

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2024

Aufsätze

- Manfred Löwisch und Frank Wertheimer* Der sozialversicherungsrechtliche Status von Lehrbeauftragten an privaten (staatlich anerkannten) Hochschulen - abhängig Beschäftigte oder selbstständige Dienstnehmer? **235-250**
- Mathias Neukirchen, Torsten Breder und Felix Hornfischer* Gerichtlicher Rechtsschutz zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs von Hochschullehrerinnen und -lehrern im Berufungsverfahren **251-282**
- Manfred Löwisch und Niclas Schütze* Tarifsperre und Tariföffnung im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft **283-288**
- Georg Sandberger* Doppelspitze – neues Modell für die Leitungsorganisation von Universitäten und Hochschulen? **289-302**
- Diemut Kucharz* Sprachverständnis und Sprachförderung in der Wissenschaft **303-308**
- Daniel Becker und Daniel Feuerstack* Die EU-KI-Verordnung – Überblick und Bewertung mit Fokus auf Entwicklung und Einsatz von KI-Systemen an Hochschulen **309-316**
- Pascal Bronner* Selbstlernende Systeme in Lernumgebungen
Der Einsatz von KI-Systemen in der Schulbildung und die KI-Verordnung der EU **317-328**
- Tom Castendyk* Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Wissenschaftler – Schwerpunkt Ukraine **329-338**

Berichte

Moritz Köhler Aktuelles zu digitalen Prüfungen – welche Zukunft hat KI? Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 18.04.2024 **339-344**

Ausgegraben

Präsident des württembergischen Staatsministeriums Karl von Weizsäcker Staatsaufgaben, Beamte und politische Selbstbeschränkung **345-346**

Manfred Löwisch und Frank Wertheimer

*Der sozialversicherungsrechtliche Status von Lehrbeauftragten an privaten (staatlich anerkannten) Hochschulen – abhängig Beschäftigte oder selbständige Dienstnehmer?**

I. Einführung und Fragestellung

Wie an staatlichen Hochschulen werden Lehrleistungen auch an privaten Hochschulen von unterschiedlichen Kategorien Lehrender erbracht. Neben hauptberuflich angestellten Professorinnen und Professoren sowie wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sind an den privaten Hochschulen Lehrbeauftragte tätig, die als Externe das curriculare Lehrangebot ergänzen. Die Mitwirkung Externer an der Lehre entspricht auch den landesgesetzlichen Vorgaben für die staatliche Anerkennung. So bestimmt etwa § 70 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 LHG BW, dass eine nichtstaatliche Hochschule sicherstellt, dass ihre Lehrangebote auch von einem der Hochschulart angemessenen Anteil nichtprofessoralem Lehrpersonal erbracht werden¹, zu dem auch die Gruppe der Lehrbeauftragten gehört. In der Praxis wäre die Sicherstellung der Lehre – das gilt für staatliche wie für nichtstaatliche Hochschulen gleichermaßen – ohne die Hinzuziehung von Lehrbeauftragten nicht möglich.

Lehrbeauftragte sind häufig Praktiker, die als Selbständige oder Angestellte einer Haupttätigkeit nachgehen, z.B. Richter, Beamte und Angestellte der öffentlichen Verwaltung, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Architekten oder Ingenieure. In Betracht kommen aber auch hauptberuflich beamtete oder angestellte Professoren anderer Hochschulen, die Lehrauftragsleistungen in Nebentätigkeit erbringen. Auch kommt es vor, dass das Lehrangebot einer Hochschule durch Lehrkräfte ergänzt wird, die einer Haupttätigkeit im Ausland nachgehen.

In ihrem Umfang differieren Lehraufträge. Die Praxis zeigt Fälle einer Lehrtätigkeit an einem einzigen Tag während eines Semesters, zumeist erstrecken sie sich auf wöchentliche Einsätze von in der Regel 2-4 Semesterwo-

chenstunden (SWS)². Bei Lehrbeauftragten handelt es sich zudem sehr häufig um Personen, die Lehrleistungen stetig wiederkehrend über mehrere Jahre erbringen und auf diese Weise zur Lehrkontinuität einer Hochschule beitragen.

Lehrbeauftragte erhalten von den privaten Hochschulen, an denen sie ihre Leistungen erbringen, regelmäßig eine Vergütung, deren Höhe im Einzelnen vertraglich vereinbart ist. Bisherige Praxis hierbei ist es, dass diese Vergütung von den Hochschulen nicht in den einzelnen Sozialversicherungszweigen verbeitragt wird und die Lehrbeauftragten für die Versteuerung der Vergütung selbst sorgen müssen. Die vertraglichen Regelungen sehen dabei auch vor, dass Lehrbeauftragte freie Dienstnehmer iSd § 611 BGB sind, die ihre Tätigkeit als Selbständige erbringen.

Ein am 28.6.2022 verkündetes Urteil des Bundessozialgerichts³ hat die Frage aufgeworfen, ob die bisherige Praxis privater Hochschulen dahingehend umzustellen ist, dass und unter welchen näheren Voraussetzungen Lehrbeauftragte als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte iSd § 7 Abs. 1 SGB IV einzustufen sind. Anlass diese Frage zu klären, gibt vor allem die im Nachgang zur Entscheidung des BSG entwickelte Praxis der Deutschen Rentenversicherung Bund, die sich in diversen anhängigen Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV zeigt.

II. Rechtliche Grundlagen

Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen zu der zu klärenden Frage sind zum einen die Normen relevant, die Personen betreffen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Zu den rechtlichen Grundlagen zählen ferner die Bestimmungen zu Lehrbeauftragten in den Landeshoch-

* Die Fragestellung war Gegenstand eines Gutachtens, das im Juli dem Verband der Privaten Hochschulen e.V. mit Sitz in Berlin erstattet wurde.

1 Vgl. auch § 115 Abs. 3 Nr. 3 a) HessHG oder § 92 Abs. 3 Nr. 3 a) BbgHG.

2 Landesrechtlich werden z.T. Höchstgrenzen des Lehrumfangs festgelegt, siehe etwa § 120 Abs. 3 S. 4 BerLHG oder § 26 Abs. 1 S. 3 HmbHG.

3 BSG v. 28.6.2022, B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860 sowie juris.

schulgesetzen der 16 Bundesländer. Zu denken ist schließlich an EU-Recht, wenn es um die Tätigkeit von Lehrbeauftragten an einer in Deutschland angesiedelten privaten Hochschule geht, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.

1. Der Sozialversicherungspflicht unterliegen grundsätzlich Personen (Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte), die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Ist diese Voraussetzung erfüllt, unterliegen sie gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, nach § 25 Abs. 1 SGB III in der Arbeitslosenversicherung sowie nach § 1 Nr. 1 SGB VI in der Rentenversicherung. Versicherungspflicht in der Rentenversicherung besteht gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI auch für Lehrer und Erzieher, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen.

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV ist eine Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte dafür sind nach S. 2 der Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Regelmäßig sind Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Sinne auch Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts. Nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB fällt unter den Arbeitnehmerbegriff, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Allerdings besteht hinsichtlich der Begriffe Arbeitnehmer (im Arbeitsrecht) und Beschäftigter (im Sozialversicherungsrecht) keine vollständige Kongruenz. So fällt beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH als vertretungsberechtigtes Organ der Gesellschaft nicht unter den Arbeitnehmerbegriff, gleichwohl ist er, jedenfalls als sog. Fremdgeschäftsführer und Gesellschaftergeschäftsführer mit einem Gesellschaftsanteil von unter 50% Beschäftigter nach sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben.⁴

2. Gesetzliche Regelungen speziell zu Lehrbeauftragten finden sich in den Hochschulgesetzen der Bundesländer. Gemeinsam ist sämtlichen Bestimmungen, dass die Lehrbeauftragten ihre Lehraufgaben selbständig wahrnehmen.⁵ Art. 83 Abs. 3 S. 1 2. HS BayHIG konkre-

tisiert dies weiter durch einen Verweis auf Art. 55 Abs. 1 S. 1 und stellt damit klar, dass die Lehrbeauftragten Gegenstand und Art ihrer Lehrveranstaltungen unter Berücksichtigung der Studien- und Prüfungsordnungen in eigener Verantwortung bestimmen. Der überwiegende Teil der landesrechtlichen Bestimmungen, nämlich in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, im Saarland, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, in den Stadtstaaten Hamburg und Bremen, in Brandenburg, Schleswig-Holstein und Niedersachsen, definiert den Lehrauftrag dabei als öffentlich-rechtliches Sonderverhältnis. Für die privaten Hochschulen als juristische Personen des Privatrechts⁶ hat dies keine Relevanz.

In Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Hamburg, Berlin, Sachsen, Brandenburg und Schleswig-Holstein wird in den Hochschulgesetzen explizit festgelegt, dass durch den Lehrauftrag kein Arbeits- oder Dienstverhältnis begründet wird. Diese Regelungen beanspruchen kraft entsprechender Verweisungsvorschriften Geltung auch für Lehrbeauftragte an privaten Hochschulen (im Einzelnen IX. 2. a.)

3. In der Praxis kommt es vor, dass an privaten Hochschulen Lehrbeauftragte tätig werden, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU eine (abhängige) Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Beispielsweise trafe dies auf einen in Colmar/Frankreich tätigen selbständigen Immobilienkaufmann zu, der an einer in Freiburg angesiedelten Privathochschule im Studiengang Immobilienwirtschaft unterrichtet. In derartigen Fällen sind die Bestimmungen zur Koordinierung der sozialen Sicherheit der EU zu beachten, insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 sowie die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Gem. Art. 11 Abs. 1 der VO Nr. 883/2004 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaats. Nach Abs. 3 lit. a) der Vorschrift unterliegt, vorbehaltlich der Art. 12 bis 16, eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedsstaats. Werden Tätig-

4 Siehe hierzu *Berchtold* in Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, § 7 SGB IV Rn 44 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

5 § 56 Abs. 1 Satz 3 LHG BW; Art. 83 Abs. 3 HS. 1 BayHIG; § 34 Abs. 1 Satz 2 HG NRW; § 120 Abs. 1 BerlHG; § 66 Abs. 1 S. 3 HSG Schleswig-Holstein; § 50 Abs. 1 S. 3 HSG LSA; § 78 Abs. 3 S. 2

HessHG; § 68 Abs. 1 S. 2 SächsHSG; § 63 Abs. 1 S. 2 HochSchG Rheinland-Pfalz; § 26a Abs. 1 S. 2 BremHG; § 26 Abs. 1 S. 2 HmbHG; § 34 Abs. 1 S. 2 NHG; § 53 Abs. 1 S. 2 SHSG; § 76 Abs. 1 S. 4 LHG M-V; § 64 Abs. 1 S. 2 BbgHG; § 93 Abs. 1 S. 3 ThürHG.

6 Organisiert zumeist in der Rechtsform einer GmbH oder gGmbH, z.T. auch als AG oder e.V.

keiten in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten ausgeübt, ist Art. 13 der VO 883/2004 relevant. So unterliegt nach deren Abs. 1 lit. a) eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedsstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt nach Art. 13 Abs. 2 lit. a) VO 883/2004 den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedsstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Weitere Varianten werden in Art. 13 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 lit. b) sowie in den Absätzen 3 und 4 geregelt. Mehrfachversicherungen (Abs. 5) sollen damit ausgeschlossen werden. Orientierungskriterien zur Beurteilung, in welchem Mitgliedsstaat ein „wesentlicher“ Teil der Beschäftigung ausgeübt wird, sind gem. Art. 14 Abs. 8 VO Nr. 987/2009 Arbeitszeit und/oder Arbeitsentgelt, im Falle einer selbständigen Tätigkeit Umsatz, Arbeitszeit, Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen.⁷ Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung der genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25% erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedsstaat ausgeübt wird. Das dürfte bei den an einer privaten Hochschule mit Sitz in Deutschland erbrachten Lehraufträgen regelmäßig der Fall sein. Unter den genannten Voraussetzungen können somit Lehrbeauftragte, die in anderen Mitgliedsstaaten als abhängig Beschäftigte oder als selbständige Erwerbstätige sozialversichert sind, ihre Tätigkeit an privaten Hochschulen in Deutschland sozialversicherungsfrei ausüben.⁸

III. Rechtsprechung bis Juni 2022

1. Bei der Frage, ob Lehrkräfte und Dozenten eine Beschäftigung iSd § 7 Abs. 1 SGB IV ausüben, hielt die Rechtsprechung – ausgehend von der gesetzlichen Definition – zunächst ganz allgemein fest, dass eine Beschäftigung eine persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber voraussetze. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese

Weisungsgebundenheit könne – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit, so das BSG in zahlreichen Entscheidungen, vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richte sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hänge davon ab, welche Merkmale überwiegen.⁹ Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setze dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden müssten.¹⁰ Den Urteilen ist dabei zu entnehmen, dass eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen wird, d.h. bei der Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zu abhängiger oder selbständiger Tätigkeit müssen alle Indizien des Einzelfalls festgestellt und gewichtet werden.

2. Im nächsten Schritt ging die Rechtsprechung der Frage nach, ob zwingendes Recht einer Qualifizierung des Vertragsverhältnisses einer Lehrkraft als freier Dienstvertrag entgegensteht. Eine Zuordnung als Arbeitnehmer, d.h. als abhängig Beschäftigter sollte danach dann anzunehmen sein, wenn die Vertragsparteien dies vereinbart hatten oder Umstände feststellbar sind, die den für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit erreichen, das BSG orientierte sich hierbei an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bzgl. der Abgrenzung von Arbeitnehmern zu selbständig Tätigen.¹¹

Bei den einzelnen Umständen wurde der Umfang der Verpflichtungen beleuchtet, etwa die Frage, ob Ansprüche auf bezahlten Erholungsurlaub oder Entgeltfortzahlung vereinbart und welche konkreten arbeitsbezogenen Weisungen erteilt worden sind, insbesondere hinsichtlich Unterrichtszeiten, konkret zu nutzenden Unter-

7 Siehe hierzu Kasseler Kommentar/Schreiber, Stand: 15.2.2024, Art. 13 VO 883/2004 Rn 12 und 28.

8 Zum Verfahren (insbesondere der sog. A1-Bescheinigung) siehe Kasseler Kommentar/Schreiber, a.a.O., Art. 13 VO Nr. 883/2004 Rn. 37 ff.

9 So etwa BSG v. 14.3.2018, B 12 R 3/17 R, juris (Rn 12); BSG

v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, juris; v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, juris; BSG 12.2.2004, B 12 KR 26/02 R, juris.

10 BSG v. 14.3.2018, a.a.O.; v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, juris.

11 BSG v. 14.3.2018, a.a.O., Rn 17 unter Verweis auf BAG v. 21.11.2017, 9 AZR 117/17, juris und v. 17.10.2017, 9 AZR 852/16, juris; Kasseler Kommentar/Zieglmeier (Stand 15.5.2024), § 7 SGB IV Rn. 269.

richtsräumen, Bindung an Lehrpläne, Verpflichtung zur Teilnahme an Konferenzen oder auch dem Recht, einzelne Schüler abzulehnen.¹²

3. In der sog. Gitarrenlehrer-Entscheidung¹³ hob das BSG hervor, dass den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien zwar keine ausschlaggebende, aber doch eine gewichtige Rolle zukomme, wenn zwingende gesetzliche Rahmenbedingungen fehlen und die im konkreten Fall erbrachte Lehrtätigkeit sowohl in Form einer Beschäftigung als auch in Form einer selbständigen Tätigkeit erbracht werden kann. Die Vertragsparteien könnten zwar die kraft öffentlichen Rechts angeordnete Sozialversicherungspflicht nicht durch bloße übereinstimmende Willenserklärung ausschließen.¹⁴ Ihrem Willen, keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen, kam nach der Rechtsprechung des BSG aber indizielle Bedeutung zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbständigkeit wie für eine abhängige Beschäftigung sprechen.¹⁵ Das BSG respektierte somit unter diesen Voraussetzungen Wunsch und Wille der Vertragsparteien, gerade keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen.

4. Zum sozialversicherungsrechtlichen Status der Lehrbeauftragten an Berliner staatlichen Hochschulen, für die das dortige Hochschulrecht kein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vorsieht, hat das LSG Berlin-Brandenburg in einem Urteil vom 13.4.2011¹⁶ in einer Gesamtabwägung das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV verneint. Maßgebend waren für das LSG das Fehlen einer Bindung an bestimmte Lehrinhalte, Lehrmittel und pädagogische Konzepte, die allein an das tatsächliche Erbringen der Dienstleistung anknüpfende Entgeltregelung und die Beschränkung auf die eigentlichen Lehrauftragungspflichten. Auch dass die Lehrbeauftragten einen geringeren mitgliedschaftsrechtlichen Status haben als andere Hochschullehrer, spreche gegen eine abhängige Beschäftigung.

Soweit ersichtlich betraf diese bis Juni 2022 ergangene Rechtsprechung keine Fälle, in denen es um Lehrtätigkeiten von Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen ging.

IV. Urteil des BSG vom 28.6.2022¹⁷

Im Urteil vom 28.6.2022, dessen Gegenstand die Tätigkeit einer Klavierlehrerin an einer kommunalen Musikschule war, setzt das BSG die Schwerpunkte in der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung zu einer selbständigen Tätigkeit anders. Der mit der Musiklehrerin abgeschlossene Vertrag sah ein festes Honorar für geleistete Unterrichtsstunden wie auch ein Ausfallhonorar vor und verpflichtete diese, Unterricht bei Ausfall durch Krankheit nachzuholen. Diesen musste die Lehrerin in den Räumen der Musikschule und höchstpersönlich erbringen. Zu nutzen waren hierbei die von der Musikschule gestellten Instrumente, der Unterricht erfolgte auf Basis der Rahmenlehrpläne. Der Stundenplan wurde von der Musikschule erstellt, die Lehrerin war vertraglich überdies verpflichtet, ein Schülervorspiel zu organisieren sowie an Schulkonferenzen, wenn auch gegen Zahlung einer zusätzlichen Vergütung, teilzunehmen. Ein Arbeitsverhältnis sollte nach der ausdrücklichen Formulierung des Vertrages nicht begründet werden.

Das BSG nimmt in der Entscheidung einerseits eine andere Gewichtung der einzelnen Kriterien vor, andererseits wird kein Parallelbezug mehr zu den inhaltsgleichen Kriterien in § 611a BGB hergestellt, Hinweise auf die Rechtsprechung des BAG finden sich in der Entscheidung keine¹⁸. Bei der Entscheidungslektüre fällt auf, dass das BSG deutlich stärker auf die Eingliederung der Lehrerin in die Arbeitsorganisation der Musikschule abstellt, vor allem aber eine selbständige Tätigkeit am fehlenden Unternehmerrisiko scheitern lässt. Als Unternehmerrisiko definiert das BSG die Möglichkeit, durch eigene Tätigkeit Gewinn und Verlust zu erzielen. Hierbei orientiert sich das Gericht an der Frage, ob die tätige Person eigene Betriebsmittel einsetzt, in der Lage ist, eigene Preise zu gestalten und für die Wirtschaftlichkeit ihrer Tätigkeit selbst verantwortlich ist, d.h. insbesondere ob unternehmerische Chancen und Risiken bestehen. Weil die Musiklehrerin verpflichtet war, ihre Tätigkeit persönlich ohne Delegationsmöglichkeit auf Dritte zu erbringen, die Musikschule die Räume stellte und Unterrichtszeiten bestimmte, ein Ausfallhonorar bei schülerbedingtem Unterrichtsausfall vereinbart war, die Lehrerin über keine eigene Betriebsorga-

12 Siehe im Einzelnen BSG v. 14.3.2018, a.a.O.,

13 BSG v. 14.3.2018, a.a.O., Rn 13.

14 Siehe § 32 SGB I.

15 BSG v. 14.3.2018, a.a.O. unter Verweis auf BSG v. 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, juris.

16 L O KR 294/08, Rn 45 ff.

17 BSG v. 28.6.2022, B 12 R 3/20 R, juris.

18 Vgl. insoweit auch LAG Rheinland-Pfalz v. 18.4.2023, 8 Sa 288/22, juris mit Anmerkung v. Brock, öAT 2023, 216.

nisation verfügte und den Unterricht nicht auf eigene Rechnung erteilte, zudem weitergehende Pflichten wie z.B. die Teilnahme an Schulkonferenzen vereinbart waren, verneinte das BSG das Vorliegen eines Unternehmerrisikos und kam in der Gesamtschau zur Annahme einer abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Während in der bis dahin ergangenen Rechtsprechung des BSG die rechtliche Beurteilung stärker auf den Parteiwillen gerichtet war und die Frage, was tatsächlich für eine selbständige Tätigkeit spricht, wie etwa das Unternehmerrisiko, mehr in den Hintergrund trat, fokussiert das BSG in der Entscheidung deutlich stärker auf die tatsächlichen Verhältnisse und stellt maßgeblich auf das Unternehmerrisiko ab¹⁹. Wie das BAG die Unterscheidung zwischen weisungsgebundener fremdbestimmter Tätigkeit zu selbständiger Tätigkeit sieht, blendet das BSG in der Entscheidung aus.

Ist in dem Urteil folglich ein Paradigmenwechsel zu sehen, bleibt gleichwohl auch an dieser Stelle hervorzuheben, dass es keinen Fall eines Lehrbeauftragten betrifft, der Lehrleistungen an einer privaten Hochschule erbracht hat.

V. Rechtsprechung seit Juni 2022

1. Seit der Entscheidung des BSG vom 28.06.2022 sind ausweislich einer Datenbankrecherche²⁰ zahlreiche höchst- und instanzgerichtliche Entscheidungen ergangen, die das zuvor besprochene Urteil des BSG zitieren, hinzukommt eine Entscheidung des BGH in einer Strafsache²¹ sowie ein bislang unveröffentlichtes Urteil des Sozialgerichts Köln vom März 2023, das nicht rechtskräftig geworden ist.²² Ausgeklammert werden im Rahmen dieser Untersuchung diejenigen Entscheidungen, die außerhalb des Bereichs von Lehrkräften liegen und u.a. Vertragsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern²³, Tätigkeiten von Ärzten in niedergelassenen Praxen²⁴ oder sonstige Tätigkeiten (Kameramann, Mitarbeit in Steuerberaterkanzlei etc.) betreffen. Ausgeschieden aus der hier vorzunehmenden Betrachtungsweise werden ferner Entscheidungen, bei denen es um Unterrichtserteilung im Sportbereich geht, so etwa bei sog. Fitness-

trainern²⁵ in Fitnessstudios oder einem Reittrainer in einem Pferdesportverein.²⁶

2. Die verbleibenden Entscheidungen betreffen zum einen Dozententätigkeiten an Volkshochschulen. Zwei Entscheidungen²⁷ kamen zum Ergebnis, dass eine abhängige Beschäftigung iS § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegt, maßgeblich waren die Einbindung in die Betriebsorganisation der Volkshochschule sowie das fehlende Unternehmerrisiko, beide Entscheidungen folgen damit der neuen Rechtsprechung, die das BSG in seiner Entscheidung vom 28.6.2022 geprägt hat. In einer weiteren Entscheidung kam das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen²⁸ zum Ergebnis, dass eine selbständige Tätigkeit des VHS-Dozenten vorlag. Dies lag aber allein daran, dass es in dem Verfahren um Zeiträume ging, die vor der richtungsändernden Entscheidung des BSG aus dem Juni 2022 lagen und das Gericht vor diesem Hintergrund Vertrauensschutz gewährt hat.²⁹ Das Urteil ist nicht rechtskräftig, das Revisionsverfahren derzeit beim BSG anhängig³⁰.

3. Ebenfalls eine abhängige Beschäftigung iSd § 7 Abs. 1 SGB IV nahm das LSG Hessen³¹ bzgl. einer nebenberuflichen Lehrkraft an einem Aus- und Fortbildungsinstitut für Altenpfleger an, ohne dass das Gericht sich mit Fragen eines fehlenden Unternehmerrisikos auseinandergesetzt hat. Maßgeblich für die Einordnung als abhängige Beschäftigung waren die detaillierten, in Merkblättern für die Dozenten zusammengefassten Vorgaben für die Unterrichtserteilung, u.a. auch hinsichtlich der zu verwendenden Lehrbücher oder Anweisungen zur Leistungsbeurteilung in Bezug auf durchzuführende Leistungskontrollen.³²

4. Zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit eines Lehrers an einer Berufsfachschule³³ gelangte das LSG Hamburg in seiner Entscheidung vom 27.4.2023.³⁴ Das Gericht nahm eine selbständige Tätigkeit unter Abwägung der Kriterien an, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen gegenüber den Kriterien, nach denen von einer Selbständigkeit auszugehen ist. Dass der Unterricht im Wesentlichen in den Unterrichtsräumen der Berufsfachschule stattfand, ordnete das LSG zwar einer abhängigen Beschäftigung zu. Bzgl. des festgelegten Stundenplans, innerhalb dessen die Lehrveranstaltungen

19 Vgl. hierzu die Urteilsbesprechung von Jüttner, jurisPR-SozR 24/2022 Anm. 2.

20 Bei beck-online unter der Angabe des BSG-Urteils vom 28.6.2022 (Stand 13.7.2024).

21 BGH v. 8.3.2023, 1 StR 188/22, juris bzgl. der Scheinselbständigkeit angestellter Rechtsanwälte.

22 SG Köln v. 27.3.2023, S 7 BA 118/21.

23 Z.B. LSG Nordrhein-Westfalen v. 10.4.2024, L 8 BA 126/23, juris.

24 Z.B. BSG v. 12.12.2023, B 12 R 10/21 R, juris.

25 Z.B. LSG Baden-Württemberg v. 22.6.2023, L 10 R 246/19, juris.

26 LSG Hessen v. 2.5.2024, L 1 BA 22/23, juris.

27 Sächsisches LSG v. 8.9.2022, L 9 KR 83/16, juris sowie LSG Nordrhein-Westfalen v. 14.6.2023, L 8 BA 208/18, juris.

28 LSG Niedersachsen-Bremen v. 20.12.2022, L 2 BA 47/20, juris.

29 Siehe dazu die Anmerkung von Stähler, NZS 2023, 438.

30 B 12 BA 3/23 R.

31 Urt. v. 14.12.2023, L 8 BA 9/22, juris.

32 LSG Hessen, a.a.O., juris Rn 31.

33 Im Bereich Ergotherapie.

34 L 1 BA 12/22, juris.

stattfanden, gewichtete das Gericht das Mitspracherecht der „freien“ Dozenten in der Folge aber als ein für eine Selbständigkeit zu wertendes Kriterium, insbesondere wurde die Berücksichtigung der zeitlichen Planung der Dozenten auch als Argument gewertet, die gegen ihre Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Berufsfachschule spreche. Desweiteren sah das Gericht die Bindung an den Lehrplan nicht als Ausdruck des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts, weil sowohl die didaktische als auch die methodische Vermittlung des vorgegebenen Stoffes allein den Dozenten überantwortet war. Das fehlende Unternehmerrisiko spielte für das Landessozialgericht eine untergeordnete Rolle, da es in der Eigenart der Tätigkeit begründet liege, dass bei dieser allein auf die geistige Vermittlung von Wissen gerichtete Arbeit keine (bzw. nur sehr geringe) Investitionen oder sonstige, ein unternehmerisches Risiko begründende Faktoren erkennbar seien.³⁵

5. Die einzige bislang überhaupt zu findende Entscheidung, in der es um die Tätigkeit eines Lehrbeauftragten an einer privaten Hochschule ging, ist das – bislang nicht veröffentlichte – Urteil des Sozialgerichts Köln v. 27.03.2023³⁶. Der Lehrbeauftragte war über mehrere Semester hinweg im Fachbereich Ingenieurwesen für Lehrveranstaltungen „Planung und Simulation von Produktsystemen“ beauftragt worden.

Der Lehrauftrag enthielt dabei folgende Klauseln:

„1. Der/dem Lehrbeauftragten obliegt die Verpflichtung, die Einkünfte aus dem Lehrgang (Einkünfte aus selbständiger Arbeit, § 18 Abs. 2 Nr. 1 EStG) bei dem zuständigen Finanzamt anzumelden und die Steuern [...] für das ihr/ihm gezahlte Honorar selbst zu entrichten sowie bei bestehender Rentenversicherungspflicht (§ 2 Nr. 9 SGB VI) die erforderlichen Meldungen selbst ordnungsgemäß vorzunehmen und die gesetzlichen Beiträge zu zahlen. [...]

3. Die Lehrveranstaltungen und Prüfungen sind eigenständig durchzuführen. Bei Unterbrechung der Lehrtätigkeit wird keine Vergütung gezahlt. Ausgefallene Lehrveranstaltungen sind grundsätzlich im Laufe des Semesters nachzuholen. Im Krankheitsfalle gilt diese Verpflichtung nicht.

4. Aus wichtigem Grund kann der Lehrauftrag durch die Fachhochschule widerrufen werden, z.B. bei zu geringer

Hörerzahl, länger anhaltender Krankheit der/des Lehrbeauftragten oder mehrfach ausgefallenen Lehrveranstaltungen. Der Lehrauftrag kann auch auf Antrag der/des Lehrbeauftragten widerrufen werden. Dabei werden die Interessen der/des Lehrbeauftragten und der ... Fachhochschule ... gegeneinander abgewogen.

5. Insofern die Lehrveranstaltung nicht zustande kommt oder nicht in vollem Umfang durchgeführt wird, ist die/der Lehrbeauftragte verpflichtet, dies unverzüglich unter Angabe der Gründe schriftlich dem zuständigen Studiengangsleiter mitzuteilen.

6. Die/der Lehrbeauftragte ist verpflichtet, Nachweise (Klausuren, Teilfachprüfungen, Fachprüfungen u.a.) über den Lehr- und Lernerfolg der Lehrveranstaltung entsprechend der gültigen Prüfungsordnung abzunehmen und Abschlussarbeiten aus ihrem/seinem Gebiet zu betreuen. Außerdem muss auf Verlangen an Prüfungen mitgewirkt werden, soweit dies aus zwingenden Gründen erforderlich ist.“

Der Information über Sondervergütungen für nebenberufliche Dozenten/Lehrbeauftragte ist zu entnehmen, dass jeder Dozent seine Lehrveranstaltungen und Prüfungen eigenständig durchführe. Nur die tatsächlich gehaltenen Lehrveranstaltungen seien abzurechnen. Des Weiteren könnten für die Teilnahme an Konferenzen pro Semester 2 Stunden pauschal abgerechnet werden.

Das SG Köln folgt in seinem Urteil dem herkömmlichen Schema bei der Abgrenzung der Kategorien „abhängige Beschäftigung“ und „selbständige Tätigkeit“. Ausgehend von der Definition der abhängigen Beschäftigung iSd § 7 Abs. 1 SGB IV werden die einzelnen aus dem Vertragsverhältnis erkennbaren Kriterien herausgearbeitet, gelistet und am Ende eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Die Entscheidung des BSG vom 28.6.2022 wird nicht zitiert.

Eingangs dieser Beurteilung hält das Gericht zunächst fest, dass nach dem beiderseitigen Parteiwillen mit der Übertragung des Lehrauftrags eine selbständige Tätigkeit bezweckt war, diese aber nicht in Widerspruch zur tatsächlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses stehen dürfe. Anhaltspunkte für eine Weisungsgebundenheit des Lehrbeauftragten vermochte das Sozialgericht bei der Abarbeitung der Einzelkriterien nicht zu erkennen:

35 Rn 81 der Entscheidung (bei juris).

36 S 7 BA 11/21. Das Urteil ist nicht rechtskräftig, die Deutsche Ren-

tenversicherung Bund hat dagegen Berufung eingelegt.

a) So fehlte es nach Auffassung des Gerichts bzgl. der Vorlesungszeiten an einer einseitigen Vorgabe durch die Hochschule, weil der Lehrbeauftragte seine Vorlesungszeit wählen und er in Abstimmung mit den Studenten Zusatztermine anbieten konnte.

b) Die Verpflichtung, die Lehrveranstaltungen in den Vorlesungsräumen der Hochschule abzuhalten, konnte nach Auffassung des Gerichts nicht zur Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führen. Der Lehrbetrieb einer Hochschule sei nur dann reibungslos durchführbar, wenn die vielfältigen Veranstaltungen in einem Gesamtplan räumlich aufeinander abgestimmt werden.³⁷ Würde jeder Lehrbeauftragte den Vorlesungs-ort frei auswählen können, wäre die Koordinierung der Vorlesungen für die Hochschule kaum noch möglich.

c) Kein Weisungsrecht leitete das Sozialgericht daraus ab, dass der Lehrbeauftragte sich hinsichtlich des Inhalts der Vorlesung an der Modulbeschreibung orientierte. Dagegen sprach aus Sicht des Gerichts, dass er die wesentliche Ausgestaltung der Vorlesung frei bestimmen konnte, z.B. indem er Software-Programme verwendete, die nicht von der Hochschule gestellt waren, sondern seiner hauptberuflichen Tätigkeit entstammten. Auch der Umstand, dass der Inhalt der Vorlesung prüfungsrelevant war und am Ende des Semesters eine Klausur anzubieten war, begründete nach Auffassung des Gerichts keine Weisungsgebundenheit. Der Weisungsfreiheit stehe es nicht entgegen, dass dem Selbständigen Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben werden, wenn die Art und Weise, wie er sie erreicht, ihm überlassen bleibt.³⁸ Solange die Handlungsmöglichkeiten von Selbständigen nicht durch Einzelanordnungen, sondern durch Regeln und Normen begrenzt werden, die die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit mehr in generell-abstrakter Weise umschreiben, begründe dies keine Weisungsgebundenheit im Sinne einer abhängigen Beschäftigung.³⁹

d) Gegen eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der Hochschule sprach aus Sicht des Gerichts die lediglich semesterweise, nicht einmal durchgängige und vor vornherein zeitlich beschränkte Beauftragung,⁴⁰ ferner ein nicht vorgesehenes Zusammenwirken mit anderen Lehrkräften oder Mitarbeitern der Hochschule sowie die fehlende Verpflichtung, vertretungsweise Vorlesun-

gen zu übernehmen oder andere Klausuren zu beaufsichtigen.⁴¹

e) Als Indizien für eine selbständige Tätigkeit wertete das SG Köln die Umstände, dass der Lehrbeauftragte nur für die tatsächlich geleisteten Unterrichtsstunden bezahlt wurde, er ausgefallene Unterrichtsstunden nachholen musste und ein zusätzliches Honorar für die Teilnahme an Konferenzen erhielt. In diesem Zusammenhang wies das SG darauf hin, dass diese Art der Entlohnung für abhängig beschäftigte Lehrkräfte nicht üblich sei.⁴²

f) Für eine selbständige Tätigkeit sprach für das Gericht ferner das vertraglich geregelte Widerrufsrecht. Dieses sollte dem Lehrbeauftragten ermöglichen, eine Lehrveranstaltung abzusagen, wenn er sie berufsbedingt nicht gewährleisten konnte. Umgekehrt sollte das Widerrufsrecht der Hochschule die Möglichkeit einräumen, eine Lehrveranstaltung z.B. wegen zu geringer Hörerzahl abzusagen.

g) Gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung sprach für das SG Köln auch, dass die Lehrauftragsvereinbarung keine typischen Nebenpflichten enthielt. So war die Teilnahme an der semesterweise stattfindenden Dienstkonferenz für den Lehrbeauftragten fakultativ ausgestaltet, weitere Verpflichtungen in der akademischen Selbstverwaltung oder zur Teilnahme an der Forschung wurden durch das Vertragsverhältnis nicht begründet. Der Lehrbeauftragte konnte ferner frei wählen, ob er die Klausuraufsicht selbst wahrnehmen (dann zusätzlich vergütet) oder sie auf Mitarbeiter der Hochschule delegieren wollte. Auch das Fehlen sowohl eines Urlaubs- als auch eines Entgeltfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall wertete das Gericht als weitere Indizien für eine selbständige Tätigkeit.

h) Für die Selbständigkeit des Lehrbeauftragten wertete das Gericht ferner den Umstand, dass dieser seine Betriebsmittel selbst angeschafft hatte (z.B. Laptop, Bücher, Simulationsprogramme) und die Hochschule lediglich Vorlesungsräume und Beamer zur Verfügung gestellt hatte.

i) Nur ganz knapp streifte das Gericht das vom BSG in der Entscheidung vom 28.6.2022 sehr zentral behandelte Unternehmerrisiko. Es nahm deren Vorliegen mit dem kurzen Hinweis darauf an, dass dem Lehrbeauftrag-

37 Verweis auf BSG v. 25.9.1981, 12 RK 5/80, SozR 2200 § 165 Nr 61, Rn 53.

38 Verweis auf BSG v. 17.5.1973, 12 RK 23/72, BSGE 36, 7, 10 f = SozR Nr 72 zu § 165 RVO.

39 Bezugnahme auf BSG v. 12.2.2004, B 12 KR 26/02 R, juris Rn 29.

40 Bezugnahme auf LSG Berlin-Brandenburg v. 13.4.2011, L 9 KR 294/08, juris.

41 Verweis auf LSG Berlin-Brandenburg v. 13.4.2011, a.a.O.

42 BSG v. 12.2.2004, a.a.O.; LSG Berlin-Brandenburg v. 13.4.2011, a.a.O.

ten eine Vergütung nur für tatsächlich erbrachte Leistungen gewährt wurde.⁴³

VI. Praxis der Deutschen Rentenversicherung Bund in Statusfeststellungsverfahren

Ein Blick in einige aktuell laufende, z.T. auch bereits abgeschlossene Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV), die die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Lehrkräften betreffen, zeigt eine deutliche Tendenz, den Anwendungsbereich des Sozialversicherungsrechts sehr weit zu fassen.

Maßgeblich dafür ist die vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BSG v. 28.6.2022⁴⁴ zu einer Musikschullehrerin vertretene Auffassung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung⁴⁵, dass Lehrer/Dozenten/Lehrbeauftragte an Universitäten, Hoch- und Fachhochschulen, Fachschulen, Volkshochschulen, Musikschulen sowie an sonstigen – auch privaten – Bildungseinrichtungen in den Schulbetrieb eingegliedert sind und in einem Beschäftigungsverhältnis zu diesen Schulungseinrichtungen stehen, wenn die Arbeitsleistungen insbesondere unter folgenden Umständen erbracht wird:

- Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung
- Festlegung bestimmter Unterrichtszeiten und Unterrichtsräume (einzelvertraglich oder durch Stundenpläne) durch die Schule/Bildungseinrichtung
- kein Einfluss auf die zeitliche Gestaltung der Lehrtätigkeit; Meldepflicht für Unterrichtsausfall aufgrund eigener Erkrankung oder sonstiger Verhinderung
- Ausfallhonorar für unverschuldeten Unterrichtsausfall
- Verpflichtung zur Vorbereitung und Durchführung gesonderter Schülerveranstaltungen; Verpflichtung zur Teilnahme an Lehrer- und Fachbereichskonferenzen oder ähnlichen Dienst- oder Fachveranstaltungen der Schuleinrichtung (dem steht eine hierfür vereinbarte gesonderte Vergütung als eine an der Arbeitszeit orientierter Vergütung nicht entgegen)
- selbstgestalteter Unterricht auf der Grundlage von Lehrplänen als Rahmenvorgaben geht nicht mit typischen unternehmerischen Freiheiten einher. Die zwar insoweit bestehende inhaltliche Weisungsfrei-

heit kennzeichnet die Tätigkeit insgesamt nicht als eine in unternehmerischer Freiheit ausgeübte Tätigkeit, insbesondere wenn

- keine eigene betriebliche Organisation besteht und eingesetzt wird
- kein Unternehmerrisiko besteht
- keine unternehmerischen Chancen bestehen, weil zum Beispiel die gesamte Organisation des Schulbetriebs in den Händen der Schuleinrichtung liegt und keine eigenen Schüler akquiriert und auf eigene Rechnung unterrichtet werden können, sowie die geschuldete Lehrtätigkeit nicht durch Dritte erbracht werden kann.

Die den Verfassern bekannten Bescheide bzw. Anhörungsschreiben der DRV Bund sind dadurch charakterisiert, dass die üblichen Kriterienlisten mit Merkmalen für eine abhängige Beschäftigung auf der einen sowie für eine selbständige Tätigkeit auf der anderen Seite erstellt werden und für die Gesamtbewertung letztlich die Liste ausschlaggebend ist, die die längere Aufzählung enthält. Eine echte Gewichtung wird am Ende nicht vorgenommen, sie wird durch die jeweiligen Aufzählungen lediglich suggeriert. Dies geht soweit, dass – jedenfalls in einem hier vorliegenden Fall – ein abhängiges und damit in der Konsequenz sozialversicherungsrechtlich relevantes Beschäftigungsverhältnis sogar in der Konstellation angenommen wurde, dass die betreffende Lehrperson eine Unterrichtsveranstaltung lediglich an einem einzigen Tag für nur wenige Stunden erbracht hatte. Wie vor diesem Hintergrund überhaupt eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der Schulungseinrichtung möglich sein soll, reflektierte die DRV Bund ersichtlich nicht.

Die Auffassung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung überrascht auch deshalb, weil sie nach ihrem Wortlaut auch Lehrbeauftragte an staatlichen Universitäten, Hoch- und Fachhochschulen einschließt. Nicht zur Kenntnis genommen werden dabei ganz offensichtlich Bestimmungen in den Hochschulgesetzen der Länder, die in ihrer Mehrheit von einem öffentlichen Sonderrechtsverhältnis ausgehen, das von vornherein dem Anwendungsbereich der Sozialversicherung entzogen ist.⁴⁶

43 Siehe hierzu aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung LAG Rheinland-Pfalz v. 18.4.2023, 8 Sa 288/22, juris Rn 66 mit Anmerkung von Brock, öAT 2023, 16.

44 a.a.O.

45 TOP 1 Besprechung des GKV-Spitzenverbandes, der Deutschen

Rentenversicherung Bund und der Bundesagentur für Arbeit für Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 4.5.2023; siehe dazu Kasseler Kommentar/Zieglmeier, a.a.O., § 7 SGB IV, Rn. 269.1.

46 Siehe oben II. 2.

VII. Verbandspolitische Aktivitäten

Auf Initiative des Verbands Deutscher Privatschulverbände e.V. (VDP) sowie des Deutschen Volkshochschulverbands e.V. (DVV) fand am 14.6.2024 ein Fachgespräch zur Situation beim Einsatz von Honorarlehrkräften mit Vertretern auf Leitungs- und Entscheidungsebene im Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) statt. Im Ergebnisprotokoll des BMAS sind aus diesem Fachgespräch folgende Punkte zusammengefasst:

„Alle Teilnehmenden hatten Gelegenheit, die aktuelle Situation bei der Beauftragung von Lehrkräften für ihren Bereich umfassend darzulegen. Dabei wurde deutlich, dass Lehrkräfte in sehr unterschiedlichen Konstellationen tätig werden und sie grundsätzlich in abhängiger Beschäftigung sowie auch selbständig tätig sind und dies auch für die Zukunft gewünscht ist. Aufgrund der Versicherungspflicht von selbständig tätigen Lehrkräften nach § 2 Nr. 1 SGB VI besteht hier auch grundsätzlich kein Unterschied im Hinblick auf die Absicherung für das Alter und bei Erwerbsminderung.

Von der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) wurde aufgezeigt, wie auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts eine selbständige Tätigkeit weiterhin möglich sein kann. Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit nicht durch Weisungsgebundenheit und Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation, sondern durch Weisungsfreiheit sowie unternehmerische Freiheiten, Chancen und Risiken geprägt ist. Als mögliche Kriterien für eine unternehmerische Tätigkeit wurden erörtert:

- nur allgemeine inhaltliche Rahmenvorgaben
- Einfluss auf organisatorische Ausgestaltung der Tätigkeit
- Mitbestimmung bei Unterrichtsort und -zeit
- Beteiligung an Kosten z.B. für Unterrichtsräume
- Möglichkeit des Einsatzes Dritter (Vertretung)
- Akquise von Schülern und Unterrichtung auf eigene Rechnung
- Vergütung auch abhängig von variablen Elementen
- kein Ausfallhonorar
- keine Verpflichtung zur Vorbereitung und Durchführung gesonderter Schülerveranstaltungen
- keine Verpflichtung zur Teilnahme an Lehrer- und Fachbereichskonferenzen o.ä.
- keine Meldepflicht für Unterrichtsausfall
- etc.

Die o.g. Kategorien sind nicht abschließend. Weitere Indizien, die für eine Selbständigkeit sprechen, sind möglich. Dabei müssen nicht alle aufgeführten Kriterien parallel erfüllt werden. Das heißt, das Nichtvorliegen eines oder mehrerer dieser Kriterien ist kein Ausschlussgrund für eine selbständige Tätigkeit. Allerdings muss in der Gesamtbetrachtung der Tätigkeit ein überwiegendes Gewicht für eine selbständige Tätigkeit sprechen.

Es wurde verabredet, dass die Verbände und Kammern auf Basis der vorgenannten Kriterien unter Beteiligung der DRV Bund für die verschiedenen Fallkonstellationen prüfen, ob und welche Anpassungen an den vorhandenen Organisationsmodellen erforderlich sind, damit eine Lehrkraft selbständig tätig werden kann. Dies kann in Sachverhaltsbeschreibungen in Verbindung mit Musterverträgen festgehalten werden. Die Verbände und Kammern werden mit gesonderter Mail gebeten mitzuteilen, für welche Fallkonstellationen sie beabsichtigen, solche Muster auszuarbeiten.

Alle Beteiligten waren sich einig, dass die bestehenden Kursangebote aufrechterhalten werden sollen.

Bereits beschlossen hat der zuständige Ausschuss der Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Rentenversicherungsträger daraufhin, dass im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen keine weiteren Betriebsprüfungen hierzu stattfinden sollen. Es werden keine Bescheide erstellt oder versandt. Anhängige Widerspruchsverfahren werden ruhend gestellt. Diese Beschlüsse gelten mit sofortiger Wirkung bis zum 15. Oktober 2024.

Im Oktober 2024 wird der Dialog in einem weiteren Fachgespräch fortgesetzt, um den Sachstand erneut zu begutachten und etwaige noch bestehende Fragen zu klären.“

VIII. Befund

1. Das Bundessozialgericht hat mit seinem Urteil vom 28.6.2022 die Kriterien für die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status von Lehrkräften tendenziell zugunsten einer Einordnung der Tätigkeit als abhängige Beschäftigung geändert. Im Vordergrund steht nunmehr die Frage, inwieweit für eine selbständige Tätigkeit vom Bestehen eines Unternehmerrisikos ausgegangen werden kann. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitnehmerbegriff des § 611a Abs. 1 BGB, insbesondere zur Weisungsgebundenheit, findet sich im Urteil des BSG vom Juni 2022 nicht mehr, die Rechtsprechung des BSG hat

sich damit von der Rechtsprechung des BAG entkoppelt. Die aktuelle Praxis der Deutschen Rentenversicherung Bund verdeutlicht, dass sie in Umsetzung des BSG-Urteils die Vertragsverhältnisse von Lehrkräften im Rahmen von Statusfeststellungsverfahren verstärkt in den Anwendungsbereich der Sozialversicherung zieht.

2. Eine höchstrichterliche Entscheidung zum sozialversicherungsrechtlichen Status von Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen liegt bislang nicht vor. Anhörungsverfahren im Rahmen von Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV geben Anlass zur Annahme, dass die DRV Bund die von den Spitzenorganisationen der Sozialversicherung im Mai 2023 geäußerte Auffassung zur Sozialversicherungspflicht von Lehrkräften auch auf Lehrbeauftragte an privaten Hochschulen erstreckt.

3. Soweit das Sozialgericht Köln in einer bislang nicht veröffentlichten Entscheidung vom 27.3.2023⁴⁷ in der dort zu beurteilenden Tätigkeit eines Lehrbeauftragten an einer privaten Fachhochschule auf eine selbständige Tätigkeit erkannt hat, ist zunächst anzumerken, dass dieses Urteil nicht rechtskräftig geworden ist, weil die DRV Bund dagegen Berufung eingelegt hat. Auch wenn die Urteilsbegründung in zahlreichen Punkten aus Sicht der privaten Hochschulen erfreulich ausfällt, verkennt das Gericht, dass die Beurteilung der Frage, ob eine abhängige oder selbständige Beschäftigung vorliegt, nicht unabhängig davon vorgenommen werden darf, dass das Lehrauftragsverhältnis ein hochschulrechtlich geprägtes Rechtsverhältnis eigener Art ist (hierzu sogleich unter IX.). Dieses Problem haftet in gleicher Weise den Ausführungen im Ergebnisprotokoll über das am 14.6.2024 im BMAS geführte Fachgespräch an.

4. Nach dem Ergebnis dieses Fachgesprächs wollen Verbände und Kammern auf der Basis der von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung und der Deutschen Rentenversicherung Bund entwickelten Kriterien „prüfen, ob und welche Anpassungen an den vorhandenen Organisationsmodellen erforderlich sind, damit eine Lehrkraft selbständig tätig werden kann“. Dieser Ansatz greift in Bezug auf die Lehrbeauftragten an Hochschulen faktisch wie rechtlich zu kurz:

a) *Faktisch* geht der Ansatz weithin an den tatsächlichen Verhältnissen vorbei. Das wird an den von der Deutschen Rentenversicherung Bund für das Fachgespräch vom 14.6.2024 formulierten Voraussetzungen für die Annahme einer Selbständigkeit besonders deutlich:

Dass Lehrbeauftragte ihre Leistung, nämlich die Lehre, persönlich erbringen müssen, folgt aus der Natur der

Sache und sagt deshalb nichts über Selbständigkeit oder Nichtselbständigkeit aus. Auch der freiberuflich tätige Arzt muss seine Leistung persönlich erbringen. Ein Indiz für Unselbständigkeit ist das hier wie dort nicht.

Ebenso selbstverständlich ist, dass Lehrbeauftragte die einmal festgelegten Unterrichtszeiten einhalten und die vorgesehenen Unterrichtsräume nutzen. An der Festlegung selbst aber wirken die Lehrbeauftragten jeweils bei der Übernahme des Lehrauftrags und im Rahmen der von ihnen mit den zuständigen Hochschulgremien zu treffenden Absprachen mit.

Kein Unterscheidungskriterium ist die Pflicht, Unterrichtsausfall anzuzeigen. Jeder zu einer Dienstleistung Verpflichtete ist nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Dienstberechtigten mitzuteilen, wenn die vorgesehene Dienstleistung nicht oder nicht rechtzeitig erbracht werden kann. Ob die Dienste selbständig oder unselbständig zu erbringen sind, spielt dafür keine Rolle.

Veranstaltungen mit Studierenden und Fachbereichskonferenzen sind essentialia jeder Hochschule, an der Lehre stattfindet. Die Beteiligung an solchen Veranstaltungen und Konferenzen ist eine hochschulrechtliche Aufgabe. Dass Lehrbeauftragte diese Aufgabe so wie alle anderen an der Lehre beteiligten Personen wahrnehmen, charakterisiert sie nicht als unselbständig.

Kaum Aussagekraft haben auch Bestehen und Einsatz einer eigenen betrieblichen Organisation. Kriterium für Selbständigkeit und Unselbständigkeit kann dieser Umstand nur insoweit sein, als er überhaupt spezifisches Merkmal einer bestimmten Lehrauftragstätigkeit ist. Das trifft für die für den jeweiligen Lehrauftrag erforderlichen Unterrichtsmaterialien und auch eine etwa notwendige spezifische mobile technische Ausstattung (z.B. Laptop) zu, nicht aber für die Grundversorgung der Hochschule mit Räumen, Energie oder etwa einer Laborausstattung, bei der ein Lehrbeauftragter gar nicht in der Lage wäre, sie selbst zu stellen.

Auch die Suche nach dem Unternehmerrisiko und dessen Fehlen führt nicht weit. Das Unternehmen, das Lehrbeauftragte betreiben, ist die, typischer Weise jeweils für ein Semester erfolgende, Übernahme und Durchführung bestimmter Lehrtätigkeiten an Hochschulen. Ihr Unternehmerrisiko ist einerseits die Ungewissheit des immer wieder notwendigen Gewinns neuer Lehraufträge und andererseits die Gefahr, den Lehrauftrag aus in ihrer Person liegenden oder sonst aus in ihrer Sphäre stammenden Gründen nicht durchführen zu können. Lediglich soweit ihnen diese Risiken abgenommen werden, etwa durch langdauernde unbefris-

47 S 7 BA 118/21.

tete Verträge oder Ausfallhonorare im Falle der Erkrankung, fehlt es an dem für den selbständigen Dienstleister typischen Unternehmerrisiko. Das Fehlen des Unternehmensrisikos damit zu begründen, dass der Hochschulbetrieb von der Hochschule und nicht von den Lehrbeauftragten organisiert wird und dass die Lehrbeauftragten keine Studierenden auf eigene Rechnung akquirieren, hätte zur Konsequenz, dass die Hochschulen Lehrtätigkeiten überhaupt nur Unselbständigen übertragen könnten. Ein solcher faktischer Ausschluss Selbständiger von der Erbringung bestimmter Dienstleistungen, sofern diese in einer fremden Organisation erfolgt, ist in § 7 Abs. 1 SGB IV nicht angelegt.

b) *Rechtlich* lässt der Ansatz, der nach dem Ergebnis des Fachgesprächs vom 14.6.2024 verfolgt werden soll, die hochschulrechtliche Prägung des Lehrauftrags außer Acht. Weder wird so der den Lehrbeauftragten wie den privaten Hochschulen zustehende Grundrechtsschutz der Lehrfreiheit thematisiert. Noch wird der hochschulrechtlichen Ausgestaltung des Lehrauftrags Rechnung getragen.

Diese Fragen sind aber auch für den sozialversicherungsrechtlichen Status der Lehrbeauftragten von entscheidender Relevanz. Ihnen wird im Folgenden nachgegangen.

IX. Der Lehrauftrag als hochschulrechtlich geprägtes Rechtsverhältnis eigener Art

1. Grundrechtsschutz der Lehrfreiheit von Lehrbeauftragten

a) Inhalt und Umfang der Lehrfreiheit

Das in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Grundrecht der Lehrfreiheit schützt jeden, der eigenverantwortlich eine wissenschaftliche Lehrtätigkeit ausübt.⁴⁸ Träger des Grundrechts sind mithin auch Lehrbeauftragte an privaten Hochschulen.

Aus dem Grundrechtsschutz folgt das Recht der Lehrbeauftragten, frei über Inhalt, Ablauf und methodische Ausgestaltung ihrer Lehrveranstaltung bis hin zur Wahl der Form als Präsenzveranstaltung oder Online-Angebot zu entscheiden.⁴⁹ Auch die Lehrbeauftragten an

privaten Hochschulen sind dabei nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG der Treue zur Verfassung verpflichtet. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Hochschule, an der sie tätig sind, staatlich anerkannte Abschlüsse vermittelt.⁵⁰

Das Grundrecht der Lehrfreiheit schützt in Verbindung mit dem Grundrecht auf freie Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 GG) auch die Entscheidung des Lehrbeauftragten, Lehraufträge als Selbständiger und nicht in einem Arbeitsverhältnis zur privaten Hochschule wahrzunehmen. Das BVerfG hat schon in seinem grundlegenden Apothekenurteil vom 11. Juni 1958 ausgeführt, dass zur geschützten Berufsfreiheit auch die Entscheidung „zwischen dem selbständig und dem unselbständig ausgeübten Beruf“ gehört.⁵¹ Vorbehaltlich besonderer Umstände den Vertragswillen des Lehrbeauftragten zur Selbstständigkeit maßgebend sein zu lassen, entspricht mithin einem verfassungsrechtlichen Gebot.

Der aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG folgende Grundrechtsschutz steht auch den Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen zu.

b) Geltung gegenüber der privaten Hochschule

Intern beansprucht das Grundrecht der Lehrfreiheit Geltung im Verhältnis des Lehrbeauftragten zu der privaten Hochschule, an der er tätig ist.⁵² Weisungen der Hochschulleitung hinsichtlich der Durchführung der Lehre sind auch hier *verfassungsrechtlich* grundsätzlich ausgeschlossen.

Freilich sind Träger des Grundrechts der Lehrfreiheit auch die privaten Hochschulen selbst. Der sich daraus ergebende Schutz erstreckt sich auch auf die Organisation von Forschung und Lehre einschließlich der Personalentscheidungen in Angelegenheiten der Hochschullehrer.⁵³ Dementsprechend nehmen auch die Entscheidungen, ob und in welchem Umfang die Lehre an der privaten Hochschule neben fest angestelltem Lehrpersonal Lehrbeauftragten übertragen wird und inwieweit diese in die Organisation der Hochschule eingebunden werden, grundsätzlich am Grundrechtsschutz von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG teil.

Sollen Lehrfreiheit der Lehrbeauftragten und Lehrfreiheit der Hochschulen zu bestmöglicher Wirksamkeit gelangen, müssen die aus ihnen folgenden Rechte der

48 BVerfG v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 112; v. 26.2.1997, 1 BvR 1864/94, 1 BvR 1102/95, BVerfGE 95, 193, 209; v. 13.04.2010, 1 BvR 216/07, BVerfGE 126, 1, 23 f.

49 Gärditz in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 102. EL August 2023, Art. 5 Rn 116.

50 Jarass in Jarass/Pieroth, GG 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn 150.

51 BVerfG v. 11.6.1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 Rn 56.

52 Krausnick, Privathochschulen, in: Gärditz/Pahlow, Hochschulerecht, 2011, S. 117, Rn 9.

53 BVerfGE v. 29.05.1973, 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 112, juris, Rn 115.

Lehrbeauftragten einerseits und die der Hochschulen andererseits nach dem Grundsatz des schonenden Ausgleichs aufeinander abgestimmt werden.⁵⁴ Einerseits muss die Freiheit des Lehrbeauftragten hinsichtlich der Durchführung der Lehre gewahrt bleiben. Andererseits muss die Hochschule die Lehre fachlich wie personell so organisieren können, dass die sachgerechte Ausbildung der Studierenden gewährleistet ist. Diese Abstimmung vorzunehmen, ist Sache des Hochschulrechts und soweit dieses keine Regelung enthält, Sache vertraglicher Regelung.

c) Geltung gegenüber Sozialversicherung

Der Schutz der Lehrfreiheit der Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen richtet sich wie bei jedem anderen Grundrecht auch gegen die öffentliche Gewalt. Hoheitliche Maßnahmen, welche die Lehrfreiheit einschränken, sind mangels eines Gesetzesvorbehalts in Art. 5 Abs. 3 GG auch hier nur zulässig, wenn sie ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können. Dies gilt auch für Einschränkungen, die mit einer Anwendung des Sozialversicherungsrechts verbunden sind, denn auch das öffentlich-rechtlich verfasste Sozialversicherungsrecht ist Teil der öffentlichen Gewalt und damit grundrechtsgebunden.⁵⁵

Das BVerfG hat in einem Nichtannahmebeschluss vom 26.7.2007 ausgeführt, die mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI erfolgte Einbeziehung selbständiger, keine Arbeitnehmer beschäftigender Lehrer und Erzieher in die Versicherungspflicht der gesetzlichen Rentenversicherung berühre den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG nicht, weil sie keine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennen lasse, sondern nur eine Beitragspflicht begründe.⁵⁶

Diese Erwägung lässt sich auf die mit der Anwendung von § 7 Abs. 1 SGB IV verbundene allgemeine Einbeziehung von Lehrenden in die Sozialversicherung nicht übertragen. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI respektiert, wie schon der Wortlaut der Vorschrift zeigt, die Selbständigkeit der von der Einbeziehung betroffenen Personen. Demgegenüber ist mit der Einbeziehung nach § 7 Abs. 1 SGB IV die Qualifizierung der Tätigkeit als „nichtselbständige Arbeit“ verbunden. Auch erstreckt sich die aus der Einbeziehung folgende Beitragspflicht auf alle Zwei-

ge der Sozialversicherung und zwingt die Betroffenen so in allen Lebensbereichen zu Lasten ihrer Privatautonomie zu einer öffentlich-rechtlichen Form der Daseinsvorsorge, die zudem mit bußgeldbewehrten Pflichten, etwa zur Auskunft und zur Vorlage von Unterlagen (§§ 280, 11 Abs. 1 Nr. 4 SGB IV) verbunden ist.

Stellt die qua Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV erfolgende zwangsweise Einbeziehung der Lehrbeauftragten in das gesamte Sozialversicherungsrecht deshalb einen Eingriff in die Grundrechte der Lehrfreiheit und der Berufsfreiheit der Lehrbeauftragten dar, muss sich dieser der Prüfung auf seine Verhältnismäßigkeit stellen.

Die mit der Einbeziehung verbundene zusätzliche soziale Sicherung taugt dabei weithin nicht als Rechtfertigungsgrund, weil sie für diese nicht erforderlich ist: Lehrbeauftragte, die als Richter, Beamte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Architekten oder Ärzte nebenberuflich in zeitlich beschränktem Umfang von wenigen Stunden Lehraufträge wahrnehmen, bedürfen in aller Regel nicht einer solchen aus dieser Tätigkeit abzuleitenden zusätzlichen sozialen Sicherung.

Die unter II. 3. dargestellten Regelungen, die für Lehrbeauftragte aus anderen Mitgliedstaaten der EU gelten, bestätigen das. Wenn diese Regelungen den sozialversicherungsrechtlichen Schutz Beschäftigter aus dem jeweils anderen Mitgliedstaat nur für erforderlich halten, wenn diese den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit im Inland ausüben, zeigt das das fehlende sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürfnis für Nebentätigkeiten. Dies gilt dann aber auch gleichgültig, ob es sich um eine nichtselbständige oder um eine selbständige Nebentätigkeit handelt.

Was bleibt ist das Bestreben, die finanzielle Basis der Sozialversicherung zu stärken. Nach der Rechtsprechung des BSG geht es bei der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung nicht nur um den spezifischen Schutz von Arbeitnehmern/Beschäftigten und deren Rechten, sondern auch um den Schutz der Versicherten-gemeinschaft durch eine solidarische Finanzierung.⁵⁷ Dem lässt sich für den von § 7 Abs. 1 SGB IV erfassten Kreis der nichtselbständig Beschäftigten folgen. Der Ansatz rechtfertigt es aber nicht, über diesen hinauszuge-

54 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, 154f.

55 *Berchtold* in Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht 8. Aufl. 2023, Rn 5b und 6; allgemein *Herdegen*

in Dürig/Herzog/Scholz 103. EL Januar 2024, Art. 3 Rn 3: „Alle Erscheinungsformen öffentlicher Gewalt“.

56 BVerfG v. 27.7.2007, 1 BvR 2204/00, 1 BvR 1355/03, juris.

57 BSG 20.7.2023, B12 BA 1/23 R, Rn 27.

hen und auch Personen der Sozialversicherungspflicht zu unterwerfen, die nach dem durch das Arbeitsrecht geprägten allgemeinen rechtlichen Verständnis eindeutig selbständig tätig sind. Darin liegt eine rechtspolitische Entscheidung, die nicht dem BSG, sondern dem Gesetzgeber zukommt, der sie bislang nicht getroffen hat.⁵⁸

d) Zwischenergebnis

Die den Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen zustehenden Grundrechte der Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) schließen deren Einbeziehung in den Anwendungsbereich von § 7 Abs. 1 SGB IV regelmäßig aus.

2. Ausgestaltung als Rechtsverhältnis eigener Art

a) Hochschulrecht der Länder

Gesetzgeber des Hochschulrechts sind nach der Aufhebung der Rahmenkompetenz des Bundes ausschließlich die Länder.

Die Landeshochschulgesetze bestimmen zunächst durchweg, dass die Lehrbeauftragten die ihnen übertragenen Aufgaben „selbständig“ wahrnehmen.⁵⁹ Damit schließen sie, der verfassungsrechtlichen Vorgabe von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgend, die Bindung des Lehrbeauftragten an Weisungen der Hochschulleitung insoweit aus, als diese den Kern seiner Tätigkeit, nämlich die Durchführung der Lehre betreffen würden.

Diese Bestimmungen gelten regelmäßig auch für Lehrbeauftragte an privaten Hochschulen, weil die staatliche Anerkennung der privaten Hochschulen die Sicherstellung voraussetzt, dass deren Hochschullehrer, zu denen die Lehrbeauftragten gehören, ihre Lehre eigenverantwortlich durchführen können.⁶⁰

Forschung und Lehre an Hochschulen sind nicht hierarchisch, sondern *mitgliedschaftlich organisiert*. Studien- und Prüfungsordnungen, aus denen sich ergibt, welche Lehrveranstaltungen durchzuführen sind, werden von den Gremien der Fakultäten und der Hochschule beschlossen. Die Zuordnung der Lehrveranstaltungen

zu den einzelnen Hochschullehrern, die Festlegung der Zeiten und die Zuteilung der Räume erfolgen regelmäßig im Wege der Absprache unter diesen; nur in – selten vorkommenden – Konfliktfällen entscheiden die Gremien.

In diese Selbstorganisation sind die Lehrbeauftragten einbezogen. Nach den Landeshochschulgesetzen stehen die Lehrbeauftragten nicht außerhalb der Hochschulen, sondern zählen entweder wie die anderen Hochschullehrer zu deren Mitgliedern⁶¹ oder haben doch den besonderen Status von Angehörigen.⁶² Praktisch erfolgen auch die Zuordnung von Lehrveranstaltungen zu ihnen, die Festlegung der Zeiten für ihre Lehrveranstaltungen und die Zuteilung der Räume an sie regelmäßig im Wege der Absprache mit ihnen.

Die staatliche Anerkennung privater Hochschulen setzt nach den Landeshochschulgesetzen das Bestehen einer akademischen Selbstverwaltung voraus, in der Forschung und Lehre eigenverantwortlich organisiert und geregelt werden.⁶³ Dementsprechend organisieren auch die privaten Hochschulen Forschung und Lehre mitgliederschaftlich und übernehmen die Zuordnung der Lehrveranstaltungen, Festlegung der Zeiten und Zuteilung der Räume in erster Linie der Absprache der Hochschullehrer untereinander und, was die Lehrbeauftragten anlangt, der Absprache der anderen Hochschullehrer mit diesen.

Was die *Rechtsbeziehung der Lehrbeauftragten zur Hochschule* angeht, bestimmen die Landeshochschulgesetze zumeist, dass die Lehrbeauftragten an staatlichen Hochschulen in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zum jeweiligen Bundesland stehen.⁶⁴ Teilweise wird hinzugefügt, dass der Lehrauftrag kein Dienstverhältnis und/oder kein Arbeitsverhältnis begründet.⁶⁵ Einige Landesgesetze verzichten auf eine solche ausdrückliche Zuordnung zum öffentlichen Recht, bestimmen aber gleichwohl, dass durch den Lehrauftrag kein Arbeitsverhältnis oder kein Dienstverhältnis begründet wird.⁶⁶ Wieder andere verzichten überhaupt auf eine Aussage zur Rechtsstellung der Lehrbeauftragten.⁶⁷

58 Zutreffend *Koops/Schlotthauer*, Die Rechtsfortbildung des BSG zum Beschäftigtenstatus, BB 2024, 1460, 1462.

59 Siehe oben Fn 5.

60 Vgl. z.B. § 70 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 iVm § 44 Abs. 2 Nr. 5 LHG BW; Art. 102 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 BayHIG.

