

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2020

## Aufsätze

- Klaus Herrmann* Wie Hochschulen mit anonymen Verdachtsäußerungen umgehen müssen **65-76**
- Rolf Schwartmann* Die Verantwortlichkeit für die Verarbeitung von Forschungsdaten an Hochschulen **77-83**
- Felix Hornfischer* Zur Unbeachtlichkeit von Besetzungsfehlern für die Tätigkeit von Hochschulgremien nach § 10 Abs. 5 LHG BW **85-93**
- Tanjev Schultz* Wahrheit und Zweifel — Zur Zukunft des Wissenschaftsjournalismus **95-99**
- Renate Penßel* The Recognition of Higher Education Diplomas and Qualifications **101-113**
- Frank Wertheimer* Nochmal: Rückforderung von Berufsleistungsbezügen wegen vorzeitiger Wechsel der Hochschule **115-121**
- Wolfgang Kessler/Hannah Beck* Tagungsbericht zur 20. Freiburger Arbeitstagung „Besteuerung von Hochschulen“ am 5./6.11.2019 **123-130**
- Manfred Löwisch* Die Bundesregierung zu den Konfuziusinstituten **131-133**

## Ausgegraben

- Otto von Bismarck* Unparteilichkeit **134**



# Klaus Herrmann

## *Wie Hochschulen mit anonymen Verdachtsäußerungen umgehen müssen*

### I. Einleitung

Im März 2017 sollte die Karlsruher Materialforscherin *Britta Nestler* mit dem Gottfried-Wilhelm-Leibniz-Preis der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) ausgezeichnet werden. Die Verleihung fand nicht statt, weil anonyme Hinweise die Forschungen der Nominierten in Zweifel gezogen hatten. Nachdem die Hinweise gründlich geprüft, die Forscherin angehört und Gutachter eingeschaltet wurden, stellten sich die Vorwürfe als haltlos heraus. Die Wissenschaftlerin wurde in allen Punkten vollständig entlastet und die Preisverleihung auf der Jahresversammlung der Deutschen Forschungsgemeinschaft nachgeholt.

Dieser Fall hat für große Aufmerksamkeit gesorgt, ist aber kein Einzelfall. Im Jahr 2017 wurde etwa jede zehnte Anfrage an den Ombudsmann für die Wissenschaft der DFG anonym gestellt, heißt es in dessen Jahresbericht. Davon konnten die meisten Anfragen in Beratungen geklärt werden. In drei Fällen wurden die Hinweise zusammen mit eingereichten Belegen an die jeweiligen Institutionen weitergeleitet, weil „der Verdacht auf ein schweres wissenschaftliches Fehlverhalten nachvollziehbar dargelegt wurde“.<sup>1</sup>

Wie die Wissenschaft mit anonymen Hinweisen und Anschuldigungen umgehen soll, ist ein aktuelles und hochbrisantes Thema, dem sich eine Tagung der Universität Passau am 20. und 21. Februar 2020 widmete.<sup>2</sup> Die Teilnehmer wollten nicht nur das Problem der anonymen Hinweise in der Wissenschaft erörtern, sondern auch Verfahren, die der Aufklärung dienen, näher analysieren. Dazu gehört es natürlich auch, die Ursachen für dieses Phänomen näher zu erforschen. Gibt es Gründe, warum gerade in der Wissenschaft anonyme Hinweise häufig auftreten und vielleicht sogar notwendig sind?

### II. Aufkommen von Verdachtsäußerungen

Der Verdacht wissenschaftlichen Fehlverhaltens wird in höchst verschiedenen Situationen geäußert. Häufig geht es um die objektive Sicherung des Wissenschaftsbetriebs. Bei diesen Fallkonstellationen nimmt ein Wissenschaftler oder eine Institution wahr, dass eine bestimmte wissenschaftliche Veröffentlichung oder Arbeit unter Verletzung allgemein anerkannter oder selbst definierter Regeln „guter wissenschaftlicher Praxis“ entstanden ist.<sup>3</sup> In diesen Kontext fallen sicher auch „Untersuchungen“ von Internetplattformen wie „Vroni-Plag“ und darauf Bezug nehmende Anträge von Wissenschaftlern auf Überprüfung, ob die eigenen Forschungsarbeiten Verstöße aufweisen.<sup>4</sup> In anderen Fällen wird der Verdacht des wissenschaftlichen Fehlverhaltens aus der Zusammenarbeit zwischen Wissenschaftlern heraus- und bei einer Ombudsstelle oder einem Dienstvorgesetzten vorgetragen. Dabei herrscht die Erwartung vor, dass die Instanzen der Dienstaufsicht und Wissenschaftsverantwortung, die Strafverfolgungsbehörden oder gar Medien (Presseredaktionen und Social-Media-Foren) einen vorgesetzten oder konkurrierenden Wissenschaftler desavouieren und möglichst demontieren. Selbst die zuletzt genannten Verdachtsäußerungen nahestehender Mitarbeiter oder verbundener Wissenschaftler aus Rache oder Verzweiflung können nicht pauschal und allgemein als unwahr beiseite gelassen werden – gleichwohl besteht die Gefahr von Falschbezeichnungen vor allem in der letztgenannten Gruppe und unter Ausnutzung des Schutzes der Anonymität.

Weil Untersuchungen zum wissenschaftlichen Fehlverhalten bei den Betroffenen Sorgen und mitunter Existenzängste auslösen, haben derartige Anschuldigungen erhebliche Brisanz und rufen auch bei den verantwortli-

1 Schwerpunktkapitel des Jahresberichts 2017 des Ombudsmanns für die Wissenschaft, publiziert am 24.9.2018.

2 Informationen unter: <https://www.uni-passau.de/absender-unbekannt> (Abruf 4.1.2020).

3 So ging die Entziehung des Dokortitels im Freiburger Fall „nachträglicher“ Unwürdigkeit auf Feststellungen einer US-amerikanischen Untersuchungskommission zurück, dass der Wissenschaftler

die Originaldaten und verwendeten Proben nicht systematisch archiviert und zudem Daten manipuliert und falsch dargestellt habe (vgl. BVerwG, Urt. v. 31.7.2013 – 6 C 9/12, BVerwGE 147, 292 ff. = juris, Rn. 3).

4 Vgl. etwa VG Köln, Urt. v. 22.3.2012 – 6 K 6097/11; OVG Münster, Beschl. v. 24.3.2015 – 19 A 1111/12, beide juris.

chen Leitungskräften und Personalverwaltungen von Hochschulen Unsicherheit hervor. Derartige Vorwürfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens können fatale Auswirkungen auf das weitere berufliche Leben der betroffenen Wissenschaftler haben. Deshalb wäre ein professioneller und neutraler Umgang wünschenswert.

Die Wirklichkeit sieht anders aus: Um die Wirkung der Verdachtsäußerung zu verstärken, werden einzelne Anschuldigungen von Informanten selbst oder „Trittbrettfahrern“ in die Öffentlichkeit lanciert. Fest steht, dass die Einschaltung von Medien regelmäßig zur weiteren Eskalation führt, so dass sowohl für den Hinweisgeber als auch für den von Anschuldigungen betroffenen Wissenschaftler nach der Feststellung wissenschaftlichen Fehlverhaltens (oder dessen Nichtfeststellung) kaum noch Spielräume bleiben, ohne Beeinträchtigungen des Ansehens aus dem Konflikt herauszukommen. Auch die DFG sieht im aktuellen Kodex „Gute wissenschaftliche Praxis“ die grundsätzliche Vertraulichkeit des Verfahrens zur Überprüfung von Hinweisen beeinträchtigt, wenn sich der Hinweisgebende mit dem Verdacht an die Öffentlichkeit wendet.<sup>5</sup>

Hintergrund und Rechtfertigung für jede Überprüfung auf wissenschaftliches Fehlverhalten – auch auf letztlich unberechtigte, jedoch substantiierte Verdachtsäußerungen hin – ist das Vertrauen, das Wissenschaftlern entgegengebracht wird und unmittelbar an die wissenschaftliche Leistungsfähigkeit und Redlichkeit anknüpft: So orientiert sich die Rechtsprechung noch immer an der hohen sozialen Bedeutung akademischer Grade, wie eines Dokortitels. Dass es sich hierbei um eine ehrenvolle und nicht um eine bloße Funktionsbezeichnung handelt, zeigt die Möglichkeit, dass Universitäten Doktorgrade ehrenhalber vergeben können. Die ungebrochene Beliebtheit, einen Titel zu führen, findet ihren Niederschlag darin, dass der Doktorgrad – anders als berufsqualifizierende Abschlüsse – „anredefähig“ ist und im Personalausweis (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 PAuswG) oder Reisepass (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 PassG) eingetragen werden kann. Der Dokortitel stellt demnach eine „ehrenvolle Kennzeichnung der Persönlichkeit seines Trägers“ oder jedenfalls eine die Person als akademisch gebildet und geprägt kennzeichnende Heraushebung dar.<sup>6</sup> Nachvollziehbarer als die Ehren und immateriellen Vorteile, die mit einem wissenschaftlichen Renommee verbunden

sind, rückt das BVerwG aber zutreffend das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Wissenschaftsbetriebs in den Vordergrund, um die Überprüfung auf wissenschaftliches Fehlverhalten und dessen Sanktionierung zu rechtfertigen. Die Funktionsfähigkeit des Wissenschaftsprozesses stelle ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das verfassungsrechtlich im objektiven Regelungsgehalt des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verankert ist. Sofern die Entziehung eines akademischen Grades für die Betroffenen mit faktischen Beeinträchtigungen einer Berufsausübung verbunden sei, wären diese im Interesse des unbefähigten Wissenschaftsbereichs hinzunehmen.<sup>7</sup>

### III. Aufgaben der Hochschulen zur Dienstaufsicht und Selbstkontrolle der Wissenschaft

Die Funktion der (ggf. anonymen) Hinweisgebenden wird erst klar, wenn man sich bewusst wird, welche Aufgaben auf die Hochschulen durch die Mitteilungen und Anzeigen zukommen.

#### 1. Prüfung von (anonymen) Hinweisen im Kontext der Wissenschaftsfreiheit

Hochschulen werden durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG das Recht verliehen und die Aufgabe übertragen, ihren Wissenschaftsbetrieb, d.h. die Angelegenheiten von Forschung und Lehre, eigenverantwortlich zu regeln (akademische Selbstverwaltung). Das Grundrecht vermittelt ihnen in erster Linie eine abwehrfähige Rechtsposition, die sie vor staatlichen Eingriffen in den Wissenschaftsbetrieb schützt. Zugleich belastet sie die Freiheitsgewährung auch mit der Verantwortung dafür, dass in ihrem Wissenschaftsbetrieb einerseits grundlegende wissenschaftliche Pflichten und andererseits die Grundrechte der Hochschulangehörigen beachtet werden.

Die Hochschulen sind zum Einschreiten aufgefordert, „wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Hochschullehrer seine Forschungsfreiheit möglicherweise missbraucht oder verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter anderer gefährdet oder verletzt“.<sup>8</sup> Würde die Hochschule nicht den Sachverhalt sowie etwaige Konsequenzen (durch eine einzusetzende wissenschaftlich besetzte Kommission) prüfen, blieben die Wissenschaftsfreiheit und auch die sonstigen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte anderer unge-

5 Siehe die Deutsche Forschungsgemeinschaft, Kodex „Gute wissenschaftliche Praxis“ (2018), S. 24; siehe schon Denkschrift (2013) „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, S. 37.

6 VGH Mannheim, Urt. v. 14.9.2011 – 9 S 2667/10, juris, Rn. 24, unter Verweis auf *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, S. 323, und OVG Berlin, Urt. v. 26.4.1990 – 3 B 19/89, NVwZ 1991, 188.

7 BVerwG, Urt. v. 31.7.2013 – 6 C 9/12, BVerwGE 147, 292 ff. = juris, Rn. 31.

8 BVerwG, Urt. v. 21.6.2017 – 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171 ff. = juris, Rn. 18.

schützt.<sup>9</sup> Die hochschulinternen Verfahren zur Untersuchung wissenschaftlichen Fehlverhaltens sollen gerade durch die Einbeziehung des von den Verdächtigungen betroffenen Wissenschaftlers und anderer Personen zudem die Möglichkeit einer einvernehmlichen Lösung ausloten.<sup>10</sup> Dabei ist der Hochschule außerhalb eines bestimmten Prüfungs- oder Qualifikationsverfahrens eine inhaltliche Bewertung der wissenschaftlichen Tätigkeit verwehrt: Die verfassungskonforme Auslegung landeshochschulrechtlicher Bestimmungen hat jeweils auch die Grundrechte des verantwortlichen Wissenschaftlers zu beachten, dem insbesondere im Schutzbereich seiner individuellen Wissenschaftsfreiheit weite Beurteilungsspielräume eröffnet sind.<sup>11</sup> Zudem sind die Hochschulen generell nicht zur Abgabe und Durchsetzung von Werturteilen berufen, die außerhalb der Wissenschaft angesiedelt sind. Sie dürfen deshalb Feststellungen treffen und von einer formellen Ermächtigung – etwa zur Entziehung eines Doktorgrades wegen nachträglicher Unwürdigkeit – nur bei wissenschaftsbezogenen Verfehlungen des Betroffenen Gebrauch machen.<sup>12</sup>

## 2. Aufsichts- und Fürsorgepflicht der Hochschulen für ihre Beschäftigten

Sofern die den Hochschulen zugetragenen Vorwürfe das dienstliche oder sogar außerdienstliche Verhalten ihrer Wissenschaftler betreffen, können diese im Rahmen ihrer Aufgaben als Dienstherren oder Arbeitgeber zu Ermittlungen aus Gründen der Fürsorge verpflichtet sein. Im Rahmen der Dienstaufsicht müssten sie gegen ein dienstliches oder sonstiges Fehlverhalten einschreiten, das die Rechte eines Bediensteten (z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zusammenhang mit Mobbing-situationen oder das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung bei sexuellen Belästigungen im Dienst) verletzt. Allgemein hat der Dienstherr kraft der Fürsorgepflicht im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten zu sorgen. Der Dienstherr ist sogar zum bestmöglichen Schutz seiner Beamten gegen Gefahren für Leben und Gesundheit am Arbeitsplatz verpflichtet.<sup>13</sup> Bei Pflichtverstößen von Beamten, insbesondere von verbeamteten Wissenschaftlern, kommt hinzu, dass der Dienstvorgesetzte bei Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte stets zur Einleitung

eines Disziplinarverfahrens verpflichtet ist. Die Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Einleitung des behördlichen Disziplinarverfahrens ist ein Mangel, der inzwischen als mildernder Umstand sogar auf die Bemessung der Disziplinarmaßnahme durchschlagen kann.<sup>14</sup> Ebenso sahen die Arbeitsgerichte den Arbeitgeber durch die Fürsorgepflicht als Ausfluss des in § 242 BGB niedergelegten Gedanken von Treu und Glauben im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als verpflichtet an, durch geeignete Maßnahmen die Fortsetzung einer festgestellten sexuellen Belästigung oder eines Mobbing-Verhaltens zu unterbinden – selbst wenn dabei kein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Störers besteht.<sup>15</sup>

## 3. Niedrige Verdachtsschwelle für dienstliche bzw. interne Untersuchungen

Die Anforderungen an ein Tätigwerden sind dabei durch die Beschreibung der einfachen Verdachtsstufe sehr niedrig gehalten. Wenn bloße tatsächliche Anhaltspunkte eines Verstoßes für den Beginn einer Prüfung des wissenschaftlichen Verhaltens oder die Einleitung von Disziplinarermittlungen genügen, erscheint es jedenfalls verfehlt, erst noch den Abschluss strafrechtlicher oder berufsrechtlicher Ermittlungsverfahren anderer Behörden „abzuwarten“ – diese setzen regelmäßig auf der gleichen Verdachtsstufe ein (vgl. §§ 160 Abs. 1, 152 Abs. 2 StPO für Strafverfahren).

Vielmehr hat die verantwortliche Person in der Hochschule – zumeist der Leiter, aber auch der für die Vorlage an eine Ombudskommission verantwortliche Verwaltungsbedienstete – eine Verfahrenshypothese zugrunde zu legen (der Vorwurf sei in tatsächlicher Hinsicht wahr) und anhand der maßgeblichen Dienst- und Rechtsvorschriften oder Regeln wissenschaftlichen Arbeitens zu überprüfen. Gelangt er dabei zum Ergebnis, dass die beschriebene (fingierte) Handlung oder Unterlassung gegen Pflichten verstößt, ist der Verdacht zu bejahen und eine Untersuchung bzw. ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Die im Bereich der persönlichen Überzeugung liegende Frage, ob die übermittelten Informationen und Tatsachenbehauptungen zutreffend, widerlegt oder zumindest Zweifel an ihrer Richtigkeit nicht ausgeräumt sind, betrifft den Nachweis der Pflichtverlet-

9 BVerwG, Urt. v. 11.12.1996 – 6 C 5/95, BVerwGE 102, 304 ff. = juris, Rn. 40.

10 Siehe von Barga, OdW 2016, 139, 147; DFG-Denkschrift „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, 2013, S. 24.

11 BVerwG, Urt. v. 21.6.2017 – 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171 = juris, Rn. 21; siehe auch von Barga, OdW 2016, 139, 142 f.

12 BVerwG, Urt. v. 30.9.2015 – 6 C 45/14, BVerwGE 153, 79 ff. = juris, Rn. 19.

13 OVG Münster, Urt. v. 01.12.2016 – 6 A 2386/14, juris, Rn. 65 m.w.N.

14 BVerwG, Urt. v. 15.11.2018 – 2 C 60/17, BVerwGE 163, 356 ff.

15 BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, BAGE 124, 295 ff. = juris, Rn. 66.

zung, nicht das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“.<sup>16</sup> Diese Prüfung kann nur entfallen, wenn die Äußerung aus bloßen Vermutungen, Mutmaßungen oder einem „vagen Verdacht“ besteht und kein tatsächliches Verhalten beschrieben ist oder aus der Schilderung abgeleitet werden kann. Sobald sich aber diese Vermutungen zu einem Verdacht konkretisiert haben, verbietet der im Disziplinarrecht ausgestaltete Verfolgungszwang, von der Einleitung eines Disziplinarverfahrens abzusehen und Ermittlungen ohne Kenntnis des Betroffenen weiterzuführen.<sup>17</sup> Zwar besteht bei angestellten Wissenschaftlern keine entsprechende Ermittlungspflicht der Hochschule als Arbeitgeber. Wenn sie aber bei schwerwiegenden Vorwürfen ein unzumutbar gewordenes Arbeitsverhältnis durch verhaltensbezogene (Verdachts- oder Tat-) Kündigung beenden will, muss sie sich spätestens bei der Einhaltung der zweiwöchigen Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB fragen lassen, wann sie durch welche Umstände von den der Kündigung zugrunde gelegten Verhaltensweisen erfahren hat.<sup>18</sup>

Für die Hochschule bedeutet dies, dass sie bei Hinweisen, dass einer ihrer Wissenschaftler in einen innerdienstlichen Betrug verstrickt sei<sup>19</sup>, einer ungenehmigten Nebentätigkeit nachgehe<sup>20</sup> oder Studierende bzw. Mitarbeitende sexuell belästige<sup>21</sup> ebenso Disziplinarermittlungen anstellen muss, wie sie Hinweise auf ein wissenschaftliches Fehlverhalten ernsthaft zu prüfen hat. Auch wenn die Hochschule in ihren Organisationsbestimmungen die Prüfung solcher Hinweise einer Ombudsstelle oder -person übertragen hat, dürfen die Anforderungen an die Aufnahme von Ermittlungen zur Aufklärung von Verdachtsfällen nicht überspannt werden: Aus Sicht der Rechtsprechung genügt für die Einleitung von

Untersuchungen ein plausibler, auf Tatsachen beruhender Anfangsverdacht einer Regelverletzung.<sup>22</sup> Die Aufklärungspflicht der Hochschule ist schließlich auch die Kehrseite der Verschwiegenheitspflicht ihrer Bediensteten: Wenn bei Beamten aus dem Dienst- und Treueverhältnis sowie bei Angestellten im öffentlichen Dienst im Sinne einer „Stufentheorie“ verlangt wird, dass vor Preisgabe von Dienstgeheimnissen oder Erhebung von Anschuldigungen in der Öffentlichkeit versucht werden muss, verwaltungsintern auf Missstände hinzuweisen<sup>23</sup>, muss der Dienstvorgesetzte entsprechende Hinweise ohne Ansehen der belasteten oder der belastenden Person entgegennehmen und einer Bewertung bzw. (Auf-) Klärung zuführen.<sup>24</sup>

#### IV. Schutz der Hinweisgeber

Alle Personen, die einer Hochschule oder wissenschaftlichen Einrichtung Beobachtungen oder Hinweise auf ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten mitteilen, sind wichtige Informationsquellen, die die Hochschulen bei der Erfüllung ihrer mit Art. 5 Abs. 3 GG verbundenen Aufgabe unterstützen. Nachdem die Gesetzgeber in der Europäischen Union und letztlich auch in Deutschland zu erkennen gegeben haben, dass die Aufdeckung von Missständen durch unternehmens- und verwaltungsinterne Mitarbeitende in Einzelbereichen wie der Korruptionsprävention im öffentlichen Interesse liegt und gefördert werden muss<sup>25</sup>, ist eine Weiterentwicklung des Schutzes für Hinweisgeber und der Ausweitung anonymer Meldekanäle zu beobachten<sup>26</sup> und weiter zu erwarten.<sup>27</sup>

16 Vgl. für das Ermittlungsziel von Verwaltungsermittlungen vor Einleitung eines Disziplinarverfahrens: Herrmann, in: *Herrmann/Sandkuhl*, Beamtendisziplinarrecht – Beamtenstrafrecht, 2014, § 6, Rn. 501 ff.

17 BVerwG, Beschl. v. 18.11.2008 – 2 B 63/08, NVwZ 2009, 399 = juris, Rn. 10 f.

18 BAG, Urt. v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NJW 1994, 1675 = juris, Rn. 20.

19 Siehe OVG Münster, Urt. v. 6.7.2018 – 3d A 1161/11.O, juris, Revision zugelassen durch BVerwG, Beschl. v. 26.6.2019 – 2 B 71/18, juris.

20 Vgl. etwa VG Münster, Urt. v. 9.12.2014 – 13 K 2693/11.O, juris, zur Durchführung einer Fremd-Lehrveranstaltung als genehmigungspflichtiger Nebentätigkeit.

21 OVG Weimar, Urt. v. 6.11.2008 – 8 DO 584/07, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 3.4.2000 – D 17 S 3/00, juris.

22 VG Braunschweig, Urt. v. 12.6.2018 – 6 A 102/16, juris, Rn. 78. Siehe auch die Empfehlungen der DFG zur Tätigkeit von Ombudspersonen an den Hochschulen (Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, 2019, S. 12 f.; Denkschrift „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, 2013, S. 23).

23 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.04.1970 – 1 BvR 690/95, BVerfGE 28, 191 = NJW 1970, 1498; BVerwG, Beschl. v. 15.11.2000 – 1 D 65/98, juris; Beschl. v. 13.12.2000 – 1 D 34/98, NJW 2001, 3280

24 Vgl. allgemein zur Bedeutung des „Whistleblowing“ in der Praxis des öffentlichen Dienstes: Sauer, DÖD 2005, 121 ff.; Herold, ZBR 2013, 8 ff.; Scheurer, ZTR 2013, 291 ff.

25 Günther, NVwZ 2018, 1109, 1112: „Rechtsstaat und Demokratie brauchen interne Hinweise auf Missstände mehr denn je.“; siehe auch Király, ZRP 2011, 146, 147, zur Whistleblower-Regelungen für den US-amerikanischen federal civil service.

26 Vgl. zu Art. 5 Buchst. b) der Richtlinie (EU) 2016/943 vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (ABl. [EU] v. 15.6.2016 L 157, 1) und ihrer Umsetzung: Müllmann, ZRP 2019, 25 ff.; Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175; Eufinger, ZRP 2016, 229;

27 Zur Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern, die Verstöße gegen Unionsrecht melden: Gerdemann, RdA 2019, 16 ff.; Nöhle, ZLR 2019, 153 ff.; Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583, 586.



## 1. Hinweisgeber zwischen Gemeinwohl und Rechtfertigungsdruck

Hinweisgebern wird als Informationsquelle und zur Aufdeckung potentiell rechtswidriger Zustände grundsätzlich Gemeinwohlbedeutung zugestanden.<sup>28</sup> Deshalb sind Hinweisgeber oder Anzeigerstatter als Informanten vor Nachteilen wegen ihrer Äußerungen und Mitteilungen geschützt, es sei denn, dass sie wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben machen.<sup>29</sup> Die rechtlichen Vorkehrungen zum Schutz von Hinweisgebern in Deutschland werden gleichwohl noch als unzureichend angesehen.

Bei Hinweisgebern in Arbeitsverhältnissen greift das allgemeine Maßregelverbot (§ 612a BGB) grundsätzlich auch bei der Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit und verhindert Nachteile im Arbeitsverhältnis.<sup>30</sup> Arbeitsrechtliche Loyalitätspflichten, die beamtenrechtliche Verschwiegenheits- und die innerdienstliche Wohlverhaltenspflicht oder schlichtweg drohende faktische Ausgrenzungen stehen jedoch der Bereitschaft entgegen, Rechtsverstöße oder Fehlverhalten bei Aufsichts- oder Ermittlungsbehörden bekannt zu machen. Anhand einzelner Anlässe wurde eine normative Ausgestaltung des Schutzregimes für Hinweisgeber fortlaufend diskutiert.<sup>31</sup> Tatsächlich haben aber nur wenige Klarstellungen eines Benachteiligungsverbots, zum Beispiel § 17 Abs. 2 S. 3 ArbSchG<sup>32</sup>, eine verbindliche Regelung erfahren<sup>33</sup>.

Vor allem Beamte werden insoweit aber immer noch auf den Dienstweg verwiesen.<sup>34</sup> Seit 2009 sieht § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG allgemein eine präventive Ausnah-

me von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht bei Anzeigen einer Korruptionsstraftat nach §§ 331-337 StGB vor.<sup>35</sup> Das Ziel, die Korruption in der öffentlichen Verwaltung zu vermeiden und zu bekämpfen, müssen öffentliche Dienstherrn auch beim Personaleinsatz von Beamten und begleitenden Maßnahmen berücksichtigen: Aus diesem Grund und aus Fürsorge gegenüber dem Bediensteten, der Pflichtverstöße meldet, darf der Dienstherr ihn nicht gegen seinen Willen umsetzen oder mit vergleichbaren negativen Maßnahmen belegen, auch wenn es wegen seiner Meldung zum Korruptionsverdacht zu innerdienstlichen Spannungen kommt.<sup>36</sup>

Die vorliegenden Gerichtsentscheidungen zeigen aber, dass offen agierende Hinweisgeber dem Risiko ausgesetzt sind<sup>37</sup>, mit nachteiligen Maßnahmen des Arbeitgebers oder Dienstherrn konfrontiert zu werden. Dass Hinweisgeber die interne Klärung eines Missstandes auf dem Dienstweg nicht abwarten möchten, kann durchaus altruistische Gründe haben, weil etwa die Entstehung eines Schadens oder weitere Beeinträchtigungen wichtiger Rechtsgüter (einschließlich der Gesundheit von Betroffenen) drohen. Offenbart sich der Hinweisgeber gegenüber Dritten (Presse, Stellen außerhalb des Dienstwegs), kann er nicht sicher sein, ob die engen Voraussetzungen vorliegen, unter denen arbeits- und dienstrechtliche Sanktionen außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle ausgeschlossen sind: Der EGMR hat schon vor Jahren in der Rechtssache *Heinisch* geklärt, dass auch eine Strafanzeige gegen den eigenen Arbeitgeber nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn damit Missstän-

28 Siehe *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248; *Günther*, NVwZ 2018, 1109, 1110 f.; vgl. auch Ziff. 20 der Erwägungsgründe der RL 2016/943/EU: „Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten nicht dazu dienen, Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Daher sollte sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird. Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht.“

29 BVerfG, Beschl. v. 25.2.1987 – 1 BvR 1086/85, BVerfGE 74, 257 ff. = juris, Rn. 11; Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474 = juris, Rn. 11; Beschl. v. 2.10.2001 – 1 BvR 1372/01, juris, Rn. 5; alle zu Mietverhältnissen; EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501 ff. = juris, dort Rn. 67; Urt. v. 13.1.2015 – 79040/12, NZA 2016, 1009, 103, Rn. 86; Urt. v. 27.2.2018 – 1085/10, NJW 2019, 1273, 1275, Rn. 77; siehe auch *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 249; *Király*, RdA 2012, 236 ff. auch zum Gutgläubensschutz im britischen und deutschen Recht.

30 BAG, Urt. v. 21.9.2011 – 7 AZR 150/10, juris, Rn. 33.

31 Vor allem nach der Entscheidung des EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 (*Heinisch*), NJW 2011, 3501; m. Anm. *Schlachter*, RdA 2012, 108; *Király*, RdA 2012, 236.

32 Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG) v. 7.8.1996 (BGBl. I S. 1246), zul. geänd. d. G. v. 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626).

33 Siehe auch: § 4d Abs. 6 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) vom 22.4.2002 (BGBl. I S. 1310), zul. geänd. d. G. v. 22.11.2019 (BGBl. I S. 1626); § 3b Abs. 5 des Börsengesetzes (BörsG) v. 16.7.2007 (BGBl. I S. 1330), zul. geänd. d. G. v. 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626); § 53 Abs. 5 des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GWG) v. 23.6.2017 (BGBl. I S. 1822), zul. geänd. d. G. v. 12.12.2019 (BGBl. I S. 2602).

34 § 17 Abs. 2 S. 3 ArbSchG i.V.m. § 125 BBG.

35 *Günther*, NVwZ 2018, 1109, 1111; *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 250; *Király*, DÖV 2010, 894, 895 – vergleichbare Regelungen fehlen allerdings bei Beschäftigten, *Király*, RdA 2012, 236, 237.

36 VG Bremen Urt. v. 8.9.2015 – 6 K 1003/14, BeckRS 2015, 52470.

37 *Király*, ZRP 2011, 146, 148, zu US-amerikanischen Erhebungen; ders. RdA 2012, 236, 237 zur Beweislast der Beschäftigten für die zulässige Rechtsausübung; *Eufinger*, ZRP 2016, 229, 230.

de in einem Unternehmen der öffentlichen Hand offengelegt werden, das für die Allgemeinheit besonders wichtige Dienstleistungen erbringt.<sup>38</sup> Insofern trifft den Staat (im Rahmen seiner Rechtsprechungsfunktion) die Aufgabe, dem Grundrecht der Meinungsfreiheit im (Arbeits-) Verhältnis Geltung zu verschaffen und un gerechtfertigte Repressalien durch nichtstaatliche Dritte – etwa eines privaten Arbeitgebers – zu verhindern.<sup>39</sup>

Die den Hinweisgeber (aus seinem Arbeits- oder Dienstverhältnis) treffenden Verschwiegenheitspflichten werden schließlich auch nicht durch das am 26.4.2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen<sup>40</sup> aufgehoben. § 5 dieses Gesetzes bezeichnet zwar die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses als gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere (Nr. 2) zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens – vorausgesetzt die Person handelt in der Absicht, das öffentliche Interesse zu schützen. Diese Ausnahmevorschrift wurde wegen der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und ihrer fehlenden Konkretisierung dafür kritisiert, dass sie zum Denunziantentum geradezu anstacheln würde.<sup>41</sup> Legitimiert wird damit aber nur die – ansonsten durch § 4 Abs. 1 GeschGehG verbotene – Erlangung, Verwendung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, wobei § 4 Abs. 3 GeschGehG das Verbot ausdrücklich auf die Empfänger von Offenbarungen durch Geheimnisträger erstreckt.<sup>42</sup> Die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) und die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht zwingen Bedienstete vor einer Anzeige bei Behörden oder einem Gang an die Öffentlichkeit weiterhin, zumutbare betriebliche Meldewege bzw. den innerbehördlichen Dienstweg zu nutzen, um auf die Behebung eines rechtswidrigen Zustandes durch den Arbeitgeber bzw. Dienstvorgesetzten hinzuwirken.<sup>43</sup>

## 2. Rechtsstaatliches Dilemma bei anonymen Verdachtsäußerungen

Deshalb verzichten viele Hinweisgeber aber nicht auf die Offenbarung ihrer Informationen, sondern verlangen, dass ihre Identität geheimgehalten wird, oder handeln ganz anonym. Zweck der Anonymität oder zugesagten Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers ist in erster Linie die Verdeckung der anzeigenden Person gegenüber der von den Vorwürfen betroffenen Person. Das gilt auch für Konstellationen, in denen die Gefahr von Nachteilen von einer anderen, dem Betroffenen aber nahestehenden Person ausgeht. Mit der Verdeckung seiner Identität verbindet der Hinweisgeber die Hoffnung, für den Verdacht eines Fehlverhaltens und die vermeintliche Rechtfertigungslage des Betroffenen während einer Untersuchung des Vorgangs keine Verantwortung tragen zu müssen. Freilich fallen damit auch noch so unsinnige, unfaire oder unsubstantiierte Äußerungen nicht auf ihn zurück, was die Missbrauchsgefahr erheblich steigert.<sup>44</sup>

Vertrauliche Melde- oder Hinweismöglichkeiten wie in anderen Rechtsordnungen<sup>45</sup> sind im deutschen öffentlichen Dienst nicht verbreitet.<sup>46</sup> In den Entscheidungen zur Kennzeichnungspflicht von Polizeivollzugsbeamten hebt die Rechtsprechung vielmehr den Gemeinwohlbezug hervor, dass die Einschränkung der Anonymität präventiv Straftaten oder Dienstpflichtverletzungen der im Einsatz befindlichen Polizeivollzugsbeamten bereits reduziert und verhindert.<sup>47</sup> In der Wissenschaft ist die Anonymität von Äußerungen – z.B. in Gutachten zu wissenschaftlichen Qualifikations- oder Berufungsverfahren – weder ein allgemein anerkanntes Qualitätsmerkmal für fachwissenschaftliche Bewertungen oder eine entsprechende Praxis noch bestehe dafür ein Bedürfnis.<sup>48</sup>

38 *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583, 586, unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501 = NZA 2011, 1269.

39 *Schmahl*, JZ 2018, 581, 584.

40 BGBl I 2019, 466; das Gesetz dient zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Richtlinie (EU) 2016/943, ABl. L 157 vom 15.6.2016, S. 1.

41 *Richter*, ArbRAktuell 2019, 375, 377.

42 *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583, 585, wobei dieses enge Verständnis an die Änderung des Gesetzestextes im Gesetzgebungsverfahren angeknüpft wird.

43 Ebenso *Sprenger*, ZTR 2019, 414 ff. m.w.N. (dort Fn. 49).

44 Siehe *Kühling*, NJW 2015, 447, 448 für anonyme Bewertungsportale.

45 *Király*, ZRP 2011, 146, 148.

46 Vgl. jedoch § 25a Abs. 1 S. 5 Nr. 3 KWG zu Organisationsanfor-

derungen an ein Hinweisersystem von Kreditinstituten; dazu *Maume/Haffke*, ZIP 2016, 199 ff. Siehe zur Handhabung von Vertraulichkeitszusagen und zur Geheimhaltung von Identitäten im Bereich der Strafverfolgung der organisierten Kriminalität: Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern, Anlage D zu den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), BAnz 2007, 7950, zul. geänd. durch Bek. V. 26.11.2018, BAnz AT 30.11.2018 B3; sowie *Mayer*, Kriminalistik 2016, 228; *Soiné*, NVwZ 2007, 247; *Kriminalistik* 2013, 507; *Wagner*, Kriminalistik 2000, 167;

47 OVG Berlin-Brandenburg Urt. v. 5.9.2018 – OVG 4 B 4.17, juris, Rn. 38; bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 26.9.2019 – 2 C 33/18, juris, Rn. 30; LVerfG LSA Urt. v. 7.5.2019 – LVG 4/18, juris, Rn. 45.

48 BVerwG Beschl. v. 10.1.2017 – 20 F 3/16, BVerwGE 157, 181 ff. = juris, Rn. 13.



Die Richtlinie 2019/1937/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden<sup>49</sup>, sieht neuerdings vor, dass die Wahrung der Vertraulichkeit der Identität eines Hinweisgebers über ein umfassendes Vertraulichkeitsgebot ausgestaltet wird, das lediglich durch die Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Person eingeschränkt wird. Die Vorschrift lautet (auszugsweise):

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Identität des Hinweisgebers ohne dessen ausdrückliche Zustimmung keinen anderen Personen gegenüber offengelegt wird als den befugten Mitarbeitern, die für die Entgegennahme von und/oder Folgemaßnahmen zu Meldungen zuständig sind. Dies gilt auch für alle anderen Informationen, aus denen die Identität des Hinweisgebers direkt oder indirekt abgeleitet werden kann.

(2) Abweichend von Absatz 1 dürfen die Identität des Hinweisgebers sowie weitere in Absatz 1 genannte Informationen nur dann offengelegt werden, wenn dies nach Unionsrecht oder nationalem Recht eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen der Untersuchungen durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren darstellt, so auch im Hinblick auf die Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Person.“

Allerdings verschaffen diese Regelungen nur bestimmten Hinweisgebern einen Anspruch auf Wahrung der Vertraulichkeit: Der Schutzanspruch wird durch Art. 5 Abs. 1 RL 2019/1937/EU beschränkt auf Personen, die Informationen über Verstöße gegen das Unionsrecht i.S. von Art. 1 RL 2019/1937/EU, konkret gegen in einer Anlage aufgezählte Rechtsakte der Europäischen Union, melden.<sup>50</sup> Die Richtlinie ist außerdem noch bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umzusetzen (Art. 26 Abs. 1 RL 2019/1937/EU).

Allgemein sind anonyme Äußerungen auch grundrechtlich geschützt, soweit sie nicht strafrechtsbewehrt sind: Die „klassische Freiheitsverbürgung“ aus den Grundrechten der Hinweisgeber verhindert, dass der Äußernde deswegen von staatlichen Stellen belangt werden kann. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) erfassen und schützen jedenfalls auch anonyme Meinungsäußerungen. Bei anonymen Vorwürfen, die auf die berufliche oder gar

originär wissenschaftliche Tätigkeit von Bediensteten der Hochschule abzielen, geht es aber nicht um die Abwehr staatlicher Sanktionen gegen den Äußernden – im Gegenteil sollen damit ja staatliche bzw. jedenfalls dienstrechtliche Sanktionen gegen einen anderen hervorgerufen werden. Zu diesen Konflikten zwischen den Grundrechtssphären verschiedener Personen gibt es seit einigen Jahren Versuche typisierender Abwägungen, z.B. bei anonymen Bewertungen auf Internetportalen und bei anonymen Kommentaren in sozialen Netzwerken, bei denen die Grundrechte der Betroffenen berührt sind und durch Schmähkritik, Hasskommentare oder wesentliche Falschbehauptungen verletzt werden können. Damit wird die Gewährleistungspflicht des Staates angesprochen, der nicht nur die Grundrechtsausübung ermöglichen, sondern die Bürger zugleich vor den Folgen anonymer Kommunikation durch Dritte schützen muss.<sup>51</sup> Die in der Rechtsprechung entwickelten Differenzierungen erscheinen jedoch kaum systematisch oder so strukturiert, dass sie auf den Bereich anonymer Hinweisgeber übertragen werden könnten. Bei den Lehrerbewertungsportalen sollen nur berufsbezogene, nicht die Intim- oder Privatsphäre von Lehrern oder Mitschülern betreffende Bewertungen von der Meinungsfreiheit gedeckt sein, die keine falschen Tatsachenbehauptungen und keine Schmähkritik enthalten.<sup>52</sup> Bei den Ärzte-Bewertungsportalen löste der BGH den Konflikt durch eine „gewissenhafte“ Prüfungspflicht des Portalbetreibers, der jedoch kein Offenbarungs- oder Auskunftsanspruch des von existenzbedrohenden Behauptungen betroffenen Arztes gegenüber stehen soll.<sup>53</sup>

Die von anonym bleibenden Hinweisgebern erhobenen Vorwürfe sind jedenfalls für rechtsstaatlich geführte Verfahren zur Feststellung von Rechtsverstößen und deren Folgen nicht verwertbar. Der rechtsstaatlich gebotene Grundrechtsschutz durch (z.B. Gerichts-)Verfahren läuft leer, wenn der Äußernde namenlos bleibt.<sup>54</sup> Eine Verurteilung allein aufgrund anonymer Belastungsäußerungen kollidiert jedenfalls mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundrecht des Betroffenen auf ein faires Verfahren.<sup>55</sup> Im Zivilprozess besteht die Pflicht des Gerichts, seine Entscheidungsgrundlagen vollständig offenzulegen.<sup>56</sup>

49 ABL (EU) L 305 v. 26.11.2019, S. 17.

50 Siehe *Hiéramente/Ullrich*, jurisPR-StrafR 25/2019 Anm. 1, zur Differenzierung zwischen internen und externen Meldekanälen.

