Bei-

spiele, wie schwierig es eigentlich ist, die akademischen Systeme verschiedener Länder miteinander zu vergleichen. Es gibt keinen guten Grund, das US-Amerikanische System als Maßstab für solche Vergleichen zu nehmen. Aber selbst wenn man kein Bezugssystem wählt und die Systeme einzelner Länder paarweise vergleicht, stößt man auf große Probleme. Akademische Karrieresysteme sind weltweit sehr unterschiedlich und lassen sich nicht auf den einfachen Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* reduzieren. Sogar das US-Amerikanische System ist wesentlich komplizierter als der Dreisatz suggeriert und die *academic ranks* in diesem System sind wesentlich mit Bedingungen und Wertungen verknüpft, die es in den meisten anderen Systemen nicht gibt.

Festzuhalten ist auf jeden Fall, dass die gängige Praxis, die drei deutschen Besoldungsstufen für Professuren ohne weitere Erläuterung auf die drei anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden, in mehreren Hinsichten problematisch ist. Erstens ist diese Praxis wissenschaftlich fehlerhaft. In den Wissenschaften werden Phänomene immer vereinfacht dargestellt – das muss so sein und ist auch nicht das Problem, auf das ich hier aufmerksam machen möchte. Aber wer sich bei der Vereinfachung für ein Modell entscheidet, das die Phänomene zu stark verzerrt und wesentliche Subtilitäten in den untersuchten Phänomenen einfach ignoriert, macht es sich zu leicht. Modelle und begriffliche Strukturen sollen die erforschten Phänomene so vereinfacht darstellen, dass sie handhabbar werden, ohne jedoch die Phänomene zu verzerren oder zu verfälschen. Aber genau eine solche Verzerrung bzw. Verfälschung liegt in der hier kritisierten Praxis vor. In akademischen Systemen weltweit gibt es eine formale Trennung zwischen akademischen Funktionen (Rängen, Ämtern usw.) und Gehaltsstufen. Zwar sind meistens bestimmte Gehaltsstufen mit bestimmten Funktionen verbunden, aber eine Gehaltstufe als *definierend* für eine Funktion oder ein Amt anzusehen, ist ein gravierender Fehler, welche die vergleichende Wissenschafts- und Hochschulforschung behindert.

Außerdem schafft die kritisierte Abbildungspraxis Fakten: Je größer die Anzahl von Publikationen und Vorträgen, in denen die übervereinfachte Abbildung präsentiert wird, desto etablierter wird die Abbildung in der Literatur sowie in der Alltagspraxis. Für international mobile Wissenschaftler/innen heißt dies allerdings, dass sie durch außerhalb des deutschen Systems stehen-

41 Comparaison des Carrieres des Enseignants-Chercheurs de Pays Etrangers (Arrêté du 10 Février 2011).

42 Gesetz DM 662/2016.

de Akademiker/innen und Verwaltungsmitarbeiter/innen in Kategorien eingeordnet werden können, zu denen sie formell gar nicht gehören. Der *academic rank* von *Assistant*, *Associate* oder *Full Professor* sagt primär etwas über die wissenschaftliche Leistung einer Person aus, während die Bezeichnungen ‚W2-Professor‘ und ‚W3-Professor‘ primär etwas über das Geld, das eine Person verdient, aussagen. Die mit der Praxis, die Begriffe ‚W2-Professor‘ pauschal als ‚Associate Professor‘ und ‚W3-Professor‘ als ‚Full Professor‘ zu übersetzen, verbundene hierarchische Perspektive trägt außerdem zur impliziten Abwertung der Leistung aller W2-Professor/innen bei (durch die Suggestion, dass sie noch keine vollwertige Professur innehätten und noch mehr Leistung erbringen und Erfahrung sammeln müssen bevor sie befördert werden) und kann so zu erheblichen Nachteilen bei internationalen Bewerbungen und Antragstellungen führen. Die Abbildungspraxis kann somit für eine Gruppe von Wissenschaftler/innen in Deutschland schädliche Konsequenzen haben.

Aber es gibt in der Literatur auch Ausnahmen. Die *League of European Research Universities* ordnet (wie die oben besprochene italienische Tabelle) die Besoldungsgruppe W2 sowohl der Ebene des *Associate Professors* als auch der des *Full Professors* zu, um damit die komplizierte deutsche Situation besser abzubilden.⁴³ Im *Eurydice-Bericht 2017* der Europäischen Kommission kommen die Bezeichnungen ‚W1‘, ‚W2‘ und ‚W3‘ überhaupt nicht vor.⁴⁴ Der Bericht enthält Ländergrafiken, die die jeweilige Situation schematisch darstellen. Die Ländergrafik für Deutschland enthält nur die Bezeichnungen „Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren“ sowie „Professo-

rinnen und Professoren (einschließlich Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren)“ ohne dabei eine Übersetzung in die anglo-amerikanischen Bezeichnungen zu versuchen. Insbesondere die Herangehensweise der Europäischen Union, die Ländersysteme für sich sprechen zu lassen ohne forcierte Übersetzungen in andere Sprachen vorzunehmen, ist m. E. beispielhaft.

Das Fazit kann einfach sein: Man sollte nicht versuchen, die akademischen Systeme verschiedener Länder mithilfe eines einfachen *one size fits all*-Modells aufeinander abzubilden. Stattdessen sollten einzelne Systeme in einer solchen Weise mit einander verglichen werden, die es zulässt, die subtilen Unterschiede der Systeme angemessen hervorzuheben. Alle akademische Systeme weltweit pauschal aus einer anglo-amerikanischen Perspektive hinaus zu betrachten (die darüber hinaus auch noch nicht einmal das US-Amerikanische System adäquat abbildet), ist wissenschaftlich fehlerhaft und kann außerdem schädliche Folgen für die Alltagspraxis haben.

Thomas Reydon ist Professor für Wissenschafts- und Technikphilosophie im Institut für Philosophie und im Centre for Ethics and Law in the Life Sciences (CELLS) der Leibniz Universität Hannover.
Web: www.reydon.info, Email: reydon@ww.uni-hannover.de

43 LERU, *Harvesting Talent: Strengthening Research Careers in Europe*, Leuven: LERU Office, 2010, S. 23; G. Boulton, *Harvesting talent: Strengthening research careers in Europe*, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 13, 2011, 3-34, S. 25.

44 European Commission / EACEA / Eurydice (2017): *Modernisation of Higher Education in Europe: Academic Staff – 2017* (Eurydice Report), Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Frank Wertheimer

*Wiederzuweisung von Personal- und Sachmitteln
aus einer Bleibezusage – VGH Baden-Württemberg,
Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18*

I. Thematik

Die Ausstattung einer Professur mit Personal- und Sachmitteln, darüber hinaus mit investiven Mitteln, etwa zur Gerätebeschaffung, unterliegt grundsätzlich einem Interessenkonflikt. Während der Handlungsspielraum von Hochschulen durch die ihnen staatlicherseits zugewiesenen Haushaltsmittel limitiert ist, orientieren sich die Bedarfe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer primär an ihren Forschungs- und Lehrkonzepten. Letztlich muss hierüber stets ein Kompromiss gefunden werden. Was Professoren zur Erfüllung ihrer Aufgaben gewährt wird, ist stark einzelfallbezogen und hängt von fiskalischen Zwängen, dem jeweils betroffenen Fach, der wissenschaftlichen Reputation des Betroffenen sowie letztlich auch dem Hochschulstandort ab.¹ Regelmäßig sehen die Landeshochschulgesetze vor diesem Hintergrund vor, dass die Ausstattungszusagen, sei es in Berufungs- oder in Bleibezusagen, einerseits unter einem Haushaltsvorbehalt² stehen und andererseits ganz überwiegend nur befristet³, zumeist über einen Zeitraum von fünf Jahren, gewährt werden.

Chancen, die eigene Ausstattung zu verbessern, entstehen dann, wenn bereits berufene Professorinnen oder Professoren einen externen Ruf erhalten und die eigene Hochschule, um sie zu halten, Bleibeverhandlungen mit ihnen führt. Der oben beschriebene Interessenkonflikt setzt sich hierbei fort: Während die Hochschule sich wiederum innerhalb ihres Haushaltsrahmen bewegen muss, verweisen die Rufinhaber auf die Angebote, die ihnen von einer anderen Hochschule unterbreitet worden sind. Gleichwohl führen aus diesen Verhandlungen resultie-

rende Bleibezusagen häufig zu einer deutlichen Ausweitung der bereits vorhandenen Ausstattung. Dabei kann Streit darüber entstehen, welche Persistenz derartigen Bleibezusagen zukommt. Genau diese Frage war Gegenstand eines Falles, der erstinstanzlich vom VG Freiburg⁴ entschieden und in der Berufungsinanz vom VGH Baden-Württemberg⁵ abweichend ausgeurteilt wurde.

II. Erstinstanzliche Entscheidung des VG Freiburg

1. Sachverhalt

In dem Verfahren ging es um einen W₃ Professor (Kläger) eines naturwissenschaftlichen Fachgebiets. Nachdem er die beklagte Universität darüber informiert hatte, dass er einen externen Ruf auf eine W₃ Professur in Verbindung mit der Leitung einer Arbeitsgruppe an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung erhalten hatte, führten die Parteien Bleibeverhandlungen. Der Kläger hatte seiner Universität zu Beginn der Verhandlungen ein Konzeptpapier mit seinen Forderungen sowie Unterlagen mit dem Ausstattungsangebot der Universität, die ihm den Ruf erteilt hatte, übermittelt. Die zwischen den Parteien geführten Gespräche mündeten in nachfolgendes Angebot vom Dezember 2009, welches die Universität dem Hochschullehrer „gem. § 48 Abs. 5 des Landeshochschulgesetzes“⁶ zusagte:

Stellen

Die Fakultät sagt zu, dass die Professur künftig nach Ablauf der als Erstaussstattung im Rahmen der Berufungszusage erfolgten oder gegebenenfalls noch vorzunehmenden Stellenbesetzungen ... über bis zu 3,0 Wissenschaftlerstellen (A₁₃ Z) aus dem Stellenpool des ...

1 Dazu *Detmer*, in: HschR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 4 Rn. 112.

2 z.B. § 48 Abs. 4 S. 2 LHG BaWü; § 18 Abs. 9 S. 1 BayHschPG; § 37 Abs. 3 S. 1 LHG NRW.

3 z.B. § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü; § 18 Abs. 9 S. 2 BayHschPG; § 50

Abs. 8 LHG Rh-Pf.

4 Urt. v. 18.07.2018, 1 K 2986/17, juris.

5 Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18, juris

6 LGH BaWü a.F., der § 48 Abs. 4 LHG in der aktuellen Fassung entspricht.

Instituts zur befristeten Besetzung verfügen kann. Aus zentralen Ressourcen werden ergänzend Personalmittel für 5 Jahre im Umfang einer 0,5 E13 Stelle und zusätzlich für eine 0,5 E13 Stelle für ein Jahr bereitgestellt. [...]

Laufende Sachmittel

Unter Einbezug der von der Fakultät zugesagten 5.000 € p.a. werden Sachmittel in Höhe von 6.000 € p.a. bereitgestellt.

Einmalige Mittel

Der Professur werden insgesamt 25.000 € einmalige Sachmittel aus zentralen Ressourcen für einen Zeitraum von 5 Jahren, abrufbar in jährlichen Raten, bei freier Verfügbarkeit im wissenschaftlichen Bereich zugesagt.

Bürogeräte/IT-Ausstattung

Für die erforderlichen Erneuerungen und Ergänzungen der IT-Ausstattung werden der Professur aus zentralen Mitteln 50.000 €, abrufbar über einen Zeitraum von 5 Jahren, zur Verfügung gestellt. Die Anschaffungen haben in Absprache mit dem Leiter des Universitätsrechenzentrums zu erfolgen. [...]

Räume/Renovierung/Mobiliar

Der Professur werden als Kernzuweisung im Hochhaus P... die Räume 901 bis 906 und 915 zur Nutzung zugesagt. Die Räume 907 bis 910 sind Verfügungsräume, die die Professur zur Zeit nutzt. Die Zuweisung von Verfügungsräumen erfolgt am ... Institut nach Bedarf.