61 So etwa § 43 Abs. 1 Nr. 6 BerLHG; Art. 19 Abs. 1 Satz 3 BayHIG; § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HSG Schleswig-Holstein (ab zwei Jahre); § 66 Abs. 3 Satz 2 BbgHG (auf Antrag ab drei Jahre) und § 21 Abs. 1 Satz 4 ThürHG (auf Antrag ab drei Jahre).

62 So § 9 Abs. 4 Satz 1 HG NRW; § 9 Abs. 4 Satz 1 LHG BW; § 58 Abs. 3 HSG LSA; § 37 Abs. 6 HessHG; § 50 Abs. 2 Satz 1 SächsHSG; § 36 Abs. 3 Nr. 3 iVm § 63 HochSchG Rheinland-Pfalz; § 5 Abs. 4 Satz 1 BremHG und § 14 Abs. 3 SHSG.

63 So etwa § 70 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 LHG BW.

64 § 93 Abs. 2 S. 1 HS. 2 ThürHG; § 56 Abs. 1 S. 2 HS. 1 LHG Baden-Württemberg; Art. 83 Abs. 1 S. 4 BayHIG, 2.1.3. S. 1. HS. 1 LLHV; § 26a Abs. 3 BremHG; § 34 Abs. 2 S. 1 NHG; § 53 Abs. 1 S. 2 SHSG; § 26 Abs. 3 S. 1 HS. 1 HmbHG; § 66 Abs. 2 S. 1 HS. 1 HSG Schleswig-Holstein; § 43 S. 3 HS. 1 HG NRW; § 58 Abs. 3 S. 1 HS. 1 BbgHG; § 76 Abs. 2 S. 1 HS. 1 LHG M-V.

65 § 43 S. 3 HS. 2 HG NRW; § 66 Abs. 2 S. 1 HS. 2 HSG Schleswig-Holstein; § 26 Abs. 3 S. 1 HS. 2 HmbHG; § 76 Abs. 2 S. 1 HS. 2 LHG M-V; § 58 Abs. 3 S. 1 HS. 2 BbgHG.

66 § 120 Abs. 3 Satz 1 BerLHG; § 68 Abs. 3 SächsHSG.

67 § 3 HochSchG Rheinland-Pfalz; § 78 HessHG; § 50 HSG LSA.

Ausdrückliche Regelungen der Rechtsbeziehung der Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen enthalten die Landeshochschulgesetze nicht. Soweit diese aber bestimmen, dass durch den Lehrauftrag kein Arbeitsverhältnis oder kein Dienstverhältnis begründet wird, gilt das auch für Lehrbeauftragte an privaten Hochschulen. Denn durch diese Bestimmungen wird zum Ausdruck gebracht, dass sich die für ein Arbeitsverhältnis oder Dienstverhältnis charakteristischen Rechte des Arbeitgebers oder Dienstgebers, insbesondere Weisungsrechte, nicht mit der gesetzlich angeordneten Selbständigkeit der Lehrbeauftragten und der Selbstorganisation auch von deren Lehre vereinbaren lassen.

In der Sache folgen die Landeshochschulgesetze so der Rechtsprechung des BAG und des BVerwG, die schon vor der gesetzlichen Einführung des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses für Lehrbeauftragte an staatlichen Hochschulen zu dem Ergebnis gekommen waren, dass die Kategorien des Arbeitsverhältnisses und des Beamtenverhältnisses das Rechtsverhältnis des Lehrbeauftragten nicht abbilden können, dieses vielmehr ein Rechtsverhältnis eigener Art darstellt.⁶⁸

b) Vertragliche Regelungen

Soweit die Verträge der Lehrbeauftragten privater Hochschulen in der einen oder anderen Form statuieren, dass die Lehrbeauftragten selbständig tätig sind, stellen sie nur klar, was nach den entsprechenden Bestimmungen der Landeshochschulgesetze ohnehin gilt.

Bestimmen die Verträge auch, dass der Lehrauftrag kein Arbeitsverhältnis begründet, hat das in Bundesländern, deren Hochschulgesetze keine entsprechende Regelung enthalten, konstitutive Bedeutung: Lehrbeauftragter und private Hochschule schließen sich mit einer solchen Bestimmung dem hochschulrechtlichen Grundverständnis des Lehrauftragsverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses eigener Art an. Die diesem Grundverständnis nicht gerecht werdenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses sollen ausgeschlossen sein.

c) Zwischenergebnis

Die Lehrtätigkeit der Lehrbeauftragten an privaten Hochschulen wird nicht anders als die der Lehrbeauftragten an staatlichen Hochschulen durch die – Weisun-

gen ausschließende – Selbständigkeit und die Teilhabe an der eigenverantwortlichen Organisation der Lehre durch die Hochschullehrer selbst geprägt. Die Rechtsbeziehung des Lehrbeauftragten zur privaten Hochschule ist damit ein Rechtsverhältnis eigener Art.

3. Folgerung: Wahrnehmung von Lehraufträgen regelmäßig keine Beschäftigung im Sinn von § 7 Abs. 1 SGB IV

a) Kein Arbeitsverhältnis

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist als Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung insbesondere die nicht-selbständige Arbeit in einem Arbeitsverhältnis anzusehen.

Das Lehrauftragsverhältnis stellt wie unter 2. ausgeführt ein Rechtsverhältnis eigener Art und damit kein Arbeitsverhältnis dar. Eine Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV liegt damit nicht vor.

b) Keine nichtselbständige Arbeit im Sinn von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind weitere Anhaltspunkte für eine nichtselbständige Arbeit eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Beides ist im Lehrauftragsverhältnis nicht gegeben. Auch das „Gesamtbild“ der Umstände des Lehrauftragsverhältnisses ergibt keine nichtselbständige Arbeit.

aa) Fehlende Weisungsgebundenheit

Wie unter 2. a) ausgeführt, bestimmen die Landeshochschulgesetze auch für die Lehrauftragsverhältnisse an privaten Hochschulen, dass die Lehrbeauftragten die ihnen übertragenen Aufgaben *selbständig* wahrnehmen und schließen damit Weisungen der Hochschulleitung in Bezug auf die Wahrnehmung dieser Aufgaben aus. Es handelt sich dabei nicht nur um eine eingeschränkte und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinerte Weisungsgebundenheit, auf die das BSG in seiner eine Lehrkraft einer Musikschule betreffenden Entscheidung abgestellt hat⁶⁹, sondern um eine aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitende Freiheit von Weisungen.

68 BAG v. 16.12.1957, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten („freies Dienstverhältnis“); BVerwG v. 29.8.1975, VII C 17.73, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 42 („öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, das kein Beamtenverhältnis ist“);

im gleichen Sinne LAG Baden-Württemberg v. 15.12.2010, 13 Sa 78/10, juris.

69 BSG v. 28.6.2022, a.a.O. Rn 11.

Dass die Lehrbeauftragten wie alle anderen an der Lehre beteiligten Personen an die Studien- und Prüfungsordnung gebunden sind, begründet keine Weisungsgebundenheit. Studien- und Prüfungsordnungen beschreiben die Lehraufgabe, nicht aber die Art und Weise, wie diese zu erbringen ist.⁷⁰

Auch dass sich die Lehrbeauftragten hinsichtlich der äußeren Umstände ihrer Lehrveranstaltungen, insbesondere was deren Zeit und Ort anlangt, in den Betrieb der Hochschule einpassen müssen, ändert an dieser Weisungsfreiheit nichts. Insoweit handelt es sich, wie das BAG zutreffend ausgeführt hat und auch das SG Köln hervorhebt, um eine „selbstverständliche und unerlässliche Bindung“, die nicht genügt, um die notwendige persönliche Abhängigkeit zu begründen.⁷¹

bb) Keine fremdbestimmte Organisationseingliederung

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV ist Anhaltspunkt für eine nichtselbständige Arbeit auch die Eingliederung in die Arbeitsorganisation *des Weisungsgebers*. Auch daran fehlt es:

Da die Lehrbeauftragten ihre Aufgaben selbständig und damit frei von Weisungen der Hochschulleitung wahrnehmen, sind sie bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben auch nicht in die Arbeitsorganisation der Hochschule eingegliedert. Dem entspricht auf der anderen Seite, dass sie, wie unter 2. b) ausgeführt, nach den Vorgaben der Landeshochschulgesetze in die Selbstorganisation der Lehre auch der privaten Hochschulen einbezogen sind und damit ihre Lehrtätigkeit selbst mit organisieren.

Auf die Relevanz der ihrem Status entsprechenden abgestuften Einbeziehung der Lehrbeauftragten in die mitgliedschaftliche Organisation der Hochschulen hat schon das LSG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 13.4.2011 zutreffend hingewiesen.⁷²

cc) Kein „Gesamtbild“ nichtselbständiger Arbeit

Wie unter IV. ausgeführt, hat das BSG in seiner Entscheidung vom 28.6.2022 den Standpunkt eingenommen, ob jemand beschäftigt oder selbständig ist, richte sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen, und dabei das „eigene Unternehmerrisiko“ als wesentliches Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen.⁷³

Diese Sicht lässt sich auf das Lehrauftragsverhältnis nicht übertragen. Weisungsfreiheit der Lehrbeauftragten und ihre Nichteingliederung in die Organisation der Hochschulen ergeben sich aus den Landeshochschulgesetzen. Das daraus folgende Bild selbständiger Arbeit lässt sich nicht durch ein, andere Umstände einbeziehendes „Gesamtbild“ der Lehrauftragstätigkeit überspielen.

Insbesondere kann der Gesichtspunkt des eigenen Unternehmerrisikos regelmäßig keine solche Wirkung entfalten. Wie das SG Köln⁷⁴ richtig sieht, trägt der Lehrbeauftragte typischerweise das mit seiner Tätigkeit verbundene unternehmerische Risiko. In Frage steht nämlich, ob er auch in den folgenden Semestern oder zu einem späteren Zeitpunkt wieder mit einem Lehrauftrag betraut wird. Entscheidet sich die Hochschule dagegen, kommt es auf die Gründe dafür nicht an. Weder kann er geltend machen, er sei durch Krankheit an der Wahrnehmung gehindert, noch kann er nach Ende seiner Tätigkeit die erneute Erteilung eines Lehrauftrags verlangen.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass Lehrbeauftragter und private Hochschulen Inhalt und Umstände des Lehrauftrags nach Vorstellungen ausgestalten wollen, die vom Regeltypus des Lehrauftragsverhältnisses abweichen. So ist denkbar, dass sie den Lehrauftrag auf die Vermittlung genau beschriebener Fertigkeiten erstrecken und den Lehrbeauftragten von vornherein nicht in die Bestimmung des Inhalts des Lehrauftrags und die Umstände der Durchführung der Lehrveranstaltung einbinden wollen. Auch könnten sie die Übernahme typischer Arbeitgeberpflichten, wie etwa die Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder bei anderen persönlichen Verhinderungen, oder die Bindung über einen längeren Zeitraum vereinbaren.

Der Regelfall sind solche Abweichungen aber nicht. Hochschulrechtlich besteht für sie auch nur geringer Spielraum, weil damit der Grundsatz der Selbständigkeit der Tätigkeit des Lehrbeauftragten und seine Einbindung in die Selbstorganisation der Lehre in Frage gestellt wird. Gleichwohl können diese Abweichungen im Einzelfall so beschaffen sein, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen Lehrbeauftragtem und privater Hochschule als Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV darstellt. Solche Abweichungen sollten deshalb unterbleiben.

70 SG Köln, a.a.O., S. 10 unter Bezugnahme auf BSG v. 17.5.1973, 12 RK 23/72, BSGE 36, 7, 10 f.; Sandberger, Hochschulgesetz Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2022, § 56 Rn 3.

71 BAG v. 16.12.1957, a.a.O. Rn 9; SG Köln, a.a.O., S. 10.

72 LSG Berlin-Brandenburg 13.4.2011, L 9 KR 294/08, juris Rn 60

73 BSG v. 28.6.2022, a.a.O. Rn 11

74 SG Köln, a.a.O., S. 13.

X. Ergebnis und Folgerungen für die Vertragspraxis

1. Über den sozialversicherungsrechtlichen Status von Lehrbeauftragten an privaten (staatlich anerkannten) Hochschulen ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

2. Der Versuch der Deutschen Rentenversicherung Bund, diesen Status anhand der vom Bundessozialgericht im Urteil vom 28.6.2022 für den Status einer an einer städtischen Musikschule tätigen Musiklehrerin zu bestimmen, führt in die Irre. Faktisch passen diese Kriterien jedenfalls so, wie sie von der Deutschen Rentenversicherung Bund verstanden werden, weithin nicht zu der an der wissenschaftlichen Lehre ausgerichteten Tätigkeit der Lehrbeauftragten. Rechtlich verkennt diese Ausrichtung den durch die grundrechtliche Lehrfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG geprägten und durch die Landeshochschulgesetze ausgeformten Rechtscharakter des Lehrauftragsverhältnisses.

3. Faktische Ausgestaltung und rechtliche Ausformung der Lehrauftragsverhältnisse an Privaten (staatlich anerkannten) Hochschulen führen, wie das Sozialgericht Köln am 27.03.2023 zutreffend entschieden hat, in der Regel zu dem Ergebnis, dass Lehrbeauftragte auch im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV selbständig tätig sind. Eine vertragliche Ausformung als unselbständige Beschäftigung ist denkbar, führt aber zumeist zu Konflikten mit dem jeweils einschlägigen Landeshochschulrecht.

4. Lehrbeauftragte, die in anderen Mitgliedstaaten als abhängig Beschäftigte oder als selbständige Erwerbstätige sozialversichert sind, können nach näherer Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 sowie der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ihre Tätigkeit an privaten Hochschulen in Deutschland sozialversicherungsfrei ausüben.⁷⁵

5. Die Vereinbarungen der privaten Hochschulen mit den Lehrbeauftragten sollten jedenfalls folgende Grundsätze statuieren:

a) Die/der Lehrbeauftragte nimmt den Lehrauftrag in Ausübung seiner grundrechtlich geschützten Lehrfreiheit selbständig wahr. Unbeschadet der Bindung an Studienpläne und Prüfungsordnungen unterliegt er hinsichtlich des Inhalts und der Methode von Lehre und Prüfungen keinerlei Weisungen.

b) Die/der Lehrbeauftragte wirkt nach Maßgabe des für die Hochschule geltenden Hochschulgesetzes an Planung und Organisation von Lehre und Prüfungen und an damit in Zusammenhang stehenden Sitzungen, Konferenzen und Veranstaltungen mit.

c) Zwischen dem Lehrbeauftragten und der Hochschule wird nach Maßgabe des für die Hochschule geltenden Hochschulgesetzes ein hochschulrechtlich ausgeformtes selbständiges Dienstverhältnis begründet, das weder Arbeitsverhältnis im Sinne von § 611a BGB noch Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist.

d) Als Selbständige/r trägt die/der Lehrbeauftragte das Risiko der persönlichen Verhinderung. Ein Ausfallhonorar wird bei – auch unverschuldeten – Unterrichtsausfall ebenso wenig geleistet wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die/der Lehrbeauftragte hat als Selbständige/r auch keinen Urlaubsanspruch.

e) Die Übertragung des Lehrauftrags erfolgt für das Studienjahr/Semester xy. Ansprüche auf Folgevereinbarungen sind ausgeschlossen.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Leiter der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht und of counsel bei KRAUSS LAW Lahr/Schwarzwald.

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 neben dem Arbeitsrecht schwerpunktmäßig auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

75 siehe oben II. 3.

Mathias Neukirchen, Torsten Breder und Felix
Hornfischer
*Gerichtlicher Rechtsschutz zur Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs von Hochschullehrerinnen und -lehrern im Berufungsverfahren**

Übersicht

Einleitung

I. Begriff und Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens im öffentlichen Dienst

1. Das Konkurrentenstreitverfahren allgemein und bei der besetzung von Hochschulprofessuren
2. Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens

II. Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach der Auswahlentscheidung im Berufungsverfahren

1. Mitteilungspflicht der Hochschulen
 - a) Zeitpunkt der Mitteilungen und Wartefristen
 - b) Rechtscharakter der Mitteilung an die Bewerber*innen
 - c) Umfang der Mitteilungspflicht der Hochschulen
2. Akteneinsicht
 - a) Allgemein
 - b) Kein Geheimhaltungsrecht der externen Gutachter*innen

III. Prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags nach § 123 VwGO

1. Rechtsweg
2. Die Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 VwGO in strittigen Berufungsverfahren
3. Die Antragsbefugnis
4. Das (Eil-) Rechtsschutzbedürfnis
5. Die Hochschule oder das Land als Antraggeber
6. Sonstige Voraussetzungen

IV. Begründetheit des Antrags: Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

1. Der Anordnungsgrund
2. Der Anordnungsanspruch
3. Besondere Fallkonstellationen / Probleme
 - a) Befangenheit
 - aa) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen (absolute Befangenheit) gem. § 20 VwVfG

bb) Besorgnis der Befangenheit (realtive Befangenheit) gem. § 21 VwVfG im Allgemeinen

cc) Fälle und Beispiele, in denen nicht per se eine Besorgnis der Befangenheit besteht

dd) rechtliche Würdigung

b) Juniorprofs mit Tenure Track

c) Tenure Track

d) Zu hohe Forderungen bei den Berufungsverhandlungen: Grund für Abbruch?

e) Rechtswidrigkeit des Abbruchs des Verfahrens

f) Fehlende Passgenauigkeit und Ausschluss aus dem weiteren Verfahren bei der 1. Stufe

g) Akademisches Alter: Diskriminierung

h) Listendrehen durch den Rektor

i) Unzureichende Dokumentation

V. Der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts

1. Eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Berufungskommission

*2. Mindestens potentielle Kausalität des Verfahrenfehlers für die unterbliebene Auswahl des*der unterlegenen Bewerber*in***

VI. Die Wirkung der einstweiligen Anordnung

VII. Die weitere Verfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs vor Gericht

1. Primärrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde

2. Sekundärrechtsschutz und Schadensersatzansprüche

a) Amtshaftungsanspruch

b) Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG

VIII. Zusammenfassung

Einleitung

Berufungsverfahren sind ein wesentlicher Baustein der hochschulischen Freiheit von Forschung und Lehre,

* Der vorliegende Beitrag basiert auf dem entsprechenden Abschnitt des Buches von Mathias Neukirchen und Etienne Emmrich (Hrsg.), *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch – Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber*, erschienen 2021 im Nomos Verlag.

** Um eine Gleichstellung der Geschlechter auch in der geschriebenen Sprache zum Ausdruck zu bringen, haben sich die Autoren dazu entschlossen, den vorliegenden Text unter Verwendung des Gendersterns zu verfassen und zugunsten einer gendergerechten Sprache die gelegentlich damit einhergehenden sprachlichen Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen.

denn sie dienen der Auswahl der eigentlichen Träger*innen dieses Grundrechts gem. Art. 5 Abs. 3 GG.³ Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt, dass die Auswahlentscheidungen der Berufungskommissionen rechtlich überprüfbar sein müssen. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung verletzen nicht nur den Bewerbungsverfahrenanspruch, sondern gefährden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch unmittelbar die Wissenschaftsfreiheit.⁴ Ein Listenplatz und vielmehr noch ein Ruf auf eine Professur sind Qualitätsnachweise für eine*n Wissenschaftler*in. Dementsprechend hat auch die Neigung der Bewerber*innen, Berufungsverfahren bei subjektiv unbefriedigendem Verlauf gerichtlich überprüfen zu lassen deutlich zugenommen. Es wird daher eine wachsende Bereitschaft konstatiert, gegen ungünstige Auswahlentscheidungen mit der sog. Konkurrentenklage vorzugehen.⁵

Dieser Beitrag widmet sich den Rechtsschutzmöglichkeiten des*der unterlegenen Konkurrenten*in in Berufungsverfahren an staatlichen Hochschulen in Deutschland und beleuchtet entsprechende spezifische verfahrensrechtliche Fragestellungen sowie die Antworten, die von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darauf bislang gegeben worden sind.

Dazu wird zunächst kurz auf das gerichtliche Konkurrentenstreitverfahren und seine Bedeutung für unterlegene Konkurrenten*innen in Berufungsverfahren eingegangen (unter I.), um sodann anhand der Prüfungskriterien der Verwaltungsgerichte zu erläutern, wie sich der Bewerbungsverfahrenanspruch der Bewerber*innen vor Gericht im Konkurrentenstreitverfahren sichern lässt (unter II.). Weiterhin werden die prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen (unter III.) und die Anforderungen an die Begründetheit eines Antrags, also der Anordnungsanspruch und der Anordnungsgrund (unter IV.) dargestellt. Sodann wird der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts erläutert (unter V.) und die Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung im Eilrechtsschutz auf das Auswahlverfahren und die verbleibenden Handlungsmöglichkeiten der Hochschulen behandelt (unter VI.), um dann abschließend noch auf den weiteren gerichtlichen Instanzenzug sowie auf mögliche Schadensersatzansprüche im Rahmen des

Sekundärrechtsschutzes einzugehen (unter VII.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Zusammenfassung (unter VIII.).

I. Begriff und Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens im öffentlichen Dienst

1. Das Konkurrentenstreitverfahren allgemein und bei der Besetzung von Hochschulprofessuren

Die Personalgewinnung im öffentlichen Dienst hat sich am Prinzip der Bestenauslese zu orientieren und unterliegt dabei strengen formalen Kriterien für Stellenbesetzungsverfahren, die – im Gegensatz zur fachlichen Bewertung eines*einer Kandidaten*Kandidatin – auch weitestgehend gerichtlich überprüfbar sind. Wer also bei einer Bewerbung um ein Eingangs- oder Beförderungsamtsamt gegen eine*n konkurrierende*n Bewerber*in unterliegt, kann gegen die Auswahlentscheidung der Behörde gerichtlich vorgehen, um sein*ihre Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren bestmöglich zu wahren. In diesem Zusammenhang wird oft von der sog. Konkurrentenklage gesprochen; sie hat in den vergangenen Jahrzehnten im Bereich des öffentlichen Dienstes zunehmend an Bedeutung gewonnen.⁶ Die Bezeichnung wird umgangssprachlich häufig verwendet, ohne dass sich dabei ohne weitere Erläuterungen schon ableiten ließe, was im jeweiligen Einzelfall das konkrete Klageziel wäre und welcher Weg nach der Verwaltungsgerichtsordnung oder auch nach dem Arbeitsgerichtsgesetz zur Erreichung des Ziels zu beschreiten ist.

Unabhängig davon, ob nun von einem Konkurrentenstreitverfahren, einer Konkurrentenklage, einer Mitbewerberklage oder auch von einer Konkurrentenverdrängungsklage die Rede ist, dem begehrten gerichtlichen Rechtsschutz liegt stets die Ausgangssituation zugrunde, dass zunächst mehrere Personen einen begünstigenden Verwaltungsakt oder den Abschluss eines Arbeitsvertrages begehrt haben, der am Ende jedoch nur an eine Person erteilt bzw. mit einer Person geschlossen werden kann.⁷

Diese Einordnung und die dahinter liegenden Grundsätze liegen auch den Auswahlverfahren und den bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bei der Beset-

3 Näher zum Grundrechtsschutz von Wissenschaftler*innen BVerfG, Urt. v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 (= BVerfGE 35, 79), Rn. 92 ff. – juris.

4 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch, 2021, S. 25; BVerfG, a.a.O., Rn. 115 ff. – juris.

5 *Geis*, OdW 2020, 23 (23) m. w. N.

6 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (23), oder auch *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4, Rn. 103.

7 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1192) m.w.N.

zung von Hochschulprofessuren an staatlichen Hochschulen – als ein Teil des öffentlichen Dienstes – zugrunde.⁸ Auch hier geht es in der Regel um ein Verfahren zur Auswahl für ein öffentliches Amt, das mit der Ernennung des*der obsiegenden Bewerbers*Bewerberin abschließt.

2. Gegenstand des Konkurrentenstreitverfahrens

Allein die Auswahlentscheidung ist Gegenstand des dienstrechtlichen Konkurrentenstreits.⁹ Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Maßgabe seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung¹⁰ – den sog. Bewerbungsverfahrensanspruch¹¹. Damit ist der Auswahlmaßstab des Verfassungsrechts abschließend vorgegeben, wobei aufgrund teilweiser inhaltlicher Überschneidungen der drei Kriterien sich diese auch unter dem Oberbegriff der Eignung im weiteren Sinne zusammenfassen lassen.¹² Dieser Maßstab gilt auch uneingeschränkt, wenn es um die Personalauswahl der Hochschullehrer*innen für die Besetzung von Professuren geht, soweit ein öffentliches Amt im Sinne der Norm vorliegt.¹³ Dabei steht den Hochschulen aus der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG jedoch eine besondere Beurteilungskompetenz bzgl. der (fachlichen) Qualifikation von Bewerber*innen zu.¹⁴ Die Auswahlentscheidung ist insoweit als Ermessensentscheidung nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar,¹⁵ ein Fehler im Berufungsverfahren kann aber zu dessen Rechtswidrigkeit und zum Abbruch des (personal- und zeitaufwändigen) Verfahrens führen. Aufgrund dieser Einschätzungsprärogative der Hochschule in fachlicher Hinsicht und ihres Ermessensspielraums zielen solche Klagen in der Regel auf die Rüge von Verfahrensfehlern, um die Auswahlentscheidung anzugreifen oder deren Umsetzung zeitlich zu verzögern, was wiederum zu

einer immer stärkeren Verrechtlichung des Verfahrens geführt hat.¹⁶

Die gerichtliche Prüfung der Auswahlentscheidung wird dabei regelmäßig auf den vorläufigen Rechtsschutz vorverlagert.¹⁷ Denn mit der beamtenrechtlichen Ernennung des*der ausgewählten Bewerbers*Bewerberin wird das Auswahlverfahren durch den entsprechenden Verwaltungsakt formal verbindlich abgeschlossen – der Bewerbungsverfahrensanspruch erlischt.¹⁸ Der sog. Grundsatz der Ämterstabilität steht der Verhinderung der Einweisung in eine entsprechende Planstelle und einer Wiederholung des Verfahrens aufgrund von vorangegangenen Fehlern ab diesem Zeitpunkt regelmäßig entgegen.¹⁹ Einer Klage gegen eine bereits erfolgte Ernennung wird daher nur selten zum Erfolg führen, da es in der Regel bereits am Rechtsschutzbedürfnis fehlen dürfte.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG verbleibt bei Konkurrentenstreitigkeiten, soweit es um Ersteinstellungen bzw. Erstberufungen und nicht um Beförderungen geht, im Wesentlichen nur eine Fallkonstellation, in der eine Anfechtungsklage, mit dem Ziel, die Ernennung des*der Konkurrenten*in aufzuheben, ausnahmsweise als zulässiger Rechtsbehelf in Betracht kommt: Wenn der Dienstherr den*die ausgewählte*n Bewerber*in unter Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Konkurrentenmitteilung oder unter Verletzung der Wartepflicht vorschnell ernannt, wird das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzt.²⁰ Der Grundsatz der Ämterstabilität kann dem*der übergangenen Bewerber*in dann nicht entgegengehalten werden, sondern es gilt, dem verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz auch noch nach der Ernennung Geltung zu verschaffen und diese Entscheidung des Dienstherrn im Erfolgsfall aufzuheben. Allein dann, wenn der*die unter Verletzung der Wartepflicht vorschnell ernannte

8 Zur entsprechenden Übertragbarkeit OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12/11, Rn. 4 – juris m.w.N. zur übereinstimmenden Rspr. des OVG Münster und des VGH München.

9 Vgl. *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (182) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 18.11.2004, III ZR 347/03, Rn. 14 bzgl. der entsprechenden Eingrenzung im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs.

10 Vgl. bspw. BVerwG, Urt. v. 21.08.2003, 2 C 14.02 (= BVerwGE 118, 370), Rn. 16 – juris m.w.N. zur Rspr. von BVerfG und BVerwG.

11 Vgl. zur Terminologie etwa BVerwG, a.a.O. oder auch BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09 (= BVerwGE 138, 102), Rn. 21 – juris.

12 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (251) m.w.N.

13 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (252 f.).

14 *Neuhäuser*, WissR 45 (2012), 248 (253) unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16.83.

15 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12.11, Rn. 4 – juris.

16 *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 25.

17 Zu den Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Umgang mit dieser besonderen Situation geknüpft werden, sogleich unter II.; kritisch zur herrschenden Dogmatik: *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 123 Rn. 41 ff.

18 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 27 – juris.

19 Vgl. *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1343.

20 Grundlegend BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09 – juris; vgl. etwa auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.11.2018, 4 N 2.16 – juris.

Bewerber*in die Stelle wieder verlassen hat, ist eine Anfechtung im Hauptsacheverfahren nicht statthaft, sondern der Hauptsacherechtsbehelf auf die Verpflichtung zur Neuentscheidung über die Bewerbung zu richten.²¹

Für den Bereich der Hochschulen deutet nichts darauf hin, dass ihnen bzw. den zuständigen Ministerien der Fehler einer unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäßen Konkurrentenmitteilung häufiger unterläuft.²²

II. Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach der Auswahlentscheidung im Berufungsverfahren

Seinen Ausgang nimmt ein Konkurrentenstreitverfahren regelmäßig mit der Information an die Bewerber*innen, dass sie bei der weiteren Auswahl nicht berücksichtigt werden bzw. ein*e andere*r Kandidat*in die Professur erhalten soll. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, welche Anforderungen an die Hochschulen gestellt werden, im Hinblick darauf, wann, auf welche Weise und in welchem Umfang unterlegene Bewerber*innen zu informieren sind, damit sie sich nicht dem Vorwurf der Vereitelung des Bewerbungsverfahrensanspruchs entgegenhalten lassen müssen (dazu unter 1.). Damit die Bewerber*innen bewerten können, ob die für sie ungünstige Auswahlentscheidung fehlerhaft gewesen ist, bedarf es in der Regel der Einsicht in die Akten, die von der Hochschule zu dem Berufungsverfahren geführt werden (dazu unter 2.). Erst daran anknüpfend können die Erfolgsaussichten einer Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs durch ein gerichtliches Verfahren vollständig geprüft werden, indem bewertet wird, ob die prozessualen (dazu unter 3.) und materiellen (dazu unter 4.) Voraussetzungen für einen entsprechenden Antrag an das zuständige Gericht vorliegen.

1. Die Mitteilungspflicht der Hochschulen

Um zu verhindern, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch die Ernennung des*der erfolgreichen Kandidaten*in vereitelt wird, ist das in diesem Zusammenhang aus Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG ableitbare Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz durch die Rechtsprechung verschiedentlich gesichert worden. So verpflichtet die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die ernennende Stelle dazu, nach Abschluss des Auswahlverfahrens den unterlegenen Bewerber*innen zur Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes die Auswahlentscheidung und damit einhergehend die beabsichtigte Ernennung einer anderen Person mitzuteilen²³ und diese Ernennung erst nach Ablauf einer Stillhaltefrist durchzuführen.²⁴

a) Zeitpunkt der Mitteilung und Wartefristen

Die Mitteilung über die Auswahlentscheidung muss jedenfalls so rechtzeitig vor der Ernennung des*der erfolgreichen Bewerbers*in erfolgen, dass für den*die unterlegene*n Bewerberin noch die Chance besteht, die Ernennung durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen gerichtlichen Anordnung gem. § 123 VwGO (zumindest vorläufig) erfolgreich zu verhindern.²⁵

Im Rahmen von Berufungsverfahren ist die Mitteilung spätestens dann abzugeben, wenn die Berufungsliste durch alle zuständigen Stellen bestätigt wurde und die Ernennung des Erstplatzierten vorgenommen werden soll.²⁶

Die vom Berliner VG/OVG vertretene Rechtsauffassung²⁷, dass bereits vor Abschluss des Berufungsverfahrens und ab der Mitteilung eines Sachstands für den*die Bewerber*in die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels zu laufen beginne, selbst wenn eine Liste noch gar nicht erstellt ist, wurde vom BVerfG verworfen.²⁸ Auch eine

21 VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 18 – n.v.; vgl.

hierzu ferner die Besprechung von *Wertheimer*, OdW 2025, Heft 1

22 Vgl. aber zu einem entsprechenden Fall VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, a.a.O., UA S. 18 f. n.v.

23 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 34 – juris.

24 BVerwG, a.a.O., Rn. 34 f. – juris.

25 Vgl. auch *Herrmann*, NJW 2011, 653 (654).

26 Die Ansicht, dass sich die Informationspflicht in gestuften Auswahlentscheidungen auf alle Verfahrensabschnitte erstreckt

und im Rahmen von Berufungsverfahren daher schon bei der Einladung zum Probevortrag eine Information an die nicht eingeladenen Kandidaten*Kandidatinnen erfolgen müsste, wurde von der Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht aufgenommen. Vgl. dazu *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1196).

27 VG Berlin Beschl. v. 10.6.2013, 5 L 122.13 – juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.12.2013, 4 S 53.13 – n.v.

28 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13 – juris.

Mitteilung der Fakultät, dass ein*e Bewerber*in z. B. nicht zum Probenvortrag eingeladen wird, erfolgt zu einem Zeitpunkt, in welchem das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist.²⁹ Es ist lediglich ein Zwischenstand und es handelt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG um „eine bloße Wissenserklärung und nicht um einen Verwaltungsakt zum Abschluss eines beamtenrechtlichen Verfahrens“.³⁰ Vor diesem Hintergrund handle es sich „auch bei der Erstellung der Berufungsliste um einen rechtlich unselbständigen Zwischenschritt“ auf den regelmäßig viele weitere Zwischenschritte und Entscheidungen folgen (Zustimmung Fachbereichsrat, Akademischer Senat, Hochschulleitung) und jede dieser Entscheidungen könne das Verfahren verändern.³¹

Erst mit dem vollständigen Abschluss des Verfahrens und durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person verbunden mit der ablehnenden Bescheidung der weiteren Bewerberinnen und Bewerber in der sogenannten „Konkurrentenmitteilung“ komme zum Ausdruck, dass das Verfahren abgeschlossen sei.³² Dies gelte „auch in den zweigeteilten Stellenbesetzungsverfahren wie dem hochschulinternen Berufungsverfahren und der Ernennung für Professuren“.

Teilt das Sekretariat eines Fachbereichs Bewerberinnen und Bewerbern vor einem Beschluss weiterer zu beteiligender Gremien und der Hochschulleitung mit, dass sie nicht zu Anhörungen eingeladen oder auf einer Liste der Berufungskommission oder des Fachbereichs berücksichtigt worden sind, so stellt dies eine Information dar, aber eben keine abschließende Sachentscheidung gegen die gerichtlich vorgegangen werden könnte. Gegen die Information selbst kann bereits nach § 44a Satz 1 VwGO nicht selbständig vorgegangen werden, weil sei eine behördliche Verfahrenshandlung darstellt, die nur im Zusammenhang mit der Sachentscheidung angefochten werden kann. Die Information kann aber auch nicht vorbeugend mit Blick auf die noch zu treffende abschließende Sachentscheidung gerichtlich überprüft werden. Dies liegt daran, dass zu diesem Zeitpunkt noch weitere Verfahrensschritte folgen (können oder müssen):

- weitere Personen werden zu Anhörungen nachgeladen,
- (weitere) Gutachten werden eingefordert,
- die Liste muss noch erstellt werden,
- die einmal erstellte Liste der Berufungskommission wird durch den Fachbereich, oder den Akademischen Senat verändert.

Der*die Bewerber*in ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und auch nach der „herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung“ daher im Gegenteil gerade gehalten, die abschließende Auswahlentscheidung abzuwarten, die sich in der Erteilung des Rufes manifestiert. Erst dann ist die Auswahlentscheidung einer Überprüfung zugänglich.³³ Dies stimmt auch mit dem allgemeinen verwaltungsprozessrechtlichen Grundsatz überein, wonach gegen behördliche Maßnahmen oder Handlungen schon aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich erst nachträglich Rechtsschutz gewährt wird³⁴ und ein vorbeugender Rechtsschutz ausgeschlossen ist.

Das Urteil des BVerwG vom 20.12.2016³⁵ hat diese klare Rechtsprechung des BVerfG leider verwässert und nicht Klarheit, sondern eher Verwirrung geschaffen.³⁶ In der Literatur wird erörtert wie die neue Rechtsprechung des BVerwG zu der oben erwähnten Rechtsprechung des BVerfG steht.³⁷ Mit Urteil vom 20.10.2016 vertritt das BVerwG die Auffassung, zwar müsse das hochschulinterne Berufungsverfahren abgeschlossen sein, jedoch entspreche es

„sowohl dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes als auch dem Gebot der Effektivität des Verfahrens zur Besetzung der Stelle eines Hochschullehrers, dass vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz im Anschluss an die verbindliche Bestimmung der gelisteten Bewerber durch das hierfür maßgebliche Gremium und die Bekanntgabe dieser Entscheidung sowie der maßgeblichen Auswahlbewertungen in Anspruch zu nehmen ist. Maßgeblich ist insoweit grundsätzlich die sog. ‚Konkurrentenmitteilung‘, in der die Verwaltung den vollständigen Abschluss des Verfahrens durch die Bekanntgabe der erfolgreichen Person verbunden mit der ablehnenden Be-

29 Teilt etwa das Sekretariat einer Fakultät Bewerber*innen vor einem Beschl. weiterer zu beteiligender Gremien und der Hochschulleitung und ggf. des Ministeriums mit, dass sie nicht zu Anhörungen eingeladen oder auf einer Liste der Berufungskommission oder der Fakultät berücksichtigt worden sind, handelt es sich um eine bloße Wissenserklärung und nicht um einen Verwaltungsakt zum Abschluss eines beamtenrechtlichen Verfahrens, BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 20 – juris unter Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 3.4.2008, 6 B 159/08, Rn. 6 ff. – juris; VGH München, Beschl. v. 30.4.2009, 7 CE 09.661, 7 CE 09.662, Rn. 21 – juris.

30 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris; dazu auch näher sogleich unter b).

31 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris.

32 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014 - 1 BvR 3606/13, Rn. 29 – juris.

33 BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 19 – juris unter Verweis auch auf *Beaucamp/Seifert*, WissR 44, 2011, 24 (37) m. w. N.

34 VG Osnabrück, Beschl. v. 16.4.2015, 3 B 20/14, Rn. 58 – juris.

35 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15.

36 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1190).

37 Für eine ausführliche Darstellung vgl. Noack, NVwZ 2018, 1190 ff.

scheidung der weiteren Bewerber zum Ausdruck bringt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. März 2014 - 1 BvR3606/13 - NVwZ 2014, 785 Rn. 19 f.). Durch den Beschluss des Rektorats über den Berufungsvorschlag nach § 10 BO bindet sich die Beklagte insoweit, als nur die dort aufgeführten Bewerber für die Vergabe der Stelle in Betracht kommen. Führen die nach der Reihenfolge der Liste zu führenden Berufungsverhandlungen mit den Bewerbern nicht zum Erfolg, ist diese Ausschreibung gescheitert.³⁸

Demnach muss die Hochschule nach der Rechtsprechung des BVerwG bereits nach dem Beschluss der Liste im Rektorat die Konkurrentenmitteilung versenden. Dies entspräche der Interessenslage aller Beteiligten in einem Berufungsverfahren, und es sei auch aus zeitlichen Gründen richtig, nicht erst langwierige Berufungsverhandlungen abzuwarten.³⁹

Dies lässt außer Acht, dass nach der Entscheidung der Hochschulleitung über den Berufungsvorschlag je nach Landeshochschulgesetz noch die Zustimmung des Ministeriums erforderlich ist. So ist in Berlin die Hochschule zwar als Dienstherr auch die ernennende Behörde, das Ministerium (vorliegend das für Hochschulen zuständige Mitglied des Senats von Berlin) jedoch die ruferteilende Stelle, deren Einvernehmen erforderlich ist.⁴⁰ Auch wäre der*die zweitplatzierte Bewerber*in bei einem fehlerhaften Berufungsverfahren gezwungen, um einstweiligen Rechtsschutz zu ersuchen, noch bevor der*die erstplatzierte Bewerber*in überhaupt den Ruf angenommen hat.⁴¹ Der*die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 65 Abs. 2 VwGO beizuladende erstplatzierte Bewerber*in könnte durch die Erklärung, den Ruf nicht annehmen zu wollen, dem Rechtsschutzantrag des*der zweitplatzierten Bewerber*in das Rechtsschutzbedürfnis entziehen, was das Prozessrisiko zusätzlich erhöht.

Nach alledem spricht einiges dafür, der Rechtsprechung des BVerfG folgend, die bei der Auswahl übergangenen Bewerber*innen erst nach Rufannahme durch den*die ausgewählten Bewerber*in nach erfolgreichen Berufungsverhandlungen und rechtzeitig vor der Ernennung zu informieren. Man mag dem allerdings entgegenhalten, dass ein Berufungsverfahren so erst sehr spät gerichtlich überprüft werden kann.

Die Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG eröffnen letztlich den Hochschulen einen Spielraum, zu

welchem Zeitpunkt sie die Auswahlentscheidung einem prozessrechtlichen Angriff aussetzen wollen. Sie können der Rechtsprechung des BVerwG folgend die Mitteilungen bereits nach dem Beschluss der Liste im Rektorat versenden und somit das Verfahren zeitlich beschleunigen. Sie nehmen dann aber in Kauf, dass es ggf. rechtliche Streitigkeiten gibt, die hinfällig sind, wenn sich Änderungen ergeben, auf die prozessrechtlich gegebenenfalls darauf zu reagieren ist, dass die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklären. Die Hochschulen können aber auch der Rechtsprechung des BVerfG folgen und erst nach der Einigung in der Berufungsverhandlung und Ernennungsabsicht die Konkurrentenmitteilung versenden. Diese Unklarheit ist unmittelbare Folge der Rechtsprechung des BVerwG, welches die Rechtsprechung des BVerfG zitiert, aber sich im Gegensatz dazu bringt.⁴²

Als angemessene Wartezeit, die von den Hochschulen bzw. Ministerien einzuhalten ist, bevor sie durch die Ernennung des*der erfolgreichen Bewerber*in die Rechtslage ändern, werden mittlerweile mindestens zwei Wochen ab Zugang der Mitteilung über die Ablehnung der Bewerbung angesehen.⁴³ In der Praxis dürfte dies zunächst seltener zu Problemen führen, da zwischen Ruf und Ernennung i.d.R. noch Berufungsverhandlungen, die offizielle Rufannahme und weitere beamtenrechtliche Präliminarien liegen, die bisweilen kompliziert und langwierig sein können.

Die Wartepflicht des Dienstherrn kann sich jedoch ungewollt verlängern, wenn tatsächlich ein oder mehrere unterlegene Bewerber*innen gegen die getroffene Auswahlentscheidung gerichtlich vorgehen. Nicht nur ergibt sich dann eine Verzögerung für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens, sondern auch im Falle des Obsiegens des Dienstherrn in der ersten Instanz vor dem Verwaltungsgericht. Denn er ist auch in diesem Fall gehalten, die Ernennung frühestens nach ereignislosem Verstreichen der zweiwöchigen Beschwerdefrist gem. §§ 146, 147 VwGO vorzunehmen und bis dahin abzuwarten, ob der*die unterlegene Bewerber*in Beschwerde bei der nächsten Instanz, dem Oberverwaltungsgericht, einlegt.

Unterliegt der*die Bewerber*in auch vor dem Oberverwaltungsgericht, verlängert sich die Wartepflicht des Dienstherrn ein weiteres Mal, in diesem Fall um den Zeitraum, innerhalb dessen dem*der unterlegenen

38 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 30 – juris.

39 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 30 – juris.

40 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 80 f.

41 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1191).

42 Noack, NVwZ 2018, 1190 (1191).

43 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 34 – juris unter Verweis auf die verwaltungsgerichtliche Praxis.

Bewerber*in noch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde möglich ist. Teilt der*die unterlegene Bewerber*in also bereits vor oder spätestens zwei Wochen nach Bekanntgabe der obergerichtlichen Entscheidung mit, dass er*sie das Bundesverfassungsgericht anrufen wird, muss ihm*ihr Gelegenheit gegeben werden, die Monatsfrist für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 BVerfGG auszuschöpfen.⁴⁴ Je länger sich die Verfahren hinziehen, desto mehr steigt für den Dienstherrn also das Risiko – auch wenn er am Ende vor Gericht obsiegen sollte –, dass der*die ursprünglich ausgewählte Kandidat*in und evtl. auch weitere Listenkandidaten*innen abspringen und das Verfahren schon aus diesem Grund wiederholt werden muss.

b) Rechtscharakter der Mitteilungen an die Bewerber*innen

Das Auswahlverfahren an der Hochschule ist ein dem Ernennungsverfahren vorgelagertes Verfahren. Die Mitteilung an die unterlegenen Bewerber*innen über die getroffene Auswahlentscheidung sowie die beabsichtigte Ernennung eines*r Konkurrenten*in enthält keine rechtlich verbindliche Regelung für die Adressaten*innen, sodass es bereits an diesem Merkmal für die Annahme des Vorliegens eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 Satz 1 VwVfG fehlt⁴⁵. Denn sie enthält lediglich die Mitteilung der Absicht, einen Verwaltungsakt – in Gestalt der Ernennung – adressiert an eine dritte Person zu erlassen.

Ihr kann daher nicht erfolgreich mit der Einlegung eines Widerspruchs bei der Hochschule oder der Erhebung einer Anfechtungsklage begegnet werden. Auch

die Ruferteilung an den*die erfolgreiche*n Bewerber*in stellt keinen Verwaltungsakt im Sinne des Verwaltungsverfahrensrechts dar.⁴⁶ In beiden Fällen handelt es sich lediglich um formlose Mitteilungen über die getroffene Auswahlentscheidung.⁴⁷ Auch mit dem Ruf wird zunächst nur die Bereitschaft bekundet, in Berufungsverfahren einzutreten; eine rechtsgestaltende Wirkung wohnt ihm nicht inne.⁴⁸ Die Hochschulen sind daher auch nicht gehalten, diese Mitteilungen mit Rechtsbehelfsbelehrungen zu versehen.⁴⁹

Den Hochschulen ist jedoch dringend zu empfehlen, die Mitteilungen, auch wenn sie keine Verwaltungsaktqualität haben und ihr Zugang keine förmlichen Rechtsbehelfsfristen auslösen, den unterlegenen Mitbewerber*innen rechtsförmlich zuzustellen. Denn wegen der Bedeutung der Konkurrentenmitteilung für die Wahrnehmung des Rechtsschutzes durch die unterlegenen Bewerber*innen liegt die Beweislast für den Zugang der Mitteilung beim Dienstherrn. Kann der Zugang der Konkurrentenmitteilung nicht nachgewiesen werden, kann dies dazu führen, dass zugunsten des*der betreffende*n Bewerber*in der Grundsatz der Ämterstabilität durchbrochen wird und eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegen die Ernennung des*der beigeladenen Bewerbers*in zulässig ist.⁵⁰ Gänzlich unzureichend dürften bloße mündliche oder telefonische Konkurrentenmitteilungen sein, auch wenn es keine gesetzlichen Vorschriften über ihre Form gibt und sie mithin grundsätzlich formlos, also auch mündlich ergehen können. Denn naturgemäß lassen sich weder die mündliche Mitteilung an sich noch deren konkreter Inhalt in einem späteren gerichtlichen Verfahren hinreichend sicher aufklären, was zu Lasten der Hochschule

44 So BVerwG, Beschl. v. 8.12.2011, 2 B 106.11, Rn. 10 – juris.

45 So bspw. OVG Koblenz, Beschl. v. 18.9.2006, 2 B 10840/06, Rn. 4 – juris; ebenfalls verneinend VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 7 – juris; a.A. unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, noch *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (183 ff.) und v. *Roetteken*, ZBR 2011, 73 (74), die dies aus einer Unschärfe des BVerwG-Entscheidung ableiten. Das BVerwG spricht der ausgewählten Person aufgrund der Auswahlentscheidung einen Anspruch auf Verleihung des entsprechenden Amtes zu (siehe dort Rn. 27), das hieße auf die als Verwaltungsakt zu qualifizierende Ernennung. Daraus wird von den Autoren gefolgert, dass dann auch die mit der Auswahlentscheidung verbundene Ablehnung der unterlegenen Bewerber*innen Regelungscharakter habe. Hier dürfte jedoch vielmehr infrage zu stellen sein, ob das BVerwG mit seiner Aussage an der Stelle tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte, dass regelmäßig bereits die Auswahlentscheidung einen Verwaltungsakt darstellt, zumal es an gleicher Stelle im nachfolgenden Satz ausführt, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch [erst] durch die Ernennung untergehe, wenn diese das Auswahlverfahren endgültig abschließe. Wie

auch *Kenntner* selbst zutreffend anmerkt, kann es noch andere

– nach der Auswahlentscheidung [bzgl. der fachlichen Eignung, die durch die Berufungskommission zu treffen ist] liegende – Faktoren, wie bspw. eine fehlende gesundheitliche Eignung die Ernennung noch verhindern können. In solchen Fällen oder auch, wenn der*die Kandidat*in einem Berufungsverfahren den erteilten Ruf nicht annimmt, wird die Hochschule möglw. eher auf weitere Listenkandidaten zurückgreifen wollen, bevor sie ein neues Verfahren durchführt. Insoweit können auch zunächst unterlegene Bewerber*innen im selben Verfahren doch noch zum Zuge kommen, sodass die ursprüngliche, negative Mitteilung hinfällig wird. Auch für diesem Hintergrund spricht wenig dafür, dass die Hochschulen bereits in diesem Stadium des Verfahrens verbindliche Regelungen treffen wollen.

46 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 20 – juris.

47 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 24 ff. – juris.

48 BVerwG, Urt. v. 19.2.1998, 2 C 14.97, Rn. 25 – juris.

49 Dazu VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 7 – juris.

50 Vgl. etwa VG Stuttgart, Urt. v. 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 36 – juris.

geht.⁵¹ Aus der Praxis ist bekannt, dass bloße „Abvermerke“ über die Aufgabe zur Post häufig nicht zuverlässig Eingang in die Verwaltungsakte finden. Ein solcher „Abvermerk“ kann zwar nach dem Rechtsgedanken des § 41 Abs. 2 VwVfG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften die Vermutung tragen, dass der Verwaltungsakt – hier das Schriftstück –, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gilt. Die entsprechende Heranziehung dieses Rechtsgedankens scheitert jedoch schon dort, wo der*die Mitbewerber*in im Ausland wohnt.⁵²

Die fehlende Verwaltungsaktqualität hat Auswirkungen auf die Formulierung des Klage- bzw. Antragsgegenstands; es ist nicht gegen diese Mitteilung vorzugehen, sondern gegen die (drohende) Ernennung des*der Konkurrenten*in,⁵³ denn die „Ernennung eines nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG ausgewählten Bewerbers für ein Amt stellt einen Verwaltungsakt dar, der darauf gerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen für die durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber zu entfalten“.⁵⁴

Bei dem Ruf handelt es sich auch nicht um eine Zusage (der Ernennung) im Sinne des § 38 VwVfG, so dass folglich auch noch kein Anspruch auf Ernennung zum*zur Professor*in durch das Ministerium oder die Hochschule begründet wird, der eingeklagt werden könnte.⁵⁵ Auch der*die Zweitplatzierte hat keinen Anspruch auf eine Ernennung, wenn der* die Erstplatzierte abgesagt hat, denn auch die Liste entfaltet keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Bewerber*innen.⁵⁶

c) Umfang der Mitteilungspflicht der Hochschulen

Unterlegene Bewerber*innen haben, wie eingangs unter II.1. dargelegt, Anspruch auf eine verbindliche Information des Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen⁵⁷. Daraus folgert z.B. das OVG Lüneburg

weiter, dass es dem Begründungserfordernis noch nicht genüge, wenn dem*der abgelehnten Bewerber*in die Gründe für die Auswahlentscheidung durch mündliche Auskunft oder Einsichtnahme zugänglich gemacht werden⁵⁸. Vielmehr seien dem erfolglosen Bewerber bereits [in der schriftlichen Konkurrentenmitteilung] diejenigen wesentlichen Auswählerwägungen mitzuteilen, die dafür maßgeblich waren, dass gerade dem Adressaten des ablehnenden Bescheides⁵⁹ der Auserwählte vorgezogen wurde.⁶⁰ Bereits die Konkurrentenmitteilung solle den Unterlegenen in die Lage versetzen, sachgerecht darüber entscheiden zu können, ob er gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will.⁶¹ Der VGH Kassel folgert aus dem Sinn und Zweck der Mitteilung, die den unterlegenen Mitbewerber in den Stand setzen soll, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen,⁶² dass diese Mitteilung mit einer hinreichend aussagekräftigen Begründung zu versehen ist.⁶³

Allerdings ist zu beachten, dass der Entscheidung die Klage gegen einen ablehnenden Widerspruchsbescheid zugrunde lag, nachdem der Kläger beantragt hatte, dem beförderten Konkurrenten gleichgestellt zu werden. Weniger weitgehend hat insoweit bspw. das OVG Koblenz das Erfordernis einer Begründung i.S.v. § 39 VwVfG verneint, wenn es lediglich um die bloße Mitteilung über eine beabsichtigte Ernennung gehe, da es sich dabei eben nicht um einen Verwaltungsakt handele (siehe bereits oben unter b)).⁶⁴ Selbst wenn die verbindliche Ablehnung einer konkreten Bewerbung ausgesprochen werde und dann u.U. ein entsprechender Regelungsgehalt anzunehmen sei, reiche der Hinweis auf weitere Auskünfte und Möglichkeiten der Akteneinsichtnahme aus.⁶⁵

Die Ausführungen des OVG Lüneburg geben aufgrund der abweichenden Ausgangslage keinen Anlass, die Anforderungen an die Konkurrentenmitteilung an unterlegene Bewerber*innen in Berufungsverfahren in dem unter b) verstandenen Sinne auszuweiten. Etwaige Begründungsmängel können nach dem Rechtsgedanken des § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften auch noch während des

51 Vgl. etwa den bemerkenswerten Sachverhalt bei VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 20 – n.v.

52 VG Stuttgart, Urt. v. 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 36 – juris.

53 Vgl. *Beaucamp/Seifert*, WissR 44, 2011, 24 (27).

54 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 17 – juris.

55 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (611) m.w.N.

56 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.10.2008, 4 K 1940/06, Rn. 28 – juris.

57 Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 1.4.2004, 2 C 26.03, Rn. 15 und BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 21 – juris.

58 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.11.2014, 5 LB 7/14, Rn. 44 – juris.

59 Zugrunde lagen hier mehrere Beförderungsentscheidungen einer Behörde, bei denen der Kläger nicht zum Zuge gekommen war.

Dabei sei er aufgrund krankheitsbedingter dienstlicher Abwesenheit gar nicht bzw. unzureichend und verspätet informiert worden.

60 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.11.2014, 5 LB 7/14, Rn. 44 – juris, unter Hinweis auf Beschl. v. 14.1.2008, 5 ME 317/07 sowie Beschl. v. 8.4.2010, 5 ME 277/09.

61 OVG Lüneburg, a.a.O.

62 BVerwG, Beschl. v. 8.12.2011, 2 B 106.11, Rn. 13 – juris.

63 VGH Kassel, Beschl. v. 2.10.2014, 1 B 774/14, Rn. 18 – juris.

64 OVG Koblenz, Beschl. v. 18.9.2006, 2 B 10840/06, Rn. 4 – juris.

65 OVG Koblenz, a.a.O.

gerichtlichen (Eilrechtsschutz-)Verfahrens nachträglich geheilt werden.⁶⁶ Eine Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten geht damit nicht einher, da bei einem fehlerhaften Auswahlverfahren jedenfalls nicht unmittelbar die Ernennung der eigenen Person verlangt werden kann, sondern lediglich die Wiederholung des Verfahrens. Entscheidend ist vielmehr, dass die unterlegenen Bewerber*innen überhaupt und rechtzeitig über die getroffene Auswahlentscheidung informiert werden. Denn die Einsichtnahme in die Akten der Hochschule ist ohnehin unerlässlich, wenn die Entscheidung angezweifelt wird; das gilt für die Entscheidungsfindung, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen ebenso wie in der weiteren Folge für den Vortrag einer substantiierten Begründung vor Gericht. Verwaltungsverfahrenrechtlich wird ein etwaiger Begründungsmangel wohl auch unbeachtlich, wenn der*die unterlegene Bewerber*in die Möglichkeit hatte, Akteneinsicht zu nehmen und dabei die Begründung für sein*ihre Unterliegen zu entnehmen.⁶⁷ Ein etwaiger Begründungsmangel bei der Konkurrentenmitteilung birgt daher vor allem die Gefahr, dass der Antragsgegner im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach dem Rechtsgedanken des § 155 Abs. 4 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn ein Begründungsmangel vorliegt und dieser erst im gerichtlichen Verfahren geheilt oder unbeachtlich wird und der*die Antragsteller*in daraufhin den Antrag zurücknimmt oder das Verfahren für erledigt erklärt.⁶⁸

Vor diesem verwaltungsverfahrenrechtlichen und prozessrechtlichen Hintergrund dürften die im Schrifttum gestellten und zunehmend wachsenden Anforderungen an eine rechtskonforme Konkurrentenmitteilung⁶⁹ in der (verwaltungsgerichtlichen) Praxis keine allzu große Bedeutung haben. Demnach soll die Mitteilung so gefasst sein, dass sie bereits aus sich heraus grundsätzlich geeignet sei, den*die unterlegene*n Bewerber*in die Lage zu versetzen zu erkennen, ob es Anhaltspunkte für eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gebe.⁷⁰ Die bloße Mitteilung, dass eine*r anderer berufen

werde, reiche nicht aus, ebenso wenig der Verweis auf das Akteneinsichtsrecht.⁷¹

2. Akteneinsichtsrecht

Neben den allgemeinen Fragen zum Akteneinsichtsrecht, stellte sich in hochschulrechtlichen Verfahren insbesondere die Frage, ob es ein Recht der Hochschule gibt, die Namen von Gutachter*innen geheim zu halten.

a) Allgemein

Damit unterlegene Bewerber*innen ihre Rechte sichern können, kommt es für die Vorbereitung einer Klage oder eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz auf die genaue Kenntnis des Sachverhalts an, der in der Verfahrensakte der Hochschule niedergelegt ist.⁷² Erst nach der Akteneinsicht können von dem*der unterlegenen Bewerber*in oder einem*einer beauftragten Rechtsanwalt*Rechtsanwältin die Erfolgchancen eingeschätzt und substantiierte Einwände geltend gemacht werden.⁷³ Das Recht auf Akteneinsicht folgt grundsätzlich bereits aus § 29 VwVfG bzw. den entsprechenden Regelungen in den LVwVfG. Teilweise kann die Anwendbarkeit von § 29 VwVfG in den LVwVfG oder durch das jeweilige Landeshochschulgesetz als *lex specialis* ausgeschlossen sein.⁷⁴ Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ergibt sich das Recht auf Akteneinsicht aus § 100 VwGO.⁷⁵ Es stellt sich in der Regel also nicht die Frage, ob ein Recht auf Akteneinsicht für die unterlegenen Bewerber*innen besteht, sondern lediglich in welchem Stadium des Verfahrens auf welcher einfachgesetzlichen Grundlage das Recht fußt. Letztlich folgt es spätestens aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG.⁷⁶

Um einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu können, muss das Recht auf Akteneinsicht auch insoweit umfassend sein, als dass die für das Auswahlverfahren dokumentierten Angaben zu den Mitbewerber*innen eingesehen werden können, denn nur so können eigene Rechte in einem Konkurrentenstreitverfahren substantiiert geltend gemacht werden.

66 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.2.2016, 5 ME 2/16, Rn. 8, 12 – juris; VGH Kassel, Beschl. v. 2.10.2014, 1 B 774/14, Rn. 18 – juris.

67 VGH Kassel, Beschl. v. 26.2.2016, 1 B 43/16, Rn. 8 – juris.

68 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.2.2016, 5 ME 2/16, Rn. 12 – juris.

69 Böhmann, *Forschung & Lehre* 2020, S. 516, 518.

70 Neukirchen/Emmrich, *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch*, 2021, S. 81.

71 Böhmann, *Forschung & Lehre* 2020, S. 516, 518 unter Verweis auf VG Schleswig, Beschl. v. 11.11.2019, 12 B 51/19.

72 Vgl. VG Halle, Beschl. v. 29.9.2020, 5 B 222/19 -, Rn. 11 – juris.

73 BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 21 – juris.

74 Bspw. in Hamburg durch § 2 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVfG.

75 Neukirchen/Emmrich, *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch*, 2021, S. 8.

76 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 20 ff. – juris oder auch OVG Münster, Beschl. v. 10.2.2016, 6 B 33/16, Rn. 8 juris.

Verfahrensfehler sind unverzüglich zu rügen, zudem wird der Hochschule im Regelfall daran gelegen sein, ein Berufungsverfahren nicht länger als nötig zu unterbrechen. Daher ist in der Praxis stets Eile bei der Bereitstellung von Unterlagen geboten, sodass den zuständigen Berufungskommissionen eine in jedem Verfahrensstadium lückenlose und hinreichende Dokumentation anzuraten ist.⁷⁷

b) Kein Geheimhaltungsrecht der externen Gutachter*innen

Aus dem unter a) Gesagten folgt, dass einfachgesetzliche Beschränkungen des Akteneinsichtsrechts sich als verfassungswidrig und damit nicht anwendbar erweisen können;⁷⁸ dies kann auch Auswirkungen auf die im Rahmen von Berufungsverfahren bedeutsame Frage haben, ob die Namen der für das Auswahlverfahren herangezogenen Gutachter*innen gegenüber den unterlegenen Bewerber*innen geheim zu halten sind.⁷⁹

Nicht selten wurde den Gutachter*innen von der Hochschule Vertraulichkeit zugesichert, sodass in der Folge bei einer Akteneinsicht zwar die Gutachten, nicht aber die Namen der Gutachter*innen bekannt gegeben wurden.⁸⁰ Denn davon, ob die Begutachteten den Namen des*der Gutachters*Gutachterin erfahren oder nicht, könne die Deutlichkeit des Gutachtens abhängen.⁸¹

Das BVerwG hat diese Frage am Maßstab des § 99 VwGO für die Offenlegung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geklärt und erkennt in der Anonymität von Gutachter*innen kein anerkanntes Prinzip, welches derzeit die Qualitätssicherung im Hochschulbereich garantiert.⁸² Das Interesse der Gutachter*innen an der Schwärzung ihres Namens ist auch deshalb von geringem Gewicht, da sie ihre Expertise in den Dienst der Wissenschaftsverwaltung stellen und nicht ohne Weiteres davon ausgehen dürfen, dass ihnen die möglicherweise im Verwaltungsverfahren noch gewährte Anonymität auch in einem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzverfahren Bestand hat.⁸³ Es verweist dazu auf

Gerichtsentscheidungen aus verschiedenen Bundesländern, welche die Besetzung von Professuren zum Gegenstand hatten, in denen die Namen der Gutachter*innen offengelegt worden waren.⁸⁴

„Denn von einem Gutachter ist gerade in einem solchen Verfahren zu erwarten, dass er in der Lage ist, fremde wissenschaftliche Leistungen auch dann nach Maßgabe nachvollziehbarer Kriterien hinreichend differenziert unter offener Benennung von deren Stärken und Schwächen zu bewerten, wenn er später insbesondere auch im größeren Kollegenkreis zu dieser Beurteilung stehen muss. Die Fähigkeit und Bereitschaft, eine nach gründlicher Prüfung gewonnene eigene Einschätzung fremder Thesen und Ansichten ihrerseits einer kritischen Würdigung durch andere auszusetzen, prägt die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs.“⁸⁵

Knapper ausgedrückt: „Wer sich als Gutachter öffentlichkeitswirksam (und reputationsfördernd) zur Verfügung stellt, sollte dafür auch mit seinem Namen geradestehen und sich nicht verstecken.“⁸⁶

Dem lässt sich kaum widersprechen; beachtliche Nachteile, die dem*der Gutachter*in durch den*die Begutachteten*Begutachtete oder sein*ihr Umfeld als Reaktion auf eine ungünstige Bewertung bereitet werden könnten, sind jedenfalls nicht ersichtlich. Auch wenn aus der Bekanntgabe des Gutachternamens folgende „atmosphärische“ Störungen nicht ausgeschlossen sein mögen,⁸⁷ rechtfertigt dies nicht, den Geheimhaltungsinteressen den Vorrang einzuräumen.⁸⁸

Das Bundesverwaltungsgericht zieht hier weiterhin den Vergleich zur Bewertung etwa einer Habilitationsschrift als akademischer Qualifikationsschrift. In diesem Kontext sei seit langem anerkannt, dass die Namen der hieran beteiligten Gutachter*innen jedenfalls im Verwaltungsprozess im Interesse einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung offenzulegen seien.⁸⁹ Da sich das Berufungsverfahren in Teilen ebenfalls als prüfungähnliches Verfahren darstellt,⁹⁰ lässt das Beispiel als weiteres Argument für eine Offenlegung heranziehen.⁹¹ Schließlich ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass auch in Ver-

77 Zur nicht ausreichenden Dokumentation als Verfahrensfehler siehe unten unter IV 3 j.

78 Darauf weisen auch schon *Beaucamp/Seifert*, *WissR* 44 (2011), 24 (29) hin. Ähnlich *Geis*, *OdW* 2020, 23 (29).

79 Näher dazu BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, Rn. 8 ff. – juris.

80 Eingehend zu dem Thema *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361.

81 So etwa *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361, 365 f.

82 BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, Rn. 13.

83 BVerwG, a.a.O., Rn. 16 – juris.

84 BVerwG, a.a.O., Rn. 13 – juris.

85 BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, Rn. 14 – juris.

86 *Geis*, *OdW* 2020, 23 (29).

87 Dazu *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361 (366).

88 BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, Rn. 14 – juris.

89 Dazu bereits BVerwG, *Urt.* v. 16.3.1994, 6 C 1.93; für den Verwaltungsprozess zustimmend *Wolff/Stemmer*, *WissR* 47, 2014, 361 (361 f.).

