

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahrgang 2020

ISSN 2197-9197

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Aufsätze

I. Paul Kirchhof Künstliche Intelligenz **1-7**

II. Silja Vöneky Key Elements of Responsible Artificial Intelligence – Disruptive Technologies, Dynamic Law **9-21**

III. Max-Emanuel Geis Probleme bei Zusammensetzung und Verfahren von Berufungsausschüssen und Tenure-Track-Gremien **23-31**

IV. Gisela Riescher und Tobias Haas Verbindlich und kompakt. Der neue DFG-Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ **33-42**

V. Linda Kuschel Urheberrecht und Forschungsdaten **43-52**

VI. Ursula Schaefer Reformieren bis zur Selbstauflösung? - oder Weshalb die Geisteswissenschaften den „Bologna Prozess“ überlebten **53-61**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Aufsätze

- VII. *Klaus Herrmann* Wie Hochschulen mit anonymen Verdachtsäußerungen umgehen müssen **65-76**
- VIII. *Rolf Schwartmann* Die Verantwortlichkeit für die Verarbeitung von Forschungsdaten an Hochschulen **77-83**
- IX. *Felix Hornfischer* Zur Unbeachtlichkeit von Besetzungsfehlern für die Tätigkeit von Hochschulgremien nach § 10 ,Abs. 5 LHG BW **85-93**
- X. *Tanjev Schultz* Wahrheit und Zweifel - Zur Zukunft des Wissenschaftsjournalismus **95-99**
- XI. *Renate Penßel* The Recognition of Higher Education Diplomas and Qualifications **101-113**
- XII. *Frank Wertheimer* Nochmal: Rückforderung von Berufsleistungsbezügen wegen vorzeitiger Wechsel der Hochschule **115-121**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Aufsätze

- XIII. Wolfgang Kessler/Hannah Beck* Tagungsbericht zur 20. Freiburger Arbeitstagung „Besteuerung von Hochschulen“ am 5./6.11.2019 **123-130**
- XIV. Manfred Löwisch* Die Bundesregierung zu den Konfuziusinstituten **131-133**
- XV. Michael Fehling* Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz **137-154**
- XVI. Georg Sandberger* Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen **155-168**
- XVII. Manfred Löwisch und Jonathan Jocher* Die subjektive Seite wissenschaftlichen Fehlverhaltens **169-176**
- XVIII. Nikolas Eisentraut* Die Digitalisierung von Forschung und Lehre — auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft? **177-190**

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Aufsätze

- XIX. Viktor Kurz* Gesetzesänderung zur Unterstützung von Wissenschaft und Studierenden – Änderungen des WissZeitVG und BAföG aufgrund der COVID-19-Pandemie **191-194**
- XX. Jan Tkaczyński und Wiktor Kordys* Über das Jurastudium in Polen. Zwischen Anpassung und Kontinuität **195-200**
- XXI. Thomas Würtenberger* Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung **215-232**
- XXII. Christian Kachel* Außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei der Einstellung ausländischer Wissenschaftler **233-244**
- XXIII. Thomas Skowronek* Arbeitszeit im deutschen Wissenschaftssystem im Lichte des EuGH-Urteils zur Arbeitszeiterfassung **245-252**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Urteilsbesprechungen

- I. Renate Penßel* Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans – Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2. und 6.3.2020
253-260
- II. Sabita Barnejee und Tobias Mandler* Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 Hs 2 WissZeitVG— Zugleich Anmerkung zu BAG, Urteil vom 23. März 2016 — 7 AZR 70/14, vom 18. Mai 2016 — 7 AZR 712/14 und vom 21. August 2019 — 7 AZR 563/17
261-280

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Buchbesprechungen

- I. Jürgen Heß* Besprechung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“, hrsg. von Marianne Sommer/Stefan Müller-Wille/Carsten Reinhardt, Metzler/Springer, 2017 **201-208**
- II. Sebastian Golla* Besprechung von Jonas Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), Nomos, 2020 **209-211**
- III. Margrit Seckelmann* Rezension: Volker Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg. Systematische Darstellung, 3., neu bearbeitete Auflage, **280-282**

ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2020

Berichte

I. Viktor Kurz JurOA-Tagung Frankfurt vom 18. und 19. Oktober 2018 **65-66**

II. Margrit Seckelmann Evaluationen im deutschen Wissenschaftssystem – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und des internationalen Wissenschaftsrechts am 7. und 8. März 2019 in Berlin **259-260**

Ausgegraben

I. Frank Rexroth Korporative Identität **63**

II. Otto von Bismarck Unparteilichkeit **135**

III. Robert Mohl Ansteckende Krankheiten **213**

IV. Johann Heinrich Gottlob von Justi Von der Vorsorge vor die Wissenschaften
283-284

Paul Kirchhof

Künstliche Intelligenz

I. Der Ausgangsbefund: Der intelligent programmierte Automat

Die Technik befähigt den Menschen immer wieder, etwas zu tun, was er aus eigener Kraft nicht tun könnte. Als das Rad erfunden wurde, konnten Wagen sich schneller bewegen, als der Mensch je hätte laufen können. Heute scheint ein selbstfahrendes Auto zum Chauffeur für jedermann zu werden. Doch der Mensch bleibt Herr des Geschehens, so lange er diese selbstfahrenden Fahrzeuge nur zulässt, wenn er zumindest die gleiche Steuerungskraft und Sicherheitsherrschaft über das Geschehen behält wie beim selbst gelenkten Auto. Als die Buchdruckertechnik entwickelt war, hat die gedruckte Botschaft sich weiter verbreitet, als der Autor selbst sie hätte tragen können. Heute erschließt die Digitalisierung Kommunikationsmöglichkeiten, die weltweit verfügbares Wissen zugänglich machen, den Austausch in Sprache und Bild rund um die Welt eröffnen, die Nutzung dieser Möglichkeiten aber in der Herrschaft des PC-Nutzers bleibt. Als die Elektrizität entdeckt war, konnte die Technik besser als der Mensch Wärme, Licht und Bewegung erzeugen, Sprache und Bilder vermitteln. Heute setzt ein Algorithmus eine Abfolge von Prozessschritten ins Werk, die einem vorgegebenen Programm folgen, dann aber eine gestellte Aufgabe durch Beobachten und Nachahmen auf eigenständig neu entdeckten Wegen erfüllen. Der Arzt schickt mit der Nano-Technik ein kleines, für das menschliche Auge nicht sichtbares Reparaturteam in den menschlichen Körper, das dort Adern und Atemwege reinigt, Brüche zusammenfügt. Diese sich verselbständigenden Algorithmen organisieren sich in hochdimensionaler, nicht-linearer Dynamik selbst, entdecken immer neue Wege zum Erreichen des vorgegebenen Ziels, dürfen aber nur eingesetzt werden, wenn der Arzt stets Ablauf und Wirkungen dieser Automaten beobachtet und im Dienst des Patienten beherrscht.

Sprachassistenten bieten ein Übersetzungsprogramm, das Fähigkeiten eines Dolmetschers übersteigt. Der Rechner kann Daten des Straßenverkehrs so zu einem Erfahrungsschatz kombinieren, dass er bessere Empfehlungen für die Verkehrssicherheit und den Umweltschutz gibt, als es menschliche Planung vermag. Ein

Unternehmen kann seine Betriebsabläufe automati-

sieren, Rechnungswesen, Bilanzierung und Steuererklärung computergestützt vereinfachen und erneuern. Fondsmanager entdecken die Algorithmen als ein Werkzeug der Vermögensverwaltung, das Stimmungen und Trends, Bedarfslagen und Wertschöpfungspotentiale, ökonomische, ökologische und politische Rahmenbedingungen des Marktes analysiert und zu Kauf- oder Verkaufsempfehlungen verdichtet. Der Hochfrequenzhandel treibt Handel technisch, ohne Vertragsvereinbarung. Der Algorithmus spielt Schach und schlägt dabei den Weltmeister. Algorithmen beginnen zu komponieren und zu malen. Prognosen sprechen bereits von einem sich selbst programmierenden Computer, dessen der Mensch kaum noch Herr werden könne. Der Mensch bestimmt dann nicht mehr seine Helfer, sondern die Helfer erwarten, dass der Mensch sich den Regeln der Apparate anpasse. Ein Datenregime stürzte den Menschen in Ohnmacht, die Menschlichkeit in technische Gefühlsleere und Hoffnungslosigkeit.

Diese Wissenschaft und Technik wirbelt unser Denken und unsere Begriffe durcheinander. Wir sprechen der Maschine eine „künstliche Intelligenz“ zu, verstehen sie als ein „lernendes“ Subjekt, wollen ihr beibringen, Gefühle zu entwickeln und ethisch zu handeln.

Wenn wir so von Maschinen menschliche Eigenschaften erwarten, belegt das ein ungenügendes Verstehen dessen, was in diesen Maschinen vorgeht. Wir müssen uns in Gelassenheit bewusst machen, was ein Algorithmus derzeit kann. Er kann sich in hochdimensionaler Dynamik selbst organisieren, ein vorgegebenes Ziel mit eingegebenen Daten verfolgen, findet dann in der Spur dieser Zielvorgaben und Wirkungsmittel verbesserte Möglichkeiten, das Ziel zu erreichen. Er entscheidet aber nicht selbstständig, sondern produziert nach den im Programm gegebenen Kriterien Geschehensabläufe. Er kann die bisherigen Erfahrungen nicht verlassen und ein neues Morgen entwerfen. Er entwickelt keine Gefühle, erinnert sich nicht, kann nicht lieben, keine Freundschaften schließen, nicht hoffen, kein Gewissen bilden, hat weder Ethos noch Moral noch Feingefühl. Er ist nicht verantwortlich. Das Recht kann nicht ihn, sondern nur den die Maschine beherrschenden Menschen ansprechen. Der moderne Automat ist eine selbsttätige Maschine. Sie ist gut programmiert, nicht intelligent.

II. Der Auftrag, die Herrschaft über die Maschine zu behalten

Diese begriffliche Klarstellung beendet die Verbalsuggestion, der Mensch könne von der Maschine Menschlichkeit erwarten. Er muss sich um seiner Freiheit, seiner Gefühle und Hoffnungen willen die Herrschaft über die Maschine vorbehalten, sich gegenüber den maschinellen Herausforderungen zur Freiheit neu qualifizieren. Wissen mehrt Handlungsmöglichkeiten. Wissenschaft ist deshalb stets auch Freiheitspolitik. Wir verstehen den Menschen als begabt, abstrakt zu denken, rational und moralisch zu entscheiden, zu lieben und zu hoffen. Deswegen gewährleistet die Verfassung jedem Menschen ein Recht auf Würde, auf ein Gewissen, auf Autonomie. Die Maschine hingegen kann Kausalabläufe wiederholen, Erfahrungen aufnehmen, Daten speichern und kombinieren. Sie folgt den vom Menschen vermittelten Erkenntnissen und Irrtümern, Urteilen und Vorurteilen, Regeln für gutes Leben oder bloßen aktuellen Trends und Schwarmverhalten.

Allerdings gewinnt der Automat Einfluss auf den Menschen, weil er dessen Lebensbedingungen verändert. Wenn der Mensch erfährt, dass körperliche Anstrengung von der Maschine übernommen wird, er statt seines Gedächtnisses den Computer nutzt, der Computer besser rechnet und aus der Zahlenkombination neue Handlungsalternativen ableitet, so kann dieses Wissen ihn auch lähmen, körperlich erschaffen und geistig träge werden lassen. Er gerät in Abhängigkeit, in Unfreiheit.

Wissen über sich selbst stärkt die Kraft zur Selbststeuerung, schärft Selbstkritik und Gewissen, kann den Menschen aber auch Lebensmut und Hoffnung nehmen. Wer viel über sich selbst weiß – ein Algorithmus macht den nahen Tod oder eine schwer ausweichliche Drogenverstrickung bewusst –, kann dieses Wissen zur Selbsthilfe nutzen, aber auch als Anstoß zu Resignation und Selbstvernichtung verstehen. Deshalb setzt diese Information ein Einverständnis voraus.

Vor allem muss die Wissenschaft gewährleisten, dass die technischen Helfer die menschliche Vernunft nicht zu Teilrationalitäten verkümmern lassen. Wenn ein Algorithmus ein Ziel verfolgt – eine bessere Operationstechnik, eine identitätsbestimmende Genforschung, eine Gewinnmaximierung –, muss eine Gesamtvernunft des Menschen diese Teilrationalitäten zusammenführen, um Humanität zu wahren, Hoffnungen zu verwirklichen, die Fähigkeit und Bereitschaft des Menschen zu stärken, eine bessere Zukunft zu definieren. Wissen ist Chance und Waffe zugleich.

Das griechische Freiheitsideal wollte den Bürgern die Freiheit von Handwerk und Handel vermitteln. Der Automat bringt uns diesem Ideal heute näher. Wir stellen mit 3D-Druckern Schicht für Schicht computergesteuert Werkzeuge her, überlassen im Berufsalltag technischen Helfern die körperliche Arbeit, das Rechnen und Bilanzieren, das Produzieren und Transportieren, wickeln auch privat den Handel digital ab. Wir planen Reisen in Vergleichsportalen. Der Nutzer steht staunend vor dieser Entwicklung. Doch es stellt sich die Frage, ob der Mensch mit zunehmender Herrschaft über die Natur und ihre Gesetze seine freiheitliche Selbstbestimmung an die Maschine verliert. Neuere Studien des „Maschinenverhaltens“ beobachten die Maschinen als selbstgesteuerte Wesen. Diese „Verhaltensforschung“ will feststellen, wie die Maschinen auf veränderte Umgebungen und Situationen reagieren, wie sie miteinander umgehen, wie sie auf den Menschen zurückwirken. Gefragt wird nicht, welche Programme der Mensch ins Werk setzt, welche er veranlassen darf, welche er verändern und stoppen muss. Rechtspolitische Erwägungen neigen sogar dazu, eine sich verselbständigende Technik als rechtserheblich handelndes Subjekt zu verstehen, also mit eigenen Rechten und Pflichten auszustatten. Der Mensch scheint den Algorithmus aus der Hand gegeben zu haben, muss sich jetzt mit ihm als einem eigenständigen Gegenüber auseinandersetzen.

III. Die Herrschaft des Menschen über die Technik

Doch der Mensch stellt den Automaten her, nutzt ihn für seine Zwecke, beendet seine Funktionen. Die vermeintliche Herrschaft der Maschine ist die Herrschaft eines Menschen. Deshalb hat die Forschung den Algorithmus wieder als ein vom Menschen programmiertes und von ihm beherrschtes Mittel im Dienst des Menschen zu gestalten. Gesicherter Ausgangsbefund ist dabei, dass der Mensch herrschen will, auch über die von ihm entwickelte Technik Bestimmungsmacht beansprucht. Deshalb erscheint die Frage, wie der Mensch die Herrschaft über eine eigenständige Maschine zurückgewinnt, ein Problem sachgerechter wissenschaftlicher Themenstellung. Er kann die Maschine so programmieren, dass der Mensch sie jederzeit beobachtet, lenkt, verändert oder stoppt. Problematischer erscheint die Frage, wer diese Herrschaft über die Maschine mit welchen Mitteln ausübt. Herrscher ist nicht die Maschine. Es herrscht entweder der Programmierer und seine Auftraggeber oder das Recht, das die Maschine dem Menschen unterordnet.

Wenn der Arzt einen programmierbaren medizinischen Eingriff einem Roboter übergibt, weil dieser den

Heilversuch verlässlicher vornehmen kann, wird er und nicht der Techniker in seiner ärztlichen Gesamtbeobachtung des Patienten, auch in seiner aus Erfahrung und Ethos erwachsenden ärztlichen Intuition die Herrschaft über den Heilvorgang in eigener Hand behalten. Er entscheidet, ob der Roboter sein Handeln fortsetzt, verändert oder beendet. Die Maschine dient dem Arzt als Helfer, ersetzt ihn nicht. Zwar wird der Arzt die Maschine nicht vollständig verstehen. Doch es genügt, dass das medizinische Hilfsmittel so der Herrschaft eines Menschen unterworfen wird wie das Auto: Der Fahrer versteht nicht dessen Technik, beherrscht sein Fahrzeug aber mit Hilfe des Lenkers, des Gaspedals und der Bremse. Fehlten diese Instrumente menschlicher Bestimmungsmacht, würde das Fahrzeug nicht zum Straßenverkehr zugelassen.

Die Naturwissenschaften haben allerdings jahrzehntelang behauptet, der Mensch tue, was er könne. Doch wenn die Atomtechnik in Kettenreaktionen die Welt zerstören kann, die Gentechnik die Identität des Menschen verändern könnte, die Psychopharmaka wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung des Menschen gewinnen und eine Kriegsdrohne einen Kriegseinsatz ohne das unmittelbare Erlebnis des Kriegsführenden von Not und Elend des Krieges ermöglicht, wird die Frage nach dem, was der Mensch darf, unausweichlich. Wir müssen uns auf den Weg zurück zur Universitas begeben, in der das Zusammenwirken von Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften eine Selbstverständlichkeit ist. Der Mensch kann nur erkennen, wenn er die Welt beobachtet, zugleich aber eine Vorstellung von der Welt entwickelt, wie sie sein soll. Ein Richter kann Unrecht nur beanstanden, wenn er weiß, was Gerechtigkeit ist. Ein Arzt wird Krankheiten nur heilen, wenn er eine Vorstellung von der Gesundheit besitzt. Ein Umweltschützer wird Umweltschäden nur vermeiden, wenn er eine Idee von der reinen Natur, der unverletzten Welt vor Augen hat.

Diesen Zusammenklang von Können und Dürfen vermag ein technisches Programm nicht herzustellen. Der Algorithmus kann keine Humanität, kein Maß, keine Verantwortlichkeit und kein Gewissen entfalten. Eine Maschine hat keine Überzeugung, erlebt nicht Gemeinschaft, empfindet nicht Verantwortung. Sie ist nicht ehrbar. Ein Kausalanstoß ist nicht anständig. Ein Algorithmus empfindet nicht die persönliche Betroffenheit des Menschen.

Der Mensch muss deshalb für alle von ihm ins Werk gesetzten technischen Abläufe die Herrschaft zurückgewinnen, jederzeit den Prozess verlangsamen, beschleunigen, neu ausrichten, auch beenden können. Der Mensch übt Herrschaft in ersichtlicher Verantwortlichkeit für das automatische Technikgeschehen aus. Techni-

scher Fortschritt und menschliche Herrschaft müssen gleichrangig und gleichzeitig voranschreiten.

IV. Maßstäbe für die Verantwortung des Menschen

Die EU-Kommission hat mit Nachdruck die dauerhaft dienende Funktion der Algorithmen betont und Mechanismen gefordert, welche die Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht des Menschen für diese Algorithmen und deren Ergebnisse gewährleisten. Mit dieser Diskussion um die Maßstäbe, nach denen diese neue Technik ins Werk gesetzt werden darf, ist Europa auf dem Weg, Kriterien für die Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht des Menschen für diese Algorithmen und deren Ergebnisse zu entwickeln, diese Techniken gegen den Zugriff unberechtigter Dritter, insbesondere der Kriminalität, des Wirtschaftskrieges und der Politik, abzuschirmen, alle technischen Systeme als solche erkennbar und transparent zu machen, so dass jeder zurückverfolgen kann, welches Ziel dieses System mit welchen Mittel in wessen Auftrag verfolgt.

Diese Transparenz wird systematisch verhindert, wenn die sogenannten „sozialen Medien“ dem Nutzer in der Anonymität gestatten, Fehlnachrichten zu verbreiten, andere Menschen – den Lehrer, den Richter, den Konkurrenten – einer Untat zu bezichtigen, die er nicht begangen hat, ohne dafür zur Rechenschaft gezogen werden zu können. Diese Anonymität, die organisierte Unverantwortlichkeit, ist Geschäftsmodell dieser Unternehmen. Sie widerspricht der Idee der Freiheit, die jedermann die freie Meinungsäußerung gewährleistet, dabei aber erwartet, dass der Sprecher mit seinem Namen und seinem Gesicht für das einsteht, was er sagt.

Menschliche Verantwortlichkeit für die Maschine wirkt vorbeugend, muss also vermeiden, dass die Maschine dem Menschen Schaden zufügt. Ausgangspunkt dieser vorbeugenden Verantwortlichkeit und ihr für Wissenschaft und Technik geeignetes Maß bietet das Recht der Gefahrenvorsorge, der Auftrag zu einer universalen, die Spezialisierung überwindenden Wissenschaft, ein – maßvoller – Datenschutz und die Erfahrungen internationaler Kooperationsverbände. Treten trotz der Vorsorge Schäden ein, wird das Recht eine Gefährdungshaftung organisieren. Wer einen gefährdenden Kausalablauf ins Werk gesetzt hat – einen Atomreaktor betreibt, ein Auto fährt –, muss schon wegen dieser ihm zuzurechnenden Gefährdungslage auch für einen eingetretenen Schadensfall einstehen. Das setzt wiederum voraus, dass der verantwortliche Programmierer individualisierbar, der Schaden zurechenbar und die Haftungsfolge für einen beherzten technischen Fortschritt nicht hinderlich ist.

Die Kooperationsvereinbarungen der Forschung, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Technik und die öffentliche Forschungsförderung sollten darauf hinwirken, dass die Hauptakteure regelmäßig ihre Themen und Vorhaben veröffentlichen, in Fallbeispielen und Erkenntnisfortschritten publizieren, um eine allgemeine, ideal: weltweite, Technik- und Maßstabsforschung voranzutreiben. Die Technik wird sich weiterentwickeln, die rechtlichen und ethischen Verantwortungsmaßstäbe werden Schritt halten.

Will eine deutsche Wissenschaftsorganisation ihren Maßstäben des Persönlichkeitsschutzes, der Aufklärung oder des Rückrufs von Daten genügen, arbeitet sie aber weltweit mit anderen, einem fremden Recht unterliegenden Organisationen zusammen, so kann sie nur eine in gegenseitiger Annäherung erreichbare Rechtstreue versprechen. Dabei sind die roten Linien des unaufgebba- ren Rechts – die juristischen Axiome, Tabus, Unverletzlichkeiten – zu beachten. Die Internationalität der Wissenschaftskommunikation ist aber auch im Recht auf Annäherung und wechselseitige Inspiration angelegt.

V. Die Verantwortlichen

Die Verantwortung für eine vom Menschen geschaffene Technik liegt beim Menschen. Der Hersteller der Technik wird den Automaten so anlegen, dass die Automatismen – ihre Ziele und die dafür eingesetzten Mittel – für einen außenstehenden Beobachter erkennbar, nachvollziehbar und kontrollierbar sind, ihre Wirkungen der Mensch stets lenken und korrigieren kann. Der Programmierer wird sein Programm in legitimen Zielen, vertretbaren Instrumenten der Zielerreichung, bedachten und gemäßigten Nebenwirkungen verantworten. Der Nutzer dieser Technik wird für jeden technisch bewirkten Erfolg, den dafür erbrachten Aufwand, die Betroffenheit der Menschen und ihrer Lebensbedingungen einstehen. Dabei ist in einem System mit tausenden von Entscheidungen und einem kaum mehr beherrschbaren exponentiellen Wachstum nicht der gedankliche Nachvollzug jedes Kausalablaufs und jedes Wirkungszusammenhangs gemeint, sondern die stetige Wirkungskontrolle.

Eine Klinik wird gewährleisten, dass jeder Arzt, der computerbasiert diagnostiziert, operiert, Medikamente verschreibt und Verhaltensweisen empfiehlt, zur Überwachung und Intervention in der Lage und bereit ist, seine wahrgenommene Verantwortlichkeit auch protokolliert und unterzeichnet. Die Industrie wird ihre technisierten Produktions- und Handlungsabläufe so organisieren, dass der Firmenleitung das Unternehmen nicht

außer Kontrolle gerät. Bei den Kommunikationsmedien steht der Betreiber vor der Aufgabe, die verbreiteten Inhalte – Texte, Fotos, Videos – so zu gestalten, dass Hass und Hämie vermieden werden, persönliche und wertverachtende Entwürdigungen unterbunden, die Nutzer weder manipuliert noch schikaniert werden. Falschinformationen sollen nicht verbreitet, andernfalls jedenfalls berichtigt werden. Auch die Meinungsäußerungsfreiheit ist ein Recht, das definiert, also begrenzt ist, auf die gleichen Rechte anderer Menschen und die Anliegen der Rechtsgemeinschaft abgestimmt wird.

Heute versuchen Betreiber, den maschinellen Programmen Maßstäbe einzugeben, die moralische Werte und ethische Normen zu Funktionsbedingungen der Maschine machen. Dadurch entstehen aber nicht „ethische Maschinen“, sondern Techniken, in deren Kausal- und Effizienzabläufe auch der Erfahrungsschatz eines „guten Lebens“ eingearbeitet worden ist. Diese Bemühungen allerdings setzen eine elementare philosophische und rechtliche Vergewisserung über unsere gemeinsamen Werte und Verhaltensprinzipien voraus. Bewusst gemacht werden müssen die im Wirtschaftssystem, im Wissen, in der Technikbeherrschung angelegten Machtstrukturen, die in unserer Geschichte und sozialen Realität vorhandenen Ungleichheiten, die Definition des jeder Freiheit vorgegebenen „Gemeinwohls“ und die dafür Verantwortlichen. Auch die Einfluss- und Wohlstandsverteilung in einer Demokratie, die Leistungskraft des Rechts in den interessen- und gewaltenteilenden Strukturen der Gegenwart, das Verhältnis von Macht, Wirtschaft und Wohlstandsverteilung sollten ersichtlich sein. Die Fähigkeit und Bereitschaft des Menschen, eine bessere Zukunft zu definieren, kann als gesicherter Allgemeinbefund aufgenommen werden. Sind diese Maßstäbe definiert – ist der „Philosophenkönig“ neu entdeckt –, darf man von der Maschine dennoch nicht eine größere Unvoreingenommenheit, nicht eine bessere Verteilung von Entscheidungskompetenzen erwarten, weil das Maschinenprogramm so abläuft, wie es der Programmierer ins Werk gesetzt hat. Zum vernünftigen Entscheiden und moralischen Handeln begabt ist der Mensch. Die Maschine ist das Instrument, das der Mensch vernünftig oder unvernünftig, moralisch oder unmoralisch einsetzt.

VI. Freiheit der Betroffenen

Der Nutzer muss sich stets bewusst machen, dass sein technischer Helfer seinem Leben und seiner Freiheit neuen Sinn geben kann, ihn ermutigt, sein Leben zu überdenken und zu einer neuen Lebensidee aufzubre-

chen. Die leichte Verfügbarkeit der technischen Leistungen kann ihn aber auch in Passivität drängen, ihn lustloser und antriebsloser, zerstreuter und argwöhnischer, nervöser und fauler machen. Wenn der Nutzer seinen Beruf und seine private Lebensgestaltung alltäglich auf die Leistungen seines PC stützt, muss ihm immer gegenwärtig sein, dass der PC ihm eine „formatierte Freiheit“ erschließt. Er zeigt ihm die Welt in dem Format, in dem die Programmierer die Wirklichkeit sehen und verstehen, beurteilen und kommentieren. Wer Literatur in seinem PC sucht, wird sie schneller als er selbst und seine Mitarbeiter finden, allerdings auch eine Rangfolge erleben, in der die Großverlage ihre Produkte nach vorne stellen, die gehaltvolle Dissertation mit der kleinen Auflage aber nicht in Erscheinung tritt.

Der Nutzer beansprucht, dass die durch seine Zusammenarbeit mit dem Betreiber entstehenden wirtschaftlichen Werte nicht allein dem Betreiber vorbehalten sind, sondern auch ihm zugute kommen. Wissen ist ein Wert, den der Betreiber durch Veräußerung des von ihm – weitgehend ohne Kenntnis des Nutzers – gesammelten Wissens nutzt. Doch wenn der Nutzer den Wissensspeicher füllt, sollte diese Leistung auch angemessen entgolten werden.

Eine durch die Grundrechte, damit die Verantwortlichkeit für den individuell Betroffenen geprägte Rechtsordnung wird Vorsorge treffen, dass die Betreiber einer automatisierten Technik die Menschen nicht in ihren Individualrechten verletzen. Der Mensch handelt autonom, die Maschine wirkt automatisch. Eine Kollision zwischen Mensch und Maschine darf es nach diesen Gesetzmäßigkeiten nicht geben. Deswegen darf bei der elektronischen Steuererklärung ein technisches „Risikomanagementsystem“ nicht einen besonders erfindungsreichen und organisationsfreudigen Unternehmer aus der gleichmäßigen Besteuerung ausschließen, weil er nicht der Üblichkeit, der Normalität, dem Regeltypus entspricht, auf den der Algorithmus ausgerichtet ist. Vielmehr muss die Konfliktlösung auf die Ebene der menschlichen Begegnung zurückgeführt werden. Die technische Risikoentdeckung ist deshalb nur ein Hinweis auf den nunmehr handlungspflichtigen Beamten, die entdeckte Besonderheit rechtlich wägend und gewichtig zu beurteilen. Die Konflikte werden so – dem Rechtsstaat gemäß – allein in sprachlicher Auseinandersetzung, letztlich durch die Rechtsprechung gelöst. Eine menschlich nicht gemäßigte – unmenschliche – Kollision zwischen Mensch und Maschine wird ausgeschlossen.

Diese Kultur des Maßes gilt auch für den bloß informierenden Automaten. Wenn eine Technik einem Patienten eine belastende Prognose offenbaren kann, darf dieser auch über eigene Daten grundsätzlich nur informiert werden, wenn er einwilligt. Kann z. B. ein in der Untersuchung festgestellter genetischer Defekt mitgeteilt werden, ist dem Betroffenen vielleicht daran gelegen, unwissend ein zwar kurzes, aber sorgloses Leben genießen zu wollen. Das Einwilligungsverfahren beginnt mit der Aufklärung, die nur ein Mensch, individualisierend und gesprächsoffen, leisten kann. Dem Aufklärenden stellt sich zunächst die Frage, wie weit die Aufklärung, die eine sachgerechte Einwilligung erst ermöglicht, das zu erwartende Krisenszenario schon andeuten darf oder muss. Sodann ist zu bedenken, ob die persönliche Einwilligung auch die Weitergabe dieses Wissens an die mitbetroffenen Familienangehörigen rechtfertigt. Der Wissende muss sich auch vergewissern, ob er Drittbetroffene unterrichten muss oder darf – die zukünftige Braut, den Arbeitgeber, die Versicherung.

Ist eine große Allgemeinheit von Menschen von einem umweltwirksamen selbsttätigen Computer betroffen, der Schadstoffe von dem Innenbereich in den Außenbereich der Städte umverteilt, kann die individuelle Betroffenheit in der eigenen Gesundheit, der individuellen Wohnsituation, dem gewerblichen Erfolg sichtbar werden, sich dennoch in der Allgemeinheit der Benachteiligten verlieren. Diese Entindividualisierung macht das Problem moderner Globalsteuerung bewusst. Der Betroffene wird nicht mehr durch einen individuell adressierten Verwaltungsakt angesprochen, sondern er findet veränderte „Daten“ vor, die faktisch in seine Grundrechte einwirken, ohne in sprachlicher Auseinandersetzung auf diese abgestimmt zu sein. Soll hier der Grundrechtsschutz durch einklagbare Individualrechte nicht leerlaufen, muss das Recht eine Betroffenenbeteiligung an diesem Steuerungsverfahren organisieren. Dieses kann unbürokratisch, zeitdiszipliniert, auch in exemplarischen Sammelverfahren gelingen.

Manche Informatiker prognostizieren, das menschliche Gehirn werde sich dem Computer anpassen. Doch eine Anpassung des Gehirns an den Automaten veränderte die Ordnung von Humanität und Freiheit grundstürzend. Eine Datendiktatur macht den Menschen abhängig, beendet das Ideal einer freien Selbstbestimmung. Ein Datenregime nimmt dem Menschen die Freiheit, löst die Demokratie in ihren Voraussetzungen auf, entzieht dem Recht seine Kerngedanken von Verantwortlichkeit, Schuld, Sühne und Haftung. Der Mensch

würde nicht mehr zu Wissen und Gewissen, zu Anstand und Ehrbarkeit erzogen, sondern dem Programmablauf eines Computers unterworfen. Er wäre Gesetzmäßigkeiten unterstellt, die Menschen geschaffen haben, sich dann aber hinter einer Technik und deren Selbsttätigkeit verbergen.

Die Menschen haben bisher auch bei grundstürzenden Selbstgefährdungen durch die Wissenschaft – die Atomspaltung oder eine identitätsverändernde Gentechnik – stets eine Mächtigkeit in der Hand des Menschen vermehrt. Nunmehr macht sich eine formale Rationalität des Menschen auf den Weg, durch die Ergebnisse der Wissenschaft die Herrschaft des Menschen zu vermindern und letztlich aufzuheben. Allerdings entschwindet damit die Macht nicht in den Clouds. Es entsteht keine herrschaftslose Gesellschaft. Ebenso beginnt nicht eine Herrschaft der Technik. Vielmehr wächst die Macht den Menschen zu, die diese sich selbst programmierenden Computer schaffen und deren Kontrolle durch die Menschen bestimmen. Selbst ein sich selbst programmierender Computer könnte durch Menschen neu programmiert, angehalten oder gänzlich außer Funktion gesetzt werden. Die Erfahrung der Menschheit mit unterschiedlichen Machtsystemen – mit den Hoffnungen von „Philosophenkönigen“, mit „begnadeten“ Herrschern, mit Demokratien und Staatsverträgen – macht glücklicherweise hinreichend sensibel für die Bedrohung durch neue Diktaturen. Diese Wachsamkeit werden wir gegenwärtig sensibel entfalten müssen.

VII. Anfälligkeit und Wehrhaftigkeit des Rechts

In dieser technischen Entwicklung ist der Mensch einerseits autonom, zum freiheitlichen Setzen eigener Verhaltensmaßstäbe begabt und berechtigt, andererseits auf die menschliche Gemeinschaft und ihr Recht angewiesen. Das Recht muss den Menschen deshalb vor dem Charakterfehler bewahren, „keinen Gefallen an sich selbst zu haben“ (Seneca). Selbstbewusstsein auch gegenüber der Technik ist Bedingung moderner Freiheit. Zugleich ist der Mensch, wie Rousseau schreibt, dazu verurteilt, „in der Meinung der anderen zu leben“. Er ist den Lenkungen, Bevormundungen, auch der unmerklichen Fremdbestimmung durch die moderne Digitaltechnik ausgeliefert.

Recht und Digitaltechnik haben gemeinsam, dass sie das Regelhafte vermitteln, Sachverhalte im Typus erfassen, ihre Struktur auf das Wiederkehrende ausrichten. Dadurch wird das Recht für automatisierte Computerabläufe zugänglich und anfällig. Das aus Textbausteinen zusammengesetzte Urteil erleichtert den Richteralltag elementar, verführt aber auch zu Sachverhaltsdeutun-

gen, die eine Wirklichkeit realitätswidrig auf den Bausteine ausrichten. Gesetze sind für standardisierte Verträge und Entscheidungstypen zugänglich, teilweise auch auf „industrialisierte“ Standardverträge angelegt, nutzen die Einfachheit von Quantifizierungen, um wertende Sachverhalte in Zahlen und Zahlenformeln auszudrücken. Wenn dabei allerdings das Steuerrecht Quantifizierungen wählt, die für den Leser des Gesetzestextes nicht mehr zu verstehen sind, verweigert das Gesetz das Gespräch mit dem Bürger. Das widerspricht allen Errungenschaften der Sprachlichkeit eines allgemeinen – allgemeinverständlichen – Rechts, das durch Sprechen über das Recht letztlich von der Rechtsprechung verwirklicht wird.

Algorithmen und Gesetze unterscheiden sich grundlegend in der Fähigkeit, in die Zukunft vorzugreifen. Der Algorithmus ist aus dem gegenwärtigen Wissen und Wollen programmiert, kann das Heute nicht verlassen und ein neugestaltetes Morgen veranlassen. Das Gesetz hingegen greift in seinen generell-abstrakten Tatbeständen so in die Zukunft vor, dass auch der heute noch unbekannt Fall bereits gelöst wird. Die Rechner können Massenvorgänge bewältigen, Komplexität vereinfachen, Regel und Ausnahme definieren, rechtlich Erwartetes vom Unvorhergesehenen abschichten. Sie bleiben aber Diener des Rechtsgewährenden, Vorbereitungshilfe des Rechtsuchenden. Die strafrechtliche Zumessung einer Schuld, die grundrechtliche Abwägung eines staatlichen Eingriffs, die familienrechtliche Entscheidung über das Verhältnis von Eltern und Kind sind für Programmierung und Quantifizierung schlechthin unzugänglich.

Gegenüber der Moderne der Digitalisierung wird sich das Recht aber vor allem in seiner Funktion, Maßstäbe zu geben und Verantwortlichkeiten zuzuweisen, bewähren müssen. Dabei stellt das Recht vor allem Grundsatzfragen, die der Staat mit seinen Organen zu beantworten hat:

- Verfolgt eine sich verselbständigende Technik ein erkennbares, legitimes Ziel?
- Setzt sie dafür angemessene – geeignete, erforderliche und zumutbare – Mittel ein?
- Bleiben die technisch neu entwickelten Wege zur Zielerreichung im rechtlichen Korridor der bisher gerechtfertigten Mittel oder bedürfen sie entwicklungsbegleitend jeweils einer erneuten Legitimation?
- Welche Instrumente zur Herrschaft über Menschen stellt die Technik bereit?
- Wer übt diese Herrschaft durch Technik aus und verantwortet sie?
- Wer ist der Herrschaftsbetroffene und wie kann er die Herrschaft mäßigen, abwehren?

- Wem gegenüber sind die Herrschenden für ihre Herrschaft und deren Wahrnehmung verantwortlich?
- Was sind die Folgen einer Rechtsverletzung mit Hilfe der Technik?
- Wer trägt die Folgen?
- Wie wird die Technik in ihren Chancen und Risiken sichtbar gemacht, auf Nutzer und Betroffene nach verallgemeinerungsfähigen Maßstäben abgestimmt, von staatlichen Institutionen überwacht und korrigiert?

Wissenschaft und Technik schaffen neues, bisher unerkanntes Wissen, praktizieren Unvorhersehbares und Rätselhaftes, begründen damit auch Furcht und Unsicherheit. Doch ist die Wissenschaft stets auch in der Lage, das Unvertraute zu erklären und so Vertrauen zu

gewinnen, das noch nicht Abschätzbare als unbekannt zu definieren und damit der kritischen Beobachtung auszuliefern, die Möglichkeiten der neuen Erkenntnisse auf das „gute Leben“ auszurichten. Das Recht formt diese Entwicklung durch das Prinzip der Freiheit, dem individuellen Schritt zum Besseren, und die parlamentarische Gesetzgebung, die das Gesetz stets gegenwartsgerecht weiterentwickelt.

Paul Kirchhof, ehemaliger Richter des Bundesverfassungsgerichts, ist Seniorprofessor *distinctus* für Staats- und Steuerrecht der Universität Heidelberg.

Autor des 2018 bei Herder erschienenen Buchs „Beherzte Freiheit“.

Silja Vöneky

Key Elements of Responsible Artificial Intelligence – Disruptive Technologies, Dynamic Law¹

*“We’re making tools not colleagues,
and the great danger is not appreciating the difference,
which we should strive to accentuate,
marking and defending it with political and legal
innovations.*

(...) We don’t need artificial conscious agents.

(...) We need intelligent tools.”²

Daniel C. Dennett

*“We may hope that machines will eventually compete
with men in all purely intellectual fields.”³*

Alan M. Turing

One major challenge of the 21st century to humankind is the widespread use of Artificial Intelligence (AI). Hardly any day passes without news about the disruptive force of AI – both good and bad. Some warn that AI could be the worst event in the history of our civilization. Others stress the chances of AI diagnosing, for instance, cancer, or supporting humans in the form of autonomous cars. But because AI is so disruptive the call for its regulation is wide-spread, including the call by some actors for international treaties banning, for instance, so-called “killer robots”. Nevertheless, until now there is no consensus how and to which extent we should regulate AI. This paper examines whether we can identify key elements of responsible AI, spells out what exists as part “top down” regulation, and how new guidelines, such as the 2019 OECD Recommendations on AI can be part of a solution to regulate AI systems. In the end, a solution shall be proposed that is coherent with international human rights to frame the challenges posed by AI that lie ahead of us without undermining science and innovation; reasons are given why and

how a human rights based approach to responsible AI should inspire a new declaration at the international level.

Introduction

Everything about AI is a hype. It is labeled a disruptive technology. Its transformative force is compared to that of electricity. It is said that just as electricity transformed peoples’ lives and industries 100 years ago, AI will now transform our lives.⁴ As we are incorporating AI systems into our life, we benefit from the efficiencies that come from AI systems (AIs).⁵

However, a technology like AI is, first of all, a tool. I argue, as the philosopher *Daniel C. Dennett* argues, that AIs are tools and should be regarded and treated as tools. They are tools with a specific quality and power, because AI systems can be used for multiple purposes, and will imitate and replace human beings in many intelligent activities, shape human behavior and even change us as human beings in the process⁶ in intended and unintended ways.⁷ But even if AIs could be in principle as autonomous as a person they lack our vulnerability and mortality.⁸

This means that as long as we develop, sell and use AI, we can and have to decide how we frame the rules and norms governing AI. As always when we have the chance to get a new, powerful technological tool, we have to answer the question how we can make sure that we as a society will make the right choices – or at least minimize the risk that we will make the wrong choices; and how do we decide what is right and wrong – especially as the field of AI is an area hardly anybody understands fully. I argue that these are questions that cannot be answered

1 The background of this paper is my research on questions of democratic legitimacy in ethical decision making as a Director of an Independent Max Planck Research School in Heidelberg on biotechnology governance, and on the governance of existential risks as a Fellow at Harvard Law School (2015–2016). I am grateful for the inspiration and exchange with the members of our FRIAS Saltus Research Group “Responsible AI”, *Philipp Kellmeyer* (Neurology, Neuroethics), *Oliver Müller* (Philosophy), and *Wolfram Burgard* (Robotics) over the last months. I want to thank the research assistants *Tobias Crone*, *Isabella Beck*, *Eva Böning*, and *Gideon Wheeler* for their valuable support.

2 *Daniel C. Dennett*, What can we do?, in *John Brockman* (ed.), Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI, 2019, 46, 51.

3 *Alan M. Turing*, Computing Machinery and Intelligence, *Mind* LIX, 1950, 433 et seq. (reprinted in *Margaret A. Boden* (ed.), The Philosophy of Artificial Intelligence, 1990, 65 et seq.).

4 *Andrew Ng*, in *Martin Ford* (ed.), Architects of Intelligence, 2018, 185, 190.

5 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., Machine behaviour, *Nature* 568 (2019), 477, 484.

6 *Norbert Wiener*, The Human Use of Human Beings, 1954, 96.

7 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., Machine behaviour, *Nature* 568 (2019), 478; *Daniel C. Dennett*, What can we do?, in *John Brockman* (ed.), Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI, 2019, 43.

8 *Daniel C. Dennett*, *ibid.*, 51 et seq.

by individuals, corporations or States, only, but have to be answered by the international community as a whole, as well, because AI research, development and deployment, and the related effects are not limited to the territory of a State but are transnational and global.

This paper is a starting point to discuss key elements of responsible AI. Although the notion of intelligence in Artificial *Intelligence* might suggest otherwise, AI as a technology is not per se “good”, neither is it “bad”. The *first part* spells out features of AI systems, and identifies benefits and risks developing and using AI systems, in order to show challenges for regulating these tools (*see below I*).

The international governance dimension is stressed in the *second part*. There I will look closer at the Recommendations on Artificial Intelligence by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) that were adopted in 2019 (*see below II*).⁹ These are the first universal international soft law rules that try to govern and frame AI in a general way.

Thirdly, I argue that we should stress the link between human rights and the regulation of AI systems, and highlight the advantages of an approach in regulating AI that is based on legally binding human rights that are part of the existing international legal order (*see below III*).

I. AI Systems as Multipurpose Tools – Challenges for Regulation

1. Notions and Foundations

When we try to understand what AI means as a technology, we realize that there seem to be many aspects and applications relevant and linked to AI systems: from facial recognition systems, to predictive policing, from AI

called AlphaGo playing the game GO, to social bots and algorithmic traders, from autonomous cars to – maybe even – autonomous weapons.

A first question we should answer is: How can we explain AI to someone who does not know what AI is, but wants to join and should join the discourse on regulation and governance? A simple start would be to claim, that a key feature of the field of AI is the goal to build intelligent entities.¹⁰ An AI system could be defined as a system that is intelligent, i.e. rational, in the way and to the extent that it does the “right thing”, given what it knows.¹¹ However this is only one definition of an AI system. The standard textbook quotes eight definitions by different authors laid out along two dimensions including two aspects to measure the success of an AI system in relation to human performance (“thinking humanly”; “acting humanly”); and two aspects to measure the success of an AI system in relation to ideal performance (“thinking rationally”; “acting rationally”).¹² But even if those are correct who state that AI is concerned with rational or intelligent behavior in artifacts, the underlying question is whether it is correct to state that the notion of “intelligence” means the same as the notion of “rationality”.¹³ It seems reasonable to claim that AI systems exhibit forms of intelligence that are qualitatively different to those seen in humans or animals as biological agents.¹⁴

As a basic description one might state that AI tools are based on complex or simple algorithms¹⁵ used to make decisions, and are created to solve particular tasks. Autonomous cars, for instance, must drive (in a given time without causing accidents or violating laws) to a certain place, and game-playing AI systems should challenge or even win against a human being.¹⁶

As AI is expected to fulfill a certain task, there are required preconditions for a system to be able to “do the

9 OECD Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, adopted 22.05.2019 (OECD Principles on AI); cf. OECD/LEGAL/0449, available at: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>; in German (unofficial translation) “Empfehlung des Rats zu künstlicher Intelligenz” available at: <http://www.oecd.org/berlin/presse/Empfehlung-des-Rats-zu-kuenstlicher-Intelligenz.pdf>.

10 Stuart J. Russell/Peter Norving, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed, 2016, 1. Other define the field of AI as “a field devoted to building artificial animals (or at least artificial creatures that – in suitable contexts – appear to be animals), and, for many, artificial persons (or at least artificial creatures that – in suitable contexts – appear to be persons).” For this and a discussion of different approaches see Selmer Bringsjord/Naveen Sundar Govindarajulu, *Artificial Intelligence*, in Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy (SEP)*, Winter 2019 Ed.

11 Stuart J. Russell/Peter Norving, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed, 2016, 1.

12 Stuart J. Russell/Peter Norving, *ibid.*, 2.

13 The famous and often quoted so-called Turing Test by Alan M.

Turing is a behavioral intelligence test that shall provide an operational definition of intelligence. According to this test a program passes the test if a human interrogator, after posing written questions via online typed messages for five minutes, cannot tell whether the written answers are given by a human being or a computer, cf. Alan M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind* LIX, 1950, 433 et seq. (re-printed in Margaret A. Boden (ed.), *The Philosophy of Artificial Intelligence*, 1990, 40 et seq.); for a discussion see Stuart J. Russell/Peter Norving, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed, 2016, 1036 et seq.

14 Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich et al., *Machine behaviour*, *Nature* 568 (2019), 477, 483.

15 An algorithm is a process (or program) that a computer can follow. It, for instance, defines a process to analyze a dataset and identify patterns in the data; in more general terms it can be described as a sequence of instructions that are carried out to transform the input to the output, see John D. Kelleher, *Deep Learning*, 2019, 7; Ethem Alpaydin, *Machine Learning – The New AI*, 2016, 16.

16 Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich et al., *Machine behaviour*, *Nature* 568 (2019), 477.

right thing”. Depending on the areas of use, AI key capabilities are natural language processing (speech recognition), reasoning, (learning, perception, and action (robotics)). Especially learning¹⁷ is a key ability of modern AI systems,¹⁸ as for some problems it is unclear how to transform the input to the output.¹⁹ This means that algorithms are developed that enable the machine to extract functions from a dataset to fulfill a certain task.²⁰ The so-called deep learning, the field of machine learning that focuses on deep neural networks,²¹ is the central part of current AI systems if large datasets are available, as for face recognition on digital cameras²² or in the field of medicine to diagnose certain illnesses.²³ Deep learning mechanisms that are able to improve themselves without human interaction and without rule-based programming already exist today.²⁴ As *John Kelleher* puts it: “Deep learning enables data-driven decisions by identifying and extracting patterns from large datasets.”²⁵ It is not astonishing that since 2012 the number of new deep learning AI algorithms has grown exponential²⁶ but as the functional processes that generate the output are not clear (or at least hard to interpret) the problem of the complexity and opacity of algorithms that seem to be “black boxes” is obvious as well.²⁷

2. Risks and Chances

The “black boxes” problem shows that it is important, if we think about AI regulation or governance, to look at the different risks and chances that can be linked to the development and use of AI systems. Questions of concern that are raised are related to our democratic order (news ranking algorithms, “algorithmic justice”), kine-

tics (autonomous cars and autonomous weapons), our economy and markets (algorithmic trading and pricing), and our society (conversational robots). A major and inherent risk if a system learns from data is that bias in AI systems can hardly be avoided. At least if AI learns from human-generated (text) data, they can or even will include health, gender or racial stereotypes.²⁸ Some claim, however, that there are better ways for reducing bias in AI than for reducing bias in humans, so AI systems may be or become less biased than humans.²⁹ Besides, there are risks of misuse, if AI systems are used to commit crimes, as for instance fraud.³⁰

Another risk is that AI technologies have the potential for greater concentration of power. Those who are able to use this technology can become more powerful (corporations or governments),³¹ and can influence large numbers of people (for instance to vote in a certain way). It was *Norbert Wiener* who wrote in 1954

“(…) that such machines, though helpless by themselves, may be used by a human being or a block of human beings to increase their control over the rest of the race or that political leaders may attempt to control their populations by means not of machines themselves but through political techniques as narrow and indifferent to human possibility as if they had, in fact, been conceived mechanically.”³²

If we think about regulation, we must not forget the unintended and unanticipated negative and/or positive consequences of AI systems and that there might be a severe lack of predictability of these consequences.³³ The

17 The idea of a learning machine was discussed by *Alan M. Turing*, *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind* LIX, 1950, 433 et seq. (reprinted in *Margaret A. Boden* (ed.), *The Philosophy of Artificial Intelligence*, 1990, 64 et seq.)

18 In general different types of feedback can be part of the machine learning process. There is unsupervised learning (no explicit feedback is given), reinforcement learning (the system learns based on rewards or “punishments”), and supervised learning, which means in order to teach a system what a tea cup is, you have to show it thousands of tea cups, cf. *Stuart J. Russell/Peter Norving*, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed, 2016, 706 et seq.

19 *Ethem Alpaydin*, *Machine Learning – The New AI*, 2016, 16 et seq.

20 *John D. Kelleher*, *Deep Learning*, 2019, 6; *Ethem Alpaydin*, *Machine Learning – The New AI*, 2016, 16 et seq.

21 *John D. Kelleher*, *Deep Learning*, 2019, 8.

22 *John D. Kelleher*, *Deep Learning*, 2019, 1: “Deep learning is the sub-field of artificial intelligence that focuses on creating large neural network models that are capable of making accurate data-driven decisions.” *Ethem Alpaydin*, *Machine Learning – The New AI*, 2016, 104: “With few assumptions and little manual interference, structures similar to the hierarchical cone are being automatically learned from large amounts of data. (...) This is the idea behind deep neural networks where, starting from the raw input, each

hidden layer combines the values in its preceding layer and learns more complicated functions of the input.”

23 *Eric Topol*, *Deep Medicine*, 2019, 9 et seq., 16 et seq.

24 See *Yann LeCun* et al., *Deep Learning*, *Nature* 521 (2015), 436–444, available at: <http://www.nature.com/nature/journal/v521/n7553/full/nature14539.html>.

25 *John D. Kelleher*, *Deep Learning*, 2019, 4.

26 *Eric Topol*, *Deep Medicine*, 2019, 10.

27 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., *Machine behaviour*, *Nature* 568 (2019), 478.

28 *Andrew Ng*, in *Martin Ford* (ed.), *Architects of Intelligence*, 2018, 20; *Gutachten der Datenethikkommission*, 2019, 167 f.

29 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., *Machine behaviour*, *Nature* 568 (2019), 478.

30 *Stuart Russel*, *Human Compatible – Artificial Intelligence and the Problem of Control*, 253 et seq.

31 *W. Daniel Hills*, *The First Machine Intelligences*, in *John Brockman* (ed.), *Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI*, 2019, 172, 173.

32 *Norbert Wiener*, *The Human Use of Human Beings*, 1954, 181.

33 *Stuart Russel*, *Human Compatible – Artificial Intelligence and the Problem of Control*, 103 et seq.; *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., *Machine behaviour*, *Nature* 568 (2019), 477 et seq.

use of AI will provide new and even better ways to improve our health system, to protect our environment and to allocate resources³⁴ However, plausible risk scenarios may show that the fear of the potential loss of human oversight is not per se irrational.³⁵ They support the call for a “human in the loop”, that – for instance – a judge decides about the fate of a person, not an AI system, and a combatant decides about lethal or non-lethal force during an armed conflict, not an autonomous weapon. But to keep us as persons “in the loop” means that we need state based regulation stressing this as a necessary precondition at least in the areas where there are serious risks for the violation of human rights or human dignity. I agree with those who claim, that it is important to understand the properties of AI systems if we think about AI regulation and governance and that there is the need to look at the behavior of “black box” algorithms, similar to the behavior of animals, in real world settings.³⁶ My hypothesis is, that an AI system that serves human beings has to meet the “at least as good as a human being / human expert”³⁷ threshold. This sets even a higher threshold as the one that is part of the idea of “beneficial machines”, defined as intelligent machines whose actions can be expected to achieve *our* objectives rather than *their* objectives.³⁸

We also have to keep in mind the future development of AI systems and their interlinkage. I have spelled out so far features of so-called narrow AI or weak AI. Weak AI

possesses specialized, domain specific, intelligence.³⁹ In contrast, Artificial General Intelligence (AGI) will possess general intelligence and strong AI could mean, as some claim, that AI systems “are actually thinking”.⁴⁰ Whether there is a chance that AGI, and human-level or superhuman AI (the Singularity)⁴¹ will be possible within our lifetime is uncertain.⁴² It is not per se implausible to argue, as some scientists do, that intelligence explosion leads to a dynamically unstable system as smarter systems will have an easier time making themselves smarter⁴³ and that there will be a point beyond which it is impossible for us to make reliable predictions.⁴⁴ And it seems convincing that if superintelligent AI was possible it would be a significant risk for humanity.⁴⁵

3. Current and Future AI Regulation

a. Bases

For regulative issues, the differentiation of narrow AI versus AGI might be helpful as a starting point. It is more convincing, however, to find categories that show the possible (negative) impact of AI systems to core human rights, human dignity and to constitutional rights, such as protection against discrimination, the right to life, the right to health, the right to privacy, and the right to take part in elections, etc.⁴⁶ From this perspective, even developments such as a fast take-off scenario, which means that an AGI system becomes super-intelligent because of

34 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich et al.*, Machine behaviour, *Nature* 568 (2019), 478.

35 Stressing the need to analyze risks, cf. *Max Tegmark*, Let's Aspire to More Than Making Our-selves Obsolete, in *John Brockman* (ed.), *Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI*, 2019, 76 et seq.; *Stuart Russel*, *Human Compatible – Artificial Intelligence and the Problem of Control*, 103 et seq.

36 *Iyad Rahwan/Manuel Cebrian/Nick Obradovich et al.*, Machine behaviour, *Nature* 568 (2019), 478.

37 Depending on the area the AI system is deployed the system has to be measured against the human expert that usually is allowed to fulfil a task (as for instance an AI diagnosis system). This differs from the view of the German Datenethikkommission as the commission argues that there is an ethical obligation to use AI systems if they fulfil a certain task better as an human, cf. *Gutachten der Datenethikkommission*, 2019, 172.

38 *Stuart J. Russel*, *Human Compatible*, 2019, pp. 172 et seq.

39 Some claim that weak AI means that AI driven machines act “as if they were intelligent”, cf. *Stuart J. Russel/Peter Norvig*, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed, 2016, 1035.

40 *Stuart J. Russel/Peter Norvig*, *ibid.*, 1035; *Murray Shanahan*, *The Technological Singularity*, 2015, 3.

41 The term “the Singularity” was coined in 1993 by the computer scientist and author *Vernor Vinge*; he was convinced that “[w]ithin thirty years, we will have the technological means to create superhuman intelligence,” and he concluded: “I think it’s fair to call this event a singularity (“the Singularity” for the purpose of

this paper).” See *Vernor Vinge*, *The Coming Technological Singularity: How to Survive in the Post-Human Era*, in *Geoffrey A. Landis* (ed.), *Vision-21: Interdisciplinary Science and Engineering in the Era of Cyberspace* (1993), 11, 12 (NASA Publication CP-10129), available at: <https://ntrs.nasa.gov/archive/nasa/casi.ntrs.nasa.gov/19940022856.pdf>.

42 *Stuart J. Russel*, *The Purpose Put into the Machine*, in *John Brockman* (ed.), *Possible Minds: 25 Ways of Looking at AI*, 2019, 20 et seq., 26. Some experts predict that superhuman intelligence will happen by 2050, see e.g., *Ray Kurzweil*, *The Singularity is Near*, 2005, 127; for more forecasts, see *Nick Bostrom*, *Superintelligence, Paths, Dangers, Strategies*, 2014, at 19–21. 43 *Eliezer Yudkowsky*, *Artificial Intelligence as a positive and negative factor in global risk*, in *Nick Bostrom/Milan Ćirković* (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2011, at 341.

43 *Eliezer Yudkowsky*, *Artificial Intelligence as a positive and negative factor in global risk*, in *Nick Bostrom/Milan Ćirković* (eds.), *Global Catastrophic Risks*, 2011, at 341.

44 *Max Tegmark*, *Will There Be a Singularity within Our Lifetime?*, in *John Brockman* (ed.), *What Should We Be Worried About?*, 2014, 30, 32.

45 *Stuart J. Russel*, *The Purpose Put into the Machine*, in *John Brockman* (ed.), *Possible Minds: 25 Ways of Looking at AI*, 2019, 26.

46 For a similar approach, however less based in the risks for the violation of human rights, see *Gutachten der Datenethikkommission*, 2019, 173.

a recursive self-improvement cycle,⁴⁷ that are difficult to predict, must not be neglected as we can think about how to frame low probability high impact scenarios in a proportional way.⁴⁸

b. Sector-Specific Rules and Multilevel Regulation

When speaking about governance and regulation, it is important to differentiate between rules that are legally binding on the one hand and non-binding soft law, on the other hand. In the area of international, European Union, and national law, we see that at least parts of AI-driven technology are covered by existing sector-specific rules.

(1) AI Systems Driven by (Big) Data

The General Data Protection Regulation (GDPR)⁴⁹ aims to protect personal data⁵⁰ of natural persons (art. 1 (1) GDPR) and applies to the processing of this data even by wholly automated means (art. 2 (1) GDPR).⁵¹ The GDPR requires an informed consent⁵² of the consumer if somebody wants to use his or her data. It can be seen as sector-specific law governing AI systems as AI systems often make use of large amounts of personal data. The general

principles that are laid down for – inter alia – the processing of personal data (including lawfulness, fairness and transparency⁵³) and the collection of personal data (purpose limitation) in art. 5 GDPR are applicable with regard to AI systems,⁵⁴ and have to be implemented via appropriate technical and organizational measures by the controller (art. 25 GDPR).⁵⁵ According to art. 22 GDPR we, as data subjects, have the right “not to be subject to a decision based solely on automated processing” that produces legal effects concerning the data subject or similarly affects him or her.⁵⁶ Substantive legitimacy of this regulations is given because the GDPR is in coherence with the human rights that bind EU organs and can be reviewed and implemented by the European Court of Justice and the German Constitutional Court,⁵⁷ especially art. 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EUCfHR)⁵⁸ that lays down the protection of personal data.⁵⁹ Like every regulation and law, the GDPR has lacunae, and there might be relevant lacunae in the area of AI-driven technology, as for instance, with regard to brain data that is used for consumer technology.⁶⁰ The decisive question is whether all relevant aspects of brain data protection are already

47 Andrew Ng, in Martin Ford (ed.), *Architects of Intelligence*, 2018, 202.

48 For a governance framework of superintelligent AI as an existential risk, see Silja Voeneke, Human Rights and Legitimate Governance of Existential and Global Catastrophic Risks, in Silja Voeneke/Gerald Neuman (eds.), *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in Times of Disorder*, 2018, 160 et seq. 49 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27.04.2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, in force since 25.05.2018, cf. OJEU L119/1, 04.05.2016.

50 Art. 4 (1) GDPR: “personal data” means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”.

51 However, art. 2 (2) lit. c and d GDPR excludes from the material scope the processing as defined in art. 4 (2) GDPR of personal data by a natural person in the course „of a purely personal or household activity”, and by the competent authorities for the purposes inter alia „of the prevention (...) or prosecution of criminal offences”.

52 Cf. art. 7, art. 4 (11) GDPR: “ (...) ‘consent’ of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject’s wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her;”

53 See as well art. 12 GDPR.

54 See art. 6 (4) GDPR.

55 With regard to the responsible and accountable person or entity (“the controller” according to art. 4 (7) GDPR) and further duties

of the controller see art. 5 (2) (“accountability”), art. 32 (“security of processing”) and art. 35 GDPR (“data protection impact assessment”). For a discussion in Germany how to apply the GDPR to AI systems see, inter alia, the EntschlieÙung der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, 03.04.2019 (“Hambacher Erklärung zur Künstlichen Intelligenz”), available at: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20190405_hambacher_erklaerung.pdf. For the claim that there is a need for a new EU Regulation for AI systems, see the Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 180 proposing a “EU-Verordnung für Algorithmische Systeme” (EUVAS).

56 See as well Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 191 et seq.

57 The German Constitutional Court declared to be competent to review the application of national legislation on the basis of the rights of the Charter of Fundamental Rights of the European Union even in an area that is fully harmonized according to EU law, cf. BVerfG, Decision of 06.11.2019, 1 BvR 276/17, Right to be forgotten II.

58 Cf. OJEC C 364/1, 18.12.2000.

59 Art. 8 EUCfHR: “Protection of personal data

(1) Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

(2) Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.

(3) Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.”

60 Cf. Oscar Schwartz, *Mind-Reading Tech? How Private Companies could gain Access to Our Brains*, The Guardian, 24.10.2019, online available at: <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/24/mind-reading-tech-private-companies-access-brains>.

covered by the protection of health data (art. 4 (15) GDPR) or biometric data (art. 4 (14) GDPR) that are defined in the regulation.⁶¹

(2) AI Systems as Medical Devices

Besides, there is EU Regulation on Medical Devices (MDR),⁶² which governs certain AI-driven apps in the health sector and other AI-driven medical devices, for instance, in the area of neurotechnology.⁶³ And again, one has to ask whether this regulation is sufficient to protect the human dignity, life and health of consumers, as the impact on human dignity, life and health might be more far-reaching than the usual products that were envisaged by the drafters of the regulation. Although the new EU medical device regulation was adopted in 2017, it includes a so-called scrutiny process⁶⁴ for high-risk products (certain class III devices), which is a consultation procedure prior to market approval. It is not a preventive permit procedure, differing from the permit procedure necessary for the market approval of new medicine (medicinal products), as there is a detailed regulation at the national and even more at the European Union level,⁶⁵ including a new Clinical Trial Regulation.⁶⁶ That the preventive procedures differ whether the object of the relevant laws is a “medical device” or a “medicinal product” is not convincing, if the risks involved for human health

for a consumer are the same when comparing new drugs and certain new medical devices, as – for instance – new neurotechnology.

(3) AI Systems as (Semi-)Autonomous Cars

Sector-specific (top-down) regulation is already in force when it comes to the use of (semi-)autonomous cars. In Germany, the relevant national law was amended in 2017,⁶⁷ before the competent federal ethic commission published its report,⁶⁸ in order to include new highly or fully automated systems (§ 1a, § 1b and § 63 StVG). § 1a (1) StVG states that the operation of a car by means of a highly or fully automated driving function is permissible, provided the function is used for its *intended purpose*.⁶⁹ However, what “intended purpose” means must be defined by the automotive company. Therefore § 1a (1) StVG means a dynamic reference to the private standard-setting by a corporation that seems to be rather vague⁷⁰ especially if you think about the rule of law and the principle of “Rechtsklarheit”, which means that legal rules have to be clear and understandable.⁷¹ It is even true with regard to the applicable international treaties that sector-specific law can be amended and changed (even at the international level) if it is necessary to adapt the old rules to now AI-driven systems. The UN/ECE 1958 Agreement⁷² was amended in 2017 and 2018 (the

61 To discuss this in detail is beyond the scope of this paper but it is one area of research of the Sal-tus-FRIAS Responsible AI Research Group the author is part of.

62 Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 05.04.2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, OJEU L117/1, 05.05.2017. It came into force May 2017, but medical devices will have a transition time of three years (until May 2020) to meet the new requirements.

63 Art. 2 MDR. „ (...) ‘medical device’ means any instrument, apparatus, appliance, software, im-plant, reagent, material or other article intended by the manufacturer to be used, alone or in combination, for human beings for one or more of the following specific medical purposes: (...)”. For exemptions see, however, art. 1 (6) MDR.

64 Cf. art. 54, 55, art. 106 (3), Annex IX Section 5.1, Annex X Section 6 MDR.

65 Cf. the Pharmaceutical legislation for medicinal products of human use, Vol. 1, including different Directives and Regulations, available at: https://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol_1_de.

66 §§ 21 et seq. Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz, AMG), BGBl. I, 1626; Regulation (EU) No 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16.04.2014 on clinical trials on medicinal products for human use, OJEU L 158/1, 27.05.2014.

67 Art. 1 Aches Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes (8. StVGÄndG), 16.06.2017, BGBl. I 1648.

68 Ethik-Kommission „Automatisiertes und vernetztes Fahren“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Report June 2017, available at: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?__blob=publicationFile.

69 § 1a (1) StVG: „Der Betrieb eines Kraftfahrzeugs mittels hoch- und vollautomatisierter Fahrfunktion ist zulässig, wenn die Funktion bestimmungsgemäß verwendet wird.”

70 This seems true even if the description of the intended purpose and the level of automation shall be „unambiguous“ according to rationale of the law maker, cf. BT-Drucks., 18/11300, 20: “Die Systembeschreibung des Fahrzeugs muss über die Art der Ausstattung mit automatisierter Fahrfunktion und über den Grad der Automatisierung unmissverständlich Auskunft geben, um den Fahrer über den Rahmen der bestimmungsgemäßen Verwendung zu informieren.“

71 Bernd Grzeszick, art. 20, in Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans Klein (eds.), *Maunz/Dürig Grundgesetz-Kommentar*, para. 51–57.

72 Agreement Concerning the Adoption of Harmonized Technical United Nations Regulations for Wheeled Vehicles, Equipment and Parts which can be Fitted and/or be Used on Wheeled Vehicles and the Conditions for Reciprocal Recognition of Approvals Granted on the Basis of these United Nations Regulations.

UN Regulations No. 79⁷³ and No. 13-H⁷⁴) to have a legal basis for the use of (semi-)autonomous cars.⁷⁵

The examples mentioned above show that detailed, legally binding laws and regulations are already in force to regulate AI systems at the international, European, and national level. According to this, the “narrative” is not correct which includes the claim that (top-down) state-based regulation lags (or: must lag) behind the technical development, especially in the area of a fast-moving disruptive technology as AI. It seems rather convincing to argue instead that whether there is meaningful regulation in the field of AI depends on the political will to regulate AI systems at the national, European, and international level.

(4) AI Systems as (Semi-)Autonomous Weapons

The political will to regulate will depend on the interest(s) and preferences of states, especially with regard to economic goals and security issues as in most societies (democratic or undemocratic) there seems broad consensus that economic growth of the national economy is a (primary) aim and providing national security is the

most important legitimate goal of a state. This might explain why there are at the international level – at least until now – areas where there is no consensus to regulate AI systems as a regulation is seen as a limiting force for economic growth and/or national security.

This is obvious with regard to (semi-)autonomous weapons. Though a Group of Governmental Experts (GGE) on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) was established in 2016 and has met in Geneva since 2017 convened through the Conference on Certain Conventional Weapons (CCW) and a report of the 2019 session of the GGE is published⁷⁶ there are only guiding principles affirmed by the Group.⁷⁷ These guiding principles stress, *inter alia*, the need for accountability (lit. b and d),⁷⁸ and risk assessment measures as part of the design (lit. g). However, there is no agreement on a meaningful international treaty, and it is still disputed whether the discussion within the GGE should be limited to fully autonomous systems.⁷⁹

The mostly state-driven discussions at the CCW have shown that some States are arguing for a prohibition as

73 Addendum 78: UN Regulation No. 79 Rev. 3, ECE/TRANS/WP.29/2016/57 ECE/TRANS/WP.29/2017/10 (as amended by paragraph 70 of the report ECE/TRANS/WP.29/1129), 30.11.2017, “Uniform provisions concerning the approval of vehicles with regard to steering equipment”:

“2.3.4.1. ‘Automatically commanded steering function (ACSF)’ means a function within an electronic control system where actuation of the steering system can result from automatic evaluation of signals initiated on-board the vehicle, possibly in conjunction with passive infrastructure features, to generate control action in order to assist the driver.

2.3.4.1.1. ‘ACSF of Category A’ means a function that operates at a speed no greater than 10 km/h to assist the driver, on demand, in low speed or parking manoeuvring.

2.3.4.1.2. ‘ACSF of Category B1’ means a function which assists the driver in keeping the vehicle within the chosen lane, by influencing the lateral movement of the vehicle.

2.3.4.1.3. ‘ACSF of Category B2’ means a function which is initiated/activated by the driver and which keeps the vehicle within its lane by influencing the lateral movement of the vehicle for extended periods without further driver command/confirmation.

2.3.4.1.4. ‘ACSF of Category C’ means, a function which is initiated/activated by the driver and which can perform a single lateral manoeuvre (e.g. lane change) when commanded by the driver.

2.3.4.1.5. ‘ACSF of Category D’ means a function which is initiated/activated by the driver and which can indicate the possibility of a single lateral manoeuvre (e.g. lane change) but performs that function only following a confirmation by the driver.

2.3.4.1.6. ‘ACSF of Category E’ means a function which is initiated/activated by the driver and which can continuously determine the possibility of a manoeuvre (e.g. lane change) and complete these manoeuvres for extended periods without further driver command/confirmation.”

74 Addendum 12-H: UN Regulation No. 13-H, ECE/TRANS/WP.29/2014/46/Rev.1 and ECE/TRANS/WP.29/2016/50, 05.06.2018, “Uniform provisions concerning the approval of passenger cars with regard to braking”: 2.20. “Automatically com-

manded braking’ means a function within a complex electronic control system where actuation of the braking system(s) or brakes of certain axles is made for the purpose of generating vehicle retardation with or without a direct action of the driver, resulting from the automatic evaluation of on-board initiated information.”

75 To understand the relevance of these regulations in a multi-level regulation system one has to take into account that other international, European national provisions refer directly or indirectly to the UN/ECE Regulations, cf. e.g. art. 8 (5bis) and art. 39 of the Vienna Convention on Road Traffic; art. 21 (1), 29 (3), 35 (2) of the European Directive 2007/46/EC (“Framework Directive”); § 1a (3) StVG.

76 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (CCW), Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, Geneva, 25.–29.03.2019 and 20.–21.08.2019, Report of the 2019 session, CCW/GGW.1/2019/3, 25.09.2019, available at: <https://undocs.org/en/CCW/GGE.1/2019/3>.

77 Ibid., Annex IV, 13 et seq.

78 Ibid., Annex IV: (b) “Human responsibility for decisions on the use of weapons systems must be retained since accountability cannot be transferred to machines. This should be considered across the entire life cycle of the weapons system; (...)

(d) Accountability for developing, deploying and using any emerging weapons system in the framework of the CCW must be ensured in accordance with applicable international law, including through the operation of such systems within a responsible chain of human command and control;”

79 For this view and a definition see working paper (WP) submitted by the Russian Federation, CCW/GGE.1/2019/WP.1, 15.03.2019, para. 5: “unmanned technical means other than ordnance that are intended for carrying out combat and support missions without any involvement of the operator”, expressly excluding unmanned aerial vehicles as highly automated systems.

part of a new international treaty, like Austria, yet other States, like Russia⁸⁰ and the US,⁸¹ are stressing the advantages⁸² of the development and use of (semi-)autonomous weapons. Germany and France⁸³ do not support an international treaty but opted for a soft law code of conduct with regard to framing the use of those weapons.⁸⁴

Besides, key elements of a governance regime of (semi-)autonomous weapons are unclear. What is meant by “human control over the operation of such systems” is discussed even if it is stated that this is an important limiting factor by a state. Russia, for instance, argues that

*“the control system of LAWS should provide for intervention by a human operator or the upper-level control system to change the mode of operation of such systems, including partial or complete deactivation”.*⁸⁵

With this, Russia eliminates meaningful human control as a necessary precondition to use (semi-)autonomous weapons. The “human in the loop” as a last resort of using lethal weapons and the subject of responsibility – with the last resort to convict somebody as a war criminal – is replaced by the *upper-level control system* that might be another AI system.

(5) First Conclusion

The examples mentioned above show the loopholes of the international regulation of AI systems, although there are specific rules in place in some areas, mostly at the European level. But more importantly that there is no

coherent, general, or universal international regulation of AI as part of the international hard law. Although there are lacunae in other areas as well (thus far no international treaty on existential and global catastrophic risks and scientific research exists) this widespread international non-regulation of AI research and development is different from other fields of fast moving technological progress: biotechnology. In the field of biotechnology there are a treaties, like the Biological Weapons Convention (BWC),⁸⁶ the Convention on Biological Diversity, the Cartagena Protocol on Biosafety,⁸⁷ and the Kuala Lumpur Liability Protocol⁸⁸ that are applicable in order to prohibit research that is not aimed at peaceful purposes or to diminish risks related to the genetic modification of living organisms. Therefore, it is important to look closer to the first attempt to adopt general AI principles at the international level as part of the international soft law.⁸⁹

II. OECD AI Recommendations as International Soft Law

1. Basis and Content

The OECD issued recommendations on AI in 2019⁹⁰ and 43 States have adopted these principles⁹¹ including relevant actors in the field of AI as the US, South Korea, Japan, UK, France, and Germany, and States that are not members of the OECD. The recommendations were drafted with the help of an expert group (AIGO) that

80 WP submitted by the Russian Federation, CCW/GGE.1/2019/WP.1; para. 2: “The Russian Federation presumes that potential LAWS can be more efficient than a human operator in addressing the tasks by minimizing the error rate. (...)”

81 WP submitted by the USA, CCW/GGE.1/2019/WP.5, 28.03.2019, para. 2 lit. c: “Emerging technologies in the area of LAWS could strengthen the implementation of IHL, by, inter alia, reducing the risk of civilian casualties, facilitating the investigation or reporting of incidents involving potential violations, enhancing the ability to implement corrective actions, and automatically generating information on unexploded ordnance.”; cf. as well *ibid.*, para. 15.

82 WP submitted by the Russian Federation, CCW/GGE.1/2019/WP.1, para. 10: “The Russian Federation is convinced that the issue of LAWS is extremely sensitive. While discussing it, the GGE should not ignore potential benefits of such systems in the context of ensuring States’ national security. (...)”

83 WP submitted by France, CCW/GGe.2/2018/WP.3, stressing inter alia the principles of command responsibility, *ibid.* para. 6, stressing a “central role for human command in the use of force” (para. 12): “(...) In this regard, the command must retain the ability to take final decisions regarding the use of lethal force including within the framework of using systems with levels of autonomy or with various artificial intelligence components.”

84 Even the German Datenethikkommission stresses that there is not per se a “red line” with regard to autonomous weapons as long as the killing of human beings is not determined by an AI system, Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 180.

85 WP submitted by the Russian Federation, CCW/GGE.1/2019/

WP.1, para. 7. For a different approach see the ICRC Working Paper on Autonomy, AI and Robotics: Technical Aspects of Human Control, CCW/GGE.1/2019/WP.7, 20.08.2019.

86 16.12.1971, 1015 U.N.T.S. 163, entered into force 26.03.1975. The BWC allows research on biological agents for preventive, protective or other peaceful purposes; however this treaty does not provide sufficient protection against the risks of misuse of research because research conducted for peaceful purposes is neither limited nor prohibited.

87 29.01.2000, 2226 U.N.T.S. 208, entered into force 11.09.2003.

88 The Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety, 15.10.2010, entered into force 05.03.2018.

89 The term “international soft law” is understood in this paper to cover rules that cannot be attributed to a formal legal source of public international law and that are, hence, not directly legally binding but have been agreed upon by subjects of international law (i.e. States, international organizations) that could, in principle, establish international hard law; for a similar definition see Daniel Thürer, *Soft Law*, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, Vol. 9, 271, para. 8. The notion does not include private rule making by corporations (including codes of conduct) or mere recommendations by stakeholders, non-governmental organisations and other private entities.

90 See above note 9.

91 Cf. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

consists of 50 members from – as the OECD writes – governments,⁹² academia, business, civil society etc., including IBM, Microsoft, Google, Facebook, DeepMind, as well as invited experts from MIT.⁹³ The OECD claims that these Principles will be a global reference point for trustworthy AI.⁹⁴ It refers to the notion of trustworthy AI, as did the High-level Expert Group on AI (AI HLEG) set up by the EU, which published Ethics Guidelines on AI in April 2019 listing seven key requirements that AI systems shall meet to be trustworthy.⁹⁵

The OECD recommendations state and spell out five complementary value-based “principles for responsible stewardship of trustworthy AI” (section 1):⁹⁶ these are inclusive growth, sustainable development and well-being (1.1); human-centered values and fairness (1.2.); transparency and explainability (1.3.); robustness, security and safety (1.4.); and accountability (1.5.). In addition, AI actors – meaning those who play an active role in the AI system lifecycle, including organizations and individuals that deploy or operate AI⁹⁷ – should respect the rule for human rights and democratic values (1.2. lit. a). These include freedom, dignity and autonomy, privacy and data protection, non-discrimination and equality, diversity, fairness, social justice, and internationally recognized labor rights. But the wording of the principles is very soft. For instance, AI actors should implement “mechanisms and safeguards, such as capacity for human determination, that are appropriate to the context and consistent with the state of the art” (1.2. lit. b).

The recommendation about transparency and explainability (1.3.) has only slightly more substance. It states that AI actors

“[...] should provide meaningful information, appropriate to the context, and consistent with the state of art [...] (iv.) to enable those adversely affected by an AI system to challenge its outcome based on plain and easy-to-understand information on the factors, and the logic that served as the basis for the prediction, recommendation or decision.”

Additionally, it states that

“AI actors should, based on their roles, the context, and

their ability to act, apply a systematic risk management approach to each phase of the AI system lifecycle, on a continuous basis to address risks related to AI systems, including privacy, digital security, safety and bias.” (1.4 lit. c).

If we think that discrimination and unjustified biases are one of the key problems of AI,⁹⁸ asking for a risk management approach to avoid these problems does not seem to be sufficient as a standard of AI actor (corporation) due diligence.

And the wording with regard to accountability is soft as well (1.5):

“AI actors should be accountable for the proper functioning of AI systems and for the respect of the above principles, based on their roles, the context and consistent with the state for the art.”

This does not mean and does not mention any legal liability or legal responsibility.”

2. (Dis-)Advantages and Legitimacy

The OECD recommendations show some of the advantages and disadvantages that we see in the area of international soft law. The *advantages* are that they can be drafted in a short period of time (the working group started in 2018); that they can include experts from the relevant fields and state officials; that they can spell out and identify an existing overlapping consensus of member states, here the OECD member states; and that they might develop some kind of normative force even if they are not legally binding as an international treaty.⁹⁹

However, the *disadvantages* of the OECD recommendations are obvious as well. *Firstly*, the basis for the *procedural legitimacy* is unclear as to which experts are allowed to participate is not entirely clear. In the field of AI, experts are employed, paid, or closely linked to AI corporations¹⁰⁰ hence, the advice they give is not (entirely) independent. If an International Organisation (IO) or State one wants to enhance procedural legitimacy for AI recommendations, one should rely on different groups: one of the independent experts with no (financial) links to corporations, one of the experts working for corporations, and a third group consisting of civil society and

92 Germany did send one member (Policy Law: Digital Work and Society, Federal Ministry for Labour and Social Affairs), Japan two, as well as France, and the European Commission; South Korea did send three members, as the USA (US Department of State, US Department of Commerce; US National Science Foundation).

93 Cf. <https://www.oecd.org/going-digital/ai/oecd-aigo-membership-list.pdf>.

94 Cf. OECD Website: What are the OECD Principles on AI?, <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>.

95 These are: 1. Human agency and oversight; 2. Technical robustness and safety 3. Privacy and data governance; 4. Transparency; 5. Diversity, non-discrimination and fairness; 6. Societal and envi-

ronmental well-being 7. Accountability.

96 An AI system is defined as “a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy.” Cf. I OECD AI Recommendations.

97 Ibid., I OECD AI Recommendations.

98 See above at note 28. See as well Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 194.

99 Silja Vöneky, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, 284 et seq.

100 See above at note 93.

NGO members. States or IO could then compare the recommendations, discuss the differences, and choose or combine the one most convincing.

Secondly, we have to discuss the *substantive legitimacy* because the OECD recommendations do not stress the responsibility of governments to protect human rights in the area of AI. They include only five recommendations to policymakers (“adherents”, section 2) that shall be implemented in national policies and international cooperation consistent with the principles mentioned above. These include investing in AI research and development (2.1), fostering a digital ecosystem for AI (2.2), shaping an enabling policy environment for AI (2.3), building human capacity and preparing for labor market transformation (2.4), and international cooperation for trustworthy AI (2.5).

3. Second Conclusion

As a conclusion of this second part one could state that the OECD recommendations lower the threshold too far and shift the focus too far away from States as main actors of the international community and as those obliged to protect human rights¹⁰¹ towards private actors. This is a major disadvantage because although these recommendations exist, it is still unclear what state obligations can be deduced from legally binding human rights – including the relevant human rights treaties and rules of customary law – with regard to the governance of AI. Besides, the recommendations that address private actors and their responsibilities are drafted in a language that is too soft and vague. As a result, I argue that the OECD Recommendations could and should have been more meaningful with regard to standards of due diligence and responsibility in the age of AI for private actors and – even more – with regard to state duties to protect human rights. The latter aspect might even lead to a trend to undermine state duties to protect human rights in times of AI – and this could undermine the

relevance of human rights regarding AI regulation as a whole.

III. Legitimacy, Human Rights and AI Regulation

The question to be answered in this third part is: why are human rights decisive with regard to the regulation of AI, and how can we defend the link between legitimacy and human rights in the field of AI regulation?

1. Legitimacy

I start with the notion of legitimacy. As I have written before, legitimacy should be viewed primarily as a normative, not a descriptive, concept:¹⁰² It refers to standards of justification of governance, regulation and obligations. Hence, legitimate governance or regulation means that the guiding norms and standards have to be justifiable in a supra-legal way (i.e. they possess *rational acceptability*). If we think about international regulation, it seems fruitful to link the notion of “legitimate regulation” to the existing legal order of public international law. Without saying that legality is sufficient for legitimacy, I argue that guiding norms and standards have to be coherent with existing international law insofar as the international law reflects moral (i.e. justified) values.¹⁰³

2. Ethical Paradigms

We have to state that there are different ethical paradigms that can justify regulation in the field of AI in a supra legal way. One is the human rights-based approach that can be considered a deontological concept,¹⁰⁴ as the rightness or wrongness of conduct is derived from the character of the behavior itself.¹⁰⁵ Another approach is utilitarianism, which can be described as the doctrine which states that “one should perform that act, among those that on the evidence are available to one, that will most probably maximise benefits”.¹⁰⁶ It seems important to note that the different normative ethical theories are

101 See below Part III.

102 The arguments at part III. 1.-3. were published in my paper Human Rights and Legitimate Governance of Existential and Global Catastrophic Risks, in *Silja Voenekey/Gerald Neuman* (eds.), *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in Times of Disorder*, 2018, 149.

103 For the basis on the concept and notion of “legitimacy”, see *Silja Voenekey*, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, 130–162. For discussion of the legitimacy of international law, see *Allen Buchanan*, *The Legitimacy of International Law*, in *Samantha Besson/John Tasioulas* (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, 79–96; *John Tasioulas*, *Legitimacy of International Law*, in *Samantha Besson/John Tasioulas* (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, at 97–116.

104 A deontological theory of ethics is one which holds that at least some acts are morally obligatory regardless of their consequences, see *Robert G. Olson*, in *Paul Edward* (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, 1967, 1–2, 343.

105 Which means that these views maintain that “it is sometimes wrong to do what produces the best available outcome overall” as these views incorporate “agent-centred restrictions”, see *Samuel Scheffler*, *The Rejection of Consequentialism*, 1994, 2.

106 On “direct” and “act” utilitarianism, see *Richard B. Brandt*, *Facts, Values, and Morality*, 1996, 142; for the notion of act-consequentialism and classical utilitarianism see *Samuel Scheffler*, supra note 105, at 2-3; for an overview see *John C. Smart*, *Utilitarianism*, in *Paul Edward* (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy* 1967, 7–8, 206.

based on reasonable grounds (i.e. they possess rational acceptability),¹⁰⁷ and one cannot decide whether there is a theory that clearly trumps the others. Therefore, in looking for standards that are the bases of legitimate regulation of AI systems, it is not fruitful to decide whether one normative ethical theory is in general terms the most convincing one, but rather which ethical paradigm seems to be the most convincing in regard to the specific questions that we have to deal with when framing AI systems.

3. Human Rights-based AI Regulation

As I have argued before with regard to the regulation of existential risks,¹⁰⁸ I argue that AI regulation and governance should be based on human rights, more precisely on legally binding human rights. Other ethical approaches shall not be ruled out as far as they are compatible with human rights. But I reject views that argue that utilitarian standards should be the primary standard to measure the legitimacy of an AI regulative regime.¹⁰⁹ The arguments supporting this claim are the following: To regulate AI is a global challenge. Hence, it would be a major deficit not to rely on human rights. They are part of existing international law. They are not only rooted in the moral discourse as universal values, but they also

bind many, or even all States (as treaty law or customary law), and they can be implemented by courts or other institutional means, laid down in human right treaties, such as the European Convention on Human Rights (ECHR)¹¹⁰ and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The latter is a universal human rights treaty that is binding on more than 170 States Parties,¹¹¹ including major AI relevant actors, like the USA.

What seems to be even more important is that when we turn to a human rights framework, we see that international legal human rights make it possible to spell out the decisive values that must be taken into account for assessing different AI-research, -development and -deployment scenarios. In the area of AI research freedom of research is decisive as a legally binding human right, entailed in the rights of freedom of thought and freedom of expression that are laid down in the CCPR as an international universal human rights treaty. However, this freedom is not absolute: The protection – for instance – of life and health of human beings, of privacy and against discrimination are legitimate aims that can justify *proportional limitations* of this right.¹¹² The human rights framework, therefore, stresses that there exists a need to find proportional limitations in the field of AI research if there are dangers or risks¹¹³ for human life and health or

107 In order to argue this way we have to answer the question what our criteria of rational acceptability are. My answer is based on the arguments by the philosopher *Hilary Putnam* that our criteria of rational acceptability are, inter alia, coherence, consistency, and relevance; that “fact (or truth) and rationality are interdependent notions” but that, nevertheless, no neutral understanding of rationality exists as the criteria of “rational acceptability rest on and presuppose our values”, and the “theory of truth presupposes theory of rationality which in turn presupposes our theory of good”. Putnam concluded that the theory of the good is “itself dependent upon assumptions about human nature, about society, about the universe (including theological and metaphysical assumptions)” See *Hilary Putnam*, Reason, Truth and History, 1981, 198, 201, 215.

108 This and the arguments at III.2. and 3. were published in my paper Human Rights and Legitimate Governance of Existential and Global Catastrophic Risks, in *Silja Voenecky/Gerald Neuman* (eds.), Human Rights, Democracy, and Legitimacy in Times of Disorder, 2018, 151 et seq.

109 In many cases, neither the risks nor the benefits of AI research and development can be quantified; the risk of misuse of AI systems by criminals, mentioned above, cannot be quantified; the unclear or unpredictable benefits of basic AI research cannot be quantified either – nevertheless, basic research may often be the necessary condition in order to achieve benefits for human beings in the long run. These are drawbacks of a utilitarian risk-benefit approach for some of the AI scenarios described above. For the lack of predictability surrounding the consequences of AI, cf. *Iyad Rahwan/Mmanuel Cebrian/Nick Obradovich* et al., Machine behaviour, *Nature* 568 (2019), 477. For a general discussion of the human rights approach versus utilitarianism see *Herbert L. A. Hart*, Between Utility and Rights, *Colum. L. Rev.* 79 (1979), 828. For a discussion of a combination of utilitarianism and other value based approaches

(autonomy, diversity) and reference to the Universal Declaration of Human Rights for the codification of moral principles applicable to future AI, see *Max Tegmark*, *Life* 3.0, 2017, 271–75.

110 The International Covenant on Civil and Political Rights adopted by G.A. Res. 2200A (XXI), 16.12.1966, entered into force 23.03.1976, 999 U.N.T.S. 171, and the European Convention on Human Rights, adopted by the Members of the Council of Europe, 04.11.1950, available at: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

111 Art. 18 ICCPR, 19; art. 9, 10 ECHR. A different approach is taken, however, in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 13 (Freedom of the arts and sciences). There it is expressly laid down that “The arts and scientific research shall be free of constraint. Academic freedom shall be respected.” Similar norms are included in national constitutions, see e.g. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, art. 5 (3) (23.05.1949) which states that “Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.”

112 The legitimate aims for which the right of freedom of expression and the right of freedom of science can be limited according to the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights are even broader. See art. 19 (3) ICCPR, art. 10 (2) ECHR.

113 Risk can be defined as a risk is an “unwanted event which may or may not occur”, see *Sven O. Hansson*, Risk, in *Edward N. Zalta* (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, available at: <https://plato.stanford.edu/entries/risk/>. There is no accepted definition of the term in public international law; it is unclear how—and whether—a “risk” is different from a “threat,” a “danger” and a “hazard,” see *Grant Wilson*, Minimizing Global Catastrophic and Existential Risks from Emerging Technologies through International Law, *Virginia Environmental L.J.* 31 (2013), 307, 310.

privacy. What limits to the freedom of research are justified depends on the probability of the realization of a risk¹¹⁴ and the severity of the possible harm.

Therefore, demands of rational risk-benefit assessment can and should be part of the interpretation of human rights, as there is the need to avoid disproportionate means in order to minimize risks even in low/unknown probability cases: What proportionality means is linked to the risks and benefits one can reasonably anticipate in the area of AI. To do a risk-benefit assessment of the AI system in question, as far as this is possible and rational, therefore is an important element in implementing the human rights framework.

Besides, even so-called first generation human rights, as laid down in the CCPR, oblige States not only to respect, but also to protect the fundamental rights of individuals.¹¹⁵ They state that States parties are obliged by international human rights treaties to take appropriate (legal) measures to protect inter alia the life and health of individuals.¹¹⁶ And although there is wide discretion for States to protect human rights, measures must not be ineffective.

Last but not least, a human rights-based approach requires procedural rights for individuals to participate in the making of decisions that affect them in the area of AI-developments. To rely on human rights mean that we have to spell out in more detail, how to enhance procedural legitimacy.

These arguments might show that the core of the regulation and governance problem – that AI systems should serve us as human beings and not the other way around – can be expressed best on the basis of a human rights framework. It is correct that human rights law,

even the right to life, is not aiming to protect humanity, but aiming to protect individuals.¹¹⁷ However, humanity consists of us as individuals. Even if we are not arguing that human rights protect future generations, we may not neglect that individuals born today can have a life expectancy of more than 70 years in many States, and these individuals are protected by human rights law. Hence, it seems consistent with the object and purpose of human rights treaties that we view human rights law, and the duty of States towards human beings because of human rights, in a 70 year period.

IV. Future AI Regulation

In this paper, I spell out what the deficiencies of current AI regulations (including international soft law) are (part I and II), and I argue why international law, and international human rights are and should be the basis for a legitimate global AI regulation and risk reduction regime (part III). This approach makes it possible to develop rules with regard to AI systems in coherence with relevant and morally justified values of a humane world order that is aiming for future scientific and technological advances in a responsible manner, including the human right to life, the right to non-discrimination, the right to privacy and the right to freedom of science.

However, this is only a first step as current human rights norms and treaties are a basis and a starting point. Therefore there is the need – as a second step – to specify the general human rights by negotiating a human rights-based UN or UNESCO soft law declaration on “AI Ethics and Human Rights”. This new declaration could and should avoid the disadvantages of the 2019 OECD AI re-

114 AI-governance means in many cases the governance of risks, as many impacts of AI are unclear and it is even unclear whether there will be something like AGI or a singularity, see above note 42. But human rights can be used as a basis for human-centered risk governance. It was *Robert Nozick* who showed that an extension of a rights-based moral theory to indeterministic cases is possible as a duty not to harm other people can be extended to a duty not to perform actions that increase their risk of being harmed. See *Silja Voeneky*, Human Rights and Legitimate Governance of Existential and Global Catastrophic Risks, in *Silja Voeneky/Gerald Neuman* (eds.), Human Rights, Democracy, and Legitimacy in Times of Disorder, 2018, 153.

115 It is an obligation to protect, not only an obligation to respect; see U.N. Commission on Human Rights, Res. 2005/69, 29.04.2005, U.N. Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.17; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 13, para. 46 (1999), reprinted in U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, 72 (2008).

116 For the right to life, art. 6 (1) ICCPR, the second sentence provides that the right to life “shall be protected by law.” In addition, the

right to life is the precondition for the exercise of any other human right, part of customary international law and enshrined in all major general human rights conventions. The European Court of Human Rights has stressed the positive obligation to protect human life in several decisions; for an overview see *Niels Petersen*, Life, Right to, International Protection, in *Rüdiger Wolfrum* (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, Vol. 6, 866. Nevertheless, the U.S. has not accepted that there exists a duty to protect against private interference due to art. 6 ICCPR; see Observations of the United States of America On the Human Rights Committee’s Draft General Comment No. 36, On Article 6 – Right to Life, para. 30–38 (06.10.2017), available at: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GC36-Article6Righttolife.aspx>.

117 An exception – as part of a soft law declaration – is art. 2 (b) of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam, 05.08.1990, adopted by Organization of the Islamic Conference Res. No. 49/19-P (1990).

commendations. For this, we should identify those areas of AI-research, -development, and -deployment, which entail severe risks for core human rights.¹¹⁸ A future universal “AI Ethics and Human Rights”¹¹⁹ declaration should include sector-specific rules based on human rights that protect the most vulnerable rights and human dignity at the international level – as for instance, by protecting brain data. And this declaration could and should merge principles of “AI ethics”,¹²⁰ as the principles of fair-

ness, accountability, explainability and transparency,¹²¹ with human rights as long as principles of AI ethics are coherent with and specify human rights in the field of AI.¹²²

Silja Vöneky ist Professorin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Direktorin des Lehrstuhls für Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik sowie Fellow am FRIAS Saltus Gruppe Responsible AI.

118 I rely on those human rights that are part of the human rights treaties; whether there is the need for new human rights in the time of AI, as for a right of digital autonomy (digitale Selbstbestimmung) as the German Datenethikkommission (cf. Gutachten der Datenethikkommission, 2019, available at: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=5) argues or whether a new human right, that could be claimed by corporations, will undermine basic human rights of natural persons is still open to discussion.

119 Similar to the UNESCO Declaration on „Bioethics and Human Rights“, 19.10.2005, available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

120 As was shown in Part II at least some of the principles are already part of AI sector-specific regulation.

121 For the notion of and the need for transparency see Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 169 et seq., 175, 185, 215 (Transparenz, Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit).

122 Besides, there is the urgent need with regard to risks related to AI systems to have proactive pre-ventive regulation in place, which is backed by meaningful rules for operator incentives to reduce risks beyond pure operator liability; for a proposal see a paper by *Thorsen Schmidt/Silja Vöneky* on “How to regulate disruptive technologies?” (forthcoming 2020).

Max-Emanuel Geis

Probleme bei Zusammensetzung und Verfahren von Berufungsausschüssen und Tenure-Track-Gremien

I. Einführung:

1. Anwendbare Verfahrensnormen

Der vor ca. 20 Jahren einsetzende neoliberale Kurswechsel in der Hochschulpolitik hat auch auf die Gestaltung der Berufungsverfahren deutliche Auswirkungen gezeitigt. Zum einen wird der Wettbewerb und die Auswahl der besten Köpfe als zentrale Voraussetzung für den wissenschaftlichen Rang von Universitäten angesehen: das versammelte und sich untereinander vernetzende „brain“ ist gewissermaßen das Humankapital, das umso größere Anziehungskraft gewinnt, je größer es ist. Der früher gelegentlich kolportierte Verdacht, dass die Alphanime in den Berufungskommissionen eher an der Berufung mediokrer Bewerber interessiert waren, um das eigene Platzhirschtum nicht zu gefährden, dürfte angesichts der Mitwirkung von Senats- oder Präsidialberichtserstattern mittlerweile eher Geschichte sein. Im Gegenzug hat das Bedürfnis, die gesuchte Qualität zu finden auch hier zu einem starken Anwachsen quantifizierbarer Leistungsmessung geführt (Ratings von Publikationsorganen, Zitationsindizes, der ominöse „Hirsch-Faktor/H-Faktor“¹). Die Einführung des Prinzips Wettbewerb² führt zwangsläufig dazu, dass dieser in der Jagd um die freien Stellen immer rauer wird. Dies zeigt sich vor allem in einer stark gestiegenen Bereitschaft, eine ungünstige Auswahlentscheidung mit einer Konkurrentenklage anzufechten.³ Dabei spielt angesichts der schwierigen inhaltlichen Überprüfbarkeit von Gremienbewertungen der Blick auf die Korrektheit des Auswahlverfahrens eine zentrale Rolle, ist doch das Berufungs-

verfahren – ähnlich wie Prüfungsentscheidungen – ein Paradebeispiel der „Legitimation durch Verfahren“.⁴ Konkurrentenklagen zielen daher fast immer darauf ab, Fehler im Verfahren zu sichten, um der inhaltlichen Entscheidung die Rechtmäßigkeit zu nehmen. Dies führt zu einer immer größeren Verrechtlichung durch ineinandergreifende Normen unterschiedlicher Stufen, deren Kehrseite eine steigende Unübersichtlichkeit ist. So ist das Berufsrecht zunächst einmal zentral in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen geregelt, die freilich seit der Föderalismusreform 2006 deutlich divergieren und zwar auch im Berufsrecht, was die Herausbildung einheitlicher Standards verhindert. Allerdings sind die Regelungen meist nur rudimentär und der Konkretisierung im Detail bedürftig. Subsidiär und ergänzend gilt aber auch das jeweilige Landesverwaltungsverfahrensgesetz,⁵ namentlich die §§ 20, 21 VwVfG sowie die Vorschriften über Ausschüsse nach §§ 88-93 VwVfG. Dies ergibt sich daraus, dass jedenfalls staatliche Hochschulen juristische Personen und zugleich Behörde i.S. § 1 VwVfG sind, und das Berufungsverfahren im Regelfall auf Erlass eines Verwaltungsakts ausgerichtet ist (§ 9 VwVfG), nämlich auf die beamtenrechtliche Ernennung.⁶ Der Begriff des Verwaltungsverfahrens ist dabei weit auszulegen: Es reicht aus, wenn die Kommission vorbereitend tätig wird, während die Ernennung vom zuständigen Wissenschaftsminister oder – zunehmend – vom Hochschulpräsidenten/Rektor vorgenommen wird, sei es aus eigenem Recht⁷, sei es kraft ministerieller Delegation.⁸ Weitere normative Konkretisierungen finden sich in Hochschulsatzungen, wenn nicht gleich in der Grundordnung, so doch in Berufsordnungen. Die neuen

1 Hierzu statt vieler *Hornbostel*, (Forschungs-) evaluation, in: Simon/Knie/Hornbostel (Hrsg.), *Handbuch Wissenschaftspolitik*, 2010, S. 293 ff.; *Küpper*, Evaluation von Forschung und Lehre, in: Geis (Hrsg.), *Hochschulrecht im Freistaat Bayern*, 2. Aufl. 2017, Kap. 2 IV, Rdn. 265 (286 ff.).

2 *Geis/Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, *VVDStRL* 69 (2009), S. 364 ff., 407 ff.

3 Zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage im Hochschulbereich statt vieler *Detmer*, in *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl. 2017, Kap. 4 Rdn. 103.

4 Dazu allg. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1969); P.M. *Huber*, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, § 45.

5 Nur bei den Hochschulen des Bundes gilt das BVwVfG, also z.B. für die Universitäten der Bundeswehr in Hamburg und München-Neubiberg, sowie die Fachhochschule des Bundes in Brühl. Inhaltlich ergibt sich aber kein Unterschied. Zu den anwendbaren Normen ausf. auch *Wernsmann/Gatzka*, Befangenheit in Berufungsverfahren bei der Neubesetzung einer Professorenstelle, in: *DÖV* 2017, 609 (610 f.).

6 Zur beamtenrechtlichen Ernennung als gestaltender Verwaltungsakt vgl. statt vieler *Mauer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl. 2017, § 9 Rdn. 46; *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35 Rdn. 126; a.A. hier *Wernsmann/Gatzka* (Fn. 5), die §§ 20, 21 VwVfG nur analog anwenden wollen.

7 wie in § 33 Abs. 2 Satz 1 NRW.

8 wie nach LHG BW oder Art. 8 Abs.1 Satz 1 BayHschPG.

Tenure-Track-Professuren bedürfen gesonderter Ordnungen bzw. Satzungen (dazu unten V).

Quasi quer zu den Befangenheitsregelungen der §§ 20, 21 VwVfG liegen die DFG-Hinweise 10.210-4/10, die keinen staatlichen normativen Charakter haben, aber „eigengesetzliche“ Standards der Scientific Community definieren, deren Einhaltung der wissenschaftlichen Ethik zuzurechnen ist. Sie sind den gesetzlichen Normen klar nachgeordnet, können aber wissenschaftsspezifische Fallbeispiele für die Auslegung der Befangenheit darstellen.

Grundsätzlich anwendbar auf Berufungsausschüsse sind, sofern keine Sondervorschriften existieren, die – freilich ihrerseits recht rudimentären – §§ 88 ff. VwVfG. Allerdings existieren gerade im Hochschulbereich hierzu wichtige *leges speciales*: Während das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht die Wahl des Vorsitzenden aus der Mitte der Kommission zulässt,⁹ wird der Vorsitzende einer Berufungskommission entweder von dem zuständigen Fakultätsrat bestimmt oder kraft Amtes vom jeweiligen Dekan ausgeübt. Eine weitere Sondervorschrift stellt das Erfordernis der sog. „doppelten Mehrheit“ dar,¹⁰ die letztlich eine Konsequenz des ersten Hochschulurteils des Bundesverfassungsgerichts von 1972 ist:¹¹ Danach muss eine Berufsungsliste sowohl von der Mehrheit der in der Kommission agierenden Hochschullehrer (im materiellen Sinn) als auch von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder insgesamt angenommen sein.¹²

Eine ebenfalls sehr wichtige Abweichung von den Regelungen des VwVfG betrifft das Verbot des Umlaufverfahrens: Während nach §§ 88 VwVfG Ausschussentscheidungen mit Zustimmung aller Ausschussmitglieder im Umlaufverfahren getroffen werden können, ist dies im Berufungsverfahren abzulehnen. Zwar existieren hierzu keine ausdrückliche Spezialnormen in den Landeshochschulgesetzen. Doch beruht das Berufungsverfahren auf dem Prinzip diskursiver Entscheidungsfindung unter Anwesenden:¹³ Vorschläge und Argumente müssen von allen gegenüber allen geäußert werden, um eine multilaterale Auseinandersetzung mit jenen zu erzeugen. Ein Umlaufverfahren ist dagegen kein echter Diskurs, da die Argumente sukzessiv eingebracht werden und diejenigen, die sich zuerst geäußert haben, die späteren Meinungen noch nicht kennen können; Über-

dies besteht bei Umlaufverfahren (z.B. wegen Zeitdrucks) die Gefahr, dass sich spätere Meinungen den „Vorrednern“ inhaltlich einfach anschließen. Auch das OVG Münster hält ein auch nur teilweises Umlaufverfahren (bei abwesenden Kommissionsmitgliedern) für unzulässig. Ein hinreichender Informationsaustausch sei nicht gegeben, wenn die Mehrheit (hier: der Professoren) nicht an den Beratungen teilnimmt, in denen der für die sachgerechte Erstellung der Berufsungsliste erforderliche und mitentscheidende Austausch nach fachwissenschaftlicher Gesichtspunkte stattfindet.¹⁴ Eine Ausnahme ist nur bei verfahrensbegleitenden Akten zulässig, etwa bei Terminfindungen oder bei der Zustimmung zum Abschlussprotokoll.

Die Möglichkeit von Stimmrechtsübertragungen richten sich nach den örtlichen Verfahrenssatzungen (das kann die Grundordnung, aber auch eine gesonderte Berufsungsordnung sein). Allerdings dürfen die Stimmen nur innerhalb der Mitgliedergruppe vergeben werden. Darüber hinaus ist die Berufungskommission nicht beschlussfähig, wenn nicht die Mehrheit ihrer Mitglieder und die Mehrheit der Professorinnen und Professoren anwesend ist, unabhängig von der Anzahl der übertragenen Stimmen. Dabei sind allerdings – entsprechend den technischen Möglichkeiten – Videokonferenzen zulässig, da sie den diskursiven Zweck erfüllen; sie können sogar von Vorteil sein, um auswärtigen Mitgliedern die Teilnahme zu ermöglichen. Etwa nicht rechtswidrig, aber aus Gründen einer „Diskurshygiene“ dringend zu vermeiden, ist die Übertragung mehrerer Stimmen auf ein anderes Kommissionsmitglied. Im Gegenzug steht es den Hochschulen frei, strengere Regelungen einzuführen, z.B. Stimmrechtsübertragungen ganz auszuschließen, um so die zentrale Bedeutung von Berufsungen deutlich zu machen und ein „Nudging“ zur Teilnahme zu erzeugen.¹⁵

§ 93 VwVfG regelt den Mindestinhalt einer – verbindlichen – Niederschrift; grundsätzlich können sich weitere Anforderungen aus dem Hochschulrecht, aber auch aus dem Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) ergeben; die Dokumentation nicht nur der wesentlichen Ergebnisse, sondern auch die Erwägungen zur Vorauswahl der Kandidatinnen/Kandidaten, zur Bewertung ihrer Probevorträge und der auswärtigen Gutachten sind zu Beweis Zwecken¹⁶ schriftlich

9 Vgl. Henneke, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG, § 89 Rdn. 2; Ziekow, VwVfG, § 89 Rdn. 2 aE.

10 vgl. Art. 18 IV 2 BayHSchPG.

11 BVerfGE 35, 79 ff.

12 Vgl. Epping/Nölle, in: Epping (Hrsg.), NdsHG. Kommentar, 2016, § 26 Rdn. 108.

13 Anderheiden, Verfahrens- und Zurechnungsprobleme bei Um-

laufverfahren, in: VerwArch 97 (2006), S. 165.

14 OVG Münster, B.v. 9.2.2009 – 6 B 1744/08 – openjur.

15 So etwa die Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

16 Vgl. schon Amtl. Begr. (BT-Drs. 7/910, S. 96); VG Minden, MedR 1996, 469; Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 93 Rdn. 1; Ziekow, VwVfG, 4. Aufl. 201X, § 93 Rdn. 1.

festzuhalten, um den Bewerbungsverfahrensanspruch der ersteren gegebenenfalls durch eine Konkurrentenklage durchsetzen zu können.¹⁷ Außerdem muss diese Dokumentation für einzelne Auswahlsschritte zeitnah erfolgen, um die Beurkundungsfunktion zu sichern¹⁸; die erstmalige Begründung der Auswahl externer Gutachter im Abschlussbericht (Laudatio) nach 9 Monaten (!) ist zu spät, denn „Erinnerung verblasst, aus Erinnerung wird Rekonstruktion“.¹⁹ Weitere Sondervorschriften für die Zusammensetzung von Kommissionen können sich aus dem einschlägigen Gleichstellungsrecht ergeben; so verlangt z.B. das Landesgleichstellungsgesetz NRW die zwingende Teilnahme der Gleichstellungsbeauftragten oder ihrer Vertreter/in.²⁰

2. Besonderheiten bei „Gemeinsamen Berufungen“

Verfahrenstechnische Besonderheiten können sich bei sog. gemeinsamen Berufungen ergeben, die mittlerweile - hochschulpolitisch forciert - immer häufiger auftreten. Darunter versteht man die Besetzung von Leitungsfunktionen außeruniversitärer Forschungseinrichtungen, die zugleich – insbesondere wegen der Titelführungsbefugnis – eine Professur an einer kooperierenden Universität bekleiden.²¹ Hier können sowohl eine gemeinsame Berufungskommission (die Mitglieder der außeruniversitären Forschungseinrichtung integriert) oder zwei parallel tagende Kommissionen gebildet werden (vgl. § 5 2 GWK-Empfehlung), wobei auf die Professorenmehrheit zu achten ist. Im ersteren Fall erstreckt sich das Befangenheitsverdikt auf die Tätigkeit in oder eine Kooperation mit der entsprechenden Forschungsorganisation (Max-Planck-Gesellschaft, Leibniz-Gemeinschaft, Helmholtz Gemeinschaft, Fraunhofer-Gesellschaft). In der zweiten Alternative hat das Gremium der Hochschule stets das letzte Wort (§ 5 Abs. 4 GWK-Empfehlung). Handelt es sich universitär um eine Berufung auf Lebenszeit, hinsichtlich der Leitung des außeruniversitären Forschungsinstitutes aber um eine temporäre Aufgabe, müssen je nach zugrunde gelegtem Kooperationsmodell mögliche Rückfallrechte geregelt werden.

II. Gründe für Ausschluss und Befangenheit

1. Kommissionsmitglieder

Ein zentraler Punkt bei Berufungsverfahren sind die Regeln über Ausschluss und Besorgnis der Befangenheit. Da es sich – wie oben ausgeführt – um ein Verwaltungsverfahren i. S.d. § 9 VwVfG handelt, gelten hierfür die §§ 20, 21 VwVfG. Dabei begründen die Fälle des § 20 VwVfG einen Ausschluss kraft Gesetzes im Sinne einer unwiderleglichen Vermutung; ob im Einzelfall tatsächlich mangelnde Objektivität vorliegt, ist unerheblich. Der Katalog der Ausschlussgründe ist abschließend; weitere Fälle können nur nach § 21 VwVfG behandelt werden. In Berufungsverfahren dürften vor allem das Vorliegen einer Angehörigeneigenschaft nach § 20 Abs. 1 Zf. 2 i.V.m. Abs. 5 VwVfG zu prüfen sein: Darunter fallen (förmlich nach § 1297 BGB) Verlobte, Ehegatten (seit 2017 auch gleichgeschlechtliche), (zwischen 2001 und 2017 gemäß LPartG eingetragene) Lebenspartner, Verwandte und Verschwägte gerader Linie (§ 1589 S. 1 BGB), Geschwister und Geschwisterkinder sowie deren Ehegatten/Lebenspartner sowie Geschwister der Eltern (also Verwandte und Verschwägte dritten Grades (§ 1589 S. 3 BGB)²², Pflegeeltern und -kinder (§ 1688 BGB). Über das BGB hinaus sieht Satz 2 einen Ausschluss auch bei einigen beendigten Angehörigenbeziehungen vor, z.B. bei Geschiedenen.

Die zwingende Folge des Ausschlusses steht freilich im Widerspruch zu den Befangenheitsnormen der DFG, die in den DFG-Hinweisen 10.201 – 4/10 niedergelegt sind. Die dortigen Fälle des Ausschlusses geben über § 20 VwVfG hinaus. Daneben kennt die DFG „nur“ die Kategorie der im Einzelfall zu prüfenden Befangenheit (§ 21 VwVfG vergleichbar); zählt sie nur die Verwandtschaft 1. Grades (Kinder oder Eltern) zu den kritischen Fällen, im Gegenzug jedoch auch die eheähnliche Gemeinschaft, die von § 20 VwVfG nicht umfasst wird. Bei Kollisionen geht hier das VwVfG als Norm eindeutig vor. Dies gilt auch für § 21 VwVfG; allerdings können die DFG-Hinweise 10.201 – 4/10 insoweit als Auslegungshil-

17 OVG Berlin-Brandenburg, B.v.28.1.2012 – 6 S 50.11; VG Gera, B. v. 20.5.2016 - 1 E 1183/15.

18 Vgl. GmS-OGB, B.v.27.4.1993 – openJur 2011, 118008, Rdn. 15, 21.

19 VG Gera, B.v.20.5.2016 – 1 E 1183/15 – juris, Rdn. 69 f.

20 VG Düsseldorf, U.v.3.12.2015, 15 K 7734/13 – juris, Rdn. 86.

21 Vgl. zu den verschiedenen beamtenrechtlichen Modellen *Gemein-*

same Wissenschaftskonferenz (GWK), Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen, Materialien Heft 37 (2014); zitiert: *GWK-Empfehlung*.

22 Originellerweise ist die legendäre „Vetternwirtschaft“ kein Ausschlussgrund, da es sich dabei um Verwandtschaft im 4. Grad handelt.

fe für den Hochschulbereich herangezogen werden. In diesem Fall müssen allerdings Gründe, die geeignet sind, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu vermuten, stets durch eine Prüfung im Einzelfall belegt werden. Ein heikles Thema sind sexuelle Beziehungen, die jenseits von familienrechtlichen Verhältnissen und eheähnlichen (d.h. immerhin auf Dauer angelegten) Gemeinschaften vorliegen. Hier ist ein strenger Maßstab anzulegen und grundsätzlich Befangenheit i.S. § 21 VwVfG anzunehmen, umso mehr, als vor dem Hintergrund der *Me-too-Debatte* die Möglichkeit eines *Quid-pro-quo* nicht ausgeschlossen werden kann. Dies gilt auch (und erst recht) bei beendeten Beziehungen.

Typische Fälle aus dem akademischen Bereich, die sowohl unter § 21 VwVfG fallen als auch von den DFG-Hinweisen erfasst werden (allerdings verwenden die letzteren -wie erwähnt- den Begriff „Ausschluss“ abweichend vom Gesetz), sind etwa:

- eine bestehende oder geplante enge wissenschaftliche Kooperation, die ein „besonderes Näheverhältnis“ begründet; darunter fallen gemeinsame Forschungsvorhaben, insb. Drittmittelprojekte (die gemeinsame Mitgliedschaft in Forschergruppen, Sonderforschungsbereichen, Exzellenzclustern);
- gemeinsame Publikationen; dabei sind freilich disziplinspezifische Unterschiede in den Blick zu nehmen: Während in den Geistes-, teilweise auch in den Sozialwissenschaften die Einzelveröffentlichung dominiert und bei Mehrfachautorenschaft davon auszugehen ist, dass alle Genannten einen maßgeblichen Anteil geliefert haben (was eine enge wissenschaftliche Kooperation begründet), sind die Technischen und die Naturwissenschaften, auch die Medizin eher von Teamarbeit gekennzeichnet. Hier sind üblicherweise die an erster und vor allem an letzter Stelle genannten Autoren die eigentlichen Urheber der Publikation, während die dazwischen genannten Autoren oft nur wenig bedeutende, ja marginale Peripherarbeiten beigesteuert haben. Ein besonderes Näheverhältnis muss hier durch weitere Indizien unterlegt werden, etwa durch eine Lehrer-Schüler- oder zumindest eine Chef-Assistenten-Beziehung;
- gemeinsame Herausgabe wissenschaftlicher Werke;

- eine gemeinsame Assistentenzeit mit gemeinsamen Publikationen, gemeinsamen Gutachten, verbunden mit einer langjährigen, den Bereich des Beruflichen deutlich übersteigenden Freundschaft;²³
- Ein dienstliches und/oder akademisches Abhängigkeits- oder Betreuungsverhältnis; darunter fallen insbesondere Lehrer-Schüler-Verhältnisse (einschl. Postdocs), und hier namentlich Promotions- und Habilitationsverhältnisse.²⁴ Bei Juniorprofessoren/innen stellt auch die Tätigkeit als Mentor ein Betreuungsverhältnis dar. Die DFG nimmt bei solchen Verhältnissen als Mindestabstandsfrist einen Zeitraum bis sechs Jahre nach Ablauf an; Hochschulen sind allerdings nicht gehindert, in ihren Berufsordnungen auch längere Fristen vorzusehen. Zum Vergleich: Im außeruniversitären Evaluationsgeschäft sind nach den Regularien der Leibniz-Gemeinschaft Gutachter ausgeschlossen, deren „Näheverhältnis“ weniger als 10 Jahre zurückliegt.

Dagegen begründet noch kein „Näheverhältnis“, da zu den üblichen Austauschbeziehungen im wissenschaftlichen Diskurs gehörend:

- eine parallele Autorenschaft in einem wissenschaftlichen Sammelband;
- eine gewöhnliche Herausgeber-Autoren-Beziehung;
- gelegentliches berufliches Zusammenwirken, etwa in Kommissionen oder Arbeitsgruppen, bei parlamentarischen Anhörungen oder bei Begegnungen auf Tagungen;
- auch die Mitwirkung des Ehegatten des vorherigen Stelleninhabers in der Berufungskommission begründet ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine Befangenheit,²⁵ desgleichen nicht die gemeinsame Mitwirkung von Ehegatten in der Berufungskommission, auch nicht von geschiedenen, weil insofern keine gesteigerte Beziehung zum Bewerber/zur Bewerberin vorliegt;
- auch die frühere Mitwirkung an einem wegen Verfahrensfehlers abgebrochenen und wiederholten Verfahrens begründet für sich keine Befangenheit, da insoweit zum einen von einem professionellen Umgang der Kommissionsmitglieder mit Verfahrensrügen auszugehen ist und ansonsten ein Ersatzverfahren nahezu unmöglich wäre.²⁶

23 OVG Greifswald, B.v.21.4.2010 – 2 M 14/10 – openJur 2012, 55244, Rdn. 30.

24 Etwas enger VG Düsseldorf, U.v.3.12.2015, 15 K 7734/13 – juris, Rdn. 78: Nicht schon wg. Funktion als solcher, jedoch bei fünfjähriger Zusammenarbeit mit anschließender summa-cum-

laude-Promotion. Besser ist aber, eine grundsätzliche Befangenheit anzunehmen.

25 VG Hannover, B.v.19.6.2003 – 6 B 2398/03 – openJur 2012, 39868, Rdn. 80 f.

26 HambOVG, B.v.9.10.1998 – 1 Bs 214/98 – juris, Rdn. 5 f.

Sowohl nach § 21 VwVfG als auch nach den DFG-Hinweisen 10.201 – 4/10, Zf.5 ist es unzulässig, den Doktor-/Habitationsvater bzw. die -mutter als externen Gutachter zu benennen, sowohl bei Einzelgutachten, als auch – was unmittelbar einleuchtend ist, als vergleichenden Gutachter. Rechtsprechung und Literatur hatten diese früher weit verbreitete Praxis gebilligt, weil die „Lehrer“ eine vertiefte Einsicht über den Kandidaten/die Kandidatin hätten²⁷; diese Ansicht ist jedoch heute zu Gunsten der akademischen „Hygiene“ eindeutig abzulehnen.

2. Externe Gutachter

Die vorgenannten Grundsätze gelten auch hinsichtlich der möglichen Befangenheit auswärtiger Gutachter. So muss die Auswahl der auswärtigen Fachgutachter wegen des Zeitfaktors idealerweise bereits in den Sitzungsprotokollen begründet werden, nicht erst im abschließenden Bericht (s.o.). Fragen einer möglichen Befangenheit von Gutachtern müssen vor ihrer Bestellung vom Kommissionsvorsitzenden geklärt werden. Dieser muss zwar keine anlasslosen Nachforschungen anstellen, muss jedoch im Auge haben, ob sich Befangenheitsgründe wie insbesondere gemeinsame Projekte oder Publikationen aus den Bewerbungsunterlagen ergeben. Diese Prüfungspflicht des Vorsitzenden ergibt sich auch ohne eigene Regelung in der Grundordnung bzw. Berufungsordnung, da sie letztlich unmittelbar aus den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren folgt.²⁸

III. Verfahren bei Ausschluss und Befangenheit

Verfahrensmäßig kann eine Befangenheitsprüfung einmal durch die Selbstanzeige eines Betroffenen an den Vorsitzenden der Berufungskommission erfolgen (so der in § 20 Abs. 4, § 21 Abs. 2 VwVfG geregelte Normalfall). Dagegen haben andere Ausschussmitglieder, die die Objektivität von Co-Mitgliedern bezweifeln, kein subjektives Recht, das Verfahren nach § 20 Abs. 4 VwVfG anzustoßen, da sie ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig sind; auch die externen Gutachter haben dieses Recht nicht. Es gibt also kein subjektives Recht, „von befangenen Kollegen verschont zu bleiben“. Unabhängig davon obliegt dem Vorsitzenden die Pflicht, bei erhobenen Vorwürfen nach pflichtgemäßem Ermessen über die

Einleitung des Verfahrens nach § 20 Abs. 4 VwVfG zu entscheiden; letztlich folgt dies aus der Verantwortlichkeit für die Sitzungsleitung (§ 89 VwVfG).

Etwas anders stellt es sich aus der Sicht der Bewerber/innen dar. Deren subjektiver Bewerbungsverfahrenanspruch umfasst auch das Recht auf nicht gesetzlich ausgeschlossene bzw. unbefangene Kommissionsmitglieder. Dem korrespondiert grundsätzlich ein Rügerecht während des Verfahrens. Fraglich sind die Folgen, wenn keine Rüge erhoben wird (sog. „rügeleose Einlassung“); die Rechtsprechung nimmt dann teilweise eine Verwirkung des Rügerechts in analoger Anwendung des § 71 Abs. 3 VwVfG an, in dem sich ein allgemeiner Verfahrensgrundsatz manifestiere.²⁹ Das ist jedoch abzulehnen: § 71 Abs. 3 VwVfG stellt gerade eine Sondervorschrift in einem Verfahren dar, das nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durchzuführen ist (§ 63 Abs. 1 VwVfG). Dies ist bei Berufungsverfahren nicht der Fall, auch wenn diese formalisierter ablaufen als einfache Verfahren i. S. d. § 9 VwVfG. Für eine Analogie ist daher schon das Vorliegen einer Lücke fraglich; in jedem Fall fehlt jedoch die Vergleichbarkeit, da es sich beim förmlichen Verfahren um ein gerichtsähnliches Verfahren handelt (vgl. insbesondere §§ 65, 67 VwVfG), das völlig anders strukturiert ist als ein Berufungsverfahren. „Formalisiert“ heißt also nicht „förmlich“. Als Ausnahmevorschrift in einem Spezialverfahren muss § 71 Abs. 3 VwVfG daher eng ausgelegt werden („singularia non sunt extendenda“)³⁰ und taugt somit nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Überdies wäre die Annahme einer rügeleosen Einlassung eine erhebliche Schwächung der Rechtsposition eines Bewerbers, der die Umstände einer Befangenheit oft gar nicht erkennen oder bewerten kann oder eine solche nicht moniert, um seine Chancen nicht zu schmälern.

Löst eine Anzeige das Verfahren nach § 20 Abs. 4 Satz 2 und 3 VwVfG aus, so entscheidet die Berufungskommission selbst, nicht etwa der einsetzende Fakultätsrat oder der Dekan. Die Kommission entscheidet gemäß § 91 mit Stimmenmehrheit (die „doppelte Mehrheit“ ist hier nicht notwendig); eine geheime Abstimmung ist hier nicht nötig. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden, wenn er in der Berufungskommission – wie regelmäßig – stimmbe-

27 So noch OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris, Rdn. 13, unter Berufung auf *Krüger/Leuze* in: Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, 2000, § 45 HRG, Rdn. 22.

28 *Wernsmann/Gatzka*, Befangenheit im Berufungsverfahren bei der Neubesetzung einer Professorenstelle, DÖV 2017, 609.

29 OVG Greifswald, B.v.21.4.2010 – 2 M 14/10 – openJur 2012, 55244, Rdn. 35 f./OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris, Rdn. 11.

30 Vgl. statt vieler *Würdinger*, Die Analogiefähigkeit von Normen, AcP 206 (2006), S. 946 (956 ff.); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 4 Rdn. 123 sowie 140 ff. (für das Europarecht).

rechtigt ist³¹, ansonsten gilt Stimmengleichheit als Ablehnung. Scheidet ein Mitglied der Kommission nach § 20 Abs. 4 Satz 2 VwVfG aus, so ist eine Nachnominierung durch den Fakultätsrat/Fachbereichsrat zulässig, sogar noch nach den Probevorträgen.³² Die Nachnominierung ist als solche nicht zwingend, kann aber geboten sein, um ausreichende Fachkompetenz sicherzustellen.

Hat die Berufungskommission nach § 20 Abs. 4, § 21 Abs. 2 VwVfG eine Entscheidung über einen Ausschluss getroffen, darf das Mitglied nicht mehr an der Entscheidung mitwirken und bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht mehr zugegen sein (§ 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG). Der Verzicht auf das Stimm- oder Rederecht reicht nicht aus³³, auch eine Präsenz als stiller Zuhörer etwa bei den Probevorträgen ist nicht zulässig – selbst wenn diese fakultätsöffentlich sind. Allein die Präsenz des Ausgeschlossenen könnte Einfluss auf Fragenstellung und Diskussion der verbliebenen Kommissionsmitglieder haben,³⁴ namentlich wenn es sich um ein „Alpha-Tier“ der Fakultät handelt.

Unklar sind die Rechtsfolgen, wenn die Befangenheit im Laufe des Verfahrens nachträglich „wegfällt“. Ein Beispiel: Auf eine ausgeschriebene Stelle bewirbt sich ein Schüler eines Kommissionsmitglieds, das damit nach § 20 Abs. 4 VwVfG ausgeschlossen wird. In der ersten Auswahl Sitzung wird der Schüler jedoch „aussortiert“. Entfällt damit der Ausschlussgrund und „lebt“ die Kommissionsmitgliedschaft dann wieder auf, bzw. kann die Kommission dies zumindest durch einen „actus-contrarius“-Beschluss bewirken? Diese Konstellation ist vor allem in „kleinen Fächern“ von erheblicher Bedeutung, die in Deutschland nur an wenigen Standorten vertreten sind und die deshalb naturgemäß eine besonders hohe Dichte an persönlichen Beziehungen und Vernetzungen aufweisen (z. B. Theaterwissenschaften, Assyriologie, Sinologie). Oft scheidet mit dem „Lehrer“ dann gerade die Person aus, die die größte einschlägige Fachkunde besitzt. Der Wegfall der Befangenheit ist in der Kommentarliteratur – soweit ersichtlich – nicht thematisiert. Jedoch sprechen die besseren Argumente gegen ein Wiederaufleben. So verweisen §§ 88, 21 Abs. 4 vollinhaltlich auf § 20 Abs. 4 VwVfG, der nach seinem eindeutigen Wortlaut eine nichtrevidierbare Entscheidung anordnet. Auch inhaltlich endet die Befangenheit nicht notwendig mit dem Ausscheiden des „Nähekandidaten“; im Gegenteil ist es denkbar, dass der „zurückgekehrte“ Lehrer eines ausgeschiedenen Schülers diesen Umstand als Af-

front gegenüber sich selbst verstehen könnte und dann Retourkutschen im weiteren Verfahren fahren könnte. Schließlich gilt auch in anderen Verfahrens- und Prozessordnungen der Grundsatz „Exit means Exit“, d.h. eine Rückkehr der einmal ausgeschiedenen Person im gleichen Verfahren ist nicht möglich. Dies mag teilweise zu schwierigen Konstellationen führen, ist aber als rechtsstaatlichen Tribut hinzunehmen.