51 *Schmahl*, JZ 2018, 581, 583 m.w.N.

52 *Schmahl*, JZ 2018, 581, 589, unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 ff. = NJW 2009, 2888 (2892).

53 BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 ff. = juris,

Rn. 40; siehe schon *Kühling*, NJW 2015, 447, 449, für eine stärkere Kontrolle der Sicherungsmaßnahmen der Portalbetreiber.

54 Siehe *Schmahl*, JZ 2018, 581, 584.

55 Vgl. *Niehaus*, JM 1/2020, S. 21, u. Verweis a. BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 – 2 BvR 215/81, Rn. 91.

56 BVerfG Beschl. v. 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93, BVerfGE 91, 176 ff. = juris, Rn. 19; BGH Urt. v. 18.10.1995 – I ZR 126/93, BGHZ 131, 90 ff.

Im Strafprozessrecht ist im Zusammenhang mit anonymen Belastungszeugen<sup>57</sup> geklärt, dass dem Beschuldigten die Möglichkeit verschafft werden muss, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen.<sup>58</sup> Schließlich hat der EGMR bei Verurteilungen auf der Grundlage anonymer, d.h. bei der Verhandlung abwesender Zeugen gefordert, dass „triftige Gründe für die Geheimhaltung der Identität des Zeugen vorliegen“ und „hinreichende ausgleichende Faktoren, einschließlich starker Verfahrensgarantien“ gegeben sein müssen, „die eine faire und angemessene Einschätzung der Verlässlichkeit dieser Aussagen ermöglichen“.<sup>59</sup> Der Schutz von bedrohten Rechtsgütern des Zeugen (Opferschutz) bei Offenbarung von Angaben zu ihrer Person ist in § 68 StPO differenziert ausgestaltet.<sup>60</sup>

Der Wahrheitsfindung kommt auch im Verwaltungsprozess ein besonders hohes Gewicht zu, so dass die Akten im Verwaltungsprozess im Original und ohne Schwärzung von Namen vorgelegt werden müssen. Nach § 99 Abs. 2 VwGO bedarf es der Feststellung in einem besonderen (sog. in-camera-)Verfahren, ob die Verweigerung der Vorlage von Urkunden oder Akten oder der Erteilung von Auskünften – z.B. die unterbliebene Offenbarung der Identität eines Hinweisgebers – rechtmäßig ist. Damit ist ein besonderer Verfahrensaufwand verbunden: Zum einen kann die Weigerung der Vorlage nur von der Aufsichtsbehörde, also z.B. nicht von der Hochschule selbst, erklärt werden. Zum anderen obliegt die Entscheidung nicht dem tatsächlich entscheidenden Gericht, sondern dem Oberverwaltungs- und in bestimmten Konstellationen dem Bundesverwaltungsgericht. Materiell-rechtlich kommt eine solche Verweigerung nach § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO auch nur in Betracht, „wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente oder dieser Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen“. Dabei legt die Rechtsprechung zwar allgemein zugrun-

de, dass zum Schutz von Informanten deren personenbezogene Daten unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Aussage und „ihrem Wesen nach“ auch in Fällen geheim zu halten sind, wenn keine vertrauliche Behandlung zugesichert worden ist.<sup>61</sup> Dies gelte aber nur, wenn die anonymen Informationen zur Erfüllung einer Aufgabe zum Schutze gewichtiger Rechtsgüter dienen.<sup>62</sup> Im Zusammenhang mit der Bewertung wissenschaftlicher Leistungen lehnte das BVerwG aber ein solches Geheimhaltungsinteresse ab und bestand auf der Offenbarung der Identität der Wissenschaftler, deren Bewertungen einer Entscheidung der Hochschule zugrunde gelegt werden.<sup>63</sup> Es fällt schwer, danach für die Aufklärung von Dienstvergehen oder von wissenschaftlichem Fehlverhalten ein Geheimhaltungsinteresse anzuerkennen – weitere Entscheidungen hierzu sind aber noch nicht veröffentlicht. Auch im gerichtlichen und behördlichen Disziplinarverfahren können auf anonym geäußerte Anschuldigungen aus Sicht des Verfassers keine Tatsachenfeststellungen gestützt werden, denn auch insoweit gilt die Beweiserhebungspflicht: § 25 Abs. 1 BDG nimmt (wie die landesrechtlichen Parallelvorschriften auch) auf die Vorschriften der Strafprozessordnung Bezug (§ 48 Abs. 3 StPO), wonach die Aussagepflicht des Zeugen eingeschränkt sein kann. Wegen dieser Schutzvorkehrungen bleibt das persönliche Erscheinen zu Vernehmungen zumutbar und damit auch die Verpflichtung von Zeugen, sich zur Sachverhaltsaufklärung mit Vorgängen und Erinnerungen erneut zu beschäftigen, die sie belasten.<sup>64</sup> Zur effektiven Rechtsverteidigung gegen strafrechtlich relevante Verdachtsäußerungen steht dem Betroffenen jedenfalls ein Anspruch auf Erteilung der Aussagegenehmigung gegen den Dienstherrn eines mutmaßlichen Zeugen zu.<sup>65</sup>

Praktisch kommt es auf diesen Nachweis ausschließlich anhand der Wahrnehmungen des Hinweisgebers und damit auf die verfahrensbezogene Offenbarung seiner Identität nur selten an. Aufgrund der Aufsichtsbefugnisse von Hochschulleitungen können die Sachverhalte, die den Anschuldigungen zugrunde liegen, oft

57 Vgl. zur Vernehmung eines Zeugen über Angaben einer (dritten) anonymen Gewährsperson BVerfG Beschl. v. 26.5.1981 – 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, 292; BGH, Urt. v. 1.8.1962 – 3 StR 28/62, BGHSt 17, 382, 383 f.; Urt. v. 16.4.1985 – 5 StR 718/84, BGHSt 33, 178, 181; Urt. v. 8.6.2016 – 2 StR 539/15, juris, Rn. 23.

58 BVerfG Beschl. v. 8.10.2009 – 2 BvR 547/08, juris, Rn. 12; Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 1880/06, juris, Rn. 2 f.; siehe zur Überprüfung von Sperrerklärungen (§ 96 StPO) und einer Preisgabe der Identität eines Belastungszeugen: VGH Kassel, Beschl. v. 3.6.2013 – 8 B 1001/13, juris, Rn. 23.

59 EGMR Urt. v. 18.12.2014 – 14212/10, juris, Ziff. 51. Zum Konfrontationsrecht bei optisch und akustisch abgeschirmten Zeugenvernehmungen siehe auch BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 1880/06, juris, Rn. 3 ff.

60 Vgl. etwa *Soiné*, Archiv für Kriminologie 200 (1997), 172 ff.;

*Caesar*, NJW 1998, 2313 ff.; *Roggan*, GA 2012, 434 ff.

61 BVerwG, Beschl. v. 1.12.2015 – 20 F 9/15, juris, Rn. 8, 10 m.w.N.

62 Das wurde bejaht für die Lebensmittelaufsicht im Bereich des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes (BVerwG, Beschl. v. 3.8.2011 – 20 F 23/10, juris, Rn. 8), den polizeiärztlichen Dienst (BVerwG, Beschl. v. 1.8.2011 – 20 F 26/10, juris, Rn. 7) und Maßnahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr, die auf eine konkrete Gefahr von Leib und Leben zielt (BVerwG, Beschl. v. 1.12.2015 – 20 F 9/15, juris, Rn. 9).

63 BVerwG, Beschl. v. 10.1.2017 – 20 F 3/16, BVerwGE 157, 181 ff. = juris, Rn. 10.

64 OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2017 – 3d E 747/17.BDG, juris, Rn. 10.

65 BVerwG, Urt. v. 2.12.1969 – VI C 138/67, NJW 1971, 160 f.

auch auf „anderem Wege“ aufgeklärt und die Verfahrenshypothesen durch Tatsachen aus den Akten sowie aus Befragungen von Mitarbeitenden und sonstigen Zeugen untermauert werden.<sup>66</sup> Allgemein scheitert diese Vorgehensweise aber oft an einem Unwillen, mit – so empfundenen – Leistungsträgern, „Stützen der Fakultät“ oder „Aushängeschildern der Universität“ über dienstliche Abläufe, ihre wissenschaftlichen Veröffentlichungen oder ein mögliches Fehlverhalten gegenüber ehemaligen Studierenden oder Mitarbeitenden zu streiten. Von sich aus büden sich nur wenige Hochschulen – aus übergeordneten Qualitätssicherungserwägungen – derartige Untersuchungen auf. Dabei ist unsicher, ob die betroffenen Wissenschaftler wenigstens diese Qualitätsmaßstäbe der Hochschule anerkennen.

### 3. Hochschulinterne Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit im Zusammenhang mit der Untersuchung eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens

Fast alle Hochschulen haben inzwischen – als Satzungsrecht<sup>67</sup> unter Einbeziehung des Vertretungsorgans oder als Richtlinie bzw. Dienstanweisung der Hochschulleitung – Regelungen zum Verfahren aufgestellt. Nur einzelne Hochschulen begnügen sich dabei noch mit der Bezugnahme auf die HRG-Empfehlungen vom 14.5.2013<sup>68</sup> oder die DFG-Leitlinien vom 2.7.2019<sup>69</sup> zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis. Vor allem zum Umgang mit eingegangenen Hinweisen sehen die Hochschulregelungen bereits jetzt differenzierte Vorkehrungen vor, um die Vertraulichkeit der Identität eines

Hinweisgebers zu wahren. An der Zulässigkeit derartiger Vorkehrungen bestehen jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken: Insbesondere besteht keine Notwendigkeit, dass die Verdeckung der Identität eines Verfahrensbeteiligten während eines bestimmten Abschnitts des Verfahrens durch den Gesetzgeber geregelt werden müsste. Das BVerwG konnte jedenfalls dem Bundesrecht keinen Gesetzesvorbehalt entnehmen, ob und in welcher Weise bei schriftlichen Prüfungen die Anonymität des Prüflings vorgesehen oder zu gewährleisten ist.<sup>70</sup>

Während die TU München in ihrer Richtlinie noch postuliert, dass anonyme Hinweise nicht beachtet würden (Ziff. 10 Abs. 1 S. 3 TUM-RL)<sup>71</sup>, dürfte in der Praxis auch bei dieser exzellenten Hochschule das Interesse an der Aufklärung von Vorwürfen zu einem wissenschaftlichen Fehlverhalten überwiegen. Ausdrücklich gewährleisten die Regelungen der meisten Universitäten, dass über die Identität der Hinweisgeber grundsätzlich Vertraulichkeit zu wahren ist. Als Beispiele hierfür können die Regelungen der Leibniz Universität Hannover (§ 9 Abs. 2 RL<sup>72</sup> zum Schutz der informierenden und der betroffenen Person), der TU Dresden (§ 16 Abs. 3 RL)<sup>73</sup>, der HU Berlin (§ 6 Abs. 2 Satzung)<sup>74</sup>, der TU München (Ziff. 10 Abs. 2 TUM-RL), des KIT (§ 10 Abs. 2 S. 1 Satzung)<sup>75</sup> oder der Philipps Universität Marburg (Ziff VII Abs. 4 Grundsätze)<sup>76</sup> dienen. Da die Bediensteten der Hochschulen, die mit der Entgegennahme von Informationen und Hinweisen befasst sind, ohnehin zur Verschwiegenheit verpflichtet sind (§ 37 Abs. 1 BeamStG für Beamte, § 3 Abs. 2 TV-L für Beschäftigte auf Anordnung

66 Entsprechend sieht Ziff. 8 RiStBV für strafrechtliche Ermittlungen vor: „Auch bei namenlosen Anzeigen prüft der Staatsanwalt, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist. Es kann sich empfehlen, den Beschuldigten erst dann zu vernehmen, wenn der Verdacht durch andere Ermittlungen eine gewisse Bestätigung gefunden hat.“

67 Siehe zur Notwendigkeit einer Satzungsregelung für verbindliche Feststellungen der Untersuchungskommission VG Mainz, Urt. v. 8.9.2010 – 3 K 844/09.MZ, juris, Rn. 34 ff.; a.A. (keine Außenwirkung des Abschlussberichts) OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.4.2012 – 5 S 27.11, NVwZ 2012, 1491 = juris, Rn. 47; vgl. auch von Barga, OdW 2016, 139, 147.

68 [https://www.hrk.de/uploads/tx\\_szconvention/Empfehlung\\_Gute-wissenschaftlichePraxis\\_14052013\\_02.pdf](https://www.hrk.de/uploads/tx_szconvention/Empfehlung_Gute-wissenschaftlichePraxis_14052013_02.pdf) (Abruf 4.1.2020).

69 [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche\\_rahmenbedingungen/gute\\_wissenschaftliche\\_praxis/kodex\\_gwp.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche_rahmenbedingungen/gute_wissenschaftliche_praxis/kodex_gwp.pdf) (Abruf 4.1.2020).

70 BVerwG, Beschl. v. 26.5.1999 – 6 B 65/98, juris, Rn. 4; siehe zur Anonymität von Prüflingen und Prüfern in Prüfungsverfahren: Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 324, 608 ff.

71 Richtlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und für den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten an der Technischen Universität München v.15.7.2015: [https://portal.mytum.de/archiv/kompodium\\_rechtsangelegenheiten/sonstiges/wiss\\_Fehlverh.pdf/view](https://portal.mytum.de/archiv/kompodium_rechtsangelegenheiten/sonstiges/wiss_Fehlverh.pdf/view) (Abruf 3.1.2020). Die TU Dresden lässt ausdrücklich (§ 15 Abs. 4 RL Dresden) das Aufgreifen von

Anzeigen auch ohne Preisgabe der Identität des Informanten bei ausreichender Glaubhaftigkeit zu.

72 Ordnung der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis vom 15.7.2015, [https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/forschungs/ordnung\\_sicherung\\_gute\\_wiss\\_praxis.pdf](https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/forschungs/ordnung_sicherung_gute_wiss_praxis.pdf) (Abruf 3.1.2020).

73 Richtlinien der Technischen Universität Dresden zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, zur Vermeidung wissenschaftlichen Fehlverhaltens und für den Umgang mit Verstößen vom 5.3.2014, <http://www.verw.tu-dresden.de/AmtBek/PDF-Dateien/2014-02/sonst05.03.2014.pdf> (Abruf 3.1.2020).

74 Satzung der Humboldt-Universität zu Berlin zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens vom 11.2.2014, [https://gremien.hu-berlin.de/amb/2014/06/06\\_2014\\_20140130%20Beschlussversion%20Satzung%20Wissenschaftliches%20Fehlverhalten\\_DRUCK.pdf](https://gremien.hu-berlin.de/amb/2014/06/06_2014_20140130%20Beschlussversion%20Satzung%20Wissenschaftliches%20Fehlverhalten_DRUCK.pdf) (Abruf 3.1.2020).

75 Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis am Karlsruher Institut für Technologie (KIT) v. 23.5.2018, [https://www.sle.kit.edu/downloads/AmtlicheBekanntmachungen/2018\\_AB\\_032.pdf](https://www.sle.kit.edu/downloads/AmtlicheBekanntmachungen/2018_AB_032.pdf) (Abruf 3.1.2020).

76 Grundsätze und Verfahrensregeln für den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten an der Philipps-Universität Marburg v. 6.6.2011, [https://www.uni-marburg.de/de/forschung/profil/ombuds\\$person/fehlverhalten.pdf](https://www.uni-marburg.de/de/forschung/profil/ombuds$person/fehlverhalten.pdf) (Abruf 3.1.2020).

des Arbeitgebers), dürfen auch an anderen Hochschulen die Identitäten von Hinweisgebern und die Inhalte ihrer Mitteilungen nicht weitergetragen werden.

Eine Einschränkung erfährt die angeordnete Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers in zahlreichen Hochschulregelungen, soweit die Offenbarung der Identität gegenüber dem Betroffenen zu dessen sachgerechter Verteidigung notwendig ist. Diesem gegenüber muss die Identität offengelegt werden, soweit es zur Verteidigung notwendig ist. Entsprechende Beispiele sind § 12 Abs. 6 RL Bonn, § 11 Abs. 7 RL Hannover, § 5 Abs. 6 RL Münster<sup>77</sup>, Ziff. 12 Abs. 6 TUM-RL, § 12 Abs. 4 S. 6 KIT-Satzung, Ziff. IX.3 Buchst. d) Grundsätze Marburg. Auch wenn es derartige Regelungen in den Richtlinien oder im Satzungsrecht einer Hochschule nicht gibt, hat der Betroffene aber nach § 29 Abs. 1 VwVfG Anspruch auf Einsicht in sämtliche der Behördenentscheidung zugrunde liegenden Umstände, also auch in die der Hochschule bekannte Identität eines Hinweisgebers. Weil dieses gesetzlich ausgestaltete Akteneinsichtsrecht Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG – „Waffengleichheit“) und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ist und zum Grundrechtsschutz „durch Verfahren“ notwendig ist, findet dieser allgemeine Rechtsgedanke selbst in Verfahren Anwendung, die von der Anwendung des VwVfG ausgenommen sind.<sup>78</sup> Freilich kann das Akteneinsichtsrecht nach § 29 Abs. 2 Var. 3 VwVfG beschränkt werden, sofern die Vorgänge „nach ihrem Wesen geheim zu halten“ sind. Die oben dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung zur Offenbarung der Identität von Informanten und erst recht von Belastungszeugen ist bei der Auslegung dieser Schranken der Akteneinsicht ebenso zu berücksichtigen. Nachdem noch im Jahr 2018 interne Untersuchungen in Wissenschaftseinrichtungen ohne Offenbarung der Identitäten von Anzeigenden oder Beschwerdeführern stattfanden<sup>79</sup> und damit die Verteidigungsmöglichkeiten der betroffenen Wissenschaftlerin „erschwert“ worden sind,

sind Klarstellungen wie in den Regelwerken der genannten Hochschulen sehr sinnvoll. Sie ziehen die Abwägung „vor die Klammer“ bzw. aus den Umständen des konkreten Verfahrens heraus, wie weit das Geheimhaltungsinteresse eines Hinweisgebers gegenüber den rechtsstaatlichen Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen zu schützen ist.

Eine entsprechende Appellfunktion kommt den Regelungen der Hochschulen zu, mit denen Benachteiligungsverbote für Hinweisgeber postuliert werden. Beispiele hierfür finden sich in § 9 Abs. 1 RL Bonn<sup>80</sup>, § 8 Abs. 3 RL Hannover, § 16 Abs. 2 RL Dresden, § 10 Abs. 2 S. 3 KIT-Satzung. Der Nachweis einer Benachteiligung ist in der Praxis zunächst von dem Beschäftigten zu führen. Ob derartige Benachteiligungen unterbleiben, hängt vom Selbstverständnis der wissenschaftlichen Einrichtung und der sie leitenden Wissenschaftler ab. Ebenfalls muss vermieden werden, dass die Erhebung der Anschuldigungen dem Hinweisgeber Vorteile bringt; denkbare Beispiele sind der Verbleib leistungsschwacher Mitarbeiter in Arbeitsgruppen oder ein überproportionaler Zugriff auf Ressourcen der Hochschule, die Freigabe unfertiger Werke zur Veröffentlichung oder schlicht das Unterbleiben berechtigter Kritik an Äußerungen oder Verhaltensweisen des Informanten. Lässt man die Bewertung von Vor- oder Nachteilen weg, geht es bei diesen Regelungen darum, nicht nur das Ergebnis der zufälligen Verfahrenssituation zu perpetuieren, wer eben als erster Vorwürfe erhoben hat. In diesem Zusammenhang ist die in einigen Regelungen enthaltene Klausel eine Selbstverständlichkeit, dass die bewusst unrichtige Erhebung von Vorwürfen selbst (auch) ein wissenschaftliches Fehlverhalten darstellt (§ 9 Abs. 2 RL Bonn, § 7 Nr. 6 RL Hannover, § 9 Abs. 3 Buchst. c) RL Dresden, Ziff. 7 Abs. 1 Buchst. d) TUM-RL). Dies sichert, dass die zur Aufklärung eines Fehlverhaltens der verdächtigten Person eingesetzte Untersuchungskommission in ihrem Abschlussbericht selbst auch ein Fehlverhalten des Informanten

77 (Rektorats-) Grundsätze für das Verfahren bei Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten in der Westfälischen Wilhelms-Universität vom 1.2.1998 - <https://www.uni-muenster.de/Rektorat/abuni/ab80105.htm>; gilt nach Maßgabe des Senatsbeschlusses vom 19.12.2001 fort: <https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/www/senat/pdf/kodex.pdf> (Abruf 3.1.2020).

78 Siehe zur Ableitung des Akteneinsichtsrechts Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Auflage 2020, § 29, Rn. 1 ff.

79 Vgl. BT-Drucks. 19/14796, S. 1. Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien ignoriert auch Ziff. 8 Abs. 2 S. 4 TUM-RL, wonach die Hinzuziehung von Rechtsanwälten bei der Untersuchung des wissenschaftlichen Fehlverhaltens ausgeschlossen sei. Nach der Antwort der Bundesregierung (BT-Drucks. 19/14796, S. 4) kann der Betroffene auch bei Anhörungen vor einer Untersuchungskommission selbstverständlich in Begleitung einer Vertrauensperson – auch eines Rechtsanwalts – erscheinen, wie es jetzt

in Ziffer III. Nr. 3 b) (2) der Verfahrensordnung der DFG zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten ausgestaltet ist: „[Die/Der von den Vorwürfen Betroffene] ist auf ihren bzw. seinen Wunsch hin mündlich anzuhören; dazu kann sie bzw. er eine Person ihres bzw. seines Vertrauens als Beistand hinzuziehen. Dies gilt auch für sonstige anzuhörende Personen.“ Siehe zum Recht eines Arbeitnehmers, zu einer kündigungsvorbereitenden Anhörung einen Rechtsanwalt hinzu zu ziehen oder sich über den Rechtsanwalt zu äußern: LAG Berlin-Brandenburg, *Urt. v. 17.2.2011 – 25 Sa 2421/10*, juris, Rn. 71, unter Verweis auf BAG, *Urt. v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06*, juris, Rn. 18.

80 Richtlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn v. 1.9.2014, <https://www.uni-bonn.de/forschung/gute-wissenschaftliche-praxis/amtl.-bek.-1426.pdf> (Abruf 3.1.2020).



feststellen kann. Hinzu tritt nach den Umständen im Einzelfall die Strafbarkeit dieser Verhaltensweise gem. § 164 StGB (Falsche Verdächtigung) und § 187 StGB (Verleumdung).

#### 4. Pflicht zur Offenbarung von bösgläubigen Hinweisgebern

Eine wichtige Einschränkung erfährt der Schutz von Hinweisgebern durch die seit Jahrzehnten gepflegte Rechtsprechung, dass eine Behörde die Identität eines Informanten in bestimmten Konstellationen selbst dann preiszugeben hat, wenn diesem zuvor Vertraulichkeit zugesichert wurde.<sup>81</sup> Wer leichtfertig oder wider besseres Wissen falsche Angaben macht, soll sich auch auf die Zusage der Vertraulichkeit nicht verlassen dürfen. In diesen Fällen darf die Behörde oder Hochschule dem Interesse an der Geheimhaltung des Hinweisgebers nicht den Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen geben, den Sachverhalt vollständig aufzuklären.<sup>82</sup>

Die Aufsichtsbehörde darf die Offenbarung der Identität eines Informanten auch nach § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht verhindern, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Informant wider besseres Wissen oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat.<sup>83</sup> Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gebietet es schließlich, einen betroffenen Beamten dabei zu unterstützen, sich gegen Behauptungen und Anschuldigungen Dritter zur Wehr zu setzen, die seine Amtsführung, sein sonstiges dienstliches oder außerdienstliches Verhalten zu Unrecht in Misskredit bringen. Deshalb erkannte das BVerwG dem belasteten Beamten zum Schutz und zur Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte einen unmittelbaren und selbständigen Anspruch gegen den Dienstherrn zu, die Identität des Denunzianten zu offenbaren, auch wenn diesem Vertraulichkeit zugesichert worden war.<sup>84</sup>

Gleiches gilt für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung, die sich auf die allgemeinen Auskunftsansprüche nach Art. 15 DSGVO, § 34 Abs. 1 BDSG i.V.m. § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG stützen können. Die danach gebotene Offenbarung der Identität eines Hinweisgebers kann auch durch die zugesagte Geheimhaltung nicht verhindert werden. Die Rechtsprechung legt der verantwortlichen Stelle sogar die prozessuale Darlegungspflicht auf, Angaben zu einem konkreten Sachverhalt vorzutragen,

weshalb die Auskunftserteilung tatsächlich beschränkt werden müsste. Demnach trifft die Hochschule als Arbeitgeber bzw. Dienstvorgesetzter kraft Sachnähe die Pflicht zur Darlegung und zum Nachweis schützenswerter Interessen des Hinweisgebers.<sup>85</sup>

#### V. Fazit

Die Hochschule trifft die Aufgabe, dem Verdacht eines wissenschaftlichen oder sonstigen Fehlverhaltens eines bei ihr (ggf. früher) tätigen Wissenschaftlers oder sonstigen Beschäftigten nachzugehen. Hierbei stellen Mitteilungen von anderen Beschäftigten, externen Dritten oder anderen Behörden, aus denen sich Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen ergeben, nicht nur den Anlass für Untersuchungen der Hochschule dar, sondern geben auch als Grundlage die Richtung der ersten Ermittlungen vor. Insoweit dienen Hinweise auf Rechtsverstöße und Fehlverhalten auch dann dem Gemeinwohl, wenn sich die Verdachtsmomente im Zuge der Ermittlungen nicht erhärten. Die Hochschule muss nicht tätig werden, wenn sie nur mit Mutmaßungen, Spekulationen und Meinungen konfrontiert wird, denen eine Tatsachenbehauptung fehlt. Die Kenntnis der Identität eines Hinweisgebers ist keine Voraussetzung für die Ermittlungspflicht.

Neben der tätigkeitsbezogenen Verschwiegenheitspflicht ihrer Beschäftigten, die an den Untersuchungen mitwirken, können die Hochschulen bei Beschwerden und Mitteilungen zusagen, die Identität eines Hinweisgebers vertraulich zu behandeln. Dazu sind Vorkehrungen zu treffen, dass die personenbezogene Daten des Informanten von der inhaltlichen Aufklärung des Vorwurfs getrennt bleiben. Derzeit gibt es keine Pflicht der Hochschulen zur Einrichtung solcher Vertraulichkeitsbarrieren. Bei der Umsetzung der Ende 2019 in Kraft gesetzten Richtlinie 2019/1937/EU ist aber (jedenfalls für Hinweisgeber, die Verstöße gegen Unionsrecht melden) eine differenzierte Ausgestaltung zu erwarten.

Ungeachtet der Zusicherungen oder Vorkehrungen zur Wahrung besonderer Vertraulichkeit für die Identität von Hinweisgebern bestehen bereits jetzt rechtliche Vorkehrungen zum Schutz der Hinweisgeber, vor allem ein allgemeines Benachteiligungsverbot. Dies gilt jeden-

81 BVerwG, Urt. v. 30.4.1965 - VII C 83/63, NJW 1965, 1450, 1451; VGH München, Urt. v. 30.7.1979 - Nr. 3712 VII/78, NJW 1980, 198, 199.

82 Vgl. auch RiStBV, Anlage D Ziff. 4.

83 BVerwG, Urt. v. 4.9.2003 - 5 C 48.02, BVerwGE 119, 11, 15; Urt. v. 3.9.1991 - 1 C 48.88, BVerwGE 89, 14, 19; Beschl. v. 3.8.2011 - 20 F 23/10, juris, Rn. 10; Beschl. v. 1.12.2015 - 20 F 9/15, juris, Rn. 10; Beschl. v. 15.3.2019 - 20 F 7/17, juris, Rn. 10.

84 BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 - 2 C 10/02, BVerwGE 118, 10 = NJW 2003, 3217.

85 Siehe zur Reichweite des Auskunftsanspruchs eines Beschäftigten bei internen Ermittlungen: LAG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2018 - 17 Sa 11/18, NZA-RR 2019, 242 = juris, Rn. 208 (Rev. anhängig unter BAG 5 AZR 66/19); m. Anm. Spitz, jurisPR-ITR 9/2019 Anm. 4; Scholz, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 5; Kielkowski/Zöll, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 1.



falls für die Beschäftigten, die über Missstände zunächst ihre Vorgesetzten und Arbeitgeber unterrichten. Ob auch die Identität von Hinweisgebern im Verwaltungsprozess „ihrem Wesen nach“ geheim zu halten ist, muss jedoch nach dem Beschluss des BVerwG vom 22.1.2017, wonach die Anonymität im Wissenschaftsbereich nicht geschützt sei, angezweifelt werden. Zur Offenlegung der Personendaten von Informanten, die wissentlich falsche Angaben gemacht haben, sind die Hochschulen und Behörden schon heute verpflichtet.

Prof. Dr. Klaus Herrmann, Potsdam, ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Dombert Rechtsanwälte PartmbB, Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der Brandenburgischen technischen Universität Cottbus-Senftenberg und Lehrbeauftragter für öffentliches Dienstrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Allein aus Gründen des Leseflusses wurde im Text lediglich die männliche Form verwendet, eine geschlechtsbezogene Hervorhebung oder Begrenzung ist damit nicht beabsichtigt.

# Rolf Schwartmann

## *Die Verantwortlichkeit für die Verarbeitung von Forschungsdaten an Hochschulen*

### I. Datenschutz an der Hochschule

Das Datenschutzrecht hat die Hochschulen erreicht.<sup>1</sup> Dort werden durch das wissenschaftliche und nicht wissenschaftliche Personal zu Zwecken der Wissenschaft und Verwaltung in großem Umfang personenbezogene Daten verarbeitet. Bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, etwa der Nutzung der Matrikelnummer anstelle des Namens oder eines Codes für Teilnehmer an einer Studie, werden Daten aus datenschutzrechtlichen Gründen oft verschlüsselt oder pseudonymisiert. Solange sie am Ende – faktisch gleich auf welche Weise – wieder einer Person zugeordnet werden können, bleiben sie personenbezogen und unterfallen dem weiten Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Nach der DSGVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie auf einer rechtlichen Grundlage basiert. Diese kann per Einwilligung des Betroffenen erfolgen oder sich aus dem Gesetz ergeben. Im Wissenschaftsbereich gibt es unter Geltung der DSGVO eine Vielzahl gesetzlicher Ermächtigungen. Öffentliche Stellen dürfen in diesem Rahmen grundsätzlich die Daten erheben, die zu ihrer Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Das können Daten über ein bestimmtes Verhalten zu Forschungszwecken sein, aber auch Name und Anschrift der Studierenden für die Einschreibung. Die Verarbeitung von Daten, die über die Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung der Hochschule hinausgehen, kann der Betroffene per Einwilligung erlauben. Diese ist aber jederzeit und ohne Begründung für die Zukunft widerrufbar.<sup>2</sup> Sofern sensible Daten – etwa über ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, sexuelle Orientierung, genetische, biometrische oder Gesundheitsdaten – verarbeitet werden, tritt ein abschließender Katalog von besonderen Erlaubnisgründen hinzu. Zur Erleichterung der wissenschaftlichen Forschung können personenbezogene Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken verarbeitet werden, wobei sie angemessenen Bedingungen

und geeigneten Garantien unterliegen müssen, die im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedsstaaten festgelegt sind.<sup>3</sup> § 17 DSGVO NRW regelt in diesem Zusammenhang etwa spezifische Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn diese wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke verfolgt. Mit Art. 89 DSGVO privilegiert der europäische Gesetzgeber Datenverarbeitungen zu den genannten Zwecken und ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, im Rahmen sog. Öffnungsklauseln eigene Regelungen in den geöffneten Bereichen zu treffen.<sup>4</sup> Gleichzeitig enthält Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO eine derartige Öffnungsklausel für die nationalen Gesetzgeber, soweit besondere personenbezogene Daten zu den abschließend aufgezählten Zwecken verarbeitet werden.<sup>5</sup>

### II. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Besondere Bedeutung kommt insbesondere im Wissenschaftsbereich der Frage zu, wen im Verhältnis zwischen Hochschule und Hochschullehrer die Verantwortung für Datenverarbeitungsvorgänge trifft. Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist „Verantwortlicher“ und damit Adressat der DSGVO-Pflichten die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.<sup>6</sup> Das Recht geht also davon aus, dass die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung „allein oder gemeinsam mit anderen“ getroffen werden kann. Für den Fall, dass mehrere Akteure in dieser Weise verantwortlich beteiligt sind<sup>7</sup> (dazu III. und IV.), knüpft die DSGVO daran in Art. 26 DSGVO eine besondere Rechtsfolge in Form einer Vereinbarung über diese gemeinsame Datenverarbeitung (dazu V.). Bevor der Frage nachgegangen werden kann, welche datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit im Verhältnis zwi-

1 Schwartmann, *Forschung & Lehre* 2019, 1006.

2 Vgl. Art. 7 Abs. 3 S.1 DSGVO.

3 ErwG 157 S. 5.

4 Vertiefend dazu *Wybitul* in HK-DS-GVO/BDSG Art. 89 Rn. 1 ff.; *Nolte* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 89 DS-GVO Rn. 14; *Pauly* in Paal/Pauly Art. 89 DS-GVO Rn. 1.

5 Vertiefend dazu *Jaspers/Schwartmann/Mühlenbeck* in HK-DS-

GVO/BDSG Art. 9 Rn. 187 ff. sowie *Schwartmann/Jacquemain* RDV 5/2019, 219 (222); dazu auch *Smolle* in HK-LDSG RhPf § 22 Rn. 3.

6 So auch *Auernhammer-Eßer* Art. 4 Nr. 7 Rn. 34; *Kühling/Buchner-Hartung* Art. 4 Nr. 7 Rn. 1 sowie *Gierschmann-Kramer* in Vorbemerkung zu Art. 4 Nr. 7.

7 Dazu schon das WP 169 der Art.-29-Datenschutzgruppe S. 21 f.

schen Hochschule und deren wissenschaftlichem Personal besteht (IV.), muss die durch den EuGH gelegte rechtliche Grundlage der gemeinsamen Verantwortlichkeit herausgearbeitet werden (III.). Unter VI. werden erste Handlungsoptionen aufgezeigt.

### III. Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Rechtsprechung

Der EuGH hat 2018 und 2019 in den Rechtssachen *Fanpage*<sup>8</sup>, *Jehova*<sup>9</sup> und *FashionID*<sup>10</sup> wichtige Aussagen zu den Voraussetzungen und zum Begriffsverständnis<sup>11</sup> einer gemeinsamen Verantwortlichkeit getroffen.<sup>12</sup>

#### 1. „Fanpage“

Das erste Urteil in diesem Zusammenhang erging zur Frage der gemeinsamen Verantwortlichkeit von Betreibern einer *Facebook*-Fanpage mit *Facebook*. Gegenstand des Urteils war ein Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG<sup>13</sup>. Hintergrund war ein Verwaltungsrechtsstreit zwischen der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH und dem Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD).<sup>14</sup> Dieses hatte gegenüber der Wirtschaftsakademie angeordnet, den Betrieb einer Fanpage auf *Facebook* einzustellen, da die Besucher der Fanpage nicht über den Einsatz von Cookies und eine damit einhergehende Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten informiert würden.<sup>15</sup> Der EuGH betonte zunächst, dass sich der Begriff des Verantwortlichen nicht zwingend auf eine einzige Stelle bezieht, sondern mehrere an einer Datenverarbeitung beteiligte Akteure betreffen kann, so dass in der Folge jeder dieser Akteure den Vorschriften der DSGVO unterliegt.<sup>16</sup> Ferner wies er darauf hin, dass es für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit

bereits ausreicht, dass eine Stelle (im konkreten Fall der Betreiber einer *Facebook* Fanpage) einem anderen Verantwortlichen (hier *Facebook*) die Möglichkeit gebe, personenbezogene Daten der betroffenen Personen zu verarbeiten.<sup>17</sup> Das entscheidende Kriterium zur Begründung des gemeinsamen Zweckes sieht der EuGH darin, dass der Betreiber der Fanpage und *Facebook* über das Zurverfügungstellen einer Nutzerstatistik (Parametrierung) und das Einräumen der Möglichkeit gegenüber *Facebook* bei Besuchern der Fanpage sogenannte Cookies zu setzen, einen gemeinsamen Zweck zum wechselseitigen Vorteil verfolgen.<sup>18</sup> Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit sei ebenfalls nicht erforderlich, dass bei mehreren Betreibern für dieselbe Verarbeitung jeder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten habe.<sup>19</sup> Die gemeinsame Verantwortlichkeit setze keine gleichwertige Verantwortlichkeit der Akteure voraus.<sup>20</sup> Diese könnten auch „in verschiedenen Phasen und in unterschiedlichem Ausmaß“<sup>21</sup> in die Verarbeitung personenbezogener Daten einbezogen sein, so dass der Grad der Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung aller Umstände der Einzelfalles zu beurteilen sei.<sup>22</sup> Nach dem Ergebnis des EuGH ist der *Facebook*-Fanpage Betreiber also gemeinsam mit *Facebook* für die Verarbeitung personenbezogener Daten und etwaige Datenschutzverstöße verantwortlich.<sup>23</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu *Facebook*-Fanpages für den konkreten Fall am 11.9.2019 befolgt und die Sache zur endgültigen Entscheidung an das OVG Schleswig verwiesen.<sup>24</sup>

#### 2. „Zeugen Jehovas“

Das zweite Urteil des EuGH zur Reichweite einer gemeinsamen Verantwortlichkeit erging zu einer Datenverarbeitung der Zeugen Jehovas. Deren Mitglieder

8 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*).

9 *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 (*Jehova*).

10 *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 (*Fashion ID*).

11 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 28 (*Fanpage*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 66 (*Jehova*); *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 70 (*Fashion ID*).

12 Vgl. dazu auch die Kommentierung von *Kremer* zu Art. 26.

13 *BVerwG* Beschl. v. 25.2.2016 – 1 C 28/14.

14 Dazu *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 14 ff. (*Fanpage*) sowie *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1.

15 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 16 (*Fanpage*) sowie *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1

16 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 29 (*Fanpage*). Dieses Verständnis greift der *EuGH* in *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 67 (*Fashion ID*) unter Verweis auf *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 29 (*Fanpage*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 65 (*Jehova*) ausdrücklich auf.

17 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 35 (*Fanpage*) sowie

dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2; dies, *DataAgenda* Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 2.

18 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*) Rn 35 f.

19 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 38 (*Fanpage*) sowie dazu *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

20 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*); *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

21 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*).