90 So *Detmer*, *WissR* 28, 1995, 1 (2).

91 Vgl. BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, Rn. 16 – juris, unter Verweis auf *Pernice-Warnke*, *WissR* 47, 2014, 371 (389); krit. in diesem Punkt *Danz* in seiner Anmerkung zu BVerwG, *Beschl.* v. 10.1.2017, 20 F 3/16, in: *JM* 2017, 384 (386).

fahren wegen des Widerrufs der Promotion oder der Habilitation aufgrund eines Plagiats die in der Regel von der jeweils zuständigen Kommission eingesetzten Gutachter*innen zur Feststellung der Qualität und des Ausmaßes der Plagiate nicht geheim gehalten werden.

Mit dem Beschluss hat der Fachsenat des BVerwG die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts bestätigt, und die Universität verpflichtet die Namen des Fachgutachters offenzulegen; auch damit das Gericht den Einwänden des Klägers hinsichtlich der (fachlichen) Zusammensetzung der Kommission und der Auswahl des externen Gutachters nachgehen kann.⁹² Eine solche Feststellung kann naturgemäß nur getroffen werden, wenn zuvor die Namen offengelegt werden. Die Hochschulen sind zudem im Rahmen solcher Verfahren auf Auskünfte und Einschätzung durch Fachkollegen angewiesen, es kann daher kein (öffentliches) Interesse an Anonymität geben.⁹³ Es liegen auch keine grundrechtlich geschützten Interessen vor und auch keine personenbezogene Daten Dritter, die ein durch die informationelle Selbstbestimmung gesichertes Interesse an Geheimhaltung besitzen. Die (angebliche) „akademische Regel“, wonach die Anonymität von Gutachtern vorausgesetzt werde, genügt solchen rechtlichen Anforderungen nicht.⁹⁴

Anders kann es sich noch im Verwaltungsverfahren – also dem Berufungsverfahren selbst – darstellen; hier werden das allgemeine Akteneinsichtsrecht gemäß § 29 VwVfG bzw. entsprechende landesrechtliche Regelungen oder auch ein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht ohne Weiteres als Rechtsgrundlagen für eine entsprechende Auskunftspflicht gegenüber Bewerber*innen in Berufungsverfahren gesehen, sondern die Geheimhaltungsbedürftigkeit als überwiegendes Interesse beurteilt.⁹⁵ Dies beruht auch darauf, dass die meisten landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetze die Anwendung des jeweiligen § 29 LVwVfG in den Bestimmungen zum Anwendungsbereich für Berufungsverfahren der Hochschulen ausnehmen. Ein weitergehender Schutz des objektiven wissenschaftlichen Bewertungsverfahrens als Institution lässt sich den bestehenden rechtlichen Grundlagen nicht entnehmen und kann daher auch nicht tauglicher Gegenstand etwaiger Zusicherun-

gen einer Hochschule gegenüber einem*iner Gutachter*in sein, den Namen geheim zu halten.⁹⁶ Dabei dürfte wohl auch zu berücksichtigen sein, dass die betreffenden Gutachter*innen aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrags mit der Hochschule tätig werden. Dort getroffene Zusagen über die Geheimhaltung des Namens können verwaltungsverfahrens- und verwaltungsprozessrechtliche Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte Dritter – nämlich unterliegender Bewerber*innen – nicht beschneiden. Das Zivilrecht kennt keine Verträge zu Lasten Dritter und die Hochschule hat keine Befugnis, diese Rechte einseitig zu beschneiden.

Es gibt insoweit keinen Gleichlauf zwischen den (landes-) rechtlichen Verwaltungsverfahrenregelungen und den bundesrechtlichen Bestimmungen des Prozessrechts. Dies rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass der Rechtssuchende durch die Anrufung des Gerichts mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG ein besonderes, verfassungsrechtlich verbürgtes Interesse an der Kenntnis des Akteninhalts einschließlich der Gutachternamen hat.

Auch die jeweiligen Informationsfreiheitsgesetze bieten einem*r unterlegenen Bewerber*in keine Möglichkeit, über den dort begründeten allgemeinen Informationsfreiheitsanspruch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens die Namen der Gutachter*innen zu erfahren. Soweit die Informationsfreiheitsgesetze der Länder bzw. des Bundes Bereichsausnahmen für Einrichtungen mit der Aufgabe unabhängiger wissenschaftlicher Forschung sowie Hochschulen nach dem jeweiligen LHG formulieren, gelten diese uneingeschränkt. Betreffen die begehrten Informationen einen Vorgang, der – wie etwa die Auswahlentscheidung in einem Berufungsverfahren auf eine Hochschulprofessur – dem Bereich der wissenschaftlichen Forschung und Lehre unterfällt, werden von der Bereichsausnahme auch die Namen der Gutachter*innen erfasst.⁹⁷

Kommt es in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren dazu, dass die Hochschule bzw. das Ministerium hinsichtlich der Namen der Gutachter eine sog. Sperrklärung abgeben, gibt das Verwaltungsgericht auf Antrag eines Beteiligten das Verfahren gemäß § 99 Abs. 2 Satz 4, § 189 VwGO zur Durchführung eines Zwischenverfahrens an den zuständigen Fachsenat beim

92 Danz, jM 2017, 384 (386).

93 Danz, jM 2017, 384 (386).

94 Danz, jM 2017, 384 (386).

95 So etwa Wolff/Stemmer, WissR 44, 2011, 361 (367 f.) m.w.N. zur Rspr.; vgl. dazu auch Danz, jM 2017, 384 (386).

96 Vgl. Wolff/Stemmer, WissR 44, 2011, 361 (367).

97 Vgl. zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 LIFG BW VGH Mannheim, Urt. v. 25.10.2023, 10 S 314/23, Rn. 51 ff. – juris, wobei Gegenstand der Entscheidung das Informationsbegehren in Bezug auf die Namen der Gutachter*innen im Rahmen einer Bestellung eines Honorarprofessors war.

zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof ab, der dann darüber zu befinden hat, ob die Sperrerklärung rechtswidrig ist. Soweit die landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetze den jeweiligen § 29 LVwVfG für Berufungsverfahren der Hochschulen ausnehmen, rechtfertigt dies nicht die Abgabe einer sog. Sperrerklärung im Verwaltungsprozess nach § 99 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 VwGO bezüglich der Namen der Gutachter*innen. Mit diesen verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen wird in der Regel nicht beabsichtigt gewesen sein, ein Aktenvorlageverweigerungsrecht in verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu begründen.⁹⁸

II. Prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags nach § 123 VwGO

Wie in der Einleitung angerissen und auch in den nachfolgenden Ausführungen bereits deutlich wurde, spielt im Rahmen von Berufungsverfahren an Hochschulen für unterlegene Bewerber*innen der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten faktisch die größte Rolle. Das rührt letztlich schlicht daher, dass die überwiegende Anzahl an Professorenstellen in Deutschland – trotz einer bunter werdenden Hochschullandschaft – von staatlichen Hochschulen vergeben werden und es sich dabei in der Regel auch um Beamtenstellen handelt. Gleichzeitig hat sich durch die Entwicklung der Rechtsprechung zum Öffentlichen Dienstrecht das Eilverfahren als maßgebliche Rechtsschutzmöglichkeit in diesem Zusammenhang herausgestellt. Deshalb wird hier unter III. und auch anschließend unter IV. allein auf die notwendigen Voraussetzungen für einen zulässigen und begründeten Antrag auf Eilrechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten eingegangen.⁹⁹

1. Der Rechtsweg

Sofern ein Berufungsverfahren mit der Ernennung des*der obsiegenden Bewerbers*in abgeschlossen und damit ein Beamtenverhältnis begründet werden soll, wird die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO durch die spezialgesetzlichen Regelungen aus dem Beamtenrecht verdrängt. Sind die Hochschulen des Bundes betroffen, greift § 126 BBG; für Beamtenstellen der Länder ist auf § 54 Abs. 1 BeamStG abzustellen. Denn zu den „Klagen aus dem Beamtenverhältnis“ zählen auch Streitigkeiten über Maßnahmen zur Begründung des Beamtenverhältnisses.¹⁰⁰

Sofern eine staatliche Hochschule oder eine staatlich anerkannte Hochschule in öffentlicher Trägerschaft zur Besetzung einer Professur ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründen möchte, bleibt sie gleichwohl grundrechtsgebunden und vergibt weiterhin ein öffentliches Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG, sodass auch eine Auswahl nach dessen Maßstäben geboten ist.¹⁰¹ Zuständig für die Durchführung von Konkurrentenstreitverfahren zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs unterlegener Bewerber*innen sind insoweit jedoch gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG die Arbeitsgerichte; ihre bisherige Rechtsprechung zur Rechtswegzuständigkeit in solchen Verfahren haben die Bundesgerichte in jüngster Zeit bestätigt und weiter ausdifferenziert.¹⁰² Der von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG entwickelte Bewerbungsverfahrensanspruch ist danach weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.¹⁰³ Ob es sich um eine öffentlich- oder bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handele, richte sich vielmehr nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.¹⁰⁴ Dass eine zu besetzende Stelle die Qualität eines

98 Vgl. etwa zur landesrechtlichen Regelung in Niedersachsen OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.2.2016, 14 PS 6/15, Rn. 28 f. – juris.

99 Zu den Voraussetzungen bei privatrechtlichen Dienstverträgen siehe *Feldmann*, OdW 2019, 55.

100 So zuletzt etwa BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 11 – juris; siehe auch *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1198 f.).

101 Siehe etwa BAG, Urt. v. 12.4.2016, 9 AZR 673/14, Rn. 16 – juris oder Urt. v. 3.12.2019, 9 AZR 78/19, Rn. 26 – juris.

102 Siehe BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3/21, Rn. 12 sowie BAG, Beschl. v. 21.7.2021, 9 AZB 19/21, Rn. 18 – juris.

103 So BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 19 – juris, sowie im Anschluss daran BAG, Beschl. v. 21.7.2021, 9 AZB 19/21, Rn. 14 – juris; a.A. zuletzt OVG Koblenz, Beschl. v. 19.1.2018, 2 E 10004/18, Rn. 4 – juris, das den Verwaltungsrechtsweg als eröffnet ansah,

indem es darauf abstellte, dass Art. 33 Abs. 2 GG eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt darstelle und als anspruchsbegründende Norm damit dem öffentlichen Recht zu zuordnen sei; dem OVG seinerzeit folgend *Feldmann*, OdW 2019, 55 (59). Das BVerwG hat die Auffassung des OVG Koblenz – der auch das OVG Bremen in der Vorinstanz gefolgt war – in seiner Entscheidung explizit verworfen.

104 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 17 – juris; hat sich der „staatliche Arbeitgeber“ noch nicht festgelegt, ob ein öffentliches Amt mittels Arbeitsvertrag oder durch Übertragung eines Statusamtes verliehen werden soll, ist auf das Bewerberfeld bzw. den*die Betroffene*n zu schauen, vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3.21, Rn. 19 f. – juris.

öffentlichen Amtes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG habe, sei für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich.¹⁰⁵

Unzweifelhaft gilt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch für Konkurrentenstreitverfahren bei der Besetzung von Professuren an privaten Hochschulen, für die von vornherein nur der Status als Angestellter zur Verfügung steht.¹⁰⁶

2. Die Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 VwGO in strittigen Berufungsverfahren

Ob ein Antrag nach § 123 VwGO statthaft ist, beurteilt das Gericht nach dem Begehren des*der Antragstellers*in unter verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage.¹⁰⁷ Bei einem Konkurrentenstreit geht es dem*der unterlegenen Bewerber*in kurzfristig zunächst um die Beibehaltung des Status quo, indem die Ernennung des*der Konkurrenten*in verhindert wird. Somit kommt im Wesentlichen nur der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO¹⁰⁸ in Betracht.

Denn eine Verpflichtungsklage auf Ernennung der eigenen Person ergäbe nur dann Sinn, wenn der*die unterlegene Bewerber*in zweifelsfrei darlegen kann, dass er*sie eigentlich der*die Bessere sei und diesbezüglich für die Hochschule bzw. das zuständige Ministerium bei der Entscheidung über die Ernennung eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.¹⁰⁹ Da eine solche Konstellation so gut wie nie vorkommen dürfte,¹¹⁰ spielt sie in der Judikatur letztlich keine Rolle.

Eine Anfechtungsklage ist vor der Ernennung des*der ausgewählten Konkurrenten*in unstatthaft, da es ohne die wirksame Ernennung am Vorliegen eines Verwaltungsakts und damit an einem tauglichen Klagegegenstand mangelt. Wie bereits dargelegt, bleibt die die Anfechtungsklage aufgrund des Grundsatzes der Ämterstabilität auch nach der Ernennung im Regelfall unzulässig.

Es sei denn, der*die unterlegene Bewerber*in wurde, etwa durch eine unterlassene Konkurrentenmitteilung, an der Wahrnehmung anderer effektiver Rechtsschutzmaßnahmen gehindert.¹¹¹

Um in der Praxis die für ihn*sie relevante Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs zu gewährleisten, ist der*die in einem Berufungsverfahren unterlegene Bewerber*in gehalten, einen Eilantrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu stellen.

3. Die Antragsbefugnis

Antragsbefugt sind die Bewerber*innen und Bewerber, die sich in einem Berufungsverfahren zur Auswahl gestellt haben und in diesem Zusammenhang die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs als ein ihnen subjektiv zustehendes Recht geltend machen können.¹¹²

Diesbezüglich hat das OVG Bautzen in einer seiner Entscheidungen die Frage aufgeworfen, inwieweit der aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleitete Bewerbungsverfahrensanspruch auch von Personen als subjektives Recht geltend gemacht werden kann, die keine Deutschen i.S.d. Art. 116 GG sind.¹¹³ Das OVG lehnt – wenig überzeugend – einen subjektiv einklagbaren Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren für Personen ab, die nicht deutsche Staatsangehörige oder Statusdeutsche sind und verneint in diesem Zusammenhang auch die Herleitung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus § 9 i. V. m. § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG, wenn es vorrangig um die Auswahlentscheidung gehe und nicht die beamtenrechtliche Ernennung in Streit stehe, um letztlich einen möglichen Anspruch im Landeshochschulrecht zu erblicken.¹¹⁴ Dabei bleibt offen, inwieweit diese einfachgesetzlichen Normen dann noch mit Art. 33 Abs. 2 GG im Einklang stünden; und es bleibt weiterhin außer Betracht, dass § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG leer liefe, wenn Personen, die keine Deutschen im Sinne

105 BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3/21, Rn. 18 – juris.

106 Wertheimer/Meißner, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 11, Rn. 4; in diesen Fällen sieht das BAG die Hochschule auch nicht an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden, vgl. BAG, Urt. v. 12.10.2010, 9 AZR 554/09, Rn. 44 ff., wobei über das Bestehen eines Bewerbungsverfahrensanspruch gegenüber einer kirchlichen Hochschule zu entscheiden war.

107 Vgl. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO.

108 Vgl. dazu allg. sowie zum Anwendungsfall „Konkurrentenrechtsstreit“ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 123 Rn. 52 f.

109 Siehe Brinktrine, JA 2015, 1192 (1198).

110 Ähnlich Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1361.

111 Siehe BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 31 ff. – juris.

112 Vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1349 auch zu Fällen, in denen eine Stelle nicht ausgeschrieben wurde; insoweit seien diejenigen antragsbefugt, die der Dienstherr in die Auswahl hätte einbeziehen müssen.

113 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2 B 41/22, Rn. 10 – juris. Die Frage wird vom OVG vor dem Einstieg in die Beurteilung, ob (materiell-rechtlich) ein Anordnungsanspruch bestand, geprüft und im Ergebnis offengelassen, weil ein solcher Anspruch mangels Fehlern im Berufungsverfahren in dem konkreten Fall nicht bestehe. Insoweit erscheint die dogmatische Einordnung der Ausführungen zumindest zweifelhaft; wenn jemandem der Bewerbungsverfahrensanspruch nicht als subjektives Recht zustehen soll, kann es vielmehr umgekehrt in Bezug auf den*die Rechtsschutz Suchende*n dahinstehen, ob das Berufungsverfahren fehlerhaft gewesen ist oder nicht.

114 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2 B 41/22, Rn. 11 f. Gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 2 BeamtStG können ausnahmsweise Personen in ein Beamtenverhältnis berufen werden, die keine Deutschen i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG sind, wenn bei der Berufung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern [...] andere wichtige Gründe vorliegen. Zu den entsprechend hohen Hürden vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 5.8.2019, 2 B 130/19, Rn. 6 ff. – juris.

des Art. 116 Abs. 1 GG sind, schon kein Anspruch auf Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren zugesprochen würde, das sich an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG auszurichten hat – unabhängig davon, ob am Ende ein Beamtenverhältnis oder ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründet werden soll.

4. Das (Eil-)Rechtsschutzbedürfnis

Durch die Ankündigung in der Konkurrentenmitteilung, den*die ausgewählte Bewerber*in alsbald ernennen zu wollen, sind die unterlegenen Bewerber*innen gehalten, kurzfristig einen Antrag auf Eilrechtsschutz zu stellen, wenn sie Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auswahlverfahren sehen und ihren Bewerbungsverfahrensanspruch rechtzeitig vor der Ernennung sichern wollen. Wie bereits erwähnt, kommt hierfür regelmäßig ein Antrag gem. § 123 VwGO in Betracht. Das hierfür u.a. erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis liegt aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit in der Regel vor, wenn eine Auswahl des*der Antragstellers*in im Falle einer erneuten Entscheidung immerhin möglich erscheint bzw. nicht ausgeschlossen ist.¹¹⁵ Ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis dürfte das zuständige Gericht daher allenfalls annehmen, wenn der Antrag sinnlos ist und das Ziel des*der Antragsteller*in aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erreichbar ist.¹¹⁶

In diesem Zusammenhang wäre diese Annahme gegeben, wenn ein Antrag auf Eilrechtsschutz noch gestellt wird, obwohl die Wartefrist für den Dienstherrn bereits verstrichen und die Ernennung schon erfolgt ist.

5. Die Hochschule oder das Land als Antragsgegner

Es gilt, den richtigen Antragsgegner, eine juristische Person des öffentlichen Rechts, zu ermitteln, gegen den der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu richten ist. Jener ist zugleich der Klagegegner in der Hauptsache.

Zwar streiten sich in der Sache auch zwei Bewerber*innen darum, wer das Amt bekommt, rechtlich betrachtet steht jedoch der*die unterlegene Bewerber*in als Antragsteller*in im Eilverfahren und als Kläger*in der Hauptsache einer Behörde bzw. deren

Rechtsträger gegenüber.¹¹⁷

Hierbei stellt sich nun regelmäßig die Frage, ob dies die Hochschule selbst oder das jeweilige Landesministerium ist. Sie lässt sich nur durch einen Blick in das jeweilige Landeshochschulgesetz (und ggf. auch die Grundordnung der Hochschule) beantworten; es kommt darauf an, wer von beiden den*die Professor*in ernennt.¹¹⁸ Dies ist insbesondere dann beachtlich, wenn ruferteilende und ernennende Behörde auseinanderfallen. Wie bereits ausgeführt, ist die Mitteilung der ernennenden Behörde über die Nichtberücksichtigung kein Verwaltungsakt; sie wird daher auch nicht Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens.¹¹⁹ Lediglich die Ernennung des*der Konkurrenten*in stellt einen Verwaltungsakt dar, und zwar mit Drittwirkung gegenüber den nicht berücksichtigten Bewerber*innen.¹²⁰ Daher hat sich der gerichtliche Eilantrag – je nach Zuständigkeit für die Vornahme der Ernennung – nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (Rechtsträgerprinzip) entweder gegen die Hochschule als Körperschaft des öffentlichen Rechts oder gegen das jeweilige Bundesland als Rechtsträger des Ministeriums zu richten.¹²¹ Hat das betreffende Bundesland von der Ermächtigung des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO (Behördenprinzip) Gebrauch gemacht,¹²² ist die Klage unmittelbar gegen die Behörde als gesetzlichen Prozessstandschafter der jeweiligen Körperschaft zu erheben.

Dass Antragsgegner zwar die ernennende Behörde ist, ändert jedoch nichts daran, dass gerichtlicher Prüfungsgegenstand im Wesentlichen die endgültige Auswahlentscheidung der Hochschule ist, die in der Regel durch das Präsidium erfolgt. Aus hochschulrechtlicher Sicht betrachtet handelt es sich – sofern das Landeshochschulgesetz oder die Grundordnung nichts Abweichendes regeln – um die Entscheidung der Hochschulleitung, die unter Beteiligung der gesetzlich vorgeschriebenen Gremien (Berufungskommission, Fakultätsrat) zu erfolgen hat.¹²³

6. Sonstige Voraussetzungen

Das Gericht prüft die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des*der Antragstellers*in gemäß §§ 61 f. VwGO, was in der Praxis selten zu Problemen führen dürfte, sowie über

115 BVerfG, Beschl. v. 1.8.2006, 2 BvR 2364/03, Rn. 17 – juris.

116 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1200).

117 *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (291).

118 Zum Dienstherrn *Epping/Nölle*, in: Epping, NHG-Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 255.

119 Vgl. zur Mehrstufigkeit des Stellenbesetzungsverfahrens etwa OVG Münster, Urt. v. 22.7.2014, 6 A 815/11, Rn. 67 – juris.

120 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 17 – juris.

121 Vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 16.12.2015, 2 B 300/15, Rn. 8 – juris.

122 Dies sind Brandenburg, das Saarland, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, vgl. *Kintz*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 67. Ed, Stand: 01.04.2023, § 78 Rn. 34, 36 m.w.N.

123 Näher dazu *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 154 f.

die Beiladung des*der erfolgreichen Bewerbers*in, dem*der die Hochschule bzw. das Ministerium die Professur übertragen möchte.

Nicht zuletzt muss sich das Gericht für sachlich und örtlich zuständig erklären. Sofern es den Verwaltungsrechtsweg in der Sache für eröffnet hält, ist die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in erster Instanz gemäß § 45 VwGO gegeben. § 52 Nr. 4 VwGO regelt die örtliche Zuständigkeit für alle Klagen aus einem gegenwärtigen oder früheren Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis und für Streitigkeiten, die sich auf die Entstehung eines solchen Verhältnisses beziehen und kennt insoweit die folgenden Alternativen: Entweder ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Kläger oder Beklagte seinen dienstlichen Wohnsitz oder in Ermangelung dessen seinen Wohnsitz hat. Oder es ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat. Letzteres gilt in den Fällen, in denen der*die Kläger*in oder Beklagte keinen dienstlichen Wohnsitz oder keinen Wohnsitz innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Behörde hat. In der Regel werden unterlegene Bewerber*innen, die Rechtsschutz gegen die Ernennung des*der erfolgreichen Konkurrenten*in suchen, noch keinen „dienstlichen“ Wohnsitz mit Bezug auf den potentiellen Dienstherrn haben, der das Berufungsverfahren durchgeführt hat. Liegen der Wohnsitz des*der Antragstellers*in und die Hochschule bzw. das Ministerium also nicht zufällig im gleichen Gerichtsbezirk, bleibt der Sitz der Hochschule bzw. des zuständigen Ministeriums für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit maßgeblich.

IV. Begründetheit des Antrags: Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

Gem. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO sind neben der besonderen Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) glaubhaft zu machen.

1. Der Anordnungsgrund

Um einen Anordnungsgrund annehmen zu können, muss die Auswahlentscheidung bereits getroffen worden sein; bei Hochschulprofessor*innen ist dies der Fall,

wenn das Verwaltungsverfahren mit Ausnahme der Ernennung abgeschlossen ist.¹²⁴ Vorbeugender Rechtsschutz kommt nicht ohne Weiteres in Betracht, sondern nur, wenn bspw. durch ein abgeschichtetes Verfahren einzelne Bewerber*innen vorab ausgeschieden werden.¹²⁵ Das Bestehen eines Anordnungsgrundes ist üblicherweise also (erst) dann anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch durch die drohende Ernennung untergeht.¹²⁶ Das wird regelmäßig der Fall sein. Die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes kann im Rahmen der Antragstellung bei Gericht etwa durch Vorlage der Konkurrentenmitteilung erfolgen.

2. Der Anordnungsanspruch

Auch wenn zu unterstellen ist, dass der*die unterlegene Bewerber*in darum kämpfen möchte, die Professur zu bekommen, durchsetzen lässt sich mit der Geltendmachung seines*ihres aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleiteten Bewerbungsverfahrensanspruchs regelmäßig nur die fehlerfreie Berücksichtigung seiner*ihrer Bewerbung, sodass im Erfolgsfall das Auswahlverfahren zu wiederholen ist. In beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren wird daher vom Bestehen eines Anordnungsanspruchs des*der im Stellenbesetzungsverfahren unterlegenen Bewerbers*in ausgegangen, wenn die getroffene Auswahl zu seinen*ihren Lasten fehlerhaft erscheint und die Erfolgsaussichten bei einer erneuten Auswahl offen sind, seine*ihre Auswahl also möglich erscheint.¹²⁷ Dies gilt auch bei Konkurrentenstreitigkeiten im Rahmen von Berufungsverfahren.

3. Besondere Fallkonstellationen / Probleme

Viele Fallkonstellationen sind für eine Konkurrentenstreitigkeit bei Berufungsverfahren denkbar. Einige besondere sind untenstehend aufgeführt. Allgemein gilt für alle Verfahren das oben Gesagte, das kurz zusammengefasst werden soll:

Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Das hierin zum Ausdruck kommende Leistungsprinzip, welches auch bei der mit der Ernennung zum Professor verbundenen Besetzung von Lehrstühlen an Universitäten gilt,¹²⁸ eröffnet dem Einzelnen keinen Anspruch auf Beförderung bzw. auf Übertragung

124 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 19 f. – juris; dem folgend: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61, Rn. 1348.

125 *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2017, § 61 Rn. 1348, m.w.N. zur Rspr.

126 *Brinktrine*, JA 2015, 1192 (1205).

127 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.8.2006, 2 BvR 2364/03, Rn. 17 – juris.

128 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. vom 1.8.2006, 2 BvR 2364/03 – juris Rn. 17.

des begehrten Amtes, sondern gibt ihm lediglich Anspruch darauf, dass über seine Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei nach Maßgabe dieser Kriterien entschieden wird (sog. Bewerbungsverfahrenanspruch).¹²⁹ Die konkrete Stellenausschreibung und das daran anschließende Auswahlverfahren dienen der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Bewerber,¹³⁰ der eine angemessene Gestaltung des Auswahlverfahrens erfordert.¹³¹

a) Befangenheit

Ein relevanter Verfahrensfehler liegt vor, wenn ein Verfahrensfehler die Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung bewirkt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Mitglied oder der Vorsitzende der Berufungskommission, wegen Besorgnis der Befangenheit nicht an der Berufungsentscheidung hätte mitwirken dürfen. Hinsichtlich der hier relevanten Fragen sei ausführlich auf das Werk von Neukirchen/Emmrich zu Berufungen, Befangenheit und Bewerberverfahrensanspruch verwiesen.¹³²

Nur unparteiische und neutrale Personen dürfen in der Verwaltung tätig sein¹³³, ergänzend normieren §§ 20 f. VwVfG die Ziele der Neutralität und Objektivität des Verwaltungshandelns.¹³⁴ Daraus ergeben sich entsprechende Konsequenzen für die (Mit-) Arbeit in der Berufungskommission.¹³⁵

Jedes Mitglied einer Berufungskommission ist verpflichtet, dem*der Vorsitzenden der Berufungskommission sowohl Sachverhalte aus der abschließenden Aufzählung des § 20 VwVfG von sich aus mitzuteilen als auch solche Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu begründen.¹³⁶ Das Mitglied muss also proaktiv handeln und der*die Vorsitzende der Berufungskommission ist verpflichtet,

die Mitglieder aufzufordern, entsprechende Angaben zu machen. Dies ist in den Berufsordnungen oder den Berufsleitfäden der meisten Hochschulen normiert¹³⁷. Der*die Vorsitzende der Berufungskommission hat den Sachverhalt aufzuklären.¹³⁸ Hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 20 f. VwVfG können die im Folgenden behandelten Sachverhalte unterschieden werden.¹³⁹

aa) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen (absolute Befangenheit) gem. § 20 VwVfG

Damit die Neutralität der Verwaltung, in diesem Fall der Hochschule, gesichert ist, enthalten § 20 VwVfG des Bundes und die inhaltsgleichen LVwVfG die unwiderlegbare Vermutung, dass bei bestimmten Interessenkollisionen und Sachverhalten eine neutrale Amtsführung unmöglich ist und daher bestimmte Personen qua Gesetz vom Verfahren ausgeschlossen sind.¹⁴⁰

bb) Besorgnis der Befangenheit (relative Befangenheit) gem. § 21 VwVfG im Allgemeinen

Es kann zudem die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG bestehen.¹⁴¹ Ausreichend hierfür ist der böse Anschein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Zweifel an der Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Maßgeblich ist, ob bei vernünftiger Würdigung aller Umstände aus der Sicht eines*r Bewerbers*in Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln.¹⁴²

Die Besorgnis der Befangenheit kann auch erst im Zuge des Verfahrens eintreten, beispielsweise durch unsachliche Äußerungen oder Verhaltensweisen eines Kommissionsmitglieds, die geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des*der Betreffenden auszulösen.¹⁴³ Ferner kann die (bewusst) fehlerhafte Durchführung des Verfahrens die Besorgnis der Be-

129 BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11 – juris Rn. 20.

130 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.2.2007, 2 BvR 2494/06 – juris Rn. 7.

131 BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11 – juris Rn. 21.

132 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch, 2021, S. 25

133 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 20 Rn. 6. Für eine unionsrechtliche Einordnung des Gebots der Unbefangenheit als Ausfluss von Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU vgl. Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 20 Rn. 158 ff. und § 21 Rn. 2 sowie Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 20 Rn. 67 und § 21 Rn. 27 m. w. N.

134 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 172 m. w. N.

135 Siehe hierzu allgemein Neukirchen/Emmrich, a.a.O. S. 92. ff.

136 Neukirchen/Emmrich, a.a.O. S. 92 ff.

137 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, 609 (616).

138 Vgl. auch Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 23.

139 Neukirchen/Emmrich, a.a.O., S. 93. ff.

140 Siehe hierzu ausführlich Neukirchen/Emmrich, a.a.O., S. 92 ff.

141 § 20 entfaltet auch keine Sperrwirkung gegenüber § 21 für vergleichbare Umstände, so Ritgen, in: Knack/Henneke, 11. Aufl. 2019, VwVfG, § 21 Rn. 4.

142 Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 5.12.2019, 1 BvL 7/18, zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters; VG Münster, Beschl. v. 22.4.2015, 5 K 2799/12. Vgl. allg. zum Maßstab Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13, 16; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 61 mit Verweis auf OVG Koblenz Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 5 ff. – juris.

143 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 20. Es ist ferner davon abzuraten, jede Meinung einzelner Mitglieder einer Berufungskommission zu bestimmten Bewerber*innen zu protokollieren. Ein abweichendes Sachurteil und dessen fachliche Begründung dagegen kann Eingang in das Protokoll finden, vgl. auch Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 23.

fangenheit rechtfertigen, sofern aus dem jeweiligen Verfahrensfehler auf eine mangelnde Objektivität und Distanz des Amtsträgers gegenüber dem Beteiligten geschlossen werden kann.¹⁴⁴ Allein auf die Art und Weise der Verfahrensführung des Amtsträgers kann im Allgemeinen eine Befangenheit zwar nicht gestützt werden. Entfernt sich indes die Gestaltung des Verfahrens so weit von den anerkannten rechtlichen Grundsätzen, dass für den davon betroffenen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhende Benachteiligung entsteht, gilt dies nicht.¹⁴⁵ Dies kann etwa der Fall sein, wenn das Verhalten des Amtsträgers darauf abzielt, Beteiligte in der Wahrnehmung ihrer Rechte zu behindern oder das Verfahren intransparent zugunsten oder zulasten einzelner Beteiligter zu gestalten.¹⁴⁶

cc) Fälle und Beispiele, in denen nicht per se eine Besorgnis der Befangenheit besteht

Nicht hinreichend für die Besorgnis der Befangenheit sind beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession – ebenso wenig die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wissenschaftlichen Schule.

Die Verwaltungsgerichte differenzieren hinsichtlich einer möglichen Parteilichkeit zwischen zulässigem „gelegentlichem beruflichem Zusammenwirken“ und unzulässiger „besonderer kollegialer Nähe“ in dienstlicher Hinsicht und zwischen zulässigen „gelegentlichen privaten Kontakten“ und unzulässigen „freundschaftlichen Kontakten“.¹⁴⁷ Dabei können auch wissenschaftliche Konkurrenz oder Konflikte eine besondere kollegiale Nähe darstellen. Den freundschaftlichen Kontakten stehen persönliche Anfeindungen hinsichtlich der Besorgnis der Befangenheit gleich.

Neukirchen/Emmrich haben hierbei folgende Aspekte sorgfältig aufgearbeitet:¹⁴⁸

- Lehrer*innen-Schüler*innen-Verhältnis oder dienstliches Abhängigkeitsverhältnis
- Gemeinsame Assistenzzeiten oder gleiche akademische Schule
- Wissenschaftliche Kooperation oder Konkurrenz oder Konflikt
- Scheidende Stelleninhaber*innen

- Besondere persönliche Nähe
- Wirtschaftliche Geschäftsbeziehungen
- Weitere schädliche Sachverhalte

Unschädlich ist nach Neukirchen/Emmrich folgendes:¹⁴⁹

- Die bloße Mitwirkung an einer für eine*n Bewerber*in früher ergangenen Entscheidung
- die Mitwirkung eines*r wissenschaftlichen Mitarbeiters*in der Berufungskommission, der*die dem Fach- oder Lehrgebiet der Professur zugeordnet ist
- „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*der vorherigen Stelleninhabers*in in der Berufungskommission begründet ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine Befangenheit, desgleichen nicht die gemeinsame Mitwirkung von Ehegatten in der Berufungskommission, auch nicht von geschiedenen, weil insofern keine gesteigerte Beziehung zum*zur Bewerber*in 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 unmöglich wäre“
- 15 Jahre zurückliegendes Lehrer*innen-Schüler*innen-Verhältnis¹⁵⁰

dd) Rechtliche Würdigung

Die Frage, ob Mitglieder der Berufungskommission einer Hochschule an der Mitwirkung in diesem Gremium gehindert sind, richtet sich je nach landesgesetzlichen Vorschriften nach dem landesrechtlichen Verwaltungsverfahrenrecht und bzw. ausschließlich nach dem jeweiligen LHG und kann in der Berufsordnung oder Berufungsleitfaden der Hochschule konkretisiert

144 Vgl. *Schuler-Harms*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwVfG, 4. EL, November 2023, § 21 Rn. 24.

145 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2015, VI-W(Kart) 8/15, Rn. 3 – juris.

146 Vgl. *Steinkühler*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 21 Rn. 40; VG Freiburg Beschl. v. 12.12.2023, 2 K

3207/23, Rn. 48 – juris.

147 Siehe OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

148 Siehe hierzu ausführlich *Neukirchen/Emmrich*, a.a.O., S. 111 f.

149 Siehe hierzu ausführlich *Neukirchen/Emmrich*, a.a.O., S. 111 f.

150 VG Bremen, Beschl. v. 12.6.2019, 6 V 596/19, Rn. 34 ff. – juris.

sein.¹⁵¹ Ein Mitglied der Berufungskommission ist nach diesen Regelungen in der Regel dann an der Mitwirkung gehindert, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen.¹⁵²

Versäumt es ein Mitglied der Berufungskommission einen entsprechenden Hinweis anzuzeigen und verhindert damit, dass die Berufungskommission eine Einzelfallentscheidung über die Frage des Ausschlusses treffen kann, liegt ein Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften vor. Die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung folgt jedoch nicht bereits allein aus dem Verstoß gegen eine untergesetzliche Norm wie zum Beispiel einer „Präsidiumshandreichung Befangenheiten“, denn nicht jede Verletzung der Offenbarungspflicht stellt ohne Weiteres zugleich einen selbstständigen weiteren Befangenheitsgrund dar.¹⁵³

Die relativen Ausschlussgründe des § 21 VwVfG unterscheiden sich von den absoluten Ausschlussgründen des § 20 VwVfG dadurch, dass das Mitwirkungsverbot nicht schon kraft Gesetzes eintritt, sondern es hierfür zunächst einer konstitutiven Entscheidung des Ausschusses bedarf.

Sobald die Berufungskommission Kenntnis von objektiven Umständen erhält, die potentiell geeignet erscheinen, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen, hat die Kommission über die Frage eines Ausschlusses des Betroffenen zu beraten und zu entscheiden. Im Rahmen dessen hat sie zu prüfen, ob die Besorgnis der Befangenheit tatsächlich begründet ist.¹⁵⁴

Die Entscheidung ist gerichtlich voll überprüfbar; ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum besteht insoweit nicht.¹⁵⁵ Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens sowie der getroffenen Endentscheidung hängt somit letztlich nicht von dem Beschluss der Berufungskommission ab, sondern davon, ob tatsächlich eine (begründete) Besorgnis der Befangenheit bestand.¹⁵⁶

Eine tatsächliche Befangenheit ist hierfür nicht erforderlich. Es genügt - wie schon ausgeführt - bereits der „böse Schein“.

Die (begründete) Besorgnis der Befangenheit kann sich aus einer besonderen persönlichen Beziehung ergeben; Bekanntschaft, berufliche oder fachliche Zusammenarbeit oder auch ein kollegiales Verhältnis reichen für sich allein nicht aus, um die Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen¹⁵⁷. Dementsprechend kann etwa allein die Zugehörigkeit zu ein und derselben Dienststelle die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen. Auch gelegentliche private Kontakte sind insoweit unschädlich.¹⁵⁸ In diesem Sinne gilt für akademische Berufungsverfahren, dass nicht jede Form von wissenschaftlicher Zusammenarbeit oder jede (frühere) berufliche oder akademische Verbundenheit eines Mitglieds der Berufungskommission mit einem Bewerber gleichsam automatisch die Annahme der Befangenheit begründet, weil ein gewisser wissenschaftlicher oder beruflicher Kontakt im wissenschaftlichen und universitären Bereich üblich ist.¹⁵⁹ Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn sich aus dem beruflichen bzw. fachlichen Zusammenwirken eine besondere kollegiale Nähe, ein besonderes kollegiales Näheverhältnis entwickelt hat.¹⁶⁰ Umgekehrt vermag auch eine persönliche Abneigung oder gar Feindschaft nach den Umständen des Einzelfalls eine Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen, sofern sie sich in nachprüfbareren Tatsachen manifestiert hat.¹⁶¹ Entscheidend sind letztlich immer die Umstände des konkreten Einzelfalls, d. h. es ist danach zu fragen, ob in der Person des betreffenden Kommissionsmitglieds individuelle Gründe vorliegen, die seine Mitwirkung hinsichtlich eines Bewerbers angreifbar machen.¹⁶²

Die Entscheidung der Berufungskommission ist rechtswidrig, wenn gegen die Regeln der Befangenheit verstoßen wird, wenn also ein Mitglied mitwirkt, obgleich insoweit die Besorgnis der Befangenheit besteht.

151 OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 30 – juris.

152 Eine Besorgnis der Befangenheit liegt vor, wenn aufgrund objektiv feststellbarer Tatsachen nach den Gesamtumständen aus der Sicht eines vernünftigen Beteiligten des Verfahrens die Besorgnis nicht auszuschließen ist, ein bestimmter Amtsträger werde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden, OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 13, 16.

153 Vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 12.5.2015, 2 B 40/15, Rn. 12 – juris.

154 VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19 unter Verweis auf Herrmann/Tietze, LKV 2015, 337, 342.

155 VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19 unter Verweis auf Schuler-Harms, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwVfG, 4. EL November 2023, § 21 VwVfG Rn. 36, 45.

156 VGH München 1.2.2022, 3CE 22.19 unter Verweis auf Steinkühler, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 21 Rn. 45, 55; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 25b f.

157 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

158 OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

159 Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.7.2005, 1 Bs 89/05, Rn. 16 – juris.

160 OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris;

OGV Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris;

Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

161 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 21 Rn. 17.

162 OVG Hamburg, Beschl. v. 9.10.1998, 1 Bs 214/98, Rn. 3 – juris und Beschl. v. 8.6.2005 - 1 Bs 89/05, Rn. 16 – juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

Die Befangenheit kann sich auch aus einem mit Schärfe ausgetragenen wissenschaftlichen Disput in sozialen Medien nebst der Androhung rechtlicher Schritte ergeben.¹⁶³ Daraus ergibt sich der Anschein, dass der Betroffene in einem Berufungsverfahren nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden werde. Maßstab ist dabei weder die Frage, ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission tatsächlich befangen gewesen ist und zum Beispiel der Beigeladenen Erstplatzierten Vorteile im Berufungsverfahren verschafft hat oder nicht; die reine Besorgnis der Befangenheit gegenüber dem Antragsteller ist ausreichend.¹⁶⁴

Die Mitwirkung eines befangenen Mitglieds der Berufungskommission hat dann die Fehlerhaftigkeit aller Entscheidungen der Berufungskommission zur Folge, weil das Mitglied der Berufungskommission dies pflichtwidrig nicht mitgeteilt hat und sein Ausschluss rechtswidrig unterblieben ist. Der Mangel kann unter Umständen später im Verfahren geheilt werden, z.B. durch den Austausch und die Wiederholung verschiedener Verfahrensschritte. Eine Unbeachtlichkeit im Sinne von § 46 VwVfG oder entsprechender landesrechtlicher Normen greift jedoch explizit nicht, weil sich nicht verlässlich einschätzen lässt, ob und wie sich die Mitwirkung des befangenen und beteiligten Ausschussmitglieds auf die Ergebnisfindung im Kollegialorgan ausgewirkt hat. Es ist vielmehr offen, zu welchem Ergebnis die Berufungskommission ohne das befangene Mitglied und ggf. mit einem Ersatzmitglied gekommen wäre. Dies gilt insbesondere für den Vorsitzenden der Berufungskommission.¹⁶⁵ Bei einem solchen Mangel im Auswahlverfahren erscheint es daher ernsthaft möglich, dass der Antragsteller bei rechtsfehlerfreiem Verlauf des Berufungsverfahrens bei der Antragsgegnerin zu ernennen wäre.¹⁶⁶

Wenn die Berufungskommission unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ein Mitglied wegen der Besorgnis der Befangenheit im Beschlusswege von der weiteren Mitwirkung hätte ausschließen müssen, ist die Berufungskommission fehlerhaft besetzt. Dieser Verfahrensfehler hat auch die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung zur Folge.¹⁶⁷ Damit bestünde ein Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Entsprechen-

des gilt, wenn die Berufungskommission ein Mitglied von der Mitwirkung wegen einer fehlerhaft angenommenen Besorgnis der Befangenheit ausschließt, etwa weil sie ein kollegiales Verhältnis des Mitglieds zum* zur Bewerber*in überbewertet.

Selbst wenn die Entscheidung, dass der*die Antragsteller*in nicht listenfähig sei, einstimmig getroffen wurde kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine von der Mitwirkung ausgeschlossene Person schon durch ihre Teilnahme an der Beratung Einfluss auf die anderen Organmitglieder ausübt und diese zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten veranlasst.¹⁶⁸

Der*die Antragsteller*in kann in einem solchen Fall daher beanspruchen, dass über seine*ihre Bewerbung erneut rechtsfehlerfrei entschieden wird.

Dem entsprechenden Anordnungsanspruch steht nur dann eine fehlende Erfolgsaussicht entgegen, wenn bei einer erneuten Auswahlentscheidung die Auswahl des*der unterlegenen Bewerbers*in vollkommen ausgeschlossen erscheint.¹⁶⁹

Eine entsprechende Rüge ist jedoch ausgeschlossen, wenn der*die Antragsteller*in die ihm*ihr obliegenden Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren verletzt hat, indem er*sie einen ihm*ihr bekannten Ablehnungsgrund z.B. die Befangenheit eines Mitglieds der Berufungskommission nicht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern vor der Verwaltungsentscheidung oder einer bestimmten Verfahrenshandlung gerügt hat. Dies ist in den verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmungen der Länder normiert und wird von der Rechtsprechung mit Verweis auf § 71 Abs. 3 Satz 3 VwVfG bzw. seinen landesrechtlichen Parallelvorschriften¹⁷⁰ daher abgelehnt.¹⁷¹ Es ist allerdings streitig, ob § 71 Abs. 3 Satz 3 VwVfG und seine landesrechtlichen Entsprechungen auch eine materielle Präklusion im Prozess bewirken. Im Schrifttum wird von beachtlichen Stimmen die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen §§ 20, 21 VwVfG und die landesrechtlichen Parallelbestimmungen seien vom Verwaltungsgericht ggf. auch von Amts wegen zu berücksichtigen.¹⁷²

Der Bewerber ist jedoch immer gehalten, einen ihm bekannten Ablehnungsgrund unverzüglich, d.h. ohne

163 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 5 ff.

164 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff.

165 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff.

166 VG Münster, Beschl. v. 24.8.2022, 5 L 414/22, Rn. 20 ff unter Verweis auf das Erfordernis der Möglichkeit der Auswahl nach der Rspr. des BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015, 2 BvR 1958/13, Rn. 57 – juris; OVG Münster, Beschlüsse v. 17.4.2018 - 1 B 189/18, Rn. 15 ff. – juris, und vom 22.7.2019 - 6 B 708/19, Rn. 18 – juris.

167 OVG Lüneburg Beschl. v. 10.6.2022, 5 ME 4/22.

168 OVG Münster, Beschl. v. 26.5.2014, 19 B 203/14, Rn. 31 – juris.

169 OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.6.2022, 5 ME 4/22.

170 Mit Verweis auf *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 21 Rn. 6, 15 m.w.N., dem widerspricht jedoch *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 71 Rn. 32.

171 BVerwG, Urt. v. 2.7.1992, 5 C 51.90, VGH München, Beschl. v. 1.2.22, 3 CE 22.19, Rn. 5 bzgl. Befangenheit.

172 Vgl. etwa *Sachs/Kamp*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 71 Rn. 32; Reimer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 4. EL November 2023, § 71 VwVfG Rn. 28.

schuldhaftes Zögern zu rügen; dieser allgemeine Verfahrensgrundsatz gilt unabhängig davon, ob die Regelung des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrenrechts für hochschulrechtliche Berufungsverfahren direkt anwendbar ist¹⁷³ oder nicht.¹⁷⁴ Diese Rügeobliegenheit entspricht dem aus dem Prüfungsrecht bekannten Grundsatz, dass sich der*die Betreffende nicht in Widerspruch zu seinem*ihren eigenen Verhalten setzen darf. Insbesondere ist es treuwidrig, einen erkannten Verfahrensfehler zunächst hinzunehmen, um ihn anschließend nur dann geltend zu machen, wenn das Ergebnis des Verfahrens dem*der Betreffenden missfällt.¹⁷⁵

Im Übrigen muss die Besorgnis über die Voreingenommenheit der Berufungskommissionsmitglieder jedenfalls im zeitlichen Zusammenhang mit der Berufungsveranstaltung stehen und darf nicht erst über ein Jahr später im gerichtlichen Verfahren zu Tage treten.¹⁷⁶ Denn in diesem Fall scheint es als ausgeschlossen, dass sich die Besorgnis der Befangenheit auf das weit vergangene Verfahrensergebnis ausgewirkt hat.

b) Juniorprofs mit Tenure Track

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz hat mit Beschluss vom 3. März 2022¹⁷⁷ entschieden, dass ein zum Juniorprofessor mit Tenure-Track-Option ernannter Bewerber gegenüber der Hochschule einen Anspruch auf Ausschreibungsverzicht für die (spätere) Lebenszeitprofessur erwerbe und insoweit „konkurrenzlos“ gestellt sei, sofern er für die vorhandene Stelle nachweislich geeignet sei.¹⁷⁸ Das Tenure-Evaluierungsverfahren stelle ein besonders ausgestaltetes Berufungsverfahren dar.

Der Juniorprofessor habe zwar einen Anspruch auf die Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens, auf dessen Grundlage die Hochschule ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entscheiden müsse. Ein darüberhinausgehender Anspruch bestehe jedoch nicht.¹⁷⁹

Ein Anordnungsgrund kann dann glaubhaft gemacht werden, wenn in einem lang andauernden und ggf. sogar schon einmal unterbrochenen Evaluierungs- und Berufungsverfahren die Gefahr besteht, dass das Recht des Antragstellers auf Erhalt der Konkurrenzfreiheit vereitelt werden könnte.¹⁸⁰

Ein Anordnungsanspruch kann jedoch nur dann glaubhaft gemacht werden, wenn der Anspruch auf Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens verletzt wurde. Das Tenure Track-Verfahren ist ein spezielles hochschulbeamtenrechtliches „Verfahren zur Anstellung“, dass die rechtlich garantierte Chance beinhaltet, nach einer befristeten Bewährungszeit eine Lebenszeitprofessur zu erhalten. Der zunächst zum Juniorprofessor ernannte Bewerber erwirbt daher gegenüber der Hochschule zunächst einen „Anspruch auf Ausschreibungs-Verzicht“ für die Lebenszeitprofessur und damit das Recht das Berufungsverfahren (Abschlussevaluation) ohne unmittelbare Konkurrenz zu durchlaufen.¹⁸¹

Die Tenure-Evaluierung stellt somit ein „wissenschaftsadäquates Äquivalent zu einem Berufungsverfahren“ dar. Sie vermittelt aber eben nicht mehr als den Anspruch auf die Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens, auf dessen Grundlage die Hochschule ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entscheiden muss.¹⁸²

Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Hochschule das Bewerbungsverfahren abbrechen kann, wenn sich der im Tenure Track-Verfahren einzige Bewerber im Rahmen des Evaluierungsverfahrens als ungeeignet für die angestrebte Planstelle erweist.¹⁸³ Diesbezüglich ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte zurückgenommen, da der Hochschule verfassungsrechtlich eine geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines Bewerbers für eine Hochschullehrerstelle zusteht. Die Auswahlentscheidung kann dementsprechend ge-

173 So für das jeweilige Landesrecht ausdrücklich VGH München, Beschl. v. 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 5 – juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 11 – juris.

174 offen gelassen von OVG Greifswald, Beschl. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 21, 31 f. – juris.

175 Vgl. nur *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 216 m.w.N.

176 VGH Mannheim, Beschl. v. 27.7.2022, 4 S 713/22.

177 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

178 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22, siehe Leitsatz.

179 Auch unter Verweis auf vergleichbare Oberverwaltungsgerichte OVG Münster, Beschl. v. 24.6.2019, 6 B 401/19 und BVerfG, Beschl. 12.7.2011, 1 BvR 1616/11.

180 OVG Koblenz Beschl. vom 3.3.2022, 2 B 10062/22, auch unter Verweis auf VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503,

Rn. 10 – juris.

181 OVG Koblenz Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22, auch unter Verweis auf *Herkommer*, WissR 40, 2007, 36, (53); *Hartmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 5 Rn. 122. Zur Frage, ob dies eine Diskriminierung anderer (habilitierter) Bewerber darstellt, und hinsichtlich verfassungsrechtlichen Zweifel an einer solchen Praxis siehe *Herkommer*, WissR 40, 2007, S. 36, 59 ff.; *Neuhäuser*, WissR 45, 2012, S. 248, 271; *Hartmann*, DÖV 2020, 137 ff.; *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer*, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4 Rn. 91.

182 OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

183 Auch unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 27 – juris; OVG Münster, Beschl. v. 24.6.2019, 6 B 401/19, Rn. 7 – juris m.w.N.

richtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden ist.

In der erwähnten Entscheidung wurde die gerügte Befangenheit als nicht belegt erachtet. Auch auf die fehlende Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten des Fachbereichs, und deren nicht ordnungsgemäße Beteiligung konnte der Antragsteller sich nicht mit Erfolg berufen, da diese das Verfahren nicht beanstandet hatte. Ebenso wenig wurde vom Gericht beanstandet, dass die Dokumentation der Lehrprobe und des Gespräch mit der Kommission nicht vollständig sei, da eine rechtliche Pflicht zur nahezu lückenlosen Protokollierung dieser einzelnen Prüfungsteile nicht bestehe.¹⁸⁴ Hinsichtlich der inhaltlichen Kritik an der kritischen Wertung der Leistungen und Publikationen verwies das Gericht auf den weiten Beurteilungsspielraum der Hochschule und dass sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle darauf beschränke, ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden sei, etwa weil die Entscheidung ersichtlich auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruhe.

c) Tenure Track

Das Tenure-Track-Verfahren ist mit beamten- und hochschulrechtlichen Besonderheiten verbunden, die regelmäßig im LHG angelegt und in der Grundordnung oder Berufsordnung oder speziellen Tenure-Track-Ordnung der Hochschule rechtlich normiert sind. Die Tenure-Track-Professur beginnt regelmäßig in der Besoldungsgruppe W2 und in einem Beamtenverhältnis auf Zeit i.d.R. für die Dauer von sechs Jahren. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg kann im Berufungsverfahren auf eine als Tenure-Track-Juniorprofessur ausgeschriebene Stelle ohne Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG ein habilitierter Privatdozent ausgeschlossen werden, wenn und weil er aufgrund seiner Qualifikation ohne Weiteres für eine W3-Professur berufungsfähig und in einem Tenure-Track-Verfahren damit nicht (mehr) förderfähig ist.¹⁸⁵

Bei erfolgreichem Verlauf durchlaufen die Tenure-Professuren vor Ablauf der sechs Jahre in einem gesonderten Verfahren und ohne Ausschreibung und unmittelbare Konkurrenz ein Berufungsverfahren auf eine Professur der Besoldungsgruppe W3. Es handelt sich

also um eine Entfristung verbunden mit einem Karriereaufstieg, der jedoch eine positive Tenure-Evaluierung voraussetzt. Die Entscheidung erfolgt in einem speziellen Evaluierungsverfahren, das je nach Satzung mit einem Selbstbericht beginnt und mit einer Entscheidung der Hochschulleitung nach Anhörung des*r Antragsteller*in endet. Im Falle einer negativen Tenure-Evaluierung endet das Beamtenverhältnis und die Professur auf Zeit, sofern nicht eine Anschlussbeschäftigung gewährt wird.

Als Rechtsmittel kann bei negativer Entscheidung zunächst Widerspruch eingelegt werden und gegen den Widerspruchsbescheid Klage vor dem VG erhoben werden. Dann stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Beschäftigung und den akademischen Titel auswirkt.

In einem bayerischen Fall hat das VG München auf Antrag der Hochschullehrerin die Hochschule im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO verpflichtet, die Professorin unter Beibehaltung ihres Rechts, den Titel „Professorin“ zu führen, weiter im Angestelltenverhältnis der Besoldungsgruppe W2 zu beschäftigen, bis die Wiederholung der Tenure-Evaluierung erfolgt ist, jedenfalls aber bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.¹⁸⁶ Der VGH München entschied jedoch überzeugend anders und verneinte einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, da zur Sicherung des Anspruchs auf erneute Durchführung des Tenure Verfahrens eine Weiterbeschäftigung weder erforderlich sei, weil die Leistung außerhalb der Tenure Zeit nicht zu berücksichtigen sei, noch sei sie beamtenrechtlich zulässig.¹⁸⁷

Erfolgreich kann sich ein Antragsteller daher nur gegen Verfahrensfehler und gegen eine erneute und offene Ausschreibung der eigenen Stelle wehren. Droht die Besetzung der vorgesehenen Stelle durch eine anderweitige Bewerberin ist ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gerechtfertigt, bis sichergestellt ist, dass der Anspruch auf Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens gesichert ist. Ist der Antrag solchermaßen zulässig und begründet, muss das Verwaltungsgericht die Hochschule verpflichten, sicherzustellen, dass für den Antragsteller eine haushaltsrechtliche Planstelle zur Verfügung steht, um darauf gegebenenfalls die begehrte W3-Professur führen zu können.¹⁸⁸

¹⁸⁴ OVG Koblenz, Beschl. v. 3.3.2022, 2 B 10062/22.

¹⁸⁵ VGH Mannheim, Beschl. v. 7.7.2021, 4 S 1541/21, Rn. 7 – juris; vgl. auch *Saigner/Schneider*, *WissR* 55, 2022, 141 ff.

¹⁸⁶ Gestützt wurde diese Entscheidung auf das LHG, das BayHSch PG, die Tenure-Satzung und entsprechende Verstöße, die zum

Erfolg in der Hauptsache führten, vgl. VG München, Beschl. v. 16.9.2021, M 3 E 21.4116 – juris.

¹⁸⁷ VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503 – juris.

¹⁸⁸ VGH München, Beschl. v. 25.10.2021, 7 CE 21.2503 – juris.

d) Zu hohe Forderungen bei den Berufungsverhandlungen: Grund für Abbruch?

Es stellt sich die Frage, ob „überzogene“ Forderungen des zu Berufenden in der Berufungsverhandlung eine Rechtfertigung dafür sind, mit dem Nächstplatzierten zu verhandeln und diesen zu berufen.

Bei einer im Jahr 2020 ausgeschriebenen, unbefristeten Professur mit der Besoldung nach W 2 wurde in einem Bewerbungsverfahren eine Bewerberin auf Platz 1 des Berufungsvorschlags gesetzt und eine weitere Bewerberin auf Platz 2. Nach Beteiligung der Gremien erteilte der Rektor der Erstplatzierten mit Schreiben vom 1. Juli 2021 den Ruf. In den folgenden Berufungsverhandlungen kam es zu einem Dissens insbesondere bezüglich der Ausstattung und Besoldung. In der Folge brach der Rektor daher die Berufungsverhandlung „aus sachlichen Gründen“ ab und informierte die Antragstellerin in der Folge, dass das Bewerbungsverfahren mit einer Ruferteilung und Einladung zu einer Berufungsverhandlung an die weitere Platzierte fortgesetzt werde. Den Antrag der Antragstellerin auf Eilrechtsschutz lehnte das Verwaltungsgericht¹⁸⁹ ab. Der Rektor habe die Berufungsverhandlung rechtswirksam abgebrochen, da die Antragstellerin bei der Berufungsverhandlung und in der Folgezeit auf ihren Forderungen beharrt habe und dies einen hinreichenden sachlichen Grund für den Abbruch der Berufungsverhandlung darstelle.¹⁹⁰ Das OVG Bautzen gab der Beschwerde der Antragstellerin jedoch statt,¹⁹¹ da der Rektor die Vorschriften der Berufsordnung nicht eingehalten habe, sondern unter deren Missachtung kein Protokoll der Berufungsverhandlungen mit Fristsetzung zur Rückäußerung an die Erstplatzierte gesandt und ohne erneute Anhörung des Senats der Zweitplatzierten den Ruf erteilt habe. Durch diese Vorschrift werde aber ausgeschlossen, dass die von der Berufungskommission und den weiteren beteiligten Gremien getroffene Auswahlentscheidung nachträglich (durch den Rektor) geändert werde. Bei Dissens (bzgl. der Ausstattung und Besoldung) müsse die Hochschule aufgrund der Berufsordnung die Berufungsverhandlung ordnungsgemäß beenden, indem die Hochschule der Erstplatzierten, mit der verhandelt wurde, ein abschließendes Angebot unterbreite, das diese annehmen oder ablehnen könne. Da die Abbruchentscheidung den Bewerbungsverfahrensanspruch der Antragstellerin ver-

letzt habe, war dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in der Beschwerde stattzugeben.

e) Rechtswidrigkeit des Abbruchs des Verfahrens

Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erlangt werden. Der Bewerber begehrt die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis. Dies kann selbst im Erfolgsfall durch eine Klage in der Hauptsache nicht erreicht werden.

Auch bei einem Abbruch des Verfahrens kann das Gericht eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur dann erlassen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dies setzt einen Anordnungsanspruch und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) voraus, die glaubhaft zu machen sind.

Der Anordnungsgrund kann bei einem Abbruch des Bewerbungsverfahrens nur glaubhaft gemacht werden, wenn im Interesse der Rechtssicherheit umgehend zu klären ist, ob die betreffende Stelle nicht doch in dem von der Antragsgegnerin abgebrochenen Auswahlverfahren zu vergeben ist.¹⁹² Dabei ergibt sich die Dringlichkeit der gerichtlichen Entscheidung aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens selbst, das auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet ist und bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann.¹⁹³ Ein Anordnungsanspruch kann sich allein aus einer Verletzung des dem Antragsteller zustehenden Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben. Aufgrund des der Hochschule verfassungsrechtlich zustehenden Beurteilungskompetenz über die Qualifikation eines*iner Bewerber*in für eine Hochschullehrerstelle¹⁹⁴ kann die Auswahlentscheidung gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und ob der Beurteilungsspielraum überschritten worden ist, etwa weil die Entscheidung ersichtlich

189 VG Chemnitz, Beschl. v. 21.12.2021, 3 L 513/21, n.v.

190 Ebenda.

191 OVG Bautzen, Beschl. v. 18.3.2022, 2 B 20/22 – juris.

192 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3/13, Rn. 22 ff. – juris; OVG

Bautzen, Beschl. v. 29.5.2020 - 2 B 97/20, Rn. 9 – juris.

193 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 14 ff.

– juris. Vgl. BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3/13, Rn. 22 f. – juris;

OVG Münster, Beschl. v. 12.7.2018, 1 B 1160/17, Rn. 50 – juris.

194 BVerwG, Urt. v. 9.5.1985, 2 C 16.83 – juris.

auf der Verkenning von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht.¹⁹⁵

Nach der vom BVerfG gebilligten Rechtsprechung des BVerwG kommt dem Dienstherrn hinsichtlich der Beendigung eines eingeleiteten Bewerbungs- und Auswahlverfahrens ein weites organisations- und verwaltungspolitisches Ermessen zu.¹⁹⁶ Der Abbruch des Besetzungsverfahrens bedarf jedoch eines sachlichen Grundes. Nach der Rechtsprechung des BVerwG¹⁹⁷ kann der Abbruch des Auswahlverfahrens in materieller Hinsicht sowohl aus der Organisationsgewalt des Dienstherrn als auch aus Gründen gerechtfertigt werden, die aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleitet werden. Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann oder wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren ist fortzuführen. Eine Abbruch und eine Neuausschreibung dürfen dann nicht erfolgen.¹⁹⁸

In formeller Hinsicht müssen die Bewerber vom Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen; erforderlich ist in der Regel die hinreichende schriftliche Dokumentation der Gründe.¹⁹⁹ Wenn die Abbruchentscheidung dem Bewerber mitgeteilt wurde und schriftlich dokumentiert ist, sind die Gründe materiell-rechtlich zu prüfen.

Sofern der Abbruch auf einem Beschluss der Berufungskommission basiert, weil die Berufungskommission alle Bewerber für ungeeignet hält und auch die besten Kandidaten von z.B. auch aufgrund externer Gutachten nicht über die fachliche Breite und Passfähigkeit verfügen, um die ausgeschriebene Professur vollumfänglich in Lehre und Forschung zu vertreten, sind diese Gründe materiell-rechtlich ausreichend.

Nur wenn eine Verletzung des Beurteilungsspielraums etwa durch sachfremde Erwägungen oder die Verkenning von Tatsachen vorliegt, ist die Abbruchent-

scheidung materiell-rechtlich angreifbar.²⁰⁰

Die rechtliche Einordnung unterscheidet sich je nachdem, ob die konkrete Stelle – auf der Grundlage eines neuen Auswahlverfahrens – weiter besetzt werden soll oder nicht.²⁰¹

Soll die konkrete Stelle nach dem Abbruch nicht mehr besetzt werden, ist der Dienstherr, auch wenn er das Stellenbesetzungsverfahren bereits begonnen hatte, keinen strengeren Bindungen unterworfen als bei den sonstigen personalwirtschaftlichen Entscheidungen. Eine solche Entscheidung unterfällt seinem weiten, dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsermessen. Denn die Ausschreibung begründet nicht das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen, dass sich der Dienstherr mit der Ausschreibung hinsichtlich seiner Organisationsgewalt unwiderruflich bindet. Da die Entscheidung, einen bereits ausgeschriebenen Dienstposten nicht mehr wie ursprünglich geplant besetzen zu wollen, der personalwirtschaftlichen Einschätzung der Hochschule obliegt, ist die gerichtliche Kontrolle insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob sich die Entscheidung als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erweist.²⁰³

Wenn der Dienstherr unbeschadet der getroffenen Abbruchentscheidung die Stelle aber weiterhin vergeben will, und hierfür ein neues Auswahlverfahren für erforderlich hält, bleibt Art. 33 Abs. 2 GG Prüfungsmaßstab. Die Entscheidung, das in Gang gesetzte Auswahlverfahren abzubrechen, bezieht sich insofern nicht auf Zugschnitt und Gestaltung des Amtes, sondern auf die organisatorische Ausgestaltung seiner Vergabe, die als wesentliche Weichenstellung für die nachfolgende Auswahlentscheidung bereits selbst den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragen muss. Deswegen bedarf es in einer solchen Fallgestaltung für die Abbruchentscheidung in materieller Hinsicht eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG genügt.²⁰⁴

Unsachlich sind Gründe für einen Abbruch, die das Ziel verfolgen, einen unerwünschten Kandidaten aus leis-

195 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 20 – juris m. w. N.

196 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23, – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 22.7.1999, 2 C 14.98, Rn. 26 – juris; BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11, Rn. 22 – juris.

197 BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11, Rn. 18 – juris; Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 16 – juris; Beschl. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15, – juris.

198 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11, – juris

199 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11, Rn. 19 – juris; Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 20 – juris.

200 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.3.2023, 2 B 22/23, – juris.

201 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.6.2022, 12 L 237/22, – juris.

202 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.6.2022, 12 L 237/22, Rn. 5 ff. – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 3.12.2014, 2 A 3.13, Rn. 26, 37 – juris; OVG Münster, Beschl. v. 26.4.2018, 6 B 355/28, Rn. 11 – juris.

203 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 14 ff. – juris.

204 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 17 ff. – juris unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 10.5.2016, 2 VR 2.15, Rn. 16 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 14.6.2019, 1 B 346/19, Rn. 9 ff.; Beschl. vom 5.2.2021, 1 B 1256/20, Rn. 6 ff. sowie Beschl. v. 2.12.2020, 6 B 840/20, Rn. 9 ff.; jeweils juris.

tungsfremden Erwägungen von der weiteren Auswahl für die Stelle auszuschließen oder einen bestimmten Bewerber bei der späteren Auswahlentscheidung zu bevorzugen. Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren hingegen abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann, wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten, oder wenn kein Bewerber seinen Erwartungen entspricht bzw. er sämtliche Bewerber nach sachgerechter Prüfung für unzureichend geeignet erachtet.²⁰⁵

f) Fehlende Passgenauigkeit und Ausschluss aus dem weiteren Verfahren bei der 1. Stufe

Wie bereits dargelegt, hat sich auch die Auswahlentscheidung bei dem Statusamt eines Hochschulprofessors nach den in Art. 33 Abs. 2 GG²⁰⁶ genannten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu richten.²⁰⁷

Aus dem Zusammenspiel der hochschulrechtlichen Bestimmungen wird deutlich, dass die Berufungskommission ihre Auswahl nach Maßgabe von fachlicher und persönlicher Eignung und Leistung der Bewerber, mithin nach dem Grundsatz der Bestenauslese trifft. Entsprechendes gilt für die Entscheidung des*der Rektors*in bei der Ruferteilung.