IV. Rechtsfolgen

1. Rechtsfolgen eines nicht erfolgten Ausschlusses

Eine Heilung von Beschlüssen, die unter Verletzung der §§ 20, 21 VwVfG zustande gekommen sind, ist nur nach § 45 Abs. 1 Zf. 4 VwVfG möglich: Danach muss eine neue Kommissionssitzung anberaumt werden (gegebenenfalls nach Nachnominierung durch einen Fakultätsratsbeschluss) und ein Beschluss nach § 20 Abs. 4 VwVfG nachgeholt werden. Sodann ist erneut in die Beratung einzutreten und ein neuer Listenvorschlag zu beschließen (§ 45 Abs. 1 Zf. 4 VwVfG). Das Gleiche gilt bei Tätigkeit eines ausgeschlossenen oder befangenen Gutachters. Als *ultima ratio* ist das Verfahren, wenn die Situation völlig verfahren oder die der Kreis möglicher Nachrücker erschöpft ist, abzubrechen. In jedem Fall wird deutlich, dass Fragen der Befangenheit *ex ante* mit größtmöglicher Akkuratess zu behandeln sind, da – wenn eine Heilung möglich ist – diese meist mit einem erheblichen Zeitverlust einhergeht.

2. Rechtsfolgen eines unbegründeten Ausschlusses

Erfolgt im Gegenzug ein unbegründeter Ausschluss eines Kommissionsmitglieds, weil fälschlicherweise die Besorgnis der Befangenheit nach § 21 VwVfG bejaht worden ist, folgt daraus nicht per se die Rechtswidrigkeit der Entscheidung, da die Objektivität der restlichen Kommission dadurch ja nicht beeinträchtigt wird, solange die Fachkompetenz (noch) ausreichend vertreten ist.

3. Rechtsschutzfragen

Betroffene Bewerber können sich immer unter Berufung auf die Verletzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs durch die genannten Verfahrensfehler gerichtlich wehren; allerdings können diese nicht isoliert, sondern gemäß § 44a VwGO nur im Zusammenhang mit der Anfechtung der inhaltlichen Auswahlentscheidung geltend gemacht werden. Eine Heilung von Befangen-

31 Die Grundordnung bzw. Berufsordnung kann hiervon allerdings abweichen und auch weitere Abstimmungsmodi vorsehen, etwa die Reihenfolge der Abstimmung.

32 OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – ju-

ris, Rdn. 10.

33 BVerwG, U.v. 30.5.1984 – 4 C 58.81 – juris, Rdn. 43; VG Düsseldorf, U.v.3.12.2015, 15 K 7734/13 – juris, Rdn. 74.

34 Ebenso Ziekow, VwVfG, § 20 Rdn. 21.

heitsfehlern kommt – wie erwähnt – nur nach § 45 Abs. 4 VwVfG in Betracht.

Ob sich Mitglieder einer Berufungskommission gegen ihren Ausschluss nach § 20 Abs. 4, § 21 Abs. 2, § 88 VwVfG wehren können, ist umstritten. Fraglich ist hier schon die statthafte Klageart: Mangels Außenwirkung scheidet hier jedenfalls die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO aus. Statthaft wäre wohl allein ein Hochschulverfassungsstreit,³⁵ der auf eine allgemeine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO hinausläuft. Allerdings stellt sich hier die Frage, ob das Mitglied gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog in eigenen organschaftlichen Rechten verletzt ist. Nach überwiegender Meinung dient die Tätigkeit in einer Berufungskommission ausschließlich objektiven Zwecken und vermittelt keine subjektiven Rechtspositionen.³⁶ Es gibt damit kein Recht eines Mitglieds einer Berufungskommission auf Freiheit der Kommission von befangenen Mitgliedern oder auf Fortbestand einer „unbefangenen“ Kommission; der Ausschluss eines anderen Mitglieds kann damit nicht erzwungen werden.

Desgleichen können sich wegen Befangenheit ausgeschlossene externe Gutachter nicht auf eine verletzte Rechtsposition berufen,³⁷ es sei denn, der Ausschluss wegen Befangenheit hätte zugleich kompromittierenden Charakter und führte zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Ansonsten besteht die einzige Möglichkeit der Reaktion dann wohl in einem Rücktritt.

Nach wie vor ist es häufig üblich, bei Anfragen unterlegener Bewerber unter Hinweise auf einen diffus verstandenen Datenschutz weder Einsicht in die Laudatio bzw. die externen Gutachten zu gewähren noch die Identität der Gutachter preiszugeben. Beides ist indes klar rechtswidrig. § 29 VwVfG gestattet eine Akteneinsicht noch während des laufenden Verfahrens, das nicht mit dem Ruf, sondern erst mit der Ernennung abgeschlossen wird. Ausnahmegründe nach § 29 Abs. 2 VwVfG sind nicht erkennbar, da nicht ersichtlich ist, wieso die Akteneinsicht die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung beeinträchtigen sollte. Auch besteht kein öffentliches Interesse an der Geheimhaltung von Gutachternamen. Das Bundesverwaltungsgericht hat 2017 in einem vergleichbaren Fall ein Geheimhaltungsinteresse nach § 29 Abs. 2 VwVfG bzw. § 99 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 VwGO verneint, weil ein

Nachteil für das Wohl des Bundes und des Landes schlicht nicht ersichtlich seien.³⁸ Insbesondere wird das häufige geäußerte Argument, dass eine Offenlegung von Gutachternamen deren Rekrutierung erschwere, für nicht tragfähig erklärt. Das ist auch in der Sache richtig: Wer sich als Gutachter öffentlichkeitswirksam (und reputationsfördernd!) zur Verfügung stellt, sollte dafür auch mit seinem Namen geradestehen und sich nicht verstecken. Die Anonymität von Gutachtern ist kein allgemein anerkanntes akademisches Prinzip.

V. Besonderheiten bei *Tenure-Track* (TT)-Berufungen

Besonderheiten ergeben sich bei den mittlerweile weitgehend anerkannten *Tenure-Track*-Berufungen. Sie stellen im Prinzip Hausberufungen dar, die früher teilweise zur Vermeidung akademischer „Inzucht“ kategorisch ausgeschlossen wurden. Allerdings haben die prekären Beschäftigungsverhältnisse des wissenschaftlichen Nachwuchses, insbesondere die mangelnde Aussicht auf Professuren trotz hoher Qualität schon seit langem ein Umdenken gefordert, und zu einer Übernahme des aus dem anglo-amerikanischen Hochschulbereich stammenden *Tenure-Track*-Modells geführt. Maßgeblichen Einfluss hatten dabei die „Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses“ des Wissenschaftsrats von 2001 sowie die „Empfehlungen zu Karrierezielen und – wegen an Universitäten“ vom 11.7.2014,³⁹ in denen die Einrichtung verlässlicher Karriereperspektiven durch die verbindliche (nicht nur optionale) Inanspruchnahme einer unbefristeten C 3- (jetzt W2)- Stelle auf der Grundlage eines internen Evaluationsverfahrens gefordert wurde. Zunächst als Alternative zur Habilitation gedacht, und daher beschränkt auf Juniorprofessoren/innen nach dem 2002 geänderten Hochschullehrerdienstrecht,⁴⁰ wurde das Modell nach einigen Modellversuchen auch auf habilitierte, auf 6 Jahre befristete W2-Professoren mit der TT-Option auf Übertragung einer unbefristeten W3-Stelle ausgedehnt.⁴¹ Dass die Zielstelle als solche nicht mehr ausgeschrieben wird, ist kein Verstoß gegen das Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG;⁴² die Ausschreibung der Eingangsstelle mit der verbindlichen TT-Option ist als vorverlagerte Bestenauslese mit Prognoseelement zulässig.⁴³ Konkret heißt das, dass bei positiver Evaluation ein Anspruch auf

35 Ausf. hierzu *Wendelin*, Der Hochschulverfassungsstreit, 2010 S. 133 ff.

36 OVG Berlin B.v.29.11.2004 – 8 S 146.04 – juris, Rdn. 4; die Auffassung des VG Hannover, B.v.19.6.2003 – 6 B 2398/03 – juris, Rdn. 55, dürfte hingegen als veraltet anzusehen sein.

37 OVG Berlin B.v.29.11.2004 – 8 S 146.04 – juris, Rdn. 3.

38 BVerwG, B. d. Fachsenats v. 10.1.2017 – 20 F 3.16 – juris; dazu auch *Danz*, *OdW* 2018, 291 ff.

39 WR/Drs. 4009/14, S. 42 ff.

40 5. HRGÄndG v. 16. Februar 2002 (BGBl. I S. 693).

41 Vgl. etwa § 26 Abs. 1 a) NHG; § 38 HG NRW. Auch ein TT von einer Juniorprofessur direkt auf eine W 3-Professur ist hochschulrechtlich möglich.

42 So auch BVerwGE 49, 232 (242 f.); 56, 324 (327 f.).

43 *Hartmer*, in *ders./Detmer* (Hg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, 5. Kap, Rdn. 125.

Übernahme auf die unbefristete Stelle besteht (arg. e. § 4 VV); die Konstruktion ist somit einem Beamtenverhältnis auf Probe (§ 4 Abs. 3 BeamtStG) vergleichbar⁴⁴, obwohl die Juniorprofessur eine Verbeamtung auf Zeit ist. Prozessual ist der Anspruch auf Übernahme mit der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 2. Alt. VwGO) durchsetzbar. Negative Evaluationsentscheidungen sind hingegen durch die Anfechtungs- oder die allgemeine Feststellungsklage überprüfbar.⁴⁵

Um so wichtiger ist, dass das Evaluationsverfahren mit größtmöglicher Objektivität verläuft.⁴⁶ Für das 2016 von Bund und Ländern aufgelegte „1000-Tenure-Track-Professoren-Programm“⁴⁷ wird in § 4 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung (VV) vom 16.6.2016 bestimmt (Auszug):

- Die Strukturen, Verfahren und Qualitätsstandards für Tenure-Track-Professuren sind satzungsförmig zu regeln.
- Der Übergang auf eine dauerhafte Professur setzt eine erfolgreiche, qualitätsgesicherte Evaluierung nach bei Berufung klar definierten und transparenten Kriterien voraus. Die Evaluierung dient der Überprüfung, ob die bei der Berufung definierten Leistungen erbracht wurden und ob die für die jeweilige dauerhafte Professur notwendige fachliche und pädagogische Eignung vorliegt. Zur Orientierung über den weiteren Karriereweg kann eine Zwischenevaluierung vorgesehen werden. Die für Berufungsverfahren geltenden Qualitätsstandards sind auf die Evaluierung zu übertragen.

Danach müssen Größe und Zusammensetzung der Evaluierungskommissionen satzungsmäßig geregelt sein (wobei landesgesetzliche Vorschriften über die Gruppenrepräsentanz zu beachten sind⁴⁸). Hier ergibt sich freilich ein gewisser gesetzlicher Wertungswiderspruch: Während der „Bewährungsphase“ soll der Juniorprofessor/die Juniorprofessorin ja bewusst seine Integrationsfähigkeit in die Fakultät /den Fachbereich nachweisen, was zwangsläufig die Zusammenarbeit mit den Kollegen und Kolleginnen, die Durchführung gemeinsamer Pro-

jekte (gerade auch im Drittmittelbereich) und sonstige Kontakte umfasst. Das wird aber ebenso unausweichlich dann zum Problem, wenn es um die Besetzung der internen Evaluierungskommission (egal ob für die Zwischen- oder Schlussevaluation) geht. Die regelmäßig in den *Tenure-Track*-Satzungen vorgesehenen Mentoren*innen) oder die Mitglieder eines kollektiven vorgesehenen Mentorats stehen ohne Zweifel in einem Näheverhältnis i.S. d. § 21 VwVfG und scheiden daher für die Evaluierungskommission aus (s.o.). Die oben bei Berufungsverfahren aufgezählten Befangenheitskriterien können darüber hinaus bei einer erheblichen Anzahl der einschlägigen Fachvertreter gegeben sein (Das ist der Unterschied zu „normalen“ Bewerbungsverfahren, in denen der Bewerber/die Bewerberin eben noch nicht Fakultätskollege/in ist!). Eine strenge Auslegung der §§ 20, 21 VwVfG oder der DFG-Hinweise kann hier zur Blockade des Verfahrens führen. Daher sind die Fakultäten bzw. Fachbereiche (und im Besonderen wieder die „kleinen“) gut beraten, wenn sie sich bereits zu Beginn der Juniorprofessur darüber Gedanken machen, wer in einer späteren Evaluierungskommission sitzen könnte; diese Personen müssten sich dann mit Kooperationen zurückhalten, was eigentlich der Intention widerspricht, dass die Juniorprofessoren/-professorinnen ihre Aufgabe selbstständig wahrnehmen⁴⁹ und auch korporationsrechtlich im Kreis des Kollegiums gleichrangig sein sollen. Das ist ein Webfehler der ganzen Konstitution „Tenure-Track“, der durch die Beteiligung externer Gutachter nur abgemildert werden kann. Eventuell kann man, da sich mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz und dem jeweiligen Landeshochschulgesetz gleichrangige Normen „gegenüberstehen“, die Befangenheitsvorschriften im Lichte des Zwecks des TT im Sinne praktischer Gesetzeskonkordanz auslegen;⁵⁰ da erstere jedoch weithin unmittelbarer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips sind, bleibt der Spielraum hier beschränkt. Zu empfehlen ist, die Kriterien der Befangenheit in der *Tenure-Track*-Satzung über § 21 VwVfG und die DFG-Hinweise hinaus zu spezifizieren.

44 Vgl. dazu BVerwGE 85, 177 (184).

45 BVerwG, B.v.10.1.2017 – BVerwG 20 F 3.16, Urteilsumdruck, Rdn. 11.

46 Leitbild des Wissenschaftsrates ist ein transparentes, objektives, qualitätssicherndes, wettbewerbsorientiertes und straffes Berufungsverfahren (Hervorhebung d. Verf.).

47 Ermöglicht durch die Änderung des Art. 91b GG durch 60. GGÄndG v. 23.12.2014 (BGBl. I, 2438).

48 Vgl. z.B. § 46 IV BerlHG.

49 VV vom 16.6.2016, § 4 Abs. 1 tiret 6.

50 Ähnlich *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017 609 (617).

VI. Fazit

Das Berufungsverfahren ist das Kernstück der akademischen Selbstergänzung. Vor dem Hintergrund der wissenschaftlichen Profilbildung und -entwicklung im Wettbewerb der Hochschulen um die besten Köpfe ist eine akkurate, gründliche und gewissenhafte Durchführung durch alle Beteiligten unverzichtbare Bedingung und Ausdruck des akademischen Respekts gegenüber allen Bewerbern und Bewerberinnen.

Professor Dr. Max Emanuel Geis ist Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg sowie Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

Gisela Riescher und Tobias Haas

Verbindlich und kompakt. Der neue DFG-Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“

2019 hat die DFG einen Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ beschlossen. Der folgende Beitrag stellt den Kodex vor, erörtert Neuerungen und Unterschiede gegenüber den Vorgängerdokumenten, beleuchtet einige Inhalte näher, die für die Praxis von besonderer Relevanz sind und geht auf die Frage der Verbindlichkeit des Dokuments ein.

I. Vorgeschichte und Entstehung

Am 3. Juli 2019 hat die Mitgliederversammlung der Deutschen Forschungsgemeinschaft einen neuen Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ verabschiedet. Er knüpft an die Denkschrift „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ an, die 1998 von der DFG herausgegeben und 2013 in einer ergänzten Auflage verbreitet worden war. Die Denkschrift von 1998 schloss seinerzeit – zusammen mit der ebenfalls 1998 von der Hochschulrektorenkonferenz verabschiedeten Empfehlung „Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“¹ – eine Regelungslücke. Bis dahin gab es keine zentralen Referenzwerke, die die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis umfassend dargestellt oder den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten flächendeckend geregelt hätten. Notwendig geworden war diese Denkschrift 1998, weil ein ausgedehnter Forschungs-skandal die Wissenschaft aufgerüttelt und extrem verunsichert hatte. Über Jahre hinweg waren an der Ulmer Universitätsklinik Fälle von Datenmissbrauch und Forschungsmanipulationen möglich gewesen, die nun an die Öffentlichkeit drangen und untersucht wurden. Das Vorwort der Denkschrift ging auf diesen „im In- und Ausland breit diskutierte[n] Fall wissenschaftlichen Fehlverhaltens“ ein, griff die Fragen auf, die die Öffent-

lichkeit aufwarf und der sich das Wissenschaftssystem zu stellen hatte.² Es ging darum, „Ursachen von Unredlichkeit im Wissenschaftssystem nachzugehen, präventive Gegenmaßnahmen zu diskutieren, die existierenden Mechanismen wissenschaftlicher Selbstkontrolle zu überprüfen und Empfehlungen zu ihrer Sicherung zu geben“.³

Aus heutiger Sicht besonders hervorstechend war die Frage, ob „ein Eingreifen des Staates erforderlich“ sei, „um die staatlich finanzierte Wissenschaft und die auf ihre Ergebnisse angewiesene Öffentlichkeit vor missbräuchlichen Praktiken zu schützen“.⁴ Die Argumentation der Denkschrift ging im Folgenden dahin, dass die Wahrung guter wissenschaftlicher Praxis, die Vermittlung und die Einhaltung der Regeln wissenschaftlichen Arbeitens „eine Kernaufgabe der Selbstverwaltung der Wissenschaft“ sei.⁵ Anders als in anderen Ländern erfolgt die Untersuchung wissenschaftlichen Fehlverhaltens deshalb in Deutschland heute in erster Linie durch Einrichtungen der akademischen Selbstverwaltung – nicht durch staatliche Stellen oder Gerichte. In der Folge der DFG-Denkschrift von 1998 und der HRK-Empfehlungen aus dem gleichen Jahr entwickelten viele deutsche Wissenschaftsorganisationen Leitlinien, Kodizes und Richtlinien oder überarbeiteten bereits vorliegende Regelungen.⁶ Die Universitäten und Hochschulen nahmen die DFG-Empfehlungen in ihre Regeln auf und gaben sich, wie z.B. die Universität Freiburg 2011, eine „Ordnung zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft“.⁷ Es wurden Maßnahmen ergriffen, um präventiv gute wissenschaftliche Praxis zu schützen und in Verdachtsfällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens die erforderlichen Untersuchungen kompetent durchführen zu können. Auch wenn bei Untersuchungsfällen gelegent-

1 „Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen“ (Empfehlung der HRK von 1998).
2 „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 6 (Vorwort der ersten Auflage).
3 „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 6 (Vorwort der ersten Auflage).
4 „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 13.
5 „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 13.

6 Vgl. beispielsweise „Empfehlungen zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis in den Institutionen der Leibniz-Gemeinschaft“ vom 19.11.1998, „Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ der Max-Planck-Gesellschaft vom 24.11.2000, „Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und Verfahren bei wissenschaftlichem Fehlverhalten“ der Helmholtz-Gesellschaft vom 9.9.1998.
7 „Ordnung der Albert-Ludwigs-Universität zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft“, einsehbar unter: http://www.uni-freiburg.de/forschung/redlichkeit_in_der_wissenschaft (15.11.2019).

lich die lange Dauer der Verfahren kritisiert wird, so zeigt sich doch die Wirksamkeit der universitären Selbstkontrolle. Die hochschulinterne Problemlösungskompetenz von Ombudspersonen und Untersuchungskommissionen wird sehr hoch eingeschätzt, verbinden diese Institutionen der akademischen Selbstkontrolle doch in ausgesprochen hohem Maße Fachkompetenz mit Erfahrung und der nötigen Unabhängigkeit. Vor dem Hintergrund dessen, was die Denkschrift von 1998 hinsichtlich Etablierung von Regeln, Maßnahmen und Institutionen ausgelöst hat, war sie sicher ein Meilenstein. Die Denkschrift bildet eines der wesentlichen Fundamente für das heute etablierte, im Grundsatz breit akzeptierte System wissenschaftlicher Selbstverpflichtung und Selbstkontrolle.⁸

Dieses System bedurfte und bedarf allerdings auch immer wieder der Fortentwicklung. So forderten in den Jahren nach der Jahrtausendwende aufgedeckte Fälle wissenschaftlichen Fehlverhaltens ein Wissenschaftssystem heraus, das sich zwar der Wahrheit verpflichtet sah, aber in manchen Bereichen etwas zu selbstsicher und zu unkontrolliert agierte. Die durch VroniPlag Wiki aufgedeckten Plagiatsfälle prominenter Politiker*innen und Vorwürfe von Nichtreproduzierbarkeit und Datenmanipulationen sorgten für dringenden Handlungsbedarf. Als die DFG im September 2013 ihre Denkschrift aus dem Jahre 1998 ergänzte, war vor allem bemerkenswert, dass das Vorwort der Neuauflage nun mit einem eindringlichen Appell beginnt, der wissenschaftliche Redlichkeit als eine fundamentale Haltung in der Wissenschaft versteht:

„Wissenschaft gründet auf Redlichkeit. Diese ist eine der wesentlichen Prinzipien guter wissenschaftlicher Praxis und damit jeder wissenschaftlichen Arbeit. Nur redliche Wissenschaft kann letztlich produktive Wissenschaft sein und zu neuem Wissen führen. Unredlichkeit dagegen gefährdet die Wissenschaft. Sie zerstört das Vertrauen von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern untereinander sowie das Vertrauen der Gesellschaft in die Wissenschaft, ohne das wissenschaftliche Arbeit ebenfalls nicht denkbar ist.“⁹

2018 – zwei Jahrzehnte nach der Veröffentlichung der Denkschrift – ist die DFG schließlich zur Überzeugung gekommen, dass zwischenzeitlich – wie ihr Präsident Pe-

ter Strohschneider im Vorwort zum neuen Kodex schreibt – „vielfältige Veränderungen im wissenschaftlichen Arbeiten“¹⁰ eingetreten sind, die eine grundlegende Überarbeitung der DFG-Regeln erforderlich machten. Neue Entwicklungen im Publikationswesen (beispielsweise Pseudo-Zeitschriften) oder die durch die Digitalisierung veränderten Rahmenbedingungen (beispielsweise Open Science) waren Anlass, die bisherige Denkschrift in einen neuen Kodex zu überführen.¹¹ Dazu wurde eine zehnköpfige Kommission zur Überarbeitung gebildet, die im August 2018 unter Leitung von Marlis Hochbruck ihre Arbeit aufnahm. Die Kommission verzweigt sich in mehrere Unterkommissionen und erarbeitete innerhalb weniger Monate den neuen Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, der im März 2019 die Zustimmung des Senats der DFG fand, im Juli von der Mitgliederversammlung verabschiedet wurde und am 1. August 2019 in Kraft trat.

II. Aufbau und Struktur

Hinsichtlich des Aufbaus gliedert sich der Kodex in 19 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“. Die ersten sechs Leitlinien stehen dabei unter der Überschrift „Prinzipien“ und sollen allgemeine Grundsätze formulieren. Allerdings ist diese Zuordnung nicht unbedingt konsistent. Fasst man unter einem Prinzip Regeln oder Grundsätze, so gilt dies für den gesamten Kodex. Versteht man darunter mehr im philosophischen Sinn eine zugrunde liegende Idee oder das Prinzip, nach dem etwas wirkt, dann sind die Leitlinien 4 zu Arbeitseinheiten und 6 zu Ombudspersonen nicht optimal zugeordnet. Es folgen elf Leitlinien, die unter der Überschrift „Forschungsprozess“ stehen. Sie stellen den größten Teil der Leitlinien dar und machen konkrete Vorgaben, wie der Forschungsprozess entlang der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis aussehen soll. Den Abschluss bilden zwei Leitlinien zum Vorgehen bei wissenschaftlichem Fehlverhalten. Hier geht es um den Schutz von Hinweisgebenden und von einem Verdacht Betroffenen sowie um Regeln zum Verfahren der Überprüfung von möglichem Fehlverhalten.

Strukturell verfolgt der Kodex einen mehrdimensionalen Ansatz mit drei, hinsichtlich des Abstraktionsni-

8 Vgl. Tobias Haas, Wer entscheidet, was redlich ist? Zur Untersuchung von Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens in Deutschland, einsehbar unter: <https://www.theorieblog.de/index.php/2019/04/wer-entscheidet-was-redlich-ist-zur-untersuchung-von-faellen-wissenschaftlichen-fehlverhaltens-in-deutschland/> (15.11.2019). Zur Möglichkeit, Fälle wissenschaftlichen Fehlverhaltens im Wege akademischer Selbstkontrolle zu prüfen, siehe bereits das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.12.1996 (BVerwG 6 C 5.95).

9 „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 8.

10 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 3.

11 Vgl. „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 3.

veaus unterschiedlichen Ebenen. Die erste Ebene bilden die Leitlinien selbst, die verbindlich, aber recht abstrakt die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis festlegen. Auf der zweiten Ebene folgen „Erläuterungen“, die jede der Leitlinien näher ausbuchstabieren, erweitern und konkretisieren. Diese Erläuterungen sind integraler Bestandteil des Kodex, in der Druckfassung des Kodex enthalten und sollen die gleiche Verbindlichkeit genießen wie die Leitlinien selbst: Die Hochschulen setzten, so fordert es der Kodex, „sowohl Ebene eins als auch Ebene zwei der Leitlinien [...] rechtsverbindlich um“.¹² Auf einer dritten Ebene sollen schließlich ergänzende Informationen zu den Leitlinien zur Verfügung gestellt werden, die auch fachspezifische Ausführungen, FAQs und Fallbeispiele enthalten sollen. Diese Ausführungen sollen im Internet bereitgestellt und dynamisch fortentwickelt werden. Anders als im Vorwort des Kodex angekündigt ist diese dritte Ebene allerdings bislang nicht verfügbar. Sie soll nach Auskunft der DFG 2020 zugänglich gemacht werden.

Insgesamt überzeugt der Kodex durch einen sinnvollen, leicht zugänglichen Aufbau. Mit dem „Drei-Ebenen-Modell“ steht ein nützliches Instrumentarium zur Verfügung, um einerseits dauerhafte Regeln zu statuieren (Ebene 1 und 2) und andererseits die Möglichkeit zu haben, aktuelle Entwicklungen und Fragestellungen im Feld wissenschaftlicher Redlichkeit aufzugreifen und vertiefend zu verarbeiten (Ebene 3).

III. Wesentliche Inhalte

Vergewissert man sich der Inhalte des Kodex, so liegt ein Werk vor, das trotz der deutlich knapperen Form im Vergleich zum Vorgängerdokument wesentlich weitere Bereiche des wissenschaftlichen Arbeitens umfasst. Es erfasst zu Recht und zeitgemäß die akademische Lebenswelt im Ganzen. Es greift aktuelle Entwicklungslinien, erkannte Problemlagen, ineinanderfließende und intersektional verbundene Handlungsfelder der Akademia auf und fordert bereichsübergreifendes Denken und Problemlösen.

1. Gleichstellung und Vielfalt

Dies trifft insbesondere für die Verbindung von wissenschaftlicher Redlichkeit mit Gleichstellung und Vielfalt

zu. Beide Themenbereiche sind Querschnittsaufgaben jeder Hochschule und Wissenschaftseinrichtung, denen immer größere Bedeutung zukommt und die ganzheitlicher Lösungsansätze bedürfen.¹³ Gender und Diversity erweitert die seit nunmehr etwa 30 Jahren an den Hochschulen integrierte Gleichstellungs- und Chancengleichheitsarbeit um die sechs Dimensionen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)¹⁴ und andere hochschulinterne Formen der Aufmerksamkeit wie z.B. Bildungschancen und soziale Herkunft. Gender- und Diversitymanagement beginnt bei der Abbildung auf den Leitungsebenen, in den Leitsätzen der Hochschulen und benötigt die Verankerung in Strukturen und Prozessen. Diversitätsgerechte Ansprache und Auswahl in der Personalgewinnung und -förderung, aber auch die Sensibilisierung aller für diese Themen gehören zu einem erfolgreichen Diversitymanagement. Zieldefinitionen und Maßnahmen zur Zielerreichung werden ergänzt durch die Beobachtung und Messung der Zielvereinbarungen. Während deutsche und europäische Universitäten, was Gender- und Diversitymanagement betrifft, bislang noch hinter US-amerikanischen Universitäten zurückbleiben, geht die DFG mit den Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis einen deutlichen Schritt nach vorne, indem sie insbesondere in den Leitlinien 3, 5 und 9 Redlichkeit in der Wissenschaft mit Gleichstellung und Vielfalt verbindet.

Leitlinie 3 formuliert als „Organisationsverantwortung der Leitung wissenschaftlicher Einrichtungen“ die Zuständigkeit der Hochschulleitungen „für die Einhaltung und Vermittlung guter wissenschaftlicher Praxis sowie für eine angemessene Karriereunterstützung aller Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler.“ Weiter heißt es: „Zu den Rahmenbedingungen gehören klare und schriftlich festgelegte Verfahren und Grundsätze für die Personalauswahl und die Personalentwicklung sowie die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und der Chancengleichheit.“ In den nachfolgenden Erläuterungen wird sehr konkret dargelegt, wie diese Grundsätze in die Strukturen und die Prozesse der Hochschulen einzuplanen sind. Explizit genannt werden die Personalauswahl und die Personalentwicklung, die Nachwuchsförderung, Karrierewege, Mentoring und Weiterbildungsprozesse: „Im Rahmen der Personalauswahl und der Personalentwicklung werden die Gleichstellung der

12 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27.

13 Die Universität Freiburg hat 2014 ein Prorektorat für Redlichkeit in der Wissenschaft, Gleichstellung und Vielfalt eingerichtet, in dem beide Bereiche miteinander verbunden sind.

14 Das AGG will Benachteiligungen aus Gründen (1.) der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, (2.) des Geschlechts, (3.) der Religion oder Weltanschauung, (4.) einer Behinderung, (5.) des Alters oder (6.) der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen (vgl. § 1 AGG).

Geschlechter und die Vielfalt („Diversity“) berücksichtigt. Die entsprechenden Prozesse sind transparent und vermeiden weitestmöglich nicht wissenschaftliche Einflüsse („unconscious bias“). Für den wissenschaftlichen Nachwuchs sind geeignete Betreuungsstrukturen und -konzepte etabliert.“

Da die Verantwortung dafür die Leitungsebenen tragen, lässt sich im Hinblick auf die Vermeidung von „unconscious bias“ auch folgern, dass die Hochschulen mehr als bisher Sensibilisierungen in diesem Feld zu leisten haben, indem sie etwa entsprechende Schulungen und Trainings anbieten. Der Kodex geht damit weit über die Empfehlungen der Denkschrift von 1998 bzw. 2013 hinaus. Eingefordert wird im weitesten Sinne ein Kulturwandel im Wissenschaftssystem. Im Zusammenhang mit der Anerkennung des dritten Geschlechts („divers“) möchte man die DFG allerdings darauf aufmerksam machen, dass sie nach wie vor lediglich die männliche und die weibliche Form der Ansprache verwendet, während sich Genderstern und Unterstrich im Hochschulgebrauch inzwischen vielfach als Ausdrucksform der Vielfalt der Geschlechter durchgesetzt haben.

Leitlinie 5 beschreibt „Leistungsdimensionen und Bewertungskriterien“ und verweist wiederum auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Im Zusammenhang mit der Bewertung der Leistung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern werden die AGG-Dimensionen zu Kriterien, die „neben der wissenschaftlichen Leistung [...] Berücksichtigung finden“ können. „Soweit freiwillig angegeben, werden – neben den Kategorien des AGG – auch individuelle Besonderheiten in Lebensläufen in die Urteilsbildung einbezogen“, so die Leitlinie. Zu diesen individuellen, qualitativ zu beurteilenden Leistungen gehören das Engagement in der Lehre und der akademischen Selbstverwaltung, beides – vor allem letzteres – Positionen, die in Berufungs- und Auswahlkommissionen heute immer noch zu wenig gewichtet werden. Vor allem bei der Berufung von Frauen können diese Dimensionen eine entscheidende Rolle spielen. Auch Engagement in der Öffentlichkeitsarbeit, im Transfer sowie „Beiträge im gesamtgesellschaftlichen Interesse“ können bei der Leistungsbeurteilung gewürdigt werden. Besonders hervorgehoben wird in den Erläuterungen zu Leitlinie 5 zudem die Einbeziehung der „wissenschaftlichen Haltung der Wissenschaftlerin beziehungsweise des Wissenschaftlers wie Erkenntnisoffenheit und Risikobereitschaft.“

Mit der Berücksichtigung dieser Leistungsaspekte sind ethische Kriterien angesprochen, die in vorbildli-

cher Weise Redlichkeit und Gender und Diversity verbinden. Zugleich erfolgt mit den qualitativen Leistungskriterien in Leitlinie 5 eine Abkehr von rein quantitativen Bewertungsverfahren bei Berufungen. Obgleich den quantitativen Auswahlmechanismen, die z.B. der Länge der Publikationslisten und dem Impact Factor folgen, schon in der Denkschrift von 1998 bzw. 2013 eine Absage erteilt worden war,¹⁵ betont der neue Kodex noch einmal sehr klar: „Die Bewertung der Leistung folgt in erster Linie qualitativen Maßstäben“. Damit sind die Berufungsverfahren für Professuren sowie Personalauswahl- und Personalentwicklungsprozesse explizit in das Thema Redlichkeit in der Wissenschaft einbezogen. Diesem „ganzheitlichen“ Anspruch hat die Wissenschaft künftig gerecht zu werden.

Eine weitere wichtige Verbindung von Redlichkeit in der Wissenschaft mit Gender und Diversity wird in Leitlinie 9 angesprochen. Sie ist dem Abschnitt Forschungsprozess zugeordnet, nimmt das Forschungsdesign in den Blick und erläutert, dass zu prüfen sei, ob und inwieweit Gender- und Diversity-Aspekte systematisch in Forschungsinhalte einbezogen werden müssen, um Forschungsergebnisse zu erzielen, die nicht z.B. durch die Nichtberücksichtigung von Sex und Gender zu verzerrten oder auch falschen Schlussfolgerungen führen: „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler prüfen, ob und, wenn ja, inwiefern Geschlecht und Vielfalt für das Forschungsvorhaben (mit Blick auf die Methoden, das Arbeitsprogramm, die Ziele etc.) bedeutsam sein können. Bei der Interpretation von Befunden werden die jeweiligen Rahmenbedingungen berücksichtigt.“

Bereits 2011 hatte die EU-Kommission eine ExpertInnengruppe eingesetzt, um zu reflektieren, wie biologisches und soziales Geschlecht in Forschungsprozesse zu integrieren sei, um Forschungsergebnisse nicht durch geschlechtsblinde Fall- oder Probandenauswahl zu verfälschen. Londa Schiebinger, Professorin an der Stanford University, hatte in vielen Fallanalysen gezeigt, dass „gendered innovations“ als eine Berücksichtigung des biologischen Geschlechts z.B. in Medizin und Technik die Forschungsergebnisse entscheidend korrigieren kann.¹⁶ Die Erkenntnis, dass geschlechterreflexive Methoden zu besseren Innovationen führen können, berücksichtigt die DFG in ihren Forschungsanforderungen seit Jahren. Sie nun in die Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis aufzunehmen, gibt diesem Ansatz über die Forschungsrelevanz hinaus eine forschungsethische Bedeutung im Wissenschaftsprozess.

15 Vgl. „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 20.

16 Vgl. <http://genderedinnovations.stanford.edu/> (15.11.2019).

2. Umgang mit Forschungsdaten

Wesentlich mehr Aufmerksamkeit als die Empfehlungen von 1998 und 2013 widmet der neue Kodex dem Forschungsprozess. Detailliert werden Verantwortlichkeiten beschrieben, sowohl des Einzelnen, der Gruppe, wie auch der Institution. Entlang des gesamten Forschungsprozesses von der Datenerhebung, über Arbeitspraktiken und Methoden bis zur Veröffentlichung und Dokumentation von Ergebnissen werden in den Leitlinien 7 bis 17 Regeln formuliert, die die grundlegende Forderung wissenschaftlicher Redlichkeit, lege artis zu arbeiten, näher ausbuchstabieren. Es lässt sich bereits jetzt vermuten, dass diese Konkretisierungen den Ombudspersonen und Untersuchungskommissionen wichtige Maßstäbe bei der Beurteilung der im Einzelfall zu stellenden Frage an die Hand geben, was gute wissenschaftliche Praxis einerseits und wissenschaftliches Fehlverhalten andererseits ausmacht.

Im Rahmen der mit dem Forschungsprozess befassten Leitlinien 7 bis 17 spielt der Umgang mit Forschungsdaten – also mit Messergebnissen, Sammlungen, Studierhebungen, Zellkulturen, Materialproben etc.¹⁷ – eine zentrale Rolle. Dieses Thema wird gleich von mehreren Leitlinien aufgegriffen. Leitlinie 9 regelt etwa, dass Forschende bei der Datenauswertung Methoden zur Vermeidung (unbewusster) Verzerrungen anzuwenden haben und beispielsweise mit der Verblindung von Versuchsreihen arbeiten sollen. Leitlinie 7 gibt vor, dass Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ihre Forschungsdaten offenlegen und die Herkunft von verwendeten „Daten, Organismen, Materialien und Software“ kenntlich machen. Diese Offenlegung ist erforderlich, um anderen Forschenden die Möglichkeit zu geben, die vorgelegten Ergebnisse kritisch zu überprüfen und sie im Sinne von Karl Poppers „Logik der Forschung“ (1934) ggf. falsifizieren zu können. In diesem Zusammenhang formuliert Leitlinie 12: „Eine wichtige Grundlage für die Ermöglichung einer Replikation ist es, die für das Verständnis der Forschung notwendigen Informationen über verwendete oder entstehende Forschungsdaten [...] zu hinterlegen“. Diese Daten müssen gemäß Leitlinie 13 nach dem FAIR-Prinzip (Findable, Accessible, Interoperable, Re-usable) in anerkannten Archiven bzw. Repositorien veröffentlicht werden. Dabei muss, so Leitlinie 17, die Aufbewahrung der Forschungsdaten für „einen angemessenen Zeitraum“ sichergestellt sein. In den Erläuterungen zu Leitlinie 17 heißt es, dass die Daten „in

der Regel für einen Zeitraum von zehn Jahren zugänglich und nachvollziehbar in der Einrichtung, wo sie entstanden sind, oder in standortübergreifenden Repositorien“ aufzubewahren sind.¹⁸ Hinsichtlich der weiteren Verwendung von Forschungsdaten regelt Leitlinie 10, dass die Forschenden „zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt“ Vereinbarungen über die Nutzungsrechte an den Daten treffen sollen, wobei die Nutzung „insbesondere der Wissenschaftlerin und dem Wissenschaftler zu[steht], die/der sie erhebt“. Die Bedeutung, die der Kodex der Datenerhebung zuspricht, manifestiert sich auch darin, dass nach Leitlinie 14 diejenigen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als Autorin bzw. Autor einer Veröffentlichung gelten können, die an „der Erarbeitung, Erhebung, Beschaffung, Bereitstellung der Daten“ mitgewirkt haben.

Im Ganzen zielen die Regeln des Kodex zum Umgang mit Forschungsdaten darauf ab, die Überprüfung von Forschungsergebnissen durch Zugang zu den zugrundeliegenden Daten sicherzustellen und Datenmanipulationen zu verhindern. Dass der Kodex dem Umgang mit Forschungsdaten so breiten Raum einräumt und in seinen Leitlinien 7, 9, 10, 12, 13, 14 und 17 Regelungen dazu vorsieht, zeigt die Bedeutung des Themas für die DFG. Zwar stehen in der öffentlichen Debatte häufig Plagiate im Zentrum der Aufmerksamkeit. Datenmanipulationen und -verfälschungen stellen in der Praxis aber eine mindestens ebenso ernste Fehlverhaltensform dar. Einzelne Fälle, wie beispielsweise eine Studie aus Japan, die 2014 Furore machte, verweisen auf die Dimension des Problems: In der renommierten Zeitschrift „Nature“ wurde publiziert, dass es einem Forschungsprojekt in Kobe gelungen sei, Körperzellen von Mäusen mithilfe von Zitronensäure denkbar einfach in einen embryonalen Zustand zurückzusetzen. Die Wissenschaft sprach von einer neuen Ära der Stammzellenbiologie, Medien jubelten über die vermeintliche Zellverjüngung durch Zitronensäure und man überlegte schon, wann die neue Methode auf den Menschen übertragen werden könne – bis sich herausstellte, dass die japanisch-amerikanische Forschungskoooperation ihre Daten gefälscht hatte und der Artikel in „Nature“ zurückgezogen werden musste. Zahlreiche Versuche, die angeblichen Forschungsergebnisse zu reproduzieren, waren zuvor gescheitert.¹⁹

Aufgrund solcher Forschungsskandale sind in den letzten Jahren die Rufe nach „Open Science“ bzw. „Open Data“, d.h. nach einem jederzeit transparenten und nach-

17 Vgl. „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 22.

18 In der Denkschrift war die 10-Jahresfrist nicht in den Erläuterungen, sondern in der Empfehlung selbst verankert. Vgl. „Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Denkschrift

der DFG, 2. Auflage von 2013), S. 21.

19 Vgl. „Zweifel an Studie zur Zellverjüngung durch Säure“, Zeit Online, 18.2.2014, einsehbar unter: <https://www.zeit.de/wissen/2014-02/stammzellen-regeneration-medizin-zweifel> (15.11.2019).

vollziehbaren Forschungsprozess mit für jedermann zugänglichen Daten, laut geworden. Die League of European Research Universities (LERU) hat 2018 ein wegweisendes Advice Paper zum Thema „Open Science and its role in universities“ mit weitreichenden Empfehlungen für eine offene Wissenschaft publiziert.²⁰ Im November 2019 hat die LERU ein weiteres Papier beschlossen, das Open Science als wesentliche Voraussetzung für wissenschaftliche Redlichkeit versteht. Von den Forschenden wird Transparenz dabei „at all stages of a project and not just at the end“ eingefordert.²¹ Auch der DFG-Kodex ist in seinen oben zitierten Bestimmungen zum Zugang zu Forschungsdaten erkennbar von den Forderungen nach Open Science beeinflusst. Erfreulicherweise differenziert der Kodex aber auch, etwa in dem konstatiert wird, dass der Zugang zu Daten „nach Maßgabe datenschutzrechtlicher Bestimmungen“ zu erfolgen habe²² oder Einschränkungen „im Kontext mit Patentanmeldungen“ möglich sind.²³ Leitlinie 13 erkennt an: „Im Einzelfall kann es [...] Gründe geben, Ergebnisse nicht öffentlich zugänglich [...] zu machen.“ Die Leitlinie besagt, dass Forschungsdaten verfügbar zu machen sind, fügt jedoch auch hinzu: „soweit dies möglich und zumutbar ist“. Im Ganzen stellt der Kodex damit im Vergleich zum anglo-amerikanisch geprägten Diskurs gemäßigte und differenzierte Open Science-Anforderungen. Dies ist zu begrüßen, denn so unverzichtbar transparente Forschungsdaten für eine gute wissenschaftliche Praxis im Grundsatz sind, so richtig ist, dass es im Einzelfall auch Gründe dafür geben kann – Daten- und Patentschutz sind zwei Beispiele –, Daten nicht oder zumindest nicht schon vor der Publikation der Forschungsergebnisse nach außen zu geben.

3. Institutionelle Strukturen und Verfahren

Ein weiterer Komplex, auf den der Kodex großen Wert legt, ist die Gewährleistung adäquater Strukturen wissenschaftlicher Redlichkeit durch die Hochschulen. „Die Rahmenbedingungen an den Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen sind wesentlich für gelingendes, gutes wissenschaftliches Arbeiten“, betont bereits das Vorwort.²⁴ Daraus entwickelt der Kodex verschiedene Vorgaben, die sich auf die Etablierung bestimmter Institutionen und Verfahren beziehen.

In institutioneller Hinsicht sind vor allem die Om-

budsperson und die Untersuchungskommission zu nennen. Sprach die Denkschrift von 1998 noch von „Vertrauenspersonen“, so legt Leitlinie 6 des Kodex nun fest, dass die Hochschulen mindestens eine – jetzt nur noch so genannte – „Ombudsperson“ vorsehen müssen, „an die sich ihre Mitglieder und Angehörigen in Fragen guter wissenschaftlicher Praxis und in Fragen vermuteten wissenschaftlichen Fehlverhaltens wenden können“ und die unabhängig und vertraulich arbeitet. Im Gegensatz zu den ausführlichen Bestimmungen hinsichtlich der Ombudspersonen werden die Untersuchungskommissionen, die mittlerweile an vielen Einrichtungen dauerhaft etabliert sind, vom Kodex nur implizit genannt. So heißt es in den Erläuterungen zu Leitlinie 6 en passant, dass die Ombudspersonen Verdachtsfälle wissenschaftlichen Fehlverhaltens „im Bedarfsfall an die verantwortliche Stelle, zumeist eine Untersuchungskommission“ weiterleiten sollen. Zudem lässt sich aus Leitlinie 18 erschließen, dass die für Überprüfungen zuständigen Stellen „in der Regel Ombudspersonen und Untersuchungskommissionen“ sind. Eine explizite und verbindliche Festbeschreibung oder nähere Definition der Untersuchungskommissionen fehlt jedoch. Dies wäre durchaus möglich gewesen, denn bereits seit den HRK-Empfehlungen von 1998 sind Untersuchungskommissionen vorgesehen.²⁵ Auch hat das Gros der insbesondere größeren Hochschulen in der Praxis längst ein Zusammenspiel von Ombudsperson und Untersuchungskommission institutionalisiert. An der Universität Freiburg etwa gilt folgendes Standardverfahren bei der Prüfung von Verdachtsfällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens: Erste Ansprechstelle, wenn ein Hinweis auf wissenschaftliches Fehlverhalten besteht, ist der „Beauftragte für die Selbstkontrolle in der Wissenschaft“, der als Ombudsperson fungiert. Stellt er einen hinreichenden Verdacht fest, gibt er den Fall an die Untersuchungskommission weiter. Diese nimmt anschließend, wenn sie ihre Zuständigkeit und die Plausibilität des Vorwurfs geprüft hat, eine eingehende Untersuchung vor. Am Schluss steht ein Bericht, auf dessen Basis der Rektor über mögliche weitere Maßnahmen, z.B. disziplinar- oder arbeitsrechtliche Konsequenzen, zu entscheiden hat. Wenn es um eine etwaige Aberkennung von Titeln und Graden geht, kommen zusätzlich die zuständigen Ausschüsse der Fakultäten (Promotions- oder Habilitationsausschuss) ins Spiel,

20 Siehe <https://www.leru.org/publications/open-science-and-its-role-in-universities-a-roadmap-for-cultural-change> (15.11.2019).

21 Das Papier wurde von der Rectors' Assembly der LERU am 15./16.11.2019 beschlossen und wird demnächst unter <https://www.leru.org/publications> veröffentlicht werden (Stand: 19.11.2019).

22 Erläuterungen zu Leitlinie 10.

23 Erläuterungen zu Leitlinie 13.

24 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 6.

25 Vgl. „Zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in den Hochschulen“ (Empfehlung der HRK von 1998), S. 6.

denn die Fakultäten, die die Grade vergeben, haben auch über einen möglichen Entzug zu entscheiden.

Zu diesen universitären Institutionen kommt das überregional beratend und vermittelnd wirkende Gremium „Ombudsman für die Wissenschaft“. Es wird von der DFG bestellt, legt jedoch großen Wert auf seine Unabhängigkeit und steht allen Wissenschaftler*innen in Deutschland bei Fragen wissenschaftlicher Redlichkeit offen. Der Kodex versteht dieses Gremium nicht als übergeordnete, sondern als alternative Ansprechstelle zu den örtlichen Ombudspersonen. In den Erläuterungen zu Leitlinie 6 heißt es: „Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen nehmen in ihre Regelungen ein Wahlrecht dergestalt auf, dass sich ihre Mitglieder und Angehörigen an die lokale Ombudsperson der Einrichtung oder an das überregional tätige Gremium „Ombudsman für die Wissenschaft“ wenden können.“²⁶ Mit dieser Regelung ist das Gremium zum einen in die institutionelle Systematik des Kodex aufgenommen. Zum anderen bedeutet sie, dass viele Hochschulen ihre Satzungen ergänzen und den Zugang zum Ombudsman ausdrücklich normieren müssen. Ob diese (neue) Normierungspflicht notwendig ist, kann hinterfragt werden, denn Wissenschaftler*innen können sich selbstverständlich auch ohne dies an den Ombudsman für die Wissenschaft wenden und haben dies auch in der Vergangenheit getan. Gleichwohl stärkt beides – die Aufnahme in den Kodex und in die lokalen Regeln – die Position des Ombudsman-Gremiums, das neben seiner Beratung in Einzelfällen auch darüber hinaus längst eine wichtige Rolle im Bereich von Prävention, Information und Vernetzung spielt. Insofern ist seine explizite Verankerung zu begrüßen.

Neben den genannten Einrichtungen erfordert der Kodex eine ganze Reihe weiterer konkreter institutioneller Maßnahmen. So müssen die Hochschulen beispielsweise „die erforderliche Infrastruktur“ für die Archivierung von Forschungsdaten bzw. Forschungsergebnissen sicherstellen (Leitlinie 17) und im Hinblick auf Ethikvoten und die Prüfung sicherheitsrelevanter Forschung (dual use) für geeignete Strukturen sorgen (Leitlinie 10).

Insgesamt sind die institutionellen Vorgaben als durchaus anspruchsvoll zu bewerten. Die Hochschulleitungen sind in der Verantwortung, die Rahmenbedingungen für gute wissenschaftliche Praxis zu gewährleisten und müssen mit Blick auf wissenschaftliche Redlichkeit für eine „angemessene institutionelle Organisationsstruktur“ Sorge tragen.²⁷ Konkret müssen die Hochschulen beispielsweise den Ombudspersonen „die erforderliche inhaltliche Unterstützung“ zukommen lassen, um sie zur „Steigerung der Funktionsfähigkeit des Ombudswesens“ zu entlasten.²⁸ Die Universität Freiburg sucht diesen Erfordernissen gerecht zu werden, indem sie eine Koordinierungsstelle Redlichkeit in der Wissenschaft einrichtet. Sie soll die ehrenamtlichen Untersuchungseinrichtungen bei ihrer Arbeit unterstützen, nachhaltige Strukturen wissenschaftlicher Redlichkeit sichern und – wie in Leitlinie 19 angemahnt – „eine möglichst zeitnahe Durchführung“ der Verfahren befördern.

Substantiell sind auch die Vorgaben, die der Kodex hinsichtlich der Verfahren in Verdachtsfällen macht. Nach Leitlinie 19 müssen die Hochschulen bzw. Forschungseinrichtungen Verfahrensvorschriften erlassen, die unter anderem Regelungen zur Zuständigkeit, zur Beweisführung, zur Vertraulichkeit und zur Vertretung innerhalb der Untersuchungseinrichtungen enthalten. Mit Blick auf die Untersuchungsverfahren müssen die Hochschulen in ihren Regelwerken auch die Tatbestände definieren, die wissenschaftliches Fehlverhalten darstellen.²⁹ Besonderes Augenmerk legt Leitlinie 18 auf den Schutz der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber, denen aus den Hinweisen keine Nachteile für ihr wissenschaftliches und berufliches Fortkommen entstehen sollen und deren Namen deshalb im Verfahren grundsätzlich vertraulich zu behandeln sind. Dem Anliegen des Whistleblower-Schutzes war bereits in der bisherigen Denkschrift mit Empfehlung 17 ein eigener Abschnitt gewidmet gewesen. Neu und angemessen ist, dass der Kodex dem Schutz von Hinweisgebenden den Schutz der von einem Vorwurf Betroffenen gleichberechtigt zur Seite stellt. Leitlinie 18 normiert die Unschuldsvermutung zugunsten der Betroffenen und besagt auch, dass

26 Dass es sich um ein alternatives, nicht um ein hierarchisches Verhältnis handelt, geht auch aus den Erläuterungen auf der Homepage des „Ombudsman für die Wissenschaft“ hervor. Dort heißt es: „Es steht jeder Wissenschaftlerin und jedem Wissenschaftler frei, sich entweder an die Ombudsperson der eigenen Einrichtung oder an den Ombudsman zu wenden. Lokale Ombudspersonen haben häufig eine genauere Kenntnis über die Regelungen und Abläufe der jeweiligen Einrichtung und sind in der Regel vor Ort ansprechbar. Der Ombudsman stellt einen externen Ansprechpartner dar, was besonders bei Konflikten zwischen Personen aus verschiedenen Institutionen hilfreich sein kann. Er ist keine den lokalen Ombudspersonen übergeordnete Instanz“ (<https://ombudsman-fuer-die-wissenschaft.de/1053/faq/> [15.11.2019]).

27 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 10.

28 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 13.

29 Dabei gilt gemäß den Erläuterungen zu Leitlinie 19: „Als wissenschaftliches Fehlverhalten kommen nur solche vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstöße in Betracht, die in einem Regelwerk niedergelegt sind.“ Bemerkenswert dabei ist nicht nur die Verpflichtung zur Niederlegung der Tatbestände, sondern die – in diese Form neue – Beschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße.

„[b]ewusst unrichtig oder mutwillig erhobene Vorwürfe [...] selbst ein wissenschaftliches Fehlverhalten begründen“ können. Dass der lange in den Vordergrund gestellte Whistleblower-Schutz um einen Betroffenen-Schutz ergänzt werden muss, zeigt – darauf verweist Stephan Rixen – beispielsweise die Verleihung des Leibniz-Preises 2017, in deren Vorfeld Anschuldigungen gegen eine Preisträgerin erhoben wurde, die sich im Nachhinein als unbegründet erwiesen haben.³⁰ An der Universität Freiburg hat sich der Verdacht wissenschaftlichen Fehlverhaltens in den letzten Jahren immerhin in 46 %, d.h. in fast der Hälfte der angezeigten Fälle nicht erhärtet. Auch die hinter solchen Fällen stehenden Personen müssen vor falschen Anschuldigungen geschützt werden.

Die institutionellen und verfahrensmäßigen Vorgaben des Kodex sind nicht alle neu, zuweilen sind sie aber schärfer und präziser als bislang formuliert. Vor allem aber erlangen sie eine neue Qualität aufgrund der erkennbar höheren Verbindlichkeit, die der Kodex gegenüber der Denkschrift anstrebt. Denn der Kodex endet mit einem Paukenschlag: „Einrichtungen, die die Leitlinien nicht umsetzen, erhalten keine Fördermittel.“

IV. Verbindlichkeit und Anwendungsbereich

Der Kodex adressiert grundsätzlich zwei Gruppen: Zum einen sind die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler angesprochen. „Diese Leitlinien“, so die Präambel, „bieten allen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, die sich in ihrem Forschungsalltag redlich verhalten müssen, eine verlässliche Richtschnur.“³² Zum anderen werden, wie gezeigt, auch den wissenschaftlichen Einrichtungen Vorgaben gemacht. Daraus ergibt sich ein doppelter Adressatenkreis: „Der Kodex der Deutschen Forschungsgemeinschaft richtet sich sowohl an Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als auch an die Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen.“³³ Eine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit besteht freilich zunächst weder für die wissenschaftlich Tätigen noch für die wissenschaftlichen Einrichtungen – die DFG ist ein privatrechtlicher Verein, der über keine allgemeine Satzungs- oder Rechtsset-

zungsgewalt mit Blick auf das deutsche Wissenschaftssystem verfügt und in dem nur ein Bruchteil der Hochschulen Mitglied ist. Der Kodex hält allerdings für beide Adressatengruppen geschickte Konstruktionen bereit, um mittelbar eine tatsächliche Verbindlichkeit herzustellen, die zu einer flächendeckenden Anerkennung des Kodex führen dürfte:

Was die Wissenschaftler*innen angeht, so müssen sich diese – wie es bereits unter der bisherigen Denkschrift der Fall war – bereits bei Antragstellung auf DFG-Fördermittel zur Einhaltung der DFG-Regeln guter wissenschaftlicher Praxis verpflichten. Diese Verpflichtung, so hält der Kodex fest, wird auch in den DFG-Verwendungsrichtlinien obligatorisch für alle Bewilligungsempfänger*innen niedergelegt.³⁵ Abgesehen davon sieht die DFG-Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten konkrete Sanktionen für Personen vor, die gegen die Regeln verstoßen – beispielsweise den Ausschluss von der Antragsberechtigung bei der DFG für ein bis acht Jahre. Eine Verbindlichkeit für die Wissenschaftler*innen kann zudem entstehen, wenn Hochschulen in ihren Satzungen generelle Verweisvorschriften vorsehen, die die im DFG-Kodex niedergelegten Leitlinien für alle Mitglieder und Angehörigen der Hochschule für verbindlich erklären. Denkbar ist auch, dass die lokalen Untersuchungseinrichtungen bei der Auslegung und Konkretisierung der Normen ihrer Hochschule auf die von der DFG aufgestellten Regeln rekurrieren.

Mit Blick auf die zweite Adressatengruppe, die Wissenschaftseinrichtungen, konstatiert der Kodex: „Alle Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen setzen [die Leitlinien] rechtsverbindlich um, um“ – dieser Zusatz ist entscheidend –, „Fördermittel durch die DFG erhalten zu können.“³⁶ In knapper Eindeutigkeit heißt es weiter: „Einrichtungen, die die Leitlinien nicht umsetzen, erhalten keine Fördermittel.“³⁷ Dies ist angesichts des Umstands, dass die DFG als größte Drittmittelgeberin in Deutschland jährlich mehrere Milliarden Euro an Fördergeldern ausschüttet,³⁸ natürlich ein durchaus handfestes Argument. Der Clou ist also: Nicht die DFG macht den Kodex rechtsverbindlich,

30 Stephan Rixen, Gute wissenschaftliche Praxis. Der neue Kodex der DFG, in: *Forschung & Lehre*, 9/2019, S. 820.

31 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27.

32 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 8.

33 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 9.

34 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27.

35 Vgl. „Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem

Fehlverhalten“ (DFG, zuletzt geändert durch Beschluss vom 2.7.2019), S. 9.

36 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27.

37 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27. Bisher hatte die Denkschrift in dieser Hinsicht lediglich eine deutlich zurückhaltendere Soll-Regelungen in Leitlinie 14 vorgesehen.

38 Im Jahr 2018 hat die DFG nach ihrem Jahresbericht über 3,4 Milliarden Euro für Förderungen verausgabt (siehe https://www.dfg.de/dfg_profil/jahresbericht/ [15.11.2019]).

sondern die Hochschulen, die Geld von ihr erhalten wollen – und das dürften die allermeisten sein. Der Kodex selbst ist demnach, wie Stephan Rixen schreibt, „kein juristisches Regelwerk“, sondern „zielt auf die Umsetzung der Leitlinien in rechtsverbindlichen Regelwerken, was an Universitäten durch Satzungen geschieht“.³⁹ Dem Grundsatz „ohne Redlichkeit, kein Geld“ folgen im Übrigen auch andere Einrichtungen. Nach dem Willen des Wissenschaftsrats sollen Bund und Länder generell bei der Vergabe von Fördergeldern prüfen, ob die antragstellende Einrichtung ausreichend für gute Strukturen wissenschaftlicher Redlichkeit Sorge trägt.⁴⁰ Der Rat der Europäischen Union hat schon 2015 beschlossen, dass künftig „bei allen von der EU finanzierten Forschungstätigkeiten“ effektive Strukturen wissenschaftlicher Redlichkeit sicherzustellen sind.⁴¹ Wissenschaftliche Redlichkeit erlangt damit auch aus finanzieller Sicht zunehmende Bedeutung.

Unabhängig von der Verknüpfung der Umsetzung der Leitlinien mit dem Zugang zu Forschungsförderung, strebt der Kodex auch in sprachlicher Hinsicht einen höheren Grad an Verbindlichkeit als seine Vorgängerdokumente an. Dies beginnt schon damit, dass nicht mehr von einer „Denkschrift“, sondern – angepasst an die international übliche Terminologie – von einem „Kodex“ die Rede ist. Während der erste Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch auf eine eher lose Ausbreitung von Gedanken verweist, verbindet sich mit dem zweiten eine Textsorte, in der Rechtsregeln kodifiziert werden. Vergleichbares lässt sich zum Übergang von per se unverbindlicheren „Empfehlungen“ (in der Denkschrift) zu reglementierenden „Leitlinien“ (im Kodex) sagen. Hervorzuheben ist dabei, dass die Empfehlungen der Denkschrift fast durchgängig als Soll-Bestimmungen formuliert sind, während der Kodex einen feststellenden Indikativ-Stil pflegt. Während beispielsweise Empfehlung 2 der Denkschrift besagt: „Hochschulen und außeruniversitäre Forschungsinstitute sollen unter Beteiligung ihrer wissenschaftlichen Mitglieder Regeln guter wissenschaftlicher Praxis formulieren“ heißt es in Leitlinie 1 des Kodex: „Hochschulen und außeruniversitäre Forschungsinstitute legen unter Beteiligung ihrer wissenschaftlichen Mitglieder die Regeln für gute wissenschaftliche Praxis fest“. Anzumerken ist zudem, dass der Kodex deutlich kompakter als die Denkschrift mit ihren Vorbemerkungen, ausführlichen Erläuterungen und

umfangreichen Anhängen ist. Der Kodex formuliert kürzer und stellt so eine handhabbare, für jedermann nutzbare und rasche Orientierung ermöglichende Regelung dar. Auch rein äußerlich erweckt der Kodex damit wesentlich stärker als die dickbändige Denkschrift den Eindruck eines Regelwerkes.

Zugleich sind die Formulierungen des Kodex weiterhin von einem hohen Abstraktionsgrad und einer gewissen Offenheit geprägt. Immer wieder wird darauf verwiesen, dass die Regelungen „unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einschlägigen Fachgebiets“ (Leitlinie 1), „entsprechend den Vorgaben im betroffenen Fach“ (Erläuterung zu Leitlinie 7), „wie dies im betroffenen Fachgebiet erforderlich und angemessen ist“ (Leitlinie 12), „unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des betroffenen Fachgebiets“ (Leitlinie 13) und „gemessen an den Standards des betroffenen Fachgebiets“ (Leitlinie 17) zu verstehen sind. Die Berücksichtigung der disziplinären Vielfalt sollte jedoch nicht als Schwäche des Kodex angesehen werden, sondern erscheint angesichts des angestrebten Geltungsbereichs – nämlich die deutsche Wissenschaftslandschaft insgesamt, von kleinsten Forschungseinrichtungen bis zu Großuniversitäten, von der Archäologie bis zur Zoologie – als angemessen und notwendig. Auch die Erfahrung der Untersuchungseinrichtungen in der Praxis zeigt, dass die Einbeziehung der fachspezifischen Regeln und ständigen Übungen für eine sachgerechte und faire Beurteilung der Untersuchungsfälle essentiell ist.

Abschließend – dies ist für die praktische Umsetzung durch die Hochschulen wichtig – sei darauf hingewiesen, dass die Hochschulen für die rechtsverbindliche Implementierung der Leitlinien eine Übergangsfrist von zwei Jahren haben, die am 31.7.2021 endet.⁴² Außerhochschulische Forschungseinrichtungen, die nicht in der Lage sind, die Leitlinien selbst umzusetzen, können sich entweder an eine Forschungseinrichtung, die den Kodex umgesetzt hat, anschließen „und deren Umsetzung des Kodex als für sich verbindlich anerkennen“ (Kooperationsmodell) oder sie können sich, insbesondere wenn sie selbst keine Kooperationseinrichtung finden, an die Hochschulrektorenkonferenz wenden, die eine Partnerinstitution vermitteln soll (Auffangmodell).⁴³ Für beide Fälle hält die DFG Handreichungen und Vertragsmuster bereit.⁴⁴

39 Stephan Rixen, Gute wissenschaftliche Praxis. Der neue Kodex der DFG, in: *Forschung & Lehre*, 9/2019, S. 818.

40 Vgl. „Empfehlungen zu wissenschaftlicher Integrität“ (Positionspapier des Wissenschaftsrates von 2015), S. 42.

41 „Schlussfolgerungen des Rates zur Integrität der Forschung“ (Rat der Europäischen Union, 2015), S. 5.

42 Vgl. „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27.

43 „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ (Kodex der DFG von 2019), S. 27 f.

44 Siehe https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/kodex/index.html (15.11.2019).

V. Fazit

In Summe ist der Kodex positiv zu bewerten. Strukturell gelingt ihm mit dem Drei-Ebenen-Modell die Verbindung von generell-abstrakten Regeln mit detaillierten und flexiblen Konkretisierungen. Inhaltlich deckt er die Breite der Themen guter wissenschaftlicher Praxis ab und nimmt, etwa mit Blick auf Gleichstellung und Vielfalt oder hinsichtlich des Umgangs mit Forschungsdaten, neue Entwicklungen und Herausforderungen ganzheitlich auf. Zugleich macht er, etwa im Bereich der Institutionen und Verfahren, konkrete, keineswegs triviale Vorgaben. Er ist verbindlicher, kürzer und kompakter als

seine Vorgänger und stellt mithin insgesamt eine gelungene Weiterentwicklung der DFG-Denkschrift von 1998 dar.

Gisela Riescher ist Professorin für Politische Philosophie, Theorie und Ideengeschichte sowie Prorektorin für Redlichkeit in der Wissenschaft, Gleichstellung und Vielfalt der Universität Freiburg.

Tobias Haas ist Persönlicher Referent von Prorektorin Riescher und Inhaber der Koordinierungsstelle „Redlichkeit in der Wissenschaft“ an der Universität Freiburg.

Linda Kuschel

Urheberrecht und Forschungsdaten

Übersicht

I. Einleitung

II. Schutz

1. Forschungsdaten als Werke
2. Leistungsschutzrechte an Forschungsdaten
3. Schutz für Forschungsdaten in Datenbanken

III. Originäre Rechtsinhaberschaft

IV. Abgeleitete Rechte

1. Hochschulprofessoren
2. Nicht-wissenschaftliches Personal
3. Wissenschaftliche Mitarbeiter
4. Externe Personen (insb. externe Doktoranden)
5. Exkurs: Forschungs Kooperationen

V. Gesetzliche Nutzungserlaubnis

VI. Schluss

I. Einleitung

Aus wissenschaftlicher Perspektive kann das Urheberrecht paradox erscheinen: Es schützt nicht das Ergebnis, sondern seine Darstellung; nicht die Idee, nur die Form, in der sie auftritt; nicht hart erarbeiteten Inhalt, aber spontan erschaffene Kreationen. Was auf den ersten Blick die Wissenschaft zu benachteiligen scheint, soll ihr gerade dienlich sein. Informationen sollen möglichst frei zirkulieren und sich verbreiten. Das Monopol, das der zeitlich begrenzte urheberrechtliche Schutz gewährt, soll nicht dazu führen, dass Ideen, Methoden oder Lehren der Allgemeinheit entzogen werden,¹ denn dies würde den wissenschaftlichen Kommunikationsprozess² und den gesellschaftlichen Fortschritt gefährden.

Über seinen ursprünglichen Kern ist das Urheberrecht aber dennoch längst hinausgewachsen. Die Anforderungen an die Schöpfungshöhe eines Werkes sind auf „die kleine Münze“ herabgesunken. Die urheberrechtlichen Leistungsschutzrechte gewähren Schutz auch für

Nebenleistungen, ohne eigene Kreativität – wie etwa Tonbandaufnahmen oder einfache Lichtbilder. Der auf europarechtlichen Vorgaben beruhende Schutz für Datenbanken belohnt sogar eine reine Investitionsleistung. Ob diese Entwicklung wünschenswert ist, wird breit diskutiert. Für Forschungsdaten erscheint die Gewährung urheberrechtlichen (bzw. leistungsschutzrechtlichen) Schutzes einerseits sinnvoll, weil ihre Erhebung und Systematisierung mitunter erheblichen Aufwand erfordern. Andererseits zeigen aktuelle Fälle ein gewisses Missbrauchspotential urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte, wenn diese zweckfremd der Geheimhaltung von Informationen dienen.³

Neben die rechtliche Komplexität tritt eine tatsächliche: Was Forschungsdaten sind, welches Format und welche Funktion sie haben, wird in den Wissenschaftsdisziplinen unterschiedlich beurteilt.⁴ Für die Zwecke dieses Aufsatzes wird der Begriff der Forschungsdaten denkbar weit interpretiert, um möglichst viele Konstellationen erfassen und urheberrechtlich einordnen zu können. Forschungsdaten sind demnach Informationsobjekte, die Gegenstand des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses sind. Sie können bereits zu Beginn der Forschungstätigkeit existieren oder erst hierbei generiert werden bzw. durch Interpretation entstehen. In die vorliegende Betrachtung werden zudem nicht nur digitale, sondern auch analoge Informationsobjekte einbezogen. Zwar ist es gerade die Digitalisierung, die neue Möglichkeiten der Produktion, Speicherung und Auswertung von Forschungsdaten ermöglicht. Dennoch sind längst nicht alle Daten originär digital und die Beurteilung ihrer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit erfolgt im Übrigen auch weitestgehend losgelöst davon, ob sie analog oder digital vorliegen.

Der Aufsatz beleuchtet das Verhältnis von Forschungsdaten und Urheberrecht⁵ im Hinblick auf den Schutz der Daten (II.), die originäre Rechtsinhaberschaft

1 BGHZ 39, 306 = BGH 27.3.1963 – I b ZR 129/61 – NJW 1963, 1877, 1878 – *Rechenschieber*.

2 Vgl. *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179, 189.

3 EuGH 29.7.2019 – Rs 469/17 – GRUR 2019, 934 – *Funke Medien*; LG Köln 19.3.2019 – 14 O 86/19 – MMR 2019, 546 – *Glyphosat*.

4 Vgl. *Hartmann*, Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Forschungsdaten, in: Taeger (Hrsg.), Law as a Service. Recht im

Internet- und Cloud-Zeitalter, 2013, S. 505, 508; *Pampel/Goebel-becker/Vierkant*, re3data.org: Aufbau eines Verzeichnisses von Forschungsdaten-Repositories. Ein Werkstattbericht, in: Mittermaier (Hrsg.), Vernetztes Wissen. Daten, Menschen, Systeme, 2012, S. 61, 62; *Vofß*, Was sind eigentlich Daten?, LIBREAS. Library Ideas, 23 (2013), 4, 6, <https://libreas.eu/ausgabe23/02voss/> (zuletzt aufgerufen am 15.11.2019).

5 Daneben können insbesondere Aspekte des Daten(schutz)rechts, des Patentrechts oder des Geheimnisschutzes eine Rolle spielen.

(III.) und abgeleitete Rechte (IV.) sowie die Möglichkeiten einer gesetzlich erlaubten Nutzung von Forschungsdaten (V.).

II. Schutz

Forschungsdaten können in ganz unterschiedlichem Gewand auftreten. Die Beurteilung ihres (urheber-)rechtlichen Schutzes hängt stets von der konkreten Erscheinungsform ab.⁶ Im Folgenden wird der Schutz für Forschungsdaten vom Kern des Urheberrechts, dem Schutz für Werke (1.), über den Leistungsschutz (2.) bis zu dem mittelbar selbst Rohdaten erfassenden Datenbankherstellerrecht (3.) aufgefächert.

1. Forschungsdaten als Werke

Nach § 1 UrhG genießen „die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ Urheberrechtsschutz. Entscheidend ist der Begriff des Werkes.⁷ Was ein Werk ausmacht, erklärt § 2 Abs. 2 UrhG: „Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.“

Forschungsdaten können zunächst dann urheberrechtlich geschützt sein, wenn es sich um vorbestehende Werke handelt. Dies können etwa literarische Texte oder andere kreative Inhalte, wie z.B. Musikstücke, Werke der bildenden Kunst oder fotografische Werke sein. Sie alle genießen in der Regel urheberrechtlichen Schutz, soweit sie nicht schon gemeinfrei sind. Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach Tod des Urhebers (§ 64 UrhG) bzw. nach Tod des längstlebenden Miturhebers (§ 65 UrhG).

Forschungsdaten, die in Textform vorliegen, können als Sprachwerke (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UrhG) geschützt sein, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung darstellen. Zwar sind die Anforderungen an die Gestaltungshöhe

bei Sprachwerken nicht allzu hoch,⁸ eine gewisse Länge des Textes ist aber in aller Regel erforderlich. Eine feste Wort- oder Zeichengrenze existiert dabei nicht,⁹ theoretisch sind auch einzelne Sätze¹⁰ oder etwa „Tweets“¹¹ schutzfähig, wenn sich der Autor ganz besonders kreativ ausdrückt. Für Forschungsdaten in Textform, die ein Versuchsergebnis beschreiben oder eine Beobachtung dokumentieren, ist eine derart kreative Ausdrucksweise eher unwahrscheinlich und kaum gewollt.¹² Allerdings werden auch gestalterische Leistungen, die darin bestehen, einen komplexen Sachverhalt möglichst klar und präzise auszudrücken, honoriert.¹³ Für wissenschaftliche Texte ergibt sich hieraus, dass sie durchaus urheberrechtlichen Schutz genießen können – in der Regel aber nur, wenn ausreichend Raum besteht, die gefundenen Ergebnisse in individuellen Worten darzustellen und auch nur im Hinblick auf ihre kreative Ausdrucksform.¹⁴ Sehr knappe, in erster Linie aus feststehenden Begriffen zusammengesetzte Texte, wie etwa Anamneseberichte, können hiernach eher keinen Schutz beanspruchen. Die Methoden, Theorien und Ergebnisse, die in dem Text ausgedrückt werden, bleiben im Übrigen stets urheberrechtsfrei.¹⁵

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG können auch Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art schutzfähige Werke sein. Die im Gesetz genannten Beispiele („Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen“) sind Darstellungen, die auch im Zusammenhang mit Forschungsdaten Verwendung finden. Ebenso wie bei Texten ist ein ausreichendes Maß an kreativer Gestaltung erforderlich, das nicht erreicht wird, wenn die Darstellung rein schematisch und durch wissenschaftliche Normen vorgegeben ist.¹⁶ Dass der Inhalt der Darstellung technischer Natur ist und eine möglichst übersichtliche Präsentation der Informationen erfolgen soll, schließt eine Schutzfähigkeit hingegen nicht aus.¹⁷

6 BGHZ 112, 243 = BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523, 525 – *Grabungsmaterialien*.

7 Vgl. nur *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 180.

8 BGH 15.9.1999 – I ZR 57/97 – GRUR 2000, 144, 145 – *Comic-Übersetzungen II*.

9 Vgl. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 27 f.; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 59; *Schack*, Urheberrecht (Fn 7), Rn. 202; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 45.

10 LG München 8.9.2011 – 7 O 8226/11 – GRUR-RR 2011, 447 – *Karl Valentin*. Vgl. auch EuGH 16.7.2009 – C-5/08 – GRUR 2009, 1041, 1044, Rn. 47 f – *Infopaq*.

11 OLG Köln 8.4.2016 – 6 U 120/15 – K&R 2016, 423; LG Bielefeld 3.1.2017 – 4 O 144/16 – MMR 2017, 641 (in den konkreten Fällen mangels Erreichens der erforderlichen Schöpfungshöhe verneint). Vgl. auch *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 83; *Ludyga*, Urheberrechtlicher Schutz von Tweets, AfP 2017, 284.

12 Vgl. *Hartmann* (Fn 4), 511; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann,

UrhG (Fn 9), § 2 Rn. 118; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 2 Rn. 93. Insofern kritisch *Haberstumpf*, Wem gehören Forschungsergebnisse?, ZUM 2001, 819, 821.

13 BGH 11.4.2002 – I ZR 231/99 – GRUR 2002, 958, 959 – *Technische Lieferbedingungen*.

14 BGH 21.11.1980 – I ZR 106/78 – GRUR 1981, 352, 353 – *Staats-examensarbeit*. Vgl. auch *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 2 Rn. 57; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 2 Rn. 93.

15 BGHZ 39, 306 = BGH 27.3.1963 – I b ZR 129/61 – NJW 1963, 1877, 1878 – *Rechenschieber*; BGH 21.11.1980 – I ZR 106/78 – GRUR 1981, 352, 353 – *Staats-examensarbeit*. Vgl. auch *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 2 Rn. 50; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, UrhG (Fn 9), § 2 Rn. 117; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 2 Rn. 93.

16 *Hartmann* (Fn 4), 511.

17 BGH 10.5.1984 – I ZR 85/82 – GRUR 1985, 129, 130 – *Elektrodenfabrik*.

Urheberrechtlichen Schutz genießen zudem auch Sammelwerke und Datenbankwerke (§ 4 UrhG). Sammelwerke sind nach § 4 Abs. 1 UrhG „Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung der Elemente eine persönliche geistige Schöpfung sind [...]“. Der Schutz ergibt sich also aus der besonderen Auswahl und Anordnung der Elemente, nicht aus deren Inhalt, und bezieht sich auch allein auf diese Auswahl und Anordnung im konkreten Fall.¹⁸ Gleiches gilt für die nach § 4 Abs. 2 UrhG geschützten Datenbankwerke. Diese sind Sammelwerke, deren „Elemente systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind“ (§ 4 Abs. 2 S. 1 UrhG). Eine Sammlung von Rohdaten, etwa Messdaten aus einer Versuchsreihe, wird in aller Regel den Anspruch auf Vollständigkeit haben und nicht auf einer individuellen Auswahlentscheidung beruhen; die Anordnung wiederum anhand logischer Kriterien (z.B. Zeit, Anzahl, Größe) erfolgen, denn schließlich soll die Darstellung der Ergebnisse wissenschaftlichen Standards genügen und möglichst übersichtlich und überprüfbar sein. Für eine kreative Auswahl oder Anordnung ist insofern wenig Raum.¹⁹ Anders kann sich das Bild z.B. in den Geistes- oder Kulturwissenschaften darstellen, wenn eine Forschungsdatenbank etwa aus einer (auf individuellen Kriterien beruhenden²⁰) Auswahl an Gedichttiteln²¹ oder Zeitschriftartikeln²² besteht. Der in die Datenbank geflossene Investitions- und Arbeitsaufwand oder die hierfür erforderliche Sachkenntnis können bei der Beurteilung, ob eine Forschungsdatenbank eine persönliche geistige Schöpfung darstellt, nicht ins Gewicht fallen.²³ Sie spielen aber beim (leistungsschutzrechtlichen) Datenbankherstellerrecht eine Rolle.²⁴

Auch Computerprogramme sind urheberrechtlich schutzfähig, vorausgesetzt, sie enthalten eine persönliche geistige Schöpfung des Programmierers und weisen insofern ein Minimum an Individualität auf.²⁵ Ganz banale Programmgestaltungen oder bereits vorbestehende

Programmelemente sind mithin nicht geschützt.²⁶ In jedem Fall erstreckt sich der Schutz nur auf die Ausdrucksform des Programms und nicht auf die ihm zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze (vgl. § 69a Abs. 2 UrhG).

2. Leistungsschutzrechte an Forschungsdaten

Während ein Urheberrecht nur an persönlichen geistigen Schöpfungen besteht, erstreckt sich der Leistungsschutz auf bestimmte nicht-kreative, aber mit urheberrechtlichen Werken verwandte Leistungen. Für Forschungsdaten spielen insbesondere der Licht- und Laufbildschutz sowie der Schutz für Tonträgerhersteller eine Rolle.²⁷

Nach § 72 UrhG sind Lichtbilder und „Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden“ geschützt. Unter den Begriff des Lichtbilds fällt jede Art von Fotografie, unabhängig von der konkreten Aufnahmetechnik, also auch etwa Luftbild- und Satellitenaufnahmen.²⁸ Ähnliche Erzeugnisse sind alle Bilder, die mithilfe von Strahlenenergie hergestellt werden.²⁹ Das sind etwa Infrarotaufnahmen oder – als Forschungsdaten besonders relevante – medizinische Röntgen- oder Ultraschallbilder sowie Bilder aus Kernspin- oder Computertomografie.³⁰

Laufbilder sind Bildfolgen oder Bild- und Tonfolgen, die nicht als Filmwerk geschützt sind (§ 95 UrhG), also nicht die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen erfüllen.³¹ Dies sind typischerweise Filme, die lediglich ein Ereignis oder einen Ablauf wiedergeben, ohne dass filmische Gestaltungsmittel eingesetzt werden.³² Forschungsdaten, die beispielsweise einen Versuchsablauf, einen natürlichen Vorgang oder ein Interview filmisch festhalten, sind also – neben dem Lichtbildschutz an den einzelnen Filmbildern – als Laufbilder geschützt.

Anders als bei (schöpferischen) Lichtbildwerken oder Filmwerken, steht eine möglichst originalgetreue, objektive Wiedergabe der Vorlage einem Licht- oder Laufbildschutz nicht entgegen.³³ Für Forschungsdaten in Form der oben genannten Bilder und Filme kommt daher

18 Vgl. BGH 7.12.1979 – I ZR 157/77 – GRUR 1980, 227, 230 f. – *Monumenta Germaniae Historica*.

19 So auch *Fehling* (Fn 2), OdW 2014, 179, 188; *Hartmann* (Fn 4), 512; *Spindler*, KoLaWiss-Gutachten AP 4: Recht, 27.2.2009, S. 30 ff., abrufbar unter http://kolawiss.uni-goettingen.de/projektergebnisse/AP4_Report.pdf (zuletzt aufgerufen am 15.11.2019).

20 Vgl. *Rieger*, Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Datenbanken, 2010, S. 101.

21 BGHZ 172, 268 = BGH 24.5.2007 – I ZR 130/04 – NJW 2008, 755, 756 – *Gedichttitelliste I*.

22 OLG Hamm 26.2.2008 – 4 U 157/07 – ZUM 2008, 598, 601.

23 EuGH 1.3.2012 – C-604/10 – GRURInt 2012, 435 Rn. 42 – *Football Dataco* u.a. Vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 4 Rn. 11.

24 Hierzu unten II. 3.

25 Vgl. *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG (Fn 9), § 2 Rn. 75.

26 BGH 20.9.2012 – I ZR 90/09 – GRUR 2013, 509 Rn. 25 – *UniBasic-JDOS*; KG 6.9.2010 – 24 U 71/10 – ZUM-RD 2011, 544, 547 – *FRITZ!Box*. Vgl. auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 2 Rn. 127.

27 Zum *sui-generis*-Schutz für Datenbankhersteller siehe unten II. 3.

28 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 3 f.

29 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 6; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG (Fn 9), § 72 Rn. 24.

30 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 6; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG (Fn 9), § 72 Rn. 24.

31 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 95 Rn. 6; *Manegold/Czernik*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG (Fn 9), § 95 Rn. 4.

32 Vgl. *Schack*, Urheberrecht (Fn 7), Rn. 730.

33 Vgl. *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG (Fn 9), § 72 Rn. 22.

meist (nur) ein Licht- bzw. Laufbildschutz in Betracht. Der Leistungsschutz für Licht- und Laufbilder unterscheidet sich von jenem für Werke in erster Linie in einer kürzeren Schutzfrist; der Schutz erlischt 50 Jahre nach ihrem Erscheinen oder, mangels Erscheinens, 50 Jahre nach ihrer Herstellung (§ 72 Abs. 3, § 95 i.V.m. § 94 Abs. 3 UrhG).

Eine Besonderheit ergibt sich für Fotografien von Werken der bildenden Kunst, wenn diese bereits gemeinfrei sind. Lange Zeit war umstritten, ob fotografische Replikationen zweidimensionaler Vorlagen, insbesondere originalgetreue Fotografien von Gemälden, Lichtbildschutz genießen können.³⁴ Denn auch der reine Lichtbildschutz muss zumindest ein geringes Mindestmaß an persönlicher geistiger (wenn auch nicht schöpferischer) Leistung aufweisen, was etwa bei reproduzierenden Fotokopien oder Scans nicht der Fall ist.³⁵ Das wurde im Ausgangspunkt auch vom BGH in der Entscheidung *Museumsfotos* bestätigt.³⁶ In den vom Fotografen getroffenen Entscheidungen über Belichtung, Blickwinkel und Entfernung zum abfotografierten Gemälde sieht der BGH aber eine für den Lichtbildschutz ausreichende gestalterische Leistung.³⁷ Für Forschungsdaten (etwa aus den Kunst- oder Medienwissenschaften), in denen (gemeinfreie) zweidimensionale Werke abgebildet sind, bedeutet dies, dass sie in der Regel als Lichtbilder geschützt sind. Allerdings nicht mehr lange: Die DSM-Richtlinie,³⁸ die bis zum 7. Juni 2021 in nationales Recht umzusetzen ist, legt in Art. 14 fest, dass „nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“

Schließlich können Forschungsdaten in Form von Tonaufnahmen, etwa von Interviews, Gruppengesprächen oder Naturgeräuschen, vorkommen. Unabhängig von einer (in den genannten Beispielen eher nicht gegebenen) Schutzfähigkeit der aufgenommenen Geräusche, ist die Herstellung des Tonträgers als solche nach § 85 UrhG schutzfähig.

3. Schutz für Forschungsdaten in Datenbanken

In den vorangegangenen Abschnitten standen Forschungsdaten, die auf unterschiedliche Art eine gestalte-

rische Form angenommen haben, im Vordergrund. Rohdaten, also nicht aufbereitete Daten, wie etwa Messdaten, genießen als solche keinen urheberrechtlichen Schutz. Soweit die Daten allerdings in größerer Anzahl vorliegen und systematisch gespeichert werden, können sie eine nach § 87a UrhG geschützte Datenbank darstellen.

Das *sui-generis*-Schutzrecht für Datenbankhersteller schützt jede „Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert“ (§ 87a Abs. 1 S. 1 UrhG). Eine Forschungsdatenbank ist in der Regel eine solche Sammlung von Werken, Daten oder anderen Elementen, die einzeln zugänglich sind (elektronisch oder analog). Das Merkmal der Unabhängigkeit erfordert, dass sich die Elemente voneinander trennen lassen, ohne dass der Wert ihres Inhalts beeinträchtigt wird.³⁹ Hierdurch soll verhindert werden, dass der Datenbankbegriff auf sämtliche Gegenstände ausgedehnt wird, die aus Einzelteilen bestehen (wie etwa eine Musikkomposition, die aus Noten besteht). Die Elemente müssen bereits eigenständig und nicht erst aus ihrer Verbindung heraus Sinn ergeben.⁴⁰ Der EuGH legt hier allerdings einen recht großzügigen Maßstab an: Die sich aus einer topografischen Landkarte ergebenden Einzeldaten (Höhe des Terrains, Verortung von Verkehrswegen u.Ä.) sind ausreichend unabhängig, auch wenn der Zweck einer Landkarte sich nur in Zusammenschau der Einzelelemente entfaltet.⁴¹ Für Forschungsdaten bedeutet dies, dass nicht nur eine Sammlung verschiedener Daten, sondern bereits ein einzelnes Dokument eine Datenbank darstellen kann, wie etwa die Zeichnung einer archäologischen Ausgrabungsstätte – vorausgesetzt, sie erfüllt auch die anderen Tatbestandsmerkmale.

Das Erfordernis einer systematischen oder methodischen Anordnung soll die Datenbank von einem bloßen „Datenhaufen“ abgrenzen.⁴² Da Forschungsdaten im Sinne der wissenschaftlichen Verwertbarkeit anhand nachvollziehbarer Ordnungskriterien zusammengestellt werden, ist auch diese Voraussetzung unproblematisch.

34 Vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 10;

Thum, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 72 Rn. 23.

35 *Schack*, Urheberrecht (Fn 7), Rn. 722; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 9.

36 BGH 20.12.2018 – I ZR 104/17 – GRUR 2019, 284, 286 Rn. 23 – *Museumsfotos*.

37 BGH 20.12.2018 – I ZR 104/17 – GRUR 2019, 284, 286 f. Rn. 26 – *Museumsfotos*.

38 Richtlinie EU 2019/270 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

39 EuGH 1.3.2012 – C-604/10 – GRURInt 2012, 435, Rn. 26 f. – *Foot-*

ball Dataco u.a.; EuGH 9.11.2004 – C-203/02 – GRUR 2005, 244, 247, Rn. 31 – *The British Horseracing Board u.a.* Vgl. auch *Schmidt/Zech*, Datenbankherstellerschutz für Rohdaten?, CR 2017, 417, 418.

40 *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 419.

41 EuGH 29.10.2015 – C-490/14 – GRUR 2015, 1187, 1188, Rn. 25 f. – *Freistaat Bayern/Verlag Esterbauer GmbH*. Kritisch insofern *Leistner*, Was lange währt...: EuGH entscheidet zur Schutzfähigkeit geografischer Karten als Datenbanken, GRUR 2016, 42.

42 Vgl. *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 420; *Vogel*, in: Schriker/Loewenheim, UrhG (Fn 9), § 87a Rn. 22.

Zuletzt muss die Erstellung der Datenbank eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert haben. Eben dieser Investitionsaufwand sollte durch die Schaffung des Datenbankherstellerrechts geschützt und damit ein Anreiz geschaffen werden, „moderne Datenspeicher- und Datenverarbeitungs-Systeme“ zu entwickeln.⁴³ Eine Investition kann nicht nur in der Aufwendung von Geld, sondern auch von Zeit, Arbeit oder technischen Mitteln liegen.⁴⁴ Der EuGH stellte in vier Urteilen vom 9.11.2004 klar, dass nur Investitionen relevant sind, die gerade mit dem Aufbau der Datenbank, also mit der Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Daten, zusammenhängen.⁴⁵ Unberücksichtigt bleiben insofern Aufwendungen, die der Generierung der Daten dienen.⁴⁶ Bei Forschungsdaten hat also eine – nicht ganz triviale – Differenzierung zwischen Investitionen in die Datengenerierung und Investitionen in die Datenbeschaffung und -sammlung zu erfolgen.⁴⁷

Teilweise wird die Abgrenzung danach vorgenommen, ob es sich um Daten handelt, die „vorgefunden“ werden, also bereits existieren, oder solche, die „erfunden“ werden.⁴⁸ Nur bei Letzteren bestünde die Gefahr einer Monopolisierung von Informationen, weil allein der Erfinder der Daten diese auch sammeln könne.⁴⁹ Daten, die im Rahmen wissenschaftlicher Messungen oder Beobachtungen gesammelt würden, seien hingegen bereits in der Natur vorhanden; der Beschaffungsaufwand insofern also eine berücksichtigungsfähige Investition.⁵⁰ Gegen dieses Kriterium wird vorgebracht, in der Natur bereits vorhanden sei lediglich „potentielle semantische Information“, die nur durch Wahrnehmung zu faktischer Information und folglich zu Daten werde.⁵¹ In der Tat scheint es nicht ganz einleuchtend, tatsächliche Vorgänge bereits vor ihrer Dokumentation als „vorhandene Daten“ anzusehen. Stattdessen wird vorgeschlagen, auf das Kriterium einer allgemeinen dauerhaften Zugänglichkeit abzustellen, also danach zu fragen, „ob Dritte mit vergleichbarem Aufwand dieselben Daten erzeugen

können“.⁵² Bei ephemeren Ereignissen, wie etwa Wetterdaten, seien die Beobachtungen nicht wiederholbar, so dass eine dauerhafte Zugänglichkeit nicht gegeben sei.⁵³ Diese Kriterien sind grundsätzlich überzeugend und konsequent, aber dennoch nicht frei von Bedenken: Zum einen ist, zumindest in naturwissenschaftlichen Konstellationen, fraglich, ob ein paralleler Beobachter tatsächlich „dieselben Daten“ ermitteln würde. Sicherlich käme er zu ähnlichen oder gleichen Ergebnissen, ob aber die Daten auch exakt identisch wären, ist fraglich. Zum anderen hat der BGH in Bezug auf die im Rahmen des Autobahnmautsystems erfassten Daten, wie etwa Zeitpunkt und Länge der mautpflichtigen Fahrten, entschieden, dass diese „nicht erzeugt, sondern nur gesammelt und geordnet“⁵⁴ würden. Bei diesen Verkehrsdaten handelt es sich allerdings auch um dynamische Vorgänge, die nur im konkreten Zeitpunkt festgestellt werden können. Die Charakterisierung von Daten als „vorgefunden“ oder „erzeugt“ gestaltet sich mithin äußerst schwierig. Möglicherweise ist sie auch nicht zwingend erforderlich, denn Ausgangspunkt der Frage ist allein die Berücksichtigungsfähigkeit der konkreten Investition. Nicht berücksichtigungsfähig sind all solche Investitionen, die erforderlich sind, um erfassbare Informationen überhaupt erst zu initiieren, also einen Ablauf in Gang zu setzen, aus dem Informationen hervorgehen. Bei aus einem naturwissenschaftlichen Versuch hervorgehenden Messdaten ist also zwischen den Investitionen, die in den Versuchsaufbau geflossen sind und jenen, die für die Messung des Versuchsablaufs und -ergebnisses erforderlich waren, zu unterscheiden; nur letztere wären für das Datenbankherstellerrecht zu berücksichtigen. Ebenso wäre bei einem sozialwissenschaftlichen Experiment zu entscheiden: Die Kosten, die für die Mobilisierung der Versuchsteilnehmer (etwas das Anwerben) und die organisatorische Planung des Versuchs anfallen, wären nicht anzusetzen, wohl aber der Zeitaufwand der Wissenschaftler, die die Vorgänge dokumentieren.

43 Vgl. Erwägungsgrund 12 RL 96/9/EG (Datenbank-RL).

44 Vgl. BGH 1.12.2010 – I ZR 196/08 – GRUR 2011, 724, 725, Rn. 18 – *Zweite Zahnarztmeinung II*; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze, UrhG* (Fn 11), § 87a Rn. 12; *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 421.

45 EuGH 9.11.2004 – C-203/02 – GRUR 2005, 244, 247, Rn. 31 – *The British Horseracing Board u.a.*; EuGH 9.11.2004 – C-338/02 – GRUR 2005, 252, 253, Rn. 24 – *Fixtures-Fußballspielpläne I*; EuGH 9.11.2004 – C-444/02 – GRUR 2005, 254, 256, Rn. 40 – *Fixtures-Fußballspielpläne II*; EuGH 9.11.2004 – C-46/02 – GRURInt 2005, 244, 246 f., Rn. 31 ff. – *Fixtures Marketing III*.

46 EuGH 9.11.2004 – C-203/02 – GRUR 2005, 244, 247, Rn. 31 – *The British Horseracing Board u.a.*; EuGH 9.11.2004 – C-338/02 – GRUR 2005, 252, 253, Rn. 24 – *Fixtures-Fußballspielpläne I*; EuGH 9.11.2004 – C-444/02 – GRUR 2005, 254, 256, Rn. 40 – *Fixtures-Fußballspielpläne II*; EuGH 9.11.2004 – C-46/02 – GRURInt 2005, 244, 246 f., Rn. 31 ff. – *Fixtures Marketing III*. Vgl. auch *Leistner*, JZ 2005, 408, 409.

47 Vgl. hierzu auch *Rieger*, *Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Datenbanken*, 2010, S. 142 ff.

48 *Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger, UrhG* (Fn 9), § 87a Rn. 49 ff.; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhG* (Fn 9), § 87a Rn. 53; *Leistner*, JZ 2005, 408, 409; *ders.*, *Datenbankschutz. Abgrenzung zwischen Datensammlung und Datengenerierung*, CR 2018, 17, 20.

49 *Leistner* (Fn 48), CR 2018, 17, 20.

50 *Leistner*, JZ 2005, 408, 409.

51 *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 422. Zu dieser Problematik vgl. auch *Ehmann*, *Wettbewerbsfreiheit und Investitionsschutz*, 2011, S. 109 f.

52 *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 422.

53 *Schmidt/Zech* (Fn 39), CR 2017, 417, 422. Vgl. auch *Rieger*, *Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Datenbanken*, 2010, S. 145.

54 BGH 25.3.2010 – I ZR 47/08 – GRUR 2010, 1004, 1005 Rn. 19 – *Autobahnmaut*.

Einen anderen Investitionsbereich betreffen Aufwendungen, die für die Aufbereitung gesammelter Rohdaten anfallen; hierbei handelt es sich um berücksichtigungsfähige Kosten für die Darstellung der Daten.⁵⁵

Im Gegensatz zu Datenbankwerken erfordert die Auswahl und Anordnung der einzelnen Elemente beim Datenbankschutz keine schöpferisch-kreative Leistung. Für Forschungsdaten ist der Datenbankschutz folglich wesentlich relevanter.⁵⁶ Die Schutzfrist ist allerdings kürzer: Das Datenbankherstellerrecht erlischt 15 Jahre nach Veröffentlichung bzw. 15 Jahre nach Herstellung der Datenbank, wenn sie innerhalb dieser Frist nicht veröffentlicht wird (§ 87d UrhG).

Der Schutz des Datenbankherstellers bezieht sich, ähnlich wie bei Sammelwerken und Datenbanken, nicht auf die einzelnen Daten, sondern auf das Gesamtergebnis, die Datenbank als solche. Der Rechtsinhaber hat dementsprechend das ausschließliche Recht, die Datenbank vollständig oder „einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil“ davon zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben (§ 87b Abs. 1 S. 1 UrhG). Allerdings kann bereits die Nutzung eines unwesentlichen Teils der Datenbank das Recht des Datenbankherstellers verletzen, wenn es um „wiederholte und systematische“ Handlungen geht, die „einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen“ (§ 87b Abs. 1 S. 2 UrhG). Diese „Umgehungsklausel“⁵⁷ soll sicherstellen, dass nicht durch systematischen Zugriff auf unwesentliche Teile der Datenbank letztlich im Gesamtergebnis doch ein wesentlicher Teil oder gar die gesamte Datenbank unerlaubt genutzt wird.⁵⁸

III. Originäre Rechtsinhaberschaft

Insbesondere für die kontinentaleuropäischen Urheberrechtssysteme steht rechtshistorisch die Person des Urhebers im Mittelpunkt.⁵⁹ Das Urheberrecht hat, zumindest im Ausgangspunkt, den genialen (Einzel-)Schöpfer vor Augen und gewährt ihm die ausschließli-

chen Rechte an seinem Werk (§ 7 UrhG). Wurde das Werk von mehreren Personen gemeinsam geschaffen, halten sie auch das Urheberrecht gemeinsam (§ 8 UrhG). Gleiches gilt für Leistungsschutzrechte; hier erhält das Recht die Person, die die Leistung erbracht hat.⁶⁰ Der Laufbildschutz steht dabei – in Gleichlauf mit dem Schutz des Filmherstellers (§ 95 i.V.m. § 94 UrhG) – der Person zu, die die wirtschaftliche und organisatorische Leistung der Filmherstellung erbringt.⁶¹ Bei Forschungsdaten, die von mehreren Personen generiert wurden, ist also für jeden Bestandteil einzeln festzustellen, wer Schöpfer bzw. Erzeuger ist.⁶²

Der Datenbankschutz *sui generis* gründet sich, wie gesehen, auf die Schutzwürdigkeit wesentlicher Investitionen in die ordnende Funktion von Datenbanken. Die Rechte an einer schutzfähigen Datenbank erhält dementsprechend der Datenbankhersteller (§ 87b UrhG), also derjenige, der die wesentliche Investition vorgenommen hat (§ 87a Abs. 2 UrhG). Das ist bei Hochschulforschung in der Regel die Hochschule selbst oder ein Drittmittel- bzw. Auftraggeber.⁶³

Bereits in vielen Bereichen kreativen Schaffens trifft die Grundannahme des Urheberrechts, dass Einzelpersonen Werke erschaffen, nur noch eingeschränkt zu; an den Realitäten größerer Forschungsprojekte geht sie häufig vorbei.⁶⁴ Denn hier sind es in der Regel *Forscherguppen*, die das Projekt betreiben und vor allem sehr viele verschiedene Personen, die an der Generierung von Forschungsdaten beteiligt sind. Neben einem oder mehreren Gruppenleitern sind häufig Doktoranden und ggf. auch wissenschaftliche Hilfskräfte und nicht-wissenschaftliches Hilfspersonal in das Projekt eingebunden. Werden die (urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich) geschützten Materialien in einer großen Datenbank zusammengeführt, entsteht ein Konglomerat, an dem unterschiedlichste Personen Rechte halten.

IV. Abgeleitete Rechte

Entsprechend seiner persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln ist das Urheberrecht untrennbar mit der Person des

55 So auch *Leistner* (Fn 48), CR 2018, 17, 19 f. A.A. wohl OLG Hamburg 8.6.2017 – 5 U 54/12 – BeckRS 2017, 138204 Rn. 247.

56 Vgl. *Hartmann* (Fn 4), 513.

57 EuGH 9.11.2004 – C-203/02 – GRUR 2005, 244, 251, Rn. 84 ff. – *The British Horseracing Board u.a.*

58 EuGH 9.11.2004 – C-203/02 – GRUR 2005, 244, 251 Rn. 84 ff. – *The British Horseracing Board u.a.* Vgl. auch *Hermes*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 87b Rn. 66.

59 Vgl. hierzu nur *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, 1962, S. 105 ff.; *Woodmansee*, The Genius and the Copyright. Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author', Eighteenth-Century Studies, 17 (1984), 424.

60 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), Vorbemerkung zu

§§ 70 ff. Rn. 13.

61 BGH 6.2.2014 – I ZR 86/12 – GRUR 2014, 363, 364, Rn. 23. Vgl. auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG (Fn 11), § 95 Rn. 2.

62 Vgl. BGHZ 112, 243 = BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523, 525 – *Grabungsmaterialien*; *Ulrici*, Kooperation in der Wissenschaft: Das Recht am und auf das Arbeitsergebnis, WissR 48 (2015), 318, 319 f.; *ders.*, Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden, OdW 2018, 129, 131.

63 *Lauber-Rönsberg/Krahn/Baumann*, Gutachten zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Forschungsdatenmanagements 2018, S. 5.

64 Vgl. hierzu auch *Möslein*, Privatrechtliche Regelsetzungsfragen der wissenschaftlichen Kooperationsform: Angebot des Gesetzgebers oder selbstgestaltetes Recht?, OdW 2018, 99, 101.

Schöpfers verbunden und somit nicht übertragbar (§ 29 Abs. 1 UrhG). Gleiches gilt nach ganz überwiegender Ansicht für Lichtbilder.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund existieren im deutschen Urheberrecht auch keine der *work-made-for-hire doctrine* des anglo-amerikanischen Copyright Law vergleichbaren oder dem Arbeitnehmererfindergesetz entsprechenden Regelungen.⁶⁶ Dritten kann jedoch ein, mitunter sehr umfangreiches, Nutzungsrecht an dem Werk eingeräumt werden. Das kann entweder explizit im Rahmen eines Nutzungsrechtsvertrags geschehen oder sich implizit aus einem privatrechtlichen Arbeits- bzw. einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis ergeben (vgl. § 43 UrhG und, für Computerprogramme, § 69b UrhG). Für (urheberrechtlich geschützte) Forschungsdaten, die an Hochschulen produziert werden, ergeben sich allerdings einige Besonderheiten.

1. Hochschulprofessoren

Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG erklärt „die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers“, um die Erkenntnisfunktion von Forschung und Lehre nicht zu gefährden.⁶⁷ Hieraus lässt sich ableiten, dass die Grundsätze des Arbeitnehmerurheberrechts, nach denen Dienstherr oder Arbeitgeber Nutzungsrechte an den vom Arbeitnehmer geschaffenen Werken erhalten, nicht uneingeschränkt auf Hochschullehrer anwendbar sind.⁶⁸ Mit Hochschulprofessoren gleichzusetzen sind insofern auch andere autonom arbeitende Forscher, wie etwa Privatdozenten, außerplanmäßige Professoren und Gastdozenten.⁶⁹

Das Privileg gilt allerdings nur im Hinblick auf „zweckfreie Forschung“.⁷⁰ Soweit die Erstellung der Ma-

terialien zugleich die Erfüllung einer Dienstpflicht ist, wie etwa die Erstellung einer Patientenakte, die auch zu Forschungszwecken verwendet wird, steht dem Arbeitgeber ein Nutzungsrecht zu.⁷¹ Auch im Hinblick auf Forschungsdaten, die im Rahmen eines konkreten Forschungsauftrags, etwa bei Zusammenarbeit mit einem kommerziell tätigen Unternehmen, produziert werden, hat der Forscher dem Auftraggeber in der Regel ein Nutzungsrecht einzuräumen.⁷²

Werden Forschungsdaten in größerem Umfang erhoben und in einer Forschungsdatenbank gesammelt, kann hieran ein Datenbankschutz *sui generis* bestehen. Dieses Schutzrecht steht – wie vorangegangen festgestellt – in der Regel der Hochschule oder dem Auftrag- bzw. Drittmittelgeber zu. Hier könnte die Wissenschaftsfreiheit in umgekehrter Stoßrichtung wirken: Um den Erfolg der Forschung nicht zu gefährden und dem projektleitenden Wissenschaftler die Entscheidung zu überlassen, ob und wie er die Daten in zukünftigen Projekten verwenden möchte, sollte ihm ein einfaches Nutzungsrecht am Datenbankherstellerrecht gewährt werden.

2. Nicht-wissenschaftliches Personal

Gerade in umfangreichen Forschungsprojekten werden auch nicht-wissenschaftliche Angestellte Forschungsdaten erzeugen und somit etwaige Rechte hieran erhalten. Zu dieser Personengruppe zählen etwa medizinisch-technische Assistenten oder studentische Hilfskräfte. Da diese Tätigkeit vollständig weisungsgebunden erfolgt, greift das Forscherprivileg hier nicht.⁷³ Grundsätzlich erhält damit der Arbeitgeber bzw. Dienstherr ein Nutzungsrecht an den Schutzrechten. Teilweise wird vorgeschlagen, das Nutzungsrecht dem Forschungsgruppenleiter zu gewähren, wenn die Forschungsergebnisse nach dessen Weisung

65 Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 72 Rn. 16; Thum, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 72 Rn. 125. Übertragbar sind hingegen das Recht des Tonträgerherstellers (§ 85 Abs. 2 S. 1) und des Laufbilderherstellers (§ 95 i.V.m. § 94 Abs. 2 S. 1 UrhG).

66 Vgl. Peifer, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht. Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 27; Schack, Urheberrecht (Fn 7), Rn. 1114 f.

67 BVerfGE 35, 79, 113 = BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 – NJW 1973, 1176, 1176. Vgl. hierzu Gärditz, Die grundlegende Stellung der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in der Hochschulorganisation, WissR 49 (2016), 349, 357 f.

68 Vgl. BGHZ 112, 243 = BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523, 525 – *Grabungsmaterialien*; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 43 Rn. 12; Haberstumpf (Fn 12), ZUM 2001, 819, 825 f.; Heermann, Der Schutzzumfang von Sprachwerken der Wissenschaft und die urheberrechtliche Stellung von Hochschulangehörigen, GRUR 1999, 468, 474 f. Eingehend zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Publikationspflichten im Rahmen von Förderbedingungen Fehling (Fn 2), OdW 2014, 179. Zur Zweitveröffentlichungspflicht in

Hochschulstatuten siehe Haug, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, 89; gegen eine entsprechende Satzungsänderung der Universität Konstanz ist eine Normenkontrollklage beim VGH Baden-Württemberg anhängig, der das Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt hat (Az. 9 S 2056/16), vgl. hierzu Löwisch, Streit um die Zweitveröffentlichungspflicht geht zum Bundesverfassungsgericht, OdW 2018, 43.

69 Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 43 Rn. 12; Haberstumpf (Fn 12), ZUM 2001, 819, 827; Heermann (Fn 68), GRUR 1999, 468, 473.

70 Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 43 Rn. 26.

71 BGH 26.10.1951 – I ZR 93/51 – GRUR 1952, 257 – *Krankenhaus-Kartei*.

72 Ulrici (Fn 62), WissR 48 (2015), 318, 328.

73 Vgl. BGHZ 112, 243 = BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523, 525 – *Grabungsmaterialien*; Haberstumpf (Fn 12), ZUM 2001, 819, 827; Lauber-Rönsberg/Krahn/Baumann, Gutachten 2018 (Fn 63), S. 4.

entstanden sind.⁷⁴ Am sinnvollsten erscheint es, in diesen Situationen beiden – Arbeitgeber und weisungserteilendem Wissenschaftler – Nutzungsrechte zu erteilen. Auf diese Weise wird zum einen die Investitionsleistung des Arbeitgebers berücksichtigt und ein Gleichlauf mit dem Datenbankherstellerrecht erreicht, zum anderen wird die Fortentwicklung des Forschungsprojekts in den Händen des weisungserteilenden Wissenschaftlers gewährleistet.⁷⁵

3. Wissenschaftliche Mitarbeiter

Die Wissenschaftsfreiheit kommt nicht nur Hochschulprofessoren zugute, sondern „steht jedem zu, der wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will.“⁷⁶ Das bedeutet, dass an Forschungsdaten, die von wissenschaftlichem Personal im Rahmen der eigenen Forschung, etwa für eine Qualifikationsschrift, produziert werden, der Arbeitgeber kein Nutzungsrecht erhält.⁷⁷ Für Ergebnisse weisungsgebundener Tätigkeit gelten hingegen die gleichen Grundsätze wie für nicht-wissenschaftliches Personal (vgl. IV.2.). Diese Unterscheidung fällt bei größeren Forschungsprojekten, wie etwa in der Medizin, mitunter schwer. Regelmäßig sind hier eine Vielzahl von Forschern unterschiedlicher Hierarchien beteiligt und arbeiten zugleich am Gesamtprojekt und an ihrer eigenen Forschung im Rahmen einer Teilfrage. Hier ist auf Entstehung und Zweck des konkreten Forschungsdatums abzustellen: Handelt es sich um Material, das weisungsgebunden erhoben und dem Gesamtprojekt zugeführt wurde, so werden daran Nutzungsrechte eingeräumt. An den vom wissenschaftlichen Mitarbeiter selbständig erstellten Forschungsdaten und Texten (etwa einer Dissertationsschrift) erhält der Arbeitgeber keine Nutzungsrechte. Im Hinblick auf die Frage nach der Person, die die Nutzungsrechte erhält, gilt das gleiche wie bei nicht-wissenschaftlichem Personal (IV.2.)

4. Externe Personen (insbesondere externe Doktoranden)

Urheber bzw. Rechteinhaber, die in keinem Arbeits- oder Dienstverhältnis tätig sind, wie externe Doktoranden und Studierende, müssen an den von ihnen geschaffenen Materialien grundsätzlich keine Nutzungsrechte

einräumen.⁷⁸ In Bezug auf die angefertigten Qualifikationsschriften ist dies selbstverständlich und unproblematisch. Vielfach sind allerdings auch diese externen Personen, insbesondere externe Doktoranden, in die Erzeugung von Forschungsdaten für das Gemeinschaftsprojekt eingebunden.⁷⁹ Zwar erhalten sie hierfür meist keine Vergütung, dafür können sie aber auf den Forschungsdatenpool zugreifen und ihn für ihre eigene Forschung verwenden. Ginge man davon aus, dass diese externen Personen dennoch keine Nutzungsrechte an den von ihnen generierten Daten einräumen müssten, würde dies zu erheblichen Problemen führen, wenn die Forschungsdatenbank z.B. öffentlich zugänglich gemacht werden soll. Denkbar wäre, die Betreuungszusage als Vertrag *sui generis* einzuordnen, aus dem sich u.a. ergibt, dass der Doktorand Nutzungsrechte an den von ihm für das Gesamtprojekt produzierten Forschungsdaten einräumt. Dies wäre mit der weiten Interpretation des Begriffes des Arbeitsverhältnisses durch den BGH wohl zu vereinbaren: Hiernach genügt es, dass der Urheber „in einem mehr oder weniger starken Abhängigkeitsverhältnis für die Verwertungszwecke eines anderen tätig wird“, wobei auf die „Zweckbestimmung“ des Werkes abzustellen sei.⁸⁰ Zugunsten des externen Doktoranden wiederum könnten sich aus diesem Vertrag Schutz- und Treuepflichten des betreuenden Forschers ergeben. So wäre etwa sicherzustellen, dass der externe Doktorand auch tatsächlich Zugang zu den für seine Forschung relevanten Daten erhält, insbesondere auch dann, wenn der Betreuer zwischenzeitlich die Institution wechselt. Idealerweise sollten etwaige Rechte und Pflichten der Parteien zu Beginn der Zusammenarbeit festgelegt werden. Dabei wäre beispielweise auch eine Regelung für den Fall zu treffen, dass die Betreuung vorzeitig (einvernehmlich oder auch nicht) beendet wird.

5. Exkurs: Forschungsk Kooperationen

Für Forschungsdaten, die im Rahmen von Forschungsk Kooperationen geschaffen werden, gilt im Grundsatz das oben Gesagte, wobei etwaige explizite Regelungen in Forschungs- und Entwicklungsverträgen zu berücksichtigen sind. Trotz der enormen wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Relevanz von Forschungsk Kooperationen

74 Vgl. *Haberstumpf* (Fn 12), ZUM 2001, 819, 827. Ggf. unter Beteiligung an einem etwaigen Gewinn (vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze, UrhG* (Fn 11), § 43 Rn. 12; *Haberstumpf* (Fn 12), ZUM 2001, 819, 827).

75 Diese funktionale Betrachtung findet sich auch in der Entscheidung BGHZ 112, 243 = BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523, 527 – *Grabungsmaterialien*.

76 BVerfGE 35, 79, 112 = BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72 – NJW 1973, 1176, 1176.

77 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze, UrhG* (Fn 11), § 43 Rn. 12; *Haber-*

stumpf (Fn 12), ZUM 2001, 819, 827; *Heermann* (Fn 68), GRUR 1999, 468, 472; *Lauber-Rönsberg/Krahn/Baumann*, Gutachten 2018 (Fn 63), S. 4.

78 Vgl. *Haberstumpf* (Fn 12), ZUM 2001, 819, 828; *Heermann* (Fn 68), GRUR 1999, 468, 475.

79 Siehe hierzu auch *Ulrici*, Kooperation in der Wissenschaft: Das Recht am und auf das Arbeitsergebnis, *WissR* 48 (2015), 318, 329; *ders.* (Fn 62), *OdW* 2018, 129, 147.

80 BGH 22.2.1974 – I ZR 128/72 – GRUR 1974, 480, 482 – *Hummelrechte*.

nen, sind Rechtsprechung und Literatur auf diesem Gebiet rar.⁸¹ Begrüßenswert sind insofern Vorschläge für eine neu zu kreierende spezifische Rechtsform für Forschungsk Kooperationen.⁸² Vorteile einer Kooperationsform mit eigener Rechtsfähigkeit wären unter anderem, dass sie selbst Trägerin des Datenbankherstellerechts sein und in eigenem Namen Arbeitsverträge abschließen könnte.⁸³ Etwaige Nutzungsrechte würden dann direkt der Forschungsk Kooperation zufließen. Zudem könnte die Kooperationsstruktur fortbestehen, auch wenn einzelne Forscher ausscheiden, weil sie z.B. die Institution wechseln.⁸⁴ Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass der Zugang zu den Forschungsdaten zugunsten des Gelingens des Forschungsprojektes dauerhaft gewährleistet ist.⁸⁵ Die Belange der Wissenschaftsfreiheit in Bezug auf die (Fort-)Nutzung von Forschungsdaten sollten dabei durch entsprechende Governancestrukturen⁸⁶ sichergestellt, anstatt auf Ebene urheberrechtlicher Nutzungsrechte ausgefochten zu werden.

V. Gesetzliche Nutzungserlaubnis

Die Nutzung urheberrechtlich bzw. leistungsschutzrechtlich geschützter Forschungsdaten ist nicht nur auf vertraglicher Basis, sondern auch im Rahmen der gesetzlichen Schranken (§§ 44a ff. UrhG) erlaubt. Für die wissenschaftliche Nutzung von Forschungsdaten sind besonders die Erlaubnistatbestände in § 60c (Wissenschaftliche Forschung) und § 60d UrhG (Text und Data Mining) relevant. Die gesetzlichen Erlaubnistatbestände sind im Zusammenhang mit Forschungsdaten in zweierlei Hinsicht interessant: Zum einen können sich Forscher bei der Nutzung und Archivierung vorbestehender Werke in einer Forschungsdatenbank selbst auf eine etwaige Erlaubnis berufen. Zum anderen wird die Nachnutzung der Forschungsdaten durch Dritte in gewissen Grenzen erlaubt.

Nach § 60c Abs. 1 UrhG dürfen für die Zwecke nichtkommerzieller Forschung „bis zu 15 Prozent eines Wer-

kes vervielfältigt, verbreitet und öffentlich zugänglich gemacht werden“, um die Werke so einem abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung zugänglich zu machen (Nr. 1) oder um Dritten die Überprüfung der Qualität der wissenschaftlichen Forschung zu ermöglichen (Nr. 2). Zudem dürfen „Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift, sonstige Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke“ in vollem Umfang genutzt werden (Abs. 3).⁸⁷ Das bedeutet, dass auch vorbestehende Werke (in dem erlaubten Umfang) in eine Forschungsdatenbank aufgenommen werden dürfen. Allerdings darf diese Forschungsdatenbank dann nur einer personal abgegrenzten Forschergruppe zugänglich sein oder aber für Zwecke der Überprüfung der Forschungsergebnisse durch Dritte genutzt werden.

Absatz 2 erlaubt (nur) die Vervielfältigung eines Werkes in größerem Umfang (75 Prozent), allerdings lediglich für die eigene wissenschaftliche Forschung, so dass die genutzten Werkausschnitte nicht im Rahmen einer Forschungsdatenbank anderen zur Verfügung gestellt werden dürfen.

Beim Text und Data Mining werden große Text- und Datenmengen automatisiert durchsucht und ausgewertet.⁸⁸ Hierzu ist zunächst technisch erforderlich, dass die auszuwertenden Daten in maschinenlesbarer Form (Korpus) vorliegen, was in der Regel eine Vervielfältigung der Materialien erfordert.⁸⁹ Das Text und Data Mining als solches, also allein die automatisierte Auswertung, stellt hingegen keine urheberrechtlich relevante Handlung dar.⁹⁰ § 60d UrhG erlaubt sowohl etwaige Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) als auch die Zugänglichmachung des Korpus für einen bestimmten abgegrenzten Kreis von Personen für die gemeinsame wissenschaftliche Forschung oder für Dritte zur Überprüfung der wissenschaftlichen Qualität (Abs. 1 S. 1 Nr. 2). Die Schranke gilt allerdings nur für Material, zu dem bereits ein rechtmäßiger Zugang besteht; ein

81 Vgl. *Möslein* (Fn 64), *OdW* 2018, 99. Vgl. auch *Heide*, *Patentschutz und Patentlizenzen in Forschungsk Kooperationen*, *InTer* 2013, 2, der den Mangel an einschlägiger Rechtsprechung, neben der bestehenden Rechtsunsicherheit, darauf zurückführt, dass etwaige Streitfälle aus Gründen der Geheimhaltung eher vor Schiedsgerichten ausgetragen werden.

82 *Eberbach/Hommelhoff/Lappe*, *Eine Kooperationsform für die Wissenschaft*, *OdW* 2017, 1, 5 ff. Siehe auch *Geibel*, *Rechtsform und Zurechnungen zwischen Transparenz und Abschirmwirkung am Beispiel der Wissenschafts- und Forschungsk Kooperationen*, *OdW* 2018, 87; *Möslein* (Fn 64), *OdW* 2018, 99.

83 Vgl. auch *Eberbach/Hommelhoff/Lappe* (Fn 82), *OdW* 2017, 1, 8 f.

84 *Kumpan*, *Die Governance einer Forschungsk Kooperationsgesellschaft – Struktur, Kompetenzen und Verfahren*, *OdW* 2018, 115, 117.

85 Vgl. hierzu auch *BGHZ* 112, 243 = *BGH* 27.9.1990 – I ZR 244/88 – *GRUR* 1991, 523, 527 – *Grabungsmaterialien*.

86 Siehe hierzu *Kumpan* (Fn 84), *OdW* 2018, 115, 117 ff.

87 Für Beiträge aus nicht-wissenschaftlichen Zeitschriften gilt hingegen die prozentuale Grenze aus Absatz 1 bzw. Absatz 2.

88 *BT-Drs.* 18/12329, S. 40. Zur wissenschaftlichen Relevanz von Text und Data Mining siehe nur *Raue*, *Rechtssicherheit für datengestützte Forschung*, *ZUM* 2019, 684; *Specht*, *Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft*, *OdW* 2018, 285.

89 Vgl. *de la Durantaye*, *Neues Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft. Eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs*, *GRUR* 2017, 558, 561; *Raue* (Fn 88), *ZUM* 2019, 684, 685.

90 Vgl. *BT-Drs.* 18/12329, S. 40; *ErwG* 9 DSM-Richtlinie.

„Anspruch auf Zugang zu geschütztem Ursprungsmaterial“ wird nicht geschaffen.⁹¹

Privilegiert ist in jedem Fall nur die nicht-kommerzielle Forschung.⁹² Dass ein Projekt durch Drittmittel gefördert wird, steht dem nicht-kommerziellen Charakter der Forschung dabei ebenso wenig entgegen, wie die Aussicht auf eine gewinnbringende Veröffentlichung.⁹³ Nutzungshandlungen für die Zwecke unternehmenseigener Forschung oder kommerzielle Auftragsforschung sind nicht von den Schranken erlaubt.⁹⁴

Durch die DSM-Richtlinie wird das Text und Data Mining zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung auf eine einheitliche europäische Grundlage gestellt (Art. 3 DSM-RL) und zudem in begrenztem Umfang auch für sonstige Zwecke ermöglicht (Art. 4 DSM-RL). Art. 3 Abs. 2 DSM-Richtlinie erlaubt dabei, im Gegensatz zur bereits bestehenden Schrankenregelung in § 60d UrhG, dass im Bereich der wissenschaftlichen Forschung das vervielfältigte Material auch dauerhaft gespeichert und aufbewahrt wird (Art. 3 Abs. 2 DSM-RL). Unter den Begriff der wissenschaftlichen Forschung fällt, anders als nach bisheriger deutscher Regelung, auch kommerzielle Forschung, soweit etwaige Gewinne anschließend in die Forschung reinvestiert werden (Art. 2 Abs. 1 lit. a DSM-RL).⁹⁵

VI. Schluss

Die Frage nach den Urheberrechten an Forschungsdaten ist nicht leicht zu beantworten. Da der urheberrechtliche

Schutz von der schöpferischen Leistung und die Leistungsschutzrechte von der konkreten Darstellung des Materials abhängen, ist die Schutzfähigkeit von Forschungsdaten grundsätzlich für jeden Informationsträger gesondert zu prüfen. An umfangreicheren Forschungsdatenbanken, und in manchen Fällen sogar einzelnen Informationsträgern (wie etwa topografischen Landkarten), kann zudem ein Datenbankherstellerrecht bestehen. Da die originäre Rechtsinhaberschaft jeweils (abgesehen vom Datenbankherstellerrecht) bei der schöpferischen bzw. erzeugenden Person liegt, halten häufig eine Vielzahl von Beteiligten Rechte an einem Forschungsdatenpool. Zwar können sich aus den Wertungen des Arbeitnehmerurheberrechts Nutzungsrechte zugunsten von Institution oder leitendem Forscher ergeben. Rechtssicherer und insofern vorzugswürdig sind jedoch explizite vertragliche Vereinbarungen. Idealerweise sollten die Forschungsinstitutionen hier gewisse Leitlinien oder entsprechende Vertragsmuster bereitstellen.

Linda Kuschel ist Juniorprofessorin an der Bucerius Law School in Hamburg und Habilitandin von Marc-Philippe Weller an der Universität Heidelberg. Die Autorin dankt Michael Fehling für den bereichernden Gedankenaustausch und Darius Rostam sowie Jasmin Dolling für die Unterstützung bei der Recherche.

91 BT-Drs. 18/12329, S. 41.

92 BT-Drs. 18/12329, S. 40.

93 BT-Drs. 18/12329, S. 39. Vgl. auch Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 60c Rn. 6; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, UrhG

(Fn 9), § 60c Rn. 12.

94 BT-Drs. 18/12329, S. 39. Vgl. auch Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG (Fn 11), § 60c Rn. 6; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, UrhG (Fn 9), § 60c Rn. 12.

95 Vgl. hierzu auch Raue (Fn 88), ZUM 2019, 684, 690.

Ursula Schaefer

Reformieren bis zur Selbstaflösung? –: oder Wes- halb die Geisteswissenschaften den „Bologna Pro- zess“ überlebten

ÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Zwei historische Beispiele

1. Die Einrichtung von Seminaren im 19. Jahrhundert
2. Die Empfehlungen des Wissenschaftsrates von 1966

III. „Bologna“ am Rhein – und an der Elbe

1. Der Vorlauf
2. Die politischen Ziele
3. Das (Aus-)Bildungsdilemma

IV. Schlüsse

I. Einleitung

Wenn Reformen, also Struktureingriffe in ein System, nach dem *top-down*-Prinzip vorgenommen werden, sehen die Betroffenen dies oft als Angriff, und die Wahrscheinlichkeit ist hoch, dass die Initiatoren das auch genau so meinen. Schließlich ist ein solcher Eingriff in der Regel dadurch motiviert, dass ein Missstand ausgeräumt werden soll, den die Betroffenen selbst anscheinend nicht sehen (wollen). Im Folgenden geht es um Eingriffe in die Organisation der Lehre an den Universitäten und den aus dieser Lehre resultierenden Prüfungen. Die dramatischste Reform dieser Art läuft unter dem Namen „Bologna-Prozess“. Zwar ist die Diskussion um diesen Prozess, der nun über 20 Jahre währt, deutlich abgeflaut, aber genau aus dem Grund erscheint es mir reizvoll, mit diesem zeitlichen Abstand vor allem noch einmal in dessen Anfänge zu schauen. Mein Rückblick wird sich von anderen, die es sicherlich zahlreich gibt, dadurch unterscheiden, dass er zu Teilen auf Erfahrungen zurückgreift, die ich selbst in unterschiedlichen universitären Funktionen machen konnte. Dabei werde ich mich größtenteils auf die Geisteswissenschaften beschränken.

Wie ich zeigen werde, war die Einführung der gestuften Abschlüsse in Deutschland geleitet vom politischen Willen, auch die Universität dazu zu bewegen, sich deutlicher auf eine Ausbildung auszurichten, die der späteren Beschäftigung der Absolventinnen und Absolventen Rechnung trägt. Eben dieses Ansinnen stößt sich jedoch hart mit dem Grundverständnis universitärer Lehre.

Dass man dies nicht einfach damit abtun kann, in der Universität herrsche eben in dieser Hinsicht eine unkurierbar konservative Disposition, wird deutlich, wenn wir noch weiter in der neuere Universitätsgeschichte zurückgehen. An zwei historischen Beispielen möchte ich deshalb zuerst einmal zeigen, dass es schon früher Eingriffe in das Lehr- und Prüfungsgeschehen gab. Wie die Stufung entsprangen auch sie der politischen Intention, die Universität sollte sich stärker als Ausbildungsstätte verstehen, die nicht alleine der eigenen Reproduktion dient.

Mit dem ersten historischen Beispiel gehen wir zurück in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts, in die Zeit also, in der sich die Philosophische Fakultät vollkommen neu aufstellte. Die meist von ministerieller Seite oktroyierte Einrichtung von Seminaren als Institution und damit auch einer neuen Lehrform verfolgte – wiewohl sehr moderat – den Zweck, die Lehrerbildung an dieser Fakultät zu verbessern. Das System verarbeitete diesen Eingriff dann allerdings dergestalt, dass sie damit ihren eigenen Wissenschaftsanspruch konsolidierte. Im Rahmen des zweiten Beispiels wird deutlich, wie dauerhaft sich diese Konsolidierung erwies. In den Empfehlungen des Wissenschaftsrates von 1966 ging es wieder darum, universitärer Lehre zumindest teilweise den Charakter der reinen Selbstversorgung zu nehmen. Nun haben wir es allerdings mit einer in vielen Hinsichten anderen Universität zu tun: Ungleich zahlreicher wurde studiert, dies allerdings war auch verbunden mit sehr langen Studienzeiten und hohen Abbruchquoten. Parallel stieg aber auch der Bedarf an wissenschaftlich (aus-)gebildetem Personal in der Berufswelt. Daher das Ansinnen, das Lehr- und Prüfungsgeschehen so umzustrukturieren, dass dies dem außeruniversitären Bedarf Rechnung trägt.