22 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*) sowie dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

23 Dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1.

24 *BVerwG*, Urt. v. 11.9.2019, 6 C 15/18.

fürten im Rahmen ihrer Verkündigungstätigkeit Hausbesuche bei Personen durch, die weder ihnen noch der Gemeinschaft bekannt waren.<sup>25</sup> Die Gemeinschaft gab dabei ihren „Verkündern“ Anleitungen zur Anfertigung von Notizen zu den Hausbesuchen (insbes. Aufzeichnung von Name und Adresse der aufgesuchten Personen, religiöse Überzeugungen) und organisierte und koordinierte die Verkündigungstätigkeit.<sup>26</sup> Dabei verlangt die Gemeinschaft von ihren verkündenden Mitgliedern weder, dass diese personenbezogene Daten durch Notizen erheben noch kannte sie die Inhalte möglicher Notizen oder die Identität der tätigen Mitglieder bei der Datenerhebung.<sup>27</sup> Neben der Frage hinsichtlich des Vorliegens eines Dateisystems i.S.v. Art. 4 Nr. 6<sup>28</sup> nahm der EuGH insbesondere zur inhaltlichen Reichweite der Verantwortlichkeit Stellung.<sup>29</sup> Dabei nimmt das Gericht auf die Ausführungen in Fanpage Bezug<sup>30</sup>, und führt ergänzend aus, dass es für die Annahme einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit ausreicht, dass eine natürliche oder juristische Person aus Eigeninteresse auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Einfluss nehme und damit an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung mitwirke.<sup>31</sup> Es sei zum einen für das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit unschädlich, dass die Gemeinschaft keinen Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten habe, zum anderen setze das Vorliegen einer Verantwortlichkeit nicht voraus, dass die Gemeinschaft schriftliche Anleitungen oder Anweisungen zu den Datenverarbeitungen gebe.<sup>32</sup> Maßgebliches Kriterium für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit sei insofern, dass die Erhebung der personenbezogenen Daten letztlich „zur Umsetzung des Ziels der Gemein-

schaft – nämlich [der] Verbreitung ihres Glaubens – [diene]“<sup>33</sup> und die Gemeinschaft die Verkündigungstätigkeit organisiert und koordiniert.<sup>34</sup>

### 3. „FashionID“

Im Juli 2019 erging das Urteil des EuGH zu *FashionID*.<sup>35</sup> Es ging um die Frage, ob ein Online-Händler für die Einbindung des *Facebook*-Like-Buttons als Social-Plug-In auf seiner Website gemeinsam mit *Facebook* für eine damit einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich ist.<sup>36</sup> Durch die Bestätigung der Kernaussagen aus *Fanpage* und *Jehova* unterstreicht der EuGH in *FashionID* sein weites Begriffsverständnis des gemeinsam Verantwortlichen.<sup>37</sup> Wer „aus Eigeninteresse auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Einfluss nimmt und damit an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung mitwirkt, (kann) als für die Verarbeitung Verantwortlicher [...] angesehen werden [...]“ lautet die Begründung im Kern.<sup>38</sup> Gleichwohl äußert sich das Gericht einschränkend dahingehend, dass die datenverarbeitende Stelle „für vor- oder nachgelagerte Vorgänge in der Verarbeitungskette, für die sie weder die Zwecke noch die Mittel festlegt, nicht als (...) verantwortlich angesehen werden [kann]“<sup>39</sup>. Indem der EuGH festhält, dass es zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortung „erforderlich ist, dass der Betreiber und der Anbieter mit diesen Verarbeitungsvorgängen jeweils ein berechtigtes Interesse [...] wahrnehmen, damit diese Vorgänge für jeden Einzelnen von ihnen gerechtfertigt sind“<sup>40</sup>, macht er deutlich, dass eine vollständige Rechtfertigung der Datenverarbeitung mittels eines Erlaubnistatbestandes für jeden gemeinsam Verantwortlichen erforderlich ist.<sup>41</sup>

25 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 15 (*Jehova*).

26 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 16 (*Jehova*).

27 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 17 (*Jehova*).

28 Vgl. dazu die Kommentierung von Schwartzmann/Hermann zu Art. 4 Nr. 6 Rn. 96a.

29 Dazu Schwartzmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die Rechtsprechung des EuGH zum Joint-Controllership, S. 3 f.

30 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 66 ff. (*Jehova*).

31 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 68 (*Jehova*).

32 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 67 und 69 (*Jehova*).

33 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 71. (*Jehova*).

34 Zum Ganzen vgl. auch Schwartzmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die Rechtsprechung des EuGH zum Joint-Controllership, S. 3 f.

35 Vgl. hierzu auch BeckOK DSGVO-Ehmann/Selmayr Art. 26 Rn. 9; Golland, CR 2019, 676; Nebel Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bei der Nutzung von Fanpages und Social Plug-ins,

RDV 2019, 9, 12 f.; Sattler Gemeinsame Verantwortlichkeit – getrennte Pflichten, GRUR 2019, 1023 – alternativer Ansatz zur Einordnung der Akteure bei Lee/Cross (Gemeinsame) Verantwortlichkeit beim Einsatz von Drittinhalten auf Websites, MMR 2019, 559

36 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 25 ff. (*Fashion ID*).

37 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 65 ff. (*Fashion ID*).

38 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 25 ff. (*Fashion ID*), Rn. 68.

39 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*).

40 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*), Rn. 97.

41 In Deutschland hat sich das AG Mannheim mit der Frage einer gemeinsamen Verantwortlichkeit einer Wohnungseigentümergeinschaft und eines Verwalters auseinandergesetzt und diese bejaht: Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG.

#### 4. Leitlinien zur gemeinsamen Verantwortung

Aus der Rechtsprechung lassen sich somit folgende Leitlinien formulieren<sup>42</sup>:

- Erforderlich für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist, dass ein Verantwortlicher die Datenverarbeitung ermöglicht und die Parameter für die Verarbeitung vorgibt und diese so beeinflusst oder dass die Datenverarbeitung zumindest im Interesse des einen Verantwortlichen erfolgt.<sup>43</sup>
- Nicht erforderlich ist, dass alle Akteure Zugang zu den verarbeiteten personenbezogenen Daten haben, gleichwertige Beiträge erbringen oder schriftliche Anleitungen oder Anweisungen vornehmen.<sup>44</sup>
- Jeder der gemeinsam Verantwortlichen muss sich auf einen eigenen Rechtfertigungstatbestand der DSGVO für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten berufen können.<sup>45</sup>
- Bei vor- oder nachgelagerten Verarbeitungen personenbezogener Daten beschränkt sich die gemeinsame Verantwortlichkeit auf das Glied in der Verarbeitungskette, auf das der jeweilige Verantwortliche Einfluss nimmt, indem er über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet.<sup>46</sup>

#### IV. (Gemeinsame) Verantwortlichkeit von Hochschulen und Hochschullehrer

Die Organisation des Studiums von der Einschreibung über die Prüfungsorganisation bis hin zur Exmatrikulation ist ebenso ein datenschutzrechtliches Thema, wie die Durchführung der Beschäftigungsverhältnisse mit den Angestellten und dem verbeamteten Personal. Davon unabhängig ist der Umgang mit Forschungsdaten zu wissenschaftlichen Zwecken im Rahmen der Forschung für die Hochschule zu behandeln. Nur um letztgenannte geht es im Folgenden. In der Praxis kommt dies etwa in der medizinischen Forschung bei der Auswahl von Teilnehmern an Studien und der Auswertung der Ergebnisse ebenso vor, wie außerhalb des medizinischen Bereichs, wenn es um die Verarbeitung von Daten

von Personen geht, deren Konsumverhalten oder sonstiges Verhalten wissenschaftlich ausgewertet werden soll. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine Datenverarbeitung im Rahmen des Nebenamts als private Tätigkeit erfolgt oder im Hauptamt.

##### 1. Forschung im Rahmen einer Nebentätigkeit

Findet die Datenverarbeitung im Rahmen einer Nebentätigkeit statt, so erfolgt sie im Verhältnis zur Hochschule in der alleinigen Verantwortung des Forschers nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, weil sie unabhängig vom Interesse der Hochschule erfolgt.<sup>47</sup>

##### 2. Forschung im Hauptamt

###### a) Verantwortung der Hochschule

Bei der Forschung im Hauptamt wird vertreten, dass die Datenverarbeitung insgesamt in der alleinigen Verantwortung der Hochschule liege, die die Wissenschaftler auf die Einhaltung der Datenschutzvorgaben zu verpflichten habe.<sup>48</sup>

###### b) Verantwortung des Hochschullehrers

Nach Ansicht eines Zusammenschlusses von Hochschulen und Hochschulleitungsorganen in NRW spricht demgegenüber vieles dafür, dass die Hochschulen bei Forschungsvorhaben gar nicht Verantwortliche iSd Art. 4 Nr. 7 DS-GVO sind, denn über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden nach deren Auffassung alleine die Wissenschaftler und zwar in Ausübung ihres höchstpersönlichen Grundrechts auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG).<sup>49</sup> Diese freie Grundrechtsbetätigung hätten die Hochschule lediglich zu ermöglichen, ohne inhaltlichen Einfluss nehmen zu dürfen.<sup>50</sup>

###### c) Gemeinsame Verantwortung

Beide Betrachtungen begegnen datenschutzrechtlichen Bedenken vor dem Hintergrund der geschilderten Rechtsprechung des EuGH zur (gemeinsamen) Verant-

42 Vgl. dazu EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725 vom 07. November 2019, S. 13 und S. 20 f., abrufbar unter [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-11-07\\_edps\\_guidelines\\_on\\_controller\\_processor\\_and\\_jc\\_reg\\_2018\\_1725\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-11-07_edps_guidelines_on_controller_processor_and_jc_reg_2018_1725_en.pdf) (zuletzt abgerufen: 2.12.2019).

43 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 7.

44 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 7.

45 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die

EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 6.

46 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*).

47 Zu prüfen bliebe, ob sie nicht in gemeinsamer Verantwortung des Forschers mit dem Auftraggeber erfolgt.

48 Rossnagel, ZD 2019, 157, 160.

49 Stellungnahme der behördlichen Datenschutzbeauftragten der Hochschulen des Landes NRW, S. 5.

50 Schwartmann/Hermann in Schwartmann/Pabst (Hrsg.) HK-LDSG NRW § 17 Rn. 2 ff.; Schwartmann/Jacquemain RDV 5/2019, 219 (222).



wortlichkeit nach der DS-GVO (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO). Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG garantiert Wissenschaftlern große Entscheidungsfreiheit über Auswahl, Fragestellung, Methodik sowie Bewertung von Forschungsergebnissen. Das führt aber nicht dazu, dass sie deshalb die alleinige Verantwortung über Zwecke und Mittel der Forschungsdatenverarbeitung trifft. Eine Vielzahl datenschutzrelevanter Entscheidungen können Forscher nur aufgrund übergeordneter Entscheidungen der Hochschule treffen. Schon durch die Einwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der Drittmittelforschung, die Denomination der Professuren und Festlegung von Forschungsschwerpunkten, das Zurverfügungstellen von IT etc. kann und darf der einzelne Hochschullehrer im Verhältnis zur Hochschule nicht allein über Zwecke und Mittel seiner Datenverarbeitung entscheiden. Diese Bedachtnahme auf Vorgaben der Hochschule korrespondiert mit deren Verpflichtung zur Bereitstellung personeller, finanzieller und organisatorischer Mittel.<sup>51</sup> So verpflichtet der Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einfachrechtlich konkretisierende § 4 Abs. 1 HG NRW Land und Hochschulen dazu, jeder Aushöhlung der Freiheitsgarantien vorzubeugen.<sup>52</sup> Dazu gehört, dass funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb erhalten oder hergestellt werden.<sup>53</sup> Für das einzelne Hochschulmitglied resultiert daraus kein originärer Leistungsanspruch, also auch kein Grundausrüstungsanspruch für die Ausübung der Grundfreiheiten aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Es besteht nur ein Anspruch auf verhältnismäßige und am allgemeinen Gleichheitssatz orientierte Teilhabe an Leistungen und Einrichtungen, die vom Staat bereitgestellt sind.<sup>54</sup> Überträgt man dies auf die Bestimmung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit, ist auch die jeweilige Hochschule für die in ihrem Rahmen durchgeführten wissenschaftlichen Forschungsvorhaben gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO verantwortlich, da sie die personellen, finanziellen und organisatorischen Mittel der in ihrem Verantwortungsbereich durchgeführten Forschungsvorhaben festlegt und verteilt, so dass die Hochschule dadurch zumindest mittelbar Einfluss auf die Datenverarbeitungszwecke nimmt.

Daneben entscheiden auch Wissenschaftler über die konkreten Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung, etwa darüber, welche Daten welcher Person in einer wis-

senschaftlichen Auswertung eine Rolle spielen, welche Datenquellen genutzt werden und wie die Details der Datenverarbeitung in der konkreten Situation ausgestaltet sind. Daher ist es naheliegend, den Wissenschaftler gemeinsam mit der Hochschule in der (gemeinsamen) Verantwortung nach Art. 26 DS-GVO zu sehen. Eine Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO oder eine einseitige Zurechnung der Verantwortung scheitern an der fehlenden Weisungsgebundenheit des Forschers in Fragen konkreter Entscheidungen über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung bzw. an der ausschließlichen Entscheidungsbefugnis im Gesamtkontext.

Entscheidend für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist die gemeinsame Abwicklung der Datenverarbeitung, die nach Art. 26 DS-GVO insbesondere eine die gemeinsame Festlegung der Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung verlangt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist keine Parität bei den Verarbeitungsanteilen der Verantwortlichen erforderlich<sup>55</sup> und eine *Beteiligung an der Entscheidung* über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung reicht für eine gemeinsame Verantwortung aus,<sup>56</sup> wenn die jeweilige Datenverarbeitung in einem weiten Sinn einem gemeinsamen Zweck dient. Für die Begründung der gemeinsamen Verantwortlichkeit kommt es darauf an, dass eine konkrete Datenverarbeitung (Personendatenverarbeitung in einem Forschungsvorhaben) durch einen einem weiteren Verantwortlichen im Hintergrund (Hochschule) organisiert und koordiniert wird. Der mögliche Zugriff eines weiteren Verantwortlichen – hier der Hochschule – auf die von den in der konkreten Verarbeitungssituation erhobenen personenbezogenen Daten oder die Einflussnahme durch konkrete Anleitungen oder Anweisungen zur Datenverarbeitung im Einzelfall ist nicht erforderlich.<sup>57</sup> Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH lassen sich also auf die Hochschulen übertragen. Die Wissenschaftseinrichtung ist neben dem wissenschaftlich verantwortlichen Personal an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung beteiligt. Den Hochschulen obliegt die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgten Rechte der Wissenschaftler, indem sie den dafür erforderlich personellen, sachlichen und organisatorischen Rahmen

51 BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 (1177) – Hochschulurteil.

52 Vgl. BeckOK HochschulR NRW/Schemmer HG § 4 Rn. 4.

53 BeckOK HochschulR NRW/Schemmer, 11. Ed. 1.5.2019, HG § 4 Rn. 4.

54 BeckOK HochschulR NRW/Schemmer, 11. Ed. 1.5.2019, HG § 4

Rn. 4.

55 EuGH Urt. v. 5.6.2018-C-210/16 – *Wirtschaftsakademie*.

56 EuGH Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16 Rn. 34 ff. – *Fanpages*; EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 70 (*Fashion ID*).

57 EuGH Urt. v. 10.7.2018 – C-25/17 Rn. 69 – *Zeugen Jehovas*.

schaffen (vgl. § 4 HG NRW). Wissenschaftler nutzen diesen Freiraum zur Ausübung ihrer Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG, indem sie den organisatorisch gewährten Freiraum auch im Wege der Datenverarbeitung nutzen.

### 3. Datenverarbeitung im Rahmen der Lehre

Mit Blick auf die Lehre oder den Vollzug prüfungsrechtlicher Vorgaben kommt es zu zahlreichen Datenverarbeitungsvorgängen. Sie betreffen insbesondere die Erhebung von Daten von Studierenden zur Durchführung von Lehrveranstaltungen und Prüfungen. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben dürften Hochschullehrer in der Praxis erheblichen Entscheidungsspielraum mit Blick auf das Führen etwa von Anwesenheits- und Notenlisten haben. In diesen Fällen kann – geht man von einer Weisungshoheit der Hochschule mit Blick auf diese Datenverarbeitungen aus, auch eine Auftragsverarbeitung durch den Hochschullehrer für die Hochschule in Betracht kommen. War nach § 3 Abs. 7 BDSG a.F. noch die Zweckbestimmung der Datenverarbeitung das wesentliche Abgrenzungsmerkmal des Verantwortlichen, so ist dies nach Art. 4 Nr. 7 nunmehr die Entscheidung über Zweck und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten. Mangels weiterer Ausführungen in der DSGVO sowie im BDSG ist somit als Auslegungshilfe auch hier das WP 169 der Art.-29-Datenschutzgruppe sowie die Rechtsprechung des *EuGH*<sup>58</sup> heranzuziehen:<sup>59</sup> Danach ist der Zweck ein „erwartetes Ergebnis, das beabsichtigt ist oder die geplanten Aktionen leitet“ und das Mittel die „Art und Weise, wie ein Ergebnis oder Ziel erreicht wird“.<sup>60</sup> Insoweit ist im Wege einer kontextbezogenen Betrachtung zu prüfen, wer die Zwecke und Mittel der Verarbeitung, d.h. das Ob, Warum und Wie der Verarbeitung der personenbezogenen Daten festlegt.<sup>61</sup> Dabei ist ausschlaggebend, wie detailliert jemand über Zwecke und Mittel entscheidet und welchen Handlungsspielraum er etwa einem vom Verantwortlichen abzugrenzenden Auftragsverarbeiter<sup>62</sup> einräumt.<sup>63</sup> Dabei

kann für die Bestimmung des Verantwortlichen die Entscheidung über Zweck oder Mittel jeweils unterschiedlich im Vordergrund stehen.<sup>64</sup> Als Abwägungskriterien können etwa das Weisungsrecht des Verantwortlichen gegenüber dem Auftragsverarbeiter, die Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Auftragsverarbeiter oder die Abgrenzung der verschiedenen Handlungsspielräume dienen.<sup>65</sup> Letztlich ist zu fragen, wer entscheidet, warum eine Verarbeitung erfolgt und dabei die Rolle und mögliche Beteiligung der jeweiligen Akteure festlegt. Die Entscheidung über die Mittel beinhaltet sowohl technische als auch organisatorische Fragen.<sup>66</sup>

## V. Rechtliche Konsequenzen der Rechtsprechung

In den Fällen, in denen man zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit zwischen Hochschule und Hochschullehrer kommt, sind die Vorgaben des Art. 26 DS-GVO zu beachten. Es bedarf dann einer Vereinbarung zwischen den Beteiligten (Hochschule/ Wissenschaftler) über die Übernahme der Verpflichtungen nach der DS-GVO.<sup>67</sup> Eine Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO hat nur deklaratorische Wirkung, so dass auch ohne Vereinbarung eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht. Fehlt die Vereinbarung muss jeder Verantwortliche selbst alle Pflichten aus der DSGVO erfüllen. Eine fehlerhafte Einordnung (z.B. als Auftragsverarbeitung) ist sanktionsfähig. Der Vorteil der gemeinsamen Verantwortung liegt in der Möglichkeit der Verteilung der Pflichten aus der DS-GVO auf die gemeinsam Verantwortlichen. Ihr Gegenstand muss etwa die Festlegung zur Erfüllung der Pflichten nach der DSGVO, insbesondere die Rechte betroffener Personen, Art. 15 ff DSGVO und die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO sein. Ihr Ziel ist es, die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen gebührend widerzuspiegeln. Es geht darum transparent zu machen, welche Verantwortlichen beteiligt sind, welche Verarbei-

58 *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 (*Fashion ID*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 (*Jehova*); *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*); *AG Mannheim*, Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG.

59 So auch *Gierschmann-Kramer* Art. 4 Nr. 7 Rn. 23; *Kühling/Buchner-Hartung* Art. 4 Nr. 7 Rn. 13.

60 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16.

61 *AG Mannheim*, Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG Rn. 23; *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; *Kühling/Buchner-Hartung* Art. 4 Nr. 7 Rn. 13; zur Abgrenzung der gemeinsamen zur alleinigen Verantwortung *Kartheuser/Nabulsi* Abgrenzungsfragen bei gemeinsam Verantwortlichen, MMR

2019, 717, 718 ff.

62 Zum Begriff des Auftragsverarbeiters *Schwartzmann/Hermann* in *HK DSGVO/BDSG* Art. 4 Rn. 27 ff.

63 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16.

64 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; *Gierschmann-Kramer* Art. 4 Nr. 7 Rn. 27;

65 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; *Kühling/Buchner-Hartung* Art. 4 Nr. 7 Rn. 13.

66 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16 f.

67 Vertiefend dazu *Kremer* in *HK-DS-GVO/BDSG* Art. 26 Rn. 31 ff

tungen betroffen sind (entsprechend Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO) und welche Entscheidungen gemeinsam von Verantwortlichen getroffen werden. Nach der Transparenzpflicht des Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 DSGVO ist die Vereinbarung in transparenter Form zu gestalten und das „Wesentliche“ der Vereinbarung muss den betroffenen Personen zur Verfügung gestellt werden. „Wesentliches“ meint mit Blick auf Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO die „jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen“. Zur Verfügung gestellt werden kann sie als Annex zur Datenschutzhinweis nach Art. 13/14 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO.<sup>68</sup>

Bei Fehlen oder Mängeln der Vereinbarung kommen Sanktionen durch Aufsichtsbehörden in Betracht. Mögliche Sanktionsgründe können insbesondere die falsche Zuordnung der Leistungsbeziehung (etwa Auftragsverarbeitung statt Joint Controllership), eine fehlende oder unvollständige Vereinbarung der gemeinsam Verantwortlichen (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO), die Nichterfüllung der Festlegungen aus der Vereinbarung, oder die Verweigerung der Erfüllung von Rechten betroffener Personen sein (Art. 26 Abs. 3 DSGVO). Nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO haftet jeder Verantwortliche vollumfänglich gegenüber betroffenen Personen.

## VI. Handlungsempfehlung für Hochschulen

Geht man von der gemeinsamen Verantwortung aus, spricht aufgrund der Einbindung des Forschers in die Hochschulorganisation vieles dafür, dass die Hochschule sowohl im Verhältnis zu den Betroffenen als auch im Verhältnis zur Datenschutzaufsicht die datenschutzrechtliche Verantwortung organisiert und diese im Innenverhältnis zum Hochschullehrer übernimmt.<sup>69</sup> Die im Rahmen von Art. 26 DS-GVO rechtlich zulässige Freistellung des Forschers von der datenschutzrechtlichen Haftung im Innenverhältnis<sup>70</sup> ist im Hochschulkontext geboten, weil das wissenschaftliche Personal nur

auf diese Weise vollumfänglich von der verfassungsrechtlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit Gebrauch machen kann. Forscher und Hochschulen sollten insgesamt gemeinsam auf die Schaffung eines sicheren und einheitlichen Rahmens für Verarbeitung personenbezogener Daten hinwirken und dabei aber immer auch die Freiheit ihrer Forschung im Auge haben. Die rechtlichen Rahmenvorgaben sind in vielen Fällen noch nicht spezifiziert. Wissenschaftler sind daran gewöhnt und darauf angewiesen unter freiheitlichen Bedingungen zu arbeiten. Jeder Forscher muss gleichwohl auf den sorgsamsten Umgang mit Daten achten und sensibel werden. Dazu zählen vor allem auch der Einsatz und die Nutzung der technischen Hilfsmittel.<sup>71</sup> Auch über den wissenschaftlichen Bereich hinausgehend, sollten Hochschulen etwa auch im Rahmen ihrer fiskalischen Tätigkeit ihre Leistungsbeziehungen überprüfen, insbesondere stellt sich die Frage, ob eine „alte Auftragsdatenverarbeitung“ auch noch Auftragsverarbeitung nach der DSGVO ist, ob eine „alte Funktionsübertragung“ nicht nunmehr gemeinsame Verantwortung ist und wie die hochschulinternen Vereinbarungen zur Datenverarbeitung gestaltet sind. Wichtig ist es, insbesondere den Betrieb von Fanpages und anderer Social Media-Aktivitäten und den Einsatz ihrer IT bis hin zu fremder Plugins (Like-Button etc.) auf den Prüfstand zu stellen. Denn hier besteht nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts Gewissheit, dass eine Vereinbarung zwischen der Hochschule und dem jeweiligen Anbieter des Dienstes erforderlich ist.

Der Autor leitet die Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln und ist Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V.

68 Vgl. dazu etwa das tabellarische Beispiel von Payback: <https://www.payback.de/gemeinsam-verantwortlich>.

69 Schwartzmann, *Forschung und Lehre* 2019, 1006, 1007; Schwartzmann/Jacquemain RDV 5/2019, 219 (222).; dazu insgesamt

Kremer in HK-DS-GVO/BDSG Art. 26 Rn. 21.

70 Schwartzmann/Hermann in Schwartzmann/Pabst (Hrsg.) HK-LDSG NRW § 17 Rn. 2 ff. Dazu Kremer CR 2019, 225 (232).

71 Schwartzmann, *Forschung und Lehre* 2019, 1006, 1007.



# Felix Hornfischer

## Zur Unbeachtlichkeit von Besetzungsfehlern für die Tätigkeit von Hochschulgremien nach § 10 Abs. 5 LHG BW

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Die Vorschrift des § 10 Abs. 5 LHG BW und andere landesrechtliche Regelungen

1. Zielsetzung und Bedeutung der Unbeachtlichkeitsvorschriften
2. Verfassungsrechtliche Einordnung
3. Verhältnis zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht
  - a) Verhältnis zu § 44 LVwVfG und zum Nichtigkeitsdogma
  - b) Eigenständige Bedeutung und Verhältnis zu § 46 LVwVfG
4. Anwendungsbereich des § 10 Abs. 5 LHG BW
5. Ausdehnung der Unbeachtlichkeit auf die „fehlerhafte Besetzung“
  - a) Sitzungsspezifische und allgemeine Besetzungsfehler
  - b) Anwendbarkeit des § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW auf sitzungsspezifische Besetzungsfehler
  - c) Differenzierte Betrachtungsweise

#### III. Schluss

### I. Einleitung

Der Organisation der Hochschulen des Bundes und der Länder ist durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ein rechtlicher Rahmen gesteckt, innerhalb dessen dem jeweiligen Hochschulgesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt, die Hochschulen wissenschaftsadäquat zu organisieren.<sup>1</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, die Hochschulorganisation und damit auch die hochschulorganisatorische Willensbildung so zu regeln, dass in der Hochschule freie Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann. Die Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs dient dem Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen und ist des-

halb im dafür erforderlichen Umfang grundrechtlich garantiert.<sup>3</sup>

Ausgehend hiervon und zum Zwecke der Begründung einer hinreichenden hochschuldemokratischen Legitimation des (rechtlichen) Handelns der Hochschulen<sup>4</sup> trifft § 37 Abs. 1 HRG eine detaillierte Regelung zur Mitwirkung der Mitglieder der Hochschulen an deren Selbstverwaltung. Die Mitwirkung findet in Gremien statt, die nach den vier Mitgliedergruppen – Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die Studierenden und die sonstigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter – zusammengesetzt sind, § 37 Abs. 1 Satz 3 HRG. Dieser funktionale Pluralismus solle eine perspektivische Vielfalt in Forschung und Lehre offenhalten.<sup>5</sup> In den nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Entscheidungsgremien verfügen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Entscheidung in Angelegenheiten, die die Lehre mit Ausnahme der Bewertung der Lehre betreffen, mindestens über die Hälfte der Stimmen, in Angelegenheiten, die die Forschung, künstlerische Entwicklungsvorhaben oder die Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern unmittelbar betreffen, über die Mehrheit der Stimmen, § 37 Abs. 1 Satz 5 HRG.

Die Mitgliedschaft in einem Gremium beruht nach den Vorgaben des Hochschulrahmengesetzes entweder auf der Bekleidung eines bestimmten (Wahl-)Amtes oder auf einer Bestellung für oder Wahl in das Gremium, § 37 Abs. 2 Satz 1 HRG.

Die wesentliche Mitwirkung der Mitglieder an der Selbstverwaltung der Hochschulen findet daher in den Gremien statt. In Baden-Württemberg sind exemplarisch zu nennen: der Senat, § 19 LHG BW, der Fakultätsrat, § 25 LHG BW, die Studienkommission, § 26 LHG BW, der Promotionsausschuss, § 38 Abs. 5 Satz 2 LHG BW, so-

1 Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 210 ff.  
2 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 –, BVerfGE 35, 79 (116 f.); BVerfG 08.7.1980 – 1 BvR 1472/78 –, BVerfGE 54, 363, 389 ff.  
3 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 –, BVerfGE 35, 79 (116 f., 127 f.); BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 u.a. –, NVwZ 2005, 315.

4 Hierzu ausführlich Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 492 ff.; ders., in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 214 ff., 221 f.  
5 BVerfG 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 –, BVerfGE 136, 338 (364); Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 222.



wie der Habilitationsausschuss, § 39 Abs. 2 Satz 2 LHG BW. Daneben treten noch die Prüfungsausschüsse und -kommissionen nach Maßgabe der Prüfungsordnungen der Fachbereiche und Fakultäten.

Die Besetzung der Gremien ist teilweise im jeweiligen Landesrecht, teilweise in den Grundordnungen, Promotions- und Habilitationsordnungen und den sonstigen satzungsrechtlichen Prüfungsordnungen der Hochschulen geregelt. Sie erfolgt nach Maßgabe der Amtsträgerschaft, die ihrerseits auf einer Wahl oder einem anderen Ernennungsakt beruhen kann, oder der Wahl durch die Mitglieder der Hochschule bzw. ihrer Fakultäten oder Fachbereiche. Nach § 9 Abs. 8 Satz 5 LHG BW erlassen die Hochschulen eine Wahlordnung, in der insbesondere die Abstimmung, die Ermittlung des Wahlergebnisses, die Wahlprüfung sowie die weiteren Einzelheiten des Wahlverfahrens und der Abwahlverfahren nach §§ 18a, 24a und 27e LHG BW einschließlich Briefwahl geregelt werden. Diese Wahlordnungen sollen Regelungen zur Abgabe von schriftlichen Erklärungen in Wahlangelegenheiten durch einfache elektronische Übermittlung, durch mobile Medien oder in elektronischer Form enthalten, § 9 Abs. 8 Satz 6 LHG BW. Insbesondere die Gremienmitgliedschaft aufgrund einer Wahl birgt im Rahmen der Selbstverwaltung der Hochschulen und ihrer organisatorischen Untergliederung die Gefahr von Fehlern, die die Rechtsgültigkeit der Wahl und damit auch der Mitgliedschaft in den Gremien und die dortige Mitwirkung berühren können.<sup>6</sup>

Der Erlass einer gültigen Wahlordnung sowie die Organisation und Durchführung der Wahlen können für – vor allem kleinere – Hochschulen eine beachtliche Herausforderung darstellen. Ferner ist die Wahlanfechtung nicht selten ein Mittel, um (politisch) unliebsame Ergebnisse der Wahlen in Frage zu stellen.<sup>7</sup> Schließlich zeigt die verwaltungsgerichtliche Praxis, dass die Ungültigkeit einer Wahl zu einem Gremium, das seinerseits an einer belastenden Entscheidung (etwa der Rücknahme eines akademischen Grades) beteiligt war, im darauffolgenden Anfechtungsprozess geltend gemacht wird.<sup>8</sup>

In den Hochschulgesetzen einiger Länder finden sich daher im Hinblick auf die Ungültigkeit einer Wahl und die fehlerhafte Besetzung von Gremien besondere Vor-

schriften über die Unbeachtlichkeit dieser Fehler, die den allgemeinen Regelungen der Landesverwaltungsverfahrensgesetze vorgehen. Baden-Württemberg (§ 10 Abs. 5 LHG BW) und Bayern (Art. 40 Abs. 2 BayHSchG) haben dabei besonders weitgehende Bestimmungen getroffen. Die Existenz dieser Vorschriften, ihre Bedeutung und Verortung im allgemeinen Fehlerfolgenregime des Verwaltungsverfahrensrechts sowie ihr Anwendungsbereich werden in der hochschulrechtlichen Praxis bisweilen vernachlässigt. Dem möchte der folgende Beitrag am Beispiel des § 10 Abs. 5 LHG BW abhelfen.

## II. Die Vorschrift des § 10 Abs. 5 LHG BW und andere landesrechtliche Regelungen

§ 10 Abs. 5 LHG BW geht auf das zweite Gesetz zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften vom 01.01.2005 (GBl. S. 1) zurück. Die Vorschrift bestimmt:

„Ist die Wahl eines Gremiums oder einzelner Mitglieder eines Gremiums rechtskräftig für ungültig erklärt worden, so führt dieses Gremium in der bisherigen Zusammensetzung die Geschäfte bis zum Zusammentreten des auf Grund einer Wiederholungs- oder Neuwahl neu gebildeten Gremiums weiter. Die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit dieser Mitglieder wird durch die Ungültigkeit der Wahl nicht berührt. Satz 2 gilt bei einer fehlerhaften Besetzung von Gremien entsprechend.“

§ 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW entsprechen dem früheren § 109 Abs. 3 UG BW.<sup>9</sup> Bayern hat mit Art. 40 Abs. 2 BayHSchG eine entsprechende Regelung erlassen, die – bis auf den zweiten Halbsatz – dem früheren Art. 47 BayHSchG 1998 entspricht.<sup>10</sup> Hiernach wird die Wirksamkeit der vorher gefassten Beschlüsse und Amtshandlungen eines Gremiums nicht berührt, wenn die Wahl eines Gremiums oder einzelner seiner Mitglieder rechtskräftig für ungültig erklärt worden sind. Dies soll nach Art. 40 Abs. 2 Hs. 2 BayHSchG auch bei einer fehlerhaften Besetzung von Gremien entsprechend gelten. Die landesrechtlichen Bestimmungen in Nordrhein-Westfalen und in Sachsen-Anhalt formulieren höhere

6 Entsprechendes gilt auch für die Wahlen zu Personalvertretungen in der Hochschule und anderen Organisationseinheiten des öffentlichen Rechts.

7 Vgl. zur Anfechtung von Wahlen an Hochschulen etwa VG Gera 24.5.2017 – 2 K 606/16 Ge –, juris; VG Augsburg 17.11.2015 – Au 3 K 15.1188 –, juris; VG Arnberg 26.3.2014 – 9 K 2001/12 –, juris; VG Kassel 6.3.2014 – 3 K 418/13.KS –, juris;

8 VG Karlsruhe 4.3.2013 – 7 K 3335/11 –, VBIBW 2013, 429 und darauffolgend VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341; vgl. auch VG Freiburg 25.9.2019 – 1 K 5443/18 –, juris (noch nicht rechtskräftig).

9 LT-Drs. 13/3640, S. 182.

10 von *Coelln/Lindner*, BeckOK, HochschulR Bayern, 15. Edition 01.11.2019, Art. 40 Rn. 2.

Voraussetzungen für die Unbeachtlichkeit einer ungültigen Wahl. § 13 Abs. 4 HSchG NRW und der gleichlautende § 62 Abs. 5 HSchG LSA bestimmen:

„Wird die Wahl eines Gremiums oder einzelner Mitglieder nach Amtsantritt für ungültig erklärt, so berührt dies nicht die Rechtswirksamkeit der vorher gefassten Beschlüsse des Gremiums, soweit diese vollzogen sind.“

Anders als die Regelungen in Baden-Württemberg und Bayern setzen diese Bestimmungen den Vollzug der Beschlüsse voraus, damit die Ungültigkeit der Wahl unbeachtlich bleibt. Ferner kennen diese Regelungen keine Erweiterung auf die „fehlerhafte Besetzung“.

#### 1. Zielsetzung und Bedeutung der Unbeachtlichkeitsvorschriften

Die Bestimmung über die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit der Gremien, insbesondere deren Beschlüsse, ist eine „zentrale Verfahrensnorm“<sup>11</sup> des Hochschulverwaltungsrechts. Sie nimmt einen Ausgleich der erforderlichen hochschuldemokratischen Legitimation einerseits und der Rechtssicherheit<sup>12</sup> sowie der Funktionsfähigkeit der Hochschulverwaltung andererseits vor. Zu diesem Zweck treffen die landesrechtlichen Normen eine differenzierte Regelung, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt die demokratische Legitimation hinter der Rechtssicherheit und der Funktionsfähigkeit der Hochschule zurücktritt.

Soweit es um die Ungültigkeit der Wahl geht, sieht § 10 Abs. 5 Satz 1 LHG BW vor, dass die Wahl „rechtskräftig für ungültig erklärt“ worden ist. Eine entsprechende Formulierung enthält Art. 40 Abs. 2 Satz 1 BayHSchG<sup>14</sup>. Daraus folgt, dass selbst eine unanfechtbare Entscheidung der für die Wahlprüfung zuständigen Stellen der Hochschule über die Ungültigkeit der Wahl die Rechtswirksamkeit der Handlungen des Gremiums unberührt lässt. Erst recht gilt dies dann, wenn – z.B. im Anfechtungsprozess – lediglich die Ungültigkeit geltend gemacht worden ist, ohne dass eine Wahlprüfung durchgeführt und eine rechtskräftige Entscheidung getroffen

worden ist.<sup>15</sup>

Die Rechtssicherheit und die Funktionsfähigkeit der Hochschule rechtfertigen eine Unbeachtlichkeit der ungültigen Wahl für die Wirksamkeit des Gremienhandelns nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt. § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW stellt insoweit auf die Neubildung des Gremiums durch Wiederholungs- oder Neuwahl ab. Art. 40 Abs. 2 Satz 1 BayHSchG, § 13 Abs. 4 HSchG NRW und § 62 Abs. 5 HSchG LSA ordnen die Unbeachtlichkeit indes allein bis zum Zeitpunkt der Erklärung der Wahl für ungültig (Wirksamkeit bzw. Rechtswirksamkeit „der vorher gefassten Beschlüsse“) an. § 13 Abs. 4 HSchG NRW und § 62 Abs. 5 HSchG LSA beschränken darüber hinaus die Unbeachtlichkeit weiter auf die Fälle, in denen die Beschlüsse bereits vollzogen worden sind.

Die ausdifferenzierte Regelung des § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW, die die demokratische Legitimation bis zur Wiederholungs- bzw. Neuwahl der Funktionsfähigkeit der Hochschule unterordnet, wirft mit Blick auf den Wortlaut der Art. 40 Abs. 2 Satz 1 BayHSchG, § 13 Abs. 4 HSchG NRW und § 62 Abs. 5 HSchG LSA die Frage auf, was in Bayern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt für den Zeitraum zwischen der Erklärung der Wahl für ungültig und der Behebung des Mangels der Wahl durch Wiederholung oder Neuwahl gelten soll.

Nähme man den Wortlaut der Bestimmungen – in Abgrenzung zu § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW ernst – könnten die fehlerhaft gewählten Gremien in diesem Zeitraum keine wirksame Tätigkeit entfalten. Dieses Ergebnis widerspräche jedenfalls für die Vertretungsorgane indes dem Grundsatz, dass eine Körperschaft des öffentlichen Rechts stets ein handlungsfähiges Organ haben muss.<sup>16</sup> Daher spricht einiges dafür, dass auch nach Art. 40 Abs. 2 Satz 1 BayHSchG, § 13 Abs. 4 HSchG NRW und § 62 Abs. 5 HSchG LSA die Gremien bis zur Neuwahl weiter wirksam agieren können, soweit die Gremien Teil eines Vertretungsorgans sind.

Im Hinblick auf die denkbaren Fehler einer Wahl der Mitglieder zu Hochschulgremien, die Dauer eines Wahl-

11 von Coelln/Lindner, BeckOK, HochschulR Bayern, 15. Edition 1.11.2019, Art. 40 Rn. 1.

12 VGH BW 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 37; von Coelln/Lindner, BeckOK, HochschulR Bayern, 15. Edition 01.11.2019, Art. 40 Rn. 1.

13 Sandberger, LHG Baden-Württemberg, 2. Auflage 2015, § 10 Rn. 4; Herberger, in: Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Auflage 2009, Rn. 241; vgl. zu § 13 Abs. 4 HSchG NRW LT-Drs. 8/3880, 171; Achelpöhlner, in: von Coelln/Schemmer,

BeckOK, HochschulR Nordrhein-Westfalen,

14 § 13 Abs. 4 HSchG NRW und § 62 Abs. 5 HSchG LSA lassen genügen, dass die Wahl nach Amtsantritt für „ungültig erklärt“ worden ist.

15 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341; noch zu § 109 Abs. 3 UG BW VGH BW 17.9.2003 – 4 S 1636/01 –, juris Rn. 23.

16 VGH BW 2.12.1997 – 9 S 2506/97, GewArch 1998, 164; VG Karlsruhe 04.03.2013 – 7 K 3335/11 –, juris Rn. 43.

prüfungsverfahrens und eines gegebenenfalls daran anknüpfenden Wahlanfechtungsverfahrens ist die hochschulrechtliche Unbeachtlichkeitsregelung von großer praktischer Bedeutung für die Rechtssicherheit der von dem Handeln der Gremien betroffenen Personen und für die Funktionsfähigkeit der Hochschule selbst.