Die Entscheidung, eine Bewerbung bereits auf der ersten Stufe nicht weiter zu berücksichtigen, ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Berufungskommission im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) geschützten Beurteilungskompetenz über die Qualifikation der Bewerber*innen²⁰⁸ ihre Entscheidung getroffen hat und nach dem eingeschränkten gerichtlichen Prüfungsmaßstab keine Fehler erkennen lässt. Die von der Berufungskommission getroffene Vorauswahl lässt keine Verfahrensfehler erkennen, wenn die von dem*der Antragsteller*in eingereichten Bewerbungsunterlagen der Universität vollständig vorliegen und den Mitgliedern der Berufungskommission vollständig zur Einsichtnahme zur Verfügung standen. Desweiteren ist auch erforderlich, dass die Berufungskommission ihre Bewertung, hinsichtlich der

Ausschreibungskriterien wie zum Beispiel der fachlichen Passfähigkeit aufgrund einer ausreichenden Tatsachengrundlage getroffen und diese ausreichend dokumentiert hat. Hinsichtlich der Dokumentation reicht auch eine knappe Begründung in stichpunktartiger tabellarischer Form,²⁰⁹ solange hierbei nicht einschlägige Qualifikationen übersehen werden.

Ein*e auf dieser Stufe des Verfahrens abgelehnte*r Bewerber*in hat dann keinen Anspruch auf eine erneute Entscheidung über seine*ihre Bewerbung. Wenn der*die Antragsteller*in bei der Auswahl aber nach Entscheidung der Berufungskommission das in der Ausschreibung erstellte Anforderungsprofil nicht erfüllt, ergibt sich kein weiterer Anspruch, selbst wenn der*die Erstplatzierte unzutreffend ausgewählt worden wäre.²¹⁰

g) Akademisches Alter: Diskriminierung?

Das OVG Münster hat mit Beschluss vom 17.1.2022, 6 B 1512/21, u.a. auch über die Frage des akademischen Alters entschieden.

Dort stellte sich die Frage, ob mit der Argumentation zum akademischen Alter der Bewerber*innen eine Parallele zu dem aus dem Laufbahnbereich bekannten Auswahlkriterium des Dienstalters gezogen werde. Das OVG verneint dies, wenn die Heranziehung des Dienstalters lediglich als Hilfskriterium bei einem Qualifikationsgleichstand in Betracht kommt. Auf das Dienstalter oder Beförderungsdienstalter darf nicht abgestellt werden, soweit sich die dabei gewonnene Erfahrung nicht leistungssteigernd ausgewirkt hat. Als Hilfskriterium bei einem Qualifikationsgleich darf das akademische Alter jedoch herangezogen werden, um den Umfang der Lehr- und Forschungsleistungen, der Publikationen, Zitationen, etc. ins Verhältnis zur hierfür zur Verfügung stehenden bzw. aufgewandten Zeit zu setzen. Ein geringeres Alter wirkt sich insofern hier günstig aus. „Die Berücksichtigung des Zeitraums, der für die Erbringung der Leistungen zur Verfügung stand, ermöglicht eine tragfähige Beurteilung der für die Eignung der Kandidaten maßgeblichen Frage, was von diesen in Zukunft zu erwarten ist, und vermeidet die Begünstigung von Bewerbern am Ende ihrer wissenschaftlichen Laufbahn bzw. mit nur geringen etwa familienbedingten Ausfallzeiten.

205 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.06.2022, 12 L 237/22, Rn. 17 ff. unter Verweis auf OVG Münster, Beschlüsse vom 18.5.2022, 6 B 231/22, Rn. 36 f. und vom 22.9.2021, 6 B 583/21, Rn. 24 f.; jeweils juris, m.w.N.

206 Und ggf. ebenso in den korrespondierenden Artikeln der jeweili-

gen Landesverfassung.

207 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 17 – juris.

208 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 20 – juris m. w. N.

209 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2B 41/22 – juris.

210 OVG Bautzen, Beschl. v. 8.4.2022, 2B 41/22 – juris.

Insoweit ist die Einbeziehung des akademischen Alters in die Betrachtung nachvollziehbar und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.²¹¹

h) Listendrehen durch den Rektor

Es stellt sich die Frage inwieweit sich ein Bewerber gegen die Entscheidung des Rektors wenden kann, von dem Vorschlag der Berufungskommission hinsichtlich der Reihung abzuweichen.

Ein*e Hochschulrektor*in ist regelmäßig an die Bewertung der Berufungskommission gebunden und kann hiervon nur in begründeten Fällen abweichen und ist aufgrund der institutionellen Wissenschaftsfreiheit und der diesbezüglichen Selbstverwaltung der Hochschulen auf wenige Ausnahmekonstellationen beschränkt.²¹² Die Auswahlentscheidung bzw. Abweichung von der Reihung wahrt nur dann die fachliche Einschätzungsprerogative der in der Berufungskommission und im Fakultätsrat beteiligten Hochschullehrer*innen, wenn der*die Rektor*in seinen*ihren Entscheidungsspielraum nicht überschreitet und sich insbesondere nicht in Widerspruch zur Bewertung des Berufungsausschusses setzt.²¹³ Dies setzt voraus, dass er*sie ebenso wie der Berufungsausschuss an alle zuvor aufgestellten Auswahlkriterien gebunden ist, diese vollständig in seine Entscheidungsfindung einbeziehen muss und den gegebenenfalls abweichenden Berufungsvorschlag sachgerecht begründen und dokumentieren muss. Es genügt nicht, dass sich der*die Rektor*in nur auf die Gutachten stützt und z.B. Probelehrveranstaltungen außer Betracht lässt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Abweichungsentscheidung die fachliche Einschätzungsprerogative des Berufungsausschusses aushebelt.²¹⁴

Der*die Rektor*in kann insbesondere nicht konstitutive Anforderungsmerkmale wie z.B. „habilitationsgleiche Leistungen“ selbst auslegen und – entgegen der Berufungskommission – verneinen. Diese Beurteilung unterliegt notwendigerweise einem Bewertungsspielraum, der in erster Linie der Berufungskommission zukommt, und die der Rektor nicht an sich ziehen dürfe. Dies überzeugt schon deshalb, weil der*die Rektor*in regelmäßig selbst aus einer anderen Fakultät bzw. Fachrichtung kommt. Dabei ist unerheblich, dass der*die Rektor*in in

seiner*ihre Eigenschaft als Organ der Hochschule selbst Grundrechtsträger*in nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist, und ob entsprechende Gutachten diese Auffassung stützen, da dies nicht seine*ihre Aufgabe sei.²¹⁵

i) Unzureichende Dokumentation

Soweit es um die Dokumentation eines Berufungsverfahrens für eine Professorenstelle geht, ist in erster Linie eine sorgfältige, d.h. nachvollziehbare und eingehende Begründung der Entscheidung der Berufungskommission erforderlich. Diese muss dem Gericht auch im Lichte des oben dargelegten verfassungsrechtlich geschützten (Art. 5 Abs. 3 GG) und gerichtlich daher nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Hochschule eine Überprüfung ermöglichen, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten wurden oder ob die Entscheidung auf falschen Tatsachen oder sachfremden Erwägungen beruht.²¹⁶

Hieraus folgt jedoch keine Pflicht zur gleichsam lückenlosen Protokollierung sämtlicher Abläufe – Probevorlesung, Probevortrag, Einzelgespräche – im Rahmen eines Auswahlverfahrens. Es genügt regelmäßig eine Protokollierung der Sitzungen der Berufungskommission oder ein Besetzungsbericht.²¹⁷ Dabei darf sich die Dokumentation auf ein vertretbares Maß beschränken und Gesprächsinhalte zusammenfassen, den Fokus auf bestimmte Aspekte legen oder weniger gewichtige Aspekte unerwähnt lassen.²¹⁸ Eine diesen Anforderungen genügende Dokumentation der die Beschlussfassung der Berufungskommission tragenden Auswahlerwägungen ist ausreichend.

V. Der Beurteilungsmaßstab des Verwaltungsgerichts

Anders als in anderen Eilverfahren sind die Gerichte nach der Rechtsprechung des BVerfG gehalten, in Konkurrentenstreitverfahren nicht lediglich eine summarische Prüfung möglicher Ansprüche vorzunehmen; vielmehr hat – wie in dem hier regelmäßig nicht mehr durchführbaren Hauptsacheverfahren – eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung zu erfolgen, ohne dabei die Anforderungen an einen Erfolg des unterlegenen Bewerbers zu überspannen.²¹⁹ Da das Eilverfahren

211 OVG Münster, Beschl. v. 17.1.2022, 6 B 15/12, – juris.

212 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris.

213 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris; VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 23 – n.v.

214 VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, a.a.O.

215 VGH Mannheim, Beschl. v. 1.7.2022, 4 S 483/22, Rn. 1 – juris.

216 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris.

217 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris unter

Verweis auf: OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn.

17 – juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 6.8.2018, 2 B 10742/18, Rn. 15

f. – juris; VGH München, Beschl. v. 18.4.2012, 7 CE 12.166, Rn. 33 – juris.

218 VGH Kassel, Beschl. v. 28.11.2022, 1 B 1620/22, – juris unter

Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn. 1 – juris.

219 BVerfG, Beschl. v. 29.7.2003, 2 BvR 311/03, Rn. 12 – juris; vgl. auch

BVerfG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 32 – juris.

vor der Ernennung die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt, darf es im Hinblick auf das Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG nach der Rechtsprechung des BVerwG „nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben“.²²⁰

1. Eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Berufungskommission

Aufgrund der in Art. 5 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützten Beurteilungskompetenz der Berufungskommission und der beteiligten Hochschulorgane über die fachliche Qualifikation eines*r Bewerbers*in besteht hier ein Beurteilungsspielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.²²¹ Insoweit verbleibt dem Verwaltungsgericht im Kern lediglich die Überprüfung, ob die Entscheidung verfahrensfreier zustande gekommen ist und ob der Beurteilungsspielraum nicht überschritten wurde. Letzteres ist nur dann nicht der Fall, wenn die Auswahlentscheidung ersichtlich auf der Verkennung von Tatsachen oder auf sachfremden Erwägungen beruht hat.²²² Dies gilt in besonderer Weise für die Feststellung und Beurteilung der wissenschaftlichen Eignung und der notwendigen Lehrbefähigung der Bewerber*innen. Die Bewertung, ob ein*e Bewerber*in besser geeignet ist als ein*e anderer*, hat das Gericht generell nicht vorzunehmen.²²³ Vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit ist der Beurteilungsspielraum der Berufungskommission dort besonders weit, wo es darum geht, die Stärken und Schwächen der einzelnen Bewerber*innen um eine Professur zu gewichten. Dieser weite Spielraum schließt die Möglichkeit ein, die Eignung eines*r Kandidaten*in nur aufgrund angenommener Defizite in einzelnen Bereichen als im Vergleich mit anderen Bewerber*innen schwächer zu qualifizieren.²²⁴

2. Mindestens potentielle Kausalität des Verfahrensfehlers für die unterbliebene Auswahl des*der unterlegenen Bewerber*in

Ein Fehler im Auswahlverfahren kann am Ende jedoch auch nur dann zugunsten des*der unterlegenen Bewerber*in zum begehrten Erlass einer einstweiligen

Anordnung führen, wenn dieser Fehler berücksichtigungsfähig und potentiell kausal für das Auswahlergebnis war. Nicht jeder Verfahrensfehler wird von den Gerichten als Verletzung des Anspruchs auf eine beurteilungs- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung bewertet, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese beinhaltet.²²⁵

Grundsätzlich kommt auch im Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs der in § 46 VwVfG kodifizierte Grundsatz zum Tragen, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsakts nicht allein deshalb beansprucht werden kann, weil es Verfahrensfehler gab, wenn offenkundig ist, dass diese Fehler die Entscheidung nicht beeinflusst haben. Dies schränkt die Rechtsprechung wiederum in der Weise ein, dass ein formeller Fehler nur dann offenkundig bzw. offensichtlich im Sinne des § 46 VwVfG ohne Einfluss auf die Entscheidung gewesen ist, wenn bei hypothetischer Betrachtung zweifelsfrei anzunehmen ist, dass auch ohne diesen Fehler dieselbe Entscheidung getroffen worden wäre.²²⁶ Die Verletzung von Verfahrensvorschriften kann eine Wiederholung des Auswahlverfahrens daher ‚nur‘ bzw. – je nach Perspektive ‚schon‘ dann rechtfertigen, wenn die Auswahl des*der unterlegenen Bewerber*in tatsächlich möglich erscheint und seine*ihre Chancen, bei einem erneuten Auswahlverfahren zum Zuge zu kommen, zumindest offen sind.²²⁷

VI. Die Wirkung der einstweiligen Anordnung

Wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO von dem*der unterlegenen Bewerber*in rechtzeitig beantragt, darf die Ernennung des*der ausgewählten Kandidaten*in nicht bzw. erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vorgenommen werden.²²⁸

Hält das Verwaltungsgericht den Antrag des*der unterlegenen Bewerber*in für zulässig und begründet, wird es die Hochschule bzw. das Ministerium im Regelfall verpflichtet, die Ernennung zu unterlassen und die Auswahlentscheidung bzgl. der ausgeschriebenen Professur unter Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 2 GG sowie der dies präzisierenden Rechtsauffassung des Ge-

220 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, a.a.O., Rn. 32 – juris.

221 Vgl. bzgl. der Auswahl von Hochschullehrer*innen etwa VGH München, Beschl. v. 5.1.2012, 7 CE 11.1432, Rn. 18 – juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, 5 S 12.11, Rn. 4 – juris; näher dazu auch *Pernice-Warnke*, WissR 47 (2014), 371 (374 f.).

222 VGH München, Beschl. v. 5.1.2012, a.a.O., Rn. 18 – juris. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.3.2012, a.a.O., Rn. 4.

223 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, 6 B 1700/19, Rn. 3 – juris.

224 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.4.2020, a.a.O., Rn. 24 f. – juris; VGH München, Beschl. v. 3.7.2018, 7 C 17.2340, Rn. 62 – juris.

225 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 12 – juris.

226 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.11.2022, 1 BvR 2263/21, Rn. 33 – juris.

227 VGH München, Beschl. v. 10.1.2017, 7 CE 16.1838, Rn. 14 – juris.

228 Vgl. *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 33 Rn. 38.

richts erneut zu treffen.²²⁹ Erlangt die einstweilige Anordnung auf vorläufige Untersagung der Ernennung Rechtskraft, muss die Hochschule das Auswahlverfahren also „je nach Inhalt und Reichweite des Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG vollständig oder teilweise wiederholen und auf der Grundlage des wiederholten Verfahrens eine neue Auswahlentscheidung treffen“.²³⁰

Je länger das gerichtliche Verfahren bis zum Erlass einer solchen Anordnung dauert, desto mehr erhöht sich am Ende auch die Wahrscheinlichkeit, dass der*die ursprünglich ausgewählte Kandidat*in sowie möglicherweise auch weitere Listenkandidat*innen ihre Bewerbungen zurückziehen, sodass sich für die Hochschule bereits dadurch die Entscheidung aufdrängt, das unterbrochene Verfahren abzubrechen und gegebenenfalls ein neues Verfahren durchzuführen, soweit an dem Zugschnitt der Professur in der ursprünglich ausgeschriebenen Art festgehalten werden soll.

VII. Die weitere Verfolgung des Bewerbungsverfahrensanspruchs vor Gericht

1. Primärrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde

Wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht abgelehnt, steht dem*der unterlegenen Bewerber*in das Rechtmittel der Beschwerde an das Obergerverwaltungsgericht bzw. zum Verwaltungsgerichtshof zur Verfügung. Die Überprüfung durch das Obergerverwaltungsgericht bzw. den Verwaltungsgerichtshof beschränkt sich dabei gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auf die Gründe, die von dem*der Antragsteller*in dargelegt werden.²³² Erforderlich ist dabei insbesondere die Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung. Hieran fehlt es etwa, wenn allein – wörtlich oder nur dem Sinn nach – das Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren wiederholt wird. Dies kann nach § 146 Abs. 4 Satz 3 und 4 VwGO sogar zur Verwerfung der Beschwerde als unzulässig führen. Ferner ist aus Sicht des*der unterlegenen Bewerbers*in darauf zu ach-

ten, dass mit der Beschwerdebegründung alle vom Verwaltungsgericht aufgeführten, die Entscheidung jeweils selbständig tragenden Gründe angefochten werden. Andernfalls läuft man Gefahr, dass die Beschwerde allein deshalb zurückgewiesen wird, weil sich die erstinstanzliche Entscheidung aus den nicht angefochtenen, die Entscheidung selbständig tragenden Gründen als richtig darstellt. Greifen die dargelegten Gründe anderweitig nicht durch, ist die Beschwerde ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen. Erst wenn die dargelegten Gründe durchgreifen, steigt das Obergerverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof – quasi in einer zweiten Stufe – in eine eigenständige Vollprüfung der Begründetheit des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz ein.²³³ Auch diese eigenständige Vollprüfung des Beschwerdegerichts kann – dann ggf. aus anderen Gründen – zu dem Ergebnis kommen, dass der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz in der Sache unbegründet und die Beschwerde damit zurückzuweisen ist.

Lehnt auch das Obergerverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber der Hochschule bzw. dem Ministerium ab, ist der Rechtsweg erschöpft und dem*der unterlegenen Bewerber*in bleibt nur noch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde.²³⁴ Mit der Verfassungsbeschwerde wird bei Konkurrentenstreitigkeiten regelmäßig eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 2 GG durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen gerügt.

Stellt das Bundesverfassungsgericht eine solche Verletzung fest, hebt es die beiden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen auf und verweist den Fall zur erneuten Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurück.²³⁵

Das Bundesverfassungsgericht kann – ebenso wie die Fachgerichte – im Wege einer einstweiligen Anordnung in dem Fall gemäß § 32 BVerfGG untersagen, den*die ausgewählte*n Bewerber*in zu ernennen. Dieser Umstand wurde in der Vergangenheit nicht immer beachtet, sodass sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst sah, eine Wartefrist zu postulieren.²³⁶ Das heißt, die Ernen-

229 VG Ansbach, Beschl. v. 24.2.2019, AN 2 E 1900164, Rn. 43 – juris.

230 BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16.09, Rn. 31 – juris; VG Münster, Urt. v. 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 69 – juris.

231 Da die Anrufung des BVerwG im vorläufigen Rechtsschutz nicht zulässig ist und Hauptsacheverfahren praktisch nie stattfinden, gelangen Konkurrentenstreitigkeiten von Hochschullehrer*innen a.E. nur selten an das BVerwG, vgl. *Laubinger*, ZBR 2010, 289 (299).

232 Zu den Schwierigkeiten der Auslegung und Anwendung dieser Regelung sowie zu den Hürden für eine darüberhinausgehende Prüfung im Einzelnen *Rudisile*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Band VwGO, 44. EL März 2023, § 146 Rn. 13f ff.

233 Vgl. zum Ganzen a.a.O., Rn. 15 f.

234 Neben der Beschwerde zum BVerfG kann alternativ auch die Beschwerde zu den Landesverfassungsgerichten möglich sein, vgl. etwa Art. 19 Abs. 2 Verfassung von Berlin i.V.m. § 49 Abs. 1 und § 31 VerfGHG.

235 Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 23 ff. Das Sitzland der Gerichte hat dann dem*der Beschwerdeführer*in die notwendigen Auslagen zu erstatten, vgl. § 34a BVerfGG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts der anwaltlichen Tätigkeit für das Verfassungsbeschwerdeverfahren bemisst sich dabei nach § 37 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 1 RVG.

236 BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, Rn. 18 – juris.

nung des*der Konkurrenten*in kann auf diese Weise ein weiteres Mal zumindest zeitweise verzögert werden.

Der Primärrechtszug dürfte bei überschlägiger Betrachtung und unter Berücksichtigung der jeweiligen Begründungs- und Erwiderungsfristen nebst der Vorlage der Verwaltungsakten je Rechtszug drei bis fünf Monate in Anspruch nehmen, so dass für die Ausschöpfung des Rechtswegs ein Zeitraum von sechs bis zehn Monaten zu veranschlagen sein wird. Hinzu tritt gegebenenfalls die Zeitspanne, die das Bundesverfassungsgericht für seine Entscheidung bedarf.

Die Gerichtskosten des Primärrechtszugs im Eilrechtsschutz (ausschließlich der Verfassungsbeschwerde) richten sich nach dem für die jeweilige Instanz festgesetzten Streitwert. Die Festsetzung bestimmt sich nach § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GKG. In Verfahren, die die Begründung, die Umwandlung, das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Beendigung eines besoldeten öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnisse betreffen ist Streitwert die Summe der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Dienst- oder Amtsverhältnis auf Lebenszeit ist (Nr. 1), im Übrigen die Hälfte der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltfähiger Zulagen. Der Streitwert hängt also maßgeblich davon ab, ob es sich um ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit oder auf Probe handelt, und auf welcher Besoldungsstufe die Stelle eingruppiert ist. In der Regel wird in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Streitwert nicht – wie sonst üblich – halbiert, weil der Sache nach eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt wird.²³⁷ Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes fallen nach Nr. 5210 der Anlage 1 zum GKG (Kostenverzeichnis) beim Verwaltungsgericht 1,5 Gebühren und nach Nr. 5220 der Anlage 1 zum GKG beim Obergericht 2,0 Gebühren an.

Beispielhaft betragen bei einer W₃-Professur auf Lebenszeit und einer monatlichen Besoldung von etwa 7.220,00 EUR der jeweilige Streitwert 86.640,00 EUR (12 x 7.220,00 EUR), so dass für die erste Instanz Gerichtsge-

bühren i.H.v. 1.495,50 EUR (1,5 x 997,00 EUR [Anlage 2 zum GKG]) und für die zweite Instanz weitere Gerichtsgebühren i.H.v. 1.994,00 EUR (2,0 x 997,00 EUR [Anlage 2 zum GKG]) anfallen. Indes ist darauf hinzuweisen, dass in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs regelmäßig (Fach-)Anwälte hinzugezogen werden, wobei es vor dem Verwaltungsgericht – anders als vor dem Obergericht – keinen Anwaltszwang gibt. Hochqualifizierte Anwälte aus dem Bereich des öffentlichen Dienst- und / oder Hochschulrechts werden in aller Regel auf Honorarbasis tätig. Es ist daher davon auszugehen, dass die anfallenden Anwaltskosten die Gerichtskosten in der Regel bei weitem übersteigen werden und diese, soweit sie die Sätze nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz übersteigen, vom*von der Antragsteller*in selbst zu tragen sind, auch wenn er*sie obsiegt.

2. Sekundärrechtsschutz und Schadensersatzansprüche

Losgelöst davon, dass es in Fällen in denen zuvor effektiver Rechtsschutz vereitelt wurde unter Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität dazu kommen kann, eine bereits erfolgte Ernennung im Rahmen des Primärrechtsschutz anzufechten, können auch Schadensersatzansprüche im Raume stehen.²³⁸

Wenn der Dienstherr die ausgewählte Person entgegen einer einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichts oder ganz ohne Konkurrentenmitteilung „vorzeitig“ ernannt, eröffnet Art 19 IV GG i.V.m. Art 33 II GG gleichwohl den Rechtsschutz.²³⁹ Unterbleibt eine erneute Auswahlentscheidung steht der übergangenen Person unter bestimmten Umständen Schadensersatz zu.

Bleibt beispielsweise aufgrund des Zeitablaufs wegen der verfassungsrechtlich geschützten Position des*der ausgewählten Bewerbers*in eine Anfechtungsklage erfolglos, kann aus dem untergegangenen Bewerbungsverfahrensanspruch ein Schadensersatzanspruch entstehen.²⁴⁰ Dieser Umstand führt jedoch nicht zu einem Wahlrecht zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz.²⁴¹

237 Vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013, Ziffer 1.7.

238 Näher etwa zu Schadensersatzansprüchen bei Verfahrensabbruch *Herrmann*, LKV 2015, 97 (104 f.).

239 *Herrmann*, NJW 2011, S. 653, 655.

240 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 3 ff. – juris.

241 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 27 – juris.

Dabei muss zwischen dem Amtshaftungsanspruch gem. Art. 34 Satz 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch schuldhaft Verletzung des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch entsteht, unterschieden werden. Letzterer folgt materiell und verfahrensrechtlich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG²⁴² - auch bei der Besetzung einer Professur.²⁴³ Eine Rangfolge der Schadensersatzansprüche besteht nicht; sie können unabhängig nebeneinander bestehen.

a) Amtshaftungsanspruch

Der Schadensersatzanspruch aus Art. 34 Satz 1 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ist auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Sachlich zuständig ist gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG das Landgericht in erster Instanz; örtlich gem. § 18 ZPO jenes Landgericht, in dessen Bezirk der Sitz der Körperschaft liegt, die dem*der die Pflicht verletzenden Amtsträger*in das Amt anvertraut hat (Sitz der Hochschule oder des Landes).²⁴⁴

Hier lässt sich eine gewisse Zurückhaltung von in Berufungsverfahren unterlegenen Bewerber*innen feststellen, denn bislang sind – soweit ersichtlich – im Kontext von Stellenbesetzungsverfahren an Hochschulen nur wenige obergerichtliche Entscheidungen bekannt. Vorliegend sind dies eine Entscheidung des OLG Dresden²⁴⁵ sowie zwei älteren Entscheidungen des OLG Koblenz.²⁴⁶ In allen Fällen fehlte es nach der Beurteilung der Gerichte schon an einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. zum Teil bereits an einer drittschützenden Amtspflicht. Zum einen wurde hervorgehoben, dass sich aus Erklärungen und Einschätzungen einzelner Kommissionsmitglieder gegenüber einzelner Bewerber*innen vor Abschluss des Verfahrens noch kein Vertrauenstatbestand ergebe.²⁴⁷ Zum anderen fehlt es an einem pflichtwidrigen Verhalten, wenn ein*eine Professurinhaber*in kurz vor Eintritt in den Ruhestand nicht auf eine neu geschaffene, höher dotierte Planstelle befördert wird.²⁴⁸ Schließlich hat das OLG Dresden festgestellt, dass es auch dann an einer Pflichtverletzung fehlt, wenn ein Berufungsverfahren

um die Besetzung einer Professur in rechtmäßiger Weise abgebrochen wurde, da sich ein anspruchsbegründender Verstoß bei der Begründung der Zurückweisung einer Bewerbung erst ergeben kann, wenn eine Ernennung vorgenommen wird.²⁴⁹

b) Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG

Der Schadensersatzanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG ist vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen. So hat ein*e Kläger*in unter bestimmten Voraussetzungen beispielsweise Anspruch darauf, im Wege des Schadensersatzes besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als wäre er*sie zum*zur Professor*in ernannt worden.²⁵⁰

Danach kann ein*e Bewerber*in nach der Rechtsprechung des BVerwG²⁵¹ vom Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtberücksichtigung bei der Auswahl entstandenen Schadens verlangen, wenn

- der Dienstherr bei der Vergabe des Amtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des*der übergangenen Bewerbers*in auf leistungsrechte Einbeziehung in die Bewerber*innenauswahl schuldhaft verletzt hat und
- diese Rechtsverletzung für seine *ihre Nichtberücksichtigung kausal war und
- der*die Bewerber*in es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden²⁵².

Hinsichtlich des Verschuldens bei der Verletzung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerber*innenauswahl als Pflicht aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Maßstab des § 276 Abs. 1 BGB entsprechend. Danach hat der Schuldner bereits fahrlässiges Tun oder Unterlassen zu vertreten, wobei gem. § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig handelt, wer die im Verkehr übliche Sorgfalt außer Acht lässt. Das OVG Münster definiert hierzu eingrenzend wie folgt:

„Nach diesem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab ist auf die Anforderungen abzustellen, deren Beachtung von dem verantwortlichen Beamten generell erwartet werden kann. [...] Wird eine behördliche Maßnahme ge-

242 BVerwG, Urt. v. 25.2.2010, 2 C 22.09, Rn. 13 ff. – juris.

243 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 3.3.2014, 1 BvR 3606/13, Rn. 15 ff. – juris sowie BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 17 – juris; dem folgend OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 69 ff. – juris.

244 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 169 ff.

245 OLG Dresden, Urt. v. 20.6.2018, 1 U 880/17, – juris.

246 OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.1998, 1 U 307/97 und Urt. v. 25.11.1998, 1 U 1127/97, jeweils juris.

247 OLG Koblenz, Urt. v. 24.6.1998, 1 U 307/97, Rn. 21 f. – juris.

248 OLG Koblenz, Urt. v. 25.11.1998, 1 U 1127/97, Rn. 10 ff. – juris.

249 OLG Dresden, Urt. v. 20.6.2018, 1 U 880/17, Rn. 56 f. – juris.

250 Vgl. näher dazu Wertheimer, OdW 2016, 51 ff. mit einer Besprechung des Urteils des OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, – juris.

251 BVerwG, Urt. v. 20.10.2016, 2 C 30.15, Rn. 18 – juris.

252 Neukirchen/Emmrich, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 171.

richtlich missbilligt, so kann daraus ein Verstoß des verantwortlichen Amtsinhabers gegen Sorgfaltspflichten nicht hergeleitet werden, wenn er die zugrunde liegende Rechtsauffassung aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen hat und sie im Ergebnis als vertretbar angesehen werden kann.²⁵³

Im Hinblick auf die Kausalität muss sich gerichtlich feststellen lassen können, dass dem*der unterlegenen Bewerber*in die angestrebte Hochschullehrerstelle ohne den Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre.²⁵⁴ Die Rechtsprechung fordert insoweit einen adäquat kausalen Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden, d.h. der unterbliebenen Ernennung. Das Gericht versucht demgemäß im Einzelfall den hypothetischen Kausalverlauf zu ermitteln, den das Auswahlverfahren ohne den Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich genommen hätte. Das erfordert die Beurteilung, welchem*welcher Bewerber*in der Dienstherr den Vorzug gegeben hätte, wenn er eine rechtmäßige Ausgestaltung des Auswahlverfahrens vorgenommen hätte.²⁵⁵ Danach wird ein Anspruch auf Schadensersatz regelmäßig in Betracht zu ziehen sein, wenn der*die unterlegene Bewerber*in bei einer Entscheidung nach leistungsbezogenen Auswahlkriterien zumindest reelle Chancen gehabt hätte, wenn also die Auswahl ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG ernsthaft möglich gewesen wäre.²⁵⁶ Die Darlegung und Ermittlung eines derartigen hypothetischen Kausalverlaufs ist dabei desto schwieriger, je fehlerhafter das Auswahlverfahren im konkreten Fall gewesen ist.²⁵⁷ Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zugunsten des*der Kläger*in sind möglich, wenn die Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs gerade wegen der Zahl und der Tragweite der Verfahrensfehler auf Schwierigkeiten stößt oder gar unmöglich ist.²⁵⁸ Lässt sich anhand der vorhandenen Dokumentation auch nicht mehr aufklären, wie bei der Vermeidung der Fehler im Bewerbungsverfahren der Bewertungs- und Entscheidungsspielraum ausgefüllt worden wäre, so kann eine reelle bzw. ernsthafte Ernennungschance ausrei-

chen²⁵⁹ – ohne dass es dabei auf die (nachträgliche) Auffassung eines einzelnen Mitglieds oder mehrerer Mitglieder der Berufungskommission ankäme.

Ausgeschlossen ist der Schadensersatzanspruch, wenn das Berufungsverfahren in rechtmäßiger Weise aus sachlichen Gründen vor der Ernennung eines*r Bewerber*in abgebrochen wurde.²⁶⁰

Ein schuldhaftes Unterlassen hinsichtlich der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes liegt dann nicht vor, wenn es dem*der unterlegenen Bewerber*in durch die Verfahrensgestaltung unmöglich oder erheblich erschwert worden ist, um Primärrechtsschutz in Gestalt eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nachzusuchen. Insbesondere kann dies der Fall sein, wenn ihm*ihr eine Konkurrentenmitteilung nicht zugegangen ist oder ihm*ihr Akteneinsicht verwehrt oder erschwert wurde.²⁶¹

Wird ein Schadensersatzanspruch bejaht, besteht in der Regel auch ein Anspruch auf Verzinsung des sich daraus ergebenden Nachzahlungsbetrags ab des jeweiligen Fälligkeitszeitpunkts in entsprechender Anwendung der §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.²⁶² Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch im Öffentlichen Recht wird in diesem Zusammenhang jedenfalls dann angenommen, wenn das Begehren des Klägers gerade auf die (Nach-) Zahlung des besoldungsrechtlichen Differenzbetrages und damit unmittelbar und ausschließlich auf die Leistung einer fälligen Geldforderung gerichtet ist.²⁶³

VIII. Zusammenfassung

Das Berufungsverfahren auf Hochschulprofessuren ist für ausschreibende und berufende Hochschulen Ausdruck ihrer ihnen als Institution zustehenden Wissenschaftsfreiheit. Für den*die einzelne*n Bewerber*in kommt ein Erfolg bzw. Misserfolg in einem Berufungsverfahren einer zentralen Weichenstellung in der beruflichen Entwicklung und in der Verwirklichung der eigenen, ebenfalls grundrechtlich geschützten wissenschaftlichen Forschungs- und Lehrziele gleich. Überformt ist

253 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 130 – juris, unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 11.2.2009, 2 A 7.06, Rn. 21 f. – juris. Siehe auch *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 171.

254 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 134 – juris.

255 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 134 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 19.3.2015, 2 C 12.14, Rn. 27 – juris.

256 OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 137 – juris unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09 – juris.

257 BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 43 – juris.

258 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.1.2012, 2 A 7.09, Rn. 44 f. – juris.

259 Vgl. OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 144 ff. – juris.

260 BVerwG, Urt. v. 31.3.2011, 2 A 2.09, Urt. v. 29.11.2012, 2 C 6.11; krit. *Herrmann LKV* 2015, 97 (104 f.). Siehe auch *Neukirchen/Emmrich*, Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrensanspruch, 2021, S. 173.

261 Vgl. VG Bayreuth, Urt. v. 18.7.2023, B 5 K 22.719, UA S. 27 – n.v.

262 Siehe OVG Münster, Urt. v. 3.5.2018, 6 A 815/11, Rn. 148 – juris.

263 BVerwG, Beschl. v. 25.1.2006, 2 B 36.05, Rn. 18 – juris sowie OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2015, 5 LB 105/14, Rn. 76 – juris m.w.N.

dieses Spannungsfeld durch die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG – dem Prinzip der Bestenauslese – und die Anforderungen an das Verfahren, um einem*r unterlegenen Bewerber*in den verfassungsrechtlich nach Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Ausgehend hiervon zeigen die voranstehenden Ausführungen auf, in welchen gerichtlichen Verfahrensformen eine rechtliche Kontrolle unter Wahrung des Beurteilungsspielraums der Hochschulen im Hinblick auf die wissenschaftliche Eignung der Bewerber*innen möglich ist. Die nahezu vollständige Vorverlagerung des effektiven Rechtsschutzes in das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist dabei eine Besonderheit des (wissenschaftlichen) Beamtenrechts. Die detaillierte Darstellung potentieller Verfahrensfehler sowie die Skizzierung verwaltungsgerichtlicher Problemstellungen sollen dabei allen an einem Rechtsschutzverfahren Beteiligten – seien es Rechtsanwält*innen, Justiziere der Hochschulen oder die zur Entscheidungen berufenen Richter*innen – eine Hilfestellung bieten.

Hieraus lässt sich auch die Empfehlung ableiten, trotz eines fehlenden Anwaltszwangs in der ersten verwaltungsgerichtlichen Instanz, fachprofessionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen, wenn man als unterlegene*r Bewerberin um Rechtsschutz wegen der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nachsucht.

Dr. Mathias Neukirchen ist derzeit als Director Academic Service am European University Institute in Florenz beschäftigt.

Dr. Torsten Breder ist Justitiar an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg und neben Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich, Hendrik Büggeln, Hans Kurlemann und Henning Rockmann ebenfalls als Autor an dem eingangs genannten „Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber“ beteiligt gewesen.

Dr. Felix Hornfischer ist Richter am Verwaltungsgericht Freiburg i. Br. und Mitherausgeber der Zeitschrift *Ordnung der Wissenschaft* (OdW).

Manfred Löwisch und Niclas Schütze

Tarifsperre und Tariföffnung im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft

Zu den Zielen des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft gehört die Stärkung der Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifvertragspartner. Die in § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG enthaltene Tariföffnungsklausel soll erweitert werden. Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen sollen künftig auch über bestimmte Fachrichtungen und Forschungsbereiche hinweg und für ausgewählte zusätzliche Regelungstatbestände vereinbart werden können.¹

Dem Inhalt der geplanten Neuregelungen und ihrer Einordnung in das gesamte für die Wissenschaft geltende Befristungsrecht wird im Folgenden nachgegangen.

I. Reichweite

1. Bindung an den Geltungsbereich des WissZeitVG

Das in § 1 Abs. 1 Satz 2² statuierte und im Entwurf aufrechterhaltene Verbot, durch Vereinbarung von den in den §§ 2, 3 und 6 des Gesetzes enthaltenen Vorschriften abzuweichen, meint gerade auch tarifvertragliche Vereinbarungen. Das Verbot gilt nicht nur für die in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannten staatlichen Hochschulen der Länder, sondern, wie sich aus den unverändert bleibenden Verweisvorschriften der §§ 4 und 5 des Gesetzes ergibt, auch für nach Landesrecht staatlich anerkannte öffentliche und private Hochschulen und die Forschungseinrichtungen des § 5.³

Ebenso wie die nach § 1 Abs. 1 Satz 2 bestehende grundsätzliche Tarifsperre gilt auch die in § 1 Abs. 1 Satz 3 angeordnete ausnahmsweise Öffnung für tarifliche Regelungen im gesamte Geltungsbereich des WissZeitVG.

2. Beschränkung auf den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 WissZeitVG

In seinem Urteil vom 20.1.2021 hat das BAG entschieden, dass nach § 2 Abs. 1 nur die Befristung von Arbeitsverträgen mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit zulässig ist.⁴ Das ist in der Literatur folgerichtig dahin verstanden worden, dass Arbeitsverträge mit einer Arbeitszeit von bis zu einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit nicht in den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 fallen.⁵

Der Entwurf folgt der Entscheidung des BAG und hat diese, leicht verändert, als Anwendungsvoraussetzung ausgeformt: Nach § 2 Abs. 1 Satz 6 soll eine Befristung nach Abs. 1 nur zulässig sein für Arbeitsverhältnisse mit einem zeitlichen Umfang (nicht wie bisher „von mehr als“, sondern) „von mindestens“ einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit – was in § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 ausdrücklich als „Anwendungsvoraussetzung des Gesetzes“ bezeichnet wird.⁶

Ist dieser zeitliche Umfang aber Anwendungsvoraussetzung des Gesetzes, unterliegen Arbeitsverträge mit einer Arbeitszeit von weniger als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit auch weder der Tarifsperre noch möglicher Tariföffnung. An dieser Anwendungsvoraussetzung ließe sich auch durch Tarifvertrag nichts ändern. Denn § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 soll ausdrücklich bestimmen, dass der Mindestumfang von einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit als Anwendungsvoraussetzung des Gesetzes von einer tariflichen Regelung des Mindestumfangs **unbenommen** bleibt.

Maßgebend ist dann vielmehr allein die einseitig zwingende Regelung des § 14 TzBfG mit der in

1 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 29. 5. 2024, BT-Drucksache 20/11559, S. 15.

2 Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind im Folgenden solche des WissZeitVG.

3 Zu diesen Verweisvorschriften siehe etwa *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht 7. Auflage 2014, § 4 WissZeitVG Rn 2 und § 5 WissZeitVG Rn 2 f.

4 BAG 20. 1. 2021, 7 AZR 193/20, NZA 2021, 786.

5 *Wertheimer/Meißner*, Handbuch Hochschulrecht 4. Aufl. 2022, Kap. 11 Rn 166 und 201.

6 § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 verweist insoweit fälschlich auf § 2 Abs. 1 Satz 7, was ersichtlich ein Redaktionsversehen ist. Dazu weiter unter II., 4.

§ 14 Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Möglichkeit, Höchstdauer und Zahl der Verlängerungen sachgrundloser kalendermäßiger Befristungen tariflich abweichend zu regeln. Im Übrigen kämen lediglich tarifliche Regelungen zugunsten dieser Beschäftigten in Betracht. Etwa könnten die in § 2 Abs. 5 enthaltenen Verlängerungsmöglichkeiten in angepasster Form durch Tarifvertrag auch auf diese wissenschaftlichen Mitarbeiter erstreckt werden.

Die Anwendungsvoraussetzung gölte kraft der Verweisungsvorschriften der §§ 4 und 5 auch für befristete Arbeitsverträge wissenschaftlicher Mitarbeiter an staatlich anerkannten öffentlichen und privaten Hochschulen und an den in § 5 genannten Forschungseinrichtungen. Keine Wirkung entfaltete sie aber gegenüber Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes und gegenüber Befristungen nach § 6 für wissenschaftliche Hilfstätigkeiten mit Studierenden. Hier bliebe es bei Tarifsperre und Tariföffnungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 1 Satz 3.

II. Öffnungstatbestände

1. Erstreckung auf den gesamten Bereich der Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Der Entwurf will die bisher in § 1 Abs. 1 Satz 3 enthaltene Beschränkung von Tariföffnungen auf bestimmte Fachrichtungen und Forschungsbereiche aufheben. Grundsätzlich soll künftig von der Befugnis zur Tariföffnung für den gesamten Bereich der Hochschulen und Forschungseinrichtungen Gebrauch gemacht werden können.

Allerdings stünde es den Tarifvertragsparteien frei, die Öffnung ihrerseits zu beschränken. Sie könnten dabei auch an andere Tatbestände als Fachrichtungen oder Forschungsbereiche anknüpfen. So ist es denkbar, die Öffnung nur für den Bereich der Drittmittelbefristung vorzusehen⁷, oder umgekehrt diese von einer Öffnung auszunehmen.

2. Mindestvertragslaufzeit (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2)

Der Entwurf will die in § 2 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Befristungsdauer für die Zeit nach der Promotion ändern. Diese beträgt nach dem Entwurf künftig lediglich vier Jahre. Vor der Promotion soll es nach § 2 Abs. 1 Satz 1 bei einer Dauer von sechs Jahren verbleiben.

Ergänzt werden diese Regelungen durch einen neuen Abs. 1 Satz 4, der lautet: „Die Dauer des ersten Arbeitsvertrags soll in den Fällen des Satzes 1 drei Jahre und in den Fällen des Satzes 2 zwei Jahre nicht unterschreiten“. Zu dieser Ergänzung soll § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 bestimmen: Durch Tarifvertrag kann „von der Mindestvertragslaufzeit nach § 2 Absatz 1 Satz 4 für Verträge nach § 2 Absatz 1 Satz 2 um bis zu einem Jahr abgewichen werden.“

Die Begründung des Entwurfs will letztere Bestimmung dahin verstehen, dass durch Tarifvertrag die Dauer der neu eingeführten Mindestvertragslaufzeit nach der Promotion um maximal ein Jahr nach unten und nach oben geändert werden kann.⁸ Dieses weite Verständnis ist mit dem klaren Wortlaut des vorgeschlagenen neuen Satzes 4 und dessen Sinn unvereinbar: Diese Vorschrift bezieht sich eindeutig auf die Dauer des jeweiligen „ersten Arbeitsvertrags“. Ihr Ziel ist nur, einerseits die Vereinbarung einer Erprobungsphase von einem Jahr zu Beginn der Beschäftigung zu erleichtern und andererseits die Möglichkeit zu eröffnen, Wissenschaftlern von vornherein ein längere Perspektive als zwei Jahre zu garantieren.

Das weite Verständnis der Begründung ließe sich auch nicht mit dem von Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Schutz der Wissenschaftsfreiheit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen vereinbaren. Die durch das WissZeitVG angeordnete, vom BVerfG anerkannte⁹ Tarifsperre sichert diesen die grundsätzliche Entscheidung über die sachgerechte Ausgestaltung der befristeten Arbeitsverhältnisse der wissenschaftlichen Mitarbeiter. Diese Sicherung verträgt Modifikationen, welche den Interessen der wissenschaftlichen Mitarbeiter Rechnung tragen, nicht aber die Aushebelung der wesentlichen Elemente des WissZeitVG.

Im Ergebnis ist die vorgesehene Tariföffnung hinsichtlich der Befristungsdauer im Vergleich zur bisherigen Regelung mithin wesentlich enger. Zwar entfele die Beschränkung auf bestimmte Fachbereiche und Forschungseinrichtungen. Aber Gegenstand der Tariföffnung wäre nicht mehr wie bisher die Befristungsdauer in beiden Phasen überhaupt¹⁰, sondern nur die zweite Phase und auch in dieser nur der erste Arbeitsvertrag mit einer Begrenzung der Änderung auf ein Jahr.

§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 soll nur für befristete Arbeits-

⁷ Begründung des Regierungsentwurfs aaO, S. 15

⁸ Begründung des Regierungsentwurfs aaO, S. 21.

⁹ BVerfG 24. 4. 1996, 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268.

¹⁰ KR/Treiber/Waskow, 13. Auflage 2022 § 1 WissZeitVG Rn 59.

verträge nach § 2 Abs. 1 Satz 2 gelten. Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2 würden von dieser Tariföffnungsklausel ohnehin nicht erfasst.

3. Zulässige Verlängerungen (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1)

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 soll durch Tarifvertrag die Anzahl zulässiger Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge festgelegt werden können. Das gälte nicht wie bisher nur für befristete Arbeitsverträge nach § 2 Abs. 1, sondern zukünftig auch für Drittmittelbefristungen nach § 2 Abs. 2.

Die Tarifvertragsparteien könnten so die arbeitsvertragliche Aufteilung der nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 zulässigen Vertragslaufzeiten auch außerhalb der in § 2 Abs. 1 Satz 4 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 enthaltenen Regelung für den ersten Arbeitsvertrag steuern. Etwa könnten sie bestimmen, dass auch in der Phase vor der Promotion nur eine Aufteilung in Jahresverträge zulässig ist. Auch für die Fälle der Drittmittelbefristung könnten tariflich Jahresverträge vorgeschrieben werden.

Dem vorgeschlagenen § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 kann nicht entnommen werden, dass die Tarifvertragsparteien auf diesem Wege die Möglichkeit erhalten sollen, in den Fällen des § 2 Abs. 1 die Befristungsdauer über die gesetzlich vorgesehenen Vertragslaufzeiten von regelmäßig sechs Jahren vor der Promotion und vier Jahren nach der Promotion auszudehnen, und im Fall der Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 eine Verlängerung über die an den Finanzierungszeitraum oder an den bewilligten Projektzeitraum gebundene Befristungsdauer hinaus zu verlängern:

Die bisher für bestimmte Fachrichtungen und Forschungseinrichtungen geltende Öffnungsklausel des § 1 Abs. 1 Satz 3 ist, was die Festlegung zulässiger Verlängerungen angeht, zu recht dahin verstanden worden, dass es entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 7 nur um Verlängerungen befristeter Arbeitsverträge **im Rahmen der jeweils zulässigen Befristungsdauer** geht.¹¹ Daran ändert der Entwurf nichts. Das bisherige Verständnis findet sogar eine Bestätigung in der vorgeschlagenen neuen Vorschrift der § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2: Wenn dort eine Tariföffnung für die Dauer des ersten Arbeitsvertrags vorgesehen wird, lässt das den Gegenschluss zu,

dass es hinsichtlich der Befristungsdauer im Übrigen bei der Tarifsperre bleiben soll. Diese Grenze muss dann konsequenter Weise auch für Verlängerungen gelten.

4. Mindestumfang der Arbeitszeit

(§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3)

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 sollen die Tarifvertragsparteien den Mindestumfang der im Rahmen eines nach § 2 Abs. 1 befristeten Vertrages zu leistenden Arbeitszeit vorschreiben können. Sie sollen dabei aber an den gesetzlich festgelegten Mindestumfang von einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit gebunden sein.

Diese an sich klare gesetzgeberische Absicht ist im Wortlaut der Vorschrift nur unvollkommen zum Ausdruck gekommen: Die im Nebensatz geregelte Bindung an den gesetzlichen Mindestumfang von einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit wird in § 2 Abs. 1 Satz 7 verortet. In Wahrheit ist sie nach der sich aus den Änderungen des § 2 Abs. 1 ergebenden neuen Reihenfolge der Sätze in Satz 6 enthalten. Dass nach dem Hauptsatz ein Mindestumfang der Arbeitszeit „unter der Voraussetzung des § 2 Abs. 1 Satz 7“ soll festgelegt werden können, ist ganz unverständlich. Denn der bisherige Satz 7 behält auch in der neuen Reihenfolge seinen Platz. Die in ihm enthaltene Bestimmung, dass innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer auch Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrags möglich sind, hat aber mit der Dauer der Arbeitszeit nichts zu tun. Nahe liegt auch insoweit ein Redaktionsversehen: Die letztlich im Nebensatz verortete Bindung an den Mindestumfang von einem Viertel sollte ursprünglich durch die bloße Bezugnahme auf die – richtig in Satz 6 enthaltene – Regelung hergestellt werden.

Sachliches Ziel der Regelung ist die Ermächtigung der Tarifvertragsparteien, auch einen über das Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit hinausgehenden Mindestumfang der Arbeitszeit festzulegen. Das könnte für bestimmte Fachrichtungen oder Forschungsbereiche, aber auch für bestimmte Beschäftigtengruppen geschehen. Auch unterschiedliche Regelungen für die Phasen vor und nach der Promotion kämen in Betracht. Denkbar wäre auch eine Quotenregelung, nach der nur für einen quotenmäßig beschränkten Teil der Beschäftigten ein höherer Mindestumfang festgelegt wird – was dann aber

¹¹ KR/Treber/Waskow aaO, § 1 WissZeitVG Rn 60.

den Gleichheitssatz wahrende Auswahlkriterien voraussetzt.

Nicht ausgeschlossen ist es auch, die Tariföffnung zu nutzen, um für den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 oder Teile von ihm einen die volle regelmäßige Arbeitszeit überschreitenden Mindestumfang der Arbeitszeit festzulegen. Ein entsprechendes Bedürfnis könnte vor allem für die Schlussphasen der Beschäftigungszeiträume des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 bestehen.

Würde eine solche Regelung von der Tarifgemeinschaft der Länder getroffen, ginge sie als speziellere Regelung der Arbeitszeitregelung in § 40 Nr. 3 in Verbindung mit § 6 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) vor. Auch ein von einer anderen Gewerkschaft geschlossener Tarifvertrag könnte eine solche speziellere Regelung treffen. Im Geltungsbereich von § 40 TV-L könnte ein solcher Tarifvertrag nach § 4a TVG Wirkung aber nur als Mehrheitstarifvertrag entfalten. In tariflich bislang nicht geregelten Bereichen, etwa solchen der privaten Hochschulen, könnte diese Möglichkeit aber praktische Bedeutung erlangen. Dort könnten entsprechende Haustarifverträge geschlossen werden.

5. Erweiterung des Katalogs vertragsverlängernder Sachverhalte in § 2 Abs. 5 (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4)

§ 2 Abs. 5 schützt die Beschäftigten vor einer Verkürzung ihrer praktischen Beschäftigungszeit, wenn sie aus den dort genannten Gründen die ihnen zur Verfügung stehende Qualifikationszeit nicht oder nicht in vollem Umfang nutzen können. Die in den Nr. 1 bis 6 enthaltenen Verlängerungssachverhalte sind an sich abschließend. § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 schafft aber nunmehr die Möglichkeit, den Katalog durch Tarifvertrag zu erweitern. Während der Referentenentwurf in diesem Punkt noch eine allgemein gefasste Tariföffnung vorsah¹², ist der Gesetzentwurf der Bundesregierung Einwänden der Hochschulrektorenkonferenz¹³ gefolgt und hat die Öffnung auf **zusätzliche vergleichbare Sachverhalte** beschränkt. Eröffnet werden soll den Tarifvertragsparteien insbesondere die Möglichkeit, auch für andere als die in Nr. 5 genannten Formen des Engagements eine Vertragsverlängerung vorzusehen.¹⁴

Was die in der Begründung des Regierungsentwurfs erwähnte Nr. 5 angeht, ermöglicht die Öffnung zunächst Klarstellungen. Die Tarifvertragsparteien können festlegen, dass nicht nur die Wahrnehmung von Bundestags-

und Landtagsmandaten, sondern auch die Wahrnehmung von Mandaten in Kommunalparlamenten erfasst wird. Sie können aber auch die Wahrnehmung weiterer auf gesetzlicher Grundlage beruhender Ehrenämter, etwa in Organen der Hochschulen und in studentischen Vertretungen einbeziehen. Voraussetzung ist allerdings, dass die gewöhnliche zeitliche Inanspruchnahme mindestens ein Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit beträgt, was bei Mandaten in Kommunalparlamenten nicht immer der Fall sein wird.

Mit Zeiten des Grundwehr- und des Zivildienstes (Nr. 4) vergleichbar sind Zeiten der Inanspruchnahme als Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr. Auch Zeiten des gleichermaßen wie der Zivildienst im gesellschaftlichen Interesse liegenden freiwilligen sozialen und ökologischen Jahres nach § 3 und § 4 Jugendfreiwilligendienstgesetz können tarifvertraglich einbezogen werden.

Ihre Grenze findet diese Tariföffnung an dem in der Vorschrift in Bezug genommenen § 2 Abs. 5 Satz 2: Auch die tarifliche Verlängerung soll die Dauer von jeweils zwei Jahren nicht überschreiten.

6. Abweichung von der Mindestvertragslaufzeit nach § 6 (§ 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5)

Der Entwurf sieht eine in § 6 des Gesetzes einzufügende Vorschrift vor, nach der die Dauer eines Arbeitsvertrags mit einer studentischen Hilfskraft ein Jahr nicht unterschreiten soll. § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 ergänzt diese Regelung: Von der Mindestvertragslaufzeit kann durch Tarifvertrag abgewichen werden.

Diese Tariföffnung dient der Rechtssicherheit: Die Tarifvertragsparteien können festlegen, in welchen Fällen eine kürzere Mindestvertragslaufzeit jedenfalls zulässig ist. Arbeitsvertragsparteien und im Streitfall Arbeitsgerichte müssen dann nicht mehr entscheiden, in welchen Fällen die Durchbrechung der Sollvorschrift gerechtfertigt ist.

Eine Ermächtigung der Tarifvertragsparteien, die in § 6 festgelegte Höchstdauer der Laufzeit befristeter Arbeitsverträge studentischer Hilfskräfte von künftig acht Jahren noch zu überschreiten, liegt in der Vorschrift nicht.

III. Änderung des Ärzte-Befristungsgesetzes

Der Entwurf sieht auch Änderungen des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbil-

12 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Bildung und Forschung eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft vom 6. 6. 2023, S. 5

13 Stellungnahme der Hochschulrektorenkonferenz vom 3. 7. 2023, S. 5.

14 Begründung des Regierungsentwurfs aaO, S. 21.

dung vor. Diese dienen insbesondere dem Abgleich mit dem WissZeitVG: Einerseits soll der bislang in § 1 Abs. 6 enthaltene Vorrang des WissZeitVG entfallen. Andererseits soll in einem an § 1 Abs. 1 des Gesetzes angefügten Satz bestimmt werden, dass ein die Befristung eines Arbeitsvertrags mit dem Arzt rechtfertigender Grund auch dann noch vorliegt, wenn der Arzt seine Tätigkeiten zu seiner gleichzeitigen wissenschaftlichen Qualifizierung nutzt. An den Katalog des § 1 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG angeglichen wird der in § 1 Abs. 4 des Gesetzes enthaltene Katalog vertragsverlängernder Sachverhalte.

Tarifverträge können diese Regelungen nicht ändern: Der Entwurf lässt § 1 Abs. 5 des Gesetzes unberührt, nach dem die arbeitsrechtlichen Vorschriften und Grundsätze über befristete Arbeitsverträge nur insoweit anzuwenden sind, als sie den Vorschriften der Absätze 1 bis 4 nicht widersprechen. § 1 Abs. 5 ist auch im Sinne einer Tarifsperre zu verstehen.¹⁵ Anders als im WissZeitVG wird diese Tarifsperre auch nach wie vor nicht durch Ta-

riföffnungsklauseln modifiziert. Das kann Anlass sein, von der bestehenbleibenden Möglichkeit Gebrauch zu machen, einen Arbeitsvertrag einvernehmlich nicht nach diesem Gesetz, sondern nach dem WissZeitVG zu befristen.¹⁶

IV. Ausblick

Der Bundesrat hat in seiner 1044. Sitzung am 17. 5. 2024 zu dem Gesetzentwurf Stellung genommen.¹⁷ Nunmehr steht die Beratung im Bundestagsausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung und sodann im Plenum des Bundestages an.¹⁸ Ob sich dabei Änderungen ergeben, ist abzuwarten.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Niclas Schütze ist dort wissenschaftliche Hilfskraft.

¹⁵ KR/Treber/Waskow aaO, §§ 1-3 ÄArbVtrG, Rn 9.

¹⁶ Begründung des Regierungsentwurfs aaO S. 34.

¹⁷ BT-Drucksache 20/11559, S. 41 ff.

¹⁸ Kurzmeldung des Bundestages, hib 520/2024 vom 18. 7. 2024.

Georg Sandberger

Doppelspitze – Neues Modell für die Leistungsorganisation von Universitäten und Hochschulen?

Übersicht

I. Einführung

1. Hintergrund: Grundzüge der bisherigen Organisationsentwicklung
2. Gründe für die Einführung von Doppelspitzen
 - a) Bestehende Gestaltungsspielräume für die Leistungsorganisation
 - b) Spiegelung auf dem Hintergrund veränderter Aufgaben
 - c) Fragestellungen und Gang der Darstellung

II. Erfahrungen mit der Doppelspitze als Leitungsmodell politischer Parteien

III. Erscheinungsformen und Rechtsgrundlagen der Doppelspitze bei Unternehmen

1. Rechtliche Zulässigkeit
2. Anforderungen an die Gestaltung
3. Zwischenfazit

IV. Zulässigkeit der Doppelspitze im Organisationsrecht von Universitäten und Hochschulen.

1. Zulässigkeit einer Doppelspitze für die Hochschulleitung
2. Zulässigkeit einer Doppelspitze für die Fakultätsleitung
 - a) Vereinbarkeit mit bestehender gesetzlicher Regelung des Fakultätsrechts
 - b) Lösungsansätze bei freier Gestaltung durch die Grundordnung bzw. im Rahmen sog. Experimentierklauseln
 - c) Beispiel einer Regelung auf Fakultätsebene
 - d) Bewertung

V. Zusammenfassung

I. Einführung

1. Hintergrund: Grundzüge der bisherigen Organisationsentwicklung

Die Fragestellung hat ihren Hintergrund in den Erfahrungen mit der bisherigen Organisationsentwicklung von Universitäten und Hochschulen.

Die Geschichte des Hochschulrechts ist die Geschichte seiner Reformen.¹ Phasen der Kontinuität seit den mittelalterlichen Universitätsgründungen wurden im Absolutismus und in den Revolutionskriegen unterbrochen. Reformmodelle der Aufklärung und die Humboldt'schen Reformen blieben unvollendet. Das galt auch für Reformversuche in den ersten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts.

Im Nationalsozialismus wurde die Selbstverwaltung durch das sog. Führermodell auf Leitungsebene und Fakultätsebene ersetzt. Die Universitäten verloren ihre Rechtsfähigkeit und unterlagen zentraler Steuerung durch das zuständige Reichsministerium.² Eine ähnliche Führungsstruktur wurde in der DDR mit dem Prinzip der Einzelleitung und kollektiven Kontrolle unter Beteiligung der Partei- und Gewerkschaftsgliederungen etabliert.³

In der Nachkriegszeit wurde zunächst durch die westdeutschen Militärverwaltungen, nach der Bildung der Bundesländer durch deren Landesrecht der frühere

1 Zum Folgenden zuletzt *Peter-André Alt*, *Exzellente!?* München 2021; dazu *Jürgen Heß*, *Gefesselt vom Kosmos der Universität. Ein fiktiver Dialog mit Peter-André Alt über sein Buch Exzellente!?* Zur Lage der deutschen Universität, *OdW* 2022, 225 ff.; *M. E. Geis*, in *M. E. Geis* (Hrsg.), *Das Hochschulrecht in Bund und Ländern*, § 58 HRG, Rn. 1 ff.; *G. Sandberger*, Hochschulrechtsreform in Permanenz, Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende, *OdW* 2022, 1 ff.; *G. Roellecke*, *Geschichte des Hochschulwesens in: Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, S. 3, 25 ff. Zur ideengeschichtlichen Diskussion: *Karl Jaspers* *Die Idee der Universität*, 1946; *H. Schelksky*, *Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*, 1963; zu den Reformbestrebungen seit 1945, S. 244; für die wissenschaftspolitische Diskussion *Wissenschaftsrat* (1967): *Empfehlungen*

zum Ausbau der wissenschaftlichen Hochschulen bis 1970; *Wissenschaftsrat* (1968): *Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Struktur und Verwaltungsorganisation der Universitäten; zur rechtswissenschaftlichen Diskussion A. Köttgen*, *Freiheit der Wissenschaft und Selbstverwaltung der Universität in: Neumann, Nipperdey, Scheuner*, *Die Grundrechte*, 2. Bd. 1954, S. 291 ff.; *H. J. Wolff*, *Die Rechtsgestalt der Universität*, 1956. Zur geschichtlichen Entwicklung zusammenfassend *BVerfGE* 149, 346 ff., Rn. 57 ff.

2 *Richtlinien zur Vereinheitlichung der Hochschulverwaltung v. 1.4. 1935*, *ReichsMinABl.* 1935, 142.

3 *Verordnung über die Aufgaben der Universitäten, wissenschaftlichen Hochschulen und wissenschaftlichen Einrichtungen mit Hochschulcharakter v. 25. Februar 1970*, *GBL DDR* 170 II, S. 189 ff.

Rechtsstatus der Universitäten restituiert.

Eine anhaltende Reformdiskussion in den 50er Jahren blieb ohne Ergebnis.

Der massenhafte Zugang löste eine große Zahl von Neugründungen und mit den Fachhochschulen die Gründung neuer Hochschularten aus. Die überkommene mit der Bezeichnung „Gelehrtenrepublik“ beschriebene Struktur der Universität und ihrer Fakultäten geriet bereits durch die Öffnung der Hochschulen unter Druck. Die Studentenunruhen der 60-er Jahre veranlassten die Landesgesetzgeber bis zur sog. Drittelparität reichende Repräsentation der Mitgliedergruppen in den Kollegialorganen der Universitäten, wissenschaftlichen Hochschulen und neu entstandenen Fachhochschulen zu etablieren.

Mit dem Hochschulrahmengesetz von 1976 wurden die vom Bundesverfassungsgericht im Urteil auf Verfassungsbeschwerden gegen das sog. niedersächsische Vorschaltgesetz⁴ aufgestellten Grundsätze zur Vertretung der Mitgliedergruppen im Verbund mit Vorgaben für die Gestaltung der Leitungsstrukturen, der Personalstruktur, des Studien- und Prüfungs- und Zulassungsrechts durch die Landeshochschulgesetze umgesetzt.

Trotz der zutage getretenen Mängel blieben die Grundelemente der durch das HRG vorgegebenen Hochschulorganisation nahezu 25 Jahre erhalten. Nach der Wiedervereinigung waren die neuen Bundesländer zunächst gezwungen, ihre durch das DDR-Recht beseitigten, nach der Wende durch eine vorläufige Hochschulrechtsverordnung wiederhergestellten Hochschulverfassungen nach der Blaupause der HRG-Vorgaben zu gestalten.⁵

Mit der Aufhebung der Rahmenvorgaben der §§ 60 ff. HRG für die Binnenorganisation der Hochschulen und die Öffnung für alternative Rechtsformen in der

Regelung des § 58 HRG zum Rechtsstatus der Hochschulen war der Weg für die danach einsetzende, meist mit dem Leitbild der „unternehmerischen Hochschule“ bezeichnete Reform der Landeshochschulgesetze geöffnet. Erweiterte Rahmenbedingungen für die Landesgesetzgeber brachte die Aufhebung der Rahmenkompetenz im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2008.

Einfluss- und folgenreich für die neuere Hochschulrechtsentwicklung war das vom CHE als Anführer der Reformbewegung entwickelte Leitbild der Hochschule als Dienstleistungsunternehmen oder unternehmerischen Hochschule.⁶

Kern des Konzepts ist zum einen eine umfassende Neugestaltung des Verhältnisses von Staat und Hochschule, zum anderen eine Neuordnung der Leitungsorganisation. Der Zuwachs an externer Autonomie soll mit einer Stärkung der Leitungsorgane zu Lasten der kollegialen Selbstverwaltungsorgane verbunden, der Machtzuwachs der Hochschulleitung durch ein ausschließlich oder überwiegend mit Externen besetzten internes Aufsichtsorgan (Hochschulrat, Kuratorium) unter Kontrolle gestellt werden.

Bis hin zur Bezeichnung der Leitungsorgane als Vorstand und Aufsichtsrat steht dafür die Führungsorganisation von Unternehmen als Vorbild.

Dieses Konzept verwirklicht wesentliche Elemente des für die öffentliche Verwaltung entwickelten New Public Management – dem Grundsatz der Dezentralisierung und Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung. In rascher Abfolge wurden in den Bundesländern Bausteine dieses Konzeptes mit unterschiedlichen Akzentsetzungen umgesetzt.

Die neue Leitungsorganisation bestand zunächst weitgehend die hochschulverfassungsrechtliche Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht.⁷ Der

4 BVerfGE 35, 79 ff.

5 Vorläufige Hochschulverordnung v. 18. September 1990, GBl. DDR 1990, 1585; Einigungsvertrag v. 31.8.1990, BGBl. II, 859, Kap. XVI.

6 Vgl. dazu D. Müller-Bölling, Die entfesselte Hochschule, 2000; ihm folgend Monopolkommission, Wettbewerb als Leitbild der Hochschulpolitik, Sondergutachten 30, 2000; Stifterverband für die deutsche Wissenschaft, Qualität durch Wettbewerb und Autonomie, 2002; Wissenschaftsrat, Perspektiven des Wissenschaftssystems, Empfehlungen 2013, Drs. 3228/13; aus rechtswissenschaftlicher Sicht kritisch die Habilitationsschriften von Wolfgang Kahl, Hochschule und Staat, 2004, § 11 und 12 sowie K. F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2010, insbesondere § 1 II. S. 23 ff., § 3, S. 93 ff., § 4, S. 274 ff.; aus wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheore-

tischer Sicht kritisch J. Mittelstraß, Die Universität zwischen Weisheit und Management, FAZ- Forschung und Lehre vom 31. August 2016, S. 4.