Die Finanzierung notwendiger Renovierungsarbeiten bis zu einem Umfang von 20.000 € wird zu Lasten zentraler Mittel zugesagt. Die Renovierungsarbeiten sollen nach einer Prioritätensetzung der gewünschten Baumaßnahmen in Abstimmung zwischen der Professur und dem Universitätsbauamt erfolgen. [...]

Das im Anschluss vom Rektor der Universität in einem Punkt präzisierete Bleibeangebot nahm der Kläger mit Schreiben vom 2.2.2010 an. Die zugesagten Ressourcen wurden ihm innerhalb der nachfolgenden fünf Jahre gewährt.

Im Rahmen der routinemäßigen Prüfung der Wiederzuweisung von Ressourcen wurde der Kläger von der Hochschulleitung darüber informiert, dass die bislang, d.h. also die bereits vor der Bleibeusage, zur Verfügung gestellten Ressourcen für weitere fünf Jahre wieder zugewiesen werden. Diese Zusage umfasse allerdings nicht die ergänzenden Personalmittel aus der Bleibeusage, die nach fünf Jahren ausgelaufen sei. Das gelte im gleichen Maße für die Zusage der IT-Ausstattung (50.000

€), der zusätzlichen Sachmittel (25.000 €) sowie der Mittel für die Finanzierung notwendiger Renovierungsarbeiten (20.000 €), da es sich hierbei jeweils um Einmalzahlungen gehandelt habe. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein, den er u.a. damit begründete, die Entscheidung des Rektorats treffe seine Ressourcenplanung empfindlich. Im Übrigen sei er von einer wiederholten Gewährung dieser Mittel ausgegangen, weshalb er sich in 2010 auch für eine Ablehnung des externen Rufs entschieden habe. Die Universität wies den Widerspruch mit der o.a. Begründung zurück. Mit seiner Klage beantragte der Kläger die Aufhebung des Widerspruchsbescheids sowie die Wiederzuweisung der Ressourcen, die Gegenstand der Bleibeusage waren. Hilfsweise beantragte er, die Universität zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über den Wiederzuweisungsantrag erneut zu entscheiden.

2. Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg

Das Verwaltungsgericht verneinte in seinem Urteil v. 18.7.2018 zunächst den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Wiederzuweisung der Ressourcen, die Gegenstand der Bleibeusage waren. Unter Bezugnahme auf die Regelung in § 48 Abs. 5 LHG BaWü a.F. (nunmehr § 48 Abs. 4 LHG), die sowie einen Haushalts- wie einen Befristungsvorbehalt enthält, hielt das VG fest, dass die Auslegung der Bleibeusage – unabhängig ob diese als Zusage i.S.d. § 38 LVwVfG zu werten oder als Willenserklärung, die Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist gem. § 54 LVwVfG, aufzufassen sei⁷ – dazu führe, dass die Ansprüche des Klägers nur für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Abschluss der Vereinbarung bzw. Wirksamwerden der Zusage begründet werden sollten. Etwas anderes folge nicht aus dem Landeshochschulgesetz, welches keinen gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte Ausstattung des Lehrstuhls beinhalte. Schließlich könne der vom Kläger verfolgte Anspruch auf Bewilligung der begehrten Sach- und Personalmittel auch nicht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleitet werden. Unter Verweis auf die hierzu ergangene ständige Rechtsprechung verpflichte das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit die Hochschulen als Adressaten dieses Grundrechts lediglich, Professorinnen und Professoren eine personelle und sächliche „Grund- oder Mindestausstattung“ zu gewähren bzw., in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts, einen Anspruch auf

7 siehe hierzu einerseits VGH BaWü v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, juris oder BayVGH v. 28.06.2017, 3 ZB 15.249, juris – andererseits

OVG Sachsen v. 6.9.2016, 2 A 624/15, juris; Wertheimer, OdW 2015, 147, 152; Detmer, a.a.O., Kap. 4 Rn 113.

Teilhabe an den vom Gesetzgeber für Zwecke der Forschung zur Verfügung gestellten Mittel zuzubilligen.⁸ In diesem Zusammenhang hat das VG auch ausgeführt, es gebe keinen Rechtssatz, dass der einmal gewährte Bestand aufrecht erhalten bleiben müsse.⁹ Dass bei Wegfall der mit dem Bleibeangebot zugewiesenen Ressourcen das Mindestmaß an Teilhabe im Sinne der o.g. Rechtsprechung unterschritten werde, sei nicht ersichtlich.

In der Folge bejahte das VG einen Anspruch des Klägers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Wiederzuweisung der von ihm begehrten – und ausgetauften – weiteren Personal- und Sachmittel. Diesen Anspruch folgte das VG aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG. Die Überprüfungspflicht, so die Urteilsgründe, sei gesetzlich nach Ablauf von fünf Jahren angeordnet. Dass das Gesetz von „fünf weiteren Jahren“ spricht, sei ein Redaktionsversehen. Kriterium für die Überprüfung der Ressourcenzuweisung, für deren Erforderlichkeit das VG auf obergerichtliche Rechtsprechung verweist¹⁰, ist nach Auffassung des VG einerseits der Maßstab des § 13 Abs. 2 LHG BaWü. Andererseits gebiete Art. 5 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz die Hochschullehrer möglichst gleichmäßig, d.h. unter Berücksichtigung der besondere Situation ihres Aufgabebereichs bzw. ihres Faches angemessen im Verhältnis zu den jeweils anderen Hochschullehrern bei der Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel zu berücksichtigen. Schließlich bringt das VG den Leistungsgedanken ins Spiel, der im Rahmen von § 13 Abs. 2 LHG BaWü bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sei.¹¹ Weil sich die Beklagte ausweislich ihrer Begründung im Widerspruchsbescheid in ihrer Entscheidung gebunden gefühlt und keine Ermessensentscheidung getroffen habe, sei die abgelehnte Wiederzuweisung der mit der Bleibezusage gewährten Ressourcen rechtswidrig. Im Ergebnis ging das VG damit von einem Ermessensmissbrauch aus.

Gegen dieses Urteil legten die beklagte Universität Berufung sowie der nicht in allen Punkten obsiegte Kläger Anschlussberufung ein.

III. Urteil des VGH Baden-Württemberg

Der VGH änderte das Urteil des VG und wies Klage wie auch Anschlussberufung des W₃ Professors ab.

1. Kein Anspruch auf Wiederzuweisung der Ressourcen aus der Bleibezusage

Eine Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung ist dem VGH-Urteil insoweit zu entnehmen, als dem klagenden W₃ Professor kein Anspruch auf die streitgegenständliche weitere Ausstattung seines Lehrstuhls zuerkannt wurde. Wie schon das VG gelangt auch der VGH durch Auslegung entsprechend der §§ 133, 157 BGB zum Ergebnis, dass die beklagte Universität sich mit dem Bleibeangebot, welches der Kläger angenommen hat, lediglich für einen Zeitraum von fünf Jahren binden wollte. Hierfür genüge bereits der einleitende Hinweis auf die Zusage gem. § 48 Abs. 5¹² LHG BaWü, wonach Zusagen über die personelle und sachliche Ausstattung der Aufgabenbereiche von Professoren im Rahmen von Berufungs- und Bleibeverhandlungen auf maximal fünf Jahre zu befristen und von der Hochschule jeweils nach Ablauf von fünf weiteren Jahren im Hinblick auf die Maßgaben von § 13 Abs. 2 LHG BaWü zu überprüfen sind.

Der VGH folgt auch der Auffassung des VG, wonach sich der geltend gemachte Anspruch weder aus dem LandeshochschulG BaWü noch unmittelbar aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG herleiten lasse. In Bezug auf letzteren Punkt streicht das Urteil heraus, dass Berufungs- und damit auch Bleibezusagen neben der grundgesetzlichen Gewährleistung nur insoweit eigenständige Bedeutung zukommt, als sie Rechte begründen, die über die Grund- oder Mindestausstattung

8 Vgl. BVerfG v. 15.09.1997, 1 BvR 406/96, 1 BvR 1214/97, NVwZ-RR 1998, 175; OVG NRW v. 10.6.2010, 15 B 2574/06, NVwZ-RR 2010, 844; BVerwG v. 24.4.1997, VII C 49.74, BVerwGE 52, 339.

9 OVG NRW v. 10.6.2010, a.a.O.; VGH Hessen v. 30.5.1997, 6 TG 1447/97, NVwZ-RR 1998, 180; VGH BaWü v. 17.9.2003, 4 S 1636/91, juris.

10 OVG Sachsen v. 6.9.2016, 2 A 624/15, juris und v. 24.2.2016, 2 B 374/15, juris; OVG Berlin-Brandenburg v. 2.10.2008, 5 B 06.08, juris.

11 juris, Rn 92.

12 Inhaltsgleich nunmehr in § 48 Abs. 4 LHG BaWü geregelt.

hinausgehen. Das hat, auch wenn vorliegend nicht fallrelevant, Konsequenzen für Fälle, in denen es um die Entziehung von Rechtspositionen aus Berufungszusagen geht. Dort kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Entziehung einer durch eine Berufungszusage begründeten Rechtsposition darauf an, ob sich der Eingriff als sachlich geboten erweist und dem gesetzgeberischen Anliegen unter Berücksichtigung aller Umstände Vorrang gegenüber dem Schutz des Vertrauens der betroffenen Hochschullehrer in den Fortbestand der Zusagen zukommt.¹³ Danach genießen Berufungszusagen keinen Bestandsschutz, wenn und soweit ihre Änderung oder Aufhebung geboten ist, um legitime gesetzgeberische Ziele zu verwirklichen. In diesem Zusammenhang stellt etwa die Einführung neuer Kriterien für die Mittelverteilung, insbesondere deren Orientierung an Bedarfs- und Leistungsgesichtspunkten, ein legitimes Ziel dar.¹⁴

2. Neubescheidungsanspruch aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü

a) Im nächsten Schritt folgt der VGH auch der erstinstanzlichen Entscheidung dahingehend, dass sich aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü grundsätzlich ein subjektives Recht des von der Zusage begünstigten Lehrstuhlinhabers auf fehlerfreie Ermessensbetätigung ergibt. Der Kläger könne also beanspruchen, dass die Hochschule über die Wiederzuweisung der in der Bleibvereinbarung bewilligten Mittel ermessensfehlerfrei entscheide. Der VGH beruft sich hierbei – wie es schon das VG getan hatte – auf diverse obergerichtliche Rechtsprechung.¹⁵ Dem ist zuzustimmen, weil der in § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü enthaltene Begriff der „Überprüfung“ der Hochschule abverlangt, die vor fünf Jahren getroffene Ressourcenzuteilung zu überdenken. Da, wie ausgeführt, der von der Bleibezusage begünstigte Hochschullehrer keinen Anspruch auf eine dauerhafte Beibehaltung der Ressourcenzuweisung hat, kann die Verpflichtung der Hochschule, ihre damalige Entscheidung zu prüfen, nur bedeuten, dass sie über die Beibehaltung, den teilweisen oder kompletten Entzug der zusätzlich gewährten Ressourcen ermessensfehlerfrei neu entscheidet.