Das aber gelang nur ansatzweise. Und so wurde in den späteren 1990ern ein erneuter Eingriff vorbereitet. Dieser Versuch war zumindest in der Anfangszeit in einen weiteren Kontext gestellt, nämlich den eines gesamt-europäischen Anliegens. Die Überschrift zu diesem Kapitel meines Beitrags lautet „Bologna‘ am Rhein –und an der Elbe“, womit ich zum einen ausdrücken möchte, dass der sogenannte „Bologna-Prozess“, um den es da gehen wird, in Deutschland einen sehr spezifischen Weg

ging, noch ehe er diesen Namen erhielt. Am Rhein waren alle (hochschul-)politischen Akteure stationiert, und die Elbe ist in die Überschrift geraten, weil ich hier auf Erfahrungen aus meiner Zeit an der TU Dresden zurückgreifen möchte.

II. Zwei historische Beispiele

1. Die Einrichtung von Seminaren im 19. Jahrhundert

Die Funktion der Philosophischen Fakultät bestand bis ins 19. Jahrhundert darin, sprachlich und darüber hinaus allgemeinbildend auf das Studium in den „hohen“ Fakultäten der Theologie, des Rechts oder der Medizin vorzubereiten. Im 19. Jahrhundert emanzipierte sich die Philosophische Fakultät nach und nach aus dieser Rolle des propädeutischen Zulieferers. Dies konnte geschehen, weil sich in dem Jahrhundert das (öffentliche) Schulsystem so entwickelte, dass nun dort – im weitesten Sinn – die Zurüstung für das Studium stattfand. Nebenbei sei hier angemerkt: *Humboldts* Konzept der „akademischen Freiheit“ hängt eng mit dieser Entwicklung zusammen. Nach seiner Vorstellung sollten nämlich die Schulen „den höheren wissenschaftlichen Anstalten gehörig in die Hände arbeiten“. Der „Zögling“ sollte, wie er es ausdrückte, beim Eintritt in die Universität „physisch, sittlich und intellektuell der Freiheit und Selbstthätigkeit überlassen werden“ können.¹

Die Entlastung der Philosophischen Fakultät von propädeutischen Aufgaben ging einher mit der Ausprägung der geistes- und naturwissenschaftlichen Fächer, die sich vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vollzog. Dass dies nicht überall im Gleichschritt geschah, zeigt das Beispiel der Freiburger Philosophischen Fakultät im 19. Jahrhundert. In Baden hatte eine Reform des Lyzeums zur Folge, dass die Zahlen der an dieser Fakultät eingeschriebenen Studierenden von einem Anteil von 25 % um 1830 für mehr als drei Jahrzehnte auf unter 10 % fiel. In den späten 1870ern stieg diese Zahl wieder

an, was „allein an dem steigenden Lehrerbedarf“ und der „Professionalisierung der Lehrerausbildung“ lag, wie *Sylvia Paletschek* feststellt.² Zeichen dieser Professionalisierung war zuerst einmal die Einführung des „examen pro facultate docendi“, allerdings zeigt sich da auch, wie unterschiedlich man in den Ländern agierte. Diese ministerielle Qualitätskontrolle wurde zuerst 1809 in Bayern eingeführt, 1810 folgte Preußen, am Ende standen Baden 1837 und Sachsen 1843.³ In jedem Fall wandelte sich die Philosophische nun neben der Theologischen, der Juristischen und der Medizinischen zur vierten berufsausbildenden Fakultät.

Im Zug dieser Professionalisierung wurden an den Universitäten sogenannte „Seminare“ eingerichtet. Unter diesem Begriff sind tatsächlich Lehrerbildungsstätten zu verstehen, in denen andere Lehr- und Lernformen als die Vorlesung gepflegt wurden. Das heißt, es formierten sich strukturelle Einheiten, die einer bestimmten Berufsausbildung dienten und die – zuerst einmal – zu eben diesem Zweck eine besondere Lehrform etablierten. *Finkenstaedt* und *Haenicke* heben hervor: Das „Seminar“ als Form der Lehre und als konkreter Ort der Ausbildung in einem Fach der Philosophischen Fakultät ist einer der wichtigsten Beiträge der deutschen Universität des 19. Jahrhunderts zur Form der wissenschaftlichen Ausbildung.⁴ Vom Ergebnis her mag man dies so festhalten, allerdings muss präzisiert werden, dass diese Seminar Gründungen in aller Regel nicht aus den Universitäten erwachsen, sondern von den zuständigen Ministerien oktroyiert wurden. So geschah es z.B. in Tübingen (Kgr. Württemberg) und Heidelberg (Grhztg. Baden), während man in Freiburg 1872 ausdrücklich beim Ministerium um die Einrichtung eines Seminars – für die Neuphilologien – ersuchte.⁵ Darüber hinaus zogen sich die Seminar Gründungen an den Universitäten von den 1870ern bis in das frühe 20. Jahrhundert.⁶

Insbesondere die Neuphilologien haben ihre Konstituierung als wissenschaftliche Fächer also in nicht gerin-

1 *W. v. Humboldt*, Über die innere und äußere Organisation der wissenschaftlichen Anstalten in Berlin (1809/1810), in: A. Flitner/K. Giel (Hrsg.), *W. von Humboldt: Werke in fünf Bänden*, Band IV: Schriften zur Politik und zum Bildungswesen (1964), S. 255-266, S. 260 f.

2 *S. Paletschek*, Geisteswissenschaften in Freiburg im 19. Jahrhundert: Expansion, Verwissenschaftlichung und Ausdifferenzierung der Disziplinen, in: B. Martin (Hrsg.), 550 Jahre Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Bd. 3: Von der badischen Landesuniversität zur Hochschule des 21. Jahrhunderts (1994), S. 44-71, S. 49.

3 *H.-E. Tenorth*, V. Lehrerberuf und Lehrerbildung, in: K.-E. Jeismann/P. Lundgreen (Hrsg.), *Handbuch der deutschen Bildungsgeschichte*. Band III: 1800-1870: Von der Neuordnung Deutschlands bis zur Gründung des Deutschen Reiches, 1989, S. 240-270, S. 255.

4 *Th. Finkenstaedt/G. Haenicke*, Gutachten des Prof. Tobler in Ber-

lin betreffend die Vorschläge des Prof. Stengel in Marburg wegen Gründung von Universitätsseminarien für romanisch-englische Philologie, in: R. Baum/K. Böckle et al. (Hrsg.), *Lingua et Traditio. Geschichte der Sprachwissenschaft und der neueren Philologien*. Festschrift für Hans Helmut Christmann zum 65. Geburtstag (1994), S. 481-488, S. 481.

5 Vgl. *Paletschek* (Fn. 2), S. 55 f.

6 Die Gründung von Seminaren war aber nicht auf die ‚Schulwissenschaften‘ beschränkt. *Paletschek* führt an, dass an der Freiburger Juristischen Fakultät 1889 ein Seminar eingerichtet wurde, dort allerdings „erst um 1900 (...) seminariistische Veranstaltungen endgültig etabliert wurden“. Damit zeichnete sich, so *Paletschek* weiter, die Wandlung auch dieser Fakultät „hin zu einer modernen Wissenschaftsdisziplin ab“; *Paletschek* (Fn. 2), S. 67.

gem Maß dem Umstand zu verdanken, dass der Staat die wissenschaftliche Ausbildung der Lehrer an höheren Schulen verlangte.⁷ Dazu dienten nicht nur die Seminargründungen, sondern auch eine vom Bedarf bestimmte deutliche Aufstockung der Professuren. Damit baut sich ein paradoxes Spannungsfeld auf: Mit dieser „Verwissenschaftlichung“ einer bestimmten Ausbildung verstärkt sich gleichzeitig der Wissenschaftsanspruch des Faches und damit der Geltungsanspruch, gerade nicht dem Zweck einer bestimmten Berufsausbildung zu dienen. Das unterscheidet nun auf längere Sicht wieder diese Fakultät von den „hohen Fakultäten“ des Rechts und der Medizin, in denen das Studium selbstverständlich in erster Linie der Ausbildung einer Berufsgruppe dient und der Studienabschluss nur durch ein externes „Staatsexamen“ erreicht werden kann.⁸

Die Selbstbehauptung der geisteswissenschaftlichen Fächer musste hingegen fast zwangsläufig dazu führen, dass die Seminare von den (meisten) Professoren für die Wissenschaft schlechthin appropiiert wurden. 1910 erinnert sich in diesem Sinn der Romanist *Adolf Tobler* an der Berliner Universität, das Seminar sei „niemals als eine Anstalt zur Vorbereitung auf bestimmte Prüfungen (etwa im Französischen!) gedacht“ gewesen. Mit den ‚bestimmten Prüfungen‘ meinte er natürlich das Staatsexamen. „Gegenstände der gemeinsamen Übungen“, also jener neuen interaktiven Lehrform, die am Seminar gepflegt wurde, sollten dort vielmehr „in ziemlich regelmäßigem Wechsel den verschiedenen Disziplinen der romanischen Philologie entnommen“ werden.⁹

2. Die Empfehlungen des Wissenschaftsrates von 1966

Ausläufer dieser Haltung fand ich an der Universität noch vor, als ich im Wintersemester 1966/67 mein Studium (in Geschichte, Politischen Wissenschaften und Anglistik) begann. Nun wollte ich gar nicht „in die Schule“, doch war das (erste) Staatsexamen für das Lehramt an Gymnasien damals die einzige Option, einen Studienabschluss in den Geisteswissenschaften zu erwerben, ohne bis zur Promotion ‚durchzustudieren‘. Die entsprechende Fach-Ordnung gab dabei sehr grob vor, welche Lehrveranstaltungen bei Anmeldung zum Examen

erfolgreich besucht sein mussten. Davon, dass gerade größte Aufregung über eine vom Wissenschaftsrat angestoßene Diskussion der universitären (Aus-)Bildung im Gang war, bekam ich nur insofern etwas mit, als ziemlich bald die Rede davon war, es gebe nun eine Zwischenprüfung, und das Studium könne wohl zukünftig – alternativ zum Staatsexamen – auch mit dem „Magisterexamen“ abgeschlossen werden.

Im Mai 1966 hatte der Wissenschaftsrat (WR) seine „Empfehlungen zur Neuordnung des Studiums an den wissenschaftlichen Hochschulen“ verabschiedet.¹⁰ Fünf Aspekte wirkten damals für einige Fächer nachgerade revolutionär: (1) die Forderung einer „äußeren“ Strukturierung des Studiums in eine erste Phase von vier Semestern, die mit der Zwischenprüfung bzw. dem Vordiplom abgeschlossen wird. Deren Bestehen war Voraussetzung für die zweite Phase, die mit dem Staatsexamen, dem Diplom- oder dem Magisterexamen abschließt. Damit einhergehend wurde (2) ein Lehrangebot gefordert, das in der ersten Phase explizit der einführenden Orientierung dient. Schließlich sollten (3) die abschließenden Prüfungen der Tatsache Rechnung tragen, dass bereits die Gegenstände des Studiums nur exemplarischen Charakter haben können. Folglich sollten (4) die Abschlussprüfungen nach einem vierjährigen Studium (plus einem Examssemester) zu leisten sein. Der WR sah das Studium ausdrücklich als Ausbildung und forderte, es habe sich „einerseits abzugrenzen gegen die Forderung nach selbständiger Mitwirkung in der Forschungsarbeit, andererseits gegen die Beschränkung auf bloße Wissensvermittlung und Einübung in die Berufsarbeit“.¹¹ Dahinter stand bereits ein Stufungskonzept, das (5) vorsah, dem ersten Examen optional ein „Aufbaustudium“ für „Studenten, die an der Forschung interessiert und für sie befähigt sind“, folgen zu lassen.¹² Ausgesprochen kryptisch formuliert der WR, solchermaßen gestalte sich „das Verhältnis von Forschung und Lehre in der Weise, daß für das Studium die an der Forschung orientierte Lehre den Vorrang hat, während im Aufbaustudium die Forschung die auf sie bezogene Lehre in ihren Dienst nimmt“.¹³

Bis dahin, so *Olaf Bartz* 2006, hatte der WR „zwischen unterschiedlichen Fachkulturen differenziert“;

7 Vgl. dazu insbesondere für die Anglistik *U. Schaefer*, Romanistik und Anglistik im 19. Jahrhundert: Kontingenzen und Notwendiges, in: *Grazer Linguistische Studien* (2017) 87, S. 57-77.

8 Die Theologie klammere ich hier aus, weil dort sehr eigene Bedingungen herrschen.

9 *A. Tobler*, Das Seminar für romanische Philologie, in: *M. Lenz* (Hrsg.), *Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Band 3: Wissenschaftliche Anstalten. Spruchkollodium. Statistik (1910), S. 230-232, S. 231.

10 Wissenschaftsrat, *Empfehlungen zur Neuordnung des Studiums an den wissenschaftlichen Hochschulen*: verabschiedet in der Vollversammlung des Wissenschaftsrates am 14. Mai 1966 (1966); zugänglich über Universitätsbibliothek Paderborn: urn:nbn:de:hbz:466:1-8219. Diese wie alles anderen Internetquellen wurden zuletzt am 10. Nov. 2019 besucht.

11 WR (Fn. 10), S. 14.

12 WR (Fn. 10), S. 16.

13 WR (Fn. 10), S. 30.

nun aber wurde „eine hauptsächlich in den Natur- und Ingenieurwissenschaften gängige Studienstruktur de facto für allgemein gültig erklärt“.¹⁴ Deshalb kam der geballte Protest gegen diese Empfehlungen von den Philosophischen Fakultäten und auch von einzelnen Professoren aus den Geisteswissenschaften. Schon kurz nach der Veröffentlichung der Empfehlungen meldete sich z.B. die Münchener Philosophische Fakultät mit dem Bedenken, der WR würde „die Einheit von Forschung und Lehre zerstören und eine Pädagogisierung der Wissenschaft herbeiführen“, und warnte allgemein vor „Verschulung und Bürokratisierung“.¹⁵ Solche düsteren Szenarien wurden immer wieder verbunden mit der Klage, dass die Universitäten in einigen Bereichen mit einer stark anwachsenden Zahl von Studierenden zurechtkommen mussten. So sah der Hamburger Kunsthistoriker *Wolfgang Schöne*, dass mit ihrer Umsetzung die WR-Empfehlungen „aus den in weiten Bereichen total überanstrengten, durch das rücksichtslose Hineinstopfen immer größerer Studentenmassen und immer neuer zusätzlicher Ausbildungsgänge heruntergewirtschafteten deutschen Universitäten, insbesondere ihren Philosophischen Fakultäten, eine Berufshochschule machen werden“.¹⁶ Der Göttinger Althistoriker *Alfred Heuß* sprach von „staatlich approbierte[m] Banausentum“ und zeigte sich besorgt, es sei „Examens-Dressur“, wenn das „Studium des Gymnasiallehrers von vornherein auf das im engeren Sinne nötige ‚Berufswissen‘“ eingestellt würde.¹⁷ Zwischen dieser Feststellung und der von *Adolf Töbner* über das Seminargeschehen liegt zeitlich zwar ein halbes Jahrhundert, die Haltung ist aber dieselbe.

Wenn ich das recht sehe, äußern sich die WR-Empfehlungen gar nicht spezifisch zur Lehrerbildung, vielmehr ging es da wesentlich umfassender darum, dass „die wissenschaftliche Lehre für das Studium allgemein verlangt werden muß und nicht allein auf die Ausbildung des Nachwuchses für die Forschung beschränkt werden kann“.¹⁸ Allerdings wurde während meines Studiums oftmals von studentischer Seite Klage geführt, was man da an Lehrveranstaltungen geboten bekomme,

sei nicht wirklich „relevant“ für den angestrebten Lehrerberuf. Die Entgegnung darauf lautete regelmäßig, dass man ja auch keine Lehrer ausbilde, und das wohl wissend, dass die große Mehrheit der Studierenden später genau diesen Beruf ergreifen wollten. Ein anderes kritisches Schlagwort der späten Sechziger war das Konzept des „exemplarischen“ Studierens und Prüfens, das in den WR-Empfehlungen stark gemacht worden war. Im Rückblick steckte darin wohl schon der Kern zur Kompetenzorientierung, die vierzig Jahre später im Zuge der Implementierung der Stufung als großer Wendepunkt der Lehre an den Hochschulen durchgesetzt werden sollte.

In Summe: Auch wenn gegen diese Neuordnung von professoraler wie studentischer Seite heftig protestiert und agitiert wurde, richtete man sich in den nächsten dreißig Jahren kommod in dieser Studienstruktur ein.¹⁹ Das vom WR 1966 zugespitzte Szenario einer Alternative zwischen der „Beschränkung auf bloße Wissensvermittlung und Einübung in die Berufsarbeit“ einerseits und „selbständiger Mitwirkung in der Forschungsarbeit“ andererseits wurde nicht zuletzt dadurch abgefangen, dass Ende der 1960er die Fachhochschulen entstanden.²⁰ Dies hat dann die Universitäten wohl auch ermutigt, den Vorschlag des „Aufbaustudiums“ institutionell nicht weiter zu verfolgen.

Olaf Bartz stellt 2005 fest, „im Ergebnis“ sei es nach 1966 „bekanntermaßen zu keiner grundlegenden Studienstrukturreform gekommen“.²¹ Auch wenn man als „gelernter“ Historiker weiß, dass eigenes Erleben durchaus nicht immer mit der historischen Analyse in der Gesamtschau übereinstimmt, möchte ich diesem Befund doch teilweise widersprechen. Auch wenn sie nur mit „bestanden / nicht bestanden“ bewertet wurde, hatte die Zwischenprüfung doch eine strukturierende Wirkung auf die Studienplanung. Das ging hin bis zur Reaktion eines Studierenden, dem ich – inzwischen auf der Lehrseite – unterbreiten musste, dass er seine Zwischenprüfung nun endgültig nicht bestanden hatte: Überraschenderweise dankte er mir überschwänglich und erklärte, er sei froh, dass er nun nicht weiter studieren müsse, denn er

14 *O. Bartz*, Wissenschaftsrat und Hochschulplanung: Leitbildwandel und Planungsprozesse in der Bundesrepublik Deutschland zwischen 1957 und 1975 [Diss. Köln 2005] (2006), S. 110; URL: <http://kups.uni-koeln.de/id/eprint/1879/>.

15 Zitat und Beleg bei *Bartz* (Fn. 14), S. 110.

16 Zitat und Beleg bei *Bartz* (Fn. 14), S. 116; der Soziologe *Max Scheler* forderte 1926 tatsächlich, Forschung und berufliche Ausbildung dergestalt zu trennen, dass die Universitäten „wissenschaftlich[e] Berufsfachschulen werden“; s. *S. Paletschek*, Die Erfindung der Humboldtschen Universität.-Die Konstruktion der deutschen Universitätsidee in der ersten Hälfte des 20. Jahrhundert, *Historische Anthropologie* 10.2

(2002), S. 83 -202, S. 193 f.

17 Zitat und Beleg bei *Bartz* (Fn. 14), S. 115.

18 *WR* (Fn. 10), S. 9.

19 Die studentischen Reaktionen diskutiert *Bartz* (Fn. 14), S. 119-124.

20 Vgl. hierzu *H.-H. v. Grünberg/Christian Sonntag*, 50 Jahre Fachhochschule: Über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps, *Ordnung der Wissenschaft* 2 (2019), S. 157-168.

21 *O. Bartz*, Bundesrepublikanische Universitätsleitbilder: Blüte und Zerfall des Humboldtianismus, in: *die hochschule* 2 (2005), S. 99-113, hier S. 109.

selbst habe das eh nie gewollt. Und in den Abschlussprüfungen wurde es bei den meisten Professoren die Regel, sich an von den Studierenden angegebenen Spezialgebieten zu halten. Ich weiß aber auch von älteren geisteswissenschaftlichen Kollegen, die bis in die 1990er in mündlichen Prüfungen eine Angabe von „Spezialgebieten“ und entsprechenden Leselisten ablehnten. Das sparte zumindest ihnen die Prüfungsvorbereitung.

Unbestreitbar hat die Neuordnung von 1966 drei große Mängel in vielen Fächern nicht behoben: zu lange Studienzeiten, zu viele Studienabbrecher und kapazitätsüberlast. Deshalb sprach 1991 der Rechtshistoriker und damalige WR-Vorsitzende *Dieter Simon* – sehr ähnlich wie der Kunsthistoriker *Schöne* 1966 – im *Spiegel* von „Auflösungserscheinungen“: „endlose Studienzeiten, riesige Abbruch- und Durchfallquoten, apathische Professoren, lust- und orientierungslose Studenten, anarchische Organisationsstrukturen, umschulungsbedürftige Absolventen und was an dergleichen Unerfreulichkeiten noch aufgezählt werden kann.“²² Der erste Schritt, mit dem sich die Universitäten in die Lage versetzten, hier dauerhaft Abhilfe zu schaffen, bestünde darin, dass die Universitäten ihre Studierenden selbst aussuchen. *Simons* Diagnose, dass die Universitäten „im Kern verrottet“ seien, regte die Kollegen immens auf – und sein Vorschlag wurde beiseite geschoben. Stattdessen begann ein paar Jahre später der bis dahin fundamentalste Umbau der Studien- und Prüfungsstruktur. Und dies nahm die Politik in den 1990ern so dezidiert in Angriff, wie nie zuvor.

III. „Bologna“ am Rhein – und an der Elbe

1. Der Vorlauf

Was nach der Jahrtausendwende in Deutschland unter dem Begriff „Bologna-Prozess“ lief, zeichnete sich bereits einige Jahre zuvor langsam ab. Doch die Konturen dieses „Prozesses“ waren noch unscharf. In der Rückschau bin ich mir nicht sicher, ob man dies politisch beabsichtigte oder ob man tatsächlich noch unentschieden war, wie das Übel der überlangen Studienzeiten und der übergroßen Zahl von Studienabbrechern effektiv abgestellt werden könnte. Von der Aktenlage ist darauf zu schließen, dass im Sommer 1997 mit den Empfehlungen der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) „Zu Kredit-Punkte-Systemen und Modularisierung“ für alle politischen Akteure der Weg bereits klar war.²³ Grundsätzlich empfahl die HRK „die verstärkte Einführung von studienbegleitenden Prüfungen“, die verbunden sein sollten mit „Kredit-Punkte-Systemen“. Unschwer zu erkennen, dass dies das Prinzip der Bachelor- und Master-Abschlüsse in Großbritannien und Nordamerika war – und ist. Nun ist davon auszugehen, dass das „know-how“ für die technische Umsetzung dieses Prinzips auf Vorarbeiten beruhte, die das zuständige Bundesministerium lieferte.²⁴ Und zu dieser Umsetzung gehörte von Anfang an das Gebot der „Modularisierung“. Das heißt, die studienbegleitenden Prüfungen bestehen aus „erfolgreich absolvierten Studienabschnitten oder -blöcken („Modulen“)“. Dies zeigt, dass man sich da besonders an Großbritannien orientierte, wo der modulare Aufbau von Studiengängen bereits lange etabliert war.

Der Werkzeugkasten für den Umbau war also 1997 bereits bestens bestückt. Provokativ könnte man sagen, dass den Hochschulen, insbesondere den Universitäten, nun nurmehr beizubringen war, dass sie es sich nicht erlauben konnten, diese Werkzeuge nicht in die Hand zu nehmen. Dazu bedurfte es der Setzung eines „höheren Gutes“, und dieses war einfach aus den Umbauprinzipien selbst zu extrapolieren: die Internationalisierung, genauer, die internationale Vergleichbarkeit, die dadurch erreicht wird, dass prinzipielle Strukturgleichheit vorliegt. So wurde es bereits in jenen HRK-Empfehlungen von 1997 gesagt, denn mit dem neuen Prüfungssystem werde die „Mobilität deutscher und ausländischer Studierender sowie der damit verbundenen Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen“ gefördert.²⁵

Diese Internationalisierung wurde im Mai 1998 zum gesamteuropäischen Ziel ausgerufen. indem man zur 800-Jahrfeier der Sorbonne nach Paris lud und dort die „Sorbonne-Erklärung“, also die „Gemeinsame Erklärung zur Harmonisierung der Architektur der europäischen Hochschulbildung“ verkündete. Die Pariser Universität kann zwar kein Gründungsdatum aufweisen, doch eignete sich diese Fiktion bestens als würdige Folie für das Vorhaben. Zur Inszenierung gehörte auch, dass man den internationalen Gästen jene Deklaration unter anderem als Erkenntnis aus den Workshops präsentierte, die unmittelbar vor dem eigentlichen Festakt stattgefunden hatten. Da ich damals als Vizepräsidentin der

22 *D. Simon*, Im Kern verrottet, *Der Spiegel* 50 (1991) [9.12.1991], S. 52-53; hier S. 52; <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13491471.html>.

23 Hochschulrektorenkonferenz, Zu Kredit-Punkte-Systemen und Modularisierung Entscheidung des 182. Plenums vom 7. Juli 1997; <https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/zu-kredit-punkte-systemen-und-modularisierung/>

24 Z.B. die Studie von *F. Dalichow*, Kredit- und Leistungspunktesysteme im internationalen Vergleich, Forschungsstudie für das Bundesministerium für Bildung und Wissenschaft, Forschung und Technologie (BMBF), 1997. Auf diese wird in den HRK-Empfehlungen ausdrücklich Bezug genommen.

25 HRK (Fn. 23) unter „II. Ausgangslage und Zielsetzungen“.

Humboldt-Universität zu Berlin zu diesen Feierlichkeiten nach Paris reiste, nahm ich an einem solchen Workshop teil, in dem es meiner Erinnerung nach um Bachelor- und Masterabschlüsse ging. Diffuser hätte eine Diskussion kaum laufen können, was aber nicht weiter erstaunlich war, denn die internationalen Teilnehmer redeten letztlich von den Bedingungen an ihren eigenen Hochschulen. Dennoch stellt die Erklärung fest: „A system, in which two main cycles, undergraduate and graduate, should be recognized for international comparison and equivalence, seems to emerge“.²⁶

Es soll nicht bestritten werden, dass in Paris das politische Bestreben der vier Signatar-Staaten Deutschland, Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich im Vordergrund stand, einen „europäischen Hochschulraum“ zu schaffen. Wie *Katrin Toens* 2007 in ihrer Analyse der politischen Hintergründe der „Sorbonne-Erklärung“ darstellt, handelte es sich letztlich aber darum, die national stagnierenden Versuche, die Studienstrukturen zu reformieren, von politischer Seite erheblich zu beschleunigen. Insbesondere galt dies für Frankreich, aber das galt genauso gut für die Bundesrepublik, „so dass die damals verantwortlichen staatlichen Vertreter die Gelegenheit der Sorbonne-Aktion nutzten, um von außen Druck auf die innenpolitischen Verhältnisse auszuüben“.²⁷

In Deutschland war, wie gesagt, diese grundlegende Reform von politischer Seite schon längst auf dem Weg. Nach den HRK-Empfehlungen vom Juli 1997 wurde dem Bundestag im Oktober dieses Jahres mit der Drucksache 13/8796 der „Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes“ zur Beschlussfassung vorgelegt.²⁸ Entscheidend ist hier der neu gefasste § 19, der feststellt: „Zur Erprobung können Studiengänge eingerichtet werden, die zu einem Bachelor- oder Bakkalaureusgrad und zu einem Master- oder Magistergrad führen“.²⁹ Allerdings wird dort nur von „Prüfungen“ gesprochen, aufgrund derer der jeweilige Grad erworben wird. Dass Prüfungen auch „studienbegleitend“ abgelegt werden können, regelt § 15 HRG und setzt damit eine

Möglichkeit fort, die bereits im ersten HRG von 1976 zu finden ist. Neu wurde aufgenommen, dass zum „Nachweis von Studien- und Prüfungsleistungen (...) ein Leistungspunktsystem geschaffen werden“ solle. Dies war ja ein Kernanliegen der HRK-Empfehlung, und dort wurde auch nahegelegt, dass es sich dabei um das *European Credit Transfer System (ECTS)* handeln sollte. Das *ECTS* hatte man im Rahmen von ERASMUS 1989 entwickelt, mit dem u.a. die Mobilität der Studierenden im EU-Raum gefördert wurde.³⁰ Dort diente es dazu – und das tut es noch heute –, Studienleistungen zu quantifizieren und international verrechenbar, also anerkennbar zu machen. Den Gedanken des Transfers nimmt die HRG-Novellierung begründend auf, denn dieses Punktesystem sollte „auch die Übertragung erbrachter Leistungen auf andere Studiengänge derselben oder einer anderen Hochschule“ ermöglichen.

Der springende Punkt dieses neuen Paragraphen war zum einen, dass mit dem Bachelor-/Bakkalaureus-Grad „ein erster berufsqualifizierender Abschluß erworben wird“, für dessen Erreichung die Regelstudienzeit „mindestens drei und höchstens vier Jahre“ beträgt. Zur Erinnerung: Schon im HRG von 1976 war im vierten Absatz der Vorschrift § 10 („Studiengänge“) zu lesen, dass die Regelstudienzeit für den ersten berufsqualifizierenden Abschluss „nur in Ausnahmefällen“ vier Jahre überschreiten dürfe und dass auch Studiengänge mit einer dreijährigen Regelstudienzeit möglich seien. Wahrscheinlich sah man 1997, dass für einige Fächer der Bachelor als Regelabschluss kaum akzeptabel sein würde. Deshalb wurde die Gesamtstudienzeit für den Bachelor und einen konsekutiven, also darauf aufbauenden, Master bei fünf Jahren gedeckelt. Damit ging man sogar ein bis zwei Semester über die Regelstudienzeit des HRG von 1976 hinaus. Doch auch wenn das Gesetz von einem „ersten berufsqualifizierenden Abschluß“ sprechen musste, war es ganz offensichtlich die politische Intention, den Bachelor zum Regelabschluss zu machen, denn nur so war die Absicht wirksam umzusetzen, die Studi-

26 Die zitierte englische Version der Erklärung findet sich unter: http://www.ehea.info/media.ehea.info/file/1998_Sorbonne/61/2/1998_Sorbonne_Declaration_English_552612.pdf. – Die Erklärung wurde ursprünglich im Haus des französischen Bildungsminister Allègre erarbeitet; vgl. dazu auch S. *Pini*, *Aux origines du processus de Bologne: la déclaration de la Sorbonne, Nouvelle Europe* [online], Lundi 27 août 2007, <http://www.nouvelle-europe.eu/node/255>. Meiner Erinnerung nach wurde die Erklärung auf Französisch verlesen. Während des Festakts kam es ca. zwanzig Minuten lang zu einer tumultartigen Diskussion in der Zuschauerschaft, ob im Weiteren die englische Sprache

benutzt werden dürfe.

27 *K. Toens*, Die Sorbonne-Deklaration. Hintergründe und Bedeutung für den Bologna-Prozess, in: *Die Hochschule: Journal für Wissenschaft und Bildung* 16 (2007) 2, S. 37-53, hier S. 50. – URN: urn:nbn:de:0111-pedocs-164024.

28 <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/087/1308796.pdf>.

29 In der 6. Novellierung des HRG von 2002 wurde dies dahingehend geändert, dass Bachelor- und Masterstudiengänge zum Regelabschluss wurden.

30 Europäische Union, *ECTS-Leitfaden* (2015), S. 1; doi:10.2766/87169.

enzeiten effektiv abzukürzen – und die Absolventinnen und Absolventen schnell dem Arbeitsmarkt zuzuführen.

2. Die politischen Ziele

Schaut man allein auf diese Regelungen, so hätte der Übergang in das gestufte System eigentlich wesentlich geräuschloser vonstatten gehen können, als dann tatsächlich geschehen. Ende der 1990er diskutierte man in der universitären Öffentlichkeit die Einführung von Bachelor und Master nach meiner Beobachtung sehr emotional in einer Gemengelage von Argumenten. Da gebe es ja schon die Zwischenprüfung, und die könne man doch einfach umbenennen. Oder man erhob – insbesondere in den Ingenieurwissenschaften – erregt die Stimme für die Erhaltung des Diploms, das schließlich weltweit eine sehr gute Reputation habe. Unbehagen machte sich auch breit, weil man nicht genau verstand, was das mit der Modularisierung auf sich hatte. Vor allem aber fragte man sich, ob denn bei einem dreijährigen Studium überhaupt ein genügend ausgebildeter Chemiker oder eine genügend ausgebildete Informatikerin herauskommen könne. Zwar wurde im Zuge dessen der Begriff des „berufsqualifizierenden Abschlusses“ ins Bewusstsein gerückt, doch nahm man nur am Rand wahr, dass es der Politik ja um mehr ging, als einen solchen Abschluss in kürzerer Studienzeit zu erreichen. Ganz deutlich wird deren Absicht in der „Amtlichen Begründung“ der HRG-Novellierung genannt: „[Das] Hochschulsystem der Zukunft muß ein gestuftes System von Abschlüssen mit einer deutlichen Berufsorientierung in klar definierten Studienzeiten bieten (...)“.³¹

Der WR drückte das 2000 noch deutlicher aus, denn er forderte neue Abschlüsse mit „Arbeitsmarktrelevanz“.³² Dieser Begriff findet sich in der „Bologna-Erklärung“ von 1999.³³ Ziel der Einführung gestufter Abschlüsse sei nämlich, „die arbeitsmarktrelevanten Qualifikationen der europäischen Bürger ebenso wie die internationale Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Hochschulsystems zu fördern“. Es lohnt sich, da noch einmal in die englische Version der „Bologna-Erklärung“ zu schauen.³⁴ Was die deutsche Übersetzung mit

„arbeitsmarktrelevante Qualifikationen“ wiedergibt, lautet in Englisch schlicht „employability“, und das bedeutet einfach ‚Einstellbarkeit‘. Da im „Bologna“-Diskurs der Begriff „employability“ in der Folge immer wieder kritisch diskutiert worden ist, gibt der Verbund der *European Higher Education Area (EHEA)* auf seiner Homepage diese, den Kontext des „Bologna-Prozesses“ berücksichtigende Definition: „Graduates‘ ability to sustainably hold one’s own on the labour market (in employed or independent work, with national or private institutions, at home or abroad)“.³⁵

Diese „Arbeitsmarktrelevanz“ festzustellen, ist natürlich höchst problematisch, wenn es sich um „Fächer ohne klare Berufsfelder und mit offener Beziehung zwischen Studium und Beruf“ handelt, unter die der WR 1999 insbesondere die „Geistes- und Sozialwissenschaften“ subsumierte.³⁶ Ein Mittel, um u.a. diese „offene Beziehung“ in rechte Bahnen zu lenken, stellte die Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung (BLK) 2002 in ihrer „Handreichung zur Modularisierung und Einführung von Bachelor- und Master-Studiengängen“ zur Verfügung. Beim Studium in den „Diplom- und Magister-Studiengängen“ mit ihrer „fächerorientierten Studienstruktur“ würden bisher wenige Fächer studiert, die erst „am Ende im Rahmen einer Fachprüfung abgeschlossen werden“.³⁷ Die Modularisierung befreie von diesem Übel, denn „Modularisierung erfordert ein Umdenken vom ‚Fach‘ zur funktionalen Einheit ‚Modul‘ und zwingt so zu einer grundlegenden Neustrukturierung der zu vermittelnden Studieninhalte“.³⁸ Das heißt, indem man sich in der Modularisierung von der Fachorientierung des Magisterstudiums löst, kann man endlich solche Studiengänge konzipieren, die berufsorientiert sind. Der Preis wäre dann aber, dass in Zukunft ein grundständiges Fachstudium entfällt.

Wenn dieser gerade vorgetragene Argumentationsgang und die Folgerung all zu konstruiert erscheint, dann kann ich entgegenhalten, dass eben dies zwischen 2001 und 2005 die Haltung des sächsischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst war. In dieser Zeit war ich nach meinem Wechsel von Berlin an die TU Dresden erst einmal die „Bachelor-Beauftragte“ meiner

31 BT (Fn. 28), S. 13.

32 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Einführung neuer Studienstrukturen und -abschlüsse (Bakkalaureus/Bachelor – Magister/Maister) in Deutschland (Drs. 4418/00) (2000): <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4418-00.html>.

33 Deutsche Version unter: https://www.bmbf.de/files/bologna_deu.pdf.

34 Englische Version unter: <http://www.ehea.info/cid100210/ministerial-conference-bologna-1999.html>.

35 Ich übersetze das so: ‚Fähigkeit der Absolventen, kontinuierlich auf dem Arbeitsmarkt zu bestehen (angestellt oder freiberuflich,

an nationalen [i.e. staatlichen] oder privaten Einrichtungen, zu Hause oder im Ausland)‘; <http://www.ehea.info/cid102524/employability-introduction.html>.

36 Wissenschaftsrat, Stellungnahme zum Verhältnis von Hochschulbildung und Beschäftigungssystem, 1999, S. 21; <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4099-99.html>

37 Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung, Heft 101 – Modularisierung in Hochschulen. Handreichung zur Modularisierung und Einführung von Bachelor- und Master-Studiengängen (2002), S. 4.

38 BLK (Fn. 37), S. 8.

Fakultät für Sprach- und Literaturwissenschaften und kämpfte ab 2003 als Dekanin weiter für die Einführung eines Bachelor-Studiengangs meiner Fakultät. In den anfänglichen Entwürfen sollten zwei „Hauptfächer“ oder ein „Haupt-“ und zwei „Nebenfächer“ aus meiner Fakultät studiert werden, weil sich die benachbarte Philosophische Fakultät gegenüber der Stufung noch recht ablehnend verhielt. Die Argumente aus dem Ministerium setzten sich zusammen aus einer Mischung von Extrapolationen, die aus den „Ländergemeinsamen Strukturvorgaben“ und den BLK-„Handreichungen“. Skandalisiert wurde grundsätzlich der Begriff „Fach“, dann aber auch, dass wir eine Rahmenordnung vorsahen, die für das Studium aller Fächerkombinationen gelten sollte.

Irgendwann schaffte ich es dann aber doch, dass der zuständige Beamte im Ministerium unseren BA-Entwurf in einem persönlichen Gespräch sogar für „vorbildlich“ befand. Allerdings währte die Freude darüber nicht lange. Nach offizieller Einreichung unserer Unterlagen wurde uns von der im Ministerium nachgeordneten Prüfstelle die Genehmigung versagt. Begründet wurde dies u.a. so: „Studiert werden Studienangebote, die modular aufgebaut sind. Es gibt keine Fächer, Hauptfächer, Beifächer“.

Unser Einspruch auf diesen Bescheid brachte letztlich die Bewilligung mit der Auflage, dass wir in die Programmakkreditierung gingen. Rückblickend ist dieser Kampf, der unglaublich viel Beharrungsvermögen erforderte, dadurch zu erklären, dass wir in Dresden wohl einfach zu früh vorgeprescht waren. Das immer wieder vorgetragene Prinzip lautete, dass gestufte Studiengänge nicht einfach die alten Magister in neuer Verpackung sein dürften.

3. Das Ausbildungsdilemma

Die gerade skizzierte Haltung schuf eine ungute Atmosphäre, weil man seitens der Politik von vorn herein davon ausging, diejenigen, die zumindest zu Teilen mitverantwortlich für das Problem sind, seien nicht willens, konstruktiv auf dem vorgegebenen Weg bei der Lösung mitzuarbeiten. Ein gern verwendetes Bild dafür ist das sowieso zum Scheitern verurteilte Ersuchen an Frösche, bei der Trockenlegung eines Sumpfs selbst tätig zu werden. Ein solches Ersuchen schafft ein unmoralisches Dilemma, das sich zugespitzt in Forderung der BLK findet, weitgehend „fächerfreie“ Module zu konzipieren.

Doch die Autorinnen jener BLK-„Handreichung“ scheinen sich dessen auch bewusst gewesen zu sein, denn sie räumen ein: „(...) während es einerseits darum

geht, mit Bachelor-Studiengängen neuartige Angebote zur Berufsbefähigung zu etablieren, so müssen die Hochschulen andererseits auch daran interessiert sein, wissenschaftlichen Nachwuchs heranzubilden“. Deshalb solle „der Bachelor (auch) als Vorbereitung auf ein konsekutives Master- oder Promotionsstudium konzipiert werden“, was dann allerdings zu einem „Zielkonflikt“ führen könne.³⁹ Das sah man 1997 in der Begründung der Novellierung des HRG noch wesentlich einfacher, denn die oben zitierte Passage, in der die „Berufsorientierung“ verlangt wird, lautet vollständig: „[Das] Hochschulsystem der Zukunft muß ein gestuftes System von Abschlüssen mit einer deutlichen Berufsorientierung in klar definierten Studienzeiten bieten und darauf aufbauend die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses gewährleisten“.

In beiden Fällen wird offensichtlich davon ausgegangen, dass es ein irgendwie geartetes Promotionsstudium geben müsse – und auch werde. Dies führt den Gedanken des „Aufbaustudiums“ fort, das 1966 die Empfehlungen des WR vorsahen. Woher sich der Nachwuchs das Fundament holen sollte, auf dem dann aufzubauen wäre, bleibt in solchen Vorschlägen unbeantwortet. In gewisser Weise wären wir solchermassen wieder in den Zuständen vor 1966, bei denen die fachlich-methodischen Grundlagen ja auch eher durch Osmose durch explizite Darlegung zu dem Studierenden dringen sollten. Doch selbst wenn man nicht in erster Linie an den wissenschaftlichen Nachwuchs denkt, lässt es sich schwerlich vorstellen, dass universitäre Masterstudiengänge ohne fachlich ausgerichtete Bachelorabschlüsse sinnvoll konzipiert werden können. Tatsächlich zeigt heute ein cursorischer Blick in die Bachelor-Angebote der Universitäten, dass man sich dort nur sehr eingeschränkt auf dieses der akademischen Praxis ferne Modell des „beruf(s)feld) bezogenen“ Bachelor eingelassen hat. Dem Gebot der Berufsbezogenheit konnte man dennoch nachkommen, indem nicht-fachliche Studienanteile in eigenen Modulen zu absolvieren sind. Damit gehört dieser Teil des „Bologna-Prozesses“ in die Geschichtsbücher zurecht gescheiterter Reformvorhaben. Das gilt auch für das „Promotionsstudium“.

Abschließend muss hier noch ein Wort zur Lehrerbildung gesagt werden. Auch diese sollte in die gestufte Struktur überführt werden, was zuletzt 2015/16 in Baden-Württemberg geschah. Bayern und das Saarland hielten am einstufigen, wiewohl nun modularisierten, Studium zum Staatsexamen fest, in Sachsen nahm im Oktober 2010 mit Kabinettsbeschluss nach gerade mal

39 BLK (Fn. 37), S. 27.

drei Jahren die gestuften Lehramtsstudiengänge wieder zurück.⁴⁰ Allemal hätte man erwarten können, dass die Länder nicht völlig auf die Möglichkeit verzichten, die Lehrerbildung über das (erste) Staatsexamen zu lenken. Darüber hinaus erschien mir die Stufung der Lehramtsausbildung immer schon wenig einsichtig. Denn einerseits bestehen die Bildungswissenschaftler wohl zu recht darauf, dass in diesen Studiengängen bereits im Bachelor eine deutliche Ausrichtung auf die spätere Berufstätigkeit stattfindet. Andererseits erlaubt es der erste Abschluss aber nicht, in eben diesem Beruf tätig zu werden.

IV. Schlüsse

Die Einrichtung von Seminaren im späteren 19. Jahrhundert, der Vorstoß des WR Mitte der 1960er und die Einführung gestufter Studienabschlüsse in den späten 1990ern: In allen Fällen geht es um Anstrengungen, im Blick auf die Lehre das universitäre Selbstverständnis mit politischen Erwartungen in Einklang zu bringen. Mit den Seminaren als neuer Institution und damit einhergehender neuer Lehrform beabsichtigte die politische Seite zwar eine bessere Vorbereitung auf den künftigen Lehrerberuf, doch war die Maßnahme selbst so geartet, dass sie mühelos als Element der wissenschaftlichen Lehre integrierbar war. Auf dieses gefestigte Selbstverständnis trafen die Empfehlungen des WR von 1966, die explizit verlangten, diesen wissenschaftlichen Anspruch einzudämmen. Ähnlich wie die Seminare erwies sich die Binnendifferenzierung zwischen dem Grund- und dem Hauptstudium mittelfristig als interne Entlastung. Demgegenüber bedrohte das Ansinnen, die

eigentliche wissenschaftliche (Aus-)Bildung in einen dritten Studienabschnitt zu verlagern, die Integrität der Fächer und musste deshalb weitgehend ignoriert werden.

In der ersten Implementierungsphase des „Bologna-Prozesses“ schließlich sollten insbesondere die geisteswissenschaftlichen Fächer im Rahmen des Bachelorstudiums zwar noch beteiligt werden, doch sollte das nurmehr Beiwerk im Dienst eines berufsorientierten Studiums sein. Damit war die Elastizität der Fächer überreizt. Allerdings fanden sie auch da einen Ausweg, indem sie die Berufsorientierung im Bachelorstudium unabhängig vom Fach einplanten. Tatsächlich reformierend und erneut das wissenschaftliche Selbstverständnis stärkend konnte und kann aber die Konzipierung neuer Masterstudiengänge wirken. Dazu aber sind wissenschaftliche Konturierungen nötig, die die Fächer nicht auflösen und doch eine Perspektivierung nach außen erlauben.

Ursula Schaefer hat in Freiburg und München Geschichte, Politische Wissenschaften und Anglistik studiert. Ihre Habilitation setzte sich mit Mündlichkeit und Schriftlichkeit in der altenglischen Dichtung auseinander. 1993 nahm sie den Ruf auf eine Professur für ältere englische Literatur an der Humboldt-Universität zu Berlin an und hatte dort von 1996 bis 1999 das Amt der Vizepräsidentin mit den Geschäftsbereichen Lehre, Studium und Internationales inne. Sie folgte 1999 einem Ruf auf den Lehrstuhl für englische Sprachwissenschaften in Dresden. Von 2010 bis zu ihrer Pensionierung im Jahr 2013 war sie Prorektorin für Bildung und Internationales der TU Dresden. 2017 wurde sie vom Rektor der Universität Freiburg zur Honorarprofessorin bestellt.

40 Von August 2010 bis September 2013 war ich Prorektorin für Bildung und Internationales der TU Dresden. In dieser Funktion habe ich mich intensiv für die Rücknahme eingesetzt.

Frank Rexroth

Korporative Identität¹

Die Wissenschaft, einer der beweglichsten, am stärksten auf Erneuerung und Veränderung angelegten Sektoren der Gesellschaft, vertraute sich der korporativ verfassten Universität an — und damit einer besonders stabilen Organisationsform, die noch heute an ihren mittelalterlichen Grundzügen festhält. Aber dieses Paradox ist eben in Wirklichkeit gar keines. Nicht obwohl sie so fluide ist, bedarf die Wissenschaft einer derartigen Stabilisierung, sondern weil sie so beweglich ist. Die Leistung der Universität für die Wissenschaft ist es, ihr diesen Anker der Beständigkeit zu bieten, ohne in ihrem Inneren die Initiativen zur Weiterentwicklung, Umorientierung, ja sogar gänzlichen Neuausrichtung zu verhindern. Ein ganz wesentliches Element für diese Kombination von organisatorischer Stabilität und wissenschaftlicher Beweglichkeit war und ist die Lehre. Vorlesungen und Übungen in kleinen Gruppen sorgen durch ihre Verpflichtung auf Studienordnungen für jene Stabilität und zugleich für die Rückbindung der forschungsmäßigen Spezialproblematik den Horizont der jeweiligen Disziplin.

Nur weil sich die Namen von Studiengängen, die Examensformen und die akademischen Grade nicht ständig ändern, stößt, wer an ihr ausgebildet wird, außerhalb

der Hochschule auf Vertrauen. Es ist ein Irrglaube, die Universitäten dadurch zeitgemäßer erscheinen lassen zu wollen, dass man ihre Organisationsformen jeder aktuellen Forschungstendenz oder gar dem Ad-hoc-Informationsbedürfnis der sozialen Umwelt anpasst. Akademische Grade regeln die Kommunikation zwischen den Absolventen und ihrer Außenwelt, und es ist doch sehr wahrscheinlich, dass ein Masterabschluss in „Geschichte“ seine Träger besser verortet als der Abschluss in „Geschichte der West Midlands“, auf den hin derzeit an der Universität Birmingham studiert werden kann. Die Befürworter dieser in großer Zahl ins Kraut schießenden Studiengänge irren, indem sie der Universität zumuten, in ihren Gliederungen die forschende Wissenschaft zu jedem gegebenen Zeitpunkt abzubilden. Denn dies wäre genauso abwegig wie die Verwechslung der Religion mit der Kirche, der Politik mit dem Staat oder des Rechtes mit dem Justizapparat.

Frank Rexroth ist seit 2000 Professor für Mittlere und Neuere Geschichte an der Universität Göttingen.

1 Aus der Rostock-Lecture „Für immer Korporation“ vom 25.11.2018, Teilabdruck in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.9.2019 (Nr. 223).

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“.¹

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.² 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.³ 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.⁴ 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.⁵

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.⁶ 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.⁷

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“.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵

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“.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸

Für die Hochschule bedeutet dies, dass sie bei Hinweisen, dass einer ihrer Wissenschaftler in einen innerdienstlichen Betrug verstrickt sei¹⁹, einer ungenehmigten Nebentätigkeit nachgehe²⁰ oder Studierende bzw. Mitarbeitende sexuell belästige²¹ 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.²² 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 hinzuweisen²³, muss der Dienstvorgesetzte entsprechende Hinweise ohne Ansehen der belasteten oder der belastenden Person entgegennehmen und einer Bewertung bzw. (Auf-) Klärung zuführen.²⁴

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 muss²⁵, ist eine Weiterentwicklung des Schutzes für Hinweisgeber und der Ausweitung anonymer Meldekanäle zu beobachten²⁶ und weiter zu erwarten.²⁷

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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ Tatsächlich haben aber nur wenige Klarstellungen eines Benachteiligungsverbots, zum Beispiel § 17 Abs. 2 S. 3 ArbSchG³², eine verbindliche Regelung erfahren³³.

Vor allem Beamte werden insoweit aber immer noch auf den Dienstweg verwiesen.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶

Die vorliegenden Gerichtsentscheidungen zeigen aber, dass offen agierende Hinweisgeber dem Risiko ausgesetzt sind³⁷, 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 offen- gelegt werden, das für die Allgemeinheit besonders wichtige Dienstleistungen erbringt.³⁸ Insofern trifft den Staat (im Rahmen seiner Rechtsprechungsfunktion) die Aufgabe, dem Grundrecht der Meinungsfreiheit im (Arbeits-) Verhältnis Geltung zu verschaffen und unge- rechtfertigte Repressalien durch nichtstaatliche Dritte – etwa eines privaten Arbeitgebers – zu verhindern.³⁹

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 Geschäftsge- heimnissen⁴⁰ 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 rechtswidri- gen 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 un- bestimmter Rechtsbegriffe und ihrer fehlenden Konkre- tisierung dafür kritisiert, dass sie zum Denunziantentum geradezu anstacheln würde.⁴¹ Legitimiert wird damit aber nur die – ansonsten durch § 4 Abs. 1 GeschGehG verbotene – Erlangung, Verwendung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, wobei § 4 Abs. 3 Gesch- GehG das Verbot ausdrücklich auf die Empfänger von Offenbarungen durch Geheimnisträger erstreckt.⁴² Die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) und die beamtenrechtliche Verschwiegen- heitspflicht zwingen Bedienstete vor einer Anzeige bei Behörden oder einem Gang an die Öffentlichkeit weiter- hin, zumutbare betriebliche Meldewege bzw. den inner- behördlichen Dienstweg zu nutzen, um auf die Behe- bung eines rechtswidrigen Zustandes durch den Arbeit- geber bzw. Dienstvorgesetzten hinzuwirken.⁴³

2. Rechtsstaatliches Dilemma bei anonymen Verdachts- äusserungen

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 sei- ner Identität verbindet der Hinweisgeber die Hoffnung, für den Verdacht eines Fehlverhaltens und die vermeint- liche 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.⁴⁴

Vertrauliche Melde- oder Hinweismöglichkeiten wie in anderen Rechtsordnungen⁴⁵ sind im deutschen öffent- lichen Dienst nicht verbreitet.⁴⁶ In den Entscheidungen zur Kennzeichnungspflicht von Polizeivollzugsbeamten hebt die Rechtsprechung vielmehr den Gemeinwohlbe- lang hervor, dass die Einschränkung der Anonymität präventiv Straftaten oder Dienstpflichtverletzungen der im Einsatz befindlichen Polizeivollzugsbeamten bereits reduziert und verhindert.⁴⁷ In der Wissenschaft ist die Anonymität von Äußerungen – z.B. in Gutachten zu wis- senschaftlichen Qualifikations- oder Berufungsverfahren – weder ein allgemein anerkanntes Qualitätsmerk- mal für fachwissenschaftliche Bewertungen oder eine entsprechende Praxis noch bestehe dafür ein Bedürfnis.⁴⁸

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 Richtli- nie (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 Offen- legung, 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 Gesetzeswortes im Gesetzge- bungsverfahren 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 Hinweisgebersystem 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 Richt- linien 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 melden⁴⁹, 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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵² 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.⁵³

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.⁵⁴ Eine Verurteilung allein aufgrund anonymer Belastungsäußerungen kollidiert jedenfalls mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundrecht des Betroffenen auf ein faires Verfahren.⁵⁵ Im Zivilprozess besteht die Pflicht des Gerichts, seine Entscheidungsgrundlagen vollständig offenzulegen.⁵⁶

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 Belastungszeugen⁵⁷ geklärt, dass dem Beschuldigten die Möglichkeit verschafft werden muss, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen.⁵⁸ 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“.⁵⁹ Der Schutz von bedrohten Rechtsgütern des Zeugen (Opferschutz) bei Offenbarung von Angaben zu ihrer Person ist in § 68 StPO differenziert ausgestaltet.⁶⁰

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.⁶¹ Dies gelte aber nur, wenn die anonymen Informationen zur Erfüllung einer Aufgabe zum Schutze gewichtiger Rechtsgüter dienen.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴ Zur effektiven Rechtsverteidigung gegen strafrechtlich relevante Verdachtsäußerungen steht dem Betroffenen jedenfalls ein Anspruch auf Erteilung der Aussagegenehmigung gegen den Dienstherrn eines mutmaßlichen Zeugen zu.⁶⁵

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.⁶⁶ 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 Satzungsrecht⁶⁷ 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 14.5.2013⁶⁸ oder die DFG-Leitlinien vom 2.7.2019⁶⁹ 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.⁷⁰

Während die TU München in ihrer Richtlinie noch postuliert, dass anonyme Hinweise nicht beachtet würden (Ziff. 10 Abs. 1 S. 3 TUM-RL)⁷¹, 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 RL⁷² zum Schutz der informierenden und der betroffenen Person), der TU Dresden (§ 16 Abs. 3 RL)⁷³, der HU Berlin (§ 6 Abs. 2 Satzung)⁷⁴, der TU München (Ziff. 10 Abs. 2 TUM-RL), des KIT (§ 10 Abs. 2 S. 1 Satzung)⁷⁵ oder der Philipps Universität Marburg (Ziff. VII Abs. 4 Grundsätze)⁷⁶ 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 (Abruf 4.1.2020).

69 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 (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/forschung-ps/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 (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 (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/ombudsperson/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 Münster⁷⁷, 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.⁷⁸ 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 stattfanden⁷⁹ 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 Bonn⁸⁰, § 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.⁸¹ 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.⁸²

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.⁸³ 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.⁸⁴

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.⁸⁵

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.¹ 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.² 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.³ § 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.⁴ 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.⁵

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.⁶ 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 sind⁷ (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*⁸, *Jehova*⁹ und *FashionID*¹⁰ wichtige Aussagen zu den Voraussetzungen und zum Begriffsverständnis¹¹ einer gemeinsamen Verantwortlichkeit getroffen.¹²

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 BVerwG¹³. Hintergrund war ein Verwaltungsrechtsstreit zwischen der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH und dem Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD).¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ Ferner wies er darauf hin, dass es für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit

bereits ausreiche, 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.¹⁷ 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.¹⁸ Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit sei ebenfalls nicht erforderlich, dass bei mehreren Betreibern für dieselbe Verarbeitung jeder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten habe¹⁹. Die gemeinsame Verantwortlichkeit setze keine gleichwertige Verantwortlichkeit der Akteure voraus.²⁰ Diese könnten auch „in verschiedenen Phasen und in unterschiedlichem Ausmaß“²¹ in die Verarbeitung personenbezogener Daten einbezogen sein, so dass der Grad der Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung aller Umstände der Einzelfalles zu beurteilen sei.²² Nach dem Ergebnis des EuGH ist der *Facebook*-Fanpage Betreiber also gemeinsam mit *Facebook* für die Verarbeitung personenbezogener Daten und etwaige Datenschutzverstöße verantwortlich.²³ 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.²⁴

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.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ Neben der Frage hinsichtlich des Vorliegens eines Dateisystems i.S.v. Art. 4 Nr. 6²⁸ nahm der EuGH insbesondere zur inhaltlichen Reichweite der Verantwortlichkeit Stellung.²⁹ Dabei nimmt das Gericht auf die Ausführungen in Fanpage Bezug³⁰, 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.³¹ 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.³² 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]“³³ und die Gemeinschaft die Verkündigungstätigkeit organisiert und koordiniert.³⁴

3. „FashionID“

Im Juli 2019 erging das Urteil des EuGH zu *FashionID*.³⁵ 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.³⁶ Durch die Bestätigung der Kernaussagen aus *Fanpage* und *Jehova* unterstreicht der EuGH in *FashionID* sein weites Begriffsverständnis des gemeinsam Verantwortlichen.³⁷ 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.³⁸ 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]“³⁹. 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“⁴⁰, macht er deutlich, dass eine vollständige Rechtfertigung der Datenverarbeitung mittels eines Erlaubnistatbestandes für jeden gemeinsam Verantwortlichen erforderlich ist.⁴¹

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 formulieren⁴²:

- 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.⁴³
- Nicht erforderlich ist, dass alle Akteure Zugang zu den verarbeiteten personenbezogenen Daten haben, gleichwertige Beiträge erbringen oder schriftliche Anleitungen oder Anweisungen vornehmen.⁴⁴
- Jeder der gemeinsam Verantwortlichen muss sich auf einen eigenen Rechtfertigungstatbestand der DSGVO für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten berufen können.⁴⁵
- 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.⁴⁶

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.⁴⁷

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.⁴⁸

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).⁴⁹ Diese freie Grundrechtsbetätigung hätten die Hochschule lediglich zu ermöglichen, ohne inhaltlichen Einfluss nehmen zu dürfen.⁵⁰

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 (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.⁵¹ 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.⁵² Dazu gehört, dass funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb erhalten oder hergestellt werden.⁵³ 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.⁵⁴ 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 erforderlich⁵⁵ und eine *Beteiligung an der Entscheidung* über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung reicht für eine gemeinsame Verantwortung aus,⁵⁶ 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.⁵⁷ 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*⁵⁸ heranzuziehen:⁵⁹ 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“.⁶⁰ 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.⁶¹ Dabei ist ausschlaggebend, wie detailliert jemand über Zwecke und Mittel entscheidet und welchen Handlungsspielraum er etwa einem vom Verantwortlichen abzugrenzenden Auftragsverarbeiter⁶² einräumt.⁶³ Dabei

kann für die Bestimmung des Verantwortlichen die Entscheidung über Zweck oder Mittel jeweils unterschiedlich im Vordergrund stehen.⁶⁴ Als Abwägungskriterien können etwa das Weisungsrecht des Verantwortlichen gegenüber dem Auftragsverarbeiter, die Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Auftragsverarbeiter oder die Abgrenzung der verschiedenen Handlungsspielräume dienen.⁶⁵ 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.⁶⁶

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.⁶⁷ 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 Datenschutzhinweisung nach Art. 13/14 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO.⁶⁸

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.⁶⁹ Die im Rahmen von Art. 26 DS-GVO rechtlich zulässige Freistellung des Forschers von der datenschutzrechtlichen Haftung im Innenverhältnis⁷⁰ 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.⁷¹ 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.¹ 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.³

Ausgehend hiervon und zum Zwecke der Begründung einer hinreichenden hochschuldemokratischen Legitimation des (rechtlichen) Handelns der Hochschulen⁴ 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.⁵ 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.⁶

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.⁷ 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.⁸

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.⁹ 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.¹⁰ 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“¹¹ des Hochschulverwaltungsrechts. Sie nimmt einen Ausgleich der erforderlichen hochschuldemokratischen Legitimation einerseits und der Rechtssicherheit¹² 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 BayHSchG¹⁴. 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.¹⁵

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.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸ Bei gewählten Hauptorganen öffentlich-rechtlicher Körperschaften folgt sie zudem dem Gebot, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu keiner Zeit ohne handlungsfähiges Organ sein darf.¹⁹

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.²⁰ Ein Mangel an demokratischer Legitimation aufgrund einer fehlerhaften Wahl ist grundsätzlich ausschließlich in den hierfür vorgesehenen Wahlprüfungsverfahren geltend zu machen.²¹

Der Grundsatz, dass die Wirksamkeit der Rechtsakte eines Amtswalters unabhängig von der Wirkung seiner Bestellung ist, gilt ebenso im Beamtenrecht²² 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.²⁴

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.²⁵ 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.²⁶

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.²⁷ Aus diesem Grund kommt einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO lediglich eine deklaratorische und keine kassatorische Wirkung zu.²⁸ § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG sowie seine weiteren landesrechtlichen Entsprechungen stehen daher einer Nichtigkeitsklärung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO oder einer inzidenten Verwerfung im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsverfahren entgegen.²⁹

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.³⁰ 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.³¹ 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.³²

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.³³ 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.³⁴

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.³⁵ 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.³⁶ 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.³⁷ 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“. ³⁸ § 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.³⁹

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.⁴⁰ Ungeachtet dessen, ob die – richtige – Zusammensetzung des Wahlorgans eine nach § 10 Abs. 5 Satz 1 und 2 LHG BW unbeachtliche Ungültigkeit der Wahl begründet⁴¹, 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.⁴²

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 Titels⁴³ – 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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.“⁴⁷ 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.⁴⁸ 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.⁴⁹

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.⁵⁰ 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.⁵¹ 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.⁵² Ihre Verletzung führt nicht zu einem Aufhebungsanspruch des (Dritt-)Betroffenen in Bezug auf den auf der Gremienentscheidung beruhenden Verwaltungsakt.⁵³

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 Intraorganstreits⁵⁴ geltend gemacht und gegebenenfalls durchgesetzt werden.⁵⁵

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

Übersicht¹

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-

¹ 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 schlaunen 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 law¹

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.”²

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.”³ 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.”⁴

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.”⁵

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 (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 (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.⁶ 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 acts⁷ and requires strict subsidiarity.⁸

So far, the EU has also not used other, more general legal bases for directives on recognition. Although proposed in legal scholarship⁹ up to now the EU has abstained from issuing directives on the basis of Art. 115 TFEU.¹⁰ 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, *Hablitzel*, *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”)¹¹ 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).¹² 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 indirectly¹³ by reason of nationality due to Art. 18 I TFEU. Art. 18 I TFEU is directly applicable¹⁴ 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.¹⁵

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/AEUV, 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/AEUV, 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/EC¹⁶ (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.¹⁷ 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.¹⁸ It is therefore the crucial provision in cases in which EU citizens reside in a foreign member state in accordance with the CRD.¹⁹ 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).²⁰ For petitioners that do not reside in a foreign member state - so that Art. 24 CRD is not applicable - Art. 18 TFEU is decisive.²¹

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 states²² the by far most important agreement is the Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region,²³ 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”.²⁴ 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 (15.2.2020), p. 9.

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

Although several parties of the Lisbon Recognition Convention have also signed more favourable bilateral recognition agreements with other states (e.g. Germany with France²⁶ or Spain²⁷)²⁸ 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. V.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 qualifications²⁹ 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”)³⁰ 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 (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 it³¹ in other decisions provisions of the Lisbon Recognition Convention are explicitly mentioned and treated as directly applicable law.³²

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)³³ 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 6³⁴ 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*³⁵ 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 Rechtsanwältinnen, 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).³⁶

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.³⁷

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.³⁸

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.³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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”.⁴² 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*”.⁴³ 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. (...)”⁴⁴

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,⁴⁵ are the competent authorities for academic recognition.⁴⁶

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,⁴⁷ 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*.”⁴⁸

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”.⁴⁹

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:⁵⁰ 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”.⁵¹ 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”⁵² 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 (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 (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 (...).⁵³

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.⁵⁴

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).⁵⁵ Moreover they defined “equivalence” through specifications that contravene not only the intention but also the wording of the Lisbon Recognition Convention:⁵⁶ in 2017 the OVG Münster, the Higher Administrative Court of North Rhine Westfalia,⁵⁷ 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.⁵⁸ 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”.⁵⁹ 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 2015⁶⁰ 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).⁶¹ 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 2018⁶² 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”.⁶³ 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.⁶⁴

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.⁶⁵ 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).⁶⁶

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 scholarship⁶⁷ and case law⁶⁸ has established a principle called “völkerrechtsfreundliche Auslegung”.⁶⁹ 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 CRD⁷⁰ (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.⁷¹ 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.⁷²

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,⁷³ 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 (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 Berufungs-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.¹ Die Argumentation der Hochschulen, die im Rahmen der Berufungsvereinbarung 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.² Nachdem das VG Würzburg³ die Rückforderung von Berufungs-Leistungsbezügen in einem in 2015 entschiedenen Fall als (noch) rechtmäßig angesehen hat, hob der Bayerische VGH in einer grundlegenden Entscheidung in 2017⁴ 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 Urteils⁵ 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 einmal⁶ aufzugreifen.

II. Rückforderungsanspruch aufgrund gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

1. Ermächtigungsgrundlage

Bei der Rückforderung von gewährten Berufungs-Leistungsbezügen handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG⁷. 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 rechtfertigt⁸. 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 Berufungs-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.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹

d) Keine Rückforderungsoption über Verordnungsermächtigung oder hochschulinterne Regelungen

Rückforderungsregelungen in Bezug auf Berufsleistungsbezüge enthalten die einschlägigen Verordnungen in diesen Bundesländern nicht.¹² 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

9 Vgl. dazu BayVG v. 18.8.2017, a.a.O., Rn 40.

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

11 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.

12 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 BayVG 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 Satzung¹³, begründet werden. Auch wenn die Grundordnung einer Universität die Gewährung von Berufungs-Leistungsbezügen von der Erfüllung einer Zielvereinbarung abhängig macht¹⁴, 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.¹⁵ 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.¹⁶

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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰

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.²¹

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.²² Im Gesetzesentwurf der Staatsregierung vom 27.2.2018²³ 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.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ 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 ist²⁸. 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.²⁹ Gesetze mit unechter Rückwirkung sind grundsätzlich zulässig³⁰. 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.³¹ Im Ergebnis läuft dies auf eine Interessenabwägung hinaus, bei der der Schutz der einen Bleibe-Leistungsbezug gewährenden Hochschule vor einem unlauteren Abwerbverhalten anderer Hochschulen³² 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 Lehrzulagen³³ 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 2018.³⁴ Die Situation entsprach praktisch dem Fall, über den erstinstanzlich das VG Würzburg³⁵ und in der Berufungsinstanz der BayVGH³⁶ zu entscheiden hatte.

Die dort mit einer Rückforderung gewährter Berufungs-Leistungsbezüge konfrontierte Professorin versäumte es, gegen den Widerspruchsbescheid³⁷, 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.³⁸ 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.³⁹ 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).⁴⁰ 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 sein⁴¹, seine Ungültigkeit muss für jedermann derart augenscheinlich sein, dass er gleichsam den „Stempel“ der Nichtigkeit auf der Stirn trägt.⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴ 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 Riescher¹, 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 Hüttemann² 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“-Urteil³ des BFH

wird dieses weiterhin in den Medien kontrovers diskutiert. In der Fachliteratur⁴ 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 hatte⁵, 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 Parteienfinanzierung⁶ 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-Stipendium⁷ und das EXIST-Stipendium⁸ 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.⁹ 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 BVerwG¹⁰ im Falle „ALDI-Nord“ die Ansicht des OVG Schleswig¹¹ 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“.¹² 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*¹³ 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-Urteils¹⁴. Zunächst gab er die ständige Rechtsprechung des BFH¹⁵ 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 EuGH¹⁶ 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 könne¹⁷.

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.¹⁸ 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 Fahrunterricht¹⁹ 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 BFH²⁰ 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.²¹ Die Vorinstanz hatte dies mit der Begründung abgelehnt, dass keine motorbetriebenen Kraftfahrzeuge eingesetzt werden.²²

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*²³ 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 Rechtsanwalts-gesellschaften 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*²⁴ und Frau *Dr. Kristin Heidler*²⁵ 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. „Stuhlpatenschaft“, 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 Stuhlpatenschaft wiedergegeben:

„Zur Finanzierung der Renovierung des Audimax einer Hochschule sollen „Stuhlpatenschaften“ vergeben werden. Als „Anreiz“ zur Spende schlägt der Fundraiser Folgendes vor: a) Symbolische Patenschaft 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.“²⁶

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.²⁷ 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 „Fehleinschätzung“ 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*²⁸ 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*²⁹ und Herrn *Leibner*³⁰ 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.³¹ 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 Familienentlastungsgesetz³², 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 Gesetzesentwurf³³ sei der zur Rückführung des Solidaritätszuschlags 1995³⁴, wodurch 90 % der Soli-Zahler komplett entlastet werden sollen³⁵. Für die Hochschulen und deren Vertragspartner wohl von größter Bedeutung ist der Entwurf für das Forschungszulagengesetz (FZulG)³⁶, wodurch die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland gestärkt werden solle, um international wettbewerbsfähig zu sein.³⁷ 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 Bürokratieentlastungsgesetz³⁸ und den Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität³⁹ wurde hingewiesen. Zu guter Letzt wurde Bemerkenswertes aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung angesprochen: Vorsteuerabzug aus Gemeinkosten⁴⁰, Beweislast beim Vorsteuerabzug⁴¹, 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 Gebäudes⁴², EuGH-Urteil vom 14.3.2019⁴³ und die Steuerbefreiung von Unterrichtsleistungen⁴⁴.

IX. Kooperation und Beteiligungen von Hochschulen in ertragssteuerlicher Hinsicht

Zum Abschluss der Arbeitstagung beleuchtete Herr *Dr. Martin Strahl*⁴⁵ 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. Kostentragungsgemeinschaft 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.⁴⁶ 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 sodann 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.⁴⁷ 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.⁴⁸

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.¹

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.² Die Bundesregierung hat auf die Anfrage am 29. November 2019 ausführlich geantwortet.³ 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 gemacht⁴, auf welche die Bundesregierung am 22. Juli 2019 geantwortet hat.⁵

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.⁶

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

⁶ 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*¹

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.

Michael Fehling

Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz*

ÜBERSICHT

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Videokonferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

bb) Betroffene personenbezogene Daten

cc) Rechtfertigungstatbestände

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

* Alle Internet-Fundstellen wurden mit Ausnahme des FAZ Artikels unter Fn. 14 zuletzt am 14.5.2020 abgerufen; dieser wurde zuletzt am 25.5.2020 abgerufen. – Der Verfasser hat seine Hochschule (Bucerius Law School) im Anhörungsverfahren der Hamburger Datenschutzbehörde intern rechtlich beraten. Der Beitrag gibt jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Für digitale Lernplattformen im Bereich der „higher education“ allgemein mit bedenklicher Tendenz zur unkritischen Glorifizierung und Verknüpfung mit der modischen Forderung nach „Agilität“ etwa *Vogelsang/Greif/Tenspolde* et al., *Agiloe by technique – The role of technology enhanced learning in higher education*, in: *Beiträge zur Hochschulforschung* 3/2019, S. 28 ff.; etwas weniger euphorisch *Zwikel*, *JuraStudium* 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, *JA* 2018, 881 ff.

2 Kritisch zum juristischen Diskurs im Kontext der Digitalisierung; *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 34 f.; allgemeiner *Al-Ani*, *Deutschland muss lernen völlig anders zu denken*, *Die Zeit Online* v. 27.1.2019 (<https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel->

[cc\) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen](https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel-)

V. Fazit

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

Durch das Internet mit seinen wachsenden Möglichkeiten ist die Digitalisierung auch der Hochschullehre schon seit längerem zu einem wichtigen Thema geworden. Entsprechende Forderungen¹ finden sich oftmals als Baustein der politisch verbreiteten Klage, Deutschland drohe bei der Digitalisierung international den Anschluss zu verlieren.² Speziell im Bildungswesen kommt hinzu, dass die neuen Generationen von Schülern und Studierenden mit dem Internet aufgewachsen sind und deshalb, so heißt es, für entsprechende Lehrangebote besonders empfänglich seien.³

Dabei ging es bislang meist allein um die Ergänzung traditioneller Lehre in Vorlesungen, Übungen und Seminaren durch zusätzliche internetbasierte Angebote, um eine Erweiterung des didaktischen Repertoires.⁴ Selbstverständlich ist diese Pluralisierung der Lehrmethoden und -medien keineswegs konfliktfrei; schon die Begrenztheit der finanziellen und personellen Ressourcen der Hochschulen wie auch der Zeit und Aufmerksamkeit der Studierenden sorgt dafür, dass der Ausbau der Online-Angebote zu einer gewissen Zurückdrängung klas-

ligenz-bildung-digitalgipfel/komplettansicht); vgl. zur Kritik an einer „Digitalisierung um jeden Preis“ *Sander*, *Eine Denkpause für die Digitalisierung*, *FAZ* Einspruch v. 24.1.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/gastbeitrag-zu-cyberangriffen-eine-denkpause-fuer-die-digitalisierung-16595318.html>).

3 Vgl. zur Einstellung jüngerer Generationen gegenüber digitalen Medien *Fries*, *Geht die Digitalisierung schon bald wieder weg?*, *LTO* v. 21.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/juristenausbildung-digitalisierung-corona-was-bleibt-nach-der-krise/>); zur Empfänglichkeit für digitale Medien allgemein *Zwikel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881.

4 Vgl. etwa *Fehling*, *Die Lehrfreiheit als Grundlage didaktischen Handelns*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft lehren*, Rn. 28 (2019 verfasst, Erscheinen in Vorbereitung); *Zwikel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881, 885, der dabei einen Perspektivenwechsel von der Lehr- zur Lernorientierung noch stärker betont; unter Gesichtspunkten des methodischen Bewusstseins in der Ausbildung grundsätzlich auch *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 64 ff.

sischer Lehrformen führt. Nichtsdestotrotz wollten bislang nur wenige die traditionelle Präsenzlehre weitgehend durch digitale Angebote ersetzen.

Dies ändert sich im Zuge der Covid 19-Pandemie grundlegend. Wegen Abstandsgeboten und Kontaktbeschränkungen ist traditionelle Präsenzlehre zunächst gar nicht mehr möglich. Selbst nach einer schrittweisen Wiederöffnung der Hochschulen werden für einen noch nicht überschaubaren Zeitraum wohl nur noch Lehrveranstaltungen mit geringer Teilnehmerzahl als Präsenzveranstaltungen stattfinden können. Um ihren hochschulgesetzlichen (z.B. § 2 LHG BW, § 3 HmbHG, § 4 BremHG) und zugleich verfassungsrechtlich fundierten Lehr- und (Aus-)Bildungsauftrag⁵ auch in der Krise jedenfalls ansatzweise erfüllen zu können, müssen die Hochschulen ihre Lehrangebote im Rahmen des ihnen technisch Möglichen fast vollständig „auf Distanz“ umstellen und das bedeutet regelmäßig: in das Internet verlagern. Über die eigentliche Lehre hinaus erstreckt sich diese Notwendigkeit bis in die Prüfungen hinein.

Gewiss ist das vollständige Umschwenken auf Online-Lehre nur als Notmaßnahme für die (ungewisse) Dauer der Pandemie vorgesehen. Manche Veranstaltungstypen, namentlich Laborarbeit, Exkursionen und viele Praktika, lassen sich ohnehin kaum in den digitalen Raum verlagern. Doch mehren sich bereits die Stimmen, die den aus der Not geborenen Digitalisierungsschub dazu nutzen wollen, die Hochschullehre auch bei einer Rückkehr zur Normalität nachhaltig zu verändern.⁶ In der Krise wird vieles einfach ausprobiert und dabei zeigt sich, dass manches umsetzbar ist, was man zuvor als technisch, organisatorisch oder personell für nicht machbar erachtet hätte. Was sich in dieser Ausnahmelage tatsächlich oder auch nur scheinbar bewährt, dies wird – weiter verbessert – von Politik und Studierenden

wohl auch später verstärkt nachgefragt. Denn sind digitale Lehrformate erst einmal etabliert, bergen jedenfalls mache von ihnen (namentlich beliebig häufig nutzbare Podcasts u.Ä.) für die Politik ein beträchtliches Sparpotential und sind wegen der Bequemlichkeit der jederzeitigen Nutzbarkeit vordergründig auch für viele Studierende attraktiv. Die Frage der (didaktischen) Eignung für wissenschaftliche Lehre, die in der akuten Notsituation ohnehin nur wenig reflektiert werden kann, droht so auch später aus dem Blick zu geraten.

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

In kürzester Zeit haben die Hochschulen für das Sommersemester 2020 digitale Angebote in einer Vielzahl und in einem Ausmaß ins Werk gesetzt, wie man es sich vorher kaum hätte vorstellen können.⁷ Not macht eben erfinderisch, lässt aber zugleich die Defizite bei der digitalen Ausstattung (bei den Lehrenden, aber auch bei den Studierenden) und oftmals schon bei geeigneten Konzepten schmerzlich spüren.

In der Lehre erprobt und nutzt man verschiedenste digitale Formate:⁸ Zum einen handelt es sich um zuvor aufgezeichnete Vorlesungen oder vorlesungsbegleitende Podcasts, welche von den Studierenden nunmehr von zuhause aus zu beliebiger Zeit konsumiert werden können (sog. asynchrone Angebote). Zwischenfragen, ggf. im Multiple-Choice-Format,⁹ können zur Aufrechterhaltung der Aufmerksamkeit integriert werden. Ein Minimum an Interaktivität lässt sich zudem über digitale Plattformen anstreben, auf denen Fragen gestellt und beantwortet werden und ggf. auch ein mündlicher „Chat“ möglich ist. Zum anderen können Lehrveranstaltungen aber auch zumindest teilweise interaktiv im Videokonferenzmodus abgehalten werden (synchrone Angebote).

5 Zur Fundierung in der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit besonders deutlich BVerfGE 126, 1 25; vgl. aber bereits BVerfGE 35, 79, 121 f.

6 Statt vieler *Pfund*, Klicken statt melden, Süddeutsche Zeitung v. 8.5. 2020, S. 25; *Fries* (Fn. 3); *Hanke*, Handbuch Hochschullehre Digital, 3. Aufl. 2020, S. 256.

7 Siehe z.B. *Universität Bonn* (<https://www.uni-bonn.de/die-universitaet/informationen-zum-coronavirus/coronavirus-spezifische-informationen-fuer-studierende/>); *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/start-in-die-online-lehre.html>); *Universität Hannover* (<https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/corona-online-studium/>); *Universität Kiel* (<https://www.uni-kiel.de/de/detailansicht/news/corona-sommersemester>); *Universität München* (https://www.uni-muenchen.de/aktuelles/news/2020/digitales_sommersemester.html).

8 Überblick z.B. bei *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881,884 ff. m. w. N.; *Sutter*, Zum Stand des digitalen Lehrens und Lernens in juristischen Studiengängen, ZDRW 2016, 44, 45 m. w. N. jeweils bezogen auf die Juristenausbildung; vgl. auch *PRO Lehre (TU München)*, Alternativen zur Präsenzlehre. Asynchrone und Synchrone Online-Lehre (https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-online-lehrstrategien_v2.1.pdf), dies., Synchrone Online-Lehre / Live Lehren im Internet (<https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-handreichung-synchrone-onlinelehre-v2.7.pdf>).

9 Möglichkeiten und Grenzen eines solchen Multiple Choice-Formats mit Auswertungsmöglichkeit der Ergebnisse unter Nutzung von PlayPosit illustrieren z.B. die 12 Einführungsvideos von *Fehling* zur Vorlesung „Allgemeines Verwaltungsrecht“ (https://www.youtube.com/channel/UCs5GY_QWXqSvI02JzRqIL4Q).

Dafür werden verschiedenste Dienste erprobt;¹⁰ unter den vorhandenen Angeboten ist die von einem US-Unternehmen betriebene Plattform „Zoom“ wohl am benutzerfreundlichsten. Sie ist auch mit großer, wenn gleich nicht unbegrenzter Teilnehmerzahl nutzbar,¹¹ birgt aber zugleich die wohl größten Datenschutzprobleme.¹² Last but not least ist eine Umstellung auf mehr schriftliche Bearbeitungen (Hausarbeiten und Seminararbeiten, aber auch kürzere Essays, Arbeitsbögen u.Ä.) vorstellbar, wobei die Betreuung sogar per E-Mail oder Telefon erfolgen kann; diese vor allem in Großbritannien schon immer praktizierte Lehrmethode (im Normalzustand allerdings mit mündlichen Besprechungen der abgelieferten Arbeiten) ist allerdings im Vergleich zum klassischen Vorlesungsformat extrem personalintensiv.

Sogar für Klausuren lässt sich die Videokonferenztechnik nutzen, um ein Minimum an Prüfungsaufsicht zu ermöglichen. Allerdings kann per Video nur kontrolliert werden, dass nicht mehrere in einem Raum gemeinsam an der Aufgabe arbeiten; der Bildschirm der Bearbeiter kann von den Aufsichtlichen nämlich nicht ohne Weiteres eingesehen werden. Dies hat man an der Bucerius Law School für die Abschlussklausuren des Frühjahrstri-

mesters 2020, die zeitlich zu Beginn der Corona-Restriktionen anstanden, erprobt; genutzt wurde „WISEflow“ zur elektronischen Klausurbearbeitung und „Zoom“ für die Online-Klausuraufsicht. Dabei hatten die Studierenden die Wahl, ob sie sich an diesem Online-Prüfungsverfahren beteiligten oder lieber später, nach Aufhebung der Corona-bedingten Beschränkungen, die Klausur(en) unter gleichen Prüfungsbedingungen (daher ausnahmsweise ebenfalls mit Nutzung von Unterlagen, also „open book“) nachschreiben wollten.

Diese Nutzung von „Zoom“ zur virtuellen Klausuraufsicht hat jedoch auf Beschwerde einer/eines Beteiligten die Hamburger Datenschutzbehörde auf den Plan gerufen, die massive Bedenken geäußert und informell sogar die Möglichkeit eines „Bußgeldes bis in Millionenhöhe“ in den Raum gestellt hat. Die Bucerius Law School hat dazu schriftlich Stellung genommen, die Reaktion der Behörde steht noch aus. Datenschutzbehörden aus anderen Bundesländern haben sich – wenn auch nicht immer eindeutig¹³ – gegen die Nutzung von „Zoom“ bei der Online-Lehre ausgesprochen,¹⁴ so dass einige Hochschulleitungen von der Nutzung dieser Plattform zwischenzeitlich abgeraten haben.¹⁵ Datenschutz-

10 Auf professioneller Ebenen sind neben Zoom vor allem Jitsi und Big Blue Button sowie Skype zu nennen. Überblick etwa bei heise online v. 27.4.2020 (<https://www.heise.de/ct/artikel/Kostenlose-Videokonferenz-Programme-im-Funktionsueberblick-4704912.html>). An der *Universität Darmstadt* hat man auf Grundlage von „Big Blue Button“ ein System speziell für Hochschulzwecke entwickelt; dazu „Forschung aktuell: Computer und Kommunikation“, Deutschlandfunk v. 9.5.2020, (https://www.deutschlandfunk.de/jitsi-und-big-blue-button-open-source-angebote-fuer.684.de.html?dram:article_id=476375).

11 Der Benutzer (z.B. eine Hochschule oder ein einzelner Dozent) kann eine Sitzung einrichten und dann als Host den Teilnehmern mittels eines Links einen Beitritt ermöglichen; je nach Lizenz können bis zu ca. 500 Personen teilnehmen. Dabei lässt sich auch ein bestimmtes Zeitfenster für das „Meeting“ im Voraus festlegen. Dauern Meetings länger als 40 Minuten – was beim Einsatz in der Lehre praktisch immer der Fall sein dürfte – ist stets eine Lizenz erforderlich, wobei es ausreicht, wenn der Host über eine solche verfügt. Die Teilnehmer können dem „Meeting“ mit allen gängigen Endgeräten und (über einen Webbrowser) auch ohne Installation einer Software einfach durch Betätigung des Links beitreten und werden den jeweiligen Benutzer dann „live“ als Bild in einem „Fenster“ angezeigt, aber auch die Anzeige einer einfachen Liste ist möglich. Die Darstellung ist dabei in vielerlei Hinsicht variabel. Zoom ist standardmäßig dahingehend eingestellt, dass der Teilnehmer eingeblendet wird, der spricht. Außerdem kann grundsätzlich jeder Teilnehmende zur Wahrung seiner Privatsphäre einen virtuellen Hintergrund einstellen bzw. die Videoteilnahme auch ganz deaktivieren; auf diese Weise lässt sich bei einem „Meeting“ die Privatsphäre der Teilnehmer grundsätzlich wahren. Allerdings stellt der virtuelle Hintergrund in technischer Hinsicht gewisse Mindestanforderungen an die Hardware. Ferner kann jeder Teilnehmende relativ einfach den eigenen Bildschirminhalt (insbesondere eine Präsentation) teilen und auf diese Weise den übrigen Teilnehmern zugänglich machen. Wird

eine Präsentation oder auch ein virtuelles Whiteboard genutzt, ist die gleichzeitige Anzeige aller Teilnehmer – insbesondere bei einer großen Anzahl – freilich nur mittels Einbindung eines zweiten Bildschirms sinnvoll möglich. Im Übrigen verfügt Zoom über eine virtuelle „Meldefunktion“. Meldet sich ein Teilnehmer wird dies dem Host angezeigt, der auf diese Weise in die Lage versetzt wird, die Konversation ordnend zu lenken.

12 Insbesondere Zoom läuft über Server in den USA mit allen daraus folgenden Datenschutz-Risiken (siehe auch unten IV. 2. b). Einige andere Dienste (etwa *Jitsi* oder *BigBlueButton*) kann man dagegen von eigenen Servern aus nutzen. Dies erfordert (erhebliche) technische Ressourcen, bietet aber Vorteile im Hinblick auf den Datenschutz (kein Verkehr über Auslands-Server).

13 *Schröter/Zöllner*, Denn sie wollen wissen, was sie tun (dürfen), LTO v. 15.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/datenschutz-behoerden-dsgvo-zoom-videokonferenz-unsicherheit/>)

14 So etwa im Interview der baden-württembergische Landesdatenschutzbeauftragte *Brink* (<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehrere-hochschulen-kaufen-fuer-das-sommersemester-zoom-lizenzen/>); „die Berliner Datenschutzbeauftragte hat ihre Warnung vor Skype, Teams und Zoom mittlerweile erneuert, vgl. FAZ v. 25.05.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/berliner-datenschutzbeauftragte-warnt-vor-microsoft-produkten-16785095.html>).

15 Etwas verhalten andere Dienste empfehlend z.B. die *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/zoom-oder-nicht-zoom.html>). In Bayern wurde eine Petition gegen den Einsatz von Zoom an den Hochschulen gestartet (<https://www.change.org/p/bayerisches-staatsministerium-für-wissenschaft-und-kunst-nutzungsverbot-von-zoom-an-bayerischen-hochschulen-und-universitäten>); eine ähnliche Petition gibt es an der Universität Bonn (<https://www.openpetition.de/petition/online/kein-zoom-an-der-uni-bonn#petition-main>). Allzu breite Unterstützung haben diese Petitionen bislang allerdings nicht erhalten.

probleme stellen sich freilich nicht nur bei „Zoom“, sondern – möglicherweise abgeschwächt – auch bei anderen Videokonferenz-Plattformen für Lehrveranstaltungen. Viel hängt dabei allerdings von den konkreten Nutzungsmodalitäten ab (dazu unten IV.).

Vorgelagert stellt sich jedoch die Frage, inwieweit reine Online-Lehre in ihren verschiedenen Ausprägungen den Anforderungen der Wissenschaftlichkeit (Art. 5 Abs. 3 GG) genügen kann (III.). Zu klären ist dabei auch, inwieweit für Hochschullehrer eine Dienstpflicht zur Online-Lehre besteht, in der Krise oder auch allgemein.

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

Die Umstellung auf reine Online-Lehre erfordert von den Lehrenden nicht nur zusätzliche technische Anstrengungen, sondern meist auch Anpassungen des wissenschaftsgeleiteten Lehrkonzepts. Nur bei kleineren Vorlesungen oder Seminaren mittels Videokonferenztechnik lässt sich Präsenzlehre weitgehend unverändert in den digitalen Raum übertragen, und selbst dann fehlt die für Präsenzveranstaltungen typische Lernatmosphäre, was wiederum Rückwirkungen auf die Kommunikation zwischen Lehrenden und Studierenden zeitigt.

Angesichts dieser erheblichen Strukturänderungen der Lehre bei Umstellung auf digitale Vermittlung wird teilweise bestritten, dass dies von Hochschullehrern als deren Dienstpflicht verlangt werden könne. Zwar seien Lehrverpflichtungen als solche, gestützt auf die entsprechenden Lehrdeputatsverordnungen, unbestritten eine durch den Ausbildungsauftrag der Hochschulen¹⁶ gerechtfertigte Einschränkung der in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten individuellen Lehrfreiheit. Doch die zur Lehrfreiheit gehörende Freiheit der Methodenwahl schütze die Hochschullehrer davor, dass Ihnen besondere Lehrformate wie die digitale Lehre durch die Fakultäts- oder Hochschulleitung aufgenötigt werden; dies gelte mit ge-

wissen Einschränkungen selbst in der derzeitigen Krisenzeit, wo traditionelle Lehre weitgehend unmöglich ist.¹⁷

Diese Auffassung vernachlässigt indes dreierlei. Erstens unterliegt auch die Methodenfreiheit in der Lehre einem gewissen, durch sich verändernde gesellschaftliche Umstände und neue didaktische Einsichten geprägten Wandel.¹⁸ Lehrformate sind nicht zeitlos. Konnte man früher etwa das Wort „Vorlesung“ noch wörtlich nehmen, ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass ein Hochschullehrer, der nur vorträgt oder gar abliest und keinerlei Fragen zulässt, seine Lehrfreiheit missbraucht.¹⁹ Die enge Verknüpfung von Lehrfreiheit und Ausbildungsauftrag macht es erforderlich, unter sich verändernden Umständen nach immer neuen Wegen und dabei auch Lehrformaten zu suchen, um die Studierenden tatsächlich zu erreichen und den Ausbildungserfolg – auch und gerade in seiner wissenschaftlichen Fundierung – zu verbessern. Dies schließt bei der heutigen Generation der Studierenden digitale Formate grundsätzlich mit ein, wenngleich damit noch keine Festlegung auf konkrete technische und konzeptionelle Ausgestaltungen verbunden ist. Zweitens ist die Lehrfreiheit im Allgemeinen und die freie Wahl von Lehrformaten im Besonderen durch die Notwendigkeit beschränkt, mittels Koordination in der Fakultät und notfalls sogar Anordnungen der Fakultätsleitung die Abhaltung aller in der Studienordnung vorgesehenen Pflichtlehrveranstaltungen sicherzustellen.²⁰ Dabei geben Studienordnungen oftmals nicht nur das Thema und die Wochenstundenzahl von Pflichtlehrveranstaltungen vor, sondern auch den Veranstaltungstyp wie etwa Vorlesung, Übung, Seminar oder Labortätigkeit. Dies lässt sich im Grundsatz auf neue digitale Formate ausdehnen, solange innerhalb des so vorgegebenen Rahmens hinreichend Spielraum für den einzelnen Hochschullehrer zur Verwirklichung individueller wissenschaftlicher wie didaktischer Präferenzen verbleibt.²¹ Drittens schließlich wird die beamtenrechtliche Pflichtenstellung des Hochschullehrers zwar wesentlich durch die Wissenschaftsfreiheit überlagert

16 Zum Bedeutungsgewinn der staatlichen und universitären Gewährleistungsverantwortung für eine gute Hochschulausbildung *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 f.

17 *Dorff/Hartmer*, Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?, *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

18 Dazu näher *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), insb. Rn. 7: allgemeiner zur Entwicklungsoffenheit des Hochschulrechts und der Hochschulaufgaben mit Konsequenzen auch für den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 126, 1, 19 f. (dort die Wissenschaftsfreiheit der Fachhochschullehrer betreffend); vgl. auch schon

BVerfGE 47, 327, 392.

19 Statt vieler *Fehling*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 99; die kritisch-methodische Reflexion als Voraussetzung der Lehre ebenfalls betonend *Gärditz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 115, 89. El. 2019.

20 *Fehling*, in: *BK* (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 178; speziell für die juristische Lehre *Basak*, in: *Griebel/Gröblichhoff* (Hrsg.), *Von der juristischen Lehre*, 2012, S. 93 (94).

21 Zur verbleibenden Gestaltungsfreiheit *Wendt*, in: v. Münch/Kunig Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 105.

und modifiziert, aber nicht gänzlich verdrängt;²² dies macht für einen Spezialfall auch Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG deutlich. Die besonders akzentuierte beamtenrechtliche Treuepflicht (z.B. § 3 Abs. 1 BeamStG, § 4 BBG) – abgeschwächt aber auch die arbeitsrechtlichen Pflichten angestellter Hochschullehrer an staatlichen wie staatlich anerkannten privaten Hochschulen – beinhalten die Dienstpflicht des Hochschullehrers, sich auch unter widrigen Umständen mit vollen Kräften und für die Erfüllung der dienstlichen (Lehr-)Verpflichtungen²³ einzusetzen.

Das beamtenrechtliche Sonderverhältnis mit der besonderen Treuepflicht, dem die besondere Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenübersteht, wird in der deutschen Tradition gerade damit gerechtfertigt, dass der Staat bei seinen Staatsdienern in Krisenzeiten auf besonderen Einsatz angewiesen ist, auch über „normale“ Dienststunden hinaus.²⁴ Dies gilt derzeit in der Pandemie nicht nur für den Polizisten oder den Amtsarzt, sondern auch für den (Hochschul-)Lehrer; gerade die Krise verdeutlicht, dass die (schulische wie auch wissenschaftliche) Bildung zu den für Staat und Gesellschaft unverzichtbaren Aufgaben gehört. Der beamtete Hochschullehrer ist deshalb verpflichtet, vorübergehend auch zu Lasten seiner Forschungszeit in neue, digitale Lehrformate einzuarbeiten. Darüber hinaus muss er oder sie für die Zeit, in der Präsenzlehre nicht oder nur eingeschränkt möglich ist, gegebenenfalls auch eigene – als solche durchaus valide (s.u. 2.) – wissenschaftlich-didaktische Bedenken gegenüber Online-Lehre zurückstellen, um wenigstens ein „Notprogramm“ in der Lehre aufrechterhalten zu können. Im Gegenzug verpflichtet die Fürsorgepflicht den Dienstherrn dazu, den Universitäten und den einzelnen Hochschullehrern die dafür notwendige digitale Ausstattung und gegebenenfalls entsprechende Schulungen o.Ä. zur Verfügung zu stellen. Denn auch für den Beamten gilt: Ihm (technisch) Unmögliches kann nicht verlangt werden.

Nach einer schrittweisen Rückkehr zur Normalität fordert das strukturelle Gleichgewicht von Treuepflicht des Beamten und Fürsorgepflicht des Dienstherrn, das

im Beamtenverhältnis (und modifiziert sowie auf beiden Seiten etwas abgeschwächt auch im Angestelltenverhältnis) angelegt ist, dann tendenziell einen gewissen Ausgleich für den besonderen zeitlichen Einsatz für die Lehre in der Krise. Gegebenenfalls kann sich dies sogar zu einem Anspruch der Hochschullehrer sowie des akademischen Mittelbaus auf vorübergehend mehr zeitlichen Freiräumen für „liegendebliebene“ Forschungsarbeit verdichten. Vor allem aber müssen dann die methodisch-didaktischen Spielräume der Lehrenden wieder wachsen. Inwieweit der einzelne Hochschullehrer die gewonnenen Erfahrungen mit der Online-Lehre als positiv bewertet und deshalb solche Elemente auch in der Normallage ergänzend in seiner Lehre einsetzt, wird wieder ganz vorrangig zu seiner individuellen Entscheidung. Allerdings können Studienordnungen und -pläne auch in der Normalsituation Vorgaben für Veranstaltungstypen enthalten; im Zuge eines Digitalisierungsschubs ließen sich hier bei wissenschaftlicher Eignung (dazu sogleich 2.) vermehrt auch digitale Formate integrieren. Wie allgemein bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen innerhalb einer Fakultät gilt jedoch der Vorrang der individuellen Eigeninitiative²⁵ und sodann der kollegialen Verständigung der Hochschullehrer; nur wenn Pflichtangebote sonst nicht abgedeckt werden können, darf die Fakultätsleitung im Rahmen ihrer Verpflichtung zur Koordination des Lehrangebots als ultima ratio Veranstaltungen zuteilen.²⁶ Beim konkreten didaktischen Konzept muss, bei der Online-Lehre in den Grenzen des technisch Möglichen, stets Ausgestaltungsraum verbleiben, nicht anders als bei einer Präsenz-Lehrveranstaltung. Darüber hinaus haben finanzielle und sonstige Anreize, um das besondere Engagement einzelnen Lehrender für solche Formate auszugleichen und zu belohnen, im Rahmen der Finanzierbarkeit Vorrang vor Anordnungen „von oben“.

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

Von Hochschullehrern kann im Studium²⁷ nur wissenschaftliche Lehre verlangt werden. Daher müssen auch Online-Lehrformate über reine Wissensvermittlung

22 Vgl. Gärditz, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 176 ff.; Antoni, in: Wolf/Hömig, Art. 5 Rn. 33, 12. Aufl. 2018 jeweils m. w. N. Früher brachte dies auch § 49 HRG zum Ausdruck; dazu Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 695, vgl. auch Rn. 700. Die Verfassungsrechtsprechung hat sich mehrfach nur mit der Frage beschäftigt, ob Art. 33 Abs. 5 GG über Art. 5 Abs. 3 GG dem Hochschullehrer zusätzliche Rechte verleiht und dies verneint, vgl. BVerfGE 122, 89, 100; 88, 129, 143.; 35, 79, 146 f.

23 Insoweit zur dienstlichen Pflichtenstellung *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 48; *Reich*, in: ders. (Hrsg.), BeamStG, 3. Aufl.

2018, § 34 Rn. 2 m. w. N.

24 *Reich*, in: ders. (Fn. 23), § 34 Rn. 3.

25 BVerfGE 35, 113, 129.

26 BVerfGE 126, 1, 25; zustimmend z.B. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 485; ferner statt vieler *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band 4, 2011, § 99 Rn. 59.

27 Anderes kann für die Weiterbildung gelten, die in den Hochschulgesetzen ebenfalls als Aufgabe der Hochschulen genannt wird.

hinaus zu einem Mindestmaß wissenschaftlich-kritischer Reflexion geeignet sein,²⁸ um wie traditionelle Vorlesungen, Übungen und Seminare Teil eines Lehrveranstaltungskanons werden zu können. Dies gilt mit gewissen Abstrichen mittlerweile auch für die Fachhochschulen.²⁹

Prima facie weisen reine Online-Lehrformate aufgrund ihrer technischen Beschränkungen typischerweise Eigenheiten auf, die einer wissenschaftlich-kritischen Reflexion wenig förderlich erscheinen: Asynchrone Online-Formate wie Podcasts u.Ä. blenden die für Reflexion so wichtige interaktive Kommunikation³⁰ aus, verführen zum unreflektierten „Konsum“.³¹ Eingebaute Zwischenfragen u.Ä. schaffen einerseits mehr Interaktion, tendieren aber zwecks Überprüfbarkeit der „Richtigkeit“ der Ergebnisse zu Schematismus, namentlich im Multiple-Choice-Modus.³² Der im Vergleich zum (Lehr-)Buch und auch zur klassischen Vorlesung weitaus geringere Umfang gebräuchlicher digitaler Formate zwingt dort zu einer deutlichen Vereinfachung;³³ scheinbar einfache Rezepte wiederum verführen zu mechanischem Auswendiglernen. Dahinter verbergen sich nicht selten längst überholte³⁴ „Nürnberger-Trichter“-Vorstellungen von Lehre und Lernen. All dies scheint ein mehr oder minder klarer Antagonismus zu wissenschaftlicher Lehre, die über die Wissensvermittlung hinaus zum Hinterfragen von Routinen und vermeintlichen Wahrheiten anleiten soll.³⁵

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

In der Notlage einer Pandemie wird man bei der Wissenschaftlichkeit gegebenenfalls Abstriche machen müssen. Solange faktisch kein wissenschaftsnäheres Lehrformat verfügbar ist, muss es vor dem Hintergrund der Ausbil-

dungsaufgabe ausreichen, wenn reine Online-Lehre jedenfalls besser ist als gar keine Lehrveranstaltungen, allein mit Empfehlungen zur Lektüre und Eigenarbeit der Studierenden. Der Einwand mangelnder Wissenschaftlichkeit könnte einer Dienstverpflichtung zur Online-Lehre in der Krise also nur entgegengehalten werden, wenn die Studierenden durch solche Lehrformate komplett falsche Vorstellungen von den an sie gestellten Anforderungen zu entwickeln drohten und möglicherweise nach der Krise für „echte“ wissenschaftliche Lehre spürbar weniger empfänglich wären als zuvor. Dies wird man jedoch kaum pauschal unterstellen können, zumal – wie sogleich zu zeigen – auch Online-Formate durchaus gewisse Spielräume für eine wissenschaftsnähere Ausgestaltung belassen. Bei Fernuniversitäten ist die Lehre aus der Distanz – früher mit schriftlichen Unterlagen, heute immer mehr über das Internet – ohnehin immer schon Programm gewesen, ohne dass man deren Wissenschaftlichkeit deshalb grundsätzlich in Zweifel gezogen hätte.³⁶

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

Nach Ende der Pandemie entschärft sich das Wissenschaftlichkeits-Problem ein Stück bereits dadurch, dass Online-Lehre nur noch eine Ergänzung zu traditionellen Präsenzveranstaltungen sein wird. Doch dürfte der durch die Krise ausgelöste Digitalisierungsschub elektronischen Lehrformaten auch in der „Zeit danach“ quantitativ einen massiven Bedeutungsgewinn beschere.³⁷ Dies führt zu der Frage, welche Rolle (quantitativ wie qualitativ) Online-Formate mittelfristig in der Lehre im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG spielen dürfen und sollten. Die wissenschaftlich-didaktische Eignung verschiedener Online-Lehrformate muss rechtzeitig reflektiert

28 Den Reflexionsvorgang in der juristischen Ausbildung betonend, *Hufen*, Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, S. 1 ff; ähnlich *Lammers*, Lernen im Jura Studium und in der Examensvorbereitung, JuS 2015, 289, 291.

29 Zu Fachhochschulprofessoren als Trägern der Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 126, 1, 19 f.; zusammenfassend *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 129 m. w. N.

30 Zu wissenschaftlicher Lehre als interaktiver Kommunikationsprozess *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 1; andeutungsweise *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 111; aus der allgemeinen Lit. zur (Hochschul-)Didaktik etwa *Tulodziecki/Herzig/Blömeke*, Gestaltung von Unterricht, 2017, S. 291 ff.

31 Vgl. *Jordanova-Duda*, Lern-Avatare unterwegs, VDI-Nachrichten v. 15.5.2020, S. 3: „Alle Vorlesungen aufzeichnen, ins Netz stellen und gut ist es. Das ist RTL-Niveau: Let us entertain you“.

32 Die Kritik an der Eignung von Multiple-Choice-Fragen im wissenschaftlichen Kontext war schon vor dem Internet weit verbreitet (z.B. *Phillips*, Aufgabenform und Aufgabenmodus bei multiple-choice-Aufgaben, Datenverarbeitung im Recht 1978, 341 ff.); aufgeschlossener z.B. *Krüger*, Ankreuzen kann ja jeder, oder?

– Die Verwendung von Multiple-Choice-Prüfungen in der juristischen Ausbildung, in: Brockmann/Pilniok (Hrsg.), Prüfungen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 107 ff.

33 Positiv gewendet von *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885, der betont, dass die Stärken digitaler Lehre im auswendig erlernbaren Basiswissen liege, ohne die Wissenschaftsadäquanz zu hinterfragen.

34 Vgl. allgemein zur heutigen Konzeption *Hattie*, Lernen sichtbar machen, 3. Aufl. 2015, S. 249 f.

35 Ähnliche Charakterisierung der Ziele wissenschaftlicher Lehre bei *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 29; *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 115; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2. (Fn. 23), Art. 5 Rn. 490.

36 Auf die Fernuniversitäten verweisen an Rande auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), Forschung und Lehre v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

37 Dazu schon oben I. a.E.

werden, um nicht der normativen Kraft des Faktischen zum Opfer zu fallen.

Ungeachtet der zuvor beschriebenen, durchaus validen grundsätzlichen Kritikpunkte an vielen – nicht allen – Online-Lehrformaten haben diese doch auch gewisse Vorzüge sogar in einer Hochschulausbildung. Dies gilt besonders, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Wissenschaftlichkeit der Lehre in einem gewissen Spannungsverhältnis zur ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Ausbildungsaufgabe der Hochschulen und der Hochschullehrer steht. Je stärker man dabei die Ausbildungsaufgabe betont, umso mehr muss sich die traditionelle Lehrorientierung zu einer Lernorientierung wandeln.³⁸ Man schaut nun verstärkt darauf, was von der wissenschaftlichen Lehre bei den Adressaten überhaupt ankommt. Eine gewisse Abwechslung von Lehrmethoden und Integration neuer „jugendnaher“ Medien wirkt auf viele Studierende motivierend. Motivation wiederum erleichtert nicht nur die Aneignung von Wissen, sondern ist auch ein wesentlicher Schlüssel zur Weckung des Interesses an Reflexion und damit zu einem Hineinwachsen in wissenschaftliches Denken. Dabei können strukturelle Nachteile der Online-Lehre durch geschickte Kombination mit traditionellen Formaten minimiert werden.³⁹

Letztlich besitzt der einzelne Hochschullehrer hinsichtlich der didaktischen Eignung bestimmter Lehrformate als Teil seiner Wissenschaftsfreiheit einen weiten Einschätzungsspielraum.⁴⁰ Jede(r) kann und muss in der Lehre eine eigene Balance zwischen Wissenschaftlichkeit und Berufsausbildung finden. Obligatorische Online-Lehre muss deshalb den Hochschullehrern genügend Ausgestaltungsspielraum zur Sicherung des individuell als notwendig erachteten Gehalts an Wissenschaftlichkeit belassen. Auch wenn Online-Lehre in Studienordnungen als Grundbestandteil mit aufgenommen wird, heißt dies nicht, dass sich jeder einzelne Hochschullehrer sich daran zu beizeigen hat. Wie auch sonst muss nur das Pflichtangebot von der Fakultät insgesamt abgedeckt werden. Dabei wiederum ist die verpflichtende Einbindung eines individuellen Hochschullehrers nur das allerletzte Mittel, wenn die kollegiale Selbstkoordi-

nation bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen versagt.

Hier bestätigt sich noch einmal: Die individuelle Freiheit der Methodenwahl der Hochschullehrer, worin sich auch ihr jeweiliges Wissenschaftsverständnis widerspiegelt, bleibt auch in der Krise zu schützen. Die Lehrfreiheit steht jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Hochschul-Ausbildungsaufgabe, deren Aufrechterhaltung in der Krise, nicht zuletzt angesichts der beamtenrechtlichen Treuepflicht, ein temporär höheres Gewicht erlangt.

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

Videokonferenz-Plattformen ermöglichen, wenn sie von Zuhause genutzt werden, allen Teilnehmern (bei Lehrveranstaltungen also dem Dozenten und den beteiligten Studierenden) sowie dem Veranstalter (der Hochschule und dort möglicherweise Personen aus der Verwaltung, bei Prüfungen vor allem auch den Aufsichtsführenden) durch die Bildübertragung einen gewissen Einblick in die räumliche Privatsphäre aller mit Bild Zugeschalteten. Darüber hinaus hat das Unternehmen, das die entsprechende Konferenztechnik anbietet und die technische Plattform dafür zur Verfügung stellt, potentiell Zugriff auf die dabei generierten Daten (Teilnehmer- oder zumindest Endgerätidentifizierung, Bilder, ggf. sogar Gesprächsinhalt). Unter beiden Aspekten stellen sich Probleme des Datenschutzes. Vor allem aber das Risiko des unkontrollierten Datenabflusses an den Dienstleister ist massiv in die Kritik geraten, ganz besonders bei dem US-amerikanischen Anbieter „Zoom“ angesichts einiger dort im März/April 2020 aufgedeckter Mängel.

Allerdings ist der Blickwinkel der einschlägigen EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mit dem zugrundeliegenden EU-Primärrecht keineswegs einseitig allein auf die Datensparsamkeit ausgerichtet, wie einige Datenschutzbehörden glauben machen wollen. Der freie Datenverkehr fungiert in Art. 1 Abs. DSGVO als weiteres (wenngleich nicht voll gleichberechtigtes) Ziel neben dem Schutz personenbezogener Daten.⁴¹ Dieser Dualis-

38 Hierzu und zum Folgenden *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 ff.; die Verschiebung „from teaching to learning“ ebenfalls betonend *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885; vgl. auch *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – Ein verlorenes Grundrecht?, 2006, S. 244 ff.

39 Vgl. *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 884 ff.

40 Vgl. zur „Lehrmethodenfreiheit“ *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 491; ferner auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020.

41 Allerdings wird der freie Datenverkehr auf EU-Ebene primär

als Ausprägung der Grundfreiheiten angesehen und ist damit weniger individualrechtlich konnotiert; näher *Hornung/Spiecker, gen. Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 1 Rn. 25 ff. Deutlicher wird die Parallelität des Datenschutzes und der Möglichkeiten zum Datenaustausch im deutschen Verfassungsrecht, wo BVerfGE 65, 1 (44) beides als Ausprägungen der informationellen Selbstbestimmung begreift.

mus der Ziele spiegelt sich auch im Regelungsauftrag an die europäische Gesetzgebung in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV wider. Das Verbotprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 DSGVO) ist zusammen mit den verschiedenen möglichen Rechtfertigungsgründen für eine Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 1 DSGVO auf der Basis von Art. 8 Abs. 1 bzw. 2 GrCh) so zu lesen, dass eine Balance zwischen dem Schutz persönlicher Daten vor unbefugter Verwendung und dem Interesse der Einzelnen wie des Geschäftsverkehrs an den Vorteilen der Datenverarbeitung geschaffen werden soll. Die gesetzliche Regelungstechnik darf – jedenfalls zwischen Privaten – nicht dahingehend überinterpretiert werden, als müsse die rechtstechnische Regel des Verbots der Verarbeitung personenbezogener Daten auch quantitativ der Normalfall und die Rechtfertigung die seltenere Ausnahme bleiben.⁴² Dies gilt unabhängig von der umstrittenen und hier nicht zu klärenden Frage, ob in die europäischen Regelungen die deutsche Sichtweise der informationellen Selbstbestimmung im Sinne des Volkszählungsurteils⁴³ hineininterpretiert werden kann⁴⁴ oder eine stärker objektive, auf die Herstellung eines funktionsfähigen Marktes für Datenverarbeitung ausgerichtete Lesart⁴⁵ zu bevorzugen ist.

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

Die deutsche Kanzlerin nannte die Corona-Krise die größte Herausforderung für Deutschland seit dem zweiten Weltkrieg;⁴⁶ in anderen Staaten wurde sogar die

Kriegsrhetorik bemüht. Vor diesem Hintergrund scheint es nahe zu liegen, die Sentenz „Not kennt kein Gebot“⁴⁷ zu bemühen und das Datenschutzrecht kurzerhand für nachrangig zu erklären, sofern es einer effektiven Krisenbewältigung in der Ausbildung im Wege zu stehen scheint.

Ein solches Argumentationsmuster lässt sich – scheinbar – auf die bekannten staatsrechtlichen und -theoretischen Überlegungen zur Rechtsbindung im Ausnahmezustand zurückführen. Die These, Rechtsbindung (Normativität) setze faktische Normalität voraus, fand sich besonders prominent bei *Carl Schmitt*, wurde aber auch von dessen Antipode *Hermann Heller* übernommen.⁴⁸ Solchermaßen gleichsam entdämonisiert durchzieht eine derartige oder jedenfalls ähnliche Argumentation auch Teile der heutigen Staatsrechtslehre.⁴⁹ Andere wollen den Ausnahmezustand deshalb ungerechtfertigt lassen, weil darauf zugeschnittene Rechtsregeln einen falschen Anreiz zu deren Nutzung setzen könnten; ohne Regelung seien die Hemmungen größer, Notstandsbefugnisse in Anspruch zu nehmen.⁵⁰ Dem gegenüber steht die Gegenthese,⁵¹ der Ausnahmezustand müsse soweit wie möglich durch Verrechtlichung gezähmt werden,⁵² wie es das Grundgesetz mit der Notstandsverfassung versucht hat.

An dieser Stelle zeigt sich zugleich aber schon der Unterschied zur Sicherung der Hochschulausbildung in der heutigen Corona-Krise. Hier steht gerade nicht die massive Ausweitung staatlicher Befugnisse zu Lasten der Grundrechte als individuelle Abwehrrechte in Rede. Es werden in diesem speziellen Zusammenhang⁵³ nicht der

42 Vgl. aus deutschem Blickwinkel etwa *Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2003, 2306 f.; *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91, 100.

43 BVerfGE 65, 1.

44 So etwa *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 19; *Krönke*, Datenpaternalismus, Der Staat 55 (2016) S. 319, 342 ff.

45 Gegen eine Orientierung am deutschen Konzept mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte *Kranenberg*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 8 Rn. 08.25; *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, S. 74 f.; gegen eine simple Übertragung des deutschen Datenschutzverständnisses auch *Albers*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 45; für eine verhaltensökonomische Fundierung ferner eingehend *Gebhardi*, „Nudging“ – Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im deutschen Verwaltungsrecht (in Vorbereitung).

46 Ansprache v. 18.3.2020 (<https://www.bundesregierung.de/bregde/themen/coronavirus/ansprache-der-kanzlerin-1732108>).

47 Zur Genese eingehend *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 25 ff.

48 *Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, S. 11 u. 19 f.; *Heller*,

Staatslehre, 1934, S. 255.

49 Z.B. *Isensee*, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion? in: *Brugger/Haverkate* (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft Nr. 84, 2002, S. 58, 65; *S. Augsberg*, Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Deskonstruktion des Normativen, in: *Arndt et al.* (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, S. 28 ff.

50 Paradigmatisch *Lübbe-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht, ZParl 11 (1980), S. 110, S. 117 ff.

51 *Kaiser* (Fn. 47), S. 112 ff., stellt die beiden Positionen als Exklusions- versus Inklusionsthese gegenüber und plädiert selbst für eine „modifizierte Inklusion“.

52 Auf eine Generalermächtigung setzend *K. Hesse*, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DÖV 1955, 741, 744; *ders.*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, JZ 1960, 105 ff.; mit anderer Akzentuierung *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ff.

53 Die allgemeine Problemlage in der Covid 19-Krise kommt allerdings der Diskussion um ein „Ausnahmeverfassungsrecht“ (*Kaiser*) strukturell näher, weil insoweit klassische Freiheitsrechte (namentlich die Versammlungsfreiheit und die Berufsfreiheit, aber auch die allgemeine Fortbewegungsfreiheit) zugunsten des Großen und Ganzen in Gestalt des allgemeinen Gesundheitsschutzes massiv zurückgedrängt werden.

Fortbestand des Staates und die staatliche Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit seiner Bürger gegen die individuellen Freiheiten in Stellung gebracht. Vielmehr geht es, gleichsam mehrere Stufen „tiefer“, um den Schutz von Entfaltungsmöglichkeiten der Studierenden durch und in der Hochschulausbildung im Spannungsverhältnis zu ihren grundrechtlich fundierten Datenschutzinteressen. Man ruft nicht nach dem Leviathan, sondern nach dem Kollisionslagen schlichtenden Staat, der (hier besonders in Gestalt der Datenschutzbehörden), wie so oft auch in der Normalsituation, verschiedene verfassungsrechtlich geschützte Belange im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich bringen muss. Dies wird zusätzlich dadurch verdeutlicht, dass staatliche wie private Hochschulen gleichermaßen betroffen sind. Insoweit ist eine andere Rechtsschicht⁵⁴ betroffen als in der klassischen Auseinandersetzung über die juristische Bewältigung des Ausnahmezustands.

Eher könnte man an Überlegungen aus der Frühphase des Verwaltungsrechts anknüpfen, wonach in das – damals spärliche – Gesetzesrecht nach Sinn und Zweck eine mehr oder minder weite „Dispensations“-Ermächtigung im Ausnahmefall hineinzulesen sei.⁵⁵ Allerdings ist das heutige (Verwaltungs-)Recht weitaus dichter geknüpft als das aufkommende Verwaltungsrecht des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts (vom Wegfall der monarchischen Prerogative ganz abgesehen), so dass eine Lückenfüllung durch die Konstruktion immanenter Abweichungsbefugnisse in atypischen Fällen nicht mehr gleichermaßen benötigt wird. Vielmehr ist es ein Gebot des Rechtsstaates, solche Ausnahmelagen jedenfalls unterhalb des „echten“ Ausnahmezustands gesetzesimmanent – und dies heißt: mit Mitteln der Gesetzesauslegung – zu bewältigen. Auch unter Art. 20 Abs. 3 GG enthalten Gesetze oftmals offene oder versteckte Konkretisierungsspielräume; unbestimmte Gesetzesbegriffe und offene Ermessensklauseln sollen nicht zuletzt eine „situationsgeleitete“ – und das kann auch bedeuten: eine besondere Krisenlage berücksichtigende – Handhabung ermöglichen.⁵⁶

Für das Datenschutzrecht bei der Online-Hochschullehre in der Krisenzeit bedeutet dies: Es ist primär da-

nach zu suchen, wo die einschlägige DSGVO durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsklauseln selbst schon Wertungsspielräume enthält, die zur Berücksichtigung der besonderen Lage genutzt werden können. Darüber hinaus lässt sich auch an eine teleologische Reduktion⁵⁷ weitreichender Datenschutzerfordernissen denken, wenn und soweit dies nicht mit pauschaler Krisenrhetorik, sondern methodisch diszipliniert begründbar erscheint. Bei näherem Hinsehen erweist sich das Datenschutzrecht als flexibler, als es bislang manchmal den Anschein hatte. Dies gilt ganz besonders vor dem bereits betonten Hintergrund, dass die DSGVO ohnehin schon auf einen schonenden Ausgleich zwischen Datenschutz- und legitimen Datenverarbeitungsinteressen – beides Ausdruck grundrechtlicher Freiheit – angelegt ist. Zugleich ist aber darauf zu achten, dass nach einer Rückkehr zur Normallage die „klassischen“ Datenschutzbelange in allfälligen Abwägungen wieder an Gewicht gewinnen können. Nicht alles, was in der Krise zulässig ist, wird es auch später sein.

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

In der Analyse sind auf mehreren Ebenen verschiedene Konstellationen und Konfliktfelder zu unterscheiden. Erstens können die Privatsphäre und der Datenschutz der Studierenden sowohl durch die Hochschule selbst bei ihrer Nutzung einer Plattform wie „Zoom“ als auch durch den Plattformbetreiber beeinträchtigt werden. Geht es um den Missbrauch der generierten Daten durch den Betreiber der Videoplattform (die zweitgenannte Konstellation), so stellt sich die Frage, inwieweit die das Konferenzsystem nutzende Hochschule dafür datenschutzrechtlich überhaupt verantwortlich gemacht werden kann. Auf einer zweiten Ebene muss jeweils danach differenziert werden, ob eine Videokonferenzplattform zu Lehr- oder aber zu Prüfungsüberwachungszwecken genutzt wird. Bei diesen beiden Nutzungsarten kommen auch unterschiedliche Rechtfertigungen der Datenerhebung und -verarbeitung in Betracht.

54 Ein Vier-Schichtenmodell entwickelt *Kaiser* (Fn. 47), S. 65 f. Die hier behandelten Probleme dürften in diesem Modell noch auf der ersten Ebene, dem Recht der reinen Normallage mit mittelbarem Krisenbezug, anzusiedeln sein.

55 Rückblickend zur Befugnis des Monarchen und seiner Verwaltung zu „Dispensationen“ *G. Meyer*, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. 1905, S. 652 m.w.N. in dortiger Fn. 11, der diese Lehre aber bereits als überholt bezeichnet; gegen solche (kaiserlichen) Dispensationen auch *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Zweiter Band, 2. Aufl. 1891, S. 1031; vgl. aber auch *v.d. Mosel*, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts, 12.

Aufl. 1912, Stichwort „Ausnahmebewilligung (Dispensation)“. Bei der Behandlung der Herrschaft des Gesetzes und des Gesetzesvorrangs durch *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924 (Nachdruck 2004), S. 64 ff. taucht eine solche Relativierung bereits nicht mehr auf.

56 Ähnlich allgemein *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60.

57 Zu Möglichkeiten und Grenzen als rechtstechnisches Instrument der Ausnahmebildung allgemein *Kaiser* (Fn. 47), S. 48.

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Videokonferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

Aus Sicht der Hochschule wird regelmäßig eine Auftragsverarbeitung (wenig aussagekräftig definiert in Art. 4 Nr. 8 DSGVO) angenommen.⁵⁸ Der Videokonferenzanbieter (z.B. „Zoom“) verarbeitet die Daten für den Konferenzveranstalter. Bei Prüfungen oder Lehrveranstaltungen ist dies die Hochschule, die demnach als Auftraggeber datenschutzrechtlich Verantwortlicher ist. Die Hochschule treffen über die allgemeinen Anforderungen des Art. 24 DSGVO hinaus auch die besonderen Verpflichtungen des Art. 28 DSGVO. Insbesondere muss eine Vereinbarung über die Auftragsdatenverarbeitung abgeschlossen werden. Ganz eindeutig ist die Abgrenzung zu sonstigen Formen von Funktionenübertragung auf einen Dritten und zu einer gemeinsamen Verantwortung (Art. 26 DSGVO) freilich nicht.⁵⁹ Denn die Auftragsverarbeitung geht idealiter davon aus, dass dem Auftragnehmer kaum mehr Spielraum bei der Aufgabenerfüllung bleibt und er voll weisungsabhängig ist.⁶⁰

Das wird man bei einem Videokonferenzplattformanbieter mit oftmals zusätzlichem, auf eigener weiterer Datenverarbeitung basierendem Geschäftsmodell nicht pauschal bejahen können. Dennoch bleibt die Einordnung als Auftragsverarbeitung im Ergebnis überzeugend, weil sich, wie noch darzulegen, zwischen der Abwicklung der Konferenz und eventueller zusätzlicher eigeninteressierter Datenverarbeitung durch den Plattformbetreiber trennen lässt. Im Übrigen würde eine andere Einordnung an der datenschutzrechtlichen Verantwortung der Hochschule im Hinblick auf deren Datenverarbeitung nach Art. 24 DSGVO nichts ändern.

bb) Betroffene personenbezogene Daten

Bei der Videokonferenz werden nicht nur die Namen der beteiligten Studierenden angezeigt und ihre Gesichter abgebildet, sondern gegebenenfalls ist auch ein räumlicher Hintergrund aus ihrer häuslichen Privatsphäre sichtbar. All dies sind geschützte personenbezogene Daten, deren Erhebung und gegebenenfalls Weiterver-

beitung einer Rechtfertigung nach Art. 6 DSGVO bedarf. Allerdings ist spätestens bei der Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung, wenn nicht schon bei der Frage der Beeinträchtigung als solcher, zu berücksichtigen, dass Gesicht und möglicherweise auch Identität der Studierenden für den Dozenten und die beteiligten Kommilitonen auch bei Präsenzveranstaltungen offenliegen, die Umstellung auf Online-Lehre oder -Prüfung insoweit also keinen oder kaum einen Unterschied macht. Online-typisch ist demgegenüber der Einblick in die räumliche Privatsphäre. Bei Lehrveranstaltungen kann dies jedoch durch die Teilnahme ohne Bild oder – sofern mit dem eigenen Endgerät technisch möglich – die Nutzung eines virtuellen Hintergrunds vermieden werden. Bei Online-Prüfungsaufsicht ist dieser Selbstschutz dagegen nicht möglich, weil der räumliche Einblick zur Reduzierung der Täuschungsmöglichkeiten und damit für den Aufsichtszweck zwingend notwendig ist.

Zu einem deutlich stärkeren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt es, wenn die Videokonferenz aufgezeichnet wird. Dies ist jedoch weder bei Online-Lehrveranstaltungen noch bei der Online-Prüfungsaufsicht notwendig. Will man den Studierenden eine Vorlesungs-„Konserve“ zum beliebigen „Nachhören“ zur Verfügung stellen, so ist eine bloße Aufzeichnung des Dozentenvortrags ohne studentische (Diskussions-)Beiträge datenschutzrechtlich vorzugswürdig, denn dazu ist nur die Einwilligung des Dozenten erforderlich.

cc) Rechtfertigungstatbestände

Die möglichen Rechtfertigungsgründe für die Datenverarbeitung im Auftrag der Hochschule sind in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgelistet. Primär ist an eine Einwilligung (definiert in Art. 4 Nr. 11 DSGVO) der Studierenden zu denken (lit. a), wobei sich nähere Anforderungen an eine solche Einwilligung aus Art. 7 DSGVO (insb. Abs. 4) ergeben. Daneben kommt aber im Lichte des gesetzlichen Lehr- und Ausbildungsauftrags der Hochschulen auch die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Rechtspflicht (lit. e) als Rechtfertigungsgrund in Betracht; hilfsweise ist auch an das öffentliche Interesse im Sinne von lit. f zu denken. Dabei muss zwischen der Nutzung einer Videokonferenzplattform zur Prüfungs-

58 *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020), S. 1 (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1145&token=7c30ea4e2f93a4e489ed576abe9905231536b453>); *Lukaß*, Videochats & Datenschutz – Heute: „Zoom“ (<https://www.datenschutz-notizen.de/videochats-datenschutz-heute-zoom-4325330/>); *Stoklas*, Datenschutz in Zeiten von Corona, ZD-Aktuell 2020, 07093; in der Tendenz allgemein für „Plattform as a Service“, dabei jedoch die Wertungsbedürftigkeit

im Einzelfall betonend, *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 16.