7 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung: K.F. Gärditz in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 102. EL, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 195 ff.; ders. Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung 2010, S. 275 ff.; U. Mager, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, OdW 2019, 7 ff.; Th. Württenberger, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.; G. Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 70 ff.; ders. Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg in: M.E. Geis, Das Hochschulrecht in Bund und Ländern, 60. EL 2023, Rn. 31 ff.

Kernsatz der Schlussfolgerung im Urteil des BVerfG zum brandenburgischen Hochschulgesetz lautet: „Die zur Sicherung der Wissenschaftsadäquanz von hochschulorganisatorischen Entscheidungen gebotene Teilhabe muss nicht in jedem Fall im Sinne der herkömmlichen Selbstverwaltung erfolgen.“ Seit dem sog. Hamburger Dekanatsbeschluss erfolgte eine Korrektur. Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Bewertung sei das Gesamtgefüge. Das Gesamtgefüge kann insbesondere dann verfassungswidrig sein, „wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Vertretungsgremium im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.“⁸

Eine weitere Weichenstellung erfolgte durch den Beschluss zur Leitungsorganisation der MHH Hannover v. 24. Juni 2014.⁹ Eine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit sieht das BVerfG in den nicht hinreichenden Mitwirkungsbefugnissen des Senats an den Entscheidungen der Hochschulleitung über den Wirtschaftsplan und die Aufteilung der Sach-, Investitions- und Personalbudgets auf Organisationseinheiten sowie über die Bereitstellung von Mitteln für zentrale Lehr- und Forschungsfonds.¹⁰

Den vorläufigen Abschluss der Korrektur der neuen Leitungsorganisation bildet das Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden- Württemberg. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg¹¹ verlangt in Abwandlung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich, dass der Senat als entscheidendes Wahlorgan mehrheitlich von gewählten Mitgliedern der Professorengruppe zusammengesetzt sein und Wahl- und Abwahl der Hochschulleitung von einer Professorenmehrheit getragen sein muss.¹²

In einem Kammerbeschluss zur Leitungsstruktur der Dualen Hochschule Baden- Württemberg kommt das BVerfG zum Ergebnis, dass das Gesamtgefüge der Organisation der DHBW den Anforderungen des BVerfG an die Kompensation von Leitungskompetenzen der Hoch-

schulleitung durch Mitwirkungsprozesse, Kontrollrechte, Wahl- und Abwahlverfahren der Selbstverwaltungsgremien unter maßgeblichem Einfluss der Hochschullehrer als Grundrechtsträger genügt.¹³ Ein in den Entscheidungsgründen und im Ergebnis weitgehend gleichlautender Beschluss ist am 6. März 2020 zum Niedersächsischen Hochschulgesetz i.d.F. von 2015 ergangen.¹⁴

Der gegenwärtige Rechtszustand der Hochschulorganisation lässt sich damit wie folgt zusammenfassen. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfolgten Korrekturen, aber nicht ein grundsätzlicher Rückbau der Governance Strukturen. Monokratische oder kollegiale Leitungsstrukturen auf zentraler und dezentraler Ebene bestehen, werden aber durch Kontrollrechte, Wahl- und Abwahlverfahren der Selbstverwaltungsgremien unter maßgeblichem Einfluss der Hochschullehrer als Grundrechtsträger und Mitwirkungsrechte der Selbstverwaltungsgremien in wissenschaftsrelevanten Fragen beschränkt.

2. Gründe für die Einführung von Doppelspitzen

a) Bestehende Gestaltungsspielräume für die Leitungsorganisation

Die Landeshochschulgesetze ermöglichen ein breites Spektrum der Gestaltung der Leitungsorgane auf zentraler Ebene. Damit tragen sie den unterschiedlichen Größenordnungen und Aufgaben der Hochschulen und ihrer Untergliederungen (Fakultäten, Sektionen) Rechnung.

Für die Gestaltung der Hochschulleitung besteht seit dem HRG die Option zwischen einer Präsidialverfassung und Rektoratsverfassung.¹⁵ Die Präsidialverfassung diente ursprünglich dem Zweck, auch Externe für die Wahl zur Leitung der Hochschule zu gewinnen. In der Regel war sie mit einer monokratischen Leitung verbunden, d. h. dass die Vizepräsidenten und der leitende Verwaltungsbeamter als weisungsabhängige Vertreter des Präsidenten fungierten. Die Rektoratsverfassung war demgegenüber als kollegiale Hochschulleitung ausge-

8 BVerfG 127, 87 ff, Leitsatz 2 und Entscheidungsgründe Rn. 95 ff.

9 BVerfG 136, 338 ff.

10 Beschluss vom 24.6.2014 – BVerfGE 136, 338 ff., 371 Rn. 70.

11 VerfGH BW, Urt. v. 14.11.2016, VB 16/15, ESVGH 67, 124 (Leitsatz), WissR 2016, 302-332 (Leitsatz und Gründe)

12 Entscheidungsgründe unter EII, Rn. 158.

13 Entscheidungsgründe, Rn. 15 ff.

14 BVerfG Beschluss v. 6. März 2020, 1 BvR 2862/16, Rn. 7 ff. und 12 ff.

15 Vgl. § 62 HRG Fassung 1976

staltet, deren Mitglieder bis auf den für die Wirtschafts- und Personalverwaltung zuständigen Kanzler Mitglieder der Professorenschaft der Hochschule sein mussten. Die Amtszeiten der Ämter in der Präsidentialverfassung und Rektoratsverfassung unterschieden sich erheblich, außerdem übten die Prorektorinnen und Prorektoren ihre Ämter nur nebenamtlich neben dem fortbestehenden Professorenamt aus.

Nach dem jetzt geltenden Hochschulrecht können auch Externe zu Präsidentinnen oder Präsidenten, Rektorinnen und Rektoren, Prorektorinnen und Prorektoren gewählt werden.¹⁶ Die Amtszeiten sind angeglichen, die Ämter können hauptamtlich ausgeübt werden. Außerdem kann auch die Rektoratsverfassung monokratisch ausgestaltet werden. Eine Mischform zwischen monokratischer und kollegialer Hochschulleitung stellt die Richtlinienbefugnis der Rektorin bzw. des Rektors für die Ausübung der Geschäftsbereiche der Prorektorinnen und Prorektoren, Kanzlerinnen und Kanzler dar.

Die Entscheidung für eine Präsidential- oder Rektoratsverfassung wird vielfach von der jeweiligen Tradition der Hochschule geprägt. In der Regel haben sich vor allem neu gegründete Universitäten, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften und Duale Hochschulen für eine Präsidentialverfassung entschieden.

Auf dezentraler Leitungsebene bestehen für die Leitung vergleichbare Leitungsmodelle. Das Dekansamt kann hauptamtlich ausgestaltet und durch Externe oder nebenamtlich durch Professorinnen und Professoren der Fakultät besetzt werden. Ebenso besteht die Option zwischen einer monokratischen und kollegialen Fakultätsleitung.

Die kollegiale Leitung mit selbständigen Geschäftsbereichen ist vor allem bei großen Universitäten und Hochschulen mit einer umfangreichen Fächerstruktur die geeignete Governance-Struktur.

Die Geschäftsbereiche können die verschiedenen Fächerstrukturen und Aufgaben der Hochschule im Bereich von Forschung, Lehre, Strategie und Dienstleistung abbilden. Die laufenden Geschäfte werden mit einem entsprechend gestalteten Vertretungsrecht von den Amtsinhabern selbständig in eigener Verantwortung

wahrgenommen. Demgegenüber bedürfen grundsätzliche Entscheidungen wie die Vorbereitung der strategischen Ausrichtung, Strukturfragen, Entscheidungen über die Aufstellung und den Vollzug des Haushalts, Bauplanungen, Organisationsentscheidungen sowie vergleichbare Angelegenheiten der Entscheidung im Kollegialgremium.

b) Spiegelung auf dem Hintergrund veränderter Aufgaben

Die Landeshochschulgesetze bieten damit vielfältige Modelle der Organisationsverfassung an, die passgenau an die Hochschulart, Größe und Aufgaben der Hochschulleitungen und Fakultätsleitungen angepasst werden können.

Gleichwohl wird seit einiger Zeit als Alternative zu den monokratischen oder kollegialen Leitungsmodellen die sog. Doppelspitze als Leitungsorgan von Hochschulen und Fakultäten staatlicher und privater Hochschulen erwogen. Vorbild dafür sind Leitungsmodelle der politischen Parteien und Unternehmen.

Als wesentlicher Grund dafür wird der Zuwachs an Aufgaben der Hochschulleitungen und Fakultätsleitungen angeführt. Dieser Zuwachs ist Spiegelbild des aus Kern- und ständig wachsenden Annexaufgaben bestehenden Aufgabenkatalogs der Hochschulgesetze. Maßgeblich dafür ist vor allem die Notwendigkeit strategischer Ausrichtung auf die Veränderung der Hochschulfinanzierung, die wachsende Abhängigkeit von der Drittmittelfinanzierung, insbesondere nationaler und europäischer Förderungsprogramme. Des Weiteren sind zu nennen: die mit der Bologna Reform verbundene Neuausrichtung der Studiengänge und Studienorganisation, die Umstellung des Prüfungswesens auf das Leistungspunktesystem, die Anforderungen an die Zulassung von Studiengängen, die Übertragung der Genehmigungszuständigkeit für Prüfungsordnungen, die Qualitätssicherung, die Vermehrung von Dienstleistungsaufgaben im Bereich des Technologietransfers, der Weiterbildung, der Schlüsselqualifikationen, der Vermittlung in den Arbeitsmarkt, die Anforderungen an das Berichtswesen, die Hochschulkommunikation, die

16 Vgl. § 17 Abs. 3 LHG BW; Art. 31 Abs. 2 BayHIG; § 65 Abs. 3 BbgHG; § 55 Abs. 3 BerlHG; § 82 BremHG; § 80 Abs.1 HambHG; § 45 Abs. 1 HessHG; § 83 Abs. 1 LHG MV; § 38 Abs. 3 NHG;

§ 17 Abs. 2 HG NRW; § 80 Abs. 6 HG RPF; § 20 Abs. 1 SHSG; § 87 Abs. 2 SächsHG; § 69 Abs.7 HG LSA; § 23 Abs. 5 HSG SH; § 30 Abs. 7 ThürHG.

Rechnungslegung, der Betrieb und die Modernisierung der baulichen und technischen einschließlich der digitalen Infrastruktur. Dieser Zuwachs an Aufgaben geht mit einem nationalen und zunehmend internationalen Wettbewerb im Bereich von Forschung und Lehre, Gewinnung von Wissenschaftlern und Studierenden einher.

Das Stichwort „unternehmerische Hochschule und Hochschulmanagement“ umschreibt die Professionalisierung der Leitungsfunktionen. Die Hauptamtlichkeit der Hochschulleitung und Amtszeiten von sechs bis acht Jahren sind der Regeltypus. Dies hat zur Folge, dass die Übernahme von Leitungsfunktionen durch Professorinnen und Professoren der eigenen Hochschule nur unter Aufgabe der bisher mit einer Professur verbundenen Aufgaben wahrgenommen werden können. Die Übernahme von Leitungsaufgaben ist deshalb mit einem weitgehenden Verzicht auf die wissenschaftliche Tätigkeit verbunden, der, abhängig von der Amtsdauer in vielen Fächern wegen der raschen wissenschaftlichen Entwicklungen eine Rückkehr erschwert oder unmöglich macht. Damit verliert die Übernahme von Leitungsfunktionen für besonders ausgewiesene Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler an Attraktion, obwohl gerade von deren Persönlichkeit das Ansehen ihrer Hochschule und die Autorität des Leitungsamtes nach außen und innen besonders abhängig sind.

Als Doppelspitze ausgestaltete Leitungsfunktionen sollen dazu beitragen, die Vereinbarkeit von Leitungsaufgaben mit weiterer wissenschaftlicher Tätigkeit zu erleichtern, um diese Leitungsfunktionen für wissenschaftlich besonders ausgewiesene Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer attraktiv zu erhalten.

c) Fragestellungen

Als Doppelspitze wird das „gemeinsame Innehaben eines hohen Amtes durch zwei Personen“ verstanden.¹⁷ Sie ist nicht zu verwechseln mit der in der früheren norddeutschen Kommunalverfassung üblichen Funktionsteilung zwischen Bürgermeister, Landrat, Stadtdirektor und Oberkreisdirektor. Ebenso ist sie nicht zu verwechseln mit der dualistischen Hochschulverfassung Preußens und seiner Nachfolgestaaten, in der der Rektor

die Selbstverwaltung der Hochschule, der Kurator die staatlichen Aufgaben geleitet hat.

Das Konzept der Doppelspitze ist schließlich vom Fall des sog. Arbeitsplatzteilung (Job-Sharing) und ähnlicher Modelle der Aufgabenteilung durch mehrere Personen abzugrenzen. Job-Sharing ist in der Definition des § 13 Abs. 1 TzBfG der Fall, „dass mehrere Arbeitnehmer sich die Arbeitszeit an einem Arbeitsplatz teilen (Arbeitsplatzteilung).“ Job-Sharing verpflichtet bei entsprechender Vereinbarung die beteiligten Arbeitnehmer zur wechselseitigen Vertretung. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Arbeitnehmer rechtfertigt keine Kündigung des Arbeitgebers gegenüber dem anderen Arbeitnehmer. Ähnliche Möglichkeiten sieht auch das Beamtenrecht vor.¹⁸

Im Kontext des Hochschulrechts betrifft der Begriff „Doppelspitze“ daher nur die Teilung der Leitungsfunktionen.

Bislang sehen die Hochschulgesetze weder für zentrale noch dezentrale Leitungsfunktionen explizite Regelungen für eine Doppelspitze vor. Ebenso wenig kann von einer etablierten Praxis die Rede sein.¹⁹ Ihre Zulässigkeit im Rahmen des geltenden Rechts ist ungeklärt. Ebenso sind die Rahmenbedingungen für ihre Einführung weitgehend ungeklärt.

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob sich aus dem Modell der Doppelspitze von politischen Parteien (II) und Unternehmensleitungen (III) Anhaltspunkte für die Gestaltung der Hochschulleitung und Fakultätsleitung ergeben.

Daran anschließt die Klärung der Umsetzbarkeit im Rahmen des geltenden Rechts, notwendiger Änderungen und Rahmenbedingungen für ihre Einführung (IV).

II. Gestaltung und Erfahrungen mit der Doppelspitze als Leitungsmodell politischer Parteien

Eine Doppelspitze im Parteivorsitz ist derzeit in historischer Reihenfolge ihrer Einführung das Führungsmodell der Parteien Bündnis 90/Die Grünen, die Linke, SPD und AfD. Die Grünen gelten als Schöpfer der Konstruktion mit zwei oder mehreren gleichberechtigten

¹⁷ Duden, Online Wörterbuch.

¹⁸ Exemplarisch § 91 BBG, § 69 LBG BW. Die haushaltsrechtliche Verankerung der Teilzeitbeschäftigung erfolgt idR in den Jahreshaushaltsgesetzen, z. B. § 3 StHG BW 2023/2024.

¹⁹ Die Meldung einer Doppelspitze zweier Hochschulpräsidentinnen in Brandenburg abrufbar unter: <https://mwfk.brandenburg.de/mwfk/de/service/pressemitteilungen/ansicht/~31-03-2023-neue-doppelspitze-der-blhp> betrifft nicht eine Hochschule, sondern die Brandenburgische Landeskonferenz der Hochschulpräsidentinnen und –Präsidenten (BLHP).

Parteivorsitzenden und praktizieren sie seit 1980 bis heute. Zuletzt hat sie nach der AfD die SPD 2019 eingeführt. In der Parteiengeschichte gilt allerdings die SPD als Erfinder der Doppelspitze. Von 1871-1933 wurde die Partei einschließlich ihrer Vorgänger von zwei bis vier gleichberechtigten Vorsitzenden geleitet.²⁰ Ebenso sahen die Parteienstatuten der CSU bis Ende der 90-er Jahre eine Doppelspitze im Parteivorsitz vor.²¹

Als Gründe für die Einführung einer Doppelspitze werden neben der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der Parteiführung die Repräsentation verschiedener Strömungen der jeweiligen Partei und die mit dem Führungsamt verbundene Belastung genannt.

Rechtsgrundlage ist die jeweilige Parteisatzung der Partei auf Bundesebene und ihrer Untergliederungen. Die Organisation der politischen Parteien bestimmt sich nach den Vorgaben der §§ 6 ff. des Parteiengesetzes durch Satzung. Notwendige Organe sind nach § 8 die Mitgliederversammlung und der Vorstand. Ihrer Rechtsnatur nach sind die politischen Parteien nicht rechtsfähige Vereine mit Teilrechtsfähigkeit, für die neben dem Parteiengesetz nach § 54 S. 1 BGB die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein nach §§ 24-53 BGB Anwendung finden.

In den entsprechenden Parteisatzungen wird der in Doppelsitze gestaltete Vorsitz des Parteivorstandes mit Formulierungen wie: „Dem Bundesvorstand gehören sechs Mitglieder an: 1. zwei gleichberechtigte Vorsitzende, davon mindestens eine Frau“, „1) Die Leitung der Partei obliegt dem Parteivorstand. Er besteht aus a) dem oder der Vorsitzenden oder zwei gleichberechtigten Vorsitzenden, davon eine Frau,“²³ „(2) Der Geschäftsführende Parteivorstand besteht aus zehn Mitgliedern, darunter: a) zwei Parteivorsitzende unter Berücksichtigung der Mindestquotierung,“²⁴ „Der Bundesvorstand besteht aus (a) einem oder zwei Bundessprechern.“²⁵

Den Vorsitzenden steht nach § 11 Abs.3 ParteienG nach näherer Ausgestaltung der jeweiligen Satzung und den Beschlüssen der ihnen übergeordneten Organe das Vertretungsrecht nach § 26 Abs. 1 S. 2 BGB als Gesamtvertretung zu.

Die Wahrnehmung des Parteivorsitzes nach innen und außen, insbesondere die politische Vertretung die strategische und programmatische Führung sowie die Rück-

bindung an die Organe der Partei wird in den Parteisatzungen und Geschäftsordnungen idR nur rudimentär geregelt, im Übrigen der politischen Praxis überlassen.

Eine systematische Analyse der Erfahrungen mit der Doppelspitze, insbesondere der Voraussetzungen erfolgreichen Zusammenwirkens, steht, soweit ersichtlich, nicht zur Verfügung.²⁶ Bei allen politischen Parteien wechseln Phasen gelungenen Zusammenwirkens und Fehlschläge ab. Die Ursachen liegen in den jeweiligen politischen Kräfteverhältnissen, programmatischen Neu- und Umorientierungen, Führungskrisen und häufigen Führungswechseln. Als Voraussetzungen für ein gelungenes Zusammenwirken wird die Festlegung einer genauen Aufgabenverteilung, laufende Abstimmung in wesentlichen Fragen, wechselseitige Toleranz bei Meinungsverschiedenheiten und eine Position auf Augenhöhe in der Parteiorganisation genannt. Reibungsverluste und Richtungskämpfe ergeben sich bei einem Ungleichgewicht der Führungsstärke oder einem ausgeprägten Konkurrenzverhalten gegenüber der Partnerin oder dem Partner im Parteivorsitz.

Der Vergleich mit der Organisation der Doppelspitze politischer Parteien liefert schon wegen der spezifischen Aufgaben der politischen Parteien an der Willensbildung des Volkes im demokratischen Verfassungssystem, aber auch wegen der aus dieser Aufgabe folgenden Aufbauorganisation der verschiedenen Verbandsebenen der Parteien keine geeignete Orientierung für die Gestaltung der Leitungsorganisation von Hochschulen.

III. Erscheinungsformen und Rechtsgrundlagen der Doppelspitze bei Unternehmen

Auch im Unternehmensrecht bedarf der Begriff der Doppelspitze der Einordnung in die von der jeweiligen Rechtsform als Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft, eigentumsdominierte Gesellschaft oder Publikumsgesellschaft bestimmte Unternehmensverfassung.

Doppelspitze ist nicht zu verwechseln mit einer gleichberechtigten Führung eines Unternehmens durch mehrere Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer AG, Gesellschafter einer OHG oder Komplementäre einer KG. Von einer dualen Führung ist die Rede, wenn die Funktion eines Vorstandsvorsitzenden oder

20 Wikipedia, Stichwort Doppelspitze unter 2.2.

21 Vgl. P. Hausmann, Wer hat das Sagen? „Starker Anführer“ oder Doppelspitze oder...?, Geschichte der CSU, Portal der Hans-Seidel-Stiftung, abrufbar unter: <https://www.csu-geschichte.de/partei/detail/wer-hat-das-sagen-starker-anfuhrer-oder-doppelspitze-oder>.

22 § 15 Satzung des Bündnis 90/ Die Grünen.

23 § 23 Organisationsstatut der SPD Fassung 2022.

24 § 19 Abs. 2 Bundessatzung der Linken.

25 § 13 Bundessatzung der AfD.

26 Eine Sammlung aller FAZ-Artikel zum Thema Doppelspitze ist abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/thema/doppelspitze-p2>.

Vorsitzenden der Geschäftsführung durch zwei Personen geteilt wird.

1. Rechtliche Zulässigkeit

Die Zweckmäßigkeit der Doppelspitze als Führungsmodell ist bereits seit längerem Gegenstand der Managementlehre. In Deutschland ist sie bei Familiengesellschaft häufig, bei Publikumsgesellschaften nur vereinzelt anzutreffen.²⁷ In der Regel wird auf dieses Führungsmodell bei Unternehmensfusionen und anderen M&A Transaktionen zurückgegriffen. Wesentlich häufiger wird sie in den USA praktiziert. Gründe sind u. a. neben der Teilung der Verantwortung und des know how in komplexen Unternehmensstrukturen die wechselseitige Kontrolle.²⁸ Ihre rechtliche Zulässigkeit ist neuerdings in Deutschland durch die in der Deutschen Bank eingeführte Doppelspitze im Vorsitz des Vorstands der Deutschen Bank in den Fokus geraten.²⁹

Ausgangspunkt der meist auf die Doppelspitze in einer Aktiengesellschaft bezogenen Fragestellung ist die Exegese des § 84 Abs. 2 AktG. Dieser lautet: „der Aufsichtsrat kann ein Mitglied zum Vorsitzenden des Vorstands ernennen“. Der Meinungsstreit entzündet sich am Begriff „ein“, das von einer Seite als zahlenmäßige Beschränkung, von der anderen Seite als unbestimmter Artikel gelesen wird. Ebenso wird das Singular „Mitglied“ in Verbindung mit § 80 AktG im Sinne eines Solovorsitzenden gedeutet.

Dennoch ist diese Schlussfolgerung nicht eindeutig. Auch andere Bestimmungen werden für die eine oder andere Auffassung herangezogen, so die Regelung des § 77 Abs. 2 S. 1 AktG, dass „ein oder mehrere Vorstandsmitglieder“ Meinungsverschiedenheiten im Vorstand nicht gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden können. Der Kontext zur kollegialen Vorstandsverfassung verbietet jedoch den Schluss auf die Zulassung einer Doppelspitze im Vorstandsvorsitz. Ebenso wenig trägt ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte der §§ 76 ff. AktG 1965 bei, da die Vorgängerregelung des § 70 Akt 1937 mit dem sog. Führerprinzip die Vorstellung eines einzelnen Vorsitzenden verfolgt hat.

Die Befürworter einer Doppelspitze bemühen deshalb in einer Gesamtschau von Vorschriften, insbesondere der §§ 76 Abs. 2 S. 1, 77 Abs. 1 S. 2 und 78 Abs. 2 S. 1 AktG zur Regelung der Geschäftsführung und Vertretung, die verschiedene Modelle monokratischer, kollegialer Leitung und Mischformen beider Leitungsmodelle ermöglichen, um deren Zulässigkeit zu begründen.

Letztlich maßgeblich für die Grenzen der Organisationsautonomie ist § 23 Abs. 5 AktG. Die genannten Bestimmungen lassen zwar eine Abweichung im Sinne einer Doppelspitze nicht ausdrücklich zu, lassen aber auch nicht erkennen, dass sie eine abschließende Regelung enthalten, die der Einführung einer Doppelspitze entgegensteht.

Im Ergebnis ist es deshalb vertretbar, wenn die Satzung einer Aktiengesellschaft sich für ein Führungsmodell entscheidet, das nicht nur einen Vorsitz im Vorstand, sondern auch dessen gleichberechtigte Besetzung durch zwei Personen vorsieht.

In der Unternehmensverfassung der GmbH ist die Einführung einer Doppelspitze durch die weitreichende Vertragsautonomie möglich (§§ 3, 5, 35 GmbHG).

2. Anforderungen an die Gestaltung

Von großer Bedeutung sind die in der Literatur unter dem Stichwort „Organisationsfolgenverantwortung“³⁰ behandelten Erfordernisse der Gestaltung der Bestelungs- und Abberufungsprozesse, die Gestaltung der Außenvertretung, eine klare Festlegung der Aufgaben und Zuständigkeiten,³¹ wechselseitige und frühzeitige Informationsprozesse, ein Risikomanagement und die Haftung für Fehlentscheidungen, unterbliebene Kontrollen und Verletzung von Loyalitätspflichten.

3. Zwischenfazit

Im Verbandsrecht der politischen Parteien ist, wie im allgemeinen Verbandsrecht, eine Doppelspitze im Vorsitz grundsätzlich zulässig, bedarf aber expliziter Regelung in der Satzung.

Im Unternehmensrecht ist die Zulässigkeit bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft umstritten, aber nach

27 Vgl. dazu Angaben bei *Elke Heinrich-Pendl*, AG 2023, 793-800, 797 ff.

28 *Heinrich-Pendl*, aaO., 798.

29 Vgl. dazu *Gregor Bachmann*, Doppelspitze im Vorstand und Aufsichtsrat, FS für Theodor Baums zum 70. Geb., 2017, S. 107 ff.; *Elke Heinrich-Pendl*, AG 2023, 793-800 jeweils mit w. N. zur Kommentarliteratur; vgl. ferner *Michael Hoffmann-Becking*, § 24 Besondere Vorstandsmitglieder, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 5. Auflage 2020, Rn. 2 m.w.N.; a. A.

Gerald Spindler, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Auflage 2023, § 84 AktG Rn. 123.

30 Vgl. dazu Begriffsbildung durch *Fleischer*, in *MünchKomm/GmbHG*, 4. Aufl. 2023, § 43 GmbHG Rn. 125a; ders., in: *BeckOK/AktG*, Stand: 1.7.2023, § 77 AktG Rn. 68; *Fleischer*, DB 2019, 472, 476; die Thematik bereits ansprechend *Emde*, in FS Uwe H.

Schneider, 2011, S. 295, 307 f.; *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514, 519.

31 Vgl. BGH II ZR 11/17, Urteil vom 6. November 2018, BGHZ 220, 162 ff. zur GmbH.

überwiegender Auffassung erlaubt. Für die übrigen Rechtsformen besteht Gestaltungsautonomie.

Die Einführung einer Doppelspitze ist mit klaren Regelungen für die Voraussetzungen der Bestellung und Abberufung, der Außenvertretung, der Aufgaben und Zuständigkeiten innerhalb der Unternehmensorganisation, mit Informations- und Abstimmungs- und Kontrollpflichten und der Regelung der Verantwortung für Verletzung von Sorgfalts- und Loyalitätspflichten zu verbinden.

V. Zulässigkeit der Doppelspitze im Organisationsrecht von Universitäten und Hochschulen.

Die Zulässigkeit einer Doppelspitze als Führungsmodell kann deshalb nur für das jeweils in Frage stehende Leitungsamt einer Verbandsorganisation beantwortet werden. Ein allgemeines Prinzip kann aus den bisher untersuchten Organisationen nicht abgeleitet werden. Dies verbietet sich schon im Hinblick auf die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Gestaltung des Rechts der politischen Parteien (Art. 21 GG), des allgemeinen Verbands- und Unternehmensrechts (Art. 9, 12 GG) und des in Art. 5 Abs.3 GG, in Art. 12 GG, in Art. 20 Abs.2 GG (Demokratieprinzip) und in der Selbstverwaltungsgarantie der Landesverfassungen für Hochschulen verankerten Rahmens der Hochschulorganisation.³²

1. Zulässigkeit einer Doppelspitze für die Hochschulleitung

Die Neugestaltung der Leitungsorganisation der Hochschulen auf zentraler und dezentraler Ebene ist – wie unter I. beschrieben – der Kern der ab der Jahrtausendwende vollzogenen Hochschulreformen.

Unter dem Stichwort der klaren Trennung der Verantwortlichkeiten für die Leitung und Gremien der Selbstverwaltung wurden die Aufgaben der Leitung, Aufsicht, Mitwirkung und Entscheidungszuständigkeiten neu geordnet.

Bei der Gestaltung der zentralen Leitungsebene sehen die Landeshochschulgesetze als Regeltypus eine Rekto-

ratsverfassung oder eine Präsidialverfassung monokratischer oder kollegialer Prägung vor.³³ In unterschiedlichem Maße eröffnen sie eine Wahlmöglichkeit. Die Aufgaben des Leitungsamtes, der Rechtsstatus des Amtsinhabers, das Wahl- und Abwahlverfahren unterliegen einem vom jeweiligen Hochschulgesetz festgelegten Typenzwang. Weiterreichende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Gestaltung des Amtes und der Aufgaben der Stellvertreter*innen und des Amtes des für die Wirtschafts- und Personalverwaltung zuständigen Mitglieds der Hochschulleitung.

Damit sind der Organisationsautonomie der Hochschule für die Leitungsorganisation auf zentraler Ebene enge Schranken gesetzt. Die Rechtfertigung daraus ergibt sich, dass die Organe der Hochschule neben den Selbstverwaltungsaufgaben zugleich staatliche Aufgaben wahrnehmen.

Für die Mehrzahl der Hochschulgesetze gilt dies auch für die Leitungsorganisation auf dezentraler Ebene. Nur wenige Hochschulgesetze überlassen diese vollständig der Regelung durch die Grundordnung der Hochschule.

Die Möglichkeiten einer Besetzung der Leitungsämter mit einer Doppelspitze werden in keinem Hochschulgesetz genannt. Die Beschreibung der Mitglieder der Leitungsämter ist eindeutig auf Einzelpersonen ausgerichtet, gleiches gilt für die Regelung des Verfahrens der Bestellung und Abberufung durch die jeweils zuständigen Leitungsorgane.

Der Vorbehalt und der Vorrang des jeweiligen Hochschulgesetzes schließt deshalb zumindest für das Amt des Präsidenten, der Präsidentin bzw. des Rektors oder der Rektorin einer Hochschule die Einführung einer Doppelbesetzung aus.

Nicht nur der Gesetzeswortlaut, der systematische Zusammenhang und die Entstehungsgeschichte der derzeitigen Leitungsorganisation stehen dem entgegen. Dagegen spricht auch, dass die dem Präsidenten oder der Präsidentin, Rektor oder Rektorin übertragenen Aufgaben der externen Vertretung, des Vorsitzes des Präsidiums oder Rektorats, der zentralen Selbstverwaltungsgremien, die Festlegung der Richtlinien für die Erledigung der Aufgaben, der Vorschlag für die Geschäftsbereiche

32 Vgl. dazu *M. E. Geis* in: Geis (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 58 HRG, Rn., 65 ff.; *K. F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2010, S. 312 ff., 398 ff., 409 ff., 425 ff.; *D. Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 83 ff., zu Art. 5 Abs.3 GG, S. 89 ff., zu Art. 12 GG, S. 145 ff., zum Landesverfassungsrecht S. 153 ff., zu Art. 20 Abs. 2 GG, S. 185 ff.; *K. Herberger*, Staat und Hochschulen in: V. M. Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2020, 2. Kap., S 43 ff. Rn. 183

ff.; *Th. Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff.

33 Eine Präsidialverfassung als Regeltypus sehen folgende Bundesländer vor: Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen, eine Rektoratsverfassung Baden-Württemberg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

der Funktion des Dienstvorgesetzten, die Verantwortung für die Ordnung in der Hochschule und die Rechtmäßigkeit des Handelns nicht teilbar sind, sondern allenfalls auf andere Mitglieder des Leitungsorgans übertragen und von diesen in Stellvertretung wahrgenommen werden können.

Bestätigt wird dieser Befund durch die Regelung des Amtes im abstrakt funktionellen Sinne in den Landesbesoldungsgesetzen. Diese lassen eine Doppelbesetzung des Leitungsamtes nicht zu. Dies kann nicht durch ein privatrechtliches Dienstverhältnis umgangen werden

Eine Doppelspitze ist deshalb bei hauptamtlicher Wahrnehmung des Präsidenten- oder Rektor-Amtes nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig.

Die mit einer Doppelspitze verfolgten Ziele lassen sich im Rahmen der Gestaltungsoptionen für die Hochschulleitung auch im bestehenden gesetzlichen Rahmen erreichen. Dies gilt insbesondere für das Ziel gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern an der Hochschulleitung, dem im Besetzungsverfahren Rechnung getragen werden kann. Das Ziel einer Entlastung der Amtsinhaber ist durch die entsprechende Regelung in der Grundordnung erreichbar. Eine Prorektorin oder Prorektor, Vizepräsidentin oder Vizepräsident kann als hauptamtliches Mitglied des Leitungsorgans durch die Grundordnung oder die Geschäftsordnung für die ständige Vertretung im Verhinderungsfall bestellt werden.³⁴

Die Grundordnung kann ferner bestimmen, dass der Hochschulleitung bis zu einer gesetzlich festgelegten Höchstzahl weitere nebenamtliche oder hauptamtliche Mitglieder angehören.

In der Geschäftsordnung der Hochschulleitung kann damit das gesamte Aufgabenspektrum einer Hochschule nach deren jeweiligen Bedürfnissen abgebildet und vorgesehen werden, dass die damit betrauten Mitglieder des Präsidiums oder Rektorats die laufenden Geschäfte in eigener Zuständigkeit erledigen. Damit ist auch die Außenvertretung des Geschäftsbereichs verbunden.³⁵

Diese Optionen ermöglichen neben einer aus hauptamtlichen Mitgliedern besetzten Hochschulleitung auch die Gewinnung von Mitgliedern für die Leitungspositionen, die ihre Bereitschaft von der weiteren Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Professorenamt abhängig ma-

chen. Dies betrifft vor allem Professorinnen und Professoren, die für große Forschungsvorhaben verantwortlich sind und in ihrem Fachgebiet eine besondere Reputation erreicht haben.

2. Zulässigkeit einer Doppelspitze für die Fakultätsleitung

a) Vereinbarkeit mit bestehender gesetzlicher Regelung des Fakultätsrechts

Im Gegensatz zur Gestaltung der Hochschulleitung lassen die Hochschulgesetze für die Regelung der dezentralen Ebene weiterreichende Spielräume zu. Einige Bundesländer verzichten vollständig auf eine Regelung.³⁶ Die meisten beschränken sich auf allgemeine Vorgaben zur Untergliederung, die Kriterien für die Bildung der Einheiten, ihre Aufbau- und Leitungsorganisation. Sie tragen damit der Vielfalt von Hochschularten, deren unterschiedlichen Größenordnungen, Traditionen und Bedürfnissen Rechnung. Die Erweiterung der Gestaltungsfreiheit trägt zugleich der Tatsache Rechnung, dass die Fakultäten bzw. ihnen gleichstehende Einheiten die Bereiche sind, in denen Forschung und Lehre stattfindet. Damit besteht ein unmittelbarer Bezug zur freien wissenschaftlichen Forschung und Lehre.³⁷

Organe einer Fakultät, Sektion oder vergleichbarer Einheiten sind nach den jeweiligen Landeshochschulgesetzen eine kollegial verfasste Fakultätsleitung mit dem Dekan als Vorsitzenden und dem aus Wahlmitgliedern der Mitgliedsgruppen – im Einzelfall auch Amtsmitgliedern – zusammengesetzter Fakultätsrat.

Wie beim Präsidenten- oder Rektoramt wird die Möglichkeit einer Besetzung des Dekansamtes durch eine Doppelspitze in keinem Hochschulgesetz erwähnt. Auch hier sind die Regelungen eindeutig auf Einzelpersonen bezogen. Dies gilt für die Option eines hauptamtlichen Dekans, dessen Amt sowohl hochschulrechtlich als auch besoldungsrechtlich nur Einzelpersonen übertragen werden kann. Soweit für das Dekansamt eine nebenamtliche Wahrnehmung vorgesehen ist, bei dem die Amtsinhaber hauptberuflich der Fakultät als Professoren angehören und für die Übernahme des Dekansamtes eine Funktionszulage erhalten, stünden dienst- und be-

34 Vgl. § 16 Abs. 2 Nr. 2 LHG BW.

35 Vgl. § 16 Abs. 2 Nr. 1 LHG BW; § 82 Abs. 3 HambHG; § 84 Abs. 3 HG MV; § 37 Abs. 4 NHG; § 79 Abs. 3 HG RPF; § 69 Abs. 1 HSG LSA; § 29 ThürHG.

36 z.B. Art. 30 Abs. 3 BayHIG.

37 Vgl. dazu M. E. Geis in: Geis (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 58 HRG, Rn. 65 ff.

soldungsrechtliche Gründe nicht entgegen. Dagegen bleibt die Frage offen, ob eine Doppelbesetzung mit den Aufgaben des Dekans oder der Dekanin und dem Verfahren der Bestellung und Abberufung vereinbar sind. Zu diesen Aufgaben gehört neben der Leitung und Vertretung der Fakultät nach außen und in der Hochschule der Vorsitz im Dekanat, die Sicherstellung der Erfüllung der Lehr- und Prüfungsverpflichtungen und Verpflichtungen der zur Fakultät gehörenden Einrichtungen, das dazu gehörende Aufsichts- und Weisungsrecht, die Dienstaufsicht über die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, das Beanstandungsrecht gegen Beschlüsse und Maßnahmen im Falle von Rechts- und Haushaltsverstößen. Diese Funktionen sind entweder nicht oder nur bei eindeutiger Zuordnung zu dem jeweiligen Amtsträger teilbar.

Regelungsbedürftige Fragen ergeben sich vor allem zu den Voraussetzungen einer Bestellung und vorzeitigen Beendigung durch ein Mitglied der Doppelspitze. Für die Wahl ist ein analoger Rückgriff auf die Wahl der Einzelperson möglich. Eine vorzeitige Beendigung durch ein Mitglied der Doppelspitze durch Wegberufung oder Rücktritt löst, soweit keine andere Regelung getroffen wird, auch die Beendigung des anderen Mitglieds aus. Gleiches gilt im Falle des Abwahlverfahrens auch wenn die Abwahlgründe nur ein Mitglied der Doppelspitze betreffen.

Es bestehen erhebliche Zweifel an der Notwendigkeit für die Erreichung der mit einer Doppelspitze verfolgten Ziele. Spiegelbildlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten auf der Ebene der Hochschulleitung kann auf Fakultätsebene eine Entlastung des Dekans oder der Dekanin durch die Regelung der Stellvertretung und durch Bildung von Geschäftsbereichen der Prodekaninnen und Prodekane zur selbständigen Erledigung erreicht werden. Zuordnungskriterien für die Bildung der Ressorts können die zur Fakultät gehörenden fachlichen Untergliederungen oder bestimmte Aufgaben im Bereich von Lehre, Koordination der Forschung, Strukturplanung und Haushaltswirtschaft sein.

Die Einführung einer Doppelspitze im Dekansamt ist demnach bei hauptamtlicher Leitung ohne gesetzliche Änderung ausgeschlossen. Bei nebenamtlicher Leitung

bestehen klärungsbedürftige Anforderungen an das Bestellungs- und Abwahlverfahren, den Fall der vorzeitigen Beendigung des Amtes durch ein Mitglied der Doppelspitze, vor allem aber an die Teilung der Aufgaben des Dekansamtes.

b) Lösungsansätze bei freier Gestaltung durch die Grundordnung bzw. im Rahmen sog. Experimentierklauseln

Soweit Bundesländer die dezentrale Ebene der Regelung der Grundordnung überlassen, wäre die Einführung einer Doppelspitze im Dekansamt unter der Voraussetzung denkbar, dass die damit verbundenen Folgefragen angemessen geklärt werden. Rechtliches Kriterium für die Zulässigkeit der Einführung einer Doppelspitze ist die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Fakultät oder der ihr gleichstehenden Einrichtung.³⁸

Universitäten und Hochschulen in Bundesländern mit freier Gestaltung der dezentralen Ebene schreiben in ihren Grundordnungen teils monokratische, teils kollegiale Fakultätsleitungen vor. Die Ludwig-Maximilians-Universität München sieht für große Fakultäten eine kollegiale Fakultätsleitung mit einer Dekanin oder einem Dekan als Vorsitzenden vor, in den kleineren Fakultäten gilt die monokratische Fakultätsleitung.³⁹ Eine Doppelbesetzung des Dekansamtes ist in keiner stichprobenartig erfolgten Prüfung von Grundordnungen feststellbar. Damit folgen die Universitäten und Hochschulen den traditionellen Modellen, die in den meisten Bundesländern kodifiziert sind.

Neben einer allgemeinen Erweiterung der Organisationsautonomie der Hochschulen eröffnen einige Bundesländer durch sog. Experimentierklauseln die Möglichkeit abweichender Gestaltung vom Regeltypus der zentralen und dezentralen Organisation der Hochschule.

Exemplarisch genannt sei die auf die Fachbereichsorganisation bezogene sog. Innovationsklausel des § 75 a BerlHG, § 71 BbgHG, 101 HambHG, § 117 HSG LSA, § 4 ThürHG und die Weiterentwicklungsklausel des § 76 LHG BW. Voraussetzung der Erprobung neuartiger Organisations- und Leitungsstrukturen ist nach § 76 LHG BW „die Verbesserung der Entscheidungsfähig-

38 Vgl. BVerfGE 35, 79, 124; Art. 5 Abs. 3 GG verbietet es dem Gesetzgeber, den Wissenschaftsbetrieb organisatorisch so zu gestalten, dass „die Gefahr der Funktionsunfähigkeit besteht“. Daraus ergibt sich umgekehrt die Pflicht, mit einer gesetzlichen Regelung für eine funktionsfähige Hochschule zu sorgen. Bestätigt wird

dies in Folgeentscheidungen: BVerfGE 127, 87, Rn. 88, 93; 136, 338 Rn. 57; 149, 356 Rn. 45 ff.

39 Grundordnung der LMU, §§ 34 ff., 40.

keit, die Beschleunigung von Entscheidungsprozessen, die Erhöhung der Wirtschaftlichkeit, die Profilbildung oder die Anpassung an legitime spezifische Erfordernisse der jeweiligen Hochschule.“

Zu diesem Zweck können die Hochschulen mit Zustimmung des Hochschulrats und der Genehmigung des Ministeriums für die Dauer von 5 Jahren vom gesetzlichen Regeltypus abweichende Regelungen treffen. Diese unterliegen einer Evaluation nach Ablauf der Erprobungsfrist, bevor sie endgültig etabliert werden können.

c) Beispiel einer Regelung auf Fakultätsebene

Eine zentrale Erfassung der auf der Grundlage der Erprobungsklauseln erlassenen Leitungsstrukturen besteht nicht. Transparenz besteht nur im Rahmen der vorgeschriebenen Bekanntmachungen der Hochschulen.

Anhand einer 2023 von der Universität Tübingen auf § 76 LHG BW gestützten Weiterentwicklungssatzung für die Einrichtung und Wahrnehmung eines geteilten Amtes als Dekanin oder Dekan bei nicht hauptamtlicher Besetzung⁴⁰ lassen sich die mit der Einführung einer Doppelspitze verbundenen Regelungsnotwendigkeiten aufzeigen.

Anlass für die Satzung waren Schwierigkeiten der Wiederbesetzung des bisher hauptamtlich wahrgenommenen Dekansamtes einer großen Fakultät mit 5 Fachbereichen, 36 Fächern, über 7000 Studierenden, 380 VZÄ Stellen im wissenschaftlichen Dienst, davon 99 Professuren.

Eine Bereitschaft zur hauptamtlichen Wahrnehmung des Amtes durch eine Professorin oder einen Professor bestand wegen des damit verbundenen Verzichts auf die Weiterführung der Lehr- und Forschungstätigkeit und der Schwierigkeiten einer Rückkehr in das Fach nach Ablauf der sechsjährigen Amtszeit nicht. Auf der anderen Seite ließen die mit der Größe der Fakultät und deren zahlreichen Fächern verbundenen Aufgaben eine nebenamtliche Wahrnehmung durch eine Amtsinhaberin oder einen Amtsinhaber als Einzelperson nicht zu.

Auf diesem Erfahrungshintergrund entstand die von dem bisherigen Amtsinhaber initiierte Satzung. Ein Vorbild dafür gab es nicht. Die Satzung sieht bei nicht hauptamtlicher Besetzung die Teilung des Amtes der Dekanin

bzw. des Dekans vor. Im Falle, dass Einzelbewerber für das Amt zur Wahl stehen, scheidet die Besetzung durch eine Doppelspitze aus.

Voraussetzung für eine Wahl ist nach § 1, dass sich Bewerber zur Wahl stellen, die bereit sind, das Amt mit der anderen Person ungeteilt wahrzunehmen. Eine gleichzeitige Bewerbung als Einzelperson und als Doppelspitze ist ausgeschlossen. Für die Wahl bedarf es eines nicht bindenden Vorschlags der Rektorin oder des Rektors. Dies setzt eine vorherige Verständigung zwischen der Universitätsleitung und der Fakultät voraus.

Die Wahl durch den Fakultätsrat erfolgt nach § 2 en bloc mit den für Wahlen vorgeschriebenen Mehrheiten. Unterschiedliche Stimmen für einen der Bewerber können nicht abgegeben werden.

Bei einer vorzeitigen Beendigung des Amtes durch eine der beiden Personen, z. B. im Falle einer Wegberufung oder eines begründeten Rücktritts, endet nach § 2 Abs. 3 auch die Amtszeit der anderen Person.

Im Falle eines Abwahlverfahrens durch die Gruppe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern nach § 24 a LHG reicht es nach § 2 Abs. 2 aus, wenn sich der Vertrauensverlust nur auf eine Person bezieht.

Nach der Wahl legen nach § 3 die gewählten Amtsinhaber im Einvernehmen mit den übrigen Mitgliedern des Dekanats und im Benehmen mit der Rektorin/dem Rektor die Aufteilung der Aufgaben fest. Als Gegenstand nennt die Satzung die in § 23 Abs. 3 LHG genannten Aufgaben des Dekanats und alle Querschnittsaufgaben. Dies ist korrekturbedürftig, da die Zuständigkeit des Dekanats durch eine Doppelspitze keine Änderung erfährt und die Aufgaben des Dekanats nach Maßgabe einer vom Dekanat erlassenen Geschäftsordnung geregelt werden müssen. Gegenstand der Aufgabenverteilung innerhalb der Doppelspitze sind vielmehr die in § 24 Abs. 1 und 2 LHG genannten Funktionen der Dekanin/des Dekans: die Außenvertretung, der Vorsitz im Fakultätsrat, die Vorbereitung und der Vollzug der Beschlüsse, die Sicherstellung der Lehr-, Forschungs- und Prüfungsverpflichtungen und das dazu gehörende Aufsichts- und Weisungsrecht, die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit sowie durch das Widerspruchsrecht, schließlich auch die Eilentscheidungen.

40 Amtliche Bekanntmachungen der Universität Tübingen 2023, Nr. 23, S.303 ff.

Für die Außenvertretung enthält die Satzung widersprüchliche Aussagen. Grundsätzlich soll für die Außenvertretung die Aufteilung der Aufgaben sein. Nach § 5 ist neben der gemeinsamen Vertretung auch eine Einzelvertretung nach Absprache, bei unterbliebener Absprache unter den Voraussetzungen einer Eilentscheidung möglich. Ergänzt wird die Regelung der Vertretung durch § 8 für die Außenkommunikation. Mitteilungen an die Fakultät sind so zu adressieren, dass sie beide Amtsinhaber möglichst zeitgleich erreichen; offizielle Mitteilungen nach Außen durch einen Amtsinhaber werden der oder dem anderen Amtsinhaber*in zugerechnet. Diese Regelung eignet sich für die Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben. Für eine rechtsgeschäftliche Vertretung erfordert nach den Grundsätzen der Gesamtvertretung gemeinschaftliches Handeln, das durch eine vorherige Einwilligung zu einem Handeln als Einzelperson oder durch eine nachträgliche Zustimmung der anderen Person ersetzt werden kann.

Für die Vertretung im Aufgabenbereich sieht § 7 die wechselseitige Vertretung durch den anderen Amtsinhaber vor, im wechselseitigen Einvernehmen können auch Prodekane/Prodekaninnen als Vertreter bestellt werden.

Für die Wahrnehmung des Vorsitzes im Dekanat und im Fakultätsrat enthält die Satzung keine explizite Regelung. Sie ist im Rahmen der Aufgabenverteilung zu regeln.

Für die Abstimmung im Dekanat und Fakultätsrat ist nach § 4 bei gleichzeitiger Anwesenheit eine abgestimmte einheitliche Stimmabgabe anzustreben. Bei Meinungsverschiedenheiten über eine Zustimmung oder Ablehnung gilt die als Enthaltung. Votiert eine Person auf Enthaltung, die andere auf Zustimmung oder Ablehnung, zählt die Ja oder Nein Stimme.

Der Vorsitz in Berufungskommissionen ist nach § 3 Abs. 2 für die Dauer der jeweiligen Berufungskommission zu regeln.

Das Beanstandungsrecht soll sich gem. § 5 Abs. 2 nach der Aufgabenverteilung für die betroffene Maßnahme richten. In Zweifelsfällen soll das Dekanat über die Zuständigkeit entscheiden.

Nach § 5 Abs. 3 ist zu Beginn der Amtszeit zwischen den beiden Amtsinhaber/innen festzulegen, wer von den beiden Amtsinhaber/innen in der ersten Hälfte der Amtszeit und wer in der zweiten Hälfte der Amtszeit die bzw. der Vorgesetzte der Mitarbeiter/innen der Fakultätsverwaltung im personalrechtlichen Sinne ist.

Für die Wahrnehmung der dienstaufsichtlichen Befugnisse nach § 24 Abs. 2 LHG ist nach § 5 Abs. 3 der Satzung eine Verständigung der Amtsinhaber über einen Wechsel nach der Hälfte der Amtszeit oder eine Vereinbarung durch die Ausübung durch eine Person während der gesamten Amtszeit vorgesehen.

Für das Vorschlagsrecht zur Wahl einer Prodekanin oder eines Prodekans ist Einvernehmen herzustellen, ist dieses nicht erreichbar, soll alternativ das Los über die Zuteilung des Vorschlagsrechts oder der Fakultätsrat über die von jedem Amtsinhaber für die Stellung des Prodekans vorgeschlagene Person entscheiden.

Die Erprobung der Teilung des Amtes des Dekans/der Dekanin ist nach § 9 zu dokumentieren und zu evaluieren. Hierzu ist vom Dekanat eine Zwischenevaluierung nach drei Jahren vorzunehmen. Über deren Ergebnis sowie eine Stellungnahme des Fakultätsrats werden das Rektorat, der Senat und der Universitätsrat informiert. Anschließend erfolgt eine Vorlage an das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst. Eine Endevaluation ist nach demselben Verfahren rechtzeitig vor Ablauf von fünf Jahren durchzuführen. Auf dieser Grundlage erfolgt ein Antrag der Universität an das Ministerium, falls die Erprobungsphase nach erstmaligem Ablauf um weitere fünf Jahre verlängert werden soll.

d) Bewertung

Mit der Satzung wurde rechtliches Neuland betreten. Das Beispiel der Satzung zeigt, dass die Teilung des Dekansamtes bei nicht hauptamtlicher Besetzung hochschulrechtlich möglich ist. Die Gestaltung des Wahlverfahrens, der Beendigung des Amtes, vor allem aber die Regelung der Aufgabenverteilung ist aber mit einem hohen Regelungsaufwand verbunden, um aus unklaren Führungsstrukturen entstehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Die Teilung des Amtes wird deshalb in der Satzung als die ultima ratio in Fällen vorgesehen, in denen weder Bewerber für eine hauptberufliche Besetzung gewonnen werden können noch bei nicht hauptamtlicher Besetzung eine Entlastung durch eine ständige Vertretung des Dekans und Bildung von Geschäftsbereichen für Prodekane erreicht werden kann.

Soweit die Gründe dafür in der Größe der Fakultät. Vielzahl der Fachbereiche und Fächer liegen, kommt als Alternative eine Aufteilung in zwei Fakultäten in Betracht.

Die Funktionsfähigkeit einer Doppelspitze steht und fällt damit, dass die Bewerber für eine Doppelspitze ein enges Vertrauensverhältnis, die Fähigkeit zu uneingeschränkter Kommunikation und Verständigungsbereitschaft bei Meinungsverschiedenheit verbindet. Eine Doppelspitze muss auch von einem während der gesamten Amtszeit anhaltenden Vertrauen des Fakultätsrats, der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer und des Rektorats in beide Amtsinhaber getragen sein.

Für die Regelung der Aufgabenteilung ist eine sorgfältige Analyse der Aufgaben des Dekans, seiner Rechtsstellung in den Gremien der Hochschule und der Fakultät erforderlich. Die Aufgabenverteilung sollte nicht Gegenstand einer Vereinbarung, sondern Teil der Geschäftsordnung des Dekanats sein. Insbesondere bedarf es eindeutiger Regelungen für die Außenvertretung, für die rechtsgeschäftliche Vertretung, für die Kommunikation und Repräsentation mit und im Namen der Fakultät. Soweit, wie für die Ausübung des Stimmrechts, eine Teilbarkeit ausgeschlossen ist, sollte im Konfliktfall ein objektives Kriterium, z. B. die Anciennität für die Ausübung des Stimmrechts entscheiden. Eilentscheidungen können im Fall gleichzeitiger Anwesenheit nur gemeinsam getroffen werden. Im Verhinderungsfall ist eine Eilentscheidung durch einen Amtsinhaber möglich, der Verhinderungsfall ist zu dokumentieren.

Auch das Beanstandungsrecht muss gemeinsam ausgeübt werden.

Der Vorsitz in permanent agierenden Kommissionen ist im Rahmen der Aufgabenteilung, bei Berufungskommissionen ad hoc zu regeln.

Die Regelung der Vorgesetzteneigenschaft für die Mitarbeiter der Fakultätsverwaltung sollte nach Geschäftsbereichen erfolgen, deren Verantwortung in der Aufgabenverteilung festzulegen ist.

Gleiches gilt für die Regelung der Dienstaufsicht, die nach den zur Fakultät gehörenden Fachbereichen und weiteren Einrichtungen geordnet werden sollte.

VI. Zusammenfassung

Doppelspitze, definiert als Teilung eines Leitungsamts, hat eine zunehmende Bedeutung in der Organisation politischer Parteien. Gründe dafür sind vor allem die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in den Leitungsfunktionen und die Abbildung verschiedener politischer Strömungen. Das Parteiengesetz und das BGB lassen die Frage der Zulässigkeit offen. Rechts-

grundlage sind die jeweiligen Satzungen der Parteien.

Im Unternehmensrecht ist die Doppelspitze häufig bei Familiengesellschaften, seltener bei anderen Gesellschaften anzutreffen. Ihre Zulässigkeit bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist umstritten. Im Schrifttum wird in jedem Fall unter dem Stichwort der Organisationsfolgenverantwortung eine klare Verteilung der Aufgaben gefordert.

Eine Übertragung der Grundsätze des politischen und wirtschaftlichen Verbandsrechts auf das Hochschulrecht staatlicher Hochschulen ist nicht möglich. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlage für die Hochschulorganisation sind die Art. 5 Abs. 3, 20 Abs. 2 GG und die Selbstverwaltungsgarantien der Landesverfassungen. Die Grenzen der Organisationsautonomie ergeben sich aus der Pflicht des Gesetzgebers des jeweiligen Trägerlandes für eine die Wissenschaftsfreiheit schützende, funktionsfähige Hochschulorganisation zu sorgen. Gestaltungsfreiheit besteht deshalb nur im Rahmen der der Grundordnung überlassenen Gestaltungsoptionen.

Eine Doppelspitze ist in keinem der Hochschulgesetze explizit vorgesehen. Diese gehen für die Besetzung der Leitungsämtler von Einzelpersonen aus.

Für die zentrale Leitung der Hochschule ist eine Doppelspitze ausgeschlossen. Als Alternative für die Entlastung der Rektorin oder des Rektors, der Präsidentin oder des Präsidenten bietet sich eine ständige Vertretung durch einen oder mehrere Mitglieder des Rektorats/ Präsidiums und die Bildung von Geschäftsbereichen an, die die Prorektorinnen oder Prorektoren, Vizepräsidentinnen oder Vizepräsidenten in eigener Verantwortung leiten.

Soweit die Hochschulgesetze die dezentrale Organisation der Regelung durch die Hochschule überlassen oder durch Öffnungs- oder Experimentierklauseln Gestaltungsfreiheiten einräumen, ist die Einführung einer Doppelspitze zulässig. Voraussetzung ist die Sicherung einer funktionsfähigen Leitungsorganisation. Dazu gehören klare Regelungen für das Verfahren der Bestellung und Abberufung, für den beamtenrechtlichen Rechtsstatus und eine eindeutige Verteilung der mit dem Leitungsamt verbundenen Aufgaben.

Prof. Dr. iur. Dr. iur. h.c. (Leipzig) Georg Sandberger,
Kanzler der Eberhard Karls Universität Tübingen 1979-
2003, Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen.

Diemut Kucharz

Sprachverständnis und Sprachförderung in der Wissenschaft

I. Einleitung

In allen Lebensbereichen stellt die mündliche wie schriftliche Sprache ein zentrales Medium zur Verständigung dar, sowohl im Austausch mit anderen Menschen als auch mit Medien und neuerdings auch mit Maschinen im Rahmen von Künstlicher Intelligenz (KI). Das bedeutet, dass Sprache in ganz unterschiedlichen Situationen und Kontexten stattfindet und je nachdem eine andere Funktion hat und dementsprechend angepasst und eingesetzt werden muss. Man spricht in diesem Zusammenhang von *Sprachregistern*, die je kontextbezogen ihre eigene Funktion haben.¹ „Ein übergeordnetes Ziel sprachlicher Bildung ist daher, die Fähigkeit der Lernenden zur Differenzierung zwischen den sprachlichen Mitteln, die ihnen zur Verfügung stehen, und zur Auswahl der passenden Mittel je nach sprachlichem, kulturellem und sozialem Kontext zu erhöhen.“² Damit ist eine lebenslange Entwicklungsaufgabe beschrieben, in der Sprache nicht nur Lernmedium ist, sondern auch zum Lerngegenstand wird und gleichermaßen den Wissenschaftsbereich betrifft. Bei Sprache in der Wissenschaft handelt es sich um ein eigenes Sprachregister, das bestimmte Merkmale aufweist und im spezifischen Kontext der *Scientific Community* genutzt wird. Dies gilt nicht nur für den deutschsprachigen Raum, sondern supranational, und wird von in- und ausländischen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gleichermaßen erwartet.³

Im Folgenden werden verschiedene zentrale Sprachregister sowie deren Bedeutung für die Sprache (langua-

ge) näher betrachtet. Die Frage nach dem Erwerb dieser Sprachregister und der Unterstützung und Förderung dabei schließen den Beitrag ab.

II. Zentrale Sprachregister als Ausdruck von Sprachvarietäten

Neben der Unterscheidung verschiedener Nationalsprachen (*language*) liegt jede Sprache auch in verschiedenen Varietäten vor. Am bekanntesten sind Dialekte, die je nach Region sehr unterschiedlich sein können und von der Hoch- oder Standardsprache abweichen. Daneben wird auch zwischen Alltags- oder Umgangssprache, Bildungssprache und Fachsprache unterschieden; aber auch Jugendsprache etc. sind Varietäten einer Sprache. Man nennt diese Sprachvarietäten auch Sprachregister; jeder Mensch erwirbt im Laufe seines Lebens nicht nur mehrere Sprachen, sondern auch mehrere Sprachregister.⁴ „Ebenso verändern sich über die Zeit die Vorstellungen von ‚richtigem‘ für eine Situation passenden Sprachgebrauch. Ein Beispiel dafür ist das Verhältnis von ‚Standardsprache‘ und ‚Dialekt‘: Was als ‚Standardsprache‘ bezeichnet wird, erfüllt zumeist Funktionen im öffentlichen und formellen Bereich, während ‚Dialekt‘ seit dem letzten Jahrhundert vor allem im informellen und privaten Bereich verankert ist. Beide Formen sind ‚richtig‘ – vorausgesetzt, dass sie im passenden Kontext, in der passenden Kommunikationssituation angewendet werden.“⁵

Die Grundlage für die Auseinandersetzung mit Sprachregistern lieferte in den frühen 1980er Jahren der

1 Kucharz, Alltags-, Bildungs- und Fachsprache bei sachunterrichtlichen Themen im Übergang Kita – Grundschule. Eine Analyse exemplarischer Situationen, in: Blumberg/Niederhaus/Mischendahl (Hg.), Mehrsprachigkeit in der Schule, 2024, S. 39 ff.; Lang-Groth, Register, 2019, verfügbar unter: https://epub.uni-muenchen.de/61748/1/Lang-Groth_Register.pdf.
2 Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat, Grundlagen und normative Perspektiven auf Mehrsprachigkeit, in: dies. (Hg.), Grundlagen der sprachlichen Bildung, 2023, S. 15.
3 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12, verfügbar unter: <https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/in->

[dex/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf](https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/in-dex/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf).

4 Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat, Grundlagen und normative Perspektiven auf Mehrsprachigkeit, in: dies. (Hg.), Grundlagen der sprachlichen Bildung, 2023; Lang-Groth, Register, 2019, verfügbar unter: https://epub.uni-muenchen.de/61748/1/Lang-Groth_Register.pdf.
5 Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat, Grundlagen und normative Perspektiven auf Mehrsprachigkeit, in: dies. (Hg.), Grundlagen der sprachlichen Bildung, 2023, S. 10.

kanadische Bildungsforscher Jim Cummins⁶, der mit *BICS* und *CALP* auf solche Unterschiede hinwies. Mit *Basic Interpersonal Communicative Skills (BICS)* beschrieb er die alltägliche Kommunikation zwischen Menschen, mit *Cognitive Academic Language Proficiency (CALP)* akademische sprachliche Kompetenzen. Während im damaligen deutschsprachigen Diskurs diese Unterscheidung von Cummins mit den Begriffen „restringierter Code“ und „elaborierter Code“ eher hierarchisch gedacht wurde, werden heute die Funktionen betrachtet, die das jeweilige Sprachregister in einem bestimmten Kontext hat.⁷ Das bedeutet, dass je nach Kontext und Situation ein anderes Sprachregister angemessen und passend ist. Alltagssprachlich kommuniziert man z. B. in der Familie, mit Freundinnen und Freunden; im beruflichen Kontext kommt eher ein fachsprachliches Sprachregister zum Einsatz.

1. Mögliche Arten von Sprachregistern

Beispielhaft sollen im Folgenden einige Sprachregister herausgegriffen und beschrieben werden, wobei deutlich wird, dass diese Register weder trennscharf sind noch immer eindeutig eingesetzt werden.

Wie schon angesprochen gibt es ein zentrales Register, das der *Alltags- oder Umgangssprache* zugeordnet wird und das im engsten Umfeld erworben wird. Hier handelt es sich also um ein basales erstes Sprachregister, das alle Menschen in der Regel in den ersten Lebensjahren erwerben. Es ermöglicht ihnen, mit ihrem privaten Umfeld in Kontakt zu treten und zu kommunizieren.

Für die Kommunikation mit Peers (Gleichaltrigen, Ebenbürtigen) wird meist ein davon (leicht) abweichendes Sprachregister eingesetzt; bei jungen Menschen kann z. B. häufig eine sog. Jugendsprache beobachtet werden, die sich von der Erwachsenensprache abgrenzt.

Deutlicher lässt sich von diesen beiden Sprachregistern die sog. *Bildungssprache*⁸ unterscheiden. Damit wird die Sprache benannt, die vor allem in Bildungsinstitutionen verwendet wird und am ehesten der von Cummins mit *CALP* bezeichneten Sprache ähnelt. Eng damit verbunden ist die sog. Fachsprache, die sich jeweils domä-

nenspezifisch ausdifferenziert. Auch die *Wissenschaftssprache* ist ein damit verwandtes Sprachregister, das für wissenschaftliche Kontexte erforderlich ist.

Relativ neu sind Sprachregister, die im Zusammenhang mit digitalen Tools zum Einsatz kommen, insbesondere in der *Kommunikation mit Künstlicher Intelligenz (KI)*. Die Generierung von Prompts erfordert andere Sprachregeln und -strategien als sie bspw. in Bildungsinstitutionen erforderlich sind. Gleichzeitig passt sich textbasierte KI zunehmend der von Menschen verwendeten Sprache an und kann vermutlich auch in verschiedenen Sprachregistern agieren, wenn sie das mit entsprechenden Daten erlernt hat.

Eine weitere Unterscheidung bei der Verwendung von Sprache liegt in ihrem *mündlichen* oder *schriftlichem* Gebrauch. Koch und Oesterreicher unterbreiteten bereits 1985 einen Vorschlag zur Klassifizierung mit Hilfe eines Vierfelder-Schemas. Demnach kann mündliche und schriftliche Sprache sowohl medial als auch konzeptionell auftreten. Die Kommunikation innerhalb der Familie oder mit Peers geschieht konzeptionell und medial mündlich, während beispielsweise das Chatten konzeptionell mündlich im Medium der Schrift erfolgt. Wissenschaftliche Vorträge dagegen finden im Medium der Mündlichkeit statt, sind aber konzeptionell schriftlich gehalten, während wissenschaftliche Artikel medial und konzeptionell schriftlich verfasst sind.⁹

2. Merkmale einzelner Sprachregister

Die Beschreibung von Sprachregistern erfolgt meist „anhand von lexikalischen, syntaktischen und diskursiven (d.h. textbezogenen) Merkmalen“¹⁰. Dabei gelten die diskursiven Merkmale bildungs-, fach- und wissenschaftssprachlicher Register weitgehend unabhängig von der Nationalsprache, während die wortschatzbezogenen (lexikalischen) und den Satzbau betreffenden (syntaktischen) Merkmale sprachspezifisch sind.