Der VGH liegt auch richtig, dass sich dieser Entscheidungsprozess nicht ausschließlich – wie die Hoch-

schule im Verfahren argumentiert hat – auf die Grundausstattung bzw. auf die von der Hochschule als „laufende“ oder „regelmäßig zu zahlende“ Mittel bezieht¹⁶. Gegen diese von der Hochschule vertretene Auffassung spricht schon der Wortlaut des § 48 Abs. 4 S. 3 LHG. Da dort (auch) Bleibezusagen in Bezug genommen sind, die regelmäßig über eine Grundausstattung hinausgehen, bleibt für diese Auffassung kein Raum. Dass die Überprüfung von Bleibezusagen neben der Überprüfung der gewährten Grundausstattung im fünfjährigen Turnus den Hochschulen zusätzlichen Administrationsaufwand beschert, ist nicht zu verkennen und bedeutet gerade bei großen Hochschulen mit mehreren hundert Professorinnen und Professoren eine echte Herausforderung. Allein dies rechtfertigt aber nicht, Bleibezusagen nach Ablauf von fünf Jahren nicht einer Überprüfung zu unterziehen und über die Wiederzuweisung der mit ihr gewährten Ressourcen nicht neu zu entscheiden.

b) Möchte die Hochschule das vermeiden, so bleibt ihr dieser Weg offen. Im Unterschied zur erstinstanzlichen Entscheidung des VG Freiburg erkannte der VGH nämlich darauf, dass seitens des klagenden Hochschullehrers kein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung bzgl. der Wiederzuweisung der Ressourcen aus der Bleibezusage besteht, weil die Hochschule diese lediglich einmalig zugesagt hatte. Überzeugend argumentiert der VGH in diesem Zusammenhang mit dem Zweck des § 48 Abs. 4 S. 3 LHG¹⁷, der die Hochschulen nach dem Willen des Gesetzgebers primär vor der zeitlich unbefristeten Festlegung hinsichtlich der Verwendung ihrer Ressourcen schützen und ihre universitäre Flexibilität stärken soll.¹⁸ Dieser Zweck gestatte die Möglichkeit der einmaligen Leistungsgewährung. Dieser Auffassung ist uneingeschränkt beizupflichten, weil sie einerseits der Hochschule Planungssicherheit gewährt, andererseits für den Begünstigten einer Bleibezusage Transparenz schafft, mit welchen Ressourcen er zukünftig rechnen kann. Auf Basis dieser Transparenz können Hochschullehrer, die einen externen Ruf erhalten haben, sodann auch abwägen, ob sie diesen annehmen oder doch an ihrer Hochschule bleiben möchten.

c) Zur Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung und zur Abweisung der Klage gelangte der VGH deshalb, weil er sich mit der Bleibezusage der Universität aus dem

13 BVerwG v. 4.7.2016, 6 B 13.16, juris.

14 BVerwG v. 17.8.2009, 6 B 9.09, juris.

15 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 10.

16 VGH 20.04.2020, a.a.O., juris, Rn. 61.

17 juris, Rn. 64.

18 So bereits VGH v. 21.10.2008, a.a.O.

Jahr 2009/2010 intensiver als das VG befasst, insbesondere deren Inhalt aufgrund von Gliederung, Struktur und Wortlaut dezidiert ausgelegt hat. Diese Auslegung erfolgt in den Urteilsgründen höchst sorgfältig und ist nicht zu beanstanden. Soweit das Bleibeangebot „einmalige“ Sachmittel in Höhe von 25.000 € über einen Zeitraum von fünf Jahren festlegte, ist diese Auslegung ebenso naheliegend wie bezüglich der für die Renovierungsarbeiten zur Verfügung gestellten 20.000 €. Dass Mittel für die Renovierung von Universitätsräumen nicht im Intervall von fünf Jahren wiederholt zur Verfügung gestellt werden, hätte sich auch dem Kläger erschließen müssen. Auch der Umstand, dass diese Ressourcen, auch diejenigen für die Erneuerung bzw. Ergänzung der IT-Ausstattung, aus zentralen Mitteln der Universität zur Verfügung gestellt worden sind, untermauert letztlich deren einmalige Gewährung. Während der Großteil der über den Landeshaushalt bei einer Universität etatisierten Mittel den Fakultäten bzw. Fachbereichen dauerhaft zugewiesen sind, werden zentrale Mittel überwiegend dafür eingesetzt, um punktuell, aber nicht dauerhaft, auch einzelne Forschungs- und Lehrkonzepte zu fördern, wozu auch die Gewährung von befristeten Bleibere Ressourcen gehört. Das muss nicht zwingend so sein, kann im Einzelfall aber als Indiz bei der Auslegung einer Zusage eine Rolle spielen.

Die „Einmaligkeit“ einer Ressourcenzuweisung im Rahmen eines Bleibeangebots kann sich auch aus der Formulierung im Einzelfall ergeben, ohne dass das Wort „einmalig“ verwendet wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Zusage beispielsweise die Finanzierung einer Wissenschaftlerstelle „für zwei Jahre als Anschubfinanzierung“ beinhaltet. Mit dieser Formulierung macht die Hochschulleitung hinreichend deutlich, dass sie weder nach Ablauf dieser zwei Jahre nochmals Ermessen über eine erneute Zuweisung ausüben möchte, noch nach Ablauf des Höchstbefristungszeitraums, der in Baden-Württemberg gem. § 48 Abs. 4 S. 3 LHG fünf Jahre beträgt.

IV. Bewertung und Fazit

Auf den ersten Blick scheint die Entscheidung nicht sehr viel Neues zu bringen. Hinsichtlich ihrer Ausführungen zu Ansprüchen von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern auf eine bestimmte Ressourcenausstattung bestätigt sie die bisherige höchst- wie obergerichtliche Rechtsprechung. Auch die Zubilligung eines subjektiven Rechts des von einer (Bleibe-) Zusage begünstigten

Lehrstuhlinhabers auf fehlerfreie Ermessensbetätigung, das aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü gefolgert wird und dem Betroffenen einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Wiederzuweisung der in der Bleibvereinbarung bewilligten Mittel gewährt, liegt auf Linie der bisherigen Rechtsprechung.¹⁹

Begrüßenswerte Klarheit schafft das Urteil, dass ein solcher Anspruch dann ausgeschlossen ist, wenn es sich bei der Ressourcenzuweisung in einer Bleibezusage um die Gewährung einmaliger Mittel handelt. Hochschulleitungen bekommen damit ein Gestaltungsmittel in die Hand, das ihnen bei allem fiskalischen Druck durch die regelhaft unterfinanzierten Haushalte ein Stück Sicherheit garantiert. Diesen Gesichtspunkt hatte die erstinstanzliche VG Entscheidung verkannt, weshalb der VGH das Urteil zutreffend geändert hat.

Die erhebliche praktische Bedeutung der Entscheidung betrifft einen ganz anderen Aspekt: Hochschulleitungen müssen bei der Formulierung von Berufungs- und Bleibezusagen höchste Sorgfalt walten lassen, um das beschriebene Gestaltungsmittel nicht zu verspielen. Es gilt nicht nur, einer Bleibezusage die Vorbehaltsnorm des § 48 Abs. 4 LHG BaWü bzw. entsprechender Normen in den Hochschulgesetzen der anderen Bundesländer voranzustellen. Derartige Zusagen bedürfen auch klarer und eindeutiger Aussagen über das Ressourcenschicksal nach Ablauf der Befristungszeit. Gegenüber Professorinnen und Professoren, die vor dem Hintergrund eines externen Rufs vor der Entscheidung stehen, diesen anzunehmen oder abzulehnen, ist eine solche Praxis nichts anderes als ein Gebot der Fairness.

V. Keine Rechtskraft

Die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg ist nicht rechkräftig geworden. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Urteil auf eine vom Kläger eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 12.11.2020²⁰ aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen (§ 133 Abs. 6 VwGO).

Den Beschlussgründen²¹ ist zu entnehmen, dass die Aufhebung des Urteils auf einer vom BVerwG angenommenen Gehörsverletzung (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 108 Abs. 2 und § 138 Nr. 3 VwGO) durch das Berufungsurteil beruht, weil der VGH Baden-Württemberg den klägerischen Vortrag zu den Begleitumständen des Zustandekommens der Bleibvereinbarung bei deren Auslegung nicht in Erwägung gezogen habe.

¹⁹ Vgl. Nachweise in Fn. 10.

²⁰ BVerwG v. 12.11.2020, 6 B 36.20.

²¹ BVerwG a.a.O., Rn 5, 11 ff.

Unabhängig vom konkreten Ausgang des Rechtsstreits nach erneuter Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof behält die zentrale Aussage des Berufungsurteils Gültigkeit. Werden in einer Berufungs- oder Bleibe-zusage Mittel einmalig gewährt, besteht nach Ablauf des Befristungszeitraums kein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich der Frage ihrer Wiederzuweisung. Die unter IV. vorgenommene Bewertung wie auch das dortige Fazit bleiben von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.11.2020 somit unberührt.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

Tobias Mandler und Laura Wegmann

Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze ist bereits in ihrem Ausgangspunkt vom Verständnis des „Höchstbefristungsjahres“ abhängig. Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte diese Frage noch dahingehend beantwortet, dass ein Höchstbefristungsjahr gem. § 191 BGB stets mit 365 Tagen zu berechnen sei. Diese Einschätzung hat das Bundesarbeitsgericht jedoch – in Übereinstimmung mit der Ansicht der Autoren¹ und der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm² – verworfen und – im Grundsatz – auf die Berücksichtigung von Schaltjahrestagen auch für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG bestanden.

Die gewünschte Klarheit bringt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts jedoch zumindest in dogmatischer Hinsicht nicht und bedarf aus diesem Grund einer näheren Betrachtung. Die nachstehenden Erläuterungen gliedern sich hierzu in eine kurze Wiedergabe der Kernargumente der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. August 2018 (I.), der darauffolgenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2020 (II.) sowie der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. November 2019 (III.), die im Anschluss einer rechtlichen Würdigung zugeführt (IV.) und im Ausblick zusammengefasst werden (V.).

I. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in seiner Entscheidung vom 16. August 2018³ bekanntlich auf die Unwirksamkeit der Befristung eines, an der Universität Potsdam beschäftigten, promovierten Diplom-Che-

mikers erkannt. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG gem. § 191 BGB zu berechnen seien, weil befristete Arbeitsverhältnisse – anders als bei § 14 Abs. 2 TzBfG – nicht zusammenhängend zu verlaufen brauchen und aus diesem Grund § 191 BGB zur Anwendung gelange. Danach sei die zulässige Höchstbefristungsdauer jedenfalls überschritten, denn – anders als bei der Berechnung des maximalen Befristungszeitraums gem. § 191 BGB – müssten Schalttage bei der Berechnung der tatsächlichen Beschäftigungszeit berücksichtigt werden⁴.

Die zulässige Höchstbefristungsdauer von 4.380 Tagen (12 Jahre (Promotions- und Qualifikationsphase) x 365 Tage) war danach aufgrund der tatsächlichen Beschäftigung von 4.382 Tagen jedenfalls um zwei Tage⁵ überschritten und die Befristung wurde dementsprechend vom Landesarbeitsgericht für unwirksam erklärt.

II. BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19

Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 20. Februar 2019 zugelassen⁶ und die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg schließlich im Urteil vom 20. Mai 2020 aufgehoben⁷.

Das Gericht stellte in seiner Entscheidung zunächst klar, dass zwischen der zulässigen Höchstbefristungsgrenze nach Promotions- und Post-Doc-Phase zu unterscheiden sei. Danach sei es unzulässig gewesen, die Höchstbefristungsdauer insgesamt und über die beiden Phasen hinweg zu berechnen (hier 12 Jahre). Vielmehr müsse die jeweilige Höchstbefristungsgrenze für jede

1 Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs.1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff.
2 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.
3 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris; vorgehend ArbG Potsdam, Urteil vom 24. August 2017 – 2 Ca 833/17; vgl. hierzu Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff.; Hitzelberger-Kijima, öAT 2018, 262.

4 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris Rn. 40 f.
5 Bei den zwei Tagen handelte es sich um Schalttage.
6 BAG, Beschluss vom 20. Februar 2020 – 7 AZN 867/18.
7 Müller-Glöge in ErFK, 20. Aufl. 2020, WissZeitVG § 2 Rn. 5; Hitzelberger-Kijima, Anrechnung von Beschäftigungszeiten auf die Höchstbefristungsdauer nach dem WissZeitVG, öAT 2020, 189; Baumgarten, BAG: Berechnung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 I WissZeitVG, ArbRAktuell 2020, 418.

Phase gesondert berechnet werden, was der Senat letztlich aus der Verlängerungsbestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG folgerte: „Diese Verlängerungsbestimmung ergäbe keinen Sinn, wenn § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG als einheitliche rechtliche Befristungsgrundlage mit einer zulässigen (Gesamt-)Höchstdauer zu verstehen wäre“⁸. Zudem seien Verlängerungen gem. § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG) nur „innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer“ möglich. Nur im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG) sei abweichend von diesen Grundsätzen von einer Gesamtbetrachtung auszugehen.