59 Ganz allgemein zur schwierigen Abgrenzung *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Nr. 8 Rn. 1.

60 Vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 3; einen „gewissen[n] Spielraum“ zuerkennend, sofern rechtliche und tatsächliche Einflussmöglichkeiten bestehen, *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 30

aufsicht und zur Abhaltung von Lehrveranstaltungen (Vorlesungen und Seminare, ggf. auch Übungen) unterschieden werden

(1) Für die *Prüfungsaufsicht* über „Zoom“ an der Bucerius Law School hatte die Hamburger Datenschutzbehörde behauptet, eine Einwilligung der Prüflinge scheidet bereits mangels Freiwilligkeit aus. Diese Rechtsauffassung basiert jedoch auf falschen rechtlichen Vorstellungen von Freiwilligkeit im Datenschutzrecht. Generell lässt sich nicht mehr von Freiwilligkeit sprechen, wenn eine der Parteien eine solche Übermacht besitzt, dass sie die (Vertrags-)Bedingungen faktisch einseitig diktieren kann.⁶¹ Im Verhältnis zwischen Hochschule und Studierenden besteht ein massives Machtgefälle zwar bei Prüfungen generell, aber nicht speziell bei der hier zu treffenden Entscheidung, wann und unter welchen Bedingungen die Prüfung abgelegt wird. Letztlich wird der Rechtskreis der Studierenden durch die Möglichkeit, die Prüfung zum Normaltermin über die Videokonferenzplattform (hier: „Zoom“) zu absolvieren, gegenüber der einzig realistischen Alternative – alle müssten wegen der Schließung der Hochschulen später mit Doppelbelastung nachschreiben – nur erweitert. Die zu Prüfenden erhalten die zusätzliche Option, eigenverantwortlich abwägen zu können, ob sie den Eingriff in ihre Privatsphäre durch diese Klausuraufsicht für weniger belastend erachten als die spätere Zusatzbelastung durch nachzuholende Klausuren. Zwar ist es für die Studierenden zweifelsohne ein gewisser Nachteil, wenn sie Klausuren mangels Einwilligung in das Zoom-Verfahren später im Hörsaal nachschreiben müssen, weil dadurch im folgenden Trimester eine Doppelbelastung entsteht. Freiwilligkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Verweigerung der Einwilligung keinerlei Nachteile mit sich bringen darf. Im Gegenteil: Man willigt gerade ein, weil man sich davon einen Vorteil verspricht. Dementsprechend ist anerkannt, dass der Nachteil, einen Dienst nicht nutzen zu können, die Freiwilligkeit der Einwilligung als solche nicht infrage stellt. Das Koppelungsverbot des

Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist sehr schwach formuliert;⁶² es fordert nur, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, ob die Erbringung einer Dienstleistung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Dieser Maßstab stellt die Freiwilligkeit der Einwilligung jedenfalls dann nicht in Frage, wenn und soweit eine zumutbare Alternative besteht und kein massives Machtgefälle eine autonome Entscheidung faktisch ausschließt.

Freiwilligkeit setzt allerdings hinreichende Informiertheit voraus. Die Hochschule als Verantwortlicher muss deshalb über Art und Umfang der im Zuge der Prüfungsaufsicht beabsichtigten eigenen Auftragsdatenverarbeitung hinreichend und klar verständlich belehren.⁶³

(2) Auf die Teilnahme an „Zoom“-Lehrveranstaltungen lässt sich die obige Argumentation zur Freiwilligkeit einer Einwilligung der Studierenden nicht ohne weiteres übertragen. Dies wäre allenfalls der Fall, wenn es konkret die Alternative gibt, die gleiche Vorlesung oder das gleiche Seminar sofort nach Ende der Krise unter normalen Bedingungen nachholen zu können. Das wird keineswegs immer möglich sein; oftmals werden Veranstaltungen nur in einem längeren (jährlichen) Turnus wiederholt und dies jedenfalls bei Seminaren nicht notwendig mit genau derselben Ausrichtung.

Deshalb kommt es insoweit verstärkt auf die anderen Rechtfertigungsmöglichkeiten an. In Vordergrund steht die Erfüllung des hochschulgesetzlichen Ausbildungsauftrags im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO. Dies erfasst auch staatlich anerkannte private Hochschulen, unabhängig davon, ob man schon in deren Anerkennung eine Beleihung sieht.⁶⁴ Außerdem dürfte auch lit. f einschlägig sein, weil die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (der Hochschule als zur juristischen Ausbildung Berechtigten) oder auch eines Dritten (den Studierenden, um ihnen das Ablegen der Pflicht-Prüfungen im normalen

61 *Klement*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 54 ff.; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 46, 53; es besteht eine enge Verwandtschaft zur Verfassungsrechtsprechung über eine massiv asymmetrische Verhandlungsposition (vgl. BVerfG JZ 2007, 576 [577]).

62 Eingehend dazu etwa *Klement*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 58 ff.; vgl. auch *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 42 ff.

63 Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Vollständigkeit und Verständlichkeit bei der Pflicht des Verantwortlichen, die erforderlichen Informationen bereitzustellen, *Klement*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 74 ff.; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 60; skeptischer gegenüber der Freiwillig-

keit *Hoeren*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 2020. S. 10 ff.

64 Die Hamburger Datenschutzbehörde zieht insoweit gegenüber der Bucerius Law School fälschlicherweise (fast) ausschließlich Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO in Betracht: Die Verarbeitung der Daten sei erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, hier in Gestalt der Studienverträge der Studierenden mit der Hochschule. Dies vernachlässigt jedoch die Tatsache, dass die *Bucerius Law School* eine staatlich als gleichwertig anerkannte wissenschaftliche Hochschule ist, die die Studierenden ebenso zum Ersten Examen führt wie die staatlichen Universitäten.

Zeitplan zu ermöglichen) erforderlich erscheint – sofern nicht die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person (der Prüflinge), die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, was im Anschluss geprüft wird.

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Nach allen genannten Rechtfertigungsgründen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO muss die Datennutzung im konkreten Fall für den jeweils genannten legitimen Zweck „erforderlich“ sein; außerdem trifft den Verantwortlichen ganz allgemein die Pflicht zur Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO). Im Schrifttum ist darüber hinaus auch von der Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs die Rede.⁶⁵ Damit werden allgemeine Grundsätze der Verhältnismäßigkeit rezipiert. Der dabei eröffnete Abwägungsspielraum muss, wie allgemein bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, situationsangemessen gefüllt werden. Hier liegt der rechtsdogmatische Schlüssel für die angemessene Berücksichtigung der Ausnahmelage.⁶⁶ In der Krise kann der Einsatz von Videokonferenz-Plattformen u.Ä. zur Aufrechterhaltung interaktiver Lehre notwendig sein, auch wenn solche Techniken bei den derzeit am Markt befindlichen Anbietern datenschutzrechtlich deutlich suboptimal bleiben, so dass deren Einsatz auf längere Sicht, außerhalb der Krise, bedenklich erschiene. Wenn schnell gehandelt werden muss, ist es weit weniger möglich und zumutbar, zunächst aufwendig nach der datenschutzfreundlichsten Lösung zu suchen oder gar eigene technische Systeme zu entwickeln; längerfristig wird dies dagegen notwendig sein, wenn man solche Tools auch nach der Pandemie dauerhaft (wenn auch in deutlich reduziertem Umfang, da nur noch die Präsenzlehre ergänzend) nutzen wollte.

Es besteht ein hohes Interesse daran, das Bildungswesen so weit wie möglich gerade im Interesse der Studierenden (kaum anders als bei den Schülern) im derzeitigen Ausnahmezustand aufrecht zu erhalten; auch aus psychologischen Gründen. Neben der allgegenwärtigen Angst vor potentiell Massensterben (und sei es auch „nur“ bei Angehörigen und Freunden aus sog. „Risikogruppen“) sollte nicht noch die weitere Sorge treten müssen, für das zukünftige Studium zusätzliche Prüfungslasten aufzuhäufen bzw. das Studium kostenträchtig deut-

lich verlängern zu müssen.

(1) Bei der „Zoom“-Klausuraufsicht will die Hamburger Datenschutzbehörde fälschlicherweise bereits die Eignung zur Unterbindung von Täuschungsversuchen verneinen. Zwar ist es richtig, dass die Aufsichten den Bildschirm der Klausurbearbeiter/-innen nicht einsehen und damit verbundene Täuschungsmöglichkeiten nicht enttarnen konnten. Nach allgemeinen Grundsätzen setzt die Geeignetheit jedoch nicht voraus, dass das Ziel immer und im vollen Umfang erreicht wird; es genügt, wenn man dem Ziel substantiell näher kommt, es also teilweise erreicht.⁶⁷ Durch die „Zoom“-Klausuraufsicht kann zumindest sichergestellt werden, dass sich nicht mehrere Personen zusammen im jeweiligen Raum mit der Klausur beschäftigen. Dies reduziert die Täuschungsmöglichkeiten spürbar. Psychologisch wird so jedenfalls ansatzweise eine ernsthafte Prüfungsatmosphäre gesichert, wenn auch weniger als bei einer Präsenzprüfung. Eine deutliche Ankündigung der Sanktionierung von Täuschungsversuchen kann und muss hinzukommen, ist aber entgegen den Ausführungen der Datenschutzbehörde allein keine gleich geeignete, die Erforderlichkeit der „Zoom“-Aufsicht in Frage stellende Alternative.

Angesichts des zugegebenermaßen begrenzten Nutzens dieser Aufsicht stellt sich freilich hier mit besonderer Schärfe die weitere Frage, ob dieser Nutzen die „Kosten“ für die Privatsphäre der Prüfungsteilnehmer/-innen in der Abwägung rechtfertigen kann. Doch auch der Eingriff in die Privatsphäre bleibt relativ gering. Denn fast jede(r) kann sich in seinen/ihren Räumlichkeiten bei der Klausur am Laptop (der Normalfall bei den Studierenden) so platzieren, dass nicht allzu viel von ihren/seinen räumlichen Privatsphäre sichtbar ist. Damit erscheint der Einsatz dieser Technik zur Prüfungsüberwachung jedenfalls dann vertretbar, wenn den Studierenden die freie Wahl bleibt, stattdessen später unter gleichen Prüfungsbedingungen im Hörsaal nachzuschreiben.

Sobald die Hochschulen wieder (zumindest für Prüfungen) geöffnet sind, dürfte dagegen eine Online-Klausuraufsicht mit Einblick in das häusliche Umfeld der zu Prüfenden regelmäßig unzulässig sein, da dann ohne Zeitverlust die datenschutzfreundlichere Präsenzprüfung möglich ist.

65 Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 54; Hoeren (Fn. 63), S. 33.

66 Von der Hamburger Datenschutzbehörde wurde dies im Anhörungsverfahren zur Zoom Klausuraufsicht komplett ignoriert, obwohl diese Behörde die Ausnahmelage doch in einer früheren allgemeineren Handreichung (im Internet nicht mehr verfügbar, nunmehr ersetzt durch eine neue Version unter <https://>

datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq), noch zur Kenntnis genommen hatte ebenfalls eher zurückhaltend hinsichtlich der Ausnahmelage im Rahmen der Abwägung Hoeren (Fn. 63), S. 27 ff.

67 Siehe etwa BVerfGE 30, 292 (316); 115, 276 (308); Manssen, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, Rn. 209 für die konkrete Konstellation grundsätzlich auch Hoeren (Fn. 63), S. 26 f.

(2) Für *Lehrveranstaltungen* ist der Einsatz einer (bestimmten) Videokonferenztechnik geeignet und erforderlich, wenn es keine (auch in der Bedienung) zumutbare technische Alternative gibt, mit der auch größere Gruppen während der Corona-Ausnahmelage online interaktiv (mit der Möglichkeit, sich zu melden und aufgerufen zu werden) unterrichtet werden können. Grundsätzlich ist zwar nur die datenschutzfreundlichste Lösung „erforderlich“, doch die Anforderungen an die Suche und die Optimierung dürfen dabei in der Krise und unter großem Zeitdruck, wie bereits betont, nicht überspannt werden. Ein Ausweichen auf rein asynchrone Angebote (Podcasts u.Ä.) ist nicht gleichermaßen geeignet, selbst wenn über die Möglichkeit von schriftlichen Nachfragen (per Mail oder auf einer entsprechenden Plattform) zeitversetzt eine gewisse Interaktivität möglich ist. Denn damit lässt sich lernpsychologisch die direkte Interaktion und die dadurch geschaffene größere Aufmerksamkeit nicht ersetzen; auch in Podcasts o.Ä., eingebaute (Multiple-Choice-) Fragen bieten nur einen äußerst unvollkommenen Ersatz für individuelle Nachfragen und Diskussionsmöglichkeiten.

Der Eingriff in die Privatsphäre ist bei solchen Online-Lehrveranstaltungen noch deutlich geringer als bei der Prüfungsüberwachung. Denn den Studierenden bleiben bei virtuellen Vorlesungen, Übungen oder Seminaren zwei zusätzliche und damit insgesamt drei Schutzmöglichkeiten: Sie können nicht nur – wie bei den Klausuren – einen möglichst neutralen realen (Zimmer-) Hintergrund wählen, sondern können zweitens, soweit mit ihren Endgeräten technisch möglich, auf einen virtuellen Hintergrund ausweichen (was bei den Klausuren zwecks Täuschungerschwerung nicht erlaubt war). Drittens schließlich können die Studierenden ganz ohne Bild, allein mit Anzeige ihres Namens, teilnehmen. Die

Möglichkeit, sich elektronisch zu melden oder auch vom Lehrenden aufgerufen zu werden, bleibt – jedenfalls bei „Zoom“ – auch ohne Bild mittels Namensanzeige erhalten. In der Abwägung überwiegt deutlich das krisenspezifische Interesse an der Aufrechterhaltung eines der Präsenzlehre möglichst angenäherten Lehrbetriebs.

Auf die Normallage lässt sich diese Argumentation allerdings nicht übertragen. Geht es nur um die Ergänzung interaktiver Präsenz-Lehrveranstaltungen, werden asynchrone Angebote regelmäßig ausreichen. Anders mag dies im Einzelfall aussehen, wenn, beispielsweise in einem Online-Doktorandenseminar, Teilnehmer/-innen aus verschiedenen Teilen der Welt eingebunden werden sollen.

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

Weitaus mehr Gewicht besitzen Bedenken, Plattform-Anbieter vor allem aus den USA könnten dort anfallende Daten entgegen der eigenen Datenschutzerklärung weiterverarbeiten (insb. speichern, an Dritte verkaufen und übermitteln). Gerade bei „Zoom“ hatte man im März 2020 insoweit Missstände aufgedeckt;⁶⁸ das Unternehmen hat allerdings zwischenzeitlich Verbesserungen vorgenommen – ob in ausreichendem Umfang, darüber wird gestritten.⁶⁹

Aber auch gegenüber anderen Anbietern werden mehr oder minder massive datenschutzrechtliche Bedenken geäußert;⁷⁰ dies betrifft nicht nur Videokonferenzplattformen, sondern auch Plattformen für schriftlichen Austausch.⁷¹ Dass ein nicht zu unterschätzendes Risiko des Daten-Missbrauchs besteht, wird zusätzlich dadurch plausibel, dass der Daten-Weiterverkauf zum typischen Geschäftsmodell von Online-Anbietern (vor

68 Siehe etwa *Scheuer/Neuerer/K erkmann*, Datenschützer warnen vor Videochat-Software Zoom, Handelsblatt online v. 30.3.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/homeoffice-tool-datenschuetzer-warnen-vor-videochat-software-zoom/25694358.html?ticket=ST-5035650-ARFvUC4fOXDoeocrMn66-ap2>); *Ries*, Videokonferenz-Software: Ist Zoom ein Sicherheitsalptraum?, heise online v. 2.4.2020 (<https://www.heise.de/security/meldung/Videokonferenz-Software-Ist-Zoom-ein-Sicherheitsalptraum-4695000.html>); vgl auch *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (23.3.2020) (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1092&token=0568e4e5bd9f740baf69bf375411bb6c8bd2e37a>).

69 Dazu *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz

(3.4.2020) (Fn. 58); differenzierte Bewertung bei *Hansen-Oest*, Hilfe...ist „Zoom“ etwa eine Datenschleuder? (<https://www.datenschutz-guru.de/zoom-ist-keine-datenschleuder/>).

70 Siehe etwa die Kontroverse um die zwischenzeitlich von der Berliner Datenschutzbeauftragten veröffentlichten Warnung auch vor Skype und Microsoft Teams, *Hurtz*, Microsoft schickt bösen Brief nach Berlin, sueddeutsche online v. 18.5.2020 (<https://www.sueddeutsche.de/digital/microsoft-teams-datenschutz-videokonferenz-berlin-1.4911940>).

71 Vgl. etwa, auf Office 365 von Microsoft in Konkurrenz zur Open Source-Software Moodle bezogen, *Füller*, Microsoft erobert Schulen, taz v. 18.5.2020, S. 7.

allein, aber keineswegs nur von sozialen Netzwerken wie Facebook und Suchmaschinen wie Google) gehört. Hinzu kommt bei Unternehmen aus den USA die ebenfalls naheliegende Sorge, auch die dortigen Geheimdienste hätten prinzipiell Zugriff auf die im Zuge der digitalen Lehre generierten Daten.⁷²

Soweit Daten, wie hier bei der Nutzung zu Zwecken der Hochschullehre, im Rahmen der Tätigkeit einer europäischen Niederlassung mit Wirkung für die europäischen Nutzer – (in Gestalt einiger der deutschen Hochschulen und deren Studierender) generiert werden, ist die DSGVO nach deren Art. 3 auch dann anwendbar, wenn die Daten außerhalb Europas (weiter)verarbeitet werden.⁷³ Die Frage ist aber, ob neben dem Plattformanbieter auch die nutzende Hochschule für einen etwaigen Missbrauch der Daten in den USA nach der DSGVO verantwortlich ist und dementsprechend gegebenenfalls allein schon wegen der Nutzung einer solchen Plattform eine Sanktion (Bußgeld) zu befürchten hätte.

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

Teilweise versuchen die Datenschutzbehörden (u.a. in Hamburg), eine Verantwortung der Hochschule auch für solchen Missbrauch durch den Betreiber der (Video-Konferenz-)Plattform erneut auf die Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO zu stützen. Dagegen spricht bei unbefangener Betrachtung jedoch schon die Definition des Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird der Plattformanbieter im „Auftrag“ der Hochschule nur insoweit tätig, wie es um die Durchführung der Videokonferenzen oder Klausuraufsicht geht, nicht aber bei einer eventuellen darüber hinausgehenden Datenverarbeitung und gegebenenfalls rechtswidrigen Weiterleitung. Der Missbrauch der generierten Daten überschreitet gerade den von der Hochschule erteilten Auftrag; dafür kann nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nur der Plattformanbieter selbst verantwortlich gemacht werden. Darauf deutet

72 Dieser Aspekt findet sich auch bei *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020) (Fn. 58) – Eine behördliche Nutzung von Zoom wurde gerade deshalb zwischenzeitlich teilweise untersagt, *Neuerer/Koch*, Auswärtiges Amt untersagt Nutzung von Zoom auf dienstlichen Geräten, Handelsblatt online v. 8.4.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/it-sicherheit-auswaertiges-amt-untersagt-nutzung-von-zoom-auf-dienstlichen-geraeten/25726922.html>); *Bergt*, Bild an, Schutz aus, taz v. 7.4.2020, S. 9.

73 Zu diesem sog. Marktortprinzip etwa *Klar*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 3 insb. Rn. 54 f.

74 Vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 76 f.; *Spoerr*, in: BeckOK

auch Art. 28 Abs. 10 DSGVO (früher § 11 BDSG a.F.) hin.⁷⁴

Allerdings wird im datenschutzrechtlichen Schrifttum teilweise behauptet, zwecks effektiven Datenschutzes müsste dennoch auch der Auftraggeber eine (Mit-) Verantwortung übernehmen, wenn und weil er sich eines gleichsam unzuverlässigen Auftragnehmers bediene.⁷⁵ Ein Auftraggeber darf nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nämlich nur mit einem Auftragnehmer zusammenarbeiten, der hinreichende Garantien für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bietet. Im Sinne einer absoluten Gewährleistungspflicht und kompletten Verantwortungsübernahme kann diese Bestimmung jedoch schon deshalb nicht verstanden werden, weil dies dem Auftraggeber etwas Unmögliches abverlangen würde. Der Auftragnehmer hat keinen Einblick in die unternehmensinternen (Datenverarbeitungs-) Prozesse seines Auftragnehmers (besonders, wenn dieser wie „Zoom“ in den USA sitzt) und kann diesen deshalb in keiner Weise effektiv kontrollieren, sondern muss sich auf dessen substantiierte Datenschutzerklärung verlassen. Eine pauschale Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers für jeglichen Missbrauch der generierten Daten durch den Auftragnehmer würde zudem zu der untragbaren und auch vom europäischen Gesetzgeber nicht intendierten Konsequenz (im Lichte des noch zu erörternden „Privacy Shields“) führen, dass US-amerikanische Plattformen und Suchmaschinen im Verhältnis zu Dritten (Studierenden, aber etwa auch Kunden) gar nicht mehr genutzt werden dürften. Denn die hier gegenüber Videoplattform-Betreibern wie namentlich „Zoom“ vorgebrachten Bedenken sind struktureller Natur (man denke nur an die vielen Datenschutz-Skandale bei Facebook) und nicht auf einzelne Anbieter oder Verwendungskontexte beschränkt.

Dementsprechend wird überwiegend zu Recht hervorgehoben, dass Art. 28 DSGVO durchaus eine Differenzierung zulässt, wenn kein einheitlicher Vorgang vorliegt, der die Zerlegung der Datenverarbeitung in recht-

Datenschutzrecht, Stand 1.2.2020, Art. 28 Rn. 104 f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 103; auf eine Kompetenzüberschreitung der eigenen Mitarbeiter des Unternehmens bezogen *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DSGVO und ihre praktischen Auswirkungen. Hinweis zur Umsetzung im Konzern- oder Unternehmensumfeld, ZD 2019, 143, 146.

75 In dieser Richtung noch für das BDSG a.F. *Weichert*, Informationstechnische Arbeitsteilung und datenschutzrechtliche Verantwortung: Plädoyer für eine Mitverantwortung bei der Verarbeitung von Nutzungsdaten, ZD 2014, 605, 607 f.; zum Streitstand im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Rn. 7, 20; wenig klar etwa *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 4, 24 ff.

lich selbständige Teile ausschließt.⁷⁶ Damit ist der Nutzer (hier: die Hochschule) aufgrund einer Auftragsverarbeitung nur bei dem intendierten Teil (hier: der Durchführung der Videokonferenz zu Lehrzwecken oder zur Prüfungsaufsicht) datenschutzrechtlich verantwortlich und nicht für einen überschießenden Daten-Missbrauch durch den Plattformbetreiber.⁷⁷ Es handelt sich nämlich um zwei unterschiedliche und problemlos zu trennende Datenverarbeitungsvorgänge, wenn auch in Teilen auf dieselben Daten (generiert bei der Videokonferenz) bezogen.

Daran ändert auch die – noch zur alten, aber insoweit wohl vergleichbaren Datenschutz-Richtlinie ergangene – Fanpage-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nichts. Dieser hatte bei einer nicht direkt vom Auftragsverhältnis gedeckten Daten-Weiterverwendung durch Facebook im Zusammenhang mit der „Fanpage“-Seite eines hiesigen Unternehmens eine gemeinsame Verantwortung angenommen. Dabei stützte sich das Gericht jedoch wesentlich auf die Tatsache, dass das auftraggebende Unternehmen selbst von der internen Datenverarbeitung durch Facebook und den dafür gesetzten Cookies profitierte, weil Facebook nur so die für die Geschäftsoptimierung des Auftraggebers wichtigen Statistiken u.Ä. erstellen konnte.⁷⁸ Insoweit waren die Datenverarbeitung für das Betreiben der Fanpage-Seite und die weitere Datenverarbeitung durch Facebook in der Tat nicht ohne weiteres trennbar. Bei einer zu Zwecken der Lehre oder Prüfungsaufsicht genutzten Videokonferenzplattform ist dies anders; dass Differenzierungsmöglichkeiten bestehen, erkennt auch der Gerichtshof an.⁷⁹ Genau das ist hier der Fall: Die Hochschule und ihre Studierenden haben keinerlei Nutzen davon, dass der Plattformbetreiber die generierten Daten in den USA zu ausschließlich eigenen kommerziellen Zwecken weiterverarbeitet.

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

Vor diesem Hintergrund müssen die Pflichten der Hochschule als Auftraggeber aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO enger verstanden werden. Es besteht nur die Verpflichtung, einen (Videokonferenz-)Dienst auszuwählen, bei dem die Missbrauchsrisiken möglichst gering sind. Doch bedarf es auch insoweit einer Verhältnismäßigkeits-Abwägung. Ein besseres Leistungsangebot gerade für die spezifischen Bedürfnisse der Hochschullehre und größere Bedienungs-Freundlichkeit für Dozenten und Studierende können ein etwas höheres Missbrauchsrisiko aufwiegen.

Erneut wird die Abwägung in der Krisensituation, wo man auf entsprechend Lehr-Tools mehr oder minder angewiesen ist und einen Anbieter unter Zeitdruck auswählen muss, und in der Normallage tendenziell unterschiedlich ausfallen können und müssen. Die Suche nach eventuell datenschutzfreundlicheren technischen Alternativen ist grundsätzlich wichtig, kann aber in der Krise nur rudimentär stattfinden. Gegebenenfalls müssen alle technischen Lösungen, die von der jeweiligen Hochschule getestet oder auch nur erwogen wurden, der Datenschutzbehörde minutiös dargelegt werden, auch um den guten Willen zu Datensparsamkeit und Kooperation zu demonstrieren. Diese Kooperationsbereitschaft erhöht schon nach allgemeinen Grundsätzen⁸⁰ die Schwelle für eventuelle Sanktionen (hier vor allem Geldbußen, Art. 83 DSGVO).

Umgekehrt ist aber die Datenschutzbehörde im Rahmen ihrer allgemeinen Verpflichtung zu Auskunft und Beratung (§ 25 Abs. 1 HmbVwVfG) dazu angehalten, auf entsprechende Bitte einer Hochschule selbst eventuelle datenschutzfreundlichere Alternativen zu benennen (wobei die Hochschule freilich möglichst genau be-

76 Vgl., freilich in ganz anderem Zusammenhang, BayVGh, NVwZ 2019, 171, Rn. 11 ff.; verallgemeinernd *Spoerr*, in: BeckOK (Fn. 74), Art. 28 Rn. 18. Gelegentlich wird auch OVG Schleswig, ZD 2014, 643, 644 (mit zustimmender Anm. *Werkmeister*) für eine solche Teilbarkeit ins Feld geführt; für den konkreten Fall (Fanpages und Facebook) ist diese Einschätzung allerdings von der späteren EuGH-Entscheidung (unten Fn. 78) überholt, für andere Konstellationen (wie der hiesigen) bleiben die dortigen Überlegungen zur Teilbarkeit aber nach wie vor bedeutsam.

77 Schon, wenn der Plattformbetreiber die wesentlichen Entscheidungen über Mittel und Zweck der Datenverarbeitung, für die er beauftragt ist, trifft, ist dieser aufgrund eines „Funktionsexzess“ gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO selbst Verantwortlicher, siehe d. N. in Fn. 74; für eine eigene Datenerhebung und -verarbeitung durch den Plattformbetreiber kann daher (erst recht) nichts

anderes gelten.

78 EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 34-38 = EuZW 2018, 534 (536 f.). Darauf verweist auch die Hamburger Datenschutzbehörde in ihrem Anhörungsschreiben an die Bucerius Law School bezüglich des Einsatzes von Zoom zur Prüfungsaufsicht.

79 EuGH (Fn. 78), Rn. 35: „Der bloße Umstand der Nutzung eines sozialen Netzwerks wie Facebook [macht] für sich genommen einen Facebook-Nutzer nicht für die von diesem Netzwerk vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten mitverantwortlich“. Vgl. allgemein zur schwierigen Abgrenzung von Auftragsdatenverarbeitung und gemeinsamer Verantwortung nach Art. 26 DSGVO gerade bei Social Media *Petri*, in: *Simitis et al.* (Fn. 41), Art. 26 Rn. 13, 15.

80 Bekannt vor allem aus dem Versammlungsrecht, grundlegend BVerfGE 69, 315 – Brokdorf.

schreiben muss, welche Funktionalität sie benötigt – insbesondere die aktive Beteiligung der Studierenden an den Lehrveranstaltungen betreffend). Die Grenze der Beratungspflicht ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erst dort erreicht, wo sie in anwaltsähnliche Interessenvertretung ausarten würde.⁸¹ Hier dagegen spricht das fachliche Wissensgefälle zwischen einer spezialisierten Datenschutzbehörde und einer Hochschule tendenziell sogar für erweiterte behördliche Beratungspflichten.⁸² Wenn der Datenschutzbehörde selbst dazu nichts Praktikables einfällt, können von einer Hochschule kaum sehr viel mehr Kenntnisse über die am Markt vorhandenen Alternativen verlangt werden. Soweit die Behörde Alternativen vorschlägt, kann und muss die Hochschule darauf gegebenenfalls gezielt reagieren.

Neben der Auswahlpflicht lässt sich aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO auch eine gewisse Monitoring- und gegebenenfalls Verhaltensänderungspflicht der auftraggebenden Hochschule herleiten.⁸³ Wenn klare Verstöße des Plattformanbieters festgestellt worden waren und nicht zeitnah abgestellt werden, muss der Auftraggeber reagieren⁸⁴ und gegebenenfalls das Auftragsverhältnis beenden. Denn dann ist die Unzuverlässigkeit des Unternehmens deutlich. Eine Hochschule muss sich in diesem Fall nach einer unvermeidlichen Umstellungsfrist einen anderen Anbieter für eine solche (Videokonferenz-)Plattform suchen. Einmal mehr ist freilich zwischen Krise und Normallage zu unterscheiden. Wenn es in der Pandemie keine technische Alternative gibt, die den Anforderungen wissenschaftlicher, auf Interaktion angewiesener Lehre hinreichend Rechnung tragen kann, so erscheint es für eine Hochschule noch vertretbar, bei nur weniger schweren Datenschutzverstößen dennoch weiter mit dem entsprechenden Anbieter zusammenzuarbeiten. Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 DSGVO, der über eine pauschale Regelung zur Zulässigkeit der Zu-

sammenarbeit hinaus zum konkreten Vorgehen bei festgestellten Verstößen des Auftragnehmers keine Aussage trifft, bietet hier erneut genügend Spielraum für eine situationsangemessene Handhabung der Vorschrift. Außerhalb der Krise, wo man nicht auf reine Online-Lehre angewiesen ist, müssen schon leichtere, aber trotz Nachhakens nicht abgestellte Datenschutz-Verstöße durch den (Video-)Plattformbetreiber zur Beendigung des Auftragsverhältnisses führen.

cc) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen

Müssen Hochschulen allgemein primär auf Anbieter mit Servern in Europa statt in den USA zurückgreifen, um vorsorglich das Daten-Missbrauchsrisiko zu verringern? Diese verbreitete Behauptung⁸⁵ vernachlässigt den sogenannten „Privacy Shield“. Dieses Übereinkommen der Europäischen Union mit den USA soll es gerade ermöglichen, auch dortige elektronische Unternehmensdienstleistungen, sofern in den USA zertifiziert und in eine entsprechende Liste aufgenommen, in der Europäischen Union zu nutzen. Rechtsdogmatisch hat der „Privacy Shield“ die Funktion eines Angemessenheitsbeschlusses nach Art. 45 Abs. 1 DSGVO.⁸⁶ Dementsprechend können deutsche Auftraggeber, etwa Hochschulen für Datenschutzverstöße eines Videoplattform-Anbieters wie „Zoom“ nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nicht schon deshalb verantwortlich gemacht werden, weil man doch habe wissen müssen, dass man sich auf den Datenschutz in den USA nicht verlassen könne.⁸⁷

Es bleibt somit auch unter dem Gesichtspunkt der Auslandsdatenverarbeitung bei dem zuvor herausgearbeiteten Ergebnis: Die Beauftragung eines Anbieters wie „Zoom“ für die technische Durchführung von Videokonferenzen zu Lehr- oder Prüfungsüberwachungszwecken ist unter den Bedingungen der Corona-Pandemie zulässig, solange die Datenschutzbehörden den Hoch-

81 Vgl. Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 14 Rn. 51.

82 Zu diesem Grundsatz allgemein *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 308; zur Orientierung der Beratungspflicht am Adressaten *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG Stand: 1.4.2020, § 25 Rn. 10.

83 Allgemein zu dieser Überprüfungsspflicht *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 93 f.

84 Typischerweise wird solch ein Verstoß von Dritten (bei Zoom etwa von Behörden in den USA) aufgedeckt werden. In dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Auftraggeber selbst solche

Verstöße durch den Auftragnehmer feststellt, muss die auftraggebende Hochschule zudem nach Art. 33 DSGVO die zuständige Datenschutzbehörde darüber informieren.

85 Vgl. etwa *Universität Tübingen*, Zentrum für Datenverarbeitung, Videokonferenzen und Datenschutz (<https://uni-tuebingen.de/de/176136>).

86 Vgl. etwa *Schantz*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 45 Rn. 44 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly (Fn. 74), Art. 45 Rn. 17 ff. Dies ist de lege lata zu akzeptieren, mag die annähernde Gleichwertigkeit des Datenschutzes realiter auch eine bloße Fiktion sein.

87 Klarstellend insoweit etwa *Hansen-Oest* (Fn. 69).

schulen keine datenschutzfreundliche und zugleich ähnlich geeignete Alternative nennen können.

V. Fazit

Die Pandemie beschert der Lehre einen Digitalisierungsschub, der die Hochschulausbildung auch dauerhaft tiefgreifend verändern dürfte. Während allerdings derzeit notgedrungen reine Online-Lehre dominiert, werden nach Rückkehr zur Normalität digitale Formate wohl primär zur Ergänzung der Präsenzlehre eingesetzt werden. Die zentrale Aufgabe besteht darin, Online-Lehrformate und zugehörige technische Lösungen möglichst wissenschaftsadäquat auszuwählen und auszugestalten.

In der Krise bedarf es dabei Flexibilität, um den Ausbildungsauftrag weiterhin so weit wie möglich erfüllen zu können. Nach Überwindung der Pandemie ist eine vertiefte Reflexion der wissenschaftlichen Eignung der verschiedenen Online-Formate und deren datenschutzrechtlicher Nachteile gefordert; man muss dem Risiko entgegenwirken, dass Notlösungen aus der Krise unreflektiert als scheinbar bewährt (da für die Studierenden bequem und für die Politik mittelfristig Sparpotentiale bergend) fortgeführt werden. Entgegen teilweise geäußelter Bedenken besitzen Lehrfreiheit und Ausbildungsaufgabe sowie das Datenschutzrecht hinreichendes Differenzierungspotential für unterschiedliche Anforderungen in Krise und Normallage. Weder „Not kennt kein Gebot“ noch „fiat iustitia et pereat mundus“ sind hier adäquate und verfassungskonforme Leitlinien zur Krisenbewältigung. Vielmehr gilt es, die Auslegungs- und Abwägungsspielräume im geltenden Recht sichtbar und nutzbar zu machen.

Wissenschaftliche Lehre erfordert ein gewisses Reflektionsniveau und ist dafür notwendig auf einen Kommunikations- und partiell auch Interaktionsprozess angewiesen. Diverse Online-Formate können dies nur (sehr) eingeschränkt leisten. Die Wissenschaftlichkeit der Lehre steht jedoch ohnehin in einem labilen Spannungsverhältnis zum Ausbildungsauftrag der Hochschulen. Dessen Erfüllung gewinnt in der Krise temporär abwägend

ein höheres Gewicht, während nach Rückkehr zur Normalität die wissenschaftliche Eignung diverser digitaler Lehrformate wieder stärker in den Vordergrund rückt. Beim einzelnen Hochschullehrer ist dessen methodische Freiheit als Teil der Lehrfreiheit auch in der Krise zu beachten, doch ist diese Freiheit seit jeher durch die Notwendigkeit zur Abdeckung der Pflichtlehre beschränkt. Die durch die Lehrfreiheit überlagerte, aber nicht gänzlich verdrängte beamtenrechtliche Treuepflicht gewinnt in Krisenzeiten zusätzliches Gewicht und fordert gegebenenfalls auch „überobligationsmäßiges“ Engagement zur Gewährleistung eines digitalen Lehrangebots.

Die Anforderungen der EU-Datenschutzgrundverordnung, die auch für die Online-Lehre und die digitale Prüfungsaufsicht gelten, enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsnötigkeiten. Namentlich die allfällige Anforderung, wonach eine bestimmte Datenverarbeitung „erforderlich“ sein müsse, ermöglicht eine der Krise angepasste Auslegung und Anwendung. Dabei ergeben sich aus der Pflicht, die Ausbildung auch bei geschlossenen Hochschulen fortzuführen, verschiedene Rechtfertigungstatbestände für die Verarbeitung von Daten der (etwa an Videokonferenzen) teilnehmenden Studierenden. Zwar kann ein Missbrauch der dabei generierten Daten durch den (wie etwa bei „Zoom“ häufig in den USA lokalisierten) Plattformbetreiber regelmäßig nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Doch die datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeitstatbestände und namentlich die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitungen fordern insoweit jedenfalls in der Krise nur die Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative, wobei Missbrauchsrisiken und Funktionalität der gewählten Plattform einer gewissen Abwägung zugänglich sind. Die Datenschutzbehörden trifft dabei eine Auskunftspflicht. In der Normallage, wo die Hochschulen nicht gleichermaßen auf Online-Lehrformate angewiesen sind, gewinnen demgegenüber Daten-Missbrauchsrisiken ein deutlich höheres Gewicht und ist den Hochschulen weitaus mehr Aufwand am Auffinden der datenschutzfreundlichsten Lösung und gegebenenfalls auch an Anstrengungen zur

Entwicklung eigener technischer Lösungen zumutbar.

So bleibt für die Zeit nach der Krise auch bei der Digitalisierung der Hochschullehre zu hoffen, dass man sich nicht von der (scheinbaren) „normativen Kraft des Faktischen“ überwältigen lässt, sondern die Erfahrungen aus der Ausnahmelage kritisch reflektiert. So könnten schrittweise „intelligentere“ digitale Formate entwickelt werden, die die wissenschaftliche Hochschullehre längerfristig bereichern. Denn gelingende Lehre ist – auch verfassungsrechtlich – nicht statisch, sondern als Kommunikationsprozess darauf angewiesen, auf die verän-

derte Sozialisation der Studierenden im digitalen Zeitalter mit einer Erweiterung des didaktischen Arsenal, aber ohne Einbuße an Wissenschaftlichkeit, zu reagieren.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht III: Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

Georg Sandberger

Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen

I. Einleitung

Im Zuge der Präventionsmaßnahmen gegen die Corona-Pandemie wurde auch der Studienbetrieb im Sommersemester 2020 durch die sog. Corona-Verordnungen der Bundesländer ausgesetzt, durch einen digitalen Lehrbetrieb ersetzt und der Zugang zu den Hochschulen und ihren Einrichtungen beschränkt.¹ Davon ist deren gesamter Aufgabenbereich, vor allem aber der Lehrbetrieb in einem bis dahin nicht gekannten Ausmaß betroffen. Die Wissenschaftsminister haben bei der Bekanntgabe der Regelungen die damit verbundenen Belastungen für die Lehrenden und Studierenden, für die Arbeitsfähigkeit der Organe und Gremien, für die Beschäftigten in der Verwaltung und den Einrichtungen anerkannt, dies aber mit der Zuversicht verbunden, dass diese Herausforderung mit dem Fortschritt der Digitalisierung in den Hochschulen bewältigt werden kann.²

Diese Erwartung erwies sich allerdings schon in den ersten Tagen als zu optimistisch. Der Ausbau der digitalen Infrastruktur hat zwar die Rahmenbedingungen für die Aufgaben der Hochschulen nachhaltig verbessert. Neben ihren vielfältigen, fachspezifischen Anwendungen im Bereich der Forschung gilt dies vor allem für den umfassenden Zugang zu Online- Datenbanken, die Informationserschließung, für den elektronischen Kopienversand und die elektronischen Verwaltungssysteme.

Dem gegenüber blieb die Digitalisierung in der Lehre in den meisten Hochschulen gegenüber den Präsenzangeboten an Vorlesungen, Seminaren, Übungen und Praktika auf unterstützende Maßnahmen wie Lehrplattformen, Unterrichts- und Lehrmedien oder elektronische Präsentationen beschränkt. Weiterreichende Erfahrungen mit digitaler Lehre gibt es, von der Fernuniversität Hagen abgesehen, bei den zu virtuellen

Hochschulen verbundenen Einrichtungen³ sowohl in grundständigen Studiengängen als auch im Bereich der wissenschaftlichen Weiterbildung. In grundständigen Studiengängen der meisten Hochschulen kamen digitale Lehrformate demgegenüber nur in Einzelfällen zum Einsatz.

Noch geringer waren und sind Erfahrungen mit digitalen Prüfungen. Selbst die Fernuniversität Hagen führt die schriftlichen und mündlichen Prüfungen überwiegend im Präsenzbetrieb an ihren Außenstellen durch.

Damit sind Lehrende, Studierende, die Hochschulleitungen, Fakultätsleitungen, wissenschaftlichen Einrichtungen und Prüfungsämter durch die Corona-Verordnungen mit Anforderungen konfrontiert, für die es überwiegend keine Vorbilder gibt. In gleicher Weise sind die Rechenzentren und Bibliotheken gefordert, die für digitale Lehre verfügbaren Formate synchroner oder asynchroner Kommunikationsplattformen bereitzustellen und die notwendige Hilfestellung für deren Angebote zu geben.

Die organisatorische und konzeptionelle Bewältigung im laufenden Betrieb steht gegenwärtig im Vordergrund notwendigen Handelns.

Im Zuge der getroffenen Maßnahmen erwies sich aber, dass das bestehende rechtliche Regelwerk ebenso wenig auf die Umstellung auf digitale Lehrveranstaltungen, digitale Prüfungen oder auch virtuelle Gremiensitzungen vorbereitet war. Nur vereinzelt sehen Landeshochschulgesetze digitale Lehrangebote vor, ohne die daran zu stellenden Anforderungen näher zu definieren.⁴

Mit Ausnahme von Nordrhein- Westfalen haben die Bundesländer bislang keinen situationsgerechten Rechtsrahmen geschaffen.⁵

1 Vgl. dazu § 2 der Verordnung der Landesregierung des Landes Baden- Württemberg über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung – Corona- VO BW). Zu vergleichbaren Regelungen in den anderen Bundesländern vgl. die Zusammenstellung bei Beck- Online, abrufbar unter <https://beck-online.beck.de/Normen/29337/1?pagenr=5&sortField=1>.

2 Exemplarisch Schreiben der baden-württembergischen Wissenschaftsministerin *Theresia Bauer* vom 15.4.2020.

3 Z. B. die Virtuelle Hochschule Bayern. Diese wird von den bayrischen Hochschulen seit dem Sommersemester 2020 als Plattform

für ein umfassendes Angebot digitaler Lehrveranstaltungen genutzt, abrufbar unter: <https://kurse.vhb.org/VHBPORTAL/kursprogramm/kursprogramm.jsf>

4 Z.B. Art. 63 Abs. 1 BayHG, § 58 HambHG, § 40 HG MVP, § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW (Online- Prüfungen).

5 Artikel 10 des Gesetzes vom 14.4.2020, GV. NRW. S. 217; Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020, GV. NRW. S. 298.

Die Hochschulen sind deshalb gezwungen, bis zum Handeln des Gesetzgebers die notwendigen Rechtsgrundlagen durch eigene Satzungsregelungen zu schaffen. Inzwischen liegen für eine Reihe von Hochschulen entsprechende Satzungen vor.

Die Einschränkung des Hochschulbetriebs, die Umstellung auf digitalen Unterricht, digitale Prüfungen und virtuelle Gremiensitzungen werfen zahlreiche weitgehend ungeklärte Rechtsfragen im Bereich des Hochschulverfassungsrechts, Hochschulrechts, Prüfungsrechts, Persönlichkeitsrechts und des Datenschutzrechts auf.

Der folgende Beitrag kann allenfalls einen Einstieg in deren mögliche Lösung leisten.

In drei Teilen soll die Thematik unter dem Aspekt der Rechtsfragen digitaler Lehre und Prüfungen (II), virtueller Gremiensitzungen (III), verfügbarer Formate und datenschutzrechtlicher Fragen (IV) behandelt werden.

II. Rechtsfragen digitaler Lehre und Prüfungen

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schließung der Hochschulen: Lebensschutz vs. Wissenschaftsfreiheit

Die auf das Infektionsschutzgesetz gestützten Verordnungen und Allgemeinverfügungen werfen wegen ihrer Eingriffe in Grundrechte grundlegende Fragen an die Wahrung des Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen auf, die bisher in einstweiligen Anordnungsverfahren nur vereinzelt thematisiert wurden.⁶

Soweit sie Beschränkungen des Hochschulbetriebs betreffen, greifen sie in vielfältiger Weise in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ein.

Betroffen ist der institutionelle Aspekt: die Verpflichtung des Staates, funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen,⁷ die Gewährleistung der Autonomie im Kernbereich von Forschung und Lehre,⁸ der individualrechtliche Aspekt des Schutzes der Freiheit von Forschung und Lehre⁹ und die aus Art. 12 GG abgeleitete Freiheit des Studiums. Gerechtfertigt wird der Eingriff mit dem Schutz des Lebens.

In bisher vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Corona-bedingten Schlie-

ßungs- oder Beschränkungsmaßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht, gestützt auf die Gefahrenbeurteilung des Robert-Koch-Instituts und den daraus folgenden epidemiologischen Maßnahmen, dem Schutz des Lebens den Vorrang vor anderen betroffenen Grundrechten eingeräumt,¹⁰ diesen aber unter Vorbehalt der laufenden Überprüfung auf Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit gestellt.¹¹ Dem liegt eine Abwägung der Grundrechte zugrunde; dabei wird dem Grundrecht der Vorrang eingeräumt, dessen Gefährdung gegenüber dem kollidierenden Grundrecht den höheren Gefährdungsgrad aufweist.

Entscheidungen zur Einschränkung des Wissenschaftsbetriebs liegen bisher nicht vor. Auch die Wissenschaftsfreiheit unterliegt aber bei der Grundrechtskollision immanenten Schranken, die nach den Grundsätzen der Grundrechtskonkordanz zu bestimmen sind. Der Vorrang des Lebensschutzes gegenüber dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG ist gerechtfertigt, solange der hohe Bedrohungsgrad anhält und sich die Beschränkungen des Hochschulbetriebes und auch der individuellen Lehrfreiheit auf der jeweiligen Gefahrenlage angepasste, notwendige und verhältnismäßige Maßnahmen beziehen.

Deshalb sind die jeweiligen Maßnahmen entsprechend der Beurteilung der Gefahrenlage durch die zuständigen Behörden auf den Prüfstand zu stellen und zu befristen.

Dementsprechend sind die einschlägigen auf das Infektionsschutzgesetz gestützten Verordnungen und Allgemeinverfügungen nur rechtswirksam, wenn sie entsprechende Öffnungsklauseln enthalten. Sie müssen außerdem geeignete Spielräume für differenzierende Regelungen für Lehrveranstaltungen und Prüfungen enthalten, die, wie Praktika oder mündliche Prüfungen, nicht oder nur mit Schwierigkeiten ohne Präsenzbetrieb möglich sind.

2. Rechtsgrundlagen digitaler Lehrveranstaltungen und Prüfungen - Hochschulrechtlicher Befund

Trotz fortschreitender Digitalisierung der Hochschulen, die 2016 Gegenstand von allgemeinen Empfehlungen der KMK, 2019 speziell zur Digitalisierung in der Hochschullehre war,¹² hat diese Entwicklung in der Hoch-

6 Vgl. vor allem VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 9. 4. 2020, 1 S 925/20, Rn. 37 ff.

7 BVerfGE 35, 79, 114 ff.; 43, 242, 267; 66, 155, 177 ff.; 67, 201, 207; 111, 333, 354 ff.; 136, 338 ff., Rn. 55 ff.; 139, 148 ff., Rn. 42 ff.

8 BVerfGE 35, 79, 115 f.

9 BVerfGE 35, 79, 113.

10 1BvR 755/20 v. 7. 4. 2020 - Art. 2 Abs. 1 GG - Ausgangsbeschränkungen; 1BvR 828/20 v. 15. 4. 2020 - Versammlungsverbot Art. 8 GG.

11 BVerfG 1BvQ 44/20 v. 29. 4. 2020 - Art. 4 GG - Besuch von Gottesdiensten.

12 KMK „Bildung in der digitalen Welt“ - Empfehlungen vom 8. 12. 2016; Empfehlungen zur Digitalisierung in der Hochschullehre (Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 14. 3. 2019). Auch der Wissenschaftsrat hat in seinem Positionspapier Strategien für die Hochschullehre, 2017 auf die Bedeutung der Digitalisierung für die Hochschullehre hingewiesen, vgl. insbesondere S. 22 ff.

schulgesetzgebung der Länder bis heute praktisch keinen Widerhall gefunden. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, insbesondere der Regelung für die Fernuniversität Hagen in § 77 b HG NRW, findet sich in den Abschnitten Studium, Lehre und Prüfungen auch nach Einführung der Modularisierung und des Leistungspunktesystems kein Hinweis auf die Möglichkeit der Digitalisierung. Dies kann nicht nur mit der Tendenz staatlicher Deregulierung erklärt werden und erweist sich in der jetzigen Notlage als Versäumnis. Die bestehenden Regelungen gehen klar vom Präsenzstudium aus und lassen offen, ob unter welchen Voraussetzungen die Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungs-gestaltungsfreiheit auch digitale Lehrangebote einführen oder Leistungen aus digitalen Lehrangeboten anderer Hochschulen anerkennen können.

Auch bei der Akkreditierung von Studiengängen haben digitale Lehrveranstaltungen bislang keine Rolle gespielt. Die auf der Grundlage des Staatsvertrages erlassenen und auf den Musterentwurf der KMK zurückgehenden Akkreditierungsverordnungen erwähnen sie nicht.¹³ Auch die Handlungsempfehlungen der KMK zur Digitalisierung in der Hochschullehre blieben bisher ohne Widerhall.

Deswegen haben bis zur Corona Krise auch nur wenige Hochschulen in ihren Studien- und Prüfungsordnungen Regelungen für digitale Lehrveranstaltungen vorgesehen.

3. Voraussetzungen für die Einführung digitaler Lehrveranstaltungen

3.1. Beachtung der Lehrfreiheit

Für die Durchführung digitaler Lehre gibt es damit im Zeitpunkt der Umstellung auf den digitalen Lehrbetrieb keine rechtsverbindlichen Vorgaben, auf die Bezug genommen werden kann. Regelungen des Lehrangebots in den Hochschulen müssen sich deshalb auf organisatorische Maßnahmen einschließlich des technischen Supports beschränken und die Freiheit der inhaltlichen und methodischen Gestaltung, insbesondere der Freiheit wissenschaftlicher Meinungsäußerungen, respektieren.¹⁴ Dies bedeutet, dass Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer zwar verpflichtet werden können, das in den Studienordnungen, Studienplänen und Modulhandbüchern vorgesehene Lehrangebot in digitaler Form zu präsentieren und die damit verbundene Mit-

wirkung der Studierenden in geeigneter Weise sicherzustellen. Dafür muss die Hochschule die notwendige technische Unterstützung gewähren. Dagegen sind die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Wahl der dafür zur Verfügung stehenden Formate frei.

Der Fall vollständiger digitaler Inkompetenz dürfte bei der jetzigen Generation von Hochschullehrern nicht vorkommen, zumal eine digitale Kompetenz auch für die Forschung in allen Fächern unabdingbar ist. Sie wäre aber kein Befreiungsgrund von Lehrverpflichtungen. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, Vorlesungsmaterialien in Printform zur Verfügung zu stellen und diese mit Aufgabenstellungen zu verbinden, die die Studierenden bearbeiten können.

3.2 Maßstäbe aus Regelungen für das Präsenzstudium

Bis zu ergänzenden Regelungen aus Anlass der Corona-Krise besteht damit hochschulrechtlich eine Grauzone. Maßstäbe für die Anforderungen an digitale Lehrveranstaltungen zur Sicherung der Gleichwertigkeit ergeben sich aus den in den Studien- und Prüfungsordnungen, Studienplänen und Modulhandbüchern für die Präsenzveranstaltungen vorgeschriebenen Lernziele und Lerninhalte. Diese müssen auch in digitalen Lehrveranstaltungen eingehalten werden.

Dagegen ist die Methode der Präsentation, der für eine Präsenzlehrveranstaltung typische Dialog zwischen Lehrenden und Studierenden, die Möglichkeit von Diskussionen, Fragen und Antworten nicht eins zu eins umsetzbar und kann daher nur durch dafür passende Lehrformate ersetzt werden. Soweit eine Lehrveranstaltung Präsenz im Labor oder an Patienten voraussetzt, muss sie, soweit die bestehenden Regelungen dies zulassen, durch alternative, digitale Lehrangebote ersetzt werden.

Bei digitalen Lehrangeboten ist die Studierbarkeit für behinderte Studierende mit geeigneten Maßnahmen, ggfs. durch zusätzliche technische Hilfen, zu gewährleisten.

Die verschiedenen synchron oder asynchron verfügbaren Angebote müssen zeitlich so abgestimmt werden, dass sie, wie bei einem Präsenzstudium, in einen individuellen Stundenplan eingepasst werden können. Deshalb müssen synchrone Angebote wie bei Präsenzvorlesungen einen Stundenplan einhalten oder durch asynchrone Angebote zum Download ergänzt werden.

Regelungsbedürftig ist schließlich auch die Frage, wie bestehende Vorschriften zur Belegung und zum Besuch von Lehrveranstaltungen als Voraussetzung für die An-

13 Abrufbar unter: https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-04-Lehre/02-04-01-Qualitaetssicherung/KMK_MuSterrechtsverordnung.pdf

14 Zu diesen Aspekten der Freiheit der Lehre vgl. § 3 HRG a. F., der

auf BVerfGE 35, 79, 112 zurückgeht, dazu *Hailbronner*, in Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 3 HRG a.F. 8. Lieferung, § 3 Rn.30 ff.

erkennung als Studienleistung bei digitalen Lehrangeboten gehandhabt werden müssen. Gleiches gilt für kapazitätsbedingte Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Lehrveranstaltungen.

Als Konsequenz dieser durch unterbliebene Vorsorge des Gesetzgebers und der Hochschulen entstehenden Rechtsunsicherheit bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die die Anerkennung der mit dem Besuch einer digitalen Lehrveranstaltung verbundenen Leistungspunkte oder als Zulassungsvoraussetzung für Prüfungen absichert.

4. Überblick über anlassbezogene Ergänzungen bestehender Regelungen für Lehrveranstaltungen

Um die bestehende Rechtsunsicherheit durch temporär geltende Regelungen abzumildern, hat Nordrhein-Westfalen, gestützt auf eine durch ein Artikelgesetz eingeführte Ermächtigung in § 82 a HG, eine Rechtsverordnung erlassen, die vorrangig den Rechtsrahmen für digitale Prüfungen und virtuelle Gremienentscheidungen setzt, aber auch eine Regelungsermächtigung der Rektorate der Hochschulen für digitale Lehrveranstaltungen enthält.¹⁵

Darauf aufbauend haben bereits einige Rektorate von NRW-Hochschulen entsprechende Satzungen erlassen.¹⁶

Außerhalb von Nordrhein-Westfalen haben zahlreiche Hochschulen, gestützt auf die bestehende Satzungs-ermächtigung für Studien- und Prüfungsordnungen, im Regelfall per Eilentscheidung des Rektors ergänzende Regelungen getroffen.¹⁷

Hauptziel dieser Regelungen ist es, die Rechtsgrundlage für digitale Lehrveranstaltungen zu schaffen, um den Auflagen der Corona-Verordnungen zur Umstellung auf den digitalen Unterricht Rechnung zu tragen. Rechtssystematisch sind sie Ergänzungen zu den bestehenden Studien- und Prüfungsordnungen. Einbezogen sind die bestehenden Bachelor- und Masterstudiengänge der Hochschulen. Für kirchliche oder Staatsexamensstu-

diengänge gelten die Regelungen nur in dem Maße, in dem diese ergänzende Regelungen durch Satzung der Hochschule erlauben. Im Regelfall verzichten sie auf weitere inhaltliche Vorgaben, sodass sich diese an den bestehenden Vorgaben der Studienordnungen, Studienpläne und der für modulare Studiengänge in Modular-Handbüchern vorgesehenen Ziele und Inhalte zu orientieren haben.

Darüber hinaus sehen diese Satzungen für Lehrveranstaltungen, die nur in Präsenz möglich sind, wie Praktika, Präparier- Kurse, sportpraktische Lehrveranstaltungen, Unterricht am Krankenbett oder Individualunterricht in Kunsthochschulen, geeignete Ersatzveranstaltungen, Blockveranstaltungen oder das Verschieben auf das nächste Semester im Tausch gegen vorzuziehende Lehrveranstaltungen des Wintersemesters auf das Sommersemester vor, soweit und solange die bestehenden Verbote nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden. Nach den jüngsten Änderungen der Corona-Verordnungen sind solche Veranstaltungen wieder möglich, wenn sie zwingend notwendig sind und besondere Schutzmaßnahmen getroffen werden.¹⁸

5. Zu beachtende Rechte Dritter

5.1 Schutz von Patientendaten

Vor allem in den Lehrveranstaltungen der Medizin sind bei der Präsentation von Patienten Rechte Dritter zu wahren. Der Schutz von Patientendaten und des Arztgeheimnisses stellt sich auch im Präsenzunterricht. Soweit Bilder oder Daten von Patienten in digitalen Lehrveranstaltungen präsentiert werden, erhöht sich ohne zusätzliche organisatorische, technische und rechtliche Vorkehrungen die Gefahr der Verletzung von Patientenrechten. Wie bei den Vorstellungen im Präsenzunterricht ist für die Vorstellung in Videokonferenzen und Videoaufzeichnungen die Einwilligung der Patienten erforderlich. Befunde dürfen nur anonym vorgestellt und erörtert werden. Erfolgt eine Namensnennung, ist auch § 203

15 Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020, GV. NRW. S. 298.

16 Beschluss des Rektorats der Universität zu Köln zur Regelung der prüfungsrechtlichen Aspekte nach der Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 28.4.2020, Amtliche Mitteilungen 21/2020; Ergänzungsbestimmungen zur übergreifenden Prüfungsordnungen für Bachelor- und Masterstudiengänge sowie zu Promotionsordnungen der RWT Aachen, Amtliche Bekanntmachung 2020, 1 ff.

17 Ergänzende Prüfungsordnung der Ruprecht-Karls-Universität

Heidelberg für alle Bachelorstudiengänge, Masterstudiengänge, Staatsexamensstudiengänge und den Studiengang Magister Theologie der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Ergänzende-Prüfungsordnung-UHD) vom 24.4.2020, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020 v. 27.4.2020, S. 99ff.; Satzung zur Erweiterung aller Studien- und Prüfungsordnungen an der Universität Tübingen zum Umgang mit der Corona-Pandemie (Satzung für Lehre und Prüfung SoSe 2020), Amtliche Bekanntmachungen, 2020 v. 27. 4. 2020, S. 182 ff; Satzung der Universität Ulm aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie im Bereich Studium und Lehre vom 17.4.2020, Amtliche Bekanntmachungen der Universität Ulm Nr. 8 vom 17.4.2020, Seite 56 – 61.

18 Art. 2 § 2 der Siebten Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg zur Änderung der Corona-Verordnung v. 2.5.2020.

StGB (Arztgeheimnis) tangiert. Deshalb ist dafür eine ausdrückliche Einwilligung des Patienten erforderlich. Die Studierenden sind ihrerseits zu verpflichten, die ihnen mitgeteilten personenbezogenen Behandlungsdaten nicht weiterzugeben.

Die Übernahme personenbezogener Daten, zu denen auch Bilder des Patienten und in bildgebenden Verfahren gewonnene Aufnahmen gehören, in eine digitale Lehrplattform setzt daher entweder eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung voraus. Ist diese, z. B. bei Gesichtsbildern nicht möglich, bedarf es einer Einwilligung des Patienten. Zusätzlich müssen folgende Maßnahmen ergriffen werden: die Zugangsbeschränkung zur Lehrplattform mithilfe eines sicheren Passwortes und nur für die jeweilige Semesterkohorte, verbunden mit dem Hinweis auf das Verbot der Vervielfältigung und Speicherung auf eigenem Medium. Die Lehrplattform muss technisch gesichert sein. Deshalb sind allgemein zugängliche Plattformen wie YouTube nicht geeignet.

5.2 Urheberrechtliche Fragen bei Nutzung geschützter Werke Dritter

Soweit keine Campuslizenz besteht oder es sich nicht um freizugängliche Bildungsmaterialien (OER) handelt, ist die Vervielfältigung, Verbreitung, Zugänglichmachung und Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke auf Lehrplattformen nur nach Maßgabe des § 60a und b UrhG für folgende Werke und in folgendem Umfang zulässig:

Abbildungen, einzelne Beiträge in Zeitschriften, Auszüge aus Büchern bis zu 15% eines veröffentlichten Werks.

Nicht zulässig ist die Verwendung von Mitschnitten öffentlicher Vorträge, Vorführungen und Aufführungen, die Vervielfältigung von Musiknoten und von Schulbüchern.

Das Nutzungsprivileg steht nur den Lehrenden und Teilnehmern der jeweiligen Veranstaltung: Vorlesung, Seminar, Übung zum Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht, auch zur Vor- und Nachbearbeitung, des Weiteren Lehrenden und Prüfenden an derselben Hochschule zu. Die Verwendung von geschützten Bildern und graphischen Darstellungen ist nur im Rahmen des Zitatrechts mit Quellenangabe erlaubt. Die Anlage eines Archivs zum Rückgriff für künftige Lehrveranstaltungen ist nicht gestattet.

Die Übernahme urheberrechtlich geschützter Werke auf Lehrplattformen im genannten Umfang ist deshalb

nur im Intranet und zur Eingrenzung des Teilnehmerkreises passwortgeschützt zulässig.

Die berechtigten Teilnehmer der Lehrveranstaltungen dürfen einzelne Beiträge für den persönlichen Gebrauch herunterladen, ausdrucken oder abspeichern.¹⁹ Sie sind aber nicht befugt, die geschützten Werke analog oder digital weiterzuverbreiten oder zum Upload öffentlich zugänglich zu machen.²⁰

5.3 Urheberrechtlicher Schutz des von den Lehrenden erarbeiteten Lehrmaterials

Urheberrechtlichen Schutz genießt das von den Lehrenden erstellte Lehrmaterial unabhängig von seiner Form. Soweit es digital zur Verfügung gestellt wird, ist ein Download der Vorlesungs- oder Übungsteilnehmer zum persönlichen Gebrauch zulässig. Es darf aber ohne Zustimmung des Berechtigten nicht weiterverbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht werden. Darauf sollten die Studierenden besonders hingewiesen werden. Die Urheber des Lehrmaterials sind nicht verpflichtet, das Lehrmaterial als frei zugängliches Material (OER) zur Verfügung zu stellen.

5.4 Verantwortung der Hochschule

Die Hochschule trägt nach § 99 UrhG die Haftung für rechtswidriges Handeln ihrer Mitglieder.²¹

Sie trägt auch außerhalb des Urheberrechts die Verantwortung für rechtswidrige Inhalte auf den Lehrplattformen als sog. Content-Anbieter.

Deshalb müssen für die verschiedenen Lehrplattformen Verantwortliche benannt werden, die proaktiv die Rechtmäßigkeit der auf der Plattform angebotenen Inhalte überprüfen.

6. Hochschulrechtliche Grundlagen des Prüfungsrechts

6.1. Anforderungen an die Einführung digitaler Prüfungen

Die Umstellung des Studienbetriebes auf digitale Formate betrifft auch die Prüfungen. Prüfungen im Präsenzbetrieb sind nach den Corona-Verordnungen entweder ganz verboten oder nur unter Einhaltung von besonderen Schutzmaßnahmen zulässig, wenn diese nicht durch Einhaltung elektronischer Informations- und Kommunikationstechnologien ersetzbar sind.²²

19 Vgl. BGH „Meilensteine der Psychologie“ - BGH, GRUR 2014, 54, Rn. 55; BGH „Elektronische Leseplätze“ - BGH GRUR 2015, 1101 ff., Rn.41; *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 52a UrhG Rn. 18; *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 52a UrhG Rn. 22; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 52a Rn. 16. Diese Grundsätze gelten auch nach der Novellierung und Übernahme des wesentlichen

Regelungsgehalts des § 52 a UrhG a. F. in § 60 a UrhG.

20 BGH Urteil v. 10.1.2019 - I ZR 267/15, Rn. 61 ff.

21 BGH Urteil v. 10.1.2019 - I ZR 267/15, Rn. 70 ff.

22 Art. 2 § 2 Abs.2 der Siebten Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg zur Änderung der Corona- Verordnung v. 2. Mai 2020.

Abgesehen von § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW, der zulässt, dass Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation abgelegt werden können, ist die Frage der Zulässigkeit digitaler Prüfungen in den Ländergesetzen bislang nicht geregelt. Die einschlägigen Regelungen beschränken sich auf Rahmenvorgaben für Mindestinhalte der von den Hochschulen zu erlassenden Studien- und Prüfungsordnungen, die für Staatsexamensstudiengänge, kirchliche und künstlerische Studiengänge sowie Lehramtsstudiengänge durch Sonderregelungen ergänzt werden. Vor allem bei den studienbegleitenden Prüfungen der Bachelor- und Masterstudiengänge ist eine Vielfalt von Prüfungsleistungen möglich, neben schriftlichen und mündlichen Prüfungen auch Vorträge oder Hausarbeiten, Semesterarbeiten, Exkursionsberichte u.a.

Das Prüfungsrecht stellt im Hinblick auf die Relevanz der Prüfungen für den Berufszugang und damit den Geltungsbereich des Art. 12 GG besondere Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes, den Bestimmtheitsgrundsatz, an die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen und Regelungen. Auf Grund des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG obliegt es dem zuständigen Normgeber, den Prüfungsstoff, das Prüfungssystem, das Prüfungsverfahren sowie die Bestehensvoraussetzungen festzulegen.²³ Hinzukommen von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze des Prüfungs-Verfahrensrechts, insbesondere die Gewährleistung der Chancengleichheit und der Bewertungsgrundsätze.

Schon die Vielfalt der Möglichkeiten studienbegleitender Prüfungen und Prüfungsleistungen in konsekutiven Prüfungen lässt eine Umstellung auf digitale Formen ohne gesetzliche Ermächtigung nicht zu. Unter diesem Aspekt ist fraglich, ob die Regelung des § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Allein mit der Eröffnung der digitalen Prüfungsform ist den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes an die Ausgestaltung der Prüfungsverfahren, der Bewertung der Prüfungsleistungen und der Prüfungsentscheidung in diesem Prüfungsverfahren nicht genüge getan.²⁴ Allenfalls aus dem systematischen Zusammenhang mit dem Anforderungskatalog

des § 64 Abs. 2 S. 1 HG NRW für die Inhalte von Prüfungsordnungen lässt sich ein hinreichend bestimmter Regelungsauftrag für die Einführung digitaler Prüfungen ableiten.

Erhebliche Zweifel bestehen, ob dieser Mangel durch die Ermächtigung des § 82 a HG NRW zu Maßnahmen zur Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie und die auf seiner Grundlage erlassene Rechtsverordnung gedeckt ist. § 82 a HG NRW hat den Charakter einer Blankettnorm, die zwar den Regelungszweck, nicht aber den Inhalt und das Ausmaß der Verordnungsermächtigung in der durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gebotenen Bestimmtheit regelt.

Gegen die Verwendung von Blankettnormen bestehen dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.²⁵ Auch die für Hochschulprüfungen einschlägigen Bestimmungen der Rechtsverordnung genügen diesen Anforderungen nicht. § 6 dieser Verordnung enthält eine Ermächtigung zur Durchführung von Onlineprüfungen, allgemeine Vorgaben zu deren Abnahme und Durchführung, eine Ausführungsermächtigung für Hochschulsatzungen und den Hinweis auf den prüfungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. § 7 dieser Verordnung sieht vor, dass die Form der Prüfung abweichend von den Regelungen in den Prüfungsordnungen oder den Festlegungen in den Modulhandbüchern geändert werden kann. Damit wird ermöglicht, dass Hochschulen durch im Eilentscheidungsverfahren erlassene Satzungen Klausuren oder Hausarbeiten durch mündliche Prüfungen, Hausarbeiten durch Klausuren ersetzen können.²⁶

Damit werden nicht nur die hochschulinternen Entscheidungskompetenzen der Fakultätsräte und der Senate für den Erlass von Prüfungsordnungen, sondern grundlegende verfassungsrechtliche Anforderungen an den Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes in Frage gestellt.

23 BVerwG, Urteil vom 27.2.2019 - BVerwG 6 C 3.18, Rn. 15; BVerfGE 84, 34, 45. Zum Vorbehalt des Gesetzes, Wesentlichkeitsgrundsatz und zum Bestimmtheitsgrundsatz vgl. zuletzt BVerfGE 147, 253 ff., Rn. 116 ff. - Studienplatzvergabe Medizin.

24 Die Gesetzesmaterialien geben dazu keinen weiteren brauchbaren Hinweis, vgl. *Birnbaum* in BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, von Coelln/Schemmer, Stand: 1.3.2020, § 64 HG, Rn. 5.

25 BVerfG, Urteil v. 21. 9. 2016 - 2 BvL 1/15 - BVerfGE 143, 38, 54,

Rn. 60 m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 11.3.2020 - 2 BvL 5/17 -, Rn. 100 ff.

26 Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020 GV. NRW. S. 298. Text und amtliche Begründung lassen erkennen, dass die Regelungen in höchster Eile konzipiert wurden.

Die durch die Corona-Pandemie ausgelöste Notstandssituation rechtfertigt es nicht, diese Anforderungen, vor allem die Wesentlichkeitstheorie²⁷ und den Bestimmtheitsgrundsatz zu lockern. Davor haben Staatsrechtslehrer im Zusammenhang mit der Novelle des Infektionsschutzgesetzes und den darauf gestützten Rechtsverordnungen gewarnt.²⁸ Eine im Eilverfahren ergangene Entscheidung des BayVGh belegt, dass auch kein Grund besteht, die bereits weiten Auslegungsspielräume zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG für den Erlass von Rechtsverordnungen zu verlassen.²⁹

Ebenso bewegen sich die auf die allgemeinen Satzungsermächtigungen der Hochschulgesetze zum Erlass von Prüfungsordnungen gestützten Regelungen für digitale Prüfungen auf zweifelhafter Ermächtigungsgrundlage. Der Begriff der Hochschulprüfung schließt zwar digitale Prüfungen nicht aus. Deren Prüfungsabläufe, vor allem die Einhaltung prüfungsrechtlicher Grundsätze bei der Gestaltung der Abläufe von schriftlichen und mündlichen in digitaler Form, weichen so erheblich von Präsenzprüfungen ab, dass sie besonderer gesetzlicher Regelung bedürfen.

Deshalb sind die Gesetzgeber aufgerufen, unverzüglich entsprechende Ergänzungen des Prüfungsrechts zu verabschieden, die die Anforderungen an das Verfahren und die Gestaltung digitaler Prüfungen abdecken.

6.2. Überblick über anlassbezogene Ergänzungen bestehender Regelungen für digitale Hochschulprüfungen

Inzwischen haben eine Reihe von Hochschulen im Wege der Eilentscheidung ihrer Rektoren und Präsidenten auch allgemeine Rahmenregelungen für digitale Prüfungen erlassen.³⁰ Wie bei Lehrveranstaltungen ergänzen sie die bestehenden Prüfungsordnungen für Bachelor- und Masterstudiengänge. Für staatliche kirchliche, künstlerische und Lehramtsstudiengänge

gelten sie, soweit die Hochschulen dafür Regelungszuständigkeiten haben.

Die als Notmaßnahmen zur Gewährleistung des Studien- und Prüfungsbetriebs bezeichneten, für die Dauer des SS 2020 und WS 2021 befristeten Regelungen weisen eine große Bandbreite aus.

Diese reicht von pauschalen Ermächtigungen an den Studiendekan bzw. Prüfungsausschuss, im Falle der Nichtdurchführbarkeit der in der Studien- und Prüfungsordnung vorgesehenen Prüfungen Ersatzformate anzuordnen, ohne dass diese näher konkretisiert werden,³¹ über die Festlegung von Mindestanforderungen an die Gestaltung und den Ablauf von mündlichen und schriftlichen Prüfungen³² bis zu einem Regelwerk, das neben den in Frage kommenden Prüfungsarten folgende Themen umfasst: die Möglichkeit des Ersatzes und der Verschiebung, alle Phasen der Prüfungsabläufe von der Meldung und Ladung zur Prüfung, die technische Durchführung und die Anforderungen an die Gleichwertigkeit der Inhalte und die Gewährleistung der Eigenständigkeit der Prüfungsleistungen, die Bewertungsgrundsätze und die Mitteilung des Prüfungsergebnisses.³³

Eine Zusammenschau zugänglicher Satzungen verschiedener Hochschulen erlaubt folgende Feststellungen:

Im Mittelpunkt notwendiger Regelungen stehen geeignete Optionen digitaler Prüfungsformen für die einschlägigen Studiengänge. Soweit die in der Prüfungsordnung vorgesehenen Prüfungen wie sportpraktische Prüfungen, Testate in Praktika oder beim Unterricht am Krankenbett digital nicht möglich sind, werden geeignete Ersatzformen vorgesehen. Dies gilt auch für Aufsichtsarbeiten wie Prüfungsklausuren.

Angesichts der Vielfalt von Prüfungsformen ist es nicht möglich, in allgemeinen Rahmenordnungen für jeden Studiengang und jedes Prüfungsfach Detailregelungen zu erlassen. Deshalb beschränken sich diese darauf, allgemeine Ermächtigungen an die nach den Prüfungs-

27 BVerfGE 98, 218 ff., Rn. 137 ff.; BVerfGE 40, 230, 248 ff.; 49, 89, 126 f.; 95, 267, 307 f.

28 Möllers, Parlamentarische Selbstermächtigung im Zeichen des Virus, Verfassungsblog v. 26. 3. 2020 (<https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>).

29 VGh München, Beschluss v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, Rn. 41 ff.; die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bezweifelnd VGh Mannheim, VGh Baden-Württemberg Beschluss vom 9. 4. 2020, 1 S 925/20, Rn. 40 ff.

30 Exemplarisch: Bayern: Satzung der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, – Corona-Satzung vom 17.4.2020; Satzung der Universität München zur Flexibilisierung von Prüfungen im SS 2020 und WS 2020/2021; Baden-Württemberg: Ergänzende Prüfungsordnung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg vom 24.4.2020, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020, S. 99 ff.; Satzung der Universität Konstanz über den Einsatz alternativer Prüfungsformen und über alternative Prüfungstermine bei infek-

tionsschutzrechtlicher Erforderlichkeit vom 22.4.2020, Amtliche Bekanntmachungen Nr.14/2020; Satzung zur Erweiterung aller Studien- und Prüfungsordnungen an der Universität Tübingen zum Umgang mit der Corona-Pandemie (Satzung für Lehre und Prüfung SoSe 2020), Amtliche Bekanntmachungen Nr. 10 –27.4.2020; NRW: Ergänzungsbestimmungen zur Übergreifenden Prüfungsordnung für alle Bachelor- und Masterstudiengänge, für den Bachelorstudiengang und für den Masterstudiengang Lehramt an Gymnasien und Gesamtschulen sowie Lehramt an Berufskollegs, der RWT Aachen, Amtliche Bekanntmachung 2020, Nr. 1.

31 Exemplarisch dafür die Regelung der Universität Erlangen und der Universität Konstanz, vgl. Fn. 30.

32 Exemplarisch die Regelung der RWT Aachen und der Universität Tübingen, vgl. Fn. 30.

33 Exemplarisch die Regelung der Universität Heidelberg, vgl. Fn. 30.

ordnungen zuständigen Organe zur Festlegung von Ersatzveranstaltungen vorzusehen, mit denen die durch die Prüfung geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten festgestellt werden können. Dabei sollten sich die Anforderungen eng an den für reguläre Prüfungen geltenden orientieren.

Neben Regelungen zum Verfahren, wie der Form von Anmeldungen zur Prüfung, liegt der weitere Schwerpunkt in der Festlegung der Anforderungen für die Durchführung der vorgeschriebenen studienbegleitenden oder Studienabschnitte abschließenden mündlichen und schriftlichen Prüfungen als elektronische Prüfungen.

Für diese gibt es eine Reihe von Handlungsoptionen wie die Nutzung von Videokonferenzen oder Videotelefonie, die entweder in verschiedenen Räumen an der Hochschule, an anderen Hochschulen oder auch zwischen dem Raum des Prüfers und eigenen Räumen der zu prüfenden Person unter Einsatz ihrer eigenen technischen Mittel durchgeführt werden können.

Voraussetzung für die Durchführung der Prüfung in elektronischer Form ist stets, dass die technischen Bedingungen eine Gleichwertigkeit mit der regulären Prüfung gewährleisten. Dies erfordert ein von der Hochschule als technisch sicher eingestuftes Produkt für die Bild- und Tonverbindung. Neben der Feststellung der Identität der Studierenden muss deshalb gesichert sein, dass die Verwendung bei der Prüfung nicht zugelassener Hilfsmittel ausgeschlossen ist und sich in den Räumen keine Personen aufhalten, deren Anwesenheit nicht in der Prüfungsordnung vorgesehen ist.

Wegen der bei elektronischer Kommunikation nicht völlig vermeidbaren Ausfallrisiken ist eine elektronische Prüfung nur zulässig, wenn die zu prüfende Person dieser Prüfungsform zustimmt. Falls eine Prüfung aus technischen Gründen unterbrochen wird, muss eine Ersatzprüfung angeboten werden. Soweit zu prüfende Personen über keine geeigneten technischen Mittel (z. B. Endgeräte oder Netzanschlüsse) verfügt, muss die Hochschule ein Ersatzangebot in ihren Räumen vorsehen.

Aufzeichnungen von Videoprüfungen sind wegen der damit verbundenen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Prüfungskandidaten entweder untersagt oder nur mit deren Zustimmung und eindeutigen Regelungen für ihre Verwendung und Löschung zulässig.

Deshalb gelten auch für Videoprüfungen die in den Prüfungsordnungen vorgesehenen Vorschriften über die Protokollierung des Prüfungsverlaufs, der Einzelnoten und der Endnoten.

Bei schriftlichen Prüfungsleistungen entstehen demgegenüber keine Probleme der Darstellung in digitaler Form, soweit diese, wie Semesterarbeiten, Seminararbeiten oder Hausarbeiten, ohne Aufsicht angefertigt werden. Hier ersetzt die digitale Form der Übermittlung die Abgabe und muss mit der üblichen Versicherung verbunden werden, dass die Arbeit eigenständig und ohne Verwendung unerlaubter Hilfsmittel angefertigt wurde.

Dagegen sind die für reguläre Prüfungen geltenden Anforderungen an schriftliche Aufsichtsarbeiten in digitaler Form praktisch nicht gleichwertig zu erfüllen. Dies gilt auch für sog. elektronische Klausuren. Bei diesen kann zwar die Gleichheit der Aufgabenstellung und Bearbeitungszeit, dagegen nur mit erheblichem Aufwand die Aufsicht gesichert werden. Soweit die Abweichung von den Standards regulärer Aufsichtsarbeiten nicht als Notlösung gestattet wird, müssen schriftliche Aufsichtsarbeiten deshalb während der Sperre des Zugangs in der Hochschule entweder verschoben oder durch geeignete häusliche Arbeiten ersetzt werden.

III. Rechtsfragen digitaler Gremiensitzungen

1. Hochschulverfassungsrechtliche Fragen

Neben dem Lehrbetrieb und der Nutzung der Einrichtungen ist die Arbeit der Gremien der Hochschulen von den Zugangs- und Kontaktbeschränkungen am meisten betroffen. Obwohl zu ihren zentralen Zuständigkeiten die Vorschläge und die Beschlussfassung über die Satzungen für Hochschulprüfungen, die Grundordnung und sonstigen Grundsatzfragen von Forschung und Lehre gehört, konnten die aus Anlass der Corona-Maßnahmen erlassenen Satzungen nicht im regulären Verfahren der Satzungsänderungen durch die Fakultätsräte und Senate verabschiedet werden. Sie beruhen in der Regel auf Eilentscheidungen der Rektoren und Präsidenten der Hochschulen. Neben den Ergänzungen der Prüfungsordnungen betrifft dies auch Geschäftsordnungen der zentralen Gremien Senat und Hochschulrat sowie der Fakultätsräte. Mit der Wahrnehmung dieser Funktionen tritt faktisch eine Übertragung von Aufgaben von Gremien der Hochschule oder der Fakultäten auf die Hochschulleitungen ein, die nach den Hochschulgesetzen nach den Vorschriften über die Aufsichtsmittel nur für den Fall der Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Hochschule vorgesehen ist.

Hochschulverfassungsrechtlich ist dies nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben für eine mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbare Hochschulorganisation vereinbar. In den jüngsten Entscheidungen hat

das Bundesverfassungsgericht für eine verfassungskonforme Regelung der Entscheidungskompetenzen zwischen Leitungsorganen und Selbstverwaltungsgremien verlangt, dass in wissenschaftsrelevanten Fragen der Einfluss der Grundrechtsträger durch maßgebliche Mitwirkung in den Selbstverwaltungsorganen gesichert oder im Falle der Übertragung auf Leitungsorgane durch den maßgeblichen Einfluss der Selbstverwaltungsorgane auf das Wahlverfahren und die Möglichkeit einer Abwahl kompensiert werden muss.³⁴

Eine Einschränkung dieser Grundsätze kann allenfalls beschränkt auf den Fall drohender Funktionsunfähigkeit der Hochschule gerechtfertigt werden. Dies ergibt sich aus der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs.3 GG abgeleiteten Pflicht des Staates, für die Funktionsfähigkeit der Hochschule Sorge zu tragen.³⁵ Im Hinblick auf die gravierenden Auswirkungen für die Beteiligung der Grundrechtsträger an den Entscheidungen der Hochschule bedarf es dafür aber einer gesetzlichen, auf den Notstand beschränkten Regelung.

Die bestehenden aufsichtsrechtlichen Regelungen zielen auf den Fall, dass die Gefährdungen der Funktionsfähigkeit des Hochschulbetriebs durch Störungen im Inneren der Hochschule ausgelöst und von den zuständigen Organen nicht mehr bewältigt werden können. Sie sind deshalb auf den Fall der äußeren Bedrohung der Funktionsfähigkeit der Hochschule durch eine Pandemie nicht übertragbar.

2. Anforderungen an die Einführung virtueller Gremiensitzungen - Notwendigkeit gesetzlicher Regelung

Auch die Ersetzung von Gremiensitzungen in physischer Präsenz ihrer Mitglieder durch virtuelle Gremiensitzungen greift nachhaltig in deren Funktionsweise ein. Sie ist nur zulässig, wenn die hochschulverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Mitwirkung ihrer Mitglieder in digitalen Formaten gesichert werden können. Die Durchführung von Gremiensitzungen in Form von Videokonferenzen oder ihre Ersetzung durch Umlaufverfahren erfüllt diese Voraussetzungen nur, wenn die Teilhabe und der Einfluss auf die Willensbildung durch die Gestaltung bei der Vorbereitung, dem Zugang, der

Erörterung der Entscheidungsgegenstände, dem Abstimmungsverfahren, der Stimmabgabe der Abstimmung und der Feststellung und Protokollierung der Abstimmungsergebnisse gewährleistet werden kann.

Der verfassungsrechtliche Auftrag an den Staat, für eine funktionsfähige Hochschulorganisation zu sorgen, gebietet es, diese Anforderungen an die Ersetzung physischer durch virtuelle Gremiensitzungen gesetzlich zu regeln. Sie kann nicht Organisationsatzungen überlassen werden.

Die Notwendigkeit gesetzlichen Handelns wird auch im privaten Verbandsrecht und im Kommunalrecht und öffentlichen Verbandsrecht überwiegend bejaht.³⁶ Die bestehende Satzungsautonomie wird als nicht ausreichend angesehen.

Im Zuge der Corona-Gesetzgebung wurde im Aktienrecht deshalb nach vorausgegangener Einführung digitaler Stimmabgabe und virtueller Aufsichtsratssitzungen die Möglichkeit virtueller Hauptversammlungen geschaffen.³⁷ Demnach kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft nunmehr entscheiden, eine digitale Hauptversammlung durchzuführen, auch wenn die Satzung der Gesellschaft ihn hierzu bisher nicht ermächtigt. Der Beschluss des Vorstands hierüber bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats.

Damit die Rechte der Hauptversammlung als eines der drei zentralen Organe der Aktiengesellschaft gewahrt bleiben, müssen bei deren online Durchführung einige Vorgaben beachtet werden:

- Die gesamte Versammlung ist in Bild und Ton zu übertragen.
- Die Ausübung der Stimmrechte muss ermöglicht werden. Entweder über eine Vollmachtserteilung oder in elektronischer Form (Briefwahl oder elektronische Teilnahme).
- Das Fragerecht der Aktionäre muss auf elektronischem Wege ermöglicht werden. Hier kann der Vorstand verlangen, dass Fragen zwei Tage vor der Hauptversammlung elektronisch eingereicht werden müssen.

34 Vgl. BVerfGE 136, 338 ff., 359 - MHH; BVerfGE 127, 87, 113, 117 - Hamburger Dekanatsbeschluss; VerfGH BW – Urteil v. 14. 11. 2016, 1VB 16/15, juris; dazu *Goerlich-Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität - Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667 ff., 669 ff. m.w.N; *Mager*, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, OdW 2019, 1 ff.

35 BVerfGE 35, 79, 115; 111, 333, 353; 127, 87, 114 ff.; 136, 338, 362 ff., Rn.55 ff.

36 Vgl. dazu *Noack*, Mitgliederversammlung bei Großvereinen und digitale Teilhabe, NJW 2018, 1345 ff; *Simons*, Die Online-

Abstimmung in der Hauptversammlung, NZG 2017, 567; *Vetter/Tielmann*, Unternehmensrechtliche Gesetzesänderungen in Zeiten von Corona, NJW 2020, 1175; *Teichmann*, Digitalisierung und Gesellschaftsrecht, ZfPW 2019, 247. Zur Frage der Zulässigkeit digitaler Parlamentsitzungen vgl. *Carolin Hagenah*, Das Corona-Virus und das Parlament – Die Stunde der Digitalisierung?, JuWissBlog Nr. 37/2020 v. 26. 3. 2020, <https://www.juwiss.de/37-2020/>

37 Vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl. I, S. 569 ff., 570 ff.

- Aktionäre, die ihr Stimmrecht ausgeübt haben, müssen auch die Möglichkeit haben, Widersprüche gegen Beschlüsse zu erklären.

3. Überblick über anlassbezogene Satzungsregelungen für virtuelle Gremienentscheidungen

3.1 Bestehende Rechtsgrundlagen für virtuelle Gremienentscheidungen

Eine gesetzliche Ermächtigung zur Einführung virtueller Gremienentscheidungen sieht nur der für Maßnahmen zur Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie erlassene § 82 a HG NRW vor. Neben dem Erlass von Regelungen zur Lehre und zu Prüfungen ermächtigt er dazu, im Verordnungsweg Verfahrensgrundsätze hinsichtlich der Sitzungen und der Beschlüsse sowie der Amtszeit der Gremien der Hochschule in Abweichung zu den bestehenden gesetzlichen Regelungen zu erlassen. Nach § 5 Abs. 1 der Corona-Epidemie-Hochschulverordnung können Gremien Beschlüsse im Umlaufverfahren fassen. Soweit die Öffentlichkeit für Gremiensitzungen vorgeschrieben ist, soll die Öffentlichkeit über die Ergebnisse der Beschlüsse informiert werden. Nach § 5 Abs. 2 der VO entscheidet die oder der Vorsitzende des Gremiums, ob eine Sitzung des Gremiums ohne physische Präsenz seiner Mitglieder als virtuelle Sitzung in elektronischer Kommunikation stattfindet oder Beschlüsse im Umlaufverfahren oder in elektronischer Kommunikation gefasst werden. Gleiches gilt nach Abs. 4 für Beschlüsse des Rektorates, des Hochschulrates und des Dekanats. Als zusätzliche Option wird die Möglichkeit der Beschlussfassung in einer Telefonkonferenz eingeführt.

Weder das Gesetz noch die VO sehen jedoch verfahrensrechtliche Regelungen zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Einladung, des Zugangs, zur Gewährleistung der Erörterung, ordnungsgemäßer Stimmabgabe und Beschlussfassung und Anforderungen an die Sicherheit der gewählten Kommunikationssysteme vor.

3. 2 Anlassbezogene Änderungen bestehender Geschäftsordnungen

Mit Ausnahme der Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen beruhen die aus Anlass der durch die Corona-Verordnungen verfügten Zugangsbeschränkungen erlassenen Änderungen bestehender Satzungen auf den allgemeinen gesetzlichen Satzungsermächtigungen zur Regelung der Verfahrensangelegenheiten der Hochschulgremien.³⁸ Deren Regelungsgehalt bezieht sich auf die Vorschriften über die Zusammensetzung, die Zuständigkeiten und Verfahren. Sie sind auf die Durchführung der Sitzungen in physischer Präsenz ausgerichtet. Da diese bei virtuellen Sitzungen nur mit zusätzlichen Verfahrensgarantien gewährleistet werden, bestehen deshalb gemessen an den Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes bei Regelung grundrechtsrelevanter Sachverhalte³⁹ und an die Bestimmtheit erhebliche Zweifel, ob diese Satzungsermächtigungen für die Einführung virtueller Gremiensitzungen ausreichen.

Auch in dieser Frage vermittelt ein Überblick über die zugänglichen, aus Anlass der Corona Krise erfolgten Ergänzungen der Geschäftsordnungen der Hochschulen ein unterschiedliches Bild an Regelungsdichte und Regelungsinhalten.⁴⁰ Die meisten Satzungsregelungen überlassen die Entscheidung der Ersetzung regulärer Gremiensitzungen durch virtuelle Gremiensitzungen oder die Abstimmung im Umlaufverfahren den jeweiligen Vorsitzenden der Gremien. Teilweise wird der Ausnahmeharakter an eine konkret erforderliche Feststellung der Undurchführbarkeit im regulären Verfahren gebunden.⁴¹

Dabei muss die gewählte Form der virtuellen Gremiensitzung eine einer Präsenzsitzung vergleichbare und gemeinsame Willensbildung der Mitglieder des Gremiums ermöglichen. Exemplarisch für notwendige und hinreichende Anforderungen an virtuelle Gremiensitzungen kann auf die Regelungen der Universität Heidelberg verwiesen werden:⁴² Soweit die Einberufung zu ei-

38 Z. B. Art. 13, 40, 41 BayHG; §§ 8 Abs. 5, 10 Abs. 8 LHG BW; § 15 NHG; § 3 ThürHG.

39 BVerfGE 98, 218 ff., 241, Rn.137 ff.; BVerfGE 40, 237, 248 ff.; 49, 89, 126 f.; 95, 267, 307 f.

40 Z.B. Erste Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Albert Ludwigs-Universität Freiburg (Verfahrensordnung – VerfO), Amtliche Bekanntmachungen 2020, S. 157 f.; Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020; Fünfte Änderung der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Carl von Ossietzky-Universität Oldenburg vom 29.4.2020, Amtliche Mitteilungen 20/2020.

41 Z. B. Art. 17 a der Änderung der Satzung der Universität Stuttgart zur Regelung des Verfahrens des Senats und seiner Ausschüsse

(Geschäftsordnung) vom 9.4.2020, Amtliche Bekanntmachung Nr. 26/2020; Art.7 der Grundordnung der Georg-August-Universität Göttingen, Amtliche Mitteilungen I der Georg-August-Universität Göttingen vom 28.4.2020/Nr. 20, S. 373; § 9 a der Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020; für Geschäftsordnungen der Hochschulleitung vgl. § 9 der Geschäftsordnung des Rektorats der Universität Konstanz vom 15.4.2020, Amtliche Bekanntmachung Nr. 12/2020.

42 § 9 a der Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020 v. 27.4.2020, S. 93 ff.

ner Video- oder Telefonkonferenz vorgesehen ist, sind besondere Vorkehrungen zur Einberufung, Übermittlung von Sitzungsunterlagen, Anmeldung und Gewährleistung des Zugangs zu gewährleisten.

Dies bedingt die Auswahl sicherer Kommunikationssysteme, die Gewährleistung und Versicherung ihrer Funktionsfähigkeit, die Verfügbarkeit entsprechender technischer Zugänge für alle Mitglieder des Gremiums und deren Einweisung in die Handhabung.

Zu Beginn der Sitzung hat die oder der Vorsitzende festzustellen, ob die angemeldeten Mitglieder auch in das System eingeloggt sind und die Kommunikation funktioniert.

Die Teilnehmer müssen darauf hingewiesen werden, dass die Video- oder Telefonkonferenz nicht durch unbefugte Dritte verfolgt und nicht mitgeschnitten werden darf.

Um eine gemeinsame Willensbildung zu ermöglichen, muss ein den Präsenzsitzungen vergleichbarer Austausch der Meinungen zu den jeweiligen Tagesordnungspunkten durch entsprechende Moderation der oder des Vorsitzenden gewährleistet werden.

Vor einer Abstimmung muss sich die oder der Vorsitzende durch eine Abfrage bei allen Teilnehmenden, vergewissern, dass die Beschlussfähigkeit weiterhin vorliegt. Die Abstimmung hat so zu erfolgen, dass das Abstimmungsergebnis zweifelsfrei feststellbar ist.

Bei Beschlussunfähigkeit aufgrund des Abrisses von Verbindungen ist eine angemessene Unterbrechung der Sitzung festzulegen, damit sich die Teilnehmer wieder mit dem System verbinden können. Kann die Beschlussfähigkeit aufgrund eines Abrisses von Verbindungen nicht wieder hergestellt werden, entscheidet die oder der Vorsitzende, ob die Telefon- oder Videokonferenz vorzeitig abgebrochen und zu einem späteren Zeitpunkt als Telefon- oder Videokonferenz, gegebenenfalls mit einem anderen System, wiederholt wird.

Bei geheimen Abstimmungen (Personalentscheidungen und Angelegenheiten, in denen eine geheime Abstimmung beantragt wurde) ist die Beschlussfassung in einem schriftlichen oder elektronischen Verfahren herbeizuführen, in welchem eine geheime Stimmabgabe durch die stimmberechtigten Mitglieder gewährleistet ist.

Das Sitzungsprotokoll hat neben der Zusammenfassung des Verlaufs und des Ergebnisses der Abstimmung auch eine von den Teilnehmern anzufordernde schriftliche oder elektronische Bestätigung vorzusehen.

IV. Verfügbare Formate für digitalen Unterricht, Prüfungen und Gremiensitzungen - Datenschutzrechtliche Fragen.

1. Überblick über bestehende, aus Anlass der Corona-Krise verstärkte Infrastruktur

Im Zuge der Umstellung auf den Online-Betrieb haben die Rechenzentren/Zentren für Datenverarbeitung der Hochschulen in Kooperation mit anderen wissenschaftlichen Rechenzentren ihr Infrastrukturangebot erheblich erweitert. Es umfasst ausführliche Anleitungen, Instrumente, Anwendungssoftware und elektronische Plattformen zur Erstellung digitaler Lehrformate und Kommunikationssysteme zur Durchführung in den verschiedenen Formen synchroner Präsentation wie Videokonferenzen und Livestreaming, asynchroner Nutzung von Videoaufzeichnungen (Video on Demand) und Abruf von Materialien aus Lehrplattformen. Ergänzend zu frei verfügbaren Systemen werden auch für kommerzielle Videokonferenzdienste nach vorheriger Abstimmung Zugänge bzw. Lizenzen vermittelt. Zum Zugriff von Heimarbeitsplätzen auf das Hochschulnetz und den dort verfügbaren Angeboten wurde das für Lehrende und Studierende in allen Hochschulen verfügbare passwortgeschütztes Zugangssystem (VPN) zur Bewältigung der mit dem Online-Betrieb verbundenen Anforderungen ausgebaut.

Für die E-Learning Angebote steht für Lehrende und Studierende eine Reihe von Lehrplattformen bereit. Im weitesten verbreitet ist die Lehrplattform Ilias. Studierende finden hier Materialien für ihre Veranstaltungen. Lehrenden bietet ILIAS effektive Verwaltungs-, Kommunikations- und Kooperationswerkzeuge. Für digitale Kurse wird die Lehrplattform Moodle eingesetzt.

Die Auswahl und Belegung der Lehrveranstaltungen, Anmeldung zur Prüfung und Einsicht in Prüfungsleistungen erfolgt wie im regulären Studienbetrieb über elektronische Managementsysteme.

2. Datenschutzrechtliche Fragen

2.1. Bestehende Vorgaben des Hochschuldatenschutzrechtes

Zentrale und dezentrale E-Learning-Verfahren, digitale Lehr-, Lern- und Prüfungsverfahren werfen zusätzliche datenschutzrechtliche Fragen auf, die in den bestehenden hochschulrechtlichen Sonderregelungen für den

Datenschutz nicht oder nur unzureichend erfasst sind. Schwerpunkt des Bereichsdatenschutzes in Hochschulgesetzen ist die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der Studierenden- und Prüfungsverwaltung, einschließlich der Studienverlaufsstatistik, die Datenverarbeitung für Zwecke der Qualitätssicherung und Kontaktpflege, zur Erstellung von Namens- und Telefonverzeichnissen und die Erfassung der Nutzung von Einrichtungen durch elektronische Ausweiskarten.

Diese Zweckbestimmung deckt auch die Erfassung personenbezogener Daten für die Belegung von Lehrveranstaltungen und Anmeldung zu Prüfungen. Die Nutzung für weitere Zwecke ist nach dem Datenschutzrecht der DS-GVO und der von ihr geöffneten Möglichkeiten ergänzender mitgliedschaftsrechtlicher Regelungen aber nur zulässig, wenn sie entweder von einer Einwilligung des Betroffenen oder einer Rechtsvorschrift gedeckt sind.

Dabei gilt nach Art. 5 DS-GVO der Grundsatz der Datenminimierung (Erforderlichkeit), der Zweckbindung, der Transparenz, der nach Art. 13 DS-GVO in einem Katalog von Informationspflichten zusammengefasst wird. Diese beziehen sich auf die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, den Verarbeitungszweck, die Bezeichnung der Empfänger übermittelter Daten, die Dauer der Speicherung, die Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Datenübertragbarkeit und bei bestimmten Verarbeitungszwecken auch das Widerspruchsrecht. Hinzutreten nach Art. 25 DS-GVO Pflichten des technischen Datenschutzes und der Datensicherheit, nach Art. 24 und 37 die Bestellung von Datenschutzverantwortlichen und Datenschutzbeauftragten, nach Art. 30 die Führung eines Verarbeitungsregisters und nach Art. 35 die Vornahme einer Datenschutzfolgenabschätzung.

Gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung personenbezogener Daten an Hochschulen ist insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit c und e i. V. mit Abs. 2 und 3 DS-GVO, der im Anwendungsbereich der Datenverarbeitung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben als öffentliche Einrichtungen von den zuständigen Landesgesetzgebern die Festlegung des Verarbeitungszwecks, die Beschränkung der Datenverarbeitung auf die Erforderlichkeit für die Erfüllung der Aufgaben, sowie ergänzende Angaben zur Spezifizierung der Daten, ihrer Zweckbindung, Verarbeitung, zur Weitergabe an Dritte, zur Dauer ihrer Speicherung, Verschlüsselung und technischen Sicherung verlangt.

Die Landesdatenschutzgesetze sind diesen Vorgaben zwar durch für alle Landeseinrichtungen geltende allgemeinen Vorschriften über Ausnahmen von der Zweckbestimmung, über die Übermittlung personenbezogener Daten, Ergänzungen zu den Rechten der Betroffenen und zur Sicherstellung des Datenschutzes nachgekommen, jedoch ist die Anpassung der hochschuldatenschutzrechtlichen Vorschriften bisher nur in wenigen Bundesländern erfolgt.

Auch datenschutzrechtlich sind die Hochschulen damit auf den digitalen Lehrbetrieb praktisch nicht vorbereitet.

2.2. Folgerungen für digitale Lehrformate

Die für das Präsenzstudium maßgeblichen datenschutzrechtlichen Regelungen und Anforderungen gelten auch für digitale Formate. Auf Lehrplattformen angebotene digitale Lehrveranstaltungsangebote von Hochschulen im Rahmen des Studiums sind keine dem Telemediengesetz unterfallenden elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste.

Fraglich ist schon, ob sie unter den für die Anwendung des TMG maßgeblichen Begriff der Telemedien fallen. In jedem Fall fehlt es an der nach §§ 1, 2 S. 2 Nr. 5 TMG erforderlichen Voraussetzung einer kommerziellen, also entgeltlichen Kommunikation. Diese Voraussetzung ist für Lehrangebote staatlicher Hochschulen im grundständigen Studium nicht erfüllt.⁴³

Deshalb richten sich die datenschutzrechtlichen Anforderungen auch nicht nach den für die Erfassung von Bestands- und Nutzerdaten maßgeblichen Vorschriften der §§ 13 und 14 TMG, sondern nach der DS-GVO und den ergänzenden Regelungen durch die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze.

Vor Nutzungsbeginn der für die elektronische Kommunikation eingesetzten Systeme müssen diese von den für ihren Betrieb verantwortlichen Stellen die Einhaltung des technischen Datenschutzes überprüfen und organisatorische Anweisungen für die Einhaltung des Datenschutzes für die Nutzer der Systeme bereitstellen. Soweit kommerzielle Systeme eingesetzt werden, müssen diese den Vorschriften für die technischen und organisatorischen Anforderungen des Datenschutzes entsprechen, dies ist vertraglich mit dem in Art. 28 DS-GVO geforderten Inhalt zum Schutz der personenbezogenen Daten der Nutzer zu vereinbaren.

Betriebsdaten wie Name, Anschrift, Matrikelnummer, Studienfach, Studiensemester oder E-Mail-Adresse

entgeltlichen Weiterbildungsangeboten eine andere Beurteilung angebracht ist.

43 So Hansen und Hateh, Datenschutz beim E-Learning - Zum Verhältnis von Kontrolle und Vertrauen in der Informationsgesellschaft, Darmstadt 2014. Dabei kann offenbleiben, ob bei

dürfen nur verarbeitet werden, soweit sie für die Registrierung oder für die Nutzung von E-Learning-Verfahren erforderlich sind. Gleiches gilt für Identifikationsdaten soweit sie mit personenbezogenen Daten wie Namen oder E-Mail-Adressen verbunden sind.

Personenbezogene Daten eines Nutzers oder einer Nutzerin wie Merkmale zur Identifikation des Nutzers oder der Nutzerin mit Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung oder Angaben über die einzelnen von Nutzer oder Nutzerin benutzten E-Learning-Verfahren dürfen nur verarbeitet werden, wenn sie Gegenstand eines in einer Prüfungsordnung geforderten Leistungsnachweises sind, zum Beispiel für ECTS – Leistungspunkte. Zulässig sind sog. Download-Protokolle. Unzulässig ist deshalb eine laufende Verhaltenskontrolle.

Gleiches gilt für Kommunikationsinhalte der Studierenden wie mündliche oder schriftliche Äußerungen.

Die Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen und zeitgleiche oder zeitversetzte Übertragung in E-Learning-Verfahren bedarf der schriftlichen Einwilligung der von der Aufzeichnung und Übertragung betroffenen Personen. Die Nutzung muss auf die zugelassenen Teilnehmer beschränkt werden.

Videoaufzeichnungen von Prüfungen sind nur dann zulässig, wenn sie zur Dokumentation des Prüfungsverlaufs nicht durch andere Formen der Dokumentation ersetzt werden können. Nutzerdaten sind zu löschen oder zu anonymisieren, sobald sie für die Zwecke, für die sie erhoben werden, nicht mehr zugänglich sind.

Die Einführung digitaler Lehr- und Prüfungsformate ist mit einem erhöhten Gefährdungspotentials für den Datenschutz verbunden. Das gesetzliche Datenschutzrecht für das Präsenzstudium ist lückenhaft und deshalb als Maßstab für die Übertragung auf digitale Lehrinhalte nur beschränkt verwertbar. Rechtssicherheit ist deshalb nur mit einer umfassenden, den Anforderungen des Art. 13 DS-GVO entsprechenden Datenschutzaufklärung als Grundlage einer Einwilligung der Betroffenen erreichbar, die im Zusammenhang mit dem Zugang zu dem digitalen Lehrangebot eingeholt werden muss.

V. Fazit

Die durch die Corona-Verordnungen erzwungene Einführung digitaler Lehrveranstaltungen, Prüfungen und

Gremiensitzungen wirft zahlreiche, bisher nicht geklärte Rechtsfragen auf.

Trotz einer schon vor Jahren begonnenen Diskussion über die Relevanz der Digitalisierung für die Lehre, trotz der Einrichtung eigener Forschungseinrichtungen für Wissensmedien, trotz entsprechender Empfehlungen der Kultusministerkonferenz und des Wissenschaftsrates waren die Hochschulen nur in vereinzelt Fällen auf die durch die Corona-Verordnungen gebotene Umstellung auf den digitalen Lehr-, Prüfungs- und Gremienbetrieb vorbereitet. Gleiches gilt für die Hochschulgesetzgebungen, die bis auf wenige Ausnahmen zu wesentlichen Fragen keine Regelungen enthalten.

Die Hochschulen waren deshalb gezwungen, zu Beginn des Sommersemesters in Eilverfahren Regelungen zu erlassen, um den Hochschulbetrieb im Bereich der Lehre, Prüfungen und Gremien aufrechtzuerhalten.

Diese Satzungsregelungen entbehren weitgehend der notwendigen gesetzlichen Rechtsgrundlagen und den dafür geltenden Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz.

Insoweit besteht dringender gesetzlicher Handlungsbedarf, dieses zeitlich auf die Dauer der Pandemiebeschränkungen befristete Regelwerk abzusichern und für die zur Aufrechterhaltung des Hochschulbetriebs eingeführten digitalen Lehrveranstaltungen, Prüfungen und Gremiensitzungen tragfähige Rechtsgrundlagen zu schaffen.

Zu Recht wird in der öffentlichen Diskussion betont, dass die Krise Herausforderungen und Chancen für Innovationen im Hochschulbereich bietet. Dies gilt nicht nur für die Hochschullehre, sondern auch für die Hochschulgesetzgebung.

Digitale Lehrformate können allerdings im Interesse des wissenschaftlichen Diskurses zwischen Lehrenden und Lernenden zumindest in den grundständigen Studiengängen die Präsenzveranstaltungen nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen.⁴⁴ Die fachlichen und didaktischen Anforderungen und Erfahrungen mit digitalen Lehrformaten können aber auch den Präsenzveranstaltungen zugutekommen. Auch digitale Gremiensitzungen stellen eine Notlösung und nicht die Zukunft dar.

Es ist aber verfehlt und nicht situationsangemessen, in den aus der Not geborenen Maßnahmen den Testfall für die künftige Umstellung der Lehre, Prüfungen und

44 In diesem Sinne sind auch die Empfehlungen der KMK zur Digitalisierung in der Hochschullehre v. 14. 3. 2019 zu verstehen.

Gremiensitzungen, also wesentlicher Teile der Aufgaben und Willensbildung der Hochschulen, auf einen Online-Betrieb zu beschwören.⁴⁵

Professor Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger war von 1979 bis 2003 Kanzler der Eberhard Karls Universität Tübingen und ist Honorarprofessor an deren Juristischer Fakultät.

45 So die Ausführungen von *Mathias Fuchs*, Im Rausch der Online-Lehre, FAZ v. 6.5.2020, Seite N 4 Forschung und Lehre und *Markus Steinmayr*, Die Schule der Abwesenheit, Das digitale Sommersemester ist ein Probelauf für die Hochschule der Zukunft, FAZ v. 13.5.2020, Seite N 4.

Manfred Löwisch/Jonathan Tim Jocher

Die subjektive Seite wissenschaftlichen Fehlverhaltens

I. Verschuldensvoraussetzung in den einschlägigen Regelwerken

1. Kodex der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Am 1. 8. 2019 ist der neue Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) in Kraft getreten.¹ Die Leitlinie 19 betrifft das Verfahren in Verdachtsfällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens. Danach erwartet die DFG von Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen, dass sie Verfahren zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten etablieren und auf Basis einer hinreichenden Rechtsgrundlage entsprechende Regelwerke erlassen. Die zu etablierenden Regelwerke sollen insbesondere Definitionen von Tatbeständen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, Verfahrensvorschriften und Maßnahmen bei Feststellung eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens umfassen.

In den Erläuterungen zur Leitlinie 19 stellt die DFG fest, dass nicht jeder Verstoß gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis ein wissenschaftliches Fehlverhalten darstellt. Als wissenschaftliches Fehlverhalten kommen danach „nur solche *vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstöße* in Betracht, die in einem Regelwerk niedergelegt sind“. Als Tatbestände wissenschaftlichen Fehlverhaltens gälten insbesondere die Erfindung und Verfälschung von Daten und das Plagiat. Nach den Erläuterungen haben die Regelwerke verschiedene Maßnahmen aufzuzeigen, die *in Abhängigkeit vom Schweregrad* des nachgewiesenen wissenschaftlichen Fehlverhaltens anzuwenden sind.

Für sich selbst hat die DFG den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in einer eigenen Verfahrensordnung geregelt.² Die Ordnung beschreibt in einem ausführlichen Katalog³ die möglichen Fälle vorsätzlichen

und grob fahrlässigen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, regelt das Verfahren zur Feststellung von Verstößen und legt die Maßnahmen fest, welche der Hauptausschuss bei festgestelltem Fehlverhalten beschließt. Diese Maßnahmen reichen je nach Art und Schwere des Verstoßes von einer schriftlichen Rüge über den zeitweisen Ausschluss von der Antragsberechtigung und die Rücknahme von Förderentscheidungen bis hin zur Aufforderung, die inkriminierte Veröffentlichung zurückzuziehen oder falsche Daten zu berichtigen. Auch kann die Nichtinanspruchnahme als Gutachter, der Ausschluss aus Gremien der DFG und die Aberkennung des Wahlrechts für die Gremien der DFG beschlossen werden.

2. Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen

a. Hochschulen

Auch die Hochschulen grenzen das wissenschaftliche Fehlverhalten auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten ein. So bestimmt etwa § 9 der Grundsätze der Medizinischen Hochschule Hannover zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, dass wissenschaftliches Fehlverhalten vorliegt, wenn in einem wissenschaftlichen Zusammenhang die erforderliche Sorgfalt *vorsätzlich oder grob fahrlässig* verletzt wird, indem z.B. Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderer beeinträchtigt wird.⁴ Dieselbe Formulierung verwenden auch § 4 der Richtlinien der Ludwig-Maximilians-Universität München zur Selbstkontrolle in der Wissenschaft⁵ und § 1 der Satzung der Universität Heidelberg zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit Fehlverhalten in der Wissenschaft.⁶

1 Zu ihm *Riescher/Haas*, Verbindlich und kompakt. Der neue DFG-Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, OdW 2020, 33ff.

2 Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten vom 26. 10. 2001, geändert durch Beschlüsse des Hauptausschusses vom 5. 7. 2011, 30. 6. 2015, 3. 7. 2018 und 2. 7. 2019.

3 Zu diesem unten unter III 1.

4 Grundsätze der Medizinischen Hochschule Hannover zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und Verfahrensregeln für

den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten vom 10. 2. 1999 mit Aktualisierungen vom 10. 9. 2008, 12. 10. 2011 und vom 18. 10. 2017, herausgegeben vom Präsidenten der Medizinischen Hochschule Hannover.

5 https://www.uni-muenchen.de/einrichtungen/orga_lmhu/beauftragte/selbstkontrolle/Wiss-Fehlverhalten-r00.pdf.

6 https://backend-484.uni-heidelberg.de/sites/default/files/2019-01/sicherung_guter_wissenschaftlicher_praxis.pdf.

Auch soweit die Regelwerke der Hochschulen, wie etwa das der Universität Freiburg⁷, keine ausdrückliche Eingrenzung auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten enthalten, müssen sie doch im Sinne einer solchen Eingrenzung verstanden werden. Dass diese Hochschulen einen von den Grundsätzen der DFG abweichenden Sonderweg beschreiten wollen, liegt fern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie sich, wie das auf die Regelung der Universität Freiburg zutrifft, für die Definition des wissenschaftlichen Fehlverhaltens auf Regelungen beziehen, welche diese Eingrenzung enthalten.⁸

b. Forschungseinrichtungen

Die Max-Planck-Gesellschaft hat in einer Anlage zu ihrer Verfahrensordnung bei Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten einen Katalog von Verhaltensweisen aufgestellt, die als wissenschaftliches Fehlverhalten anzusehen sind. Diesem Katalog vorgeschaltet ist eine Definition: Wissenschaftliches Fehlverhalten liegt danach vor, „wenn in einem wissenschaftserheblichen Zusammenhang *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder sonst wie deren Forschungstätigkeit beeinträchtigt wird.“⁹

Auch nach § 7 der Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis des Karlsruher Instituts für Technologie (KIT)¹⁰ liegt wissenschaftliches Fehlverhalten vor, wenn in einem wissenschaftserheblichen Zusammenhang *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderer auf andere Weise beeinträchtigt wird.

Die Fraunhofer-Gesellschaft erklärt in ihren Regeln zum Umgang bei wissenschaftlichem Fehlverhalten, ein solches liege z.B. vor, wenn während des wissenschaftli-

chen Arbeitens *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, sachlich nicht gerechtfertigte Einflussnahmen von außen zu Änderungen von Ergebnissen führen, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderweit beeinträchtigt wird.¹¹

Die Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis der Helmholtz-Zentren definieren in Punkt 9 wissenschaftliches Fehlverhalten. Auch hier wird Bezug auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit genommen.¹²

3. Sonderbereich Promotionsordnungen

Die Standards guter wissenschaftlicher Praxis gelten für die Arbeit an einer Dissertation in gleicher Weise wie für jede wissenschaftliche Arbeit. Vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße bei einer solchen Arbeit stellen deshalb ein wissenschaftliches Fehlverhalten dar, das denselben Sanktionen unterliegt wie jedes andere wissenschaftliche Fehlverhalten.

Hiervon zu unterscheiden ist als Folge wissenschaftlichen Fehlverhaltens die *Entziehung des Doktorgrades*, der mit Hilfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens erworben worden ist. Dies betrifft die Frage nach Maßnahmen und Folgen des wissenschaftlichen Fehlverhaltens. Die Bundesländer unterscheiden sich hier: Eine Reihe von ihnen wendet in der Sache nach wie vor § 4 Abs. 1 Satz 1 lit.a Fall 1 des inzwischen aufgehobenen Gesetzes über die Führung akademischer Grade vom 7. 6. 1939¹³ an. Danach ist der Doktorgrad dann zu entziehen, „wenn sich nachträglich herausstellt, dass er durch Täuschung erworben“ worden ist. Zum Tatbestand der Täuschung gehört hier wie sonst auch ein *Täuschungsvorsatz*: Dem Täuschenden muss bewusst sein dass er bei dem Getäuschten einen Irrtum hervorruft, oder er muss jedenfalls billigend in Kauf nehmen, dass das geschieht.¹⁴

7 Ordnung der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft vom 10. 6. 2011 (Amtl. Bekanntmachungen Jg 42, S. 395) in der Fassung der zweiten Änderungssatzung vom 20. 11. 2014 (Amtl. Bekanntmachungen Jg 45, S. 653).

8 Die Ordnung der Universität Freiburg nimmt auf den Katalog von Fehlverhaltensweisen der Verfahrensordnung der Max-Planck-Gesellschaft Bezug, der diese Eingrenzung ausdrücklich vornimmt. Dazu sogleich unter b.

9 Anlage 1 der Verfahrensordnung bei Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten der Max-Planck-Gesellschaft vom 14. 11. 1997, geändert am 24. 11. 2000.

10 Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis am Karlsruher Institut für Technologie (KIT) vom 23. 5. 2018, Amtliche Bekanntmachung Nr. 32/2018 S. 160.

11 Nr. 5 der Fraunhofer Policy zur Umsetzung wissenschaftlicher Integrität, Version 1.0, November 2016.

12 https://www.helmholtz-muenchen.de/fileadmin/HZM-Corporate-Website/Bilder/HZM/Forschung/pdf/Regeln_zur_Sicherung_guter_wissenschaftlicher_Praxis_06-10-2015.pdf.

13 RGBI I S. 985. Das Gesetz wurde aufgehoben am 23.11.2007, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil 1 Nr. 59, Artikel 9, der § 6 des genannten Gesetzes ändert, wonach das Gesetz nach § 6 Abs. 2 als Bundesrecht aufgehoben wird. Den Ländern obliegt es nach § 6 Abs. 1 abweichende Regelungen zu treffen.

14 VG Düsseldorf, Urt. v. 20. 3. 2014, 15 K 2271/13, juris, unter c zu § 20 Satz 2 der Promotionsordnung der Philosophischen Fakultät der Universität Düsseldorf, der sinngemäß in gleicher Weise auf das Vorliegen einer Täuschung abstellt.

Fahrlässiges Verhalten, selbst wenn es grob ist, genügt nach dieser Regelung nicht.

Andere Bundesländer, so etwa Baden-Württemberg in § 36 Abs. 7 LHG verweisen für den Entzug des Doktorgrades auf die allgemeinen Vorschriften über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte und ergänzen diesen Verweis durch das Erfordernis, dass der Inhaber gravierend gegen die anerkannten Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und Redlichkeit verstoßen hat. Täuschungsvorsatz ist damit an sich nicht vorausgesetzt. Allerdings folgt aus der allgemeinen Vorschrift des § 48 Abs. 4 Satz 2 iVm Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 LVwVfG, dass nach Ablauf eines Jahres seit Kenntnismahme der zuständigen Stelle der Universität von den die Rechtswidrigkeit begründenden Umständen der Entzug nur mehr möglich ist, wenn der Doktorgrad durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangt worden ist.¹⁵

II. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG als Grund der Verschuldensvoraussetzung

Der Wissenschaftsbetrieb ist über alle Disziplinen hinweg äußerst komplex. Er erfordert die Verarbeitung großer, oft schwer überschaubarer Datenmengen. Im Innovationsprozess bedingt er die Beurteilung und Beherrschung vielfältiger Risiken. Seine fortschreitende Differenzierung führt zur Zusammenarbeit vieler Wissenschaftler, die aufeinander Rücksicht nehmen müssen. Die Systeme der Forschungsförderung verlangen die Präsentation von Forschungsergebnissen, die oft nur Zwischenergebnisse sein können.

Diese Komplexität überträgt sich auf die Maßstäbe der Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis. Was richtig und was falsch ist, was noch verantwortet werden kann und was nicht, ist oft nicht einfach zu überschauen. Wollte man in dieser Situation jeden Verstoß gegen diese Maßstäbe als wissenschaftliches Fehlverhalten brandmarken und mit Sanktionen belegen, könnte das vielen Wissenschaftlern die Unbefangenheit nehmen und leicht zu Ängstlichkeit und Risikoscheu führen. Zurückhaltung im gerade in der Wissenschaft notwendigen ständigen Innovationsprozess wäre die Folge.

Dass DFG und ihr folgend Hochschulen und Forschungseinrichtungen das Verdikt „Wissenschaftliches Fehlverhalten“ nur solchen Verstößen gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zumessen, die auch persönlich verschuldet sind, dient deshalb der Wissen-

schaftsfreiheit. Nur so lassen sich auch die gravierenden, von der Brandmarkung durch eine Rüge über die Versagung der Forschungsförderung bis hin zum temporären Ausschluss aus Gremien reichenden, Nachteile für den betroffenen Wissenschaftler rechtfertigen.

Die Wahrung der Wissenschaftsfreiheit rechtfertigt dabei auch die Eingrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Die Lebenserfahrung zeigt, dass auch im Alltag des Wissenschaftsbetriebs nicht anders als sonst im betrieblichen Alltag immer wieder Verhaltensweisen vorkommen, die zwar gegen die rechtlich gebotene Sorgfalt verstoßen, aber doch weniger schwer wiegen. Das gilt gerade auch für den Umgang mit den Regeln der guten wissenschaftlichen Praxis. Dort schon leichtere Sorgfaltspflichtverletzungen als wissenschaftliches Fehlverhalten zu qualifizieren, enge die wissenschaftliche Entfaltungsfreiheit über Gebühr ein.

III. Die Verschuldensvoraussetzung im Einzelnen

1. Tatbestände regelwidrigen Verhaltens

Im Rechtssinne schuldhaft handelt nur, wer gegen das für ihn maßgebende Recht verstößt. Maßgebendes Recht für den wissenschaftlich Tätigen sind im vorliegenden Zusammenhang die in der Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten der DFG und in den Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen festgelegten Tatbestände wissenschaftlichen Fehlverhaltens.

Zu diesen Tatbeständen gehören¹⁶:

Falschangaben durch

- das Erfinden oder Verfälschen von Daten oder Forschungsergebnissen, insbesondere durch Unterdrücken oder Beseitigen von im Forschungsprozess gewonnenen Daten oder Ergebnissen, ohne dies offen zu legen, oder durch Manipulation einer Darstellung oder Abbildung,
- die inkongruente Darstellung von Bild und dazugehöriger Aussage,
- wissenschaftsbezogene unrichtige Angaben in einem Förderantrag oder im Rahmen einer Berichtspflicht,
- die Inanspruchnahme der (Mit-)Autorschaft ohne Einverständnis;

¹⁵ VGH BW, Urt. v. 19. 4. 2000, 9 S 2435/99, juris.

¹⁶ Dem Folgenden ist der Katalog der Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten der DFG zugrunde

gelegt. Die Kataloge der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen stimmen damit im Wesentlichen überein.

- unberechtigtes Zu-eigen-machen fremder wissenschaftlicher Leistungen durch
- die ungekennzeichnete Übernahme von Inhalten Dritter ohne die gebotene Quellenangabe („Plagiat“),
- die Ausbeutung von Forschungsansätzen und Ideen („Ideendiebstahl“),
- die unbefugte Weitergabe von Daten, Theorien und Erkenntnissen an Dritte,
- die Anmaßung oder unbegründete Annahme einer Autor- oder Mitautorschaft, insbesondere, wenn kein genuiner, nachvollziehbarer Beitrag zum wissenschaftlichen Inhalt der Publikation geleistet wurde
- die Verfälschung des Inhalts,
- die unbefugte Veröffentlichung und das unbefugte Zugänglichmachen gegenüber Dritten, solange das Werk, die Erkenntnis, die Hypothese, die Lehre oder der Forschungsansatz noch nicht veröffentlicht ist;
- die Beeinträchtigung der Forschungstätigkeit anderer, insbesondere durch
- Sabotage von Forschungstätigkeit (einschließlich des Beschädigens, Zerstörens oder Manipulierens von Versuchsanordnungen, Geräten, Unterlagen, Hardware, Software, Chemikalien oder sonstigen Sachen, die andere zu Forschungszwecken benötigen),
- Verfälschung oder unbefugte Beseitigung von Forschungsdaten oder Forschungsdokumenten,
- Verfälschung oder unbefugte Beseitigung der Dokumentation von Forschungsdaten.

Zu den Tatbeständen wissenschaftlichen Fehlverhaltens gehört die vorsätzliche oder grob fahrlässige *Vernachlässigung der Aufsichtspflicht*. Aus der Verschuldensvoraussetzung folgt zwar, dass der leitende Wissenschaftler nicht als eine Art Geschäftsherr Garant der wissenschaftlichen Redlichkeit seiner Mitarbeiter ist. Wohl aber haftet er für deren wissenschaftliches Fehlverhalten, wenn er die erforderliche und zumutbare Aufsicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vernachlässigt.

Wissenschaftliches Fehlverhalten kann auch aus der Übernahme von *Mitverantwortung* resultieren. Wer die Mitautorschaft an einer Veröffentlichung übernimmt, muss auch seinerseits dafür sorgen, dass Falschangaben oder die Aufnahme unberechtigt zu eigen gemachter

fremder wissenschaftlicher Leistungen in die Veröffentlichung unterbleiben. Allgemein kann aus enger wissenschaftlicher Zusammenarbeit, etwa im Rahmen eines Projekts, die Pflicht jedes beteiligten Wissenschaftlers folgen, Regelverstößen entgegenzutreten und dies nötigenfalls aufzudecken.

Die Verfahrensordnung der DFG wie auch die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen erwecken durch die Formulierung „als wissenschaftlichen Fehlverhalten gelten insbesondere“ den Eindruck, den in ihnen aufgezählten Tatbeständen komme kein abschließender Charakter zu. Soweit damit den über das Vorliegen eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens urteilenden Stellen die Möglichkeit gegeben werden soll, weitere Verhaltensweisen von Wissenschaftlern als vorsätzliches oder grob fahrlässiges Fehlverhalten zu qualifizieren, führt das nicht zum Ziel. Der Vorwurf schuldhaften Fehlverhaltens lässt sich nur auf den Verstoß gegen vorab eindeutig festgelegte Regeln gründen, wenn nicht das allgemeine rechtsstaatliche Prinzip „nulla poena sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG) verletzt werden soll.

2. Geltung der Maßstäbe des Zivilrechts

Mit „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ nehmen DFG und Ordnungen auf Begriffe des Zivilrechts Bezug, das in § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Kriterien der Verantwortlichkeit erklärt, in § 276 Abs. 2 BGB die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt definiert und in einzelnen Vorschriften innerhalb und außerhalb des BGB die Verantwortlichkeit auf die „grobe“ Fahrlässigkeit beschränkt.¹⁷

Die Anknüpfung an die Begriffsbildung des Zivilrechts (und nicht des Strafrechts, das keine grobe Fahrlässigkeit kennt) steht im Einklang mit dem allgemeinen Verständnis der Verschuldensvoraussetzungen im öffentlichen Recht, nach dem dort die zivilrechtlichen Maßstäbe gelten, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist.¹⁸

3. Vorsatz und Täuschung

Vorsatz setzt auch im Zivilrecht wissentliches und wilentliches Handeln voraus. Der Handelnde muss die Umstände des inkriminierten Verhaltens kennen und gleichwohl seine Handlung wollen, sei es, dass er den

17 Ausdrücklich in Bezug auf solche Ordnungen Staudinger/Caspers [2019], § 276 BGB Rn. 11.

18 BGH Urt. v. 2. 3. 2017, III ZR 271/15, juris, Rn. 25ff; Stelkens/

Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 48 Rn 161.

missbilligten Erfolg beabsichtigt (Absicht), diesen als notwendige Folge seiner Handlung ansieht (direkter Vorsatz) oder aber auch nur als möglicherweise eintretend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz).¹⁹ Auf das wissenschaftliche Fehlverhalten bezogen muss der Wissenschaftler, wenn ihm Vorsatz vorgeworfen werden soll, also mindestens in Kauf genommen haben, dass er einschlägige Regeln verletzt.

Anders als im Strafrecht muss sich der Vorsatz dabei überwiegender Meinung nach auf die Rechtswidrigkeit des Handelns erstrecken. Der Handelnde muss also mindestens in Kauf nehmen, dass er sich rechtswidrig verhält. Verkennt der Wissenschaftler, dass sein Verhalten gegen einschlägige Regeln guter wissenschaftlicher Praxis verstößt, handelt er auch nicht vorsätzlich.

Letztlich nichts anderes gilt in Bezug auf das Merkmal der Täuschung als Voraussetzung für den Entzug des Doktorgrades. Täuschung im Sinne der den Entzug des Doktorgrades betreffenden Bestimmungen ist das vorsätzliche Vorspiegeln oder Unterdrücken von für die Beurteilung einer Dissertation als selbständige wissenschaftliche Leistung relevanten Tatsachen, das zu einem Irrtum der zur Beurteilung berufenen Stellen führt.²⁰ So wird auch der Begriff der arglistigen Täuschung in § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 LVwVfG verstanden: Von einer solchen ist auszugehen, wenn der Täuschende weiß und will, dass die Behörde durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Erlass eines Verwaltungsaktes veranlasst wird, den sie andernfalls nicht oder nicht mit diesem Inhalt erlassen hätte, wobei „Erwirken“ im Sinne dieser Vorschrift voraussetzt, dass die arglistige Täuschung für den Erlass des rechtswidrigen Verwaltungsaktes zumindest objektiv mitursächlich war.²¹

Die Wiedergabe fremder Textstellen ohne Beleg stellt eine solche vorsätzliche Täuschungshandlung dar. Dabei

wird sich der Vorsatz regelmäßig auch auf die Rechtswidrigkeit der Täuschung erstrecken. Aber es kann auch einmal anders liegen: Billigt der Betreuer einer Dissertation eine Zitierpraxis, die von dem im Fach üblichen Standard abweicht, wird deren Verfasser regelmäßig davon ausgehen, dass er sich rechtmäßig verhält.²²

4. Grobe Fahrlässigkeit

a. Fahrlässigkeit

§ 276 Abs. 2 BGB beschreibt die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt und wählt damit einen objektiven Maßstab, der sich am jeweils in Rede stehenden Verkehrskreis orientiert.²³ Maßgebend für die Beurteilung des Verhaltens von Wissenschaftlern sind damit die von der Wissenschaftsgemeinschaft entwickelten Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Sind sie eingehalten, liegt von vornherein keine Fahrlässigkeit vor. Ist gegen sie verstoßen, ist vorbehaltlich der jeweils gegebenen Situation an sich von Fahrlässigkeit auszugehen.