## 2. Verfassungsrechtliche Einordnung

Nach ständiger Rechtsprechung ist § 10 Abs. 5 LHG BW verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>17</sup> Die Unbeachtlichkeitsregelung verstößt nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist (Rechtsstaatsprinzip). Die Unabhängigkeit der Wirksamkeit eines Rechtsakts von der Wirksamkeit der Wahl oder Bestellung des handelnden Organs oder Amtswalters ist dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit geschuldet.<sup>18</sup> Bei gewählten Hauptorganen öffentlich-rechtlicher Körperschaften folgt sie zudem dem Gebot, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu keiner Zeit ohne handlungsfähiges Organ sein darf.<sup>19</sup>

Demnach lässt nach einem allgemeinen staatsorganisationsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsatz die Unwirksamkeit der Bestellung des handelnden Staatsorgans die rechtliche Wirksamkeit seiner Rechtsakte unberührt, solange diese Bestellung nicht in dem dafür vorgesehenen Verfahren widerrufen oder für ungültig erklärt worden ist. Wurde die Bestellung in dem dafür vorgesehenen Verfahren widerrufen oder für ungültig erklärt, wirkt dies allein ex nunc und nicht ex tunc.<sup>20</sup> Ein Mangel an demokratischer Legitimation aufgrund einer fehlerhaften Wahl ist grundsätzlich ausschließlich in den hierfür vorgesehenen Wahlprüfungsverfahren geltend zu machen.<sup>21</sup>

Der Grundsatz, dass die Wirksamkeit der Rechtsakte eines Amtswalters unabhängig von der Wirkung seiner Bestellung ist, gilt ebenso im Beamtenrecht<sup>22</sup> und im Dienstrecht der Richter. Auch gerichtliche Entscheidungen, an denen ein ehrenamtlicher Richter mitgewirkt hat, dessen Wahl nachträglich rechtskräftig für ungültig erklärt worden ist, bleiben hiervon in ihrer Wirksamkeit unberührt.<sup>24</sup>

Auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz eines Rechtssubjekts, das von der Wirksamkeit eines Rechtsakts eines fehlerhaft gewählten oder bestellten Organs oder Amtswalters betroffen ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Nur wenige Verfahrensregelungen sind überhaupt grundrechtlich geboten. Und auch im Falle eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht dazu gezwungen, einem Verfahrensfehler unbedingte Auswirkungen auf die Sachentscheidung einzuräumen.<sup>25</sup> Denn bei der Bestimmung des Fehlerfolgenregimes hat der Gesetzgeber die gegenläufigen Interessen der strikten Gesetzesbindung und des subjektiven Rechtsschutzes einerseits und der Aufrechterhaltung der Sachentscheidung sowie der Verwaltungseffizienz andererseits in Ausgleich zu bringen.<sup>26</sup>

## 3. Verhältnis zum allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht

§ 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW sowie die entsprechenden, oben angeführten landesrechtlichen Bestimmungen sind keine Heilungsvorschriften. Sie befassen sich vielmehr mit den Folgen einer ungültigen Wahl für die (Rechts-)Wirksamkeit des Handelns des gewählten Gremiums. Die Besetzung und das Handeln der betroffenen Gremien, insbesondere Satzungsbeschlüsse sowie Beschlüsse in gestuften Verwaltungsverfahren, bleiben objektiv rechtswidrig. Sie sind jedoch gleichwohl wirksam. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis sie zum Fehlerfolgenregime des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts, insbesondere zu § 44 LVwVfG und § 46 LVwVfG stehen.

### a) Verhältnis zu § 44 LVwVfG und zum Nichtigkeitsdogma

Aus § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW folgt, dass ein Handeln eines Gremiums in Gestalt eines Verwaltungsakts wegen der fehlerhaften demokratischen Legitimation nicht nichtig sein kann. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Ungültigkeit der Wahl zu einem Kollegialorgan im Hinblick auf das demokratische Legitimationsdefizit in der Regel einen „besonders schwerwiegender Fehler“

17 Ausführlich hierzu und zum folgenden VG Karlsruhe 4.3.2013 – 7 K 3335/11 –, juris Rn. 41 ff. und darauffolgend VGH BW 03.02.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341.

18 BVerfG 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 –, BVerfGE 1, 14, 38; vgl. auch VG Freiburg 24.2.1996 – 10 K 1064/95 –, GewArch 1997, 423.

19 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 16.

20 Vgl. für die Wahlen der Landtage und des Bundestages BVerfG 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 –, BVerfGE 1, 14, 38; BVerfG 11.10.1972 – 2 BvR 912/71 –, BVerfGE 34, 81, 95 ff. sowie für die Wahl der Kreistage und der Gemeinderäte BVerfG 11.11.1953 – 1 BvR

444/53 –, BVerfGE 3, 41, 44 und die dem § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW entsprechenden Normen des § 30 Abs. 3 GemO BW und § 21 Abs. 3 Satz 2 LKRö.

21 VG Karlsruhe 4.3.2013 – 7 K 3335/11 –, juris Rn. 41.

22 Vgl. § 15 Satz 3 BBG, § 13 Abs. 4 Satz 1 LBG.

23 Vgl. § 18 Abs. 3 DRiG.

24 BVerwG 9.6.1987 – 9 CB 36/87 –, DVBl. 1987, 1112.

25 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341.

26 Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL (Stand: Juli 2019), Einleitung Rn. 212.

i.S.d. § 44 Abs. 1 LVwVfG darstellt. Gegen die Einordnung als „besonders schwerwiegenden Fehler“ spricht allerdings der oben skizzierte allgemeine Grundsatz, dass die Wirksamkeit der Amtshandlung von der Bestellung des Amtswalters unabhängig ist.

Ferner weichen die landesrechtlichen Bestimmungen der Hochschulgesetze zur Unbeachtlichkeit der Ungültigkeit der Wahl vom traditionellen Nichtigkeitsdogma ab, soweit das Gremium eine Rechtsnorm in Gestalt der Satzung beschlossen hat. Nach diesem Dogma gilt für alle Rechtsnormen der Grundsatz, dass sie ipso iure ex tunc nichtig sind, wenn sie – gleich aus welchem Grund – rechtswidrig sind.<sup>27</sup> Aus diesem Grund kommt einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO lediglich eine deklaratorische und keine kassatorische Wirkung zu.<sup>28</sup> § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG sowie seine weiteren landesrechtlichen Entsprechungen stehen daher einer Nichtigerklärung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO oder einer inzidenten Verwerfung im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsverfahren entgegen.<sup>29</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg schließt hieraus, dass der Gesetzgeber aufgrund des Nichtigkeitsdogmas für Rechtsnormen mit der Betonung der „Rechtswirksamkeit“ der Tätigkeit des Gremiums auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns (Verwaltungsakt, Satzung) in Bezug auf Besetzungsmängel des Gremiums und nicht nur die bloße Gültigkeit trotz Rechtswidrigkeit anordnen wollte.<sup>30</sup> Dieser Schluss ist jedoch zweifelhaft. So kennt das Baugesetzbuch mit den §§ 214, 215 BauGB ein – auch zeitlich – ausdifferenziertes Fehlerfolgensystem von Verfahrensmängeln im Bebauungsplanverfahren, das zwischen Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit von Satzungsrecht differenziert. Diese Regelung stellt ebenfalls eine Abweichung vom Nichtigkeitsdogma dar, zu der der Gesetzgeber befugt sein kann.<sup>31</sup> Die Bestimmung, dass die Ungültigkeit der Wahl die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit des Gremiums unberührt lässt, ist am ehesten als eine verfahrens-

rechtliche Konstruktion zu verstehen, wonach ein Rückgriff auf die materielle Rechtslage verboten ist. Die materielle Rechtslage bleibt wie sie ist; die Berufung auf den Fehler bleibt aber ausgeschlossen.<sup>32</sup>

b) Eigenständige Bedeutung und Verhältnis zu § 46 LVwVfG

§ 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW geht über die Regelung des § 46 LVwVfG hinaus. Er trifft für den Bereich des Hochschulverwaltungsverfahrenrechts eine eigenständige Regelung über die Folgen einer fehlerhaften Wahl. Es ist daher nicht zutreffend, die hochschulrechtlichen Regelungen als im Verhältnis zu § 46 LVwVfG spezielle Regelungen zu qualifizieren.<sup>33</sup> Die hochschulrechtlichen Normen treffen für keine der in § 46 LVwVfG aufgeführten Rechtsverletzungen eine speziellere Regelung. Die rechtswidrige aufgrund einer mangelhaften Wahl fehlerhafte Besetzung eines Gremiums ist kein Fall „der Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit“, sondern ein eigenständiger Fehler, der aus einem allgemeinen Mangel an demokratischer Legitimation des konkret handelnden Gremiums folgt. Er ist daher ein Fehler, der dem konkreten, im Ergebnis zu einem Verwaltungsakt führenden (Beschluss-)Verfahren (vgl. § 9 LVwVfG) vorgelegt ist, und kein Verfahrensfehler im Sinne des § 46 LVwVfG. Allein die „fehlerhafte Besetzung“ nach § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW und nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG kann z.B. in Gestalt der Mitwirkung eines ausgeschlossenen Mitglieds oder der fehlenden Beschlussfähigkeit in der konkreten Sitzung zugleich einen Verfahrensfehler i.S.d. § 46 LVwVfG darstellen.<sup>34</sup>

Auch in der Rechtsfolge ordnen § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG und die entsprechenden anderen landesrechtlichen Vorschriften keine speziellere Rechtsfolge an. Die Voraussetzungen für die Unbeachtlichkeit sind nicht enger als jene des § 46 LVwVfG. Denn dieser setzt für den Ausschluss des Anspruchs auf Aufhebung eines Verwaltungsakts voraus, dass offensichtlich ist, dass die Verlet-

27 *Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen NJW 1986, 2805 (2807); *Sachs*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Auflage 2012, § 31 Rn. 76; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 57. EL, Juni 2019, § 78 Rn. 7.

28 BVerfGE, 92, 266; *Eyermann*, VwGO, 15. Auflage 2019, § 47 Rn. 86.

29 So auch von *Coelln/Lindner*, BeckOK, HochschulR Bayern, 15. Edition 1.11.2019, Art. 40 Rn. 11.1.

30 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341.

31 Für die Befugnis zur Abweichung für die Satzungen des BauGB

*Uechtritz*, in: Spannowsky/ders., BeckOK BauGB, 47. Edition, 01.11.2019, § 214 Rn. 15.

32 Vgl. zum Fehlerfolgenregime des Baugesetzbuchs überzeugend *Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805 (2810).

33 So aber für § 10 Abs. 5 LHG BW *Sandberger*, LHG Baden-Württemberg, 2. Auflage 2015, § 10 Rn. 4 und für Art. 40 Abs. 2 BayHSchG von *Coelln/Lindner*, BeckOK, HochschulR Bayern, 15. Edition 1.11.2019, Art. 40 Rn. 11.

34 So wohl auch zu § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 LHG BW VGH BW, Beschluss vom 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 37.



zung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die hochschulrechtlichen Bestimmungen stellen indes auf keine inhaltliche Ursächlichkeit des Fehlers ab.

Schließlich ist § 46 LVwVfG in das System des subjektiven Rechtsschutzes eingebettet und versagt dem Rechtsschutzsuchenden einen prozessualen Aufhebungsanspruch (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), wenn die Voraussetzungen des § 46 LVwVfG vorliegen.<sup>35</sup> Aus diesem Grund steht § 46 LVwVfG nach zutreffender Ansicht auch einer Rücknahme nach § 48 LVwVfG aufgrund einer „Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit“ nicht entgegen.<sup>36</sup> Die hochschulrechtlichen Bestimmungen ordnen ihrem Wortlaut nach indes unabhängig von einem prozessualen Aufhebungsanspruch eines Rechtsschutzsuchenden die Wirksamkeit der Tätigkeit des betroffenen Gremiums an. Dies dürfte auf eine Rücknahmeentscheidung nach § 48 LVwVfG Rückwirkungen haben. Beruht die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts allein auf der fehlenden demokratischen Legitimation des Gremiums wegen der Ungültigkeit seiner Wahl, dürfte eine Rücknahme aus diesem Grund vor dem Hintergrund der objektiv-rechtlichen Wertung des § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW kaum in Betracht kommen.

#### 4. Anwendungsbereich des § 10 Abs. 5 LHG BW

Der persönliche Anwendungsbereich erstreckt sich auf alle mit Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten Personenmehrheiten.<sup>37</sup> Dies folgt aus der Verwendung des Begriffs „Gremium“. Es ist daher nicht maßgeblich, ob ein „Ausschuss“ im Sinne des § 88 LVwVfG vorliegt. Die Regelung bezieht sich auf „Gremien“ und deren Mitglieder unabhängig davon, ob das Gremium aus Vertretern der an einer Hochschule vorhandenen Mitgliedergruppen zusammengesetzt ist, oder ob es – wie etwa ein Prüfungs-, Promotions- oder Habilitationsausschuss – allein aus gewählten oder kraft Amtes berufenen Amtsträgern besteht. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung sowie aus der „inneren Systematik der Norm“. <sup>38</sup> § 10 LHG BW hebt mehrfach ausdrücklich die „nach Mitgliedergruppen zusammengesetzten Gremien“ in besonderer Weise hervor und grenzt sie gegenüber Gremien ab,

die nicht entsprechend zusammengesetzt sind. Letztere will das Gesetz ausweislich des § 9 Abs. 5 Satz 2 LHG BW ebenfalls als Gremien verstanden wissen.<sup>39</sup>

In sachlicher Hinsicht wird von § 10 Abs. 5 LHG BW nicht allein die Wahl unmittelbar zum entscheidenden Gremium erfasst. Die Regelung gilt vielmehr auch für die fehlerhafte Bildung eines etwaigen Wahlorgans zur Wahl der Mitglieder des entscheidenden Gremiums.<sup>40</sup> Ungeachtet dessen, ob die – richtige – Zusammensetzung des Wahlorgans eine nach § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW unbeachtliche Ungültigkeit der Wahl begründet<sup>41</sup>, folgt dies jedenfalls aus § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW. Hiernach wird die Unbeachtlichkeit auf alle Besetzungsmängel ausgedehnt, also auch auf jene, die auf der fehlerhaften Zusammensetzung des Wahlorgans beruhen.<sup>42</sup>

#### 5. Ausdehnung der Unbeachtlichkeit auf die „fehlerhafte Besetzung“

§ 10 Abs. 5 Satz 3 LHG und Art. 40 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG dehnen die Unbeachtlichkeitsregelung auf die Fälle einer „fehlerhaften Besetzung“ des Gremiums aus. In der hochschulrechtlichen Praxis wird im Anfechtungsverfahren – z.B. gegen die Rücknahme eines akademischen Titels<sup>43</sup> – immer wieder geltend gemacht, an der Entscheidung eines Gremiums – z.B. eines Promotionsausschusses – habe ein wegen Befangenheit ausgeschlossenes oder ein fehlerhaft berufenes Mitglied mitgewirkt oder das Gremium sei beschlussunfähig gewesen, weil nicht die erforderliche Anzahl der Mitglieder anwesend gewesen sei. Dann stellt sich die Frage, ob die genannten Regelungen diese Fälle erfassen und zu einer Unbeachtlichkeit führen. Die Folge wäre, dass das befassende Gericht etwaigen Beweisanträgen zum konkreten Ablauf einer Beschlussfassung durch Zeugeneinvernahme nicht nachzukommen bräuchte und auch von Amts wegen nicht weiter zu ermitteln hätte.<sup>44</sup>

#### a) Sitzungsspezifische und allgemeine Besetzungsfehler

Die beispielhaft aufgezählten Rügen betreffen (Verfahrens-)Fehler der konkreten Gremiensitzung und Beschlussfassung im konkreten Verwaltungs- oder

35 Emmenegger, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Auflage 2019, § 46 Rn. 36.

36 Vgl. nur Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 46 Rn. 12 m.w.N.

37 VGH BW 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 35.

38 VGH BW 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 33 unter Berufung auf die Gesetzesbegründung nach LT-Drucks. 13/3640 vom 06.10.2004, S. 182, die beispielhaft ausdrücklich Prüfungsausschüsse aufzählt; vgl. zur Vorgängernorm § 109 Abs. 3 UG bereits VGH BW 17.9.2003 – 4 S 1636/01 –, juris.

39 VGH BW 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 35.

40 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341.

41 So etwa VG Karlsruhe 04.03.2013 – 7 K 3335/11 –, juris Rn. 51 f.

42 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341 unter Berufung auf die Gesetzesbegründung nach LT-Drucks. 13/3640 vom 6.10.2004, S. 182.

43 Vgl. VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341; VG Freiburg 25.09.2019 – 1 K 5443/18 –, juris.

44 Vgl. etwa VG Karlsruhe 4.3.2013 – 7 K 3335/11 –, juris Rn. 50 und VG Freiburg 25.9.2019 – 1 K 5443/18 –, juris Rn. 108.



Rechtssetzungsverfahren, während die Ungültigkeit der Wahl einen Mangel an demokratischer Legitimation darstellt, der unabhängig von einem konkreten Verfahren und dort einer konkreten Gremiensitzung vorliegt. Daher soll im Folgenden von sitzungsspezifischen Besetzungsfehlern, die im Falle eines Verwaltungsverfahrens einen Verfahrensfehler darstellen würden, die Rede sein.

#### b) Anwendbarkeit des § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW auf sitzungsspezifische Besetzungsfehler

Eine unmittelbare Anwendung des § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW auf sitzungsspezifische Verfahrensfehler setzt voraus, dass diese ebenfalls Fälle einer „fehlerhaften Besetzung“ sind. Dem Wortlaut nach könnte dagegensprechen, dass § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW die fehlerhafte Besetzung von Gremien losgelöst von einer konkreten Sitzung und einem konkreten Verfahren bestimmt. In systematischer Hinsicht steht Satz 3 zudem im Zusammenhang mit Satz 1, der mit der Ungültigkeit der Wahl ebenfalls einen allgemeinen, von der konkreten Gremiensitzung in einem konkreten Verfahren losgelösten Besetzungsmangel beschreibt. Deshalb wird § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW von Teilen der Literatur so verstanden, dass hierdurch ausschließlich die Rechtsfolge des § 10 Abs. 5 Satz 2 LHG BW über die in Satz 1 benannten Wahlmitglieder hinaus auf die Mitglieder kraft Amtes im Falle der fehlerhaften Amtsbesetzung ausgedehnt werden soll.<sup>45</sup> Für eine solche restriktive Auslegung könnte auch sprechen, dass ein sitzungsspezifischer Besetzungsmangel nach den Verfahrensvorschriften der betreffenden Körperschaft in der Regel durch eine neue Einberufung des Gremiums und nochmalige Befassung mit dem Beschlussgegenstand ohne größeren Aufwand ausgeräumt werden könne. Mängel der Wahl des Gremiums, eines einzelnen Gremienmitglieds oder der Ernennung eines Amtswalters, der kraft Amtes Gremienmitglied ist, sind ungleich schwerer zu beheben.

Einer solchen grammatikalischen und systematischen Auslegung kann jedoch entgegengehalten werden, dass § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW allein auf Satz 2 und gerade nicht auf Satz 1 verweist.<sup>46</sup> Auch scheint der Gesetzgeber die Ungültigkeit der Wahl nicht als den Fall einer „fehlerhaften Besetzung“ anzusehen, sonst hätte er voraussichtlich formuliert: „Satz 2 gilt bei einer sonstigen fehlerhaften Besetzung von Gremien entsprechend“. Dies hat er jedoch nicht getan. Vielmehr stellt der Ge-

setzgeber in der Gesetzesbegründung klar, „dass die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit von Mitgliedern auch dann unberührt bleibt, wenn das Gremium aus anderen Rechtsgründen fehlerhaft besetzt sein sollte.“<sup>47</sup> Lediglich beispielhaft führt die Gesetzesbegründung weiter aus, dass dies „insbesondere für die Amtsmitglieder eines Gremiums selbst, aber auch für vom Gremium gewählte Funktionsträger, z.B. für den Studiendekan und die Studienkommissionen sowie die Mitglieder von Prüfungsausschüssen usw.“ gelte.<sup>48</sup> Der Regelungsinhalt des § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 LHG BW ist mithin so zu verstehen, dass die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit des Gremiums bei einer fehlerhaften Besetzung nicht berührt wird.

Für eine Anwendung des § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 LHG BW auf die Fälle eines sitzungsspezifischen Besetzungsfehlers spricht zudem das Verständnis des Verwaltungsgerichtshofs, dass eine fehlerhafte Besetzung selbst einen Verfahrensfehler darstellt und nicht seinerseits auf einem Verfahrensfehler beruhen muss.<sup>49</sup>

Ferner würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn einerseits die Rechtswirksamkeit der Handlungen eines gesamten Gremiums, dessen Wahl ungültig ist, hiervon unberührt bleiben soll, während andererseits der Beschluss eines wirksam gewählten Gremiums wegen eines jeden sitzungsspezifischen Besetzungsmangels in einer konkreten Sitzung unwirksam wäre.<sup>50</sup> Ein Wertungswiderspruch läge jedenfalls dann vor, wenn es sich beim sitzungsspezifischen Besetzungsmangel – wie etwa bei der Beschlussunfähigkeit – ebenfalls um einen Mangel demokratischer Legitimation handelt.

#### c) Differenzierte Betrachtungsweise

Spricht daher einiges für eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW auch auf sitzungsspezifische Besetzungsfehler innerhalb eines konkreten Verfahrens, ist allerdings noch die Anwendung im Einzelfall angesichts des konkreten Besetzungsfehlers zu klären. Die Frage der Anwendung des § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 LHG BW auf sitzungsspezifische Besetzungsfehler sollte differenziert betrachtet und beantwortet werden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zur Bedeutung von Verfahrensfehlern im Innenbereich eines Verwaltungsträgers ist mit Blick auf die Aufgabenvielfalt des Verfahrensrechts für die Beachtlichkeit des Fehlers ein Rechtswirksamkeitszusammenhang zwischen Verfahrensfehler und

45 So wohl Herberger, in: Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Auflage 2009, Rn. 241.

46 VG Freiburg 25.9.2019 – 1 K 5443/18 –, juris Rn. 103 (noch nicht rechtskräftig).

47 LT-Drs. 13/3640, S. 182.

48 LT-Drs. 13/3640, S. 182.

49 VGH BW 30.7.2018 – 9 S 764/18 –, juris Rn. 37.

50 VG Freiburg – 1 K 5443/18 –, juris Rn. 104 (noch nicht rechtskräftig).

subjektiver Rechtsverletzung erforderlich. Dieser besteht nur dann, wenn im Gefüge der Verfahrenshandlungen gerade die einschlägige Verfahrensbestimmung eine Schutzaufgabe für die materiellrechtliche Position des Rechtsschutzsuchenden hat. Dies gilt für Adressatenklagen und Drittklagen gleichermaßen.<sup>51</sup> Maßgeblich ist also, aufgrund welchen Rechtsverstoßes ein sitzungsspezifischer Besetzungsfehler vorliegt. Das Unterschreiten des für die Beschlussfähigkeit erforderlichen Quorums der anwesenden Mitglieder betrifft etwa allein den Innenbereich des Verwaltungsträgers. Das Entsprechende gilt, soweit Verfahrensordnungen vorsehen, dass in bestimmten Fällen der Vorsitzende an Stelle der Gremienmitglieder allein entscheidet. Die fehlerhafte Annahme, die Voraussetzungen für eine solche Verschiebung der Entscheidungskompetenz lägen vor, betrifft ausschließlich allein den Innenbereich des Verwaltungsträgers. Solche Bestimmungen bezwecken allenfalls den Schutz organschaftlicher Rechte und dienen nicht dem vorgezogenen Rechtsschutz des Bürgers im Verwaltungsverfahren.<sup>52</sup> Ihre Verletzung führt nicht zu einem Aufhebungsanspruch des (Dritt-)Betroffenen in Bezug auf den auf der Gremienentscheidung beruhenden Verwaltungsakt.<sup>53</sup>

Dagegen kann die Mitwirkung eines wegen Befangenheit ausgeschlossenen Mitglieds auch die Rechte des (Dritt-)Betroffenen berühren. § 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 LHG BW findet nach hier vertretener Auffassung auf solch einen sitzungsspezifischen Besetzungsfehler keine Anwendung.

Durch diese differenzierte Betrachtungsweise werden die Verfahrensregelungen, die ausschließlich allein den Innenbereich des Verwaltungsträgers betreffen, nicht gegenstandslos. Denn die Verletzung dieser Verfahrensvorschriften kann unter den allgemeinen Voraussetzungen eines Inter- oder Intraorganstreits<sup>54</sup> geltend gemacht und gegebenenfalls durchgesetzt werden.<sup>55</sup>

### III. Schluss

Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Hochschulen, sich selbst zu verwalten, bringt es mit sich, dass die Hochschulen – unabhängig von ihrer Größe und ihrer Leistungsfähigkeit im Hinblick auf Verwaltungstätigkeit und rechtliches Know-How – die Besetzung ihrer Gremien zu organisieren und durchzuführen haben. Kommt es bei den Wahlen zu Gremienmitgliedern oder zu Amtswaltern, die kraft Amtes Gremienmitglied sind, zu Fehlern, die zur Ungültigkeit der Wahl führen, hätte dies für die Tätigkeit des Gremiums und damit für die Verwaltungstätigkeit der Hochschule selbst weitreichende negative Folgen. Das Hochschulrecht der Länder sieht daher – entsprechend einem allgemeinen staatsorganisationsrechtlichen und verwaltungsorganisatorischen Grundsatz – vor, dass die Rechtswirksamkeit der Tätigkeit von der Ungültigkeit der Wahl unberührt bleibt. Manche Hochschulgesetze der Länder dehnen diese Unbeachtlichkeit auf Besetzungsmängel aus.

Diese gesetzgeberische Entscheidung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und dient maßgeblich der Funktionsfähigkeit der Hochschule und der Rechtssicherheit für die Betroffenen Mitglieder der Hochschule.

Die Regelungen über die Unbeachtlichkeit der Ungültigkeit der Wahl und der Besetzungsmängel sind in der Praxis von großer Bedeutung. Zugleich sind diese Vorschriften den im Hochschulrecht Handelnden häufig nicht präsent. Gerade in gerichtlichen Anfechtungsverfahren gegen belastende Entscheidungen der Hochschulen wird seitens der Antragsteller bzw. Kläger immer wieder die fehlerhafte Besetzung der entscheidenden oder mitwirkenden Gremien aufwendig gerügt, ohne dass die Frage gestellt wird, was aus einem solchen Fehler denn rechtlich folgen soll.

51 VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341; vgl. zu § 10 Abs. 5 Satz 3 LHG BW auch VG Freiburg 25.9.2019 – 1 K 5443/18 –, juris Rn. 105.

52 Vgl. *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. EL, Stand: Februar 2019, § 42 Abs. 2 Rn. 94.

53 Vgl. allgemein zum verneinten Aufhebungsanspruch bei der

Verletzung von ausschließlich den Innenbereich betreffenden Verfahrensvorschriften VGH BW 3.2.2014 – 9 S 885/13 –, VBIBW 2014, 341.

54 Vgl. hierzu *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. EL, Stand: Februar 2019, § 42 Abs. 2 Rn. 91 ff.

55 VG Freiburg 25.09.2019 – 1 K 5443/18 –, juris Rn. 107.

Ist sich der Rechtsanwender der Existenz, der Anwendbarkeit und Rechtsfolge der Unbeachtlichkeitsvorschriften bewusst, kann eine nicht zielführende Beratungsstrategie seitens der Anwälte vermieden werden und ein entsprechender Vortrag im Rechtsschutzverfahren wird überflüssig, so dass die Beteiligten – unbeirrt von etwaigen Nebelkerzen – die Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit des betreffenden Verwaltungshandelns der Hochschule erörtern können.

Dr. Felix Hornfischer ist Richter am Verwaltungsgericht beim Verwaltungsgericht Freiburg und dort als Beisitzer der 1. Kammer u.a. für hochschulrechtliche Streitigkeiten zuständig. Er ist ferner Beisitzer in der Disziplinarkammer und der Personalvertretungskammer. Der Beitrag gibt allein seine persönliche Auffassung wieder.



# Tanjev Schultz

## *Wahrheit und Zweifel*

### *Zur Zukunft des Wissenschaftsjournalismus*

#### Übersicht<sup>1</sup>

##### *Prolog*

*I. Wissenschaftlichkeit und Wahrheitsorientierung im Modus aufgeklärten Zweifels*

*II. Kritik des Wissenschaftsbetriebs – Strukturen und Finanzen hinterfragen*

*III. Irritation, Perspektivwechsel, Komplexitätssteigerung*

*IV. Sachlichkeit, Gelassenheit, Eindringlichkeit*

*V. Differenzieren von Argumentationsebenen, Ausstrahlen auf den politischen Journalismus*

##### *Epilog*

Der Wissenschaftsjournalismus steht im vermeintlich postfaktischen Zeitalter vor besonderen Herausforderungen. Auf ihn richten sich auch besondere Hoffnungen. Der Beitrag entwirft ein normatives Leitbild für den Wissenschaftsjournalismus. Dieses Leitbild setzt auf Wahrheits- und Faktenorientierung, warnt zugleich aber vor szientistischem Übereifer. Es mahnt dazu, auch die Strukturen des Wissenschaftsbetriebs kritisch zu beleuchten und sich nicht mit der Rolle des Übersetzens und Popularisierens von Forschungsergebnissen zu begnügen. Und schließlich warnt es davor, sich treiben zu lassen von einer emotionalisierten und überreizten Kommunikationskultur.

#### Prolog

Lässt sich über die Zukunft des Wissenschaftsjournalismus sprechen, ohne über die Zukunft des Journalismus zu sprechen? Und lässt sich, so mag man apokalyptisch gestimmt weiter fragen, über die Zukunft des Journalismus sprechen, ohne über die Zukunft als solche zu sprechen? Es sind Wissenschaftler und Wissenschaftsjournalisten, die den Menschen vor Augen führen, wie es um diesen Planeten steht: nicht gerade glänzend. Auf der anderen Seite sind es ebenfalls Wissenschaftler und Wissenschaftsjournalisten, die mit Fakten und guten Argu-

menten dazu mahnen, vorhandene globale Fortschritte, zum Beispiel bei den Impfquoten oder im Kampf gegen den Hunger, nicht im negativen Nachrichtenstrom untergehen zu lassen. Der große Erfolg von *Hans Roslings* Buch „Factfulness“ (Rosling 2018), das vor einer unberechtigten Katastrophenstimmung warnt, ist ein Beleg dafür, dass viele Menschen genug haben vom Negativismus der Medien.

Wie so oft entzieht sich die Wirklichkeit mit ihren Herausforderungen einem einfachen Schematismus. Daraus den Schluss zu ziehen, es gäbe keinerlei Dringlichkeiten, wäre jedoch falsch. So zu tun, als sei die Welt zu widersprüchlich, um sich auf irgendetwas festlegen zu können, zeugt von unverantwortlicher Bequemlichkeit. Die Erkenntnisse, die beispielsweise über den Schwund der Arten (den Verlust der Biodiversität) oder über den Wandel des Klimas existieren, erscheinen so solide, dass es geradezu kindisch anmutet, wenn erwachsene Menschen – Politiker und Präsidenten – die Augen davor verschließen. Als ob das Unheil schwindet, wenn man nicht hinsieht.

Die Bereitschaft zur Ignoranz hat viele Ursachen. Es hilft ihr, dass sie sich als Widerstand gegen mediale Überhitzungen und Hysterie ausgeben kann. Es ist der Witz unserer Zeit: dass sich Anti-Aufklärer als Aufklärer der durchaus vorhandenen Irrationalitäten fortgeschrittener Mediendemokratien aufspielen.

Eine Gefahr besteht nun darin, sich von der Logik des Polarisierens treiben zu lassen. Freund oder Feind, wahr oder falsch, Rettung oder Untergang – ehe man sich's versieht, gerät man selbst unter Zug- und Entscheidungszwang. Und es lauert stets die Versuchung, überzogen zu reagieren auf die notorischen Ignoranten und Vereinfacher. Es ist das Prinzip, das auch politische Extremisten und Terroristen so gefährlich macht; über ihre konkreten Anschläge und über das Leiden, das diese verursachen, hinaus. Sie nisten sich ein in unseren Köpfen, sie provozieren und sie reizen uns, und sie können auf diese Weise die Moderaten, die Friedfertigen und Frei-

<sup>1</sup> Der Aufsatz beruht auf einem Festvortrag, den der Autor am 5. Dezember 2019 bei der Verleihung des Universitas-Preises für Wissenschaftsjournalismus der Hanns Martin Schleyer-Stiftung in Berlin gehalten hat. Preisträgerin war die Wissenschaftsjournalistin *Stephanie Kusma* (Neue Zürcher Zeitung). *Tanjev Schultz* hat den Universitas-Preis im Jahr 2013 erhalten.



heitsliebenden dazu verleiten, Verrat an ihren Idealen zu begehen und den Rechtsstaat und den Raum der Freiheit über Gebühr einzuschränken.

Wir erleben, ich halte das für keine Übertreibung, in der Gegenwart auch eine Form des epistemischen Terrorismus. Wir erleben Anschläge auf die Fundamente wissenschaftlichen und aufklärerischen Denkens. Wir erleben Anschläge auf die Sprache, eine Verdrehung von Begriffen, eine Verrohung der Kommunikation. Wir erleben, inmitten etablierter Demokratien, alte und neue Formen dreister Propaganda, an die wir uns entweder auf bedrohliche Weise zu schnell gewöhnen – oder die uns dazu verleiten, mit Mitteln zurückzuschlagen, die alles nur schlimmer machen.

Eine der vielen Herausforderungen in diesem Zusammenhang liegt in der Fragilität und Pluralität wissenschaftlicher Methoden und Weltzugänge. Wer wie Donald Trump und andere Populisten zugunsten der eigenen Propaganda „alternative Fakten“ konstruiert, schließt damit auf perfide Weise an erkenntnistheoretische und methodologische Kontroversen der Wissenschaft an. Es ist ja längst Gemeingut und zum Allzweckeinwand geworden, dass es fast keine Disziplin gibt, in der nicht zwei Experten drei unterschiedliche Auffassungen vorbringen können.

Der Journalismus und speziell der Wissenschaftsjournalismus wären schlecht beraten, auf diese Situation mit einem szientistischen Übereifer zu reagieren. Dass die Zeiten eines naiven Wissenschaftsglaubens vorbei sind, braucht nicht betrauert zu werden, es dürfen nur Wissenschaftsfeindlichkeit und Wahrheitsverachtung nicht die Oberhand gewinnen. Epistemische Autoritäten existieren auch heute noch. Sie zu stabilisieren, ohne sie unangemessen zu überhöhen, ist eine zentrale Funktion des Wissenschaftsjournalismus.

Zugleich muss er allen Autoritäten, auch den epistemischen, stets mit einem vernünftigen Maß an Misstrauen und Zweifel begegnen. Und mit der furchtlosen Bereitschaft, sich jederzeit gegen das Etablierte und gegen die Etablierten zu stellen und herrschende Lehren und Strukturen anzugreifen, wenn es dafür gute Gründe gibt. Die Wahrheit wird nur retten können, wer sich ihrer nicht gewiss ist. Die Wahrheit in einem wissenschaftlichen und in einem journalistischen Sinne zu verteidigen, kann nur bedeuten, stets auch den Zweifel zu kultivieren.

Für Forscher wie auch für Journalisten ist es nie verkehrt, sich die eigenen Beschränkungen bewusst zu machen. Die sympathische Einsicht, nur zu wissen, dass man im Grunde nichts weiß, mutet freilich hilflos und sogar gefährlich an in Zeiten, in denen das selbstbewusste, von Zweifeln oder gar von Tatsachen ungetrübte Aus-

rufen abstruser Thesen um sich greift. Dennoch ist eine grundsätzliche erkenntnistheoretische Demut, auch für Journalisten, die traditionell eher nassforschende Pragmatiker sind, ein wichtiges Korrektiv. Sie muss keineswegs in Relativismus oder Apathie münden, schützt aber vor einem Abgleiten in Dogmatismus und Intoleranz. Und solange wir die Welt, die natürliche und die soziale, bewusst gestalten, lässt sich diese Demut auf einer anderen Stufe der Reflexion sehr wohl vereinbaren mit einem empirischen und pragmatischen Ansatz, der den Zweifel (zeitweise) wieder in die Schranken weist und dem alten Gedanken *John Lockes* folgt, der treffend bemerkte:

*„Wenn wir alles bezweifeln wollen, weil wir nicht alles mit Gewissheit erkennen können, so handeln wir ungefähr ebenso weise wie derjenige, der seine Beine nicht gebrauchen wollte, sondern still saß und zugrunde ging, weil er keine Flügel zum Fliegen hatte.“ (John Locke, Versuch über den menschlichen Verstand, Einleitung §5, hier zitiert nach Locke 1981 [1689]: 26)*

Die Zurückhaltung und die Bescheidenheit, die den Journalismus und die Wissenschaft auszeichnen und zieren sollten, darf nicht verwechselt werden mit einer Unterwerfung unter die Strategien der Bequemen und Betulichen, der Dummen oder der Dreisten. Es stimmt eben nicht alles, auch wenn vieles möglich und wenig oder nichts ganz gewiss ist.

Der Wissenschaftsjournalismus hat in dieser vermeintlich postfaktischen Konstellation keine leichte Aufgabe. Während sich andere mit fadenscheinigen Stoffen begnügen, ist er mit dichtem Gewebe konfrontiert und oft mit dicken, harten Brettern. Ohne solides Fachwissen und Fortbildung als Dauerzustand, ohne die Zeit, das Geld, die Kraft und den Willen für intensive und kontinuierliche Recherchen verkommt der Wissenschaftsjournalismus zu einer Unterabteilung des Vermischten, die ein paar bunte Bälle aus der Forschung ins journalistische Spaßbad wirft. Oder zur bloßen Verlängerung einer Wissenschafts-PR, die vielerorts professioneller und damit raffinierter geworden ist, getrieben von Exzellenzversprechen, Aufmerksamkeitsspiralen und Geschäftigkeitserwartungen. Gibt man ihm die Mittel und die Spielräume, die er benötigt, kann der Wissenschaftsjournalismus ein Bollwerk gegen Desinformation sein – und ein Bollwerk gegen die Boulevardisierung (vgl. *Berg* 2018).

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich fünf Punkte nennen, die den Wissenschaftsjournalismus in diesen Zeiten auszeichnen und wertvoller denn je machen könnten. Der erste Punkt schließt unmittelbar an die Vorbemerkungen an:

## I. Wissenschaftlichkeit und Wahrheitsorientierung im Modus aufgeklärten Zweifels

Im öffentlichen Diskurs kursieren viele Meinungen. Wo aber sind die relevanten Fakten und Erklärungen? Der Wissenschaftsjournalismus soll dazu beitragen, Ergebnisse seriöser Forschung zugänglich zu machen. Er kann helfen, Beiträge aus der Wissenschaft zu drängenden Fragen der Zeit zu erschließen und für ein breiteres Publikum aufzubereiten. Er kann sich stemmen gegen Scharlatane, Wahrheitszyniker und Wissenschaftsfeinde, die Fakten und Forschungsbefunde entweder ignorieren oder zu ihren Gunsten verbiegen.