Darüber hinaus bestätigt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zunächst, dass es sich sowohl bei der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG als auch bei dem Anrechnungszeitraum nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG um einen Zeitraum im Sinne von § 191 BGB handle, weshalb die Höchstbefristungsjahre im Grundsatz in 365 Tage und die Monate in 30 Tage umzurechnen seien.

Das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung aber übersehen, dass § 2 Abs. 3 WissZeitVG eine gesetzliche Spezialregelung für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre beinhalte, die einer Berechnung nach § 191 BGB als *lex specialis* vorgehen müsse. Zwar lasse sich dies der Vorschrift „nicht ausdrücklich“ entnehmen, da insbesondere „die Modalitäten der Berechnung des Anrechnungszeitraums“ in § 2 Abs. 3 WissZeitVG nicht festgelegt würden, der Vorrang dieser Regelung folge aber letztlich aus „der Vorstellung des Gesetzgebers“, nach der ein Jahr als solches berücksichtigt werden müsse. Dies folge insbesondere auch aus dem Zweck der Anrechnungsregel und dem Verweis auf § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG, wodurch sichergestellt werde, dass die zulässige Höchstbefristungsdauer einerseits nicht überschritten, andererseits aber auch ausgeschöpft werden könne⁹. Eine Anwendung des § 191 BGB sei danach für die vollen Jahre ausgeschlossen. Im Übrigen sei auch die Einsparzeit nicht nach § 191 BGB zu berechnen, da diese „weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann“. Das Beschäf-

tigungsjahr müsse daher auch im Falle eines Schaltjahres als solches, d.h. mit 366 Tagen, berücksichtigt und in die Berechnung eingestellt werden.

Danebe spreche auch der Zweck des § 191 BGB¹⁰ für ein solches Verständnis. Die Regelung sei auf die Bestimmung einer Summe von nicht notwendigerweise aufeinanderfolgender Tage gerichtet, wobei von vornherein nicht feststünde wann sie eintreten¹¹. Demgegenüber liege einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG eine möglichst durchgehende Beschäftigung innerhalb der jeweiligen Qualifizierungsphase zugrunde, was schon aus dem Wortlaut „Verlängerung“ in § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG folge¹². Insofern sei auch gegenüber den pauschal festgelegten Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG davon auszugehen, dass ein „Beschäftigungsjahr als solches auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet werden soll, sodass ein für die Dauer von sechs Jahren begründetes Arbeitsverhältnis die sechsjährige Höchstbefristungsdauer“ nicht überschreite¹³.

Abschließend stellt das Bundesarbeitsgericht dann aber – ohne nähere Begründung – fest, dass es „einer Berechnung nach § 191 BGB im Fall einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG nur [bedarf], wenn aufgrund von Unterbrechungen und Einsparzeiten unterjährige Beschäftigungszeiten bestehen“¹⁴. Die Berechnung nach vollen Jahren und Tagen sei in diesem Fall einfach und rechtsicher handhabbar und stelle gleichzeitig sicher, dass bei unterjährigen Beschäftigungszeiten in allen Fällen und unabhängig davon, ob die Beschäftigung in Monaten mit 31, 30, 28 oder 29 Tagen erfolge, der gleiche Zeitraum zur Verfügung stehe.

Für den zu entscheidenden Fall müsse das Landesarbeitsgericht daher die Höchstbefristungsgrenzen neu berechnen und insbesondere Feststellungen zur Promotionszeit des Klägers treffen. Sofern von einem Promotionsbeginn am 15. Oktober 2004 und Promotionsabschluss am 16. Februar 2010 auszugehen sei, ergebe sich hiernach eine Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase von 6 Jahren (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG) und 240 Tagen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG), die durch die tatsächliche Beschäftigungszeit von sechs Jahren und

8 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 20

9 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 24

10 Letztlich geht es hier weniger um den Zweck des – ohnehin nachrangigen – § 191 BGB, als um die Zwecke und Mechanik des WissZeitVG selbst.

11 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 26

12 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

13 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

14 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 28

239 Tagen¹⁵ noch nicht überschritten sei. Müsse hingegen von einem anderen Beginn oder Ende der Promotionszeit des Klägers ausgegangen werden, könnte die Höchstbefristungszeit überschritten und die Befristung demgemäß unwirksam sein¹⁶.

III. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19

Auch das Landesarbeitsgericht Hamm musste sich in seiner Entscheidung vom 28. November 2019¹⁷ mit der Frage der Berechnung der Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase auseinandersetzen.

Im zugrundeliegenden Verfahren machte die Klägerin, eine promovierte Juristin, die Unwirksamkeit ihrer Befristungsabrede aufgrund der überschrittenen Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc Phase geltend. Die Klägerin war seit dem 1. November 2010 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und schließlich als wissenschaftliche Mitarbeiterin ab dem 15. August 2013 bis zum 14. August 2018 von der Beklagten auf der Grundlage des WissZeitVG beschäftigt worden.

Das Landesarbeitsgericht wies die Berechnung der Klägerin in seiner Entscheidung schließlich mangels Überschreitung der Höchstbefristungsgrenze zurück. Entgegen der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg stützte es seine Berechnung der Höchstbefristungsgrenze dabei jedoch nicht auf § 191 BGB, sondern – mit den Autoren – auf §§ 187, 188 BGB¹⁸:

„bb) Die durch die anrechnungsfähigen Vertragszeiten erreichte Gesamtdauer der Befristungen ist entgegen der Entscheidung des LAG Berlin nicht nach den Vorgaben des § 191 BGB zu berechnen ... § 191 BGB findet hier keine Anwendung, weil das WissZeitVG sowohl in der Predoc-Phase wie auch in der Postdoc-Phase Verlängerungs- bzw. Nichtanrechnungstatbestände vorsieht, die nicht an einen Jahresraum gebunden sind und so zu ggf. taggenauen Berechnungen führen, weshalb das Tatbestandsmerkmal

„nach Jahren bestimmt“ nicht erfüllt ist (Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 – in Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2019, 125 – 129). So verlängert sich die zulässige Dauer der Postdoc-Phase nach § 2 Abs. 1 Satz 2 2. HS WissZeitVG in dem Umfang, in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben („Bonuszeit für ungenutzte Promotionszeiten“, Preis/Ulber, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 51). Das bewirkt, dass in diesen Fällen eine nicht nach Jahren bestimmte Befristungshöchstdauer zur Verfügung steht (nämlich: sechs Jahre + taggenau berechnete „Bonuszeit“) (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126). Auch kann gemäß § 2 Abs. 5 WissZeitVG die jeweilige Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG im Einverständnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter um Zeiten im Sinne der § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 – 6 WissZeitVG verlängert werden, ... und dazu führt, dass der Verlängerungszeitraum nach Maßgabe des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG zulässige Höchstdauer angerechnet wird (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126, 127; APS-Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 68, 69, 84, 85). Es hat mithin bei der Berechnung der zulässigen Gesamtbefristungsdauer bei der – oben ausgeführten – Berechnung nach den Regeln der §§ 187, 188 BGB zu verbleiben (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125 ff, 128).“

IV. Würdigung

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist in der Sache, nicht aber in ihrer Begründung, zuzustimmen.

1. Gesonderte Berechnung der Höchstbefristungsdauer für Promotions- und Post-Doc-Phase

Das Bundesarbeitsgericht beanstandet die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung zunächst deshalb, weil diese „die“ Höchstbefristungsgrenze für die Klägerin über die

15 Der Kläger war vom 17. Februar 2010 bis zum 31. Mai 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 15. Mai 2017 bei der Beklagten beschäftigt. Das Bundesarbeitsgericht berechnet hierzu zunächst die „vollen Jahre“ und die verbleibenden Tage im Anschluss gesondert: „je drei Jahre vom 17. Februar 2010 bis zum 16. Februar 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2016 sowie 104 Tage vom 17. Februar 2013 bis zum 31. Mai 2013 und 135 Tage vom 1. Januar 2017 bis zum 15. Mai 2017“; BAG Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33. Wie sich bei dieser

tageweisen Betrachtung ein Gleichlauf zwischen den Monaten einstellen soll, erläutert das BAG nicht. Es ist auch fernliegend, denn nach Monaten wird in diesem Zusammenhang nichts befristet oder bestimmt.

16 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33, 34.

17 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.

18 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.

Promotions- und Post-Doc Phase durch Addition der gesetzlich zulässigen Höchstbefristungszeiträume für beide Phasen berechnet und damit nicht zwischen „den“ Höchstbefristungsgrenzen beider Phasen unterschieden hat.

Dem Bundesarbeitsgericht ist insofern zunächst dem Grunde nach zuzustimmen, dass es sich bei beiden Phasen um unterschiedliche Befristungstatbestände handelt und es daher in der Tat keine „Gesamthöchstdauer“ geben kann. Hiervon zu unterscheiden ist aber die Frage nach und Berechnung der Höchstbefristungsdauer.

Die Begründung des Senats für eine getrennte Berechnung kann insoweit schon deshalb nicht überzeugen, weil die getrennte Berechnung aufgrund der Anrechnungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zu keinem anderen Ergebnis führt als eine Gesamtbetrachtung. Indiz dafür, dass die getrennte Berechnung nicht der Mechanik des Gesetzes entspricht, ist hier schon der Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG), für den das Bundesarbeitsgericht eine – tatsächlich unnötige – Ausnahme formuliert und für diesen eine Gesamtbetrachtung fordert.

Das Gericht übersieht zudem, dass die Verlängerungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zwar von einer „Verlängerung“ spricht, hierin aber nicht der letztendliche Befristungsgrund liegt, sondern lediglich die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze durch die Verknüpfung beider Phasen angesprochen und geregelt wird. Eine Notwendigkeit zur getrennten – und damit aufwendigeren – Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen nach den jeweiligen Phasen existiert daher nicht und bleibt letztlich auch ohne spürbaren Vorteil bei der Berechnung¹⁹. Vielmehr verursacht eine getrennte Berechnung gerade aufgrund der, dann doch, insgesamt wirkenden Verlängerungstatbestände nur unnötige Schwierigkeiten, die im Gesetz nicht angelegt sind oder einen spürbaren Vorteil bringen würden. Selbst in dem – überaus seltenen – Fall, bei dem die Höchstbefristungsdauer der Promotionsphase erreicht – oder überschritten – wurde, bringt die Berechnung nach Phasen kaum Erleichterung: Liegen Verlängerungszeiten vor, muss

auch in diesem Fall genau berechnet werden; sind die sechs Jahre hingegen überschritten, ist schlicht mit sechs Jahren zu rechnen.

Die Berechnung der Höchstbefristungszeiten sollte daher – übereinstimmend mit den Landesarbeitsgerichten – vielmehr als Delta verstanden werden, das nach dem Eintritt in die Post-Doc Phase anwächst und sich durch die verschiedenen Verlängerungstatbestände (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6²⁰, Abs. 5 WissZeitVG) weiter – und unabhängig von der jeweiligen Phase – erhöhen kann und von dem dann die jeweiligen Beschäftigungszeiten abzuziehen sind. Anrechnung und Verlängerung sind insoweit auch kein Problem, denn beiden Zeiten kann durch ein bloßes „Verschieben“ der Höchstbefristungsgrenze um diese Zeiten problemlos Rechnung getragen werden²¹.

Dies folgt schlussendlich auch unmittelbar aus den Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 1 Satz 4-6, Abs. 5 WissZeitVG, die ihrerseits gerade nicht zwischen den jeweiligen Phasen unterscheiden und aus diesem Grund auf die „*insgesamt zulässige Befristungsdauer*“ (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG) „nach Absatz 1“ (§ 2 Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG) Bezug nehmen und deren Verlängerung bzw. Nichtanrechnung anordnen. Eine Berechnung nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts wird daher im Regelfall stets eine „gemischte Berechnung“ aus Einzel- und Gesamtbetrachtung erfordern, die den Personalabteilungen und Gerichten die Berechnung kaum einfacher gestalten dürfte.

2. Berechnung gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG

Den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts ist in Bezug auf die Berechnung nach „Kalenderjahren“ im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in ihrer Begründung.