Mangelnde Kenntnis des Regelwerks entlastet dabei vom Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit regelmäßig nicht. Auch kann sich der Wissenschaftler nicht darauf berufen, dass er erst am Anfang seiner Karriere steht oder noch unerfahren ist. Die Eigenschaft als Berufsanfänger vermindert die Sorgfaltsanforderungen als solche nicht. Es ist an sich dessen Sache, gegebenenfalls die notwendige Unterstützung durch einen Berufserfahrenen sicherzustellen.²⁴

b. Grobe Fahrlässigkeit

Den Begriff der groben Fahrlässigkeit, wie er hier in Rede steht, verwenden das Zivilrecht (z.B. §§ 277, 300 Abs. 2, 309 Nr. 7 lit b) BGB) und auch das öffentliche

19 Staudinger/Caspers aaO Rn 22; MüKoBGB/Grundmann BGB § 276 Rn. 154.

20 VG Düsseldorf Urt. v. 20. 3. 2014, 15 K 2271/13, juris, unter 2; ZUM 2014, 602; vgl. auch VGH BW Beschl. v. 13. 10. 2008, 9 S 494/08, Leitsatz 1 sowie Rn. 9, juris; VBIBW 2009, 191, der die nicht gekennzeichnete Übernahme kompletter Passagen aus dem Werk eines anderen Autors in eine Dissertation als Täuschung über die Eigenständigkeit der erbrachten Leistung ansieht.

21 BVerwG Urt. v. 22.03.2017, 5 C 4/16, juris unter Rn. 25.

22 Das VG Düsseldorf aaO ist der Frage, ob in dem vom ihm zu beurteilenden Fall eine solche explizite Billigung vorlag, nicht nachgegangen, was daran gelegen haben mag, dass es sich für den Begriff der Täuschung an § 263 StGB und damit am strafrechtlichen Vorsatzbegriff orientiert hat, der sich nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens erstreckt.

23 Im Einzelnen Staudinger/Caspers aaO § 276, Rn 29ff, MüKoBGB/Grundmann BGB § 276 Rn. 54.

24 Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 44.

Recht (z.B. Art. 34 Satz 2 GG, § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG; § 48 BeamStG), ohne ihn zu definieren. Lediglich das Sozialrecht enthält in § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB X eine Bestimmung. Über das Verständnis besteht aber im Wesentlichen Einigkeit: Grob fahrlässig ist nur ein Verhalten, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlichen Maße verletzt. Es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss.²⁵ Die grobe Fahrlässigkeit hat dabei nicht nur eine objektive Seite. Vielmehr beinhaltet sie auch einen schweren subjektiven Vorwurf. Grobe Fahrlässigkeit erfordert nach einer Formulierung des Bundessozialgerichts, der der Bundesgerichtshof in der Sache gefolgt ist, „eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit erheblich übersteigt“.²⁶ Dementsprechend können Unerfahrenheit und mangelnde Kenntnisse grobe Fahrlässigkeit ausschließen.²⁷

Bezogen auf die in der Wissenschaft Tätigen heißt das, dass nicht vorsätzlich begangene Verstöße gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis nur ganz ausnahmsweise den Vorwurf des wissenschaftlichen Fehlverhaltens im Sinne des Kodex der DFG und der genannten Ordnungen begründen können. Der Wissenschaftler muss eklatant gegen diese Regeln verstoßen und dabei schlechthin unentschuldigbar gehandelt haben. Unerfahrenheit und mangelnde Kenntnisse werden dem Vorwurf grob fahrlässigen wissenschaftlichen Fehlverhaltens oft entgegenstehen.

5. Berücksichtigung des Verschuldens bei der Sanktionierung des Fehlverhaltens

Die Verfahrensordnung der DFG und ebenso die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen sehen vor, dass die bei wissenschaftlichem Fehlverhalten zu beschließenden Maßnahmen nach Art und Schwere des festgestellten Fehlverhaltens zu differenzieren sind. Allgemein gesprochen müssen die Maßnahmen *verhältnismäßig* sein. Der Grad des Verschuldens ist hierfür ein wesentlicher Gesichtspunkt: Auch grobe Fahrlässigkeit fällt weniger ins Gewicht als

Vorsatz. Im Vorsatzbereich ist bedingter Vorsatz weniger schlimm als direkter Vorsatz und dieser weniger schlimm als Absicht.

Freilich prägt der Grad des Verschuldens die Verhältnismäßigkeit nicht allein. Die Schwere des Fehlverhaltens hängt auch von den Auswirkungen auf den Wissenschaftsbetrieb ab, in dem der sich fehl verhaltende Wissenschaftler tätig ist. Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur der Vertrauensverlust, den der Wissenschaftsbetrieb in der Wissenschaftsgemeinschaft selbst erfährt. Ins Gewicht fällt auch das Ausmaß der Enttäuschung und Verunsicherung, welche bei den der dort redlich arbeitenden Wissenschaftlern hervorgerufen werden.

IV. Berücksichtigung der Verschuldensvoraussetzung im Prüfungsverfahren

Die Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten der DFG und die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen regeln ausführlich das Verfahren, in dem einem Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten nachzugehen ist. Die Ausgestaltung im Einzelnen variiert. Im Grundsatz sehen aber alle Ordnungen ein zweistufiges Verfahren vor. Zunächst ist im Rahmen einer Vorprüfung, meist durch eine besondere Instanz, zu klären, ob sich der Verdacht hinreichend bestätigt. Nur wenn das der Fall ist, ist in einem weiteren Verfahren durch eine weitere Instanz, meist die Leitung der Einrichtung, endgültig über das Vorliegen eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens und die zu treffenden Maßnahmen zu entscheiden. Bestätigt sich der Verdacht nicht hinreichend, ist schon das Vorverfahren zu beenden; teilweise hat das auch im Falle der Geringfügigkeit zu geschehen. Das Vorverfahren mit einem anderen Ziel, etwa der Mediation mit einem Hinweisgeber, weiterzuführen, hielte das Verfahren zu Lasten des Betroffenen in der Schwebe und ist deshalb durch die Verfahrensordnungen nicht gedeckt.

Auch in diesen Prüfungsverfahren ist zu beachten, dass wissenschaftliches Fehlverhalten nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Regelverstoß vorliegt.²⁸

25 Sie die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 93.

26 BSG Urt. v. 20. 9. 1977 – 8/12 RKg 8/76, juris, NJW 1978, 1175, 1176; BGH Urt. v. 26. 1. 2016, XI ZR 91/14, juris, Rn. 71; weitere Nachweise bei Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 94.

27 Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 95; Jauernig/Stadler BGB § 276 Rn. 33; BGH NJW 1989, 1612; BGH NJW 1980, 887, 888.

28 Darauf weisen auch Riescher/Haas aaO, OdW 2020 S. 39 Fn. 29 zutreffend hin.

Kommt die mit der Vorprüfung betraute Instanz zu dem Schluss, dass zwar die vorgegebenen Regeln verletzt sind, dem Wissenschaftler aber lediglich einfache Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, muss schon sie das Verfahren beenden. Stellt sich dies erst im weiteren Verfahren heraus, muss die weitere Instanz das Verfahren einstellen und dies dem von der Prüfung Betroffenen und auch eventuellen Hinweisgebern unter Angabe der wesentlichen Gründe mitteilen.

V. Fazit

Wissenschaftliches Fehlverhalten setzt nach den einschlägigen Ordnungen der DFG, der Hochschulen und der außerhochschulischen Forschungseinrichtungen Vorsatz oder grob fahrlässiges Verhalten voraus.

Mit dieser Verschuldensvoraussetzung wahren die Ordnungen die Wissenschaftsfreiheit des Einzelnen.

Der Vorwurf solchen schuldhaften Verhaltens kann nur erhoben werden, wenn gegen explizit festgelegte Re-

geln guter wissenschaftlicher Praxis verstoßen wird.

Vorsatz umfasst Absicht, direkten Vorsatz und bedingten Vorsatz. Grob fahrlässig ist nur ein Verhalten, welches die gebotene Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlichem, auch subjektiv schlechthin unentschuldbarem Maße verletzt.

Der Grad des Verschuldens ist bei der Sanktionierung eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens als ein Gesichtspunkt zu berücksichtigen.

Die Voraussetzung Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ist auch im Verfahren zu beachten. Auch Vorprüfungen sind zu beenden, wenn lediglich einfache Fahrlässigkeit in Betracht kommt.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Jonathan Tim Jocher ist Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

Nikolas Eisentraut

Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Übersicht

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

1. Lehre

2. Forschung

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

a) Open Access

b) Open Educational Resources

2. Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

b) Offene Forschung in der Rechtswissenschaft

c) Vorbehalte

aa) Fachkultur und Reputation

bb) Ökonomische Erwägungen

III. Lösungsansätze

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

b) Vereinbarkeit mit Art 5 Abs. 3 S. 1 GG

aa) Schutzbereich

bb) Eingriff

c) Rechtfertigung

(1) Art. 5 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension

(2) Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht anderer Wissenschaftler*innen

(3) Informationsfreiheit

(4) Staatliche Finanzierung

(5) Abwägung

c) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

2. Förderung

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der 60. Assistententagung 2020 in Trier gehalten hat; er erscheint in einer gekürzten Fassung auch im Tagungsband. Soweit ein Open-Access-Zugang besteht, werden in den Fußnoten Links zu den Beiträgen angegeben. Diese wurden zuletzt am 9.6.2020 auf ihre Gültigkeit überprüft.

1 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung, Hochschulbarometer 2019, S. 22, abrufbar unter <https://www.stifterverband.org/medien/hochschul-barometer-2019>; die Digitalisierung berührt auch das Öffentliche Recht auf einer Vielzahl von Ebenen, so insbesondere unter dem Aspekt des E-Government, dazu zuletzt Siegel, E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl 2020, S. 552; Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019; Seckelmann, Digitalisierte Verwaltung, Ver-

3. Freiwilligkeit: § 38 Abs. 4 UrhG

IV. Fazit

Mit den Hochschulen gerät auch die Rechtswissenschaft in Zugzwang, sich verstärkt in digitalen Räumen zu bewegen. Mit der Digitalisierung eng verknüpft ist die Forderung nach einer weiterreichenden Öffnung der (Rechts-)Wissenschaft. Neben Initiativen der Europäischen Kommission und des Bundes haben die Länder im Verbund mit ihren Hochschulen und Forschungsorganisationen weitreichende Strategien zur Öffnung der Wissenschaft aufgesetzt. Indes scheint die Entwicklung in der Rechtswissenschaft nur sehr zögerlich anzukommen. Der Beitrag spürt der Digitalisierung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre nach und sucht nach den Gründen für die geringe Verbreitung offener Publikationen. Zugleich setzt er sich auch mit den Grenzen einer zwangsweisen Öffnung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre auseinander.

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

Die Digitalisierung als Gegenstand der Forschung ist ein Großthema der letzten Jahre.¹ Die Hochschulen reagieren und richten immer mehr Lehrstühle mit dem Schwerpunkt Digitalisierung ein: drei von zehn im Jahr 2018 neuberufene Professoren beschäftigen sich mit Themen der Digitalisierung.²

Die Hochschulen selbst haben indes Nachholbedarf was ihre eigene Digitalisierung angeht. Dies betrifft zunächst die Digitalisierung als Lehrinhalt.³ Aber auch für die umfassende Digitalisierung der Infrastrukturen der Hochschulen braucht es nach Auffassung der Hoch-

netztes E-Government, 2. Aufl. 2019, in Hinblick auf das Datenschutzrecht, s. nur Schmidt-Jorzig, IT-Revolution und Datenschutz, DÖV 2018, S. 10 und auch in Hinblick auf das Verfassungsrecht, s. nur die Beiträge aus jüngerer Zeit von Golla, In Würde vor Ampel und Algorithmus – Verfassungsrecht im technologischen Wandel, DÖV 2019, S. 673; Härtel, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, S. 49 und Schliesky, Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat, NVwZ 2019, S. 693.

2 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung (Fn. 1), S. 23.

3 Zu den neuen digitalen Ausbildungsinhalten Zwickel, JuraStudium 4.0.? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, S. 881 (881 ff.).

schulleitungen umfassender Investitionen.⁴ Wo bereits digitale Infrastrukturen für Forschung und Lehre bestehen, werden sie bisher zudem kaum genutzt.

1. Lehre

In Hinblick auf die Lehre halten die Hochschulen zwar digitale Lernplattformen vor.⁵ Auf diesen Lernplattformen werden jedoch meist nur Basis-Lehrmaterialien angeboten wie Vorlesungsskripte, Präsentationen, Forschungsliteratur im Rahmen des § 60a UrhG (etwa der ein oder andere zur Vertiefung gedachte Aufsatz oder ein Lehrbuchauszug) und Falllösungen. Meist sind die digitalen Lernumgebungen zudem verschlossen: Nur die Kursteilnehmer*innen erhalten Zugang zu den Materialien. Darüberhinausgehende E-Learning-Angebote, die Formen klassischer Lehre ersetzen könnten, finden sich bisher nur in Ansätzen.⁶

Umfassenderes und wissenschaftlich aufbereitetes Lehrmaterial wie Lehr- und Fallbücher, aber auch Aufsätze in Ausbildungszeitschriften werden bisher hingegen weitgehend „privatisiert“ und unterliegen kommerziellen Interessen. Kostenpflichtige Lehrbücher werden zur Lektüre für die Klausur- und Examensvorbereitung anempfohlen und genießen den Status seriöser Lehrmaterialien, während frei im Internet zirkulierenden Skripten wenig Vertrauen in die Qualität entgegengebracht wird.⁷

Diese bisher überwiegend als Printfassung verfügbaren kommerziellen Lehrmaterialien treten nur langsam den Weg ins digitale Zeitalter an: Lehrbücher erscheinen zuletzt vermehrt auch als digitale Ausgaben in den For-

maten *epub* und *pdf* und stehen bei Kauf der Printversion zum Download zur Verfügung. Die Verlage schaffen zudem Plattformen, auf denen Literatur eingesehen und heruntergeladen werden kann, etwa Ausbildungszeitschriften, soweit sie denn von der jeweiligen Universitätsbibliothek auch im digitalen Format lizenziert wurden.⁸

2. Forschung

Im Bereich der Forschung bietet sich ein ganz ähnliches Bild: Die Hochschulen halten zwar Publikationsserver vor, die einen einfachen und kostenlosen Upload von Forschungsergebnissen ermöglichen würden.⁹ Weite Teile juristischer Forschungsergebnisse werden indes „privatisiert“ und bleiben dabei im Analogen verhaftet. Dies zeigt sich schon an den Scan- und Kopierarbeiten, die die eigene Forschung regelmäßig erforderlich macht. Wo digitale Verlagsangebote vorhanden sind, hängt der Zugang von der Lizenzierung durch die Universitätsbibliotheken ab. Ansonsten verschwinden digitale Forschungsergebnisse hinter Bezahlschranken.

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Handelt es sich bei der Digitalisierung von Forschung und Lehre also eigentlich nur um alten Wein in neuen Schläuchen? Wird der „beschwerliche“ Weg der analogen Literaturrecherche im digitalen Raum nunmehr durch Bezahlschranken versperrt?

4 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung (Fn. 1), S. 17 und spezifisch für die Lehre S. 19; Investitionsbedarfe wird auch die Blockchain-Technologie auslösen, dazu Schürmeier, Blockchain-Anwendungen in der Hochschule, DVP 2019, S. 409 sowie Camilleri/Werner/Hoffknecht/Sorge, Blockchain in der Hochschulbildung, 2019, abrufbar unter <https://www.stifterverband.org/blockchain-in-der-hochschulbildung>.

5 Näher zum Stand der Implementierung von CMS- und LMS-Systemen *Expertenkommission Forschung und Innovation* (Hrsg.), Digitalisierung der Hochschulen, 2019, S. 47, Studie abrufbar unter https://www.e-fi.de/fileadmin/Innovationsstudien_2019/StuDIS_14_2019.pdf; Zu den datenschutzrechtlichen Fragen bei E-Learning-Plattformen Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, 2020 passim.

6 Zwickel (Fn. 3), S. 881 (884); Reiner, Juristische Didaktik und E-Lernen: Theoretische Konzeption und Anwendungsbeispiele, JurPC Web-Dok 160/2007, Abs. 1, abrufbar unter <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20070160>; ein positives Bild zeichnet Meyer, Urheberrecht und Wissensgesellschaft – innovative und zeitgemäße Lehr- und Lernformen im Spiegel des Urheberrechtsschutzes, WissR 2018, S. 224 (224); Die Corona-Krise hat der Digitalisierung der Lehre einen Schub gegeben, dessen langfristige Wirkung sich aber erst zeigen wird, hierzu Eisentraut, Corona als Chance für die Digitalisierung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre, JuWissBlog Nr. 30/2020 v. 20.3.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/30-2020/>.

7 Zu diesem Ergebnis kam eine gemeinsame Studie von Hanser Fachbuch und Studierenden der Universität Hannover, deren Ergebnisse hier dargestellt werden: https://www.boersenblatt.net/2019-02-06-artikel-gemeinsame_studie_von_hanser_fachbuch_und_medienmanagement-studenten.1593210.html; zu möglichen künftigen Qualitätskriterien für offen verfügbare Bildungsmaterialien Barthelmeß, E-Learning – bejubelt und verteufelt, 2015, S. 73.

8 Ein Grund für die zögerliche Digitalisierung mag die Wahrung der Urheberrechte im digitalen Raum darstellen, vgl. Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu §§ 106 ff. Rn. 5; die Gefahr des Internets als „Plattform für die illegitime Aneignung fremder Schöpfungen“ adressiert auch Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S. 1 (3); s. auch Braun, Die Rückkehr der Autoren, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, S. 101 (101) sowie Steinhauer, Die Nutzung einer „Schattenbibliothek“ im Licht des Urheberrechts, 2016, abrufbar unter https://ub-deposit.fernuni-hagen.de/receive/mir_mods_00000825#.

9 Eine Übersicht über alle verfügbaren Repositorien und ihre jeweilige institutionelle Anbindung findet sich unter <https://dini.de/dienste-projekte/dini-zertifikat/liste-der-repositorien/>; zur Implementation einer digitalen Infrastruktur durch die Hochschulen *Expertenkommission Forschung und Innovation* (Hrsg.) (Fn. 5), S. 43.

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

Eine – in der Rechtswissenschaft bisher nicht ausreichend gewürdigte – Bewegung drängt auf eine alternative Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung. Stellen wir uns eine Welt vor, in der jeder Aufsatz, jede Monographie und jedes Lehrbuch digital frei zugänglich verfügbar ist. Verlinkte Fußnoten und Literaturlisten würden so zu interaktiven Landkarten, die mit einem Klick den Eintritt in ein ganzes Wissenschaftsuniversum ermöglichen. Lehrbücher stünden zur Nachnutzung offen, sodass kursbegleitende Materialien ohne Konflikte mit dem Urheberrecht den Studierenden bereitgestellt und um relevante Quellen ergänzt werden könnten.

Als Oberbegriff einer solchermaßen verstandenen Wissenschaft hat sich der Terminus „Open Science“ oder auch „Öffentliche (auch: offene) Wissenschaft“ etabliert.¹⁰

Die Idee einer öffentlichen Wissenschaft betont die Bedeutung von Wissen als kulturellem Gemeingut und ist damit anschlussfähig an die Debatte um Gemeingüter.¹¹ Das Konzept gerät dadurch in eine Spannungslage zum Schutz wissenschaftlicher Werke als geistiges Eigentum durch das Urheberrecht.¹² Das UrhG reagiert auf diese Spannungslage mehrfach und enthält Regelungen, die einen Ausgleich zwischen urheberrechtlichem Eigentum und dem Interesse der Allgemeinheit an der Nutzung wissenschaftlicher Leistungen schaffen sollen, s. das Zitatrecht in § 51 UrhG, § 60a UrhG speziell für die Hochschullehre sowie § 60c und § 60d UrhG für die

Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte im Rahmen der Forschung.¹³ Konzepte öffentlicher Wissenschaft streben jedoch eine Öffnung über die Schrankenregelungen des UrhG hinaus an.

a) Open Access

Eine zentrale Rolle kommt in den Rechtswissenschaften der Idee einer freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur zu, die unter dem Schlagwort „Open Access“ firmiert. Open Access zeichnet aus, dass mit der Veröffentlichung allen die Erlaubnis erteilt wird, das Open Access-veröffentlichte Dokument zu lesen, herunterzuladen, zu speichern, es zu verlinken, zu drucken und damit entgeltfrei zu nutzen.¹⁴ Unterschieden wird zwischen dem sog. goldenen und dem grünen Weg: Während beim goldenen Weg bereits die Erstveröffentlichung Open Access erfolgt, wird beim grünen Weg – häufig nach einer klassischen Verlagsveröffentlichung – auch ein Open-Access-Zugang eröffnet.¹⁵ § 38 Abs. 4 UrhG räumt hierfür ein Recht zur nichtkommerziellen Zweitveröffentlichung ein.

Open Access verfolgt die Idee neuer Finanzierungsformen für wissenschaftliche Literatur. Während bisher eine Nutzerfinanzierung vorherrschend ist, soll die Leserschaft künftig von Zugriffskosten befreit werden.¹⁶ Open Access ist damit auch eine Reaktion auf immer weiter ansteigende Abonnement-Gebühren für juristische Zeitschriften, die die Bibliotheksetats zu erschöpfen drohen und soll die Mehrfachsubventionierung hochschulischer Forschung beenden.¹⁷ Open Access fordert

10 S. auch zu den weitergehenden Gehalten des Begriffs *Hamann/Goller/Havemann* u.a., Handbuch Open Science, erschienen auf Wikibooks, abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Handbuch_Open_Science.

11 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (3); *Dobusch/Heimstädt*, Erst Offenheit gibt digitaler Bildung Richtung, Forum Wissenschaft 4/16, S. 21 (21), abrufbar unter [http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt\(2016\)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf](http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt(2016)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf); *Baer*, Braucht das Grundgesetz ein Update?, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, S. 92 (92); Allgemein zum Thema Gemeingüter näher *Helfrich*, Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter, 2009, abrufbar unter https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/Netzausgabe_Wem_gehoert_die_Welt.pdf; s. auch *Hofmann* (Hrsg.), Wissen und Eigentum, 2006, abrufbar unter <https://www.bpb.de/shop/buecher/schriftenreihe/36112/wissen-und-eigentum>.

12 S. nur *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 41 sowie 93 ff.; *Schmidt*, Open Access, 2016, S. 160 ff.

13 Die Auswirkungen dieser Vorschriften auf die Hochschullehre untersucht *Meyer* (Fn. 6), S. 224 passim.

14 Zum Begriff des Open Access *Eisentraut*, Open Access in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, 87 (87), abrufbar unter [http://](http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26494)

dx.doi.org/10.17169/refubium-26494; *Haug*, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, S. 89 (89), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/12_02_2019_haug_open_access_odw.pdf; zur Historie näher *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (1 f.); näher mit den möglichen Nutzungsrechten setzt sich auseinander *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 6/2013, S. 10 ff., abrufbar unter <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29488>.

15 *Ulmer/Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2013, Kapitel L Rn. 15; *Haug* (Fn. 14), S. 89 (89); *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, S. 137 (137 f.), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/19_goetting_lauber-roensberg_open-access_und_urheberrecht_2015.pdf.

16 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: *Festschrift Friedhelm Hufen*, 2015, S. 367 (369).

17 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (5).

damit zugleich die hergebrachten Geschäftsmodelle der etablierten Verlage heraus.¹⁸

b) Open Educational Resources

Eine weitere Teilmenge öffentlicher Wissenschaft¹⁹ stellen sog. „Open Educational Resources“²⁰ (OER) dar, die auf eine Öffnung der Lehre im Sinne einer freien Verfügbarkeit von Lehr- und Lernmaterialien abzielen.²¹ Für die Hochschullehre werden OER große Potentiale zugemessen.²² Mit ihnen lassen sich einerseits die Potentiale digitaler Bildung entfalten, andererseits ermöglichen OER eine neue Form der Zugänglichkeit von Bildungsangeboten: Sie erlauben die kollaborative Er- und Bearbeitung von Lehr- und Lernmaterialien durch Lehrende und Studierende gemeinsam und führen zu Qualitäts- und Effizienzgewinnen durch eine sinnvolle Nachnutzung bereits erstellter Materialien.²³ Dadurch kann die auch an Hochschulen oftmals nur knapp bemessene Zeit in die Verbesserung von Lern- und Lehrmaterialien investiert werden, anstatt in die Ausarbeitung immer wieder derselben grundlegenden Materialien. Die freie Nachnutzbarkeit ermöglicht es zudem, dass die Materialien in eine Vielzahl unterschiedlicher Lernangebote eingebunden werden können: Vom klassischen Lernen mit

einem gedruckten Lehrbuch, über das Lernen mit einer intelligent verlinkten Online-Ressource, bis hin zur Auseinandersetzung mit dem Lernstoff in interaktiven Onlinekursen oder über eine App.²⁴

2. Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft

Gerade das Thema Open Access ist sowohl in der Politik als auch an den Universitäten dabei, Mainstream zu werden. Ausgehend von der Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen v. 22.10.2003, die mittlerweile von 654 Institutionen unterzeichnet wurde,²⁵ befürwortet heute eine große Mehrheit der Hochschulleitungen eine Öffnung ihrer Forschung i.S.v. Open Access: 93,8 % der Hochschulleitungen stimmen zu, dass sie Open Access als Standard künftig fördern werden.²⁶ Ausdruck findet die Öffnung zudem in den Open-Access-Strategien der Hochschulen.²⁷ Auch die großen Forschungsorganisationen haben sich zu Open Access bekannt.²⁸

Und auch in der Politik ist das Thema Open Access angekommen. Eine Öffnung der Forschung wird von Seiten der Politik nicht nur stärker gefördert, sondern zunehmend auch gefordert.²⁹ Mehrere Bundesländer haben eigene Open-Access-Strategien verabschiedet.³⁰ Die

18 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (8); die Möglichkeit nachhaltiger Open-Access-Geschäftsmodelle betont *Rux*, Open Access im rechtswissenschaftlichen Verlag, in: Hamann/Hürlimann, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>; jedenfalls zugangskontrollierte Datenbanken werden in einer Open-Access-Zukunft keine Rolle mehr spielen, vgl. *Peukert* (Fn. 14), S. 6.

19 Im Sinne des verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriffs (vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 29.5.1973, Az.: 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html> Rn. 129), sollten auch Open Access und Open Educational Resources als Ausprägungen ein und desselben Gegenstandes verstanden werden; zum Verhältnis von Open Educational Resources und Open Access *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz*, Whitepaper Open Educational Resources (OER) an Hochschulen in Deutschland – Bestandsaufnahme und Potentiale 2015, S. 32, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/wp-content/uploads/Whitepaper-OER-Hochschule-2015.pdf>.

20 *Eisentraut*, Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, S. 93, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26489>; *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz* (Fn. 19), S. 10.

21 Näher zu den Definitionsansätzen *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz* (Fn. 19), S. 10.

22 *Eckhoff*, OER in der Hochschulbildung, OERinfo – Informationsstelle OER, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/dossierseite/?praxis=allgemein&bereich=hochschule>.

23 *Wikimedia Deutschland e. V.* (Hrsg.), Praxisrahmen für Open Educational Resources (OER) in Deutschland, 2016, S. 7, abrufbar unter http://mapping-oer.de/wp-content/uploads/2016/02/Praxisrahmen-fu%CC%88r-OER-in-Deutschland_Online.pdf.

24 Als weitere Teilmengen offener Wissenschaft kommt den Themen Open Data und Wissenschaftskommunikation für die Rechts-

wissenschaft Bedeutung zu, s. zu Open Data näher *Krausnick* (Fn. 16), S. 367 (368); *Eisentraut/Hamann*, Handbuchbeitrag Open Science und Rechtswissenschaft, Abschnitt Open Data als Praxis der Rechtswissenschaft, in: Handbuch Open Science, erschienen auf Wikibooks, abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Handbuch_Open_Science/_Rechtswissenschaft und zur Wissenschaftskommunikation *Weitze/Heckl*, Wissenschaftskommunikation, 2016 – passim. Zur zunehmenden Bedeutung von Open Data s. die „Sorbonne-Erklärung für offene Forschungsdaten“, abrufbar unter https://www.german-u15.de/presse/ressourcen-2020/20200130_Sorbonne-Declaration-on-Research-Data-Rights.pdf; für die Bedeutung der Wissenschaftskommunikation s. das Grundsatzpapier des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zur Wissenschaftskommunikation, November 2019, S. 3, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Grundsatzpapier_zur_Wissenschaftskommunikation.pdf.

25 Die Liste der Institutionen ist abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/3883/Signatories>.

26 *Stiftungsverband/Heinz Nixdorf Stiftung* (Fn. 1), S. 26.

27 S. nur beispielhaft die Open-Access-Strategie 2018 – 2020 der Freien Universität Berlin, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/FUDOCs_document_000000028882; zu sog. „Open-Access-Mandates“ der Hochschulen *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 15), S. 137 (138 f.).

28 Die Positionen finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

29 Zuletzt etwa *Karliczek*, Rede der Bundesministerin für Bildung und Forschung anlässlich des Forschungsgipfels 2018 in Berlin, abrufbar unter <https://anja-karliczek.de/rede-der-bundesministerin-fuer-bildung-und-forschung-anja-karliczek-anlaesslich-des-forschungsgipfels-2018-in-berlin/>.

30 Die Strategien sind verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

Zielvorgabe des Landes Berlin für den Umfang an Open-Access publizierten Zeitschriftenartikeln liegt in diesem Jahr bei 60 %.³¹ In Baden-Württemberg werden die Hochschulen sogar im Hochschulgesetz dazu angehalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitveröffentlichungen zu verpflichten. Auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat eine Open-Access-Strategie veröffentlicht.³²

Darüber hinaus richtet sich auch die europäische Wissenschaftslandschaft auf eine Öffnung ein.³³ In der Forschungsförderung Horizon 2020 ist die Open-Access-Publikation der geförderten Projektergebnisse verpflichtend.³⁴

Schließlich entstehen auch auf gesellschaftlicher Ebene Förderprogramme für Wissenschaftler*innen, die eine Öffnung ihrer Wissenschaft forcieren, etwa das von Wikimedia, dem Stifterverband und der Volkswagen-Stiftung getragene Open Science Fellowship, dessen Fellow der Autor dieses Beitrags im letzten Jahr sein durfte.³⁵

Im Bereich OER entsteht zurzeit eine weitreichende digitale Infrastruktur für das Angebot offener Bildungsmaterialien. Aktuell existieren sieben hochschulübergreifende Plattformen, die das Potential haben, zu digitalen Hochschulen zu werden. Herausgehoben seien an dieser Stelle die Plattform „Hamburg Open Online University“, die sich als offene Plattform für hochschulübergreifende Angebote und Lernprojekte der Hamburger Hochschulen begreift³⁶ und die VHB, die virtuelle Hochschule Bayern, auf der eingeschriebenen Studierenden

kostenfreie, digitale Ergänzungskurse angeboten werden und die sich kürzlich auch für die Allgemeinheit geöffnet hat.³⁷ Auch die Europäische Kommission plant eine Plattform für digitale Hochschulbildung, eine Art „European Digital University“.³⁸

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Dass Wissenschaft und Öffentlichkeit zwei Seiten einer Medaille sind, ist eigentlich auch in der Rechtswissenschaft keine neue Idee: In der Grundrechtsdogmatik wird die „Öffentlichkeit von Wissenschaft“ gar als Funktionsbedingung für den wissenschaftlichen Diskurs qualifiziert, um Überprüfbarkeit und Kritizierbarkeit zu gewährleisten.³⁹ Die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG wird insofern als Kommunikationsgrundrecht verstanden⁴⁰ und Wissenschaft als Kommunikationszusammenhang.⁴¹

Dennoch greifen die Rechtswissenschaftler*innen bei den neuen Instrumenten der Digitalisierung nicht beherzt zu, um ihre Forschung und Lehre nun endlich einer weiterreichenden Öffentlichkeit zuzuführen.

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

Offene Lehrmaterialien sind bisher „nicht aus der ‚idealistischen Wolke‘ in der Praxis der Hochschulen angekommen (...), wenn auch engagierte Einzelpersonen und bestimmte Institutionen daran arbeiten“⁴². Die digitalisierte Lehre fristet ein Nischendasein.⁴³ Wirklich offene Lehrprojekte lassen sich bisher an einer Hand abzählen. Erste Leuchtturmprojekte zeigen indes die Potentia-

31 Senat von Berlin, Open-Access-Strategie für Berlin, Drucksache 17/2512 v. 21.10.2015, S. 5, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26319>.

32 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung 2016, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Open_Access_in_Deutschland.pdf.

33 Die europäischen und internationalen Positionen zu Open Access finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

34 S. die Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 v. 21.3.2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf.

35 Nähere Informationen zum Fellow Programm finden sich unter https://de.wikiversity.org/wiki/Wikiversity:Fellow-Programm_Freies_Wissen.

36 Erreichbar unter <https://www.hoou.de/>.

37 S. <https://www.vhb.org/open-vhb/>; weitere Plattformen sind benannt in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage zur Planung und Ausgestaltung einer europäischen Plattform für digitale Hochschulbildung, BT-Drs. 19/10106 v. 10.5.2019, S. 6, abrufbar unter <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/101/1910106.pdf>.

38 Aktionsplan für digitale Bildung, Mitteilung der Europäischen

Kommission v. 17.1.2018, COM(2018) 22 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=DE>.

39 Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (4); Gurlit, Transparenz in der Hochschulforschung, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 343 (343); Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 142 (184 ff.), abrufbar unter <https://www.degruyter.com/downloadpdf/books/9783110927832/9783110927832.146/9783110927832.146.pdf>; Weingart, Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, 2005, S. 9 ff.; auf das Wesen der Wissenschaft als „Gespräch, das über alle räumlichen und zeitlichen Grenzen hinweg geführt wird“ weist bereits hin Kimminich, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1985, S. 116 (117).

40 Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 111 (Stand: 88. Lfg. August 2019).

41 S. nur Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 55, abrufbar unter <https://www.infodata-edepot.de/volltext/aeuintrag/10497.pdf>.

42 Deimann/Neumann/Muuf-Merholz (Fn. 19), S. 15; s. auch Eisentraut (Fn. 20), S. 93.

43 Zwickel (Fn. 3), S. 881 (884); der zeitweise prekäre Zugang zu Ausbildungsliteratur während der Corona-Krise hat die Bedeutung offen zugänglicher Lehrmaterialien unterstrichen, vgl. Eisentraut (Fn. 6).

le offener Lehre für die Rechtswissenschaft auf: Ein Projekt an der *Bucerius Law School* etwa hat offen lizenzierte Lehrvideos zu Grundfragen des Verwaltungsrechts produziert und offen lizenziert online gestellt.⁴⁴ Über die Videos hinaus haben die Studierenden Wissenstests und teilweise auch Skripten erstellt, sodass eine medienübergreifende Lernumgebung entsteht.

Die *Ludwig-Maximilians-Universität München* bietet ein Portal für E-Learning an, das insbesondere mit online abrufbaren Podcasts von Vorlesungen heraussticht.⁴⁵ Die *WWU Münster* bietet mit dem Modul „unirep PLUS“ digitale Lernressourcen einschließlich Online-Lektionen an, die jedoch nur für Studierende der WWU zugänglich sind.⁴⁶ Beide Universitäten wurden dafür kürzlich mit dem Digital Award 2019 ausgezeichnet.⁴⁷

Der Verfasser dieses Beitrags ist Herausgeber des ersten offen lizenzierten und damit zur Nachnutzung kostenlos zur Verfügung stehenden Lehrbuchs und eines das Lehrbuch begleitenden Fallrepetitoriums zum Verwaltungsrecht. Neben der Verlagsveröffentlichung im Print und zum kostenlosen digitalen Download⁴⁸ sind beide Bücher auch online auf Wikibooks verfügbar,⁴⁹ was es möglich macht, die von der *Bucerius Law School* erstellten Videos in den Lehrbuchcontent einzubinden. Solchen sog. MOOCs (Massive Open Online Courses) werden große Potentiale für die Hochschulbildung zugemessen.⁵⁰

b) Offene Forschung in der Rechtswissenschaft

Während das Thema Open Access immerhin in den rechtswissenschaftlichen Debatten angekommen ist,⁵¹ fehlt es auch hier noch einem nennenswerten Rückgriff auf diese Form der Publikation. Es gibt zwar Open-Access-Zeitschriften;⁵² nur den wenigsten ist es jedoch bisher gelungen, ein den etablierten, im Subskriptionsmodell erscheinenden Zeitschriften vergleichbares Standing zu erlangen.⁵³ Erfolgreicher sind neue Formate wie Blogs und Podcasts, die von Beginn an auf eine weitreichende Öffentlichkeit im Digitalen gesetzt haben. Im öffentlichen Recht konnten sich etwa der *JuWissBlog*,⁵⁴ der *Verfassungsblog*⁵⁵ sowie der *Völkerrechtsblog*⁵⁶ etablieren. Daneben existieren Preprintserver und universitäre Repositorien, die in der Rechtswissenschaft jedoch bisher weitgehend ein Schattendasein führen.⁵⁷

c) Vorbehalte

Warum tut sich die Rechtswissenschaft so schwer mit dem Aufbruch ins neue digitale Zeitalter?

aa) Fachkultur und Reputation

Einen zentralen Faktor bildet die bisher fehlende Fachkultur: Open Science ist trotz aller politischen Bemühungen in der Rechtswissenschaft bisher ein Nischenthema; offene Veröffentlichungsformen sind nicht bereits

44 Die Videos können hier abgerufen werden: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLPJgLCewWmcNR6yf5VaN8AdrxAdGEe5jM>; es steht nicht zu befürchten, dass Videoangebote die klassische Lehre im Hörsaal vollständig verdrängen werden, allein schon weil aufgezeichnete Vorlesungen eine Interaktion mit dem Dozierenden nicht erlauben; vielmehr erweitern solche Angebote die Möglichkeiten medienübergreifenden Lernens, vgl. *Zwickel* (Fn. 3), S. 881 (885).

45 Das Angebot findet sich unter <https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/e-learning/index.html>; die Verknüpfung zur Virtuellen Hochschule Bayern weist jedoch noch keinerlei Kursangebote auf.

46 Abrufbar unter https://www.unirep-online.de/goto_unirep_cat_591.html.

47 S. näher zur Digital Study 2019 <https://lex-superior.com/digital-study/>.

48 Das Lehrbuch „Verwaltungsrecht in der Klausur“ kann kostenlos über die Verlagshomepage von De Gruyter unter https://www.degruyter.com/view/title/565392?tab_body=toc-62810 und das Fallrepetitorium über die Verlagshomepage des Carl Grossmann Verlags unter <http://www.carlgrossmann.com/?p=11914> heruntergeladen werden.

49 Abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur.

50 *Zwickel* (Fn. 3), S. 881 (884 f.); kritisch aber in Hinblick auf die oft restriktive Lizenzierung *Dobusch/Heimstädt*, (Fn. 11) S. 21 (24); s.

zum Thema MOOCs auch einführend *Botta* (Fn. 5), S. 37 ff.

51 S. nur *Hamann/Hürlimann*, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>; *Wildgans*, Zuckerbrot oder Peitsche? – Ein Plädoyer für Open Access im juristischen Publikationswesen, ZUM 2019, 21, abrufbar unter <https://osf.io/e5v7w/>; *Eisentraut* (Fn. 14), S. 87; *Schmidt* (Fn. 12) – passim; *Krausnick* (Fn. 16), S. 367; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1, *Steinhauer* (Fn. 41) passim.

52 Eine Liste findet sich bei *Eisentraut/Hamann* (Fn. 24), Abschnitt Open Access als Praxis der Rechtswissenschaft.

53 Erfolgreiche Open-Access-Zeitschriften stellt der von Hamann/Hürlimann herausgegebene Tagungsband „Open Access in der Rechtswissenschaft“ (Fn. 51) vor.

54 Erreichbar unter <https://www.juwiss.de/>.

55 Erreichbar unter <https://verfassungsblog.de/>.

56 Erreichbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/>; dazu *Kunz/Riegner/Schmalz*, Diskurse öffnen, Grenzen überwinden: Der Völkerrechtsblog als Plattform für globale Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, in: *Hamann/Hürlimann* (Fn. 51).

57 In den Naturwissenschaften spielt der Preprintserver arXiv.org eine bedeutende Rolle; zum Aufschwung der Preprint-Server *Schmeja*, Beitrag auf dem TIB-Blog v. 27.3.2017, abrufbar unter <https://blogs.tib.eu/wp/tib/2017/03/27/der-aufschwung-der-preprint-server/>.

etabliert und setzen daher ein proaktives Verhalten voraus. Dieser Kulturwandel vollzieht sich nur langsam.⁵⁸ Denn die kommerzielle Veröffentlichung in etablierten Verlagen und Zeitschriften bildet auch heute noch einen wesentlichen Faktor für die Reputation von Rechtswissenschaftler*innen.⁵⁹ Obwohl es für die fachliche Qualität einer Veröffentlichung natürlich nicht darauf ankommt, wo sie veröffentlicht wird, spielt für die Reputation auch der Publikationsort eine zentrale Bedeutung. Denn nicht allein die wissenschaftliche Qualität einer Veröffentlichung entscheidet über ihren Erfolg; ganz wesentlich kommt es auch auf die soziale Akzeptanz im wissenschaftlichen Diskurs an.⁶⁰ Hierbei erfüllen die schon etablierten und traditionell im Closed Access publizierenden Verlage und Zeitschriften eine „Gatekeeper“- oder auch Filterfunktion:⁶¹ Wer dort veröffentlicht, wird von der „scientific community“ wahrgenommen und ernst genommen. Zugespitzt formuliert: „Journale machen Karrieren!“⁶² Der insbesondere in den Naturwissenschaften sogar mathematisch berechnete sog. Impact Faktor einer Zeitschrift wirkt in der Rechtswissenschaft auch ganz ohne Zahlenunterbau.⁶³ Während für Studierende noch im Wesentlichen zählt, welches Lehrbuch einen Inhalt am besten erklären kann, sind Rechtswissenschaftler*innen schnell in der Lage, eine rein an Reputation ausgerichtete „Rangliste“ der angesehensten Verlage und Zeitschriften zu erstellen.⁶⁴ Verlage funktionieren insoweit wie Marken: Der Markenname allein reicht bereits, damit sich eine Veröffentlichung unter der Vielzahl konkurrierender Publikationen absetzt, mehr Aufmerksamkeit erhält und zu einem Reputationsgewinn führt.

bb) Ökonomische Erwägungen

Ein weiterer zentraler Einwand gegen Open Access und OER in der Rechtswissenschaft ist die ökonomische Rationalität der Wissenschaftler*innen: Für Aufsatzpublikationen gibt es häufig ein Honorar, während die Pub-

likation in Open-Access-Zeitschriften entweder kostenlos erfolgt oder von den Autor*innen sogar zusätzliche Mittel für die Veröffentlichung eingeworben werden müssen. Zur guten Finanzausstattung der traditionellen Verlage tragen dabei nicht nur die Bibliotheken bei, sondern auch die Rechtspraxis, also Anwaltschaft und Gerichte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtspraxis nicht weiterhin zugunsten der Wissenschaftler*innen an der Finanzierung der Forschung beteiligt werden sollte.⁶⁵ Open Access auf dem goldenen Weg wird sich deshalb nur dann durchsetzen können, wenn gemeinsam mit der Rechtspraxis neue Formen der Finanzierung von Open-Access-Publikationen gefunden werden, bei der auch die Autor*innen für ihre Arbeit finanziell entlohnt werden.⁶⁶

Auch für die Produktion von Ausbildungsliteratur werden die Wissenschaftler*innen an den Verlagsgewinnen beteiligt. Auch hier besteht insofern ein monetärer Anreiz zum Verharren in hergebrachten Strukturen, soweit keine neuen Anreize geschaffen werden, auf eine Kommerzialisierung zulasten der Studierenden zu verzichten.

III. Lösungsansätze

Wie also könnte auf diese Vorbehalte reagiert und die Rechtswissenschaft zur digitalen Öffnung bewegt werden?

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

Um dem Übertritt in das neue Zeitalter einer öffentlichen Wissenschaft den nötigen Spinn zu geben, kam man in Baden-Württemberg auf die Idee, die Hochschulen qua Änderung des Baden-Württembergischen Hochschulgesetzes nach § 44 Abs. 6 BWLHG dazu anzuhalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitverwertungen in Anlehnung an die

58 „Umdenkprozesse“ hält auch für erforderlich *Gurlit* (Fn. 39), S. 343 (353); skeptisch gegenüber einem grundlegenden Wandel *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (7); einen flächendeckenden Systemwechsel hält erst langfristig für möglich *Peukert* (Fn. 14), S. 5; vom „Henne-Ei-Problem“ spricht *Sosnitza*, Google Book Search, Creative Commons und Open Access – Neue Formen der Wissensvermittlung in der digitalen Welt, RW 2010, S. 225 (238).

59 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (90); der Begriff Reputation dient insofern als „Chiffre für die fachliche Qualität eines Wissenschaftlers“, *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 188; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (7).

60 *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), S. 369 f.; von Pfad- und Strukturabhängigkeiten spricht *Peukert* (Fn. 14), S. 4; zur Bedeutung des Publikationsortes auch *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 174 f.

61 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (90); vgl. auch *Müßig*, „Ein Knauf als Tür“:

Open-Access-Verpflichtung durch Forschungsförderung vs. Gemeinfreiheitsgrenzen digitaler Wissenschaftskommunikation, JZ 2015, S. 221 (227).

62 *Ziegler*, Die Bedeutung der Verlage wandelt sich, *Forschung&Lehre* v. 8.6.2019, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/die-bedeutung-der-verlage-wandelt-sich-1841/>.

63 Näher zur Relevanz von Metriken für juristische Karrieren *Hammann/Hürlimann*, Open Access – Was soll das?, in: dies. (Fn. 51), S. 3 (11 ff.).

64 *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), S. 192.

65 Diesen Punkt betont auch *Rux* (Fn. 18), S. 70 (71).

66 Über die bisher bestehenden Geschäftsmodelle für Open-Access-Publikationen informiert <https://open-access.net/informationen-zu-open-access/geschaeftsmodelle/>.

Schrankenregelung des § 38 Abs. 4 UrhG und damit zum grünen Weg zu verpflichten.⁶⁷ Das Hochschulgesetz spricht selbst von Zweitveröffentlichung, was jedoch ungenau ist, weil das urheberrechtlich geschützte Recht zur Veröffentlichung nur die Erstveröffentlichung erfasst; weitergehende Verwendungen des einmal publizierten Inhalts stellen urheberrechtlich nur noch Verwertungen der Erstpublikation dar, sodass im Folgenden von Zweitverwertung die Rede sein soll.⁶⁸

Der Aufforderung des Landesgesetzgebers ist die *Universität Konstanz* mit einer Satzungsregelung nachgekommen.⁶⁹ Danach werden die Voraussetzungen erfüllende Publikationen nach Ablauf der Jahresfrist auf dem universitätseigenen Repositorium hochgeladen sowie kostenlos und öffentlich zugänglich der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Gegen die Regelung haben mehrere Professoren der *Universität Konstanz*⁷⁰ einen Normenkontrollantrag vor dem VGH Mannheim gestellt, der vom VGH nunmehr dem BVerfG vorgelegt wurde.⁷¹

Die Verpflichtung, wissenschaftliche Ergebnisse zugänglich zu machen, ist zwar keine gänzlich neue Idee des Gesetzgebers: Die Hochschulgesetze der Länder sehen schon jetzt verfassungsrechtlich unbedenkliche Publikationspflichten vor, insbesondere für Drittmittelforschung, aber auch darüber hinaus.⁷²

Besondere Aufmerksamkeit erfährt die Baden-Württemberger Regelung jedoch deshalb, weil die Zweitverwertung Open Access erfolgen muss. Den Wissenschaftler*innen wird also einerseits das Recht genommen, über die Zweitverwertung autonom zu ent-

scheiden; andererseits wird zugleich eine Entscheidung über die Form der Verwertung getroffen, wonach der Inhalt jedem offen zur Verfügung gestellt werden muss. Der so als Zwang formulierte Anspruch der Politik an eine freie Verbreitung von steuerfinanzierten wissenschaftlichen Erkenntnissen gerät in Konflikt mit zentralen grundrechtlichen Verbürgungen und auch mit dem Europäischen Unionsrecht.

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

Eine erste Achillesferse landesrechtlicher Zweitverwertungspflichten ist die grundgesetzliche Kompetenzordnung. Dies deshalb, weil der Schwerpunkt der Regelung⁷³ vom VGH im Urheberrecht gesehen wird, das nach den Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Bundeskompetenz zugewiesen ist.⁷⁴ Wohl nicht zu bezweifeln ist, dass mit einer Zweitverwertungspflicht überhaupt das Urheberrecht berührt wird, weil die Regelung die sich an die Urheberschaft anschließenden Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG betrifft.⁷⁵

Die Norm ist jedoch im Schwerpunkt – wie auch vom Landesgesetzgeber angenommen⁷⁶ – dem in der Landeskompetenz liegenden Recht des Hochschulwesens zuzuordnen. Denn sie betrifft schwerpunktmäßig die Verbreitung der von dem wissenschaftlichen Personal der Hochschulen veröffentlichten Werke. Es geht bei der Regelung zwar auch um das Verwertungsrecht der Wissenschaftler*innen, im Schwerpunkt jedoch um eine Ausgestaltung der Forschungspraxis,⁷⁷ wenn mit dem Gesetz der Zugang zu wissenschaftlichen Informationen erleichtert werden soll. Zugleich werden Pflichten der

67 Näher zum Hintergrund *Hartmann*, Zwang zum Open Access-Publizieren? Der rechtliche Präzedenzfall ist schon da!, *LIBREAS. Library Ideas*, 32 (2017), S. 1, abrufbar unter <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/19845/hartmann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; s. auch *Höpfner/Amschewitz*, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open Access-Kultur und Urheberrecht, *NJW* 2019, S. 2966 (2966).

68 Darauf hinweisend *Schulze* (Fn. 12), § 38 Rn. 25.

69 Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gem. § 38 IV UrhG, Satzung Nr. 90/2015; abrufbar unter https://www.uni-konstanz.de/typo3temp/secure_downloads/60959/0/4dba8009a4125316f7fa4c33872edd6f0ff01669/SatzungZweitveroeffentlichungsrecht.pdf.

70 Der offene Brief von *Theile* im Namen des Professoriums des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Universität Konstanz* ist abgedruckt in *Löwisch*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, *OdW* 2016, 135, abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/14_loewisch_konstanzer-juristenfakultaet_verweigert_zweitveroeffentlichungspflicht_odw_2016.pdf.

71 VGH Mannheim, Beschluss v. 26.9.2017, Az.: 9 S 2056/16, abrufbar unter http://lrwb.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843 = *VBIBW* 2018, 166 = *ZUM* 2018, 211.

72 *S. Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, 4. Kapitel Rn. 165; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (16); *Steinhauer* (Fn. 41), S. 57 f.; differenzierend hingegen *Schmidt* (Fn. 12), S. 81 ff., die die Pflichtenregelung im Berliner Hochschulgesetz für unverhältnismäßig hält.

73 Zur Schwerpunkttheorie des BVerfG vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998, Az.: 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 251 ff., abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097228.html>.

74 VGH Mannheim (Fn. 71), Rn. 77 ff.; ebenso *Haug* (Fn. 14), S. 89 (92); *Schmidt* (Fn. 12), S. 246 f.; *Krausnick* (Fn. 16), S. 367 (375 und 378).

75 *VGH Mannheim* (Fn. 71), Rn. 81; dies bezweifelt jedoch die Antragsgegnerin, a.a.O. Rn. 44; Hintergrund dieser Rechtsauffassung ist die im Urheberrecht vertretene Differenzierung zwischen Form und Inhalt bei der Gewährung von Urheberrechtsschutz, näher *Schmidt* (Fn. 12), S. 163 ff. sowie *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 15), S. 137 (141).

76 LT-Drs. 15/4684, S. 215 f., abrufbar unter https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP15/Drucksachen/4000/15_4684_D.pdf.

77 Zur Zuweisung der Ausgestaltung von Forschung und Lehre zur Landeskompetenz *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 70 Rn. 103 (Lfg. 53 Oktober 2008).

Hochschulmitglieder statuiert, wofür allein das Hochschulrecht der Länder berufen ist.⁷⁸

b) Vereinbarkeit mit Art 5 Abs. 3 S. 1 GG

In materieller Hinsicht geraten Open-Access-Zweitverwertungspflichten in eine Spannungslage mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

aa) Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch die sog. „Publikationsfreiheit“, also die Freiheit nach eigener Beurteilung der Veröffentlichungsreife, des Veröffentlichungsorgans und des Veröffentlichungszeitpunktes darüber zu entscheiden, wissenschaftliche Erkenntnisse der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.⁷⁹ Davon umfasst ist die Entscheidung über das „wie“ und „wann“, über das „wo“ sowie über das „ob“ der Veröffentlichung.⁸⁰ In ihrer Ausgestaltung als Abwehrrecht umfasst die Publikationsfreiheit zudem das Recht, nicht zu publizieren.⁸¹

bb) Eingriff

Weder Open-Access-Erstveröffentlichungs-, noch Zweitverwertungspflichten greifen in diese negative Publikationsfreiheit ein.⁸² Denn die Open-Access-Verpflichtung trifft keine Aussage über eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung, sagt also nicht, „ob“ veröffentlicht werden muss, sondern knüpft nur an das „wie“ der Veröffentlichung die Bedingung, dass diese Open Access zu erfolgen habe.⁸³

Auch auf das „wie“ der Erstveröffentlichung wirkt sich die Zweitverwertungspflicht nicht aus. Eine mit der Pflichtenregelung begründete verlagsseitige Ablehnung

eines Publikationswunsches wäre in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG unzulässig.⁸⁴ Aufgrund dieses Zweitverwertungsrechts müssen alle Verlage eine potentielle Zweitverwertung bereits in ihre Kalkulation einbeziehen, sodass durch die baden-württembergische Regelung auch nicht die Gefahr besteht, dass den von der Pflicht betroffenen Wissenschaftler*innen schlechtere finanzielle Konditionen für die Publikation geboten werden.⁸⁵

Ein Eingriff kann jedoch deshalb bejaht werden, weil sich eine Zweitverwertungspflicht auf die Publikationsrezeption auswirken kann.⁸⁶ Eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht berührt zudem das „wo“ der Publikationsfreiheit, weil in das Recht der Wissenschaftler*innen eingegriffen wird, über den Ort der Zweitverwertung frei zu disponieren, wenn ein Upload des Beitrags auf dem universitären Repositorium erfolgt.⁸⁷

cc) Rechtfertigung

Damit ist die Frage nach den Möglichkeiten einer Rechtfertigung von Open-Access-Zweitverwertungspflichten aufgeworfen. Die Wissenschaftsfreiheit steht nur unter dem Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken.⁸⁸ Als eingriffslegitimierendes Parlamentsgesetz steht § 44 Abs. 6 LHG BW Pate,⁸⁹ in dem jedoch auch verfassungsimmanente Wertungen zum Ausdruck kommen müssten. Nicht ausreichend wäre es daher, wenn mit der Norm bloß gesellschaftspolitische Ziele verfolgt würden.⁹⁰ Der Idee der freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur müsste vielmehr verfassungsrechtlicher Rang zukommen, um eine Verpflichtung der Wissenschaft rechtfertigen zu können.⁹¹

78 S. das Vorbringen der Antragsgegnerin im Verfahren vor dem VGH Mannheim (Fn. 71), Rn. 42 ff.; Peukert (Fn. 14), S. 7 f.; i.E. ebenso Steinhauer (Fn. 41), S. 34 f.

79 Gärditz (Fn. 40), Art. 5 Abs. 3 Rn. 111.

80 Vgl. Gärditz (Fn. 40), Rn. 111 ff.; Schmidt (Fn. 12), S. 50; Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, S. 179 (191), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf; anders aber Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, S. 436 (441), die nur Publikationspflichten an wissenschaftsinadäquaten Veröffentlichungsorten als schutzbereichseröffnend ansehen; anders auch Peukert (Fn. 14), S. 19 ff.

81 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191); Gärditz (Fn. 40), Rn. 103 sowie Rn. 113; auch dies ist nicht unbestritten geblieben, den Streitstand stellt dar Schmidt (Fn. 12), S. 50 ff.; s. zur a.A. Bäuerle (Fn. 7), S. 1 (14) sowie Pernice, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 28.

82 Peukert (Fn. 14), S. 19; so wohl auch Fehling (Fn. 80), S. 179 (212).

83 A.A., aber ohne nähere Begründung Krausnick (Fn. 16), S. 367

(378); undeutlich Haug (Fn. 14), S. 89 (92 f.).

84 Diese Gefahr sehen aber Haug (Fn. 14), S. 89 (93); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (379); Steinhauer (Fn. 41), S. 60.

85 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191).

86 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191).

87 Vgl. Steinhauer (Fn. 41), S. 59.

88 Gärditz (Fn. 40), Rn. 151; Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

89 Zum Erfordernis Gärditz (Fn. 40), Rn. 152.

90 Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

91 Hier nicht vertieft, weil bisher nicht realisiert, wird die Rechtfertigung einer Verpflichtung zur Open-Access-Bereitstellung von Lehrmaterialien; hierfür kommt Art. 12 Abs. 1 GG als legitimierendes Grundrecht der Studierenden in Betracht, vgl. Gärditz (Fn. 40), Rn. 162; BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143, Rn. 58, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141143.html>; s. zur Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zu digitalen Lehrveranstaltungen in Zeiten von Corona auch Dorf/Hartmer, Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?, Forschung&Lehre v. 3.4.2020, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehrer-dienstpflicht-2667/>.

(1) Art. 5 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension

Dafür in Betracht kommt Art. 5 Abs. 3 GG selbst in seiner objektiv-rechtlichen Dimension.⁹² In dieser Dimension schützt die Wissenschaftsfreiheit die Funktionsfähigkeit und Effizienz der Wissenschaft und kann dafür auch Freiheitsbeeinträchtigungen gegenüber den Wissenschaftler*innen legitimieren.⁹³

Ausprägung der Schutzfunktion ist auch die Förderung der Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse.⁹⁴ Nicht erforderlich ist es dafür jedoch, dass ohne Zweitverwertungspflicht erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen drohten und die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse einzubrechen droht.⁹⁵ Auch für die Rechtfertigung von Evaluationspflichten ist nicht etwa erforderlich, dass Lehre nahezu nicht mehr ordnungsgemäß stattfindet, sondern „nur“, dass die Qualität der Lehre sichergestellt werden soll.⁹⁶

Den freien Fluss forschungsrelevanter Informationen fördernde Maßnahmen können schon dann auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden, wenn eine Open-Access-Verpflichtung die Wissenschaftsfreiheit in Hinblick auf die Zugänglichkeit forschungsrelevanter Publikationen stärken kann.⁹⁷ Der Umweg über eine kommerzielle Verlagsveröffentlichung führt sowohl zu zeitlichen und ökonomischen Restriktionen bei der Publikation als auch bei der Rezeption, gerade auch in Anbetracht der im juristischen Publikationswesen zu beobachtenden Preissteigerungen.⁹⁸ Maßnahmen zugunsten einer freien Zugäng-

lichkeit von Forschungsliteratur können somit auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.⁹⁹

(2) Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht anderer Wissenschaftler*innen

Auch das aus der Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler*innen fließende Recht auf Zugang zu Forschungsergebnissen kann als rechtfertigende Verfassungswertung herangezogen werden.¹⁰⁰

(3) Informationsfreiheit

Fraglich ist hingegen, inwieweit die aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fließende Informationsfreiheit zugunsten von Open-Access-Verpflichtungen effektiviert werden kann. Zwar wird dem Grundrecht überwiegend kein Anspruch auf Zugänglichmachung von Informationen entnommen.¹⁰¹ Den Gesetzgeber trifft aber jedenfalls dann eine Schutzpflicht, wenn es zu Struktur- und Konzentrationseffekten auf dem Medienmarkt kommt, die Informationsmonopole befürchten lassen.¹⁰² Ob ein solcher die Schutzpflicht auslösender Status für die Rechtswissenschaft indes erreicht ist, ist zu bezweifeln. Die Verlagslandschaft kann als (noch) hinreichend diversifiziert gelten.¹⁰³ Mithin lässt sich die Informationsfreiheit (vorerst) nicht heranziehen, um Open-Access-Verpflichtungen zu rechtfertigen.

(4) Staatliche Finanzierung

Fraglich ist auch, ob die staatliche Finanzierung der Forschung als Gegenspieler der Wissenschaftsfreiheit her-

92 Gärditz (Fn. 40), Rn. 154; Fehling (Fn. 80), S. 179 (197); zurückhaltend hingegen Krausnick (Fn. 16), S. 367 (374); ebenso Sandberger, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens, Open Access und Wissenschaftsschranke, Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (80) abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/11_2017_02_sandberger_die-zukunft-des-wissenschaftlichen-publizierens_odw.pdf.

93 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); Gärditz (Fn. 40), Rn. 154.

94 Haug (Fn. 14), S. 89 (93).

95 So aber Haug (Fn. 14), S. 89 (94); im Einzelnen ist umstritten, ab wann die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit Eingriffe in das Abwehrrecht legitimieren kann; differenzierend Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

96 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143 Rn. 58, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141143.html>; Gärditz (Fn. 40), Rn. 155; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Evaluationspflichten auch zuletzt VGHW, Urt. v. 19.12.2019, Az.: 9 S 838/18, abrufbar unter http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=30323.

97 Dies jedenfalls für Förderbedingungen bejahend Fehling (Fn. 80), S. 179 (198), a.A. Haug (Fn. 14), S. 89 (93).

98 Hamann/Hürlimann (Fn. 63), S. 3 (28); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (11).

99 Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (10 f.); Vgl. auch Peukert (Fn. 14), S. 20.

100 Steinhauer (Fn. 41), S. 71 f. spricht hier von „Recherchefreiheit“; Dieses Interesse referenziert auch Schulze (Fn. 12), § 48 Rn. 25; Peukert (Fn. 14), S. 21; Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (14), der diese Problematik auf der Ebene des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit ansiedelt; a.A. Schmidt (Fn. 12), S. 93.

101 Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 1021 (Stand: 85. Lfg. November 2018); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (375); Fehling (Fn. 80), S. 179 (198).

102 Fehling (Fn. 80), S. 179 (198 f.); enger Grabenwarter (Fn. 101), Rn. 1022, der demokratiegefährdende Konzentrationstendenzen verlangt.

103 Vgl. Rux (Fn. 18), S. 70 (71); Die Anwendbarkeit der Informationsfreiheit dennoch befürwortend Fehling (Fn. 80), S. 179 (199); von einer Monopolstruktur gehen aus Hamann/Hürlimann (Fn. 63) S. 3 (22), die die jeweiligen Artikel bzw. die gesamte Fachzeitschrift als Monopolprodukt qualifizieren; indes sind die jeweiligen rechtlichen Inhalte gerade nicht unter dem Urheberrecht monopolisierbar, vgl. Schulze (Fn. 12), § 2 Rn. 93; dass die Bibliotheken Zeitschriften möglichst umfassend erwerben, liegt an ihrem Aufgabenzuschnitt.

angezogen werden kann.¹⁰⁴ Zwar verlangen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG auch Geltung gegenüber verbeamteten Hochschullehrer*innen und kommen als Rechtfertigungsgrund in Betracht.¹⁰⁵ Dies gilt jedoch nur in Hinblick auf nichtwissenschaftliche Dienstaufgaben, die äußere Form der Dienstleistung und die Einhaltung allgemeiner Regeln, während der Zugriff auf Wissenschaftsinhalte verwehrt ist.¹⁰⁶ Eine Verfügungsbefugnis des Staates über die Forschungsergebnisse der Wissenschaftler*innen ist daher abzulehnen;¹⁰⁷ gleiches gilt für eine Anbietungspflicht gegenüber dem Dienstherrn von in der Dienstzeit entstandenen Werken.¹⁰⁸

(5) Abwägung

Die kollidierenden Verfassungsgüter (also die Wissenschaftsfreiheit im Dreiecksverhältnis Autor*in – andere Wissenschaftler*innen – objektiv-rechtliche Dimension) sind im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.¹⁰⁹

Fraglich ist dabei insbesondere, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Wissenschaft erforderlich und angemessen sind.

So wird bezweifelt, ob eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht überhaupt nötig sei, da sich der Status quo in den Rechtswissenschaften deutlich von der Situation in anderen Fachbereichen unterscheidet: Während etwa in den Naturwissenschaften der Zugang zu Forschungsliteratur aufgrund von Monopolstrukturen als mitunter prekär qualifiziert werden könne,¹¹⁰ sei in der Rechtswissenschaft bisher die Funktionsfähigkeit gewahrt.¹¹¹ Dieser These ist jedoch begründet entgegen getreten worden: Eine Erhebung unter 35 rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften hat ergeben, dass auch in der deutschen Rechtswissenschaft erhebliche und schnelle Steigerungen der Zeitschriftenpreise erfolgt

sind.¹¹² Dies hat auch Auswirkungen auf die Bibliotheksextats, weshalb Bibliotheken durchaus in der Bereitstellung des Zugangs zu Fachliteratur eingeschränkt sind.¹¹³

In Hinblick auf die Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflicht nur um eine Zweitverwertungspflicht handelt. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wiegt also weniger schwer, als wenn eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht normiert worden wäre. Für ein nur sehr leichtes Gewicht des Eingriffs spricht zudem, dass von der Zweitverwertungspflicht betroffene Veröffentlichungen zuvor in Closed-Access-Zeitschriften publiziert wurden; hierbei werden in der Regel sämtliche Verwertungsrechte an den Verlag abgetreten. Die von der Zweitverwertungspflicht betroffenen Wissenschaftler*innen hätten also auch ohne die Pflicht gar nicht das Recht, außerhalb der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG über die Zweitverwertung zu disponieren.

Andererseits muss eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht aber den berechtigten Interessen der Wissenschaftler*innen Rechnung tragen und darf etwa dann nicht statuiert werden, wenn erstveröffentlichte Erkenntnisse überholt sind oder sich als falsch herausgestellt haben, die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist oder die Publikation Rechte Dritter verletzt; hierauf nimmt § 4 Abs. 1 der Konstanzer Satzung auch Rücksicht. § 44 Abs. 6 S. 2 LHG BW schafft die Grundlage, um den in der Wissenschaft Tätigen die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte Mitwirkung bei der Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung im Rahmen des Erlasses einer Hochschulsatzung zu ermöglichen.¹¹⁴ Auch wurden mittlerweile mit den Repositorien der Hochschulen wissenschaftsadäquate Open-Access-Publikationsinfrastrukturen – jedenfalls für Open-Access-Zweitveröffentlichungen – geschaffen.¹¹⁵ Damit stellt sich die Open-Access-Zweitverwertungspflicht – jedenfalls in der Ausgestaltung

104 Dass die Finanzierung durch Personal- und Sachmittel der öffentlichen Hand erfolgt, ist ein regelmäßig zugunsten von Open Access vorgetragenes Argument, s. nur *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (5).

105 *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 176.

106 *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 176.

107 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (93).

108 *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 67), S. 2966 (2970); *Schmidt* (Fn. 12), 1. Teil Kapitel 2 und 3 sowie 2. Teil Kapitel 1 passim; *Steinhauer* (Fn. 41), S. 26 ff.; vertiefend auch *Lutz* (Fn. 60), S. 207 ff.

109 Zur praktischen Konkordanz allgemein *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, *Der Staat* 2014, 263; für Art. 5 Abs. 3 GG s. *Pernice*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 42; *Schübler-Pfister*, in: *Gärditz/Pahlow* (Hrsg.), *Hochschulerfinderrecht*, 2011, Teil 1 Rn. 22.

110 Zahlen finden sich bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 80), S. 436 (437).

111 In diese Richtung für die Rechtswissenschaft *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 158 Fn. 9; ebenso *Haug* (Fn. 14), S. 89 (94).

112 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 63) S. 3 (22 ff.).

113 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 63) S. 3 (29).

114 Zu den Mitwirkungsrechten vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 5.2.2020, Az.: 1 BvR 1586/14 Rn. 16, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/er/20200205_1bvr158614.html.

115 Diese Forderung, jedoch in Hinblick auf eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, formuliert *Peukert* (Fn. 14), S. 23 ff.; als Fachrepositorium in der Rechtswissenschaft fungiert <intR>²Dok[§], erreichbar unter <https://intr2dok.vifa-recht.de/content/index.xml>; zum Repositorium *Mathieu*, Open Access für die Rechtswissenschaft: Pflicht oder Privatsache? Eine bibliothekarische Perspektive, in: *Hamann/Hürlimann* (Fn. 51), S. 203 (205 f.).

durch die *Universität Konstanz* im Zusammenspiel mit dem baden-württembergischen Gesetzgeber – als gerechtfertigter Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar.¹¹⁶

c) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

Während die Produktion und Publikation von Forschungs- und Lehrmaterialien der Wissenschaftsfreiheit unterfällt, wird deren wirtschaftliche Verwertung überwiegend den Schutzbereichen der Eigentums- und Berufsfreiheit zugeordnet.¹¹⁷

Der Urheber genießt den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.¹¹⁸ Als Inhalts- und Schrankenbestimmung bedarf die Open-Access-Zweitverwertungspflicht der Rechtfertigung, dies erst Recht, als das Gesetz keinen ausgleichenden Vergütungsanspruch des Urhebers vorsieht.¹¹⁹ Beschränkungen des Verwertungsrechts können dabei nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden,¹²⁰ das jedoch in Anbetracht des Interesses an bestmöglicher Wissenschaftskommunikation anzunehmen ist.¹²¹ Die Regelung stellt sich auch als verhältnismäßig dar, da bei der Erstveröffentlichung typischerweise bereits über die weitergehenden Verwertungsrechte abschließend disponiert wurde.¹²²

Auch in Hinblick auf die Berufsfreiheit lässt sich ein Eingriff im Sinne einer Berufsausübungsregelung aufgrund der Reduktion der Erwerbchancen zwar annehmen. Dieser ist in Hinblick auf die zugleich ermöglichte erleichterte Wissenschaftskommunikation jedoch ebenfalls als gerechtfertigt anzusehen.¹²³

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

Schließlich sind Zweifel an der Vereinbarkeit von Open-Access-Zweitverwertungspflichten mit der europäischen Urheberrechtsrichtlinie¹²⁴ angemeldet worden.¹²⁵ Dies deshalb, weil die Urheberrechtsrichtlinie in Art. 5 einen abschließenden¹²⁶ Schrankenkatalog für Eingriffe in das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht. Bezweifelt worden ist, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten von diesem Schrankenkatalog erfasst werden können.¹²⁷ Nach Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulassen, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Genau hierum handelt es sich im Falle der Zweitverwertungspflicht, wenn bereits publizierte Artikel auf universitätseigenen Repositorien online gestellt werden.¹²⁸ Auch den weiterhin nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie erforderlichen „Dreistufentest“ besteht die Open-Access-Zweitverwertungspflicht, weil sie legitime Zwecke verfolgt, weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich beeinträchtigt werden. § 38 Abs. 4 UrhG sieht ja bereits jetzt schon ein Zweitveröffentlichungsrecht vor, sodass verlagsseitige Verwertungsrechte nicht tangiert sind.¹²⁹ Auch eine ungebührliche Beeinträchtigung der

116 Anders stellte sich die Bewertung einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht dar, weil hierdurch den Wissenschaftler*innen weitreichend auch die Möglichkeit zur freien Disposition über den Ort der Erstveröffentlichung genommen wäre.

117 Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2969); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (10); differenzierend hingegen Gärditz (Fn. 40), Rn. 90 ff.

118 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 39; nicht jedoch die Verlage, vgl. Haug (Fn. 14), S. 89 (94 f.); ebenso Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2970); Fehling (Fn. 80), S. 179 (186); Peukert (Fn. 14), S. 16 f.

119 Ein solcher wurde vom BVerfG in der Entscheidung zum Schulbuchprivileg für erforderlich erachtet, s. BVerfG, Beschluß v. 7.7.1971, Az.: 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv031229.html>.

120 Dreier (Fn. 118), Rn. 39.

121 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); a.A. aber Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2970), die eine Vergütungsregelung fordern.

122 I.E. ebenso Krausnick (Fn. 16), S. 367 (374).

123 Haug (Fn. 14), S. 89 (95); Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2971); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (375); anders läge die Sache hingegen im Falle einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, weil eine solche den Urhebern die Kommerzialisierung

der Publikation gänzlich unmöglich machen würde; a.A. aber Peukert (Fn. 14), S. 30; erforderlich wäre dann zumindest eine Vergütungsregelung wie etwa in § 42 Nr. 4 ArbNErfG.

124 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:DE:PDF>.

125 Haug (Fn. 14), S. 89 (91 f.); im Ergebnis auch, aber differenzierender Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2971 ff.); zu den grundfreiheitlichen Implikationen näher Krausnick (Fn. 16), S. 367 (371 ff.).

126 S. Erwägungsgrund 32 der Richtlinie.

127 Es wurde schon in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG diskutiert, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen die Schrankenregelung handele; dies lehnen richtigerweise ab Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

128 Zweifel in Hinblick auf die Ausschließlichkeit der wissenschaftlichen Zweckrichtung verfängt nicht, so überzeugend Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

129 Anders, dabei aber diesen Aspekt unberücksichtigt lassend Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

Interessen des Rechtsinhabers ist nicht festzustellen, insofern kann auf die Erwägungen zur Angemessenheit der Grundrechtsbeeinträchtigung verwiesen werden.¹³⁰ Ein Verstoß gegen die Urheberrechtsrichtlinie scheidet damit ebenfalls aus.

2. Förderung

Auch wenn Open-Access-Zweitverwertungspflichten demnach aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht als zulässig zu bewerten sind, sollte die Öffnung der Rechtswissenschaft keine erzwungene sein, sondern auf die freie Entscheidung der Wissenschaftler*innen zurückgeführt werden.¹³¹ Um einen Kulturwandel zu erreichen, sollte die Politik dafür das Anreizinstrumentarium effektivieren und die Wissenschaftsförderung gezielter als bisher dazu nutzen, um ihr Interesse an einer Öffnung der Rechtswissenschaft Gewicht zu verleihen. Forschungsförderung an die Bedingung einer Open-Access-Publikation der Forschungsergebnisse und an das Forschungsprojekt begleitende Wissenschaftskommunikation zu knüpfen,¹³² wird auf weitaus größere Einsicht der Rechtswissenschaftler*innen stoßen und kommt auch weitgehend ohne Konfliktlage zu grundrechtlichen Verbürgungen aus.¹³³

Dafür reichen die bisherigen Bemühungen jedoch nicht. Mittlerweile haben die Hochschulen zwar von der DFG geförderte¹³⁴ Open Access-Förderfonds aufgesetzt, aus denen nicht nur Publikationsgebühren für Open-Access-Zeitschriftenartikel, sondern teilweise auch die Kosten für Open-Access-Monographien erstattet werden können.¹³⁵ Indes widersprechen die Förderbedingungen den in der Rechtswissenschaft etablierten Fachkulturen und finden daher nur wenig Interesse: So fließen die Fördergelder vollständig den Verlagen zu, während die Wissenschaftler*innen leer ausgehen. Auch eine Förderung von Open-Access-Veröffentlichungen in etablierten Closed-Access-Zeitschriften wird häufig ausgeschlossen, was der Reputationskultur in der Rechtswissenschaft zuwiderläuft.¹³⁶

Auch die Drittmittelforschung wird bisher nicht vollständig von Open-Access-Veröffentlichungspflichten abhängig gemacht.¹³⁷ Die DFG etwa fordert dies zwar, zwingt aber nicht dazu.¹³⁸ Öffentliche Fördermittel für OER-Projekte sind zudem rar.¹³⁹

3. Freiwilligkeit: § 38 Abs. 4 UrhG

Wen abseits von Kommerzialisierungsinteressen die Idee einer offenen Wissenschaft überzeugt und wer

130 Anders wiederum Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972 f.), die die Zahlung einer angemessenen Vergütung an den Urheber für erforderlich erachten.

131 So auch Steinhauer (Fn. 41), S. 48.

132 Zum Modell des Wissenschaftsförderungsrechts in den USA und dem Vereinigten Königreich Peukert (Fn. 14), S. 5 f.; Förderung ebenfalls befürwortend Sandberger (Fn. 92), S. 75 (80); weitere Anreizinstrumente finden sich bei Schmidt (Fn. 12), S. 249: Mittelvergabe orientiert an Open-Access-Veröffentlichungen; Open-Access-Veröffentlichungen als Gegenstand von Berufungsvereinbarungen.

133 Eine grundrechtliche Bindung privater Forschungsförderer scheidet von vorneherein aus; eine Spannungslage zu den grundrechtlichen Verbürgungen der Wissenschaftler*innen kann nur dort entstehen, wo die Grundausrüstung betroffen ist; ansonsten handelt es sich bei der Forschungsförderung nämlich schon um keinen Grundrechtseingriff, sondern um eine freiheitserweiternde Leistung, vgl. umfassend zu dieser Frage Fehling (Fn. 80), S. 179; Schmidt (Fn. 12), S. 119 ff. sowie 249 f.; vgl. auch Gärditz (Fn. 40), Rn. 104 sowie Steinhauer (Fn. 41), S. 73 ff.

134 Förderprogramm „Open Access Publizieren“, https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/lis_foerderangebote/open_access/.

135 So ko-finanziert bspw. die Freie Universität Berlin nunmehr in einer Pilotphase auch Publikationskosten für Open-Access-Monographien und -Sammelbände; nähere Informationen unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/finanzierung/monogr-sammelbaende/index.html.

136 Auch wenn die Kritik am „double dipping“ bei sog. hybriden Open-Access-Modellen durchaus berechtigt sein mag, vgl. hierzu näher Mittermaier, Double Dipping beim Hybrid Open Access – Chimäre oder Realität?, Informationspraxis Bd. 1, Nr. 1 (2015), 1, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.11588/ip.2015.1.18274>.

137 Zwangsmodelle sind bereits auf europäischer Ebene im Rahmen des Förderprogramms Horizon 2020 (s. bereits Fn. 49 sowie <https://www.horizont2020.de/einstieg-open-access.htm>) realisiert; auch am „Plan S“ beteiligte nationale Förderorganisationen wollen Forschungsförderung von Open-Access-Verpflichtungen abhängig machen.

138 DFG-Vordruck 2.00 – 12/15, S. 44, abrufbar unter https://www.dfg.de/formulare/2_00/v/dfg_2_00_de_v1215.pdf.

139 Wikimedia Deutschland e.V. (Hrsg.) (Fn. 23), S. 60; einen ersten Beitrag leisten Förderprojekte wie das Fellow-Programm Freies Wissen; Finanzierungsformen wie Crowd-Sourcing könnten eine Alternative darstellen, vgl. Deimann/Neumann/Muuß-Merholz (Fn. 19), S. 35.

einen Beitrag zur Idee global verfügbaren, frei zugänglichen Wissens beisteuern will, kann auch heute schon ganz einfach seinen Beitrag leisten.

Aufsatzpublikationen werden sich künftig auch reputationsfördernd in Open-Access-Zeitschriften unterbringen lassen.¹⁴⁰ Wer bisher in Closed-Access-Journalen veröffentlicht und davon erst einmal nicht absehen möchte, kann bis dahin seine Aufsätze auf dem grünen Weg der Allgemeinheit zur Verfügung stellen. Zeitschriftenaufsätze dürfen im Rahmen der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG¹⁴¹ nach einer Embargofrist von einem Jahr Open Access zugänglich gemacht werden. Die Erfahrungen des Autors dieses Beitrags zeigen, dass die Zeitschriften häufig damit einverstanden sind, dafür auch die gesetzte Manuskriptversion zur Verfügung zu stellen. Die Datei lässt sich einfach auf einem universitätseigenen Repository hochladen und ist dann – auf dem sog. grünen Weg – Open Access verfügbar.

Dissertationen und andere Monographien müssen nicht im Verlag, sondern können auch auf den universitären Repositorien kostenlos Open Access veröffentlicht werden. Für alle, die auf eine Verlagsveröffentlichung aus Reputationsgründen nicht verzichten können, bieten immer mehr Verlage auch Open-Access-Modelle an. Die damit häufig verbundenen höheren Kosten werden durch eine umfassende Sichtbarkeit der eigenen Forschung ausgeglichen.¹⁴²

In Hinblick auf Lehrmaterialien stellen alle mit Lehraufgaben Betrauten auch heute schon sehr viel Material kostenlos zur Verfügung. Über eine offene Lizenzierung und einen Upload außerhalb der geschlossenen Lernplattformen der Universitäten könnten diese einem weit größeren Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden.

IV. Fazit

Die Digitalisierung öffnet einen Weg, in der all unser Wissen frei im digitalen Raum verfügbar sein könnte. Ob wir diesen Weg gehen oder Wissen weiter hinter Bezahlschranken verstecken wollen, liegt in der Hand eines jeden von uns. Nehmen wir also mit *Kant* den Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit¹⁴³ und entscheiden künftig bewusst darüber, wie wir Forschungsergebnisse und Lehrmaterialien veröffentlichen möchten. Dass in der Rechtswissenschaft bisher wenig von den Möglichkeiten öffentlicher Forschung und Leh-

re Gebrauch gemacht wird, hat Gründe, die nicht durch Zwangssysteme überspielt, sondern im konstruktiven Dialog mit der Politik beseitigt werden sollten. Gleichzeitig sollten wir uns nicht hinter vorgeschobenen Gründen verstecken, sondern bewusst mit den Potentialen einer öffentlichen Rechtswissenschaft auseinandersetzen und von den schon heute bestehenden Möglichkeiten mutiger Gebrauch machen.

Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin sowie Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin. Er ist Herausgeber des ersten offen lizenzierten Lehrbuchs zum Verwaltungsrecht „Verwaltungsrecht in der Klausur“ sowie des Open-Access-Fallrepetitoriums „Fälle zum Verwaltungsrecht“.

140 Hamann/Hürlimann (Fn. 63), S. 3 (13).

141 Vor Erlass der Norm wurde intensiv um die Zulässigkeit dieser als Recht ausgestalteten Regelung gerungen; s. dazu Krausnick (Fn. 16), S. 367 (376 ff.); Fehling (Fn. 80), S. 179 (183 f.); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (16); Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466; die Regelung für unions- und verfassungswidrig erachtend hingegen Müßig (Fn. 61), S. 221 (229 ff.); Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM

2013, 461.

142 S. Steinhauer, Zur Sichtbarkeit und Verbreitung rechtswissenschaftlicher Dissertationen, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 51), S. 31.

143 Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, Berlinische Monatsschrift, Dezember 1784, S. 481, abrufbar unter http://www.deutsches-textarchiv.de/book/show/kant_aufklaerung_1784.

Viktor Kurz

Gesetzesänderung zur Unterstützung von Wissenschaft und Studierenden – Änderungen des WissZeitVG und BAföG aufgrund der COVID-19-Pandemie

I. Änderungen des WissZeitVG (§ 7)

1. Hintergrund der Gesetzesänderung

Zu Beginn des Jahres 2020 brach das Corona-Virus aus. Infolge dieser Pandemie und den Maßnahmen zur Eindämmung der Krankheit blieben auch Wissenschafts- und Hochschulbetriebe vor Einschränkungen nicht verschont. Labore, Bibliotheken und andere elementare Einrichtungen wurden pandemiebedingt geschlossen. Viele Forschungsvorhaben können daher nur eingeschränkt oder gar nicht weitergeführt werden. Das Problem spitzt sich besonders bei jungen Wissenschaftler*innen zu, die befristet beschäftigt sind und nach § 2 Absatz 1 WissZeitVG der Höchstbefristungsgrenze unterliegen.¹ Das neue Gesetz unterstützt die Wissenschaftler*innen, die ihre Qualifizierungsziele iSd § 2 I WissZeitVG nicht erreichen können, damit sie ihre berufliche Weiterbildung fortführen können.² Es soll einen Ausgleich für den Zeitraum pandemiebedingter Einschränkungen schaffen.³

Aufgrund dessen wurde am 07. Mai 2020 eine Änderung des WissZeitVG beschlossen.⁴ Das Gesetz tritt mit Wirkung zum 01. März 2020 in Kraft.⁵ Danach wird in die Überschrift des § 7 WissZeitVG der Begriff „Verordnungsermächtigung“ angefügt. Ein neuer Abs. 3 wird mit folgendem Wortlaut hinzugefügt:

„(3) Die nach § 2 Absatz 1 Satz 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich um sechs Monate, wenn ein Arbeitsverhältnis nach § 2 Absatz 1 zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 besteht.⁶ Das Bundesministerium für Bildung und Forschung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die zulässige Befristungsdauer höchstens um weitere sechs Monate zu verlängern, soweit dies aufgrund fortbestehender Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland gebo-

ten erscheint; die Verlängerung ist auch auf Arbeitsverhältnisse zu erstrecken, die nach dem 30. September 2020 und vor Ablauf des in der Rechtsverordnung genannten Verlängerungszeitraums begründet werden.“⁶

2. Neuregelung Satz 1

Voraussetzung für die sechs-monatige Verlängerung nach Satz 1 ist das Bestehen des Arbeitsverhältnisses iSd § 2 Absatz 1 WissZeitVG. Zu erörtern bleibt, ob jedes Arbeitsverhältnis umfasst ist, das im Zeitraum vom 01. März 2020 bis zum 30. September 2020 rechtlich bestanden hat oder ob weitere Anforderungen erfüllt sein müssen. Arbeitsverhältnisse iSd § 2 Absatz 1 WissZeitVG können im Jahr 2020 abgeschlossen werden, wobei die eigentliche Aufnahme der Tätigkeit erst im Jahr 2021 erfolgt. Diese Arbeitsverhältnisse sehen sich durch die eventuellen Entwicklungen der Corona-Maßnahmen im Jahr 2021 keinen Einschränkungen mehr gegenüber, genießen aber die Verlängerung um sechs Monate, da das Arbeitsverhältnis schon 2020 bestand. Ein solch allumfassender Schutz übersteigt den Sinn und Zweck der Regelung. Vor diesem Hintergrund scheint eine Einschränkung der in dem genannten Zeitraum „bestehenden“ Arbeitsverhältnisse geboten.

a) Faktischer Eingriff in die wissenschaftliche Tätigkeit

Es ließe sich anführen, auf einen faktischen Eingriff in die Forschungstätigkeit abzustellen. Damit würden nur die Wissenschaftler*innen von der Verlängerung der Befristung profitieren, die tatsächlich in ihrer Forschung eingeschränkt sind. Dagegen spricht aber, dass bei einem rein faktischen Eingriff die Frage bleibt, wann ein solcher vorliegt. Ist ein solcher noch gegeben, wenn Labore und Bibliotheken teilweise wieder geöffnet haben, aber nur einer beschränkte Personenzahl Zutritt gewährt

1 BT-Drucks 19/18699, S. 1.

2 BT-Drucks 19/18699, S. 1, 2.

3 Ebd.

4 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw17-de-wissenschaftsunterstuetzung-691628> (2. Juni 2020).

5 BT-Drucks 19/18699, S. 4.

6 Die abgedruckten Gesetzestexte stammen aus Nr. 4 BGBl 28.05.2020 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s1073.pdf%27%5D__1591097899257, 2. Juni 2020).

wird? Dies führt zu Einzelfallprüfungen ohne bestimmte Kriterien und damit zu einer massiven Rechtsunsicherheit für die Wissenschaftler*innen. Des Weiteren müsste auch die Befristungsverlängerung entsprechend der Dauer der Tätigkeit in der Zeit zwischen dem 01. März und dem 30. September verkürzt werden. Eine solche Auslegung kann dem Wortlaut nicht beizumessen sein.

Das Bestehen in Satz 1 auf den rein faktischen Eingriff zu konkretisieren, ist nicht sachgerecht.

b) Tatsächliche Aufnahme der wissenschaftlichen Tätigkeit

Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob die wissenschaftliche Tätigkeit tatsächlich im Zeitraum vom 01. März 2020 bis zum 30. September 2020 aufgenommen wurde. Damit wird den Wissenschaftler*innen ausreichend Schutz geboten, die in der Zeit der Corona-Maßnahmen eingeschränkt sind und ihre Qualifizierungsziele iSd § 2 I WissZeitVG nicht erreichen können.

3. Neuregelung Satzes 2

Nach dem Zeitraum März bis September 2020 kann die Befristungsgrenze durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung durch eine zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung die Befristungsdauer um bis zu sechs weitere Monate verlängert werden, wenn pandemiebedingte Einschränkungen dies weiter erfordern.⁷ Abweichend von Satz 1 müssen die Arbeitsverhältnisse nach dem 30. September 2020 und vor dem Ablauf des Verlängerungszeitraums „begründet“ worden sein. Hier gebietet sich die gleiche Auslegung wie bei Satz 1, um die genannten Probleme zu verhindern. Die Wissenschaftler*innen müssen in dieser Zeit tatsächlich ihre wissenschaftliche Arbeit aufgenommen haben.

II. Änderung des BAföG (§§ 21, 53, 66a)

1. Hintergrund der Gesetzesänderung

Gehen Auszubildende neben ihrer Ausbildung einer Beschäftigung nach, werden diese Einkünfte auf die Leistungen des BAföG angerechnet und diese entsprechend gemindert, § 11 Absatz 2 BAföG. Um den Auszubildenden Anreize zu schaffen, in der COVID-19-Pandemie systemrelevanten Tätigkeiten nachzugehen und damit diese zu unterstützen, wurde am 27. März 2020 das COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz verabschiedet. Die dortige Änderung ermöglichte den Auszubil-

denden, in Gesundheits- und sonstigen sozialen Einrichtungen, sowie in der Landwirtschaft zu engagieren, ohne dass der hieraus gezahlte Lohn auf Bezüge aus dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) angerechnet wird.⁸ Aufgrund der personellen Herausforderung wird diese Möglichkeit nun auf andere systemrelevante Bereiche erweitert.⁹ Am 07. Mai 2020 wurde deshalb eine Änderung des BAföG beschlossen.¹⁰ Auszubildende sollen einen Anreiz erhalten, vorübergehend in der Corona-Pandemie mitzuarbeiten und entsprechend belohnt zu werden.¹¹ Das Gesetz tritt mit Wirkung zum 01. März 2020 in Kraft.¹²

Folgende Änderungen wurden beschlossen:

– § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG wird eingefügt:

„5. zusätzliche Einnahmen aus einer Tätigkeit der Antragstellenden in systemrelevanten Branchen und Berufen, soweit die Tätigkeit zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie und deren sozialen Folgen seit dem 1. März 2020 aufgenommen oder in ihrem arbeitszeitlichen Umfang aufgestockt wurde, für die Dauer dieser Tätigkeit oder Arbeitszeitaufstockung.“

– § 53 Absatz 2 BAföG wird aufgehoben.

– § 66a Absatz 8 BAföG wird eingefügt:

„(8a) § 21 Absatz 4 Nummer 5 ist ab dem ersten Tag des Monats nicht mehr anzuwenden, der auf den Monat folgt, in dem die Aufhebung der vom Deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite infolge der COVID-19-Pandemie nach § 5 Absatz 1 Satz 3 des Infektionsschutzgesetzes bekannt gemacht wird. Der nach Satz 1 maßgebliche Tag ist vom Bundesministerium für Bildung und Forschung im Bundesgesetzblatt bekanntzumachen.“

2. Neuregelung § 21

§ 21 I BAföG bestimmt grundsätzlich was als „Einkommen“ iSd BAföG gilt. Danach sind alle positiven Einkünfte als „Einkommen“ zu qualifizieren. Absatz 4 stellt zu diesem Grundsatz eine Ausnahme dar. Er definiert Einkünfte, die nicht als „Einkommen“ iSd Absatz 1 gelten. Sie werden nicht auf Leistungen nach dem BAföG angerechnet. Mit der Einführung der Nr. 5 zählen hierzu nun Tätigkeiten in systemrelevanten Branchen und Berufen, die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie und deren sozialen Folgen dienen. Eine solche Tätigkeit muss entweder ab dem 01. März 2020 neu aufgenommen worden sein oder eine bereits bestehende Tätigkeit in ihrem arbeitszeitlichen Umfang aufgestockt worden

⁷ BT-Drucks 19/18699, S. 4.

⁸ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/2020/1-quartal/corona-gesetzespaket-im-bundesrat.html> (2. Juni 2020); BT-Drucks 19/18699, S. 1.

⁹ BT-Drucks 19/18699, S. 1.

¹⁰ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw17-de-wissenschaftsunterstuetzung-691628> (2. Juni 2020).

¹¹ BT-Drucks 19/18699, S. 5, 8.

¹² BT-Drucks 19/18699, S. 4.

sein. Bei letzterem fällt nur das „Aufgestockte“ unter die Ausnahmeregelung. Das reguläre Einkommen wird nach den üblichen Regelungen angerechnet.

a) Aufgenommene oder aufgestockte Tätigkeit

Der Grund für die Aufnahme oder der Aufstockung der Tätigkeit muss aus der Pandemie resultieren.¹³ Eine generalisierende Aussage, dass alle aufgenommenen oder aufgestockten Tätigkeiten der Nr. 5 unterliegen, hat vor dem Hintergrund der übrigen Gesetzesänderungen im Sozialrecht keinen Halt. Der Gesetzgeber hat in § 421c SGB III für das Kurzarbeitergeld geregelt, dass das Einkommen aus systemrelevanten Branchen und Berufen nicht zum Ist-Entgelt hinzugerechnet wird, wenn die Tätigkeit zwischen dem 1. April und dem 31. Oktober 2020 aufgenommen wurde.¹⁴ Hier wird das Kriterium „zur Bekämpfung der Pandemie“ nicht aufgeführt. Daher darf der Zusatz in § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG nicht leerlaufen. Vorgaben, wann eine Aufnahme oder Aufstockung „zur Bekämpfung“ erfolgt, gibt es jedoch nicht. Wie eine solche Differenzierung vorzunehmen ist, muss daher näher beleuchtet werden.

aa) Grundfälle

Einfach zu beurteilen sind die Fälle, bei denen der Arbeitgeber seinen Bestand an Mitarbeitern aufgrund der Mehrarbeit bedingt durch die Pandemie erweitern möchte. Die Aufstockung oder Aufnahme der Tätigkeit erfolgt dann „zur Bekämpfung“ iSd Nr. 5.

Ebenfalls einfach zu beantworten, ist der Fall, bei dem der Arbeitgeber zwei neue Mitarbeiter einstellt, weil zuvor zwei seiner Arbeitnehmer gekündigt haben oder das Arbeitsverhältnis aus anderem Grund endete. Hier möchte der Arbeitgeber seinen Grundbestand an Mitarbeitern sichern. Die Aufnahme erfolgt dann nicht „zur Bekämpfung“ iSd Nr. 5.

bb) Mischfälle

Problematisch liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber beispielsweise drei neue Mitarbeiter sucht, nachdem bei zwei Arbeitnehmern das Arbeitsverhältnis endete. Hierin liegt eine Kombination aus Fall 1 und 2. Daher werden zwei Mitarbeiter nicht pandemiebedingt, wohingegen der Dritte pandemiebedingt eingestellt wird. Fraglich ist, wer der „dritte“ von den drei neuen Mitarbeitern ist, der „zur Bekämpfung der Pandemie“ eingestellt wurde.

(1) Befristungslösung

Ein Indiz könnte die Befristung solcher Arbeitsverträge sein. Diese könnte dann aufgrund der Dauer der COVID-19-Pandemie gem. dem TzBfG verlängert werden. Dagegen spricht jedoch, dass der Arbeitgeber nicht alle Arbeitnehmer nach der Pandemie entlassen möchte und deshalb auch unbefristet einstellt. Somit wären Auszubildende, die pandemiebedingt ihre Tätigkeit unbefristet aufnehmen, benachteiligt und würden aus der Sonderregelung der Nr. 5 herausfallen. Dies scheint nicht sachgerecht.

(2) Zeitliche Lösung

Andererseits könnte auf die zeitliche Komponente abgestellt werden. Danach ist „Dritter“ derjenige, mit dem das Arbeitsverhältnis zuletzt entstand. Dagegen spricht allerdings, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oft von Zufälligkeiten und Terminplanung abhängt. Außerdem könnte dies dazu führen, dass Auszubildende den Vertragschluss von Umständen abhängig machen, wie z.B. ob vor ihnen schon genug andere Arbeitnehmer eingestellt wurden, damit ihre Tätigkeit als pandemiebedingt aufgenommen gilt.

(3) Arbeitgeberlösung

Schließlich wird es darauf hinauslaufen, dass der Arbeitgeber selbst entscheidet, welche Arbeitnehmer „zur Bekämpfung der Pandemie“ eingestellt oder aufgestockt werden. Der Arbeitgeber wird hierzu eine entsprechende Erklärung gegenüber dem BAföG-Amt abgeben. Dies wird in Form eines neuen Formblattes nach dem BAföG oder einer handschriftlichen Erklärung erfolgen.

Klar ist, dass die Entscheidung des Arbeitgebers damit nicht anhand von Kriterien nachprüfbar ist. Damit steht die Ausnahme der Nr. 5 der Disposition des Arbeitgebers zu, der diese entweder aufgrund von Nichtwissen falsch anwenden oder missbrauchen könnte. Hier ist auf das Vertrauen der Arbeitgeber zu setzen.

cc) Arbeitgeberwechsel

Zu erörtern bleibt zuletzt, wie sich ein Arbeitgeberwechsel und die Regelung der Nr. 5 gegenüberstehen. Fraglich ist, ob Nr. 5 Anwendung findet, wenn ein Auszubildender, der bereits in einer systemrelevanten Branche arbeitet, den Arbeitgeber wechselt, um damit pandemiebedingt eine Tätigkeit aufzunehmen. Nach dem Sinn und

13 BT-Drucks 19/18699, S. 6.

14 Löwisch, BB 2020, 949, 950.

Zweck der Regelung erscheint es möglich die Regelung Nr. 5 anzuwenden. Ein Auszubildender, der in einer systemrelevanten Branche eine Tätigkeit aufnimmt, soll für seine Mithilfe belohnt werden.¹⁵ Für die Qualität dieser Mithilfe muss es gleichgültig sein, woher der Auszubildende kommt. Entscheidend ist, dass er dort eine Tätigkeit aufnimmt, wo sie gebraucht wird. Zumindest wird nach der Arbeitgeberlösung der Auszubildende regelmäßig als pandemiebedingt eingestuft werden.

b) Systemrelevante Branchen und Berufe

Systemrelevante Branchen und Berufe iSd Nr. 5 sind die Ordnungs- und Sicherheitsbehörden, Energie- und Wasserversorger, der Transport- und Personenverkehr, die Aufrechterhaltung von Kommunikationswegen, das Gesundheitswesen, die Landwirtschaft, die Lebensmittelindustrie, das Bildungssystem, die Kinder- und Jugendhilfe, die Behindertenhilfe und die Erzieher.¹⁶ Eine Orientierung für das Merkmal „systemrelevant“ gibt das BSI-Krisengesetz und die landesrechtlichen Bestimmungen zur Berechtigung von Kindernotfallbetreuung.¹⁷

3. Neuregelung § 66a

§ 66a Absatz 8a bildet den zeitlichen Rahmen für die Regelung des § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG. Danach wird die Anwendung des § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG ausgeschlossen, wenn der Bundestag gem. § 5 Absatz Satz 3 Infektionsschutzgesetzes die Aufhebung der epidemischen Lage bekannt gibt. Der maßgebliche Tag wird vom Bun-

desministerium für Bildung und Forschung im Bundesgesetzblatt bekanntgegeben. Der Ausschluss gilt dann ab dem folgenden Monat.

Viktor Kurz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Anregungen.

¹⁵ BT-Drucks 19/18699, S. 8.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Ebd; tiefergehender Ausführungen zu „systemrelevante Branchen und Berufe“ siehe *Löwisch*, BB 2020, 948, 950.

Jan Wiktor Tkaczyński/Wiktor Kordyś

Über das Jurastudium in Polen

Zwischen Anpassung und Kontinuität

I. Einführung

Das Jurastudium in Polen steht auch 30 Jahre nach der Wende von 1989 am Scheideweg. Einerseits bleibt es der Linie einer typischen akademischen Ausbildung treu verhaftet, andererseits jedoch versucht es, sowohl dem internationalen Bologna-Umfeld als auch dem nationalen Druck nach mehr pragmatischer Flexibilität gerecht zu werden. Denn die grundsätzliche Frage bleibt weiterhin offen: Geht es um eine solche juristische Ausbildung, in Folge deren auf den Arbeitsmarkt bloß reine Fachleute kommen? Oder, doch anders, sollen diejenigen kommen, die zusätzlich, über breitere geistige Horizonte verfügen? Also kurz gefragt, will man die juristischen „Technokraten“, oder, um sich des obsoleten Wortes zu bedienen, die Zugehörigen einer Klasse von Staatsdienern bzw., um nach dem modernen Begriff zu greifen, Gesellschaftsdienern?

Das Dilemma ist natürlich nicht neu und ganz bestimmt nicht nur ein polnisches. Dennoch lohnt es sich, gerade am Beispiel des polnischen Ausbildungsmodells der Juristen *in spe*, nochmals Gedanken darüber zu machen, was wir eigentlich von einem Kandidaten zum Juristen erwarten? Wer darf sich ausgebildeter Jurist nennen und was für Eigenschaften sollten ihn dann auszeichnen? Vor allem muss uns jedoch stets eine andere Frage vor Augen stehen: Wie will man eine Ausbalancierung zwischen der Sicherung des notwendigen Grundwissens all dieser Kandidaten und zugleich dem Drang nach Freiraum bei der Spezialisierung, um einen eigenen beruflichen Weg zu gehen, gewährleisten?

II. Zur Vorgeschichte: Eine Reform des polnischen Jurastudiums im Geiste der europäischen Flexibilität

Es klingt nach einer banalen Feststellung, wenn hier angemerkt wird, dass die Ausbildungsmodelle, nach denen man heutzutage in Europa die Adepten des Jurastudiums formt, sich in zweierlei Hinsicht unterscheiden: Zum einen in historischer, zum anderen in politisch-gesellschaftlicher. Dennoch, unabhängig von all

solch artikulierten Prämissen, Eins ist sicher: Im europäischen Kulturraum stützt sich das juristische Studieren auf dem Fundament des römischen Rechts. Und daran, was von Relevanz für dessen Verständnis ist, hat in Mittel- und Osteuropa auch der Kommunismus nichts geändert. Dies soll aber nicht bedeuten, dass der Kommunismus spurlos in Bezug auf den Inhalt und die Form des Jurastudiums vorbeigegangen ist. Auch im Fall von Polen.

Zweifelsohne ist der Beitritt Polens zur Europäischen Union im Jahre 2004 eine der markanten Zäsuren in der neuesten Geschichte des Landes. Auch wenn immer wieder betont wird, dass dieser Schritt keine Rückkehr nach Europa bedeutet, weil Polen immer in Europa gewesen sei, bleibt unbestritten, dass 50 Jahre der Zwangszugehörigkeit zum sowjetischen Machtbereich mit ihrer Planwirtschaft und Allmacht des Staates sich tief in das kollektive Bewusstsein eingegraben haben. Es ist daher offenkundig, dass der mühevoll Weg nach Westen, zu einem Kulturraum, zu dem die Gotik von Krakau ebenso wie die Gotik von Köln, Chartres und Canterbury gehört, durch diese Kulturidentität erleichtert wird, die notwendigen Reformen aber nicht ersetzt.

Obgleich Polen die Bologna-Erklärung schon im Jahr 1999 unterzeichnet hat, wurden diesbezügliche erste einschneidende Reformen in der hiesigen Ausbildungsorganisation von Juristen mehr als zehn Jahre später, erst im Jahr 2011 durchgeführt. Dies verwundert wenig, wenn man berücksichtigt, dass laut der hier genannten Erklärung unser Kontinent zu einem Raum als „Europa des Wissens“ umgewandelt werden soll. Die Realisierung einer solch ehrgeizigen Zielsetzung erfordert jedoch zuallererst die Schaffung von gemeinsamen Mechanismen, die dazu führen könnten. Keine leichte Aufgabe, wenn man bloß in Erwägung zieht, wie unterschiedlich die nationalen Hochschulwesen organisiert werden. Es ist daher nachvollziehbar, warum man sich erstens zuerst auf den allgemeinen Rahmen verständigt hat, und zweitens, dass die Erfüllung dessen den nationalen Regierungen überlassen wurde.

Dass die Idee eines „Europa des Wissens“ mühevoll verwirklicht sein wird, hat man von Anfang an gewusst und daher konnte man sich dem Ziel nur schrittweise nähern. Unter den ersten eingeführten Modalitäten findet man die folgenden Veränderungen:

- Erarbeitung von klaren und, was man für besonders wichtig hielt, vergleichbaren Benotungssystemen
- Aufteilung des Studiums in zwei Studiengänge: Bachelor und Master
- Ergänzung des nationalen Abschlussdiploms um sog. Supplements nach dem aufoktroierten Muster von Europäischer Kommission, Europarat und UNESCO
- Anwendung eines allgemein angewandten ECTS-Punkte-Systems
- Förderung von Mobilität der Studierenden, der Wissenschaftler sowie des Fachpersonals.

Im Gegensatz zu anderen Studiengängen, für die man schon in den Jahren 2002 und 2003 die entsprechenden Standards einführte, hat der polnische Gesetzgeber mit solchen für das Jurastudium bis 2007 gezögert¹. Laut dieser Verordnung wurden zwei Unterrichtsgruppen eingeführt: Grundstudium und Hauptstudium. Das erste umfasst in minimalem Umfang 450 Unterrichtsstunden und nicht weniger als 80 ECTS-Punkte: Einführung in die Rechtskunde, Logik, Staats-, Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht sowie Verwaltungs-, Zivil- und Strafprozessrecht und Verwaltungsgerichtsverfahren. Im zweiten von minimalem Umfang von 330 Unterrichtsstunden und insgesamt 40 ECTS-Punkten sind folgende Lehrveranstaltungen zu finden: Rechtstheorie und -philosophie, Geschichte der politischen und rechtlichen Doktrinen, Arbeits-, Finanz-, Steuer-, Völker-, Europa-, Wirtschaftsrecht, Geschichte des polnischen Rechts, allgemeine Rechtsgeschichte, römisches Recht sowie Handelsrecht. Des Weiteren findet man im polnischen Unterrichtsausbildungsprofil der zukünftigen Juraabsolventen zusätzlich sowohl Umweltschutz-, Kirchen-, Urheber-, sowie Wettbewerbsrecht als auch eine Einführung in die lateinische Rechtsterminologie.

Sofern die Fächer, die dem Grund- und Hauptstudium zugeordnet wurden, obligatorischer Natur, also keine Wahlfächer sind, ist die letztgenannte Gruppe als le-

diglich den Hochschulen (nicht den Studierenden) vom Ministerium zur Wahl gestellte Ergänzungsliste der Lehrveranstaltungen zu bezeichnen. Insgesamt durfte das Pensum des zehensemestriigen Jurastudiums nicht weniger als 2.400 Unterrichtsstunden (inklusive der obligatorischen für Magisterseminar, Fremdsprachenunterricht, Sport) und 300 ECTS-Punkten betragen. Um die Studien von praktischer Seite abzusichern, hat man sich für den administrativen Schritt entschieden, dem zufolge mindestens 30% des Unterrichtspensums in einer anderen Form als Vorlesungen ausgeführt werden muss. Dem so vorgegeben Unterrichtsplan kann auch entnommen werden, mindestens ein dreiwöchiges Berufspraktikum zu absolvieren.

Nachdem man das Hochschulwesen im Jahr 2011 erneut einer Reform unterzogen hat², änderten sich auch Art und Weise, wie man Jura studieren konnte. Die erste, eher symbolträchtige Veränderung wurde mit der Platzierung der Rechtswissenschaft in dem Bereich der Sozialwissenschaft statt, wie bisher, in den Geisteswissenschaften, vollzogen³. Die viel bedeutsamere Änderung betrifft jedoch die Nationalen Qualifikationsrahmen (Krajowe Ramy Kwalifikacji, KRK)⁴, die in den meisten Ländern Europas in Anlehnung an den Europäischen Qualifikationsrahmen (EQF) für lebenslanges Lernen entwickelt wurden. Laut diesem Rahmen durften die Hochschulen seither selbst die Studiengänge bilden und ausführen, vorausgesetzt jedoch die Erfüllung von folgenden Kriterien:

- Die Lernergebnisse sollen sich auf einen Bildungsbereich, eine wissenschaftliche Disziplin oder eine Fachrichtung beziehen.
- Die Hochschule muss einer Strategie sowie einer Mission (Bildungsziel) folgen müssen.
- Die Bildung entspricht den Bedürfnissen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umgebung.
- Die allgemeine akademische Ausbildung muss um die konkreten praktischen Züge ergänzt und dadurch profiliert werden.

Ziel des Nationalen Qualifikationsrahmens (NQR) ist die Schaffung von Transparenz und Vergleichbarkeit zwischen Bildungsabschlüssen („Qualifikationen“) sowohl im nationalen als im auch europäischen Kontext.

1 Załącznik nr 85 do Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 12 lipca 2007 w sprawie standardów kształcenia dla poszczególnych kierunków oraz poziomów kształcenia, a także trybu tworzenia warunków, jakie musi spełniać uczelnia, by prowadzić studia międzykierunkowe oraz makrokierunki, [in:] Dz. U. RP 2007, Pos. 1166.

2 Ustawa z 18 marca 2011 o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych

innych ustaw, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 455.

3 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 8 sierpnia 2011 w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1065.

4 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 2 listopada 2011 w sprawie Krajowych Ram Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1520.

Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, in welcher Bildungseinrichtung ein Abschluss erworben wurde. Denn für die Einstufung sind die Lernergebnisse maßgebend, die durch eine Qualifikation zertifiziert werden. Abhängig vom konkreten Profil einer Qualifikation können sich diese Lernergebnisse auf eine wissenschaftliche Disziplin, ein Studienfach oder auf einen konkreten Beruf bzw. ein Berufsfeld beziehen. Daraus folgt, dass sehr unterschiedliche Qualifikationen auf der gleichen Qualifikationsstufe liegen können, ohne dass diese Abschlüsse aber gleichartig in Bezug auf ihre konkreten Inhalte sind.

Im Fall des Jurastudiums bedeutete die neueingeführte Lösung, dass das Studienfach Jura außer als Einheitsstruktur in Form des zehensemestrigen Studiums auch als sechssemestriges sowie als viersemestriges Aufbaustudium angeboten werden konnte⁵. Dies fand aber keine breite Zustimmung in der akademischen Welt Polens. Im Gegenteil, die Möglichkeit den Weg zum juristischen Abschlussdiplom zu verkürzen, stieß auf Ablehnung⁶. Man argumentierte dabei, die Juraabsolventen auf diese Art und Weise auf den Arbeitsmarkt zuzulassen, bedeutet eine ungleiche Startposition und, was viel wichtiger schien, ihnen keine volle Ausbildung anbieten zu können. Das Ministerium folgte dieser Kritik und machte einen Rückzieher⁷. Seither gilt in Polen, dass Jura nur als zehensemestriges Einheitsstudium angeboten werden darf.

Dieser Zick-Zack-Kurs bezeugt, dass man keine klare Vorstellung zum damaligen Zeitpunkt hatte, wie der Verlauf des Jurastudiums in Polen eigentlich aussehen soll. Diese kritische Aussage muss jedoch durch eine andere Feststellung relativiert und gemildert werden, derzufolge das Spektrum an Herausforderungen in dem Anpassungsprozess nach wie vor groß ist. Die Skala der Umwälzungsprobleme im polnischen Hochschulwesen spiegelt am besten der demographische Indikator wider. In der ersten Dekade des 21. Jahrhunderts mussten die Hochschulen hierzulande sich mit dem massenhaften Ansturm von starken Geburtsjahrgängen aus den Jahren 1982-1985 (ca. 700.000 Geburten jährlich) auseinander-

setzen, währenddessen variiert(e) diese Zahl davor und danach um ca. 400.000 pro Jahr⁸. Dies führte zu einer Gründungswelle von privaten Bachelor-Hochschulen einerseits, andererseits zur Lockerung der Studienstandards und im Endeffekt zur Senkung des Ausbildungsniveaus.

Die Stabilisierung des demographischen Pendels heutzutage auf dem oben genannten Niveau machte die notwendigen Anpassungsreformen einzuführen möglich, die nicht mehr auf das Widerstreben der privaten Hochschulwesenslobby, sondern auf einen breiten Konsens stößen. Das neue Hochschulgesetz⁹, welches nach über zweijährigen zähen Verhandlungen zustande gekommen ist, stellt den Ausdruck einer Übereinkunft dar, die sowohl den Erwartungen des Arbeitsmarktes, als auch den hohen EU-Hürden Rechnung tragen sollte. Dass diese Erwartungen jedoch nach wie vor mühevoll zu verwirklichen sind, zeigt die weitergeführte Diskussion in Bezug auf die optimale Gestaltung des Jurastudiums.

III. Wozu eigentlich wird das neue Modell des Jurastudiums gebraucht?

Es lohnt sich, die Diskussion um das (neue) Modell des Jurastudiums, welches heutzutage in Polen verwirklicht wird, aus der Perspektive einer grundsätzlichen Frage nach den Zielen dieses Studiums darzustellen. Bei ideeller Annahme ist ein gut gerüsteter Jurist derjenige der, ähnlich wie im Ausbildungswesen des *Common Law*, engagiert wird und die Änderungen im Sinne von „das Recht in Bewegung“ im gesetzgeberischen Lauf begleiten kann¹⁰. Man muss die so ausgelegte Definition des Juristenbegriffs jedoch um zusätzlichen Züge ergänzen. Demnach ist ein gut ausgebildeter Jurist derjenige, welcher nicht nur die Struktur und alles, was Recht ausmacht, versteht, sondern auch die Rechtsumgebung wahrnimmt¹¹. Im unterschiedlichen Ausmaß sollten die so zugeschnittenen Rollen dann all diese Personen erfüllen, die eine juristische Ausbildung hinter sich haben

5 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 5 października 2011 w sprawie warunków prowadzenia studiów na określonym kierunku i poziomie kształcenia, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1445.
6 *Krysztyna Wojtczak*, O reformach studiów prawniczych i nauce prawa w Polsce w latach 1918-2015, [in:] *Studia Prawa Publicznego* 9 (2015), S. 68.
7 Ustawa z 11 lipca 2014 o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw, [in:] Dz. U. RP 2014, Pos. 1198 sowie Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 3 października 2014 w sprawie warunków prowadze-

nia studiów na określonym kierunku i poziomie kształcenia, [in:] Dz. U. RP 2014, Pos. 1370.

8 https://pl.wikipedia.org/wiki/Ludno%C5%9B%C4%87_Polski#Po_II_wojnie_%C5%9Bwiatowej.

9 Ustawa z 20 lipca 2018 - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, [in:] Dz. U. RP 2018, Pos. 1668.

10 *William M. Sullivan et al.*, *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law*, San Francisco 2007, S. 46 f.

11 *Jolanta Jabłońska-Bonca*, Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu, [in:] *Krytyka Prawa* 1 (2015), S. 157-175.

und gleichzeitig in den folgenden Bereichen den Juristenberuf ausüben:

- Anwendung des Rechts im Rahmen des Gerichtswesens
- Beratung (Finanz-, Personal-, Firmen- usw.)
- Gesetzgebung und Legistik
- Forschung und Lehre an den Universitäten bzw. Fachinstituten
- Meinungsbildung und journalistische Vermittlung von Recht.

Wenn wir uns dieses Konzept näher betrachten wollen, dann können wir nicht umhin, auch danach zu fragen, ob das praktizierte Modell, immer mehr von dem Theoriewissen an die Studierenden weiterzugeben und dieses während der Examens abzufragen, ein sinnvolles ist¹². Es ist unbestreitbar, dass die universitäre juristische Ausbildung durch solides Theoriewissen gekennzeichnet werden soll. Diesem Postulat steht es aber nicht entgegen, dieses Wissen nicht nur in der Anlehnung an die Vorschriften zu liefern, sondern auch auf dem Weg der Anwendung dieser Vorschriften in der Praxis zu analysieren. Währenddessen folgt die praktische Ausbildung in Polen in Form eines Rechtsreferendariats weiterhin dem theoretischen Wiederholungsmodell des Universitätswissens. Bei allem Respekt für die Tradition, ein so konzipiertes zweistufiges Modell zu durchlaufen, um an die volle berufliche Qualifikation zu gelangen, muss man sich doch fragen, ob es nach wie vor zeitgemäß ist¹³.

In Bezug auf die Erfordernisse des Arbeitsmarktes ist die Kritik von einem so beschriebenen Modell leicht. Sie stützt sich auf die folgenden Argumente:

- Das jetzige, zweistufige Modell dauert viel zu lang. Im Vergleich zu anderen Studiengängen in Polen ist dies unverhältnismäßig. Zusätzlich ist zu beachten, dass das so konzipierte Modell in vielen anderen Staaten nicht vorkommt und, was noch viel wichtiger sein wird, den polnischen Absolventen somit den Weg, schneller in die berufliche Selbständigkeit zu gelangen, erschwert¹⁴.
- Das Jurastudium gehört nach dem Medizinstudium zum meist gewählten der polnischen Abiturienten.

Das impliziert im Endeffekt den massenhaften Ansturm auf das Studium, sowie an die weitere berufliche Ausbildung in Form des Rechtsreferendariats. Dieses soll modellhaft unter den Fittichen eines praktizierenden Juristen stattfinden. Angesichts der Überzahl von Willigen ist dies jedoch kaum zu bewältigen und daher überrascht es nicht, dass dieses, völlig an den Ausbildungszielen vorbei, in einer fiktiven Betreuung mündet¹⁵.

Es wird bei der bisherigen (traditionellen) Art und Weise, wie die Juristen auszubilden sind, angenommen, dass das angestrebte Studienziel mit der Vorbereitung der Juraabsolventen zum Referendariat und anschließend zur Ausübung eines sog. Robe-Berufes (Richter, Staats- und Rechtsanwalt sowie Justitiar) gleichzusetzten ist¹⁶. Heutzutage wissen wir, dass ein so praktiziertes Modell obsolet ist und keinesfalls den Erwartungen des Arbeitsmarktes entspricht. Zwar stimmt es, dass das Jurastudium im Allgemeinen auch dem Ziel dienlich sein sollte, den Nachwuchs für die Gesellschaftselite zu generieren, dennoch liegt es eben im Interesse dieser Gesellschaft, die Fachleute auszubilden, die einen Einstieg in die juristische Berufswelt weder scheuen noch fürchten.

In diesem Zusammenhang muss man die grundsätzliche Frage nach der Rolle von Juristen in der Gesellschaft wiederholen. Sollen sie die Träger der juristischen Kultur sein, welche im Stande sind, im öffentlichen Bereich tätig zu werden, oder doch nur die hochqualifizierten Fachleute?¹⁷ Die Ansicht, die die Rolle von Juristen nur auf die Hochspezialisierung bei der Ausbildung beschränkt, wird wegen praxisbezogener Gewinnmaximierung von Seite der Jura-Industrie (Kanzleien, Rechtsberatung etc.) vertreten. Diesen immer lauter werdenden Stimmen muss allerdings entgegengehalten werden, dass dies voranzutreiben bedeutet, dass die Bedeutung des Juristenberufs gesellschaftlich vermindert wird. Es wundert daher nicht, schon vor Jahren eine vor einem solchen Abbau warnende Stimme zu hören¹⁸.

Inzwischen wird versucht, sich auf ein Minimum zu verständigen, und zwar in dem Sinne, dass das Jurastudium vor allem von einem soliden theoretischen Wissen

12 *Filip Rakoczy*, Czy prawnicy powinni być pragmatystami? Kilka słów o edukacji prawniczej z perspektywy neopragmatyzmu R. Rorty'ego, [in:] *Krytyka Prawa* 3 (2016), S. 120 f.

13 *Tomasz Braun*, Uwagi o studiach prawniczych i aplikacjach z perspektywy współczesnych oczekiwań rynku, [in:] *Krytyka Prawa* 3 (2018), S. 163.

14 *Mateusz Mroczek*, Kształcenie prawników a wyzwania współczesności, [in:] *Na Wokandzie* 32 (2017), <https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-32/aplikacja-i-kariera-14-numer-32/ksztalcenie-prawnikow-a-wyzwania-wspolczesnosci.html>.

15 *Bronisław Sitek*, Rynek pracy prawników w Polsce po deregulacji zawodów prawniczych (adwokata i radcy prawnego), [in:] *Studia Prawnoustrojowe* 32 (2016), S. 176-177.

16 *Krysztyna Wojtczak*, O reformach studiów prawniczych i nauczaniu prawa w Polsce 1918-2015, [in:] *Studia Prawa Publicznego* 1 (2015), S. 66, FN 110.

17 *Jolanta Jabłońska-Bonca / Kamil Zeidler*, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Warszawa 2016, S. 34 f.

18 *Andrzej J. Szwarc*, Problemy kształcenia prawniczego (wprowadzenie do dyskusji), [in:] *Państwo i Prawo* 1 (2010), S. 3-9.

untermauert und zugleich ein universitärer Charakter bewahrt werden sollte¹⁹. Das heißt aber lange nicht, dass die Studierenden von der Praxis abgehalten werden sollen. Im Gegenteil, es soll ihnen während des Studiums auch ermöglicht werden, eine Portion praxisbezogener Erfahrungen zu sammeln, sei es aufgrund der Teilnahme an Vorlesungen, die von Praktikern gelesen werden, sei es aufgrund eines simulativen Verfahrens, in dem man das konkrete Delikt als eine Prozesspartei überprüfen kann²⁰.

Als im Jahre 1997 Clayton M. Christensen in seinem Buch *Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail* zum ersten Mal den Begriff *disruptive innovation* formulierte, hat sich damals keiner darüber Gedanken gemacht, dass diese Formulierung auch in Bezug auf die Rechtswissenschaft zieltreffend anzuwenden gewesen wäre. Denn obgleich die Diagnose stimmt, dass wir heutzutage in einer turbulenten Welt leben und vieles im Umbruch steht, ist das Heilmittel nach wie vor nicht gefunden. Also die Arznei in Form einer destruktiven Innovation, welche den Marktbedürfnissen hinsichtlich der Ausbildung von Juristen einerseits und andererseits dem gesellschaftlich gewünschten sowie demokratisch gesinnten *esprit de corps* der Juristen nicht zuwiderläuft.

Der heutige Drang nach der Spezialisierung seitens des Marktes ist verständlich, wenn wir die moderne *high-tech* Wirtschaftsentwicklung beobachten. Obgleich die Weltwirtschaft immer (auch wenn dies hier banal klingt) komplexer wird, wird sie dadurch nicht weniger unvorhersehbar. Um all solchen Trends nicht nur passiv zu trotzen, sondern auch den daraus resultierenden Bedürfnissen aktiv genüge zu tragen, versuchen eben die Juristen Antworten zu liefern, die behilflich sein sollten, neu aufgetauchte Rechtsfragen zu lösen. Dennoch, zu Recht stellt Tomasz Braun mit Bedauern fest, dass das Alles zwar von der Rechtslehre inzwischen schon erkannt wurde, jedoch in minimalem Umfang in das Studienprogramm einsickerte²¹.

In einer solchen Lage wäre es daher ratsam, interdisziplinär zu handeln. Der interdisziplinäre Ansatz bedeutet hier, den Studierenden nicht nur lediglich ein Wissenspensum anzubieten, sondern ihnen auch weitergehende Kompetenzen zu vermitteln sowie dazu die notwendigen gesellschaftlichen Fähigkeiten auszubauen.

Wie man ans Ziel, ein Jurist zu werden, kommt, zeigt in diesem Fall am besten das angelsächsische Model. Es ist hier beinahe eine typische Vorgehensweise, dass die Juraadepten vor ihrem Jurastudium einen anderen Studiengang absolvieren. Unabhängig davon, ob derjenige Juraanwärter sein Studium im Fach von politischer Wissenschaft, Soziologie, Ökonomie oder sogar von solchen wie Medizin bzw. Ingenieurwesen abgeschlossen hat, wird ihm der Weg zu den juristischen Berufen nicht versperrt²². Zweifelsohne profitiert von einem doppelten Abschlussdiplom sowohl derjenige selbst, als auch sein Arbeitgeber. Die spezifischen Kenntnisse, die er bei dem ersten Studium erwirbt, sind in Bezug auf die oben angesprochenen Herausforderungen bei der Ausübung eines Juristenjobs einfach Gold wert.

Die Idee, ins Jurastudium mehr Interdisziplinarität einzuführen, resultiert daraus, dass das Recht naturgemäß alle Bereiche des Lebens durchdringt, denn gewiss alle oder, genauer gesagt, fast alle menschlichen Aktivitäten sind vom Recht gekennzeichnet. Noch wichtiger scheint es jedoch, dass von einem Juristen heutzutage nicht nur die fachliche Kompetenz erwartet wird, sondern auch das Verstehen der komplizierten Wirtschafts-, Gesellschafts- und Politikverflechtung. Währenddessen beweisen an den polnischen Universitäten beispielhaft die Vorlesungen zum Wirtschaftsrecht, wie man dieses im eher begrenzten Umfang liest. Man unterscheidet häufig nur zwischen dem öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht, was dazu führt, dass die Zweige wie beispielsweise Transport-, Arznei-, Börsenrecht außen vor bleiben. Es mangelt bei der Ausbildung von Juristen auch an einer Managementvorlesung. Im Endeffekt kommt auf den Arbeitsmarkt meist ein Jurist, der sich erst durch *learning by doing* das erforderliche Instrumentarium aneignet.

Der größte Verlust ist aber in anderer Hinsicht zu verzeichnen, nämlich in Bezug auf die Rolle eines Juristen in der Gesellschaft. Alle juristischen Berufe gehören der Berufssparte an, welche sich durch eine Prägung des öffentlichen Vertrauens von vielen anderen Berufsgruppen unterscheidet. Wenn wir hier außer Acht lassen, was das öffentliche Vertrauen ausmacht bzw. wie man es definiert, können wir nicht umhin, feststellen zu müssen, dass dies eine fundamentale Kategorie des Staatsrechts darstellt²³. Vor diesem Hintergrund klingt das Postulat,

19 Barbara Glesner Fines, Fundamental Principles and Challenges of Humanizing Legal Education, [in:] Washburn Law Journal 47 (2008), S. 313-326.

20 Elliott S. Milstein, Clinical Legal Education in the United States: In-House Clinics, Externships, and Simulations, [in:] Journal of Legal Education 3 (2001), S. 375-381 passim.

21 Tomasz Braun, Uwagi o studiach prawniczych i aplikacjach z

perspektywy współczesnych oczekiwań rynku, op. cit., S. 169.

22 Gerald F. Hess, Heads and Hearts: The Teaching and Learning Environment in Law School, [in:] Journal of Legal Education 1-2 (2002), S. 75-111 passim.

