

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2020

Aufsätze

Thomas Würtenberger Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung **215-232**

Christian Kachel Außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei der Einstellung ausländischer Wissenschaftler **233-244**

Thomas Skowronek Arbeitszeit im deutschen Wissenschaftssystem im Lichte des EuGH-Urteils zur Arbeitszeiterfassung **245-252**

Anmerkungen zur Rechtsprechung

Renate Penßel Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans – Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2. und 6.3.2020 **253-260**

Sabita Barnejee und Tobias Mandler Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 Hs 2 WissZeitVG— Zugleich Anmerkung zu BAG, Urteil vom 23. März 2016 — 7 AZR 70/14, vom 18. Mai 2016 — 7 AZR 712/14 und vom 21. August 2019 — 7 AZR 563/17 **261-280**

Buchbesprechungen

Margrit Seckelmann Rezension: Volker Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg. Systematische Darstellung, 3., neu bearbeitete Auflage, **280-282**

Ausgegraben

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

Thomas Würtenberger

*Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung**

Übersicht

I. Fragestellungen

II. Vorüberlegungen zur Rechtsnatur des Wissenschaftsrates

III. Der verfassungsrechtliche Rahmen von Akkreditierungsstapelungen des Wissenschaftsrates

1. Die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Freiheit von Gründern und Betreibern von Privathochschulen
2. Hochschulformigkeit keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtfertigung für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit

IV. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gestaltung der Akkreditierungsverfahren

1. Nicht durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kommunikationsfreiheit gerechtfertigt
2. Keine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Akkreditierungsgutachten
3. Defizite im rechtlichen Gehör
4. Wettbewerbsverzerrung und Prangerwirkung durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates

V. Grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Monita des Wissenschaftsrates gegen eine Akkreditierung

1. Zur Auflösung von Verfahrenskonkurrenzen
2. Zur unverhältnismäßigen Belastung und Kostenlast durch Reakkreditierungen
3. Keine klare Differenzierung zwischen den Monita bei der Nichtakkreditierung
4. Zweierlei Maß bei der Bildung des Maßstabes für die Akkreditierung
5. Zu den inhaltlichen Mängeln in Akkreditierungsstapelungen

VI. Schlussbemerkung

An mittlerweile über hundert privaten Hochschulen studieren etwa 8,5 % der Studierenden in Deutschland¹. Für den Zugang zu diesem immer noch wachsenden Bildungsweg bedürfen die privaten Hochschulen der staatlichen Anerkennung.² Deren Voraussetzungen sind, weitgehend übereinstimmend, in den Hochschulgesetzen der Länder geregelt.³ Die Prüfung dieser Anerkennungsvoraussetzungen erfordert hochschulbezogenes Erfahrungswissen hinsichtlich des von den privaten Hochschulen zu verlangenden Leistungsprofils in Forschung und Lehre. Denn zum einen soll die private Hochschule ihren Studierenden ein, je nach Hochschultyp unterschiedlich ausgeprägtes, *wissenschaftliches Studium* anbieten, zum anderen erwartet der *Arbeitsmarkt besondere Qualifikationen* der Absolventen privater Hochschulen. Das Studium an privaten Hochschulen muss also mit dem an staatlichen Hochschulen in Breite und Tiefe sowie in den Leistungsanforderungen vergleichbar sein.

Das für die staatliche Anerkennung zuständige Landesministerium betraut in aller Regel den Wissenschaftsrat mit der Prüfung, ob eine private Hochschule im Hinblick auf Lehre, Forschung und Organisation sowie auf solide Finanzierung die gesetzlichen Anerkennungsvor-

* Die Ausführungen beruhen zum Teil auf gutachtlichen Stellungnahmen. Herrn Alexander Krüger danke ich für eine kritische Durchsicht des Manuskripts. Die Internet-Fundstellen wurden am 26. 8. 2020 abgerufen.

1 https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/01/PD20_026_213.html - auch zu den hohen Zuwachsraten des Studiums an privaten Hochschulen.

2 So etwa nach § 70 LHG BW; Art. 76 BayHSchG; § 123 BerlHG; § 114 HmbHG; § 91 HessHG; § 72 NRWG; § 76 SchlHHSG; § 101 ThürHG, - hier auch die Regelung der rechtlichen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung; hierzu im Überblick Würtenberger, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisati-

on der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 18.