Wie das Landesarbeitsgericht Hamm – unter Verweis auf die Autoren – zutreffend feststellt, geht das WissZeitVG auch für die Höchstbefristungszeiten gerade nicht von einem nach Jahren bestimmten Zeitraum aus. Obschon das WissZeitVG hier von „Jahren“ spricht, ist angesichts der Verlängerungs- und Nichtanrechnungstatbestände sowie anhand der gesetzlichen Intention

19 Die Beschäftigung fängt in der Regel unterjährig an und orientiert sich in den seltensten Fällen an starren Jahresgrenzen. Eine „gemischte Berechnung“ aus Jahren und unterjährigen Zeiträumen ist aus diesem der Regelfall und gegenüber eine tageweisen Betrachtung deutlich aufwendiger.

20 Auch in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. hieß es: „Die nach den Sätzen 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich“.

21 Gerade an den Universitätsklinikum ist eine Kumulation von verschiedenen Verlängerungs- und Nichtanrechnungszeiten sowie

von Bonuszeiten der Regelfall, da die beschäftigten Ärztinnen und Ärzte dort bis zur Erlangung des Facharztstitels oft sehr viel länger beschäftigt werden müssen (aus diesem Grund gesteht der Gesetzgeber 9 Jahre für die Qualifizierung zu), als dies bei den wissenschaftlichen Beschäftigten an Universitäten der Fall ist. An Universitäten werden letztlich vor allem Habilitanden in der Post-Doc Phase beschäftigt, sodass sich ein Großteil der „Rechenarbeit“ auf eine überschaubare Anzahl von Einzelfällen beschränkt.

klar, dass das WissZeitVG nicht von einer jahresweisen Betrachtung, sondern einheitlich von einer realen und tageweisen Betrachtung ausgehen muss, vgl. §§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 3, Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG²². „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG ist damit die Summe der tatsächlichen Tage im jeweiligen Zeitraum, mithin das entsprechende Kalenderjahr. § 191 BGB ist daher mangels eines „nach Jahren bestimmten Zeitraums“ schon im Ausgangspunkt tatbestandlich nicht anwendbar. Komplizierte Konstruktionen nach Grundsatz (§ 191 BGB), Ausnahme (§ 2 Abs. 3 WissZeitVG) und Rückausnahme (§ 191 BGB für unterjährigen Zeiträume) erübrigen sich danach ebenso, wie dogmatisch kaum zu überbrückende Begründungsschwierigkeiten:

Wie das Bundesarbeitsgericht selbst feststellt, ist „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG das Kalenderjahr und keine fiktive Rechengröße. Dies erkennt der Senat letztlich auch an, wenn er eine durchgehende Beschäftigung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG als den, vom Gesetzgeber, intendierten „Normalfall“ deklariert und hieraus auf den notwendigen Gleichlauf der Beschäftigungszeit und der Höchstbefristungszeit gegenüber den Beschäftigungsjahren erkennt²³. Das gewünschte Ergebnis lässt sich jedoch viel einfacher und ohne dogmatische Brüche durch eine teleologische Auslegung des „Jahres“ im Sinne von § 2 WissZeitVG mit anschließender Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. §§ 187, 188 BGB erreichen und ist aus diesem Grund vorzugswürdig.

Die Lösung des Bundesarbeitsgerichts überzeugt demgegenüber in dogmatischer Hinsicht kaum: § 2 Abs. 3 WissZeitVG regelt allein die Anrechnung von Beschäftigungsverhältnissen und nicht die (Ausgangs-) Höchstbefristungsdauer, gegenüber der anzurechnen ist. Darüber hinaus ist – worauf *Boemke*²⁴ zutreffend hinweist – kaum nachvollziehbar, warum § 191 BGB zwar von § 2 Abs. 3 WissZeitVG für die vollen Jahre verdrängt werde, § 191 BGB dann aber bei der Berechnung unterjähriger Zeiträume wieder zur Anwendung gelangen soll. Entweder es besteht ein Vorrang oder nicht. Darüber hinaus folgt auch aus den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts zur „einfachen und rechtssicheren“ Berechnung der unterjährigen Zeiträume kein stichhaltiges Argument, das die Rückausnahme zu § 191 BGB recht-

fertigen würde – zumal gemäß § 191 BGB für die hieraus abgeleitete tageweise Berechnung letztlich auch nichts entnommen werden kann. § 191 BGB ist zudem Auslegungsregel und auf Gesetze allenfalls analog anzuwenden. An einer entsprechenden Lücke dürfte es hier aber schon in Bezug auf § 2 Abs. 3 WissZeitVG fehlen. Schließlich ist § 191 BGB schon seinem Tatbestand nach nicht anwendbar. Es geht bei den unterjährigen Zeiträumen weder um nach „Jahren“ oder nach „Monaten“ bestimmte Zeiträume. Dem WissZeitVG liegt sowohl in Bezug auf die Beschäftigungs- als auch in Bezug auf die Höchstbefristungszeiten erkennbar nur eine tageweise Betrachtung zugrunde.

3. Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und Anrechnungsjahre gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG

Unklar bleibt schließlich, wie das Bundesarbeitsgerichts die „Jahre“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG verstehen wird.

Eine pauschale Betrachtung gem. § 191 BGB verbietet sich insoweit gegenüber § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG schon deshalb, weil die pauschalen „Bonuszeiten“ nicht teilbar sind. Ein „Jahr“ in diesem Sinne ist daher wiederum nicht fiktiv zu berechnen, sondern real, tageweise nach dem Kalenderjahr, in dem die Voraussetzungen für den Verlängerungstatbestand erstmalig eingetreten sind. Liegt in diesem Zeitraum ein Schaltjahr, so sind die Schalttage entsprechend zu berücksichtigen²⁵.

§ 2 Abs. 5 Satz 1, 2 WissZeitVG sehen die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses demgegenüber um „Zeiten“ vor, wobei für die Nr. 1, 2 und 5 „die Dauer von zwei Jahren“ nicht überschritten werden „soll“. Auch insoweit dürfte § 191 BGB nicht anwendbar sein. Die „Zeiten“ in § 2 Abs. 5 WissZeitVG sind nicht nach Jahren oder Monaten bestimmt und daher nach der tatsächlichen Dauer der jeweiligen Unterbrechung Tag genau zu berechnen²⁶. Rechtsgrundlage für die Berechnung ist insoweit allein § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG iVm. §§ 187, 188 BGB.

Schwieriger zu beurteilen ist die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG: Würde § 191 BGB angewendet, würde dies dazu führen, dass der zweijährige (Schaltjahres)-Auslandsaufenthalt nicht mehr vollstän-

22 Siehe im Einzelnen Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.

23 Gerade aus diesem Grund sollte im Falle von Unterbrechungen auf den Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses und die sich danach ergebende Höchstbefristungsgrenze abgestellt werden. Die konkret zur Verfügung stehenden Schaltjahrestage bleiben so unverändert, vgl. Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 128.

24 Boemke, jurisPR-ArbR 39/2020 Anm. 4. Boemke will letztlich für die Berechnung auf den Rechtsgedanken des § 189 Abs. 2 BGB abstellen. Hierfür dürfte es aber, ebenso wie für § 191 BGB, keinen Anlass geben.

25 Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 129.

26 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221 ff.

dig für die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht (der Schaltjahrestag entfiel). Auch dies wäre vor dem Hintergrund des Gesetzes und der Verlängerung nicht zu rechtfertigen, das dem Beschäftigten die Ausfallzeiten im Grundsatz vollständig erhalten will. Insofern dürfte sich schon aus dem „soll“ in § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG ergeben, dass auch Schaltjahre Berücksichtigung finden können und das „Jahr“ das reale Kalenderjahr meint. Im Falle von Unterbrechungen der Verlängerungszeiten muss der Beginn des Jahres der ersten Verlängerungszeit maßgeblich sein. Der Arbeitnehmer kann selbst über die Verlängerung seines Beschäftigungsverhältnisses und damit auch darüber entscheiden, welche Verlängerungszeiten eingepreist werden sollen.

4. Keine Nettopromotionszeit?

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts heißt es in Rn. 24: *„Die Einsparzeit ist nach ihrem tatsächlichen Umfang zu berechnen; § 191 BGB gilt insoweit nicht, da die Einsparzeit weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann.“*

Dies könnte gegen die Anerkennung einer Nettopromotionszeit²⁷ sprechen, da in der Anerkennung derselben letztlich eine Unterbrechung der „Einsparzeit“ nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG liegen würde. Das Bundesarbeitsgericht scheint insoweit jedoch vielmehr von der Unteilbarkeit der schließlich nach der Beendigung der Promotion anzurechnenden Einspar- bzw. Promotionszeit²⁸ auszugehen und hatte die Nettopromotionszeit offensichtlich insoweit auch nicht vor Augen. Die danach anzurechnende Einsparzeit (Nettopromotionszeit) kann in der Tat im Rahmen ihrer Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen nicht unterbrochen wer-

den. Die Entscheidung steht einer Anerkennung der Nettopromotionszeit daher einstweilen nicht entgegen.

V. Ausblick

Die unterschiedlichen Berechnungswege und -begründungen des Bundesarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte zeigen, dass es sich bei der Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen um eine durchaus anspruchsvolle und kontroverse Thematik handelt.

Wenngleich das Ergebnis des Bundesarbeitsgerichts schlussendlich überzeugt, kann der aus § 191 BGB und § 2 WissZeitVG bestehenden „Grundsatz-Ausnahme-Rückausnahme-Lösung“ letztlich nicht zugestimmt werden. Vielmehr erscheint es sachgerecht und praktikabel, den Begriff des „Jahres“ im WissZeitVG teleologisch hin zu einem tageweisen Verständnis auszulegen und auf dieser Grundlage eine Tag genaue Berechnung der Beschäftigungs- und auch der Höchstbefristungszeiten anzuerkennen. Nur so lassen sich Realität und Gesetz nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in einen angemessenen und dogmatisch stimmigen Ausgleich bringen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist Richterin am Bundesarbeitsgericht Stuttgart. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

27 Es ist umstritten, ob die sog. Nettopromotionszeit, d.h. die real für die Promotion aufgewandte Zeit maßgebend ist, oder die Bruttopromotionszeit, d.h. die Zeit zwischen Vergabe des Themas und dem Abschluss der Promotion nach der jeweiligen Promotionsordnung, vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254; vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 47; *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl.

2016, *WissZeitVG* § 2 Rn. 9; *Preis/Ulber*, *WissZeitVG*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54; *Löwisch/AR*, 9. Auflage 2019, *WissZeitVG* § 2 Rn. 3; *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 *WissZeitVG*, *OdW* 2020 S. 274 f.

28 Vgl. hierzu *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 *WissZeitVG*, *OdW* 2020 S. 261 ff., 274 f. mwN.

Karoline Haake

Lehre und Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 30.10.2020

Die Corona-Pandemie stellt die Hochschulen namentlich in den Bereichen Lehre und Prüfungen quasi von heute auf morgen vor neue, noch nie da gewesene Herausforderungen. Aus diesem Anlass befasste sich eine vom Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. ausgerichtete, erstmalig online stattfindende Tagung am 30.10.2020 mit aktuellen rechtlichen Fragestellungen bezüglich Lehre und Prüfungen in der Coronazeit. Die Tagung nahm diese besondere Situation zum Anlass, um sich mit dem Prüfungsrecht in Hinblick auf Online-Prüfungen sowie mit datenschutzrechtlichen Problemen der Online-Lehre und Online-Prüfungen auseinanderzusetzen, rechtlichen Anpassungsbedarf zu beschreiben und praxisnahe Möglichkeiten einer solchen Anpassung aufzuzeigen.

Prof. Volker Epping eröffnete die Tagung als Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts mit der Beobachtung, dass die etwa 200 Teilnehmenden ein starkes Anzeichen für die Relevanz des Themas seien, welches die Hochschulen aktuell vor viele Fragen stelle. Als Präsident der Leibniz Universität Hannover müsse er sich seit Beginn der Corona-Pandemie mit vielzähligen praktischen und rechtlichen Problemen auseinandersetzen, um rechtssichere Prüfungen durchführen zu können, die gleichzeitig dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen.

I. Prüfungsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie

Mit prüfungsrechtlichen Fragestellungen befasste sich der Vortrag mit anschließender Fragerunde von *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich* (Richter, derzeit am Verwaltungsgericht Berlin).¹

Die Referenten machten zunächst deutlich, dass im Prüfungsrecht streng zwischen dem Prüfungsverfahren

selbst und der Bewertung der Leistung, welche im Prüfungsverfahren abgeliefert wurde, zu unterscheiden sei. Durch die Corona-Pandemie stellen sich Schwierigkeiten hauptsächlich in der Gewährleistung eines fehlerfreien Prüfungsverfahrens. Diese sollten aber nicht zu Anpassungen in der Bewertung, sondern nur zu Anpassungen im Prüfungsverfahren führen.

Hochschulprüfungen hätten immer auch Grundrechtsrelevanz. Wegen der negativen Auswirkungen im Falle des Nichtbestehens einer berufsqualifizierenden Prüfung stelle jede Prüfung dabei einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, welcher aber regelmäßig dadurch gerechtfertigt sei, dass durch die Prüfung der Nachweis der für den Beruf erforderlichen Qualifikation gebracht werden solle. Dieser Eingriff muss dabei unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschehen. Gleichzeitig vermittele Art. 12 Abs. 1 GG den Studierenden auch ein subjektives Recht auf Durchführung der Prüfung, welches beachtet werden müsse.

Zudem sei bei der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens der sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Grundsatz der Chancengleichheit zu wahren. Ein Prüfling im Prüfungsverfahren habe das Recht darauf, nicht durch ein unterschiedlicheres und womöglich schwierigeres Verfahren schlechter gestellt zu werden als seine Mitprüflinge.²

Aufgrund des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG seien für die Prüfung, deren konkrete Prüfungsart sowie die Prüfungsmodalitäten hinreichende Rechtsgrundlagen erforderlich. Während die wesentlichen Entscheidungen dabei vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen, dürfen Einzelheiten der Prüfung in untergesetzlichen Normen wie Prüfungsordnungen der Hochschulen geregelt werden. Diese müssen aber genaue Angaben zum Prüfungsverfahren, zulässigen Prü-

1 *Fischer* ist Herausgeber und *Dieterich* neuer Autor des Standardwerks *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht. Die Referenten verfassten schon zu Beginn der Corona-Pandemie einen Aufsatz zum Prüfungsrecht in Coronazeiten, veröffentlicht in *NVwZ* 2020, 657 ff.

2 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

fungsarten und wesentlichen Prüfungsmodalitäten erhalten.³ Entspreche im Folgenden die Gestaltung einer Prüfung nicht den in der Prüfungsordnung niedergelegten Vorgaben, sei sie rechtswidrig und bei Anfechtung durch den Prüfling grundsätzlich zu wiederholen. Ob pandemiebedingte Anpassungen der Prüfungsordnung insbesondere hinsichtlich Online-Prüfungen vorgenommen werden müssen, hänge daher davon ab, ob die konkret gewählte Prüfungsart und -modalitäten von der bestehenden Prüfungsordnung gedeckt werden.

Im Prüfungsverfahren sei dabei grundsätzlich zwischen drei Prüfungsarten zu unterscheiden: Schriftliche Prüfungen, unter denen Hausarbeiten und Klausuren verstanden werden, daneben mündliche Prüfungen, zu denen auch praktische Prüfungen gezählt werden können, und elektronische Prüfungen.

Trotz unterschiedlicher Bezeichnung⁴ seien die aufgrund der Corona-Pandemie online durchgeführten Prüfungen nicht unter den Begriff der elektronischen Prüfung zu subsumieren. Denn bei letzterer handelt es sich um eine eigene Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer mittels eines Prüfprogramms unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.⁵ Eine solche Prüfung kann durch audiovisuelle oder interaktive Elemente stark von schriftlichen oder mündlichen Prüfungen abweichen und erfordert dafür in der Prüfungsordnung eine eigene Rechtsgrundlage.

Eine Online-Prüfung sei dagegen eine Prüfung mit elektronischen Informations- und Kommunikationsmitteln, bei der Prüfer und Prüfling sich in unterschiedlichen, nicht offiziellen Prüfungsräumen befinden. Dabei handele es sich grundsätzlich um keine eigene Prüfungsart, sondern nur einen anderen Übermittlungsweg für eine schriftliche oder mündliche Prüfung, sodass grundsätzlich aufgrund des Online-Stattfindens allein keine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden müsse.

Online-Prüfungen können dabei als mündliche Online-Prüfung, als Take Home-Arbeit oder als Klausur unter Videoaufsicht (sog. Proctoring) durchgeführt werden. Mündliche Online-Prüfungen seien dabei grundsätzlich ohne Änderung der Prüfungsordnung möglich, es sei denn, es gebe spezielle Verfahrensregelungen (z.B. zur Öffentlichkeit der Prüfung, räumlichen Anwesenheit während der Prüfung oder zur Anzahl der Prüflinge),

von denen abgewichen werde. Bei der Take Home-Arbeit, bei der regelmäßig auch die Nutzung von Hilfsmitteln zulässig, zumindest aber nicht zu verhindern sei, handele es sich jedoch nicht um eine Klausur, sondern um eine Hausarbeit. Charakteristisch für Hausarbeiten sei es, dass diese mit Hilfsmitteln ohne Aufsicht angefertigt werden dürfen, während eine Klausur per definitionem eine Aufsichtsarbeit ist. Daher kann unter einer online durchgeführten Klausur nur eine Leistung verstanden werden, die mithilfe von Proctoring überwacht wird. Soll eine Take Home-Arbeit angefertigt werden, während die Prüfungsordnung eine Klausur verlangt, muss diese folglich angepasst werden.

Auch wenn dies nicht der Fall ist, könne eine Anpassung der Prüfungsordnung sinnvoll sein, um Rechtssicherheit für die Prüfungen zu gewährleisten. So könne klarstellend ergänzt werden, dass Prüfungen auch über elektronische Kommunikationsmittel stattfinden können. Eine Anpassung der Prüfungsordnung hinsichtlich der Online-Prüfungen sei auch notwendig, wenn dies durch den Landesgesetzgeber vorgeschrieben wird.⁶

Eine Alternative zur Änderung der Prüfungsordnung könne auch das bewusste Abweichen von der Prüfungsordnung mit vorherigem Einverständnis des Prüflings sein.⁷ Sofern das Einverständnis freiwillig und voll informiert gewesen sei, sei es für den Prüfling im Anschluss nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB unzulässig, sich auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung zu berufen und die Prüfung aus diesem Grund anzufechten.

Im Anschluss ordneten die Referenten ein, inwieweit welche Online-Prüfungsformen mit den grundrechtlichen Prüfungsgrundsätzen übereinstimmen. Aus dem Leistungsrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG (Recht auf Prüfung) folge grundsätzlich die Pflicht der Hochschule, die Prüfungsverfahren ohne vermeidbare Verzögerungen durchzuführen und in angemessener Zeit abzuschließen.

Besondere Schwierigkeiten können sich durch die Online-Prüfungen bei der Absicherung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG bieten, insbesondere hinsichtlich der technischen Ausstattung der Prüflinge. Probleme im Prüfungsverfahren dürfen dabei jedoch nicht zu inhaltlichen Absenkungen der Prüfungsanforderungen führen, sondern müssen im Rahmen des Prüfungs-

3 Das BVerwG verlangt etwa eine Festlegung der konkreten Zahl der Prüfer und des Verfahrens im Falle von Bewertungsdifferenzen, Urteil v. 10.4.2019 – BVerwG 6 C 19.18.

4 In Berlin als digitale Prüfung, in Bayern als Fernprüfung bezeichnet.

5 Vgl. die Unterscheidung zwischen elektronischer und Online-Prüfung in §§ 96a, 107a der fächerübergreifenden Prüfungsordnung der Humboldt Universität zu Berlin (ZSP-HU).

6 In § 32 Abs. 8 BerlHG heißt es etwa: „Hochschulprüfungen können auch in digitaler Form durchgeführt werden. Näheres regelt die Hochschule in der Rahmenstudien- und -prüfungsordnung.“

7 Akzeptiert von OVG Bremen, Beschluss v. 2.12.2010 – 2 A 47/08. Die Philipps-Universität Marburg hat eine solche Möglichkeit in § 4 ihrer Satzung über Abweichungen im Zulassungs-, Studien- und Prüfungsrecht während der SARS-CoV-2-Pandemie 2020 kodifiziert.

verfahrens (etwa durch Zeitzuschlag) selbst ausgeglichen werden. Eine Verletzung der Chancengleichheit gegenüber anderen Prüfungsdurchgängen sei eher unwahrscheinlich, da Vergleichsgruppen zur Ermittlung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht jahrgangsübergreifend gebildet werden können, sondern immer nur durch die jeweiligen Prüfungskohorten abgebildet werden.

Die erhöhte Täuschungsanfälligkeit insbesondere der Take Home-Arbeiten berge ebenfalls Rechtsunsicherheit: Gelingt durch Täuschung vielen Prüflingen die Prüfung besonders gut, könne sich der relative Bewertungsmaßstab des Prüfers nach oben verschieben, wodurch die Bewertung der Prüfung verzerrt werde. Der besonders gute Ausfall einer Prüfung beeinflusse nämlich in der Regel die Einschätzung des Prüfers von der Schwierigkeit der Prüfung sowie dessen Annahme, worin eine durchschnittliche Leistung liegt, auf deren Basis die abgestuften Noten gebildet werden. Dies stelle einen Bewertungsfehler dar, der zur gerichtlichen Annullierung der Prüfung führen könne.⁸

Werde eine Take Home-Arbeit zudem allein durch Täuschung gelöst, sei diese nicht mehr geeignet, einen Nachweis über die Berufsqualifikation des Prüflings darzustellen. Da die Prüfung aber einen Grundrechtseingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bedeute, sei diese mangels Eignung dann nicht mehr verhältnismäßig. Die Vorteile durch Täuschung sollen daher durch die Prüfungsersteller durch eine entsprechende Aufgabenstellung (z.B. mehr Transferaufgaben, weniger reine Wissensabfrage) möglichst gering gehalten werden.

Die anschließende Fragerunde moderierten *Prof. Ulrike Gutheil* (ehemalige Kanzlerin der TU Berlin, Staatssekretärin im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg a.D.) und *Prof. Volker Epping*. Teilnehmende konnten ihre Fragen dabei nicht nur bereits im Vorfeld online einreichen, sondern auch während der Veranstaltung mithilfe der Chatfunktion stellen.

Die Referenten stellten dabei zunächst klar, dass ein Anspruch auf Durchführung einer konkreten Prüfungsart oder -form sich grundsätzlich nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG

herleiten ließe. Vielmehr stehe den Hochschulen das Organisationsermessen in dieser Hinsicht zu, sofern nicht eine bestimmte Prüfungsart im Hochschulgesetz oder in der Prüfungsordnung kodifiziert sei. Wenn in absehbarer Zeit Präsenzprüfungen nicht möglich sind, könne sich aus dem Anspruch auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelfall die Pflicht ergeben, alle zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um irgendeine Form von Prüfung zu ermöglichen. Ein Wahlrecht des Prüflings zwischen Präsenz- und Online-Prüfungen besteht dabei aber grundsätzlich nicht.⁹ Ansprüche auf bestimmte Prüfungsformen können sich allerdings im Einzelfall verdichten, wenn dem Prüfling die Prüfung anders nicht möglich oder zumutbar ist.¹⁰

Auch technische Störungen im Verlauf der Online-Prüfung dürfen nicht allein der Verantwortung des Prüflings zugewiesen werden. Die Beweislast liege vielmehr bei der Hochschule.¹¹ Können diese sich exkulpieren und nachweisen, dass von ihrer Seite aus technisch keine Fehler vorlagen, müsse der Prüfling den Gegenbeweis antreten, dass die Störung ebenfalls nicht aus seiner Verantwortungssphäre stamme. Gleichzeitig gelte aber für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren die Rügeobliegenheit für den Prüfling. Unterlasse der Prüfling eine unverzügliche Rüge eines Fehlers im Prüfungsverfahren, könne er sich später nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen. Praktisch zu empfehlen sei den Hochschulen die Durchführung eines Funktionstests mit dem Prüfling, um Rügen vorzubeugen.