23 Larry D. Barnett, The Place of Law. The Role and Limits of Law in Society, New Brunswick-London 2011, S. 43-46.

die Ethikvorlesung um die öffentlichen Züge vom Vertrauensverständnis im Jurastudienprogramm zu ergänzen, mehr als plausibel²⁴. Andersherum mag es vonnöten sein, es statt mit einem Juristen, mit einem als Geschäftsmann verkleideten Juristen zu tun zu haben. Ob dies jedoch gesellschaftlich gewünscht und ertragbar sein wird, bleibt mehr als offen.

Prof. Dr. Jan Wiktor Tkaczyński ist o. Professor an der Jagiellonen Universität in Krakau (Polen). Seine Forschungsschwerpunkte sind vergleichendes Verfassungsrecht sowie das Europäische Umweltschutzrecht, auch im Vergleich mit den Rechtsentwicklungen in Ostasien. Wiktor Kordyś ist dort Doktorand.

24 Jerzy Leszczyński, Etyka zawodowa prawników, [in:] Edukacja Prawnicza 1 (2015/2016), S. 26 f.

Jürgen Heß

Besprechung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“, hrsg. von Marianne Sommer/Steffan Müller-Wille/Carsten Reinhardt, Metzler/Springer, 2017

1. Einleitung und Überblick

Es mag unangemessen erscheinen, wenn eine Buchbesprechung mit Angaben zur Person des Rezensenten beginnt. Im vorliegenden Fall ist es unumgänglich.

Der als Jurist ausgebildete Rezensent blickt auf eine lange Zeit zurück, in der er für verschiedene Wissenschaftsorganisationen, vor allem für Universitäten, zum Schluss für eine wissenschaftsfördernde Organisation als Verwalter, als Organisator und abschließend in hochschulpolitischer Funktion Verantwortung getragen hat. Entsprechend vertraut sind ihm die inneren Wirkungsprozesse von wissenschaftlichen Institutionen, ebenso die Interaktion der Wissenschaft mit staatlichen Institutionen und unterschiedlichen gesellschaftlichen Organisationen. Bezogen auf das Handbuch Wissenschaftsgeschichte ist er ein fachfremder Leser, der aber immer als Laie historisch-anthropologische und kulturphilosophische Fragen mit großer Neugier reflektiert.

Diese Vorbemerkung ist deshalb von Bedeutung, weil eine umfassende und zuverlässige Beurteilung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“ nur mit einer hochspezialisierten Ausbildung in Kulturwissenschaft, Kultursoziologie und in Geschichtsphilosophie möglich ist. Auch ist der fachdisziplinäre Kosmos, den das Handbuch auf 351 eng bedruckten Seiten beleuchtet, für die Zwecke einer Buchbesprechung nur unter begrenzter Schwerpunktbildung möglich. Auf gewisse Weise wird dieser Zugang dem Leser mit anderem akademischen Hintergrund durch die Gliederung des Handbuchs erschwert, da man eine traditionelle Anordnung aufgeteilt nach Disziplinen und deren Methoden erwarten würde. Das Handbuch ist nach disziplinenübergreifenden Kategorien geordnet, die offenbar der wissenschaftlichen Zielsetzung der Autorinnen und Autoren entsprechen, siehe dazu unten. Möglicherweise wird die gewählte Architektur dem Charakter eines Handbuchs gerecht, das auf problem-fokussierte und methodische Erschließung angelegt ist. Das ist Herausforderung und Reiz für einen Hochschulpraktiker zugleich, nämlich seine Erfahrungen aus dem wissenschaftlichen Betrieb mit den ideengeschichtlichen Quellen des Forschens und der Wissensvermittlung in Verbindung zu bringen. Und in der Tat

öffnet das Handbuch dem Hochschulpraktiker völlig neue Perspektiven der gesamtgesellschaftlichen Verwobenheit der Wissenschaft mit praktisch allen Einflussfaktoren, die sich sowohl auf innere Tendenzen des Erkundens und Erforschens beziehen, als auch auf die materiellen, geistesgeschichtlichen und religiösen Wirkkräfte. Wenn man als wissenschaftsaffiner Hochschuladministrator und Hochschulpolitiker bereit ist, von der Oberfläche des Wissenschaftsbetriebs aus sich vom Handbuch in eine tiefere Schicht der historischen Produktionsfaktoren, der Wissensgewinnung, der Wissenssystematisierung und der wissenschaftlichen Theoriebildung führen zu lassen, dann scheint sich eine neue historisch-anthropologische Dimension aufzutun, die sowohl die Kultur der Wissensgenerierung als auch deren Wandel unter verschiedenen geschichtlichen Rahmenbedingungen sichtbar macht. Freilich wäre dieses Eindringen in das Handbuch ganz wesentlich durch ein Schlagwortregister oder zumindest ein Sachregister erleichtert worden. Dieses Desiderat ist gerade bei einem Werk, das auch als Nachschlagwerk benutzt wird, einigermaßen unverständlich.

Von einem solchen Handhabungsmangel abgesehen ist das Handbuch auf gewisse Weise ein Röntgengerät, mit dem vom äußeren Erscheinungsbild der Forschung oder Wissensvermittlung in die tieferen Muster des Forschens und Sammelns von Erkenntnissen, der analytischen Deutung und der Theoriebildung eingedrungen werden kann. Das ist freilich ein extrem forderndes und beanspruchendes Unterfangen und verlangt, dass der Hochschulpraktiker seine Praktikerbrille ablegt und mit Hilfe des Handbuchs dem Problem nachgeht, dass Wissen nicht die vermutete und systematisch belegte Objektivität ist, sondern eine Gemengelage aus Befunden, die von den sozioökonomischen, kulturellen und geistesgeschichtlichen Einflüssen der jeweiligen Zeit nicht getrennt werden können. Wenn man diesen Abstieg in eine tiefere Schicht sehr sorgfältig und behutsam leistet, dann ist das Handbuch, das auf den ersten Blick so undurchdringlich erscheint, ein wahrer Schatzfund. Freilich, das wurde deutlich, diese Schatzsuche erfordert wie bei allen Schatzsuchen viel Geduld und die Bereitschaft, einzelne Beobachtungen und Befunde immer wieder mit den

übergreifenden Linien der Wissenschaftsgeschichte, die für sich selbst einen geschichtlichen Prozess darstellt, abzugleichen. Und bei der Vergegenwärtigung dieses sich über Zeiträume erstreckenden Prozesses müssen hier auch die Bezüge zum gesellschaftlichen und politischen Umfeld in den Blick genommen werden. Dann wird auch deutlich, dass es Wissenschaftsgeschichte als geschlossene Einheit nicht gibt, sondern wissenschaftliches Geschehen ein ungemein komplexes Zusammenwirken von Personen, Institutionen, äußeren Rahmenbedingungen, dem geistesgeschichtlichen Umfeld und nicht zuletzt den politischen Erwartungen ist. Das Handbuch versucht diese Komplexität durch großformatige Strukturelemente zugänglich zu machen, indem es sich in fünf übergreifende Themenkreise gliedert, nämlich nach dem Einleitungskapitel Kapitel II: Forschungsansätze, Kapitel III: Räume und Epochen, Kapitel IV: Orte der Wissensproduktion und Kapitel V: Wissenschaft der Geschichte der modernen Welt. Hier soll freilich nicht verschwiegen werden, dass diese Gliederung einem mit der inneren Systematik des Buches nicht vertrauten Leser nicht ohne weiteres einsichtig ist. Zum einen scheint es eine kategoriale Differenz oder Inhomogenität zu geben. So signalisiert der Kapitelbegriff „Forschungsansätze“ eine völlig andere methodische Herangehensweise als das Kapitel „Räume und Epochen“ ebenso wie das Kapitel „Orte der Wissensproduktion“. Und schließlich scheint wiederum das letzte Kapitel „Wissenschaft und Geschichte der modernen Welt“ einen andersartigen kategorialen Blick anzudeuten. Der Wechsel von großformatigen Betrachtungen mit kleinteiligen irritiert. Zum Beispiel spräche die Systematik eher dafür, dass das Kapitel über die Wissenschaftsgeschichte der Moderne am Besten in unmittelbarem Zusammenhang mit den stark geschichtsphilosophischen Beiträgen des 1. Kapitels stehen würde und davon abgesetzt die räumlichen und örtlichen Themen im zweiten Teil des Handbuchs besser aufgehoben wären. Man kann sich nicht ganz des Eindrucks erwehren, dass sehr unterschiedliche Forschungsleistungen zahlreicher Autoren und Autorinnen in diesem Handbuch mit dem Anspruch eines schlüssigen Gesamtkonzeptes zusammengefasst wurden. Das muss den Wert des Handbuchs keineswegs schmälern. Denn niemand wird die Vorstellung haben, dass man dieses ebenso umfangreiche wie inhaltlich extrem dichte Werk wie ein Lehrbuch durchliest. Ein Handbuch wird seiner Art nach selektiv benutzt. Wer seinen speziellen

Interessenbereich findet, wird mit exzellenter fachlicher Qualifikation belohnt.

Eine weitere kritische Frage stellt sich, wenn man bestimmte Sachverhalte, die der Leser für geschichtswissenschaftlich relevant hält, zumindest mit dem Blick auf das Inhaltsverzeichnis nicht findet. Da das Handbuch ja sehr stark kultur- und geschichtsphilosophisch ausgerichtet ist, würde man vermuten, dass die Wissenschaftstheorie einen bedeutenden Raum einnehmen müsste. Im Handbuch hat sie aber keine Aufnahme gefunden. Nun mag es sein, dass die Wissenschaftstheorie bei adäquater Behandlung einen so großen Raum beanspruchen würde, der den vermutlich vorgegebenen Umfang des Handbuchs gesprengt hätte. Es ist auch zu konzedieren, dass die Wissenschaftstheorie ein großes und eigenständiges Forschungsgebiet geworden ist, das in zahlreichen Publikationen zugänglich und erschließbar und der Verzicht insofern akzeptabel ist. Ein anderes Fragezeichen möge man dem Juristen nachsehen, wenn er ein Gewichtungsmisverhältnis zwischen der größeren Berücksichtigung der wissenschaftsgeschichtlichen Bereiche der Naturwissenschaften gegenüber einer schwächeren bezogen auf die Geistes- und Sozialwissenschaften beklagt.

Auf eine schmerzliche Lücke ganz anderer Art stößt man im Kapitel Räume und Epochen. Das Kapitel 11.1 „Mittelalter“ beginnt mit dem 14. Jahrhundert. Es mag sein, dass die beachtlichen wissenschaftlichen Leistungen des frühen und hohen Mittelalters lange Zeit nur geringe Beachtung fanden und insbesondere im Vergleich zur Moderne, der offenkundig das Hauptaugenmerk des Handbuchs gilt, wenig ins Gewicht fallen. Aber an der Tatsache, dass etwa die frühmittelalterliche Wissenstransferleistung des Islams, der wesentliche Teile des großartigen Wissenschaftsfundaments der Antike nach Europa brachte und damit erst den wissenschaftlichen Schub in Europa möglich gemacht hat, führt doch kein Weg vorbei.

Schließlich verwundert den fachfremden Leser, dass im Rahmen der oben aufgeführten Clusterbildung des Handbuchs nicht auch ein eigenständiges Cluster „Wissenschaft und Religion“ erarbeitet wurde. Selbstverständlich wird das Spannungsverhältnis zwischen Religion, wobei hier vor allem die Macht der Religion gemeint ist, und dem Prozess der Wissensfindung und Erkenntnis in zahlreichen Zusammenhängen an verschiedenen Stellen des Handbuchs thematisiert. Es ist

aber sicher nicht verfehlt, wenn man in diesem Spannungsverhältnis einen Fundamentalkonflikt sieht, der zumindest in historischer Perspektive wie kaum eine andere Einflussmacht auf die Personen und auf die Existenz von Wissenschaftler/Innen eingewirkt hat. Diese Einflussintensität hat gewiss in der Moderne eine geringere Rolle gespielt als zuvor. Da erlaubt sich aber der Hochschulpraktiker aus eigener Erfahrung zu berichten, dass solche Einflusstendenzen noch bis in die jüngere Vergangenheit nachweisbar waren. In diesen Kontext kann man auch die Tatsache einordnen, dass in Deutschland zumindest in den Universitäten der alten Bundesländer die große Mehrzahl der religionsphilosophischen Professuren in konfessionellen Fakultäten eingerichtet sind. Alle diese Gründe sprächen dafür, dass dieses klassische Konfliktfeld im Rahmen eines Handbuchs für Wissenschaftsgeschichte eine eigenständige Bearbeitung verdient hätte. Aber auch hier sei der Hinweis wiederholt, dass es sich dabei um die Wahrnehmung eines fachfremden Lesers handelt. Die speziellen akademischen Fachkollegen/Innen der Autorinnen und Autoren mögen das anders sehen.

Gehen wir zurück in die Mission des Handbuchs und tauchen dazu in seine Einleitung ein. Sie ist kein „summary“ im Sinne einer vorangestellten Zusammenfassung. Gleichwohl wirft sie ausgehend vom Selbstverständnis der Wissenschaftsgeschichte den übergreifenden Blick auf die obengenannten Kapitel. Es ist eine Gesamtschau, von der naturgemäß an dieser Stelle nur einzelne prominente Gesichtspunkte herausgegriffen werden können. Die beabsichtigte (aber nicht immer konsequent verwirklichte) Architektur des Handbuchs wird mit dem ersten Satz der Einleitung deutlich. Danach ist Wissenschaftsgeschichte als akademische Disziplin untrennbar mit der europäischen Moderne verbunden. Daher ist auch konsequent, dass der größte Teil des Handbuchs sich dieser Epoche in fast allen Kapiteln widmet.

Maßgeblich dafür sei ein Leitbegriff der Aufklärung, nämlich des zivilisatorischen Fortschritts. Aus der Ereignisgeschichte der Irrtümer, Entdeckungen und Umwälzungen sei die große Erzählung vom Aufstieg der Wissenschaft entstanden. Diesem Wissenschaftsbegriff wohnt offenkundig der Gedanke inne, dass Wissenschaft nicht einfach durch Anhäufung von Fakten voranschreitet, sondern sich in Form von Begriffen, Modellen und Theorien entfaltet. Die Aufklärung hat die Vorstellung entwickelt, dass Wissenschaftsgeschichte eine von einer inneren Logik angetriebene disziplinäre Ideengeschichte

ist und daher weitgehend von sozialen, wirtschaftlichen und religiösen Einwirkungen frei ist. Dieses elitäre und von Einflüssen unberührte Selbstverständnis konnte insbesondere in der zweiten industriellen Revolution keinen ausschließlichen Bestand haben, da sie zunehmend nach denkkulturellen und sozioökonomischen Bedingungen der Produktion fragte und die Rolle der Wissenschaften in den gesellschaftlichen Aushandlungsprozess über ökonomische, politische oder ethische Weichenstellungen in den Blick nahm. Damit zusammen hängt die Austauschbeziehung zu anderen Bereichen der Gesellschaft, weil sie auf die Ressourcen aus der Gesellschaft angewiesen ist. Es erscheint konsequent, dass sich daraus das Verständnis der Wissenschaft als Produkt gesellschaftlicher und kultureller Konstellationen ableitet. Auch sind es nicht Individuen, sondern Denkkollektive, die Wissen stabilisieren und tradieren. Wissenschaftsgeschichte bezieht ihre Relevanz aus dem Zusammenhang zwischen Wissen, Kultur und Macht. Im weiteren Verlauf arbeitet die Einleitung den Weg der Wissenschaftsgeschichte zur Wissensgeschichte heraus, ebenso wie den sogenannten „cultural turn“ mit der Auswirkung der Quellenbasis auf Produkte der Populärkultur und auf künstlerische und literarische Werke. Nach dem Verständnis des Handbuchs oder genauer gesagt nach dem seiner Autoren und Autorinnen behandelt es die integrierende Pluralität in Geschichte und Gegenwart.

2. Universität

Es liegt auf der Hand, dass der Hochschulpraktiker, nachdem er sich mit den Intentionen des Handbuchs in methodischer, struktureller, kultursoziologischer und ideengeschichtlicher Hinsicht vertraut gemacht hat, sich mit besonderer Aufmerksamkeit dem Abschnitt Universität zuwendet, ein Abschnitt der sich im IV. Kapitel, „Orte der Wissenschaftsproduktion“, im Abschnitt 17 findet. In diesem Kapitel IV finden sich neben dem Abschnitt Universität die weiteren Abschnitte Observatorium, Hospital und Klinik, Akademie, Werkstatt und Manufaktur, Gärten und Sammlungen, Laboratorium, Feld, Bibliothek und Archiv. Vielleicht ist es ein Zeichen der Befangenheit, dass ein langjähriger Universitätsverantwortlicher die Einreihung der Universität in die genannten Orte als problematische Gewichtung empfindet. Dies erst recht, wenn man feststellt, dass dem „Ort Universität“ bescheidene acht Seiten eingeräumt werden. Das ist einem so überragenden Thema im wissenschaftlichen Geschehen der Neuzeit und vor allem der

Moderne und erst recht in Ansehung der großen Umwälzungen des letzten Jahrhunderts nicht angemessen. Freilich nötigt es auch großen Respekt ab, dass der Autor diese zentrale Wissenschaftseinrichtung mit einer bewundernswerten Fähigkeit der inhaltlichen und sprachlichen Verdichtung durchdringt. Das führt allerdings dazu, dass etwa bei der Beschreibung des Institutionalierungsprozesses des 20. Jahrhunderts bestimmte Institutionsformen unzulässig vermengt werden, da sie grundlegend unterschiedliche Aufgaben haben. So ist etwa am Ende des Unterabschnitts 17.1 (Entstehung und Entwicklung) zwingend die Unterscheidung zwischen Einrichtungen der außeruniversitären Forschung und der wissenschaftsfördernden Organisationen zu treffen. Die außeruniversitären Forschungseinrichtungen haben sich aus dem Gedanken - losgelöst von der Universität - entwickelt, dass bestimmte Forschungsfragen effizienter bearbeitet werden können, wenn Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen im engen thematischen Zusammenwirken und von Lehre weitgehend entlastet und meist gestützt auf eine sehr große Ausstattung, die über die Möglichkeiten einer Universität hinausgeht, hocheffizient forschen können. Dazu gehört u.a. die Max-Planck-Gesellschaft, die Helmholtz-Gemeinschaft deutscher Forschungszentren und auch die erwähnte Fraunhofer Gesellschaft, ohne dass dies eine abschließende Aufzählung wäre. Die leider im gleichen Kontext aufgeführten wissenschaftsfördernden Institutionen haben eine grundsätzliche völlig andere Aufgabe. Beispielhaft seien hier die Deutsche Forschungsgemeinschaft und der Wissenschaftsrat genannt. In diesen Einrichtungen wird weder geforscht noch gelehrt. Sie haben auf unterschiedliche Weise auch im Sinne einer Selbstverwaltung der Wissenschaft rein fördernde Aufgaben, im Fall der DFG u.a. die Verteilung von Mitteln (aufgrund einer Evaluation), die der Staat zur Verfügung stellt, im Falle des Wissenschaftsrates die Erarbeitung von Empfehlungen (vor allem struktureller Art) an staatliche Stellen aber etwa auch an Universitäten. Diese etwas ausführliche geratene Ausdifferenzierung möge beispielhaft zeigen, in welche Schwierigkeiten man gerät, wenn komplexe Sachverhalte in einer hochkomprimierten Form verhandelt werden. Probleme einer extrem verdichteten Darstellung werden noch an anderer Stelle angesprochen.

Die überragende Rolle der Geschichte der Universitäten im Wissenschaftsgeschehen wird vom Autor des Abschnitts nicht verkannt. Er beschreibt sie als Knotenpunkt von Geistes-, Verfassungs- und Wissenschaftsgeschichte ebenso wie von der Sozial- und Kulturgeschich-

te ihrer Mitglieder, deren Praktiken ihrer Wissensvermittlung und -erzeugung und ihrer materiellen Kultur in Form von Instrumenten, Sammlungen und Gebäuden. Man kann daran erkennen welche Vielschichtigkeit der Universitätsgeschichte eigen ist. Dieses Maß an Komplexität hat freilich auch dazu geführt, dass im Laufe der Zeit sich die disziplinär orientierte Wissenschaftsgeschichte und Universitätsgeschichte auseinander entwickelten und aus der Universitätsgeschichte ein eigenes Genre wurde. In der deutschsprachigen Forschung hat sich mittlerweile eine Epochenteilung der Universitätsgeschichte in eine vorclassische Zeit bis etwa 1800, in eine klassische Zeit des sogenannten Berliner Modells und in eine nachclassische Zeit seit den späten 1960-Jahren etabliert.

Im Abschnitt 17.1 „Entstehung und Entwicklung“ durchheilt der Autor im kühnen Zugriff auf zwei Seiten rund acht Jahrhunderte Universitätsgeschichte (wenn man die Vorentwicklung einbezieht). Und auch hier ist große Anerkennung geboten, dass bei diesem Parforceritt wesentliche Stationen des universitären Geschehens sowohl hinsichtlich deren äußeren strukturellen Merkmale als auch hinsichtlich der inneren Wirkkräfte erfasst oder zumindest angesprochen werden. Vereinfacht ausgedrückt sind vor allem vier Faktoren interessant, wenn man das Gebilde Universität in der Entwicklung über die Jahrhunderte betrachtet. Wer sind die unter der Vorstellung einer „universitas“ handelnden Akteure, in welcher Verfasstheit tritt die Universität in den jeweiligen Zeitabschnitten in Erscheinung, welche Ideengeschichte treibt das System Universität an und schließlich auf welcher materiellen bzw. ökonomischen Basis ist universitäres Geschehen möglich. Der zuletzt genannte Gesichtspunkt ist maßgeblich mit der Frage verbunden, welche Rolle die Trägerinstanz spielt (Kirche, Landesherr, Staat) und welche Wechselwirkungen es zwischen der Universität und der jeweiligen Trägerinstanz gibt. Ganz konkret gesprochen, in welchem Spannungsverhältnis steht die Freiheit des wissenschaftlichen Schaffens zu der Einwirkung der Trägerinstanz.

Trotz der Kürze des Textes werden die beiden am Ausgang des Entstehens der Universität stehenden Modelle sehr klar herausgearbeitet, nämlich einerseits das sogenannte Bologna-Modell und andererseits das Pariser Modell. Letzteres war dann typenprägend für die Entwicklung in Deutschland. Dieses Modell weist zwei hierarchische Stufen auf, die untere Stufe bestehend aus den „artes liberales“, also den sieben freien Künsten Grammatik, Rhetorik, Logik, Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik. Auf diese quasi propädeutische

Ebene bauen sich die drei höheren Fakultäten Medizin, Jurisprudenz und Theologie auf. Die Wechselwirkungen zwischen diesen frühen Formen der „universitas“ und dem Papst auf der einen Seite und dem Kaiser auf der anderen Seite werden leider nur kurz angetippt. So standen, wenn man so will, auf der positiven Seite bestimmte Privilegien wie etwa der Schutz der Studenten auf Reisen und ein eigener Gerichtsstand. Interessant wäre aber eine gewisse Vertiefung der Frage gewesen, welche übergeordnete Rolle die Kirche für den Inhalt des wissenschaftlichen Geschehens gespielt hat. Es ist naheliegend, dass innerhalb der genannten Hierarchie der Theologie eine übergeordnete Bedeutung eingeräumt wurde.

Wenn man in der Geschichte einen Schritt weiter geht, tritt ein Paradigmenwechsel im Gründungsgeschehen der Universitäten ein. Während die früheren Universitäten noch von den Magistern und Scholaren gegründet wurden, traten im späten Mittelalter die Landesherren als Gründer auf. Die Motive dieser landesherrlichen Gründungen waren weniger die Liebe zur Wissenschaft als handfeste Interessen der territorialen Stärkung. Zum einen versprach die Gründung einer Universität Prestigegewinn, zum anderen gab es einen ständig wachsenden Bedarf an Verwaltungseliten. Einen solchen Bedarf verspürte aber nicht nur der Landesherr, sondern auch die Kirche, die für die Ausbildung des geistlichen Personals konfessionelle Hochschulen gründete. Lange Zeit hatte man bei einem Vergleich der landesherrlichen Gründungen einerseits und der katholischen Hochschulen andererseits die Überzeugung propagiert, dass die letzteren als rückständig zu betrachten seien. Die neuere Forschung hat das korrigiert und herausgearbeitet, dass namentlich die Jesuitenuniversitäten in Fragen der Organisation, Kommunikation und Verwaltung durchaus innovative Leistungen erbracht haben.

Wieder einen zeitlich größeren Schritt weiter: Die häufig als universitäts-geschichtlicher Höhepunkt in Deutschland angesehene Humboldtsche Universitätsreform Anfang des 19. Jahrhunderts, die vor allem mit der Gründung der Berliner Universität 1809 verbunden wird, hätte eine breitere und differenzierte Betrachtung verdient (die Berliner Universität stand im Übrigen nicht an der Spitze der Reformbewegung, als Leitbilder der Reformuniversität sind die zuvor gegründeten Universitäten Halle und Göttingen zu nennen). Der Beitrag weist zurecht darauf hin, dass das zentrale Element dieser Reform für die weitere Entwicklung nicht nur in Deutschland bedeutsam wurde. Im Mittelpunkt dieser Gründungsidee steht die Forderung nach völliger Freiheit der

Wissenschaft sowie der Einheit von Forschung und Lehre. Bis in die neueste Zeit hat das Reformwerk von Wilhelm von Humboldt ikonografischen Charakter und es kann nicht bezweifelt werden, dass der spätere weltweite Erfolg der deutschen Universität auf die Kernideen dieser Reform zurückzuführen ist. Gleichwohl würde es dem Handbuch einer Wissenschaftsgeschichte gut anstehen, den alles beherrschenden Gründungsmythos, der mit dem Namen Wilhelm von Humboldt verbunden ist, mit etwas Tiefenschärfe zu betrachten. Lassen wir mal den Gesichtspunkt außen vor, dass jenes Papier, das man gleichsam als Gründungsmanifest der neuen deutschen Universität herausstellt, mit seinen vier Leitideen, nämlich „keine berufsspezifische Ausbildung“, eine „Bildung als Selbst-bewußt-werden-durch-tätiges Dasein“, „kein Einfluß des Staates auf Lehre und Forschung“, „Einheit von Forschung und Lehre als forschendes Lehren in der Gemeinschaft der Professoren und Studierenden“, erst knapp hundert Jahre nach der Gründung der Berliner Universität veröffentlicht wurde. Die Humboldtsche Gründungsidee ist in dieser Form ein nachgeschobener Mythos. Sie wurden in reiner Form weder zur Gründungszeit der Berliner Universität noch später umgesetzt. Richtig ist aber, dass ein Kreis von Reformern, zu denen auch *Humboldt* zählte, der aber wesentlich von Leuten wie *Wolff*, *Schleiermacher*, *Fichte*, *Schelling* und *Steffens* gebildet wurde, die Lehre von dem scholastischen Bildungskanon befreite. Die Forschung, die zuvor eher bei den Akademien angesiedelt, konnte sich im Geist einer von Rationalismus getragenen individualistischen Weltaneignung und frei von staatlichen Einflüssen entfalten. Das waren wichtige Antriebskräfte für den Siegeszug der deutschen Universität des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts.

Der zentrale Gedanke der Freiheit der Forschung, das wird nicht nur vom Autor dieses Beitrages übersehen, bedarf insofern einer Differenzierung, als im Zuge der hier beschriebenen Universitätsreform eine besondere Universitätsverfassung entstand, die man mit der Kurzform „janusförmige Universitätsverfassung“ bezeichnet. Janusköpfig deshalb, weil unter dem Dach der Universität zwei voneinander abgegrenzte Wirkungsfelder entstanden. Der eine Kopf ist die gesicherte wissenschaftliche Freiheit im akademischen Geschehen der Universität. Der andere Kopf ist die staatliche Kompetenz in allen Dingen des Wirtschafts- und Verwaltungswesens. Lange Zeit sah man darin einen konzeptionellen Geniestreich, denn der Staat übernahm nun eine dauerhafte und nachhaltige Alimentierungspflicht, da er ja im wirtschaftlichen Bereich und in der

Verwaltung zu der maßgeblichen universitären Verantwortlichkeitsinstanz wurde. Es ist unverkennbar, dass durch die starke Wirtschafts- und Verwaltungsstellung des States ein hohes Maß an Einflusspotential geschaffen wurde. Dieser berühmte Dualismus verfolgt die Diskussion um ein adäquates Universitätsmodell bis in die jüngste Zeit, siehe dazu unten.

Der Konzeption des Abschnitts „Universitäten“ folgend, in dem bei der Skizzierung der Universitätsgeschichte kein chronologisches Narrativ verfolgt wird, sondern die schlaglichtartige Beleuchtung von Umbrüchen und Paradigmenwechsel, wird auch hier nur auf zwei der knapp angedeuteten grundlegenden Reformprozesse des 20. Jahrhunderts eingegangen, die jeweils nicht nur tiefe Spuren im Inneren des wissenschaftlichen Geschehens der Universitäten hinterlassen haben, sondern auch jeweils über die Grenzen der Wissenschaftseinrichtungen hinaus äußerst emotionale Diskussionen verursacht haben.

Die Universitäten waren ab Ende der 1960er-Jahre mit zwei Problemen konfrontiert, die zwar einen völlig unterschiedlichen Ausgang hatten, aber in ihren wechselseitigen Verbindungen zu starken Impulsen der Veränderung wurden. Es war zum einen der stark ansteigende Zugang zu den Universitäten, getragen von der berechtigten Vorstellung, dass bisher unterprivilegierte Teile der Gesellschaft durch eine universitäre Ausbildung Aufstiegschancen erhalten sollten. Der daraus abgeleitete Begriff der Massenuniversität ist, neben dem positiven Gesichtspunkt der sozialen Gerechtigkeit, aber auch mit negativer Konnotation verbunden, da eine Massenuniversität offenkundig mit den Humboldtschen Idealen endgültig nicht mehr zu vereinbaren ist und damit Qualitätsstandards gefährdet erschienen (auch wegen einer permanenten Unterfinanzierung). Die andere Strömung hat ihre Quelle in der studentischen 68er Bewegung, die u.a. dem Typus der Ordinariuniversität (stark dominierende Rolle der Lehrstuhlinhaber) den Kampf angesagt hat und sich als Konsequenz die Forderung nach inneruniversitärer Mitbestimmung entwickelte. In der Gruppenuniversität sollten alle unter dem Dach der Universität arbeitenden Gruppen an den zentralen Entscheidungen einer Universität teilhaben. Die Rechtsprechung hat diese Entwicklung insofern eingeehrt, dass alle Universitätsgruppen in Gremien vertreten sind, aber in wissenschaftlichen Fragen die maßgebliche Entscheidung bei den Wissenschaftlern/Innen verbleibt. Nicht weniger tiefgreifend war der Umbruchprozess ab etwa Ende der 1990er Jahre des letzten Jahrhunderts. Die Formulierungen des Handbuchbeitrags, wonach die

Ökonomisierungsdebatte mit einem Autonomieverlust der Universitäten im Sinne der Verdrängung wissenschaftlicher Rationalitäten durch ökonomische Imperative verbunden sei, ist offen gestanden ein Satz, der hundert Fragen aufwirft, aber dem Leser keine beantwortet. Unklar ist, was ein Leser ohne Kenntnis der Hintergründe aus einer solchen thesenartigen Zuspitzung gewinnt. Diese offenen Fragen können gewiss nicht im Rahmen einer Buchbesprechung beantwortet werden. Das abwertende Schlagwort der Ökonomisierung, das sicher auch durch Auswüchse Nahrung bekam (u.a. „Vorstand“ als Universitätsleitungsorgan statt Rektorat), verdeckt den Kern des Umbruchs, nämlich das oben unter anderen zeitlichen Vorzeichen schon angesprochene Verhältnis der Universität zum Staat. Wesentliche Entscheidungsbefugnisse sind vom Staat, also in Deutschland von den Bundesländern, auf die Universitäten übertragen worden, angefangen von den internen Strukturfragen bis hin zur Besoldung der Professoren/Innen. Es hat sich dabei die naheliegende Vorstellung durchgesetzt, dass die Universität besser als der Staat weiß, wie die Wissenschaft unter ihrem Dach zu organisieren ist. Verbunden damit war auch die Effizienzfrage, die vordergründig als ökonomische betrachtet wurde (von manchen externen Beratern der Universität auch so gesehen wird). Im Kern ging es aber um die Frage, mit welchen Steuerungsmitteln man es gewährleisten kann, dass die notwendigerweise beschränkten Mittel so eingesetzt werden, dass der bestmögliche wissenschaftliche Erfolg erzielt wird.

Im letzten Satz des Beitrags „Universität“ wird auf die zunehmende Ausdifferenzierung des Hochschulwesens hingewiesen. Es ist verständlich, dass dieses sehr große Feld im Rahmen eines Handbuchs nicht umfänglich behandelt werden kann. Aber in historischer Perspektive bemerkenswert ist doch die leider nicht erwähnte Gründung zahlreicher privater Hochschulen, die, wenn auch kleiner als die staatlich getragenen Hochschulen, inzwischen ihren Platz in der Wissenschaftslandschaft in Deutschland gefunden haben. Der Wechsel der Trägerschaft von staatlichen in private Hände wirft naturgemäß das Thema Wissenschaftsfreiheit unter anderen Vorzeichen wieder auf.

Zu den großen Strukturfragen des Deutschen Hochschulwesens gehört nach Auffassung des Rezensenten auch das Verhältnis der Universitäten zu den leider nicht erwähnten Fachhochschulen und ihres jeweiligen spezifischen Auftrags in Forschung und Lehre, um damit wieder an den vom Autor des Beitrages angesprochen Prozess der Ausdifferenzierung anzuknüpfen.

Bei der notwendigerweise fragmentarischen Befas-

sung mit dem Handbuch Wissenschaftsgeschichte zum Zwecke einer Rezension sei – wie bereits ausgeführt - an folgender Wahrnehmung festgehalten: Für Wissenschaftler/Innen, die in den tieferen philosophischen und kultursoziologischen Schichten der Wissenschaftsgeschichte forschen und deren hochkomplexe Rahmenbedingungen im Blick haben, ist das Handbuch eine äußerst wertvolle Quelle. Für fachfremde Leser leistet das Handbuch eine übergreifende Orientierung, die aber gleichzeitig eine Aufforderung zur weiteren Vertiefung mit anderen Quellen ist.

Jürgen Heß war von 1988 bis 1994 Kanzler der Universität Konstanz, von 1994 bis 2000 Kanzler der Universität Freiburg und von 2000 bis 2003 Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz.

Sebastian Golla

Besprechung von Jonas Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), Nomos, 2020¹

I. Virtuelle Lehre als neuer Alltag

Die vorliegende Dissertation von *Jonas Botta* wäre noch im letzten Jahr vor allem von einem kleinen, im Datenschutzrecht spezialisierten Adressatenkreis rezipiert worden. In Zeiten von Covid-19 ist indes das allgemeine Interesse an den untersuchten Fragen gestiegen. Die Pandemie hat ein neues Kapitel in der Entwicklung der von Botta in das Zentrum der Untersuchung gestellten Massive Open Online Courses (MOOCs) aufgeschlagen. Dies zeigt sich nicht nur, wenn die Sängerin *Shakira* auf Twitter stolz ein Diplom in antiker Philosophie präsentiert, das sie in einem Online-Kurs einer US-amerikanischen Universität erworben hat.²

Auch die Lehrangebote deutscher Hochschulen entfalten sich aktuell zu großen Teilen online, und es ist davon auszugehen, dass die angestoßene Entwicklung lange nachwirken wird. So stellt sich ab jetzt die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Datenverarbeitung im virtuellen Seminarraum im Alltag sämtlicher Lehrenden und Bildungsinstitutionen mit neuer Dringlichkeit. Die Untersuchung dieser Grenzen ist das Herzstück von *Bottas* Arbeit (Kapitel 4), welches eher allgemein gehaltene Betrachtungen etwa zum Phänomen Big Data (Kapitel 2, § 1) und zur Entstehung des europäischen Datenschutzrechts (Kapitel 3, § 1) vorbereiten.

Die datenschutzfreundliche Gestaltung des „virtuellen Seminarraums“ erscheint dabei als eine der zentralen Erfolgsbedingungen für den Einsatz von E-Learning und Online-Kursen. Wie *Botta* eingangs betont, „sind MOOCs ein wichtiger Impulsgeber für die Weiterentwicklung unseres Hochschulsystems geworden“ (S. 46). Um sie erfolgreich einzusetzen, gilt es aber, datenschutzrechtliche Anforderungen umzusetzen, da digitale Lehrangebote die Verlockung mit sich bringen, „auf Grundlage der Nutzerdaten Kenntnisse über die individuellen Fähigkeiten eines Menschen, sein Lernverhalten oder

seine thematischen Interessen zu erlangen und daraus umfassende Persönlichkeitsprofile der Nutzer zu erstellen“ (S. 47).

II. Rechte auf digitale Bildung und Datenschutz

Zur Einleitung der rechtlichen Bewertung stellt *Botta* das grundrechtliche Spannungsfeld dar, in dem sich E-Learning-Angebote bewegen und das sich auch auf ihren Einsatz durch Private auswirkt (S. 92 ff.). In zeitgemäßer Weise liegt der Schwerpunkt auf den Gewährleistungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dabei befasst sich *Botta* unter anderem kurz mit der Frage, ob aus dem Recht auf Bildung aus Art. 14 GRCh gegenüber Hochschulen ein Recht abgeleitet werden könnte, digitale Bildungsangebote zur Verfügung zu stellen und nimmt dies in einem gewissen Umfang an (S. 96). Weitere Überlegungen zu einem solchen Recht auf digitale Bildung wären im Zusammenhang mit den Aufgaben nach den Landeshochschulgesetzen, die etwa ausdrücklich die Berücksichtigung der Bedürfnisse berufstätiger oder kinderbetreuender Studierender verlangen³, lesenswert gewesen.

In den Ausführungen zu den (einfachgesetzlichen) Befugnissen zur Datenverarbeitung durch MOOC-Anbieter (S. 113 ff.) bezieht *Botta* kenntnisreich Stellung zu grundsätzlichen und spezifischen Anwendungsfragen der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union (DSGVO). Diese Ausführungen sind nicht nur für Theoretiker, sondern auch für die praktischen Adressat*innen der Regelungen von großem Interesse. Sie ersparen die Mühe, die Fragestellungen einzeln in der kaum noch überschaubaren Kommentar- und Handbuchliteratur zur DSGVO nachzuschlagen. Hochwertige und ausführliche Beiträge zu bereichsspezifischen Fragen des Datenschutzrechts nach aktueller Gesetzeslage sind selten, erst recht für den Bildungsbereich.⁴ Wenn

1 430 Seiten, 98 Euro, ISBN 978-3-8487-6401-3.

2 <https://twitter.com/shakira/status/1253351436097925127>, zuletzt abgerufen am 15. Mai 2020.

3 Vgl. etwa § 2 Abs. 4 Satz 2 HochSchG RhPf; § 3 Abs. 4 Satz 2

HessHochSchG.

4 Vgl. mit einem Versuch hierzu *Golla/Matthé*, Das neue Datenschutzrecht und die Hochschullehre, WissR 51 (2019), 206 ff.

man dem Autor hier etwas vorwerfen kann, dann allenfalls, dass er auf ein Stichwortverzeichnis zu seiner Arbeit verzichtet hat, welches diese besonders für den praktischen Einsatz, noch attraktiver gemacht hätte.

Im Vergleich zu den Befugnissen der MOOC-Anbieter fallen die Ausführungen zu den Befugnissen der Hochschulen im Bereich der Datenverarbeitung (S. 303 ff.) deutlich knapper aus. In diesem dennoch lesenswerten Abschnitt stellt *Botta* zutreffend die im Vergleich zu Forschungszwecken schwächere Privilegierung von Lehrzwecken durch die DSGVO heraus, die zu kritisieren ist. Auch auf mitgliedstaatlicher Ebene besteht Nachbesserungsbedarf: Die für die Datenverarbeitung zu Zwecken der Forschung und Lehre einschlägigen Regelungen in den Landeshochschul- und Datenschutzgesetzen erweisen sich als Stückwerk und teilweise unionsrechtswidrig (S. 313 ff.).

III. Anwendungsfragen der DSGVO: Freiwilligkeit, künstliche Intelligenz und US-Dienste

Die Auseinandersetzung mit einzelnen Fragen der DSGVO erfolgt insgesamt in unterschiedlichem Detailgrad. Erfreulich differenziert ist sie im Zusammenhang mit den Anforderungen an eine wirksame (insbesondere: freiwillige) Einwilligung in die Datenverarbeitung gegenüber MOOC-Anbietern (S. 117 ff.). Die vorliegenden Ausführungen hierzu sind auch im Kontext allgemeiner datenschutzrechtlicher Diskussionen – wie etwa um das so genannte Kopplungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO – lesenswert. Etwas mehr Detail wäre bei der Auseinandersetzung mit den weitgehenden Informationspflichten der Anbieter nach Art. 13 f. DSGVO (S. 190 ff.) wünschenswert gewesen, deren Einhaltung so manchen Dienst auf eine harte Probe stellen dürfte.

Im Zusammenhang mit aktuellen Diskussionen um den Einsatz künstlicher Intelligenz stehen *Bottas* Überlegungen zu vollautomatisierten Entscheidungen im Bildungskontext und deren Zulässigkeit nach Art. 22 DSGVO (S. 207 ff.). Dass diese bisher praktisch selten angewandte Vorschrift gerade im Bildungsbereich von hoher Relevanz ist, zeigen die Anwendungsbeispiele vollautomatisierter Bewertungssysteme (etwa in Multiple

Choice-Tests) und Studienberatungsprogramme, die sich lernfähiger Algorithmen bedienen. Zutreffend weist *Botta* dabei darauf hin, dass es kaum spezifische Grenzen für den Einsatz automatisierter Systeme gibt, die menschliche Entscheidungen „nur“ vorbereiten. Auch diese können aber einen „Ankereffekt“ erzeugen (S. 215), der gut vorstellbar ist, wenn man sich etwa vor Augen führt, dass eine Software einen begründeten Bewertungsvorschlag für eine Klausur unterbreitet.

Besonders hervorzuheben ist auch *Bottas* Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Datentransfers in Drittstaaten (am Beispiel der USA, S. 239 ff.), die im Bildungsbereich regelmäßig relevant wird und in der Praxis mit dem eingeschränkt sachdienlichen Hinweis endet, man möge Dienste benutzen, die innerhalb der Europäischen Union betrieben werden. Nach ausführlicher Auseinandersetzung kommt freilich auch *Botta* zu dem Schluss, dass das Datenschutzniveau in den USA jenem in der Europäischen Union nicht gleichwertig ist („Digital Privacy Divide“, S. 262). Weder der Angemessenheitsbeschluss EU-US Privacy Shield noch andere Instrumente der DSGVO können nach *Bottas* Analyse derzeit als sichere Rechtsgrundlage für den transatlantischen Datenverkehr dienen.

IV. Eine datenschutzrechtliche Navigationshilfe für die digitale Bildung

Angesichts der komplexen Rechtslage im Datenschutzrecht sowie dem „Normenschwungel“ für MOOC-Anbieter und Hochschulen überrascht es wenig, dass *Botta* im Schlussteil seiner Dissertation einen Regelungsbedarf unter anderem im deutschen Hochschulrecht (S. 372 f.) ausmacht. Es rundet diese Arbeit ab, dass der Autor sich nicht mit dem Ausmachen der Probleme begnügt, sondern dazu ausführliche Handlungsempfehlungen für deutsche Hochschulen unterbreitet (S. 384 ff.). Hierbei verweist er unter anderem auf die Potentiale von Hochschulsatzungen, datenschutzrechtliche Vorgaben zu konkretisieren, sowie eines hochschuleigenen Plattformbetriebs.

Botta bietet seine Arbeit als „Wegweiser“ auf dem Pfad der digitalen Bildung hin zum Humboldt’schen Ide-

al „gleicher Bildung für alle“ an (S. 394). Diesem Anspruch wird er gerecht. Seine Arbeit ist sowohl für die wissenschaftliche Auseinandersetzung als auch als praktische Hilfe zur Navigation durch die komplexen Regelungsgefülle zwischen Datenschutzrecht und Hochschulrecht geeignet.

Sebastian Golla ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Robert Mohl

*Ansteckende Krankheiten*¹

Wir wenden uns nun zu den staatspolizeilichen Anstalten, welche die Heilung ausgebrochener Contagien² begünstigen sollen. Sie betreffen das ärztliche Personal, die materiellen Heilmittel, die Geldunterstützungen und die endliche Reinigung der angesteckt genesenen Wohnorte.

Jede Epidemie fordert zu ihrer Behandlung eine größere Anzahl von Aerzten als die regelmäßig Beschäftigten. Doppelt ist dies bei einer ansteckenden Krankheit der Fall, welche manchen Arzt ebenfalls ergreifen, und die Zahl der verfügbaren also noch mehr verringern wird. Wenn sich daher nicht, wie übrigens eine schöne Erfahrung der letzten großen Epidemien hoffen läßt, die noethige Zahl von Freiwilligen, sei es aus Humanität, sei es aus Lernbegierde, einfinden sollte, so ist es Sache des Staates, durch verhältnismäßige Anerbietungen, das noethige Personal herbeizuziehen. Ob ein Zwang dabei statt finden durfte, ist an und für sich zweifelhaft und möchte jeden Falles nicht rätlich sein, weil mit Gezwungenen schwerlich der Zweck erreicht würde. Weit schwieriger ist es nach manchen Erfahrungen, die zwar sehr untergeordnete, allein doch unentbehrliche Classe von Krankenwärtern zu erhalten. Bei sehr tödlichen Contagien ist ihr Geschäft so offenbar lebensgefährlich, dass auch die größten Geldanerbietungen ihren Zweck verfehlen könnten, und daß man daher schon wiederholt zu dem, freilich verzweifelten, Mittel schreiten mußte, schweren Verbrechern die Erlassung ihrer Straften unter der Bedingung der Abwartung Pestkranker anzubieten.

Seltener wird es in einem Staate mit guter deutscher Medicinalpolizei an dem materiellen Heilmitteln fehlen. Die Apotheken sind immer versehen und Fehlendes wird asbald ergänzt. Nur in dem Falle, wenn ein in der Regel blos in kleinen Quantitäten vorrätiges Mittel in einer Epidemie plötzlich stark gebraucht würde, könnte eine Hilfe bei Staates nötig werden, welche aber wohl am besten in einer solchen Erhöhung des Preises bestünde, daß das Fehlende auf die schleunigste wenn schon theuerste Weise von den einzelnen Apotheken herbeigeschafft werden könnte. Hiermit wäre noch eine außerordentliche Untersuchung der Apotheken, ob die erforderlichen Arzneistoffe wirklich nach Menge und Güte unta-

delhaft vorhanden sind, ferner ein Verbot, solche spezifischen Heilmittel anders als gegen ärztliches Rezept und nur in gewöhnlichen Quantitäten abzugeben, mit Nutzen zu verbinden.

Unmittelbare Geldunterstützungen sind bei contagiösen Epidemien nicht zu vermeiden, und können auch, da sie zur Abwendung einer allgemeinen Gefahr und eines nicht blos die zunächst Beteiligten angehenden Übels dienen, völlig gerechtfertigt werden. Außer den mehr zu den prophylaktischen Mitteln gehörigen Unterstützungen erfordert der Heilzweck Beiträge zur Stärkung der Kranken und besonders bei Wiedergenesenen, Unterhalt ihrer Familien und Bezahlung der ärztlichen Hilfe, so wie der Heilmittel. Und zwar wird eine solche Hilfe nicht nur bei den zu allen Zeiten armen und bedürftigen Classen nötig sein, sondern sie kann auch wegen der Sperrung alles Erwerbes für solche erwünscht sein, welche keineswegs regelmäßige Ansprüche auf Armenunterstützung machen. Die Form der Gabe muss daher schonend sein und nicht als Almosen erscheinen. Am besten wird geradezu aus öffentlichen Kassen das Erforderliche bezahlt und dann unentgeltlich denen, welche es verlangen, gereicht. Eine Vertheilung der auf solche Weise gemachten Ausgaben zwischen der allgemeinen Staatskasse und den Kassen der einzelnen Gemeinden ist ohne Zweifel gerecht, indem theils allgemeine, theils bloß örtliche und nachbarliche Zwecke erreicht werden. Daß die Gemeinden dadurch hart bedrückt werden, und auf eine lange Reihe von Jahren in ihren Vermögensverhältnissen zurückgebracht werden können, ist freilich unleugbar, und keines der geringsten Übel einer Contagion.

Robert (von) Mohl (1799 - 1875) war Professor für Staatswissenschaften in Tübingen sowie seit 1847 Professor in Heidelberg. Als „politischer“ Professor war er unter anderem Mitglied der Nationalversammlung in der Paulskirche sowie der badischen Ersten Kammer. Zu seinen wichtigsten Schriften gehört „Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“ von 1833.

1 Robert Mohl, in: Rotteck/Welcker (Hg.), Staatslexikon, 1 Bd. 1834, S. 603, 611 f.

2 die Übertragung einer Krankheit von einer Person auf eine andere über bloßen Kontakt.

Thomas Würtenberger

*Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung**

Übersicht

I. Fragestellungen

II. Vorüberlegungen zur Rechtsnatur des Wissenschaftsrates

III. Der verfassungsrechtliche Rahmen von Akkreditierungsstapelungen des Wissenschaftsrates

1. Die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Freiheit von Gründern und Betreibern von Privathochschulen
2. Hochschulformigkeit keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtfertigung für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit

IV. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gestaltung der Akkreditierungsverfahren

1. Nicht durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kommunikationsfreiheit gerechtfertigt
2. Keine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Akkreditierungsgutachten
3. Defizite im rechtlichen Gehör
4. Wettbewerbsverzerrung und Prangerwirkung durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates

V. Grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Monita des Wissenschaftsrates gegen eine Akkreditierung

1. Zur Auflösung von Verfahrenskonkurrenzen
2. Zur unverhältnismäßigen Belastung und Kostenlast durch Reakkreditierungen
3. Keine klare Differenzierung zwischen den Monita bei der Nichtakkreditierung
4. Zweierlei Maß bei der Bildung des Maßstabes für die Akkreditierung
5. Zu den inhaltlichen Mängeln in Akkreditierungsstapelungen

VI. Schlussbemerkung

An mittlerweile über hundert privaten Hochschulen studieren etwa 8,5 % der Studierenden in Deutschland¹. Für den Zugang zu diesem immer noch wachsenden Bildungsweg bedürfen die privaten Hochschulen der staatlichen Anerkennung.² Deren Voraussetzungen sind, weitgehend übereinstimmend, in den Hochschulgesetzen der Länder geregelt.³ Die Prüfung dieser Anerkennungsvoraussetzungen erfordert hochschulbezogenes Erfahrungswissen hinsichtlich des von den privaten Hochschulen zu verlangenden Leistungsprofils in Forschung und Lehre. Denn zum einen soll die private Hochschule ihren Studierenden ein, je nach Hochschultyp unterschiedlich ausgeprägtes, *wissenschaftliches Studium* anbieten, zum anderen erwartet der *Arbeitsmarkt besondere Qualifikationen* der Absolventen privater Hochschulen. Das Studium an privaten Hochschulen muss also mit dem an staatlichen Hochschulen in Breite und Tiefe sowie in den Leistungsanforderungen vergleichbar sein.

Das für die staatliche Anerkennung zuständige Landesministerium betraut in aller Regel den Wissenschaftsrat mit der Prüfung, ob eine private Hochschule im Hinblick auf Lehre, Forschung und Organisation sowie auf solide Finanzierung die gesetzlichen Anerkennungsvor-

* Die Ausführungen beruhen zum Teil auf gutachtlichen Stellungnahmen. Herrn Alexander Krüger danke ich für eine kritische Durchsicht des Manuskripts. Die Internet-Fundstellen wurden am 26. 8. 2020 abgerufen.

1 https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/01/PD20_026_213.html - auch zu den hohen Zuwachsraten des Studiums an privaten Hochschulen.

2 So etwa nach § 70 LHG BW; Art. 76 BayHSchG; § 123 BerlHG; § 114 HmbHG; § 91 HessHG; § 72 NRWG; § 76 SchlHHSg; § 101 ThürHG, - hier auch die Regelung der rechtlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung; hierzu im Überblick Würtenberger, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisati-

on der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 18.

3 Die Landesregierung Baden-Württemberg hat allerdings Ende Juli 2020 einen Entwurf zu einem 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz vorgelegt, der die staatlichen Anerkennungsvoraussetzungen erweitert und das Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates nunmehr rechts- und verfassungskonformer gestalten möchte (https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/gesetzentwurfe/200728_Gesetzentwurf_viertes_Hochschulrechtsaenderungsgesetz.pdf). Auf die Änderungsvorschläge wird im Folgenden verwiesen, soweit sie die hier kritisierte Verfahrenspraxis des Wissenschaftsrates betreffen.

aussetzungen erfüllt.⁴ Der Wissenschaftsrat setzt eine Arbeitsgruppe ein, die auf der Grundlage eines Selbstberichts der Hochschule und nach deren Begehung einen *Bewertungsbericht* verfasst. Begleitet wird das gesamte Akkreditierungsverfahren von der Geschäftsstelle des Wissenschaftsrates, die „schreiben, redigieren, konzipieren“, also wesentliche Steuerungs- und Lenkungsfunktionen, für sich in Anspruch nimmt.⁵ Nach dieser Vorbereitung entscheidet der Wissenschaftsrat über die (Nicht-) Akkreditierung und über die von der privaten Hochschule meist unter Fristsetzung zu erfüllenden Auflagen.⁶ Die vom Wissenschaftsrat verfassten Akkreditierungsstellungen werden, selbst wenn sie eine Akkreditierung ablehnen, auf dessen Homepage gestellt und sind im Internet allgemein zugänglich.⁷

I. Fragestellungen

Die Befassung des Wissenschaftsrates mit der Akkreditierung privater Hochschulen ist nicht ohne Kritik geblieben. Von einer internationalen Kommission wurde 2008 moniert⁸, dass *die Standards an öffentlichen Hochschulen* bei der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat über Gebühr maßstabbildend seien und die Tendenz zu einem strukturkonservativen Verfahren bisweilen erkennbar sei. Zudem wurden die *Probleme des Peer Review*, das sich häufig nicht von eigenen didaktischen und fachlichen Vorstellungen zu lösen vermag, angesprochen und eine Schulung der Gutachter gefordert.⁹

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine verfassungs- und hochschulrechtliche Kritik an der Arbeit des Wissenschaftsrates. Da der Wissenschaftsrat keine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, und weder dem Bund noch einem Land zugeordnet werden kann, mag man bereits zweifeln, ob er überhaupt Adressat verwaltungsgerichtlicher Verfahren sein kann (II.). Die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates zur Akkreditierung privater Hochschulen sind zudem verfassungsrechtlich defizitär, da er sich weder in seinem Leitfaden

noch in seinen Akkreditierungsverfahren mit der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit des Trägers von Privathochschulen (III., 1.) und den hieraus herzuleitenden Maßstäben für Akkreditierungsentscheidungen befasst.

Zu problematisieren ist, dass die Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates oft nicht auf den in den Ländern rechtlich geregelten Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von privaten Hochschulen beruhen. So regelt § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW, dass der Wissenschaftsrat mit Akkreditierungsverfahren betraut werden kann, um die *Entscheidungsgrundlagen des Ministeriums gemäß § 70 Abs. 2 und 5 LHG zu erweitern*. Dieses Ziel wird vom Wissenschaftsrat jedoch nicht vorrangig verfolgt. Jenseits der landesrechtlichen Vorgaben orientiert er sich vielmehr an einem von ihm verfassten *eigenen Leitfaden*, der alleinige Grundlage seiner Akkreditierungsverfahren privater Hochschulen ist. In diesem Leitfaden, eine Art von Verwaltungsvorschrift, aus dem Jahr 2015, hat der Wissenschaftsrat über die Konkretisierung der landesgesetzlichen Vorgaben hinaus und daher *in einem rechtsfreien Raum und ohne demokratische Kontrolle eigene Maßstäbe der Hochschulformigkeit*¹⁰ entwickelt. Wegen dieser Diskrepanz zwischen den gesetzlich *abschließend*¹¹ geregelten Anerkennungsvoraussetzungen und den selbst gesetzten Akkreditierungsmaßstäben des Wissenschaftsrates gehen dessen Stellungnahmen zur Akkreditierung zu einem beträchtlichen Teil von Maßstäben aus, die mit der *Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar* sind (III., 2.).

Die *Praxis der Akkreditierungsverfahren* gibt ebenfalls Anlass zu Kritik. Bei der Ausarbeitung und bei der Verbreitung seiner Stellungnahmen zur Akkreditierung von privaten Hochschulen verstößt der Wissenschaftsrat gegen rechtsstaatliche Grundsätze des Verwaltungsrechts. Auf dem Prüfstand steht unter anderem: Ist der Wissenschaftsrat berechtigt, negative Akkreditierungsstellungen ohne vorhergehende Anhörung der betroffenen Hochschule zu veröffentlichen? (IV.) Und nicht zuletzt bestehen Bedenken gegen eine Vielzahl von Monita des Wissenschaftsrates, die zu Auflagen

4 So etwa nach § 70 Abs. 1 S. 4 LHG BW.

5 https://www.wissenschaftsmanagement-online.de/sites/www.wissenschaftsmanagement-online.de/files/migrated_wimoarticle/Goll.pdf unter 3.8.

6 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 21 ff. – Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen.

7 Zur Veröffentlichung vgl. Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 24.

8 Zum Folgenden vgl. „Zur Zukunft der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen in Deutschland. Bericht der internationalen Kommission zur Evaluation des Verfahrens zur Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen durch den Wissenschaftsrat“, abgedruckt in Wiss Rat Drs. 8925-09, S. 23, 48

ff. (Kritik an der Kontrolle von Programmakkreditierungen etc.).

9 Der Wissenschaftsrat ist sich der Problematik des Peer Review in Akkreditierungsverfahren bewusst (vgl. Drs. 1656-11 mit „Empfehlungen zur Steuerung und Bewertung von Forschungsleistungen“, S. 17), verhindert aber nicht, dass vergleichbare Sachverhalte von den Gutachtergruppen unterschiedlich gewürdigt werden. Hierauf ist zurückzukommen.

10 Wiss Rat Drs. 4395-15; den Weg in den Duden hat der Kunstbegriff der „Hochschulformigkeit“ noch nicht gefunden.

11 BeckOK Hochschulrecht BW/ Krausnick, 16. Edition 01.11.2019, § 70 LHG Rn. 23.

oder zur Nichtakkreditierung privater Hochschulen geführt haben (V.).

II. Vorüberlegungen zur Rechtsnatur des Wissenschaftsrates

Der Wissenschaftsrat ist das zentrale hochschulpolitische Beratungsgremium von Bund und Ländern in Fragen der Fortentwicklung des Hochschul- und Wissenschaftsbereichs. Er wurde durch das Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern vom 5. September 1957 eingerichtet.¹² Träger der „Behörde“ Wissenschaftsrat sind die Bundesländer und der Bund als *öffentlich-rechtliche Körperschaften*, repräsentiert durch ihre jeweiligen Regierungen. Die Mitglieder des Wissenschaftsrates werden teilweise vom Bundespräsidenten unter anderem auf Vorschlag der Institutionen wissenschaftlicher Forschung berufen, teilweise von der Bundesregierung und den Landesregierungen entsandt (Art. 4 des Verwaltungsabkommens). Die *Finanzierung* des Wissenschaftsrates erfolgt aus dem Bundes- und den Landeshaushalten (Art. 9 des Verwaltungsabkommens). Zu seinen explizit benannten Aufgabebereichen gehört, dass er auf Anforderung eines Landes gutachtlich zu Fragen der Entwicklung der Landeshochschulen Stellung nimmt (Art. 2 a. E. des Verwaltungsabkommens).

Diese Konstruktion des Wissenschaftsrates lässt sich mit dem organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt¹³ nicht vereinbaren. Jedenfalls dann bedarf es eines demokratisch legitimierten Gesetzes, wenn eine Behörde durch ihr Handeln nach außen in Grundrechte von privaten Hochschulen und ihrer Träger eingreift. Die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates werden in Akkreditierungsverfahren zwar verwaltungsintern dem jeweils beauftragenden Wissenschaftsministerium des Landes erstattet. Da aber diese Stellungnahmen, die eine Akkreditierung ablehnen oder die erhebliche Mängel im Betrieb privater Hochschulen rügen, auf der Homepage des Wissenschaftsrates veröffentlicht und zusätzlich durch Pressemitteilungen verbreitet werden, wird in Grundrechte eingreifend nach außen gehandelt. Zu diskutieren ist, ob der Wissenschaftsrat mit der Publikation seiner Akkreditierungsgutachten die Funktion

eines lediglich verwaltungsintern agierenden Helfers des beauftragenden Landes¹⁴ überschreitet.

Eine die Grundrechte der Betreiber privater Hochschulen sowie diejenigen der Hochschule selbst verletzende Veröffentlichung der Stellungnahmen des *nicht rechtsfähigen Wissenschaftsrates* kann verwaltungsprozessual angegriffen werden. Wenn auch durch eine bloße Verwaltungsvereinbarung keine rechtsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts gegründet werden konnte,¹⁵ bedeutet dies aber nicht, dass der Wissenschaftsrat, dessen Tätigkeit *keinerlei Aufsicht unterworfen* ist¹⁶, *außerhalb der Rechtsordnung* steht. Wenn die Behörde Wissenschaftsrat bei ihrem Akkreditierungsvorschlag, wie noch zu zeigen ist, außerhalb ihres Kompetenzrahmens, in Verkennung der Reichweite der Privathochschulfreiheit und des Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe sowie mit bisweilen unzutreffend begründeten Stellungnahmen in erheblicher Weise in Grundrechte der privaten Hochschulen eingreift, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG entsprechenden Rechtsschutz. Zu dessen Gewährleistung lässt sich wohl von einer Teilrechtsfähigkeit der „Behörde“ Wissenschaftsrat ausgehen.¹⁷ Soweit insoweit Zweifel bestehen sollten, wäre eine Klage gegen die Bundesregierung und die Landesregierungen als Träger der Organisation Wissenschaftsrat – oder nur gegen eine dieser gesamthänderisch handelnden öffentlich-rechtlichen Körperschaften – statthaft.

III. Der verfassungsrechtliche Rahmen von Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates

Zu klären ist, ob die Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit nicht nur der privaten Hochschulen, sondern auch ihrer Gründer und Trägergesellschaften zu beachten haben.

1. Die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Freiheit von Gründern und Betreibern von Privathochschulen

Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre gegen Eingriffe des Staates. Juristische Personen in privatrechtlicher Rechtsform, also etwa

12 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2

13 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 20 GG Rn. 76; Jarass/Pieroth/Pieroth, aaO, Art. 86 GG Rn. 2 a; Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 125; von Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 283.

14 Eine Organleihe ist wohl auszuschließen; vgl. zu den Voraussetzungen der Organleihe von Kommissionen Fehling, Rundfunk,

in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Aufl. 2013, § 59 Rn. 159 mit Nachw.

15 Röhl, Der Wissenschaftsrat. Kooperation zwischen Wissenschaft, Bund und Ländern, 1994, S. 220 mit Nachw.

16 Lerche versucht in einem unveröffentlichten Rechtsgutachten von 1983 zu Fragen des rechtlichen Status des Wissenschaftsrates eine Aufsicht durch Bund und Länder zu konstruieren (S. 14 ff.).

17 Röhl, Der Wissenschaftsrat. Kooperation zwischen Wissenschaft, Bund und Ländern, 1994, S. 220 ff. mit Nachw.

eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung können sich ebenfalls auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen¹⁸.

Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst auch die Freiheit, eine private Hochschule zu gründen und zu betreiben¹⁹. Denn Art. 5 Abs. 3 GG will dem *heutigen Zustand des Privathochschulwesens*, also eines Bildungsmarktes, in dem private Hochschulen eine wissenschaftlich und didaktisch fundierte Aus- und Weiterbildung anbieten, verfassungsrechtlichen Schutz gewähren. Dieser verfassungsrechtliche (Zugangs-) Schutz hat das Ziel, die *den pluralistischen Staat kennzeichnende Vielfalt der Wissenschaft* und ihrer Organisationsformen zu sichern. Dies richtet sich gegen alte Formen der staatlichen Monopolisierung oder der Lenkung der wissenschaftlich fundierten Hochschulausbildung. Letztlich lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der *Staatsfreiheit von Wissenschaft und Lehre* ein an den Staat gerichtetes *Wissenschaftssteuerungsverbot* herleiten²⁰. Gegenüber dem breiten Spektrum vertretbarer Ansätze in Forschung, Lehre und Hochschulorganisation muss der Staat *strikte Neutralität* wahren.

Art. 5 Abs. 3 GG schützt mit der *Privathochschulfreiheit* also auch die *Gründungs- und Betätigungsfreiheit ihrer Trägergesellschaften*²¹. Bei der Gründung und bei den Einflussnahmen auf „ihre“ Privathochschulen können sich die Trägergesellschaften auf selbstgesetzte Maßstäbe im Bereich von Forschung, Lehre und Organisation berufen.

Diese von Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos geschützte Privathochschulfreiheit unterliegt *nur verfassungsimmanenten Schranken*.²² In die Wissenschaftsfreiheit kann *nur vom Gesetzgeber* „mit Rücksicht auf kollidierendes Verfassungsrecht eingegriffen werden“.²³ Eingriffe in die die privaten Hochschulen schützende Wissenschafts- und Lehrfreiheit sind allein aus Gründen „der Erhaltung

und Förderung der Hochschulen“ selbst „sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger“ statthaft.²⁴ Zu berücksichtigen ist insbesondere der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte *Grundrechtsschutz der Studierenden*, da die privaten Hochschulen als Ausbildungsstätten für bestimmte Berufsfelder den Studierenden das Äquivalent zu einer staatlichen Hochschulausbildung zu bieten haben.

Die *Konkretisierung* der verfassungsimmanenten Schranken der Privathochschulfreiheit erfolgt durch die in *den Landeshochschulgesetzen* geregelten *Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung*.²⁵ So fordert § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LHG BW, dass das Studium an dem in § 29 LHG BW genannten Ziel ausgerichtet sein muss:

„Lehre und Studium sollen Studierende nach Maßgabe der Aufgaben der Hochschule entsprechend § 2 Abs. 1 auf eine berufliche Tätigkeit vorbereiten oder in einer beruflichen Tätigkeit weiterqualifizieren. Die dafür erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden sollen dem jeweiligen Studiengang entsprechend so vermittelt werden, dass die Studierenden zu wissenschaftlicher ... Arbeit und zu verantwortungsvollem Handeln in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat befähigt werden.“

Die *wissenschaftliche Qualität* des Studiums an privaten Hochschulen wird durch weitere Vorgaben des § 70 Abs. 2 S. 1 LHG BW gesichert: Das hauptberufliche Lehrpersonal muss die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, „die für entsprechende Tätigkeiten an staatlichen Hochschulen gefordert werden“. Dabei muss „ein Lehrkörper in vergleichbarem Umfang zu entsprechenden staatlichen Hochschulen vorhanden sein“ (Nr. 5). Außerdem muss „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert“ und „im akademischen Kernbereich muss eine

18 Maunz/Dürig/Remmert, Grundgesetz, 90. EL Feb. 2020, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 102 mit weit. Nachw. – Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, inwieweit sich Stiftungen des Privatrechts auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können: MüKoBGB/Weitemeyer, 8. Aufl. 2018, BGB § 80 Rn. 62 f.

19 Zum Folgenden ausführlich *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, 15, 16 ff.

20 *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 243 ff.; in der Sache ebenfalls *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 58.

21 *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 16 ff.; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Grundgesetz, Art. 5 GG Rn. 141; *Fehling*, in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 129 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule

und ihre Finanzierung, 2002, S. 116 ff.; *Penßel*, in: *Geis* (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 41; *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 34 Rn. 16; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 120; *Löwer*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Merten/Papier* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 99 Rn. 19.

22 *Maunz/Dürig/Gärditz*, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 151; *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 26 Rn. 101 ff.

23 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 54 mit zahlreichen Rückverweisen; zum Folgenden *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 17 f.

24 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 55 mit zahlreichen Rückverweisen.

25 Ein Überblick dieser fast identischen Regelungen in Fn. 2.

autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (Nr. 7). Und nicht zuletzt müssen die finanziellen Verhältnisse des Hochschulträgers einen ökonomisch gesicherten Hochschulbetrieb erwarten lassen (Nr. 8). Mit diesen Regelungen konkretisiert der Landesgesetzgeber jenes *Prüfprogramm*, das zum Schutz der Studierenden die Qualität und Gleichwertigkeit der privaten mit den staatlichen Hochschulen gewährleistet. Die Akkreditierung und Anerkennung privater Hochschulen hat allein gemäß diesen gesetzlich geregelten Akkreditierungsvoraussetzungen bzw. Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung zu erfolgen.²⁶

2. Hochschulformigkeit keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtfertigung für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit

Soweit der Wissenschaftsrat die landesgesetzlichen Anerkennungsvoraussetzungen in seinem Leitfadens konkretisiert, ist hiergegen nichts zu erinnern. Anderes gilt jedoch, wenn er darüber hinaus in eigenständiger Weise ein Prinzip der „Hochschulformigkeit“ als zentralen Maßstab für die Akkreditierung privater Hochschulen entwickelt und ausdifferenziert. Hochschulformigkeit ist weder ein Prinzip des deutschen Hochschulrechts noch sind die Konturen dieses Prinzips *in einem offenen Diskurs* der hochschulaffinen Community entwickelt worden. Die Hochschulformigkeit als *maßstabbildende Voraussetzung* für die Akkreditierung privater Hochschulen ist vielmehr ein Eigengewächs des Wissenschaftsrates. Mit dieser Begriffsschöpfung fasst er seine „langjährige Prüfpraxis im Bereich der Institutionellen Akkreditierung“ zusammen und begründet „signifikante(n) Anpassungen der Prüfkriterien in sämtlichen Prüfbereichen“.²⁷

Damit ist die Hochschulformigkeit, soweit sie nicht lediglich die landesrechtlichen Anerkennungsvorausset-

zungen konkretisiert, kein normativer, rechtliche Maßstäbe setzender Begriff des deutschen Hochschulrechts. Eine normative Maßstäblichkeit muss, wie vom BVerfG nachdrücklich gefordert, vom *demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgegeben* werden. Der Maßstab der Hochschulformigkeit kann vom Wissenschaftsrat²⁸ nicht in das Anerkennungsverfahren der zuständigen Landesministerien zur Klärung der rechtlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen eingebracht werden. Dies hat das BVerfG für die sehr vergleichbaren Verfahren der Akkreditierung von Studiengängen entschieden:

„Die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Was wesentlich ist, ergibt sich aus den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus den dort verbürgten Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur im Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen“.²⁹

Die im Akkreditierungsurteil des BVerfG entwickelten Maßstäbe lassen sich auf die Akkreditierung von privaten Hochschulen übertragen.³⁰ Der Wissenschaftsrat ist, ebenso wie das Wissenschaftsministerium, auf die Überprüfung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen beschränkt.³¹ Der vom Wissenschaftsrat 2015 verabschiedete „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“³² ist, soweit er über die Anerkennungsvoraussetzungen in den Landeshochschulgesetzen hinausgeht, nichts weiter als eine Ansammlung nicht demokratisch legitimer *hoch-*

26 Eine staatliche Anerkennung nach Ermessen des Wissenschaftsministeriums ist ein verfassungswidriger Eingriff in die Privathochschulfreiheit (hierzu *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, *OdW* 2019, S. 15, 18 f.). – Der Anhörungsentwurf zur Neufassung des LHG BW (Fn. 3) hält an der Anerkennung als Ermessensentscheidung fest; diese soll aber gemäß der Begründung verfassungsrechtlich gebunden sein und – dem diametral widersprechend – die Kontrolle „eine(r) qualitätsgeleitete(n) Wissenschaft sowie eine(r) anschlussfähige(n) Hochschulausbildung“ gestatten. Will das Wissenschaftsministerium wirklich die Qualität der Wissenschaft an privaten Hochschulen kontrollieren?

27 *Wiss Rat Drs.* 4395-15, S. 6; *Wiss Rat Drs.* 6974-18, S. 5.

28 *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, *OdW* 2019, S. 15, 24 f.

29 BVerfGE 141, 143 Rn. 59; *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, *OdW* 2016, 193 ff.; *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine verfassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, *OdW* 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, *JuS* 2016, 855 ff.

30 Auch der baden-württembergische Gesetzgeber hat die Vergleichbarkeit mit der Studiengangsakkreditierung erkannt und verweist zur Akkreditierung von Hochschulen in der Begründung des neuen § 70a Abs. 2 LHG BW auf das Urteil des BVerfG (zur Novellierung vgl. Fn. 3).

31 So nunmehr die Neufassung des § 70a Abs. 1 S. 1 LHG BW im Anhörungsentwurf der Landesregierung (Fn. 3).

32 *Wiss Rat Drs.* 4395-15.

schulpolitischer Statements, taugt in seiner Ausschließlichkeit aber nicht bei der Vorbereitung von Akkreditierungsentscheidungen, die an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden sind.³³

Im Leitfaden des Wissenschaftsrates wird an keiner Stelle erwähnt, dass sich nicht nur die privaten Hochschulen, sondern auch deren Träger auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können.³⁴ Auch in den Akkreditierungsstimmungen des Wissenschaftsrates wird, soweit ersichtlich, nicht gewürdigt, dass die Einwirkungen der Gründer und Träger privater Hochschulen auf „ihre“ Hochschule von Art. 5 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein können. Wenn die grundsätzlichen, von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten Gestaltungs- und Beteiligungsrechte unberücksichtigt bleiben, führt dies zur Rechtswidrigkeit von Auflagen in Akkreditierungsbescheiden oder sogar zur Rechtswidrigkeit einer Nichtakkreditierung.

Die rechtlichen Einschätzungen der Hochschulformigkeit in Stellungnahmen des Wissenschaftsrates entfalten, soweit sie einer rechtlichen Grundlage entbehren, keine Bindungswirkung gegenüber dem zuständigen Landesministerium. Wenn der Wissenschaftsrat anderes zum Ausdruck bringt³⁵, so überschätzt er seine Kompetenzen. Beispielhaft führt die Begründung zum 2019 novellierten Hochschulgesetz von Nordrhein-Westfalen aus: „Die institutionelle Anerkennung als Einrichtung ist ... nicht an das Gutachten des Wissenschaftsrates betreffend die institutionelle Akkreditierung gebunden. Sie kommt daher insbesondere auch dann in Betracht, wenn der Wissenschaftsrat höhere oder andere Anforderungen an die Hochschule stellt, als sie nach § 72 erforderlich sind“³⁶. Dies sind deutliche Formulierungen gegen Stellungnahmen des Wissenschaftsrates, die die Rechtsgebundenheit von Akkreditierungsentscheidungen missachten. Mittlerweile setzen sich denn auch Landesministerien bei ihren Entscheidungen zur staatlichen Anerkennung über (verfassungs-)rechtlich nicht haltbare Monita in Akkreditierungsstimmungen des Wissenschaftsrates hinweg.³⁷

IV. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gestaltung der Akkreditierungsverfahren

Erhebliche Bedenken bestehen gegen die Praxis des Wissenschaftsrates, seine Stellungnahmen, die zur Nichtakkreditierung einer Hochschule geführt haben, auf seiner Homepage zu veröffentlichen. Ein solcher *informationeller Grundrechtseingriff in Form eines Realaktes* ist weder durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte wissenschaftliche Kommunikationsfreiheit (1.) noch durch entsprechende Eingriffsermächtigungen (2.) gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass die privaten Hochschulen zu den sie betreffenden negativen Aussagen in den Stellungnahmen zu ihrer Akkreditierung nicht gehört werden, bevor diese vom Wissenschaftsrat veröffentlicht werden. Diese „Nichtanhörung“ führt in vielen Akkreditierungsverfahren dazu, dass die Stellungnahmen teils von verfehlten Wertungen des Sachstandes ausgehen und teils rechtlich nicht haltbare Forderungen ihrer Akkreditierungsentscheidung zugrunde legen (3.). Die Folge ist eine unangemessene Vorverurteilung der Seriosität der zu akkreditierenden Hochschule und damit eine nicht hinnehmbare Prangerwirkung (4.). Die *finanziellen Einbußen durch diese Rufschädigung* können immens sein. Studierende, die sich im Internet über die private Hochschule ihrer Wahl informieren, meiden private Hochschulen, die vom Wissenschaftsrat kritisch beurteilt wurden oder denen sogar die Akkreditierung verweigert wurde.

1. Nicht durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kommunikationsfreiheit gerechtfertigt

Auf den ersten Blick kann sich der Wissenschaftsrat für die Veröffentlichung seiner Stellungnahmen auf den Schutz durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen. Denn zu dessen Schutzbereich gehört die Freiheit des Wissenschaftlers, wissenschaftliche Werke zu veröffentlichen und einem offenen und freien wissenschaftlichen Diskurs zu stellen. Allerdings können sich öffentlich-rechtlich

33 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, S. 253, 260; Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064, 1066; BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum, 8. Ed. 1.8.2018, HG § 73 Rn. 9.

34 Der Wissenschaftsrat nimmt vielmehr an, private Hochschulen seien „staatlich beliehene Einrichtungen des tertiären Bildungsektors“ (zuletzt Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 5); verkannt wird, dass staatliche Anerkennung nicht mit „Beleihung“ gleichgesetzt werden kann.

35 Würtenberger, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 24; Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW, 2018, S. 253, 260 zu den Erwartungen des Wissenschaftsrates, dass die zuständigen Ministerien seine Auflagen und Empfehlungen in die Anerkennungspraxis umsetzen.

36 NRW LT-Drs. 17/4668, S. 182.

37 Vgl. den § 70a Abs. 4 LHG BW im Anhörungsentwurf der Landesregierung (Fn. 3).

geordnete Institutionen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf Grundrechte und damit nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.³⁸ Denn allein das Organisationsrecht bestimmt, welche Kompetenzen juristische Personen des öffentlichen Rechts mit- samt ihren Behörden haben. Diese *Kompetenzordnung* verbietet einen Rückgriff auf Grundrechte, um Maßnahmen in einem öffentlich-rechtlich geregelten Kompetenz- und Funktionsbereich zu treffen, für die die erforderliche gesetzliche Eingriffsmächtigung fehlt. Nur Universitäten und Hochschulen können Adressaten der durch Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Freiheit sein. Dass der Wissenschaftsrat nicht zu diesem Adressatenkreis gehört, bedarf keiner besonderen Begründung.

Selbst wenn man dem Wissenschaftsrat eine *Einschätzungsprärogative* bei seinen Akkreditierungs- stellungnahmen einräumt, müssen das *Willkürverbot* und *rechtsstaatliche Grundsätze* beachtet werden. Vor allem müssen der Sachverhalt zutreffend ermittelt, die Bewertungsmaßstäbe offengelegt und die wissenschaftlich- fachlichen Annahmen sachgerecht begründet werden. All dies unterliegt in einem Rechtsschutzverfahren bei der Überprüfung, ob die gesetzlich geregelten Anerken- nungsvoraussetzungen zutreffend erfasst und angewen- det wurden, der gerichtlichen Vertretbarkeits- und Plau- sibilitätskontrolle.³⁹ Wie unter V., 4., 5. ausgeführt wird, liegen gerade in diesen Bereichen Defizite in der Be- gründung der Auflagen oder der Nichtakkreditierung ei- ner privaten Hochschule.

2. Keine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Akkreditierungsgutachten

Die Veröffentlichung der Akkreditierungsgutachten durch den Wissenschaftsrat ist Teil *des staatlichen Informationshandelns*. Die Öffentlichkeit wird vom Wissen- schaftsrat über die Gründe informiert, warum aus des- sen Sicht eine bestimmte Hochschule nicht oder nur unter Auflagen akkreditiert wird. Derartiges staatliches Informationshandeln greift in Art. 12 GG und Art. 5 Abs.

3 GG des Hochschulträgers sowie in Art. 5 Abs. 3 GG der Hochschule ein.

a) Keine sachlich richtige Information von einer zustän- digen Stelle

Dieses in Grundrechte eingreifende Informationshan- deln des Wissenschaftsrates unterliegt Grenzen. Nach ganz überwiegender Ansicht sind informationelle Ein- griffe in Grundrechte der privaten Hochschulen und ihrer Träger nur dann rechtmäßig, wenn *von der zustän- digen Stelle* und *sachlich richtig informiert* wird.⁴⁰ Es bestehen bereits Zweifel, ob der Wissenschaftsrat die zuständige Stelle für die Veröffentlichung der von den Ländern erbetenen Akkreditierungsstimmungen ist. Aus dem Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern über die Errichtung eines Wissenschaftsrates folgt keine derartige Veröffentlichungskompetenz. Denn nach dessen § 2 Abs. 2 legt der Wissenschaftsrat „seine Empfehlungen und Stellungnahmen den Vertragschlie- ßenden, bei Anforderung durch die Gemeinsame Wis- senschaftskonferenz oder die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder auch diesen vor“.⁴¹ Hiernach werden Stellungnahmen zur Akkreditierung von Hoch- schulen nur dem antragstellenden Land vorgelegt, eine Veröffentlichung der Stellungnahmen liegt damit außer- halb der Kompetenz des Wissenschaftsrates und ist damit rechtswidrig.

Davon abgesehen lässt sich ein informationeller Grundrechtseingriff nur ablehnen, wenn *sachlich richtig* informiert worden ist. In seiner Leitentscheidung for- muliert das BVerfG⁴²: „Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und un- ter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit an- gemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt.“ Diese Maßstäbe, die mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 4 Abs. 1 GG⁴³ entwickelt wurden, lassen sich auf den Schutz der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule und ihres Trägers, der sich ergänzend ohnehin auf Art. 12 Abs. 1 GG beru- fen kann, entsprechend anwenden. Wie unter V. exemp-

38 Aus der umfangreichen Rechtsprechung des BVerfG vgl. nur BVerfGE 21, 362, 368 ff.; 68, 193, 205 ff.; 75, 192, 196 f.; BVerfG-K NVwZ-RR 2009, S. 361 f.; zur hier nicht zu vertiefenden Kritik der Staatsrechtslehre an der mangelnden Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts: *Zippelius/Würten- berger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 18 Rn. 47 ff. mit Nachw.

39 Zur Kontrolldichte behördlicher Einschätzungs- spielräume im Bereich des Marktzugangs: Würtenberger, Entscheidungen über den Marktzugang nach Regulierungsermessen?, *Gewerbearchiv* 2016, S. 6, 7 f.; BVerfG NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 39; NVwZ 2014, 942, 949.

40 Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 ff., 270: „Auch beim Informations-

handeln ist die Kompetenzordnung zu beachten“; 105, 279, 294 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 31 ff. mit Nachw.; *Schoch*, Amtliche Publikumsinforma- tion zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, 2844 ff.; *Huber*, Die Informationsfähigkeit der öffentlichen Hand, JZ 2003, 290 ff.; *Martini/Kühl*, Staatliches Informations- handeln, JA 2014, 1221 ff.

41 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungs- abkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

42 BVerfGE 105, 252, 272.

43 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 32 mit Nachw.

larisch gezeigt wird, sind nicht wenige Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates inhaltlich unzutreffend. Davon abgesehen wirkt sich die Veröffentlichung dezidiert negativer Bewertungen durch den Wissenschaftsrat verbotsähnlich aus (hierzu unter 4.), ist damit ein funktionales Äquivalent für einen Grundrechtseingriff und fordert daher eine gesetzliche Grundlage.⁴⁴

b) Keine Einwilligung in die Veröffentlichung der Akkreditierungsgutachten

Der Leitfaden des Wissenschaftsrates zur institutionellen Akkreditierung nicht staatlicher Hochschulen regelt: „Mit der Antragstellung durch die Länder erkennen die Hochschulen diese Verfahrensgrundsätze an und akzeptieren diesen Leitfaden als Grundlage des Verfahrens“. Nach Ansicht des Wissenschaftsrates willigen private Hochschulen und ihre Träger damit auch in eine Internetveröffentlichung ihrer (Nicht-) Akkreditierung ein.⁴⁵ Dem kann nicht gefolgt werden; denn bei einer *Einwilligung in Grundrechtseingriffe* sind besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu beachten:

Eine Einwilligung in Grundrechtseingriffe setzt voraus, dass in *freier Selbstbestimmung* gehandelt wird.⁴⁶ Dies ist bei den privaten Hochschulen nicht der Fall. Eine persönliche Einwilligungserklärung haben sie nicht abgegeben. Ihre Einwilligung war an die *Antragstellung durch ihr Bundesland* beim Wissenschaftsrat gebunden bzw. durch diese Antragstellung *fingiert* worden. Die privaten Hochschulen haben *keinerlei Möglichkeit, selbstbestimmt* ihre Einwilligung in die Veröffentlichung des Akkreditierungsberichts abzugeben. Denn wenn die private Hochschule geäußert hätte, die Veröffentlichung des Akkreditierungsgutachtens und damit Teile des Leitfadens nicht zu akzeptieren, hätte das Akkreditierungsverfahren nicht stattgefunden und wäre die staatliche Anerkennung zu versagen gewesen. Eine derart *erzwungene Einwilligung* ist *keine rechtskonforme Einwilligung*.⁴⁷

Von Freiwilligkeit einer Einwilligung in *staatliche Grundrechtseingriffe* lässt sich in der Regel dann spre-

chen, wenn diese mit einem *Vorteil des Einwilligenden* verbunden ist, nicht aber, wenn diese allein *fremden Interessen* dient.⁴⁸ Mit der Veröffentlichung der Stellungen des Wissenschaftsrates werden allein öffentliche und nicht die Begünstigung privater Interessen verfolgt. Der Wissenschaftsrat betont nämlich, die Veröffentlichung seiner Akkreditierungsstellungen würde einem *öffentlichen Interesse an Transparenz und Vergleichbarkeit tertiärer Bildungsangebote* dienen.⁴⁹ Die Einwilligung privater Hochschulen in die Veröffentlichung der sie betreffende Akkreditierungsstellungen ist also nicht freiwillig und kann nicht der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen dienen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn solche Einwilligungen genutzt werden, die *Gesetzesvorbehalte*, die Grundrechtseingriffe rechtfertigen können, zu *umgehen*.⁵⁰ Die Einwilligung in die Veröffentlichung der Akkreditierungsberichte dient der *Umgehung des Gesetzesvorbehalts*. Denn diese Veröffentlichungsbefugnis müsste ebenso wie der normative Maßstab für die Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat gesetzlich geregelt werden.

3. Defizite im rechtlichen Gehör

Der Wissenschaftsrat als vom Bund und den Ländern getragene „Behörde“ ist an die *rechtsstaatlichen und dem Grundrechtsschutz dienenden Verfahrensgrundsätze* gebunden, wie sie übereinstimmend in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder konkretisiert sind. Die Stellungen des Wissenschaftsrates zur Akkreditierung privater Hochschulen entsprechen allerdings nicht immer den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren:

Seitens des Wissenschaftsrates wird in einer Vielzahl von Fällen vor seiner Akkreditierungsentscheidung nicht zu erkennen gegeben, auf Grund welcher Annahmen einzelne Auflagen oder die Nichtakkreditierung ausgesprochen wurden. Dies widerspricht der Verpflichtung des Wissenschaftsrates, der antragstellenden Hochschule „die nach ihrer Auffassung entscheidungserheblichen Tatsachen ebenso wie Art und Inhalt der beabsich-

44 BVerwG NVwZ 2015, 425 Rn. 16 ff.; ob die im Anhörungsentwurf (vgl. Fn. 3) in § 70a Abs. 2 S. 3 LHG BW geregelte Veröffentlichung der gutachterlichen Stellungen des Wissenschaftsrates durch hinreichend gewichtige öffentliche Schutzgüter gerechtfertigt ist (hierzu BVerfGE 113, 63, 80 f.), ist eine offene Frage.

45 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 19.

46 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 101 mit Nachw.

47 Vgl. Bethge, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts,

Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 121 f.; zur Freiwilligkeit im besonderem Gewaltverhältnis bei Monopolstellungen ausführlich Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 110 ff.

48 Vgl. Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 109 mit Nachw.

49 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 8 f.

50 Amelung, Grundsätzliches zur Freiheit der Einwilligung des Verletzten, NStZ 2006, 317, 319; Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 104 ff.

tigten Entscheidung hinreichend deutlich mit(zu)teilen“, was nach überwiegender Meinung auch die *Gelegenheit zu einem Rechtsgespräch* einschließt.⁵¹ Dies widerspricht zudem den Empfehlungen, die der Wissenschaftsrat selbst beschlossen hat: „Begutachteten sollten ... Möglichkeiten der Fehlerkorrektur eingeräumt werden, indem sie Stellung zu Gutachten nehmen, bevor diese in Entscheidungsprozesse einmünden. Damit könnten Missverständnisse und Fehldeutungen bei Begutachtungen ausgeräumt“ werden.⁵² In der Verfahrenspraxis sind die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates oftmals in wesentlichen Partien für die betroffenen privaten Hochschulen eine *Überraschungsentscheidung*. Würden den privaten Hochschulen die zahlreichen Monita mitsamt Auflagen bereits während oder nach der Begehung zur Anhörung mitgeteilt, hätten sie die Möglichkeit, vieles zu entkräften und an der *sachlichen sowie rechtlichen Richtigkeit* der Akkreditierungsentscheidung des Wissenschaftsrates mitzuwirken.

Nach § 28 VwVfG muss eine Anhörung zwar nur vor dem Erlass eines Verwaltungsaktes stattfinden, sodass den privaten Hochschulen durch die ministerielle Anhörung vor der staatlichen Anerkennung hinreichend rechtliches Gehör gegen die Akkreditierungsstellungen gewährt wird. Wegen ihrer rechtsstaatlichen Radizierung und ihrer grundrechtlichen Schutzfunktion muss eine Anhörung jedoch bereits dann erfolgen, wenn eine hoheitliche Maßnahme, wie die Veröffentlichung der Akkreditierungsstellungen auf der Homepage des Wissenschaftsrates, in diskriminierender Weise in die grundrechtlich geschützte Sphäre sowohl der privaten Hochschule als auch ihrer Träger eingreift.⁵³ Denn jenseits ihrer gesetzlichen Regelung gehört die Anhörungspflicht zu den *fundamentalen Verfassungsprinzipien*, die verhindern, dass Einzelne ungehört zum *bloßen Objekt staatlicher Verfahren* werden und durch Klärung der Sach- und Rechtslage erhebliche Grundrechtseingriffe vermieden werden.⁵⁴

In diesem Kontext fordert die Sachaufklärungspflicht, wesentliche Veränderungen, die nach der Begehung, aber vor Verabschiedung der Stellungnahme eingetreten sind, in die Akkreditierungsstellungnahme aufzunehmen und in die abschließende Würdigung einfließen zu lassen. Dies wird jedoch *willkürlich* gehandhabt. Es gibt Fälle, in denen Veränderungen nach der Begehung der Hochschule in der Stellungnahme des Wissenschaftsrates berücksichtigt wurden⁵⁵, aber auch Fälle, in denen abschlägig auf die Anfrage einer Hochschule, ob wegen einer besonderen Verfahrenslänge weitere Informationen vorgelegt werden sollten, geantwortet wurde.

Mit Blick auf die unterlassene Anhörung und die dadurch verletzte Pflicht zur Aufklärung⁵⁶ ist festzuhalten: Die Stellungnahme des Wissenschaftsrates erzeugt *keine Bindungswirkung* hinsichtlich der Feststellung der Faktenlage und hinsichtlich der Akkreditierungsvorschläge. Die Entscheidung des Landes über die staatliche Anerkennung muss die von der privaten Hochschule geäußerte Kritik an der sachlichen und rechtlichen Richtigkeit der Stellungnahme des Wissenschaftsrates einbeziehen.

4. Wettbewerbsverzerrung und Prangerwirkung durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates

Die Veröffentlichung der Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates im Internet entspricht weder den hochschulrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes noch des Hochschulrechts der Länder.⁵⁷ Soweit der Wissenschaftsrat wegen Verstoßes gegen das Gebot rechtlichen Gehörs die reale Situation von Professorenschaft, Studium und Lehre an der privaten Hochschule *sowie* die (verfassungs-)rechtlichen Rahmensetzungen falsch einschätzt, kommt es zu einer *verfassungswidrigen Wettbewerbsverzerrung* zwischen den privaten Hochschulen. Studierende, die ein nicht rechts- und verfassungskonformes Akkreditierungsgutachten des Wissenschaftsrates

51 *Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 28 Rn. 45 mit Nachw.

52 Wiss Rat Drs. 6680-17 zu „Begutachtungen im Wissenschaftssystem“, S. 26.

53 Zu dieser rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeit: *Röhl*, Der Wissenschaftsrat, 1994, S. 127 f.; *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 28 VwVfG Rn. 15; *Hochhuth*, Vor schlichthoheitlichem Verwaltungseingriff anhören?, NVwZ 2003, 30 ff. jew. mit weit. Nachw.

54 Nach langer, offensichtlich rechtsstaatswidriger Verfahrenspraxis des Wissenschaftsrates regelt nun der Anhörungsentwurf zum neuen § 72a Abs. 2 Nr. 2 LHG BW (Fn. 3), dass die private Hochschule

zum Gutachten des Wissenschaftsrates Stellung nehmen kann.

55 Wiss Rat Drs. 6974-18, S. 8, 9.

56 Der Untersuchungsgrundsatz ist in § 24 VwVfG, der jedenfalls entsprechend auch für die Behörde Wissenschaftsrat gilt, geregelt. Gegen den Untersuchungsgrundsatz ist immer dann verstoßen, wenn die private Hochschule in ihrem Akkreditierungsgutachten Fakten, Prognosen und negative Würdigungen vorfindet, die sich bei einer umfangreichen Sachaufklärung als verfehlt erweisen.

57 Nach der Neuregelung des § 70a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 im Anhörungsentwurf zur Neuregelung des LHG BW ist nur vorgesehen, den wesentlichen Inhalt der gutachterlichen Stellungnahme des Wissenschaftsrates zu veröffentlichen. Damit kann der Wissenschaftsrat seine derzeitige Veröffentlichungspraxis nicht fortsetzen.

tes lesen, werden sich nicht bei der betreffenden privaten Hochschule einschreiben.

Mit der Veröffentlichung einer an diskriminierenden Sachaufklärungsfehlern leidenden Akkreditierungsstellungnahme bewirkt der Wissenschaftsrat eine *Prangerwirkung*, die die *Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit* der privaten Hochschule empfindlich *beeinträchtigt*. Da diese Internetpublikationen oft auch in Tageszeitungen verbreitet werden, werden Einschreibungen in das Studium zurückgezogen oder erfolgen gar nicht erst. Selbst wenn die staatliche Anerkennung trotz eines veröffentlichten negativen Akkreditierungsgutachtens des Wissenschaftsrates ausgesprochen wird, hat die Vorabveröffentlichung des Wissenschaftsrates der privaten Hochschule schweren Schaden zugefügt.⁵⁸

V. Grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Monita des Wissenschaftsrates gegen eine Akkreditierung

Die Monita in den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates, die zu Auflagen oder zur Ablehnung der Akkreditierung führen, sind nicht immer sachlich und rechtlich gerechtfertigt. Dies wird im Folgenden anhand einiger Beispiele entwickelt.

1. Zur Auflösung von Verfahrenskonkurrenzen

Die Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates äußern sich zur Akkreditierungsfrist und damit mittelbar zur Fristsetzung der staatlichen Anerkennung (a) sowie bisweilen auch kritisch zur Akkreditierung der Studiengänge, die nunmehr durch die Stiftung Akkreditierungsrat erfolgt (b). Hier ist klärungsbedürftig, ob dem Wissenschaftsrat in derartigen Verfahrenskonkurrenzen eine Mitentscheidungs- oder Prüfungscompetenz zusteht.

a) Zur Fristsetzung von Reakkreditierungen und der Erfüllung von Auflagen durch den Wissenschaftsrat

Der Wissenschaftsrat setzt vielfach eine relativ kurze und im Verlauf der letzten 10 Jahre immer kürzere Frist für die Reakkreditierung von privaten Hochschulen, verbunden mit der fristgerechten Erfüllung von Auflagen. Beispielsweise wurde im Falle einer Reakkreditierung um drei Jahre festgelegt, dass sich diese Frist verlängern sollte, sofern das zuständige Ministerium dem Wissenschaftsrat mitteilt, dass die Akkreditierungsaufgaben erfüllt seien.⁵⁹ Der Wissenschaftsrat macht also das

zuständige Ministerium zum Boten der Mitteilung, ob die von ihm ausgesprochenen Auflagen erfüllt sind, so dass die von ihm festgelegte Akkreditierungsfrist verlängert werden kann. Dies verstößt gegen die Kompetenz des Ministeriums, Akkreditierungsfristen festzulegen. So regelt etwa § 73 Abs. 3 S. 1 HG NRW, dass der „Anerkennungsbescheid bestimmt, in welchen Fristen die Hochschule eine institutionelle Akkreditierung sowie eine institutionelle Reakkreditierung ... erfolgreich absolvieren muss.“ Allein das zuständige Ministerium bestimmt also die *Reakkreditierungsfrist*. Der Wissenschaftsrat mag zwar insoweit Vorschläge machen. Es überschreitet aber seine Kompetenzen, vom zuständigen Ministerium *Vollzugsmeldungen* von Auflagen zu verlangen, deren (Nicht-) Erfüllung die vom Wissenschaftsrat bestimmte Akkreditierungsfrist verkürzt bzw. verlängert und damit das zuständige Ministerium veranlasst, den Anerkennungsbescheid unter vergleichbaren Auflagen und Fristsetzungen zu erlassen. Denn ein Auseinanderfallen von Akkreditierungs- und Anerkennungsfrist kann weder vom zuständigen Ministerium noch vom Wissenschaftsrat gewollt sein.

b) Zur Konkurrenz mit bestandskräftigen Bescheiden der Akkreditierung von Studiengängen

Die Akkreditierung der Studiengänge erfolgte früher nach ländergemeinsamen Strukturvorgaben durch Akkreditierungsagenturen, mittlerweile durch die Stiftung Akkreditierungsrat nach dem in das Landesrecht umgesetzten Studiengangsaakkreditierungsstaatsvertrag und der hierzu erlassenen (Muster-) Rechtsverordnung. Die Kompetenz des Wissenschaftsrats bei der institutionellen Akkreditierung ist damit von der Kompetenz der Stiftung Akkreditierungsrat bei der Akkreditierung von Studiengängen abgegrenzt. Für beide Bereiche sind verschiedene Institutionen zuständig, die unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichem Profil hinsichtlich ihrer Zusammensetzung mit Sachverständigen wahrnehmen.

Der Leitfaden des Wissenschaftsrates zur institutionellen Akkreditierung von Hochschulen geht nur im Grundsatz von dieser Trennung der Kompetenzen aus: „Im Verfahren der Institutionellen Akkreditierung werden die Studienangebote ... nur auf ihre Plausibilität überprüft, wobei die Ergebnisse vorangegangener Programmakkreditierungen berücksichtigt werden. Der Wissenschaftsrat behält sich vor, anlassbezogen von die-

58 Zu Amtspflichtverletzungen auf Grund eines Verstoßes gegen den verwaltungsverfahrenrechtlichen Untersuchungsgrundsatz: *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 24 VwVfG Rn. 61 mit Nachw.

59 So etwa in *Wiss Rat Drs. 5639-16*, S. 17; ähnlich auch in *Wiss Rat Drs. 3002-13*, bei dem die Akkreditierungsfrist im Falle der positiven Mitteilung des Ministeriums über das Erfüllen der Auflagen von fünf auf zehn Jahre erhöht werden sollte.

ser Praxis abzuweichen und einzelne Studiengänge im Detail zu prüfen und auf Qualitätsdefizite hinzuweisen“. Dass sich der Wissenschaftsrat selbst zur Prüfungsinstanz ermächtigt, die sich über bestandskräftige Studiengangskreditierungsbescheide hinwegsetzen kann⁶⁰, ist mit der mittlerweile gesetzlich geregelten Kompetenzzuweisung an die Stiftung Akkreditierungsrat nicht vereinbar.⁶¹

2. Zur unverhältnismäßigen Belastung und Kostenlast durch Reakkreditierungen

Der Wissenschaftsrat, aber auch das Hochschulrecht und die Anerkennungspraxis der Länder⁶² neigen dazu, vor der ersten staatlichen Anerkennung bereits eine Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat zu verlangen und sodann die Befristung der staatlichen Anerkennung auf nur wenige Jahre zu beschränken. Bei dieser Anerkennungspraxis erstattet der Wissenschaftsrat Stellungnahmen zur Anerkennung zunächst des Gründungskonzepts, sodann nach etwa 3 Jahren zur ersten Akkreditierung, wiederum nach 3 - 5 Jahren zur ersten Reakkreditierung und nach einem weiteren Zeitraum von wenigen Jahren zur zweiten Reakkreditierung. In Summa muss damit eine neu gegründete Hochschule in den ersten etwa 8 Jahren ihres Bestehens 3 Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates durchlaufen.⁶³

Im Hinblick auf die Akkreditierung von Studiengängen hat das BVerfG festgestellt, dass „der mit der Pflicht zur Akkreditierung verbundene Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit ... schwer“ wiegt⁶⁴, was sich auf die Akkreditierung von Hochschulen insgesamt übertragen lässt. Die Schwere des Eingriffs in Art. 5 Abs. 3 GG erfordert bei Fristsetzungen zu Reakkreditierungen eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung. Reakkreditierungen sind nur verhältnismäßig, wenn die Aufsichtsmöglichkeiten des zuständigen Ministeriums, etwa durch Auflagen oder durch Kontrollen, die gesetzlich geregelten Anerkennungs Voraussetzungen durchzusetzen, nicht ausreichen, um die Rechtsförmigkeit einer privaten Hochschule durchzusetzen. Nach dem Hochschul-

recht der Länder hat das zuständige Ministerium *alle Handlungsmöglichkeiten*⁶⁵, um die Einhaltung der Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von privaten Hochschulen zu kontrollieren und durchzusetzen. Eine permanente Betrauung des Wissenschaftsrates mit Akkreditierungsverfahren in kurzen Abständen ist damit unverhältnismäßig.

Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung spielt nach Ansicht des BVerfG nicht zuletzt die Kostenlast eine Rolle, die durch extrem kurze Anerkennungsfristen verursacht wird. In seiner Akkreditierungsentscheidung geht das BVerfG ausführlich auf die Kostenbelastung durch die Studiengangskreditierung ein. Diese Überlegungen lassen sich auf die Verfahren der staatlichen Anerkennung sowie der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat übertragen:

„Zudem ist die Akkreditierung eines Studienganges für die Hochschulen mit hohen Kosten verbunden, da von ihnen das Entgelt für die Agenturen aufzubringen und die organisatorische, zeitliche und personelle Belastung durch das Erstellen des Selbstberichts zu tragen ist. Die Landesrechnungshöfe gehen von regelmäßigen Belastungen durch Zahlungen der Hochschulen an die Agenturen in Höhe von 10.000 € bis 15.000 € pro Studiengang aus; die zusätzlichen internen Kosten der Hochschulen werden zwischen 30.000 € und 38.000 € pro Studiengang bemessen.“⁶⁶

Der Wissenschaftsrat verlangt von der privaten Hochschule für jedes seiner Akkreditierungsgutachten über 30.000 €. Mit diesen *Drittmittelentnahmen* finanziert der Wissenschaftsrat die Stellen seiner mit den Akkreditierungsverfahren betrauten Mitarbeiter, was möglicherweise ein gewisses Interesse an Reakkreditierungen in möglichst kurzen Fristen begründen mag. Bei 3 Akkreditierungen innerhalb von etwa 8 Jahren sind selbst von einer kleinen Hochschule 90.000 € Akkreditierungskosten an den Wissenschaftsrat zu leisten. Hinzu kommen die *internen Kosten* der privaten Hochschule von mindestens 30.000 € je Akkreditierung, also bei 3 Akkredi-

60 Was auch geschieht: Wiss Rat Drs. 8067-19, S. 40.

61 So im Ergebnis auch die Begründung zur Neufassung des § 70 Abs. 3 Nr. 3 LHG BW im Anhörungsentwurf (Fn. 3). Wenig überzeugend ist jedoch, dass die Lehre gleichwohl „in einer strategischen Gesamtschau bewertet werden“ könne, insbesondere auch „unter dem Gesichtspunkt ihrer Forschungsbasiertheit“. Mit blumigen Umschreibungen wie „strategische Gesamtschau“ bei der Kontrolle der Lehre werden die Voraussetzungen klarer gesetzlicher Regelungen bei erheblichen Eingriffen in die Privathochschulfreiheit nicht mehr gewährleistet.

62 Vgl. § 73 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 HG NRW.

63 So ist es keine Seltenheit, wenn eine private Hochschule innerhalb von 10 Jahren drei Akkreditierungsverfahren durch den Wissen-

schaftsrat durchlaufen muss (vgl. <https://nachrichten.idw-online.de/2020/07/13/wissenschaftsrat-entscheidung-in-einem-verfahren-der-institutionellen-akkreditierung/>). Die Entwurfsfassung des neuen § 70a Abs. 3 S. 4 LHG BW (Fn. 3) will Akkreditierungen und Reakkreditierungen in der Regel auf mindestens fünf Jahre befristet, - eine Mindestfrist zur Regelfrist zu machen, ist freilich eine eher ungewöhnliche Legistik.

64 BVerfG, Beschluss vom 17. 2. 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 53 f.

65 Zu den Aufsichtsmöglichkeiten vgl. BeckOK Hochschulrecht BW/Krausnick, 16. Ed. Stand 1. 11. 2019, § 72 LHG Rn. 4 ff.

66 BVerfG, Beschluss vom 17. 2. 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 53 f. jeweils mit ausführlichen Nachweisen.

tierungen in etwa 8 Jahren nochmals 90.000 €. Rechnet man die Kosten für die 3 Anerkennungsbescheide des Landes in Höhe von insgesamt etwa 15.000 € hinzu, kommt man zu Gesamtkosten der Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren in Höhe von deutlich über 200.000 €. Neben diesen Kosten fallen zudem die Kosten für die *Akkreditierung von Studiengängen* an. Hier hat allerdings der Gesetzgeber die, wie vom BVerfG gerügt, frühere äußerst kostenträchtige Praxis, Studiengänge nur für die Dauer weniger Jahre zu akkreditieren, abgeschafft. Studiengänge sind nunmehr für die Dauer von 8 Jahren zu akkreditieren.⁶⁷ Eine *vergleichbare Regelung* für die Akkreditierung von Hochschulen erscheint nötig.

3. Keine klare Differenzierung zwischen den Monita bei der Nichtakkreditierung

In Akkreditierungsverfahren unterscheidet man *zwischen Empfehlungen, Auflagen und Verweigerung der Akkreditierung*. Empfehlungen sind rechtlich nicht geboten, ihre Beachtung kann aber für die Fortentwicklung der Hochschule förderlich sein. Mit Auflagen wird gesichert, dass sich die Hochschule an die hochschulrechtlichen Vorgaben hält. Wenn durch Auflagen ein rechtskonformer Hochschulbetrieb nicht durchgesetzt werden kann oder nicht durchsetzbar erscheint, ist die Verweigerung der Akkreditierung auszusprechen.

Bei der Nichtakkreditierung einer privaten Hochschule sind besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten: Die *Verweigerung einer Akkreditierung als tiefster Eingriff in die Privathochschulfreiheit* ist nur statthaft, wenn nicht durch Auflagen rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Diese klassische *Prüffrage* an ein rechtsstaatliches und grundrechtskonformes Akkreditierungsverfahren wird vom Wissenschaftsrat in einigen seiner Stellungnahmen, die die Akkreditierung einer privaten Hochschule verweigerten, nicht gestellt. Es wird vielmehr lediglich eine Reihe von Monita aufgezählt, die nach Meinung des Wissenschaftsrates in ihrer Summe die Nichtakkreditierung

rechtfertigen. Nicht nachvollziehbar begründet wird, warum *die Quantität von möglichen Auflagen* in die *Qualität der Nichtakkreditierung* umschlägt.⁶⁸ Zu begründen⁶⁹ wäre, warum die Summe dieser Monita oder warum einzelne oder mehrere Monita so schwer wiegen, dass durch Auflagen keine Rechtsförmigkeit hergestellt bzw. die Voraussetzungen staatlicher Anerkennung geschaffen werden konnten. Die gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne diese Abwägung vorzunehmen bzw. diese Abwägung in der Akkreditierungsstellungnahme nicht zu begründen, ist rechtswidrig.

4. Zweierlei Maß bei der Bildung des Maßstabes für die Akkreditierung

Der Wissenschaftsrat geht in seinen Akkreditierungsstellungnahmen oftmals nicht von jenen Maßstäben aus, die er bei der Akkreditierung anderer privater Hochschulen beachtet hat. Eine kursorische Durchsicht der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates zeigt, dass bei einigen Hochschulen die mangelhafte Abdeckung der Studiengänge mit Lehre durch hauptberufliche Professoren nur zu Auflagen⁷⁰ führt, bei anderen Hochschulen aber eine wesentliche Begründung für die Verweigerung der Akkreditierung ist.⁷¹

Außerdem formuliert der Wissenschaftsrat Maßstäbe, die auch von staatlichen Hochschulen nicht immer eingehalten werden. Private Hochschulen erhalten Akkreditierungsaufgaben oder ihnen wird die Akkreditierung in Angelegenheiten verweigert, die von staatlichen Hochschulen in Ausübung ihrer Wissenschafts- und Lehrfreiheit flexibel gehandhabt werden, weil sie insofern *nicht unter staatlicher Kontrolle* stehen. Insofern geht die Kontrolle des Wissenschaftsrates in einigen Bereichen weit über die Kontrolle von Organisation und Studienbetrieb an staatlichen Hochschulen hinaus.

Um nur einige Beispiele zu nennen: An staatlichen Hochschulen werden Professoren vom Wissenschaftsministerium nicht darauf überprüft, ob sie in ihrem *Lehrfach ausreichend publiziert* haben, um in einem Stu-

67 § 26 Abs. 1 und 2 (Muster-) Rechtsverordnung zum Studiengangsakkreditierungsstaatsvertrag.

68 Dies auch darum, weil bisweilen private Hochschulen reakkreditiert werden, die die Auflagen ihrer Erstakkreditierung nicht erfüllt hatten und in zentralen Prüfbereichen mit neuerlichen erheblichen Auflagen belegt wurden (Wiss Rat Drs. 5639-16, S. 12 f., 15 ff.). Anderen privaten Hochschulen, deren Hochschulformigkeit mit vergleichbarer Kritik angezweifelt wurde, wurde vom Wissenschaftsrat die Akkreditierung verweigert.

69 Zur analogen Anwendung der in § 39 VwVfG geregelten Begründungspflicht auf Nicht-Verwaltungsakte: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018,

§ 39 VwVfG Rn. 18 f., 24.

70 Verwiesen wird zum Beispiel auf die APOLLON Hochschule der Gesundheitswirtschaft Bremen, die zum Zeitpunkt der Akkreditierung nur Professoren im Umfang von 6,3 VZÄ bei 1.824 Studierenden in drei Master- und sechs Bachelorstudiengängen vorweisen konnte und lediglich eine Auflage zum Aufbau auf 10 VZÄ erhalten hat (vgl. Wiss Rat Drs. 4401-15, S. 8 f., 12 f., 39 f.).

71 Etwa bei der Nicht-Akkreditierung der Hochschule für angewandte Wissenschaften Bamberg, die zum Zeitpunkt der Akkreditierung für drei Studiengänge nur Professuren im Umfang von 5 VZÄ vorweisen konnte, vgl. Wiss Rat Drs. 3146-13, S. 13.

diengang eingesetzt zu werden. Dass dies aus rechtlichen Gründen nicht geschieht, ist sogleich noch auszuführen. Der Wissenschaftsrat hat jedoch die Akkreditierung einer Hochschule auch darum verweigert, weil deren Professoren angeblich nicht ausreichend publiziert hatten.⁷² Vergleichbar willkürlich wird die Bestellung von Honorarprofessoren durch private Hochschulen kritisiert: Bei staatlichen Hochschulen werden Honorarprofessoren zur Ergänzung der Lehre ernannt, ohne dass dies vom Ministerium kontrolliert oder eingeschränkt würde.⁷³ Bei privaten Hochschulen macht der Wissenschaftsrat hingegen enge Vorgaben; bei einer zu großen Zahl von Honorarprofessuren kann selbst dies als Grund für die Verweigerung einer Akkreditierung angeführt werden.⁷⁴

Der Wissenschaftsrat kritisiert einzelne private Hochschulen, bei der *Einwerbung von Drittmitteln* keine Erfolge erzielt zu haben.⁷⁵ Zwar gehört die Einwerbung von Drittmitteln nach den Vorgaben des Landesrechts⁷⁶ zu den Dienstaufgaben eines Hochschullehrers. Staatliche Hochschulen oder Fakultäten werden jedoch vom Ministerium weder gemäßregelt oder gar aufgelöst, weil sie beim Einwerben von Drittmitteln nicht erfolgreich waren. Während staatliche Hochschulen insoweit keiner Kontrolle unterliegen, sieht der Wissenschaftsrat die mangelnde Einwerbung von Drittmitteln bei privaten Hochschulen als ein Defizit an, das als einer der Gründe dienen kann, die zu Auflagen oder zur Nichtakkreditierung führen.

Ein solches *Messen mit zweierlei Maß* in den Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates ist mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch mit Art. 5 Abs. 3 GG nicht verein-

bar. In Bereichen, in denen *staatliche Hochschulen Gestaltungsfreiheit* haben, macht der Wissenschaftsrat den privaten Hochschulen Auflagen oder sieht die Voraussetzungen für deren Akkreditierung nicht gegeben. Dies wäre nur statthaft, wenn die Art und Intensität der Ungleichbehandlung in angemessenem Verhältnis zum sachlichen Grund der Ungleichbehandlung steht.⁷⁷ Nach der Je-desto-Formel gilt für diese Abwägung: Je einschneidender die Ungleichbehandlung vorliegend in den von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheitsbereich eingreift, desto gewichtiger müssen die Ziele des Gesetzgebers sein, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigen. Bei der erforderlichen Abwägung lassen sich *keine hinreichend gewichtigen sachlichen Gründe* dafür finden, die privaten Hochschulen in Angelegenheiten zu überwachen, in denen staatliche Hochschulen in ihrem von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiraum ohne jegliche Außenkontrolle handeln.

Nicht nur das Willkürverbot, auch die *Wettbewerbsfreiheit* wird verletzt. Es verzerrt die *Konkurrenz zwischen privaten und staatlichen Hochschulen* auf einem umkämpften Bildungsmarkt, wenn die einen frei sind, zum Beispiel Honorarprofessoren zu berufen, die anderen aber bei ihrem Bemühen um eine besonders qualifizierte Lehre durch Honorarprofessoren und um die Intensivierung von Praxiskontakten vom Wissenschaftsrat gehindert werden. Davon abgesehen führt es zwischen den Privathochschulen ebenfalls zu Wettbewerbsverletzungen, wenn es, um beim Beispiel zu bleiben, einigen privaten Hochschulen gestattet ist, Honorarprofessoren nach ihrer durch ihre Lehrfreiheit geschützten Entscheidung zu berufen, andere private Hochschulen auf diese besonders qualifizierte Lehre aber wegen entsprechen-

72 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12: „Die bisherigen Forschungsleistungen, gemessen an Art und Umfang der Publikationen, befinden sich für eine Hochschule mit überwiegend Masterangeboten auf einem deutlich zu niedrigen Niveau“. Dabei hat der Wissenschaftsrat mangels ausreichender Sachaufklärung verkannt, dass vor der endgültigen Beschlussfassung über den Akkreditierungsantrag eine umfangreiche Veröffentlichungsliste der Professoren dieser Hochschule vorlag. Des Weiteren erschien dieses Monitum auch darum rechtlich äußerst zweifelhaft, weil bei vergleichbaren Hochschulen akzeptiert wurde, dass in ihrer Gründungsphase wenig Freiraum für Publikationen bleibt.

73 Anders aber nunmehr der neu gefasste § 70 Abs. 8 LHG im Anhörungsentwurf der Landesregierung von Baden-Württemberg zum 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz (Fn. 3): Die Bestellung von Honorarprofessoren bedarf der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums. Aus welchen Gründen die Zustimmung zu diesem tiefen Grundrechtseingriff verweigert werden kann, wird nicht geregelt. Wegen des erheblichen Eingriffs in die Lehr- und Forschungsfreiheit bedarf es jedoch einer gesetzlichen Regelung, die Ermessen bei der Zustimmung ausschließt und die Vorausset-

zungen für eine Verweigerung der Zustimmung in verfassungskonformer und präziser Weise festlegt.

74 Wiss Rat Drs. 8066-19, 34 (Empfehlung des Akkreditierungsausschusses im Konzeptprüfungsverfahren, auf die Verleihung von Honorarprofessuren zu verzichten); Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 14: „Wenngleich an dieser Stelle die grundsätzliche Frage nach maximal tolerierbaren Relationen zwischen hauptberuflichen Professuren und Honorarprofessuren nicht abschließend beantwortet werden kann, ist festzuhalten, dass letztgenannte Positionen in jedem Fall nur ergänzend und abrundend zum hauptberuflichen Personal vorzusehen ist“. Hier verkennt der Wissenschaftsrat, dass oftmals nur 50 % der Lehre von hauptberuflichen Professoren anzubieten ist. Soll sein Konzept von „Hochschulförmigkeit“ wirklich verbieten, dass ein hoher Prozentsatz an Lehre durch besonders qualifizierte Honorarprofessuren erbracht wird?

75 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49.

76 § 41 Abs. 1 S. 1 LHG BW

77 Zu der sogenannten neuen Formel der Gleichheitsprüfung: *Zippelius/Württenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 23 ff. mit Nachw.

der Auflagen des Wissenschaftsrates groÙenteils verzichten mÙssen.

5. Zu den inhaltlichen MÙngeln in Akkreditierungsstellungnahmen

Die Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates leiden immer wieder an einer Reihe von inhaltlichen MÙngeln. Teilweise wird die besondere Situation der privaten Hochschule nicht hinreichend gewÙrdigt. Teilweise werden im Kontext mit der PrÙfung der HochschulfÙrmigkeit die verfassungsimmanenten Schranken der Wissenschafts- und Lehrfreiheit weder angesprochen noch zutreffend erfasst. Einige solche inhaltlichen MÙngel⁷⁸ seien exemplarisch genannt:

a) Zur Kritik an mangelnder EinlÙsung von Leitbildern und besonderen Zielsetzungen der privaten Hochschulen

Die staatlichen UniversitÙten⁷⁹ und die staatlichen Hochschulen fÙr angewandte Wissenschaften⁸⁰ haben mitunter weit ausgreifende Leitbilder. Diese werden von den staatlichen Hochschulen in Struktur- und EntwicklungsplÙnen fÙr einen mittelfristigen Zeitraum nÙher konkretisiert. Ob ùberhaupt und wie diese Leitbilder sowie die Struktur- und EntwicklungsplÙne die Arbeit der Hochschule bestimmen, entzieht sich weitgehend der staatlichen Kontrolle. Da es sich lediglich um *influenzierende Planungen* handelt, „sind keine Sanktionen oder rechtliche Instrumente fÙr den Fall vorgesehen, dass die Hochschule von ihrer eigenen Struktur- und Entwicklungsplanung abweicht.“⁸¹ Ganz anders kontrolliert der Wissenschaftsrat die privaten Hochschulen. Grundlage ihrer Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat ist „ihr institutioneller Anspruch.“⁸² Von ihnen wird verlangt, ihre Entwicklungsziele „in eine strategische Planung (zu) ùbersetzen, die ihre angestrebte Positionierung im Hochschulsystem verdeutlicht.“⁸³ Weitergehend wird gefordert: „Die Hochschule hat ein klares

VerstÙndnis ihres gegenwÙrtigen und kÙnftigen institutionellen Anspruchs und Profils, das sich in Ùbereinstimmung mit ihrer òffentlichen Selbstdarstellung befindet.“ Dies muss durch die Hochschulplanung umgesetzt werden: „Die Hochschule verfÙgt ùber eine ihrem institutionellen Anspruch gemÙÙe strategische Planung.“

Dieser Ansatz fÙhrt dazu, dass bei der Kontrolle der Kriterien der Akkreditierung wie institutioneller Anspruch, Organisation, Lehre oder Forschung immer auch abgeprÙft wird, ob die von der privaten Hochschule formulierten Entwicklungsziele auch erreicht werden konnten. Soweit die Hochschule Defizite aufweist, war dies oftmals Anlass fÙr Auflagen oder konnte auch ein Grund fÙr deren Nichtakkreditierung sein.⁸⁴

Hinweise des Wissenschaftsrates auf Diskrepanzen zwischen Anspruch und Wirklichkeit von Studium und Forschung an privaten Hochschulen mÙgen legitim sein, um problematische Praktiken im Wettbewerb der Hochschulen untereinander zu kritisieren. So mag eine Korrektur des Auftretens einer Hochschule in der òffentlichkeit angemahnt werden, wenn der Internetauftritt verspricht, was offensichtlich nicht gehalten wird. Es ist aber nicht Aufgabe des Wissenschaftsrates, eine private Hochschule durch Auflagen zu zwingen, die Entwicklungsziele, die sie mittelfristig erreichen mÙchte, *erfolgreich durch strategische Planung umzusetzen*. Ein derartiger tiefer Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG ist durch nichts gerechtfertigt. Zudem werden private Hochschulen in eine *Verbindlichkeit* selbst gesetzter Planungen gezwungen, die es bei òffentlichen Hochschulen nicht gibt und zudem *ihre flexible und innovative Gestaltung hemmt*.

c) Zur Kritik an den Forschungsleistungen der Professoren

Die Stellungnahme des Wissenschaftsrates ùÙfert eine zum Teil deutliche Kritik an den Forschungsleistungen an privaten Hochschulen⁸⁵, die auch als Grund bemÙht wird, die Akkreditierung einer privaten Hochschule zu

78 Nicht erÙrtert werden die Vorgaben des Wissenschaftsrates fÙr die Leitungsebene der privaten Hochschulen; hierzu kritisch *WÙrtenberger*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, *OdW* 2019, S. 15, 18 ff., 23 ff., 26.

79 FÙr die UniversitÙt Freiburg: <https://www.uni-freiburg.de/universitaet/portrait/leitbild/Uni-Freiburg-Leitbild.pdf>.

80 FÙr die Hochschule fÙr òffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg: https://www.hs-ludwigsburg.de/fileadmin/Seitendateien/hochschule/Rechtsvorschriften/Hochschulorganisation/04-07-01_Leitbild_HVF.pdf; fÙr die Hochschule Kehl: <http://www.hs-kehl.de/hochschule-kehl/>; fÙr die Hochschule Karlsruhe: <https://www.hs-karlsruhe.de/studieninteressierte/die-hochschule-kennenlernen/leitbild/>

81 BeckOK Hochschulrecht BW/*Haug*, Stand 1. 5. 2020, § 7 LHG Rn. 7.

82 *Wiss Rat Drs.* 8533-20, S. 13.

83 *Wiss Rat Drs.* 4395-15, S. 28, hier auch die folgenden Zitate.

84 So etwa im Fall der nicht akkreditierten Hochschule fÙr angewandte Wissenschaften Bamberg, der vorgeworfen wurde, ihr Leitbild sei nicht klar konturiert (*Wiss Rat Drs.* 3146-13, S. 12).

85 Selbst die weithin hoch geschÙtzten Forschungsleistungen der Bucerius Law School werden vom Wissenschaftsrat angezweifelt: „Aus Sicht der Arbeitsgruppe hat die Hochschule ihr Forschungsprofil hinsichtlich der angestrebten internationalen Sichtbarkeit und insbesondere mit Blick auf die interdisziplinÙre Schwerpunktsetzung in den letzten Jahren nicht in dem zu erwartenden MaÙe entwickelt. Die Forschung an der Hochschule ist stark national geprÙgt und bietet ùber die Rechtswissenschaft hinaus insgesamt nur wenige AnknÙpfungspunkte.“ Dies ist Anlass, der Hochschule wenig ùberzeugende Empfehlungen zur Optimierung der Forschung in das Stammbuch zu schreiben (*Wiss Rat Drs.* 6974-18, S. 17, 59 ff.).

verweigern.⁸⁶ Inwieweit der Wissenschaftsrat dazu berufen sein kann, mit der erforderlichen Sachkunde die Forschungsleistungen privater Hochschulen in Akkreditierungsverfahren zu evaluieren und dabei ihre Positionierung im nationalen und internationalen Kontext zu bewerten, mag an dieser Stelle offen bleiben. Problematischer ist es, wenn der Wissenschaftsrat die Forschungsleistungen von Professoren in Masterstudiengängen an Hochschulen für angewandte Wissenschaften negativ bewertet und dies bei der Begründung, die Akkreditierung dieser Hochschule abzulehnen, explizit anführt.⁸⁷ Bei Masterstudiengängen⁸⁸ bedürfe es, so der Wissenschaftsrat, aus Gründen der Einheit von Forschung und Lehre, dass sich die hauptamtlichen Hochschullehrer durch besondere Forschungsleistungen im Bereich der von ihnen unterrichteten Fächer auszeichnen.⁸⁹

Zwar bestimmt das Hochschulrecht der Länder⁹⁰, dass die Hochschulen für angewandte Wissenschaften anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung betreiben. Diese Regelung eröffnet den *Freiraum*, den Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich schützt, nämlich forschend tätig zu werden. Eine andere Frage ist, ob diese Freiheit zur Forschung zugleich eine *Verpflichtung zur Publikation von Forschungsergebnissen* umfasst. Dies ist abzulehnen. Wer als Hochschullehrer durch seine Publikationen hinreichend qualifiziert über die Einstellungsbedingungen verfügt, mag zwar im Feld seiner Lehrtätigkeit forschend tätig sein, zur Publikation seiner Forschungsergebnisse ist er jedoch nicht verpflichtet. Der Wissenschaftsrat verkennt den klassischen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, dass die Forschungsfreiheit nämlich auch die *negative Freiheit*⁹¹ des Forschers umfasst, über das „Ob“ und „Wann“ einer Veröffentlichung autonom zu entscheiden.⁹²

Der Wissenschaftsrat geht offensichtlich vom Leitbild eines in kurzer Abfolge publizierenden Forschers aus; über dieses mitunter übliche Forscherbild hinaus fehlt ihm aber das Verständnis für andere Forscherper-

sönlichkeiten mit einem anderen Forschungsprofil. Denn der Wissenschaftsrat will offensichtlich nicht zwischen dem Publizieren von Mengen an Aufsätzen, vielfach bloße Shorties, und größeren Arbeiten nach langer Forschungsarbeit differenzieren. Gerade die Arbeit an einer grundlegenden Monographie oder an einem innovativen Lehrbuch erfordert ein Höchstmaß an Selbstdisziplin, nämlich das Publizieren von Beiträgen zu den vergänglichen Themen des Tages abzulehnen. Wenn vom Wissenschaftsrat erkannt würde, dass die Publikation von grundlegenden wissenschaftlichen Werken oft einer längeren Reifezeit bedarf, würde er für die Lehrtätigkeit in Masterstudiengängen nicht besondere Publikationslisten fordern. Es wäre gut, wenn der Wissenschaftsrat sein Bild vom deutschen Hochschullehrer offenlegen würde, bevor er besondere Publikationspflichten aufstellt, um in Masterstudiengängen lehren zu dürfen.

b) Zur Kritik an der Zahl der bestellten Honorarprofessoren

Der Wissenschaftsrat kritisiert bei einigen privaten Hochschulen, sie hätten eine zu große Zahl an Honorarprofessoren bestellt.⁹³ Wie viele Honorarprofessoren von einer privaten Hochschule bestellt werden dürfen, um das Kriterium der Hochschulformigkeit noch zu erfüllen, wird allerdings nicht genauer ausgeführt. Bei staatlichen Universitäten ist niemals davon ausgegangen worden, dass die Zahl der von einer Fakultät bestellten Honorarprofessoren limitiert sei. So steht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg den hauptamtlich tätigen Professoren fast die gleiche Zahl an Honorarprofessoren gegenüber. Dass die Begrenzung der Zahl von Honorarprofessoren zur Hochschulformigkeit einer Fakultät oder Hochschule gehört, ist eine durch nichts gestützte Forderung des Wissenschaftsrates. Zudem wird nicht hinreichend beachtet, dass gerade an Hochschulen für angewandte Wissenschaften über die Honorarprofessoren Praxiskontakte hergestellt und

86 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49 zu den Anforderungen an Forschungsleistungen von Lehrenden in Masterstudiengängen unter Verweis auf Wiss Rat Drs. 2264-12, S. 105 zur Differenzierung individueller Forschungsleistungen, um in einem Bachelor- oder in einem Masterstudiengang lehren zu dürfen.