3 Die Landesregierung Baden-Württemberg hat allerdings Ende Juli 2020 einen Entwurf zu einem 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz vorgelegt, der die staatlichen Anerkennungsvoraussetzungen erweitert und das Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates nunmehr rechts- und verfassungskonformer gestalten möchte (https://beteiligungportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungportal/gesetzentwurfe/200728_Gesetzentwurf_viertes_Hochschulrechtsaenderungsgesetz.pdf). Auf die Änderungsvorschläge wird im Folgenden verwiesen, soweit sie die hier kritisierte Verfahrenspraxis des Wissenschaftsrates betreffen.

aussetzungen erfüllt.⁴ Der Wissenschaftsrat setzt eine Arbeitsgruppe ein, die auf der Grundlage eines Selbstberichts der Hochschule und nach deren Begehung einen *Bewertungsbericht* verfasst. Begleitet wird das gesamte Akkreditierungsverfahren von der Geschäftsstelle des Wissenschaftsrates, die „schreiben, redigieren, konzipieren“, also wesentliche Steuerungs- und Lenkungsfunktionen, für sich in Anspruch nimmt.⁵ Nach dieser Vorbereitung entscheidet der Wissenschaftsrat über die (Nicht-) Akkreditierung und über die von der privaten Hochschule meist unter Fristsetzung zu erfüllenden Auflagen.⁶ Die vom Wissenschaftsrat verfassten Akkreditierungsstellungen werden, selbst wenn sie eine Akkreditierung ablehnen, auf dessen Homepage gestellt und sind im Internet allgemein zugänglich.⁷

I. Fragestellungen

Die Befassung des Wissenschaftsrates mit der Akkreditierung privater Hochschulen ist nicht ohne Kritik geblieben. Von einer internationalen Kommission wurde 2008 moniert⁸, dass *die Standards an öffentlichen Hochschulen* bei der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat über Gebühr maßstabbildend seien und die Tendenz zu einem strukturkonservativen Verfahren bisweilen erkennbar sei. Zudem wurden die *Probleme des Peer Review*, das sich häufig nicht von eigenen didaktischen und fachlichen Vorstellungen zu lösen vermag, angesprochen und eine Schulung der Gutachter gefordert.⁹

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine verfassungs- und hochschulrechtliche Kritik an der Arbeit des Wissenschaftsrates. Da der Wissenschaftsrat keine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, und weder dem Bund noch einem Land zugeordnet werden kann, mag man bereits zweifeln, ob er überhaupt Adressat verwaltungsgerichtlicher Verfahren sein kann (II.). Die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates zur Akkreditierung privater Hochschulen sind zudem verfassungsrechtlich defizitär, da er sich weder in seinem Leitfaden

noch in seinen Akkreditierungsverfahren mit der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit des Trägers von Privathochschulen (III., 1.) und den hieraus herzuleitenden Maßstäben für Akkreditierungsentscheidungen befasst.

Zu problematisieren ist, dass die Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates oft nicht auf den in den Ländern rechtlich geregelten Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von privaten Hochschulen beruhen. So regelt § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW, dass der Wissenschaftsrat mit Akkreditierungsverfahren betraut werden kann, um die *Entscheidungsgrundlagen des Ministeriums gemäß § 70 Abs. 2 und 5 LHG zu erweitern*. Dieses Ziel wird vom Wissenschaftsrat jedoch nicht vorrangig verfolgt. Jenseits der landesrechtlichen Vorgaben orientiert er sich vielmehr an einem von ihm verfassten *eigenen Leitfaden*, der alleinige Grundlage seiner Akkreditierungsverfahren privater Hochschulen ist. In diesem Leitfaden, eine Art von Verwaltungsvorschrift, aus dem Jahr 2015, hat der Wissenschaftsrat über die Konkretisierung der landesgesetzlichen Vorgaben hinaus und daher *in einem rechtsfreien Raum und ohne demokratische Kontrolle eigene Maßstäbe der Hochschulformigkeit*¹⁰ entwickelt. Wegen dieser Diskrepanz zwischen den gesetzlich *abschließend*¹¹ geregelten Anerkennungsvoraussetzungen und den selbst gesetzten Akkreditierungsmaßstäben des Wissenschaftsrates gehen dessen Stellungnahmen zur Akkreditierung zu einem beträchtlichen Teil von Maßstäben aus, die mit der *Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar* sind (III., 2.).