Wissenschaft und Wahrheitsorientierung zu verteidigen, kann allerdings nur im Modus eines aufgeklärten Zweifels und im Bewusstsein des Pluralismus in der Wissenschaft gelingen. Deshalb sind Wissenschaftsjournalisten auch diejenigen, die in den Redaktionen ihren Kollegen in den Arm fallen müssen, wann immer diese der journalistischen Neigung erliegen, Tatsachen, Thesen, Bezüge und Zusammenhänge durch Mittel der Dramatisierung, Verknappung oder Verdichtung in einem Maße zu entstellen, das sich auch bei großzügiger Auslegung nicht mehr als zulässige Pointierung rechtfertigen lässt. Der Wissenschaftsjournalismus darf sich zwar nicht den sprachlichen Marotten und Verstiegenheiten der akademischen Welt ausliefern und unterordnen, muss aber höchst sensibel bleiben für notwendige Differenzierungen und Nuancierungen. Er muss den Sinn bewahren und seine Sinne scharf halten für Konjunktive, Relativierungen und die ganze Palette von Abtönungspartikeln und Geltungsmodifikationen. Er benötigt die Urteilskraft, einerseits gute Experten auszuwählen und den Stand der Forschung einschätzen und korrekt wiedergeben zu können, andererseits relevanten wissenschaftlichen Dissens und mögliche Innovationen zu erkennen und herrschende Lehrmeinungen zu hinterfragen, ohne sich zu verrennen in Obskurem. Das bedeutet auch, dass der Wissenschaftsjournalismus nicht nur auf die Ergebnisse und Inhalte der Forschung blicken darf.

## II. Kritik des Wissenschaftsbetriebs – Strukturen und Finanzen hinterfragen

Oft wird dem Journalismus der Vorwurf gemacht, zu stark auf Organisationen, deren Repräsentanten und Prozesse zu blicken, zu sehr auf *politics* und zu wenig auf *policies*. Interessanterweise lässt sich für den Wissenschaftsjournalismus eine andere Diagnose stellen: dass er sich auf die (faszinierenden) Inhalte der Forschung konzentriert und darüber die Bedingungen der Wissensproduktion tendenziell vernachlässigt. Dass er also eher

zu wenig als zu viel befasst ist mit den Strukturen der Forschung, den Organisationen der Wissenschaft und den Geldflüssen, die ja insgesamt beachtliche Summen betreffen und schon deshalb das Interesse der Öffentlichkeit und des Journalismus wecken müssten. Doch die Medien interessieren sich nur bedingt dafür. Die Infrastruktur der Forschung gilt als langweilig.

Wenn sich nicht, oft eher zufällig, ein handfester Skandal zeigt oder wenigstens etwas, das aussieht wie ein Skandal, überlässt man die Wissenschaftler und Forschungspolitiker sich selbst. Das finden diese vermutlich sogar recht angenehm. Die Frage ist, ob dem Journalismus und der Öffentlichkeit Wichtiges entgeht. In der Forschungspolitik werden Entscheidungen getroffen, die nicht nur auf wissenschaftlichem Sachverstand beruhen, sondern tatsächlich politisch sind. Wo werden welche Prioritäten gesetzt? Welche medizinische Forschung wird gefördert, welche nicht? Wie geht ein Land mit seinem kulturellen Erbe um? Aber auch im engeren Sinne institutionelle Fragen – welche Akteure tun was, wie und wie gut? – lassen sich nicht so einfach als institutionelles Gedöns abtun. Dennoch gibt es im deutschsprachigen Raum traditionell nur wenige Journalistinnen und Journalisten, die sich auf solche Fragen einlassen und genügend Kenntnisse haben, fundierte Antworten zu liefern. Das hängt auch mit der Ausrichtung und den Ressourcen in den Redaktionen zusammen.

## III. Irritation, Perspektivwechsel, Komplexitätssteigerung

Aus Sicht der Wissenschaft mag es kein Schaden sein, wenn sich der Journalismus nicht in ihre Organisationsbedingungen einmischt. Aus ihrer Sicht mag die Anforderung an den Journalismus vor allem lauten, wichtige Ergebnisse der Forschung in die Gesellschaft zu tragen, und das bitteschön korrekt und einerseits ansprechend und andererseits anspruchsvoll, auch wenn hier großzügig ein paar Abstriche hingenommen werden. Die Funktion des Journalismus sollte sich jedoch nicht in der Popularisierung der Wissenschaft erschöpfen – also einer einseitigen „Zweckprogrammierung“ zugunsten der Interessen und der Systemlogik der Wissenschaft (Kohring 1997: 183). Die Funktion lässt sich viel weiter fassen, gekoppelt an eine weitgehende Autonomie des Journalismus. Wer Journalismus und PR nicht verwechselt oder vermischt, gibt sich als Journalist nicht zufrieden mit der Rolle eines „Übersetzers“ und „Popularisierers“ (vgl. Peters & Jung 2019). Es geht um die schon angesprochene Kontroll- und Kritikfunktion, also das journalistische Wächteramt, das sich bei allem Respekt und allen Schwierigkeiten, es mit der Selbstverwaltung

und dem Expertentum der Forscher aufzunehmen, auch auf die Strukturen der Wissenschaft erstrecken sollte. Und es geht, nicht unbedingt schon investigativ und politisch, auch um die Irritation, die der Journalismus erzeugen kann, indem er Informationen aus anderen Teilsystemen liefert. Solche Irritationen mögen gleichsam automatisch und ohne besonderes Zutun erfolgen, der Wissenschaftsjournalismus könnte sich dieser Aufgabe aber noch bewusster verschreiben.

Ob im Wirtschaftsleben, im Gesundheitswesen, in Bildungseinrichtungen oder auf den vielen unterschiedlichen Politikfeldern: Die dort ablaufenden Operationen und Programme sind in der Regel geknüpft an empirische Annahmen und wissenschaftliche Vorstellungen. Mitunter bestehen deshalb sogar direkte Verbindungen in die Forschungswelt. Aber nicht immer, und selten erschöpfend. Nun kommt der Wissenschaftsjournalismus ins Spiel. Er schafft neue Verbindungen, bietet Anlässe für Perspektivwechsel und steigert so die kommunikative und gesellschaftliche Komplexität, entgegen der gängigen Vorstellung, der Journalismus betreibe lediglich ein Geschäft der Komplexitätsreduktion. Er kann dabei übrigens in mehrere Richtungen wirken und so auch das Wissenschaftssystem durch die Konfrontation mit den Ansprüchen und Erkenntnissen, die in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen gewonnen worden sind, irritieren.

Der Hang bestimmter Sphären oder Systeme, dem eigenen Programm zu folgen und das zu tun, was dort schon immer getan wurde, oder das, was der eigenen Systemlogik am nächsten liegt, trifft nun auf wissenschaftliche Befunde und Diskurse, die womöglich etwas ganz anderes nahelegen. Nicht immer erkennt die Wissenschaft die Brisanz und das Irritationspotenzial ihrer eigenen Arbeiten (für andere Systeme oder Sphären), es ist ihr eventuell auch gleichgültig – und selbst wenn sie es erkennt und wichtig nimmt, tut sie sich nicht immer leicht damit, es zu vermitteln. Das ist die Stunde des Wissenschaftsjournalismus. Obwohl er darauf spezialisiert ist, Abstraktes anschaulich und Kompliziertes verständlich zu machen, steckt in der beschriebenen Funktion das Potential, die Gesellschaft aufzuwühlen und neue Komplexitäten zu erzeugen. *Adorno* hat der Kunst die Aufgabe zugeschrieben, „Chaos in die Ordnung zu bringen“ (*Adorno* 2001 [1951]: 428). Das ist so gesehen auch für den Journalismus kein verrückter Anspruch. Guter Journalismus kann, zumal in Auseinandersetzung mit der Wissenschaft, dazu beitragen, die gesellschaftlichen Ansichten aus der Blendung des Offensichtlichen zu lösen. Er raut glatte Oberflächen auf. Manchmal gelingt es ihm vielleicht sogar, den Dingen auf den Grund zu gehen.

#### IV. Sachlichkeit, Gelassenheit, Eindringlichkeit

Hört das Publikum noch hin, wenn eine leise Stimme der Vernunft spricht? Alle Kanäle sind zugestopft vom Proll oder vom Troll, von den Militanten und den Penetranten. Und wer zu langsam ist, dringt ohnehin nicht mehr durch. Alle sind bewaffnet mit ihren schlaun Telefonen, und es geht zu wie im Westen: Wer zieht am schnellsten? Oder ist das ein kulturpessimistisches Zerrbild? Vielleicht kein Zerrbild, aber nur ein bestimmter Ausschnitt. Es existiert ja durchaus noch ein Publikum, das es zu schätzen weiß, wenn in Ruhe abgewogen wird. Denken und Nachdenklichkeit erfordern eine gewisse Ruhe. Schläfrigkeit oder Trägheit erfordern sie nicht. Sachlichkeit und Gelassenheit werden in Zeiten der Empörungsdemokratie zu besonderen Tugenden. Sie sind aber nicht zu verwechseln mit Stumpfheit und Gleichgültigkeit. Der Wissenschaftsjournalismus nutzt andere Mittel und hat andere Funktionen als eine zivilgesellschaftliche Protestbewegung wie „Fridays for Future“

Wenn es, um im Beispiel zu bleiben, um existenzielle und planetare Fragen geht, kann auch der Journalismus eindringlich werden – so wie dies Wissenschaftler werden können, wenn sie brisante empirische Erkenntnisse ins Feld der Moral und der Politik tragen. Die Stärke des Wissenschaftsjournalismus liegt gleichwohl darin, dass er sich bei aller Eindringlichkeit, die manchmal geboten ist, nicht in eine Emotionalisierungsspirale hineinziehen lässt. An starken Gefühlen und starken Meinungen herrscht in der Öffentlichkeit kein Mangel. Wissenschaftsjournalisten sollten sich umso mehr darum kümmern, dass die Fakten nicht zu kurz kommen und auch die Unsicherheiten und Zweifel Gehör finden. Die Unwägbarkeiten, Ungereimtheiten, Trade-offs. Wichtig erscheint deshalb auch der letzte Punkt: zwischen unterschiedlichen Ebenen und Typen der Argumentation zu unterscheiden.

#### V. Differenzieren von Argumentationsebenen, Ausstrahlen auf den politischen Journalismus

Im öffentlichen Diskurs fliegen unterschiedliche Argumente durcheinander. Das ist gar nicht zu vermeiden. Es kann wichtig sein, verschiedene Ebenen und Typen von Argumenten zu unterscheiden. Das hilft den Diskurspartnern, Gemeinsamkeiten zu erkennen und die Punkte, an denen die Einigkeit endet, genau zu bestimmen. Es kann auch dazu beitragen, vernünftige oder wenigstens vernünftiger Meinungen zu bilden und entsprechende Entscheidungen zu fällen. Typischerweise betreffen viele Kontroversen und Konflikte sowohl empirische als auch normative Fragen. Wie steht es um das Klima unseres Planeten? Das ist zunächst eine empirische Frage, und klar ist auch, dass sie

sich in Dutzende, ja Tausende Detailfragen herunterbrechen lässt – und dass die Antworten der Wissenschaft in der Regel nicht trivial sind. Nicht nur, wenn es um Projektionen und Zukunftsszenarien geht, kann es erhebliche Unsicherheiten und Unwägbarkeiten geben. Dennoch ist der Fall des Klimawandels auch ein Beispiel dafür, dass sich Wissenschaftler verständigen können auf einen Fundus an Befunden, den die Politik und die Öffentlichkeit zur Kenntnis nehmen sollten. Natürlich setzt dann die im Kern politische oder moralische Diskussion ein, welche Konsequenzen aus den Befunden zu ziehen sind. Dabei kommen rasch Erwägungen aus anderen Sphären zum Tragen, mögliche Abwägungen, juristische und pragmatische Aspekte, Zweck-Mittel-Kalkulationen usw. Dabei können dann jeweils wiederum speziellere empirische und normative Fragen auftauchen.

Die Vorstellung, man müsse einfach nur der Wissenschaft und den Experten folgen, ist im Kern unpolitisch und undemokratisch, und der Wissenschaftsjournalismus tut gut daran, solche Vorstellungen nicht zu nähren. Aber dank der Analysekraft, die ihn auszeichnen sollte, kann er versuchen, die Argumente zu ordnen – und die Verwirrung aufzulösen, die in komplexen Kontroversen regelmäßig auch den politischen Journalismus befällt.

## Epilog

Guter Journalismus hilft dabei, kollektives Denken zu organisieren, und guter Wissenschaftsjournalismus kann dabei vorangehen. Das ist zugegebenermaßen ein anspruchsvolles normatives Bild des Wissenschaftsjournalismus. Ist es nur ein Traumbild? Wenn es stimmt, dass dieses „verspätete Ressort“ (*Hömberg* 1990), das erst in den 1990er Jahren aufholte, in manchen Medienhäusern immer noch oder schon wieder als Luxus gilt, und wenn es stimmt, dass es in der Redaktionshierarchie immer noch oder schon wieder auf den unteren Plätzen rangiert (*Haeming* 2019), so wäre dies erschütternd. In vielen Regionalmedien gilt die Lage mittlerweile als „desaströs“ (*Lossau* 2016: 6). Doch auch und gerade im digitalen Strukturwandel, der den Journalismus bewegt und die Gesellschaft herausfordert, ist ein anspruchsvoller Wissenschaftsjournalismus höchst relevant – und unverzichtbar.

## Literatur

*Adorno*, Theodor W. 2001 [1951]: *Minima Moralia*. Reflexionen aus dem beschädigten Leben. Frankfurt/M.: Suhrkamp.

*Berg*, Helena 2018: *Wissenschaftsjournalismus zwischen Elfenbeinturm und Boulevard*. Eine Langzeitanalyse der Wissenschaftsberichterstattung deutscher Zeitungen. Wiesbaden: Springer VS.

*Haeming*, Anne 2019: *Aufblühende Wissenschaft*. In: *Medium Magazin*, Heft 4, S. 62-65.

*Hömberg*, Walter 1990: *Das verspätete Ressort*. Die Situation des Wissenschaftsjournalismus. Konstanz: UVK.

*Kohring*, Matthias 1997: *Die Funktion des Wissenschaftsjournalismus*. Ein systemtheoretischer Entwurf. Opladen: Westdeutscher Verlag.

*Locke*, John 1981 [1689]: *Versuch über den menschlichen Verstand* [An essay concerning human understanding]. 4. Auf., Hamburg: Meiner.

*Lossau*, Norbert 2016: *Die Zukunft der Wissenschaftskommunikation*. Muss die Politik den Wissenschaftsjournalismus retten? Konrad-Adenauer-Stiftung, Analysen & Argumente, Ausgabe 200.

*Peters*, Hans Peter; *Jung*, Arlena 2019: *Wissenschaftler und Journalisten: Nicht unbedingt beste Freunde, aber sie verstehen einander immer besser*. In: *Winfried Göpfert* (Hrsg.). *Wissenschafts-Journalismus*. Ein Handbuch für Ausbildung und Praxis. 6. überarb. und aktual. Auflage, Wiesbaden: Springer VS, S. 9-18.

*Rosling*, Hans 2018: *Factfulness*. Wie wir lernen, die Welt so zu sehen, wie sie wirklich ist. Berlin: Ullstein.

Tanjev Schultz ist Professor für Grundlagen und Strategien des Journalismus an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Der promovierte Politikwissenschaftler war zuvor mehr als zehn Jahre lang Redakteur der Süddeutschen Zeitung. Er hat zahlreiche Fachaufsätze geschrieben, zudem mehrere Sachbücher, zuletzt über den Terrorismus des NSU.





Renate Penßel

## *The Recognition of Higher Education Diplomas and Qualifications*

*An overview of the legal framework and discussion of prevailing obstacles for „automatic“ academic recognition from the perspective of German law<sup>1</sup>*

Overview

### *I. The main sources of law – an overview*

#### *1. Provisions concerning recognition for the purpose of further higher education (Academic Recognition)*

##### *a) European Union law*

###### *aa) Third country nationals*

###### *bb) EU citizens (and family members)*

##### *b) International law*

#### *2. Provisions concerning recognition for the purpose of (self-) employment (Professional Recognition)*

##### *a) European Union law*

###### *aa) EU citizens*

###### *bb) Third country nationals*

##### *b) International law*

##### *c) National law*

### *II. Selective difficulties in the implementation of the rules concerning academic recognition from the perspective of German law*

#### *1. The implementation of the Lisbon Recognition Convention through regulations of the Länder and higher education institutions*

#### *2. Specification of recognition criteria in current jurisdiction*

### *III. Conclusion*

One of the main aims of the Bologna process is to enhance the mobility of students and graduates across national borders. Therefore the process is based on three key commitments: (1) the implementation of the three-cycle degree structure, (2) the recognition of qualifications and (3) quality assurance. The 2018 Report on the Implementation of the Bologna Process states that these three commitments “can be considered as the foundations

of the European Higher Education Area (EHEA): if these foundations are not in place, further European higher education cooperation is undermined.”<sup>2</sup>

Although these three commitments are obviously closely intertwined, this article will put its focus only on one of them: the recognition of higher education qualifications. Concerning this commitment, the Report explains that “the EHEA cannot be an open, inclusive and attractive space for students unless recognition practice is predictable, reliable and fair. For any mobile or potentially mobile learner, it is essential that credits earned and qualifications gained will be recognized in the home and other countries.”<sup>3</sup> And it states that “(...) despite the many efforts made in this area, previous reporting has shown that actual recognition practice commonly falls short of expectations with regard to transparency, consistency and fairness.”<sup>4</sup>

Accordingly, the EHEA Ministerial Conference in Paris 2018 confirmed that it will “work to ensure that comparable higher education qualifications obtained in one EHEA country are automatically recognized on the same basis in the others for the purpose of accessing further studies and the labour market.”<sup>5</sup>

These statements – together with current evaluations of recognition practice – illustrate that the desired “automatic recognition” is not reality yet.

Therefore this article will outline the status quo of legal rules concerning recognition in the EHEA, identify some selected problems with the implementation of these rules and finally try to conclude whether and how they can be solved. In doing so it will focus on problems occurring when recognition for the purpose of further

1 This article is based on a presentation the author held at the „Second Vienna Conference on Higher Education Law and the Management of Sciences“ in February 2019, hosted by the Institute for European and International Higher Education Law, SFU Vienna. The style of a presentation is partly kept.

2 European Commission/EACEA/Eurydice (ed.), *The European Higher Education Area in 2018: Bologna Process Implementation Report*, 2018, p. 13.

3 *Bologna Process Implementation Report* (fn. 2), p. 142.

4 *Ibid.*

5 *European Higher Education Area Ministerial Conference 2018,*

*Paris Communiqué*, 25th of May 2018, [http://www.ehea.info/media.ehea.info/file/2018\\_Paris/77/1/EHEAParis2018\\_Communique\\_final\\_952771.pdf](http://www.ehea.info/media.ehea.info/file/2018_Paris/77/1/EHEAParis2018_Communique_final_952771.pdf) (15.2.2020), p. 2. Therein the Ministerial Conference refers to the objective, formulated within the *Yerevan Communiqué 2015*, [http://ehea.info/media.ehea.info/file/2015\\_Yerevan/70/7/YerevanCommuniquéFinal\\_613707.pdf](http://ehea.info/media.ehea.info/file/2015_Yerevan/70/7/YerevanCommuniquéFinal_613707.pdf) (15.2.2020), that „by 2020 (...) automatic recognition of qualifications (should have) become a reality“; s. also its commitment 11 „to ensure that qualifications from other EHEA countries are automatically recognized at the same level as relevant domestic qualifications“, p. 5.

studies is sought, because, as the following examination of the legal framework and an analysis of the current jurisdiction in Germany will illustrate, in this field hinderances for “automatic” or even generous recognition are still significant and even bigger than in at least some constellations in which recognition for the access to the labour market is sought.

For that purpose, the article will first (I.) give an overview of the current legal framework regulating the recognition of higher education qualifications by naming the most important legal sources and illustrating their main content. Second (II.), it will demonstrate some difficulties in the implementation of the rules concerning academic recognition from the perspective of German law. In a third and final step (III.), it will conclude whether it is possible to enhance academic recognition by correct application or better implementation of existing rules and whether additional measures are needed to reach the desired level of recognition.

### I. The main sources of law – an overview

To identify the relevant legal sources, one has to distinguish between the two already mentioned different aims of recognition of higher education qualifications: between the recognition for the purpose of further higher education (which shall from now on be abbreviated as “academic recognition”) and the recognition for the access to employment activity (which shall from now on be called “professional recognition”).

#### 1. Provisions concerning recognition for the purpose of further higher education (Academic Recognition)

Let us first have a look at the provisions concerning recognition for the purpose of further higher education:

##### a) European Union law

In EU primary law we can find two articles that explicitly deal with the recognition of higher education

qualifications. One of them is Art. 53 TFEU. It is part of the chapter dedicated to the freedom of establishment but is according to Art. 62 TFEU also applicable for the chapter concerning the freedom of services. It enables Parliament and Council to issue directives for the mutual recognition of qualifications in order to make it easier for persons to take up and pursue activities as self-employed persons. Art. 53 TFEU can thus only be used as a legal basis for provisions that deal with recognition for the purpose of self-employment. Acts on academic recognition cannot be based on it. The same applies to the corresponding provision within the chapter concerning the free movement of workers, Art. 46 TFEU.

The other article that explicitly deals with the issue of recognition of qualifications is Art. 165 TFEU.<sup>6</sup> According to paragraph 2, the Union shall aim at “encouraging mobility of students and teachers, by encouraging, inter alia, the academic recognition of diplomas and periods of study”. For systematic reasons, all activities based on Art. 165 paragraph 2 must respect the restriction formulated in paragraph 1, which states that the EU is only allowed to encourage cooperation between its member states and to support and supplement their action while fully respecting the responsibility of the Member States for the content of teaching and the organisation of education systems. Therefore and due to the limitation explicitly formulated in its paragraph 4, Art. 165 TFEU cannot be the basis for any kind of directly harmonizing acts<sup>7</sup> and requires strict subsidiarity.<sup>8</sup>

So far, the EU has also not used other, more general legal bases for directives on recognition. Although proposed in legal scholarship<sup>9</sup> up to now the EU has abstained from issuing directives on the basis of Art. 115 TFEU.<sup>10</sup> The use of the extraordinary competence provided in Art. 352 TFEU is excluded through its paragraph 4 in conjunction with Art. 165 paragraph 4 TFEU.

Obviously the member states opted to achieve better cooperation through soft law instruments or promotional

6 The author follows those who argue that for activities in the field of (regular, i.e. not extra-occupational) higher education, Art. 165, not Art. 166 TFEU, is pertinent (see e.g. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (eds.), *EUV/AEU*, 5th ed., 2016, comment 12 seq. with further references concerning this dispute, also to the opposite view).

7 See also e.g. *Niedobitek*, in: *Streinz* (ed.), *EUV/AEU*, 3rd ed., 2020, Art. 165 comment 61; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (eds.), *EUV/AEU*, 5th ed., 2016, comment 22.

8 In this respect it would not make a difference if in matters of higher education Art. 166 instead of Art. 165 TFEU would be the appropriate provision: Art. 166 TFEU also limits the competence of the EU to „support“ and „supplement“ (see paragraph 1) and excludes any harmonization of the laws and regulations of the Member States.

9 *Garben*, *The Bologna Process: From a European Law perspective*, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2010, pp. 186 (193 seq.); referred in *Gideon*, *The position of higher education institutions in a changing European context*, *JCMS* 2015, Vol. 53, No. 5, pp. 1045 (1047).

10 It is doubtful whether this would be lawful, because those measures based on Art. 115 TFEU would undermine the restrictions formulated in Art. 165 I, IV TFEU. Whereas *Garben*, *The Bologna Process* (fn. 9), pp. 193 seq. argues against an interpretation of Art. 165 IV TFEU as an absolute limitation to harmonization, *Habitzel*, *Harmonisierungsverbot und Subsidiaritätsprinzip im europäischen Bildungsrecht*, *DÖV* 2002, 407 (409) argues for it.

programs (like the Erasmus+ Program) rather than through compulsive rules. Therefore we can conclude that EU legislation currently does not provide any criteria or procedural obligations for academic recognition.

However, European Union Law in certain respect provides – as is generally known – the right to equal treatment:

#### aa) Third country nationals

At first we will have a look at the rights of third country nationals because a provision dedicated to them explicitly mentions recognition of qualifications:

According to *Art. 11 Directive 2003/109/EC* (the so called “Long-term-Residence Directive”)<sup>11</sup> third country nationals with the right to long-term residence in an EU Member State can require equal treatment with nationals of their host state in certain respects, among which the recognition of qualifications is explicitly mentioned. Yet, one has to keep in mind that the “Long-term-Residence Directive”, according to its Article 3 II a) does not apply to third country nationals that reside in their host state in order to pursue studies. Consequently in many cases, in which academic recognition is sought, Art. 11 of Directive 2003/109/EL will not be pertinent (but it is – at least according to its wording – applicable in cases, in which a third country national resides in a member state for the purpose of employment, but aims to pursue studies additionally).

It can be discussed whether third country nationals

can claim not to be discriminated by reason of nationality due to *Art. 21 II of the Charter on fundamental rights of the European Union* (thereafter: EUChFR).<sup>12</sup> Even if this would be the case, however, this provision is only binding on the institutions and bodies of the Union as well as on the Member States when implementing EU law (Art. 51 I 1 EUChFR). Because – as mentioned above – there is currently no EU law dealing with academic recognition for third country nationals (beside Art. 11 Long-term-Residence Directive), this provision is typically not applicable.

#### bb) EU citizens (and family members)

Although Art. 21 II EUChFR undoubtedly protects EU citizens its importance for them might be in effect not bigger than for third country nationals: as decisions on academic recognition are not determined by EU law at the moment, one can argue that the member states thereby do not implement EU law, so Art. 21 II EUChFR is not applicable.

Nevertheless EU citizens can demand not to be discriminated directly or indirectly<sup>13</sup> by reason of nationality due to Art. 18 I TFEU. Art. 18 I TFEU is directly applicable<sup>14</sup> as long as the situation falls within the scope of the treaty. As – what was mentioned before – Art. 165 TFEU allows the EU to encourage academic recognition and Art. 21 TFEU principally opens way to free movement of EU citizens within the Union the scope of application of the treaty is given whenever recognition across borders is sought.<sup>15</sup>

11 Council Directive 2003/109/EC of the 25th of November 2003, OJ L 16, 23.1.2004, p. 44.

12 Mostly it is argued that Art. 21 II EUChFR does not apply to third country nationals (see e.g. *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt (eds.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5th ed., 2019, Art. 21, comment 60; *Jarass*, in: Jarass (ed.), *Charta der Grundrechte der EU*, 3rd ed., 2016, comment 42; *Martin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 21 ChFR comment 10, Art. 18 TFEU comment 3; *von der Decken*, in: Hesselhaus/Nowak (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2nd ed., 2020, § 49 comment 41), as (according to Art. 52 II EUChFR) it has to be interpreted in the same sense as Art. 18 TFEU, which shall also only be applicable to EU citizens (see e.g. CJEU Case C-291/09 – *Guarnieri*; *Martin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 18 comment 3; *von der Decken*, in: Hesselhaus/Nowak (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2nd ed. 2020, § 49 Rn. 19). Others argue that the character of Art. 21 II EUChFR as a fundamental right contravenes an absolute limitation on EU citizens, see *Kugelmann*, in: Merten/Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. VI/1, 2010, § 160 comment 52.

13 See e.g. CJEU Case C-147/03 – *Commission vs. Austria*, EuZW 2005, 465, para. 41; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (eds.), *EUV/AEUUV*, 5th ed., 2016, Art. 18 comment 12; *Martin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of*

*Fundamental Rights*, 2019, Art. 18 TFEU comment 17; *von der Decken*, in: Hesselhaus/Nowak (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2nd ed., 2020, § 49 comment 26.

14 Settled case law, see e.g. CJEU Case C-85/96 – *Martinez Sala*, para. 63; Case C-274/96 – *Bickel und Franz*, EU:C:1998:563; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (eds.), *EUV/AEUUV*, 5th ed., 2016, Art. 18 Rn. 2; *Martin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 18 TFEU comment 23; *von der Decken*, in: Hesselhaus/Nowak (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2nd ed. 2020, § 49 comment 16.

15 The CJEU stated various times (see e.g. Case C-293/83 – *Gravier*, EU:C:1985:69; Case C-147/03 – *Commission vs. Austria*) that the conditions determining the access to professional education, including professional education at higher education institutions, fall into the ambit of the treaty. In his decision from the 1. of July 2004 – C-65/03 para. 25 – the CJEU explicitly mentioned Art. 149 II dash 2 (the provision preceding Art. 165 II, which shared its wording) to argue that the scope of the Treaty is given. Furthermore according to several decisions of the CJEU (see e.g. Case C-274-96 – *Bickel und Franz*, EU:C:1998:563, para. 15; Case C-333/13, EU:C:2014:2358 = *NVwZ* 2015, 145, para. 58 – *Dano*) the relevance of the right of free movement conferred in Art. 21 TFEU is sufficient to constitute a situation governed by EU law (see also *Martin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 18 TFEU comment 13).

A further and probably even more promising provision for EU citizens and – moreover – their third state national family members is Art. 24 of the Directive 2004/38/EC<sup>16</sup> (the so called „Citizen’s Rights Directive“; thereafter: CRD): It also provides the right of equal treatment and is applicable to all EU citizens residing in a foreign Member State, as long as their residence conforms to the regulations of the directive. If not transposed correctly into national law, Art. 24 I CRD has the potential to be directly effective.<sup>17</sup> The relation between Art. 18 TFEU and Art. 24 I Directive 2004/38/EC is not easy to define: According to the CJEU Art. 24 CRD can be understood as (lawful) specification of Art. 18 TFEU.<sup>18</sup> It is therefore the crucial provision in cases in which EU citizens reside in a foreign member state in accordance with the CRD.<sup>19</sup> Vice versa, the CJEU stated that a person residing in a foreign member state against the provisions of the CRD can neither claim equal treatment from Art. 24 CDR nor from Art. 18 TFEU (because he or she does not act within the “scope of the treaty”, which allows to limit free movement of EU citizens without economic purpose through secondary law, s. Art. 21 I TFEU).<sup>20</sup> For petitioners that do not reside in a foreign member state - so that Art. 24 CRD is not applicable - Art. 18 TFEU is decisive.<sup>21</sup>

## b) International law

We will go on with a look at the legal sources that can be found in international law.

Although there is a big variety of international agreements and declarations dealing with the international recognition of higher education qualifications from the perspective of almost all EU member states<sup>22</sup> the by far most important agreement is the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region,<sup>23</sup> the so called *Lisbon Recognition Convention*. It was concluded in 1997 within the framework of the Council of Europe and the European Section of the UNESCO. After the Fall of the Iron Curtain, facing an increase of international mobility, an increase of importance of tertiary education and also an increase of diversity therein, its authors aimed at replacing older recognition agreements which (at least the most important among them) dated back to the late 1950th in order to facilitate student mobility to be able to meet the requirements of rising “globalisation”.<sup>24</sup> Up to now the Lisbon Recognition Convention has been ratified by 53 states and the Holy See, among others all Member States of the European Union (besides Greece), further Member States of the Council of Europe like Switzerland, Norway or The

16 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of the 29th of April 2004, OJ L 158, 30.4.2004, p. 77.

17 Art. 24 I Directive 2004/38/EC meets all conditions the CJEU formulated for acknowledging a directive to be directly effective (to these conditions see e.g. Case C-282/10 Dominguez, EU:C:2012:33 para. 33 and the case law cited): a directive (which has not or not correctly been transposed into national law) is directly effective when it is “unconditional” and “sufficiently precise” (for more details see e.g. *Klammert/Loewenthal*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 288 comment 30-40).

18 CJEU Case C-333/13 EU:C:2014:2358 = NVwZ 2015, 145 – Dano, para. 67-82; Case C-67/14 EU:C:2015:597 = NVwZ 2015, 1517; NJW 2016, 555 – Alimanovic, para. 48-63.

19 In Case C-67/14 (= NVwZ 2015, 1517; NJW 2016, 555) – Alimanovic the CJEU pointed out, that a claimant residing in a foreign member state in compliance with the provisions of the CRD can nevertheless be discriminated on the basis of Art. 24 II CRD. The CJEU did not discuss whether Art. 18 TFEU could hinder such discrimination: Obviously according to the CJEU Art. 18 TFEU is not opposed to secondary law like Art. 24 II CRD which explicitly permits discrimination of EU citizens within the scope of application of the treaty, because Art. 21 I TFEU allows to restrict the right of free movement through secondary law.

20 Case C-333/13 (= NVwZ 2015, 145) – Dano; Case C-67/14 (=

NVwZ 2015, 1517; NJW 2016, 555) – Alimanovic, para. 48-63. See also *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (eds.), *EUV/AEUV*, 5th ed., 2016, Art. 18 Rn. 19.

21 See CJEU Case C-274/96 – Bickel und Franz; Case C-322/13 – Grauel Rüffer: in these decisions the CJEU affirmed the violation of Art. 18 TFEU without reference to Art. 24 CRD; the petitioners in this cases did not reside in a foreign member state.

22 The conventions and declarations with relevance for Germany are collected and presented online by the „Conference of the Ministers for Cultural Affairs“, see <https://www.kmk.org/zab/zentralstelle-fuer-auslaendisches-bildungswesen/allgemeines-zur-erkennung/veroeffentlichungen-und-beschluesse/akademische-erkennung.html> (15.2.2020).

23 Signed in Lisbon on the 11th of April 1997, Council of Europe – European Treaty Series No. 165.

24 *Bergan/Rauhvergers*, *The Council of Europe/UNESCO (Lisbon) Recognition Convention – what it is and how to use it*, in: Council of Europe (ed.), *Standards for recognition: the Lisbon Recognition Convention and its subsidiary texts*, 2005, p. 8; Hochschulrektorenkonferenz (ed.), *Anerkennung von im Ausland erworbenen Studien- und Prüfungsleistungen – Ein Leitfaden für Hochschulen*, 2013, [https://www.hrk-nexus.de/uploads/media/nexus\\_Leitfaden\\_Anerkennung\\_Lang\\_01.pdf](https://www.hrk-nexus.de/uploads/media/nexus_Leitfaden_Anerkennung_Lang_01.pdf) (15.2.2020), p. 9.



Russian Federation, and even states outside Europe such as Canada, Australia or New Zealand.<sup>25</sup>

Although several parties of the Lisbon Recognition Convention have also signed more favourable bilateral recognition agreements with other states (e.g. Germany with France<sup>26</sup> or Spain<sup>27</sup>)<sup>28</sup> and there also exist numerous recognition agreements concluded with states that are not parties of the Lisbon Recognition Convention, most of the cases in practice are covered by the Lisbon Recognition Convention: With 54 parties all over and outside Europe this agreement has definitely the widest scope. Therefore this article will concentrate on the provisions and on the implementation of this treaty and leave other treaties aside.

The Lisbon Recognition Convention deals with the recognition of “qualifications giving access to higher education” (which shall not be the topic of this article), of “periods of studies”, which means qualifications obtained within a course of study, and “qualifications”, which the convention defines as certificate attesting the successful completion of a course of study. This article will concern both: qualifications obtained within a course of study and qualifications obtained through completion of a course of study, because both of them are relevant for student mobility, and at least in practice the problems with recognition of “periods of study” are

even bigger than those caused by the recognition of final “qualifications”.

The key provision in the Lisbon Recognition Convention for the recognition of qualifications is Art. VI. 1. It states that “to the extent that a recognition decision is based on the knowledge and skills certified by the higher education qualification, each Party shall recognize the higher education qualifications conferred in another Party, *unless a substantial difference can be shown* between the qualification for which recognition is sought and the corresponding qualification in the Party in which recognition is sought.” Art. VI.1 applies the same scale to the recognition of “periods of study”: it has to take place “unless substantial differences can be shown between the periods of study completed in another party and the part of the higher education program which they would replace”. In comparison with former recognition agreements the Articles V.1 and VI.1 facilitate positive recognition decisions in two dimensions: While former agreements demanded recognition only in cases of “equivalence” of qualifications<sup>29</sup> Art. V.1 and Art. VI.1 Lisbon Recognition Convention obviously aimed to establish a lower standard of conformity (which it calls: “lack of substantial differences”)<sup>30</sup> and addresses thereby not the examination itself, but the learning outcome (“knowledge and skills”) certified through the formal qualification. And while according to former agreements

25 Germany signed the Lisbon Recognition Convention on the 11th of April 1997. It was transformed into national law by the Statute concerning the Convention on the recognition of qualifications concerning higher education in the European region from the 16th of May 2007. This statute and the wording of the Lisbon Recognition Convention in English, French and German is published in: BGBl. 2007, part II no. 15, pp. 712-732. An updated list of signatures and ratifications is presented on the website of the Council of Europe: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/165> (15.2.2020).

26 „Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über die Anerkennung von Abschlüssen, Graden und Studienzeiten im Hochschulbereich“ of the 31th of March 2015, BGBl. 2016, part II no. 3, pp. 124-126 (Agreement between Germany and France concerning the recognition of degrees, grades and periods of study in the field of higher education).

27 „Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung des Königreichs Spanien über die Anerkennung von Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich“ of the 14th of November 1994, BGBl. 1996, part. 2 no. 12, pp. 332-333 (Agreement between Germany and Spain concerning the recognition of equivalences in the field of higher education).

28 Pursuant to Art. II.3 Lisbon Recognition Convention those provisions precede the Lisbon Recognition Convention.

29 Among the treaties with persistent relevance for Germany see e.g. the European Convention on the Equivalence of Periods of University Study, signed in Paris on the 15th of December 1956 (Council of Europe – European Treaty Series Nr. 21), the European Convention on the General Equivalence of Periods of Study, signed in Rome on the 6th of November 1990 (Council of

Europe – European Treaty Series Nr. 138) (which both preceded the regulations of Art. V Lisbon Recognition Convention) and the European Convention on the Academic Recognition of University Qualifications, signed in Paris on the 14th of December 1959 (Council of Europe – European Treaty Series Nr. 32) (which preceded the regulations of Art. VI Lisbon Recognition Convention).

30 Actors in German Administration dealing with academic recognition share this interpretation (see e.g. Hochschulrektorenkonferenz (ed.), *Anerkennung* (fn. 24), p. 14 and in particular chapter III: „Von der Gleichwertigkeit zum wesentlichen Unterschied“; see furthermore the Letter of the Head of the German Accreditation Council of the 27th of September 2011 concerning the implementation of the Lisbon Recognition Convention, Az. 233/11 [http://archiv.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Sonstige/AR\\_Rundschreiben\\_Lissabon1.pdf](http://archiv.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Sonstige/AR_Rundschreiben_Lissabon1.pdf) (15.2.2020): „Dabei (bei der Entscheidung über die Anerkennung, R.P.) liegt der Fokus der Bewertung der Hochschule nicht mehr auf der „Gleichwertigkeit“ oder „Gleichartigkeit“ der anzuerkennenden Qualifikation, sondern auf der Wesentlichkeit von Unterschieden. Da bei der Feststellung unwesentlicher Unterschiede die extern erbrachten Hochschulqualifikationen anerkannt werden (...) bringt dies einen größeren Spielraum als bisher“). Although the terms „equivalence“ and „lack of substantial difference“ could linguistically also be synonyms, the motifs which led to the conclusion of the Lisbon Recognition Convention indicate that they should stand for a different scale. It is not so easy to describe that difference in a way that makes it operable for legal decisions. However, the new terminology at least clarifies that recognition is not hindered through bigger differences as long as those differences are not „substantial ones“.



the onus of presentation and the burden of proof (for equivalence) lay with the applicant, the Lisbon Recognition Convention obliges the parties to recognize a qualification unless the recognizing authority can demonstrate and prove a “substantial difference”. Beyond that, the Convention tries to encourage recognition through various procedural rules. For example, it obliges the parties to provide that procedure and criteria for decisions on recognition are “transparent, coherent and reliable” (Art. III.2), that decisions are made within a reasonable time limit specified beforehand (Art. III.5) and that in case of a negative decision, the applicant has the right to make an appeal. Art. VI.3 defines the legal effect of recognition of “qualifications” in the sense of the Lisbon Recognition Convention: “Recognition in a Party of a higher education qualification issued in another Party shall have *one or both* of the following consequences: a) access to further higher education (...) on the same conditions as those applicable to holders of qualifications of the Party in which recognition is sought, (or) b) the use of an academic title, subject to the laws and regulations of the Party (...) in which recognition is sought. In addition, recognition may facilitate access to the labour market subject to laws and regulations of the Party (...) in which recognition is sought.” From that, we can see that the Lisbon Recognition Convention is dedicated to academic recognition and does not impose obligations on its parties concerning professional recognition.