87 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 44, - allerdings hatte der Wissenschaftsrat nicht zur Kenntnis genommen, dass Publikationslisten der Professoren vorlagen.

88 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49, wobei der Wissenschaftsrat auf sein Papier „Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, S. 104 verweist.

89 Auch hier bleibt festzuhalten, dass diese besondere Form der Gleichwertigkeit nicht gesetzlich als Akkreditierungsvoraussetzung bzw. als Voraussetzung für die staatliche Anerkennung geregelt ist. Der Wissenschaftsrat geht zur näheren Begründung von einem Konzept der Verbindung von Forschung und Lehre

aus, das er, obwohl kritisch diskutiert, seiner Akkreditierungspraxis zu Grunde legt.

90 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 LHG BW.

91 Maunz/Dürig/Gärditz, Grundgesetz, 90. EL Februar 2020, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 111: Die Wissenschaftsfreiheit umfasst die Wahl von Ort, Zeitpunkt und Modalität der Publikation; allgemein zur negativen Freiheit als Element des Freiheitsschutzes Maunz/Dürig/Grabenwarter, Grundgesetz, 90. EL Februar 2020, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rn. 95 ff.

92 So bemängelte der Wissenschaftsrat bei der Akkreditierung der Hochschule für Medien, Kommunikation und Wirtschaft (HMKW) Berlin die „Steigerungsbedürftigkeit“ der Forschungsleistungen (Wiss Rat Drs. 7832-19, S. 15, 17).

93 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 14: Die Zahl von fünf Honorarprofessoren ist nach Meinung des Wissenschaftsrates im Verhältnis zu neun hauptberuflichen Professoren „deutlich zu hoch“.

institutionalisiert werden können, die der Hochschule im Bereich der Forschungskooperation und ihren Studierenden zum Beispiel bei der Vermittlung von Praktikumsplätzen von Nutzen sein können.

Was, soweit erforderlich, evaluiert werden mag, ist, ob die bestellten Honorarprofessoren hinreichend qualifiziert waren und ob sie auch zur Lehre an der Hochschule beitragen. Aber auch dann wäre zu fragen: Warum geschieht eine solche Kontrolle nur bei privaten und nicht auch bei staatlichen Hochschulen? Stehen die privaten Hochschulen etwa unter einem *Generalverdacht*, sich bei der Bestellung von Honorarprofessoren nicht von den gesetzlich geregelten Voraussetzungen leiten zu lassen?

d) Zur Kritik am Mangel überzeugender konzeptioneller Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung und zur Förderung von Forschung

Der Wissenschaftsrat hält es für besonders schwerwiegend, wenn private Hochschulen „keine überzeugenden konzeptionellen Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung der Forschung“ an ihrer Hochschule vorgelegt haben.⁹⁴ Mit „inhaltlicher Weiterentwicklung von Forschung“ wird gefordert, dass Hochschulen ein *besonderes Forschungsprofil* entwickeln müssen. So wird etwa bei einer privaten Hochschule kritisiert, dass die „große Anzahl an Forschungsschwerpunkten ... dazu (führt), dass das Forschungsprofil der Hochschule noch recht unscharf ist.“⁹⁵ Für eine Pflicht zu scharfen Forschungsprofilen gibt es weder eine normative Grundlage noch gehört es zum Proprium der Hochschulen in Deutschland, mit scharfen Forschungsprofilen aufzutreten.

Für die privaten Hochschulen hat dies einen guten Grund: Man will sich nicht, geschützt durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, das enge und oft *innovationsfeindliche Korsett einer Forschungsplanung* anziehen. Und ebenso wie an einer staatlichen kann auch an einer privaten Hochschule kein Hochschullehrer gezwungen werden, seine Forschung am Forschungsprofil seiner Hochschule oder seiner Fakultät auszurichten. Von Hochschulen eine Festlegung auf Forschungsprofile zu

fordern, steht zudem in Widerspruch zu den jüngsten Forderungen des Wissenschaftsrates, die Freiheitsgrade in der Forschung zu erhöhen, die Souveränität der Forscher zu stärken sowie eine agilere und responsivere Hochschulforschung auf den Weg zu bringen.⁹⁶ Von besonderen Forschungsprofilen der Hochschulen für angewandte Wissenschaften wird im jüngsten Positionspapier des Wissenschaftsrates nicht ausführlich gehandelt, in Akkreditierungsverfahren werden jedoch in Widerspruch hierzu scharfe Forschungsprofile gefordert.

Nicht einmal der Gesetzgeber kann verlangen, dass Hochschulen konzeptionelle Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung eines hochschulinternen Forschungskonzepts vorlegen.⁹⁷ Denn für Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Forschungsfreiheit von privaten Hochschulen bedarf es der *Erhaltung und Funktionsfähigkeit der Hochschulen als rechtfertigenden verfassungsimmanenten Grund*. Hochschulen sind aber auch ohne inhaltlich ausdifferenzierte hochschulinternen Forschungskonzepte voll und ganz funktionsfähig.

e) Zur Kritik an der professoralen Personalausstattung

Der Wissenschaftsrat rügt in zahlreichen Akkreditierungsverfahren, dass die Bachelor- und Masterstudiengänge mit einer unterkritischen Personalausstattung durchgeführt würden. Meist nicht in den Blick kommen allerdings die erheblichen Schwierigkeiten, qualifizierte Professoren an Hochschulen für angewandte Wissenschaften zu berufen. Dies gilt ebenfalls für Berufungsverfahren an staatlichen Hochschulen für angewandte Wissenschaften, führt dort aber nicht zur Verweigerung der Akkreditierung oder zu besonderen ministeriellen Auflagen.⁹⁸

Davon abgesehen gibt es keine klaren Maßstäbe, in welchem Umfang Lehre von hauptberuflich angestellten Professoren zu erbringen ist. So verlangt zum Beispiel § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LHG BW nur sehr allgemein, dass ein *ausreichendes Lehrangebot* sichergestellt ist. Andere Bundesländer, wie etwa Bayern, fordern, dass die Lehraufgaben *überwiegend* von hauptberuflich angestellten Lehrkräften wahrgenommen werden, die ebenso wie die Lehrenden an staatlichen Hochschulen qualifiziert sind⁹⁹.

94 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 13.

95 Wiss Rat Drs. 5639-16, S. 14.

96 Wiss Rat Drs. 8289-20 zu „Anwendungsorientierung in der Forschung“, S. 46 ff.

97 Auch eine Verpflichtung zu „Deputatsreduktionen zur Durchführung von Forschungsvorhaben“ kann der Wissenschaftsrat privaten Hochschulen nicht auferlegen, wenn 18% der Arbeitszeit für Forschungsvorhaben aufgewendet wird (so aber Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 34). Die Realität individueller Forschung an Hoch-

schulen, die in diesem Heft im Beitrag von *Thomas Skowronek* beleuchtet wird, ist den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates offensichtlich fremd.

98 Bei der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat wird durchgehend eine Ausstattung der Studiengänge mit 50% hauptberuflich beschäftigten Lehrenden gefordert, was vielfach zur Auflage für die Akkreditierung gemacht wird (vgl. Wiss Rat Drs. 4560-15, S. 13).

99 Art. 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 Bay HG.

Weitergehend wird in Hamburg geregelt¹⁰⁰, dass „die Lehraufgaben der Bildungseinrichtung in der Regel von hauptberuflich Lehrenden als ständige Aufgabe erfüllt werden“.

Ein Textvergleich der hochschulrechtlichen Regelungen ergibt, dass die Landesgesetzgeber bei ihren Anforderungen an die Lehre durch hauptberufliche Professoren von ihrer föderalen Autonomie im Hochschulbereich Gebrauch gemacht haben. Die landesrechtlichen Regelungen des Mindestmaßes an professoraler Lehre bleiben bei der Kritik des Wissenschaftsrates an der professoralen Ausstattung privater Hochschulen außer Betracht – ein weiteres Beispiel für hochschulrechtliche Bindungen übergehende Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates.

VI. Schlussbemerkung

Trotz aller Kritik an den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates darf man seine Leistungen bei der Kontrolle des Zugangs und des Verbleibs von privaten Hochschulen im „Markt der Hochschulen“ nicht unterschätzen. Seine Kontrolltätigkeit hat dazu beigetragen, die Qualität des Sektors der privaten Hochschulen dem traditionellen Sektor der staatlichen Hochschulen anzugleichen. Dies wird nicht nur durch die Begutachtungen einzelner Hochschulen erreicht. Ebenso wichtig ist ein gewisser *Vorauskonformismus*, in dem sich die privaten Hochschulen mit unterschiedlichem Erfolg üben, die vom Wissenschaftsrat festgelegten Akkreditierungsvoraussetzungen einzuhalten.

Die mangelnde rechtliche Grundlage für Eingriffe in die Wissenschafts- und Lehrfreiheit erfordern *Reaktionen* des Gesetzgebers. Ein Schritt in die richtige Richtung ist der Anhörungsentwurf der Landesregierung

von Baden-Württemberg zum 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz.¹⁰¹ Nach der erheblichen Kritik an den Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates sind die vorgeschlagenen Regeln zu dessen Selbstkontrolle zu begrüßen. Er muss ein *Beschwerdeverfahren* einschließlich der einzuhaltenden Fristen regeln und eine *interne Beschwerdestelle* mit drei Wissenschaftlern einrichten.¹⁰² Dass die Maßstäbe der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat und der staatlichen Anerkennung durch das Land erheblich differieren, ist zu korrigieren. Die öffentlich gemachte Diskrepanz zwischen einer Ablehnung von Akkreditierungen durch den Wissenschaftsrat und gleichwohl nachfolgender staatlicher Anerkennung verunsichert die Studierenden und ist ein tiefer Eingriff in die Privathochschulfreiheit sowie in die Wettbewerbsfreiheit zwischen privaten und öffentlichen Hochschulen. Zu hoffen bleibt, dass eine gesetzliche Neuordnung der Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates zu präzisen rechtlichen und mit der Privathochschulfreiheit vereinbaren Rahmensetzungen führt.

Und nicht zuletzt sollten die Leistungen des Wissenschaftsrates bei der Akkreditierung privater Hochschulen evaluiert werden. Wie vor einiger Zeit¹⁰³ sollte eine internationale Kommission die Akkreditierungsverfahren unter anderem darauf begutachten, ob die vom Wissenschaftsrat formulierten Maßstäbe der Akkreditierung sachgerecht sind, ob die Verfahren der Akkreditierung den Maßstäben guter Verwaltung entsprechen und ob bei der Entscheidung über Auflagen oder bei der Ablehnung einer Akkreditierung mit gleichem Maß gemessen wird.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht.

100 § 114 Abs. 1 Nr. 5 Hmbg HG.

101 Vgl. Fn. 3.

102 So § 70a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 und 4 Anhörungsentwurf (vgl. Fn. 3).

103 Vgl. Fn. 8.

Christian Kachel

Außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei der Einstellung ausländischer Wissenschaftler

Übersicht

I. Einleitung

II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

1. Der Transfer technischen Wissens

2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

a) Definition des Ausländers

b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

4. Der Verwendungszusammenhang

a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWW)

c) Positive Kenntnis und Unterrichtsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWW)

5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWW)

a) Allgemein zugängliche Informationen

b) Grundlagenforschung

c) Nicht gelistete Technologie

6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWW)

7. Embargos

IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

V. Die Implementierung im Compliance-System

I. Einleitung

Die Gewinnung qualifizierten Personals ist essentiell für den wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Erfolg von Forschungseinrichtungen und Universitäten in Deutschland. Die Anwerbung von wissenschaftlichem Personal erfolgt dabei häufig auch im Ausland.¹

Sollen ausländische Wissenschaftler bzw. wissenschaftliche Mitarbeiter eine Anstellung² in Universitäten oder Forschungseinrichtungen in Deutschland erhalten, sind unbeschadet der von Artikel 5 Satz 3 des Grundgesetzes garantierten Wissenschaftsfreiheit³ außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten oder Verboten (vgl. § 4 Abs. 3 des Außenwirtschaftsgesetzes) zu beachten⁴.

Besteht hinsichtlich der Einstellung einer Person ein außenwirtschaftsrechtliches Verbot, so darf die Einstellung nicht erfolgen. Bei Bestehen einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflicht muss die erforderliche Genehmigung vor der Einstellung des Bewerbers durch die Genehmigungsbehörde, das *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, erteilt worden sein⁵.

Die zu prüfenden Voraussetzungen der Genehmigungspflicht bzw. des Verbots einer Einstellung werden nachfolgend im Einzelnen näher betrachtet.⁶

1 Gemäß den Angaben der Bundesregierung waren im Jahr 2013 mehr als 38.000 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem Ausland an deutschen Hochschulen beschäftigt, vgl. <https://www.make-it-in-germany.com/de/jobs/forschen/arbeiten-als-forscher/> [zuletzt abgerufen: 20.6.2020].

2 Beim Abschluss reiner Zugangsverträge an einem Institut muss Entsprechendes gelten, soweit ein Transfer technischen Wissens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Die Sanktionslistenprüfung (siehe unter II.) muss – unabhängig von einem Technologietransfer – in jedem Fall erfolgen.

3 Vgl. *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Stand: Februar 2019, Seiten 15 und 23.

4 Gemäß § 1 Satz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) ist der Außenwirtschaftsverkehr grundsätzlich frei. Er unterliegt jedoch den Einschränkungen, die das AWG enthält oder die durch

Rechtsverordnung auf Grund des AWG vorgeschrieben werden, § 1 Satz 2 AWG.

5 Vorsätzliche Verstöße gegen ein entsprechendes Genehmigungserfordernis können gem. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG strafbar sein. Die Strafdrohung lautet im Höchstmaß auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Fahrlässige Verstöße gegen die Genehmigungspflicht können als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG). Die Geldbuße kann bis zu 500.000 Euro betragen, § 19 Abs. 6 AWG.

6 Zu den für die Einreise und den rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland erforderlichen (§ 4 AufenthG) und für Wissenschaftler in Betracht kommenden Aufenthaltstiteln siehe *Schult-Heiß*, Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern, Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2018, S. 3 ff.

II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

Zunächst kann sich das Verbot der Einstellung eines Wissenschaftlers unabhängig vom Inhalt der beabsichtigten Tätigkeit und unabhängig von einem Auslandsbezug des Einstellungssachverhalts daraus ergeben, dass der Wissenschaftler sog. Finanzsanktionen (häufig auch „personenbezogene Embargos“⁷ oder „Terrorlisten“ genannt) unterliegt.

Finanzsanktionen haben das Ziel, bestimmte Personen, Organisationen oder Einrichtungen von (bestimmten) vermögenswerten Vorteilen abzuschneiden, um so ein gewünschtes außenpolitisches Ziel zu erreichen⁸, z.B. die Terrorismusbekämpfung⁹. Die im Zusammenhang mit Einstellungen vor allem relevanten „klassischen“ Finanzsanktionen sind das sog. Einfrier- und Bereitstellungsverbot.

Das Einfriergebot besagt, dass sämtliche Gelder und wirtschaftliche Ressourcen, die im Besitz oder im Eigentum der in der jeweiligen Sanktionsverordnung gelisteten natürlichen oder juristischen Person, Organisation oder Einrichtung stehen oder von dieser gehalten oder kontrolliert werden, eingefroren werden, was grundsätzlich die Entziehung jeder Zugriffs- und Verwendungsmöglichkeit¹⁰ über diese Gelder und wirtschaftliche Ressourcen bedeutet. Diese gesetzliche Anordnung ist vor allem für den Bankensektor von Bedeutung, in der Regel jedoch bei Personaleinstellungen nicht unmittelbar relevant, da der potentielle Arbeitgeber grundsätzlich noch nicht über vom Bewerber gehaltene Ressourcen oder Gelder verfügt.

Nach dem Bereitstellungsverbot ist es untersagt, Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen unmittelbar oder mittelbar den oder zugunsten von sanktionierten Personen zur Verfügung zu stellen.¹¹

Der Begriff „Gelder“ bezieht sich auf finanzielle Vermögenswerte und wirtschaftliche Vorteile jeder Art¹² während unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Ressourcen“ Vermögenswerte jeder Art verstanden werden, die nicht schon Gelder sind, aber für den Erwerb von Geldern, Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können¹³.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses soll die Arbeitsleistung regelmäßig gegen eine Vergütung erfolgen (vgl. § 611a Abs. 2 BGB), so dass schon deshalb vor Abschluss des Arbeitsvertrags eine Prüfung etwaiger Bereitstellungsverbote unabdingbar ist. Jedoch besteht auch unabhängig von der Vereinbarung einer Vergütung das Risiko der Bereitstellung wirtschaftlicher Ressourcen, beispielsweise geistiger Eigentumspositionen (z.B. Patente oder Geschäftsgeheimnisse) oder Technologien,¹⁴ so dass auch bei Fehlen einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung (z.B. bei unbezahlten Praktika) die Prüfung erforderlich ist, ob hinsichtlich der einzustellenden Person ein Bereitstellungsverbot besteht.

In der Praxis erfolgt die Prüfung, ob eine Person Finanzsanktionen unterliegt, grundsätzlich IT-gestützt über Softwareprogramme, die nach Eingabe des Namens der Person automatisiert sämtliche relevante Listen¹⁵ daraufhin überprüfen, ob die einzustellende Person in diesen Listen namentlich genannt ist. Eventuelle Treffer werden anschließend (z.B. anhand des Geburtsdatums oder Geburtsortes) daraufhin überprüft, ob es sich bei der in der Liste enthaltenen Person tatsächlich um den einzustellenden Wissenschaftler oder um eine bloße Namensähnlichkeit handelt. Das Ergebnis der Prüfung ist zu dokumentieren. Ist der einzustellende Wissenschaftler mit der in einer Sanktionsliste der EU genannten Person identisch, darf die Einstellung nicht erfolgen.¹⁶

7 So vor allem, soweit es sich nicht um die reinen sog. „Anti-Terror-Verordnungen“ (z.B. Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 betreffend Al-Qaida und die Taliban bzw. in der aktuellen Fassung ISIL), sondern um Länderembargos handelt, die auch personenbezogene Beschränkungen beinhalten, z.B. Art. 14 i.V.m. Anhang II der Verordnung (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Syrien in der aktuellen Fassung gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2020/716 des Rates vom 28.5.2020.

8 *Vogt/Arend* in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2017, IV., Rn. 79.

9 Vgl. *BAFA*, Merkblatt Länderunabhängige Embargomaßnahmen zur Terrorismusbekämpfung, Stand: 28.08.2009, S. 4ff.

10 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 107.

11 *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 116.

12 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 87.

13 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 89.

14 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 90.

15 Die zu prüfenden Listen ergeben sich in aller Regel – neben ggf. zu prüfenden US-Listen – aus Anhängen zu den Sanktionsverordnungen, z.B. Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit den ISIL (Da'esh)- und Al-Qaida-Organisationen in Verbindung stehen, in der aktuellen Fassung der Durchführungsverordnung (EU) 2020/706 der Kommission vom 26. Mai 2020.

16 Gemäß § 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG kann bei der fahrlässigen Einstellung einer sanktionierten Person (unter Verstoß gegen das Bereitstellungsverbot) eine Ordnungswidrigkeit vorliegen, bei vorsätzlicher Begehung eine Straftat gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG (Höchstmaß 5 Jahre).

III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

Die außenwirtschaftsrechtliche Prüfung im Zusammenhang mit der Einstellung ausländischer Wissenschaftler im Inland¹⁷ erfordert regelmäßig eine detaillierte Analyse, welche Aufgaben im Rahmen der Beschäftigung durch den Wissenschaftler ausgeführt und welche (technischen) Kenntnisse oder Fähigkeiten dem Wissenschaftler dabei vermittelt werden sollen. Impliziert die vorgesehene Tätigkeit einen Transfer technischen Wissens¹⁸ zugunsten eines ausländischen Wissenschaftlers, liegt in der Regel eine sog. „technische Unterstützung“ vor, die nach den §§ 51, 52 AWV genehmigungspflichtig sein kann.

Technische Unterstützung ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 16 Satz 1 AWG jede technische Hilfe in Verbindung mit der Reparatur, der Entwicklung, der Herstellung, der Montage, der Erprobung, der Wartung oder jeder anderen technischen Dienstleistung. Sie kann in Form von Unterweisung, Ausbildung, Weitergabe von praktischen Kenntnissen oder Fähigkeiten oder in Form von Beratungsleistungen erfolgen (§ 2 Abs. 16 Satz 2 AWG).

Von der Ausfuhr (§ 2 Abs. 3 AWG) von Technologie unterscheidet sich die technische Unterstützung grundsätzlich dadurch, dass im Fall der Ausfuhr die Technologie „verkörpert“ ist (z.B. in Form von technischen Unterlagen, einer E-Mail oder einer elektronischen Bereitstellung), während eine technische Unterstützung bei der

„unverkörperten“ Weitergabe von Technologie (z.B. mündlich) vorliegt. Soweit jedoch die Technologie das Gebiet der Bundesrepublik nicht verlässt, sondern an einen ausländischen Wissenschaftler im Inland weitergegeben wird, besteht eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Die Übergabe von verkörperter Technologie¹⁹ an Ausländer im Inland stellt keine Ausfuhr, sondern technische Unterstützung dar.²⁰

Die Voraussetzungen der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung im Rahmen einer Personaleinstellung im Inland sind in § 51 AWV und (nur relevant bei Tätigkeiten im Nuklearbereich) § 52 AWV normiert.²¹

1. Der Transfer technischen Wissens

Im Rahmen der Einstellung von wissenschaftlichem Personal ist also zunächst zu prüfen, ob der einzustellenden Person im Rahmen der Tätigkeit technische Kenntnisse oder Fähigkeiten weitergegeben werden.²² Dies dürfte z.B. bei einer Mitarbeit als Wissenschaftler an einem naturwissenschaftlich-technisch ausgerichteten Institut regelmäßig der Fall sein. Dabei muss jedoch nach Sinn und Zweck der Vorschrift das in der technischen Unterstützung enthaltene technische Wissen ein Mindestmaß an Detailgrad erreichen.²³ Da es sich bei der technischen Unterstützung um einen Fall des Technologietransfers handelt²⁴, ist es grundsätzlich erforderlich, dass das vermittelte technische Wissen für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts mindestens „nötig“ ist.²⁵

17 Als Ausdruck des völkerrechtlichen Prinzips der Personalhoheit ist der Anwendungsbereich der §§ 49 ff. AWV auf deutsche Staatsangehörige und juristische Personen und Personengesellschaften mit Sitz oder Ort der Leitung in Deutschland beschränkt, vgl. *Pietsch* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, AWR-Kommentar, 63. Lieferung 12/2019, § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 8. Die technische Unterstützung in Drittländern (vgl. §§ 49, 50, 52a, 52b AWV) ist nicht Inhalt dieses Beitrags, wäre jedoch z.B. bei Einstellungen durch Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen im Ausland zu prüfen.

18 Reine Reparaturvorgänge oder Montagen stellen keine technische Unterstützung dar, soweit es sich nicht um eine Lehrtätigkeit oder um die Erleichterung der Handhabung eines Guts (Teilunterweisung) handelt, vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27; vgl. *Gramlich* in *Hohmann/John*, Kommentar zum Ausfuhrrecht, 2002, Teil 4 § 45 AWV, Rn. 12; a.A.: *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. AWV, Vor 49ff., Rn. 4.

19 Unter dem Terminus „Technologie“ versteht man spezifisches technisches Wissen, das für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts nötig ist, vgl. Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober

2019.

20 *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. Vor 49ff. AWV, Rn. 6.; im US-Recht wird in derartigen Konstellation häufig ein Technologietransfer i.S. eines „deemed (re-)exports“ vorliegen, siehe hierzu unten Kap. IV. und vgl. *Pfeil/Mertgen*, Compliance im Außenwirtschaftsrecht, 2016, Kap. D. Rn. 124.

21 Die Regelungen der §§ 46 bis 48 AWV (Handels- und Vermittlungsgeschäfte) dürften im Zusammenhang mit der Einstellung von Personal in Forschungseinrichtungen und Universitäten kaum relevant werden.

22 Vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27.

23 So wohl auch *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 6.

24 Vgl. die Definition von „Technologie“ (insbes. Satz 2) in den Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. in den Begriffsbestimmungen in der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019.

25 A.A. *Ehrlich*, Technologietransfer als Ausfuhr und technische Unterstützung – Inhalt und Grenzen, in: *Ehlers/Wolffgang*, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 491, (494).

Erfolgt die technische Unterstützung (wie im Regelfall) mündlich, ist eine Listung des technischen Wissens in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste oder in Nummern der Gattung E des Anhang I der Dual Use-VO Voraussetzung einer Genehmigungspflicht (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV und – mit Beschränkung auf Technologie der Kategorie 0 – § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Aus diesem Grund sollte in Universitäten und Forschungseinrichtungen standardmäßig auch eine Güterlistenprüfung, insbesondere hinsichtlich Gattung E der relevanten²⁶ Güterlisten, im außenwirtschaftsrechtlichen Einstellungsprozess implementiert sein.

Soweit eine Einstellung im Bereich der (nicht-technischen) Verwaltung erfolgt, wird in aller Regel schon kein weiterzugebendes technisches Wissen vorliegen, so dass hier grundsätzlich keine detaillierte weitere Prüfung erforderlich ist.

2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

Die Genehmigungspflicht der Einstellung eines Wissenschaftlers im Inland setzt voraus, dass die technische Unterstützung „durch einen Inländer“ (§ 51 Abs. 1 Satz 1 AWV) bzw. „durch einen Deutschen oder einen Inländer“ (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AWV)²⁷ erfolgt.

Meist wird es sich bei der den Wissenschaftler einstellenden inländischen Universität oder Forschungseinrichtung um eine juristische Person oder Personengesellschaft mit Sitz oder Ort der Leitung im Inland handeln. In diesem Fall ist die inländische Universität bzw. Forschungseinrichtung als „Inländer“ i.S.d. Außenwirtschaftsgesetzes zu qualifizieren (§ 2 Abs. 15 Nr. 2 AWG).

Bei Einstellungen durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft kommt es darauf an, ob die Zweigniederlassung ihre Leitung im Inland hat und für sie eine gesonderte Buchführung existiert (§ 2 Abs. 15 Nr. 3 AWG), während bei einer Personaleinstellung in der Betriebsstätte einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft im Inland entscheidend ist, ob die Be-

triebsstätte ihre Verwaltung im Inland hat (§ 2 Abs. 15 Nr. 4 AWG).

Der Erbringer der technischen Unterstützung ist anhand der zivilrechtlichen Vereinbarungen festzustellen. Soll die technische Unterstützung aufgrund des Arbeitsvertrages mit einer Forschungseinrichtung bzw. Universität erfolgen, die nach den soeben dargestellten Grundsätzen als „Inländer“ anzusehen ist, so ist die Genehmigungsbedürftigkeit für die jeweilige Einrichtung unabhängig davon zu beurteilen, ob der das technische Wissen tatsächlich weitergebende Mitarbeiter seinerseits Inländer bzw. Deutscher ist.²⁸

3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

Im Rahmen des § 51 Abs. 1 AWV kommt ein Genehmigungserfordernis nur in Betracht, wenn die technische Unterstützung durch den Inländer „gegenüber Ausländern erbracht wird, die nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“ (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWV)²⁹. § 51 Abs. 2 AWV erfordert die Ansässigkeit „in einem Land im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009“ (d.h. in einem Waffenembargoland).

Erst hierdurch erhält der Inlandssachverhalt (Einstellung/Tätigkeit im Inland) einen Auslandsbezug und damit einen Bezug zum Außenwirtschaftsverkehr, der den Anwendungsbereich der Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AWG eröffnet. Für die technische Unterstützung gegenüber einem Inländer i.S.v. § 2 Abs. 15 AWG kann eine Genehmigungspflicht nach § 51 AWV nicht bestehen.

a) Definition des Ausländers

Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 5 AWG sind als Ausländer alle Personen und Personengesellschaften anzusehen, die keine Inländer sind. Inländer sind, soweit es sich nicht um juristische Personen oder Personengesellschaften handelt,³⁰ definiert als „natürliche Personen

26 In Betracht kommen insbesondere die Ausfuhrliste und Anhang I der Dual Use-VO in der jeweils aktuell gültigen Fassung, die Güterlisten aus den Embargo-Verordnungen (soweit ein Bewerber in einem Staat, der einem Embargo unterliegt, ansässig ist) und (ohne Auswirkung auf die Genehmigungspflicht nach der AWV) die US-Güterlisten, soweit ein US-Bezug (z.B. wenn das einstellende Unternehmen eine US-Person ist oder die weiterzugebende Technologie einen US-Ursprung bzw. Bestandteile mit US-Ursprung besitzt) besteht.

27 Im Rahmen von § 52 AWV ist somit ausnahmsweise nicht nur die Ansässigkeit, sondern alternativ die deutsche Staatsangehör-

rigkeit relevant.

28 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 15 und § 52 AWV Rn. 9; vgl. Gramlich in Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 13.

29 Im Rahmen von § 52 AWV (relevant bei einem Bezug zu kerntechnischen Anlagen) kommt es auf die Ausländereigenschaft des Empfängers dagegen nicht an, sondern stattdessen auf den Ort der beabsichtigten Verwendung des technischen Wissens (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 AWV).

30 Vgl. hierzu oben, Kap. III. 2.

mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland“ (§ 2 Abs. 15 Nr. 1 AWG).

Bei der Feststellung, ob es sich beim einzustellenden Wissenschaftler um einen Ausländer im genannten Sinne handelt, kommt es also nicht auf die Staatsangehörigkeit³¹, sondern auf den Ort der „Ansässigkeit“, d.h. den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, an. Verfügt eine Person über mehrere Wohnsitze, so richtet sich die Inländereigenschaft danach, an welchem Ort sich der hauptsächliche Schwerpunkt der Lebensführung befindet, zu dessen Bestimmung nach allgemeiner Auffassung auf Vorschriften der §§ 8, 9 AO zurückgegriffen werden kann.³²

Nach § 8 AO hat eine Person einen Wohnsitz dort, wo sie eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass sie die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Dabei muss die Wohnung mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Gewohnheit benutzt werden, die natürliche Person sich im Inland aufhalten und im Melderegister registriert sein und entweder ein Gewerbe im Wirtschaftsgebiet betreiben oder mit einem inländischen Arbeitgeber einen unbefristeten oder länger als ein Jahr laufenden Arbeitsvertrag abgeschlossen haben.³³

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 9 Satz 1 AO). Als gewöhnlicher Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist stets und von Beginn an ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer anzusehen; kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt (§ 9 Satz 2 AO). Ein Aufenthalt ausschließlich zu Besuchs-, Erholungs-, Kur- oder ähnlichen privaten Zwecken von höchstens einem Jahr Dauer führt nicht per se zu einem gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. § 9 Satz 3 AO).

Bei Erfüllung der Voraussetzungen des gemeinsamen Tatbestands, der sich aus § 9 Satz 2 und 3 AO ergibt, liegt eine unwiderlegbare Vermutung für einen gewöhnlichen Aufenthalt (im Inland) vor.³⁴ Im Übrigen sind deutliche Hinweise für einen gewöhnlichen Aufenthalt – wie bei der Bestimmung des Wohnsitzes – das Betreiben eines Gewerbes, ein längerfristiger Arbeitsvertrag mit einem Inländer und insbesondere eine unbeschränkte Einkommensteuerpflicht.³⁵

Fallen Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt auseinander, ist regelmäßig der Wohnsitz entscheidend, da dieser nach außen weniger flüchtig erscheint und die Zugehörigkeit zu einem Gebiet deutlicher dokumentiert.³⁶

Die Bewerbung einer Person aus dem Inland heraus (ersichtlich z.B. aus der Absenderadresse in den Bewerbungsunterlagen) kann deshalb – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Person – ein erstes Indiz für die Ansässigkeit im Inland, mithin die Inländereigenschaft der Person darstellen, die ggf. eine außenwirtschaftsrechtliche Prüfung weitestgehend³⁷ entbehrlich macht. Umgekehrt kann die Drittlandsstaatsangehörigkeit des Bewerbers auf eine mögliche Ansässigkeit in diesem Drittland hinweisen, wenn die Bewerbung tatsächlich auch von diesem Land aus erfolgt.

Zu berücksichtigen ist bei der Feststellung der Ansässigkeit jedoch die Einschränkung in § 51 Abs. 5 AWV, wonach als Ausländer im Sinne von § 51 Abs. 1 und 2 AWV auch solche natürlichen Personen anzusehen sind, deren Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Inland auf höchstens fünf Jahre befristet ist. Das bloße Vorliegen eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ist in diesen Fällen nicht ausreichend zur Begründung der Inländereigenschaft.

Der Begriff des „Inlands“ deckt in diesem Zusammenhang ausschließlich das deutsche Hoheitsgebiet – und nicht auch die übrigen EU-Mitgliedstaaten oder die sog. „EU001-Länder“ – ab³⁸, so dass in Mitgliedstaaten

31 Vgl. schon zur alten Rechtslage *Gramlich* in: Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 16; vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14, entscheidend soll danach die „wirtschaftlich-räumliche Beziehung zum inländischen Hoheitsgebiet“ sein.

32 Vgl. *Sachs* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., I. § 2 AWG, Rn. 62; vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.; vgl. *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 9.

33 Vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a mit Hinweis auf die Möglichkeit der Berücksichtigung weitere Umstände und Verweis auf den Runderlass Außenwirtschaft Nr. 7/83 des *Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, noch hinsichtlich des Wohnsitzes im „Wirtschaftsgebiet“, das heute als „Inland“ zu verstehen ist, vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/

Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14.

34 *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

35 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 11; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

36 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 12; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26b.

37 Dies gilt nicht für die Sanktionslistenprüfung und nicht automatisch für das US-(Re-)Exportkontrollrecht.

38 Vgl. *BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle*, Stand: März 2020, Teil 8, 2. Kapitel, 2.4., Rn. 669; zur (hier nicht entscheidenden) Legaldefinition des „Unionsansässigen“ siehe § 2 Abs. 18 AWG.

der EU bzw. in den EU001-Ländern ansässige Personen danach als „Ausländer“ i.S.v. § 51 Abs. 5 AWW zu qualifizieren sein können³⁹. Sie sind jedoch regelmäßig aufgrund der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW („...nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“) von der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung ausgenommen.⁴⁰ Die Frage der Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat der EU bzw. in einem EU001-Land ist nicht nach dem Maßstab des § 51 Abs. 5 AWW, sondern nach den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung der Ansässigkeit vorzunehmen, d.h. ein gewöhnlicher Aufenthalt von mindestens 5 Jahren im Inland ist insoweit nicht zwingend erforderlich. Entsprechendes gilt für die Feststellung der Ansässigkeit in einem Waffenembargoland nach § 51 Abs. 2 AWW.

Für die Prüfung im Unternehmen bedeutet dies, dass der Lebenslauf der einzustellenden Person im Rahmen einer Einzelfallprüfung daraufhin überprüft werden muss, ob ein Lebensmittelpunkt in Deutschland bereits vorliegt oder noch nicht. Jedenfalls dann, wenn der gewöhnliche Aufenthalt oder Wohnsitz in Deutschland ununterbrochen seit mehr als 5 Jahren besteht, kann von dem Vorliegen der Inländereigenschaft ausgegangen werden.⁴¹

Erfolgt eine Bewerbung aus dem Ausland, ist in aller Regel davon auszugehen, dass noch kein gewöhnlicher Aufenthalt oder Wohnsitz des Bewerbers im Inland vorliegt. Diese Vermutung kann allerdings anhand eines lückenlosen Lebenslaufs entkräftet werden (z.B. bei nur sehr kurzem, zwischenzeitlichen Aufenthalt im Ausland während einer bereits seit einigen Jahren bestehenden Beschäftigung in Deutschland).

Ein erteiltes Visum entbindet nicht von den außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflichten.⁴²

b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

Außenwirtschaftsrechtlich privilegiert werden im Rahmen der technischen Unterstützung Ausländer, die in

einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem der EU001-Länder⁴³ ansässig sind. Diese werden ebenso wie Inländer nicht der Genehmigungspflicht nach § 51 AWW unterworfen (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW).

Nach Sinn und Zweck der Regelung muss es dabei ausreichen, wenn sich diese „Ansässigkeit“ eines Bewerbers erst aus der Addition der unmittelbar aufeinander folgenden Aufenthalte in mehreren verschiedenen EU-Mitgliedstaaten ergibt (z.B. gewöhnlicher Aufenthalt 4 Monate in Italien, anschließend 4 Monate in Spanien und sodann 5 Monate in Deutschland), da bei diesen Ländern von einem vergleichbaren Kontrollstandard sowohl bezüglich der außenwirtschaftsrechtlichen Regelungen wie auch der Bewertung von Sachverhalten auszugehen ist, sog. like-minded countries⁴⁴.

Bei der Einstellung einer in einem Mitgliedstaat der EU bzw. einem EU001-Land ansässigen Person im Inland bleibt sodann von den Regelungen der §§ 49 ff. AWW neben der Norm des § 51 AWW nur die Vorschrift des § 52 AWW zu prüfen, die jedoch nur bei einem Bezug zu Kerntechnologie relevant werden kann und eine Verwendung der Technologie in einem in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AWW ausdrücklich genannten Land erfordert.

Im Übrigen ist über die Sanktionslistenprüfung hinaus (siehe oben) keine weitere Prüfung⁴⁵ erforderlich.

4. Der Verwendungszusammenhang

Weitere Voraussetzung einer Genehmigungspflicht der Personaleinstellung als technische Unterstützung im Inland ist das Vorliegen eines bestimmten kritischen Verwendungszusammenhangs⁴⁶ der technischen Unterstützung.

a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

Ein (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) die Genehmigungspflicht auslösender Verwendungszusammenhang ist im Rahmen des § 51 AWW zunächst der Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Entwicklung, der Herstellung, der Handhabung, dem Betrieb, der Wartung, der Lagerung, der Ortung, der

39 Entsprechend der Legaldefinition des „Ausländers“ in § 2 Abs. 5 AWW.

40 So wohl auch *Pelz* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWW, Rn. 10 und 12; siehe auch unten unter b).

41 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 130.

42 Vgl. *BAFA*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Seite 34.

43 Siehe Anhang IIa Teil 2 der Dual Use-VO in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019. Derzeit erfasst sind Australien, Japan, Kanada, Neuseeland, Norwegen, die Schweiz einschließlich Liechtenstein und die Vereinigten Staaten von Amerika. Mit Ablauf des 31.12.2020 wird in diese Ländergruppe voraussichtlich das

Vereinigte Königreich aufgenommen.

44 Vgl. hierzu *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 25.

45 Ggf. sind jedoch die Anforderungen des Kriegswaffenkontrollgesetzes und (bei bestehendem US-Bezug) das US-(Re-)Exportkontrollrecht zu beachten.

46 Die Regelungen des Kriegswaffenrechts, insbesondere die Vorschriften der §§ 17, 18, 18a KrWaffKontrG mit ihren sog. Förderatbeständen, sind im Rüstungsbereich zusätzlich und vorrangig zu beachten, vgl. *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 9.

Identifizierung oder der Verbreitung von chemischen oder biologischen Waffen, von Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern bzw. ein Zusammenhang mit der Entwicklung, der Herstellung, der Wartung oder der Lagerung von Flugkörpern, die für die Ausbringung derartiger Waffen geeignet sind (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b AWV).

Diese Fallgruppe der Verwendung des technischen Wissens für ABC-Waffen oder Kernsprengkörper bzw. entsprechende Trägertechnologie ist bei allen in einem Drittland i.S.v. § 2 Abs. 8 AWG ansässigen Personen zu prüfen. Hier wird man zunächst generell die Geeignetheit der Technologie für eine entsprechende Verwendung zu analysieren haben und sodann die fallspezifischen Umstände würdigen, die für eine derartige Verwendung durch den einzustellenden Wissenschaftler sprechen.

Ebenso kann ein Zusammenhang mit einer militärischen Endverwendung i.S.d. Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO in einem Waffenembargoland zu einer Genehmigungspflicht führen, § 51 Abs. 2 AWV. Eine militärische Endverwendung ist gegeben, wenn Güter zum Einbau in militärische Güter bestimmt sind oder der Verwendung von Herstellungs-, Test- oder Analyseausrüstung sowie Bestandteilen hierfür für die Entwicklung, Herstellung oder Wartung von Rüstungsgütern oder der Verwendung von unfertigen Erzeugnissen in einer Anlage für die Herstellung von Rüstungsgütern dienen (Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO).

Ein solcher Fall liegt im Rahmen von Einstellungen beispielsweise vor, wenn bekannt ist, dass die einzustellende Person nach Beendigung ihrer Tätigkeit an ein staatliches Rüstungsunternehmen oder eine militärisch ausgerichtete Universität in einem Waffenembargoland zurückkehrt, um dort seine in Deutschland erlangten Kenntnisse einzusetzen.

Universitäten und Forschungseinrichtungen, die die Forschung und Entwicklung von Maschinen betreiben, die für die Herstellung von Rüstungsgütern eingesetzt werden, dürfen somit einen Bewerber, der in einem Land ansässig sind, gegen das ein Waffenembargo verhängt wurde, in einem entsprechenden Bereich ohne Genehmigung des *Bafa* nur beschäftigen, wenn sein Aufenthalt entweder unbefristet oder auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren befristet ist.⁴⁷ Andernfalls ist ein Antrag auf Genehmigung der technischen Unterstützung erforderlich.

Die Einstellung von wissenschaftlich-technischem Personal aus einem Waffenembargoland an einer Forschungseinrichtung, die jedenfalls auch einen Rüstungsbezug aufweist, wird somit grundsätzlich einer Genehmigungspflicht des *Bafa* unterliegen. Soll trotz Rüstungsbezugs des Instituts ausnahmsweise hinsichtlich der im Rahmen der Tätigkeit erlangten Kenntnisse und Fähigkeiten eine militärische Endverwendung verneint werden (weil etwa das der einzustellenden Person weiterzugebene technische Wissen nur einen Teilbereich der Tätigkeiten der Forschungseinrichtung abdeckt, der selbst keinen Rüstungsbezug aufweist, und sich ein solcher erst aufgrund weiterer Projektabschnitte ergibt, an denen die Person nicht mitwirkt und die ihr nicht bekannt sind) ist dies sehr sorgfältig zu begründen und entsprechend im Compliance-System zu dokumentieren.

In Zweifelsfällen sollte ein Antrag auf Genehmigung beim *Bafa* gestellt werden. Bis zur Erteilung der Genehmigung durch das *Bafa* oder der Entscheidung des *Bafa*, dass keine Genehmigung erforderlich ist, darf eine Einstellung nicht erfolgen (§ 51 Abs. 3 Satz 3 AWV, § 52 Abs. 2 Satz 3 AWV).

b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWV)

Soweit ein Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Errichtung oder dem Betrieb von Anlagen für kerntechnische Zwecke im Sinne der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 in einem der in § 9 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der AWV genannten Länder (derzeit: Algerien, Irak, Iran, Israel, Jordanien, Libyen, Demokratische Volksrepublik Korea, Pakistan und Syrien) besteht, kann diese Verwendung gemäß § 52 AWV ebenfalls eine Genehmigungspflicht auslösen. Entscheidend ist im Rahmen dieser Vorschrift nicht, ob die einzustellende Person in einem dieser Länder ansässig ist, sondern ob die betroffene Anlage sich in einem dieser Länder befindet oder errichtet werden soll.⁴⁸

c) Positive Kenntnis und Unterrichtungsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWV)

Entsprechende Verwendungszusammenhänge können grundsätzlich zu einer außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkung führen, wenn das einstellende Unternehmen, d.h. der inländische Arbeitgeber, vom

⁴⁷ Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 131 f., anders als dort angegeben, kommt es jedoch gerade nicht auf die Staatsangehörigkeit des Bewerbers, sondern auf seine Ansässigkeit an, also

den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, vgl. die Def. von „Ausländer“ in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 15 Nr. 1 AWG.

⁴⁸ Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 134.

Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) über den Verwendungszusammenhang unterrichtet worden ist.⁴⁹

Ist eine Unterrichtung indessen nicht erfolgt, kommt es darauf an, ob dem Arbeitgeber, d.h. der Universität oder Forschungseinrichtung, bekannt ist⁵⁰, dass die gegenüber dem Wissenschaftler im Inland zu erbringende technische Unterstützung für eine der oben genannten Verwendungen bestimmt ist. Ist dies der Fall, hat der Arbeitgeber das BAFA zu unterrichten, das über das Bestehen einer Genehmigungspflicht entscheidet (vgl. § 51 Abs. 3 Sätze 1 und 2 und § 52 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AWW). Voraussetzung dieser Unterrichtungspflicht ist positive Kenntnis des Arbeitgebers vom kritischen Verwendungszweck, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.⁵¹ Eine Nachforschungspflicht besteht nicht⁵², allerdings dürfen offensichtliche Anhaltspunkte für einen kritischen Verwendungszusammenhang nicht bewusst ignoriert werden.⁵³

Ein Unternehmen ist also aus außenwirtschaftsrechtlicher Sicht nicht zu Hintergrundrecherchen hinsichtlich eines Bewerbers verpflichtet, solange sich nicht (z.B. aus dem Lebenslauf) ernsthafte Indizien dafür ergeben, dass das im Rahmen der Tätigkeit zu erwerbende Wissen später für eine kritische Endverwendung eingesetzt werden soll.

5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWW)

Die Beschränkungen der technischen Unterstützung nach §§ 51 und 52 AWW gelten nicht für die Weitergabe von Informationen, die im Sinne der Allgemeinen Technologie-Anmerkung (ATA) bzw. im Sinne der Nukleartechnologie-Anmerkung (NTA) zu Teil I der Ausfuhrliste oder zu Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 „allgemein zugänglich“ oder Teil der „Grundlagenforschung“ sind (§ 51 Abs. 4 Nr. 1 AWW, § 52 Abs. 3 Nr. 1 AWW).

a) Allgemein zugängliche Informationen

„Allgemein zugänglich“ in diesem Sinne ist eine Technologie dann, wenn sie ohne Beschränkung ihrer weiteren Verbreitung erhältlich ist (Copyright-Beschränkungen heben die allgemeine Zugänglichkeit nicht auf)⁵⁴. Für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme müssen die Informationen im Zeitpunkt der relevanten Handlung, d.h. der Weitergabe an den einzustellenden Wissenschaftler, allgemein zugänglich sein (die Möglichkeit des allgemeinen Zugangs reicht insoweit aus), was insbesondere der Fall ist, wenn die Informationen in einer allgemein zugänglichen Fachbibliothek oder entsprechend zum Download online im Rahmen der üblichen Vorschriften publiziert worden sind.⁵⁵

Typischerweise fallen in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung reine Recherchetätigkeiten ebenso hierunter wie Tätigkeiten, die keinen über die in veröffentlichter Literatur verfügbaren Inhalte hinausgehenden Wissenstransfer an die einzustellende Person erfordern.

b) Grundlagenforschung

Unter „wissenschaftlicher Grundlagenforschung“ im Sinne des Außenwirtschaftsrechts versteht man experimentelle oder theoretische Arbeiten hauptsächlich zur Erlangung von neuen Erkenntnissen über grundlegende Prinzipien von Phänomenen oder Tatsachen, die nicht in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck gerichtet sind.⁵⁶

Da dieses Verständnis von Grundlagenforschung nicht immer dem methodologisch-technischen Verständnis von Grundlagenforschung entspricht, lässt sich zur Vereinfachung das sog. „Technology Readiness Level“ (TRL) heranziehen, das den Entwicklungsgrad eines technischen Produkts beschreibt und eine Skala von TRL 1 bis TRL 9 umfasst, wobei die TRL 1 bis TRL 3 grundsätzlich die Stadien der Grundlagenforschung um-

49 Vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 AWW (zur Verwendung im Zusammenhang mit ABC-Waffen/Trägersystemen), § 51 Abs. 2 AWW (zur militärischen Verwendung in einem Waffenembargoland) und § 52 Abs. 1 AWW (zur Verwendung im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem Betrieb kerntechnischer Anlagen).

50 Das Wissen einzelner Mitarbeiter wird der Forschungseinrichtung bzw. Universität analog § 166 BGB zugerechnet, vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 49 AWW, Rn. 26; lesenswert allgemein zur Zurechnung Liebscher, Zurechnung als Rechtsproblem, ZIP 39/2019, S. 1837 ff.

51 Morweiser, Subjektive Elemente im Außenwirtschaftsrecht, in: Ehlers/Wolffgang, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 231, (235).

52 Pietsch in: Wolffgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 21.

53 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrol-

le, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 656.

54 Die Definition von „allgemein zugänglich“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.

55 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 659; vgl. Zirkel/Kachel Technologiekontrolle und ACADEMIA, AW-Prax Juli 2019, S. 282, (285f.).

56 Die Definition von „Wissenschaftliche Grundlagenforschung“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.

fassen (TRL 3 = Nachweis der Funktionstüchtigkeit einer Technologie).⁵⁷

Im Rahmen der Einstellung erfolgt insoweit eine Prognoseentscheidung⁵⁸ hinsichtlich der Einstufung der durch die einzustellende Person auszuführenden Tätigkeiten bzw. zur Verfügung zu stellenden Informationen (technisches Wissen) als Grundlagenforschung.

Ändern sich später die Tätigkeitsinhalte derart, dass eine Mitarbeit auf dem Gebiet der angewandten Forschung in Betracht kommt, bedarf es einer aktualisierten Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit. Eine Aktualisierung der außenwirtschaftsrechtlichen Prüfung sollte standardmäßig bei Vertragsverlängerungen stattfinden, da in diesem Rahmen nicht selten auch die Zuständigkeitsbereiche und Tätigkeitsinhalte modifiziert oder erweitert werden.

c) Nicht gelistete Technologie

Bei Einstellungen im Inland entfällt eine Genehmigungspflicht als technische Unterstützung auch dann, wenn die technische Unterstützung keine Technologie betrifft, die in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste, Nummern der Gattung E des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 oder Teil I Abschnitt B Nummern der Gattung E der Ausfuhrliste genannt ist (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV) bzw. keine Technologie betrifft, die in Nummern der Gattung E in der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist (§ 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Da auch die im Inland erfolgende Übergabe verkörperter Technologie als technische Unterstützung zu qualifizieren ist, kann auch diese gemäß § 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV bzw. § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV befreit sein⁵⁹, wenn es sich nicht um entsprechend gelistete Technologie handelt.

6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWV)

Bestimmte Konstellationen unterliegen per se nicht den Genehmigungspflichten der §§ 49 ff. AWV (unabhängig

von den oben genannten Ausnahmen). Diese sind in § 53 AWV genannt.

Im Rahmen von Personaleinstellungen kommt eine Befreiung vor allem in Betracht, wenn die Einstellung durch Behörden und Dienststellen der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben erfolgt (vgl. § 53 Nr. 1 AWV). Die dienstlich erfolgende technische Unterstützung dieser Einrichtungen (nicht allerdings etwaiger Auftraggeber) gegenüber ihren Mitarbeitern ist somit genehmigungsfrei.

7. Embargos

Zusätzliche außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen oder Verschärfungen vorhandener Beschränkungen können sich, soweit ein Bezug zu einem Embargoland besteht⁶⁰, aus Embargo-Vorschriften⁶¹ ergeben, die grundsätzlich auch die technische Unterstützung umfassen können und für die die EU-Embargoverordnungen meist den Terminus „technische Hilfe“⁶² verwenden. Inhaltliche Unterschiede zur „technischen Unterstützung“ infolge der abweichenden Terminologie bestehen jedoch nicht.⁶³

Angesichts des weiten Geltungsbereichs⁶⁴ der EU-Embargoverordnungen müssen grundsätzlich sämtliche inländische Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung die in den EU-Embargos genannten restriktiven Maßnahmen beachten.

Im Rahmen der Einstellung von Personal stellt sich die Frage nach den Embargobeschränkungen vor allem dann, wenn eine Person aus einem Embargoland eingestellt werden soll. Insoweit kann es (im Rahmen der Einstellung) vor allem auf die Verwendung der technischen Unterstützung im Embargoland⁶⁵ oder auf den Aufenthaltsort oder Wohnsitz des Empfängers im Embargoland⁶⁶ ankommen.

Anders als Beschränkungen aufgrund reiner Finanzsanktionen erfordern diese destinationsbezogenen Embargo-Vorschriften im Rahmen der Einstellung eine genaue Prüfung der im Rahmen der geplanten Beschäftigung weiterzugebenden Technologie, denn die Weiter-

57 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284f.

58 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284 f.

59 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. Vor § 51 AWV, Rn. 22.

60 Z.B. bei Bereitstellung von technischer Hilfe im Zusammenhang mit in der Embargo-Verordnung besonders gelisteten Gütern und Technologien oder im Zusammenhang mit der Bereitstellung, Herstellung, Instandhaltung und Verwendung dieser Güter mittelbar oder unmittelbar für iranische Personen, Organisationen oder Einrichtungen oder zur Verwendung in Iran, vgl. Art. 3a Abs. 1 lit. b der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

61 In der EU-Terminologie werden Sanktionen und Embargos zum Teil auch als „restriktive Maßnahmen“ bezeichnet, vgl. Sachs

in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., IV., Rn. 1 mit Verweis auf Art. 215 Abs. 2 AEUV.

62 Vgl. Art. 1 lit. r der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23.3.2012 (Iran); Art. 1 lit. p der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

63 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 39.

64 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 9ff.

65 Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 lit. a-d VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014 („...zur Verwendung in Russland...“).

66 Vgl. z.B. Art. 1 lit. o ii) i.V.m. Art. 2a Abs. 1 lit. b i.V.m. Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

gabe von bestimmter Technologie (also auch in Form der technischen Unterstützung) an eine in einem von Embargo-Maßnahmen betroffenen Land ansässige Person kann aufgrund einer Listung der Technologie in der Güterliste eines anwendbaren Embargos beschränkt sein.⁶⁷

Dabei ist es insbesondere möglich, dass die nach der Dual Use-Verordnung oder der Außenwirtschaftsverordnung bestehende Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung bei Bezug zu einem bestimmten Embargoland oder zu einer bestimmten, in der jeweiligen Embargo-Verordnung gelisteten Person, zu einem Verbot erstarkt.⁶⁸ So kann die technische Unterstützung einem Verbot unterstellt werden, wie es etwa bei technischer Hilfe bezogen auf Güter der gemeinsamen Militärgüterliste nach dem Russland-Embargo der Fall ist.⁶⁹

IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

In Fällen der technischen Unterstützung gegenüber dem im Inland einzustellenden Wissenschaftler kann aus Sicht des US-(Re-)Exportkontrollrechts ein sog. „deemed reexport“⁷⁰, d.h. eine (fiktive) Ausfuhr von Technologie oder Source Code aus dem Inland in ein „foreign country“ (d.h. in ein anderes Land als die USA) vorliegen.

Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass im Rahmen der Tätigkeit die Einsicht in Technologie oder Source Code mit US-Ursprung oder US-Bestandteilen ermöglicht wird und dass die Weitergabe nicht nur zwischen zwei Inländern im Inland⁷¹ und nicht nur an eine „US person“⁷² erfolgt.

Dann findet neben den deutschen/europäischen Regularien zusätzlich das gesamte US-(Re-)Exportkontrollrecht mit seinen ggf. weitergehenden Beschränkungen (einschließlich etwaiger Befreiungen)⁷³ Anwendung.⁷⁴

Wesentlicher Prüfgegenstand im internen Compliance-System ist also zunächst die Frage, ob ein relevanter US-Zusammenhang der Tätigkeit besteht.

Soll die Einstellung einer „US person“ erfolgen, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass für die etwaige Weitergabe von Technologie durch diese Person im Rahmen ihrer Tätigkeit teilweise strengere Regeln zu beachten sind⁷⁵ als dies bei einer (aus US-Sicht) „foreign person“⁷⁶ der Fall ist.

Bei einem Embargoland-Bezug (z.B. vorgesehene Zusammenarbeit mit einer iranischen Person) ist zu beachten, dass zusätzlich⁷⁷ die Regularien der für das Sanktionsrecht zuständigen Behörde *Office of foreign assets control (OFAC)* zu berücksichtigen sein können (Genehmigungsvorbehalte oder Verbote)⁷⁸.

V. Die Implementierung im Compliance-System

Eine Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkungen sollte im internen Compliance-System⁷⁹ der Forschungseinrichtung bzw. Universität im Rahmen des Einstellungsprozesses standardmäßig implementiert sein, um die möglichen straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes⁸⁰ (sowohl für den Handelnden als auch für weitere Verantwortliche, insbesondere den Ausfuhrverantwortlichen⁸¹, aber auch für die gesamte Forschungseinrichtung bzw. Universität⁸²)

67 Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang IA der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

68 Vgl. z.B. Art. 2a Abs. 2 lit. a i.V.m. Anhang IV der VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; Art. 4b i.V.m. Anhang III der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

69 Art. 4 Abs. 1 lit. a VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; vgl. *Ehrlich*, a.a.O., S. 491, (495).

70 Vgl. § 734.14 (2) der „Export Administration Regulations“ (EAR); bei Militärgütern vgl. 22 CFR § 120.19 (a)(2) ITAR.

71 In diesem Fall kann jedoch ein sog. „in-country transfer“ vorliegen, vgl. § 734.16 EAR.

72 D.h. insbesondere „any individual who is a citizen of the United States“ (772.1 EAR), im US-Embargobereich teilweise abweichend definiert, vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 207.

73 Vgl. *Kachel*, „Decontrol Notes“ in der Exportkontrolle von Dual-Use-Technologie in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung, US-Exportbestimmungen, Heft 5, Mai 2019, S. 74, (76ff.).

74 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 149ff.

75 Vgl. z.B. 734.5 (a) EAR.

76 Vgl. Def. in 772.1 EAR.

77 Zum Spannungsverhältnis zwischen ausländischen Boykotts und § 7 AWV vgl. *Hoffmann*, Das Verbot der Abgabe einer Boykott-Erklärung nach § 7 Außenwirtschaftsverordnung, Beteiligung deutscher Wirtschaftsbeteiligter an „fremden“ Sanktionen, *EuZW* 2019, S. 315 ff.; zur Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22. November 1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2018/1100 der Kommission vom 6. Juni 2018 („Blocking-VO“) vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. E. Rn. 129 ff.

78 Vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 166 ff.

79 Allgemein zur Compliance im Personalwesen vgl. *Haag/Jantz*, Compliance im Personalwesen, CB 2019, S. 147 ff.

80 Vgl. §§ 17, 18, 19 AWG.

81 Vgl. § 130 OWiG.

82 Vgl. § 30 OWiG.

sowie einen sich hieraus ergebenden Reputationsverlust und ggf. sogar den Verlust der „Zuverlässigkeit“ als Exporteur⁸³ zu vermeiden. Aus Praktikabilitätserwägungen sollte allerdings die Prüfung erst dann erfolgen, wenn die Entscheidung über die Einstellung des Bewerbers getroffen ist.⁸⁴

Christian Kachel ist Syndikusrechtsanwalt in der Rechtsabteilung der Fraunhofer-Gesellschaft eV mit dem Schwerpunkt Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrolle.

83 Vgl. § 8 Abs. 2 AWG.

84 Die Erstattung etwa angefallener Reisekosten kann eine Bereitstellung von „Geldern“ bzw. „wirtschaftlichen Ressourcen“ darstellen, so dass jedenfalls vor Erstattung dieser Kosten die Sanktionslistenprüfung (s.o., II.) erfolgt sein muss.

Thomas Skowronek

Arbeitszeit im deutschen Wissenschaftssystem im Lichte des EuGH-Urteils zur Arbeitszeiterfassung

Übersicht

I. Macht (und) Überstunden!

II. Vermessen? Messen.

III. But some are more Jedermann than others

IV. Unproduktive Subjekte. Leben für die Wissenschaftsautonomie

Unbezahlte Überstunden stellen eine gerechte und effektive Steuerung organisatorischer Abläufe in Frage. Die sich darin äussernden Machtverhältnisse betreffen nicht nur die Wirtschaft, sondern auf spezifische Weise auch die Wissenschaft. Ausgehend vom Urteil des EuGH C-55/18 vom 14. Mai 2019 zur Arbeitszeiterfassung fragt der Artikel nach dessen Auslegungsmöglichkeiten und etwaigen Auswirkungen auf ein arbeitsrechtlich kontrovers aufgeladenes Terrain. Die arbeitsrechtliche Ausnahmestellung der Professor*innen als ein wesentliches Merkmal des deutschen Wissenschaftssystems kollidiert nämlich mit den Grundrechtsansprüchen befristeter Mitarbeiter*innen. Inwiefern eine dem EuGH-Urteil entsprechende Beachtung der Grundrechte möglichst aller Beteiligten Erfolg haben kann, hängt aber nicht nur von der Dynamisierbarkeit etablierter Machtstrukturen einzelner Personengruppen ab. Sie ist maßgeblich auch an die Frage gekoppelt, inwiefern sich habitualisierte Karrieremuster einer leistungsorientierten Forschungs- und Publikationspraxis in der Breite des Wissenschaftssystems verändern lassen können.

I. Macht (und) Überstunden!

Unbezahlte Überstunden sind Governanceproblem und Herrschaftsinstrument in einem. Sie stellen eine Heraus-

forderung an eine gerechte und effektive Steuerung organisatorischer Abläufe, und sie forcieren Abhängigkeitsverhältnisse. Sie sind eine systemische Dauerbaustelle der deutschen Wirtschaft,¹ und sie tangieren Arbeitsverhältnisse und Arbeitszeitgestaltungen, die historisch betrachtet „immer wieder [...] [in den] Fokus öffentlicher Debatten“² rücken. Wie sich jüngst am Urteil des EuGH C-55/18 vom 14. Mai 2019 beobachten ließ, geht es dabei um Machtkämpfe zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die im Wissenschaftssystem auf das Verhältnis der Mitglieder unterschiedlicher Statusgruppen ausstrahlen.³ Sowohl gesamtgesellschaftlich als auch wissenschaftsintern rief die arbeitnehmerfreundliche Entscheidung des EuGH kontroverse Reaktionen hervor, an die hier kurz erinnert sei. Der Deutsche Gewerkschaftsbund begrüßte sie als ein passables Mittel gegen „Flatrate-Arbeit“⁴, das zudem gegen Burn-Out schützen könne.⁵ Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände hingegen sprach von der anachronistischen Einführung einer „Arbeitszeiterfassung 1.0“ in Zeiten einer „Arbeitswelt 4.0“.⁶ Im Wissenschaftssystem zeigten sich ähnliche Einschätzungen. *Andreas Keller*, stellvertretender Vorsitzender der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, betonte die Relevanz geleisteter Arbeit als Grundlage der Bezahlung und kritisierte unbezahlte Mehrarbeit.⁷ *Peter-André Alt* hingegen, Präsident der Hochschulrektorenkonferenz, bezeichnete die „grotesk[e] Regelung“ als einen historischen „Rückfall“.⁸ Die mangelnde Flexibilität dieser Regelung mache sie unbrauchbar, die Wissenschaft sei eben kein „Nine-to-Five-Job“.⁹ In ihrer dichotomen Rhetorik und Stereotypie erinnern diese Kontroversen an arbeitsrechtliche

1 Regelmäßig wird in der Presse über das Ausmaß bezahlter und unbezahlter Überstunden berichtet; so seien 2018 rund 1 Mrd. unbezahlter Überstunden geleistet worden; vgl. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung: Arbeitszeitwünsche von Beschäftigten in Deutschland, 2018, DOI: 10.21934/baua:bericht20181005, 5 und 9f.

2 Ebd., 8.

3 Wie im Weiteren skizziert, geht der EuGH davon aus, dass der Arbeitnehmer die schwächere Partei ist, und fordert eine Stärkung seiner Position (vgl. Rn 44 und 55). Zu den asymmetrischen Kräfteverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vgl. *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, in: Kohte, Faber, Feldhoff (Hg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft*. Handkommentar, 2018, 27, 43.

4 Vgl. DGB, EuGH schiebt Flatrate-Arbeit einen Riegel vor (14.5.2019), PM 034, <https://www.dgb.de/presse/++co++5bb4337a-7622-11e9-9e41-52540088cada>.

5 Vgl. *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!, in: *freitag.de* (21/2019), <https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/mahlzeit-big-brother>.

6 BDA, Anlässlich der heutigen EuGH-Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung erklärt die BDA (14.5.2019), https://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/de_eugh-entscheidung-zur-arbeitszeiterfassung.

7 Vgl. *Wiarda*, Zeiterfassung: HRK-Präsident Alt fordert eine „Lex Wissenschaft“ (17.5.2019), <https://www.jmwiarda.de/2019/05/17/zeiterfassung-hrk-praesident-alt-fordert-eine-lex-wissenschaft/>.

8 Ebd.

9 Ebd.

Auseinandersetzung früherer Tage.¹⁰ Ungeachtet der mechanischen Reaktion der Beteiligten, die weitreichende Veränderungen nicht unbedingt erwarten lassen, könnte das Urteil des EuGH im Wissenschaftssystem sich zu einem arbeitsrechtlichen Klassiker entwickeln, werden Überstunden hier doch meist nicht weiter thematisiert, ebenso wie prekäre Arbeitsverhältnisse weit verbreitet sind.¹¹ Das Wissenschaftssystem bietet sich also beispielhaft an, um einige der möglichen Auswirkungen des EuGH-Urteils auf einem arbeitsrechtlich kontrovers aufgeladenem Terrain durchzuspielen. Ob und wie es zu Bewegung im Umgang mit Arbeitszeit, Überstunden und Abhängigkeitsverhältnissen in der Wissenschaft kommen könnte, hängt nicht zuletzt von einer Dynamisierbarkeit sowohl der Machtposition einzelner Personengruppen als auch habitualisierter Karrieremuster in der Gesamtbreite des wissenschaftlichen Systems ab. Im Folgenden seien einige arbeitsrechtliche Bruchlinien näher betrachtet, an deren Verlaufänderungen sich ein dem Urteil des EuGH entsprechender, grundlegender Wandel im deutschen Wissenschaftssystem ablesen ließe.

Der EuGH verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten bekanntlich, Regelungen¹² zu treffen, die Arbeitgeber zur systematischen Aufzeichnung und Überprüfung der gesamten Arbeitszeit veranlassen.¹³ Insbesondere geht es um die Einrichtung eines zweckdienlichen „objektive[n], verlässliche[n] und zugängliche[n] System[s]“¹⁴ (Rn. 60). In seiner Entscheidung gegen die Deutsche Bank bezog sich der EuGH maßgeblich auf Art. 31 Abs. 2 GRCh und die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 04.11.2003, in der es u.a. heißt, der „Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer“ dürfe „keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen“ (zitiert nach Rn. 7) untergeordnet werden. Die Verbesserung der Lebensqualität der Arbeitnehmer ist erklärtes Ziel des EuGH.¹⁵ Intensive Arbeitsbelastung ist gesundheitsschädlich,¹⁶ lässt sich durch eine Flexibilisierung¹⁷ der Arbeitszeit aber reduzieren,¹⁸ insbesondere wenn ein hoher Grad an Selbstbestimmung damit einhergeht.¹⁹ Andererseits kann Vertrauensarbeitszeit auch Selbstaubeutung bedeuten so wie „[p]ermanenter Standby-Modus und Entgrenzung“²⁰ gesundheitsschädlich sein können. Entsprechend spricht *Stephan A. Jansen* von einer ambivalenten „Belustbarkeit“²¹. Wohlbefinden und Leistungsfähigkeit sind daher nicht allein Fragen der Quantität, sondern vor allem auch der Qualität,²² die sich jedoch nicht allgemeingültig bestimmen lässt. Es kommt auf den Einzelfall bzw. den spezifischen Kontext an.

Es ist hervorzuheben, dass der EuGH seine Entscheidung unter Verweis auf ein arbeitsrechtliches Urteil²³ gegen die Max-Planck-Gesellschaft gefällt und als Ausgangspunkt einer generalisierenden Erörterung darüber genommen hat, wie die Europäische Grundrechtecharta gestärkt werden könnte.²⁴ Diese Grundrechtsebene interessiert im Weiteren. Sollte der Gesetzgeber bei seiner Umsetzung des EuGH-Urteils keine arbeitsrechtlichen Ausnahmen für die Wissenschaft vorsehen, in Form einer „Lex Wissenschaft“ etwa, wie von *Peter-André Alt* angemahnt,²⁵ dürfte das Kritik von Seiten der Wissenschaft auslösen. Die Aufzeichnung der Arbeitszeit ist für Forschende meist nur schwer mit ihren Vorstellungen

10 „Prominente Beispiele sind die Aushandlung des Achtstundentages, Arbeitszeitverlängerungen in Kriegs- und Arbeitszeitverkürzungen in Krisenzeiten sowie die Einführung der 40-Stunden-Woche [...]“. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 8.

11 Vgl. *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!.

12 Inwiefern diese Regelung durch Gesetz geschehen kann, muss bzw. sollte, vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, in: *ZFA* 4 (2019), 456, 481-485.

13 Vgl. *Heuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH, in: *NJW* 2019, 1853, 1. Den Hintergrund des Urteils bildet die Klage einer spanischen Gewerkschaft gegen ein Zeiterfassungssystem der Deutschen Bank, welches zwar Fehlzeiten, aber keine Überstunden erfassen konnte. Dadurch war es nicht möglich zu überprüfen, inwiefern die vereinbarte Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer eingehalten wurde.

14 Zu den Auslegungsmöglichkeiten dieser Begriffe vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 464-468.

15 Vgl. *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 32.

16 Vgl. *Hurley, Wolf*, Revision to the European working time directive: recent Eurofound research. Background paper. 2008, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/

[field_ef_document/ef08101en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef08101en.pdf), 8.

17 Zu den Varianten der Arbeitszeitflexibilisierung vgl. *Reim*, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), in: *Kohte, Faber, Feldhoff* (Hg), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft. Handkommentar*, 2018, 872, 876.

18 Vgl. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 59.

19 Vgl. o. A., Stärkere Zufriedenheit dank flexibler Arbeitszeiten? (8.5.2018), <https://www.wissenschaftsjahr.de/2018/neues-aus-den-arbeitswelten/alle-aktuellen-meldungen/mai-2018/flexible-arbeitszeiten-koennen-die-arbeitszufriedenheit-steigern/>.

20 DGB, EuGH schiebt Flatrate-Arbeit einen Riegel vor (14.5.2019).

21 *Jansen*, Burn-out an Hochschulen - ein Interview, in: *Forschung & Lehre* 11 (2011), zitiert nach: *Burnout - Anzeichen erkennen und Strategien zur Vermeidung*, in: *academics.de*, <https://www.academics.de/ratgeber/zeichen-burnout-erkennen-vermeiden>.

22 Vgl. *Arnold, Steffes, Wolter*, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (12.10.2015), *Forschungsbericht* 460, hg. vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), 2.

23 Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 6.11.2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874; vgl. Rn. 30, 44 und 45.

24 Vgl. *Heuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts.

25 *Alts* Anliegen deckt sich mit den Forderungen des Deutschen Hochschulverbandes; vgl. *Wiarda*, *Zeiterfassung*.

wissenschaftlicher Autonomie, geistiger Kreativität und arbeitsrechtlicher Unabhängigkeit in Einklang zu bringen.²⁶ Denkt man jedoch an die mit einer Überlastung einhergehende Fehleranfälligkeit, beispielsweise an einem Universitätsklinikum²⁷, dann ist eine Kontrolle der Arbeitszeiten wohl nicht nur im Sinne etwaiger Patienten, sondern könnte, verstanden als Teil eines Qualitätsmanagements etwa, auch Forschende und die Leitungsebene interessieren. Was aber heißt Arbeit in der Wissenschaft? Wie könnte Zeiterfassung hier praktisch aussehen? In welchem Verhältnis stehen Arbeit und Autonomie der Forschung?

II. Vermessen? Messen.

Wie das vom EuGH geforderte System auszusehen hat, ist den EU-Mitgliedstaaten unter Beachtung branchen- und unternehmensspezifischer Umstände zur Klärung aufgegeben (Rn 63). Dies gilt auch für die Wissenschaften mit ihren besonderen Arbeitsbedingungen, auf die später näher eingegangen wird. Als konkrete Umsetzungsmöglichkeiten kommen technische Lösungen in Form einer App oder einer Anmeldung im Client in Frage, die die Erfassung – und auch Kontrolle²⁸ – der tatsächlichen Arbeitszeiten übernehmen könnten.²⁹ Eine App auf dem eigenen Smartphone könnte „ein hohes Maß an Eigenverantwortung sowie Kontrolle über die

Tätigkeit“³⁰ vermitteln. Der organisatorische Mehraufwand³¹ ließe sich mit effizienter Technik womöglich in Grenzen halten, so dass „die praktischen Schwierigkeiten überschaubar sein“³² dürften. Da das EuGH-Urteil eine Selbstdokumentation gestattet,³³ wäre auch Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich.³⁴ Mit so einem technischen System ließe sich dem Wunsch nach Flexibilität in der Wissenschaft zumindest partiell entgegenkommen.³⁵ Zugleich hätte man aber eine Reihe rechtlicher, technischer, sicherheitsrelevanter und praktischer Fragen zu beantworten. Ginge man beispielsweise von einer App-Lösung aus, so wäre zu klären, inwiefern private Handys für dienstliche Zwecke verwendet werden dürfen, inwiefern die Einwahl in ein geschütztes System mit privaten Geräten vertretbar und wie mit Fällen umzugehen wäre, in denen Beschäftigte kein Smartphone besitzen. Würde man Diensttelefone zur Verfügung stellen oder elektronische Schlüssel aufrüsten? Wie groß wäre die Gefahr, dass Informationen gesammelt und Profile erstellt werden, die über die zur Erfassung der Arbeitszeit notwendige Datenverarbeitung hinausgehen bzw. aufgrund etwaiger proprietärer Schranken bei nicht-freier Software nicht vollständig nachvollziehbar wären?³⁶ Die durch das EuGH-Urteil geforderte Einrichtung eines „objektive[n], verlässliche[n] und zugängliche[n] System[s]“ (Rn. 60) scheint den datenschutzrechtlichen Aspekt zu betonen.³⁷ Das App-Bei-

26 Vgl. *Roetteken*, Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit (12.6.2019), in: jurisPR-ArbR 23 (2019), https://www.fachportal-steuerrecht.de/jportal/portal/page/fpsteuerrecht.psm1?nid=jpr-NLAR000014919&cmsuri=%2Ffachportal_steuerrecht%2Fde%2F17%2Fnachrichten_1%2Fzeige_nachricht.jsf (30.11.2019).

27 Vgl. *Heuser*, Entleertes Füllhorn - Wie stark sind Wissenschaftler vom Burnout betroffen?, in: *Forschung & Lehre* 2 (2014), zitiert nach: *Burnout - Anzeichen erkennen und Strategien zur Vermeidung*, in: *academics.de*, <https://www.academics.de/ratgeber/anzeichen-burnout-erkennen-vermeiden>.

28 „Eine App könnte zum Beispiel ein Signal geben, das anzeigt, dass die Höchstarbeitszeit erreicht ist, und die Beschäftigten ermutigen, Feierabend zu machen.“ *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!.

29 Vgl. *Dymczak, Schwalbe*, Einsichtige Arbeitszeit. Transparenz in der elektronischen Personalzeiterfassung, in: *Transparenz. Schlüsselbegriff einer politischen Anthropologie der Gegenwart*. Berliner Blätter SH 76 (2018), 76-91, 76. Vergleichbare Zeiterfassungssysteme sind beispielsweise an den Hochschulen bzw. Universitäten Magdeburg, Mainz, Trier, Vechta und Wien verbreitet; vgl. <https://www.hs-magdeburg.de/hochschule/einrichtungen/personalangelegenheiten/single-news/single/informationen-zur-neuen-zeiterfassung.html>; https://www.blogs.uni-mainz.de/verwaltung-personal/files/2018/10/Dienstvereinbarung_Arbeitszeiterfassung.pdf; https://www.uni-trier.de/fileadmin/organisation/personalrat/personalrat/Dienstvereinbarungen/DV_Arbeitszeitregelung_18.8.2017.pdf; <https://www.uni-vechta.de/dezernat-1-personal/personalverwaltung/zeiterfassung/>; <https://brwup.univie.ac.at/personal-recht/arbeitszeitrecht/>.

30 *Heuser*, Entleertes Füllhorn. Zugleich sind die Schattenseiten dieser positiven Perspektiven zu bedenken, auf die im späteren Verlauf eingegangen wird. Sie zielen in Richtung einer Kritik primär leistungsorientierter Selbstregulierung, zu deren Verwirklichung auch technische Mittel herangezogen werden können; vgl. *Dymczak, Schwalbe*, Einsichtige Arbeitszeit, 77 und 86.

31 Vgl. *Dörfler*, Das bedeutet das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung, in: <https://www.marktundmittelstand.de/technologie/arbeitszeiterfassung-im-mittelstand/eugh-urteil-zur-arbeitszeiterfassung-1287741/>.

32 *Neuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts, 1853.

33 Vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 475.

34 Vgl. *Hoff*, Das Ende der Vertrauensarbeitszeit, wie viele sie kennen (14.5.2019), <https://arbeitszeitsysteme.com/wp-content/uploads/2012/05/Das-Ende-der-Vertrauensarbeitszeit-wie-viele-sie-kennen-2019.pdf>, 2; *Kohte*, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), in: *Kohte, Faber, Feldhoff* (Hg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft. Handkommentar, 2018, 1103, 1107.

35 Vgl. *Wiarda*, Zeiterfassung.

36 Vgl. Anlage zu § 9 des BDSG alt: „Werden personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet oder genutzt, ist die innerbehördliche oder innerbetriebliche Organisation so zu gestalten, dass sie den besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird.“

37 Zu weiteren Auslegungsmöglichkeiten dieser Begriffe vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 464-468.

spiel impliziert eine Bedrohung von „Persönlichkeits- und Souveränitätsrechte[n] der Beschäftigten“³⁸, der jedoch mit einer effektiven Zutritts- und Zugangskontrolle womöglich begegnet werden könnte.³⁹ Angesichts steigender Drittmittelabhängigkeit und fortschreitender Projektförmigkeit der Forschung könnte eine Erfassung der Arbeitszeiten administrative Entlastung bedeuten.⁴⁰ Projektabrechnungen ließen sich leichter bewerkstelligen und vergleichbare Vorhaben in Zukunft besser planen und kalkulieren.⁴¹ Konflikte aufgrund der „Inanspruchnahme von Personal- und Sachmitteln und sonstigen Einrichtungen der Hochschule“⁴² ließen sich vermutlich leichter lösen.⁴³ Ähnliches träfe auf Patentstreitigkeiten und Versicherungsfälle zu. Auch in der Lehre könnte die Erfassung der Arbeitszeit bei der Ermittlung der Kapazitäten helfen.⁴⁴ Erfassungssysteme schaffen nämlich Transparenz, so *Manfred Löwisch*, ehemaliger Rektor der *Uni Freiburg* und Professor an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht, „die von den Mitbestimmungsgremien genutzt werden kann, Missstände anzuzeigen, und es verschafft auch dem Arbeitszeitgesetz eine neue Wirkung.“⁴⁵ Insgesamt wären als positiver Effekt also erhöhte Planungssicherheit, reibungsloser Projektablauf und, mit Blick auf die genannten Beispiele, auch eine solidere Finanzplanung denkbar. Auch das Wohlbefinden der Beschäftigten könnte sich erhöhen.⁴⁶

III. But some are more Jedermann than others

Mögen die Argumente für die Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems in der Wissenschaft auch vielfach überzeugen, so unwahrscheinlich ist dessen vollständige Realisierung. Dagegen sprechen etablierte Machtstrukturen im deutschen Wissenschaftssystem, für die beispielhaft die systemische Dominanz der Professor*innen und ihre arbeitsrechtliche Ausnahmestellung steht. Im Kern geht es hierbei um die sozial zementierte Exklusivität eines Jedermann-Grundrechtes. Nur Hochschullehrer*innen gelten als arbeitsrechtlich satisfaktionsfähige Personifikation der Wissenschaftsfreiheit, obwohl sie nur rund 20 % der Gesamtzahl der Forschenden bilden.⁴⁷ Zeitlich und räumlich weitestgehend ungebunden, sind sie von den „Vorschriften des Beamtenrechtsrahmengesetzes über die Arbeitszeit“ (§ 50 HRG) ausgenommen.⁴⁸ Wenn von „flexible[n] Regelungen“⁴⁹ gesprochen wird, um die „Freiheit, Kreativität und Eigeninitiative“⁵⁰ der Wissenschaft zu sichern, so DHV-Pressesprecher *Matthias Jaroch*, dann haben (nur) Professor*innen die institutionellen und, prinzipiell zumindest, auch die finanziellen Mittel dazu. Diesen 20 Prozent stehen 80 Prozent wissenschaftliche Mitarbeiter*innen gegenüber, die ihrerseits zu 80 Prozent befristet beschäftigt sind.⁵¹ Hochschullehrer*innen

38 *Schröder*, Ringen um humane Arbeitszeiten – Erfahrungen und Perspektiven, in: *Schröder/Urban* (Hg.), *Gute Arbeit. Streit um Zeit – Arbeitszeit und Gesundheit*, 2017, 35, 48.

39 Vgl. zu den Kontrollinstanzen und -prozessen o. A., *Die Arbeitszeiterfassung der Mitarbeiter* (o. D.), <https://www.arbeitsrechte.de/arbeitszeiterfassung/>.

40 Vgl. *Dymczak*, *Schwalbe*, *Einsichtige Arbeitszeit*, 78.

41 Vgl. *Dörfler*, *Das bedeutet das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung*; *Wiarda*, *Zeiterfassung*.

42 *Pautsch*, *Dillenburger*, *Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht*, 2016, 168.

43 Dies gilt etwa bei einer Nebentätigkeit der Forschenden; vgl. ebd. 169.

44 Vgl. ebd., 124.

45 *Rosenberger*, *EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung: Arbeitnehmer werden profitieren*, sagt der Ex-Rektor der Uni Freiburg (14.5.2019), in: <https://www.suedkurier.de/ueberregional/wirtschaft/EuGH-Urteil-zur-Arbeitszeiterfassung-Arbeitnehmer-werden-profitieren-sagt-der-Ex-Rektor-der-Uni-Freiburg;art416,10148097>.

46 Vgl. *Montanari*, *Endlich Feierabend!* (16.5.2019), in: [freitag.de](https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/endlich-feierabend), <https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/endlich-feierabend>.

47 Vgl. *Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017* (BUWIN 2017), hg. v. *Konsortium Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs*, 2017, 100.

48 Vgl. *Detmer*, *Arbeitszeit für Professoren?*, in: [hochschulverband.de](https://www.hochschulverband.de/faq_rechtliches.html#_), https://www.hochschulverband.de/faq_rechtliches.html#_. Ähnliche Ausnahmen finden sich auch in Belgien und Frankreich; vgl. *Recent ECJ Judgement on daily working time's measurement – an overview on the current situation in Europe* (13.6.2019), <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2019/june/13/recent-ecj-judgement-on-daily-working-times-measurement>.

49 *Wiarda*, *Zeiterfassung*.

50 Ebd.

51 Die Zahlen schwanken zwischen etwa 75 und 90 Prozent, und sie sind nicht unumstritten. *Dieter Kaufmann*, beizspielsweise, *Bundesprecher der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands*, zweifelt an ihrer Richtigkeit bzw. Aktualität. In der Hochschulverwaltung liegt die Zahl bei etwa 23 Prozent. In der freien Wirtschaft hingegen liegt die Zahl bei etwa sieben bis acht Prozent. Neben den drittmittelfinanzierten Beschäftigten ist auch „der Befristungsanteil der grundfinanzierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Zeitverlauf gestiegen [...]“ (BUWIN 2017, 102). Vgl. *Leendertz*, *Schlimm*, *Troelenberg*, *Seeliger*, *Goldmann*, *Etzemüller*, *Höpner*, *Flexible Dienstleister der Wissenschaft* (27.3.2018), in: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/akademischer-mittelbau-flexible-dienstleister-der-wissenschaft-15502492.html>. *Wiarda*, „Bewusste Provokation!“ – „Nein, eine einseitige Debatte!“ (15.11.2019), in: <https://www.jmwiarda.de/2019/11/15/bewusste-provokation-nein-eine-einseitige-debatte/>.

vergleichbar halten sie knapp 40 Prozent der Lehrveranstaltungen⁵² und haben somit einen wesentlichen Anteil an der Verknüpfung von Wissenschaft und Gesellschaft.⁵³ Ihre Karriere- und Entwicklungsmöglichkeiten sind jedoch eingeschränkt.⁵⁴ Die pyramidale Struktur des deutschen Wissenschaftssystems bietet „kaum attraktive Entwicklungsmöglichkeiten für eine Karriere neben einer Professur.“⁵⁵ Soziodemographische und finanzpolitische Verschiebungen erhöhen die Wettbewerbsfähigkeit in einem System,⁵⁶ das aufgrund jener Befristungsstruktur seine wissenschaftliche Leistungsfähigkeit gefährdet.⁵⁷ Angesichts dieser – allseits bekannten, möchte man meinen – systemischen Missstände erscheint es geradezu konsequent, dass auch Überstunden im Wissenschaftsbetrieb besonders hoch und zumeist unbezahlt sind.⁵⁸ Nachwuchswissenschaftler kommen auf etwa dreimal mehr Überstunden als der Bevölkerungsdurchschnitt und sind darin leitenden Angestellten vergleichbar.⁵⁹ Sowohl aus Gründen der Effizienz als auch des Arbeits- und Gesundheitsschutzes erscheint es geboten,⁶⁰ zumeist befristete und prekäre Beschäftigungsverhältnisse nicht auch noch mit Überstunden zu belasten. „Arbeit darf Menschen nicht in ihrer Gesundheit beeinträchtigen oder gar schädigen. Ebenso wie die Demokratie darf die Gesundheit nicht an den Werkstufen aufhören.“⁶¹ Dies gilt auch für Hörsäle, Labore und Kliniken.

Im Wissenschaftssystem kommt zum Gesundheitsrisiko allerdings noch eine Grundrechtsgefährdung hinzu. Es sei daran erinnert, dass aus grundrechtlicher Perspektive bei der Suche nach wissenschaftlicher Erkenntnis der einzelne Mensch im Vordergrund steht.⁶² Die Freiheit von „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre“ (Art. 5 Abs. 3 GG) ist ein Jedermann-Grundrecht.⁶³ Das skizzierte Missverhältnis zwischen entfristeten und befristeten Stellen, zwischen Hochschullehrer*innen und Nachwuchswissenschaftler*innen scheint zu einer Kollision von Grundrechten auszuarten, bei der die professorale Wissenschaft der Einen gegen die prekäre Wissenschaft der Anderen ausgespielt zu werden droht. Die Feststellung, dass „aus der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit eine bestimmte Rechts- oder Organisationsform der Hochschule [nicht] abzuleiten“⁶⁴ sei, dürfte für beide hier angeführten Parteien gelten. Hätten somit beide Seiten ein Anrecht auf raumzeitliche Ungebundenheit bzw. karrierefördernde Entfristung? Mag der hier skizzierte Gegensatz zwischen arrivierten Wissenschaftler*innen und Inhaber*innen befristeter Stellen auch schematisch sein, verweist er doch auf charakteristische Merkmale gerade des deutschen, im internationalen Vergleich eher dichotomen und verkrusteten Wissenschaftssystems und seiner akademischen Beschäftigungspfade, die es bei der Umsetzung des EuGH-Urteils zu beachten gilt. Der Staat ist verpflichtet, eine

52 Vgl. BUWIN 2017, 224. Ohne verlässliches Zahlenmaterial lässt sich der Beitrag der befristeten Beschäftigten zur Forschung nicht genau bemessen. Er dürfte aber ebenfalls signifikant sein; vgl. *Bahrdt*, Professorale Oligarchen, prekärer Mittelbau (2.5.2019), <https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/professorale-oligarchen-prekaerer-mittelbau>.

53 Vgl. *Gärditz*, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit. Zur politischen Struktur von Forschung und Lehre, in: *WissR* 51:1 (2018), 5, 8.

54 Dies gilt sowohl innerhalb als auch – aufgrund einer häufig nicht als marktgerecht erachteten Qualifikation der Postdocs – außerhalb der Wissenschaft, zumindest auf einem der Ausbildung angemessenen Niveau; vgl. BUWIN 2017, 101 und 188f.

55 Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems (Drs. 3228-13), hg. v. Wissenschaftsrat, Juli 2013, 45; vgl. ebd. 11.

56 Der Anteil der Leitungsstellen im Verhältnis Professur-wissenschaftliche Mitarbeiter*in ist im Zeitraum Anfang 2000er bis Mitte 2010er Jahre um etwa 20 Prozent gesunken. Zudem gab es einen Anstieg befristeter beschäftigter Wissenschaftler*innen um knapp 60 Prozent; vgl. BUWIN 2017, 100, 102 und 121f.

57 Vgl. BUWIN 2017, 130.

58 Vgl. *Ambraß*, Bezahlt oder unbezahlt? Überstunden im akademischen Mittelbau, in: *Forschung & Lehre* 2 (2019), 152-154, https://www.forschung-und-lehre.de/fileadmin/user_upload/Rubriken/Karriere/2019/2-19/FuL_2-19_Ambraß.pdf, 152.

59 Vgl. Deutscher Hochschulverband, Im Schnitt 11,9 Überstunden

pro Woche im Mittelbau (Bonn, 29.1.19), <https://www.pressebox.de/inaktiv/deutscher-hochschulverband/Im-Schnitt-11-9-Ueberstunden-pro-Woche-im-Mittelbau/boxid/940107>.

60 Vgl. *Belau*, Forschungsmanagement. Ein praktischer Leitfaden, Oldenburg 2017, 115; *Krempkow, Sembritzki, Schürmann, Winde*, Personalentwicklung für den wissenschaftlichen Nachwuchs, 2016, https://www.stifterverband.org/medien/personalentwicklung_2016.

61 *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 29. Jedoch: „Zur Prävalenz von Burnout oder Depression bei Wissenschaftlern gibt es kaum publizierte Untersuchungen [...]“ *Heuser*, Entleertes Füllhorn.

62 „Und selbstverständlich umfasst die ‚Mutter aller Grundrechte‘, die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, auch kulturelle Betätigungen. [...] Bei der Wissenschaft steht die Suche nach Erkenntnis und Wahrheit und nach dem, was zu wissen der Einzelne für wichtig hält, im Vordergrund.“ *Gramm, Pieper*, Grundgesetz. Bürgerkommentar, 2015, 186; vgl. *Pautsch, Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 5.

63 „Um sich auf das Grundrecht der Religionsfreiheit, der Kunstfreiheit oder der Wissenschaftsfreiheit zu berufen, muss man keineswegs ein professioneller Künstler, Wissenschaftler oder Religionsdiener sein.“ *Gramm, Pieper*, Grundgesetz, 188.

64 *Pautsch, Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 10.

Lösung im Namen sowohl grundrechtlicher Wissenschaftsfreiheit als auch des Arbeitszeitgesetzes als eines „öffentlich-rechtliche[n] Schutzgesetz[es]“⁶⁵ zu finden.⁶⁶ Auf eine diversitätssensible und Machtverhältnisse ausgleichende Auslegung des EuGH-Urteils entsprechend der Personalstruktur ist daher zu achten.

IV. Unproduktive Subjekte. Leben für die Wissenschaftsautonomie

Wissenschaftler*innen sind zeitlich und räumlich in der Regel weniger gebunden als Beschäftigte anderer Branchen.⁶⁷ Doch auch jenseits des Wissenschaftsbetriebes lassen sich genügend Beispiele für entgrenzte Arbeitsmodalitäten finden,⁶⁸ die nicht nur Leitungsangestellten⁶⁹ vorbehalten sind.⁷⁰ Mag das sprichwörtliche Brennen⁷¹ ein zentrales Charakteristikum genuinen Forschungsdranges sein, mögen idealistische Leitbilder – Humboldtianischer Provenienz etwa, gern zitiert – auch dominieren, hohe Motivation, projektive Kompetenz und eine Credo der Selbstoptimierung wird man sogenannten High Potentials in der Wirtschaft aber nur bedingt absprechen können. Die Bereitschaft, Überstunden „oft zuvorkommend und freiwillig“⁷² zu erbringen, lässt sich also vielerorts antreffen, nicht nur, wenn es um Aufstiegsmobilität geht, sondern gerade auch dann, wenn das ökonomische Überleben nackt daran hängt. Intrinsische Motivation hat daher ein Klischeepotential, wenn nicht gar ausgewachsene Qualitäten eines Herrschaftsinstruments.⁷³ Dies gilt insbesondere für das Schlagwort Kreativität⁷⁴, das häufig bemüht wird, um zur selbsternannten Verteidigung wissenschaftlicher

„Freigeistigkeit“ auszurücken. Das Argument, Kreativität lasse sich zeitlich nicht reglementieren, klingt zunächst plausibel. Kreativität sinkt aber durch lange Arbeitszeiten und verkürzte Erholungsphasen. Geistige Arbeit braucht einen Rahmen, um der Fehleranfälligkeit von Forschenden entgegenzuwirken.⁷⁵ Zuverlässigkeit in der Planung und materielle Sicherheit stellen sogar eine wesentliche Grundvoraussetzung für „geistig[e] [B]eweglich[keit]“⁷⁶ dar. Last but not least, auch in der Wissenschaft gilt vielfach „98% Transpiration, 2% Inspiration“. Wenn in Debatten über Arbeit und Arbeitszeit in der Wissenschaft von Kreativität explizit gesprochen wird, dann geht es wohl eher um die Verteidigung von Selbstbildern denn um gesicherte Schaffenskraft für alle, eher um die Verteilung ausgewählter Ressourcen und Optionsscheine denn um Zugangsmöglichkeiten für Jedermann, geschweige denn für Jede(r)frau.

Wissenschaft funktioniert als Distinktionsdispositiv. Durch die Arbeit in der Wissenschaft, insbesondere in der Forschung, setzt man sich ab von Beschäftigten in vermeintlich weniger geistigen Berufen. Auf mittelbarem Wege dienen grundrechtliche Freiheiten, derer man sich affirmativ versichert und zum Aushängeschild individuellen, Partikularinteressen dienendem Befindens erhebt – „Ich arbeite nicht als Akademiker, ich bin Akademiker.“⁷⁷ –, dazu, Personengruppen auszugrenzen, bisweilen unter Zuschreibung einer „Sklavengesinnung“⁷⁸ und damit unter Umständen (nur) an der Grenze zum Rassismus, womöglich jedoch (weit) darüber hinaus. Zum Glück lässt sich die Habitualisierung der Wissenschaftsfreiheit nicht pauschal auf einen so drastischen Nenner bringen. Man sollte aber nicht aus dem Blick

65 Reim, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), 888.

66 Beim Arbeitsschutz handelt es sich um ein „Grundrecht [...], [...] das auch jedem Einzelnen eine Rechtsposition vermittelt, auf die er sich unmittelbar berufen kann.“ Lörcher, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 45.

67 Ambrast, Bezahlt oder unbezahlt?, 153.

68 Vgl. Montanari, Endlich Feierabend!.

69 Vgl. Arnold, Steffes, Wolter, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, 6.

70 „War das Arbeiten zu ‚unüblichen Arbeitszeiten‘ zunächst auf einige wenige Berufsgruppen beschränkt, insbesondere medizinisches Personal bzw. Arbeiter der Industrie; sind zusehends auch Beschäftigte anderer Sektoren, insbesondere der Dienstleistung, betroffen (Kümmerling, 2007). [...] Zudem zeigt sich auch eine zunehmende Flexibilisierung der Arbeitszeit, die seit einigen Jahrzehnten an Bedeutung gewinnt und sich in den meisten Tarifverhandlungen wiederfindet (Bisping, 2014).“ Brauner, Wöhrmann, Michel, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 9.

71 „Brennen für ihre Arbeit, das tun fast alle Wissenschaftler - auch wenn die Gefahr des Ausbrennens sehr hoch ist.“ Grün, Mit Anfang 40 werden viele Forscher nicht mehr gebraucht (23.6.2019), <https://www.sueddeutsche.de/karriere/wissenschaft-karriere-befristet-1.4484574-0>.

72 Ambrast, Bezahlt oder unbezahlt?, 153.

73 „Bei Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern wird unausge-

sprochen vorausgesetzt, dass sie intrinsisch motiviert sind und Überstunden zu ihrem wissenschaftlichen Selbstverständnis gehören.“ Schmermund, Knapp zwölf Überstunden pro Woche sind üblich (28.1.2019), in: <https://www.forschung-und-lehre.de/knapp-zwoelf-ueberstunden-pro-woche-sind-ueblich-1455/>.

74 „Wissenschaft ist ein Kreativberuf: Man braucht ständig neue Ideen, um die aktuelle Forschungsfrage zu bearbeiten und um eigene Projekte anzustoßen und mithin die Welt um einige Erkenntnisse zu bereichern. Man kann nicht kreativ sein von Mo-Fr von 10 bis 18 Uhr.“ Hoffmann, Beruf Wissenschaft und der EuGH (10.6.2019), <https://scilogs.spektrum.de/uhura-uraniae/unsinn-der-eugh-arbeitszeiterfassung/>.

75 Vgl. Wiarda, Zeiterfassung.

76 Thiel, Lob der Zeiterfassung (29.5.2019), in: <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/stechuhr-urteil-zur-zeiterfassung-ist-gut-fuer-die-wissenschaft-16209686.html>; vgl. Kommentar von Thomas P. (11.6.2019, 08:10 Uhr), in: Hoffmann, Beruf Wissenschaft und der EuGH.

77 Wicht, Arbeitszeit als Privileg, in: Spektrum.de SciLogs (17.05.2019), <https://scilogs.spektrum.de/anatomisches-allergier/arbeitszeit-als-privileg/>.

78 Kommentar von bote19 (17.5.2019, 18:14 Uhr) in: Wicht, Arbeitszeit als Privileg.

verlieren, dass man es mit strategisch einsetzbaren „Privilegien“⁷⁹ zu tun hat, die einer Pflege des sozialen Friedens entgegenstehen können. Interdependent mit weiteren Diskriminierungsmechanismen können sie zusätzliche destruktive Kräfte entfalten. Diese Distinktionsdynamik verläuft nicht nur nach außen, sondern strukturiert auch wissenschaftssystemische Binnenverhältnisse. So werden Befristungen häufig damit befürwortet, die Wissenschaft müsse sich immer wieder erneuern, „um wissenschaftlich kreativ und produktiv zu bleiben.“⁸⁰ Unproduktivität als Malus der Zu-kurz-Gekommenen, so klingt der substantiierende Grundtenor dieser Behauptung. Die Produktivität der Einen müsse vor der Unproduktivität der Anderen geschützt werden. Mag im obigen Zitat eine mit dem Schlagwort Kreativität potentiell einhergehende Ausgrenzung nicht intendiert sein, so konturiert sie dennoch dessen Verwendung und strahlt darauf aus, was in der Wissenschaft unter Arbeit verstanden wird, nämlich eine als individuell zuschreibbar bzw. absprechbar verstandene Kreativitätsleistung. Während explizit von einer Produktivität des Gesamtsystems die Rede ist, die mit grundrechtlicher Autonomie aufgeladen wird, geht es implizit auch um den Schutz von Privilegien. Man versucht, die Gefahr der Unproduktivität im befristet Beschäftigten zu verankern, den man als ein generationenverträgliches Verschleißteil begreift – „Qualifizierungschancen der nächsten Generationen.“⁸¹ – und autonomiemoralisch integer zu eskamotieren habe. Dabei blendet man die Kontingenz dieser partikularinteressengeleiteten Setzung und ihren strukturellen Charakter ebenso aus wie den Missbrauch grundrechtlicher Werte. Um so wichtiger ist es daher, die durch das EuGH-Urteil eingeforderte Stärkung der Arbeitnehmerrechte zu realisieren. Denn angemessene Arbeitsbedingungen tragen zur „Verwirklichung [der Menschenwürde] im Arbeitsverhältnis“ bei.⁸²

Arbeit in der Wissenschaft und wissenschaftliche Autonomie sind vergleichbare historische Konstrukte, die in ihren Freiheiten und Grenzen gesellschaftlich bestimmt werden.⁸³ Angesichts der aktuellen und allem Anschein nach auch zukünftigen Dominanz leistungsorientierter Mittelvergabe und Hierarchiebildung im Wissenschaftssystem, die Sichtbarkeit und Legitimität nur ausgewählten Repräsentationsformen wissenschaftlichen Arbeitens verleiht, erscheint es fraglich, inwieweit ein Zeiterfassungssystem, sollte es je kommen, zur Verbesserung der Lebensbedingungen der (Nachwuchs-)Wissenschaftler effektiv beitragen könnte. Aus Wettbewerbsgründen würde man wahrscheinlich

„den Sonntag zum regulären Arbeitstag und die Abende und Nächte zur regulären Arbeitszeit des wissenschaftlichen Nachwuch[sic] machen. Man wäre ja schön blöd, wenn man diese Ressource ungenutzt ließe, um sich von anderen abzuheben oder zumindest im Wettbewerb zu bleiben.“⁸⁴

Zur Selbstausbeutung könnte eine Verzerrung aufgezeichneter Arbeitszeiten hinzukommen, mit der Wissenschaftler*innen sich als besonders produktiv darstellen wollten.⁸⁵ Daher ist „[d]ie Erfassung der Arbeitszeit [...] sicherlich kein Allheilmittel.“⁸⁶ Größere Linderung brächte eine generelle Überarbeitung der Arbeitsbedingungen jenseits strikter Reputationslogiken. Mit einer Hinterfragung der Arbeitskultur könnten auch andere Praktiken im Wissenschaftssystem neu bedacht werden,⁸⁷ die das Verhältnis von Arbeit und Menschenbild betreffen.

„Vielleicht wird das EUGH-Urteil so zur Chance, generell die Kultur, in der wir Wissenschaft betreiben, zu hinterfragen. Und nicht nur die Kultur in der Wissenschaft: Ein offener Diskurs über die Bedeutung und Art von Arbeit, über Le-

79 Vgl. *Wicht*, Arbeitszeit als Privileg.

80 *Burchard*, Angst vor der akademischen Abbruchkante (10.7.2019), in: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/prekaere-arbeitsverhaeltnisse-an-der-uni-angst-vor-der-akademischen-abbruchkante/24574060.html>.

81 Bayreuther Erklärung zu befristeten Beschäftigungsverhältnissen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal in Universitäten, https://www.uni-kanzler.de/fileadmin/user_upload/05_Publikationen/2017_-_2010/20190919_Bayreuther_Erklaerung_der_Universitaetskanzler_final.pdf.

82 *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 53; vgl. ebd., 40.

83 Vgl. *Gärditz*, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, 30.

84 Kommentar von Bernstorff (Mittwoch, 22.5.2019 09:30) in: *Wiarda*, Zeiterfassung.

85 Vgl. *Leiß*, Unionsrecht gebietet Pflicht zur systematischen Arbeitszeiterfassung (5.6.2019), in: *jurisPR-ArbR* 22 (2019), https://www.fachportal-steuerrecht.de/jportal/portal/page/fp-steuerrecht.psml?nid=jpr-NLAR00014219&cmsuri=%2Ffachportal_steuerrecht%2Fde%2Ffr17%2Fnachrichten_1%2Fzeige_nachricht.jsf (30.11.2019).

86 *Schareika*, „Arbeitszeit-Erfassung schützt vor Selbstausbeutung“ (14.5.2019), in: <https://www.wiwo.de/erfolg/trends/eugh-urteil-arbeitszeit-erfassung-schuetzt-vor-selbstausbeutung/24340670.html>.

87 Vgl. *Kolatzki*, Was Zeiterfassung mit Gleichstellung zu tun hat (28.5.2019), in: <https://www.jmwiarda.de/2019/05/28/was-zeiterfassung-mit-gleichstellung-zu-tun-hat/>.

*bensqualität und Lebenswürfe ist längst überfällig. Ein Zeiterfassungsgesetz könnte ein guter Ausgangspunkt für solche Diskussionen sein. Ansätze für die Gleichstellung von Frauen in der Wissenschaft bekämen wir höchstwahrscheinlich gratis dazu.*⁸⁸

Das EuGH-Urteil hat mit seinem fundamentalen Bezug auf die Europäische Grundrechtecharta dazu implizit aufgerufen. In Anlehnung an die epistemische Offenheit⁸⁹ der Wissenschaftsfreiheit ließe sich daher fragen, „ob die Arbeit der Wissenschaften als Praxis unter anderen Praktiken in jedem Fall“ dazu beitragen muss, „dass wir eine Sache besser verstehen und ein besseres Leben führen können [...]“.⁹⁰ Denkbar wäre eine Arbeit der Wissenschaft, die nicht (primär) von der Negation des Eigenen im quantifizierenden Druck der Konkurrenz ausgeht und nicht (primär) von einer Verwertbarkeit ihrer Prozesse und Praktiken, sondern sich (mehr) Zeit ließe für unbekanntes Unbekanntes. Diese Entschleunigung wäre eine passable Möglichkeit, dem Grundrechtsansinnen des EuGH-Urteils zu entsprechen, und sie könnte nicht nur ungewohnte wissenschaftliche Pers-

pektiven eröffnen, sondern würde vermutlich auch neue Steuerungsfragen aufwerfen und Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Welche neuen Einsichten die Corona-bedinge Entschleunigung und Verkomplizierung des akademischen Lebens anno 2020 mit sich gebracht hat, wäre dabei gesondert zu bedenken.

Thomas Skowronek war von 2004 bis 2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Slawistik der Humboldt-Universität zu Berlin und von 2013 bis 2016 Forschungskordinator am Exzellenzcluster Topoi in Berlin. Seit 2019 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Leibniz-Institut für Geschichte und Kultur des östlichen Europa (GWZO) in Leipzig und studiert Wissenschaftsmanagement an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

88 Ebd.

89 Vgl. Gärditz, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, 7 und 9f.

90 Hoffmann, Die Arbeit der Wissenschaften, 2013, 158.

Renate Penßel

Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans - Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2. und 6.3.2020

Übersicht

I. Vorgeschichte und Kontext der Entscheidungen

II. Inhalt und Bedeutung der beiden Nichtannahmebeschlüsse

1. Zum Beschluss vom 5. Februar 2020, die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffend

2. Zum Beschluss vom 6. März 2020, die Medizinische Hochschule Hannover betreffend

III. Zusammenfassende Bewertung der Nichtannahmebeschlüsse in ihrem Kontext

I. Vorgeschichte und Kontext der Entscheidungen

Seit den späten 1990er Jahren zielten Reformen des Hochschulorganisationsrechts darauf, die Autonomie der Hochschulen dem Staat gegenüber zu erweitern und gleichzeitig innerhalb der Hochschulen Kompetenzen bei einer gestärkten Hochschulleitung zu konzentrieren.¹ Dies warf und wirft immer wieder neu die Frage auf, wie weit der Hochschulgesetzgeber dabei – sowohl auf der zentralen als auch auf der dezentralen Ebene (der Fakultäten bzw. Fachbereiche) – gehen und die Entscheidungsspielräume und Einflussmöglichkeiten des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zugunsten einer monokratischen oder ebenfalls kollegialen, aber deutlich kleineren Hochschul- oder Fakultätsleitung beschneiden darf.²

Mit zwei Nichtannahmebeschlüssen vom 5. Februar³ und vom 6. März 2020⁴ setzt das Bundesverfassungsgericht eine Reihe von Entscheidungen zu dieser Frage fort. Wesentliche Meilensteine waren die Beschlüsse über die Stärkung des Präsidenten und der Dekane im Brandenburgischen Hochschulgesetz von 2004 (BVerfGE 111, 333), über die Befugnisse des Dekanats nach dem Hamburgischen Hochschulgesetz von 2010 (BVerfGE 127, 87), über die Rechtsstellung des Fachbereichs- bzw. Fakultätsrats und des Senats an der Medizinischen Hochschule Hannover (MHH) von 2014 (BVerfGE 136, 338) und über die Einsetzung einer vorübergehenden, nicht durch ein kollegiales Selbstverwaltungsorgan kontrollierten Leitung an der durch Fusion neugegründeten Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg von 2015 (BVerfGE 139, 148).⁵

In den drei zuletzt genannten Entscheidungen sah das Bundesverfassungsgericht die Wissenschaftsfreiheit durch zu weitgehende Befugnisse des Leitungsorgans verletzt. Die grundlegenden Weichenstellungen des Hochschulurteils⁶ ausbauend hielt es fest, dass die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) Hochschulen, ihre Untergliederungen und die einzelnen Träger der Wissenschaftsfreiheit vor hochschulorganisatorischen Entscheidungen schützt, die die Erfüllung ihrer Aufgabe, freie Wissenschaft ermöglichen oder zu betreiben, ge-

1 Für einen Überblick über diese Entwicklung und ihre Hintergründe s. nur Löwer, Hochschulmedizinrecht nach der MHH-Entscheidung, *WissR* 48 (2015), 193 (2016ff.); Sandberger, Die Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, *WissR* 44 (2011), 118; ders., Neuere Entwicklungen im Hochschulverfassungs- und Hochschulrecht, 2009; Gärditz, Hochschulrecht und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 33ff.

2 Näher zu dieser Problematik s. (u.a.) auch Mager, Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation, *OdW* 2019, 7; Groß, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, *DÖV* 2016, 449; Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 75ff., 442ff.; Burgi/Gräf, Das (Verwaltungs-)organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, *DVBl.* 2010, 1125; Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Die Verwaltung* 35 (2002), 399 (416-420).

3 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 5.2.2020, Az. 1 BvR 1586/14 – juris; auch abrufbar über die Homepage des Gerichts (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rk20200205_1bvr158614.html) und als BeckRS 2020, 4223.

4 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 6.3.2020, Az. 1 BvR 2862/16 – juris; auch abrufbar über die Homepage des Gerichts (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/03/rk20200306_1bvr286216.html) und als BeckRS 2020, 7865.

5 Näher zu diesen Entscheidungen und der sich in ihnen vollziehenden Rechtsprechungsentwicklung s. z.B. anschaulich Mager (Fn. 2), 9-11; Löwer (Fn. 1), 204-219; Enmuschat, Das Hochschulorganisationsrecht nach der MHH-Entscheidung des BVerfG vom 24.6.2014, *RdJB* 2017, 34.

6 BVerfGE 35, 79.

fährden können.⁷ Die Wissenschaftsfreiheit ist verletzt, wenn eine Gesamtbetrachtung des hochschulorganisatorischen Gefüges ergibt, dass die freie Forschung und Lehre „strukturell gefährdet“ sind.⁸ Eine solche strukturelle Gefährdung kann entstehen, wenn die zentrale Ebene gegenüber der wissenschaftsnäheren dezentralen Ebene zu sehr gestärkt wird. Oder sie kann entstehen, wenn die Befugnisse monokratischer oder auch kollegialer Leitungsorgane (Präsidium, Rektorat, Dekanat usw.) zulasten des größeren, repräsentativeren kollegialen Selbstverwaltungsorgans (Senat, Fachbereichs- bzw. Fakultätsrats) zu sehr ausgeweitet werden. Denn ein breit besetztes, kollegiales Selbstverwaltungsorgan kann sowohl durch die in ihm versammelte wissenschaftliche Kompetenz als auch durch die Pluralität seiner Zusammensetzung die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung der Träger der Wissenschaftsfreiheit grds. besser sichern und vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen schützen, als kleine Leitungsorgane, die sich umgekehrt durch die Fähigkeit zu effizienter Entscheidungsfindung und eine größere Distanz zu einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auszeichnen.⁹ In seiner Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz führte das Bundesverfassungsgericht näher aus, wann eine solche „strukturelle Gefährdung“ der freien Wissenschaft vorliegt und konstatierte, dass das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge insbesondere dann verfassungswidrig ist, „wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Gremium im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben“. Zwar könne der Gesetzgeber dem Leitungsorgan umfangreiche Kompetenzen in Bereichen mit Wissenschaftsbezug einräumen. „Je stärker (er) jedoch (...) das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direk-

ten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, damit Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden.“¹⁰ Noch ein wenig konkreter formulierte das Gericht in seiner Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover, dass „je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker (muss) im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“¹¹ Gleichzeitig stellte es klar, dass „wissenschaftsrelevante Entscheidungen“ nicht nur solche sind, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen,¹² sondern dass dazu auch die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung, die Entscheidung über die von ihr intern zu beachtenden Ordnungen sowie alle „den Wissenschaftsbetrieb prägenden“ Entscheidungen über die innere Organisation und – „angesichts der Angewiesenheit von Forschung und Lehre auf Ausstattung mit Ressourcen“¹³ – über den Haushalt gehören.¹⁴ Es erstreckt den Einflussbereich der Wissenschaftsfreiheit also explizit auch auf solche Entscheidungen, die nur mittelbare Wirkungen auf Forschung und wissenschaftliche Lehre entfalten, ohne dabei eine genaue Grenzziehung, etwa im Sinne der traditionellen Unterscheidung zwischen Staatsangelegenheiten, Selbstverwaltungsangelegenheiten und Kooperationsangelegenheiten¹⁵ vorzunehmen.

Auch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit hatte sich inzwischen mit dieser Thematik zu befassen: Mit Urteil vom 14. November 2016¹⁶ erklärte der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg die Bestimmungen des Landeshochschulgesetzes (LHG BW) über die Wahl und Abberufung der hauptamtlichen Rektorsratsmitglieder für mit der Landesverfassung unverein-

7 BVerfGE 111, 333 (354f.).

8 BVerfGE 111, 333 (355f.).

9 So zumindest sinngemäß BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 59). Die in BVerfGE 111, 333 (356) formulierte Aussage, dass „kein Vorrang von Kollegialorganen gegenüber monokratischen Leitungsorganen“ besteht, wird damit – zu Recht – ein Stück weit relativiert bzw. präzisiert: BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 60) spricht nun nur noch davon, dass „kein grundsätzlicher Vorrang (plural zusammengesetzter) Organe gegenüber den Leitungsorganen“ anzunehmen sei. Ausführlicher zur Rolle der kollegialen Repräsentationsorgane als „legitimatorische(n) Basisorgane(n) der Hochschule“ Gärditz (Fn. 1), S. 535ff.

10 BVerfGE 127, 87 (117f.).

11 BVerfGE 136, 338 (365, Rn. 60).

12 In einem solchen engeren Sinne konnte BVerfGE 35, 79 (123) durchaus noch verstanden werden, selbst wenn auch dort bereits z.B. die „haushaltsmäßige Betreuung“ von Forschungsvorhaben und Lehrveranstaltungen als „Forschung und Lehre unmittelbar berührend“ und damit „wissenschaftsrelevant“ eingeordnet werden.

13 BVerfGE 136, 338 (371, Rn. 71).

14 BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 58).

15 Zu dieser s. nur Mager (Fn. 2), 8f.

16 Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, 14.11.2016, Az. 1 VB 16/15 – juris; auch veröffentlicht in LVerfGE 27, 31; VBlBW 2017, 61; WissR 2016, 302.

bar¹⁷. Dabei stellte er die Frage ins Zentrum, ob nicht nur das kollegiale Selbstverwaltungsorgan als solches, sondern auch die in ihm vertretenen Hochschullehrenden – als die nach Maßgabe des Hochschulurteils zentralen Träger der Wissenschaftsfreiheit¹⁸ – hierbei besondere Rechte haben müssten. Während das Bundesverfassungsgericht diese Frage lediglich streifte, ohne sie als entscheidungserheblich einer klaren Lösung zuzuführen,¹⁹ leitete der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof konkrete Mitwirkungsbefugnisse gerade der Gruppe der Hochschullehrenden innerhalb des Selbstverwaltungsorgans aus den Prämissen des Hochschulurteils²⁰ ab: Er hielt fest, dass „(h)insichtlich der Wahl der Mitglieder eines Leitungsorgans (...) ein hinreichendes Mitwirkungs-niveau gewährleistet (ist), wenn ein Selbstverwaltungs-gremium mit der Stimmenmehrheit der gewählten Vertreter der Hochschullehrer die Wahl eines Mitglieds, das das Vertrauen dieser Gruppe nicht genießt, verhindern kann“ und dass „(d)ie in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer (...) sich von dem Mitglied eines Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können (müssen), ohne im Selbstverwaltungsgremium auf eine Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen und ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staates angewiesen zu sein“.²¹ Dabei arbeitete er heraus, dass diese besonderen Rechte grds. nur „gewählten Vertretern der Hochschullehrer“, also nicht Hochschullehrern zustehen, die dem Selbstverwaltungsorgan kraft Amtes angehören,²² und stützte auf diese Berechnungsregel seine Verwerfung der Regelung über die Wahl der Rektorsratsmitglieder als verfassungswidrig. Ohne dies ganz eindeutig und unabweislich zu formulieren, klingt in dem Urteil zumindest an, dass diese Anforderungen nicht unterschritten werden dürfen, wenn dem Leitungsorgan ein starkes kompetenzrechtliches Übergewicht zukommt.

II. Inhalt und Bedeutung der beiden Nichtannahmebeschlüsse

An diese Rechtssprechungslinie knüpfen die beiden im Frühjahr erlassenen Nichtannahmebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar und 6. März 2020 an:

Der Nichtannahmebeschluss aus dem Februar setzt sich mit den Regelungen des baden-württembergischen Hochschulgesetzes über die Wahl und Abwahl von Rektorsratsmitgliedern auseinander, die teilweise infolge der Entscheidung des Landesverfassungsgerichtshofs neu gefasst worden waren. Darüber hinaus griffen die ihm zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden Spezialbestimmungen an, die sich mit der Verwaltung der dezentral in Studienakademien gegliederten „Dualen Hochschule Baden-Württemberg“ befassen und dem Präsidium der zentralen Ebene weitgehenden Zugriff auf die Verwaltung der Studienakademien sichern. Der Beschluss hat damit jedenfalls z.T. die Sondersituation dieser speziellen, aus Berufsakademien hervorgegangenen und der „dualen Ausbildung“ dienenden Hochschulform zum Gegenstand.

Gegenstand des Nichtannahmebeschlusses aus dem März sind die Änderungen der Bestimmungen des Niedersächsischen Hochschulgesetzes über die Medizinische Hochschule Hannover (MHH), die der Umsetzung der MHH-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2014 dienen.

In beiden Verfahren war damit u.a. zu beantworten, ob die durch die vorausgehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bzw. des baden-württembergischen Landesverfassungsgerichtshofs angestoßenen Gesetzeskorrekturen ausreichen, um die aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abzuleitenden Mitwirkungsrechte des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zu wahren.

17 Vgl. dazu die Entscheidungsbesprechungen von *Fehling*, OdW 2017, 63, *Goerlich/Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667; *Ennuschat* (Fn. 5), 43f.; *Hufen*, JuS 2017, 279; *Jacobsen*, VBlBW 2017, 69.

18 BVerfGE 35, 79 (126f.).

19 Vgl. z.B. BVerfGE 136, 338 (381, Rn. 95), wo es lediglich heißt, dass es „auf erhebliche Bedenken“ stoße, wenn die Mehrheit für die Abberufung von Mitgliedern des Leitungsorgans „von den Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen allein nicht erreicht werden kann.“ Auch in BVerfGE 127, 87 (130f.) wird zwar problematisiert, dass der Vorschlag des Fakultätsrats zur Abwahl des Dekans an eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit gebunden ist, die von der Gruppe der Hochschullehrer allein nicht erreicht werden kann. Die Unzuläng-

lichkeit dieser Regelung wird aber letztlich nicht (bereits) darauf gestützt, sondern damit begründet, dass der Fakultätsrat nur das Recht hatte, die Abwahl vorzuschlagen, während die Abwahl selbst dem Präsidium mit Zustimmung des Hochschulrats übertragen war. In BVerfGE 111, 333 (364) wird es dagegen als verfassungskonform gewertet, wenn das kollegiale Selbstverwaltungsorgan die Hochschulleitung mit $\frac{2}{3}$ Mehrheit abwählen kann, ohne zu problematisieren, ob diese Mehrheit von den darin vertretenen Hochschullehrenden erreicht werden kann (was nicht der Fall ist). S. dazu auch *Krausnick* (Fn. 2), S. 76.

20 BVerfGE 35, 79.

21 Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, 14.11.2016, Az. 1 VB 16/15 – juris, Rn. 131.

22 Zur kritischen Auseinandersetzung mit dieser Unterscheidung s.

1. Zum Beschluss vom 5. Februar 2020, die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffend

Bemerkenswert ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Erörterung der „grundsätzlichen Bedeutung“ der Verfassungsbeschwerde (§ 93a Abs. 2 a BVerfGG) (Rn. 8) festhält, dass offenbleiben könne, ob dem baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof darin zuzustimmen sei, dass zur Gruppe der „Hochschullehrenden“ in Selbstverwaltungsgremien nur die gewählten Repräsentanten dieser Gruppe zu zählen seien. Gleichzeitig bleibt es dabei nicht stehen, sondern ergänzt in einem knappen Halbsatz unter Bezugnahme auf die Formulierungen vorausgehender Entscheidungen, dass „für die Beurteilung der nötigen Mitwirkung (...) der Einfluss der wissenschaftlich Tätigen beziehungsweise der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler *insgesamt* (Hervorheb. d. Verf.) entscheidend“ sei.²³ Diese Aussage kann kaum anders interpretiert werden, als dass damit Sonderrechten gerade der „Hochschullehrenden“ im Sinne des Hochschulurteils eine Absage erteilt und weitere wissenschaftlich Tätige (wozu insbesondere die Wissenschaftlichen Mitarbeiter gehören²⁴) in den Kreis der besonders geschützten Personen einbezogen werden. Auch wenn das Gericht mit dieser Formulierung nicht explizit festlegt, sondern als Frage im Raum stehen lässt, ob „Mitglieder kraft Amtes“ als „wissenschaftlich Tätige“ bzw. „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler“ anzusehen sind, hat es damit die zweite, durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof aufgeworfene Rechtsfrage nach einer Sonderrolle der Gruppe der „Hochschullehrenden“ für die Wahl und Abwahl eines mit weitreichenden wissenschaftsrelevanten Befugnissen ausgestatteten Leitungsorgans an vergleichsweise versteckter Stelle mit knappst möglichen Worten negativ beantwortet. Eine Stufung zwischen der „Gruppe der Hochschullehrenden“ und anderen „wissenschaftlich Tätigen“ innerhalb des Selbstverwaltungsorgans erfolgt nicht. Stattdessen ist an anderer Stelle einheitlich von den Mitwirkungsrechten der „Gruppe der Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger“ bei der Kreation der Leitungsorgane die Rede (Rn. 19).²⁵

Im nachfolgenden, zentralen Entscheidungsteil führt das Gericht aus, dass die Annahme der Verfassungsbe-

schwerde nicht zur Durchsetzung der Wissenschaftsfreiheit angezeigt sei (§ 93a Abs. 2 b BVerfGG), weil sie – soweit zulässig – unbegründet ist.

Obwohl die Entscheidung hier die in der vorausgehenden Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anwendet und ihr Ergebnis insofern nicht überrascht, enthält sie trotzdem – auch für das Verständnis der Wissenschaftsfreiheit – bedeutsame, bisher noch nicht getroffene Aussagen. So wird z.B. festgehalten, dass die Beschwerdeführer, Professoren an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg, Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit seien, da sie der Gesetzgeber damit betraut habe „wissenschaftlich eigenständig zu forschen und zu lehren“ (Rn. 13). Die Frage, ob dies evtl. dadurch ausgeschlossen wird, dass Forschung an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg gem. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 LHG BW nur als „kooperative Forschung“ im Zusammenwirken mit einer Ausbildungsstätte vorgesehen ist, hat das Bundesverfassungsgericht damit implizit (ohne explizite Erörterung dieser im Zuge des Verfahrens von den Parteien problematisierten Bestimmung) verneint. Es hat damit die Anforderungen an die „Eigenverantwortlichkeit“ der den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eröffnenden Tätigkeit so zurückgenommen, dass auch Forschung in obligatorischer Kooperation mit Anderen davon erfasst wird.

Bei den folgenden Ausführungen dazu, ob die Wissenschaftsfreiheit der Beschwerdeführer durch die bestehenden Organisationsregeln verletzt, weil „strukturell gefährdet“ wird, fällt auf, dass das Gericht den Schutz der Wissenschaftsfreiheit bei seiner Bewertung des organisationsrechtlichen „Gesamtgefüges“ nicht danach abstuft, dass die Beschwerdeführer durch den Gesetzgeber einen weniger eigenverantwortlichen Auftrag zu wissenschaftlicher Forschung und Lehre eingeräumt bekommen haben, als dies etwa für Universitätsprofessoren der Fall ist und dass es sich bei der Dualen Hochschule um eine Hochschulform handelt, in der der Auftrag zur Forschung gegenüber dem zur praxisbezogenen Ausbildung im Vergleich der Hochschularten geringsten Stellenwert hat.²⁶ Das Gericht hat damit das Konzept eines im Rahmen der Güterabwägung (zwischen der Wissenschaftsfreiheit einerseits und dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit der Hochschule und den grundrechtlich geschützten Ausbildungsinteressen der Studierenden

nur *Goerlich/Sandberger* (Fn. 17), 670; 672; *Fehling* (Fn. 17), S. 68f. m.w.N.

23 Bei den Passagen in früheren Entscheidungen, auf die hierbei rekurriert wird, handelt es sich um solche, in denen zwar von den besonderen Rechten der „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ die Rede ist, die aber die hier aufgeworfene Frage nicht explizit behandeln und entscheiden.

24 Allg. M., s. nur BVerfGE 35, 79 (125).

25 Allerdings wird wiederum an anderer Stelle die Gruppe der „Grundrechtsberechtigten“ – entgegen dem Hochschulurteil – mit derjenigen der „Hochschullehrer“ gleichgesetzt, s. Rn. 27 a.E. bei Bezugnahme auf § 10 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LHG BW.

26 S. die Umschreibung der Aufgabenstellung der verschiedenen Hochschultypen in § 2 Abs. 1 S. 3 LHG BW.

andererseits) nach Hochschularten abgestuften Schutzes der Wissenschaftsfreiheit, das im Zuge des Verfahrens thematisiert worden war, zumindest nicht ausdrücklich aufgegriffen.

Vielmehr beschränkt sich der Nichtannahmebeschluss darauf, in Anwendung der in früheren Entscheidungen entwickelten Maßstäbe festzuhalten, dass angesichts der Erforderlichkeit der Zustimmung des Senats zum Struktur- und Entwicklungsplan der Hochschule (§ 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 LHG BW) und der Bindung weiterer, dem Leitungsorgan überlassener Entscheidungen an den Struktur- und Entwicklungsplan, angesichts des Umfangs der beim Senat verbleibenden Entscheidungsbefugnisse, seiner Rechte auf Information durch das Präsidium, und schließlich aufgrund der infolge der Entscheidung des Landesverfassungsgerichtshofs eingeführten Sperrminorität der Gruppe der Hochschullehrenden bei der Wahl der Präsidiumsmitglieder sowie des eigenständigen Abwahlrechts dieser „Gruppe“, das organisationsrechtliche „Gesamtgefüge“ zu keiner „strukturellen Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit führe.²⁷ Auch strenger interpretierbare Passagen des MHH-Beschlusses²⁸ präzisierend hält er außerdem fest, dass es im Rahmen einer „Gesamtwürdigung“ kompensierbar ist, wenn der Senat bezüglich des gemäß der bisherigen Rechtsprechung eminent „wissenschaftsrelevanten“ Haushaltsvoranschlags oder Wirtschaftsplans nur ein Recht zur „Stellungnahme“ hat (s. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 4), (Rn. 24).