Die *Praxis der Akkreditierungsverfahren* gibt ebenfalls Anlass zu Kritik. Bei der Ausarbeitung und bei der Verbreitung seiner Stellungnahmen zur Akkreditierung von privaten Hochschulen verstößt der Wissenschaftsrat gegen rechtsstaatliche Grundsätze des Verwaltungsrechts. Auf dem Prüfstand steht unter anderem: Ist der Wissenschaftsrat berechtigt, negative Akkreditierungsstellungen ohne vorhergehende Anhörung der betroffenen Hochschule zu veröffentlichen? (IV.) Und nicht zuletzt bestehen Bedenken gegen eine Vielzahl von Monita des Wissenschaftsrates, die zu Auflagen

4 So etwa nach § 70 Abs. 1 S. 4 LHG BW.

5 https://www.wissenschaftsmanagement-online.de/sites/www.wissenschaftsmanagement-online.de/files/migrated_wimoarticle/Goll.pdf unter 3.8.

6 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 21 ff. – Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen.

7 Zur Veröffentlichung vgl. Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 24.

8 Zum Folgenden vgl. „Zur Zukunft der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen in Deutschland. Bericht der internationalen Kommission zur Evaluation des Verfahrens zur Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen durch den Wissenschaftsrat“, abgedruckt in Wiss Rat Drs. 8925-09, S. 23, 48

ff. (Kritik an der Kontrolle von Programmakkreditierungen etc.).

9 Der Wissenschaftsrat ist sich der Problematik des Peer Review in Akkreditierungsverfahren bewusst (vgl. Drs. 1656-11 mit „Empfehlungen zur Steuerung und Bewertung von Forschungsleistungen“, S. 17), verhindert aber nicht, dass vergleichbare Sachverhalte von den Gutachtergruppen unterschiedlich gewürdigt werden. Hierauf ist zurückzukommen.

10 Wiss Rat Drs. 4395-15; den Weg in den Duden hat der Kunstbegriff der „Hochschulformigkeit“ noch nicht gefunden.

11 BeckOK Hochschulrecht BW/ Krausnick, 16. Edition 01.11.2019, § 70 LHG Rn. 23.

oder zur Nichtakkreditierung privater Hochschulen geführt haben (V.).

II. Vorüberlegungen zur Rechtsnatur des Wissenschaftsrates

Der Wissenschaftsrat ist das zentrale hochschulpolitische Beratungsgremium von Bund und Ländern in Fragen der Fortentwicklung des Hochschul- und Wissenschaftsbereichs. Er wurde durch das Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern vom 5. September 1957 eingerichtet.¹² Träger der „Behörde“ Wissenschaftsrat sind die Bundesländer und der Bund als *öffentlich-rechtliche Körperschaften*, repräsentiert durch ihre jeweiligen Regierungen. Die Mitglieder des Wissenschaftsrates werden teilweise vom Bundespräsidenten unter anderem auf Vorschlag der Institutionen wissenschaftlicher Forschung berufen, teilweise von der Bundesregierung und den Landesregierungen entsandt (Art. 4 des Verwaltungsabkommens). Die *Finanzierung* des Wissenschaftsrates erfolgt aus dem Bundes- und den Landeshaushalten (Art. 9 des Verwaltungsabkommens). Zu seinen explizit benannten Aufgabebereichen gehört, dass er auf Anforderung eines Landes gutachtlich zu Fragen der Entwicklung der Landeshochschulen Stellung nimmt (Art. 2 a. E. des Verwaltungsabkommens).

Diese Konstruktion des Wissenschaftsrates lässt sich mit dem organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt¹³ nicht vereinbaren. Jedenfalls dann bedarf es eines demokratisch legitimierten Gesetzes, wenn eine Behörde durch ihr Handeln nach außen in Grundrechte von privaten Hochschulen und ihrer Träger eingreift. Die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates werden in Akkreditierungsverfahren zwar verwaltungsintern dem jeweils beauftragenden Wissenschaftsministerium des Landes erstattet. Da aber diese Stellungnahmen, die eine Akkreditierung ablehnen oder die erhebliche Mängel im Betrieb privater Hochschulen rügen, auf der Homepage des Wissenschaftsrates veröffentlicht und zusätzlich durch Pressemitteilungen verbreitet werden, wird in Grundrechte eingreifend nach außen gehandelt. Zu diskutieren ist, ob der Wissenschaftsrat mit der Publikation seiner Akkreditierungsgutachten die Funktion

eines lediglich verwaltungsintern agierenden Helfers des beauftragenden Landes¹⁴ überschreitet.