Das *alltagssprachliche Register* wird fast ausschließlich mündlich gebraucht. Es wird im direkten Gespräch mit einer oder mehreren Personen verwendet in einer gemeinsam geteilten Situation. Gestik und Mimik wer-

6 Cummins, The construct of language proficiency in bilingual education, in: Alatis (Hg.), *Current Issues in Bilingual Education*, 1980, S. 81–103.

7 Kucharz, Sprachliche Heterogenität im Klassenzimmer, in: Ziehm/Voet-Cornelli/Menzel/Goßmann (Hg.), *Schule migrati-onssensibel gestalten. Impulse für die Praxis*, 2019, S. 62 ff.

8 Gogolin/Lange, *Bildungssprache und durchgängige Sprachbildung*, in: Fürstenau/Gomolla (Hg.), *Migration und schulischer Wandel: Mehrsprachigkeit*, 2011, S. 107–127.

9 Koch/Oesterreicher, *Sprache der Nähe – Sprache der Distanz. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im Spannungsfeld von Sprachtheorie und Sprachgeschichte*, *Romanistisches Jahrbuch* 1985, S. 15–43.

10 Hepp/Schröder, *Bildungssprache als übergeordnetes Ziel sprachlicher Bildung*, in: Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat (Hg.), *Grundlagen der sprachlichen Bildung*, 2023, S. 140.

den unterstützend eingesetzt. Die Verwendung von Satz-ellipsen oder Einwortäußerungen statt vollständiger Sätze, Verschleifung von Wortendungen, Gebrauch von Füll- und Ersatzwörtern statt präziser Begriffe sowie der Einsatz von Dialekt sind wesentliche Merkmale alltags-sprachlicher Kommunikation.¹¹ Obwohl hierbei oft grammatikalisch inkorrekt gesprochen wird, wird es nicht so empfunden, weil durch den gemeinsamen Kontext vollständige Sätze nicht notwendig sind, um sich zu verständigen, ja geradezu als merkwürdig erscheinen würden.¹² Bsp.: Frage: „Hast du des auch gesehen?“. Antwort: „Ja, klar. Ich glaub's ja nich!“. Damit geschieht Alltagskommunikation in der Regel sowohl konzeptionell als auch medial mündlich. Bildungssprache als Sprachregister in Bildungsinstitutionen dagegen entspricht den Regeln der Standardsprache und ist konzeptionell der Schrift zuzuordnen, auch wenn sie medial im Mündlichen erfolgt. Neben der Verwendung vollständiger Sätze und differenzierter Begriffe werden noch weitere Merkmale von Bildungssprache genannt: Passivkonstruktionen, Substantivierungen, Komposita, Attribute etc. (z. B. *das Sichern, Gesetzentwurf, im Einzelnen vorliegende Regeln*).¹³ Dieses Sprachregister dient dazu, Arbeitsaufgaben und -anweisungen zu verstehen, an Gesprächskreisen zu partizipieren sowie Erkenntnisse kohärent und kontextunabhängig zu formulieren und festzuhalten.¹⁴

Auch für die *Wissenschaftssprache* gelten solche Merkmale. Sie zeichnet sich in der Regel durch eine häufigere Verwendung komplexer und passiver Satzstrukturen und von Fremdwörtern aus, weshalb sie sich immer wieder dem Vorwurf einer mangelnden Verständlichkeit ausgesetzt sieht.¹⁵ Wissenschaftssprache ist meist stark

formalisiert und normiert.¹⁶ Da sie der Formulierung von Erkenntnissen und Definitionen, der Theoriebildung und Klassifizierung etc. dient, ist der Anspruch „nach Verlässlichkeit und Klarheit“¹⁷ besonders hoch. Diese textbezogenen Merkmale sind von supranationaler Bedeutung.¹⁸

Die *Fachsprache* als Teil des bildungs- und wissenschaftssprachlichen Registers schließt daran unmittelbar an. Fachtermini als überwiegend lexikalische Merkmale (z. B. *Onkologie, empirische Evidenz*) werden zur Klassifikation und Darlegung verwendet, weichen aber teilweise vom alltagssprachlichen Verständnis ab (z. B. die Begriffe *Kraft* oder *Energie*). Damit zeigt die Verwendung einer spezifischen Fachsprache gleichzeitig die Zugehörigkeit zur Fach-Community an und schließt andere eher aus. Mit Hilfe des fachsprachlichen Registers sollen fachwissenschaftliche Erkenntnisse präzise und unmissverständlich ausgedrückt, begründet und festgehalten werden.¹⁹

Ein für unsere Gesellschaft relativ neues Sprachregister wird für die Kommunikation mit KI gestützten digitalen Tools benötigt. Bisher umfasste das vor allem das Finden und Eingeben passender Suchbegriffe, um eine gewünschte Information zu erhalten („googeln“). Eine neue Ära ist durch die Software ChatGPT entstanden, die es mithilfe generativer KI erlaubt, dass man mit ihr kommunizieren kann. Diese Software reagiert nicht mehr auf vorgefertigte Textbausteine, sondern ihr liegt unser Sprachsystem in seiner Vielfalt zugrunde. Die Qualität der Antworten von einer Software wie ChatGPT hängt von der Art und Weise ab, wie man mit ihr kommuniziert. Die dabei genutzten Befehle und Strategien, das *Prompting*, steuern diese Qualität.²⁰ So zeigen

11 Kucharz, Alltags-, Bildungs- und Fachsprache bei sachunterrichtlichen Themen im Übergang Kita – Grundschule. Eine Analyse exemplarischer Situationen, in: Blumberg/Niederhaus/Mischendahl (Hg.), *Mehrsprachigkeit in der Schule*, 2024, S. 39 ff.

12 Heppt/Schröder, Bildungssprache als übergeordnetes Ziel sprachlicher Bildung, in: Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat (Hg.), *Grundlagen der sprachlichen Bildung*, 2023, S. 139–151.

13 Heppt/Schröder, Bildungssprache als übergeordnetes Ziel sprachlicher Bildung, in: Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat (Hg.), *Grundlagen der sprachlichen Bildung*, 2023, S. 139–151.

14 Kucharz, Alltags-, Bildungs- und Fachsprache bei sachunterrichtlichen Themen im Übergang Kita – Grundschule. Eine Analyse exemplarischer Situationen, in: Blumberg/Niederhaus/Mischendahl (Hg.), *Mehrsprachigkeit in der Schule*, 2024, S. 39 ff.

15 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12, verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

16 Graefen/Moll, *Wissenschaftssprache Deutsch. Lesen – verstehen – schreiben*, 2011.

17 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 9, verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

18 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12, verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

19 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12, verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

20 Kalweit/Kalweit, Warum wir neu lernen müssen, mit Maschinen zu sprechen – eine Momentaufnahme der Generativen KI im Januar 2024, ODW 2024, S. 125 ff.

Kalweit und Kalweit in ihrem Aufsatz beispielsweise: Durch klare Anweisungen in der Art der Formatierung oder der Länge der erwarteten Antwort kann man auch die Qualität und den Detailgrad anpassen²¹, was an der Art des Algorithmus liegt. Das bedeutet, dass der Mensch in der Interaktion mit einer technischen Maschine durch auf generative KI gestützte Textsoftware eine spezifische Sprache erlernen muss, um mit KI sinnvoll zu kommunizieren, wobei sich die Art der Interaktion, seine Möglichkeiten und Erträge durch immer neuere Modelle auch verändert und weiterentwickelt. So zeigen Studien, dass die Art und Weise, wie höflich oder direktiv man mit der KI kommuniziert, Auswirkungen auf die Qualität der Antworten hat. „Generell gilt es, die Anfragen so strukturiert wie möglich zu stellen und durch kreative Zusätze die Antworten in die richtige Ecke zu lenken. Und nicht immer die erstbeste Antwort zu akzeptieren.“²² Im Gegensatz zu den anderen aufgeführten Sprachregistern haben wir es bei der generativen KI mit einer rasanten Entwicklung zu tun, so dass sich die Art der Kommunikation laufend ändern wird und damit auch das Prompting – nicht nur durch die Möglichkeit der mündlichen zusätzlich zur schriftlichen Kommunikation, sondern auch durch die Weiterentwicklung der den Algorithmen zugrundeliegenden Modelle. Somit befindet sich das Sprachregister in ständigem Wandel.

III. Bedeutung für Menschen mit Deutsch als Fremdsprache

Die oben beschriebenen Sprachvarietäten gibt es in jeder Nationalsprache (*language*) in je spezifischen Formen. Überall wird unterschieden zwischen konzeptionell mündlicher und konzeptionell schriftlicher Sprache. Manche Sprachvarietäten liegen nur konzeptionell mündlich vor wie beispielsweise das Schwyzerdütsch oder Berbersprachen. Bei der Bildungssprache handelt es sich um ein Sprachregister, das sowohl Medium als auch Lerngegenstand von Bildungseinrichtungen ist, unabhängig von der Nationalsprache. Das bedeutet, dass Menschen, die eine Bildungseinrichtung besucht haben, über ein entsprechendes Sprachregister verfügen, das prinzipiell auf eine andere *Language* übertragbar ist hin-

sichtlich textbezogener Merkmale wie vollständige und komplexere Sätze, Kohärenz, Dekontextualität, Orientierung an der Schriftsprache, differenzierte Begriffe, Aufbau einer Argumentation etc. In der Alltags- bzw. Umgangssprache ist eine solche Übertragbarkeit weniger möglich, weil jede *Language* über typische *Idioms* verfügt, die sich von anderen unterscheiden.

Vergleichbares gilt für die Fach- und Wissenschaftssprache. Ein wissenschaftliches Sprachregister folgt, was die Funktion und die textbezogenen Merkmale angeht, in jeder *Language* einem vergleichbaren Muster, es ist also quasi supranational. Nichtsdestotrotz unterliegt die Bildung komplexer Sätze den Regeln der jeweiligen *Language*, ebenso der erforderliche Wortschatz und die Aussprache.²³

Die Fachsprache als eine stärker normierte Sprache ist dagegen in vielen Disziplinen noch deutlicher international. Insbesondere die Naturwissenschaften und ihnen verwandte Disziplinen haben häufig international normierte Fachbegriffe und kommunizieren generell auf Englisch. Geisteswissenschaftliche Fachdisziplinen verfügen – bislang – noch stärker über eine nationalsprachlich normierte Fachsprache, insbesondere auch über Fachbegriffe, die für ausländische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler eine Übertragbarkeit nicht immer einfach machen.²⁴

IV. Sprachliche Unterstützung und Förderung

Alltagssprache erwirbt ein Mensch in den ersten Lebensjahren in seinem natürlichen Umfeld „nebenbei“ (in der Familie, Kita, Schule und von Peers). Hierbei gelingt bei ausreichendem und qualitativ hochwertigem Input in der Regel auch der Erwerb mehrerer Sprachen problemlos und ohne Zusatzunterricht.²⁵

In den schulischen Bildungseinrichtungen wird erwartet, dass die Schülerinnen und Schüler ein bildungssprachliches Register aufbauen, was benötigt wird, um z. B. Arbeitsanweisungen und Schulbuchtexte verstehen, selbst Texte produzieren und Erkenntnisse verbalisieren zu können.²⁶

Meist wird Bildungssprache nicht explizit vermittelt, sondern vorausgesetzt. Dies benachteiligt Schülerinnen

21 Kalweit/Kalweit, Warum wir neu lernen müssen, mit Maschinen zu sprechen – eine Momentaufnahme der Generativen KI im Januar 2024, ODW 2024, S. 129.

22 Kalweit/Kalweit, Warum wir neu lernen müssen, mit Maschinen zu sprechen – eine Momentaufnahme der Generativen KI im Januar 2024, ODW 2024, S. 134.

23 Graefen/Moll, Wissenschaftssprache Deutsch. Lesen – verstehen – schreiben, 2011.

24 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12,

verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

25 Tracy, Wie Kinder Sprachen lernen. Und wie wir sie dabei unterstützen können, 2008.

26 Gibbons, Unterrichtsgespräche und das Erlernen neuer Register in der Zweitsprache, in: Mecheril/Quehl (Hg.), Die Macht der Sprachen. Englische Perspektiven auf die mehrsprachige Schule, 2006, S. 269–290.

und Schüler aus bildungsferneren Familien. Hier liegt eine bedeutsame Aufgabe für schulischen Unterricht vor, um das Bildungspotential von Kindern und Jugendlichen voll ausschöpfen zu können.²⁷

Im universitären Kontext wird von Studierenden erwartet, dass sie ein wissenschaftliches Sprachregister erwerben, wobei sie teilweise dabei unterstützt werden. Aber auch hier wird in der Regel davon ausgegangen, dass durch die stetige Beschäftigung mit wissenschaftlicher Sprache diese auch beiläufig erworben wird. Expliziter wird dagegen der Erwerb von Fachsprache gesteuert und unterstützt.²⁸ Zu erwerben sind vor allem der spezifische wissenschaftliche und fachliche Wortschatz (Lexik) sowie typische Merkmale der Syntax (Satzbau). Wortschatz umfasst hierbei sowohl die Vokabel als auch die Bedeutung(en) dieses Wortes; es geht also um Begriffsbildung, die sowohl neue Worte (z. B. *Gravitation*) hervorbringt als auch alltagssprachlichen Wörtern neue Bedeutung(en) zuweist (z. B. *Kraft*). Bzgl. der Syntax stehen komplexe Satzstrukturen, die durch Verschachtelungen und Attributionen etc. logische Beziehungen verdeutlichen (z. B. „Wenn diese Bedingungen unter einer besonderen Ausprägung gegeben sind, dann folgt daraus jenes, es sei denn ...“).²⁹

Um sowohl den eher „beiläufigen“ Erwerb von Wissenschaftssprache als auch den expliziteren Erwerb von Fachsprache zu unterstützen, ist ein häufiger Kontakt mit diesen Sprachregistern notwendig.³⁰ Durch die ständige Konfrontation damit werden diese Sprachregister entwickelt, indem sie zunehmend imitiert werden. Expertinnen, Experten und Dozierende können zusätzlich unterstützen durch den Einsatz sogenannter Modellierungsstrategien. Das bedeutet, dass unzureichende oder fehlerhafte Äußerungen aufgegriffen werden und im Sinne eines positiven korrekativen Feedbacks wissenschafts- und fachsprachlich erweitert und verändert werden. Auf diese Weise erfahren die Lernenden direkt auf ihre Gedankengänge bezogen eine Rückmeldung, die sie sprachlich weiterbringt und ihnen eine Umsetzung erleichtert.³¹

Solche Strategien können auch bei Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus dem Ausland eingesetzt werden, die die Umgebungssprache, also in unserem Fall die deutsche Sprache, noch nicht ausreichend beherrschen. Wenn sie in ihrer Herkunftssprache über wissenschaftliche und fachliche Sprachregister verfügen, fällt der Transfer in der Regel nicht schwer. Herausforderungen liegen im Erwerb typischer deutscher Sprachstrukturen wie beispielsweise Komposita, aber auch von Fachbegriffen auf Deutsch mit gegebenenfalls abweichender Bedeutung (z. B. *Bildung*).³² Hierfür sind beispielsweise die Angebote der Goethe-Institute oder der an Universitäten angesiedelten Sprachinstitute von Bedeutung, die sich u.a. darauf spezialisieren, Erwachsenen berufsbezogen deutsche Sprache zu vermitteln.³³ Hier werden gezielt neben allgemeinsprachlichen Lernangeboten Kurse zur Wissenschafts- und Fachsprache für Wissenschaftler und Studierende aus Aus- und Inland gemacht.³⁴

Gerade beim Fremdsprachenlernen werden bereits seit mehreren Jahren KI-gestützte Tools eingesetzt, die vor allem adaptives Lernen z. B. bei Vokabeln etc. unterstützen.

Aber auch das Prompting zur Kommunikation mit KI-generierten Chatbots muss erlernt und geübt werden, denn zukünftig wird der Gebrauch dieses Sprachregisters gerade in Bildungs- und Wissenschaftskontexten vorausgesetzt werden.

V. Fazit

Sprache liegt in vielfältigen Varietäten vor, auf die man in sog. Sprachregistern in den jeweils passenden Kontexten zurückgreift. Dabei gibt es angemessene und weniger passende Register, die die jeweilige Funktion besser oder weniger gut erfüllen. Die Akzeptanz der Sprachregister verändert sich sowohl gesellschaftlich bedingt als auch über das Lebensalter und den Kontext. Inzwischen werden Dialekte als schützenswert angesehen, während sie in der Mitte des letzten Jahrhunderts eher marginalisiert wurden. Sprachregister unterliegen einem ständigen

27 Heppt/Schröder, Bildungssprache als übergeordnetes Ziel sprachlicher Bildung, in: Becker-Mrotzek/Gogolin/Roth/Stanat (Hg.), Grundlagen der sprachlichen Bildung, 2023, S. 139–151; Feilke, Bildungssprache, 2019, verfügbar unter: https://epub.uni-muenchen.de/61963/1/Feilke_Bildungssprache.pdf.

28 Strecker, Sprache in der Wissenschaft, WGL-Journal 1998, S. 8–12, verfügbar unter: https://ids-pub.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/7186/file/Strecker_Sprache_in_der_Wissenschaft_1999.pdf.

29 Graefen/Moll, Wissenschaftssprache Deutsch. Lesen – verstehen – schreiben, 2011.

30 Feilke, Bildungssprache, 2019, verfügbar unter: https://epub.uni-muenchen.de/61963/1/Feilke_Bildungssprache.pdf.

31 Kucharz, Alltagsintegrierte sprachliche Bildung und Förderung im Elementarbereich, in: Titz/Geyer/Ropeter/Wagner/Weber/Hasselhorn (Hg.), Konzepte zur Sprach- und Schriftsprachförderung entwickeln, 2018, S. 214 ff.

32 Graefen/Moll, Wissenschaftssprache Deutsch. Lesen – verstehen – schreiben, 2011.

33 Goethe-Institut Deutschland, Aufgaben und Ziele, <https://www.goethe.de/ins/de/de/uun/auf.html>.

34 S. z. B. Sprachzentrum Universität Stuttgart, Angebot, www.sz.uni-stuttgart.de.

Wandel, insbesondere Register wie die Jugendsprache, oder entstehen neu wie beispielsweise zur Kommunikation mit KI-generierten Chatbots. Je besser ein jeweiliges Sprachregister beherrscht wird, also je genauer kontext- und regelangemessen agiert wird, umso gewinnbringender kann kommuniziert werden. Auch die auf der Grundlage von *Large Language Models* trainierten Chatbots verfügen über verschiedene Sprachregister, was für den erwarteten Output relevant ist. Soll z. B. ein wissenschaftlicher Output generiert werden, kann es entscheidend sein, entsprechende sprachliche Mittel für das Prompting zu verwenden.

Für die Kommunikation im wissenschaftlichen Kontext ist ein entsprechendes Sprachregister notwendig, das neben diskursiven Elementen über die relevanten fachspezifischen Termini und normierten Formulierungen verfügt. Durch die starke Standardisierung wissenschaftlicher Fachsprache ist eine internationale Verständigung erleichtert, so dass es für Wissenschaftler mit grundlegenden Kenntnissen in der jeweiligen Fremdsprache möglich ist, fachlich mit Kollegen in Austausch zu treten. Dies gelingt unter Umständen leichter als in einem umgangssprachlichen Kontext, weil dort verwendete *Idioms* und dialektale Einfärbungen etc. typisch für jede Sprache (*language*) sind und eine Verständigung unter Umständen erschweren.

Die Möglichkeiten, die sich durch die mit *Large Language Models* generierten Chatbots bieten werden, lassen sich bislang eher mutmaßen.³⁵ So ist es denkbar, dass sich sowohl die Bedeutung von Nationalsprachen als auch von Sprachregistern verändert und abnimmt, weil KI-generierte Texte in jeweils andere Nationalsprachen und Sprachregister übertragen bzw. übersetzt werden können. Damit würde sich die Zugehörigkeit z. B. zu einer Fach-Community nicht mehr über die fachspezifische Wissenschaftssprache erweisen, denn Menschen mit anderen Nationalsprachen und anderen Sprachregistern könnten einen erleichterten Zugang erhalten. Welche Vor- und Nachteile bzgl. Verständlichkeit, Partizipation einerseits und Verwässerung, Uneindeutigkeit andererseits daraus folgen, wird zu diskutieren sein.

Diemut Kucharz, Professorin für Erziehungswissenschaft mit den Schwerpunkten Grundschulpädagogik und Sachunterricht an der Goethe-Universität Frankfurt, forscht u.a. im Bereich alltagsintegrierte Sprachbildung und -förderung in Kindertageseinrichtungen und Grundschulen.

35 Verschiedene Institutionen, die sich mit Kultur und Sprache beschäftigen, setzen sich derzeit mit der Bedeutung von KI für die Sprache auseinander: neben Universitäten, Goethe-Instituten, Zeitschriften und Verlagen auch kulturelle Einrichtungen wie z. B. die Stiftung Lyrik Kabinett München (<https://www.lyrik-kabinett.de/veranstaltungen>).

Daniel Becker und Daniel Feuerstack

Die EU-KI-Verordnung – Überblick und Bewertung mit Fokus auf Entwicklung und Einsatz von KI-Systemen an Hochschulen¹

Nachdem knapp drei Jahre zuvor die EU-Kommission den ersten Entwurf für eine Verordnung über künstliche Intelligenz (KI-VO) vorgelegt hat und der Rat sowie das EU-Parlament diese Entwürfe angepasst und überarbeitet haben, ist am 13. März 2024 nun die KI-VO final beschlossen worden. Der risikobasierte Ansatz, wonach die Verordnung zwischen inakzeptablen, hochriskanten und minimal riskanten KI-Systemen unterscheidet, wird grundsätzlich beibehalten, jedoch um eine vierte Kategorie, KI-Modelle mit generellem Verwendungszweck, ergänzt. Kernanliegen dieses Beitrages ist es, die wichtigsten Regelungen und Vorgaben der KI-VO darzustellen und zu bewerten sowie deren Implikationen für den Einsatz und die Entwicklung von KI-Systemen an Hochschulen herauszuarbeiten.

I. Einleitung

Mit Beschluss vom 13. März 2024 hat das EU-Parlament nach vorheriger Zustimmung des EU-Ministerrates die Verordnung für Künstliche Intelligenz (KI-VO)² angenommen. Aufbauend auf dem Ursprungsentwurf der Kommission³ setzt die KI-VO teilweise auch zentrale Änderungsvorschläge des Rats⁴ und des Parlaments⁵ um, wozu insbesondere die Regulierung von KI-Systemen mit generellem Verwendungszweck sowie umfassende Ausnahmen für die Forschung an KI-Systemen gehören. Ziel der KI-VO ist gem. Art. 1 die Förderung vertrauenswürdiger und menschenzentrierter KI bei gleichzeitiger Innovationsförderung. Als zentrale Schutzgüter werden

in Art. 1 KI-VO Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte sowie kollektive Rechtsgüter wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Umweltschutz benannt. Zur Erreichung dieser Ziele werden KI-Systeme in unterschiedliche Risikokategorien unterteilt: KI-Systeme mit inakzeptablem Risiko, die in der KI-VO grds. verboten werden, KI-Systeme mit hohem Risiko, die in der Verordnung detaillierten Regeln unterworfen werden und KI-Modelle mit generellem Verwendungszweck, hinsichtlich derer insbesondere Risikobewertungs-, Transparenz- und Informationspflichten bestehen. Beim Einsatz von KI-Systemen mit minimalem Risiko können bestimmte Transparenz- und Informationspflichten bestehen, im Regelfall sind diese jedoch von der KI-VO nicht erfasst. In diesem Beitrag soll die KI-VO inhaltlich dargestellt werden, insbesondere mit Blick auf ihre Relevanz für den Einsatz und die Entwicklung von KI in der Wissenschaft und Forschung sowie im Rahmen der Lehre an Hochschulen.

II. Anwendungsbereich

1. Sachlicher Anwendungsbereich: KI-Systeme

Der Begriff des KI-Systems wird nach Vorbild der KI-Leitlinien der OECD in Art. 3 Nr. 1 KI-VO definiert als "ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie

1 Die Autoren danken Prof. Dr. Silja Vöneky für ihre hilfreichen Anmerkungen sowie Anna-Lena Lieder für die wertvolle Korrekturarbeit.

2 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG)Nr. 300/2008, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), 13.06.2024, PE-CONS 24/1/24 REV 1, 2021/0106(COD).

3 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des

Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, 21.04.2021, COM(2021) 206 final.

4 Rat der Europäischen Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - General approach, 14954/22, 25.11.2022.

5 Europäisches Parlament, Gesetz über künstliche Intelligenz, 14.06.2023, P9_TA(2023)0236.

etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“⁶

Entscheidend für die Abgrenzung zu nicht-intelligenter Software ist nach dieser Definition das in Art. 3 Nr. 1 KI-VO eingeführte Kriterium der Autonomie.⁷ Autonom agieren KI-Systeme gem. ErWG 12, wenn sie “bis zu einem gewissen Grad unabhängig von menschlichem Zutun agieren und in der Lage sind, ohne menschliches Eingreifen zu arbeiten.”

Das Kriterium der Autonomie ermöglicht jedoch keine trennscharfe Abgrenzung zu herkömmlicher, nicht-intelligenter Software.⁸ So könnten auch automatisierte Prozesse in einer Excel-Tabelle unter den Begriff des KI-Systems subsumiert werden,⁹ da solche Softwareprogramme zu einem gewissen Grad unabhängig agieren und in der Lage sind, ohne menschliches Eingreifen zu arbeiten.¹⁰ Die Definition ist jedoch insgesamt als hinreichend zu bewerten. Im Übrigen ist ein weites Verständnis des Begriffes KI-System auch nicht zu beanstanden, da sich auch bei regelbasierten, nichtlernenden Algorithmen, sofern sie in riskanten Anwendungsbereichen eingesetzt werden, die mit KI-Systemen assoziierten Probleme stellen können.¹¹ Eine Eingrenzung des zwar weit definierten sachlichen Anwendungsbereiches erfolgt in einem zweiten Schritt über den in der KI-VO verfolgten risikobasierten Ansatz.

2. Personeller und räumlicher Anwendungsbereich

Der personelle Anwendungsbereich der KI-Verordnung erfasst nach Art. 2 I KI-VO Anbieter und Betreiber von KI-Systemen, soweit diese KI-Systeme in der EU auf den Markt bringen oder nutzen wollen, sowie weitere Akteure in der KI-Wertschöpfungskette. Daneben richtet sich die KI-VO gem. Art. 2 Abs. 1 lit. g KI-VO auch an Betroffene, für die sie jedoch keine Pflichten, sondern lediglich

Rechte vorsieht. Hochschulen können dabei sowohl als Anbieter als auch als Betreiber zu qualifizieren sein. Ausweislich der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 3 KI-VO ist Anbieter “jede natürliche oder juristische Person, die ein KI-System oder ein GPAI-Modell entwickelt oder entwickeln lässt, um es auf dem Markt anzubieten oder in Betrieb zu nehmen”. Dies gilt auch für Hochschulen, soweit diese entsprechend tätig werden. Als Betreiber wird nach Art. 3 Nr. 4 KI-VO “jede natürliche oder juristische Person verstanden, die ein KI-System in eigener Verantwortung und nicht im Rahmen einer rein-persönlichen oder nicht-beruflichen Tätigkeit verwendet”. Bei Hochschulen werden KI-Systeme stets im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit angewendet, so dass sie unter den Betreiberbegriff subsumiert werden können.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a KI-VO ist diese auf Anbieter anwendbar, unabhängig davon, ob diese selbst in der EU ansässig sind. Des Weiteren findet die KI-VO gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b KI-VO auf alle Betreiber von KI-Systemen Anwendung, die ihren Sitz oder eine Niederlassung in der EU haben. Schließlich gilt die KI-VO auch für alle Anbieter und Betreiber, die ihren Sitz in einem Drittland haben, sofern der Output des KI-Systems sich in der Union auswirkt.¹²

3. Ausnahmen

Von besonderer Bedeutung für Hochschulen ist zunächst die in der KI-VO implementierte Privilegierung der Forschung durch die Bereichsausnahme nach Art. 2 Abs. 6 KI-VO¹³ sowie die Privilegierung nach Art. 2 Abs. 8 KI-VO.

Ausweislich Art. 2 Abs. 6 KI-VO, gilt die KI-VO nicht für „KI-Systeme oder KI-Modelle, einschließlich ihrer Ausgabe, die eigens für den alleinigen Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Entwicklung entwickelt und in Betrieb genommen werden“.

6 Bomhard/Siglmüller, RD i 2024, 45. Siehe OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, 22.5.2019, abrufbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

7 Bomhard/Siglmüller, RD i 2024, 45, ebenso zum Parlamentsentwurf: Becker/Feuerstack, MMR 2024, 22, 23.

8 Hierzu bereits zum Ursprungsentwurf der Kommission Ebers et al., RD i 2021, 528, 529; Grütmacher/Füllsack, ITRB 2021, 159, 160; Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188, 1189; Smuha et al., How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI, 2021, S. 14 f.; Spindler, CR 2021, 361, 373; Bomhard/Merkle, RD i 2021, 276, 278; Deutscher Bundesrat, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union COM(2021) 206 final, Drucksache 488/21 (Beschluss),

2021, S. 5, 7 f.; Steege, MMR 2022, 926f. Zum Entwurf des Parlaments siehe Becker/Feuerstack, MMR 2024, 22, 23; Hacker/Berz, ZRP 2023, 226, 227.

9 Vgl. zu diesem konkreten Beispiel Zenner et al., Ein KI-Gesetz für Europa, FAZ, 12.06.2023, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/ki-eu-parlament-einigt-sich-auf-rahmen-fuer-gesetz-18955926-p2.html>.

10 Hierzu bereits Becker/Feuerstack, MMR 2024, 22, 23 sowie Hacker/Berz, ZRP 2023, 226, 227.

11 Smuha et al., How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI, 2021, S. 14 f, wobei je nach verwendeter Technik das Risiko einer Menschenrechtsverletzung variieren kann, vgl. ebd.

12 Bomhard/Siglmüller, RD i 2024, 45, 46.

13 Zur Privilegierung der Wissenschaft im Kommissionsentwurf siehe Becker, ZfDR 2023, 164 ff.

Die begriffliche Einbeziehung von KI-Modellen legt nahe, dass diese Ausnahme vom Anwendungsbereich auch für die durch die KI-VO umfangreich regulierten GPAI-Modelle gelten soll. Entscheidend ist dabei aber, dass das KI-System oder das KI-Modell „eigens für den alleinigen Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Entwicklung entwickelt und in Betrieb genommen wird“. Wenn also ein KI-System oder ein KI-Modell von Hochschulen neben der Forschung auch für andere Zwecke verwendet oder entwickelt wird, kann die Privilegierung bereits entfallen. Zu Abgrenzungsproblemen kann dies bei anwendungsbezogenen Drittmittelprojekten führen. Bei diesen wird die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 6 KI-VO im Einzelfall zu bestimmen sein. Sobald das KI-System auch für einen weiteren Zweck entwickelt oder verwendet wird, also beispielsweise einer möglichen Nutzung in einem aus dem Projekt ausgegliederten Start-Up mit auch wirtschaftlicher Zielsetzung, kommt eine Privilegierung nach Art. 2 Abs. 6 KI-VO nicht mehr in Betracht. Auch bei Dual-Use-Anwendungen greift die Bereichsausnahme für dieses KI-System insgesamt nicht mehr und die Anwendbarkeit der KI-VO bleibt bestehen. Der Umstand, dass die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 6 KI-VO die Anwendbarkeit derselben in ihrer Gänze ausschließt, spricht dabei für eine enge Auslegung des alleinigen Zwecks. Hierfür kann auch angebracht werden, dass unabhängig von der Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 6 KI-VO die Vorfeldprivilegierung wissenschaftlicher Forschung nach Art. 2 Abs. 8 KI-VO bestehen bleibt.

Die Einbeziehung des Entwicklungsbegriffes deutet darauf hin, dass in Übereinstimmung mit der Auslegung des Grundrechts auf Forschungsfreiheit aus Art. 13 GRCh auch die private sowie die anwendungsorientierte Forschung erfasst sein sollen.¹⁴ Zu beachten ist dabei, dass die Nichteröffnung des Anwendungsbereichs der KI-VO die Bindung an das Unionsrecht im Übrigen unberührt lässt.

Fraglich ist, ob die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 6 KI-VO die Lehre erfasst. Dagegen spricht zunächst, dass Art. 2 Abs. 6 KI-VO allein von Forschung und Entwicklung spricht, nicht aber von Lehre. Demgegenüber wird in ErwG 25 S. 1 davon gesprochen, dass die KI-VO die Freiheit der Wissenschaft nicht untergraben soll, worunter auch die Freiheit der Lehre verstanden werden kann. Im Übrigen geht aber auch ErwG 25 allein

auf die Privilegierung wissenschaftlicher Forschung ein, nicht aber auf die Lehre. Daneben kann auch auf Art. 13 GRCh rekuriert werden, der Forschungsfreiheit und akademische Freiheit zwar in eine enge Verbindung stellt, aber als zwei verschiedene Grundrechte benennt. Des Weiteren spricht auch die Einstufung von Bewertungssystemen für Schüler und Studenten als Hochrisiko-KI-Systemen nach Anhang III Nr. 3 b der KI-VO für ein Verständnis der Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 6 KI-VO, das die Lehre nicht erfasst, da diese ansonsten systemwidrig wäre. Im Ergebnis erfasst daher Art. 2 Abs. 6 KI-VO den Schutz der Lehre nicht. Neben die Privilegierung durch die Bereichsausnahme des Art. 2 Abs. 6 KI-VO tritt die Privilegierung von Forschungs-, Test- und Entwicklungsaktivitäten im Vorfeld des Inverkehrbringens von KI-Systemen. Diese sind nach Art. 2 Abs. 8 S. 1 KI-VO unabhängig vom Akteur, nicht vom Anwendungsbereich der KI-VO erfasst und sind nach Art. 2 Abs. 8 S. 2 KI-VO im Einklang mit dem geltenden Unionsrechts durchzuführen. Gemäß Art. 2 Abs. 8 S. 3 KI-VO findet die Regelung keine Anwendung auf Tests unter Realbedingungen. Die Regelung ist dabei primär als Klarstellung zu verstehen, da bereits der Anbieter- und der Betreiberbegriff eine Anwendbarkeit der KI-VO im Vorfeld des Inverkehrbringens ausschließt.

Insgesamt kann die Privilegierung, insbesondere gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf¹⁵, als weitgehend und insgesamt als hinreichend bewertet werden. Insbesondere die weite Privilegierung rein wissenschaftlicher Nutzung von KI-Systemen und KI-Modellen reduziert die Eingriffsdichte der KI-VO hinsichtlich der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh auf ein Mindestmaß. Allein dort wo Forschende tatsächlich wie Unternehmer handeln, werden diese weiterhin durch die KI-VO reguliert, was in Anbetracht der Ziele der KI-VO, relevante Risiken einzuhegen, auch gerechtfertigt werden kann.

III. Risikobasierter Ansatz

Die KI-VO verfolgt einen risikobasierten Ansatz. Dabei wird zwischen KI-Systemen mit inakzeptablem Risiko, KI-Systemen mit hohem Risiko, KI-Systemen mit minimalem Risiko und KI-Modellen mit generellem Verwendungszweck unterschieden.

¹⁴ Vgl. Becker, ZfDR 2023, 164.

¹⁵ Hierzu umfassend Becker, ZfDR 2023, 164.

1. Verbotene KI-Praktiken

Sogenannte „KI-Praktiken“ mit einem inakzeptablen Risiko werden in Art. 5 KI-VO aufgezählt und sind grundsätzlich verboten. Darunter fallen unter anderem manipulative Techniken, die das Verhalten von Personen beeinflussen und zu erheblichen Schäden für diese führen können (Art. 5 Abs. 1 lit. a KI-VO), die KI-basierte Bewertung des sozialen Verhaltens (Social Scoring, Art. 5 Abs. 1 lit. c KI-VO), die Beurteilung des Risikos der (erneuten) Straftatbegehung (Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO) sowie die KI-basierte biometrische Echtzeit-Fernidentifikation (Art. 5 Abs. 1 lit. h, Abs. 2-7). Für letzteres Verbot bestehen dabei allerdings Ausnahmen zur Aufklärung und Verhütung schwerer Straftaten. Auch bei den anderen Verboten existieren bestimmte Ausnahmen, die die Verbotsnorm etwas verwässern und aufgrund ihrer teilweisen Unbestimmtheit für Rechtsunsicherheit sorgen.

2. Hochrisiko-KI-Systeme

KI-Systeme mit hohem Risiko werden in den Art. 6 ff. KI-VO geregelt und stellen den zentralen Regelungsgegenstand der KI-VO dar. Die Einordnung als Hochrisiko-KI-System hängt dabei von dem Bereich ab, in dem das KI-System eingesetzt werden soll. KI-Systeme, die unter die im Anhang I enthaltenen Unionsrechtsakte fallen, werden gem. Art. 6 Abs. 1 KI-VO als Hochrisiko-KI-Systeme eingeordnet. Der Anhang III enthält zudem eine Liste von Anwendungsbereichen mit hohem Risiko. Für die Wissenschaft und Forschung ist dabei zum einen relevant, dass der Einsatz in einem dieser Bereiche die Anwendbarkeit der Wissenschaftsprivilegierung ausschließt, da das KI-System dann nicht mehr allein Forschungszwecken dient.

Zum anderen enthält Anhang III, wie bereits genannt, einige Anwendungsbereiche, die unmittelbar für Hochschulen relevant sind. Dies sind unter anderem der Einsatz von KI-Systemen zur Zulassung zu Bildungseinrichtungen (Annex III Nr. 3 a)), zur Bewertung von Prüfungsleistungen (Annex III Nr. 3 b)), zur Bewertung des Bildungsniveaus (Annex III Nr. 3 c)) sowie zur Überwachung von Schülern oder Studierenden bei Prüfungen

(Annex III Nr. 3 d)). Auch der Einsatz von KI bei der Auswahl von (Lehr-)Personal sowie die Leistungsbewertung von Angestellten (Annex III Nr. 4 a) und b)) stellt einen Anwendungsbereich mit hohem Risiko dar, der für Hochschulen im Allgemeinen relevant sein dürfte.

Gem. Art. 9 KI-VO müssen für Hochrisiko-KI-Systeme Risikomanagementsysteme eingerichtet werden, wodurch absehbare Grundrechtsrisiken identifiziert und abgemildert werden sollen. Art. 10 KI-VO schreibt bestimmte Qualitätskriterien für Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze vor. Demnach müssen diese Datensätze unter anderem hinreichend relevant, repräsentativ und nach Möglichkeit frei von Fehlern und im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung vollständig und möglichst kontextsensitiv sein und sind auf potenzielle Biases zu untersuchen, die verbotene Diskriminierungen zur Folge haben. Die Vorschrift adressiert damit teilweise das Problem unfairer KI, ohne dabei jedoch konkrete Fairnessmetriken vorzuschreiben.¹⁶ Dies ist allerdings nicht zu beanstanden, da sich verschiedene Fairnessmetriken häufig ausschließen und widersprechen.¹⁷ Ebenfalls kein Nachteil ist, dass keine weitergehenden Vorgaben an die Nichtdiskriminierung von KI-Systemen enthalten sind. Fragen wie etwa die Rechtfertigung algorithmischer Diskriminierungen, sind Gegenstand des europäischen und nationalen Antidiskriminierungsrechts. Die Beantwortung ob ein Verstoß gegen diese nicht-KI-spezifischen Normen vorliegt, hängt vom Einzelfall ab und die Feststellung obliegt letztlich den Gerichten. Auf Ebene einer präventiven Regulierung wie der KI-VO kann der Frage der Verhinderung von Bias dabei nur mit bestimmten Qualitätsanforderungen an die Datensätze begegnet werden. Zu kritisieren ist hier, dass die Anforderungen der KI-VO sehr unbestimmt sind.¹⁸ Wann Datensätze *hinreichend* repräsentativ, relevant und fehlerfrei sind, bleibt weitestgehend unklar und liegt damit im Ermessen der Anbieter.

In Art. 11 KI-VO wird zudem eine Pflicht zur technischen Dokumentation bestimmter Informationen aufgestellt. Anhand dieser soll den Marktüberwachungsbehörden nach Art. 3 Nr. 26 KI-VO gezeigt werden können, dass die Anforderungen an das KI-System eingehal-

16 Vgl. *Feldkamp et al.*, ZfDR 2024, 60, 93. Als Fairnessmetriken bezeichnet man im allgemeinen verschiedene Versuche in der Informatik, KI-Systemen im Trainingsprozess Fairness, das heißt Gleichbehandlung, anhand quantitativer Gleichbehandlungsbegriffe einzuprogrammieren, vgl. *Gesellschaft für Informatik*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren. Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018, S. 39; *Verma/Rubin*, Fairness Definitions Explained, 2018 ACM/IEEE

International Workshop on Software Fairness, 2018, S. 1; *Mehrabi et al.*, A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning, ACM Computing Surveys, Vol. 54(6), 2021, Article 115, S. 11.

17 Vgl. etwa *Berk et al.*, Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art, Sociological Methods & Research 50(1) (2021), 3 ff.

18 Zu dieser Kritik im Allgemeinen auch *Bomhard/Siglmüller*, RD 2024, 45, 54.

ten werden. Nach Anhang IV müssen unter anderem der Zweck des Systems, dessen Funktionsweise, die Einsatzmöglichkeiten, die Hardwareanforderungen, das User-Interface, dessen Entscheidungslogik und zentrale Annahmen, die zentralen Klassifikationsentscheidungen, die zu optimierenden Parameter, mögliche Kompromisse in Bezug auf die technischen Lösungen, für die jeweiligen Anforderungen der KI-VO, die Qualität der Inputdaten, verwendete Leistungskennzahlen d.h. Metriken zur Beurteilung der Leistung des KI-Systems¹⁹, das erwartete Maß an Genauigkeit und etwaige Diskriminierungsrisiken dokumentiert werden.

Zudem müssen bestimmte Ereignisse gem. Art. 12 KI-VO automatisch aufgezeichnet werden. Dies soll die Identifikation von Risiken nach Art. 79 Abs. 1 KI-VO sowie die Überwachung nach Markteinführung ermöglichen und ein hinreichendes Niveau an Rückverfolgbarkeit der Funktionsweise gewährleisten.

Nach Art. 13 Abs.1 KI-VO müssen Hochrisiko-KI-Systeme zudem hinreichend transparent sein, um Betreiber in die Lage zu versetzen, den Output des Systems zu interpretieren und das System richtig zu verwenden. Betreibern ist zu diesen Zwecken eine Gebrauchsanweisung zu überlassen. Unklar bleibt jedoch, wie die Begriffe Transparenz und Interpretation zu verstehen sind.

Ergänzt wird die Pflicht in Art. 13 KI-VO durch das in Art. 86 KI-VO enthaltene Recht auf Erläuterung individueller Entscheidungsfindung für betroffene Personen. Demnach sind Personen, die von einer Entscheidung betroffen sind, die mithilfe eines Hochrisiko-KI-Systems getroffen wurde und auf sie rechtliche oder ähnlich beeinträchtigende Auswirkungen hat, berechtigt, vom Betreiber eine klare und aussagekräftige Erklärung über die wichtigsten Elemente der Entscheidung und die Rolle des KI-Systems zu verlangen. Dies könnte für Hochschulen insofern relevant werden, dass diese in den oben genannten Hochrisiko-Anwendungen, etwa bei der Bewertung von Prüfungsergebnissen, wenn dabei KI-Systeme zum Einsatz kommen, die wichtigsten Elemente erklären müssen. Art. 86 KI-VO ist jedoch inhaltlich zu unbestimmt. So wird nicht klar, worauf sich die "Elemente" einer Entscheidung beziehen. ErwG 171 stellt lediglich klar, dass die Erklärung klar und aussage-

kräftig sein soll und dadurch eine Grundlage geschaffen werden soll, die betroffene Personen in die Lage versetzt, ihre Rechte wahrzunehmen.

Des Weiteren müssen KI-Systeme mit hohem Risiko gem. Art. 14 KI-VO unter menschlicher Aufsicht stehen. Eine zuständige natürliche Person muss in der Lage sein, Fehlfunktionen zu erkennen, den Output korrekt zu interpretieren und einen „Stopp“-Knopf zu drücken. Übermäßiges Vertrauen in den Output soll verhindert werden.

Hochrisiko-KI-Systeme müssen schließlich gem. Art. 15 KI-VO über ein gewisses Maß an Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit verfügen. Die Beeinflussung des Systems durch vergangene verzerrte Outputs (sog. Feedback-Loops) soll nach Möglichkeit verhindert werden.

Zudem wird in Art. 27 KI-VO eine Grundrechtfolgenabschätzung vorgeschrieben. Diese Pflicht gilt grundsätzlich nur für öffentlich-rechtliche Betreiber, worunter jedenfalls öffentlich-rechtliche Bildungseinrichtungen, wie etwa staatlichen Hochschulen, zu subsumieren sind. Diese Akteure sind verpflichtet, eine Abschätzung der Auswirkungen durchzuführen, die die Verwendung des jeweiligen Hochrisiko-KI-Systems für die Grundrechte haben kann. Diese Grundrechtfolgenabschätzung umfasst unter anderem die Kategorien der betroffenen Personen, die spezifischen Schadensrisiken und eine Beschreibung der Umsetzung von Maßnahmen der menschlichen Aufsicht. Unklar ist allerdings der konkrete Mehrwert der Grundrechtfolgenabschätzung gegenüber der inhaltlich weitgehend gleichlaufenden Verpflichtung zur Errichtung eines Risikomanagementsystems in Art. 9 KI-VO.²⁰ Sofern Hochschulen außerhalb der Forschungsprivilegierung nach Art. 2 Abs. 6 und 8 KI-VO - wie sie zuvor beschrieben wurde - KI-Systeme als Betreiber in einem Hochrisikobereich einsetzen oder Hochrisiko-KI-Systeme auf den Markt bringen, sind sie umfassend an die Vorgaben der KI-VO gebunden. Dies ist vor dem Hintergrund, dass sie in diesem Fall auch vergleichbar zu klassischen Anbietern und Betreibern - in der Regel private Unternehmen - tätig würden, auch gerechtfertigt.

19 *Gesellschaft für Informatik*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren. Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018, S. 38.

20 Hierzu *Hacker/Berz*, ZRP 2023, 226, 228.

3. KI-Systeme mit minimalem Risiko und Transparenzrisiko

KI-Systeme mit minimalem Risiko werden von der KI-VO grundsätzlich nicht reguliert. Eine Ausnahme hiervon stellen KI-Systeme dar, die direkt mit natürlichen Personen interagieren. Diese müssen gem. Art. 50 KI-VO als solche gekennzeichnet werden, sofern dies nicht offensichtlich ist. Automatisch generierte Inhalte wie Videos, Bilder oder Texte sowie sogenannte Deep Fakes müssen ebenfalls gekennzeichnet werden, auch wenn sie grds. nicht als Hochrisiko-KI-System eingeordnet werden.

Sonstige KI-Systeme, die weder ein hohes Risiko noch ein Transparenzrisiko aufweisen, bleiben jedoch unreguliert. Während der Parlamentsentwurf der VO noch im operativen Teil einen Katalog allgemeiner Prinzipien wie z.B. Fairness und Accountability enthielt, der für alle KI-Systeme gelten sollte,²¹ wurde dieser nun in ErwG 27 und damit in den nicht rechtsverbindlichen Teil der Verordnung verschoben. Diesen abstrakten und unbestimmten Vorgaben wird in der Rechtspraxis wohl kein normativer Wert zukommen.

4. KI-Modelle mit generellem Verwendungszweck

Für viel Aufsehen und Diskussion hat letztlich auch die seit dem Ratsentwurf eingefügte Regulierung von KI-Systemen mit generellem Verwendungszweck gesorgt (kurz GPAI-Modelle, Abkürzung für den im Englischen verwendeten Begriff "general purpose AI Model").

Der Begriff wird in Art. 3 Nr. 63 KI-VO definiert als "KI-Modell [...] das eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist und in der Lage ist, unabhängig von der Art und Weise seines Inverkehrbringens ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, und das in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme oder Anwendungen integriert werden kann". Unklar bleibt dabei, was unter dem Begriff des Modells zu verstehen ist und inwiefern sich dieser von dem Begriff des KI-Systems unterscheidet.²² Darunter dürften jedenfalls große Sprachmodelle (engl. Large Language Models, kurz LLMs) wie ChatGPT oder Google Gemini sein.

Dieser "gestufte" Ansatz ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses, dessen Zustandekommen das

Scheitern der gesamten KI-VO verhindert hat, wobei das Ziel verfolgt wurde, kleinere und mittlere Unternehmen sowie Startups zu privilegieren.²³ Dieses Ziel mag zwar nachvollziehbar sein, ändert jedoch nichts daran, dass auch von kleineren GPAI-Modellen Grundrechtsrisiken ausgehen können.²⁴ Überzeugender wäre es daher gewesen, auf den gestuften Ansatz zu verzichten und stattdessen alle GPAI-Modelle auf bestimmte mit diesen einhergehenden Risiken zu bewerten.

Die komplexen Fragen, die den Einsatz von GPAI-Modellen an Hochschulen, etwa im Rahmen der Lehre oder durch Studierende bei der Erstellung von Seminar- und Hausarbeiten betreffen, werden durch die KI-VO nicht beantwortet. GPAI-Modelle werden vielmehr nur hinsichtlich des Zeitpunktes reguliert, an dem ihre konkrete Verwendung noch gar nicht feststeht. Inwiefern GPAI-Modelle etwa zulässige Hilfsmittel für Studierende darstellen, wird daher nicht geregelt. Sofern ein GPAI-Modell in den oben genannten Risikobereichen, etwa zur Bewertung und Benotung von Studierenden eingesetzt wird, ist es als Risiko-KI-System einzustufen. Sodann gelten jedoch die Regeln zu Hochrisiko-KI-Systemen. Wenn universitäre Einrichtungen GPAI-Modelle zu Forschungszwecken entwickeln und einsetzen, greift die Forschungsprivilegierung in Art. 2 Abs. 6 KI-VO. Gem. Art. 2 Abs. 8 KI-VO gilt die KI-VO auch nicht für Forschungs-, Test- und Entwicklungstätigkeiten zu GPAI-Modellen vor Inbetriebnahme oder Inverkehrbringen. Dies entbindet freilich Forschende und Entwickelnde nicht von der Pflicht, in diesem Stadium Grundrechte und einschlägiges Unionsrecht zu beachten.

Wollen Forschende GPAI-Modelle auf dem Markt anbieten oder in Betrieb nehmen, ohne ausschließliche Forschungszwecke zu verfolgen, so gelten sie als Anbieter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KI-VO. Sie müssen dann auch die speziell GPAI-Modelle betreffenden Regeln beachten. Diese finden sich vor allem in den Art. 51 ff. KI-VO. Dabei wird zwischen Modellen mit und ohne systemisches Risiko unterschieden. Um ein GPAI-Modell mit systemischem Risiko handelt es sich gem. Art. 51 Abs. 1 KI-VO, wenn dieses Fähigkeiten mit hoher Wirkkraft („high impact capabilities“) besitzt. Diese wird gem. Art. 51 Abs. 2 KI-VO vermutet bei einer Leistungsfähigkeit von 10²⁵ FLOPs. Diese Maßeinheit bezieht sich gem. Art. 3 Nr. 67 KI-VO auf die Zahl der Gleitkommazahl-Operationen,

21 Hierzu *Becker/Feuerstack*, MMR 2024, 22, 22.

22 *Bomhard/Siglmüller*, RD 2024, 45, 50.

23 Hierzu *Frisch/Kohpeis*, ZD-Aktuell 2023, 01318.

24 *Martini/Wiesehöfer*, NVwZ – Online-Aufsatz 1/2024, 14.

25 *Hacker/Berz*, ZRP 2023, 226, 228.

die pro Sekunde ausgeführt werden können. Für alle GPAI-Modelle ungeachtet ihrer Einordnung gelten zunächst die Anforderungen des Art. 53 KI-VO. Demnach sind Anbieter zur technischen Dokumentation verpflichtet, die unter anderem die Aufgaben, die das Modell bewältigen soll, die Architektur und die Zahl der Parameter, die Lizenz, Trainingsmethoden und -techniken, Informationen über die verarbeiteten Daten sowie die Zahl der FLOPs enthalten muss. Nachgelagerten Anbietern müssen gem. Art. 53 Abs. 1 lit. b KI-VO Informationen über das Modell mitgeteilt werden, die diese in die Lage versetzen sollen, die Fähigkeiten und Limitationen des GPAI-Modells zu verstehen. Dies gilt gem. Art. 53 Abs. 2 KI-VO nicht für Modelle, die unter einer freien Lizenz verfügbar sind, sofern diesen kein systemisches Risiko innewohnt. Anbieter müssen zudem eine Policy zur Einhaltung des EU-Urheberrechts einführen und hinreichend detaillierte Zusammenfassungen der genutzten Trainingsdaten öffentlich zur Verfügung stellen.

Für GPAI-Modelle mit systemischem Risiko gilt darüber hinaus Art. 55 KI-VO. Dieser schreibt etwa eine Modellbewertung nach anerkannten technischen Standards vor, um systemische Risiken zu bewerten und abzumildern. Auch sind ernste Vorfälle, einschließlich möglicher Korrekturmaßnahmen zu dokumentieren und dem AI Office zu melden, und ein hinreichendes Maß an Cybersicherheit muss gewährleistet werden.

Synthetische Text-, Bild-, Video- und Audioinhalte, die von GPAI-Modellen generiert wurden, müssen zudem nach Art. 50 Abs. 2 KI-VO in computerlesbarem Format als künstlich generiert gekennzeichnet sein. Die Pflicht zur Modellbewertung nach Art. 55 Abs. 1 lit. a KI-VO erscheint angemessen, da nur nach erfolgter Modellbewertung eine tatsächliche Risikoeinschätzung durch den Anbieter des GPAI-Modells tatsächlich erfolgen kann.

Zu kritisieren ist jedoch die unterschiedliche und widersprüchliche Verwendung des Begriffes des systemischen Risikos: einerseits beschreibt der Begriff GPAI-Modelle mit Fähigkeiten mit hoher Wirkkraft, wodurch die strengen Anforderungen des Art. 55 KI-VO zur Anwendung gelangen. Gleichzeitig wird im Zusammenhang mit der Bewertungspflicht aus Art. 55 KI-VO das Begriffsverständnis aus den Art. 34 f. DSA zugrunde ge-

legt, wonach es insbesondere auf nachteilige Auswirkungen für bestimmte Rechtsgüter ankommt. In der Folge sind Anbieter von GPAI-Modellen, die aufgrund ihrer hohen FLOP-Zahl ein systemisches Risiko aufweisen, verpflichtet, das systemische Risiko nochmals zu identifizieren und zu bewerten und sodann abzumildern.

Es stellt sich dann die Frage, ob dies bedeutet, dass Anbieter die Rechenleistung reduzieren müssen. Unklar ist auch, inwiefern sich systemische Risiken auf abstrakter Ebene, ohne dass sie das konkrete künftige Anwendungsfeld kennen, überhaupt bewerten und abmildern lassen.²⁵ Da sich systemische Risiken für Grund- und Menschenrechte bei allen GPAI-Modellen, ungeachtet der FLOP-Zahl, stellen können,²⁶ da auch kleine GPAI-Modelle grundrechtsrelevante Bereiche betreffen können, ist der gestufte Ansatz zudem wenig überzeugend.

IV. Fazit

Die KI-VO enthält an verschiedenen Stellen Vorgaben für den Einsatz von KI in Wissenschaft und Forschung sowie in der Lehre an Hochschulen. Zwar gelten für „reine“ Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten zunächst die inzwischen umfassenden und großzügigen Ausnahmen vom Anwendungsbereich der KI-VO. Der Einsatz von KI-Systemen, bspw. bei der Einstellung von Lehrkräften und Angestellten sowie bei der Zulassung und Bewertung von Studierenden führt jedoch zur Anwendung der Vorschriften über Hochrisiko-KI-Systeme. In diesen Bereichen dürfen Hochschulen nur KI-Systeme einsetzen, die den Anforderungen der KI-VO entsprechen.

Die komplexen Fragen, die sich seit der Popularität von ChatGPT im Zusammenhang mit dem Einsatz von GPAI-Modellen an Hochschulen stellen, werden von der KI-VO nicht beantwortet, weshalb sie weiterhin Anlass zur Debatte geben. Die umfassenden, gestuften Regeln zu GPAI-Modellen betreffen vielmehr ein Stadium, in dem der konkrete Einsatz der Modelle noch nicht unbedingt feststeht. Sofern die Forschungsprivilegierung nicht greift und sie als Anbieter einzustufen sind, müssen auch Hochschulen die Vorschriften zu GPAI-Modellen beachten.

Aufgrund der doppeldeutigen Definition des systemischen Risikos und dem wenig überzeugenden gestuf-

26 So auch Martini/Wiesehöfer, NVwZ – Online-Aufsatz 1/2024, 14.

ten Ansatz muss die Regulierung von GPAI-Modellen insgesamt als misslungen bewertet werden. Auch die generell inflationäre Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, mit der erhebliche Rechtsunsicherheit einhergehen kann, ist negativ zu bewerten.²⁷ Die Kommission ist diesbezüglich gehalten, ihrer Aufgabe zur Erarbeitung von Leitlinien für die praktische Umsetzung gem. Art. 96 KI-VO möglichst noch vor Geltung der jeweiligen Vorschriften²⁸ nachzukommen.

Positiv zu bewerten ist jedoch zunächst der seit Beginn des Gesetzgebungsprozesses verfolgte risikobasierte Ansatz der KI-Regulierung. Daneben überzeugt auch die Angleichung der Definition von KI-Systemen in der

KI-VO mit der Definition der OECD. Schließlich ist auch die im Vergleich zum Kommissionsentwurf deutlich erweiterte und praxistaugliche Privilegierung der Forschung in der finalen Fassung der KI-VO zu begrüßen.

Daniel Becker ist Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg.

Daniel Feuerstack ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht (Abt II: Völkerrecht, Rechtsvergleichung) der Universität Freiburg. Er ist dort tätig in den interdisziplinären Forschungsnetzwerken Rescale (gefördert von der Carl-Zeiss-Stiftung) und Adaptive Governance of Emerging Technologies (AdGovEm) der Universität Freiburg.

27 Bomhard/Sigmüller, RDi, 45, 54.

28 Vgl. hierzu Art. 113 KI-VO, der grds. eine Umsetzungsfrist von 24 Monaten ab Inkrafttreten nennt, jedoch für verschiedene Vorschriften auch kürzere oder längere Umsetzungsfristen enthält.

Pascal Bronner

Selbstlernende Systeme in Lernumgebungen

Der Einsatz von KI-Systemen in der Schulbildung und die KI-Verordnung der EU

Übersicht

I. Einleitung

II. Digitalisierung und KI in der Schule: (Rechts-)Politische Zielbestimmung

III. Einsatz von KI-Systemen in der Schule

1. Anwendungsebenen und technische Methoden

a) Schulorganisationsebene

b) Unterrichts- und Lernebene

2. Anwendungsparadigmen von KI-Systemen im Schulkontext

a) (Adaptive) Intelligente Tutoring-Systeme (ITS)

b) Einsatz von generativer Künstlicher Intelligenz

3. Potenziale und Herausforderungen: Gestaltung des KI-Einsatzes in Schulen

IV. KI-Kompetenz („AI Literacy“)

V. Die KI-VO und KI in der Schule: Rechtliche Implikationen

1. Hintergrund: Der Regelungsinhalt der KI-VO

2. KI-Systeme und GPAI-Modelle als Regelungsobjekt

3. Schulen als Akteure in der KI-Wertschöpfungskette

4. Rechtliche Anforderungen an den Betrieb von KI-Systemen im Schulkontext

a) Verbot von KI-Systemen mit unannehmbarem Risiko

b) Hochrisiko-KI-Systeme

aa) Anwendungsbereiche des Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III Nr. 3 KI-VO

bb) Anforderungen an Schulen als Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen

cc) Ausnahme des Art. 6 Abs. 3 KI-VO

c) Bestimmte KI-Systeme, Art. 50 KI-VO: Transparenz und Kennzeichnung

d) Generative KI-Modelle, Art. 51 ff. KI-VO

VI. Fazit und Ausblick

I. Einleitung

Die disruptive Wirkungsmacht von KI hält auch Einzug in die Schulbildung. Einer aktuellen Studie zufolge nutzen bereits 74 Prozent der befragten Jugendlichen zwischen 14 und 20 Jahren KI-Systeme generell und davon immerhin 39 Prozent der Befragten mindestens wöchentlich (weitere 29 Prozent zumindest monatlich) zu schulischen Zwecken.¹ Gleichwohl geht aus der Studie hervor, dass KI-Systeme an 45 Prozent der Schulen entweder gar kein Thema (38 Prozent) oder verboten (sieben Prozent) sind.² Schülerinnen und Schüler zeigen sich beim Einsatz von KI also insgesamt deutlich agiler und entwicklungsöffener als viele Schulen. Wie so häufig im Kontext der Digitalisierung werden die sich durch Beständigkeit auszeichnenden Bildungseinrichtungen³ von der „normativen Kraft des Faktischen“ eingeholt. KI-Technologien bergen immense Potenziale für die individuelle Lernförderung sowie die Unterstützung von Schulorganisation und Lehrkräften und sind geeignet, seit Jahren drängende und ungelöste Herausforderungen im Bildungssystem zu bewältigen.

In einigen Gesellschaftsbereichen bestimmt der Einsatz von KI-Anwendungen bereits flächendeckend den Alltag. Während sich die Wissenschaft schon jahrelang umfassend mit KI-Technologien in der Schulbildung befasst, steht die praktische Umsetzung noch relativ am Anfang. Neben Leitlinien zur interessengerechten Anwendung drängen sich vor allem rechtliche Fragestellungen auf. Nun stößt zudem die mit Spannung erwartete und viel diskutierte KI-Verordnung der EU (KI-VO) in den anlaufenden KI-Transformationsprozess in der

1 „Pioniere des Wandels – Wie Schüler:innen KI im Unterricht nutzen möchten“, Studie von infratest dimap im Auftrag der Vodafone Stiftung Deutschland, März 2024, S. 10. Für die Studie wurden im Januar 2024 1.590 Jugendliche und junge Erwachsene im Alter von 14 bis 20 Jahren befragt. Die Studie ist hier abrufbar: <https://www.vodafone-stiftung.de/jugendstudie-kuenstliche-intelligenz/>.

2 Studie von infratest dimap im Auftrag der Vodafone Stiftung Deutschland (Fn. 1), S. 9.

3 Nuxoll, KI in der Schule, APuZ 42/2023, 41, 46.

Schulbildung.⁴ Dieser Beitrag analysiert die rechtlichen Implikationen der KI-Verordnung für den Bildungsbe- reich vor dem Hintergrund ihrer Anwendungsparadig- men und Potenziale.

II. Digitalisierung und KI in der Schule: (Rechts-) Politische Zielbestimmung

Notwendige Vorbedingung des nachhaltigen KI-Einsatzes in der Schulbildung ist die umfassende Digitalisie- rung des Bildungswesens. Die Defizite der Schuldigitali- sierung sind offenkundig und wurden ganz besonders in der Debatte um das pandemiebedingte Erfordernis eines technologiebasierten Distanzunterrichtes deutlich. Auch das BVerfG sah in diesem Zusammenhang die Notwen- digkeit stärkerer Bemühungen um die Digitalisierung im Schulwesen. In seinem Beschluss vom 19.11.2021, mit dem das BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeits- recht in Art. 2 Abs. 1 GG und dem staatlichen Auftrag für das Schulwesen aus Art. 7 Abs. 1 GG das „Recht auf schuli- sche Bildung“ entwickelte, leitete das Gericht aus die- sem neuen Grundrecht eine abwehr-, leistungs- und teil- haberechtliche Dimension her.⁵ Ist Präsenzunterricht an Schulen nicht möglich, folgt aus dem Recht auf schuli- sche Bildung ein einklagbarer Anspruch von Schülerin- nen und Schülern auf Distanzunterricht als leistungsdi- mensionaler Ausprägung „unverzichtbarer Mindest- standards“ staatlicher Bildungsgewährleistung, unabhängig des Vorbehalts des Möglichen und des Gestaltungsspielraums der Länder.⁶ Dies geht mit Bemü- hungen um die Schuldigitalisierung für potenziell künftige Schulschließungen einher.⁷

Die Digitalisierung des Bildungssystems stellt auch für die Politik eine höchst priorisierte Zielbestimmung dar. Dies zeigt sich bereits daran, dass für den *DigitalPakt Schule*⁸ nicht nur eine hohe Fördersumme als Sonder- vermögen bereitgestellt, sondern auch die Verfassung eigens modifiziert wurde. Mit dem Digitalpakt stellt der Bund den Ländern und Kommunen für den Zeitraum 2019 bis 2024 ursprünglich insgesamt fünf Milliarden Euro für bessere technische Schulausstattung und pädä- gogische Kompetenzförderung bereit. Die hierfür erforderliche Änderung der Verfassung wurde mit der Einfü- gung des Art. 104c GG erreicht, wonach der Bund den Ländern Finanzhilfen für die kommunale Bildungsinf- rastruktur gewähren kann.⁹ Die Einführung von Art. 104c GG ist deshalb beachtlich, da sie vor allem das finanzverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip aus Art. 104a Abs. 1 Hs. 1 GG in einer mit dem Schulwesen ausschließlich den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG obliegenden Gesetzgebungsmaterie durchbricht.¹⁰ Aktu- ell verhandeln Bund und Länder über den „Digitalpakt 2.0“ als Fortführung der auslaufenden Vereinbarung.

Zeitgleich mehren sich die Forderungen, auch die so- zio-technischen Entwicklungen (generativer) KI in die- sen Verhandlungen mitzudenken.¹¹ Insgesamt ist Künst- liche Intelligenz nicht nur ein „politischer Zielbegriff“,¹² sondern der Einsatz von KI-Systemen in der Schule mittlerweile politische Zielbestimmung. Dies zeigt sich an zahlreichen Leitlinien und Handreichungen zum KI- Einsatz in Schulen auf internationaler¹³, EU-¹⁴ und nati- onaler Ebene.¹⁵ Auch staatlich initiierte und gesteuerte Modellversuche und KI-Pilotprojekte untermauern die

4 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vor- schriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung weiterer Rechtsakte (nachfolgend: KI-VO).

5 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, BVerfGE 159, 355. Vgl. instruktiv zur Grundrechtsdogmatik der Leistungsrechte vor dem Hintergrund dieser Entscheidung *Munaretto*, Das Möglichste und das Mindeste, DER STAAT 62 (2023), 419 ff.