The Lisbon Recognition Convention being an instrument of international law, we have to answer the question what legal effects its provisions have after fulfilling the constitutional conditions of the ratifying states to set them into force within their national law (if there are such). The question is not easy to answer. Obviously different views on that can be found within, for example, the German jurisdiction: while some German courts decided cases within the scope of the Lisbon Recognition Convention without mentioning it<sup>31</sup> in other decisions provisions of the Lisbon Recognition Convention are explicitly mentioned and treated as directly applicable law.<sup>32</sup>

A closer look at the key provisions of the Lisbon

Recognition Convention reveals that they are not applicable without being specified by the parties. Although the conditions for recognition formulated in Art. VI.1 could be perceived to be precise enough for direct application, Art. VI.3 of the Convention opens a margin to define their legal effects. This margin has to be filled by national law. Moreover the Convention (like all of its preceding conventions)<sup>33</sup> shows respect for the autonomy of higher education institutions and therefore imposes obligations explicitly not on them but only on the signatory states with the proviso to implement them without violating the autonomy or freedoms of higher education institutions. Therefore it can be referred to Consideration 6<sup>34</sup> and even more to Art. II.1 p. 1 Lisbon Recognition Convention: The latter shows that when the decision in recognition matters lies with individual higher education institutions, which for academic recognition is the case in almost all European countries, the Party is only obliged to transmit the text of the Convention and to take all possible steps to encourage the favourable consideration and application of its provisions. Consequently the provisions of the Lisbon Recognition Convention concerning academic recognition are not directly applicable and need implementation through national law.

Therefore we can conclude that in the field of *academic recognition* directly binding provisions can only be found in national law.

## 2. Provisions concerning recognition for the purpose of (self-)employment (Professional Recognition)

We will now turn our attention to the legal sources that are relevant for professional recognition:

### a) European Union Law

#### aa) EU citizens

On the basis of Articles 46, 53 and 62 TFEU, Parliament and Council have issued the *Directive 2005/36/EC*<sup>35</sup> on the recognition of professional qualifications. This directive applies to EU citizens who seek recognition for

31 See e.g. OVG Münster, Urt. v. 20.6.2017, Az. 14 A 1776/16, NWVBl. 2017, 534.

32 See e.g. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.9.2012, Az. 10 M 33.11 – juris.

33 For some examples see fn. 29.

34 It states: „The Parties to this Convention ... *attaching great importance to the principle of institutional autonomy, and conscious of the need to uphold and protect this principle* ... have agreed as follows:...”

35 Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications, OJ L 255, 30.9.2005, pp. 22-142. For further information and reflection about this directive see e.g. Ludwig,

Der europarechtliche Einfluss auf die Entwicklung des nationalen Heilberufrechts, 2018, pp. 139 seq.; *Waschkau*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Berufsankennungsrichtlinie: Analyse der Auswirkungen auf das Recht der freien Berufe in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, 2008, pp. 72-104; *Frenz*, Die Berufsankennungsrichtlinie und verbliebene sektorale Richtlinien, GewArch 2011, pp. 377-384; *Tomkin*, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, 2019, Art. 53 comment 9-16 (short summary of its content).

qualifications which are necessary to take up or pursue a *regulated profession* in another Member State.

For five academic and one nonacademic professions (doctors, nurses responsible for general care, dental practitioners, veterinary surgeons, pharmacists, architects) the directive formulates minimum standards for professional training and combines that with the introduction of the principle of *automatic recognition*. That means that recognition has to take place without any (further) check of equivalence or similarity, if the claimants qualification actually fulfills the requirements laid down in the directive (see Art. 21).<sup>36</sup>

For all other regulated academic and nonacademic professions each Member State is obliged to offer a procedure that leads to recognition under the same conditions that apply to its nationals (Art. 13). That means that a qualification has to be recognized, when it is *equivalent* to the necessary qualification issued in the host state. If there are substantial differences, the host state must open way to compensate them through either completing an adaption period (of up to three years) or passing an aptitude test.<sup>37</sup>

This directive is accompanied by the general provisions conferring the right to equal treatment, which were already mentioned above: Art. 24 CRD in cases of legal residence in another Member State; Art. 18 TFEU and Art. 21 II EUChFR, which both will be usually applicable as professional recognition is, as we have seen, widely regulated through EU law.

#### bb) Third country nationals

Third country nationals also enjoy the right to equal treatment in certain circumstances defined in Directive 2003/109/EC, the already mentioned "Long-term-Residence Directive". According to its Art. 11, persons with the right to long-term residence have to be treated like nationals *inter alia* in case of recognition of professional qualifications.<sup>38</sup>

#### b) International law

Approaching the field of international law we have already seen that professional recognition is not determined through the provisions of the Lisbon

Recognition Convention.<sup>39</sup> Therefore, international law with a comparable scope does not exist.

#### c) National law

As a result we can note that in the field of professional recognition directly binding provisions are also basically found in national law. But unlike national law concerning academic recognition it is not only determined by international law, which can be violated by the parties without provoking a certain effect within national law. In the field of regulated professions, national law is widely determined through EU law (especially Directive 2005/36/EC) whose provisions influence the interpretation of national law and can have direct effect if they are not transposed correctly.

## II. Selective difficulties in the implementation of the rules concerning academic recognition from the perspective of German law

Considering the given legal framework, this paragraph will illustrate some reasons why currently recognition practice still "falls short of expectations", as the 2018 Bologna Report states. It will concentrate on the field of academic recognition, as therein – in default of any harmonization through EU law – the obstacles to "automatic" or even "broad" recognition are bigger. To identify at least some of them we will take a look at the implementation of the rules presented in chapter I. 1. in Germany, which is due to its size, population and corresponding number of higher education institutions a relevant factor within the EHEA.<sup>40</sup> The reasons for shortcomings in implementation in other states might be different, or elsewhere maybe even similar.

According to an analysis documented in the 2018 Bologna Report Germany is among 18 (from in total 47) EHEA countries which specified all 5 key principles of the Lisbon Recognition Convention in national law.<sup>41</sup> As those key principles the analysis identifies (correctly) that

1) applicants have right to fair assessment,

36 For further details (which also address the profession of a midwife in Art. 40-43) see Art. 21-49.

37 For specification of these – here simplified – guidelines see Art. 1-14 Directive 2005/36/EC. German federal law transposes them through the Statute concerning the assessment of equivalence of professional qualifications (Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen) of the 6th of December 2011 (especially its §§ 9-13).

38 To the dispute whether, in addition, Art. 21 II EUChFR is pertinent (within its scope described in Art. 51 EU-ChFR), see fn. 12.

39 See above I. 1. b).

40 Concerning the number of students enrolled it takes the third place after Russia and Turkey, see Figure 1.1 Bologna Process Implementation Report (fn. 2), p. 23.

41 Figure 4.14, Bologna Process Implementation Report (fn. 2), p. 144.

- 2) there is recognition if no substantial differences can be proven,
- 3) legislation or guidelines encourage comparing of learning outcomes rather than program contents,
- 4) in cases of negative decisions the competent recognition authority demonstrates the existence of substantial difference, and the
- 5) applicant's right to appeal.

Actually all these principles are either by means of law or by means of guidelines acknowledged in the German recognition practice. Still, the German recognition practice cannot be described as a practice of completely or almost “automatic recognition” and has problems to ensure transparency, coherence and reliability as demanded through Art. III.2 Lisbon Recognition Convention. A closer look at the German situation reveals at least some reasons for these deficiencies:

1. The implementation of the Lisbon Recognition Convention through regulations of the Länder and higher education institutions

In Germany, being a federal state, legislative power concerning institutions of higher education falls within the competences of the 16 Länder (German constituent states). All of them offer a somewhat differing legal framework that has to be filled in by regulations of higher education institutions, which enjoy the power to regulate their own matters as part of their “academic freedom” guaranteed in Art. 5 III of the German constitution. Most, although still not all, Statutes of the German Länder dealing with academic recognition have modified the wording of the relevant provisions by adopting the

“Lisbon terminology”: they no longer demand “equivalence” but offer recognition “despite substantial differences are given”.<sup>42</sup> Some of them specify that “substantial differences” hindering recognition must affect “knowledge and skills” certified with a certain qualification, that means they must affect the “learning outcome”. An example is § 63a of the North Rhine Westfalian Statute on Higher Education Institutions, which states in paragraph 1: “Examinations that have been passed in courses of study at another state or state approved academy (in Germany) as well as examinations that have been passed in courses of study offered by a foreign state or state approved academy will be recognized upon request *despite the competences obtained differ substantially from those that shall be substituted.*” In 2019 there was appended: “*an assessment of equivalence will not take place.*”<sup>43</sup> S. 2 and 3 completes: “2 The same applies to final degrees that complete courses of study in the sense of S. 1. 3 Recognition in the sense of s. 1 and 2 aims at pursuance of further studies, passing of examinations, the take up of another course of study or access to doctoral studies. (...)”<sup>44</sup>

However the respective statutory law of the Länder usually does not specify when „substantial differences“ are given. They abstain from that in order to safeguard the autonomy of higher education institutions, which in Germany, like in the vast majority of the EHEA countries,<sup>45</sup> are the competent authorities for academic recognition.<sup>46</sup>

As a consequence, precise criteria for recognition have to be taken from the regulations of higher education institutions. These regulations on recognition vary significantly in content and terminology – a fact that renders them sometimes difficult to handle. Not all of those regulations specify the “Lisbon Standard” at all.

42 There are still exceptions: E.g. § 23a I 1 of the Berlin Statute on Higher Education Institutions (according to which „comparable“ qualifications have to be recognized) or the Statute on Higher Education Institutions of Mecklenburg-West Pomerania (which fully delegates the definition of criteria for recognition to the regulations of the Higher Education Institutions, see § 38 II Nr. 8).

43 Thereby the legislator indicates that there is a difference between „equivalence“ and „lack of substantial difference“ (to that question see more in fn. 30. Against this approach *Birnbaum*, in: BeckOK HochschulR NRW, 13. Ed. 1.12.2019, § 63a 23 b, who regards the two parts of s. 1 to be a *contradictio in adiecto*).

44 Free translation of the original text: „Prüfungsleistungen, die in Studiengängen an anderen staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen, an staatlichen oder staatlich anerkannten Berufsakademien, in Studiengängen an ausländischen staatlichen

oder staatlich anerkannten Hochschulen oder in einem anderen Studiengang derselben Hochschule erbracht worden sind, werden auf Antrag anerkannt, sofern *hinsichtlich der erworbenen Kompetenzen kein wesentlicher Unterschied zu den Leistungen besteht*, die ersetzt werden; *eine Prüfung der Gleichwertigkeit findet nicht statt.* Das Gleiche gilt hinsichtlich Studienabschlüssen, mit denen Studiengänge im Sinne des Satzes 1 abgeschlossen worden sind. Die Anerkennung im Sinne der Sätze 1 und 2 dient der Fortsetzung des Studiums, dem Ablegen von Prüfungen, der Aufnahme eines weiteren Studiums oder der Zulassung zur Promotion.“

45 See Figure 4.15, Bologna Process Implementation Report (fn. 2), p. 145.

46 Only for study programmes which are completed by a state examination the competence for recognition lies with the respective state examination authorities.

Some of them abstain completely from specification and merely repeat the wording of the Länder legislation. An example is § 15 of the General Examination Regulation for Bachelor and Master Studies at the Faculty of Philosophy at the Frederick Alexander University Erlangen-Nuremberg,<sup>47</sup> which states: “Periods of study and qualifications that have been achieved in courses of study at another state or state approved academy in Germany (...) or qualifications that have been achieved in courses of study offered by a foreign academy will be (...) recognized *despite the learning outcomes are substantially different*.”<sup>48</sup>

Others formulate a definition which does not fully live up to its purpose. This is for example the case when the Examination Regulation for Bachelor and Master Studies at the University of Göttingen explains that “a substantial difference is at least not given, if (the qualification) (...) substantially corresponds to the

qualification it shall substitute”.<sup>49</sup>

None of the regulations that were checked for the preparation of this article took over the (however not legally binding) specifications of “substantial differences” proposed in documents published by the Council of Europe and in the relevant Manual issued by the Hochschulrektorenkonferenz.<sup>50</sup> They did not adopt that – according to the Lisbon Recognition Convention Committee – only those differences can justify the denial of recognition which are “substantial *in view of the purpose* for which recognition is sought”.<sup>51</sup> And none of them took over the even more precise and far-reaching specifications referred by the Manual of the Hochschulrektorenkonferenz, that “essentially, substantial differences are (only) those that may have a serious impact on the fitness of the qualification for the purpose for which the learner would like to use it”<sup>52</sup> and that “substantial differences

47 Allgemeine Studien- und Prüfungsordnung für die Bachelor- und Masterstudiengänge der Philosophischen Fakultät und Fachbereich Theologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg of the 27th of September 2007, lately changed at the 28th of August 2019. [www.doc.zuv.fau.de//L1/PO/Phil/APO\\_Bachelor\\_Master/konsolidierte\\_Fassungen/Allg\\_StuO\\_PrO\\_%20BA-MA\\_%20Phil\\_ABMStPO\\_Phil\\_20070927\\_idF\\_20190828.pdf](http://www.doc.zuv.fau.de//L1/PO/Phil/APO_Bachelor_Master/konsolidierte_Fassungen/Allg_StuO_PrO_%20BA-MA_%20Phil_ABMStPO_Phil_20070927_idF_20190828.pdf) (15.2.2020).

48 Free translation of the original wording: Studienzeiten, Module, Studienleistungen und Prüfungsleistungen, die in anderen Studiengängen an der FAU oder an anderen staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland (...) oder in Studiengängen an einer ausländischen Hochschule erbracht worden sind, werden bei einem Studium nach dieser Prüfungsordnung anerkannt, außer es bestehen wesentliche Unterschiede hinsichtlich der erworbenen Kompetenzen.

49 Free translation of the original wording in § 13 IV 1, 2 Allgemeine Prüfungsordnung für Bachelor- und Master-Studiengänge sowie sonstige Studiengänge an der Universität Göttingen, Stand: AM I Nr. 54 v. 9.11.2017: „1 Studienzeiten, Studien- und Prüfungsleistungen beziehungsweise Kompetenzen, die in anderen Studiengängen oder außerhalb einer Hochschule erbracht wurden, werden auf Antrag angerechnet, soweit kein wesentlicher Unterschied gegenüber den Kompetenzen, die im Falle eines Studiums an der Universität Göttingen erworben worden wären, festgestellt werden kann; (...) 2 Kein wesentlicher Unterschied besteht jedenfalls, wenn die auf Grund eines Moduls vermittelten Kompetenzen beziehungsweise Lernergebnisse, Qualität und Niveau der Ausbildung sowie Anrechnungspunkte denjenigen von Modulen des Studiengangs im Wesentlichen entsprechen.“ Other regulations of higher education institutions try to define the recognition criteria more precisely, but might thereby fail to meet the requirements of the Lisbon Recognition Convention. An example is the Examination Regulation for the Bachelor in History at the Ludwig-Maximilians-University in Munich (Prüfungs- und Studienordnung der Ludwig-Maximilians-Universität

München für den Bachelorstudiengang Geschichte v. 16.3.2010, [https://www.uni-muenchen.de/aktuelles/amtl\\_voe/0400/493-09ge-ba-10-ps00.pdf](https://www.uni-muenchen.de/aktuelles/amtl_voe/0400/493-09ge-ba-10-ps00.pdf) (15.2.2020)), which states in § 26 III, IV: „Qualifications achieved at foreign academies will be normally recognized besides they are not equivalent. Qualifications are equivalent when they essentially conform to the local course of study in content, quantity and in its demands.” (in German: „(3) Studienzeiten, Studien- und Prüfungsleistungen, die an ausländischen Hochschulen erbracht worden sind, werden in der Regel anerkannt, außer sie sind nicht gleichwertig. (4) 1 Studienzeiten, Studien- und Prüfungsleistungen sind gleichwertig, wenn sie in Inhalt, Umfang und in den Anforderungen denjenigen dieses Bachelorstudiengangs an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wesentlichen entsprechen.“) This provision adopts the Lisbon Recognition Convention insofar as it confers the burden of proof to the recognizing authority. However, as criterion for recognition it requires “equivalence” in “content, quantity and demand”. This might contravene the intention of the Lisbon Recognition Convention outlined above, at least when it leads to an restrictive understanding of „equivalence“.

50 Hochschulrektorenkonferenz (ed.), Anerkennung (fn. 24), p. 2. It resumes: The crucial question in the assessment of given (potentially „substantial“) differences is whether the qualification achieved in a foreign country will enable the student to pursue his or her studies successfully. Only when the success of subsequent studies is doubtful, a „substantial“ difference can be approved.

51 See Lisbon Recognition Convention Committee, Revised Recommendation on Criteria and Procedures for the Assessment of Foreign Qualifications, adopted at its 5th meeting, 23. June 2010; Recommendation No. 36.

52 Hochschulrektorenkonferenz (ed.), Anerkennung (fn. 24), p. 25, taken from *Bergan/Hunt* (eds.), *Developing Attitudes to Recognition: Substantial Differences in an Age of Globalization*. Council of Europe Higher Education Series No. 13, Strasbourg, 2009, p. 9.



are differences between the foreign qualification and the national qualification that are so significant that they would most likely prevent the applicant from succeeding in the desired activity such as further study, research activity (...).<sup>53</sup>

If the criteria for recognition are not defined precisely, decisions are only predictable for the applicant in cases in which special agreements on equivalence exist (i.e. in partnerships of individual higher education institutions). In other cases, decisions remain fairly intransparent and as a consequence of their unclear scale, not very reliable.

Therefore we can note that one obstacle for fair recognition in Germany is that at least some higher education institutions do not offer a precise definition of recognition criteria complying with the requirements of the Lisbon Recognition Convention.<sup>54</sup>

## 2. Specification of recognition criteria in current jurisdiction

Of even bigger relevance might be that the term „lack of substantial differences“ has recently been specified in jurisdiction. Thereby the courts did not only identify “lack of substantial difference” with “equivalence” (which might barely comply with the Lisbon Recognition Convention if “equivalence” is interpreted in an appropriate way).<sup>55</sup> Moreover they defined “equivalence” through specifications that contravene not only the intention but also the wording of the Lisbon Recognition Convention:<sup>56</sup> in 2017 the OVG Münster, the Higher Administrative Court of North Rhine Westfalia,<sup>57</sup> had to rule on whether a Czech student can demand recognition for her master’s thesis, prepared and assessed at the Czech University of Life Sciences in Prague. According to the defendant’s argumentation before the Court of First Instance (the Administrative Court of Aachen) recognition for the

purpose of further education had to be denied because the master’s thesis had been prepared in different circumstances and because it has not been written in German or English, which would have been obligatory according to the examination regulation of this course of studies at the German university.<sup>58</sup> The Court of First Instance affirmed that the fact that the claimants master’s thesis had not been written in German or English constitutes a “substantial difference”.<sup>59</sup> In that context, the OVG Münster had to decide whether “substantial differences” in the understanding of § 63a North Rhine Westfalian Statute on Higher Education Institutions had been proven. The court declared according to a preceding decision in 2015<sup>60</sup> that substantial differences are only absent when the qualification to be recognized, *corresponds* to the qualification that is to be substituted in respect of *content* and *quantity of the examined subject matter* and in respect of *form and length of the examination*. Higher education institutions could only be obliged to recognize a foreign qualification that is so close to the demanded qualification that it could be called “the same in substance” (in German: wenn die Qualifikation “*in der Sache erbracht*” wurde).<sup>61</sup> The claimant’s master thesis missed that standard as it dealt with a subject the student would not have been able to choose at her new university – as the subject of the master thesis could in general not be chosen freely there. According to the court, this interpretation of the term “lack of substantial differences” is necessary, as otherwise the academic freedom guaranteed within the German constitution (Art. 5 III GG) would be violated. The Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), the Highest Administrative court in Germany, confirmed this decision in 2018<sup>62</sup> by adding the argument that any more generous standard of recognition would be an

53 Hochschulrektorenkonferenz (ed.), *Anerkennung* (fn. 24), p. 25, taken from *Lifelong Learning Programme* (ed.), *European Area of Recognition Manual. Practical Guidelines for Fair Recognition of Qualifications*, p. 42.

54 Thus not all of them provide what is recommended in III. 6. of the (not legally binding) *Revised Recommendation on Procedures and Criteria for the Assessment of Foreign Qualifications and Periods of Study* (fn. 51): that „(...) criteria for the assessment of foreign qualifications should be transparent, coherent and reliable and they should periodically be reviewed ...“.

55 See fn. 30.

56 For an extensive debate on this and other aspects of the respective decisions see *Morgenroth*, *Wesentlicher Unterschied oder „der*

*Sache nach erbracht“ – neue Entwicklungen zur Anerkennung von Prüfungsleistungen an staatlichen Hochschulen*, DÖD 2018, pp. 177–192.

57 OVG Münster, Urt. v. 20.6.2017, Az 14 A 1776/16, NWVBl 2017, 534.

58 VG Aachen Urt. V. 29.6.2016, Az. 6 K 1107/16- jurs, para. 15.

59 *Ibid.* para. 33.

60 OVG Münster, Urt. v. 16.12.2015 – 14 A 1263/14, DÖV 2016, 353 = NWVBl 2016, 212.

61 OVG Münster, Urt. v. 20.6.2017, Az 14 A 1776/16 (= NWVBl 2017, 534), para. 36; Urt. v. 16.12.2015 – 14 A 1263/14 (=NWVBl. 2016, 212), para. 23.

62 BVerwG, Beschl. v. 9.1.2018, Az. 6 B 63/17, NVwZ-RR 2018, 308.



unconstitutional discrimination of local students: To safeguard equality of opportunities (guaranteed by Art. 3 I i.V.m. Art. 12 I GG) only those examinations can be recognized that “coincide with regard to content and examination conditions”.<sup>63</sup> It even indicates that it would mean an unconstitutional discrimination of local students if qualifications are recognized that have (only) been formulated in a language which cannot be chosen by local students, as those have to stick to the languages offered by the examination regulation of their university.<sup>64</sup>

When interpreting the law of North Rhine Westfalia, the OVG Münster did not mention the Lisbon Recognition Convention as background of the reformulated scale for recognition decisions in present legislation (which took the place of § 20 HRG, that demanded the acknowledgment of “equivalence”). It did not question whether the purpose of § 63a NRWG or its background in international law argued for an interpretation that coincides with the intention of the Lisbon Recognition Convention. And neither the OVG Münster nor the Bundesverwaltungsgericht mentioned Art. 24 CRD or Art. 18 TFEU, although the claimant being an EU citizen residing in a host member state and the denial of recognition because an exam was passed in a foreign language could be an indirect discrimination because of nationality.

It is highly doubtful, whether more generous recognition obligations actually violate the German constitution. It is not possible here to reflect about this in detail.<sup>65</sup> However, the author is convinced that in the end this is not the case, e.g. as “disadvantages” for local students can be justified through the purpose

of recognition, which lies in reducing disadvantages that necessarily occur with any movement between different higher education institutions, especially across national borders and under the circumstance of wide academic freedom which leads to significant differences in study programs and higher education qualifications (in order to benefit from the advantages of mobility within and across national borders, as are inter alia the widening of the students perspective on their subject and the world in general or the promotion of international understanding).<sup>66</sup>

And the decisions can furthermore be criticized due to their complete ignorance of international law: 1) The OVG Münster interpreted § 63a NRWG without mentioning its background in international law, although German legal scholarship<sup>67</sup> and case law<sup>68</sup> has established a principle called “völkerrechtsfreundliche Auslegung”.<sup>69</sup> It demands that when the interpretation of a provision is doubtful, an interpretation in accordance with (the transposed) international law has to be chosen, as long as it is feasible. 2) The decision of the BVerwG indicates that it could or would be a violation of the German constitution if qualifications passed in a foreign language are recognized. This principle cannot be formulated without asking the question whether it complies with Art. 24 I CRD<sup>70</sup> (which finally must be answered by the CJEU):

Art. 24 I CRD in principle does not only prohibit direct but also indirect discrimination because of nationality. The understanding that the use of a language different from the language of instruction at the host university constitutes a „substantial difference“ between qualifications in itself can be

63 Ibid. para. 9, in German: „Daher kommt eine Anerkennung zur Wahrung der Chancengleichheit nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG nur in Betracht, wenn die Studierenden den durch die Prüfung zu erbringenden Nachweis bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten bereits durch die anderweitige Prüfungsleistung erbracht haben. Hierfür müssen beide Prüfungen in Bezug auf Prüfungstoff und Prüfungsbedingungen übereinstimmen.“ Therein the BVerwG affirms and strengthens a former decision of the 22. of June 2016, Az. 6 B 21/16 (= NVwZ-RR 2016, 783), especially para. 13-15.

64 BVerwG, Beschl. v. 9.1.2018, Az. 6 B 63/17 (= NVwZ-RR 2018, 308), para. 12.

65 For a detailed discussion see *Morgenroth* (fn. 56), pp. 183 seq.

66 In fact – in reverse – disadvantages of mobile students require fair recognition and every denial of recognition must be justified as it refuses compensation of those disadvantages. Concerning academic freedom one has to answer whether the legal obligation to recognize qualifications which are in a certain way comparable to those required by the higher education institution itself actually means an encroachment upon academic freedom. Concerning this matter the Constitutional Court of Germany (BVerfG) not only stated that the competence to pass examination regulations is protected by the fundamental right of academic

freedom but also that „the organisation of scientific organisations – including regulations on teaching and examination – is in principle left to the legislator“ („die Ausgestaltung von Wissenschaftsorganisationen einschließlich des Lehr- und Prüfungsrechts (ist) grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen“, see BVerfG v. 26.6.2015, DÖV 2015, 888 (889, para. 19)).

67 See e.g. *Tomuschat*, Entscheidung für internationale Offenheit, in: Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. XI, 3rd ed., 2013, § 226 comment 36; *Hofmann*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, *JURA* 2013, pp. 326-333.

68 See e.g. BVerfGE 58, 1 (34); 74, 358 (370); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.9.2006, Az. 2 BvR 1731/04 - juris, Rn. 7-13; BVerfGE 75, 285 (288); Hessisches Landessozialgericht, Urt. v. 24.11.2010, Az. L 6 AS 168/08 - juris (= EuG 2011, 332-342), para. 36.

69 This instrument, the „völkerrechtsfreundliche Auslegung“, must not be perceived as a method of interpreting law which is added to the methods commonly acknowledged. It can also – or even better – perceived as a term to describe the systematic and teleological interpretation of laws which were established to transpose international law.

70 Or in cases in which the applicant does not reside in a host state: with Art. 18 TFEU.

perceived as an indirect discrimination due to nationality, as qualifications in other Member States, which are typically achieved by the nationals of those states, are typically demanded in the official language of this Member State (or in English, however not in all other official languages of the EU).

Therefore we have to answer the question whether this kind of indirect discrimination can be justified.<sup>71</sup> It is assumed that (in general) justification fails: In most academic studies the qualifications that have to be obtained do not depend on the language in which they have been presented. Insofar, a certain language is not essential for that qualification (exceptions are possible, for example when in studies of law it is a key competence to be able to understand and use a certain language). Besides, one has to keep in mind, that the proof of whether the applicants German is good enough to follow further studies in German (which could be the case although he or she passed exams in a foreign language) is necessary irrespective of the recognition of certain qualifications. Sufficient language skills are an independent, in general justifiable criterion for the mere access to a German university. It is therefore neither necessary nor reasonable to combine the recognition decision with the proof, if the applicants German is good enough to follow further studies in German.<sup>72</sup>

### III. Conclusion

Those findings lead to the following conclusion: Even the implementation in German law which was positively evaluated within the 2018 Bologna Report falls short of the demands of the Lisbon Recognition Convention in different respects:

It does, at least partially, not provide precise, reliable criteria for the lack of “substantial differences”.

And at least according to the prevailing case law it allows recognition only in cases of strict “equivalence” (by denying equivalence with arguments that conflict with EU law). This is of great importance as in the end it will be the national courts who decide on conflicts about granting recognition.

From that, we can see that already better knowledge and better consideration of the existing international law could help to enhance recognition. Especially EU law, even its guarantees of equal treatment, can foster recognition, as it has supremacy over national law and can be enforced through the bodies of the EU, mainly through the CJEU. Therefore, professional recognition is easier to enforce than academic recognition (which is less determined by EU law). But that does not mean that there is nothing left to do:

From the German perspective in some Länder a more precise formulation of recognition standards in statutory law would help. In addition it is useful that within the process of assessment of higher education institutions instruments are established to secure that higher education institutions formulate precise and lawful criteria for recognition,<sup>73</sup> because without precise criteria predictable, reliable decisions cannot be reached.

### Zusammenfassung:

Der Artikel gibt einen Überblick über die rechtlichen Regeln, die innerhalb der EU und des Europäischen Hochschulraums für die Anerkennung von Hochschulleistungen gelten. Dabei muss zwischen der Anerkennung für die Zwecke der Erwerbstätigkeit und für die

71 To the possibility to justify discriminations generally prohibited by Art. 18 TFEU see e.g. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (eds.), *EUV/AEUV*, 5th ed., 2016, comment 37 with reference to relevant jurisdiction of the CJEU. We assume that these principles can be transferred when interpreting Art. 24 CRD.

72 Insofar the decisions discussed here might be regarded as an example for the conflation of the decision on whether to admit or not to admit a student with the decision about whether to recognize a particular qualification, which the 2018 Bologna Process Implementation Report (fn. 2), p. 142, named as one of the main prevailing obstacles for broad recognition. The arguments presented above do not exclude that in certain cases an applicant can be required to offer a (whole oder partial) translation of his examination work if this is necessary to assess whether substantial differences are given or not.

73 This has already been put into practice: According to the Rules on Accreditation of Courses of Study and Systems (Regeln für die

Akkreditierung von Studiengängen und für die Systemakkreditierung, Stand: 20.2.2013, [https://www.akkreditierungsrat.de/sites/default/files/downloads/2019/AR\\_Beschluss\\_Regeln\\_Studiengaenge\\_Systemakkreditierung\\_2013.02.20\\_Drs.20-2013.pdf](https://www.akkreditierungsrat.de/sites/default/files/downloads/2019/AR_Beschluss_Regeln_Studiengaenge_Systemakkreditierung_2013.02.20_Drs.20-2013.pdf) (15.2.2020), p. 11), issued by the German Accreditation Council, the concept of a course of study has to formulate rules for the recognition of foreign qualifications that comply with the Lisbon Recognition Convention (free translation of the German wording: „(Das Studiengangskonzept) legt die Zugangsvoraussetzungen (...) fest sowie Anerkennungsregeln für an anderen Hochschulen erbrachte Leistungen gemäß der Lissabon Konvention ...“). However, provisions like this can only be applied appropriately if it is clarified what kind of rules are required by the Lisbon Recognition Convention.

Fortführung eines Studiums unterschieden werden. Nach der Einführung in die Rechtslage wendet sich der Artikel den Problemen zu, die bei der Anerkennung für die Fortführung eines Studiums auftreten können, da diese in der Praxis auf größere Hindernisse treffen kann, weil es an einer Harmonisierung durch EU-Recht fehlt. Zu diesem Zweck untersucht er die Umsetzung der internationalrechtlichen Vorgaben der sog. "Lissabon Konvention" (die unter allen für Deutschland gegenwärtig geltenden Anerkennungsabkommen den weitesten Anwendungsbereich hat) in das deutsche Recht. Dabei prüft er das einschlägige Landesrecht und verschiedene, beispielhaft ausgewählte Hochschulsatzungen darauf, ob und inwiefern sie die Vorgaben der Lissabon-Konvention umsetzen, nach der eine Hochschulleistung anzuerkennen ist, wenn nicht "wesentliche Unterschiede" zu der sie ersetzenden Leistung nachgewiesen werden können. Anschließend prüft er die jüngst hierzu ergangene Rechtsprechung (insbes. BVerwG, Beschl. v. 9.1.2018,

NVwZ-RR 2018, 333) darauf, ob sie den Vorgaben der Lissabon-Konvention zur Durchsetzung verhilft. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass sie die Vorgaben der Lissabon-Konvention konterkariert (indem sie eine Anerkennung nur für zulässig erklärt, wenn die zu ersetzende Leistung "in der Sache erbracht" wurde bzw. beide Leistungen "in Bezug auf Prüfungsstoff und Prüfungsbedingungen übereinstimmen") und sich außerdem in ihrer konkreten Begründung zu einschlägigem Unionsrecht in Widerspruch setzt.

Renate Penßel ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Heinrich de Wall für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Ihre Arbeits- und Interessenschwerpunkte liegen im geltenden und historischen Kirchen- und Religionsverfassungsrecht und im Hochschulrecht.



# Frank Wertheimer

## *Nochmal: Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen wegen vorzeitigem Wechsel der Hochschule*

### I. Einleitung

Dass Hochschulen von Professorinnen oder Professoren, die diese wegen eines von außen erhaltenen Rufes nach relativ kurzer Zeit wieder verlassen, gewährte Berufs-Leistungsbezüge zurückverlangen, ist ein noch junges Phänomen. Entsprechende Hinweise in Berufungszusagen sollen Abwerbungsversuche anderer Hochschulen unattraktiv machen und einen Wechsel auf diese Weise möglichst verhindern.<sup>1</sup> Die Argumentation der Hochschulen, die im Rahmen der Berufsvereinbarung auf eine solche Sanktionsmöglichkeit hinweisen, beruht einerseits darauf, Planungssicherheit bei einer Neubesetzung zu erhalten, andererseits wird der Aufwand ins Feld geführt, der mit einem Berufungsverfahren verbunden ist. Diesen sieht die Hochschule durch die Rückzahlung der Leistungsbezüge in gewissem Umfang refinanziert, wenn der Neuberufene die Hochschule vor Ablauf von drei Jahren wieder verlässt.

In der Rechtsprechung finden sich zur dieser Thematik nur ganz wenige Entscheidungen.<sup>2</sup> Nachdem das VG Würzburg<sup>3</sup> die Rückforderung von Berufs-Leistungsbezügen in einem in 2015 entschiedenen Fall als (noch) rechtmäßig angesehen hat, hob der Bayerische VGH in einer grundlegenden Entscheidung in 2017<sup>4</sup> das Würzburger Urteil auf und wertete die Rückforderung als rechtswidrig, weil sie von Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG nicht gedeckt gewesen sei. Die Problematik ist ferner Gegenstand eines weiteren Urteils<sup>5</sup> aus der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, auf die im Rahmen dieses Beitrags unter Punkt IV eingegangen wird.

Erfahrungen aus der Praxis sowie eine zwischenzeitlich erfolgte Gesetzesänderung sind Anlass, die Thematik noch einmal<sup>6</sup> aufzugreifen.

### II. Rückforderungsanspruch aufgrund gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Bei der Rückforderung von gewährten Berufs-Leistungsbezügen handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG<sup>7</sup>. Da sie keinen innerorganisatorischen Akt der Hochschule darstellt, sondern einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre des Hochschullehrers bzw. der Hochschullehrerin bedeutet, bedarf sie einer staatlichen Ermächtigungsgrundlage, die diesen Eingriff materiell-rechtlich rechtfertigt<sup>8</sup>. Ausgehend von dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes versteht sich das – eigentlich – von selbst.

Dass dies in der Praxis nicht immer beachtet wird, zeigt folgender – realer – Beispielsfall: Hochschullehrer H wurde an eine Universität in Thüringen berufen. Mit der Berufungszusage wurde ihm ein einmaliger Berufs-Leistungsbezug in Höhe von 6.000,00 EUR gewährt. Dies mit der Maßgabe, dass er diesen Leistungsbezug zurückzahlen habe, wenn er die Universität vor Ablauf von drei Jahren wieder verlässt. H erhielt in der Folge einen Ruf an eine Hochschule in Schleswig-Holstein. Da zum Zeitpunkt des vorgesehenen Wechsels die drei Jahre noch nicht abgelaufen waren, zögerte H mit einem Wechsel. Die Hochschule in Schleswig-Holstein, die an einem möglichst zeitnahen Dienstantritt von H interessiert war, sagte ihm die Übernahme des Rückzahlungsbetrages zu und stockte diese um weitere 2.000,00 EUR auf, d.h. sie gewährte H eine einmalige Zulage in Höhe von 8.000,00 EUR. Von der Thüringer Regelung „inspiriert“, legte die Leitung der schleswig-holsteinischen Hochschule gleichzeitig fest, dass diese Zulage

1 Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zu Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG, in der von einem unlauteren Abwerbverhalten anderer Hochschulen die Rede ist.

2 Jedenfalls nach Auswertung der juris-Datenbank.

3 Urt. v. 24.11.2015, W 1 K14.811, juris.

4 Urt. v. 18.08.2017, 3 BV 16.132, juris.

5 VG Augsburg v. 27.09.2018, Au 2 K 17.1930, juris.

6 Dazu bereits Wertheimer, OdW 2018, 243.

7 Soweit die Rückforderung von Hochschulen der Länder erfolgt, ist auf die Landesverwaltungsgesetze der Länder abzustellen; deren § 35 ist mit § 35 VwVfG deckungsgleich.

8 Siehe hierzu BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., juris, Rn 39.



vollumfänglich zurückzuzahlen sei, falls H die Hochschule vor Ablauf von drei Jahren verlassen würde. Dieser Fall trat tatsächlich ein, da H nach knapp zwei Jahren einen Ruf einer ausländischen Universität annahm. Die Hochschule in Schleswig-Holstein berief sich in der Folge auf die Berufungsvereinbarung und forderte die Zulage, die H im Rahmen der Berufung zugesagt und danach auch gewährt worden war, zurück.

Nach den Umständen des Falles bestand kein Zweifel daran, dass es sich bei der Zulage um einen Berufsleistungsbezug gem. § 33 Abs. 1 SHBesG handelte. Für dessen Rückforderung sieht das Besoldungsgesetz in Schleswig-Holstein allerdings keine Ermächtigungsgrundlage vor, was die Leitung der schleswig-holsteinischen Hochschule übersehen hatte. Der Hochschullehrer konnte der Rückforderung deshalb mit Erfolg entgegenreten.

## 2. Regelungen in den Bundesländern

### a) Bayern und Thüringen mit Rückforderungsermächtigungen

Eine Bestandsaufnahme ergibt, dass lediglich in den Besoldungsgesetzen von Bayern und Thüringen explizite Ermächtigungsnormen vorhanden sind, die eine Rückforderung von Berufsleistungsbezügen vorsehen, wenn Professorinnen oder Professoren, denen diese im Rahmen einer Berufung gewährt worden sind, die Hochschule vorzeitig verlassen. Während in Bayern Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG eine solche Rückforderungsmöglichkeit vorsieht, regelt Art. 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG entsprechendes, allerdings mit der Maßgabe, dass der betreffende Hochschullehrer den Landesdienst verlässt. Erfolgt der Wechsel innerhalb des Bundeslandes, folgt beispielsweise ein an der Universität Erfurt tätiger Hochschullehrer einem Ruf an die Universität Jena, ist eine Rückforderung ausgeschlossen.