Eine Vertiefung der durch den Verfahrensstoff aufgeworfenen Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es eine Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit bedeuten kann, dass das zentrale Leitungsorgan der Dualen Hochschule die Leitung der Studienakademien (bei Vorliegen von Gründen) an sich ziehen kann (s. § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 15 i.V.m. Abs. 8 LHG BW), wird mit dem Hinweis vermieden, dass bei sachgerechter Auslegung der einschlägigen Bestimmungen eine „zentrale Leitung“ der Studienakademien nicht vorliege (Rn. 32).

Insgesamt betrachtet lässt sich konstatieren, dass es das Bundesverfassungsgericht in dieser sich an die des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg anschließenden Entscheidung vermeidet, den durch diesen formulierten konkreteren, weniger Spielraum für eine individuelle Gesamtabwägung lassenden Leitlinien (insbesondere über eine Abwahlmöglichkeit gerade durch die „Hochschullehrenden“) ausdrücklich zuzustimmen, um die Bestimmung der Mindestbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans einer freieren Gesamtwürdigung offenzuhalten.

2. Zum Beschluss vom 6. März 2020, die Medizinische Hochschule Hannover betreffend

Diesen Eindruck unterstreicht auch der Beschluss, die Verfassungsbeschwerde gegen die neugefassten Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover nicht zur Entscheidung anzunehmen. Auch in ihm kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber von seinem ihm zustehenden Gestaltungsspielraum in verfassungskonformer Weise Gebrauch gemacht hat und die erneuerte Organisationsstruktur keine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit (mehr) begründet.

Sein Schwerpunkt liegt dabei gerade auf der Frage, ob angesichts zwar gestärkter, aber immer noch - verglichen mit denen des Vorstands geringer eigener Entscheidungs- und Mitwirkungsbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans²⁹ seine Einflussmöglichkeiten auf die Wahl und Abwahl der Mitglieder des Vorstands ausreichen, um das genannte Defizit zu kompensieren (s. Rn. 11³⁰).

Das Bundesverfassungsgericht wertet es dabei als ausreichend, dass der Senat mit $\frac{3}{4}$ seiner Mitglieder die Entlassung von Vorstandsmitgliedern vorschlagen kann (s. § 40 S. 1 NHG), (Rn. 26). Nicht problematisiert wird dabei, dass angesichts der Zusammensetzung des Senats³¹ die Gruppe der Hochschullehrenden für sich einen solchen Vorschlag nicht erzwingen kann, und nur

27 Für die dezentrale Ebene, auf der dem örtlichen Senat in gewisser Hinsicht eine stärkere Stellung zukommt als dem Senat auf zentraler Ebene, gelangt der Beschluss konsequenter- und gut nachvollziehbarer Weise zu einem entsprechenden Ergebnis.

28 S. BVerfGE 136, 338 (371f., Rn. 70-74). Zu diesen und ihrer Interpretation im Schrifttum s. nur *Ennuschat* (Fn. 5), S. 42; *Groß* (Fn. 2), S. 453 m.w.N.

29 Dazu gehören insbesondere das neu eingeführte, wenngleich unter dem Vorbehalt des „Einvernehmens des Vorstandes“ stehende Recht, die Entwicklungsplanung zu beschließen (§ 41 Abs. 2 NHG), und das neu eingeführte „Einvernehmenserfordernis“ bei Vorstandsentscheidungen mit „grundsätzlicher Bedeutung“ für Forschung und Lehre, s. § 63e Abs. 4 S. 2 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG). Näher BVerfG, Nichtannah-

mebeschl. v. 6.3.2020, Rn. 20-24.

30 Dort wird der wesentliche Gehalt der Entscheidung wie folgt zusammengefasst: „Der Gesetzgeber hat dem Vorstand der Hochschule zwar weitreichende wissenschaftsrelevante Entscheidungsbefugnisse übertragen (aa), und der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtags hatte deshalb insoweit zutreffend auf verfassungsrechtliche Bedenken hingewiesen (vgl. LTD Drucks 17/4810, S. 16 f.). Die Entscheidungsbefugnisse des akademischen Senats sind im Gesamtgefüge aber so ausgestaltet, dass jedenfalls ein maßgeblicher Einfluss auf Wahl und Abwahl des Vorstands als Leitung der Hochschule gesichert ist (bb).“

31 S. dazu § 16 Abs. 3 S. 1, § 41 Abs. 4 NHG; *Heun/Lange*, in: von Coelln/Pautsch (Hg.), *BeckOK Hochschulrecht Niedersachsen* (16. Ed., Stand: 1.12.2019), § 41 Rn. 16.

kurz erwähnt, dass angesichts des überwiegend – wenn auch nicht ausnahmslos – gegebenen Letztentscheidungsrechts des Senats (§ 40 S. 4 NHG) das Erfordernis der Bestätigung durch den Hochschulrat (§ 40 S. 2 NHG) sowie die Zuständigkeit des Ministeriums für die Durchführung der Entlassung (§ 48 Abs. 1 NHG) – wegen dessen verfassungsrechtlicher Bindung – unschädlich sind (Rn. 27, 28). War im MHH-Beschluss noch die Rede davon, dass „es auf erhebliche Bedenken (stößt), wenn (die qualifizierte Abwahlmehrheit) von den Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen allein nicht erreicht werden kann“³², fehlt in der erneuten Bewertung des insofern unverändert gebliebenen § 40 S. 1 NHG eine Auseinandersetzung damit, ob die erforderliche Mehrheit entweder durch die Gruppe der „Hochschullehrer“, oder stattdessen – da dies eindeutig nicht der Fall ist – durch die Gruppe aller „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ erreicht werden kann oder nicht. Hinsichtlich des Einflusses auf die Wahl lässt es das Bundesverfassungsgericht (in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung) genügen, dass sie auf Vorschlag des Senats erfolgt (§ 63c Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 S. 1 NHG), auch wenn die Entscheidung über die Bestellung dem Ministerium obliegt (§ 38 Abs. 2 S. 6 NHG), (Rn. 35).

Während das Mitwirkungsrecht der Gruppe der Hochschullehrenden bei der Wahl der Vorstandsmitglieder auch den durch das Landesverfassungsgericht Baden-Württemberg formulierten Anforderungen entspricht, weil diese durch ihre Mehrheit im Senat (§ 16 Abs. 3 S. 1 NHG) einen entsprechenden Wahlvorschlag verhindern können, bleibt ihr Einfluss auf die Abberufung von Mitgliedern hinter diesen Anforderungen zurück: Ohne Mitwirkung weiterer Gruppen und Stellen kann die Gruppe der „Hochschullehrer“ eine Abberufung nicht erzwingen.

III. Zusammenfassende Bewertung der Nichtannahmebeschlüsse in ihrem Kontext

Die aufgeführten, in den Beschlüssen „versteckten“, durchaus grundlegenden Entscheidungen – einschließlich der Ablehnung der durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof formulierten Anforderungen an das Abberufungsrecht der „Hochschullehrenden“ im kollegialen Selbstverwaltungsorgan – fordern eine Stellungnahme heraus.

Dabei ist dem die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffenden Nichtannahmebeschluss entschieden darin zuzustimmen, dass die gesetzgeberische Ent-

scheidung, die Duale Hochschule mit einem – wenn gleich eingeschränkten – Forschungs- und wissenschaftlichen Lehrauftrag als „Hochschule“ auszugestalten, den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) eröffnet. Insbesondere der dieser Hochschule übertragene Auftrag zu „kooperativer Forschung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 LHG BW) muss daher so ausgelegt werden, dass er die entsprechend beauftragten Hochschullehrenden zu einer dem verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff³³ tatsächlich unterfallenden Tätigkeit ermächtigt und verpflichtet.

Schwerer fällt die Bewertung der Leitlinien für einen hinreichenden Einfluss des kollegialen Selbstverwaltungsorgans, die in den beiden Beschlüssen in weitgehender Übernahme der bisherigen Rechtsprechung fortgeführt werden.

Zuzustimmen ist der – auch durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof aufgegriffenen – Grundannahme, dass der „hinreichende Einfluss“ des kollegialen Selbstverwaltungsorgans prinzipiell durch eine „Gesamtabwägung“ festzustellen, und Zurückhaltung dabei geboten ist, feste Vorgaben für eine Mindestmitwirkung in konkreten Einzelfragen zu formulieren. Eine solche moderate, für unterschiedliche Lösungen offene Auslegung der organisatorischen Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit achtet den Gestaltungsspielraum des mit stetig wechselnden tatsächlichen Herausforderungen konfrontierten, demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der (ebenfalls) durch das Verfassungsrecht vorgegeben ist.

Zuzustimmen ist außerdem der beiden Nichtannahmebeschlüssen genauso wie den vorausgehenden Entscheidungen zugrundeliegenden Prämisse, dass alleine ein maßgeblicher Einfluss auf Wahl und Abwahl des Leitungsorgans (selbst wenn er so weit geht, wie der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof fordert) nicht genügt, um eine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit auszuschließen, sondern dass weitere eigenständige Entscheidungs- und Mitentscheidungsbezugnisse, sowie hinreichende Informations- und Fragerechte des kollegialen Selbstverwaltungsorgans hinzukommen müssen. Der Bedeutung des kollegialen Repräsentativorgans für die organisatorische Absicherung der Wissenschaftsfreiheit (s. dazu oben S. 254) würde es nicht gerecht, es im Wesentlichen auf die Vermittlung personeller Legitimation zu beschränken.

Gleichzeitig zementieren die beiden Nichtannahmebeschlüsse jedoch die schon in den ihnen zugrunde liegenden Entscheidungen vorgezeichnete, beträchtliche

32 BVerfGE 136, 338 (381, Rn. 95).

33 Vgl. dazu nur BVerfGE 35, 79 (112ff.); Gärditz (Fn. 1), S. 300ff. m.w.N.

Unbestimmtheit: Wann in der zwingend durchzuführenden „Gesamtwürdigung“ die Schwelle der „strukturellen Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit erreicht ist, weil kein „hinreichender Einfluss der Träger der Wissenschaftsfreiheit“ mehr gegeben ist, bleibt in vielen Punkten vage.³⁴ Die Feststellung, dass entgegen früherer, strenger anmutender Andeutungen eine Beschränkung des Selbstverwaltungsorgans auf eine bloße „Stellungnahme“ zu Haushaltsvoranschlag oder Wirtschaftsplan³⁵ einer Kompensation genauso zugänglich ist wie die Einschränkung des Abberufungsrechts durch das Erfordernis einer $\frac{3}{4}$ Mehrheit und die Mitwirkung von Hochschulrat und Ministerium³⁶ (trotz nach wie vor weitgehender „wissenschaftsrelevanter“ Entscheidungsbefugnisse des Leitungsorgans),³⁷ verstärkt den Eindruck von Beliebigkeit.

Auch wenn die Ergebnisse der beiden Entscheidungen, genau wie die der ihnen vorausgehenden, keineswegs unnachvollziehbar sind, sondern im Großen und Ganzen überzeugen, und außerdem für sich in Anspruch nehmen können, dem Hochschulgesetzgeber die notwendige „Flexibilität“ zu belassen, kann man ihnen anlasten, es versäumt zu haben, den v.a. dem baden-württembergischen Verfahren zugrundeliegenden Rechtsstoff und die vorausgehende Entscheidung des baden-württembergischen Landesverfassungsgerichtshofs zu nutzen, um für ein weniger an „Vagheit“ und ein größeres Maß an Rechtssicherheit für den Hochschulgesetzgeber zu sorgen:

Aus Sicht der Verfasserin überzeugt die durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof in seinen Leitsätzen 4 und 5 angelegte Schlussfolgerung aus dem Hochschulurteil, dass jedenfalls für den Fall, dass einem schmal besetzten Leitungsorgan signifikante wissenschaftsrelevante Befugnisse zur eigenständigen (d.h. nicht mitwirkungsgebundenen) Erledigung übertragen wurden, den in besonderem Maße zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit berufenen „Hochschullehrenden“ zumindest ein Vetorecht bei der Bestellung der Leitungspersonen und die Möglichkeit zu deren Abberufung verbleiben muss.³⁸ Denn auf diese Weise wird si-

chergestellt, dass das Handeln der betreffenden Leitungspersonen, das angesichts der vielfältigen Zwecke und Aufgaben von Hochschulleitung³⁹ gerade nicht prinzipiell und primär auf die Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit und Repräsentation der Träger der Wissenschaftsfreiheit ausgelegt sein kann und muss, zumindest das Vertrauen und die Billigung derjenigen genießt, die in der Hochschulorganisation als die maßgeblichen Sachwalter der Wissenschaftsfreiheit auftreten. Obwohl zu begrüßen ist, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Distanzbekundung zu dieser Leitlinie die Wissenschaftsfreiheit anderer Mitglieder des kollegialen Selbstverwaltungsorgans, insbesondere die der wissenschaftlichen Mitarbeiter, ernst nimmt, gelingt es ihm mit der im Nichtannahmebeschluss vom 5. Februar verwendeten und zudem – wie oben dargelegt⁴⁰ – keineswegs konsequent gehandhabten Umschreibung der maßgeblichen Entscheidungsträger als „wissenschaftliche Tätige“ nicht, die überzeugend begründete, auch in jüngerer Zeit wieder aufgegriffene und erläuterte⁴¹ Gruppendifferenzierung des Hochschulurteils durch eine ebenso überzeugende und klar handhabbare zu ersetzen.

Auch weitere, v.a. im die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffenden Verfahren angelegte Präzisierungsmöglichkeiten, z.B. die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen im Selbstverwaltungsorgan vertretene Träger von Leitungämtern der Gruppe der Hochschullehrenden zugerechnet werden können, der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Leitung der dezentralen Ebene auf die zentrale Ebene gehoben werden darf, oder der Frage, ob eine in geringerem Maße mit einem eigenständigen Forschungsauftrag ausgestattete Hochschulform einer zentralistischeren Leitung zugänglich ist als andere Hochschulformen (insbesondere Universitäten), hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Nichtannahmebeschlüssen ungenutzt gelassen.

Die Beschlüsse geben deshalb Anlass, auf die – der Rechtssicherheit dienende – Möglichkeit solcher Präzisionen hinzuweisen.⁴²

34 S. auch *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, *OdW* 2016, 1 (4): „Was ein hinreichendes Maß an Mitwirkung der wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen von Leitungsorganen (usw.) (ist), ist einer weiteren Konkretisierung bedürftig. Nur dadurch lässt sich jene Rechtssicherheit stiften, an der sich der Hochschulgesetzgeber orientieren kann.“

35 S. Nichtannahmebeschl. v. 5.2.2020, Rn. 24.

36 S. Nichtannahmebeschl. v. 6.3.2020, Rn. 26-28.

37 Ebd. Rn. 11.

38 So auch *Krausnick* (Fn. 2), S. 445ff.; zustimmend wohl auch *Ennuschat* (Fn. 5), 44.

39 Zu deren Betrauung mit Staats- genauso wie Selbstverwaltungsaufgaben und ihren unterschiedlichen Funktionen s. nur BVerfGE 111, 333 (362); *Gärditz* (Fn. 1), S. 536ff.

40 S. Fn. 25.

41 Vgl. BVerfGE 139, 148 (188, Rn. 78).

42 So wurden z.B. in der Literatur bereits Versuche unternommen, das notwendige Ausmaß der sachlichen Mitentscheidungsbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zu systematisieren (vgl. *Mager* Fn. 2, 11ff.). Auch solche, der Herstellung von Rechtssicherheit dienliche Überlegungen hat das Bundesverfassungsgericht in beiden Entscheidungen jedenfalls nicht ausdrücklich aufgegriffen bzw. angestellt.

Gleichzeitig liefern die hier zueinander in Beziehung gesetzten Entscheidungen ein Beispiel dafür, dass es der Landesverfassungsgerichtsbarkeit möglich ist, neben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eigene Akzente in der Abwägung verfassungsrechtlicher Rechtsgüter zu setzen, gerade wenn sie sich auf eine eigenständige Normgrundlage stützen kann, wie es in Baden-Württemberg mit Art. 20 der Landesverfassung, und genauso in vielen anderen Landesverfassungen in Gestalt von neben der „Wissenschaftsfreiheit“ stehenden Selbstverwaltungsgarantien für die Hochschulen der Fall ist. Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht seine im Beschluss vom 5. Februar angedeutete, großzügigere Linie beibehalten oder sogar präzisieren sollte, bleibt gem. Art. 142 GG Raum für eine strengere Auslegung der Wissenschaftsfreiheit und des Selbstverwaltungsrechts der

Hochschulen durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, solange diese nicht gegenläufigen Rechtspositionen der Bundesverfassung, als die das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Funktionsfähigkeit der Hochschulen⁴³ und die Ausbildungsfreiheit der Studierenden (aus Art. 12 GG)⁴⁴ herausgearbeitet hat, unvertretbar zuwiderläuft.

Renate Penßel ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Heinrich de Wall (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

43 Vgl. nur BVerfGE 126, 1 Rn. 55.

44 Ebd.; s. außerdem (sinngemäß) BVerfGE 35, 79 (125f.).

Tobias Mandler und Sabita Banerjee
*Berechnung der Promotionszeiten gem.
§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG – Zugleich An-
merkung zu BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7
AZR 70/14, vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 und
vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17*

Übersicht

A Verlängerungsmechanik des § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

I. Berechnung der Verlängerung

II. Kumulation mit anderen Befristungstatbeständen

III. Praktische Relevanz des Verlängerungstatbestandes

B Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

I. Beginn der Promotion – BAG Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14

II. Dauer der Promotion – BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17

III. Ende der Promotion – BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14

IV. Anmerkung

C Berechnung der Promotionszeit

I. Promotion

1. Inländische Promotion

2. Ausländische Promotion

3. Sonderfall: Ph.D. im Inland

II. Beginn der Promotion

1. Einschreibung als Promotionsstudent

2. Zulassung zur Promotion

3. Promotionsvereinbarung

4. Konkludente Promotionsvereinbarung

5. Erklärung des Doktoranden oder Hochschullehrers

6. Verwertung bereits vorhandener Forschung

7. Themenfindungsphase – Exposé

8. Promotionsstipendium

9. Forschung im Ausland zur inländischen Promotion

10. Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung

III. Dauer der Promotion

1. Landesrecht und Satzung der Universität

2. Nettopromotionszeit

3. Forschungsaufenthalt im Ausland

4. Promotionsabbruch – Themenwechsel

5. Zweite Promotion – Dr. und Ph.D.

6. Korrekturphase

7. Schleichender Promotionsabbruch

IV. Ende der Promotion

1. Landesrecht und Satzung der Universität

2. Vereinbarung über die Promotionsdauer

D Fragerecht des Arbeitgebers

I. Zulässige Fragen

II. Unzulässige Fragen

III. Beendigungsrechte bei Falschangabe

1. Unzulässige Rechtsausübung

2. Arglistige Täuschung

3. Kündigung, Inhaltsirrtum und Wegfall der Geschäftsgrundlage

E Praxishinweis

F Zusammenfassung

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 21. August 2019 zum nunmehr dritten Mal zur Berechnung der Promotionszeiten für die Post-Doc-Phase gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG Stellung genommen. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Entscheidungen vom 23. März 2016 und 18. Mai 2016 waren jedoch nicht mehr der Beginn oder das Ende entscheidend, sondern die Dauer der Promotionszeit. Die neuerliche Entscheidung schließt damit einerseits eine wichtige Lücke für die Berechnung der Promotionszeiten, erzeugt andererseits aber auch neue Risiken für Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen.

Ziel der nachstehenden Ausführungen ist es daher, die neue Rechtsprechung in die gesetzliche Verlängerungsmechanik (A.) und bereits vorhandene Entscheidungen einzuordnen (B.), deren Auswirkungen anhand praxisrelevanter Fallgruppen zu bestimmen (C.) und die Grenzen des promotionszeitbezogenen Fragerechts für Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen zu erläutern (D.). Die Ergebnisse werden anschließend in einem kurzen Praxishinweis zusammengefasst (E.).

A. Verlängerungsmechanik des

§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

Das WissZeitVG verfügt bekanntermaßen über verschiedene Mechanismen, die eine Verlängerung der jeweiligen Höchstbefristungsgrenzen ein- oder zweiseitig erlauben.¹ Bei dem Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG handelt es sich dabei um einen zweiseitigen Verlängerungstatbestand, der sowohl das Einverständnis der arbeitgebenden Hochschule² einerseits, als auch des angestellten Wissenschaftlers³ andererseits voraussetzt. Anders als bei der allein vom Einverständnis des Wissenschaftlers abhängigen – dann automatischen – Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG⁴, hat es daher letztlich der Arbeitgeber in der Hand, ob er durch den Abschluss eines ersten oder weiteren Arbeitsvertrages⁵ von der *ipso iure* eingetretenen Verlängerung der Höchstbefristungszeit Gebrauch macht oder nicht. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zur Ausnutzung der insoweit verlängerten Höchstbefristungsgrenzen besteht demgegenüber jedoch nicht.⁶

I. Berechnung der Verlängerung

Gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Höchstbefristungsgrenze für die Post-Doc-

Phase in dem Umfang, „in der Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 2 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben.“ In einem ersten Schritt ist daher die zwischen Beginn und Ende der Promotionszeit liegende tatsächliche Dauer zu bestimmen und die so ermittelte Zeit von der sechsjährigen, gesetzlichen Promotionszeit⁷ abziehen. Ist die Differenz danach positiv, verlängert sich der gesetzliche Befristungsrahmen für den jeweiligen Wissenschaftler – Tag genau und automatisch⁸ – für die Post-Doc-Phase und zwar unabhängig davon, ob bereits ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht. Die Verlängerung wirkt demgemäß gleichermaßen gegenüber jeder deutschen Hochschule, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung und kann dort ganz oder in Teilen durch den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aufgebraucht werden.⁹ Wie auch bei der Berechnung des beschäftigungsbedingten Aufbrauchs der Höchstbefristungszeiten,¹⁰ sind für die Berechnung des sechsjährigen Promotionszeitraums Schaltjahre zu berücksichtigen. Zwar muss die Promotion nicht am Stück oder im Rahmen einer Beschäftigung erfolgen, das gesetzliche Leitbild dürfte jedoch von einer zusammenhängenden Promotionszeit ausgehen, die dann auch Schaltjahre einschließt. Eine Schlechterstellung durch eine pauschale

- 1 Einseitige Verlängerungsoptionen: § 2 Abs. 5 WissZeitVG, zweiseitige/gesetzliche Verlängerungen: § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 (Promotionszeiten), Satz 4 (Kinderbetreuung), Satz 5 (Kinderbetreuung § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG), Satz 6 (Behinderung/schwerwiegende chronische Erkrankung); zum Begriff *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221; zur Verlängerung im Zusammenhang mit dem Angemessenheitskriterium *Mandler/Meißner*, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206; siehe zur Kinderbetreuung gem. Satz 3 nun BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 21/18 = NJW-Spezial 2020, 83.
- 2 Die Erläuterungen gelten entsprechend für die Universitätsklinik, sofern nicht ausdrücklich eine Unterscheidung vorgenommen wird.
- 3 Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Die Ausführungen beziehen sich entsprechend auch auf künstlerisches Personal.
- 4 Vgl. BAG NZA 2016, 522; *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223; vgl. auch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 217.
- 5 Zur Abgrenzung zwischen Neubefristung und Weiterbeschäftigung siehe BAG, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 7 AZR 117/14; *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223.
- 6 KR-Treber, § 2 WissZeitVG Rn. 25; allenfalls denkbar sind auf eine Verletzung des AGG gestützte Schadensersatzansprüche, sofern sich statistisch signifikante Abweichungen bei den Ge-

- schlechtern oder sonstige Anhaltspunkte für eine Diskriminierung ergeben.
- 7 BT-Drs. 16/3438, S. 11: *Als Richtschnur für die Anfertigung der Doktorschrift und Abschluss des Promotionsverfahrens sind im Regelfall drei bis vier Jahre anzusetzen. Um hinreichenden Spielraum sowohl für die Hinführung zur Promotion als auch für den Abschluss des Verfahrens zu ermöglichen, ohne ein vorzeitiges Ausscheiden zu erzwingen, ist deshalb der Zeitraum von sechs Jahren angemessen. In die Befristungshöchstdauer sind auch die Beschäftigungszeiten als wissenschaftliche oder künstlerische Hilfskraft einzurechnen“.*
- 8 Vgl. insoweit zur Verlängerung in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 7 AZR 181/16 –, juris.
- 9 Weiterhin ungeklärt ist freilich, ob der Ausschluss von Arbeitsverhältnissen mit einem oder weniger als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit anzurechnen sind (vgl. BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 568/14). Der Ausschluss und die hieraus resultierende, unbegrenzte Befristung sind insbesondere mit Blick auf das Europarecht kaum begründbar oder zu rechtfertigen, vgl. *Stumpf*, Befristete Arbeitsverhältnisse im Wissenschaftsbetrieb, NZA 2015, 326 ff.
- 10 Vgl. hierzu *Mandler/Wegmann*, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff. zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18; Zurückverweisung BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 = ArbRAktuell 2020, 418.

Berücksichtigung des Jahres mit 365 Tagen gem. § 191 BGB wäre vor diesem Hintergrund nicht zu rechtfertigen.¹¹ Maßgeblich ist deshalb der dem Beginn der (ersten) Promotion folgende Sechsjahreszeitraum. Beträgt die Promotionszeit etwa 365 Tage, verlängert sich die Höchstbefristungsgrenze der Post-Doc-Phase um 5 Jahre, d.h. mindestens um 1827 Tage (365 x 5 Tage zzgl. zwei schaltjahresbedingter Tage). Überschreitet die Promotionszeit den Sechsjahreszeitraum hingegen, ergibt sich keine Verlängerung und die Befristung in der Post-Doc-Phase ist in den gesetzlichen Grenzen, ggf. unter Nutzung anderer Verlängerungstatbestände, möglich. Eine Verkürzung der Höchstbefristungsgrenzen, bspw. bei mehr als sechsjähriger Promotionszeit, tritt nicht ein. Es wird lediglich die zügige Promotion honoriert und nicht die besonders gründliche oder langsame bestraft. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn die sechsjährige Promotionszeit bspw. im Rahmen einer Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG oder sonstigen Befristung vor Abschluss der Promotion überschritten wurde.¹² § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG ist insoweit nach anerkannter Rechtsprechung des BAG keine „Gesamt“höchstbefristungsdauer zu entnehmen, da sich die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 3 WissZeitVG nur auf die jeweilige Qualifikationsphase und die für diese geltende Höchstbefristungsgrenze bezieht.¹³ Selbiges gilt demgemäß auch in den Fällen, in denen die Promotion während eines noch laufenden Vertrages abgeschlossen und der Vertrag bis zu seinem vereinbarten Ende weiter fortgeführt wird. In diesem Fall bedarf es zwar keines Neuabschlusses des Vertrages,¹⁴ bei einer Verlängerung des Vertrages ist aber darauf zu achten, dass die nach Abschluss der Promotion liegende Befristungszeit bereits einen Teil der Post-Doc-Befristung auf-

gebraucht hat und daher anzurechnen ist. Dies gilt ebenso bei Verbeamten auf Zeit, § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG.¹⁵

II. Kumulation mit anderen Befristungstatbeständen

Der Verlängerungstatbestand nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG kann auch mit anderen promotionsbezogenen Tatbeständen kumuliert werden und so zu einer weiteren Verlängerung der Höchstbefristungsdauer führen.

Dies gilt nicht nur gegenüber den Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG,¹⁶ sondern auch für die Verlängerungen gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1-3 WissZeitVG, nach denen eine betreuungsbedingte Reduktion der Arbeitszeit, ein forschungsbedingter Auslandsaufenthalt oder Elternzeiten, zu einer Verlängerung der Höchstbefristungsgrenzen und – bei bestehendem Arbeitsverhältnis – zu einer einseitigen Verlängerungsoption für den Arbeitnehmer führen können. Insoweit besteht gegenüber § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG kein Anlass zur Anrechnung. Die Verlängerung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG honoriert eine zügige Promotion und verfolgt damit andere Zwecke als die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 5 WissZeitVG. Dies zeigt sich schon daran, dass die Verlängerung gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG unabhängig davon eintritt, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht und sich allein daran orientiert, ob die Promotionszeit den gesetzlich vorgesehenen Sechsjahreszeitraum überschreitet.

III. Praktische Relevanz des Verlängerungstatbestandes

Der Verlängerungstatbestand ist insbesondere für langjährig Beschäftigte und Promovierte relevant.

11 Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 5; vgl. zu § 191 BGB bei der Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG auch Mandler/Wegmann, OdW 2019, 125; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18.

12 BAG, Urteil vom 24. August 2011 – 7 AZR 228/10 mAnm. Preis/Ulber, AP Nr. 1 zu § 1 WissZeitVG; Kramer, ArbR 2012, 71; Hülbach, ArbRB 2012, 43; Karb, öAT 2012, 38; Richter, ZTR 2012, 110; vgl. auch zum HRG: BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR

753/08.

13 BAG, Urteil vom 24. August 2011 – 7 AZR 228/10 –, juris. 23.

14 Ein Vertrag kann gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG erst „nach abgeschlossener Promotion“ vereinbart werden, vgl. BAG Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 –, juris Rn. 31 f.

15 Vgl. auch zur Professurvertretung auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses ArbG Bonn, Urteil vom 12. September 2013 – 1 Ca 491/13 –, juris.

16 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 21/18 –, juris.

Dies sind neben – nicht verbeamteten – Privatdozenten, Habilitierenden oder sonstigen langjährigen Forschern an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen, vor allem auch Ärzte und andere Wissenschaftler an den Universitätsklinikum.¹⁷

Typischerweise schließen Ärzte ihre Promotion während des Studiums oder der anschließenden Zeit als Assistenzarzt ab und werden dementsprechend als Post-Docs für ihre Facharztausbildung befristet beschäftigt.¹⁸ Je nach Art des Facharztes kann diese Ausbildung dabei zwischen sechs und sieben Jahren dauern, wobei sich diese Zeit insbesondere bei Teilzeitbeschäftigung und Elternzeit noch einmal deutlich verlängern kann.¹⁹

Zudem werden gerade promovierte Ärzte und Forscher an Unikliniken oft auch nach der Erlangung des Facharztgrades weiter befristet beschäftigt, um Leitungsaufgaben in der Forschung oder Krankenversorgung – bspw. als Oberarzt oder Facharzt – zu erfüllen.²⁰

Gerade für diese Beschäftigtengruppen ist § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG daher oft die letzte Möglichkeit einer weiteren (befristeten) Beschäftigung an der Hochschule, dem Universitätsklinikum oder der außeruniversitären Forschungseinrichtung. Unbefristete Stellen sind bekanntermaßen rar und gerade an Hoch-

schulen mangelt es oft an entsprechend geeigneten Drittmittelprojekten,²¹ um eine befristete Beschäftigung planbar und dauerhaft sicherzustellen. Gemeinhin haben daher sowohl die Hochschule als auch der Beschäftigte ein Eigeninteresse daran, die Verlängerungszeit möglichst akkurat und ohne unnötige Zuschläge bei der Berechnung der Promotionszeit zu bestimmen, um hierdurch den maximalen, gesetzlichen Befristungsrahmen aus schöpfen zu können.

Die Verlängerung gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG wird allerdings in der Regel erst dann von den Hochschulen – Tag genau – errechnet, wenn neben den gesetzlichen Ausgangsfristen (6 bzw. 9 Jahre) keine anderen, berechnungssicheren Verlängerungstatbestände (insb. § 2 Abs. 1 Satz 4 bis 6, Abs. 5 WissZeitVG) mehr zur Verfügung stehen und auch eine überschlägige Berechnung der Promotionszeiten die von der jeweiligen Abteilung beantragten Endtermine nicht mehr erfassen kann.²²

Bei dem Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG dürfte es sich insoweit um den aufwendigsten Verlängerungstatbestand des WissZeitVG handeln. Hieran dürfte sich auch mit der neuen Rechtsprechung des BAG nichts geändert haben.

17 Das wissenschaftliche Personal der Universitätsklinik wird traditionell in Vertretung der medizinischen Fakultät als Landesbeschäftigte angestellt und gemäß dem zumeist zivilen Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens und der Schulen für nichtärztliche medizinische Berufe zu erfüllen, §§ 11 Abs. 1, 52 Abs. 1 Satz 2, 53 Abs. 1 LHG BW; vgl. auch § 100 LPVG BW, das dem Personalrat der Universitätsklinik ein Anhörungsrecht gewährt; ebenso existieren Mischformen, bei denen Private mit den Aufgaben einer Universitätsklinik beliehen wurden, vgl. § 4 Abs. 5 UKG BW, GABl. BW 25.7.2012 S. 638 f.; Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg, OdW 2016, 217 ff., 222 mwN.

18 BT-Drs. 16/3438, S. 11: „Die Facharztqualifikation von Ärzten oder Ärztinnen, die an einer Hochschule als wissenschaftliche Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen beschäftigt werden, kann innerhalb der in § 2 Abs. 1 geregelten Grenzen erreicht werden. Außerhalb der Universitäten ist die Befristungsmöglichkeit im Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung geregelt. Sollten für Ärztinnen und Ärzte andere Befristungsgrenzen opportun erscheinen, besteht die Möglichkeit zur tarifvertraglichen Modifizierung der Befristungshöchstdauer“.

19 Bei entsprechend betreuungsbedingter Verringerung kann der Zeitverlust gem. § 2 Abs. 5 Nr. 1 WissZeitVG vom Arbeitnehmer zur Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses genutzt werden.

20 Bspw. als Facharzt, Oberarzt oder sog. Funktionsoberarzt. Forschung und Lehre sind in der Medizin mit der Krankenversorgung grundgesetzlich untrennbar miteinander verbunden und damit wechselseitig wissenschaftliche Tätigkeit, vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 = BVerfGE 136, 338 ff.; BVerfG, Beschluss vom 8.4.1981 – 1 BvR 608/79 = BVerfGE 57, 70 ff.; Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg, OdW 2016, 217 ff.

21 Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 40 f.; Mandler, Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg, OdW 2016, 217, 225 f.

22 Muss der gesetzliche Höchstbefristungsrahmen bspw. lediglich um ein Jahr verlängert werden, um eine angemessene Befristungsdauer sicherzustellen, genügt die Feststellung, dass die Promotionszeit jedenfalls weniger als drei Jahre betragen hat, ohne dass die Höchstbefristungsgrenze schon konkreter berechnet werden müsste.

Im Gegenteil ergeben sich aus dieser Rechtsprechung vor allem neue Fehlerquellen, die von einer erschöpfenden Nutzung dieses Verlängerungstatbestandes eher abschrecken dürfte.

B. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die drei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus 2016 und 2019 lassen sich auf Promotion (I.), Beginn (II.), Dauer (III.) und Ende (VI.) der Promotionszeit aufteilen.

I. Beginn der Promotion – BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14²³

In seiner Entscheidung vom 23. März 2016 nahm das BAG zum Beginn der Promotionszeit für die Verlängerung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG am Beispiel einer promovierten Biochemikerin Stellung.

Der Beginn der jeweiligen Promotionszeit sei danach im Grundsatz nach dem jeweiligen Landesrecht oder der Satzung der Universität zu bestimmen. Könne der Beginn hiernach jedoch nicht sicher ermittelt werden, sei der Zeitpunkt von Bedeutung, an dem ein Promotions-thema – ausdrücklich oder stillschweigend – vereinbart wurde. Entsprechende Vorbereitungszeiten, die vor der Vereinbarung des Themas liegen, seien hingegen nicht zu berücksichtigen.

Schon aus der Gesetzeshistorie zu § 57b Abs. 1 HRG²⁴ i.V.m. § 21 Abs. 1 HRG a.F. folge insoweit, dass für den

Beginn der Promotion grundsätzlich an die im Landes- oder Satzungsrecht vorgesehenen „formalen Ereignisse“ anzuknüpfen sei.²⁵ Hieran habe sich auch nach der Normierung im WissZeitVG nichts geändert.²⁶ Andernfalls würde die Anrechnung in einer zweckwidrigen Verkürzung der gesetzlich intendierten – und im Interesse des Beschäftigten stehenden²⁷ – Verlängerungszeiten resultieren.

Danach war die Höchstbefristungsgrenze im zugrundeliegenden Fall überschritten und die Befristungsabrede infolgedessen unwirksam. Aufgrund der jeweiligen Zeitspannen kam es schließlich auch nicht mehr darauf an, ob die Promotionszeit bereits mit der Einschreibung als Doktorandin begonnen hatte²⁸ oder ob die Promotionszeit schon mit der Mitteilung des Prüfungsergebnisses bzw. der Übergabe der Promotionsurkunde geendet hatte.²⁹

II. Dauer der Promotion – BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17³⁰

In seiner vorerst letzten Entscheidung zur Berechnung der Promotionszeit nahm das BAG am 20. August 2019 im Fall einer promovierten Philosophin dazu Stellung, wie die genaue Dauer der Promotionszeit zu berechnen sei.

Nach Auffassung des BAG seien hierzu sämtliche Bearbeitungszeiten aus einer abgeschlossenen und nicht abgeschlossenen Promotion zur „Promotionszeit“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

23 BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG; nachgehend BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1. März 2019, 1 BvR 1976/16; Günther, WissZeitVG – Beginn der Promotionszeit – Verlängerung der Höchstbefristungsdauer, öAT 2016, 169; Kohle, Befristung – WissZeitVG – Höchstbefristungsdauer – Promotionszeit, JR 2018, 214.

24 Zur historischen Entwicklung siehe Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2017, 81 ff.; siehe zur Nichtanrechnung bei Promotionsvorbereitungszeiten gem. § 57c Abs. 3 HRG auch BT-Drs. 13/8796, S. 29; BAG, Urteil vom 20. September 1995 – 7 AZR 184/95 = NZA 1996, 1034.

25 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase, gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses nach Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 1 absolviert wurde. Wer innerhalb oder außerhalb eines solchen Beschäftigungsverhältnisses schneller als in sechs Jahren zum Abschluss einer Promotion gelangt, der kann die eingesparte Zeit in der Postdocphase entsprechend anhängen. Die Anrechnungsregelung stellt sicher, dass die insgesamt zulässige Höchstdauer von zwölf Jahren nicht überschritten wird, andererseits aber auch ausgeschöpft werden kann“.

26 BT-Drs. 16/3438, S. 11: „Bis auf den neuen Satz 3 entspricht Absatz 1 – abgesehen von notwendigen redaktionellen Änderungen – dem bisherigen § 57b Abs. 1 HRG. Die bisherige Rechtslage wird insoweit nicht verändert.“; In der Gesetzesbegründung zum HRG hieß es BT-Drs. 15/4132, S. 20 f.: „Zielsetzung der Regelung ist demgegenüber nicht, den „Nichtverbrauch“ von befristeten Beschäftigungsmöglichkeiten vor Abschluss der Promotion zu honorieren.

Dementsprechend kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob die Promotion im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder außerhalb eines solchen, ob sie im Inland oder im Ausland absolviert wurde. Ebenso wenig kann es maßgeblich sein, ob Zeiten einer Promotion vor oder nach Abschluss eines Studiums liegen“.

27 Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Gerade im ärztlichen Bereich suchen die Beschäftigten vielfach auch eine Entscheidung über ihre unbefristete Weiterbeschäftigung im Bereich der Krankenversorgung. Anderes gilt freilich in der Forschung und gerade auch für Habilitationen. Hier erweist sich der vorgegebene Sechsjahreszeitraum oft als zu kurz und die Hochschulen haben, insbesondere gegen Abschluss der Habilitation, Schwierigkeiten eine befristete Beschäftigung weiter sicherzustellen und weichen hier teils auch auf Beamtenverhältnisse aus. Der Befristungsgrund der „Habilitation“ dürfte unter dem WissZeitVG ebenso nicht mehr zulässig sein, wie der Sachgrund „Promotion“; vgl. hierzu Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 2a, 2b.

28 Siehe hierzu unten C. I. 2.

29 Siehe hierzu dann aber unter B. III.

30 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17 = NZA 2020, 42; Hauck-Scholz, Befristung nach WissZeitVG – Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase, öAT 2020, 11; Schuster, Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase und Anhörung des Personalrats, ArbRAktuell 2020, 40; Schuster, BAG: Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase und Anhörung des Personalrats, FD-ArbR 2020, 424489.

zusammenzurechnen.

Dies folge schon aus dem Wortlaut, der unabhängig von einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis „alle Promotionszeiten“ einbeziehe. Daneben spreche hierfür auch der Zweck der Norm, da nach der Gesetzesbegründung sowohl im WissZeitVG als auch im HRG eine zügige Promotion honoriert werden solle.³¹ Dieser Zweck sei aber nicht realisierbar, wenn eine Promotion mehrfach abgebrochen und schließlich mit einem anderen Thema erfolgreich beendet würde. Das Gesetz habe insoweit vielmehr die wissenschaftliche Qualifizierung durch die Promotionsphase in den Blick genommen. Erfasst seien daher auch Qualifizierungszeiten, die für die Bearbeitung eines Themas aufgewandt wurden, das letztlich aber nicht mit der Promotion abgeschlossen wurde.

Dies führte dazu, dass nicht nur die Zeiten der Klägerin zu dem letztlich mit der Promotion abgeschlossenen Thema zu berücksichtigen waren, sondern auch Zeiten einer ersten, nicht zu Ende geführten Promotion.

Dieser Einwand war der Klägerin schließlich auch im Prozess nicht abgeschnitten, da es Sache der arbeitgebenden Hochschule gewesen wäre, sich nach derartigen Promotionszeiten unter Nutzung ihres *Fragerechts* zu erkundigen. Dass die ersten Promotionszeiten im Lebenslauf der Klägerin nicht angegeben waren, blieb aus diesem Grund für die Entscheidung unerheblich.

Schließlich bedurfte es aufgrund der zeitlichen Verläufe auch keiner Entscheidung mehr darüber, ob die Promotionszeiten der Klägerin an der Universität in Minsk, Weißrussland³², oder die Unterbrechungszeiten zwischen den beiden Promotionsvorhaben an der deutschen Universität O mit in die Berechnung hätten einfließen müssen.³³

III. Ende der Promotion – BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14³⁴

In seiner Entscheidung vom 18. Mai 2016 nahm das BAG schließlich im Anschluss an seine Entscheidung vom 23. März 2016 auch zum Ende der Promotionszeit am

Beispiel eines promovierten Ingenieurs Stellung.

Wie schon für den Beginn der Promotionszeit, sei auch für die Bestimmung des Endzeitpunktes der Promotion auf das Landesrecht, beziehungsweise das Satzungsrecht der jeweiligen Universität, abzustellen. Dies folge wiederum aus der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG³⁵ in Fortführung der Grundsätze des HRG³⁶ und der Entscheidung vom 20. Januar 2010.³⁷

Dabei sei auch darauf zu achten, dass die Landeshochschulgesetze zwischen der Promotion und dem „auf Grund“ der Promotion verliehenen Dokortitels unterschieden und es insoweit nicht unbedingt auf die Verleihung des Dokortitels bzw. die Übergabe der Promotionsurkunde, sondern auf den Abschluss der Promotionszeit nach dem jeweiligen Landes- oder Satzungsrecht ankomme.³⁸

IV. Anmerkung

Der Rechtsprechung des BAG zu Beginn, Dauer und Ende der Promotionszeit ist insbesondere mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern³⁹ und der insoweit klaren Intention des Gesetzes in Bezug auf den Verlängerungsstatbestand zuzustimmen.

Allerdings ist anhand verschiedener Fallgruppen absehbar, dass die Rechtsprechung in der Praxis kaum mit der erforderlichen rechtlichen Präzision umzusetzen ist.

So mag die Anknüpfung an das jeweilige Landes- oder Satzungsrecht zwar dogmatisch richtig, praktisch aber für die Personalabteilungen der Hochschulen kaum zu leisten sein. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die teils komplexen, rechtlichen Regelungen und Feinheiten des jeweiligen Landes- oder Satzungsrechts, sondern beginnt bereits damit, dass die Mehrzahl der einschlägigen Promotionsordnungen bzw. Satzungen der Universitäten nicht oder nicht mehr (online) verfügbar sind.

Die Berechnung der Promotionszeit wird in der Mehrzahl der Fälle erst dann durchgeführt, wenn die Höchstbefristungsgrenzen erreicht sind und sonst keine

31 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase...“.

32 Siehe unten unter C. I. 2. Ausländische Promotion.

33 Siehe unten C. III. 2. Nettopromotionszeit.

34 BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254; Geißler, Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal in der sog. Postdoc-Phase ArbRAktuell 2016, 555.

35 BT-Drs. 16/3438, S. 11; siehe Zusammenfassung der abweichenden Meinungen bei Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 3.

36 § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1 HRG.

37 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08: „Die Vorschriften des HRG, insbesondere § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG regeln nicht, wann eine Promotion i.S.v. § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG

„abgeschlossen“ ist. § 18 Abs. 2 Satz 1 HRG verweist hinsichtlich der Verleihung von Hochschulgraden auf das Landesrecht. Wann eine Promotion i.S.v. § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG abgeschlossen ist, ist daher nach den landesrechtlichen Vorschriften und der jeweiligen Promotionsordnung zu beurteilen.“

38 Relevant können danach bereits das Rigorosum oder die Disputation bzw. die Verkündung des Gesamtergebnisses sein, teilweise aber auch erst die Übergabe schriftlicher Exemplare der Dissertation oder die von einer Zusage eines Verlages abhängige Übergabe der Promotionsurkunde.

39 Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG; vgl. Hansalek, Die neuen Kompetenzen des Bundes im Hochschulrecht, NVwZ 2006, 668; Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479; BAG Urteil vom 21. März 2018 – 7 AZR 437/16.

einfacheren Verlängerungstatbestände mehr greifen. Erforderlich wird damit in der Regel eine mindestens sechsjährige, rückschauende Bewertung unter Beachtung eventueller Übergangsregelungen oder weiterer Promotionsordnungen bei einem Hochschulwechsel sein, die den vom Personalsachbearbeiter eingeplanten, zeitlichen und fachlichen Aufwand um ein Vielfaches übersteigen dürften.

In der Praxis hat sich daher schon seit Längerem eine Bestimmung des Endes der Promotion anhand der im Lebenslauf angegebenen Verleihung des Titels oder entsprechender Bescheinigungen des Dekans bzw. Hochschullehrers etabliert, um so den ansonsten erforderlichen Prüfungsaufwand und das Risiko einer Fehlberechnung möglichst gering zu halten.⁴⁰

Ebenfalls konsequent ist die Verteilung der jeweiligen Berechnungsrisiken über das Fragerecht. Indem der arbeitgebenden Hochschule aufgegeben wird, sich über Promotionsbeginn, -dauer und -ende durch Nachfrage zu vergewissern, wird einem Missbrauch des Verlängerungstatbestandes hinreichend vorgebeugt.

Naturbedingt haben sowohl die Hochschule und grundsätzlich auch der Beschäftigte ein erhebliches Eigeninteresse an einer möglichst langen Verlängerung der Höchstbefristungszeit. Unbefristete Stellen sind bekanntermaßen ein knappes Gut und eine lückenlose Beschäftigung auf der Grundlage von Drittmittelprojekten nach Ablauf der Höchstbefristungszeit nicht immer dauerhaft möglich. Beiden Parteien ist daher daran gelegen die Promotionszeit besonders kurz zu berechnen. Da Fehler bei dieser Berechnung dem Arbeitnehmer aber nicht das Recht abschneiden dürfen, sich hierauf zu berufen⁴¹ und die Entfristung geltend zu machen, muss es im eigenen Interesse der Hochschule liegen, von ihrem Fragerecht erschöpfend Gebrauch zu machen, bevor eine Befristung auf den Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG sicher gestützt werden kann. Das „Risiko“ einer unbefristeten Beschäftigung trägt die Hochschule insoweit allein.

C. Berechnung der Promotionszeit

Die in den Entscheidungen des BAG aufgezeigten Grundsätze sind für die Praxis verbindlich und in bestimmten Grenzen auch praktikabel. Die Urteile erfassen jedoch naturbedingt nicht alle Fallgruppen, die sich den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen im täglichen Umgang mit dem WissZeitVG stellen können und lassen daher insbesondere den nötigen und zulässigen Umfang des hochschulseitigen Fragerechts nicht immer klar erkennen. In einem ersten Zugang ist es daher erforderlich, sich die verschiedenen, möglichen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Beginns (I.), der Dauer (II.) und des Endes (III.) der Promotionszeit zu vergegenwärtigen.

I. Promotion

Ausgangspunkt für die Verlängerung – und dafür, ob eine Post-Doc-Befristung abgeschlossen werden kann⁴² – ist stets die Frage, ob eine „Promotion“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG vorliegt. Dies kann gerade im Zusammenhang mit ausländische Titeln, wie dem Ph.D. nicht immer ohne eingehende Prüfung beantwortet werden:

1. Inländische Promotion

Der Begriff der Promotion wird im WissZeitVG nicht näher erläutert. Bereits zu Zeiten des HRG war jedoch anerkannt, dass der Begriff durch die Gesetze der Länder ausgeformt wird und daher auch insoweit Bindungswirkung für die Befristungsregelungen des Bundes für das Hochschulpersonal entfaltet. Dies gilt auch unter dem WissZeitVG fort und entsprechende Regelungen zur Promotion sind daher auch weiterhin dem jeweiligen Landesrecht zu entnehmen.⁴³

Mit Ausnahme von Ehrengraden⁴⁴ oder sonstigen, nicht von einer anerkannten Hochschule verliehenen Titeln,⁴⁵ sind daher sämtliche Promotionen erfasst, die in

40 Eine Prüfung auf der Grundlage des in der Urkunde angegebenen Datums ist allerdings nicht zu empfehlen, da dieses Datum lediglich den Tag der Ausstellung der Urkunde wiedergibt und mithin nicht die teils erst erheblich später stattfindende Verleihung des Titels angibt, die nach der Promotionsordnung für den Abschluss der Promotion relevant sein kann. Je nach Promotionsordnung ist auch das Datum des Rigorosums/Disputation bzw. die Verkündung des Gesamtergebnisses der Zeitpunkt des rechtlichen Abschlusses des Promotionsthemas.

41 Zum Fall der Falschangabe siehe jedoch unten D. III.

42 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08.

43 § 30 BayHSchG; § 37 LHG BW; Art. 68 BayHSchG; § 34a BerlHG;

§ 64b BremHG; § 69 HmbHG; § 22 HHG; § 42 LHG M-V; § 10 NHG; § 69 HG (NW); § 31 HochSchG (RP); § 63 UG; § 44 SächsHSFG; § 19 HSG LSA; § 57 HSG; § 59 ThürHG.

44 Vgl. hierzu Löwisch/Lutz, Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland, OdW 2017, 101 ff.

45 Vgl. Ziff. 2 Satz 2 KMK: „Dies gilt nicht für Doktorgrade, die ohne Promotionsstudien und -verfahren vergeben werden (sogenannte Berufsdoktorate) und für Doktorgrade, die nach den rechtlichen Regelungen des Herkunftslandes nicht der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation der Studienabschlüsse zugeordnet sind. Die gleichzeitige Führung beider Abkürzungen ist nicht zulässig.“

einem wissenschaftlichen Promotionsverfahren von einer inländischen Hochschule erworben wurden.

Dabei spielt es auch keine Rolle, ob ein Teil der Promotionszeit im Ausland absolviert wurde, bspw. im Rahmen eines Forschungsaufenthalts an einer ausländischen Hochschule. So heißt es schon in den Gesetzesbegründungen zum HRG und WissZeitVG, dass es nicht darauf ankomme, „*ob die Promotion im Inland oder im Ausland absolviert wurde.*“⁴⁶

2. Ausländische Promotion

Schwieriger zu beurteilen sind hingegen die – deutlich zunehmenden – Fälle, in denen die Promotion an einer ausländischen Hochschule absolviert wurde und es sich damit nicht um eine „*deutsche*“ Promotion handelt,⁴⁷ wie sie zu Zeiten des HRG noch der Regelfall gewesen sein mag.⁴⁸ Der Begriff der Promotion war allerdings auch zu Zeiten des HRG nicht unbestimmt, sondern über § 18 HRG a.F. und das jeweilige Landesrecht definiert.⁴⁹

Hieran hat sich auch unter dem WissZeitVG nichts geändert, das die Anerkennung ausländischer Dokortitel dem jeweiligen Landesrecht überlässt⁵⁰ und das auf die „*Vereinbarung der Länder in der Bundesrepublik Deutschland über begünstigende Regelungen gemäß Ziffer 4 der „Grundsätze für die Regelung der Führung ausländischer Hochschulgrade im Sinne einer gesetzlichen Allgemeinenehmigung durch einheitliche gesetzliche Bestimmungen vom 14. April 2000“ (Beschluss der Kultusminis-*

terkonferenz vom 21. September 2001 i.d.F. vom 26. Juni 2015)“ bzw. von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossene Äquivalenzabkommen verweist.⁵¹

Nach dem Beschluss der Kultusministerkonferenz gilt, dass Inhaber von Doktorgraden, die in Mitgliedstaaten der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraumes sowie des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen erworben wurden, den fachlichen Zusatz „*Dr.*“ im Inland „*wahlweise*“ und *ohne Herkunftsbezeichnung* führen dürfen.

Ähnliches gilt für den sich gerade in den Naturwissenschaften – und auch an deutschen Hochschulen⁵² – immer weiter verbreitenden „*Doctor of Philosophy*“ oder „*Ph.D.*“ aus den USA oder Kanada.⁵³ Auch dieser Titel darf wahlweise mit „*Dr.*“ und ohne Angabe des Herkunftslandes abgekürzt werden, sofern die verleihende Einrichtung von der „*Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*“ als „*Research University (high research activity)*“ oder als „*Research University (very high research activity)*“ klassifiziert ist, oder der Titel in Kanada in einem wissenschaftlichen Promotionsvorhaben erworben wurde und der Doktorgrad der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation entspricht.⁵⁴

Inhaber von Doktorgraden aus Russland („*kandidat ...*“⁵⁵) können hingegen die Bezeichnung „*Dr.*“ zwar ohne fachlichen Zusatz, jedoch nicht ohne Herkunftsbezeichnung führen.

Dies vorausgesetzt, könnte anzunehmen sein, dass sämtliche Fälle, in denen der Inhaber den Zusatz „*Dr.*“

46 BT-Drs. 16/3438, S. 12; vgl. wortgleich zum HRG auch BT-Drs. 15/4132, S. 20 f.

47 Vgl. dies wohl pauschal voraussetzend LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4. Juli 2017 – 5 Sa 219/16.

48 Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 16.11.2017 – 17 Sa 418/17.

49 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08.

50 Ziff. 2: „*Dies gilt nicht für Doktorgrade, die ohne Promotionsstudien und -verfahren vergeben werden (sogenannte Berufsdoktorate) und für Doktorgrade, die nach den rechtlichen Regelungen des Herkunftslandes nicht der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation der Studienabschlüsse zugeordnet sind. Die gleichzeitige Führung beider Abkürzungen ist nicht zulässig.*“

51 Äquivalenzabkommen bestehen mit: Bolivien, China, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Niederlande, Österreich, Polen, Schweiz, Slowakei, Spanien, Tschechien, Ungarn, Zypern; vgl. <https://www.kmk.org/zab/zentralstelle-fuer-auslaendisches-bildungswesen/allgemeines-zur-anerkennung-veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2345>.

52 Vgl. bspw. Art. 66 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG: „*Für Abschlüsse in Studiengängen nach Art. 64 Abs. 2 [Promotion] kann auch der*

Grad „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ verliehen werden.“

53 Ziff. 4 KMK: „*Inhaber von folgenden Doktorgraden 4.1 Australien: „Doctor of ...“ mit jeweils unterschiedlicher Abkürzung 4.2 Israel: „Doctor of ...“ mit jeweils unterschiedlicher Abkürzung 4.3 Japan: „Doctör of ...“ (hakushi ...) 4.4 Kanada: „Doctör of Philosophy“ – Abk.: „Ph.D.“ 4.5 Vereinigte Staaten von Amerika: „Doctör of Philosophy“ Abk.: „Ph.D.“; sofern die verleihende Einrichtung von der „Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching“ als „Research University (high research activity)“ oder als „Research University (very high research activity)“ klassifiziert ist.*“

54 1. Ebene: Bachelor, 2. Ebene: Master; 3. Ebene: Wissenschaftliche Promotion; Doktorgrade, die der 3. Ebene nicht zugeordnet werden können, sind in der Originalform zu führen.

55 Ziff. 3.1 KMK: „*kandidat architektury; kandidat biologiceskich nauk; kandidat chimiceskich nauk; kandidat farmacevticeskich nauk; kandidat filologiceskich nauk; kandidat fiziko-matematiceskich nauk; kandidat geograficeskich nauk; kandidat geologomineralogiceskich nauk; kandidat iskusstvovedenija; kandidat medicinskich nauk; kandidat psihologiceskich nauk; kandidat selkchohozjajstvennych nauk; kandidat techniceskich nauk; kandidat veterinarnych nauk.*“

mit oder ohne fachlichen Zusatz oder Herkunftsbezeichnung führen kann, unter den insoweit unbeschränkten Begriff der „Promotion“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG fallen.⁵⁶

Indes haben die Länder durch die Anerkennung des Beschlusses der Kultusministerkonferenz und der Unterscheidung nach Doktorgraden mit und ohne fachlichen Zusatz oder Herkunftsbezeichnung weithin zum Ausdruck gebracht, dass zwischen den inländischen und ausländischen Dokortiteln materielle Unterschiede bestehen, die in Verkehr durch den jeweiligen Zusatz angezeigt werden müssen.

Gleichermaßen ist dem Landesrecht insoweit aber auch zu entnehmen, dass es ausländische Titel gibt, die als materiell gleichwertig eingestuft und daher unterschiedslos zu einem im Inland verliehenen Titel geführt werden können. Diese Unterscheidung ist auch im Rahmen des WissZeitVG zu beachten:

Handelt es sich um einen ausländischen Titel, der ohne jeglichen Zusatz im Inland mit „Dr.“ geführt werden kann, liegt eine Promotion im Sinne des WissZeitVG vor. Die Ermittlung der Promotionszeit und des Promotionsbeginns richtet sich insoweit in einem ersten Schritt nach dem Landesrecht und im zweiten Schritt nach dem Recht des ausländischen Staates bzw. der Satzung der ausländischen Hochschule, wobei vorsorglich – und aus praktischen Gründen sowie in Ermangelung eigener Kenntnisse der Hochschule zur ausländischen Promotion – auf die Zeitspanne zwischen dem vom Beschäftigten angegebenen Beginn der Promotion und der Verleihung des Titels abzustellen sein dürfte.⁵⁷

Anderes gilt hingegen für ausländische Grade, die nur mit fachlichem Zusatz und/oder Herkunftsnachweis im Inland geführt werden können. Einem ausländischen Titel die Qualität einer Promotion nur aufgrund fehlender Auflistung im Landesrecht bzw. dem Beschluss der Kultusministerkonferenz oder der Existenz eines Äquivalenzabkommens abzulehnen, erscheint jedoch unangemessen und mit Blick auf das Gleichbehandlungsge-

bot in Art. 3 Abs. 1 GG willkürlich. Insoweit besteht daher zwar keine gesetzliche Vermutung für die materielle Gleichwertigkeit zur inländischen Promotion, es wird sich aber im Einzelfall immer noch feststellen lassen, ob der ausländische Titel dem inländischen ebenbürtig ist. Freilich wird sich dann im Einzelnen auch trefflich darüber streiten lassen, ab wann „materielle Gleichwertigkeit“ vorliegt, denn die Qualität und der Aufwand schwanken bekanntermaßen auch bei inländischen Promotionen mitunter erheblich. Richtigerweise wird insoweit der durchschnittliche Aufwand und fachliche Schwierigkeitsgrad einer inländischen Promotion aus dem jeweiligen Fachbereich Vergleichsmaßstab sein und im Zweifel eine Gleichwertigkeitsprüfung angestrengt werden müssen.

3. Sonderfall: Ph.D. im Inland

Einen Sonderfall stellt der Ph.D. dar, der von einer deutschen Hochschule verliehen wurde. Gem. Art. 66 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG gilt etwa: „Für Abschlüsse in Studiengängen nach Art. 64 Abs. 2 kann auch der Grad „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ verliehen werden“, wobei in Art. 64 Abs. 2 BayHSchG die gesonderten Promotionsstudiengänge geregelt werden. In § 31 Abs. 3 Satz 2 BbgHG heißt es weiter: „Die Verleihung kann auch in Gestalt des Doktorgrades „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ erfolgen.“ Ähnlich heißt es § 38 Abs. 2 Satz 6 LHG BW: „Für Abschlüsse nach Satz 5 [Doktorandenkollegs] kann auch der Grad »Doctor of Philosophy (Ph.D.)« verliehen werden.“ und § 70 Abs. 4 Satz 2 HmbHG: „Für Abschlüsse nach Absatz 5 Satz 4 [Promotion] kann in geeigneten Fächern an Stelle des Doktorgrades der Grad „Doctor of Philosophy“ verliehen werden; der Grad kann in der abgekürzten Form „Ph.D.“ oder als Doktorgrad nach Satz 1 geführt werden.“ Ähnliches gilt in Sachsen, § 40 Abs. 10 Satz 1 SächsHSFG: „Universitäten können Promotionsstudiengänge einrichten, die den Abschluss „Doctor of Philosophy (Ph. D.)“ ermöglichen.“ und Thüringen § 58 Abs. 4 Satz 1 ThürHG:

56 Ob auch bei ausländischen Titeln zwischen Promotion und Verleihung des Dokortitels unterschieden werden muss (vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG), richtet sich insoweit dann nach dem, der ausländischen Promotion, zugrundeliegenden Landesrecht, was die akkurate Ermittlung der tatsächlichen Promotionszeit freilich nicht leichter macht.

57 Auch hier gilt, dass bloße Vorbereitungszeiten nicht in die Promotionszeit fallen,

vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 unter C. II. 7. Zu berücksichtigen ist insoweit allerdings, dass das ausländische Recht den Beginn der Promotionszeit an formale Ereignisse knüpfen kann (bspw. die Einschreibung als Promotionsstudent). Den Hochschulen wird insoweit nicht zuzumuten sein, sich im Einzelnen über das ausländische Recht zu vergewissern. Sie dürfen daher auf entsprechende Angaben des Beschäftigten vertrauen, sofern diese in sich nachvollziehbar sind.

„Aufgrund der Promotion oder aufgrund einer Hochschulprüfung, mit der ein Promotionsstudiengang nach § 61 Abs.4 abgeschlossen wird, verleiht die Hochschule den Doktorgrad oder den Grad „Doctor of Philosophy“ („Ph. D.“).“ In § 56 Abs. 1 Satz 2 HSG heißt es schließlich: „Sieht die Promotionsordnung einer Hochschule aufgrund von § 54 Absatz 3 Satz 1 oder § 54a Absatz 1 Satz 5 die Verleihung des Doktorgrades in der Form des „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ vor, kann dieser Titel alternativ auch in der abgekürzten Form „Dr.“ geführt werden; eine gleichzeitige Führung der Abkürzungen „Ph.D.“ und „Dr.“ ist nicht zulässig“.

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass zwischen den Ländern im Wesentlichen Konsens darüber besteht, dass ein Ph.D. dem Dokortitel in wissenschaftlicher Hinsicht gleichgestellt ist und ebenso wie dieser „aufgrund der Promotion“ bzw. nach den für diese geltenden Anforderungen von einer Hochschule verliehen werden kann. Aufgrund des insoweit bestehenden materiellen Gleichlaufs kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass auch ein, von einer deutschen Hochschule, verliehener Ph.D. eine Promotion im Sinne des WissZeitVG darstellt und demgemäß den Eintritt in die Post-Doc-Phase und Zugang zum Verlängerungstatbestand gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG begründen kann.

II. Beginn der Promotion

Neben dem Landes- und Satzungsrecht bzw. der Vereinbarung des Promotionsthemas sind noch weitere Anknüpfungspunkte zur Ermittlung des Promotionsbeginns denkbar. Im Grundsatz ist dabei stets vorauszusetzen, dass zwischen Doktorand und Hochschullehrer Einigkeit über die Anfertigung und Betreuung einer Promotion zu einem bestimmten Promotionsthema besteht. Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor,

scheidet im Grundsatz auch der Beginn einer Promotion aus:

1. Einschreibung als Promotionsstudent

Die Einschreibung als Promotionsstudent begründet nach den jeweiligen Bestimmungen der Hochschule zweifellos eine Vermutung für den Beginn der Promotionszeit.⁵⁸

Allerdings muss beachtet werden, dass es sich insoweit nicht um eine unwiderlegliche Vermutung handelt und im Zweifel auf die Vergabe des Themas abzustellen ist.⁵⁹ Wenngleich sich dieses Rangverhältnis so nicht aus der Entscheidung des BAG vom 23. März 2016⁶⁰ ohne Weiteres gewinnen lässt, ist die Notwendigkeit einer derart formalen Betrachtung der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, die den tatsächlichen Beginn der Promotion in den Blick nimmt.⁶¹

Die Einschreibung als Promotionsstudent setzt nicht immer voraus, dass bereits ein konkretes Thema vergeben wurde. Je nach Hochschule genügt bereits eine abstrakte Zusage eines Hochschullehrers über die Betreuung als Doktorand für die Immatrikulation, die sich bereits aus steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Gründen möglichst nahtlos an ein beendetes Studium und die hieraus folgende Exmatrikulation anschließen sollte.

Ebenso bietet die Immatrikulation als Promotionsstudent keine Gewähr dafür, dass ein Thema nicht bereits vorher vergeben, vereinbart und mit dessen Bearbeitung begonnen wurde. Die Immatrikulation ist als solche vielfach auch vom Abschluss entsprechender Promotionsvereinbarungen oder der Zulassung als Doktorand durch den Promotionsausschuss abhängig, die ihrerseits bereits die Vergabe eines Themas voraussetzen. Darüber hinaus erfolgt die Immatrikulation nicht

58 Vgl. § 21 HRG a.F.

59 Vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54.

60 BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr 5 zu § 2 WissZeitVG.

61 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase, gleichgültig, ob

sie innerhalb oder außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses nach Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 1 absolviert wurde. Wer innerhalb oder außerhalb eines solchen Beschäftigungsverhältnisses schneller als in sechs Jahren zum Abschluss einer Promotion gelangt, der kann die eingesparte Zeit in der Postdocphase entsprechend anhängen“.

prompt mit der Anmeldung, sondern dauert einige Zeit, sodass sich die Immatrikulation (insbesondere, wenn diese semestergebunden ist) und die eigentliche Promotionszeit nicht decken.

Selbiges gilt auch im Bereich der Medizin,⁶² in dem die Promotion oft ohne oder nur mit geringer Unterbrechung des Studiums durchgeführt wird⁶³ und daher keine Einschreibung als Promotionsstudent erfolgt. Ähnliches gilt für Doktoranden, die neben einer Voll- oder Teilzeitbeschäftigung berufstätig sind und aus diesem Grund nicht mehr als Promotionsstudenten immatrikuliert sind oder werden können.

Die Feststellung des Immatrikulationszeitpunkts für ein Promotionsstudium begründet daher nicht immer Gewähr für eine richtige Ermittlung des Promotionsbeginns. Aufgrund der insoweit bestehenden strukturellen Schwächen des Promotionsstudiums dürfte eine Hochschule ihr Fragerecht daher nicht vollständig ausgeübt haben, wenn lediglich nach dem Datum der Immatrikulation gefragt wird.

2. Zulassung zur Promotion

Von der Einschreibung als Promotionsstudent ist die Zulassung der Promotion durch den jeweiligen Promotionsausschuss zu unterscheiden. Diese Zulassung erfolgt teilweise mit Beginn der Promotionszeit, teilweise aber auch erst kurz vor Abschluss und Einreichung der Arbeit. Je nach Promotionsordnung kann daher auch insoweit ein Rückschluss auf den Beginn der Promotion zulässig sein.⁶⁴ Allerdings dürfte auch hier im Regelfall das Datum der eigentlichen Themenvergabe vor dem Zulassungstermin liegen, weshalb der Zulassung wiederum lediglich die Wirkung einer Vermutung zukommt, deren Zutreffen durch die Aus-

übung des Fragerechts von der Hochschule zu überprüfen ist.

3. Promotionsvereinbarung

Infolge der Empfehlung des Präsidiums der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) „Zur Qualitätssicherung im Promotionsverfahren“ vom 23. April 2012⁶⁵ ist der Abschluss von Promotions- bzw. Betreuungsvereinbarungen weithin in die Landeshochschulgesetze und Promotionsordnungen aufgenommen worden.⁶⁶

Bekanntermaßen regeln diese Vereinbarungen die grundlegenden Anforderungen an Betreuende und Doktoranden, wobei die Verantwortung des Hochschullehrers bereits mit der Themenstellung beginnt und der Abschluss einer Promotionsvereinbarung daher einen Anhaltspunkt für den Beginn und die Dauer der Promotionszeit bieten soll.⁶⁷

Wenngleich die Promotionsvereinbarung im Einzelfall die tatsächliche Promotionszeit korrekt abbilden kann, so wird im Grundsatz hieraus aber allenfalls ein Indiz folgen können.

Der Abschluss von Promotionsvereinbarungen war jedenfalls vor den Empfehlungen der Hochschulrektorenkonferenz und der Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Landeshochschulgesetze nicht zwingend und bietet daher für Promotionen aus dieser Zeit weder einen tauglichen Ansatzpunkt für das Fragerecht noch für die Ermittlung der Promotionszeit.

Ähnliches gilt aber auch für Promotionen, bei denen eine solche Vereinbarung abgeschlossen wurde. Vielfach wird der Abschluss dieser Vereinbarungen als lästig empfunden und daher nicht, verspätet oder mit einem generischen Inhalt vorgenommen, der nach den Landeshochschulgesetzen und Promotionsordnungen kei-

62 Vgl. zu § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG noch: BAG, Urteil vom 02. September 2009 – 7 AZR 291/08: „Dies gilt nur für wissenschaftliche Mitarbeiter der medizinischen Fachrichtungen (Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin), nicht für andere in der medizinischen Forschung tätige wissenschaftliche Mitarbeiter“.

63 Vgl. *Rambach*, in: *Arnold/Gräfl, TzBfG*, 4. Aufl, *WissZeitVG* § 2 Rn. 15.

64 Vgl. *LAG Hamburg*, Urteil vom 27. September 2017 – 6 Sa 44/17: „Die Entscheidung des Prüfungsausschusses über die Zulassung zur Promotion nach § 3 Abs. 1 der Promotionsordnung des Fachbe-

reichs Psychologie der Universität Hamburg ist ein solches formales Ereignis, das den Zeitpunkt des Beginns der Promotion bestimmt. Nach diesem Zeitpunkt liegende Zeiträume der Befassung mit der Promotion sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen“.

65 Abrufbar unter: <https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/zur-qualitaetssicherung-in-promotionsverfahren/>.

66 *Löwisch/Würtenberger*, *Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren*, *OdW* 2014, 103.

67 *Preis/Ulber*, *WissZeitVG*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54 mwN.

nen Einfluss auf den tatsächlichen Beginn der Promotion hat. So ist es durchaus üblich, eine Promotionsvereinbarung bereits dann abzuschließen, wenn zwar die Annahme als Doktorand, nicht aber das konkrete Thema feststeht.⁶⁸

Ebenso sind Fälle bekannt, in denen die Vereinbarungen erst nach einiger Zeit oder kurz vor Abschluss der Promotion geschlossen werden, um die Anforderungen der Landesbestimmungen oder der Promotionsordnung für die Zulassung der Promotion zu erfüllen, vgl. § 38 Abs. 5 Satz 2 HS 1 LHG BW.⁶⁹

Mit der tatsächlichen Promotionszeit hat der Abschluss einer Betreuungsvereinbarung dementsprechend nicht zwingend zu tun und bietet so nur dann eine belastbare Stütze, wenn das Datum der Themenvergabe darin vermerkt ist und die Vereinbarung als Privaturkunde den Beweis über den Promotionsbeginn erbringt, § 416 ZPO. Insoweit muss stets auch im Blick behalten werden, dass Ziel der Promotionsvereinbarung nicht die Dokumentation von Verlängerungszeiten im Sinne des WissZeitVG oder die Vereinbarung auf eine lückenlose Erfassung aller Umstände angelegt ist. Festgehalten werden darin vielmehr nur die Grundsätze der Betreuung und Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zwischen Doktorand und Hochschullehrer, denen die Einzelheiten des WissZeitVG insoweit in der Regel nicht geläufig oder wichtig bei Abschluss sein dürften.

Promotionsvereinbarungen ersetzen daher weder positiv noch negativ eine Prüfung oder Frage der anstellenden Hochschule nach der tatsächlichen Promotionszeit.

4. Konkludente Promotionsvereinbarung

Obschon eine Promotionsvereinbarung oder Vereinbarung eines Promotionsthemas grundsätzlich schriftlich erfolgen sollte, ist dies – insbesondere in der Vergangenheit – nicht immer der Regelfall. Vielfach wird die Promotion gerade mit am Lehrstuhl beschäftigten Mitarbeitern lediglich mündlich besprochen und der Promotionsbeginn stillschweigend vorausgesetzt, ohne dass im Einzelnen über den Beginn der Promotion gesprochen wird. Dies ist insoweit unschädlich, als zwischen dem Hochschullehrer und dem Doktoranden nicht nur über die Promotion und deren Betreuung durch den Hoch-

schullehrer Einigkeit besteht, sondern zeitgleich auch ein bestimmtes Promotionsthema (als Arbeitstitel) vorliegt. Erklärungen, die lediglich den beiderseitigen Willen zur Promotion ohne bestimmtes Thema enthalten, sind demgegenüber unerheblich und der nicht auf die Verlängerungszeit anzurechnenden Vorbereitungsphase zuzurechnen.

Auch in diesen Fällen ist die Hochschule daher gehalten, durch die Ausübung ihres Fragerechtes entsprechende Angaben vom Beschäftigten einzuholen und diesen darüber aufzuklären, dass die Vergabe des Themas ggf. auch stillschweigend oder mündlich erfolgt sein kann.

5. Erklärung des Doktoranden oder Hochschullehrers

Zulässiges und belastbares Mittel zur Bestimmung des Promotionsbeginns sind hingegen entsprechende Erklärungen des Doktoranden oder Hochschullehrers über den Beginn – sowie die Dauer und das Ende – der Promotion.⁷⁰

Werden entsprechend unterzeichnete Dokumente vorgelegt, erbringen diese als Privaturkunden den Beweis über den Promotionsbeginn, § 416 ZPO.

Ebenso möglich und noch beweiskräftiger, sind eidesstattliche Versicherungen des Doktoranden: „Hiermit versichere ich _____, in Kenntnis der Strafbarkeit einer vorsätzlichen oder fahrlässig falsch abgegebenen eidesstattlichen Versicherung, Folgendes an Eides statt: Die Bearbeitung meines Promotionsthemas _____ habe ich am _____ mit Herr/Frau Prof. _____ vereinbart.“

Anderes kann jedoch dann gelten, wenn die Hochschule erhebliche Zweifel (bspw. aufgrund von Widersprüchen gegenüber dem Lebenslauf) am Inhalt der Erklärung haben muss. In diesem Fall wird die Hochschule den Inhalt der Erklärungen nicht ohne Weiteres übernehmen können, sondern muss sich durch entsprechende Nachfrage über die jeweiligen Angaben versichern. Im Grundsatz darf die Hochschule jedoch auf die Korrektheit der jeweiligen Angaben vertrauen und diese ihrer Berechnung als richtig zugrunde legen.

6. Verwertung bereits vorhandener Forschung

Unter einem schleichenden Promotionsbeginn ist zu verstehen, dass eine Master-Arbeit oder eine andere wis-

68 Gem. § 38 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 LHG BW ist zwar „Zeitpläne“ für das „Dissertationsprojekt“ anzugeben. Dies schließt eine abstrakte Bereichsangabe ohne konkretes Thema jedoch nicht aus und wird je nach Hochschullehrer unterschiedlich gehandhabt.

69 „Über die Annahme als Doktorandin oder Doktorand entscheidet der bei der Fakultät eingerichtete Promotionsausschuss nach

Abschluss der Promotionsvereinbarung“.

70 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15. November 2013 – 10 Sa 596/13 = BB 2014, 1011; nachgehend BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG; AR-Löwisch § 1 WissZeitVG Rn. 2; Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Kap X Rn. 170; KR-Treber § 2 WissZeitVG Rn. 27.

senschaftliche Anfertigung, bspw. eine Seminararbeit, die Grundlage bildet, um die Promotion anzufertigen.

Auch in diesem Fall handelt es sich jedoch nicht um Promotionszeiten, sondern um unerhebliche Vorbereitungszeiten. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Promotion schließlich ganz oder in Teilen auf das jeweils vorbereitete Thema bezieht oder dieses sogar verwertet (was gerade im naturwissenschaftlichen Bereich nicht unüblich ist). Insoweit fehlt die für die Promotionszeit konstitutive Anerkennung eines Themas und die Betreuungszusage des Hochschullehrers.

7. Themenfindungsphase – Exposé

Die Themenfindungsphase ist als solche für den Beginn der Promotionszeit ohne Bedeutung. Ist ein bestimmtes Thema nicht mit einem Hochschullehrer besprochen und als promotionstauglich befunden, handelt es sich um allgemeine wissenschaftliche Qualifizierungs- bzw. Vorbereitungsarbeiten, die nicht in die Promotionszeit miteinzubeziehen sind.

Demgemäß sind auch Zeiten, in denen ein Exposé für die Bewerbung als Doktorand vorbereitet wird, noch nicht in die Promotionszeit einzurechnen, und dies auch dann nicht, wenn das Thema schließlich zum Promotionsthema wird. Die Promotion besteht als solche nicht allein aus einem Thema, sondern der Erklärung der Hochschule bzw. des Hochschullehrers, dieses als Promotionswürdigung anzuerkennen und zu betreuen.

8. Promotionsstipendium

Der Beginn eines Promotionsstipendiums kann Aufschluss über den Beginn und die Mindestdauer der Promotionszeit geben.⁷¹

Im Regelfall dürfte die Vereinbarung eines Promotionsthemas jedoch der Bewerbung für ein Stipendium vorangehen. Insbesondere ist in der Regel ein Empfehlungsschreiben / Gutachten des betreuenden oder eines anderen Hochschullehrers erforderlich, sodass die Bewerbung als solche nach der Themenvergabe datiert und daher nur noch Bestätigung für den angegebenen Promotionsbeginn sein kann.

Die Frage nach einem Promotionsstipendium ist daher fakultativ und kann allenfalls Widersprüche gegenüber den vom Beschäftigten angegebenen Promotionszeiten und damit eine Nachfrageobliegenheit der Hochschule begründen.

9. Forschung im Ausland zur inländischen Promotion

Ob die Forschung für die Promotion im In- oder Ausland begonnen wird, ist unerheblich.⁷²

Ebenso unerheblich ist, wenn zunächst oder nur eine ausländische Promotion begonnen wird, sofern diese den Anforderungen an eine Promotion im Sinne des WissZeitVG entspricht.⁷³

Die Hochschule muss sich daher präventiv auch danach erkundigen, ob eine Promotion im Ausland begonnen wurde, bzw. darauf hinweisen, dass eine im Ausland durchgeführte Forschung bei laufender Promotion zu berücksichtigen ist.

10. Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung

Eine Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung geht als solche nicht zwingend mit der Promotionszeit einher. Vielmehr ist es, wie auch in der Post-Doc-Phase, nicht erforderlich, dass tatsächlich eine Promotion in der Promotions- oder Qualifizierungsphase gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG angestrebt wird.⁷⁴ Für die Ermittlung des Promotionsbeginns ergeben sich insoweit keine Abweichungen. § 2 Abs. 3 WissZeitVG findet ebenso keine Anwendung.⁷⁵ Relevant ist die Promotions- und nicht die Beschäftigungszeit.

III. Dauer der Promotion

Wie auch für den Beginn, existieren verschiedene Anknüpfungspunkte für die Ermittlung der Dauer der Promotionszeit:

1. Landesrecht und Satzung der Universität

Die Länder und Hochschulen können Regelungen zur Dauer der Promotion bzw. Anforderungen für deren Unterbrechung bestimmen. Ist dies der Fall, kann die Promotionszeit als entsprechend verkürzt angesehen

71 Vgl. BT-Drs. 15/4132 S. 20: „Während bei einem Promotionsstipendium (formale) Brutto- und (tatsächliche) Nettopromotionszeit im Zweifel identisch sind...“; siehe auch KR-Treber § 2 WissZeitVG Rn. 26.

72 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Dementsprechend kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob die Promotion im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder außerhalb eines solchen, ob sie im Inland oder im Ausland absolviert wurde. Ebenso wenig kann es maß-

geblich sein, ob Zeiten einer Promotion vor oder nach Abschluss eines Studiums liegen“; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54.

73 Siehe oben C. I. 2.

74 Vgl. LAG Hamburg, Urteil vom 27. September 2017 – 6 Sa 44/17; BT-Drs. 15/4132, S. 20; die Bezeichnung „Pre-Post-Doc-Phase“ ist daher unpassend.

75 Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55.

werden. Allerdings wird die Hochschule sich gerade in diesen Fällen durch eine Nachfrage über die tatsächliche Unterbrechung vergewissern müssen, um einem eventuellen Missbrauch oder falschen Vorstellungen des Beschäftigten vorzubeugen bzw. hierüber aufzuklären.

Wird die Hochschule, nachdem die Promotion bereits begonnen wurde, gewechselt und gelangen sodann die Regelungen einer anderen Hochschule und ggf. auch eines anderen Landes zur Anwendung, so bleiben die im Zeitpunkt des Beginns geltenden Regelungen weiter anwendbar. Dauer und Ende der Promotionszeit bestimmen sich nach dem Wechsel allerdings nach den neuen Regelungen.

Teilweise sehen die Promotionsordnungen aber Übergangsregelungen vor, die auch nach einem Wechsel noch den Abschluss der Promotion an der ursprünglichen Hochschule binnen einer bspw. Zweijahres-Frist erlauben. In diesen Fällen bleibt es bei einer einheitlichen Anwendung des Ursprungsrechts.

2. Nettopromotionszeit

Nettopromotionszeiten, bei denen auf die tatsächlich auf die Promotion verwendete Zeit abgestellt wird, sind anzuerkennen⁷⁶ und können die Dauer der Promotion verringern.

Wie bereits in der Gesetzesbegründung zum Hochschulrahmengesetz etabliert, können wesentliche Unterbrechungen der Promotion dazu führen, dass die Promotionszeit verkürzt wird:⁷⁷

„Aus der Zielsetzung des § 57b Abs. 1 Satz 2 HS 2 HRG ergibt sich zugleich, dass es bei der Berechnung der Promotionszeiten ohne Beschäftigungsverhältnis auf eine formale Betrachtung dann nicht ankommen kann, wo diese zu offensichtlich sinnwidrigen Ergebnissen führen würde. Während bei einem Promotionsstipendium (formale) Brutto- und (tatsächliche) Nettopromotionszeit im Zweifel identisch sind, ist dies etwa bei Promotionen im Bereich der Medizin regelmäßig nicht der Fall. Hier liegt es deshalb nahe, bei der Berechnung der Promotionszeiten ohne Beschäftigungsverhältnis solche Zeiten der medizinischen Ausbildung nicht zu berücksichtigen, die typischerweise nicht für die Promotion genutzt werden (können). Der Gesetzeswortlaut steht dem Abstellen auf eine Nettopromoti-

onszeit, wenn diese aufgrund Kriterien ermittelt wird, nicht entgegen.“

Hieran hat sich auch unter dem WissZeitVG nichts geändert.⁷⁸ Eventuelle Bedenken im Zusammenhang mit dem hieraus resultierenden Missbrauchspotential sind zwar theoretisch denkbar,⁷⁹ praktisch aber nicht relevant.

Einerseits haben die Beschäftigten in der Regel keine fundierten Kenntnisse über die Zusammenhänge zwischen der Promotionszeit und der Befristungsdauer, zumal die Angaben zur Promotionszeit in der Regel zu Beginn der Post-Doc-Phase gemacht werden.

Auf der anderen Seite kann die Hochschule kein Interesse daran haben, den Beschäftigten zur Falschangabe anzuleiten. In diesem Fall wäre eine auf entsprechenden Angaben geschlossene Befristungsabrede – da zu lang – unwirksam, der Beschäftigte nicht an seine jeweiligen Angaben gebunden und ein entsprechend zu lang befristetes Beschäftigungsverhältnis unbefristet. Diesem Risiko wird sich keine Hochschule freiwillig aussetzen, zumal es ihr aufgrund ihrer Fürsorgepflicht und Grundrechtsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) ohnehin untersagt ist, an den Tatsachen vorbei Verlängerungszeiten zu schaffen.

Ziel des WissZeitVG ist nicht eine überschlägige Berechnung der Promotionszeiten zulasten des Promovierenden, sondern die Honorierung einer tatsächlich zügigen Promotion. Diese Zwecke würden vereitelt, wenn auch Zeiten eingerechnet würden, in denen nachweislich keine Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema über einen längeren Zeitraum stattgefunden hat.

Allerdings ist die Nettopromotionszeit nicht dahingehend zu verstehen, dass sämtliche Zeiten, in denen sich der Beschäftigte (nachweislich⁸⁰) nicht mit der Promotion auseinandergesetzt hat, herauszurechnen wären. Vielmehr bedarf es handfester Kriterien und bestimmbarer, in sich abgeschlossener Zeiträume, um die Nettopromotionszeit sicher berechnen zu können.⁸¹

Die Promotion ist ein in der Regel zusammenhängender Zeitraum, der durch die stetige Auseinandersetzung mit einem wissenschaftlichen Thema geprägt ist und dessen Bearbeitung nicht immer nach außen in Erscheinung treten muss. Ob die Promotion im „Café um

76 Vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 47.

77 BT-Drs. 15/4132, S. 20.

78 Vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18.

79 Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54 mwN.

80 Anders als beim Verlängerungsstatbestand für Kinderbetreuung gibt es gerade keine gesetzliche Vermutung und ein Nachweis ist erforderlich; vgl. LAG Köln, Urteil vom 27. April 2012 – 4 Sa 1320/11.

81 Vgl. auch LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18: „Der Gesetzeswortlaut stehe dem Abstellen auf eine Nettopromotionszeit, wenn diese auf Grund nachvollziehbarer Kriterien ermittelt werde, nicht entgegen (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft, BT-Drucks. 16/3438, S. 12 – Hervorhebung durch die Unterzeichner)“.

die Ecke“ oder im Doktorandenzimmer einer Bibliothek, am Lehrstuhl oder an den Wochenenden neben der Vollzeitbeschäftigung entsteht, ist insoweit irrelevant.

Zwischen Beginn und Ende der Promotionszeit sind daher nur solche Zeiten herauszurechnen, in denen eine gedankliche Auseinandersetzung mit der Promotion entweder objektiv unmöglich war oder nach der Erklärung des Doktoranden nicht stattgefunden hat. Beispiele für eine solche Unterbrechung sind bspw. eine längere Krankheit⁸², Mutterschutz und Elternzeit, sofern der Beschäftigte erklärt, nicht an der Promotion gearbeitet zu haben, oder auch die Betreuung von Angehörigen. Das WissZeitVG zeigt insoweit durch seine familienpolitischen Komponenten bereits deutlich, dass dem Beschäftigten aus der Familienbetreuung keine Nachteile entstehen sollen. Eine Anrechnung der Promotionszeiten würde diesen Zwecken aber erkennbar entgegenwirken.

Daneben sind Unterbrechungen der Promotionszeit anzuerkennen, wenn die Promotion während des Studiums begonnen hat und sodann weiterstudiert wird, ohne dass weiter an der Promotion gearbeitet und dies vom Beschäftigten auf Nachfrage erklärt wird. Ziel des Verlängerungstatbestandes ist es nicht, denjenigen zu bestrafen, der bereits zu Studienzeiten mit der Promotion beginnt.

3. Forschungsaufenthalt im Ausland

Promotionsbezogene Forschungsaufenthalte im Ausland sind auf die gesetzliche Promotionszeit anzurechnen und können gleichzeitig auch zu einer Verlängerung eines ggf. bestehenden Arbeitsverhältnisses gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG führen.

Ein Widerspruch ergibt sich hieraus nicht. Der Verlängerungstatbestand bezieht sich insoweit lediglich auf den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus resultierende Anrechnung auf die Höchstbefristung. Der Verlängerungstatbestand für zügige Promotionen steht hingegen außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses und honoriert andere Zwecke. Eine Kumulation der beiden Verlängerungstatbestände ist daher ohne Weiteres möglich.

Erfolgt ein Auslandsaufenthalt während der Promotionszeit, ohne dass es zu einer Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema kommt (etwa weil sich die Gele-

genheit anbot, an einer promotionsfremden Forschung an einer renommierten ausländischen Universität mitzuwirken), so kann diese Zeit von der Bruttopromotionszeit abzuziehen sein. Dies wird allerdings nur dann sicher anzunehmen sein, wenn es sich um artfremde Forschung handelt, die der begonnenen Promotion insoweit und auch allgemein keinen Vorschub leistet. Dies wird nur im Ausnahmefall gegeben sein.

Im Zweifel müssen entsprechende Zeiten daher angerechnet und von der Hochschule erfragt werden, sofern die angegebene Promotionszeit hinter der Zeitspanne zwischen Beginn und Ende zurückbleibt.

4. Promotionsabbruch – Themenwechsel

Wird ein Promotionsvorhaben abgebrochen und erst mit zeitlichem Versatz eine neue Promotion begonnen, so ist die Unterbrechungszeit mangels Promotion nicht anzurechnen. Die insgesamt absolvierten Promotionszeiten sind bei Abschluss des zweiten Promotionsthemas freilich zusammenzurechnen.⁸³

Selbiges gilt im Fall eines Themenwechsels, bei dem die jeweiligen Promotionszeiten – ohne Unterbrechungszeiten – zusammenzurechnen sind.⁸⁴

5. Zweite Promotion – Dr. und Ph.D.

Wird nach Abschluss einer ersten Promotion eine zweite Promotion oder ein Ph.D. etc. begonnen, kann die Befristung infolge der bereits abgeschlossenen ersten Promotion nur in der Post-Doc-Phase erfolgen und braucht dort die jeweilige Höchstbefristungszeit auf.⁸⁵ Da eine Habilitation in der Post-Doc-Phase nicht angestrebt werden muss, ist dies unschädlich. Wird die zweite Promotion parallel durchgeführt, muss die hierauf aufgewendete Zeit – sofern sie sich nicht mit der Zeit für die erste Promotion überschneidet – zur Promotionszeit der Erstpromotion hinzugerechnet werden. Wenngleich hierdurch dann eine Verkürzung der Verlängerungszeit eintritt, bleibt es dabei, dass entsprechende Zeiten für die Qualifizierung aufgewandt wurden und daher anzurechnen sind.

6. Korrekturphase

Die Korrekturphase kann sich über wenige Wochen bis hin zu mehreren Jahren erstrecken. Nun ist es zweifellos,

82 Die zweiwöchige Abwesenheit wegen einer Erkältung reicht freilich nicht, denn auch während dieser Zeit kann an der Promotion weitergearbeitet werden; ebenso bei einem Beinbruch. Anderes gilt freilich bei Koma, psychischer Erkrankung oder Kur, die eine Bearbeitung des Promotionsthemas ausschließen; eine chronische Krankheit gem. § 2 Abs. 1 Satz 6 WissZeitVG steht dem nicht

entgegen.

83 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17 = NZA 2020, 42; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 56.

84 Vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG.

85 Vgl. KR-Treiber § 2 WissZeitVG Rn. 15.

dass die Korrekturphase *des Beschäftigten* notwendig und damit als Promotionszeit im Grundsatz hinzuzurechnen ist.

Überschreitet die Korrekturphase des *Hochschullehrers* aber die gemeinhin übliche Korrekturzeit, ist nicht einzusehen, warum dem Beschäftigten aus der Wahl eines besonders langsamen, gründlichen oder beschäftigten Hochschullehrers ein Nachteil gegenüber anderen Doktoranden entstehen soll, deren Hochschullehrer ihre Bewertung – was besonders löblich ist – innerhalb weniger Wochen abgeben.

Der Verlängerungsstatbestand für Promotionszeiten honoriert die zügige Promotion des Doktoranden selbst und ist damit in erster Linie von dessen Leistung abhängig. Konsequenterweise ist daher nicht zu fragen, wie lang der jeweilige Hochschullehrer mit der Korrektur zugebracht hat, sondern vom Beschäftigten zu erfragen, ab wann er sich nicht mehr mit seiner Promotion – und sei es auch nur um die Rechtschreibung zu korrigieren oder Fundstellen zu aktualisieren – auseinandergesetzt hat. Ergibt sich danach ein Delta zwischen Brutto- und Nettopromotionszeit, ist die Nettopromotionszeit maßgeblich. Dies gilt auch, wenn – was in den Naturwissenschaften verbreitet ist – auf die Veröffentlichung eines Fachartikels zum Promotionsthema gewartet wird, um hierdurch die Bewertung der Arbeit im oberen Bereich zu rechtfertigen. Auch diese „Wartezeiten“ sind bei ansonsten fehlender Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema abzuziehen.

Dies gilt schließlich ebenso für Korrekturverzögerungen im Zusammenhang mit der Covid-19 Pandemie. Auch insoweit ist allein entscheidend, ob sich der Doktorand nach Abgabe seiner Arbeit noch mit dem Thema auseinandersetzt.

7. Schleichender Promotionsabbruch

Ein schleichender Promotionsabbruch kann vorliegen, wenn eine Auseinandersetzung mit dem Themenkreis zunächst erfolgt, diese dann aber aufgrund beruflicher oder anderweitiger Veränderungen im Privatleben nicht weiter betrieben oder nur noch gelegentlich fortgesetzt wird und die Arbeiten dann schließlich einschlafen. Wird die Promotion dann später doch noch oder mit einem neuen Thema beendet, ist entscheidend, ab wann der Beschäftigte angibt, sich nicht mehr mit dem Thema

auseinandergesetzt zu haben. Dies ist von der Hochschule durch Nachfrage zu klären, wobei bei einem mindestens sechsmonatigen Zeitraum ohne Arbeiten an der Promotion auf eine entsprechende Beendigung oder Unterbrechung der Promotion geschlossen werden kann. Einer formalen Erklärung gegenüber dem Hochschullehrer bedarf es hierzu nicht.

IV. Ende der Promotion

Auch im Zusammenhang mit dem Ende der Promotion gibt es verschiedene Fallkonstellationen, die zu beachten sind:

1. Landesrecht und Satzung der Universität

Für das Ende der Promotion sind wiederum das Landesrecht und die Satzung der Universität ausschlaggebend. Hinzuweisen ist insoweit besonders auf die Trennung zwischen Promotion und Doktorat beziehungsweise die Verleihung des Doktorgrades. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt hier insbesondere der Abschluss der Promotion, aufgrund der der Doktorgrad erlangt wird. Mögliche Anknüpfungspunkte sind insoweit das Datum der Mitteilung des Gesamtergebnisses, des Rigosums bzw. der Disputation oder die Aushändigung⁸⁶ der Urkunde. Wie bereits erläutert, bietet sich insoweit eine zunächst überschlägige Berechnung anhand des vom Beschäftigten angegebenen Zeitpunkts der Aushändigung der Urkunde als spätestmöglicher Zeitpunkt an, die erst dann verfeinert werden muss, wenn das beabsichtigte Beschäftigungsende so noch nicht erreicht werden kann.

Die Exmatrikulation als Promotionsstudent ist demgegenüber keine sichere Erkenntnisquelle. Diese erfolgt regelmäßig zum Semesterwechsel und fällt damit typischerweise nicht mit dem Abschluss der Promotion zusammen. Zudem wird das Promotionsstudium oft auch vor Abschluss der Promotion mit Aufnahme einer Beschäftigung (oder auch des Referendariats bspw. bei Juristen und Lehrern) begonnen und verläuft daher auch insoweit nicht notwendig kongruent zur tatsächlichen Promotionszeit.

2. Vereinbarung über die Promotionsdauer

Eine Vereinbarung über die Promotionsdauer kann nicht getroffen werden. Die gesetzlichen Ziele können

86 Die Aushändigung der Urkunde ist nicht immer mit dem auf der Urkunde vermerkten Datum identisch. Dies wird oft von den Personalabteilungen nicht hinreichend beachtet. Der Titel wird mit Zustellung der Urkunde verliehen.

nicht durch eine interne Absprache, bspw. zwischen dem Hochschullehrer oder der Hochschule und dem Doktoranden, umgangen werden. Ausschlaggebend ist die tatsächliche Promotionszeit zwischen Beginn und Ende.

D. Fragerecht des Arbeitgebers

Das Fragerecht des Arbeitgebers ist im Zusammenhang mit der Ermittlung der Promotionszeiten von zentraler Bedeutung. Wird es nicht oder nicht vollständig ausgeübt, gehen eventuelle Fehler in der Berechnung der Höchstbefristungszeiten zulasten der Hochschule und können zu unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen führen. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen.

I. Zulässige Fragen

Zulässig sind sämtliche Fragen, die einen für die Berechnung der Promotionszeit relevanten Aspekt betreffen und geeignet sind, diesen Aspekt aufzuklären. Die Hochschule muss hierdurch in die Lage versetzt werden, eine Verlängerung Taggenau zu berechnen.

Zulässig sind damit Fragen, die nach den vorstehenden Erläuterungen für Beginn, Dauer und Ende relevant sind.⁸⁷ So kann insbesondere nach dem Datum der Vereinbarung des Promotionsthemas oder zu eventuellen Promotionsabbrüchen, Unterbrechungen und Korrekturzeiten gefragt werden.

II. Unzulässige Fragen

Unzulässig sind hingegen Fragen, die für die Ermittlung der Promotionszeit von vorneherein ohne jede Bedeutung sind. Unzulässig ist daher bspw. die Frage, aus welchem Grund eine Promotion abgebrochen wurde. Ebenso müssen Fragen ausscheiden, die – über das Thema hinaus – in die Wissenschaftsfreiheit oder Kunstfreiheit eingreifen. Auch Fragen nach persönlichen Befindlichkeiten oder dem Verhältnis zum Doktorvater etc. sind unangebracht und für die Ermittlung der Verlängerungszeiten nicht notwendig. Eine Antwort auf diese Fragen kann dementsprechend auch verweigert werden.

Nicht verlangt werden kann zudem die Vorlage von Unterlagen oder Abgabe von Erklärungen oder Versicherungen. Es sollte zwar im eigenen Interesse des Arbeitnehmers sein, Belege vorzulegen oder Erklärungen abzugeben, um so eine Verlängerung sicherzustellen, verpflichtet ist er hierzu aber nicht. Die Hochschule ist ebenso wenig wie der Beschäftigte zum Abschluss eines befristeten Vertrages verpflichtet. Lässt sich der Beschäftigte auf die Fragen des Arbeitgebers ein, hat er diese freilich wahrheitsgemäß und vollständig zu beantworten.

III. Beendigungsrechte bei Falschangabe

Berechnet die Hochschule die Verlängerungszeiten unrichtig, weil sie schlicht falsch gerechnet hat oder ihr Fragerecht nicht erschöpft hat, ist ein über die Höchstbefristungsgrenzen hinaus geschlossenes, befristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich unbefristet, § 16 Satz 1 TzBfG, § 1 Abs. 1 Satz 5 WissZeitVG.

Anderes gilt jedoch, wenn die Hochschule die Befristungshöchstgrenze aufgrund der unrichtigen oder unvollständigen Angaben des Beschäftigten berechnet, ohne dass ihr in Bezug auf das Fragerecht ein Vorwurf gemacht werden könnte.

1. Unzulässige Rechtsausübung

Richtigerweise wird in diesem Fall davon auszugehen sein, dass dem Arbeitnehmer, der auf die unrichtige Promotionszeitberechnung den Entfristungseinwand erhebt, hierzu nach § 242 BGB ausgeschlossen ist⁸⁸ und die Befristung dann trotz Überschreitung der Höchstbefristungsgrenze wirksam bleibt.

Die genauen Umstände der Promotionszeit entziehen sich der Kenntnis der Hochschule, weshalb diese auf wahrheitsgemäße und vollständige Angaben des Beschäftigten angewiesen ist.⁸⁹ Werden diese Angaben gemacht – ohne dass ein Denk- oder Berechnungsfehler des Beschäftigten oder ein Widerspruch zu sonstigen Kenntnissen der Hochschule evident ist, darf die Hochschule auf die Angaben des Beschäftigten vertrauen und ihre Berechnung hierauf stützen.

87 Vgl. Schmidt, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG § 2 Rn. 22; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 58.

88 Vgl. ArbG Frankfurt, Urteil vom 9. April 2008 – 7 Ca 8061/07 – Leitsatz: „Einer Arbeitnehmerin ist es nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung trotz Verstoßes gegen das sog. Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 TzBfG zu berufen, wenn sie die zulässige Frage des Arbeitgebers nach einer Vorbeschäftigung nicht vorsätzlich, aber zumindest objektiv falsch beantwortet hat.“ mwN.; die Überlegung ist für die Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber freilich bedenklich,

denn hierbei handelt es sich – anders als bei Promotionszeiten – um dem Arbeitgeber selbst bekannte Tatsachen (anders freilich, wenn die Personalakte vernichtet wurde). Vorsichtiger LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 49.

89 Ermittlungen bei Promotionen an der eigenen Hochschule sind zwar möglich, dürften aber Wissenschafts- und Personalfragen unzulässig vermischen, sodass ein Rückgriff auf diese Kenntnisse ausgeschlossen ist bzw. nicht zum Nachteil der Hochschule gewertet werden darf, die sich auf die wahrheitsgemäßen Angaben des Beschäftigten insoweit verlassen können darf und muss.

2. Arglistige Täuschung

Verschiedentlich wird im Zusammenhang mit Falschangaben unter dem WissZeitVG auf das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 BGB verwiesen.⁹⁰ Wenngleich dieses im Einzelfall zur – *ex nunc* – Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann, sollten die Hochschulen darauf nicht vertrauen. Zum einen dürfte in der Mehrzahl der Fälle der Nachweis einer vorsätzlichen Falschangabe bzw. unterlassenen Mitteilung nicht gelingen, weil entsprechende Beweise fehlen und der Beschäftigte mit einigem Erfolg darauf verweisen wird, nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein (fahrlässige Falschangabe). Zum anderen dürfte auch die einjährige Anfechtungsfrist in § 124 Abs. 1 BGB Schwierigkeiten bereiten – etwa dann, wenn der Vorgesetzte Kenntnis vom tatsächlichen Promotionsverlauf erhält. Die größte Hürde dürfte jedoch daraus folgen, dass zwischen Falschangabe und Abschluss des Arbeitsverhältnisses in der Regel keine erkennbare Kausalverknüpfung mehr besteht. Macht der Beschäftigte zu Beginn seines Beschäftigungsverhältnisses Angaben zur Promotionszeit, so sind diese Angaben nicht zwingend auch für die zweite, dritte usw. Verlängerung Jahre später noch relevant und kausal. Der konkret abgeschlossene Arbeitsvertrag beruht in seiner Entscheidung nicht auf der Existenz von Verlängerungszeiten und wäre auch dann abgeschlossen worden, wenn keine Angaben gemacht worden wären.

Sofern sich verschiedene Arbeitsverhältnisse aneinanderreihen bzw. das die gesetzliche Höchstbefristungsgrenze überschreitende Arbeitsverhältnis eine Verlängerung ist, ist es daher ratsam sich die bei Aufnahme der Beschäftigung gemachten Angaben noch einmal bestätigen zu lassen bzw. darauf hinzuweisen, dass die damaligen Angaben zur Promotionszeit dem Vertragsschluss erneut zugrunde gelegt werden.

3. Kündigung, Inhaltsirrtum und Wegfall der Geschäftsgrundlage

Im Zusammenhang mit § 14 Abs. 2 TzBfG wird für den Fall der Falschangabe zudem vertreten, dass dem Arbeitnehmer gekündigt⁹¹, die Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB⁹² oder der Wegfall der Geschäftsgrund-

lage⁹³ erklärt werden könnte. Keine dieser Lösungen überzeugt. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage würde in erster Linie zur Anpassung des Arbeitsverhältnisses führen (Neuabschluss, einen Abschlusszwang gibt es aber nicht), ein bloßer Kalkulationsirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB⁹⁴, und eine Falschangabe nimmt die für die Kündigungsprüfung erforderliche Interessenabwägung nicht vorweg; insbesondere dann nicht, wenn die Falschangabe Jahre zurückliegt und der Arbeitgeber eine Nachfrage unterlassen hat.

4. Heilung

Darüber hinaus bietet das WissZeitVG aufgrund seiner zahlreichen – kraft Gesetzes eintretenden – Verlängerungstatbestände auch Ansatzpunkte für eine Heilung zunächst unwirksamer Befristungen. So wird man – anders als im TzBfG⁹⁵ – aufgrund der *ipso iure* eintretenden Verlängerung der Höchstbefristungsgrenzen eher auf eine Heilung einer zunächst unwirksamen Befristungsabrede schließen können, da sich die Höchstbefristungsgrenzen *ex tunc* und insgesamt verlängert, ohne dass diese teilbar wäre. Aus diesem Grund wird der jeweilige Arbeitnehmer auch gehalten sein, Fragen zu den entsprechenden Voraussetzungen der einzelnen Verlängerungstatbestände zu beantworten, um die jeweilige Höchstbefristungsdauer bestimmen zu können.

E. Praxishinweis

Wie die Hochschule ihr Fragerecht ausübt, ist nicht vorgegeben, aus schon Dokumentationsgesichtspunkten aber unbedingt schriftlich vorzunehmen. Oft werden entsprechende Angaben erst Jahre später relevant, weshalb die jeweiligen Angaben des Beschäftigten schriftlich fixiert werden sollten. Dies erfolgt am besten in einem Formular bspw. in der Form des nachstehenden unverbindlichen Vorschlags:

Die nachstehenden Erklärungen dienen als Grundlage für die Ermittlung der maßgeblichen Höchstbefristungszeiten nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG. Sie sind wahrheitsgemäß und vollständig zu erbringen!

90 Vgl. z.B. Schmidt, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG § 2 Rn. 22.

91 Vgl. z.B. Bauer, Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen, BB 2001, 2473.

92 Vgl. z.B. Kliemt, Das neue Befristungsrecht, NZA 2001, 296, 300.

93 Vgl. z.B. Straub, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befris-

tungsgesetz, NZA 2001, 919, 926.

94 LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17. April 2013 – 2 Sa 237/12; Rudaja, ArbRB 2013, 235.

95 Vgl. BAG, Urteil vom 18. Januar 2006 – 7 AZR 178/05= AP TzBfG § 14 Nr. 22; KR-Lipke, § 14 TzBfG Rn. 127.

Die von Ihnen gemachten Angaben werden bei Abschluss des Arbeitsvertrages sowie bei jeder, diesem ggf. folgenden Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, Bestandteil der Erklärungen der Hochschule. Falschangaben, die im Falle einer Einstellung oder Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zu einer Überschreitung der Höchstbefristungsgrenzen führen, sind daher kausal für den Abschluss der jeweiligen Vereinbarung und berechtigen die Hochschule zur Anfechtung des Arbeitsvertrages bzw. seiner Verlängerung(en).

Gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Höchstbefristungsdauer in der sog. Post-Doc Phase, sofern die für die Promotion benötigten Zeiten sechs Jahre unterschritten haben. Promotionszeiten sind dabei grundsätzlich auch die an einer ausländischen Hochschule begonnenen oder absolvierten Zeiten – unabhängig von der Bezeichnung des angestrebten Titels (insb. auch „Ph.D.“) oder davon, ob ein einmal begonnenes Promotionsthema zu Ende geführt wurde (Themenwechsel, Promotionsabbruch etc.).⁹⁶

I. Beginn der Promotion: ____.

(Die Promotion bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften oder dem Satzungsrecht der Hochschule, an der die Promotion begonnen wurde. Geben Sie bitte das aufgrund der für Sie geltenden Regelungen zutreffende Datum an oder lassen Sie sich den Beginn der Promotion von Ihrer Hochschule schriftlich bestätigen. Die Promotion beginnt im Zweifel mit der Vereinbarung des Promotionsthemas. Im Falle eines Themenwechsels gilt der Beginn der ersten Promotion.)

Hochschule an der die Promotion begonnen wurde:⁹⁷ _____

Immatrikulation Promotionsstudium⁹⁸: ____.

Soweit abweichend, Datum der Vereinbarung des Promotionsthemas unabhängig von der Form der Vereinbarung (mündlich/schriftlich):⁹⁹ ____.

II. Ende der Promotion: ____.

(Das Ende der Promotion bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften oder dem Satzungsrecht der verleihenden Hochschule und kann mit der Mitteilung des Gesamtergebnisses, dem Rigorosum, der Disputation oder der Verleihung des Titels enden. Geben Sie bitte das aufgrund der für Sie geltenden Regelungen zutreffende Datum an oder lassen Sie sich das Ende der Promotion von ihrer Hochschule schriftlich bestätigen.)

Soweit abweichend, Datum der Übergabe der Promotionsurkunde (Verleihung): ____.

Hochschule an der die Promotion beendet wurde:

III. Wesentliche Unterbrechungen der Promotion (nur soweit anwendbar)

Meine Promotionszeit wurde aufgrund¹⁰⁰ _____ (z.B. Studium; Krankheit; Themenwechsel; Mutterschutzzeiten; Elternzeit) ____ vom bis zum ____ unterbrochen, ohne dass ich mich während dieser Zeit gedanklich mit meinem Promotionsthema auseinandergesetzt oder sonst an meiner Promotion gearbeitet habe. Eine Unterbrechungszeit von weniger als 3 Monaten¹⁰¹ kann in der Regel nicht berücksichtigt werden.

Entsprechende Nachweise¹⁰² sind – soweit vorhanden – beizufügen (Bescheinigung des Promotionsamtes; Erklärung eines Hochschullehrers; Kopie der Promotionsvereinbarung; Immatrikulationsbescheinigungen etc.).

Mir ist bewusst, dass die Hochschule meine Angaben fortan bei jeder **Verlängerung meines Arbeitsverhältnisses zugrunde legen wird**¹⁰³.

Ich versichere daher, alle Angaben vollständig und wahrheitsgemäß gemacht zu haben. Mir ist bekannt, dass falsche oder unvollständige Angaben, die als maßgeblich für die Einstellung erklärt wurden, ebenso wie deren unterlassene Korrektur, die Kündigung oder Anfechtung des

96 Ebenso möglich ist die Beifügung eines Merkblattes, das den Beschäftigten über die jeweils relevanten Fallgruppen aufklärt. Eine vorsorgliche oder erschöpfende „Rechtsberatung“ durch die Hochschule ist aber nicht erforderlich. Auf Nachfragen des Beschäftigten ist zu antworten.

97 Die Nachfrage nach der Hochschule stellt sicher, dass die ggf. relevanten Landes- oder Satzungsrechte identifiziert werden können.

98 Die Frage nach dem Immatrikulationsdatum stellt sicher, dass Abweichungen zwischen dem formalen und tatsächlichen Promotionsbeginn rechtzeitig erkannt und dann ggf. durch Nachfrage aufgelöst werden können.

99 Die Nachfrage stellt sicher, dass eventuelle Widersprüche oder Unklarheiten rechtssicher gelöst werden können, indem auf die Vereinbarung des Promotionsthemas abgestellt wird.

100 Die Abgabe eines Grundes ist für die Überprüfung der Plausibilität der Angaben wichtig. Zudem fordert die Gesetzesbegründung

des HRG eine Prüfung anhand von „Kriterien“, die sich nur so ermitteln lassen.

101 Die Angabe eines Mindestzeitraums ist nicht zwingend, aber sinnvoll, um einer möglicherweise zu großzügigen Auslegung durch den Beschäftigten vorzubeugen. Wird nur an den Wochenenden promoviert, reduziert sich die Promotionszeit nicht auf 2/7 der tatsächlichen Dauer, da eine kontinuierliche Auseinandersetzung mit der Promotion erfolgt ist.

102 Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 04. Juli 2017 – 5 Sa 219/16.

103 Dieser Zusatz ist sinnvoll, um die für eine Anfechtung ggf. notwendige Kausalbeziehung zwischen den Angaben des Beschäftigten und dem Abschluss des Arbeitsvertrages bzw. der Vertragsverlängerung herzustellen, die oft viele Jahre nach den Angaben hierzu erfolgt. Im Zweifelsfall sollte der Beschäftigte erneut befragt bzw. zur Bestätigung seiner Angaben aufgefordert werden.

*Arbeitsvertrages und/oder Schadensersatzansprüche zur
Folge haben können.*

Eigenhändige

Unterschrift

F. Zusammenfassung

Die Fülle an Möglichkeiten und Kombinationen im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beginns, der Dauer und des Endes der Promotionszeit zeigt, dass auch in Zukunft weiterhin mit Entscheidungen in diesen Fragen zu rechnen sein wird. Dies gilt insbesondere und wird hohe Beschränkungen oder Möglichkeiten im Zusammenhang mit dem Inhalt und Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers, der Nettopromotionszeit und ausländischen Promotionstiteln für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit sich bringen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Sabita Banerjee ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda.

Margrit Seckelmann

Rezension:

Volker Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg. Systematische Darstellung, 3., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2020.

Die vergangenen 20 Jahre sind nicht spurlos am Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (nachfolgend: Landeshochschulgesetz bzw. LHG) vorübergegangen. Jede Regierung versuchte ihm ihren Stempel aufzuprägen, ob es nun das Leitbild der „unternehmerischen Hochschule“ Mitte der 2000er Jahre war (namentlich mit dem neugefassten Landeshochschulgesetz vom 1. Januar 2005) oder die von *Volker Haug* in Rn. 32 so bezeichnete „Re-Akademisierung“ der aktuellen Zeit. Eine entscheidende Rolle bei dieser Entwicklung hin zu einer stärkeren Betonung der körperschaftlichen Verfasstheit der Hochschulen (namentlich der Universitäten) gegenüber anderen (etwa ökonomischen) „Autonomie“-Konzepten spielte die Rechtsprechung, mehr noch vielleicht als die parteipolitische Zusammensetzung der Regierung. Von besonderer Bedeutung war dabei neben dem Bundesverfassungsgericht der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, der sich seinerseits auf Diskussionen in der rechtswissenschaftlichen Literatur bezog und dabei auch immer wieder gesetzgeberischen Reformimpulsen Grenzen aufzeigte. Im weiteren Diskursumfeld sind auch der Wissenschaftsrat bzw. die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz zu verorten. Dieses nur zum Hintergrund des zu besprechenden Bandes.

Dieser liegt nunmehr in dritter Auflage vor. Das Autorenteam ist weitgehend dasjenige der zweiten Auflage von 2009 geblieben, natürlich heute mit mehr Erfahrung und zumeist an anderen Stellen seiner persönlichen bzw. beruflichen Entwicklung. Neben dem Herausgeber, *Volker M. Haug* (nunmehr Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg sowie Honorarprofessor an der Universität Stuttgart), sind das die bewährten Autoren (bzw. Autorinnen) *Lutz Böлке*, *Claus Eiselstein*, *Sabine Faisst*, *Klaus Herberger*, *Angela Kalous*, *Helmut Messer*, *Georg Sandberger* sowie *Uwe Umbach*, also sämtlich wissenschaftsaffine Praktikerin-

nen (bzw. Praktiker). Für die ausgeschiedenen Autoren *Jürgen Gerber* und *Steffen Walter* sind *Karin Schiller* (Ministerialrätin im baden-württembergischen Wissenschaftsministerium) und *Arne Pautsch*, - Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und dort auch Dekan der Fakultät I) zum Autorenteam hinzugekommen. *Pautsch* hat das Kapitel zu „Forschung und Wissenstransfer“ (3.C) von *Walter* übernommen und diejenigen zu den Pädagogischen Hochschulen und zur „Dualen Hochschule Baden-Württemberg“ von *Gerber* (unter Nennung beider Bearbeiternamen) überarbeitet (4.A und 4.D) und *Schiller* hat die Kapitel von *Steffen Walter* zu den „Kunst- und Musikhochschulen“ (nunmehr unter dem LHG folgend unter dem Oberbegriff „Kunsthochschulen“) und zur W-Besoldung (5.E) neugefasst. Auch in anderen Kapitelüberschriften spiegeln sich die Veränderungen des LHG: So ist das von *Helmut Messner* verfasste Kapitel zu „Fachhochschulen“ (so die Voraufgabe) nunmehr mit „Hochschulen für angewandte Wissenschaft (Fachhochschulen)“ überschrieben (4.C).

Anders als im selben Verlag erschienenen, von *Max-Emanuel Geis* herausgegebenen „Hochschulrecht in Bayern“ (2. Aufl. 2017) überwiegt vorliegend deutlich der Praktikeranteil. Das führt bei einer im Wesentlichen gleichartigen Grundstruktur zu ganz unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen, wobei der wichtigste Unterschied darin besteht, dass in dem von *Haug* herausgegebenen Buch nach wie vor kein Kapitel gibt, das sich ähnlich intensiv wie *Helmut Schulze-Fielitz* für Bayern mit „Forschung“ (und Forschungsevaluation) auseinandersetzt. *Arne Pautsch* hat hier schon eine begrüßenswerte Vertiefung gegenüber der Vorauflage vorgenommen, die allerdings nach wie vor relativ knapp ausfällt, obwohl (oder vielleicht sogar weil) *Pautsch* selbst schon an anderer Stelle tief in die Materie eingedrungen ist.¹ Da der Schluss natürlich nicht zulässig ist, dass in Baden-Würt-

¹ *Arne Pautsch/Anja Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin/Boston 2016, S. 163 ff.

temberg weniger geforscht würde als in Bayern, empfiehlt es sich, bei übergreifenden Fragestellungen im Zweifel alle soeben genannten Bücher (und den ebenfalls im C. F. Müller-Verlag erschienenen „Hartmer/Detmer“²) nebeneinander zu verwenden und ansonsten auf die 4. Auflage des „Haug“ zu hoffen.

An der hier zu besprechenden 3. Auflage seines Herausgeberbandes, der trotz seines Untertitels „Systematische Darstellung“ der Sache nach ein Handbuch ist, beeindruckt vor allem die Detailfülle. Das Buch ist von ca. 510 Textseiten in der 2. Auflage (zzgl. Register, Inhaltsverzeichnis, Gesamtliteraturverzeichnis etc.) nunmehr auf ca. 649 Textseiten angewachsen, ohne dabei an Qualität oder Struktur zu verlieren. Der letzte Satz muss allerdings dahingehend relativiert werden, dass das Handbuch gegenüber der Voraufgabe dadurch an Übersichtlichkeit eingebüßt hat, dass ihm nicht mehr eine Feingliederung des Inhaltsverzeichnisses vorangestellt ist, sondern nur noch eine Grobgliederung, die auf die einzelnen Oberkapitel verweist, wo man dann nach und nach die Feingliederung findet. Auch das Stichwortverzeichnis hilft hier nur begrenzt weiter – es ist daher darum zu bitten, diese gliederungstechnische „Innovation“ wieder rückgängig zu machen, so viele Seiten müssten trotz des angewachsenen Umfangs des Handbuchs noch „drin sein“.

Das Anwachsen des Textes selbst ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass Klaus Herberger die Unterkapitel zu „Staat und Hochschulen“ (2.A) und „Hochschulorganisation“ (2.B) deutlich erweitert und vertieft hat. Das ist mit Gewinn zu lesen, denn er setzt sich (möglicherweise auf die Kritik von Klaus Ferdinand Gärditz in WissR 2010, S. 210 ff. respondierend) stark mit Legitimationsfragen der Hochschulverfassung auseinander. Es geht ihm insbesondere um das systematische Verhältnis von Art. 20 Abs. 2 und 1 GG zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sowie um die Rolle und Natur der funktionalen Selbstverwaltung. Herbergers Ausführungen sind meinungsstark, engagiert und sparen nicht mit Seitenhieben (so beginnt Fn. 5 auf S. 58 mit den Worten: „Wer sich an dem Begriff der ‚unternehmerischen Hochschule‘ stört, hat sich nicht hinreichend damit auseinander gesetzt, welches Ziel mit der Reform tatsächlich verfolgt wurde – ein Ziel, das sich bis heute kaum verändert hat“). Herberger macht allerdings nicht immer hinreichend deutlich, gegen wen er sich genau wendet: Gegen bestimmte Literaturmeinungen, gegen die neue Rechtsprechung des Bundesverfas-

sungsgerichts oder gegen diejenige des Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg? Während er zumindest die entsprechenden Judikate nennt, bleibt doch eine Leerstelle in seinen Fußnoten auffällig: Die Habilitationsschrift von Gärditz wird dort mit keinem Wort erwähnt,³ wenngleich die später erschienene Arbeit von Daniel Krausnick⁴ intensiv gewürdigt und teils zustimmend, teils ablehnend zitiert wird.

Der Sache nach folgt Herberger – insoweit weitestmöglich von Gärditz entfernt – der Auffassung, dass funktionale Selbstverwaltung letztlich aus der Hand des Gesetzgebers folgt (Rn. 187 ff.), so verweist Herberger auch nicht zufällig in seinem rechtshistorischen Abschnitt in Rn. 187 darauf, dass „[i]n vorkonstitutionellen Zeiten [...] der jeweilige Landesherr Gründer solcher Einrichtungen“ war. Herberger bezieht sich argumentativ (in Rn. 199) insbesondere auf die Wasserverbands-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2002 (BVerfGE 107, 59), die er – nicht zu Unrecht – auch für die hochschulische (funktionale) Selbstverwaltung fruchtbar macht. Nach hiesiger Sicht hätte aber Leitsatz 2 Satz 1 dieser Entscheidung stärker gewürdigt werden können: „Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt das demokratische Prinzip“. In Herbergers Darstellung geht es demgegenüber weniger um eine gegenseitige Effektivierung als um ein Entweder-Oder, was in gewisser Weise auch deswegen verwundert, da viele der von ihm inhaltlich behandelten Aufgaben im Kooperations- (bzw. Kondominal-)Bereich angesiedelt sind. Gleiches gilt auch für seine Ausführungen zu den Hochschulräten: Ob und in welchem Umfang bzw. in welcher Weise diese mit „Hochschulexternen“ besetzt werden können, hängt nicht zuletzt von ihren Aufgaben ab – auch hier ist die Darstellung recht schematisch (was sie natürlich besonders gut lesbar macht). Gleichwohl hat der Band insgesamt von der von Herberger und Pautsch vorgenommenen wissenschaftlichen Vertiefung enorm profitiert.

„Weiter so“, möchte man dem Herausgeber und dem Autorenteam zurufen!

apl. Prof. Dr. Margrit Seckelmann, Speyer

Die Rezensentin ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und zugleich außerplanmäßige Professorin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

2 Michael Hartmer/Hubert Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2017.

3 Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwal-

tungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009.

4 Daniel Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012.

Johann Heinrich Gottlob von Justi

*Von der Vorsorge vor die Wissenschaften*¹

Es bedarf keines weitläufigen Beweises, wie nützlich die Wissenschaften für die Republik sind. Die Wissenschaften allein machen die Völker vernünftig und gesittet, und ohne dieselben kann mithin nie ein Volk glücklich werden. Ein unwissendes und ungesittetes Volk wird tausenderley Fehler und Gebrechen in seiner Regierungs-Verfassung haben; und der Nahrungsstand, welchem die Wissenschaften so viele unmittelbare und mittelbare Vorteile an die Hand geben, wird gewiß bei ihm allemal mehr schlecht beschaffen sein. Die Erfahrung bei allen Völkern und in allen Zeitaltern hat dieses genügend bestätigt. Die Vorsorge der Regierung vor die Wissenschaften macht demnach eine ihrer vornehmsten Pflichten aus; und sie muß dieselben auf alle Art in Aufnahme und zur möglichsten Vollkommenheit zu bringen suchen. Die allgemeinen Mittel, wodurch das Aufnehmen der Wissenschaften befördert werden kann, bestehen in einer vernünftigen Freiheit zu denken, die zwar nicht frech und zügellos sein muß, die aber auch von der Tyranney und dem Aberglauben nicht eingeschränkt werden darf; in einer billigen Hochachtung, die man denen Wissenschaften und Gelehrten angedeihen läßt und welche auf das Wachstum der Gelehrsamkeit desto mehr Wirkung hat, je mehr sie von den Regenten selbst zu erkennen gegeben wird; und in der Ausrottung der Pedanterey unter deren Gelehrten, als wodurch nicht allein die Gelehrten, sondern auch die Wissenschaften selbst, zur Wohlfahrth des Staates ganz unbrauchbar werden.

Sodann muß die Regierung auch dafür sorgen, daß im Lande genügsame Anstalten vorhanden sind, die Wissenschaften öffentlich zu lehren und die Jugend darinnen zu unterrichten; und hier verdienen die Universitäten den ersten Betracht. Ein jedes beträchtliche Land muß eine Universität haben; und der Mangel derselben würde nicht allein eine schlechte Hochachtung und Beschaffenheit der Wissenschaften anzeigen; sondern es würde auch dem Staate ein wirkliches Bedürfnis abgehen, das man durch Reisen in andere Ländern ersetzen müßte, wodurch der Reichthum des Landes vermindert wird. Unterdessen glaube ich nicht, daß es rathsam ist, denen Unterthanen zu verbiethen, daß sie nicht ausser Landes studieren sollen. Ein solcher Zwang ist der Natur

der Wissenschaften nicht gemäß. Jedoch ist es allerdings nöthig, daß diejenigen, die im Lande befördert seyn wollen, die Proben ihrer Gelehrsamkeit auf denen Landes-Universitäten abgeben.

Der Ort, wo eine Universität seyn soll, muß eine angenehme Lage und gesunde Luft haben; und die Lebensmittel müssen in dasiger Gegend genügsam vorhanden und mäßigen Preises sein. Dannenhero schicken sich die Residenz-Städte nicht allzu wohl, daß Universitäten daselbst angeleget werden, so wohl weil der Zusammenschluß vieler Menschen daselbst einen höhere Preiß der Lebensmittel verursacht, als weil die Studirenden durch das Gedränge und die Lustbarkeiten des Hofes von ihrem Fleiße zu sehr zerstreuet werden. Die Wohnungen der Stadt sollen zur Bequemlichkeit der Studirenden eingerichtet seyn; und besonders muß die Policy daselbst wohl bestellt werden: wie denn ihre Anstalten und Maaßregeln beständig die Universität und die dazu erforderliche Beschaffenheit der Stadt zum Augenmerk haben müssen.

Zu den Lehrern müssen die berühmtesten und vortrefflichsten Männer erwehlet werden; und die besondere Gunst und Gewogenheit, oder der Vorpruch der Gönner kann an keiner Wahl weniger Antheil haben, als hier. Diese Lehrer müssen nicht allein die Wissenschaften, die sie vortragen sollen, in ihrem ganzen Umfang inne haben, sondern auch von der Pedanterey entfernt seyn; das gründliche und nützliche der Wissenschaften einsehen und einen fließenden und angenehmen Vortrag in ihrer Gewalt haben. Gleichwie aber auch auf einer Universität, welche die Studirenden an sich ziehen soll, alle Theile der Gelehrsamkeit zugleich neben einander gelehret werden müssen, so muß eine vernünftige Eintheilung der Vorlesungen gemacht werden; und zu dem Ende müssen die Lehrer ihre künftig zu haltenden Vorlesungen zeitig melden, damit man beurtheilen kann, ob sich in dem Vortrage dieser oder jener Wissenschaft ein Mangel ereignen dürfte. Es würde zu dem Flohr einer Universität viel beitragen, wenn denen Lehrern reichlich Besoldungen ausgesetzt und die Collegia gänzlich frei gelesen würden.

1 Grundsätze der Policy-Wissenschaften zum Gebrauch akademischer Vorlesungen abgefasst, 2. Auflage 1759, S. 220 ff.