Eine die Grundrechte der Betreiber privater Hochschulen sowie diejenigen der Hochschule selbst verletzende Veröffentlichung der Stellungnahmen des *nicht rechtsfähigen Wissenschaftsrates* kann verwaltungsprozessual angegriffen werden. Wenn auch durch eine bloße Verwaltungsvereinbarung keine rechtsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts gegründet werden konnte,¹⁵ bedeutet dies aber nicht, dass der Wissenschaftsrat, dessen Tätigkeit *keinerlei Aufsicht unterworfen* ist¹⁶, *außerhalb der Rechtsordnung* steht. Wenn die Behörde Wissenschaftsrat bei ihrem Akkreditierungsvorschlag, wie noch zu zeigen ist, außerhalb ihres Kompetenzrahmens, in Verkennung der Reichweite der Privathochschulfreiheit und des Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe sowie mit bisweilen unzutreffend begründeten Stellungnahmen in erheblicher Weise in Grundrechte der privaten Hochschulen eingreift, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG entsprechenden Rechtsschutz. Zu dessen Gewährleistung lässt sich wohl von einer Teilrechtsfähigkeit der „Behörde“ Wissenschaftsrat ausgehen.¹⁷ Soweit insoweit Zweifel bestehen sollten, wäre eine Klage gegen die Bundesregierung und die Landesregierungen als Träger der Organisation Wissenschaftsrat – oder nur gegen eine dieser gesamthänderisch handelnden öffentlich-rechtlichen Körperschaften – statthaft.

III. Der verfassungsrechtliche Rahmen von Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates

Zu klären ist, ob die Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit nicht nur der privaten Hochschulen, sondern auch ihrer Gründer und Trägergesellschaften zu beachten haben.

1. Die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Freiheit von Gründern und Betreibern von Privathochschulen

Art. 5 Abs. 3 GG schützt die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre gegen Eingriffe des Staates. Juristische Personen in privatrechtlicher Rechtsform, also etwa

12 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2

13 Vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 20 GG Rn. 76; Jarass/Pieroth/Pieroth, aaO, Art. 86 GG Rn. 2 a; Dreier/Schulze-Fielitz, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 125; von Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 283.

14 Eine Organleihe ist wohl auszuschließen; vgl. zu den Voraussetzungen der Organleihe von Kommissionen *Fehling*, Rundfunk,

in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Aufl. 2013, § 59 Rn. 159 mit Nachw.

15 *Röhl*, Der Wissenschaftsrat. Kooperation zwischen Wissenschaft, Bund und Ländern, 1994, S. 220 mit Nachw.

16 *Lerche* versucht in einem unveröffentlichten Rechtsgutachten von 1983 zu Fragen des rechtlichen Status des Wissenschaftsrates eine Aufsicht durch Bund und Länder zu konstruieren (S. 14 ff.).

17 *Röhl*, Der Wissenschaftsrat. Kooperation zwischen Wissenschaft, Bund und Ländern, 1994, S. 220 ff. mit Nachw.

eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung können sich ebenfalls auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen¹⁸.

Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst auch die Freiheit, eine private Hochschule zu gründen und zu betreiben¹⁹. Denn Art. 5 Abs. 3 GG will dem *heutigen Zustand des Privathochschulwesens*, also eines Bildungsmarktes, in dem private Hochschulen eine wissenschaftlich und didaktisch fundierte Aus- und Weiterbildung anbieten, verfassungsrechtlichen Schutz gewähren. Dieser verfassungsrechtliche (Zugangs-) Schutz hat das Ziel, die *den pluralistischen Staat kennzeichnende Vielfalt der Wissenschaft* und ihrer Organisationsformen zu sichern. Dies richtet sich gegen alte Formen der staatlichen Monopolisierung oder der Lenkung der wissenschaftlich fundierten Hochschulausbildung. Letztlich lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der *Staatsfreiheit von Wissenschaft und Lehre* ein an den Staat gerichtetes *Wissenschaftssteuerungsverbot* herleiten²⁰. Gegenüber dem breiten Spektrum vertretbarer Ansätze in Forschung, Lehre und Hochschulorganisation muss der Staat *strikte Neutralität* wahren.