6 BVerfG (Fn. 5), BVerfGE 159, 355, 385 f. Rn. 54 f., 428 Rn. 169, 430 Rn. 173.

7 BVerfG (Fn. 5), BVerfGE 159, 355, 435 ff. Rn. 188 ff.

8 Verwaltungsvereinbarung DigitalPakt Schule 2019 bis 2024 zwi- schen Bund und Ländern, https://www.digitalpaktschule.de/files/VV_DigitalPaktSchule_Web.pdf.

9 Zur Entstehungsgeschichte des Art. 104c GG s. *Schwarz*, in *Dürig/ Herzog/Scholz*, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 104c GG Rn. 1 f.

10 *Gröpl*, Ertragshoheit, Finanzausgleich und Ausgabenlasten, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Staatsrecht Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 55 Rn. 112. Nach dem Konnexitätsprinzip knüpft sich die Aufgabenlast an die Aufgabenwahrnehmung und die jeweilige Verwaltungszustän-

digkeit i.S.d. Art. 30, 83 ff. GG, vgl. ders. in *Stern/Sodan/Möstl*, Staatsrecht Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 55 Rn. 90.

11 *Füller*, Digitalpakt 2.0: Nicht ohne generative KI, *Tagesspiegel* Background Digitalisierung & KI vom 26.3.2024, <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/digitalpakt-2-0-nicht-ohne-generative-ki>.

12 Vgl. *Herberger*, „Künstliche Intelligenz“ und Recht, *NJW* 2018, 2825, 2826 bezogen auf das Eckpunktepapier zur KI-Strategie der Bundesregierung.

13 *Miao/Holmes/Huang/Zhang*, UNESCO - AI and Education: Guidance for Policy-Makers, 2021, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376709>.

14 *EU-Kommission*, Ethische Leitlinien für Lehrkräfte über die Nut- zung von KI und Daten für Lehr- und Lernzwecke, 2022, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d81a0d54-5348-11ed-92ed-01aa75ed71a1>.

15 Vgl. statt vieler *Köller et al.*, Large Language Models und ihre Potenziale im Bildungssystem - Impulspapier der Ständigen Wis- senschaftlichen Kommission der Kultusministerkonferenz, Januar 2024, https://www.swk-bildung.org/content/uploads/2024/02/SWK-2024-Impulspapier_LargeLanguageModels.pdf.

allgemein erkannte Bedeutsamkeit.¹⁶ Der „Aktionsplan Künstliche Intelligenz“ des BMBF sieht Zielvorgaben für einen verantwortungsvollen KI-Einsatz im Bildungssystem vor, wie die Förderung der KI-Kompetenzen von Lehrkräften und Lernenden, ein am „Primat der Pädagogik“ ausgerichteter Einsatz sowie KI als Lerninhalt.¹⁷ Solche Leitlinien und Aktionspläne sind begrüßenswert, ohne eine zeitnahe konkrete und verantwortungsbewusste Umsetzung aber lediglich wirkungslose Absichtserklärungen. Eine wichtige Erkenntnis lässt sich allerdings festmachen: Gremien und Entscheidungsträger haben erkannt, dass ein KI-Verbot an Schulen weder angemessen noch umsetzbar ist und möchten einen vertrauenswürdigen Einsatz fördern.

III. Einsatz von KI-Systemen in der Schule

1. Anwendungsebenen und technische Methoden

Bei der Anwendung von KI-Technologien im Schulwesen lassen sich grundsätzlich drei Einsatzebenen unterscheiden, in denen der Einsatz von lernenden algorithmischen Systemen potenziell sinnstiftende Wirkung entfalten kann: die Schulorganisationsebene, die Unterrichtsebene und die Lernebene.¹⁸ Im Hinblick auf einzelne Anwendungen ist eine trennscharfe Abgrenzung der Ebenen oftmals weder möglich noch notwendig.

a) Schulorganisationsebene

Auf der Ebene der Schulorganisation können Steuerungs-, Zuweisungs- und Planungsprozesse durch KI-Anwendungen erleichtert und unterstützt werden. Die Basis für die Optimierung dieser Prozesse bildet die i.d.R. anonymisierte Analyse von Schul- und Schülerdaten mittels sog. *Educational Data Minings (EDM)*. EDM umfasst die Anwendung von Data-Mining-Analysen auf Daten aus Bildungsumgebungen und die Methodik zur

Erforschung dieser Daten zur Lösung wichtiger Fragen in diesen Bildungsumgebungen.¹⁹ Mittels Methoden maschinellen Lernens und statistischen Ansätzen werden dabei große Datenmengen aus Lernaktivitäten von Schülerinnen und Schülern extrahiert und analysiert.

In der Schulorganisation können so finanzielle (Mittelzuweisungen) und personelle Ressourcen (Zuweisung von Lehrkräften, Raum- und Stundenpläne, Ausfall und Vertretung) effizienzsteigernd optimiert werden. Die Analyse des Lernverhaltens kann die Zusammensetzung von Schülerinnen und Schülern in Klassen und Lerngruppen sowie die rechtzeitige Ergreifung pädagogischer Maßnahmen von Schulseite (z.B. Beratung) interessengerecht individualisieren.

b) Unterrichts- und Lernebene

Die Unterrichtsebene betrifft insbesondere Lehrkräfte in ihren genuinen Aufgaben der Organisation von Lehr- und Lernprozessen, der Wissensvermittlung und der Prüfung. Dies umfasst den Einsatz algorithmenbasierter EdTech-Tools für die bedarfsgerechte Erstellung von Lehrinhalten, zur Kommunikation mit den Schülerinnen und Schülern sowie die Steuerung von automatisiertem Feedback auf Lernfortschritte sowie die Bewertung und Prüfung von Schulaufgaben. Der Optimierung von Lehrprozessen liegen häufig Verfahren der sog. *Learning Analytics (LA)* zugrunde, die i.d.R. maschinelle Lernalgorithmen einsetzen. Dabei werden Lernaktivitäten von Schülerinnen und Schülern zur Optimierung von Lern-Lehr-Prozessen kontinuierlich gemessen, gesammelt und analysiert.²⁰ Bezugspunkt für die Messung des Lernverhaltens sind häufig Lernmanagement- oder Tutoring-Systeme.

Eng verknüpft mit der Unterrichtsebene ist die Lernebene, auf der KI-Systeme eingesetzt werden können, um Schülerinnen und Schüler bedarfsgerecht im Lernen und ihrer Entwicklung zu unterstützen. Im Zen-

16 Vgl. zum KI-Modellversuch KI@School in Bayern Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus über den Schulversuch „KI@school – datengestützte Lernbegleitung“ vom 20.9.2022 (BayMBl. Nr. 563), geändert durch Bekanntmachung vom 7.8.2023 (BayMBl. Nr. 416, 499).

17 Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Aktionsplan Künstliche Intelligenz, 7.11.2023, S. 20 f., <https://www.bmbf.de/bmbf/de/forschung/digitale-wirtschaft-und-gesellschaft/kuenstliche-intelligenz/ki-aktionsplan.html>.

18 Diese Differenzierung orientiert sich an *nmb Institut* im Auftrag der Deutsche Telekom Stiftung, KI@Bildung: Lehren und Lernen in der Schule mit Werkzeugen Künstlicher Intelligenz – Schluss-

bericht, 1.6.2021, <https://www.telekom-stiftung.de/sites/default/files/files/media/publications/KI%20Bildung%20Schlussbericht.pdf>.

19 Romero/Ventura, Educational Data Mining and Learning Analytics: An updated Survey, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Data Mining and Knowledge Discovery* (January 2020), S. 2 mwN.

20 Ifenthaler, in: *Learning Analytics im Hochschulkontext*, in: Fürst (Hrsg.), *Digitale Bildung und Künstliche Intelligenz in Deutschland*, 2020, 519, 522; Siemens, *Learning Analytics: The Emergence of a Discipline*, *American Behavioral Scientist* 57 (10) 2013, 1380 ff.; Lang/Siemens/Wise/Gašević, *Handbook of Learning Analytics*, First Edition 2017, S. 269.

trum dieser Ebene stehen adaptives Lernen und individuelles Feedback.²¹ Durch KI-Anwendungen kann auf Basis charakteristischer Parameter (Lernfortschritt, Prüfungsergebnisse, Kompetenzen und Lernziele) ein auf den Einzelfall zugeschnittenes Lern- und Feedbackkonzept bereitgestellt werden.

2. Anwendungsparadigmen von KI-Systemen im Schulkontext

Der rasante technologische Fortschritt und das steigende Bewusstsein für die Potenziale von KI-Anwendungen führen dazu, dass immer mehr KI-basierte EdTech-Tools auf den Markt drängen. Dies betrifft (noch) viel mehr Anwendungen auf der Unterrichts- und Lernebene als auf der Schulorganisationsebene. Der auf der Bildungsmesse Didacta ausgezeichnete Feedback-Assistent Fiete AI etwa kann Schülerinnen und Schülern auf technischer Basis des aktuellen *Generative Pre-Trained Transformers (GPT-4)* von OpenAI anhand vorgegebener Kriterien Echtzeit-Feedback zu erstellten Texten geben. In eine ähnliche Richtung orientiert sich der von der TU München entwickelte KI-Tutor PEER, der Schülerinnen und Schüler bei der Erstellung von Aufsätzen unterstützt, die KI-Lernplattform Fobizz unterstützt u.a. bei Erstellung von Lerninhalten oder Korrekturen. Die Bundesländer kooperieren bereits mit diesen Unternehmen oder streben Kooperationen an.²² Unter den vielfältigen Anwendungen sind mittlerweile v.a. intelligente Tutoring-Systeme und der Einsatz generativer KI verbreitet.

a) (Adaptive) Intelligente Tutoring-Systeme (ITS)

Intelligente Tutoring-Systeme (ITS) sind Bildungsplattformen, basieren häufig auf Learning-Analytics-Verfahren, analysieren iterativ und kontinuierlich Lernfortschritte und stellen auf dieser Grundlage den Schülerinnen und Schülern individualisierte Lerninhalte bereit.²³

ITS beurteilen auf den analysierten Daten zunächst die individuelle Lernkompetenz, bieten daraufhin personalisierte Aufgaben und Tests und können dabei i.S.e. adaptiven Lernansatzes Echtzeit-Feedback geben. Aus der Interaktion der Lernenden mit dem ITS erfolgt eine stetige Anpassung an einzelne Lernbedürfnisse. ITS haben den Vorteil, dass Lehrkräfte jederzeit den Fortschritt einsehen und darauf reagieren können. Sie können vielfältig integriert oder mit weiteren Technologien verknüpft werden. Dialogbasierte Tutoring-Systeme können z.B. mittels *Natural Language Processing (NLP)* Gespräche mit Lehrkräften simulieren. Im Kontext der Effizienz von ITS als pädagogischem Instrument zeichnet die hierzu durchgeführte bisherige Forschung ein ambivalentes Bild.²⁴

b) Einsatz von generativer Künstlicher Intelligenz

Die beeindruckenden Fähigkeiten generativer KI-Systeme bestehen nicht nur Abiturprüfungen,²⁵ sondern können gewinnbringend im Unterricht eingesetzt werden. Als Teilbereich der Informatikdisziplin der KI umfasst sie i.d.R. mittels maschinellem Lernen²⁶ auf riesigen Datensätzen trainierte Anwendungen mit der Fähigkeit zur Generierung von Inhalten, wie Text, Bild, Audio und Video. Die bekanntesten Anwendungen sind große textverarbeitende Sprachmodelle (*Large Language Models, LLMs*) sowie Modelle zur Verarbeitung multimodaler Inhalte (*Large Multimodal Models, LMMs*) wie z.B. von Textinput zu Bildoutput.²⁷ Generative KI-Anwendungen werden nach der erörterten Studie schon am häufigsten im schulischen Umfeld genutzt, mit Nutzung durch 46 Prozent der Befragten sticht das LLM ChatGPT von OpenAI wenig überraschend heraus.²⁸ In einer weiteren Befragung unter volljährigen Schülerinnen und Schülern, bei der insgesamt 68 Prozent der Befragten angaben, generative KI-Anwendungen zumindest einmal

21 Vgl. übersichtsartig zu KI-gestützten Adaptive-Learning-Methoden Kabudi/Pappas/Olsen, AI-enabled Adaptive Learning Systems: A systematic Mapping of the Literature, Computers and Education: Artificial Intelligence 2 (2021), 100017.

22 So hat z.B. Rheinland-Pfalz eine Lizenz für Fobizz erworben, vgl. <https://bm.rlp.de/schule/fobizz>.

23 Nuxoll (Fn. 3), APuZ 42/2023, 41, 44; Miao/Holmes/Huang/Zhang (Fn. 13), UNESCO - AI and Education: Guidance for Policy-Makers, 2021, S. 15.

24 Zur Vergleichbarkeit von ITS mit „herkömmlichem“ Unterricht vgl. du Boulay, Artificial Intelligence as an Effective Classroom Assistant, IEEE Intelligent Systems, Vol. 31, No. 6 (2016), 76 ff.; nach Holmes/Anastopoulou/Schaumburg/Mavrikis, Technology-enhanced personalised learning: untangling the evidence, Robert Bosch Stiftung, 2018, S. 93 funktioniert ausschließlich technologiebasiertes personalisiertes Lernen ohne Berücksichtigung der

menschlichen Dimensionen des Lernens nicht.

25 Vgl. Schiffer/Gawlik, ChatGPT: So gut hat die KI das bayerische Abitur bestanden, BR24 vom 29.5.2023, <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/chatgpt-ki-besteht-bayerisches-abitur-mit-bravour,TfB3QBw>.

26 Allen bislang bekannten generativen KI-Modellen liegen ML-Methoden zugrunde, vgl. so Pesch/Böhme, Artpocalypse now? – Generative KI und die Vervielfältigung von Trainingsbildern, GRUR 2023, 997, 998.

27 Ausf. zu den Potenzialen von LMMs im Bildungskontext s. Bewersdorff et al., Taking the Next Step with Generative Artificial Intelligence: The Transformative Role of Multimodal Large Language Models in Science Education, <https://arxiv.org/pdf/2401.00832>.

28 Studie von infratest dimap im Auftrag der Vodafone Stiftung Deutschland (Fn. 1), S. 11.

genutzt zu haben, gaben ganze 89 Prozent dieser Befragten an, diese Tools auch schon zur Erstellung/Prüfung von Texten oder Code im Schulkontext eingesetzt zu haben.²⁹

Generative KI ist von allen Seiten vielfältig im Schulkontext einsetzbar. Lehrkräfte können LLMs zur Erstellung von Lerninhalten und -materialien nutzen und die Unterrichtsplanung hierdurch innovativer und maßgeschneidert auf einzelne Lernbedürfnisse gestalten.³⁰ Einzelne Aufgaben können durch leicht modifizierte Anweisungen an das System (Prompts) in verschiedenen Schwierigkeitsstufen vorbereitet und angepasst werden. Chatbots, die auf LLMs basieren, erleichtern adaptives Lernen durch individuelles Feedback.³¹ Schülerinnen und Schüler können LLMs zur automatisierten Texterstellung einsetzen.³² Sie können eine entscheidende Unterstützung im Schreibprozess von Aufsätzen oder Hausaufgaben spielen. Zudem stellen LLMs ein wichtiges Informationswerkzeug für Recherchen dar,³³ das die Fähigkeiten bewährter Suchmaschinen teils erheblich übersteigt.

3. Potenziale und Herausforderungen: Gestaltung des KI-Einsatzes in Schulen

Die Darstellung der vielfältigen Anwendungspotenziale von KI-Systemen im Schulkontext legt ihre bereichsspezifischen Potenziale nahe, insbesondere in ohnehin drängenden Fragen wie Bildungsgerechtigkeit oder Personal- und Ressourcenknappheit. Etwa zwei Drittel der Schülerinnen und Schüler (73 Prozent) sehen in KI-Technologien im schulischen Umfeld (eher) eine Chance.³⁴ Diese Chance sollte verantwortungsbewusst genutzt werden. Auf Ebene der Schulorganisation können beschränkte finanzielle Ressourcen und der Mangel an qualifiziertem Personal durch effizienzsteigernde Pla-

nung und Steuerung aufgefangen werden. Lehrkräfte können bei der Vorbereitung und Durchführung des Unterrichts und der Bewertung von Aufgaben unterstützt werden. Der Schwerpunkt ihrer Arbeitsbelastung kann sich durch die resultierende Entlastung auf die persönliche Betreuung von Lernenden fokussieren. Die Anwendung verschiedener ITS kann das personalisierte und individuell bedarfsgerecht zugeschnittene Lernen von Schülerinnen und Schülern fördern, Feedback ermöglichen und somit auch Lernergebnisse verbessern.³⁵ Durch individuelles Lernen können Lernende motiviert werden, Lernfortschritte zu erzielen. KI-Systeme können einen gerechten und inklusiven Zugang zu Bildung für Schülerinnen und Schülern mit kognitiven Defiziten (z.B. Dyskalkulie oder Legasthenie) oder sonstigen geistigen und körperlichen Einschränkungen fördern. Jede Schülerin und jeder Schüler kann genau die Unterstützung erhalten, die benötigt wird.

Die Herausforderungen des schulischen KI-Einsatzes müssen für einen nachhaltigen Einsatz der Technologie im Schulkontext ebenso berücksichtigt werden. Zunächst sind dies einer datengetriebenen Informationsverarbeitung inhärente Risiken für den Schutz der Privatsphäre und die Datensicherheit in einer besonders schutzwürdigen Umgebung. Der vermeintlich objektiveren Bewertung von Lernenden steht entgegen, dass der Einsatz von KI-Technologien bestehende Ungleichheiten perpetuieren kann. Dies resultiert z.B. aus diskriminierendem Systemoutput, basierend auf verzerrten Trainingsdaten oder einer voreingenommenen Programmierung, die – ebenso wie falsche Ergebnisse probabilistischer KI-Anwendungen – die Qualitätssicherung erschwert.³⁶ Darüber hinaus kann schlicht der unterschiedliche Zugang zu notwendiger technischer Infrastruktur zu Ungleichheiten führen. Trotz des Digital-

29 Für die im Sommer 2023 durchgeführte Befragung wurden insgesamt 252 volljährige Schülerinnen und Schüler befragt, vgl. auch Schlude/Mendel/Stürz/Fischer, Verbreitung und Akzeptanz generativer KI an Schulen und Hochschulen, bidt, 15.3.2024, <https://www.bidt.digital/publikation/verbreitung-und-akzeptanz-generativer-ki-an-schulen-und-hochschulen/>.

30 Statt vieler Kasneci et al., ChatGPT for good? On Opportunities and Challenges of Large Language Models for Education, Learning and Individual Differences, Vol. 103 (April 2023), 102274, S. 3.

31 Seßler et al., PEER: Empowering Writing with Large Language Models, in Viberg et al. (Hrsg.), Responsive and Sustainable Educational Futures, Proceedings of the 18th European Conference on Technology Enhanced Learning, EC-TEL 2023, S. 755 ff.

32 Holmes/Tuomi, State of the art and practice in AI in education, European Journal of Education 57 (4) 2022, 542, 552.

33 Köller et al. (Fn. 15), Large Language Models und ihre Potenziale

im Bildungssystem - Impulspapier der Ständigen Wissenschaftlichen Kommission der Kultusministerkonferenz, Januar 2024, S. 10.

34 Studie von infratest dimap im Auftrag der Vodafone Stiftung Deutschland (Fn. 1), S. 6 f.

35 Ma/Adesope/Nesbit/Liu, Intelligent Tutoring Systems and Learning Outcomes: A Meta-Analysis, Journal of Educational Psychology 106, 4 (2014), 901 ff.; Hasse/Cortesi/Lombana-Bermudez/Gasser, Youth and Artificial Intelligence: Where we stand, Youth and Media, Berkman Klein Center for Internet & Society (2019), S. 9.

36 Vgl. generell zu Diskriminierungsursachen von KI Barocas/Selbst, California Law Review 104, 3 (2016), 671 ff.; zu sog. Biases in LLMs vgl. Navigli et al., Biases in Large Language Models: Origins, Inventory, and Discussion, Journal of Data and Information Quality 15, 2, Article 10 (2023), S. 1 ff.

pakts geht aus einer Befragung hervor, dass im Jahr 2023 nur auf 15 Prozent der befragten Schulen für *alle* Schulklassen Klassensätze an digitalen Endgeräten (z.B. Laptops oder Tablets) zur Verfügung standen.³⁷ Hier sind die Schulen und übergeordnet die Länder in der Pflicht, da ansonsten Schülerinnen und Schüler mit einem niedrigen sozio-ökonomischen Hintergrund weiter benachteiligt werden könnten. KI-Anwendungen müssen zudem auf den jeweiligen Bildungskontext und Lehrpläne konzipiert und fortlaufend aktualisiert werden und an zeitgemäße pädagogische Konzepte und Methoden angepasst werden. Weiterhin müssen Kernkompetenzen wie Kreativität, kritisches Denken und empathische Betrachtungsweisen fester Bestandteil des schulischen Kompetenzerwerbs sein.

Schließlich haben generative KI-Anwendungen und hierbei insbesondere LLMs die Wirkungsmacht, das Lehren und Lernen an Schulen im Hinblick auf die Denkweise und das Selbstverständnis pädagogischer Strukturen nachhaltig zu beeinflussen. Diese Systeme sind in der Lage, Aufsätze und Gedichte zu schreiben, Texte zu übersetzen sowie Rechenaufgaben zu lösen und dies schneller und oft besser als Schülerinnen und Schüler. Zentral bleibt aber eine objektive Bewertung der einzelnen Leistung als Nachweis des Leistungsstandes (vgl. etwa Art. 52 BayEUG). Daher ist eine Reform der Lehrkultur und eine Anpassung traditioneller Prüfungsformate in Hausarbeiten und Hausaufgaben unumgänglich. Im Zentrum steht dabei v.a. die Fokussierung auf Lernprozesse anstatt allein auf Lernergebnisse. Schulische Leistungen (ebenso auch Lehrtätigkeiten durch Lehrkräfte) werden zunehmend von „Co-Kreationen“ zwischen KI und Lernenden geprägt.³⁸ Neben der angesprochenen Reformierung von Lehren und Lernen muss Künstliche Intelligenz v.a. auch Lerninhalt werden, damit Schülerinnen und Schüler die sozio-technischen Implikationen dieser Technologie begreifen können.

IV. KI-Kompetenz („AI Literacy“)

Das Fundament für einen verantwortungsbewussten Einsatz der dargestellten KI-Technologien in der Schul-

bildung unter Entfaltung der Chancen und Minimierung der Risiken ist schließlich KI-Kompetenz von Lehrenden und Lernenden gleichermaßen. Dieser sog. „AI Literacy“ widmet sich mittlerweile ein ganzer Forschungsbereich.

Nach Long und Magerko bezeichnet KI-Kompetenz „eine Reihe von Kompetenzen, die es dem Einzelnen ermöglichen, KI-Technologien kritisch zu bewerten, effektiv mit KI zu kommunizieren und zusammenzuarbeiten und KI als Werkzeug online, zu Hause und am Arbeitsplatz zu nutzen“.³⁹ Vor dem Hintergrund fünf grundlegender Fragen entwickelten sie 17 Kernkompetenzen als Bestandteil einer allgemeinen KI-Kompetenz. Es ist erforderlich, dass Lehrkräfte und insbesondere Schülerinnen und Schüler das erforderliche Kompetenzwerkzeug besitzen, um die Funktionsweise und Wirkungsmacht von KI zu begreifen und kritisch hinterfragen zu können. Hierbei ist ein prinzipielles Verständnis der zugrundeliegenden Technik ebenso erforderlich wie ein Verständnis der sozio-kulturellen Implikationen und anwendungsspezifischer Fragestellungen von KI.⁴⁰

Auch die KI-VO sieht in Art. 4 KI-VO eine rechtliche Obliegenheit für u.a. Betreiber zur Förderung der KI-Kompetenz ihres Personals vor. Sie wird in Art. 3 Nr. 56 KI-VO auf die Anforderungen der Verordnung bezogen legaldefiniert.

V. Die KI-VO und KI in der Schule: Rechtliche Implikationen

Während sich die KI-Transformation des Bildungssystems noch in ihren Anfängen befindet, tritt mit der KI-VO die weltweit erste umfassende horizontale KI-Regulierung in Kraft und mit ihr auch spezifische Anforderungen für den Bildungsbereich. Auch wenn die einzelnen Vorschriften der KI-VO nach Inkrafttreten sukzessive Geltung erlangen – mit einzelnen Abweichungen gilt die Verordnung insgesamt 24 Monate danach – sind deren rechtliche Implikationen bereits jetzt zu beachten.

37 „Die Schule aus Sicht der Schulleiterinnen und Schulleiter: Digitalisierung und digitale Ausstattung“, repräsentative Befragung durch forsa im Auftrag des Verbands Bildung und Erziehung e.V., November 2023, S. 3. Im Herbst 2023 wurden hierfür 1.310 Schulleitungen in Deutschland befragt. Die Befragung ist hier abrufbar: https://www.vbe.de/fileadmin/user_upload/VBE/Service/Meinungsumfragen/2024-02-05_Bericht-forsa_Digitalisierung.pdf.

38 S. hierzu Köller et al. (Fn. 15), Large Language Models und ihre Potenziale im Bildungssystem - Impulspapier der Ständigen Wissenschaftlichen Kommission der Kultusministerkonferenz,

Januar 2024, S. 10, 16, 20 mwN. Dort wird das Zusammenspiel von Mensch und Maschine als „Koaktivität“ bezeichnet.

39 Long/Magerko, What is AI literacy? Competencies and Design Considerations, Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 2020, S. 2.

40 Ähnlich auch Knoth et al., Developing a holistic AI literacy assessment matrix – Bridging generic, domain-specific, and ethical competencies, Computers and Education Open 6 (2024) 100177, S. 3 ff.; Michaeli/Romeike/Seegerer, What students can learn about artificial intelligence - recommendations for K-12 computing education, Proceedings of IFIP WCCE 2022, S. 5 ff.

1. Hintergrund: Der Regelungsinhalt der KI-VO

Die KI-VO verfolgt das ehrgeizige Ziel der Förderung eines vertrauenswürdigen und menschenzentrierten KIEinsatzes in der EU, flankiert durch den Schutz von Grundrechten und öffentlichen Interessen sowie innovationsfördernden Maßnahmen.⁴¹ Hierbei verfolgt sie einen horizontalen Ansatz, der sich nicht auf bestimmte Sektoren beschränkt. Einzelne Anwendungsfelder wie der Einsatz von KI-Systemen ausschließlich zu wissenschaftlicher Forschung und Entwicklung werden von der KI-VO nicht adressiert.⁴² Kernelement der KI-VO als produktsicherheitsrechtliche Verordnung⁴³ ist ein risikobasierter Regulierungsansatz, der KI-Systeme insbesondere nach Einsatzbereich, aber auch aufgrund bestimmter Eigenschaften als Produkt oder dessen Sicherheitskomponente in verschiedene Risikokategorien klassifiziert und daran anknüpfend teilweise stark divergierende Rechtsfolgen vorsieht. Die KI-VO differenziert zwischen KI-Systemen mit unannehmbarem Risiko (Verbot), Hochrisiko-KI-Systemen (umfassende Anforderungen und Konformitätsbewertung als Instrument der Ko-Regulierung), bestimmten weiteren KI-Systemen (Transparenzpflichten) und solchen ohne ein signifikantes Risiko. Losgelöst dieser Klassifizierung werden „KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck“ (*General Purpose AI Models* bzw. *GPAI-Models*), unter die auch generative KI-Systeme fallen,⁴⁴ ebenfalls risikoorientiert abgestuft reguliert. Daneben soll durch Instrumente wie sog. „*AI regulatory sandboxes*“ auch die Innovationsförderung gewährleistet sein.⁴⁵ Zur Überwachung der Einhaltung und Durchsetzung der KI-VO wird eine vielschichtige Aufsichtsstruktur aus EU- und mitgliedstaatlichen Behörden etabliert,⁴⁶ gleichzeitig sieht die KI-VO vereinzelt Rechtsbehelfe⁴⁷ sowie Sanktionen für die Nichteinhaltung der Verordnung vor.⁴⁸

2. KI-Systeme und GPAI-Modelle als Regelungsobjekt

Regulierungsgegenstand der KI-VO sind vor allem „KI-Systeme“. Diese werden in Art. 3 Nr. 1 KI-VO legaldefiniert als

„maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für ex-

plizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“.

Diese Definition ist aufgrund des technologieneutralen Ansatzes der KI-VO sehr auslegungsoffen. „In unterschiedlichem Grade autonom“ meint die Unabhängigkeit der Funktionsweise des Systems von menschlichem Eingreifen⁴⁹ und schließt somit vollständig determinierte regelbasierte Systeme vom Anwendungsbereich der KI-VO aus. Die „Anpassungsfähigkeit“ bezieht sich auf die Lernfähigkeit von Systemen⁵⁰ und durch die Eigenschaft, selbständig aus dem Input ein Output abzuleiten, werden vor allem Systeme maschinellen Lernens und logik- und wissensgestützte Systeme von der KI-VO adressiert. Adaptive ITS und generative KI-Systeme werden somit ebenso wie algorithmische Entscheidungssysteme z.B. von Lehrkräften bei der Bewertung von Aufgaben und Prüfungen von der KI-VO erfasst. Zudem adressiert der sachliche Anwendungsbereich der KI-VO auch GPAI-Modelle, die sich ausweislich ihrer Legaldefinition in Art. 3 Nr. 63 KI-VO durch Training auf großen Datenmengen, allgemeine Verwendbarkeit und die Fähigkeit, verschiedenste Aufgaben zu bewältigen, auszeichnen. Auch wenn der Begriff des „Modells“ in der KI-VO nicht näher geklärt wird, wird hierunter wohl die informatische Architektur der Programmierung verstanden werden.⁵¹

3. Schulen als Akteure in der KI-Wertschöpfungskette

Die KI-VO adressiert verschiedene Akteure mit divergierenden Pflichten in der KI-Wertschöpfungskette: Anbieter, deren (potenzielle) Bevollmächtigte in der EU, Einführer, Händler und Betreiber. In konsequenter Ausprägung der Risikoorientierung müssen Anbieter in Verantwortung über den Entwicklungsprozess des KI-Systems mit den Anforderungen der Art. 8 ff. als Basis für die Konformitätserklärung i.S.d. Art. 43 KI-VO die umfangreichsten Pflichten erfüllen. Betreiber ist nach Art. 3 Nr. 4 KI-VO jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet. Ausgeschlossen sind zudem Betreiber, die KI-Systeme ausschließlich persönlich und nicht beruflich verwenden. Sofern Betreiber und andere Akteure wesentliche Ände-

41 Art. 1 Abs. 1 KI-VO.

42 Vgl. Art. 2 Abs. 6 KI-VO; Erwgr. 25 KI-VO.

43 Zur Einstufung der KI-VO als produktsicherheitsrechtlicher Verordnung vgl. statt vieler Krönke, Das europäische KI-Gesetz: Eine Verordnung mit Licht und Schatten, NVwZ 2024, 529, 531.

44 Erwgr. 99 S. 1, 105 S. 1 KI-VO.

45 Art. 57 ff. KI-VO.

46 Art. 64 ff. KI-VO.

47 Art. 85 ff. KI-VO.

48 Art. 99 ff. KI-VO.

49 Erwgr. 12 S. 11 KI-VO.

50 Erwgr. 12 S. 12 KI-VO.

51 In diese Richtung auch Bomhard/Siglmüller, AI Act – das Trilogenergebnis, RD 2024, 45, 50.

rungen an KI-Systemen im Hochrisiko-Bereich vornehmen, können auch sie unter den Voraussetzungen des Art. 25 KI-VO als Anbieter gelten.

Es ist davon auszugehen, dass Schulen künftig keine eigenen KI-Systeme entwickeln, sondern bestehende Tools verwenden, die wie einige generative KI-Anwendungen entweder öffentlich zugänglich sind⁵² oder – ggf. durch Kooperationen mit den Bundesländern – in die Schulsysteme implementiert werden.⁵³ Öffentliche Schulen in Bayern etwa fallen trotz ihrer Eigenschaft als „nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten“⁵⁴ unter den weiten Begriff der „Behörde“ aus Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG, da sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und Verwaltungsakte erlassen können.⁵⁵ Zwar entscheiden Schulen zusammen mit den Schulaufwandsträgern – i.d.R. kommunale Körperschaften bzw. Kommunen⁵⁶ – über den Einsatz digitaler Instrumente im Unterricht. Die konkrete, für die risikoorientierte Betrachtung und konsekutiv die Betreiberpflichten der KI-VO maßgebliche Einsatzhoheit gerade nach Inverkehrbringen selbständig weiterlernender KI-Anwendungen liegt aber bei den Schulen.⁵⁷ Daher sind Schulen Betreiber nach der KI-VO, wenn sie KI-Systeme eigenverantwortlich verwenden, auch wenn fremde Infrastruktur etwa in Form von Clouds genutzt wird.⁵⁸

4. Rechtliche Anforderungen an den Betrieb von KI-Systemen im Schulkontext

Rechtliche Anforderungen nach der KI-VO an Schulen als Betreiber von KI-Systemen orientieren sich an der jeweiligen Risikoklassifizierung einzelner Anwendungen.

a) Verbot von KI-Systemen mit unannehmbarem Risiko

Art. 5 KI-VO sieht ein Verbot für sog. KI-Systeme mit unannehmbarem Risiko vor, deren Einsatz in den

abschließend in Art. 5 Abs. 1 KI-VO aufgelisteten Bereichen für schlicht unvereinbar mit den Grundwerten der Union eingestuft wird, wie z.B. KI-Systeme zur Ausnutzung einer Schutzbedürftigkeit von Personen⁵⁹ mit (potenziellem) Schädigungspotenzial (lit. b) oder Social Scoring, das zu einer Benachteiligung von Personen führt (lit. c). Für KI in der Schule von besonderer Bedeutung ist das Verbot von Emotionserkennungssystemen in Bildungseinrichtungen nach Art. 5 Abs. 1 lit. f KI-VO, das Ausnahmen für medizinische (therapeutische) oder sicherheitsbezogene Zwecke vorsieht. Emotionserkennungssysteme wurden in anderen Ländern schon in der Schule eingesetzt.⁶⁰ Da diese Systeme einige Schwachstellen aufweisen und so ein erhebliches Diskriminierungs- und – in Bezug auf Grundrechte - Schädigungsrisiko innewohnt, sollen sie gerade im Schulbereich verboten sein.⁶¹

b) Hochrisiko-KI-Systeme

Nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III Nr. 3 KI-VO gelten die dort aufgeführten KI-Systeme im Kontext der allgemeinen (Schul-) und beruflichen Bildung als Hochrisiko-KI-Systeme. Die EU-Kommission kann den Katalog durch delegierte Rechtsakte nach Art. 7 Abs. 1 lit. a KI-VO i.V.m. Art. 97 KI-VO künftig um weitere KI-Anwendungen in der Bildung erweitern.

aa) Anwendungsbereiche des Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III Nr. 3 KI-VO

Anh. III Nr. 3 KI-VO sieht vier konkrete Hochrisiko-Szenarien im Bildungsbereich „auf allen Ebenen“ und damit auch in der Schulbildung vor, wenn KI-Systeme für die dortigen Anwendungen „bestimmungsgemäß“ verwendet werden sollen. Dies betrifft zunächst den Einsatz von KI-Systemen zur Feststellung des Zugangs, der Zulassung oder Zuweisung von Personen zu Bildungs-

52 Hier bieten sich datenschutzschonende lizenzierte Zugänge für gewerbliche Tools an, wie bereits Hochschulen in Bezug auf ChatGPT implementiert haben, vgl. „Erste Hochschulen bieten ChatGPT an“, *Forschung & Lehre* v. 14.11.2023, <https://www.forschung-und-lehre.de/management/erste-deutsche-hochschulen-bieten-chatgpt-an-6040>.

53 S.o. unter III. 2.

54 Vgl. hierzu Art. 3 Abs. 1 S. 4 BayEUG; vertiefend zu Schulen als „nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten“ auch *Avenarius/Hanschmann*, *Schulrecht*, 9. Aufl. 2019, Kap. 6, S. 149.

55 *Dirnaichner*, in: *Dirnaichner, Kommentar zum BayEUG G1*, Stand: 9. NL 2014, Art. 3 BayEUG S. 2, 3 f.

56 S. für Bayern Art. 8 BaySchFG (staatliche Schulen) bzw. Art. 15 BaySchFG (kommunale Schulen).

57 Vergleichend kann auch die Eigenschaft von Schulen als daten-

schutzrechtlich Verantwortliche i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO herangezogen werden, vgl. auch *Sassenberg*, *Datenschutz in Schule und Schulverwaltung*, in: *Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht*, 2019, § 24 Rn. 25 ff.

58 Vgl. so zum KI-VO-E auch *Bomhard/Merkle*, *Europäische KI-Verordnung – Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen*, *RD* 2021, 276, 278.

59 Die Schutzbedürftigkeit von Kindern wird in *Erwgr.* 48 KI-VO thematisiert.

60 Eine Übersicht mit Darstellung der Risiken bietet *Bellio*, *Pseudo-Science entering education, Automated Society* (106) on *AlgorithmWatch*, <https://r.algorithmwatch.org/nl3/dAys-1YV4K-k4Edf6OpbOmg>.

61 *Erwgr.* 44 KI-VO.

einrichtungen (Anh. III Nr. 3 lit. a KI-VO),⁶² also algorithmische Entscheidungssysteme⁶³ (bzw. Unterstützungssysteme) auf Ebene der Schulorganisation. Ein hohes Risiko stellen auch KI-Systeme zur Bewertung von Lernergebnissen einschließlich der Steuerung von Lernprozessen dar (Anh. III Nr. 3 lit. b KI-VO). Hiervon dürften adaptive ITS regelmäßig erfasst sein, denn ihre Funktionsfähigkeit basiert gerade auf dem Monitoring von Lernergebnissen, um Inhalte an einen individuell bedarfsgerechten Lernprozess anzupassen.⁶⁴ Neben KI-Systemen zur Bewertung des angemessenen Bildungsniveaus (Anh. III Nr. 3 lit. c KI-VO) werden auch Systeme zur Überwachung und Erkennung von verbotenen Verhalten von Schülern bei Prüfungen (Anh. III Nr. 3 lit. d KI-VO) etwa durch automatisierte Prüfungsaufsicht mittels sog. Proctoring-Software⁶⁵ als hohes Risiko eingestuft. Die Hochrisiko-Klassifizierung betrifft neben der Organisationsebene somit vor allem die Unterrichtsebene in mehrfacher Ausprägung und dabei Einsatzbereiche, die trotz aller Potenziale von KI im Bildungsbereich bei nicht sachgemäßem Einsatz der KI-Systeme ein besonders intrusives Diskriminierungspotenzial bergen.⁶⁶

bb) Anforderungen an Schulen als Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen

Die Anbieter dieser schulbezogenen Hochrisiko-KI-Systeme müssen die Einhaltung der umfangreichen Anforderungen hinsichtlich dieser Systeme nach den Art. 8 ff. KI-VO sicherstellen. Schulen als Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen werden durch die KI-VO z.B. durch die Informationsbereitstellung in Art. 13 KI-VO von Anbietern zwar auch begünstigt, als Inhaber der Einsatzhoheit über KI-Systeme in der konkreten Anwendung trifft sie aber auch eine Reihe von Pflichten, die sich maßgeblich an Art. 26 KI-VO orientieren.⁶⁷ Exemplarisch sind dies etwa die Ergreifung technisch-organisatorischer Maß-

nahmen (Abs. 1), die Übertragung der menschlichen Aufsicht über den Einsatz des Systems an eine hierfür geeignete und kompetente Person (Abs. 2), die Sicherstellung, dass die Eingabedaten zweckentsprechend und repräsentativ sind (Abs. 4), die Überwachung des Betriebs des Systems (Abs. 5) sowie auch die regelmäßige Information gegenüber betroffenen Personen über die konkrete Konfrontation mit KI-Systemen (Abs. 11).

Nach Art. 27 KI-VO müssen Schulen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts⁶⁸ bei Hochrisiko-KI-Systemen schließlich eine „Grundrechte-Folgenabschätzung“ durchführen, die etwa die Beschreibung des Verfahrens, den Zeitraum und die Häufigkeit der Verwendung, die Kategorie der betroffenen Personen und die Schadensrisiken umfasst. Die Wirkung dieser Folgenabschätzung muss sich in der Rechtspraxis erst noch herausstellen. Schulen sind nach Art. 1 Abs. 3 GG bzw. Art. 51 GRCh ohnehin grundrechtsgebunden, wenn sie nach anderen Gesetzen verpflichtende Risiko- und Technikfolgenabschätzungen durchführen. Um keine andere Folgenabschätzung wird es sich trotz des vielversprechend anmutenden Namens bei der Grundrechte-Folgenabschätzung handeln, mit einem kleinen, aber wichtigen Unterschied: Die Abschätzung der Auswirkungen, die der Einsatz eines KI-Systems auf Grundrechte i.S.d. Art. 27 Abs. 1 KI-VO hat, muss auch die Chancen von KI-Systemen in der Schule als Teil der Grundrechtsverwirklichung und ganz generell berücksichtigen.

cc) Ausnahme des Art. 6 Abs. 3 KI-VO

Trotz der Klassifizierung nach Abs. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III KI-VO gilt ein KI-System, das in die dortigen Einsatzbereiche fällt, schließlich dann nicht als hochriskant, wenn es das Ergebnis menschlicher Entscheidungsfindung „nicht wesentlich“ beeinflusst und dadurch kein erhöhtes Risiko von ihm ausgeht. Davon wird bei Vorliegen einer oder mehrerer der in Art. 6 Abs. 3 S. 2 lit. a – d

62 Ein solches System wird bspw. seit einigen Jahren in der Stadt New York zur gerechteren Verteilung von Schülerinnen und Schülern auf weiterführende Schulen genutzt, s. *Tullis*, How Game Theory Helped Improve New York City's High School Application Process, New York Times vom 5.12.2014, <https://www.nytimes.com/2014/12/07/nyregion/how-game-theory-helped-improve-new-york-city-high-school-application-process.html>. Vgl. zu den Vorteilen und Risiken auch *Krüger/Lischka*, Damit Maschinen den Menschen dienen, 2018, S. 15 ff.

63 Zum Begriff des algorithmischen Entscheidungssystems vgl. *Zweig/Krafft*, Fairness und Qualität algorithmischer Entscheidungen, in: Mohabbat Kar/Thapa/Parycek, (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, 2018, S. 204, 208.

64 S.o. III. 2. a).

65 Vgl. zur Funktionsweise von Proctoring-Software und den rechtlichen Implikationen im Hochschulkontext bei Fernprüfungen auch *Rachut/Besner*, Künstliche Intelligenz und Proctoring-Software, MMR 2021, 851 ff.

66 Erwrgr. 56 S. 3 KI-VO.

67 Zu dieser „Janusköpfigkeit“ noch bezogen auf den – begrifflich unterschiedlichen aber inhaltlich deckungsgleichen – „Nutzer“ des KI-VO-E auch *Gless/Janal*, in: Hilgendorf/Roth-Isigkeit, Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, 2023, § 2 Rn. 44 ff.

68 S.o. V. 3.

KI-VO abschließend aufgezählter Bedingungen ausgegangen. Eine wesentliche Beeinflussung wird verneint, wenn ein KI-System dazu bestimmt ist, (a) eng umgrenzte formale Verfahrensaufgaben durchzuführen⁶⁹, (b) das Ergebnis einer abgeschlossenen menschlichen Entscheidung zu optimieren⁷⁰, (c) Abweichungsmuster in abgeschlossenen menschlichen Entscheidungen zu erkennen⁷¹ oder (d) eine vorbereitende Aufgabe für eine menschliche Bewertung i.S.d. Anh. III durchzuführen.⁷² Ist eine dieser Anwendungen mit einem Profiling i.S.d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO, also der Verwendung personenbezogener Daten zur Bewertung von Personen, verbunden, gilt sie durch eine Rückausnahme von Art. 6 Abs. 3 KI-VO immer als hochriskant.

Die Ausnahme des Art. 6 Abs. 3 KI-VO stellt eine schlüssige Ausprägung des risikobasierten Regulierungsansatzes dar,⁷³ da hierdurch Akteure durch den Einsatz von KI-Systemen, die in den in Anh. III aufgelisteten Bereichen angewendet werden, aber keine Entscheidungserheblichkeit aufweisen, mit den umfangreichen und in diesen Fällen außer Verhältnis stehenden Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme konfrontiert wären. Die einzelnen Bedingungen in Art. 6 Abs. 3 S. 2 KI-VO weisen allerdings ganz unterschiedliche Auswirkungen in der Mensch-Maschine-Interaktion auf: Während sich die nachträgliche Verbesserung oder Mustererkennung auf abgeschlossene Entscheidungen bezieht und ihr Einfluss auf die menschliche Entscheidungsfindung daher gering ist, können Vorbereitungshandlungen regelmäßig einen maßgeblichen Einfluss auf die menschliche Entscheidung ausüben.⁷⁴ Die genaue Abgrenzung danach, wann eine menschliche Entscheidung „wesentlich“ ist, wird künftig also mindestens genauso wichtig sein, wie die Vorschrift in ihrer Bedeutung selbst. Für die auf der Unterrichtsebene relevanten ITS wird die Ausnahme selten greifen, da der individuelle Lernfortschritt i.d.R. mit einem Profiling zusammen-

hängt. Anwendungen zur Textbearbeitung oder Übersetzung können aber durchaus unter die Ausnahme fallen.

c) Bestimmte KI-Systeme, Art. 50 KI-VO: Transparenz und Kennzeichnung

Art. 50 KI-VO sieht für bestimmte KI-Systeme Transparenzpflichten i.S.e. Kennzeichnung, dass es sich bei der Anwendung um ein KI-System handelt, vor. Entwickelt eine Schule einen eigenen Chatbot i.S.d. Art. 50 Abs. 1 KI-VO und ist demnach Anbieter, gilt die Pflicht zur Information gegenüber betroffenen Personen auch für sie. Andernfalls werden Pflichten für Betreiber im Schulkontext v.a. im Kontext von Deepfakes gem. Art. 50 Abs. 4 KI-VO relevant, die zur Inhaltsvermittlung durchaus pädagogisch wertvolle Elemente aufweisen können. Hierbei ist die künstliche Erzeugung von Inhalten offenzulegen. Bei der Erfüllung der Transparenz- und Informationspflichten gegenüber minderjährigen Schülerinnen und Schülern ist – vergleichbar zu den Transparenzpflichten der DSGVO – eine adressatengerechte Vermittlung in einfacher Sprache, ggf. mit bildlichen oder spielerischen Elementen zur Herstellung von Vertrauen unerlässlich.⁷⁵

d) Generative KI-Modelle, Art. 51 ff. KI-VO

Anbieter von GPAI-Modellen haben die in Art. 53 KI-VO verankerten Pflichten bzw. bei Vorliegen eines systemischen Risikos von GPAI-Modellen⁷⁶ die Pflichten des Art. 55 KI-VO einzuhalten. Schulen als Betreiber müssen die besonderen Anforderungen an generative KI-Modelle nicht erfüllen. Wird ein GPAI-Modell in ein GPAI-System integriert und dieses wiederum in ein KI-System,⁷⁷ greifen hinsichtlich diesem die Betreiberpflichten aus Art. 26 KI-VO. Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass der Einsatz von nicht eigens entwickelter generativer KI im Bildungskontext für Schulen aus der KI-VO

69 Bspw. die in der Schulorganisation bedeutsame Strukturierung unstrukturierter Datenmengen oder Kategorisierung einzelner Dokumente, vgl. auch Erwgr. 53 S. 4 KI-VO.

70 Hierunter fällt etwa die Verbesserung von Texten oder Aufsätzen in Sprachstil bzw. Ausdruck, vgl. auch Erwgr. 53 S. 8 KI-VO.

71 Erwgr. 53 S. 11 KI-VO nennt hier ausdrücklich den Einsatz zur Erkennung von Abweichungen im Benotungsmuster von Lehrkräften.

72 Dies umfasst z.B. die Unterstützung bei Aufsatzerstellung und Textbearbeitung mittels Suche, Textverarbeitung oder dem Einsatz von KI-Übersetzungstools, vgl. Erwgr. 53 S. 13 KI-VO.

73 Vgl. so auch *Hacker*, Comments on the Final Trilogue Version of the AI Act, 13.4.2024, S. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4757603.

74 Vgl. vor diesem Hintergrund auch die Entscheidung des EuGH

im Kontext von Art. 22 DSGVO, wonach die Bonitätsprüfung im Vorfeld einer Kreditgewährung einen so maßgeblichen Einfluss auf die finale Entscheidung hat, dass bereits von der Prüfung der Kreditwürdigkeit ein erhöhtes Risikopotenzial ausgeht, vgl. EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, NJW 2024, 413, 415, Rn. 48, 50. Anm. hierzu auch *Bronner*, jurisPR-ITR 05/2024 Anm. 4.

75 Vgl. zu Art. 12 DSGVO, an dem sich durchaus orientiert werden kann *Heckmann/Paschke*, in: *Ehmann/Selmayr*, 3. Aufl. 2024, DSGVO Art. 12 Rn. 12 ff., 21.

76 Das systemische Risiko von GPAI-Modellen wird bei „Fähigkeiten mit hohem Wirkungsgrad“ nach Art. 51 Abs. 1, 2 KI-VO angenommen, die u.a. mit der Leistungsfähigkeit von Prozessoren gemessen werden.

77 Erwgr. 100 KI-VO.

heraus keine besonderen Pflichten vorsieht. Gleichwohl stellen sich in diesem Kontext eine Reihe weiterer rechtlicher Fragestellungen, etwa aus dem Urheber- oder Datenschutzrecht.

VI. Fazit und Ausblick

Der Einsatz von KI-Systemen in der Schule ist vor dem Hintergrund seiner immensen Chancen, gleichzeitig aber der aufgezeigten rechtlichen Anforderungen durch die KI-VO für Schulen künftig eine Abwägungsentscheidung, die aufgrund der Potenziale selbstlernender Systeme in Lernumgebungen für Ressourcen- und Personaleffizienz sowie inklusives und individuell förderliches Lernen immer zugunsten des verantwortungsbewussten KI-Einsatzes ausfallen sollte. KI in der Schulbildung steht noch am Anfang und viele – auch rechtliche – Fragestellungen, z.B. im Bereich von Urheberschaft oder Datenschutz, sind noch klärungsbedürftig. Die Klärung dieser Fragen neben der großen Herausforderung, einen vertrauenswürdigen KI-Einsatz in den Schulen sicherzustellen, wird nur gemeinsam möglich sein: Kultusministerien, Behörden, Schulen, Lehrkräfte und Eltern sind kooperativ gefordert. Dabei sollte nicht nur an Schulen,

sondern auch aus der Erfahrung gelernt werden, bevor Aufsichtsbehörden ohne hinreichende Abwägung KI-Systeme und EdTech-Tools voreilig aus dem Unterricht verbannen. Für die Wissenschaft haben die vorstehenden Ausführungen zum KI-Einsatz an Schulen eine doppelte Bedeutung: Zum einen eröffnet sich ein wichtiges Forschungsfeld der Bildungswissenschaften, die sowohl empirisch als auch normativ wichtige Erkenntnisse, etwa im Hinblick auf Lernprozesse in der Co-Kreation, gewinnen können. Zum anderen gilt es, die Curricula der Lehramtsstudiengänge auf diese neue Entwicklung abzustimmen. So gesehen müssen die Fragenkreise zum KI-Einsatz an Schulen und an Hochschulen gemeinsam betrachtet werden. Die Ordnung der Wissenschaft ist in Zeiten generativer KI auch eine Neuordnung des Lehrens und Lernens.

Pascal Bronner ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung (Prof. Dr. Dirk Heckmann) an der Technischen Universität München. Er forscht und lehrt zu Rechtsfragen der Digitalisierung mit den Schwerpunkten Datenrecht, Datenschutzrecht und insbesondere dem Recht der Künstlichen Intelligenz.

Tom Castendyk

Aufenthaltsrechte drittstaatsangehöriger Wissenschaftler¹ – Schwerpunkt Ukraine

Der erste Teil dieses Beitrags stellt eine Aktualisierung des 2018 veröffentlichten, gleichnamigen Beitrags von *Nike Schultheiß* dar. Dem zugrunde liegen Veränderungen des Aufenthaltsrechts, durch das am 1. März 2020 in Kraft getretene Fachkräfteeinwanderungsgesetz („FEG“) sowie das am 18. November 2023² in Kraft getretene Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung.³ Zu untersuchen sind die Auswirkungen der Gesetze auf aufenthaltsrechtliche Normen, die für drittstaatsangehörige Wissenschaftler relevant sind. Drittstaatsangehörige sind Personen, die keine Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sind.⁴

Der zweite Teil widmet sich der aufenthaltsrechtlichen Situation von Vertriebenen aus der Ukraine. Zu untersuchen ist, inwiefern sich andere aufenthaltsrechtliche Möglichkeiten für ukrainische Wissenschaftler ergeben und wie diese im Verhältnis zu den bisherigen Regelungen einzuordnen sind.

I. Aufenthaltsrechte drittstaatsangehöriger Wissenschaftler

Das Grundkonzept einer bedarfsgebundenen Erwerbsmigration wird durch die zwei neuen Gesetze fortgesetzt. Danach setzt ein Aufenthaltsrecht grundsätzlich eine in Deutschland anerkannte Qualifikation sowie ein vorliegendes Arbeitsplatzangebot voraus.⁵ Im Kern unverändert sind die allgemeinen Voraussetzungen zur Einreise sowie zur Beantragung einer Erlaubnis. Für Staatsangehörige jeglicher nicht in § 16 AufenthV aufgezählten Staaten wird zur rechtmäßigen Einreise ein nationales Visum benötigt. Nach der Einreise ist bei der zuständigen Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis zu beantragen. Für den Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis muss nach § 5 AufenthG eine Sicherung des Lebensunterhalts nachgewiesen sein. Außerdem muss die Identität geklärt sowie die Passpflicht erfüllt sein.

1. Grundsatznorm § 18 AufenthG

Als Grundsatznorm für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit dient nun die Systematik des § 18 AufenthG. Allerdings ist § 18 AufenthG selbst keine eigenständige Rechtsgrundlage zur Titelerteilung.⁶ Vielmehr werden in § 18 I AufenthG Richtlinien konkretisiert, die als Auslegungshilfe in Ermessensentscheidungen hinzugezogen werden können.

In § 18 II AufenthG werden weitere Erteilungsvoraussetzungen genannt, die neben den allgemeinen Bestimmungen des § 5 AufenthG gelten. Zunächst muss ein konkretes Arbeitsplatzangebot sowie ein entsprechender Nachweis durch entsprechende Unterlagen vorliegen. Außerdem ist zur Erteilung sowie zur Verlängerung grundsätzlich die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich.

Falls für die Erteilung eines Aufenthaltstitels eine Berufsausbildung oder ein Hochschulabschluss erforderlich sind, muss deren Gleichwertigkeit oder Vergleichbarkeit mit dem deutschen Pendant festgestellt werden.⁷ Für nicht reglementierte Berufe kann sich auf Bewertungsempfehlungen der Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen berufen werden. Neu ist außerdem der einheitliche Fachkräftebegriff des § 18 III AufenthG. Dieser umfasst sowohl akademisch als auch beruflich qualifizierte Beschäftigte. Diese werden nun erstmals gleichgestellt.⁸ Als Fachkraft mit Berufsausbildung gelten Personen, die eine inländisch qualifizierte Berufsausbildung abgeschlossen haben oder deren ausländische Berufsqualifikation als gleichwertig festgestellt wurde. Die akademische Qualifizierung setzt einen deutschen Hochschulabschluss oder einen anerkannten ausländischen bzw. mit einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss voraus.

1 Zur besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulin verwendet. Gemeint sind alle Geschlechter.

2 Teile des Gesetzes traten am 01. März bzw. 01. Juni 2024 in Kraft.

3 BGBl. I 2023, Nr. 217, S. 1 bzw. BGBl. I 2023, Nr. 233, S. 1.

4 Vgl. Art. 1 Schengener Durchführungsübereinkommen.

5 Vgl. Aktualisierung der Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern und für Heimat zum Fachkräfteeinwan-

derungsgesetz unter Berücksichtigung des Gesetzes und der Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung des BMI, 2024, S. 1.

6 Fn. 5, BMI, S. 95.

7 *Nusser*, in: *Bergmann/Dienelt*, *Ausländerrecht*, 2022, § 18 Rn. 14.

8 Fn. 5, BMI, S. 106.

Die Dauer der Aufenthaltstitel wurde vereinheitlicht in § 18 IV AufenthG und für die §§ 18a, b, g AufenthG auf grundsätzlich vier Jahre festgelegt. Eine kürzere Dauer gilt nur, falls das entsprechende Arbeitsverhältnis oder die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit auf eine kürzere Frist begrenzt sind.

2. Aufenthaltserlaubnis zur Forschung, § 18d AufenthG

Die Aufenthaltserlaubnis zur Forschung stellt eine der Kernregelungen innerhalb der Möglichkeiten drittstaatsangehöriger Wissenschaftler dar. Im Zuge der Novellierung wurden die bisher in §§ 20 ff. a.F. normierten Vorschriften in die Systematik des § 18 AufenthG integriert.⁹ Dabei wurde die grundsätzliche Dauer der erteilten Aufenthaltserlaubnis von zuvor einem Jahr auf zwei Jahre erhöht.¹⁰ Weiterhin kann die Dauer jedoch bei einem kürzeren Forschungsvorhaben auch für eine kürzere Periode ausgestellt werden. Außerdem sind nach den neuen Regelungen keine genauen Angaben bezüglich des Forschungsvorhabens mehr notwendig. Dadurch soll eine hinreichende Flexibilität für die Forschenden während ihrer Arbeit gewährleistet werden.

a) Adressaten

Die Regelung adressiert Forscher, Assistenten, Gastwissenschaftler und Postdocs. Wissenschaftliche Mitarbeiter fallen unter § 18d AufenthG, wenn ihr Hochschulabschluss die Teilnahme an einem Promotionsprogramm eröffnet.¹¹ Die Feststellung einer Vergleichbarkeit mit einem inländischen Abschluss bzw. eine Anerkennung ist nicht erforderlich.¹² Falls ein wissenschaftlicher Mitarbeiter nicht über einen Hochschulabschluss verfügt, ist eine Erteilung über § 19c I i. V. m. § 5 NR. 1 BeschV möglich. Nicht anwendbar ist § 18d AufenthG auf international Schutzberechtigte.

b) Voraussetzungen

Für den Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18d AufenthG muss zunächst der Zweck der Forschung dargelegt werden. Als Forschung muss das Vorhaben systematisch betriebene, schöpferische Arbeit beinhalten, mit dem Zweck der Erweiterung des Wissensstands, einschließlich der Erkenntnisse über den Menschen, der Kultur und der Gesellschaft und dieses Wissen mit dem

Ziel, neue Anwendungsmöglichkeiten zu finden, eingesetzt werden soll.¹³

aa) Aufnahmevereinbarung

Darüber hinaus muss eine sog. Aufnahmevereinbarung mit der aufnehmenden Institution abgeschlossen werden. Die Forschungseinrichtung muss zudem anerkannt sein. Institutionen, die nicht staatlich anerkannt oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert sind, müssen gem. § 38a AufenthV einen Antrag auf Anerkennung beim BAMF stellen. Grundvoraussetzung ist, dass Forschung (s.o.) betrieben wird. Auch ein privates Unternehmen kann somit diese Voraussetzung erfüllen.¹⁴ Der Inhalt der Aufnahmevereinbarung wird in § 38f I, II AufenthV geregelt. Neben inhaltlichen Angaben zum Forschungsvorhaben und dessen Realisierbarkeit, müssen zudem Angaben über die abschließend entschiedene Finanzierung des Vorhabens gemacht werden. Außerdem muss der Lebensunterhalt des Ausländers für die Dauer des Aufenthalts gesichert sein. Die notwendige Summe zur Sicherung des Lebensunterhalts bei Aufenthalt zur Forschung beträgt zwei Drittel der grundsätzlichen Bezugsgröße des § 18 SGB IV. Im Jahr 2023 betrug die Summe 1.027 €. Für Forschende ergeben sich grundsätzlich drei Optionen der Finanzierung: Aus dem Arbeitsvertrag mit der Forschungseinrichtung, mittels Stipendiums oder durch Eigenfinanzierung. Zudem gibt es die Möglichkeit, zunächst einen Antrag für eine kürzere Befristung zu stellen sowie im Anschluss eine Prüfung der Lebensunterhaltssicherung für einen längeren Zeitraum.¹⁵

b) Kostenübernahmeerklärung

Weiterhin muss eine Kostenübernahmeerklärung durch die Forschungseinrichtung abgegeben werden. Darin verpflichtet sich diese zur Übernahme der Kosten, die den öffentlichen Stellen über einen Zeitraum von sechs Monaten nach der Beendigung der Aufnahmevereinbarung für den Lebensunterhalt sowie eine mögliche Abschiebung des Ausländers entstehen. Eine Ausnahme besteht nur, falls die Einrichtung überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wird und zudem ein besonderes öffentliches Interesse an dem Forschungsvorhaben besteht.¹⁶

9 BT-Drs. 19/8285, 2019, S. 100.

10 Kluth, in: BeckOK Ausländerrecht, 2023, § 18d Rn. 1.

11 EU 2016/801 Art. 3 Nr. 2.

12 Fn. 5, BMI, S. 121.

13 EU 2016/801 Art. 3 Nr. 9; Fn. 5, BMI, S. 121.

14 Luth, in: BeckOK Ausländerrecht, 2023, §18d Rn. 2.

15 BT-Drs. 19/8285, S. 100.

16 Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 2022, § 18d Rn. 15.

c) Besonderheiten der Norm

Es besteht ein Grundsatz der Exklusivität des § 18d AufenthG. Wenn ein Aufenthalt auf die Forschung gerichtet ist und somit der Anwendungsbereich der Norm eröffnet ist, werden andere Aufenthaltstitel zu Erwerbs- oder Studienzwecken nicht mehr erteilt.¹⁷

Für Promovierende kann sich unter Umständen die Frage ergeben, ob ein Antrag aufgrund § 16b AufenthG (Studium) oder aufgrund § 18d AufenthG gestellt werden soll. Falls der Beschäftigung ein Vollzeitarbeitsverhältnis (mind. 50 %) zugrunde liegt, ist § 18d AufenthG zu wählen. § 18d AufenthG ist außerdem einschlägig, falls keine Einschreibung an einer deutschen Hochschule erfolgt oder wenn die Forschung nicht ausschließlich zur Nutzung in einer Dissertation innerhalb des Studiums dient.¹⁸ Falls diese Einzelheiten zum Zeitpunkt der Einreise noch nicht eindeutig feststehen, kann zunächst zum Zwecke der Studienbewerbung ein Visum nach § 17 II AufenthG erteilt werden. Im Anschluss entscheidet die Ausländerbehörde im Zuge der Erteilung des Inlandstitels, welche Voraussetzungen erfüllt werden.¹⁹ Relevant ist dies ebenfalls aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen der Normen. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16b AufenthG bringt besondere Möglichkeiten im Rahmen der Beschäftigung. § 18d AufenthG ermöglicht dafür weitgehendere Rechte zur Mobilität. Außerdem gibt es Möglichkeiten des Familiennachzuges, falls die Voraussetzungen erfüllt werden.

Ein weiterer Sonderfall liegt vor, wenn zuvor eine Blaue Karte EU gem. § 18g AufenthG beantragt bzw. erteilt wurde. Daraus resultiert eine Sperrwirkung, die der Anwendung des § 18d AufenthG entgegensteht. Falls beide Voraussetzungen erfüllt werden, besteht bei Ersterteilung eines Aufenthaltstitels ein Wahlrecht zwischen der Blauen Karte EU und einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18d AufenthG. Auch an dieser Stelle ist der unterschiedliche Regelungsgehalt der Normen zu berücksichtigen. Die Blaue Karte ermöglicht beispielsweise den schnelleren Erhalt einer Niederlassungserlaubnis. § 18d AufenthG hat demgegenüber vorteilhafte Regelungen zur kurzfristigen Mobilität sowie die Möglichkeit, im Anschluss eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Arbeitssuche zu erhalten.²⁰

Ein behördliches Ermessen zur Erteilung des Titels ist nicht gegeben. Die Erteilung hat zudem innerhalb von 60 Tagen zu erfolgen. Eine Zustimmung der Bun-

desagentur für Arbeit ist nicht erforderlich. Möglich ist jedoch eine Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis für Forschende aufgrund von konkreten Sicherheitsbedenken.²¹

3. Kurzfristige Mobilität für Forscher, § 18e AufenthG

Der § 18e AufenthG regelt Konstellationen von Forschenden, die einen Aufenthaltstitel zum Zweck der Forschung von einem anderen EU-Mitgliedstaat ausgestellt bekommen haben. Im Falle eines geplanten kurzfristigen Aufenthalts von bis zu 180 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 360 Tagen ist kein eigenständiger deutscher Aufenthaltstitel erforderlich.²² Jedoch ist eine entsprechende Mitteilung über die geplante Mobilität an das BAMF zu richten. Die Mitteilung muss Angaben über eine Kontaktadresse, den geplanten Aufenthaltsort sowie die konkrete Dauer des Aufenthalts beinhalten. Zudem muss eine Aufnahmevereinbarung bzw. ein entsprechender Vertrag mit der deutschen Forschungseinrichtung vorgelegt werden. Hervorzuheben ist, dass Familienangehörige von kurzfristig mobilen Forschenden keine deutschen Aufenthaltstitel erhalten – maßgeblich ist auch hier das Aufenthaltsdokument des anderen Mitgliedstaates. Folglich ist auch keine Erwerbstätigkeit der Familienangehörigen erlaubt.

4. Mobile Forscher, § 18f AufenthG

Die Regelungen für mobile Forscher nach § 18f AufenthG wurden ebenfalls der Systematik des § 18 AufenthG hinzugefügt. Sie adressieren Forschende, die einen Aufenthaltstitel eines anderen EU-Mitgliedstaates besitzen und ein Forschungsvorhaben in Deutschland für mehr als 180 Tage und höchstens einem Jahr durchführen möchten.²³ Inhaltlich sind die Regelungen durch die Gesetzesnovellierung unverändert geblieben.