Dass die auf Grundlage von Art. 74 BayBesG ergangene BayHLeistBV in § 3 Abs. 4 Satz 2 die Regelung in Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG wortgleich wiederholt, ändert nichts daran, dass ausschließlich die Regelung im BayBesG als Ermächtigungsgrundlage anzusehen ist.<sup>9</sup>

### b) Situation in den anderen Bundesländern

Die Besoldungsgesetze aller anderen Bundesländer sehen keine Ermächtigungsgrundlage für die Rückfor-

derung gewährter Berufsleistungsbezüge bei vorzeitigem Hochschulwechsel vor. Die Regelungssystematik ist dadurch gekennzeichnet, dass in den Besoldungsgesetzen lediglich die Gewährung von Berufs- und Bleibeleistungsbezügen normiert ist, im Detail geht es in diesem Rahmen u.a. um die Höhe der Leistungsbezüge, deren Teilnahme an Besoldungsanpassungen oder deren Ruhegehaltsfähigkeit.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Vergabekriterien, der Zuständigkeiten sowie des hochschulinternen Vergabeverfahrens enthalten die Besoldungsgesetze Ermächtigungen, auf deren Grundlage die zuständigen Länderministerien Verordnungen über Hochschulleistungsbezüge erlassen können und davon auch Gebrauch gemacht haben.<sup>11</sup>

### d) Keine Rückforderungsoption über Verordnungsermächtigung oder hochschulinterne Regelungen

Rückforderungsregelungen in Bezug auf Berufsleistungsbezüge enthalten die einschlägigen Verordnungen in diesen Bundesländern nicht.<sup>12</sup> Entsprechende Bestimmungen wären auch rechtswidrig, weil sie mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes nicht vereinbar wären. Enthält das jeweilige Landesbesoldungsgesetz keine Ermächtigungsgrundlage für eine Rückforderung, kann diese nicht in niederrangigerem Recht wie einer Verordnung festgelegt werden. Vor diesem Hintergrund bestehen auch Bedenken gegen die Bestimmung in § 1 Abs. 3 HsLeistVO Mecklenburg-Vorpommern. Dort ist in S. 1 bestimmt, dass im Falle einer Versetzung einer Professorin oder eines Professors ohne Änderung der Besoldungsgruppe an eine andere Hochschule in Mecklenburg-Vorpommern die erworbenen Ansprüche auf Berufs- oder Bleibeleistungsbezüge unberührt bleiben. Nach S. 2 der Vorschrift gilt dies nicht, wenn die Versetzung auf Antrag erfolgt. Da von „erworbenen Ansprüchen“ die Rede ist, müsste das in der Konsequenz dazu führen, dass im Falle einer Versetzung auf Antrag die bezogenen Leistungsbezüge zurückzuzahlen wären. Das LBesG M-V enthält aber weder eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage und dessen § 17 Abs. 1 bestimmt auch nur, dass die näheren Bestimmungen über die Voraussetzungen und Kriterien sowie die Zuständigkeit und das Verfahren der Vergabe von Leistungsbezügen nach § 33 Abs. 1 des BBesG und von Forschungs- und Lehrzulagen nach § 35 Abs. 1 des BBesG durch das Ministerium für Bildung, Wissenschaft und

<sup>9</sup> Vgl. dazu BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

<sup>10</sup> Vgl. etwa § 38 LBesG BW; §§ 37, 38 LBesG Rh-Pf; § 10 LBesG Saarland; § 12 LBesG M-V; § 34 LBesG NRW.

<sup>11</sup> Beispielhaft: § 39 LBesG NRW; § 38 Abs. 10 LBesG BW; § 12 LBesG Saarland; § 38 LBesG S-H; Art. 74 BayBesG; § 38 LBesG Hessen; § 29 Abs. 5 LBesG Niedersachsen.

<sup>12</sup> Anders § 3 Abs. 4 S. 2 BayHLeistBV, mit Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG ist allerdings eine gesetzliche Rückforderungsregelung existent; § 3 der ThürHLeistBV greift die in § 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG enthaltene Ermächtigungsgrundlage hingegen nicht auf, siehe hierzu nochmals BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

Kultur im Einvernehmen mit dem Finanzministerium durch Rechtsverordnung getroffen werden. Eine Rückzahlung wäre davon nicht gedeckt. Die Bestimmung kann demnach allenfalls dazu führen, dass im Falle einer Versetzung auf Antrag die Gewährung weiterer Berufungs- oder Bleibeleistungsbezüge an der anderen Hochschule wegfällt.

Erst recht kann eine Rückzahlung nicht durch hochschulinterne Regelungen, etwa einer Satzung<sup>13</sup>, begründet werden. Auch wenn die Grundordnung einer Universität die Gewährung von Berufungs-Leistungsbezügen von der Erfüllung einer Zielvereinbarung abhängig macht<sup>14</sup>, könnte hierdurch eine Rückforderung nicht festgelegt werden, abgesehen davon, dass diese Bestimmung so aufzufassen ist, dass die Gewährung der Leistungsbezüge aufschiebend bedingt erfolgt.

#### e) Vertraglicher Rückforderungsanspruch ?

Berufungs-Leistungsbezüge sind üblicherweise Gegenstand einer Berufungszusage, die am Ende der Verhandlungen zwischen Hochschule und dem Hochschullehrer steht, dem der Ruf erteilt worden ist. Erfolgt sie einseitig durch den Rektor oder Präsidenten der Hochschule, wird von einer Zusage entsprechend § 38 des einschlägigen LVwVfG ausgegangen.<sup>15</sup> Das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nimmt man hingegen an, wenn die Berufungsvereinbarung in einem Dokument enthalten ist, das von Hochschule und berufenem Hochschullehrer unterzeichnet ist, womit auch das Schriftformerfordernis der §§ 57, 62 S. 2 LVwVfG iVm § 126 BGB erfüllt ist.<sup>16</sup>

Erfüllt eine Berufungsvereinbarung die o.g. Kriterien und liegt somit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag iSd § 54 LVwVfG vor, stellt sich die Frage, ob eine Hochschule, auch außerhalb Bayerns oder Thüringens, eine Rückzahlung von Berufungs-Leistungsbezügen für den Fall vertraglich vereinbaren kann, dass die betreffende Professorin oder der Professor vor Ablauf von drei Jahren an eine andere Hochschule wechselt. Gem. § 54 S. 1 LVwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dann aber nicht vertraglich begründet werden, wenn Rechtsvorschriften entgegenstehen. Zwar können hochschulrechtliche Ausstattungszusagen

grundsätzlich im Wege eines Vertragsverhältnisses iSd § 54 LVwVfG geregelt werden.<sup>17</sup> Allerdings sind besoldungsrechtliche Fragestellungen ebenso wie das Beamten- oder das Richter Verhältnis einer vertraglichen Gestaltung nur insoweit zugänglich, als dafür eine normative Ermächtigung durch oder aufgrund eines Gesetzes besteht.<sup>18</sup> Das gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem berufenen Hochschullehrer um einen Beamten oder einen Angestellten handelt, zumal die Regelungen über Leistungsbezüge diesbezüglich nicht differenzieren. Da, wie gesehen, das Besoldungsrecht lediglich in Bayern und Thüringen Ermächtigungsnormen für die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Hochschulwechsel enthalten, scheidet in den anderen Bundesländern eine vereinbarte Rückzahlung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses gem. § 54 LVwVfG aus. Es bestünde sonst auch die Gefahr, dass eine Hochschule das, was sie nicht einseitig durch Verwaltungsakt mangels einer gesetzlichen Ermächtigung durchsetzen könnte, sich über die Gestaltungsform eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sichert. Eine vertragliche Rückzahlungsklausel wäre folglich nichtig.<sup>19</sup>

### III. Materiell-rechtliche Wirksamkeit eines Rückforderungsanspruchs

#### 1. Rückschau auf das Urteil des BayVGH vom 18.8.2017

Die grundlegende Entscheidung des BayVGH hielt einen Rückforderungsanspruch von befristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen nach Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG in der damaligen Fassung für rechtswidrig, da die Norm nur für unbefristete Berufungs- oder BleibeLeistungsbezüge galt, was das Gericht aus einer systematischen Binnenauslegung folgerte.<sup>20</sup>

Der Senat ging in der erwähnten Entscheidung aber einen Schritt weiter und hielt fest, dass eine generelle Rückforderung gewährter Leistungsbezüge in allen Fällen, in denen ein Hochschullehrer innerhalb von drei Jahren die Hochschule wechselt, mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sei und die Vorschrift daher einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe. Werden Berufungsleistungsbezüge für eine nach Ernennung im

13 Zum Rechtscharakter von hochschulinternen Vergabegrundsätzen vgl. BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

14 Vgl. § 31 S. 2 GO Universität Mainz; siehe auch § 4 Abs. 3 Saarländische Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Professorinnen und Professoren vom 3.1.2005, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 10. April 2019, Amtsbl. I S. 412.

15 Vgl. BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 39; siehe auch Kluth/Reinhardt, WissR 2004, 288, 294; zur Rechtsnatur einer Ausstattungszusage siehe ferner Wertheimer, OdW 2015, 147, 152 mwN aus

der Rechtsprechung.

16 OVG Sachsen v. 21.1.2010, 2 A 156/09, DVBl. 2010, 591; VGH Baden-Württemberg v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, VBIBW 2009, 69; Detmer, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 4, Rn 113; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn 145.

17 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O.

18 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rn 142 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

19 Siehe dazu Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54 Rn 105.

20 Urt. v. 18.8.2017, juris, Rn 41.

Dienstverhältnis erbrachte Leistung gezahlt, bestehe im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG für eine Rückzahlungspflicht bei einem Hochschulwechsel kein Raum. Der Senat hielt rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG gleichwohl für möglich, etwa im Falle einer Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen.<sup>21</sup>

Die Rechtsprechung des BayVGH lässt sich auf die Rückforderungsregelung in § 28 Abs. 1 S. 6 ThürBesG übertragen, auch wenn diese sich – wie bereits oben dargestellt – von der bayerischen Regelung dadurch unterscheidet, dass eine Rückzahlungsverpflichtung nur dann begründet werden kann, wenn der betreffende Hochschullehrer den thüringischen Landesdienst verlässt.

## 2. Rechtslage nach Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG n.F.

Zum Zeitpunkt der Berufungsentscheidung des BayVGH v. 18.8.2017 erstreckte sich die Rückzahlungsverpflichtung gem. Art. 70 Abs. 3 S. 2 nur auf unbefristet gewährte Berufungs- oder Bleibe-Leistungsbezüge. Die Norm wurde zwischenzeitlich durch § 6 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung personalaktenrechtlicher und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 18.5.2018 geändert, welches am 25.5.2018 in Kraft getreten ist.<sup>22</sup> Im Gesetzesentwurf der Staatsregierung vom 27.2.2018<sup>23</sup> war diese Gesetzesänderung noch nicht vorgesehen, sie muss demnach kurz vor Verabschiedung des o.g. Gesetzes noch Eingang in § 6 Nr. 6 gefunden haben. Wesentlicher Unterschied zur vorherigen Fassung ist die Einbeziehung von Art. 70 Abs. 2 S. 2 BayBesG, in der auch befristete Berufungs- und Bleibe-Leistungsbezüge mit umfasst sind. Der Gesetzgeber hat damit auf das Urteil des BayVGH vom 18.8.2017 reagiert und die Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung von Leistungsbezügen, die aus Anlass einer Berufung oder im Rahmen von Bleibeverhandlungen gewährt werden, erweitert.

In seiner Entscheidung vom 18.8.2017 hat sich der BayVGH – vorausschauend – mit der Frage befasst, wie die Norm auszulegen wäre, falls sie auch für befristet gewährte Leistungsbezüge gelten würde.<sup>24</sup> Unter diesem Blickwinkel kommt folglich die vom VGH vorgenommene verfassungskonforme Auslegung zum Zuge, auf den Punkt gebracht: Werden befristet zugesagte Berufungs-Leistungsbezüge für nach Ernennung im Dienst-

verhältnis erbrachte Leistungen bezahlt, besteht für Rückzahlungsansprüche bei einem vorzeitigen Hochschulwechsel kein Raum. Es gelten dann, wie bei unbefristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen, die arbeitsrechtlichen Grundsätze, wonach für Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter Rückzahlungsvorbehalte unzulässig sind, wenn Gegenstand der Zahlung Entgelt für bereits geleistete Arbeit ist.<sup>25</sup> Denn eine Rückzahlungspflicht ist bei Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter ausgeschlossen, weil der Arbeitnehmer – für Beamte kann nichts anderes gelten – diese ausschließlich von der Arbeitsleistung abhängige Sonderzuwendung durch seine bereits erbrachte Arbeitsleistung verdient hat und durch den Entzug eines bereits verdienten Lohnanteils bestraft würde.<sup>26</sup> Für diese Fallkonstellationen läuft die gesetzliche Neuregelung folglich ins Leere.

## 3. Spielräume für Rückforderungen nach der gesetzlichen Neuregelung ?

In der vielzitierten Entscheidung aus dem Jahr 2017 hielt der BayVGH – wie bereits oben ausgeführt – rechtlich unbedenkliche Anwendungsfälle der Ermächtigungsgrundlage des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG (in der alten Fassung) für möglich, etwa könne die Rückforderung von unbefristeten Bleibe-Leistungsbezügen in Betracht kommen, weil diese nicht ohne weiteres als Gegenleistung für geleistete Dienste anzusehen sein werden, sondern auch allein deshalb erbracht werden können, um den möglicherweise abwanderungswilligen Hochschullehrer davon abzuhalten, dem Ruf einer anderen Hochschule zu folgen.<sup>27</sup> Mit der Neuregelung könnten nunmehr auch befristet gewährte Bleibe-Leistungsbezüge zurückgefordert werden.

Im Einzelfall wird allerdings zu prüfen sein, ob nicht auch die befristet gewährten Bleibe-Leistungsbezüge Entgelt für geleistete Dienste sind bzw. waren, was einer Rückforderung dann entgegenstünde. Ferner ist, wie im Arbeitsrecht auch, anhand des Maßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG der Frage nachzugehen, ob der von der Hochschule mit der Bleibe-Leistungszulage getätigte „invest“ eine dreijährige Bindungsdauer rechtfertigt und im Rahmen der Interessenabwägung die Rückzahlungsverpflichtung nicht mit zunehmendem Verbleib des Hochschullehrers *pro rata temporis* abzuschmelzen ist<sup>28</sup>. Eine weitere Frage drängt sich – wenn auch nur tempo-

21 Zum Ganzen vgl. Wertheimer, OdW 2018, 243 ff.

22 GVBl. 2018, S. 286.

23 Bayerischer Landtag Drs. 17/20990.

24 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 45 ff., dazu Wertheimer, OdW 2018, 243, 245 ff.

25 So schon BAG v. 13.9.1974 – 5 AZR 48/74 – NJW 1975, 278.

26 ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 548 m.w.N.

27 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 49.

28 Wertheimer, OdW 2018, 243, 249.

rär – auf. Müsste ein Hochschullehrer, dem vor der Gesetzesänderung ein befristeter Bleibe-Leistungsbezug zugesagt und gewährt wurde, mit einer Rückforderung rechnen, wenn er nach Inkrafttreten der Neufassung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG, aber vor Ablauf von drei Jahren die Hochschule wechselt? Dem Wesen nach handelt es sich hierbei um eine sog. unechte Rückwirkung, weil die neu gefasste Norm des Abs. 70 Abs. 3 S. 2 auf einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt bzw. Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die Rechtsposition des betroffenen Hochschullehrers nachträglich entwertet würde.<sup>29</sup> Gesetze mit unechter Rückwirkung sind grundsätzlich zulässig<sup>30</sup>. Grenzen der Zulässigkeit unecht rückwirkender Gesetze können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben. Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.<sup>31</sup> Im Ergebnis läuft dies auf eine Interessenabwägung hinaus, bei der der Schutz der einen Bleibe-Leistungsbezug gewährenden Hochschule vor einem unlauteren Abwerbverhalten anderer Hochschulen<sup>32</sup> gegenüber dem Interesse des Hochschullehrers, in seiner Berufsfreiheit nicht eingeschränkt zu werden, ins Verhältnis zu setzen ist. Welchem Interesse dann letztlich der Vorrang einzuräumen ist, hängt von den Gesamtumständen des Einzelfalls ab.

#### 4. Keine Differenzierung nach der Art des Professorenverhältnisses

In der Entscheidung aus 2017 ging der VGH einerseits auf das Interesse der Hochschule ein, Planungssicherheit zu erhalten und den Aufwand von Berufungsverfahren in einem angemessenen Umfang zu halten und hob andererseits auf das Interesse eines befristet beschäftigten Hochschullehrers ab, Karrierechancen auf eine unbefristete Professur durch einen vorzeitigen Hochschulwechsel wahrnehmen zu können. Das führt zu der weiteren Frage, ob die konkrete Ausgestaltung eines

Professorenverhältnisses Auswirkungen auf die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen haben kann.

Im Falle der VGH-Entscheidung ging es um eine Befristung des Professorenverhältnisses ohne sog. *tenure track*, die Hochschule hatte in jenem Fall keine Regelungen getroffen, unter welchen Voraussetzungen eine Entfristung gewährt werden würde. Wird die Professur mit einem *tenure track* ausgestaltet, führt dies allerdings zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Zwar mag die Verstetigungschance in einem *tenure track* – Verfahren durch eine klarere Zielvereinbarung zu Beginn des Dienstverhältnisses für den betroffenen Hochschullehrer etwas kalkulierbarer sein. Sicherheit, dass die Professur in eine Lebenszeitprofessur nach Abschluss der *tenure*-Phase umgewandelt wird, besteht jedoch nicht. Zudem differenziert Art. 70 BayBesG erkennbar nicht zwischen unterschiedlichen Professorenverhältnissen, sondern stellt ausschließlich darauf ab, ob einem Hochschullehrer ein Berufungs- oder Bleibeleistungsbezug gewährt wurde. Auch folgt eine Differenzierung nicht aus Bestimmungen des BayHSchPG und schließlich nicht aus den Vergabegrundsätzen der Hochschule, zieht man beispielhaft die Grundsätze der Technischen Universität München über die Vergabe von Leistungsbezügen und Forschungs- und Lehrzulagen<sup>33</sup> heran.

Entscheidend ist im einen wie im anderen Fall, dass ein für erbrachte Dienste gewährter Berufungs-Leistungsbezug nicht rückforderbar ist.

Nichts anderes kann folglich im Ergebnis gelten, wenn der die Hochschule vorzeitig wechselnde Hochschullehrer sich bereits in einem Lebenszeitbeamtenverhältnis bzw. in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis befindet. Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ist in diesem Fall nicht schwächer ausgeprägt und auch hier greift der Grundsatz, dass Entgelt für nach der Ernennung erbrachte Dienste nicht mehr zurückverlangt werden kann. Davon ist auch in dem eher seltenen Fall auszugehen, in dem ein Hochschullehrer vorzeitig aus einem Lebenszeitbeamtenverhältnis auf eine befristete Professur wechselt, die von einer anderen Hochschule ausgeschrieben wurde und auf die er einen Ruf erhalten hat.

29 Hierzu BVerfG v. 23.11.1999, 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, Rn 71.

30 Vgl BVerfG v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302, 318 Rn 42f.

31 Vgl BVerfG v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92, BVerfGE 95, 64,86;

stRspr.

32 LT-Drs. 16/3200 S. 418 zur ursprünglichen Regelung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG.

33 Aktuell in der Fassung vom 29.11.2018, inkraft getreten zum 01.12.2018.



#### IV. Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen aufgrund eines bestandskräftigen Feststellungsbescheids

##### 1. Urteil VG Augsburg v. 27.9.2018

Dass die Rückforderung von befristet gewährten Berufungs-Leistungsbezügen im Ergebnis unabhängig davon durchsetzbar ist, dass Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG a.F. eine Rückforderung gar nicht ermöglichte, zeigt der Fall des VG Augsburg aus 2018.<sup>34</sup> Die Situation entsprach praktisch dem Fall, über den erstinstanzlich das VG Würzburg<sup>35</sup> und in der Berufungsinstanz der BayVGH<sup>36</sup> zu entscheiden hatte.

Die dort mit einer Rückforderung gewährter Berufungs-Leistungsbezüge konfrontierte Professorin versäumte es, gegen den Widerspruchsbescheid<sup>37</sup>, mit dem ihr Widerspruch gegen die von der Hochschule festgestellte Rückzahlung der Leistungsbezüge zurückgewiesen worden war, Klage beim Verwaltungsgericht einzulegen. Der Feststellungsbescheid in Form des Widerspruchsbescheids erwuchs damit in Bestandskraft.

Da sich für das VG Augsburg keine Hinweise auf eine etwaige Nichtigkeit des Bescheids gemäß Art. 44 BayVwVfG ergaben, kam es konsequenterweise zum Ergebnis, dass aufgrund der materiellen Bestandskraft die Verpflichtung der Professorin zur Rückzahlung der erhaltenen Berufungs-Leistungsbezüge ungeachtet einer etwaigen Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Bescheids der Hochschule feststand.

Mit der im Dezember 2017 eingereichten Klage gegen den konkret bezifferten Rückforderungsbescheid des Landesamtes für Finanzen kam die Professorin letztlich zu spät. Zurecht wies das VG Augsburg in den Entscheidungsgründen darauf hin, dass die vom BayVGH vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des Art. 70 Abs. 3 BayBesG auf der „Tatbestandsseite“ des Entstehens der Rückzahlungsverpflichtung stattzufinden hat, welche hier schon durch den bestandskräftigen Bescheid entschieden wurde, und nicht auf der „Rechtsfolgenseite“ des Art. 15 Abs. 2 Satz 3 BayBesG.<sup>38</sup> Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das Landesamt für Finanzen gar nicht über die Kompetenz verfügt, im Bereich der Rückforderung von Leistungsbezügen eine eigene Sachentscheidung zu treffen. Darauf ist § 15 Abs. 2 BayBesG auch nicht ausgerichtet. Wie die Parallelvor-

schrift in § 12 Abs. 2 BBesG handelt es dabei um eine bloße Rechtsfolgenverweisung.<sup>39</sup> Weder ließ sich mit den Erwägungen des BayVGH zur verfassungskonformen Auslegung des Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG etwas für die Frage einer möglichen Entreichung der Professorin noch für die in § 15 Abs. 2 BayBesG anzustellenden Billigkeitserwägungen herleiten.

##### 2. Nichtigkeit eines Rückforderungsbescheids?

Wenn das VG Augsburg in seiner Entscheidung zu der Bewertung gelangte, der Bescheid der Hochschule, mit der die Rückforderung der gewährten Berufungs-Leistungsbezüge festgestellt wurde, sei zwar (möglicherweise) rechtswidrig, nicht aber nichtig gewesen, ist dem zuzustimmen. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit gem. § 44 Abs. 2 BayVwVfG lagen nicht vor. Dass die betreffende Hochschule die Rückforderung der Berufungs-Leistungsbezüge festgestellt hatte, obwohl Art. 70 Abs. 3 S. 2 BayBesG a.F. auf befristet gewährte Leistungsbezüge gar nicht anwendbar war, führt auch nicht zur Annahme eines besonders schwerwiegenden Fehlers iSd § 44 Abs. 1 BayBesG.

Wie ist allerdings mit einem Rückforderungsbescheid umzugehen, der von einer Hochschule erlassen wird, in deren Bundesland das einschlägige Besoldungsrecht eine Rückforderung gar nicht vorsieht? Dass solche Fälle in der Praxis vorkommen, hat der unter II. 1. geschilderte Beispielfall gezeigt. Grundsätzlich ist ein Verwaltungsakt nicht bereits deshalb nichtig, weil er einer gesetzlichen Grundlage entbehrt (sog. gesetzloser Verwaltungsakt).<sup>40</sup> Vielmehr ist der Verwaltungsakt nach § 44 Abs. 1 VwVfG nur dann nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist. Der schwerwiegende Fehler des Verwaltungsaktes muss für einen verständigen Bürger offensichtlich sein<sup>41</sup>, seine Ungültigkeit muss für jedermann derart augenscheinlich sein, dass er gleichsam den „Stempel“ der Nichtigkeit auf der Stirn trägt.<sup>42</sup> Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist daher nur dann anzunehmen, wenn die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in so erheblichem Maße verletzt werden, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen.<sup>43</sup> Solche Mängel sind anerkannt worden bei offen-

34 Urt. v. 27.9.2018 Au 2 K 17.1930, juris.

35 Urt. v. 24.11.2015, W 1 K 14.811, juris.

36 Urt. v. 18.8.2017, a.a.O.

37 Widerspruchsbescheid v. 20.12.2016 und damit vor dem Urteil des BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O.

38 BayVGH v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 45.

39 Siehe dazu auch *Wertheimer*, OdW 2018, 243, 248 m.w.N.

40 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 44 Rn 105; OLG Hamm v. 27.5.2017, III-5 RBs 13/14, 5 RBs 13/14, NStZ 2015, 44, 45.

41 BVerwG v. 7.10.1964, VI C 59.63, VI C 64.63, BVerwGE 19, 284.

42 BGH v. 05.07.1966, 5 StR 155/66, BGHSt 21, 74 ff m.w.N.

43 BVerwG v. 17.10.1997, 8 C 1/96, NVwZ 1998, 1061, 1062 m.w.N.



sichtlicher Unzuständigkeit der handelnden Behörde, bei tatsächlicher Unvollziehbarkeit des Verwaltungsaktes oder bei offensichtlicher Willkür.<sup>44</sup> Übertragen auf den unter II. 1 geschilderten Fall wäre folglich nicht von einer Nichtigkeit des Rückforderungsbescheids auszugehen bzw. käme eine solche nur dann in Betracht, wenn die betreffende Hochschule in Kenntnis einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung gewährter Berufungs- oder BleibeLeistungsbezüge den vorzeitig die Hochschule verlassenden Hochschullehrer mit einem Rückforderungsbescheid überziehen würde. Bei einer solchen Fallgestaltung liegt es nahe, dass das Verwaltungshandeln von Willkür geleitet wäre.

Dessen ungeachtet ist Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, wie der Fall des VG Augsburg zeigt, anzuraten, die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe wie Widerspruch und auch Klage auszuschöpfen, wenn auf Basis der geltenden Rechtsprechung Gründe dafür sprechen, dass ein Rückforderungsbescheid, aus welchen Gründen auch immer, nicht rechtmäßig ist.

## V. Fazit

Die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen bei vorzeitigem Wechsel eines Hochschullehrers ist aktuell nur in den Bundesländern Bayern und Thüringen

vorgesehen, eine Sonderregelung in Mecklenburg-Vorpommern betrifft den Fall einer Versetzung eines Hochschullehrers innerhalb des Bundeslandes. Die ganz überwiegende Mehrheit der Bundesländer hat bislang auf derartige Rückforderungsmöglichkeiten verzichtet. Das kann als Ausdruck dafür gewertet werden, dass eine Rückforderung von Berufungs- und BleibeLeistungsbezügen nicht als taugliches hochschulpolitisches Instrument im Wettbewerb unter den Hochschulen erachtet wird. Die in Bayern im Jahr 2018 erfolgte Gesetzesänderung, die die Rückforderung auf befristet gewährte Leistungsbezüge ausdehnt, wird nach hier vertretener Auffassung jedenfalls nicht zu einer Ausweitung rechtmäßiger Rückforderungen im Bereich von Berufungs-Leistungsbezügen führen.

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 Hochschulalarbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

44 Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 44 Rn 106.



# Wolfgang Kessler und Hannah Beck

## Tagungsbericht zur 20. Freiburger Arbeitstagung „Besteuerung von Hochschulen“ am 5./6.11.2019

Der Förderverein des Stiftungslehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg „Steuern in Forschung und Praxis e.V.“ veranstaltete am 5. und 6. November 2019 zum 20. Mal seine Arbeitstagung mit dem Titel „Besteuerung von Hochschulen“. Veranstaltungsort der Konferenz war die Aula der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Den etwa 270 Teilnehmenden bot sich die Gelegenheit, einen Einblick in die aktuelle Rechtsprechung und Handhabungen in der Praxis zu erhalten und im Anschluss an die Vorträge mit den jeweiligen Referenten zu diskutieren. Im Folgenden wird ein Überblick über die diesjährigen Vortragsthemen und Wortbeiträge gegeben.

### I. Eröffnung und Einführung in die diesjährigen Themen

Die Prorektorin der Albert-Ludwigs-Universität, Frau Prof. Dr. Giesela Riescher<sup>1</sup>, eröffnete die Jubiläumstagung und begrüßte die Teilnehmenden – unter ihnen viele wiederkehrende Zuhörer – im Namen des ganzen Rektors. Nach einem kurzen Überblick über die diesjährigen Themen, das Abendprogramm und die Referenten, bedankte sie sich ganz herzlich bei Herrn Professor Kessler und seinem Team für die Organisation.

### II. Eröffnungsvortrag zu den neueren Entwicklungen des Gemeinnützigkeits-, Spenden- und Stiftungsrechts

Den Auftakt der Veranstaltung bildete der Vortrag von Herrn Prof. Dr. Rainer Hüttemann<sup>2</sup> zu den neueren Entwicklungen des Gemeinnützigkeits-, Spenden- und Stiftungsrechts. Zunächst wurden die neueren Entwicklungen anhand der aktuellen Rechtsprechung beleuchtet, bei der Hüttemann auf einige Urteile der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung im Detail eingegangen ist. Auch fast ein Jahr nach dem „Attac“-Urteil<sup>3</sup> des BFH

wird dieses weiterhin in den Medien kontrovers diskutiert. In der Fachliteratur<sup>4</sup> herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass der vom Gericht angelegte Maßstab und auch die Subsumption eine konsequente Fortsetzung und Fortbildung der bisherigen Rechtsprechung des I. und X. Senats des BFH sei, welche keine grundsätzlichen neuen Aussagen zu politischen Betätigungen enthalte. Nachdem Hüttemann kurz den Verfahrensgang und die vorinstanzliche Entscheidung dargelegt hatte<sup>5</sup>, rückte er die beiden Leitsätze des BFH in den Fokus. In diesen konstatiert der BFH, dass „wer politische Zwecke durch Einflussnahme auf politische Willensbildung und Gestaltung der öffentlichen Meinung verfolgt, keinen gemeinnützigen Zweck i.S.d. § 52 AO erfüllt.“ Den ersten Leitsatz sieht Hüttemann als selbstverständlich an, denn „Politik“ sei keiner der in § 52 Abs. 2 AO aufgelisteten Zwecke. Im zweiten Leitsatz äußert sich der BFH dann klarstellend, dass eine politische Betätigung jedoch möglich sei, sofern sie von untergeordneter Bedeutung ist. Im Rahmen der Urteilsbesprechung zeigt Hüttemann auch die verfassungsrechtliche Eingliederung des Urteils in die Rechtsprechung des BVerfG zur Parteienfinanzierung<sup>6</sup> auf, wonach, basierend auf dem „Grundsatz der Chancengleichheit“, eine steuerliche Unterscheidung zwischen „politischen“ und „gemeinnützigen“ Körperschaften geboten sei. *De lege ferenda* käme für Hüttemann die Erweiterung von § 52 Abs. 2 AO um einen neuen Nr. 26 zur Förderung der Politik als gemeinnütziger Zweck nicht in Betracht. Dies begründete er damit, dass politische Vereine zwar einerseits nicht besser behandelt werden dürfen als die Parteien, aber zum anderen auch nicht genauso bevorzugt behandelt werden dürfen wie gemeinnützige Einrichtungen. In diesem Zusammenhang erwähnt Hüttemann im Verlauf des weiteren Vortrags, dass entgegen der herrschenden Literaturansicht der Finanzminister Olaf Scholz auf Nachfrage angekündigt habe, die Rechtslage rund um „Attac“ zu revidieren.

1 Professorin Dr. Giesela Riescher, Inhaberin der Professur für Politische Philosophie, Theorie und Ideengeschichte und Prorektorin für Redlichkeit in der Wissenschaft, Gleichstellung und Vielfalt der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

2 Professor Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw., ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Bilanz- und Steuerrecht sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für

Steuerrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

3 BFH, Urt. v. 10.1.2019 – V R 60/17, BFHE 263, 290.

4 Heuermann, DStR 2019, 439 ff.; Hüttemann, DB 2019, 744 ff.; Weitermeyer, npoR 2019, 97 ff.

5 Vorgehend Hessisches Finanzgericht 4. Senat, Urt. v. 10.11.2016 – 4 K 179/16.

In Bezug auf das Spendenrecht griff *Hüttemann* zunächst die steuerliche Behandlung von Stipendien auf und warf zwei Fragen auf, die sich aus steuerrechtlicher Sicht bei der Gewährung eines Stipendiums immer stellen: (1) Unterliegt das Stipendium als solches überhaupt der Einkommensteuer und wenn ja, (2) greift die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 44 EStG, sofern die Stipendien den zur Bestreitung des Lebensunterhaltes erforderlichen Betrag nicht überschreiten. In diesem Zusammenhang sind derzeit auch beim BFH zwei Revisionsverfahren in Bezug auf das sog. Landarzt-Stipendium<sup>7</sup> und das EXIST-Stipendium<sup>8</sup> anhängig. Anschließend besprach *Hüttemann* ein Urteil zur Auflagenschenkung, indem der Ehemann seiner Frau 400.000 € mit der Auflage schenkte, einen bestimmten Teilbetrag an gemeinnützige Vereine zu spenden.<sup>9</sup> Die Ehefrau erfüllte die Auflage. Der BFH hatte im Nachgang zu beurteilen, ob die Spende in diesem Fall zum Spendenabzug nach § 10b EStG berechtigt. Dies verneint der BFH, da der Spender aufgrund der vorangegangenen Schenkung wirtschaftlich nicht belastet sei. Von einer Ausnahme sei lediglich im vorliegenden Sachverhalt auszugehen, da es sich bei den Parteien des zugrundeliegenden Schenkungsvertrages um zusammenveranlagte Eheleute handelte, vgl. § 26b EStG.

Anschließend gab *Hüttemann* noch einen Ausblick auf die geplanten und anstehenden Reformen des Gemeinnützigkeitsrechts. Die bereits im Koalitionsvertrag angekündigte Ehrenamtsstiftung wird nun durch den Bund gegründet und mit 30 Mio. € Fördervolumen pro Jahr ausgestattet. Nach einem Vorschlag der Landesregierung Nordrhein-Westfalen soll nicht nur die Übungsleiter-, sondern auch die Ehrenamtspauschale und die Besteuerungsobergrenze für steuerbegünstigte Körperschaften angehoben werden. Als zentrale Eckpunkte zur Reform des Gemeinnützigkeitsrecht durch das JStG 2019 identifizierte *Hüttemann*, dass in Zukunft zum einen ein planmäßiges Zusammenwirken ausreiche, um den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu wahren, und dass zum anderen auch das ausschließliche Halten und Verwalten von Anteilen an einer steuerbegünstigten Kapitalgesellschaft als unmittelbare Zweckverfolgung i.S.d. § 51 Abs. 1 S. 1 AO anzusehen sei.

Zum Abschluss seines Vortrages gab *Hüttemann* noch einen kurzen Einblick in zwei aktuelle Entschei-

dungen des Stiftungsrechts. Zunächst berichtete er, dass das BVerwG<sup>10</sup> im Falle „ALDI-Nord“ die Ansicht des OVG Schleswig<sup>11</sup> zur Rechtmäßigkeit der internen Vertretung eines Vorstandsmitglieds durch ein anderes Vorstandsmitglied bestätigte. In einer anderen Rechtssache wurde entschieden, dass sich „Ehrenamtliche Tätigkeit und die Zahlung einer Vergütung ausschließen“.<sup>12</sup> Dem Sachverhalt lag eine Stiftungssatzung zugrunde, nach der „die Mitglieder des Vorstands ihr Amt zwar als Ehrenamt ansehen, ihnen aber für die Geschäftstätigkeit eine angemessene Vergütung gezahlt werden kann“. Das in Rede stehende Vorstandsmitglied ließ sich mit einem hohen Stundensatz vergüten, sodass *Hüttemann* seinen Vortrag in diesem Zusammenhang mit den passenden Worten „wo Ehrenamt drauf steht, sollte auch Ehrenamt drinstehen und wenn Sie das anders haben wollen, müssen Sie die Satzung ändern“, abschloss.

### III. Aktuelles aus der Rechtsprechung zur Umsatzsteuer

Im Anschluss an eine kurze Kaffeepause fokussierte Herr *Dr. Christoph Wäger*<sup>13</sup> seinen Vortrag auf die aktuelle Rechtsprechung zur Umsatzsteuer, auf die Unternehmereigenschaft, den Leistungsaustausch, den Vorsteuerabzug sowie Steuerbefreiungen und -ermäßigungen. Anhand beispielhafter Sachverhalte erörterte *Wäger* zunächst die Neubewertung der Unternehmereigenschaft bei Mitgliedern von Aufsichtsräten aufgrund eines aktuellen EuGH-Urteils<sup>14</sup>. Zunächst gab er die ständige Rechtsprechung des BFH<sup>15</sup> wieder, nach der Aufsichtsratsmitglieder Unternehmer seien, auch wenn sie Arbeitnehmervertreter sind. Nach Ansicht der Finanzverwaltung gelte dies nicht für diejenigen Beamten, die ihre Vergütung ganz oder teilweise an den Dienstherrn abführen. Demgegenüber verneint der EuGH<sup>16</sup> das Vorliegen einer selbstständig ausgeübten Tätigkeit und in der Folge die Unternehmereigenschaft des entsprechenden Aufsichtsratsmitglieds. Daran anschließend ging *Wäger* kurz auf die Unternehmereigenschaft bei Bruchteilsgemeinschaften ein und verwies auf ein spannendes, derzeit in Spanien laufendes Verfahren, wonach eine Organschaft wohl auch ohne Unternehmereigenschaft zustande kommen könne<sup>17</sup>.

6 BVerfG, Urt. v. 9.4.1992 – 2 BvE 2/89, BVerfGE 85, 264.

7 Anhängiges Revisionsverfahren beim BFH, Az. IX R 33/18.

8 Anhängiges Revisionsverfahren beim BFH, Az. IV R 12/18.

9 BFH, Urt. v. 15.1.2019 – X R 6/17, BFHE 263, 325.

10 BVerwG, Beschl. v. 6.3.2019 – 6 B 135/18.

11 OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 7.12.2017 – 3 LB 3/17.

12 OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.3.2019 – 3 LB 1/17.

13 *Dr. Christoph Wäger* ist Richter am Bundesfinanzhof im V. Senat in München.

14 EuGH, Urt. v. 13.6.2019 – C-420/18 – IO.

15 Vgl. etwa BFH, Urt. v. 20.8.2009 – V R 32/08, BFHE 227, 207.

16 EuGH, Urt. v. 13.6.2019 – C-420/18 – IO.

17 Anhängiges Verfahren beim EuGH, Az. C-694/18 – Ente Público Radio Televisión Madrid.

Als zweites Thema wurde der Leistungsaustausch und Vorsteuerabzug bei dauerdefizitären Tätigkeiten beleuchtet. In diesem Zusammenhang hat der BFH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Steuerbegünstigung für dauerdefizitäre Tätigkeiten kommunaler Eigengesellschaften gegen die Beihilferegelung des Unionsrechts verstößt.<sup>18</sup> Insbesondere für Städte und Gemeinden sei diese Frage von großer Bedeutung, da sie im Bereich der Daseinsvorsorge häufig an Eigengesellschaften mit dauerdefizitären Tätigkeiten beteiligt seien. Im Mittelpunkt der verschiedenen besprochenen Fälle stand jeweils die Frage, ob eine unternehmerische Tätigkeit vorlag. Bei Bejahung dieser Frage konnte ein Leistungsaustausch angenommen werden, woraufhin es als Folgefrage die Vorsteueraufteilung zu untersuchen galt.

Zu den Steuerbefreiungen führte er aus, dass nach neuester Rechtsprechung klargestellt wurde, dass weder Fahrunterricht<sup>19</sup> noch Surf- und Segelunterricht eine dem Schul- und Bildungszweck dienende Leistung i.S. von § 4 Nr. 21 UStG darstelle und demnach nicht steuerfrei ist. Noch offen sei eine entsprechende Vorlage des BFH<sup>20</sup> beim EuGH, ob dies auch für Schwimmunterricht gelte. Hierzu merkt *Hüttemann* an, dass Schwimmunterricht zum Lehrplan der Schulen gehöre und daher unter die Steuerbefreiung fallen müsse. Hinsichtlich Steuersatzermäßigungen hat der BFH jüngst entschieden, dass Personenbeförderungen auf einer autofreien Insel mit Pferdekutschen dem ermäßigten Steuersatz des § 12 Abs. 2 Nr. 10 UStG unterliegen, sofern die übrigen Merkmale des Taxiverkehrs in vergleichbarer Form gegeben sind.<sup>21</sup> Die Vorinstanz hatte dies mit der Begründung abgelehnt, dass keine motorbetriebenen Kraftfahrzeuge eingesetzt werden.<sup>22</sup>

Daran anschließend zeigte *Wäger* die Besonderheiten zur praxisrelevanten Frage der Steuerentstehung am Beispiel von Vermittlungsleistungen auf. Abschließend wurden Fallbeispiele zum Vorsteuerabzug erörtert.