Ein veränderter Umgang mit Prüfungsrücktritten sei jedoch aufgrund der Corona-Pandemie nicht gerechtfertigt. Rücktritte mit Wiederholungsrecht seien weiterhin nur unter den üblichen Voraussetzungen – Nachweis der Prüfungsunfähigkeit und unverzügliche Rücktrittserklärung – möglich. Schwierige Prüfungsbedingungen im Rahmen der Pandemie seien allein kein Rücktrittsgrund.¹² Die Gewährung eines voraussetzungslosen Rücktritts nur aufgrund der Pandemie eröffne eine zusätzliche Prüfungschance trotz nicht nachgewiesener Prüfungsunfähigkeit und stelle daher einen Verstoß gegen die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG dar.

8 Ähnlich VG Berlin, Beschluss v. 20.6.2008 – 3 A 226.08.

9 Ein solches dürfe jedoch wie in § 8 der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) freiwillig in der Prüfungsordnung normiert werden. Soll ein Wahlrecht zwischen Online- und Präsenzprüfungen durch die Prüfungsordnung vermittelt werden, sei aber wichtig, an beide Prüfungsformen die gleichen Leistungsanforderungen zu stellen, um nicht die Chancengleichheit zwischen den Prüflingen zu verletzen. So dürfe die Online-Prüfung dann etwa nicht als Take Home-Arbeit und damit als Kurzarbeit durchgeführt werden, während die Präsenzprüfung als Klausur angefertigt wird.

10 Z. B. ein Anspruch auf eine Online-Prüfung wegen Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe (vom OVG Niedersachsen zu Zeiten niedriger Infektionsraten für einen Raucher noch abgelehnt, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20).

11 VG Sigmaringen, Urteil v. 28.1.2020 – 4 K 5085/19, nachfolgend VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 15.6.2020 – 9 S 1116/20, vgl. auch § 9 Abs. 1 S. 3 BayFEV.

12 VG Berlin, Beschluss v. 20.4.2020 – 3 L 155.20, 3 L 159.20; bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 21.4.2020 – OVG 3 S 30.20, 3 S 31.20; vgl. auch VG Braunschweig, Beschluss v. 6.10.2020 – 6 B 160/20.

Um das Infektionsrisiko zu verringern, sei es auf Grundlage des Hausrechts der Hochschule auch gerechtfertigt, in der Hochschule zur Anfertigung der Prüfung eine Maskenpflicht zu verhängen.¹³ Einem Prüfling mit Erkältungssymptomen die Teilnahme an einer Präsenzprüfung zu verweigern, würde einen Eingriff in sein Recht auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Ein solcher Eingriff könnte etwa aus gefahrenabwehrrechtlicher Sicht gerechtfertigt sein, sofern ein solches Betretungsverbot in einer Rechtsgrundlage kodifiziert sei.¹⁴

II. Datenschutz in Zeiten der Coronavirus-Pandemie

Der Vortrag von *Prof. Rolf Schwartmann* (Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln) beleuchtete die datenschutzrechtliche Perspektive von Online-Lehre und -Prüfungen.¹⁵

Schwartmann betonte zunächst, dass selbst, wenn im Online-Prüfungsverfahren nicht gegen das Prüfungsrecht verstoßen worden sei, unabhängig davon trotzdem noch ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegen und ein gerichtliches Verfahren nach sich ziehen könne. Denn die Studierendendaten, welche bei Online-Lehre und -Prüfungen verarbeitet werden, sind personenbezogene Daten und unterstehen daher dem Regime der DSGVO. Diese setze einen engen Rahmen für den Datenschutz, der nicht pandemiebedingt ausgesetzt werden könne. Weder die DSGVO noch die konkretisierenden Bundes- und Landesdatenschutzgesetze bieten den Hochschulen Spielräume beim Datenschutz.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten müsse für die Rechtmäßigkeit der Online-Lehre und -Prüfungen daher durch Art. 6 DSGVO erlaubt sein. In Betracht komme eine Einwilligung der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c) oder die Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Erfüllung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO. Eine Einwilligung zur Datenverarbeitung müsse also nicht eingeholt werden, wenn die Verarbeitung nach anderen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO rechtmäßig sei.

Für die Online-Lehre bedeute dies, dass die Verarbeitung der Studierendendaten in der Videokonferenz grundsätzlich zur Aufgabenerfüllung – Durchführung der Lehre und die Vermeidung eines „Nullsemesters“ – erforderlich sei, weil es in der Coronazeit im Massenbetrieb keine Alternativen gebe. Der Mitschnitt dieser Videokonferenz sei jedoch weder zur Herstellung einer „Konserve“ für die Studierenden noch zur Verfolgung von Lernfortschritten erforderlich. Die betroffenen Studierenden müssten die Hochschule daher per Einwilligung dazu legitimieren. Diese Einwilligung kann jedoch jederzeit gem. Art. 7 Abs. 3 DSGVO mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Faktisch sei diese laut *Schwartmann* daher unbrauchbar, da selbst bei Einwilligung aller Teilnehmenden der Videokonferenz unter mündlicher Beteiligung der Mitschnitt gelöscht werden müsse, wenn nur eine Person die Einwilligung später widerrufe und die Beiträge der Person nicht aus dem Mitschnitt entfernt werden können.

Weitere Unsicherheiten hinsichtlich der Durchführung der Online-Lehre bieten sich bei der Auswahl des richtigen Tools für Videokonferenzen. Dabei müssen die Hochschulen nach Art. 32 DSGVO technisch-organisatorische Maßnahmen unter Berücksichtigung des Stands der Technik ergreifen, um die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. *Schwartmann* machte deutlich, dass auch, wenn sich die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) etwa in einem Positionspapier gegen die Nutzung von Microsoft 365 aussprach oder in der öffentlichen Diskussion Kritik an nicht in der EU gehosteten Tools wie Zoom bestehe, die Benutzung dieser Tools bislang nicht rechtlich unzulässig sei, da weder eine bindende Untersagungsverfügung durch die Datenschutzaufsichtsbehörden noch eine gerichtliche Untersagung vorliege.

Die Auswahl des Tools obliege dabei der Hochschule. Datenschutzrechtlich müssen Hochschulen mit Software-Anbietern eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abschließen, die den inhaltlichen Anforderungen des Art. 28 Abs. 3 DSGVO entsprechen muss.¹⁶

Ferner müsse die Hochschule Betroffenenrechte sowie technisch-organisatorische Pflichten nach der DSGVO beachten. Nicht nur aus dienstrechtlichen Gründen sollten sich die Hochschullehrer an diese Vorgaben

13 Ablehnend im Mai noch VG Göttingen, Urteil v. 27.5.2020 – 4 B 112/20; bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

14 Z.B. § 7 der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg.

15 *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie

Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jasfers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

16 Entsprechende Vorlagen stelle etwa die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. online bereit.

der Hochschulen halten, sondern auch aus datenschutzrechtlichen Erwägungen. Denn trotz der grundsätzlichen Erlaubtheit von abweichenden Formaten aufgrund der Lehr- und Weisungsfreiheit treffen den Hochschullehrer die Konsequenzen von Alleingängen, da nunmehr der Lehrende selbst datenschutzrechtlich allein verantwortlich sei.

Bezüglich der Durchführung von Online-Prüfungen muss auch im Datenschutzrecht zwischen den verschiedenen Prüfungsarten unterschieden werden. Für Hausarbeiten ändere sich dabei nichts, da diese weiterhin aufsichtsfrei unter Verfügbarkeit von Hilfsmitteln angefertigt werden.

Online-Klausuren, die mithilfe einer Videoaufsicht überwacht werden (Proctoring), seien jedoch datenschutzrechtlich nicht zulässig. Denn beim Proctoring den Prüflingen die technische und räumliche Hoheit über ihre eigene Beaufsichtigung zu verantworten und dies per Videokamera zu überwachen, verletze die Prüflinge in Art. 13 Abs. 1 GG, da die Klausur i.d.R. in der eigenen Wohnung und damit im privaten räumlichen Rückzugsbereich angefertigt werde, sowie in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Videoaufsicht sei auch nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO zur Aufgabenwahrnehmung der Hochschule erforderlich, da ein milderer Mittel die Anfertigung von Take Home-Arbeiten darstelle. Eine Einwilligung in die Videoaufsicht müsse zudem freiwillig sein. Hier sei jedoch sehr fraglich, ob im Verhältnis zwischen Prüfer und Prüfling aufgrund des Machtungleichgewichts nicht ein faktischer Zwang zum Einverständnis vorliege. Zudem bestünde keine echte und freie Wahl, wenn der Prüfling bei Verweigerung der Videoaufsicht auf die Durchführung seiner Prüfung verzichten müsste. Aber auch ein Wahlrecht zwischen der Online-Klausur mit Einwilligung in die Videoaufsicht und der Ablegung einer Präsenzklausur könne das Problem der Freiwilligkeit der Einwilligung oftmals nicht überwinden. Denn eine echte und freie Wahl zwischen zwei gleichwertigen Prüfungsalternativen liege zumindest für einen Risikopatienten während der Coronapandemie nicht vor, wenn dieser bei Durchführung einer Präsenzprüfung eine Infektion und damit ein erhebliches Gesundheitsrisiko befürchten muss.¹⁷ Eine Aufzeichnung und automatische Auswertung der Online-Klausur zu Aufsichtszwecken sei datenschutzrechtlich erst recht unzulässig.

17 Trotz der Wahlmöglichkeit in § 8 BayFEV schätzte *Schwartmann* die Klausuranfertigung unter Videoaufsicht i. S. d. § 6 BayFEV als datenschutzrechtlich unzulässig ein. Unzulässig sei zudem die Möglichkeit der Aufzeichnung und automatischen Auswertung nach § 6 Abs. 4 BayFEV.

Schwartmann empfahl stattdessen die Durchführung von Take Home-Arbeiten. Um Täuschungen zu vermeiden, könne dabei auf Transferaufgaben gesetzt und die Bearbeitungszeit knapp gehalten werden. Außerdem können von den Prüfungsbehörden ausschließlich handschriftliche Ausarbeitungen akzeptiert werden, welche eingescannt einzureichen sind, um „Copy-Paste-Antworten“ zu vermeiden. Zur Identitätsfeststellung des Prüflings könne gleichzeitig noch die eingescannte Unterschrift angefordert werden.

Auch bei der anschließenden Korrektur der schriftlichen Prüfung müsse datenschutzrechtlich zulässig vorgegangen werden. Selbst, wenn sich anhand der Matrikelnummer nicht direkt eine Person zuordnen lässt, handelt es sich um personenbezogene Daten. Eine dezentrale Abgabe der Ausarbeitung, bei der die Arbeit direkt an den Korrektor per Mail gesendet wird, offenbart neben der Matrikelnummer zusätzlich noch die Mail-Adresse und im Zweifelsfall die Person des Prüflings. Sowohl aus datenschutzrechtlicher als auch aus prüfungsrechtlicher Perspektive solle daher eine zentrale Ausgabe und Abgabe der Prüfung erfolgen.¹⁸ Eine Speicherung der digitalen Ausarbeitung auf dem Computer des Korrektors bereite zudem Bedenken hinsichtlich des Zugriffs Dritter auf dem Computer. Beim Versenden der Prüfungsunterlagen an einen Korrektor außerhalb der Universität verließen die Unterlagen schließlich den Herrschaftsbereich der Hochschulen, sodass diese im Zweifel nicht mehr nachvollziehen können, wie dort mit den Prüfungsunterlagen verfahren wird. Auch bei der Korrektur sei die Hochschule nach Art. 32 DSGVO dafür verantwortlich, die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. Prüfungsrechtlich müsse zudem die Akteneinsicht des Prüflings in die Korrektur weiterhin möglich bleiben.¹⁹

Mündliche Prüfungen per Videokonferenz seien mangels Alternative zur Aufgabenwahrnehmung durch die Hochschule erforderlich und daher datenschutzrechtlich zulässig. Es sei dabei Aufgabe der Hochschule, für eine stabile Infrastruktur zu sorgen und das richtige Tool i. S. d. Art. 32 DSGVO auszuwählen. Ebenfalls wie bei der Online-Lehre sollten sich die Prüfer an die Auswahl der Tools halten, um die Verantwortung für datenschutzrechtliche Alleingänge zu vermeiden. Eine Aufzeichnung der Prüfung unter Verwendung personenbezogener Daten der Teilnehmer etwa als Ersatz für das schriftliche Protokoll sei dabei jedoch nicht zur Aufga-

18 Etwa über die Plattformen Moodle oder ILIAS.

19 Aus diesen Gründen empfahl *Schwartmann* das zentrale Sammeln der Prüfungsunterlagen, welche dann ausgedruckt und außerhalb von digitalen Medien dem Korrektor übergeben werden.

benerfüllung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO erforderlich und daher nur mit Einwilligung aller Beteiligten möglich. Dies berge aufgrund der Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung wiederum Rechtsunsicherheit.