5. Blaue Karte EU, § 18g AufenthG

Die Blaue Karte EU ist ein Aufenthaltstitel, der sich primär an Hochqualifizierte richtet. Jedoch erfüllen auch Forschende diese Voraussetzung häufig, weshalb die Norm auch für diese hohe Relevanz hat.

a) Voraussetzungen

Es gelten die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen aus § 5 sowie § 18 AufenthG. Adressaten sind Fachkräfte mit akademischer Ausbildung i.S.d. § 18 II Nr. 4, III Nr. 2

17 Hocks, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 18d Rn. 12.

18 Fn. 5, BMI, S. 120.

19 Ebenda, S. 120

20 Hocks, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 18d Rn. 14.

21 Dazu ausführlich: Löwisch/Anselment, Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaen, OdW 2023, S. 131 ff.

22 Fn. 5, BMI, S. 127.

23 Fn. 5, BMI, S. 133.

AufenthG. Eine Grundvoraussetzung für die Erteilung der Blauen Karte EU ist ein abgeschlossenes Hochschulstudium des Ausländers. Entsprechende Anerkennungen und Bewertungen zur Vergleichbarkeit (s.o.) sind auch hier notwendig. Dafür gibt es die Möglichkeit, bereits vor der Einreise den eigenen Abschluss anerkennen zu lassen bzw. eine Zeugnisbewertung zur Vergleichbarkeit durchführen zu lassen.²⁴ Die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses in Deutschland wurde von einem Jahr auf sechs Monate abgesenkt.

b) Anwendungsbereich

Die neue Systematik des § 18g AufenthG unterteilt die Norm in verschiedene Anwendungsbereiche. Zunächst ist zwischen der „großen Blauen Karte EU“ und der „kleinen Blauen Karte EU“ zu unterscheiden. Die *große Blaue Karte EU* setzt voraus, dass eine Beschäftigung mit einem Mindestgehalt von aktuell 43.800 € im Jahr vorliegt. In diesem Fall besteht zudem ein Anspruch auf Erteilung – eine Zustimmung durch die BA ist nicht notwendig. Die *kleine Blaue Karte EU* gilt für Mangel- und Engpassberufe und hat eine Mindestgehaltsschwelle von aktuell 39.682,80 €. Hier ist die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Dies gilt nun explizit auch für Hochschulabsolventen inländischer Institutionen, die eine Blaue Karte EU in einem Engpassberuf beantragen.²⁵ Mangel- und Engpassberufe liegen speziell in den Bereichen Naturwissenschaft, Mathematik, Ingenieurwesen, Humanmedizin sowie in akademischen Berufen in der Informations- und Kommunikationstechnologie.²⁶ Dieselbe Gehaltsanforderung gilt, falls ein Hochschulabschluss vor nicht mehr als drei Jahren ab Beantragung der Blauen Karte EU erworben wurde. Dadurch soll eine speziell an Berufseinsteiger gerichtete Möglichkeit geschaffen werden, deren Gehälter sich potenziell noch steigern. Anders als für §§ 18a, 18b AufenthG gilt weiterhin die Bedingung, dass die Beschäftigung der jeweiligen Qualifikation des Hochschulabschlusses angemessen sein muss. Das können jedoch zumindest auch Tätigkeiten sein, bei denen Kenntnisse einer Hochschulausbildung zumindest teilweise oder mittelbar benötigt werden.²⁷

c) Besonderheiten der Norm

Nach § 18g I 5 AufenthG gibt es nun erstmalig die Möglichkeit, die (*große* oder *kleine*) *Blaue Karte EU* durch Nachweis einer Berufsqualifikation zu erlangen. Zu den mit dieser Regelung adressierten Fällen zählen u.a. Fach-

hochschulen und Berufsakademien oder andere Institutionen, die ein tertiäres Bildungsprogramm anbieten. Der erworbene Abschluss muss mit einem Hochschulabschluss gleichwertig sein, mindestens drei Jahre Ausbildungsdauer erfordern und mindestens der Stufe 6 der Internationalen Standardklassifikation im Bildungswesen entsprechen. Ebenfalls neu ist die Besonderheit für die IT-Branche. Hier wird vollständig auf die Voraussetzung eines Hochschulabschlusses verzichtet. Voraussetzungen sind vielmehr die Erreichung der Mindestgehaltsschwelle von 45,3 % sowie eine mindestens dreijährige einschlägige Berufserfahrung. Von der Regelung erfasst sind zudem auch Führungskräfte in der Informations- und Kommunikationstechnologie.²⁸

6. Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit, §§ 18a, 18b AufenthG

Die Normen zum Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit haben sich ebenfalls geändert. Zu unterscheiden ist zwischen § 18a AufenthG für Fachkräfte mit Berufsausbildung und § 18b AufenthG für Fachkräfte mit akademischer Ausbildung. Besonders letztere Norm hat eine hervorzuhebende Relevanz für drittstaatsangehörige Wissenschaftler.

Neu ist, dass beide Normen nunmehr Anspruchstitel darstellen. Neben den Voraussetzungen aus § 18 AufenthG muss eine qualifizierte Beschäftigung vorliegen. Zudem muss die Bundesagentur für Arbeit ihre Zustimmung erteilen. Hervorzuheben ist, dass eine notwendige Verbindung zwischen erworbener Qualifikation und der angestrebten Beschäftigung für beide Normen nicht mehr vorliegen muss.²⁹ In der Folge ergibt sich ein deutlich erweitertes Spektrum an möglichen Arbeitsplätzen im Sinne der Norm. Außerdem wurde in §§ 17, 20 AufenthG die Möglichkeit einer befristeten Einreise zur Ausbildungs- und Arbeitsplatzsuche geschaffen. Zudem ist nun ein Aufenthalt zur Anerkennung einer ausländischen Berufsqualifikation nach § 16d AufenthG möglich. Auf verfahrenstechnischer Seite wurde die Möglichkeit eines beschleunigten Fachkräfteverfahrens nach § 81a AufenthG geschaffen.

7. Niederlassungserlaubnis, § 9 AufenthG

Die grundsätzlichen Regelungen zur Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG wurden nur geringfügig geändert. Dagegen wurde die spezifisch an Fachkräfte gerichtete Regelung der Niederlassungserlaubnis nach § 18 I AufenthG hinsichtlich der geforderten Aufent-

24 Fn. 5, BMI, S. 135.

25 Fn. 5, BMI, S. 137.

26 Fn. 5, BMI, S. 139 ff.

27 BT-Drs. 19/8285, S. 99.

28 Fn. 5, BMI, S. 140.

29 Fn. 5, BMI, S. 113 f.

haltsfrist geändert. Diese verkürzt sich von zuvor vier Jahren auf zwei Jahre. Hervorzuheben ist, dass es, neben der Niederlassungserlaubnis für Fachkräfte nach § 18 I AufenthG, weiterhin eine spezielle Niederlassungserlaubnis für besonders Hochqualifizierte gibt (§ 18c III AufenthG). Die Vorschrift ist nunmehr als „soll“ Formulierung gefasst. Daraus ergibt sich zwar kein gesetzlicher Anspruch auf Titelerteilung. Jedoch sind besondere atypische Umstände erforderlich, um ein Abweichen von der Regelung zu legitimieren.³⁰ Eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit wird nicht benötigt. Die Norm adressiert in erster Linie Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen sowie Lehrpersonen und wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion. Folglich ergibt sich eine hohe Relevanz für drittstaatsangehörige Wissenschaftler.

8. Aufenthaltstitel zum Studium, § 16b AufenthG

Innerhalb der Aufenthaltstitel zur Ausbildung stellt der Titel zum Studium nach § 16b AufenthG die Norm von höchster Relevanz für drittstaatsangehörige Wissenschaftler dar. Es ist jedoch anzunehmen, dass nur ein geringer Anteil der Wissenschaftler in studentischer Rolle einreist. Lediglich die zuvor erläuterte Überschneidung zu Promotionsstudierenden erscheint im Hinblick auf die Praxis relevant. Die Norm des § 16b AufenthG blieb durch die Novellierungen in Aufenthaltstitel nahezu unverändert. Zu beachten ist, dass für die Zeit der Arbeitsplatzsuche nach dem Studium gem. § 20 Abs. 3 AufenthG neue Regelungen über die notwendige Höhe des Einkommens gelten. Diese orientiert sich nun an der Höhe des Einkommens für den Aufenthalt zu Erwerbszwecken und wird somit individuell berechnet. Zuvor galt ein Pauschalbetrag wie bei Studierenden.³¹ Hinsichtlich einer Finanzierung kommen für Studierende grundsätzlich drei Wege in Frage: Eine Förderung über § 61 BAföG für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis, ein Stipendium durch öffentliche oder private Institutionen oder die Eigenfinanzierung. Aktuell ist für ein Studium in Deutschland eine erforderliche Summe von 10.332 € pro Jahr festgelegt.

9. Familiennachzug, §§ 27, 29 AufenthG

Für Fachkräfte im Sinne des § 18 AufenthG wird bei einem geplanten Nachzug der Kernfamilie auf das Erfordernis für erweiterte Wohnraumbereitstellung verzichtet.³² Zur Kernfamilie gehört der jeweilige (Ehe-

Partner bzw. eingetragene Lebenspartner sowie minderjährige, unverheiratete Kinder. Außerdem wird, bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen zum Familiennachzug, ein Nachzug von Eltern- und Schwiegereltern erlaubt. Beide Änderungen gelten zunächst befristet bis zum Jahr 2028. Hervorzuheben ist zudem, dass Ehegatten und minderjährige ledige Kinder von Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis für Forscher, einer Blauen Karte EU oder einer Niederlassungserlaubnis einen sofortigen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach familiären Gründen haben.

10. Bewertung der Neuerungen

Die Gesetzesbegründungen der Novellen unterstreichen die Relevanz und Notwendigkeit einer Fachkräftemigration für die wirtschaftliche Entwicklung Deutschlands sowie für die Stärkung der sozialen Sicherungssysteme.³³ Während im FEG noch von einer „prosperierenden“ deutschen Wirtschaft gesprochen wurde, konstatiert die Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung bereits rund 1,98 Millionen offene Stellen am Arbeitsmarkt – der höchste je gemessene Wert.³⁴ Das Potenzial des Arbeitsmarktes ist somit vorhanden. Auf der anderen Seite müssen vorausschauende Regelungen sowie effiziente bürokratische Prozesse geschaffen werden, um Fachkräfte auch langfristig zu binden und zu integrieren. Die Schaffung eines beschleunigten Verfahrens zeigt, dass dem Gesetzgeber bewusst ist, worin eine der aktuellen Kernproblematiken liegt – den Wartezeiten und Verfahrensdauern. Zwar ergeben sich für drittstaatsangehörige Wissenschaftler mitunter Erleichterungen und Vorteile gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen, die zur Erwerbsmigration einreisen möchten. Allerdings kann die Vielzahl an Regelungen zu Unsicherheiten führen und im Einzelfall praktische Hindernisse hervorrufen, beispielsweise durch übersehene Sperrwirkungen oder verschiedene Fristen. Involvierte Forschungseinrichtungen sollten daher über hinreichende Kompetenzen verfügen, um den Wissenschaftlern grundlegende Empfehlungen geben zu können. Für die Forschungseinrichtungen selbst ergeben sich mithin schwer kalkulierbare Kostenrisiken im Rahmen der Kostenübernahmeerklärung. Zumindest hinsichtlich der Nutzungshäufigkeit des § 18d AufenthG konnten Erfolge erzielt werden. Während 2013 nur rund 1.000 Personen einen Aufenthaltstitel

30 Fn. 5, BMI, S. 113.

31 Frings, Neuregelung durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz, 2020, S. 6.

32 Fn. 5, BMI, S. 210.

33 Dippe, in: Huber/Mantel, Aufenthaltsgesetz Asylgesetz, 2021, § 18 Rn. 2.

34 BT-Drs. 29/6500, S. 1.

tel über § 18d AufenthG, erhielten, stieg die Anzahl auf rund 6.900 Personen im Jahr 2021.³⁵ Ein Indiz, dass die Intentionen des Gesetzgebers Früchte tragen.

Die Schaffung von weiteren Möglichkeiten des Aufenthalts zur Ausbildungs- und Arbeitsplatzsuche oder auch zur Anerkennung ausländischer Qualifikationen ist zu begrüßen. Eine entsprechende Suche vor Ort eröffnet für die Personen weitere Möglichkeiten, beispielsweise im Rahmen von Bewerbungen, die eine Vorstellung in Präsenz erfordern. Außerdem erleichtert speziell die vorgelagerte Anerkennung von Qualifikationen den grundlegenden Prozess. Notwendige Anerkennungs- und Gleichwertigkeitsprüfungen sind häufig zeitintensiv und mit langen Wartezeiten verbunden. In der Folge ergeben sich für die Betroffene in der Praxis Situationen, in denen zwar ein Arbeitsplatzangebot vorliegt, die Arbeit jedoch erst deutlich später aufgenommen werden kann. Eine Vorverlagerung dieser Prozesse entspricht auch dem Interesse der Arbeitgeberseite. Möglicherweise könnten zukünftig einzelne Prüfungs- und Zustimmungsaufgaben der Bundesagentur für Arbeit minimiert oder, zumindest für nicht reglementierte Berufe, an Arbeitgeber ausgelagert werden. Dadurch könnten Wartezeiten verkürzt werden und konkrete Arbeitsplatzangebote schneller wahrgenommen werden. In der Privatwirtschaft würde dann der Arbeitgeber das Risiko eines hinreichend vergleichbaren Abschlusses seiner Arbeitskraft tragen. In diesem Zusammenhang könnten Arbeitgeber beispielsweise von der Möglichkeit einer Befristung des Arbeitsvertrags gebrauch machen. Eine Befristung im Rahmen eines sachlichen Grundes nach § 14 I S. 2 Nr. 5 TzBfG käme in Betracht. Bei Arbeitsverträgen mit einer Dauer von bis zu zwei Jahren ist eine Befristung zudem sachgrundlos möglich.

II. Schwerpunkt Ukraine

Ausgelöst durch den völkerrechtswidrigen russischen Angriffskrieg im Februar 2022 wurden auf europäischer sowie auf nationaler Ebene Maßnahmen ergriffen, um für ukrainische Vertriebene schnelle und direkte Zugangsmöglichkeiten zu schaffen.

1. Aktuelle Situation

Nach aktuellen Zahlen leben in Deutschland 1.155.581 Kriegsflüchtlinge aus der Ukraine, wovon 1.116.510 die ukrainische Staatsbürgerschaft besitzen.³⁶ Die überwiegende Mehrheit, rund 83,5 % der Personen mit ukrainischem Pass, besitzen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG. Die übrigen Personen warten auf die Bescheidung ihres Antrags bzw. Schutzgesuches. Lediglich 33.439 Kriegsflüchtlinge mit ukrainischem Pass haben noch keine entsprechenden Anträge gestellt.³⁷ Nach Schätzungen sind als Reaktion auf den Krieg insgesamt rund 22.000 ukrainische Wissenschaftler geflohen.³⁸ Davon gingen rund 26,8 % nach Deutschland.³⁹

2. Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz, § 24 I AufenthG

Zur Einreise in die Europäische Union sind ukrainische Staatsangehörige seit 2017 von der Visumpflicht befreit (Art. 6 VO EU Nr. 2016/399). Einzige Voraussetzung ist das Vorliegen eines biometrischen Reisepasses.⁴⁰ Der Aufenthalt ist auf 90 Tage beschränkt. Für einen längeren Aufenthalt sowie für den Erhalt weiterer (Aufenthalts-)Rechte wird ein gültiger Aufenthaltstitel benötigt. In diesem Zusammenhang erlangte die sog. „*Massenzustromsrichtlinie*“ Bedeutung.

a) Massenzustroms-RL

Die *Massenzustroms-RL* 2001/55/EG aus dem Jahr 2001 wurde am 3.3.2022 durch den Europäischen Rat aktiviert. Der Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 vom 4.3.2022 stellte das Vorliegen eines *Massenzustroms* von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Art. 5 der Richtlinie fest und beschloss einen entsprechenden vorübergehenden Schutz für Betroffene.⁴¹ Es ist somit zu differenzieren zwischen der zugrundeliegenden Richtlinie aus dem Jahr 2001 und dem umsetzenden Durchführungsbeschluss aus 2022. Während der Regelfall eines Asylverfahrens die Einzelfallprüfung jeder Person verlangt, ist im Fall eines *Massenzustroms* lediglich eine Personengruppe zu definieren. Dieser Gruppe wird in der Folge ein vorübergehender Schutz gewährt – ohne

35 Vgl. Jahresbericht des Beirats für Forschungsmigration 2021, S. 26.

36 Stand: 14. April 2024, Ausländerzentralregister.

37 Ebenda.

38 Ukraine 2022-2023: Threats to science and higher education after the full-scale Russian invasion, Science at risk monitoring report, S. 17.

39 UAScience.reload (2022), Ukrainian Researchers in Times of War, S. 7, abgerufen im Internet unter: <https://www.uascience-reload.org/2022/07/05/ukrainian-researchers-in-times-of-war-results-of-survey/>.

40 *Ritgen*, ZAR 2022, 238 (239).

41 *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 2022, § 24 Rn. 17.

eine spezifische individuelle Prüfung. Die Richtlinie ist somit ein Instrument, um eine große Anzahl vertriebener Menschen möglichst effizient und unbürokratisch in die Asyl- und Aufenthaltssysteme der europäischen Staaten aufzunehmen. Ein Verteilungsmechanismus zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten ist nicht enthalten.

b) Anwendungsbereich

Die nationale Umsetzung der europäischen Richtlinie wurde in § 24 AufenthG geschaffen. Eine Anwendung setzt voraus, dass die jeweilige Person als *Vertriebener* im Sinne des Art. 5 II lit. a der Richtlinie gilt.

aa) Zwingender Anwendungsbereich

In Art. 2 I des Beschlusses werden drei mögliche Personengruppen konkretisiert:

- Ukrainische Staatsangehörige (Art. 2 I lit. a),
- Staatenlose sowie Drittstaatsangehörige mit internationalem Schutz oder einem gleichwertigen nationalen Schutz (Art. 2 I lit. b) sowie
- Familienangehörige der zuvor genannten Gruppen (Art. 2 I lit. c).

Grundvoraussetzung jeder Personengruppe ist der Nachweis eines Wohnsitzes in der Ukraine zum Stichtag des 24.2.2022, dem Beginn des Krieges. Der Fall des Art. 2 I lit. b adressiert Personen, die über einen Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention verfügen bzw. über einen mit dem subsidiären Schutz vergleichbaren nationalen Schutz – beispielsweise vorübergehenden oder humanitären Schutz.⁴² Für einen Nachweis genügt ein ukrainischer Reiseausweis für Flüchtlinge oder Reisedokumente über den komplementären Schutz.⁴³ Als Familienangehörige gelten Ehegatten oder Nichtverheiratete, die in einer dauerhaften Beziehung leben, minderjährige unverheiratete Kinder sowie andere enge Verwandte. Andere enge Verwandte müssen bei Kriegsausbruch in der Familie gelebt haben und größtenteils oder vollständig von den Stammberechtigten abhängig gewesen sein.⁴⁴

bb) Erweiterung des Anwendungsbereichs

Der Durchführungsbeschluss erlaubt außerdem eine Erweiterung des Personenkreises nach Ermessen des jeweiligen Mitgliedsstaates. Eine solche Erweiterung des

Anwendungsbereiches von § 24 AufenthG gilt in Deutschland für Staatenlose und Staatsangehörige anderer Drittstaaten als der Ukraine, die sich im Rahmen eines gültigen unbefristeten Aufenthaltstitels rechtmäßig in der Ukraine aufgehalten haben und die nicht in der Lage sind, sicher und dauerhaft in ihre Herkunftsregion zurückzukehren (Art. 2 II Durchführungsbeschluss).⁴⁵ Ebenfalls gilt die Erweiterung für sonstige ukrainische Staatsangehörige, die sich bereits im Bundesgebiet aufhalten und über einen anderen Aufenthaltstitel verfügen. Eine Anwendung des § 24 AufenthG könnte für diese Personen sinnvoll sein, falls eine Verlängerung des bisherigen Aufenthaltstitels in Frage steht. Dies gilt auch für Inhaber einer Duldung, falls diese nicht ausschließlich aufgrund einer Mitwirkungsverletzung im Rahmen einer ungeklärten Identität nach § 60b AufenthG erteilt wurde. Die Erweiterung kann im Einzelfall eine hervorgehobene Relevanz für Wissenschaftler aus der Ukraine haben, die sich zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs in Deutschland oder einem anderen EU-Land aufgehalten haben.

Eine an sich mögliche Erweiterung für Personengruppen nicht-ukrainischer Drittstaatsangehöriger, die lediglich einen befristeten ukrainischen Aufenthaltstitel besitzen, ist nicht erfolgt.⁴⁶ Dies kann Studierende oder Aufenthalte zur Arbeit betreffen. Ebenfalls nicht anwendbar ist § 24 AufenthG auf sich unerlaubt in der Ukraine aufhaltende Drittstaatsangehörige oder Staatenlose. In diesen Fällen sind lediglich klassische Verfahren zur Aufenthaltserlaubnis denkbar.

c) Einreise nach Deutschland

Ein internes Verteilungssystem existiert nicht – Vertriebene im Sinne der Richtlinie haben somit freie Wahl zwischen den Mitgliedsstaaten der EU. Nach der Einreise nach Deutschland muss lediglich ein sog. „Aufnahmegesuch“ gestellt werden. Darin werden allgemeine Personeninformationen und eventuell Meldebestätigungen erfasst.⁴⁷ Ein Aufnahmegesuch wird auch konkludent über Beantragung von Sozialhilfe (bzw. der Bitte um Unterstützung für Unterkunft, Verpflegung oder medizinische Versorgung) gestellt.⁴⁸ Im Anschluss erhält die Person eine vorläufige Bestätigung, die als Ausweis bei etwaigen Kontrollen im Alltag dient. Personengruppen, die nicht unmittelbar vom Beschluss des Rates

42 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 21.

43 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 2.

44 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 22; Dietz, NVwZ 2022, 505 (507).

45 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 23; Europäische

Kommission, Operative Leitlinien, ABl. 2022 C 126I, 3; Dietz, NVwZ 2022, 505 (506).

46 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 25.

47 Dietz, NVwZ 2022, 505 (508).

48 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 7.

umfasst sind, jedoch aufgrund nationaler Erweiterungen (§ 23 II, III iVm § 24 I AufenthG) schutzbedürftig sind, müssen zunächst ein Aufnahmegesuch beim BAMF stellen. In der Folge kann eine Aufenthaltserlaubnis beantragt werden.

Zu beachten ist, dass parallel ein Asylverfahren im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention möglich ist. Es ergibt sich somit ein Wahlrecht zwischen dem Aufnahmeverfahren nach der *Massenzustroms-RL* sowie dem Asylverfahren im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention.⁴⁹

d) Rechtsfolgen und Aufenthaltsstatus

Der erteilte vorübergehende Schutz gem. § 24 AufenthG stellt eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 7 I AufenthG dar.⁵⁰ Nach dem Beschluss des Rats ist diese zunächst auf ein Jahr befristet – bei einer automatischen Verlängerung um jeweils ein halbes Jahr.⁵¹ Aus § 24 AufenthG ergeben sich für den Berechtigten unterschiedliche Rechte und Pflichten.

Im Rahmen des Arbeitsmarktzuganges ist nach § 31 BeschV keine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Der Regelfall des § 4a II AufenthG findet somit keine Anwendung. Auch ein Ermessensspielraum für die Ausländerbehörden besteht folglich nicht. Bereits im Zuge der Erteilung des Aufenthaltstitels ist die Erlaubnis der Erwerbstätigkeit zu vermerken.⁵² Die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit darf nicht ausgeschlossen werden.⁵³ Außerdem gewährt § 24 AufenthG einen Anspruch auf Zugang zu Bildungsangeboten und Fortbildungen, auf medizinische Versorgung sowie auf Sozialeleistungen.⁵⁴ Schließlich besteht ein Anspruch auf angemessene Unterbringung bzw. finanzielle Unterstützung zur Unterbringung.

Für die Verteilung der Schutzsuchenden im Bundesgebiet gilt während des Verfahrens zur Beantragung eines Titels nach § 24 AufenthG der sog. „*Königsteiner Schlüsself*“ i.S.d. § 24 III 4 AufenthG.⁵⁵ Jene Zuweisungsentscheidung des Landes erlischt, sobald der Aufenthaltstitel erteilt wird.⁵⁶ Im Anschluss gilt § 12a AufenthG, wonach für einen Zeitraum von drei Jahren eine Bin-

dung an das Bundesland der Antragsstellung vorliegt. Analog zu den Regelungen in § 12a AufenthG können Gründe vorgebracht werden, nach denen eine Wohnsitzauflage nicht gilt (§ 12a I 2 AufenthG) oder aufzuheben ist (§ 12a V AufenthG).

Ein Familiennachzug zum Titelinhaber nach § 24 AufenthG ist gem. § 29 IV AufenthG für Ehegatten, minderjährige ledige Kinder sowie minderjährige ledige Kinder des Ehegatten möglich. Voraussetzung ist, dass die familiäre Lebensgemeinschaft durch die Flucht aufgehoben wurde.⁵⁷ Außerdem müssen sich die Familienangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten und übernommen werden oder sich außerhalb des Uni-onsgebiets aufhalten und schutzbedürftig sein. Eine Schutzbedürftigkeit liegt vor, falls die Personen aus den gleichen Gründen wie die Titelinhaber vertrieben wurden und, unabhängig von der Staatsangehörigkeit, aus der Ukraine kommen.⁵⁸

e) Zukunft Aufenthaltsstatus

Der Schutzstatus der *Massenzustroms-RL* endet durch Zeitablauf oder durch einen entsprechenden Beschluss des Rates.⁵⁹ Ein solcher schlägt in der Folge unmittelbar auf die Gültigkeit der nach § 24 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis durch. Auf Europäischer Ebene wurde die Richtlinie durch den Rat bereits auf die maximale Dauer bis März 2025 verlängert. In Deutschland wurde durch die sog. „*Forgeltungsverordnung*“ eine automatische Verlängerung der Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG bis zum 4. März 2025 beschlossen. Im Anschluss ist ein weiterer Aufenthalt nach aktueller Rechtslage an die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels geknüpft.⁶⁰ Ob eine Neuauflage der Richtlinie bzw. der nationalen Umsetzung denkbar wäre, ist derzeit noch offen.

Als Rechtsgrundlage für einen weiteren Verbleib käme zunächst eine Anerkennung als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter nach §§ 3,4 AsylG in Frage. Auch eine Duldung wäre denkbar.⁶¹ Inwiefern die Voraussetzungen vorliegen, müsste im Einzelfall geprüft werden und hängt von den aktuellen Entwicklungen des

49 Dietz, NVwZ 2022, 505 (505 f.).

50 Dietz, NVwZ 2022, 505 (510).

51 Ebenda.

52 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 11 f.; Ritgen, ZAR 2022, 238 (242); Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 16.

53 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 12.

54 Dietz, NVwZ 2022, 505 (511).

55 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 11.

56 Ritgen, ZAR 2022, 238 (243).

57 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 6.

58 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 6 f.

59 Röcker, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 2022, § 24 Rn. 13.

60 Ritgen, ZAR 2022, 238 (242).

61 Ebenda.

Krieges ab. Aufgrund der besseren Rechtsstellung wäre primär ein Wechsel zu einem regulären Aufenthaltstitel zu prüfen. Für einen solchen Titelwechsel in Betracht kommen besonders die Vorschriften zum Aufenthaltszweck der Ausbildung (§§ 16a-16f) oder zur Erwerbstätigkeit (§§ 18a, 18b, 18d, 18e, 18f, 18g).⁶²

3. Perspektive Wissenschaftler Ukraine

Für Wissenschaftler aus der Ukraine ergibt sich primär die Frage, ob und falls ja, wann ein Wechsel von § 24 I AufenthG zu anderen Aufenthaltstiteln zur Ausbildungs- und Arbeitsmigration sinnvoll oder notwendig erscheint. Die Beantragung und die Erteilung eines solchen Aufenthaltstitels, zusätzlich zu einer Aufenthaltserlaubnis nach § 24 I AufenthG, ist grundsätzlich möglich. Eine Ausnahme bildet die Erteilung einer Blauen Karte nach § 18g AufenthG – diese ist bei Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach § 24 I AufenthG durch § 19f I Nr. 2, II Nr. 1 AufenthG gesperrt.⁶³

Am Beispiel der Regelungen aus §§ 18a, 18b und 18d AufenthG, den Aufenthaltstiteln für Fachkräfte sowie für Forscher, lassen sich die Vor- und Nachteile gegenüber § 24 I AufenthG darstellen. So wird bei diesen für den Zugang zum Arbeitsmarkt zunächst ein konkretes Arbeitsplatzangebot sowie die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit benötigt. Auch der Umfang der erlaubten Erwerbstätigkeit ist durch die Bundesagentur für Arbeit beschränkbar. Weiterhin müssen die jeweiligen einzelnen Qualifikationsanforderungen, beispielsweise die Fachkräfteeigenschaft vorliegen.⁶⁴ Für Forschende nach § 18d muss eine Aufnahmevereinbarung abgeschlossen werden. Demgegenüber fordert § 24 I AufenthG keine vergleichbaren Voraussetzungen, um Zugang zum Arbeitsmarkt zu erhalten (s.o.). Außerdem gelten Erleichterungen beim Familiennachzug, indem Ehegatten und Kinder, falls eine Schutzbedürftigkeit vorliegt, von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen aus § 5 I AufenthG sowie dem Versagungsgrund aus § 27 III AufenthG befreit werden.⁶⁵ Ein Aufenthaltstitel nach § 24 I AufenthG bietet somit grundsätzlich eine Vielzahl kurzfristiger Erleichterungen und Vereinfachungen.

Für einen Wechsel des Aufenthaltstitels spricht die daraus folgende langfristige Rechtssicherheit durch ei-

nen Aufenthaltstitel, der über die dreijährige Dauer des § 24 I AufenthG hinaus wirkt. Zu beachten ist auch, dass die Rechte im Rahmen des vorübergehenden Schutzes nur in dem jeweiligen Mitgliedstaat ihre Wirkung entfalten, der den Aufenthaltstitel erteilt hat.⁶⁶ Daraus ergibt sich eine geringere Flexibilität innerhalb von Europa. Außerdem bieten die §§ 18 ff. AufenthG jeweils Möglichkeiten der Aufenthaltsverfestigung, beispielsweise die beschleunigte Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 18c I, II AufenthG. Diese Möglichkeit besteht über § 24 I AufenthG nicht.⁶⁷ Falls ein langfristiger Verbleib in Deutschland angestrebt wird, ist somit ein frühzeitiger Wechsel in einen anderen Aufenthaltstitel erstrebenswert. Zum März 2025 ist aufgrund des auslaufenden § 24 I AufenthG zudem von einer hohen Auslastung der entsprechenden Behörden auszugehen. Durch einen frühzeitigen Antrag könnten somit hohe Wartezeiten und möglicherweise problematische Übergangskonstellationen vermieden werden. Bereits jetzt gibt es vergleichbare Fälle, in denen die Voraussetzungen eines Titelwechsels zwar vorliegen, die Personen sich aber aufgrund langer behördlicher Bearbeitungszeiten „zwischen“ zwei Titeln befinden. Wenn in der Folge zudem finanzielle Unterstützungszahlungen ausbleiben, kann dies existenzielle Folgen haben.⁶⁸

4. Bewertung der Regelungen

Die erstmalige Aktivierung der *Massenzustroms-RL* zeigt eindrücklich die Möglichkeiten auf europäischer bzw. nationaler Ebene, welche zum Zweck einer schnellen und unbürokratischen Erteilung von Aufenthaltstiteln bestehen. Eine Überlastung einzelner Behörden konnte dadurch vermieden werden. Die notwendigen Prozesse und Antragsverfahren für die Vertriebenen aus der Ukraine stehen zudem in keinem Vergleich zu denen eines klassischen aufenthaltsrechtlichen Verfahrens zur Erlangung eines Titels. In diesem Zusammenhang könnten einzelne Aspekte, beispielsweise die sofortige Erteilung einer Arbeitserlaubnis sowie die damit zusammenhängende verminderte Notwendigkeit von Prüfungen durch das Bundesamt für Arbeit, als Inspirationsquellen für zukünftige Novellierungen des Aufenthaltsrechts dienen. Auf der anderen Seite ist zu konstatieren, dass trotz der vereinfachten Prozesse lediglich 15,7 % der Ver-

62 Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms, 14. März 2022, S. 8; Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 38.

63 Klaus/Fausel/Tonn, KuR 2022, 111 (114).

64 Klaus/Fausel/Tonn, KuR 2022, 111 (115).

65 Fränkel, in: NK-Ausländerrecht, 2023, § 24 Rn. 17.

66 Dietz, NVwZ 2022, 505 (511).

67 Klaus/Fausel/Tonn, KuR 2022, 111 (115).

68 FAZ, Pläne sind nichts mehr für uns, 15.03.2023, abgerufen im Internet unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/ukraine-krieg-wie-gefluechtete-wissenschaftler-in-hessen-forschen-18745295.html>.

triebenen aus der Ukraine einer sozialversicherungspflichtigen Arbeit nachgehen.⁶⁹

Der § 24 AufenthG bietet den Vertriebenen eine gegenüber anderen Aufenthaltsverfahren gehobene Rechtsstellung. Das Wahlrecht zur Möglichkeit der Durchführung eines Asylverfahrens sollte daher von den Vertriebenen nur im Einzelfall aufgrund spezifischer Gründe genutzt werden. Auch für Wissenschaftler aus der Ukraine stellt ein Titel nach § 24 AufenthG eine Grundlage dar, die für eine Vielzahl von Personen bereits hinreichend Rechte impliziert. Für einen Wechsel des Aufenthaltstitels sprechen damit verbundene Vorteile in der Aufenthaltsverfestigung sowie eine erhöhte Mobilität. Außerdem können Unsicherheiten resultierend

aus der begrenzten Dauer des § 24 AufenthG bereits frühzeitig vermieden werden. Zwar empfahl in diesem Kontext bereits die EU-Kommission den Mitgliedsstaaten ein pragmatisches Vorgehen.⁷⁰ Inwiefern dabei tatsächlich an den Pragmatismus des § 24 I AufenthG angeknüpft werden kann, bleibt aber abzuwarten.

Tom Castendyk war wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Aktuell studiert er an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

69 Tagesschau, Warum nur wenige Ukraine-Geflüchtete arbeiten, 27.04.2024, abgerufen im Internet unter: https://www.tagesschau.de/wirtschaft/arbeitsmarkt/ukraine-arbeitsmarkt-100.html?utm_source=pocket-newtab-de-de.

70 Empfehlung (EU) 2022/554 (ABl. EU v. 6.4.2022 Nr. L 107 I, 1).

Moritz Köhler

Aktuelles zu digitalen Prüfungen – welche Zukunft hat KI?

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 18.4.2024

Bei all der Euphorie um die viel beschworenen Fähigkeiten künstlicher Intelligenz (KI) war es wohl nur eine Frage der Zeit, bis die Technologie Einzug hält in die Hörsäle dieses Landes. In einer nicht repräsentativen Umfrage des Digitalverbands Bitkom e.V. gaben im Januar dieses Jahres 65 % der Studierenden an, das generative KI-System ChatGPT zu nutzen. Mehr als die Hälfte der Befragten unterstützte außerdem die These, dass sich Studierende durch den Einsatz des KI-Systems einen ungerichten Vorteil verschaffen können. Dennoch adressiert nur ein kleiner Teil der Prüfungsordnungen deutscher Hochschulen explizit den Einsatz künstlicher Intelligenz.¹ Braucht es also eine umfassende Reform der universitären Regelwerke? Und worauf haben Hochschulen zu achten, wenn sie die Technologie zulassen oder verbieten wollen? Um diesen Fragen nachzugehen, hat der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 18.4.2024 eine Tagung unter der Überschrift „Aktuelles zu Digitalen Prüfungen – Welche Zukunft hat KI?“ veranstaltet. Mehr als 180 Teilnehmerinnen und Teilnehmer folgten der Einladung und verdeutlichten so das rege Interesse an der Thematik. Unter der Moderation des Ehrenvorsitzenden des Vereins, Prof. Ulf Pallme König, und des Vorstandsmitglieds Prof. Dr. Volker Epping erläuterten zunächst Edgar Fischer, Vorsitzender Richter am VG Berlin, und Dr. Peter Dieterich, LL.M., Richter am VG Berlin, die prüfungsrechtlichen Herausforderungen des KI-Einsatzes (I.).² Im Anschluss widmete sich Prof. Dr. Rolf Schwartmann, Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln, den KI-rechtlichen Voraussetzungen einer Implementierung der Technologie an Hochschulen (II.), bevor die Referenten in einer abschließenden Diskussionsrunde auf die offenen Fragen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer eingingen (III.).

I. KI-Einsatz in Prüfungen

Den Auftakt zur Veranstaltung machten Fischer und Dieterich mit einer Betrachtung der rechtlichen Probleme des Einsatzes künstlicher Intelligenz in Prüfungssituationen. Dabei knüpften sie an die vier vorangegangenen Veranstaltungen des Vereins zu Digitalen Prüfungen an, die als Reaktion auf die Unsicherheiten in der Coronapandemie bereits im Oktober 2020 eingeführt wurden und sich seither stetig wachsender Beliebtheit erfreuen.³

1. KI-Einsatz seitens des Prüflings

Die in den vorangegangenen Veranstaltungen vermittelte Täuschungsdogmatik im Prüfungsrecht lasse sich auf den Einsatz künstlicher Intelligenz seitens der Prüflinge übertragen. Eine sanktionierbare Täuschungshandlung liege demnach vor, wenn ein Prüfling eine KI-Anwendung ohne Angabe der Nutzung einsetzt. In der Regel sei der verdeckte Einsatz künstlicher Intelligenz als unerlaubte Hilfe im Sinne der Prüfungsordnungen zu qualifizieren. Die Regelwerke müssten daher nicht grundlegend geändert werden. Verboten sei allerdings nur die Ausgabe einer KI-generierten Leistung als eigene, etwa wenn sich der Prüfling eine Hausarbeit von einer KI schreiben lässt. Der KI-Einsatz zu Recherchezwecken dürfe hingegen vorbehaltlich spezieller – kaum effektiv durchsetzbarer – Regelungen in den Prüfungsordnungen oder Eigenständigkeitserklärungen keinen Bedenken begegnen, da die Verwendung von KI in diesem Zusammenhang nicht anders zu bewerten sein dürfte als gebräuchliche Recherchemittel wie das Internet. Zwar seien Antworten von ChatGPT mangels geistiger Eigenleistung einer identifizierbaren Person keine klassische zitierfähige Quelle i.S.d. Urheberrechts – Maßstab des Prüfungsrechts sei jedoch die Eigenständigkeit der Prüfungsleistung, die sich durch Kennzeichnung der Über-

1 <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen> (zuletzt abgerufen am: 26.4.2024).

2 Fischer und Dieterich sind Autoren des Standardwerkes Fischer/

Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl., München 2022.

3 S. hierzu Haake, OdW 2023, 235; dies., OdW 2022, 215; dies., OdW 2021, 201; dies., OdW 2021, 59.

nahme KI-generierter Bausteine durchaus belegen lasse. Eine solche Offenlegung begegne angesichts der fehlenden Perpetuierung der Antworten von ChatGPT jedoch praktischen Schwierigkeiten. Die Abgrenzung zwischen unerlaubter und erlaubter Hilfe erfolge in gewissem Umfang auch anhand der Bewertungsrelevanz der konkreten Leistung.⁴ Sofern die Rechtschreibung Teil der Prüfungsleistung sei, könne daher auch eine rein sprachliche KI-gestützte Überarbeitung des Textes eine relevante Täuschungshandlung darstellen.

Große Herausforderungen sahen die Referenten beim Nachweis eines unzulässigen KI-Einsatzes seitens der Prüflinge. Die Beweislast für eine Täuschungshandlung liege bei den Hochschulen. Allerdings gelte auch im Prüfungsrecht zum erleichterten Nachweis bestimmter Tatsachen der Grundsatz des Anscheinsbeweises. Dessen genaue Voraussetzungen und Folgen erläuterte *Fischer* anhand einer Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung zur Täuschung im Rahmen von Online-Prüfungen.⁵ Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises genüge es, wenn die Hochschulen einen Sachverhalt vortragen, der bei typischem Geschehensablauf nahelegt, dass der Prüfling auf unerlaubte Hilfsmittel zurückgegriffen hat. Doch trotz dieser Beweiserleichterung gestalten sich die Aufdeckung eines unzulässigen KI-Einsatzes schon heute komplex. So müsse etwa der Gefahr begegnet werden, dass Studierende für besonders gute Leistungen sanktioniert werden.

Die Schwierigkeiten der Beweisführung verdeutlichte *Dieterich* den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung anhand eines viel besprochenen Beschlusses des VG München.⁶ Im zugrundeliegenden Fall hatte sich ein Bachelorabsolvent nach einem erfolglosen Versuch 2022 ein Jahr später ein weiteres Mal auf einen Platz in einem Masterstudiengang der TU München beworben, für den Englischkenntnisse vorausgesetzt werden. Im Bewerbungsverfahren war jeweils ein Essay in englischer Sprache anzufertigen, um die Qualifikation für den Studiengang nachzuweisen. Nach dem erfolglosen ersten Versuch reichte der Bewerber im Sommer 2023 ein Essay ein, das bei den Verantwortlichen der TU München aufgrund seiner hohen Qualität den Verdacht weckte, KI-generiert zu sein. Nach weiteren Untersuchungen schloss die TU München den Bewerber vom laufenden Bewerbungsverfahren aus. Der Bewerber stellte in der Folge einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der vorläufigen Zulassung zum Studium. In

dem Verfahren hatte das Gericht daraufhin im Wesentlichen zu entscheiden, ob der Schluss der Hochschule gerechtfertigt war, dass der Bewerber das Essay unter unzulässigem Einsatz künstlicher Intelligenz angefertigt hat.

Die TU München trug zahlreiche Umstände vor, die in der Gesamtschau den unerlaubten KI-Einsatz beweisen sollten. Ausgangspunkt war die Überprüfung des Essays mit einer Software, die ergab, dass 45 % des Textes mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von künstlicher Intelligenz verfasst worden seien. Daraufhin hatte die Universität den Text von zwei Gutachtern beurteilen und prüfen lassen, welche diesem eine auffallende Prägnanz und Struktur konstatierten. Eine vergleichbare Qualität sei unter Bachelorabsolventen äußerst ungewöhnlich und werde selbst von erfahrenen Wissenschaftlern nicht immer erreicht. Ferner unterscheide sich das Essay augenfällig von dem im Vorjahr durch den Bewerber vorgelegten. Schließlich habe ein „Selbstversuch“ der Hochschule unter Verwendung von ChatGPT ein Resultat ergeben, das auffällige Ähnlichkeit zu dem vom Bewerber eingereichten Essay besitze.

Diese und weitere Umstände ließen nach der Auffassung des Gerichts unter Anwendung des Anscheinsbeweises darauf schließen, dass das Essay mit unerlaubter KI-Hilfe erstellt worden war. *Dieterich* kritisierte, dass ohne nähere Erläuterung die Regelungen des Anscheinsbeweises herangezogen wurden. Im Bereich des KI-Einsatzes gebe es bisher wohl eher kein allgemeines Erfahrungswissen, so dass kaum von einem typischen Geschehensablauf die Rede sein könne. Legte man aber die Grundsätze der in § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorgesehenen freien Beweiswürdigung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren an, seien die Schlussfolgerungen des Gerichts in seinen Augen aber gut nachvollziehbar, wobei Einzelheiten der Überzeugungsbildung – etwa die Umstände des „Selbstversuchs“ mit ChatGPT – etwas unklar blieben.

Vor dem Hintergrund der erläuterten Beweisschwierigkeiten warfen *Fischer* und *Dieterich* die Frage auf, inwiefern sich Prüfungsarten und -formate zukünftig verändern müssen oder sollten. In jedem Fall haben die Hochschulen eine Weichenstellung vorzunehmen. Soll der Status Quo gewahrt werden und der KI-Einsatz in Prüfungen verboten bleiben? In diesem Fall müssen sich die Hochschulen mit der fortschreitenden Entwicklung der Technologie auseinandersetzen. Der Beschluss des

4 Vertiefend wurde auf *Birnbaum*, NVwZ 2023, 1127 (1128) hingewiesen.

5 VG Berlin, Urt. v. 6.2.2023 – 12 K 52/22; VG Köln, Urt. v. 6.12.2022 – 6 K 1428/22; LG Frankfurt, Urt. v. 5.12.2022 – 2-01 S 89/22;

Sächs. OVG, Beschl. v. 16.2.2022 – 2 B 274/21.

6 VG München NJW 2024, 1052 ff.; *Birnbaum*, NVwZ 2024, 607 f.; *Rachut*, NJW 2024, 1057; *Braegelmann*, RD 2024, 188 ff.

VG München zeige, dass sich der unerlaubte KI-Einsatz derzeit mit einigem Aufwand noch erkennen lässt. Möglicherweise seien KI-generierte Texte aber bald zumindest für Menschen nicht mehr oder nur mit erheblichem Aufwand als solche identifizierbar. Sofern alternativ auf eine Software zurückgegriffen werden soll, stelle sich bereits die Frage, ab welcher Wahrscheinlichkeitsgrenze ein Bewerber von dem Verfahren ausgeschlossen wird. *Fischer* schlug deshalb vor, dem Einsatz künstlicher Intelligenz angepasste Aufgabenstellungen entgegenzusetzen. So könne von den Studierenden verlangt werden, ihre Lösungen auf Materialien und Ergebnissen der Vorlesungen aufzubauen. Darüber hinaus können kreative Lösungsansätze die bisher oftmals übliche Wiedergabe von Wissen als wichtigste – und leicht durch KI zu generierende – Bewertungsgrundlage ersetzen. Ein anderer Ansatz sei es, das Risiko einer Entdeckung für die Studierenden zu erhöhen. Dazu können bei entsprechender normativer Grundlage etwa eidesstattliche Versicherungen über die selbstständige Bearbeitung einer Prüfung verlangt werden, so dass der unzulässige KI-Einsatz des Prüflings strafrechtliche Konsequenzen hätte.

Ein anderer Ansatz sei es, den KI-Einsatz zuzulassen und die Prüfungsformate anzupassen. Dazu könne etwa ein Fokus auf mündliche Prüfungen und Präsenzklausuren gelegt oder eine Kombination aus Hausarbeit bzw. Online-Klausur und mündlicher Prüfung etabliert werden. Derartige Prüfungsformate seien allerdings zunächst in der Prüfungsordnung zu regeln.

2. KI-Einsatz seitens des Prüfers

Zum Abschluss des Vortrags änderte *Fischer* die Perspektive und setzte sich mit der Frage auseinander, ob der Prüfer KI-Systeme einsetzen dürfe. Die Erstellung einer weiterhin vom Prüfer letztverantworteten Prüfungsaufgabe unter Zuhilfenahme von KI sei prüfungsrechtlich nicht zu beanstanden. Problematisch sei hingegen die Bewertung einer Prüfungsleistung durch ein KI-System. Das Prüfungsrecht fordere, dass der Prüfer die Arbeit höchstpersönlich und eigenständig bewertet. Er dürfe zwar auf Assistenzen zurückgreifen. Die letzte Entscheidung dürfe er aber nicht aus der Hand geben. Darauf basierend vertrat *Dieterich* die Auffassung, dass der assi-

stierende Einsatz künstlicher Intelligenz durch den Prüfer nicht anders zu behandeln sei als der in gewissem Umfang zulässige Rückgriff auf Korrekturassistenten. In der anschließenden Diskussion widersprach *Schwartzmann* dieser Ansicht: Die Zulässigkeit der Korrekturassistenten entspringe einem anderen Regulierungsbereich als die Frage der Zulässigkeit des KI-Einsatzes. Letztere müsse immer, aber auch ausschließlich an der Fähigkeit künstlicher Intelligenz zur Autonomie gemessen werden. Dann aber verbiete es sich, die Wertungen zur Zulässigkeit menschlicher Assistenzen auf die künstliche Intelligenz zu übertragen.

II. Voraussetzungen einer Implementierung an Hochschulen

Neben die Frage der prüfungsrechtlichen Zulässigkeit des KI-Einsatzes tritt die Frage der rechtskonformen Gestaltung und Implementierung von KI-Systemen. Letztere wird künftig abschließend von der europäischen KI-Verordnung⁷ beantwortet, welche am 1. August 2024 in Kraft getreten ist.⁸ Im Anschluss an den Vortrag *Fischers* und *Dieterichs* stellte *Schwartzmann* den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung das neue Regelwerk vor und beleuchtete die Konsequenzen für den Hochschulbetrieb.⁹

1. Die Regulierung von KI-Systemen durch die KI-VO

Grundsätzlich sei die KI-VO ausschließlich auf KI-Systeme anwendbar. Deren entscheidendes Merkmal sei ihre Autonomie. Ähnlich wie ein Tier könne ein KI-System zwar vom Menschen trainiert werden. Dies gewährleiste aber keinen abschließenden Schutz vor plötzlichen Ausbrüchen aus dem menschengemachten Rahmen. Die Gefahren, die sich aus dieser besonderen Fähigkeit der KI-Systeme ergeben, adressiere die KI-VO nach einem risikobasierten Ansatz. Sie ordne jedes System einer von drei Risikostufen zu. Hiernach seien die meisten Systeme unproblematisch und unterliegen deshalb keiner spezifischen Regulierung nach der KI-VO. Das gelte etwa, wenn ChatGPT eingesetzt wird, um ein Liebesgedicht oder ein Kochrezept zu schreiben. Von anderen KI-Systemen gehe nach der Einschätzung des europäischen

7 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), im Folgenden: KI-VO).

8 *Schwartzmann/Keber/Zenner* (Hrsg.), KI-Verordnung. Leitfaden für die Praxis, 2024.

9 Zum Ganzen wurde vertiefend auf folgende Quellen hingewiesen: *Schwartzmann*, F.A.Z. v. 24.4.2024, 4; *Schwartzmann*, Forschung und Lehre 2024, 348 (349); *Benedikt/Köhler/Schwartzmann/Wünschelbaum*, F.A.Z. v. 18.3.2024, 18; F.A.Z. Einspruch Podcast, Folge 292.

Gesetzgebers hingegen ein hohes Risiko aus.¹⁰ Hierunter fallen etwa Systeme, die über den Hochschulzugang entscheiden oder Prüfungen bewerten. Einige Systeme seien schließlich gänzlich verboten, wie beispielsweise Systeme zur Bewertung natürlicher Personen auf Grundlage ihres sozialen Verhaltens. Eine Schwierigkeit machte *Schwartmann* bei der Abgrenzung zwischen hochriskanten und verbotenen KI-Systemen aus. Ermittelt eine Hochschule etwa per KI, ob ihre Studierenden unter Prüfungsangst leiden und zieht daraus Schlüsse für die Prüfungspraxis, könne es schwerfallen, zwischen einem verbotenen Social Scoring und einem unter strengen Voraussetzungen erlaubten Einsatz im Hochschulkontext zu unterscheiden.

Um den „wilden“ Einsatz von KI-Systemen wie ChatGPT durch private Accounts zu unterbinden, empfahl *Schwartmann* entsprechende Produkte zu lizenzieren. Nur so können die Chancengleichheit gewahrt und lizenzrechtliche Probleme vermieden werden. Mit der Lizenzierung werde die Hochschule aber zugleich Betreiberin eines KI-Systems im Sinne der KI-VO. Sie sei daher unter anderem verpflichtet, sicherzustellen, dass ihr Personal über hinreichende KI-Kompetenz verfügt. Außerdem müsse sie KI-generierte Inhalte als solche kennzeichnen. Falls das lizenzierte KI-System nach der KI-VO hochriskant sei, müsse die Hochschule schließlich vor dessen Inbetriebnahme eine Grundrechte-Folgenabschätzung vornehmen. Dabei sei zu prüfen, welche Auswirkungen die Verwendung des Systems auf die Grundrechte der betroffenen Personen haben kann.

Wesentlich weiter als die genannten Betreiberpflichten gingen die Pflichten der Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen. Grundsätzlich fallen darunter zwar nur Systementwickler wie OpenAI oder AlephAlpha. Unter Umständen können aber auch Betreiber in die Anbieterstellung geraten. Lizenziert eine Hochschule etwa ein KI-System, das im Zugangsverfahren assistieren soll, und versieht dieses mit dem eigenen Logo, habe sie in der Folge die umfangreichen Pflichten der Hochrisiko-KI-Anbieter zu erfüllen. So habe sie etwa sicherzustellen, dass der Betrieb des Systems von einer menschlichen Aufsicht überwacht werden kann. Ebenso werde die Hochschule von der KI-VO als Anbieterin eines Hochrisiko-KI-Systems behandelt, wenn sie ein lizenziertes Hochrisiko-KI-System wesentlich verändert, etwa durch technische Anpassung einer Bewertungs-KI an besondere Prüfungsformate.

Darüber hinaus seien Betreiber und sonstige Dritte nach der KI-VO als Anbieter eines Hochrisiko-KI-Sys-

tems zu behandeln, wenn sie die Zweckbestimmung eines KI-Systems so verändern, dass das betreffende KI-System nach der KI-VO als hochriskant zu klassifizieren ist. Diese Regelung gelte auch für KI-Systeme mit originär allgemeinem Verwendungszweck. ChatGPT diene etwa der Generierung von Texten und sei damit nicht zweckgebunden. Es gelte daher im Grundsatz nicht als hochriskant. Wenn allerdings ein Prüfer das KI-System einsetze, um eine Hausarbeit zu bewerten, nutze er das System zu einem hochriskanten Zweck. In der Folge seien die Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme zu erfüllen. Wolle die Hochschule einer Verantwortlichkeit für das Verhalten des Prüfers entgehen, müsse sie ihrem Personal den Einsatz des Systems zu hochriskanten Zwecken untersagen. Handle ein Mitarbeiter entgegen dieser Anweisung, so befinde er sich im Exzess und habe für die Folgen persönlich einzustehen.

2. Prüfungsbewertungen von ChatGPT?

Die praktischen Schwierigkeiten beim Einsatz von ChatGPT zur Bewertung von Prüfungsarbeiten erläuterte *Schwartmann* anhand eines Selbstversuchs, den er gemeinsam mit einer Mitarbeiterin und ehemaligen Studentin durchgeführt hatte: In dem Versuch wurde das KI-System mit den Bewertungsvorgaben der geltenden Prüfungsordnung und der Masterarbeit der Studentin gefüttert. Seine Aufgabe lautete, die Arbeit anhand der verfügbaren Informationen zu benoten. Tatsächlich bewertete ChatGPT die Arbeit mit 1,3 – der gleichen Note, mit der auch die Prüfer die Arbeit bewertet hatten. Daraufhin änderte *Schwartmann* das Thema der Arbeit. Statt um den Einsatz von KI im Beschäftigtendatenschutz sollte die Arbeit nun den Einsatz von KI im Baurecht behandeln. Jeder Prüfer müsse in dieser Konstellation erkennen, dass die eingereichte Masterarbeit die vorgegebene Aufgabenstellung nicht erfüllt. Thema verfehlt. Nicht so die KI: ChatGPT gab auch auf die veränderten Gegebenheiten hin an, dass die Arbeit mit der Note 1,3 zu bewerten sei.

Schwartmann wies darauf hin, dass das Ergebnis seines Selbstversuchs nicht auf einen Fehler der KI zurückzuführen sei, sondern auf einen menschlichen Fehler in der Anwendung. Nur durch genaue menschliche Vorgaben und einen bedachten Einsatz könne die KI einen echten Mehrwert liefern. Es gehe daher eher um Verbesserung der Qualität als um Arbeitserleichterung per Zauberhand. Um einen verantwortungsbewussten Gebrauch der KI-Systeme sicherzustellen, müsse die in der KI-VO vorgesehene Stopptaste für Hochrisiko-KI-Syste-

¹⁰ Vgl. die nicht abschließende Aufzählung in Anhang III KI-VO.

me als Starttaste verstanden werden: Anstatt die KI abzuschalten, wenn es womöglich bereits zu spät ist, solle der Mensch sich eigene Gedanken machen und die KI sodann bewusst zur Überprüfung dieser eigenen Gedanken starten.

III. Prüfungen in Zeiten künstlicher Intelligenz

In der anschließenden Fragerunde wurden zunächst Verfahren diskutiert, um einen verbotenen Einsatz von KI-Anwendungen in Prüfungssituationen zu verhindern. Vorgeschlagen aus dem Kreis der Zuhörer wurde unter anderem, dass bei Hausarbeiten Studierende ausgelost werden könnten, die zusätzlich zur schriftlichen Leistung einen mündlichen Vortrag halten müssen. Der mündliche Vortrag könne außerhalb der Bewertung der Hausarbeit zu halten sein, oder aber Bestandteil der Bewertung werden. So solle generalpräventiv sichergestellt werden, dass die Studierenden die geforderte Leistung eigenständig erbringen bzw. die fehlende Eigenständigkeit bei der Erstellung der schriftlichen Leistung aufgedeckt wird. *Fischer* verwies auf die Parallelen zwischen Täuschungsversuchen mit KI-Anwendungen in digitalen Prüfungen: Bei Letzteren seien bereits Fälle bekannt, in denen Prüfer nach einer schriftlichen Leistung in einem kurzen Gespräch abgefragt hätten, ob der jeweilige Prüfling den Stoff und die Entstehung der Arbeit wiedergeben kann. *Schwartmann* stellte in diesem Kontext einen Ansatz vor, den er selbst gerade mit den Studierenden des von der TH Köln angebotenen Masterstudiengangs „Medienrecht und Medienwirtschaft“ erprobt: Die Studierenden erarbeiten dabei ein Thema unter Einsatz künstlicher Intelligenz. Im Anschluss präsentieren sie die KI-generierten Ergebnisse in einem mündlichen Vortrag und setzen sich kritisch mit diesen auseinander.

Fischer wies darauf hin, dass, falls das Gespräch Teil der zu erbringenden Leistung sein solle, dies in der Prüfungsordnung festzuhalten sei. Eine Auslösung einiger weniger Studierender würde in diesem Fall – anders als bei Stichproben zur Aufdeckung von Täuschungsversuchen – dann auch einen Verstoß gegen die Chancengleichheit darstellen und verbiete sich deshalb. Doch auch wenn das Gespräch nur zur Überprüfung eines Täuschungsverdachts vorgesehen sei, empfehle sich eine Regelung in der Prüfungsordnung zur Mitwirkungspflicht des Prüflings bei der Aufklärung des Sachverhalts. *Dieterich* ergänzte, dass sich im Übrigen auch § 26 VwVfG für Grund und Grenze der Mitwirkungs-

pfligt bemühen lässt. Hiernach sollen alle Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage bestehe nach § 26 Abs. 2 VwVfG aber nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist.

Auf reges Interesse stießen auch einige Regelungen, die nun von der KI-VO eingeführt werden. So kam die Frage auf, ob die Transparenzpflicht beim Einsatz textgenerierender KI-Systeme auch für Studierende gelte, die ChatGPT in ihren Prüfungen einsetzen. *Schwartmann* stellte klar, dass die Studierenden keine Anbieter im Sinne der KI-VO sind und damit nicht von der Regelung zur Transparenz adressiert werden. Ebenso gerieten sie nicht über eine Zweckänderung in die Anbieterrolle, da der Einsatz von KI-Systemen durch Studierende von der KI-VO nicht als hochriskant klassifiziert werde. Ferner wurde gefragt, ob die Verpflichtung zur Durchführung einer Grundrechte-Folgenabschätzung bereits greife, wenn ein Prüfer spontan und entgegen der Weisung der Hochschule ChatGPT zu Bewertungszwecken einsetze. *Schwartmann* betonte, dass die Verpflichtung zur Durchführung einer Grundrechte-Folgenabschätzung ausschließlich für die Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen gilt. ChatGPT sei als KI-System mit allgemeinem Verwendungszweck zwar nicht grundsätzlich hochriskant. Sein Einsatz zu hochriskanten Zwecken löse aber die spezifische Hochrisiko-Regulierung nach der KI-VO aus. Der Prüfer werde in dem Fallbeispiel zum Anbieter eines Hochrisiko-KI-Systems und müsse daher umfangreiche Pflichten erfüllen. Hinzu trete die an Betreiber adressierte Grundrechte-Folgenabschätzung, die aber in Anbetracht der Anbieterpflichten einen zu vernachlässigenden Mehraufwand für den Prüfer bedeute.

Schließlich lieferte *Dieterich* noch einen Überblick zum aktuellen Stand in der Diskussion um die Zulässigkeit sog. Proctoring-Maßnahmen. Dabei handelt es sich um Überwachungsmaßnahmen zur Prävention von Täuschungen in digitalen Prüfungen, etwa per Videoaufsicht. Bereits im Rahmen der ersten Tagung zu Digitalen Prüfungen war diese Frage kontrovers diskutiert worden.¹¹ Das OVG NRW hatte im Frühjahr 2021 im Eilrechtsschutzverfahren entschieden, dass eine Videoaufsicht während digitaler Prüfungen prüfungsrechtlich geboten und datenschutzrechtlich grundsätzlich zulässig sei.¹² *Dieterich* konstatierte, dass mit der damaligen Begründung des Gerichts eine Videoaufsicht mittlerweile wohl nicht mehr zu rechtfertigen sei. In seiner Entscheidung während der Corona-Pandemie habe das Gericht

11 Haake, OdW 2023, 235 (60 und 63 f.).

12 OVG NRW NJW 2021, 1414.

noch wesentlich darauf abgestellt, dass es ein öffentliches Interesse am Fortschreiten der Ausbildung gebe und ein Anspruch auf die Durchführung von Prüfungen bestehe, was jedenfalls die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Datenverarbeitung über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e) DS-GVO eröffne. Da Präsenzprüfungen derzeit aber möglich seien, entfalle diese Möglichkeit. Stattdessen müsse eine Videoaufsicht nun auf die freiwillige Einwilligung der Prüflinge gestützt werden (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e) DS-GVO), was für die Prüfungsbehörden aufgrund der Widerrufsmöglichkeit mit rechtlicher Unsicherheit verbunden sei (vgl. Art. 7 Abs. 3 DS-GVO).¹³

IV. Resümee und Ausblick

Der Einsatz künstlicher Intelligenz in Prüfungssituationen stellt das materielle Prüfungsrecht vor keine allzu großen Herausforderungen. Wenn ein Prüfling ein KI-System ohne Kenntlichmachung einsetzt, um eine bewertungsrelevante Leistung zu erbringen, nimmt er eine sanktionierbare Täuschungshandlung vor. Weitaus diffiziler gestaltet sich der Nachweis einer solchen Handlung. Trotz der Beweiserleichterungen durch die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises ist die Feststellung eines unzulässigen KI-Einsatzes schon heute mit erheblichem Aufwand verbunden, der voraussichtlich mit wachsender Komplexität und Leistungsfähigkeit der Systeme weiter anwachsen wird. Vor diesem Hintergrund sollten Hochschulen neue Prüfungsformate in den Blick nehmen, die einen stärkeren Fokus auf eine Leistungserbringung in Präsenz oder in mündlichen Prüfungen legen.

Zunächst aber gilt es, KI-Systeme rechtskonform in den Hochschulalltag zu integrieren. Dabei sind die Regelungen der KI-VO zu beachten, die im Sommer in Kraft treten wird. Insbesondere der Einsatz von KI-Systemen zu Bewertungszwecken oder im Zulassungsverfahren wird von der KI-VO als hochriskant klassifiziert. Um die pflichtenreiche Anbieterrolle zu vermeiden, sollten Hochschulen KI-Systeme für klar definierte Aufgabefelder lizenzieren und ihr Personal anweisen, die Systeme ausschließlich zu den vorgegebenen Zwecken einzusetzen. Sofern sie durch diese Maßnahmen in der Betreiberrolle verbleiben, müssen die Hochschulen vor allem für ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz sorgen und eine Grundrechte-Folgenabschätzung durchführen.

Die eingangs zitierte Bitkom-Studie zeigt, dass KI-Systeme an deutschen Hochschulen längst der Realität entsprechen. Mit der Tagung wurde nun auch der Grundstein für deren verantwortungsbewussten und rechtssicheren Einsatz gelegt. In seinen Schlussworten wies *Epping* darauf hin, dass die prüfungsrechtliche Behandlung künstlicher Intelligenz damit allerdings nicht abgeschlossen sei. Bei entsprechendem Interesse der Teilnehmenden beabsichtige der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. deshalb, im kommenden Jahr eine Anschlussveranstaltung zu organisieren, in der dann weitere Erkenntnisse zum KI-Einsatz an Hochschulen mit Interessierten geteilt werden sollen.

Moritz Köhler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht und Doktorand bei Prof. Dr. Rolf Schwartmann.

¹³ Vertiefend wurde auf *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 (515 ff.) hingewiesen.

Präsident des württembergischen Staatsministeriums Karl von Weizsäcker*
Staatsaufgaben, Beamte und politische Selbstbeschränkung

Es ist ganz zweifellos, Württemberg hat einen großen Apparat öffentlicher Beamten. Eine Ursache aber, die halten wir fest, von der gehen wir nicht ab; das ist die Selbständigkeit des Landes. Wir haben um dieser Selbständigkeit willen einen bedeutenden politischen Apparat nötig. Wir haben eine ausgedehnte Gesetzgebung, wir haben ein partikulares politisches Leben, das meines Erachtens ein lebendiges Stück des öffentlichen deutschen Lebens ist. ...

Meine Herren, auf all das kann kein guter Württemberger verzichten. ... Es wäre vielleicht möglich, das oberste

Gebiet des staatlichen öffentlichen Lebens etwas zu beschränken, ohne dass die Förderung des öffentlichen Wohls, ohne dass unser äußeres und inneres Ansehen darunter leiden würde. Eine gewisse Selbstbeschränkung, meine Herren, schwächt nach meiner Überzeugung nicht, sondern sie stärkt. Dazu gehört auch, dass wir vorsichtig werden in der fortwährenden Ausdehnung der Staatsaufgaben. ... Ich muss Sie darauf aufmerksam machen: mit jeder neuen Aufgabe, die Sie dem Staat zuweisen, kommen auch neue Beamten.¹

* Karl von Weizsäcker (1853 – 1926) war von 1906 – 1918 Präsident des württembergischen Staatsministeriums, vergleichbar mit dem Amt eines Ministerpräsidenten. Er ist der Großvater von Carl Friedrich und Richard von Weizsäcker.

1 Rede des Präsidenten des Staatsministeriums Dr. Karl von Weizsäcker in der 159. Sitzung der württembergischen Zweiten Kammer vom 31. März 1909, in: Verhandlungen der württembergischen Zweiten Kammer auf dem 37. Landtag im Jahre 1909, Protokoll-Band 88, S. 4238 – 4239.