Art. 5 Abs. 3 GG schützt mit der *Privathochschulfreiheit* also auch die *Gründungs- und Betätigungsfreiheit ihrer Trägergesellschaften*²¹. Bei der Gründung und bei den Einflussnahmen auf „ihre“ Privathochschulen können sich die Trägergesellschaften auf selbstgesetzte Maßstäbe im Bereich von Forschung, Lehre und Organisation berufen.

Diese von Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos geschützte Privathochschulfreiheit unterliegt *nur verfassungsimmanenten Schranken*.²² In die Wissenschaftsfreiheit kann *nur vom Gesetzgeber* „mit Rücksicht auf kollidierendes Verfassungsrecht eingegriffen werden“.²³ Eingriffe in die die privaten Hochschulen schützende Wissenschafts- und Lehrfreiheit sind allein aus Gründen „der Erhaltung

und Förderung der Hochschulen“ selbst „sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger“ statthaft.²⁴ Zu berücksichtigen ist insbesondere der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte *Grundrechtsschutz der Studierenden*, da die privaten Hochschulen als Ausbildungsstätten für bestimmte Berufsfelder den Studierenden das Äquivalent zu einer staatlichen Hochschulausbildung zu bieten haben.

Die *Konkretisierung* der verfassungsimmanenten Schranken der Privathochschulfreiheit erfolgt durch die in den *Landeshochschulgesetzen* geregelten *Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung*.²⁵ So fordert § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LHG BW, dass das Studium an dem in § 29 LHG BW genannten Ziel ausgerichtet sein muss:

„Lehre und Studium sollen Studierende nach Maßgabe der Aufgaben der Hochschule entsprechend § 2 Abs. 1 auf eine berufliche Tätigkeit vorbereiten oder in einer beruflichen Tätigkeit weiterqualifizieren. Die dafür erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden sollen dem jeweiligen Studiengang entsprechend so vermittelt werden, dass die Studierenden zu wissenschaftlicher ... Arbeit und zu verantwortungsvollem Handeln in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat befähigt werden.“

Die *wissenschaftliche Qualität* des Studiums an privaten Hochschulen wird durch weitere Vorgaben des § 70 Abs. 2 S. 1 LHG BW gesichert: Das hauptberufliche Lehrpersonal muss die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, „die für entsprechende Tätigkeiten an staatlichen Hochschulen gefordert werden“. Dabei muss „ein Lehrkörper in vergleichbarem Umfang zu entsprechenden staatlichen Hochschulen vorhanden sein“ (Nr. 5). Außerdem muss „die innere Wissenschaftsfreiheit hinreichend gesichert“ und „im akademischen Kernbereich muss eine

18 Maunz/Dürig/Remmert, Grundgesetz, 90. EL Feb. 2020, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 102 mit weit. Nachw. – Zur hier nicht zu vertiefenden Frage, inwieweit sich Stiftungen des Privatrechts auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können: MüKoBGB/Weitemeyer, 8. Aufl. 2018, BGB § 80 Rn. 62 f.

19 Zum Folgenden ausführlich *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, 15, 16 ff.

20 *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 243 ff.; in der Sache ebenfalls *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre Finanzierung, 2002, S. 58.

21 *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 16 ff.; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Grundgesetz, Art. 5 GG Rn. 141; *Fehling*, in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 129 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule

und ihre Finanzierung, 2002, S. 116 ff.; *Penßel*, in: *Geis* (Hg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kap. 6 Rn. 41; *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 34 Rn. 16; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 120; *Löwer*, Freiheit von Forschung und Lehre, in *Merten/Papier* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 99 Rn. 19.

22 Maunz/Dürig/Gärditz, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 151; *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 26 Rn. 101 ff.

23 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 54 mit zahlreichen Rückverweisen; zum Folgenden *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 17 f.

24 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 55 mit zahlreichen Rückverweisen.