#### IV. Umstellung auf § 2b UStG in der Praxis & mehr

Im Rahmen des dritten Vortrags der Tagung beleuchtete Herr *Prof. Dr. Thomas Küffner*<sup>23</sup> nach der Mittagspause das „schönste Projekt der letzten zwei Jahre“: Die Umstellung auf § 2b UStG in der Praxis. Er leitete den

Vortrag mit der Frage an die Teilnehmenden ein, welche bereits am Vortrag auf der Vortagung zu § 2b UStG gestellt wurde: Wer hat die Umstellungsphase zu § 2b UStG abgeschlossen? Lediglich eine Person hob die Hand. In Anbetracht dessen, dass diese Phase bis zum 1.1.2021 vollständig umgesetzt werden muss, verdeutlicht die Antwort der Teilnehmenden die Dringlichkeit dieses Themas. Somit ist es nicht verwunderlich, dass das Hauptaugenmerk des Vortrags auf den Problemen und Auswegen aus der Umstellungsphase des § 2b UStG lag, bevor im Nachgang Kooperationen mit Universitätskliniken, die digitale Datenanalysen als Kontrollsystem im Rahmen von *Tax Compliance* und der neue Weiterbildungsbegriff in § 4 Nr. 21 UStG besprochen wurden.

Zunächst ging *Küffner* den Gesetzestext mit den Teilnehmenden durch und verdeutlichte dabei, dass es einige unbestimmte Rechtsbegriffe, wie bspw. „öffentliche Gewalt“ und „größere Wettbewerbsverzerrungen“, gäbe. Auch hob er Abgrenzungsprobleme, wie bspw. die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatrechtlichem Handeln, hervor, welche weitere Folgefragen im Rahmen der Umstellung aufwerfen. Als die größten Herausforderungen im Zusammenhang mit der Umstellungsphase identifiziert *Küffner* (1) rechtliche Unsicherheiten, (2) das unklare materiell-rechtliche Verständnis und (3) die Organisation von § 2b UStG. Im Hinblick auf rechtliche Unsicherheiten weist *Küffner* darauf hin, dass die EU-Kommission den § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG für unionsrechtswidrig halte und mit einem Vertragsverletzungsverfahren droht. Auch wird derzeit diskutiert, die Übergangsregelung bis zum 31.12.2022 auszudehnen. Bezüglich der Unklarheiten zum materiell-rechtlichen Verständnis von § 2b UStG geht *Küffner* auf vier Problemfelder näher ein.

Das erste Problem liegt in der Steuerbarkeit von privatrechtlichem Handeln, denn es ist bislang ungeklärt, ob es überhaupt privatrechtliche Nebenleistungen zu hoheitlichen Hauptleistungen gibt. Der Vortragende befürwortet dies und führt als Beispiel die Universitätsbibliothek auf, die gegen privatrechtliches Entgelt Kopien von nicht verleihbaren Büchern anfertigt. Als zweites Problem identifiziert *Küffner* die Frage, wie juristische Personen des Privatrechts im Rahmen von § 2b UStG zu behandeln sind, da sie nicht unter den Wortlaut der deut-

18 BFH, EuGH-Vorlage v. 13.3.2019 – I R 18/19.

19 BFH, Urt. v. 23.5.2019 – V R 7/19, BFHE 264, 539; EuGH, Urt. v. 14.3.2019 – C 449/17 – A&G Fahrschul-Akademie.

20 Anhängiges Verfahren beim EuGH, Az. C-373/19 – Dubrovin & Tröger – Aquatics.

21 BFH, Urt. v. 13.11.2019 – V R 9/18.

22 FG Niedersachsen, Urt. v. 24.1.2018 – 11 K 236/17.

23 *Professor Dr. Thomas Küffner* ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Partner in der auf das Umsatzsteuerrecht spezialisierten Kanzlei MKLZ Rechtsanwaltsgesellschaften mbH in München.



schen Norm fallen, der EuGH diese jedoch unter bestimmten Voraussetzungen den juristischen Personen des öffentlichen Rechts gleichsetze. Ungeklärt ist ferner, wer nach § 2b UStG Steuerpflichtiger ist und die Steuererklärung abgeben muss. Bei den Universitäten stellt sich die Frage, ob diese rechtlich selbständig sind oder je nach Hochschulgesetz als Einrichtung des Bundeslandes angesehen werden. Zudem ist derzeit unklar, ob Kooperationen jeglicher Art umfasst sind und in welchen Fällen Vorbehalte und Begünstigungen nach § 2b Abs. 3 Nr. 1 und 2 UStG bestehen. Im Anschluss daran zeigt *Küffner* im Hinblick auf die Organisation der Umstellungsphase die unterschiedlichen Prozessschritte auf, die zur Umsetzung von § 2b UStG erforderlich sind.

#### V. Die „schönsten“ Praxisfälle des Hochschul-Fundraisings aus steuerlicher Sicht

Zum Abschluss des ersten Veranstaltungstages wandten sich Herr *Dr. Thomas Fritz*<sup>24</sup> und Frau *Dr. Kristin Heidler*<sup>25</sup> nun ganz besonderen Tücken des Steuerrechts zu, indem sie verschiedene Praxisfälle des Hochschul-Fundraisings aus ihrer Beratungspraxis vorstellten und steuerrechtlich einordneten. Inhaltlich wurde die sog. „Stuhlpatschaft“, Stiftungslehrstühle, Hörsaalbenennung, Standvermietung und die spendenfinanzierte Beköstigung behandelt. In allen Fällen wurden kleinere Abwandlungen durchgesprochen, bei denen beurteilt werden musste, ob dem Spender lediglich gedankt wird oder ob dieser für die „Spende“ eine Gegenleistung erhält. Im Fall der Gegenleistung ist dann nicht mehr von der Einordnung als Spende auszugehen, da es an dem Merkmal der „Unentgeltlichkeit“ fehle; stattdessen kann der Sachverhalt steuerliche Folgen nach sich ziehen. Sofern jedoch die Spendenvoraussetzungen vorliegen, sei der Spendenabzug zulässig und es handele sich bei der Spende um Einnahmen im nicht steuerbaren Bereich.

Zur Veranschaulichung der vorbenannten Abgrenzungen wird im Folgenden der erste besprochene Fall

zur Stuhlpatschaft wiedergegeben:

„Zur Finanzierung der Renovierung des Audimax einer Hochschule sollen „Stuhlpatschaften“ vergeben werden. Als „Anreiz“ zur Spende schlägt der Fundraiser Folgendes vor: a) Symbolische Patschaft über einen Stuhl, b) Würdigung des Spenders auf einer Ehrentafel, die bei einer Festveranstaltung zur Eröffnung feierlich enthüllt werden soll, c) Nennung auf der Förderer-Seite im Internetauftritt der Hochschule, d) Plakette mit Namen direkt am Stuhl.“<sup>26</sup>

Auch wenn es keine gesetzliche Definition der Spende gibt, hat die Rechtsprechung zwei Kriterien herausgearbeitet: Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit. Laut dem BFH ist die Unentgeltlichkeit gegeben, wenn die Spende ohne Erwartung eines besonderen Vorteils getätigt wird und die Spendenmotivation im Vordergrund steht.<sup>27</sup> In allen Fallvarianten könne man noch von einer Spende ausgehen, denn sowohl die Danksagung (als Annex zur Spende) als auch die Mehrung des eigenen Ansehens stünden der Spende nicht entgegen. Darin sei steuerliche (noch) keine „Gegenleistung“, sondern (nur) ein symbolisches Dankeschön zu sehen. Anders wäre der Fall jedoch zu bewerten, wenn ein Logo einer Firma mitabgebildet wird. Man sollte sich letztlich stets die Frage stellen, was die Spendenzahlung prägt: Der Altruismus oder eben doch die Erwartung einer Gegenleistung.

Am Ende legen die beiden Vortragenden den Teilnehmenden ans Herz, die Spendenvoraussetzungen eingehend zu prüfen und weisen auf mögliche steuer- und haftungsrechtliche Konsequenzen einer „Fehl einschätzung“ hin. Diese kann zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit führen und im schlimmsten Falle auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

#### VI. Diskussionsforum zum ersten Tag

In der sich an die inhaltlichen Vorträge des ersten Veranstaltungstages anschließende geplante Diskussionsrunde, die von *Küffner* moderiert wurde, wurden zwei Wort-

24 *Dr. Thomas Fritz* ist Steuerberater und Partner der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner in München.

25 *Dr. Kristin Heidler* Steuerberaterin und Sozia der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner in München.

26 Der vorliegende Sachverhalt wurde den Tagungsunterlagen von Herrn *Dr. Fritz* und Frau *Dr. Heidler* entnommen.

27 Vgl. etwa BFH, Urt. v. 2.8.2006 – XI R 6/03, BFHE 214, 378; BFH, Urt. v. 22.3.2018 – X R 5/16, BFHE 261, 132.

meldungen besprochen. Zunächst gab es eine Rückfrage zum geplanten neuen Weiterbildungsbegriff in § 4 Nr. 21 und 22 UStG, woraufhin *Küffner* den Hinweis gab, dass man sich, aufgrund der BFH- und EuGH-Rechtsprechung, mit der ursprünglich für das JStG 2019 vorgesehenen Änderung wohl erst zu einem späteren Zeitpunkt beschäftigen wird. Als zweites wurde gefragt, welche Nachteile an einen Betrieb gewerblicher Art (im Folgenden BgA) geknüpft sind.

### VII. Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten

Im ersten Vortrag des zweiten Tages erläuterte *Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister*<sup>28</sup> zunächst die Grundlagen des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft, bevor er im Detail auf ausgewählte Ermittlungsmaßnahmen einging. Im Rahmen der Grundlegung erklärte er zunächst, dass die Staatsanwaltschaft eine Ermittlungsbehörde ist und als solche aufgrund des Legalitätsprinzips auch verpflichtet ist, den Sachverhalt aufzudecken und zu ermitteln. Einleitend ging es um die Befragung von Auskunftspersonen sowie Durchsuchungen und Online-Durchsuchungen. In diesem Zusammenhang lag ein Schwerpunkt des Vortrages auf sog. „Zufallsfunden“ im Rahmen einer Telefonüberwachung. *Gillmeister* erläuterte, unter welchen Voraussetzungen Zufallsfunde verwertet werden können und wann jedoch ein Beweisverwertungsverbot besteht. *Gillmeister* wies jedoch darauf hin, dass er mitunter verfahrensrechtliche Bedenken hegt, da die Verwertung nicht im deutschen Verfahrensrecht (in diesem Fall die StPO) geregelt sei, sondern durch die Rechtsprechung entwickelt wurde. Im Anschluss daran warf *Gillmeister* die Frage auf, wie man sich gegen unzulässige und demnach nicht verwertbare Ermittlungsergebnisse verteidigen kann. Dazu müssten die Betroffenen zunächst vom Ermittlungsverfahren Kenntnis erlangen, das meist geheim ist. In diesem Zusammenhang wurde abschließend besprochen, wann ein Verteidiger Akteneinsicht beantragen kann und unter welchen Umständen diese auch verweigert werden

kann. Spätestens mit dem Abschluss der Ermittlungen und somit kurz vor der Anklageerhebung sei diese zu gewähren. Diese späte Akteneinsicht empfindet *Gillmeister* als schwere Benachteiligung für den Angeklagten, da sich andere, von der Staatsanwaltschaft nicht bedachte Zeugen, u.U. nicht mehr erinnern können oder nicht mehr auffindbar seien. Daran anknüpfend und gleichzeitig den Vortrag abschließend warf *Gillmeister* die Frage auf, welche Auswirkungen die – oft nur spät gewährte – Akteneinsicht tatsächlich im Hauptverfahren hat. Die Beantwortung dieser Frage hätte den Umfang dieses Vortrages *Gillmeister* zufolge jedoch deutlich überschritten.

### VIII. Ausgangs- und Eingangsleistungen bei Universitäten sowie aktuelle Entwicklungen

Auf den strafprozessrechtlichen Vortrag folgte eine Ausführung von Herrn *Kurz*<sup>29</sup> und Herrn *Leibner*<sup>30</sup> zu Ausgangs- und Eingangsleistungen bei Universitäten unter Bezugnahme auf aktuelle Entwicklungen in Verwaltung und Gesetzgebung und die im Vorfeld eingereichten Fragen der Teilnehmenden. Wie auch bereits in den Vorjahren unterteilt sich der Vortrag nach den Arbeitsgebieten der Vortragenden in einen ertrag- und einen umsatzsteuerrechtlichen Teil mit dem Fokus auf die folgenden vier Themenbereiche: (1) Leistungsbeziehungen rund um die Universität, (2) Ertragsteuerliche Behandlung von Gasthören, (3) Alles rund um Vorsteuern und (4) Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung mit Hochschulbezug.

Der Vortrag begann mit einer Einführung in die Thematik, wie man Wirtschaftsgüter sachgerecht entweder dem hoheitlichen Bereich oder dem BgA zuordnet und welche Rechtsfolgen sich aus der entsprechenden Zuteilung ergeben. Daran anschließend gingen die Vortragenden auf die Folgen der „Zwitterstellung“ von Universitäten, die gem. § 8 Abs. 1 LHG BW rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich auch staatliche Einrichtungen sind, im Hinblick auf ihre Leistungsbeziehungen ein. Die Problematik wurde sodann am Beispiel einer gemischt-genutzten Heizzentrale

28 *Professor Dr. Ferdinand Gillmeister*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht sowie Partner bei Gillmeister, Rode, Schmedding Rechtsanwälte in Freiburg. Darüberhinaus ist er Honorarprofessor an der Universität Bayreuth und Richter am AGH Baden-Württemberg.

29 *Dieter Kurz*, Regierungsdirektor a.D., ist freiberuflicher Dozent. Er war bis 2016 als Umsatzsteuerreferent im Ministerium für

Finanzen Baden-Württemberg tätig.

30 *Lars Leibner* ist im Körperschaftsteuerreferat des Ministeriums für Finanzen für Baden-Württemberg tätig. Seit 2002 ist er zudem Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg. Der Vortrag erfolgte nicht in dienstlicher Eigenschaft und gibt lediglich die private Auffassung des Vortragenden wieder.

verdeutlicht. An selbigem Beispiel wurde auch noch diskutiert, ob ein Gewinnzuschlag bei einer Leistung an andere BgA anzunehmen sei und wie die umsatzsteuerliche Behandlung nach § 2 Abs. 3 UStG (altes Recht) und § 2b UStG (neues Recht) erfolge.

An den meisten Universitäten sei in der Satzung vorgegeben, dass Gebühren für ein Gasthörerstudium anfallen. Fraglich ist, wie solche Gebühren ertragsteuerlich zu behandeln sind. Nach einer Meinung gehören die Gebühren untrennbar mit den Lehrveranstaltungen für immatrikulierte Studierende zusammen, sodass sie als Nebenleistung dem nicht steuerbaren hoheitlichen Bereich zugerechnet werden. Nach einer anderen Auffassung ist die Leistung teilbar, da sich Gasthörer separat an der Universität registrieren, und somit als BgA einzuordnen. Die bundeseinheitliche Auffassung der Finanzverwaltung schließt sich der ersten Meinung an, zumindest solange die Veranstaltung nicht speziell auf die Belange/Anforderungen der Gasthörer ausgerichtet sind.

Es folgte ein Update zum Vorsteuerabzug. Zunächst wurde der „nichtunternehmerische Bereich“ definiert. Tätigkeiten dieses Bereichs fallen laut dem EuGH nicht in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer.<sup>31</sup> Somit sei eine Zuordnung für Gegenstände, die nicht wirtschaftlich genutzt werden, nicht zulässig. Werden Gegenstände jedoch zu mindestens 10 % wirtschaftlich genutzt, erfolgt eine automatische Zuordnung zum unternehmerischen Bereich, es sei denn, die Hochschule verzichtet aufgrund einer Billigkeitsregelung der Verwaltung gänzlich auf eine Zuordnung. Ob sich diese Zuordnung jedoch wandelt, wenn sich nachträglich die nichtwirtschaftliche Nutzung des Gegenstandes ändert, und welche weiteren Folgefragen sich, auch im Hinblick auf den Vorsteuerabzug, daraus ergeben, wurde sodann

diskutiert. Daran anschließend wurde die entsprechende Berichtigung des Vorsteuerabzugs nach § 15a UStG besprochen.

Zum Abschluss des Vortrags wurde die aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung mit Hochschulbezug thematisiert. Normalerweise gäbe es wohl nur ein bis zwei Gesetzgebungsverfahren im Jahr mit Hochschulbezug. Derzeit komme allerdings eine Flut an aktuellen Gesetzgebungsvorhaben auf uns zu, die voraussichtlich dieses Jahr abgeschlossen werden sollen. Zu den wesentlichen Gesetzen zähle das Familienentlastungsgesetz<sup>32</sup>, wodurch unter anderem der Grundfreibetrag gem. § 32a Abs. 1 EStG bis zum 1.1.2020 um insgesamt 408 € von 9.000 € auf 9.408 € angehoben wird und das Kindergeld gem. § 66 EStG ab dem 1.7.2019 um 10 € erhöht wurde. Ein viel diskutierter Gesetzesentwurf<sup>33</sup> sei der zur Rückführung des Solidaritätszuschlags 1995<sup>34</sup>, wodurch 90 % der Soli-Zahler komplett entlastet werden sollen<sup>35</sup>. Für die Hochschulen und deren Vertragspartner wohl von größter Bedeutung ist der Entwurf für das Forschungszulagengesetz (FZulG)<sup>36</sup>, wodurch die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland gestärkt werden solle, um international wettbewerbsfähig zu sein.<sup>37</sup> Auch Universitäten sollen Anspruchsberechtigte der Forschungszulage sein, sofern das Forschung und Entwicklungs-Vorhaben in einem BgA, wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb oder einer steuerpflichtigen Tochtergesellschaft stattfindet. Auch auf den Entwurf für das Dritte Bürokratieentlastungsgesetz<sup>38</sup> und den Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität<sup>39</sup> wurde hingewiesen. Zu guter Letzt wurde Bemerkenswertes aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung angesprochen: Vorsteuerabzug aus Gemeinkosten<sup>40</sup>, Beweislast beim Vorsteuerabzug<sup>41</sup>, Vorsteuer-

31 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.9.2016 – C-400/15 – Landkreis Potsdam-Mittelmark.

32 Gesetz zur steuerlichen Entlastung der Familien sowie zur Anpassung weiterer steuerlicher Regelungen (Familienentlastungsgesetz – FamEntlastG) vom 29.11.2018, BGBl. I, S. 2210.

33 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Rückführung des Solidaritätszuschlags 1995 vom 16.10.2019, BT-Drs. 19/14103.

34 Das Gesetz zur Rückführung des Solidaritätszuschlags 1995 vom 10.12.2019 wurde in der Zwischenzeit im BGBl. I, S. 2115 veröffentlicht.

35 Die Freigrenze des § 3 Abs. 3 SolZG wird ab dem VZ 2021 um das fast 17-fache angehoben werden, sodass in Zukunft nur bei einer Überschreitung der tariflichen Einkommenssteuer von 16.956 € bzw. bei Zusammenveranlagten 33.912 € der Solidaritätszuschlag abgeführt wird.

36 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung (Forschungszulagengesetz – FZulG) vom 17.6.2019, BT-Drs.

19/10940.

37 Das Forschungszulagengesetz vom 14.12.2019 wurde in der Zwischenzeit im BGBl. I, S. 2763 veröffentlicht.

38 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines dritten Gesetzes zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie (Drittes Bürokratieentlastungsgesetz (BEG III) vom 14.10.2019, BT-Drs. 19/13959. Das BEG III vom 22.11.2019 wurde in der Zwischenzeit im BGBl. I, S. 1746 veröffentlicht.

39 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 23.9.2019, BT-Drs. 19/13436. Das Gesetz vom 12.12.2019 wurde in der Zwischenzeit im BGBl. I, S. 2451 veröffentlicht.

40 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-153/17 – Volkswagen Financial Services (UK).

41 BFH, Urt. v. 5.12.2018 – XI R 22/14, BFHE 263, 354 und BFH, Urt. v. 13.12.2018 – V R 65/16.

aufteilung bei unterschiedlicher Ausstattung eines Gebäudes<sup>42</sup>, EuGH-Urteil vom 14.3.2019<sup>43</sup> und die Steuerbefreiung von Unterrichtsleistungen<sup>44</sup>.

### IX. Kooperation und Beteiligungen von Hochschulen in ertragssteuerlicher Hinsicht

Zum Abschluss der Arbeitstagung beleuchtete Herr *Dr. Martin Strahl*<sup>45</sup> ausgewählte Probleme rund um die Kooperationen von Hochschulen mit anderen Hochschulen oder privaten Vertragspartnern sowie deren Beteiligungen an Kapital- und Personengesellschaften. Einleitend zeigte *Strahl* den Teilnehmenden anhand einer Abbildung auf, wie eine Hochschule es vermeiden kann, bei Kooperationen mit außenstehenden Dritten eine unbeliebte BGB-Außengesellschaft zu gründen, die ungewollte steuer- und haftungsrechtliche Konsequenzen mit sich ziehen würde. Vorteilhafter sei es vielmehr stattdessen, wenn nur einer der Kooperationspartner alleine nach außen auftritt und etwaige Beträge unter den Partnern nur im Innenverhältnis geleistet werden. Es würde dann eine sog. Kostentrugungsgemeinschaft begründet werden, die keine gemeinschaftlichen Einkünfte erzielt. Zudem sei es möglich, diese Innengesellschaft jederzeit noch nachträglich in eine BGB-Außengesellschaft zu überführen.

Nach einem Exkurs zur Umsatzsteuerfreiheit von Kostenteilungsgemeinschaften nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. f der Mehrwertsteuerrichtlinie, die wohl derzeit noch ein „Schattendasein“ führen, und der unzureichenden Umsetzung des deutschen Gesetzgebers, ging es zunächst um die Beteiligung einer Hochschule an einer Kapitalgesellschaft. Dies werde grundsätzlich dem nicht steuerbaren Bereich der Vermögensverwaltung zugeordnet. Eine andere Beurteilung, nämlich die Zuordnung als BgA, ergebe sich aber in den Konstellationen, in denen die Hochschule mittels der Beteiligung am Marktgeschehen teilnehme. Dies sei u.a. dann der Fall, wenn durch eine personelle Verflechtung entscheidender Einfluss der Hochschule auf die Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft ausgeübt wird.<sup>46</sup> Dies ist typischerweise bei einer sog. „Personalunion“ der Fall. Die Zuordnung als BgA habe zur Folge, dass die Beteiligungserträge auf

der Ebene der Hochschule der Ertragssteuer gem. § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG i.H.v. 5 % unterliegen. Für die Praxis am wichtigsten sei der sog. Sonderfall „Betriebsaufspaltung“, bei dem die Beteiligung kraft der Betriebsaufspaltung einem BgA zuzurechnen sei, der so dann besprochen wurde. Eine Betriebsaufspaltung setzt voraus, dass neben der personellen Verflechtung auch eine sachliche Verflechtung zwischen dem Besitz- und dem Betriebsunternehmen vorliegt. Eine solche sachliche Verflechtung liegt vor, wenn das Besitzunternehmen dem Betriebsunternehmen ein Wirtschaftsgut unmittelbar zur Nutzung überlässt, welches zumindest für das Betriebsunternehmen eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellt.<sup>47</sup> Als wesentliche Betriebsgrundlagen werden typischerweise Grundstücke und Räumlichkeiten aber auch immaterielle Wirtschaftsgüter angesehen. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Begründung eines BgA zur „Betriebsaufspaltung“ ein Handeln in Einnahmenerzielungsabsicht voraussetze, sodass bei der unentgeltlichen Überlassung wesentlicher Betriebsgrundlagen ein solcher BgA doch nicht begründet werde.<sup>48</sup>

Nachfolgend wurde die Beteiligung einer Hochschule an einer Personengesellschaft steuerrechtlich beurteilt. Der Fokus lag dabei auf der Verlagerung hoheitlicher Tätigkeiten der juristischen Person des öffentlichen Rechts auf die Personengesellschaft. Dabei stellte *Strahl* anfangs die frühere Verwaltungsauffassung dar, die durch das BMF-Schreiben vom 21.06.2017 nunmehr dahingehend geändert wurde, dass hinsichtlich der Prüfung, ob die Beteiligung zur Begründung eines BgA führt, eine tätigkeitsbezogene Beurteilung vorzunehmen ist, die lediglich die Beteiligung an Personengesellschaften mit vermögensverwaltenden oder L+ F -Tätigkeiten von der Begründung eines BgA ausschließt. Sofern die Personengesellschaft ihre Tätigkeiten mit Gewinnerzielungsabsicht ausführt, hat das für die beteiligte Hochschule zur Folge, dass die Beteiligung immer zu Begründung eines BgA „Mitunternehmerschaft“ führt. Anders wird die Situation beurteilt, wenn die Personengesellschaft lediglich vermögensverwaltende Tätigkeiten vornimmt. Dann wird gerade kein BgA begründet. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass jede Tätigkeit der Personengesellschaft einzeln beurteilt wird. Abschließend berich-

42 BFH, Beschl. v. 27.3.2019 – V R 43/17.

43 EuGH, Urt. v. 14.3.2019 – C-449/17 – A&G Fahrschul-Akademie

44 BFH, Urt. v. 23.5.2019 – V R 7/19, BFHE 264, 539.

45 *Dr. Martin Strahl*, Steuerberater und Partner der Partnerschaft

c•k•s•s Carlé • Korn • Strahl • Strahl mbB in Köln.

46 Vgl. etwa BFH, Urt. v. 30.6.1971 – I R 57/70, BFHE 103, 56.

47 BFH, Urt. v. 19.7.1994 – VIII R 75/93.

48 So ausdrücklich OFD Niedersachsen v. 13.1.2011.

tete *Strahl* über neuere Entwicklungen zur Kapitalertragssteuer und Rücklagenbildung. Dafür stellte er dar, welche Anforderungen an die Rücklagenbildung von Seiten der Finanzverwaltung bestehen, um die Rücklage als zulässig einzustufen und ging auf die entsprechende Sichtweise des BFH ein, bevor er den Teilnehmenden noch einige Beratungshinweise mit an die Hand gab.

#### X. Diskussionsforum zum zweiten Tag

Die Arbeitstagung schloss traditionell mit einem Diskussionsforum, welches von *Strahl* geleitet wurde. Dieses bot den Teilnehmenden die Möglichkeit, sich hinsichtlich der Inhalte der vorangegangenen Vorträge auszutauschen sowie den Vortragenden Verständnis- und Rückfragen zu stellen. Teilweise nutzten die Teilnehmenden auch die Gelegenheit, um eine Einschätzung zu Sachverhalten zu erhalten. Dabei wurde unter anderem bewertet, ob der Verkauf eines Grundstücks umsatz- und körperschaftssteuerpflichtig sei und ob eine potenziellen „Spende“ tatsächlich noch als Spende qualifiziert werden könne.

#### XI. Fazit

Die Arbeitstagung hat die Teilnehmenden mit Blick auf aktuelle Entwicklungen in der Hochschulbesteuerung inhaltlich auf den neuesten Stand gebracht. Am Rande der Tagung boten sich den Teilnehmenden während der Pausen, aber auch während der Abendveranstaltung viele Möglichkeiten für informelle Gespräche und Kontakte. Die nächste Arbeitstagung zur „Besteuerung von Hochschulen“ des Vereins Steuern in Forschung und Praxis e.V. wird am 10. und 11. November 2020 stattfinden. Auch die in diesem Jahr erstmals in das Veranstaltungsprogramm aufgenommene Vortagung „Praxisberichte rund um die Neueinführung des § 2b UStG“ ist für kommendes Jahr erneut geplant.

Professor Dr. Wolfgang Kessler, Steuerberater, ist Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Ref. iur. Hannah Beck ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.



# Manfred Löwisch

## Die Bundesregierung zu den Konfuzius-Instituten

Die 19 an deutschen Universitäten und Hochschulen bestehenden Konfuzius-Institute sind in die Diskussion geraten. Auslöser ist eine von der chinesischen Seite im Januar 2018 angestoßene Reform, nach der die Konfuzius-Institute einen Fokus auf den Aufbau einer sozialistischen Kultur und eine Diplomatie chinesischer Prägung legen sollen. Die Diskussion hat dazu geführt, dass einige deutsche Universitäten, wie Düsseldorf, Bonn und Hamburg die Kooperation aufgegeben oder eingeschränkt haben, während andere, wie Freiburg, Heidelberg und die FU Berlin nach wie vor keine Probleme sehen.<sup>1</sup>

Die Angelegenheit hat auch Bundestag und Bundesregierung beschäftigt. Abgeordnete der FDP haben am 11. November 2019 an die Bundesregierung eine Kleine Anfrage zu den „Aktivitäten chinesischer Konfuzius-Institute an deutschen Hochschulen“ gestellt.<sup>2</sup> Die Bundesregierung hat auf die Anfrage am 29. November 2019 ausführlich geantwortet.<sup>3</sup> Schon zuvor hatten am 5. Juli 2019 Abgeordnete der Grünen allgemein die „Wissenschaftsfreiheit als Grundlage der akademischen Zusammenarbeit mit China“ zum Gegenstand einer Kleinen Anfrage gemacht<sup>4</sup>, auf welche die Bundesregierung am 22. Juli 2019 geantwortet hat.<sup>5</sup>

Die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP beginnt mit einer Vorbemerkung, in der es heißt:

„Seit 2004 wurden auf Initiative der chinesischen Regierung weltweit ca. 500 Konfuzius-Institute eröffnet. Die Konfuzius-Institute werden vom sogenannten „Hanban“, einer nachgeordneten Behörde des chinesischen Erziehungsministeriums, gesteuert. „Hanban“ ist die chinesische Abkürzung für das „Staatliche Führungsgruppenbü-

ro für die internationale Verbreitung der chinesischen Sprache“. Das „Hanban“ ist dem Zentralen Propaganda-Department der Kommunistischen Partei Chinas unterstellt.

Im Januar 2018 hat die sogenannte „Kleine Führungsgruppe zur Vertiefung umfassender Reformen“, ein zentrales Führungsgremium der Kommunistischen Partei Chinas unter Vorsitz von Staats- und Parteichef *Xi Jinping*, eine Reform der Konfuzius-Institute angestoßen. Künftig sollen die Konfuzius-Institute einen Fokus auf den „Aufbau einer sozialistischen Kultur“ und Unterstützung einer „Diplomatie chinesischer Prägung“ legen. Dies soll durch eine stärkere ideologische Vorbereitung des ins Ausland entsandten chinesischen Lehrpersonals erfolgen.

Aktuell gibt es 19 Konfuzius-Institute in Deutschland; die ersten Konfuzius-Institute in Deutschland wurden 2006 an der Freien Universität Berlin und an der Universität Erlangen-Nürnberg gegründet. In der Regel werden Konfuzius-Institute unter Beteiligung des „Hanban“ zwischen einer chinesischen und einer deutschen Universität gegründet, beide Universitäten stellen je einen Ko-Vorsitzenden.

Aufgrund der Kulturhoheit der Länder ist die Bundesregierung an der Gründung und Ausgestaltung von Konfuzius-Instituten nicht beteiligt. Die vertraglichen Grundlagen der Zusammenarbeit wurden bisher in keinem Fall öffentlich gemacht. Die Bundesregierung, insbesondere das Auswärtige Amt (AA) und das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), stehen für beratende Gespräche mit Ländern und Hochschulen zur Verfügung.“

1 *Feldwisch-Drentrup, Hinnerk*, Konfuzius als Propaganda-Instrument. Kritik an den von China bezahlten Instituten: Die ersten deutschen Unis überdenken die Zusammenarbeit, *Tagesspiegel* vom 23.12.2019, S. 24, aufrufbar im Internet: <http://www.hohrueti.ch/userfiles/file/Medienberichte/Tagesspiegel%20Berlin.pdf>, (Stand: 27.2.2020); siehe auch *Sturm, Peter*, Steuergeld für Propaganda-Institute?, *F.A.Z.* vom 30.11.2019, aufrufbar im Internet: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/sollte-weiterhin-steuergeld-in-die-chinesischen-konfuzius-institute-fliesen-16510491.html>, (Stand: 27.2.2020); *Klovert, Heike*, Konfuzius-Institute an deutschen Unis. Kultur aus Peking – unter Aufsicht der Partei, *SPIEGEL Panorama* vom 30.11.2019, aufrufbar im Internet: <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/konfuzius-institute-an-deutschen-unis-kultur-aus-peking-a-1298843.html>,

(Stand:27.2.2020); sowie *Rüskamp, Wulf*, Konfuzius-Institute in der Kritik, *Badische Zeitung* vom 16.12.2019, aufrufbar im Internet: <https://www.badische-zeitung.de/konfuzius-institute-in-der-kritik--180568630.html>, (Stand: 27.2.2020).

2 Kleine Anfrage der Abgeordneten *Dr. Jens Brandenburg* (Rhein-Neckar), *Katja Suding*, *Mario Brandenburg* (Südpfalz), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drucksache 19/15009.

3 Antwort der Bundesregierung, BT-Drucksache 19/15560.

4 Kleine Anfrage der Abgeordneten *Gehring, Bause, Trittin*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucksache 19/11403.

5 Antwort der Bundesregierung, BT-Drucksache 19/11839.

Die Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen den deutschen Hochschulen und den ihnen angegliederten Konfuzius-Instituten stellt sich nach der Antwort der Bundesregierung wie folgt dar:

„Nach Kenntnis der Bundesregierung werden Konfuzius-Institute auf der Grundlage einer Vereinbarung mit einer deutschen Hochschule gegründet. Die Kulturorganisation „Hanban“ stellt Finanzmittel, Lehrkräfte und Lehrmaterial für Sprach- und Kulturkurse zur Verfügung und vermittelt häufig eine chinesische Partneruniversität. Der deutsche Partner stellt im Gegenzug die erforderliche Infrastruktur (v.a. Lehrräume etc.) zur Verfügung. Geleitet werden die Konfuzius-Institute in der Regel von einer chinesisch-deutschen Doppelspitze. Konfuzius-Institute in Deutschland sind in der Regel eingetragene Vereine und gelten somit als deutsche Körperschaften.“

Zu den akademischen und nicht-akademischen Zielen der Konfuzius-Institute und der Einflussnahme der chinesischen Regierung, der Kommunistischen Partei Chinas, der chinesischen Botschaft in Berlin sowie der regionalen (General-)Konsulate schreibt die Bundesregierung:

„Nach dem Reformplan der vom Generalsekretär der Kommunistischen Partei China, *Xi Jinping*, geleiteten „Führungsgruppe zur Vertiefung umfassender Reformen“ sollen Konfuzius-Institute eine bedeutende Kraft im Austausch von Kultur und Bildung zwischen China und anderen Ländern werden und als wichtiger Akteur in der Soft-Power-Politik Chinas der „Diplomatie chinesischer Prägung“ dienen. Der Fokus der Arbeit der Konfuzius-Institute soll auf dem „Aufbau der sozialistischen Kultur“ liegen.“

„Der Bundesregierung ist bekannt, dass der chinesische Staat bzw. die Kommunistische Partei Chinas Einfluss auf Veranstaltungen, Lehrinhalte und -materialien an Konfuzius-Instituten in Deutschland nimmt. Dies erschließt sich bereits aus der engen organisatorischen und finanziellen Anbindung der Institute an staatliche

chinesische Institutionen, namentlich an die der Zentralen Propagandaabteilung der Kommunistischen Partei Chinas unterstellte Kulturorganisation „Hanban“.

Ergänzend weist die Bundesregierung zu diesem Punkt auf ihre Antwort zu Frage 16 der Kleinen Anfrage der Grünen hin. Dort heißt es:

„Das Programm der Konfuzius-Institute wird von der offiziellen außenpolitischen Kulturorganisation Hanban („Institut für chinesische Sprachausbildung“) gesteuert. Das Hanban ist direkt der Zentralen Propagandaabteilung der KPCh unterstellt (d. h. dem Büro für Auslandspropaganda). Im Staatsapparat ist das Hanban dem Bildungsministerium zugeordnet. Im Leitungsrat von Hanban sind zwölf Staatsministerien und staatliche Behörden vertreten, darunter das State Council Information Office (SCIO) und das Außenministerium.“

In diesem Zusammenhang hebt die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP hervor, dass sie unzulässige Einflussnahmeaktivitäten ausländischer Staaten sehr ernst nimmt und die ihr zu Gebote stehenden Mittel ausschöpft. Das betreffe auch entsprechende Vorgehensweisen des chinesischen Staates. Sie stehe dazu in engem Kontakt und Austausch mit der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen. Auch das Bundesamt für Verfassungsschutz befasse sich im Rahmen seiner Zuständigkeit mit einschlägigen Einflussnahmeaktivitäten Chinas.<sup>6</sup>

Erkenntnisse darüber, dass bestimmte Themengebiete der chinesischen Geschichte und Kultur (beispielsweise Tibet-Frage oder die gewaltsame Niederschlagung von Protesten am Tian’anmen-Platz 1989) in der Lehre und den Angeboten der Konfuzius-Institute ausgeblendet werden, liegen der Bundesregierung nicht vor. Auch Fälle, in denen deutsche Hochschulen der Bundesregierung gegenüber Bedenken geäußert haben, dass Lehre und sonstiges Angebot der Konfuzius-Institute die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Absatz 3 GG erfüllen, sind der Bundesregierung nicht bekannt.

Die Bundesregierung hat auch keine Kenntnis von Fällen, in denen Mitarbeiter von Konfuzius-Instituten

<sup>6</sup> Für Letzteres wird auf den Verfassungsschutzbericht 2018 Bezug genommen, der auf S. 300 allgemein auf umfassende Versuche verweist, die Einflussphäre in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft auszudehnen.

versucht haben, direkten oder indirekten Einfluss auf Forschung und Lehre an deutschen Hochschulen oder auf chinesische oder deutsche Studierende an deutschen Hochschulen zu nehmen.

Zieht man aus den Antworten die Summe, zeigt sich, dass die Bundesregierung sich eines Urteils über die ja auch in die Kompetenz der Bundesländer fallenden Konfuzius-Institute enthält. Nicht zu übersehen ist aber die Mahnung an Universitäten und Hochschulen, die Zusammenarbeit mit den Konfuzius-Instituten unter dem Blickwinkel der Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 Absatz 3 GG) kritisch zu begleiten.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

# Otto von Bismarck

## *Unparteilichkeit*<sup>1</sup>

Es liegt in der menschlichen Natur, daß man von jeder Einrichtung die Dornen stärker empfindet als die Rosen und daß die ersteren gegen das zur Zeit Bestehende verstimmen. Die alten Regierungsbeamten zeigten sich, wenn sie mit der regierten Bevölkerung in unmittelbare Berührung traten, pedantisch und durch ihre Beschäftigung am grünen Tisch den Verhältnissen des praktischen Lebens entfremdet, hinterließen aber den Eindruck, da sie ehrlich und gewissenhaft bemüht waren, gerecht zu sein. Dasselbe läßt sich von den Organen der heutigen Selbstverwaltung in Landstrichen, wo die Parteien einander schärfer gegenüberstehen, nicht in allen Stufen voraussetzen; das Wohlwollen für politische Freunde, die Stimmung bezüglich des Gegners werden leicht ein Hindernis unparteiischer Handhabung der Einrichtungen. Nach meinen Erfahrungen aus jener und der späteren Zeit möchte ich übrigens den Vorzug der Unparteilichkeit im Vergleiche zwischen richterlichen und administrativen Entscheidungen nicht den ersteren

allein einräumen, wenigstens nicht durchgängig. Ich habe im Gegenteil den Eindruck behalten, daß Richter an den kleinen und lokalen Gerichten den starken Parteiströmungen leichter und hingebender unterliegen als Verwaltungsbeamte; und es ist auch kein psychologischer Grund dafür erfindlich, daß bei gleicher Bildung die letzteren a priori für weniger gerecht und gewissenhaft in ihren amtlichen Entscheidungen gehalten werden sollten als die ersteren. Wohl aber nehme ich an, daß die amtlichen Entschlüsse an Ehrlichkeit und Angemessenheit dadurch nicht gewinnen, daß sie kollegialisch gefaßt werden; abgesehen davon, daß Arithmetik und Zufall bei dem Majoritätsvotum an die Stelle logischer Begründung treten, geht das Gefühl persönlicher Verantwortlichkeit, in welcher die wesentliche Bürgschaft für die Gewissenhaftigkeit der Entscheidung liegt, sofort verloren, wenn diese durch anonyme Majoritäten erfolgt.

1 Otto von Bismarck, Gedanken und Erinnerungen, Ausgabe Verlag Herbig München, 1. Buch, S. 25 f.