Wenn die Datenverarbeitung durch die gewählte Art der Online-Lehre oder -Prüfungen datenschutzrechtlich grundsätzlich zulässig ist, stelle sich weiterhin die Frage, ob eine Anpassung der Prüfungsordnung erforderlich sei. Selbst, wenn eine solche prüfungsrechtlich nicht notwendig sei, habe die Verarbeitung personenbezogener Daten stets auf einer Rechtsgrundlage zu erfolgen. *Schwartmann* empfahl daher, eine entsprechende Formulierung in der Prüfungsordnung aufzunehmen.²⁰

Verstößt die durchgeführte Online-Prüfung gegen Datenschutzrecht, bleibe fraglich, ob ein solcher Verstoß auch auf das Prüfungsrecht durchschlage und damit einen Fehler im Prüfungsverfahren bedeute. Handelt es sich bei der Prüfung um einen Verwaltungsakt, sei dies nach § 46 VwVfG zu bestimmen: Entscheidend sei im Einzelfall, ob der datenschutzrechtliche Verstoß das Ergebnis der Prüfung beeinflusst hat.

In der anschließenden Fragerunde, moderiert vom Kanzler der Universität Köln *Dr. Michael Stückradt* und *Prof. Ulrike Gutheil*, stellte *Prof. Schwartmann* zunächst klar, dass es zur Durchführung einer mündlichen Prüfung per Videokonferenz erforderlich sei, für den Prüfer sichtbar teilzunehmen, sodass eine entsprechende Pflicht für den Prüfling nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO rechtmäßig sei. Ansonsten könne die Identitätsfeststellung des Prüflings nicht erfolgen. Zudem zulässig sei die Vorgabe für den Prüfling, vor Durchführung der mündlichen Online-Prüfung die Kamera durch den Raum zu schwenken, um zu zeigen, dass sich keine weitere Person im Raum befinde. Ansonsten könne die mündliche Prüfung aufgrund ihrer Täuschungsanfälligkeit nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden, sodass diese Überprüfung ebenfalls zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sei.

Der Unterschied der mündlichen Online-Prüfungsmittels Videokonferenz zur nach *Schwartmann* unzulässigen Videoaufsicht bei Online-Klausuren sei zunächst, dass das unmittelbare Gegenüberstehen von Prüfer und Prüfling der mündlichen Prüfung – ob online oder in Präsenz – grundsätzlich immanent sei, während dies bei der Präsenzklausur nicht der Fall sei. Zudem gebe es anstelle der Online-Klausur mit Proctoring das mildere Mittel der Take Home-Arbeit, sodass keine Erforderlichkeit für die Videoaufsicht nach der DSGVO vorliege.

Die Videoaufsicht sei auch nicht vergleichbar zu der Aufsicht, die bei Präsenzklausuren erfolge. Entscheidender Unterschied sei, dass die Hochschulen sich mit der elektronischen Überwachung aufgrund der Datenverarbeitung dem Regime der DSGVO unterwerfen, welche die personenbezogene Datenverarbeitung grundsätzlich verbietet, wenn nicht ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 DSGVO vorliegt. Die Videoüberwachung sei daher ebenso unzulässig, wenn sie durch zertifizierte Prüfungszentren oder durch Dritte, mit der Aufsicht beauftragte Unternehmen erfolge.

III. Resümee und Ausblick

Ob Online-Lehre und Online-Prüfungen rechtmäßig sind und ob ein rechtlicher Anpassungsbedarf der Prüfungsordnungen besteht, ist sowohl prüfungsrechtlich als auch datenschutzrechtlich getrennt zu beurteilen. Größtes Problem ist dabei, die Präsenzklausur zu ersetzen, solange diese pandemiebedingt nicht möglich ist. Während aus prüfungsrechtlicher Sicht zur Gewährleistung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG Online-Klausuren mit Videoaufsicht den Take Home-Arbeiten vorzuziehen sind, scheinen diese datenschutzrechtlich nur schwer durchführbar zu sein. Eine ideale Alternative besteht daher wohl noch nicht.

Anpassungen der Prüfungsordnungen müssen in prüfungsrechtlicher Hinsicht höchstens gemacht werden, wenn von der in der Prüfungsordnung vorgeschriebenen Prüfungsart oder den Prüfungsmodalitäten abgewichen wird. Datenschutzrechtlich ist es jedoch notwendig, in der Prüfungsordnung oder im Hochschulgesetz eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu schaffen.

Im Verlauf der Fragerunden wurde schnell deutlich, dass aufgrund der hohen Teilnehmerzahl sowie des äußerst relevanten Themas der Tagung sehr vieler, teilweise spezielle Fragen aufkamen, welche im zeitlichen Rahmen der Tagung nicht mehr geklärt werden konnten. Die Referenten und Veranstalter erklärten sich daher bereit, zeitnah noch eine zweite Veranstaltung durchzuführen.

Karoline Haake ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover tätig.

20 Z. B. „Prüfungen können online und in elektronischer Form abgenommen werden.“

Ausschreibung des Preises für Wissenschaftsrecht

Der 1994 gegründete Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts verfolgt das Ziel, das Wissenschaftsrecht einschließlich seiner Bezüge zur gesamten Rechtsordnung zu fördern.

Vor diesem Hintergrund hat sich der Verein entschlossen, erstmals im Jahre 2011 und nun bereits zum fünften Mal einen Preis für Wissenschaftsrecht zu vergeben, mit dem herausragende Arbeiten zur Fortentwicklung des Wissenschaftsrechts prämiert werden sollen. Für die Bewertung der Arbeit sind insbesondere folgende Kriterien maßgeblich: der Beitrag zur Fortentwicklung des Wissenschaftsrechts und die Qualität der Bearbeitung der Fragestellung sowie ihre Praxisrelevanz.

Der Preis ist mit 5.000 Euro dotiert.

Der Preis ist für herausragende Arbeiten von Wissenschaftlerinnen/ Wissenschaftlern vorgesehen, die seit 2017 auf dem Gebiet des Wissenschaftsrechts verfasst wurden.

Bewerbungen und Vorschläge sind unter Einreichung der Publikation, eines Kurzlebenslaufes der Autorin/des Autors beziehungsweise der Autorinnen und Autoren, gegebenenfalls der Rezensionen und bei Qualifikationsschriften auch der Gutachten **bis zum 31. Januar 2020** möglich.

Die Unterlagen sind elektronisch als PDF-Datei über ein Online-Formular an die Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts **einzureichen**:

<https://www.verein-wissenschaftsrecht.de>

(unter Preis für Wissenschaftsrecht -> Ausschreibung).

Der Vorstand und der Vorsitzende des wissenschaftlichen Beirats des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts wählen die Preisträgerin/den Preisträger aus.

Die Preisverleihung wird im Verlaufe des Jahres 2021 erfolgen.

Die bisherigen Preisträger des Vereins sind:

• **2011 Prof. Dr. Klaus F. Gärditz** (Habilitationsschrift zum Thema „Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung“),

• **2013** zu gleichen Teilen **Dr. Ilse-Dore Gräf** (Dissertation zum Thema „Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten. Legitimation und Grenzen“) sowie **Dr. Jörg Stalleiken** (Dissertation zum Thema „Drittmittelforschung im Einkommens- und Körperschaftssteuerrecht. Unter besonderer Beachtung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen“),

• **2015 Dr. Sebastian Madeja** (Dissertation zum Thema „Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung“).

• **2017 PD Dr. Margrit Seckelmann** (Habilitationsschrift zum Thema „Evaluation und Recht – Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensgewinnung durch (Wissenschafts-)Evaluationen“).

Für weitere Informationen steht die Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts zur Verfügung:

Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts e. V.
c/o con gressa GmbH

Maria Kepinska

Engeldamm 62, 10179 Berlin

T. +49 30 284938-45

F. +49 30 284938-50

E. info@vfdiw.de

Friedrich Carl von Savigny

*Schriftsteller und Universitätslehrer*¹

Der Schriftsteller redet zu Allen, die an seiner Wissenschaft theil nehmen, Gegenwärtigen und Künftigen, ohne Unterschied ihrer Bildungsstufe. Die Allgemeinheit und Unbestimmtheit, in welcher dieses Publicum vor der Seele des Schriftstellers steht, wird unvermeidlich auch seinem Vortrag einen allgemeinen Charakter geben. Sein Werk hat in dem Maaße Werth, als dadurch für die Begründung oder Entwicklung der Wissenschaft ein neuer Gewinn entsteht. Es kommt also nur in Betracht als einzelne Tatsache in der Geschichte dieser Wissenschaft, und der Schriftsteller selbst ist gleichsam nur ein Organ des idealen Geistes, durch welchen diese Wissenschaft fortgehend gebildet wird. So wirkt Alles zusammen, um die Persönlichkeit des Schriftstellers, und den besonderen Weg seiner individuellen Entwicklung, dem Auge des Lesers zu entrücken.

Ganz anders der Universitätslehrer. Ihm gegenüber steht eine Anzahl bestimmter, persönlich bekannter Individuen, Alle auf ziemlich gleicher Bildungsstufe, dieser Wissenschaft in der Regel noch unkundig, aber mit frischer, ungenutzter, unabgenutzter Jugendkraft. Diesen Schülern soll die Wissenschaft, soweit sie gegenwärtig entwickelt ist, in dem Lehrer gleichsam personifiziert erscheinen. Er soll das, was in langer Zeit und sehr allmählich entstanden ist, so lebendig in sich aufgenommen haben, daß ein ähnlicher Eindruck entsteht, als wäre die Wissenschaft jetzt und mit einem Male in seinem Geist erzeugt worden. Indem nun so der Lehrer die Genesis des wissenschaftlichen Denken unmittelbar zur An-

schauung bringt, wird in dem Schüler die verwandte geistige Kraft geweckt und zur Reproduktion gereizt; er wird nicht bloß lernen und aufnehmen, sondern lebendig nachbilden was ihm in lebendigem Werden zur Anschauung gebracht wird. Auch schon im Bücherstudium machen wir die Erfahrung, daß uns oft Ansichten oder Tatsachen vor Auge treten, wohl auch deutlich und überzeugend werden, ohne sich uns bleibend einzuprägen, während dieselben Gedanken, bei günstiger Stimmung unseres Geistes, von dessen productiver Kraft erfaßt, und so uns assimiliert und angeeignet werden. Was nun hierin meist die Wirkung ganz subjectiver und zufälliger Umstände, zuweilen das Verdienst geistreicher Darstellung des Schriftstellers ist, da kann und soll bei recht angewendetem persönlichen Unterricht die regelmäßige Frucht dieser Form der Mitteilung sein.

Nun kann sich zwar diese höhere Wirksamkeit persönlicher Mitteilung unter allen Umständen bewähren; aber daß sie gleich mit dem ersten Eintritt in die Wissenschaft verbunden wird, daß die Frische des Jünglingsalters hinzutritt, und die Wechselwirkung Vieler, die gleichzeitig denselben Eindruck an sich erfahren, das ist es, was den Universitäten ihren hohen, durch Nichts zu ersetzenden Werth verleiht.

1 Friedrich Carl von Savigny, Wesen und Werth der deutschen Universitäten, in Ranke (Hg), Historisch Politische Zeitschrift, 1832, S. 569, 571 f.