25 Ein Überblick dieser fast identischen Regelungen in Fn. 2.

autonome Entscheidungsbildung durch die akademischen Gremien gewährleistet sein“ (Nr. 7). Und nicht zuletzt müssen die finanziellen Verhältnisse des Hochschulträgers einen ökonomisch gesicherten Hochschulbetrieb erwarten lassen (Nr. 8). Mit diesen Regelungen konkretisiert der Landesgesetzgeber jenes *Prüfprogramm*, das zum Schutz der Studierenden die Qualität und Gleichwertigkeit der privaten mit den staatlichen Hochschulen gewährleistet. Die Akkreditierung und Anerkennung privater Hochschulen hat allein gemäß diesen gesetzlich geregelten Akkreditierungsvoraussetzungen bzw. Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung zu erfolgen.²⁶

2. Hochschulformigkeit keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtfertigung für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit

Soweit der Wissenschaftsrat die landesgesetzlichen Anerkennungsvoraussetzungen in seinem Leitfadens konkretisiert, ist hiergegen nichts zu erinnern. Anderes gilt jedoch, wenn er darüber hinaus in eigenständiger Weise ein Prinzip der „Hochschulformigkeit“ als zentralen Maßstab für die Akkreditierung privater Hochschulen entwickelt und ausdifferenziert. Hochschulformigkeit ist weder ein Prinzip des deutschen Hochschulrechts noch sind die Konturen dieses Prinzips *in einem offenen Diskurs* der hochschulaffinen Community entwickelt worden. Die Hochschulformigkeit als *maßstabbildende Voraussetzung* für die Akkreditierung privater Hochschulen ist vielmehr ein Eigengewächs des Wissenschaftsrates. Mit dieser Begriffsschöpfung fasst er seine „langjährige Prüfpraxis im Bereich der Institutionellen Akkreditierung“ zusammen und begründet „signifikante(n) Anpassungen der Prüfkriterien in sämtlichen Prüfbereichen“.²⁷

Damit ist die Hochschulformigkeit, soweit sie nicht lediglich die landesrechtlichen Anerkennungsvorausset-

zungen konkretisiert, kein normativer, rechtliche Maßstäbe setzender Begriff des deutschen Hochschulrechts. Eine normative Maßstäblichkeit muss, wie vom BVerfG nachdrücklich gefordert, vom *demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgegeben* werden. Der Maßstab der Hochschulformigkeit kann vom Wissenschaftsrat²⁸ nicht in das Anerkennungsverfahren der zuständigen Landesministerien zur Klärung der rechtlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen eingebracht werden. Dies hat das BVerfG für die sehr vergleichbaren Verfahren der Akkreditierung von Studiengängen entschieden:

„Die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Was wesentlich ist, ergibt sich aus den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus den dort verbürgten Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur im Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen“.²⁹

Die im Akkreditierungsurteil des BVerfG entwickelten Maßstäbe lassen sich auf die Akkreditierung von privaten Hochschulen übertragen.³⁰ Der Wissenschaftsrat ist, ebenso wie das Wissenschaftsministerium, auf die Überprüfung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen beschränkt.³¹ Der vom Wissenschaftsrat 2015 verabschiedete „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“³² ist, soweit er über die Anerkennungsvoraussetzungen in den Landeshochschulgesetzen hinausgeht, nichts weiter als eine Ansammlung nicht demokratisch legitimer *hoch-*

26 Eine staatliche Anerkennung nach Ermessen des Wissenschaftsministeriums ist ein verfassungswidriger Eingriff in die Privathochschulfreiheit (hierzu *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 18 f.). – Der Anhörungsentwurf zur Neufassung des LHG BW (Fn. 3) hält an der Anerkennung als Ermessensentscheidung fest; diese soll aber gemäß der Begründung verfassungsrechtlich gebunden sein und – dem diametral widersprechend – die Kontrolle „eine(r) qualitätsgeleitete(n) Wissenschaft sowie eine(r) anschlussfähige(n) Hochschulausbildung“ gestatten. Will das Wissenschaftsministerium wirklich die Qualität der Wissenschaft an privaten Hochschulen kontrollieren?

27 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 6; Wiss Rat Drs. 6974-18, S. 5.

28 *Württemberg*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 24 f.

29 BVerfGE 141, 143 Rn. 59; *Geis*, Das Bundesverfassungsgericht zur Akkreditierung, OdW 2016, 193 ff.; *Mager*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung von Studiengängen – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der Akkreditierungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine verfassungsrechtliche Bewertung des Akkreditierungs-Staatsvertrags, OdW 2017, S. 237 ff.; *Hufen*, JuS 2016, 855 ff.

30 Auch der baden-württembergische Gesetzgeber hat die Vergleichbarkeit mit der Studiengangsakkreditierung erkannt und verweist zur Akkreditierung von Hochschulen in der Begründung des neuen § 70a Abs. 2 LHG BW auf das Urteil des BVerfG (zur Novellierung vgl. Fn. 3).

31 So nunmehr die Neufassung des § 70a Abs. 1 S. 1 LHG BW im Anhörungsentwurf der Landesregierung (Fn. 3).

32 Wiss Rat Drs. 4395-15.

schulpolitischer Statements, taugt in seiner Ausschließlichkeit aber nicht bei der Vorbereitung von Akkreditierungsentscheidungen, die an Art. 5 Abs. 3 GG gebunden sind.³³

Im Leitfaden des Wissenschaftsrates wird an keiner Stelle erwähnt, dass sich nicht nur die privaten Hochschulen, sondern auch deren Träger auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen können.³⁴ Auch in den Akkreditierungsstimmungen des Wissenschaftsrates wird, soweit ersichtlich, nicht gewürdigt, dass die Einwirkungen der Gründer und Träger privater Hochschulen auf „ihre“ Hochschule von Art. 5 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein können. Wenn die grundsätzlichen, von Art. 5 Abs. 3 GG gewährten Gestaltungs- und Beteiligungsrechte unberücksichtigt bleiben, führt dies zur Rechtswidrigkeit von Auflagen in Akkreditierungsbescheiden oder sogar zur Rechtswidrigkeit einer Nichtakkreditierung.

Die rechtlichen Einschätzungen der Hochschulformigkeit in Stellungnahmen des Wissenschaftsrates entfalten, soweit sie einer rechtlichen Grundlage entbehren, keine Bindungswirkung gegenüber dem zuständigen Landesministerium. Wenn der Wissenschaftsrat anderes zum Ausdruck bringt³⁵, so überschätzt er seine Kompetenzen. Beispielhaft führt die Begründung zum 2019 novellierten Hochschulgesetz von Nordrhein-Westfalen aus: „Die institutionelle Anerkennung als Einrichtung ist ... nicht an das Gutachten des Wissenschaftsrates betreffend die institutionelle Akkreditierung gebunden. Sie kommt daher insbesondere auch dann in Betracht, wenn der Wissenschaftsrat höhere oder andere Anforderungen an die Hochschule stellt, als sie nach § 72 erforderlich sind“³⁶. Dies sind deutliche Formulierungen gegen Stellungnahmen des Wissenschaftsrates, die die Rechtsgebundenheit von Akkreditierungsentscheidungen missachten. Mittlerweile setzen sich denn auch Landesministerien bei ihren Entscheidungen zur staatlichen Anerkennung über (verfassungs-)rechtlich nicht haltbare Monita in Akkreditierungsstimmungen des Wissenschaftsrates hinweg.³⁷

IV. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gestaltung der Akkreditierungsverfahren

Erhebliche Bedenken bestehen gegen die Praxis des Wissenschaftsrates, seine Stellungnahmen, die zur Nichtakkreditierung einer Hochschule geführt haben, auf seiner Homepage zu veröffentlichen. Ein solcher *informationeller Grundrechtseingriff in Form eines Realaktes* ist weder durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte wissenschaftliche Kommunikationsfreiheit (1.) noch durch entsprechende Eingriffsermächtigungen (2.) gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass die privaten Hochschulen zu den sie betreffenden negativen Aussagen in den Stellungnahmen zu ihrer Akkreditierung nicht gehört werden, bevor diese vom Wissenschaftsrat veröffentlicht werden. Diese „Nichtanhörung“ führt in vielen Akkreditierungsverfahren dazu, dass die Stellungnahmen teils von verfehlten Wertungen des Sachstandes ausgehen und teils rechtlich nicht haltbare Forderungen ihrer Akkreditierungsentscheidung zugrunde legen (3.). Die Folge ist eine unangemessene Vorverurteilung der Seriosität der zu akkreditierenden Hochschule und damit eine nicht hinnehmbare Prangerwirkung (4.). Die *finanziellen Einbußen durch diese Rufschädigung* können immens sein. Studierende, die sich im Internet über die private Hochschule ihrer Wahl informieren, meiden private Hochschulen, die vom Wissenschaftsrat kritisch beurteilt wurden oder denen sogar die Akkreditierung verweigert wurde.

1. Nicht durch die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kommunikationsfreiheit gerechtfertigt

Auf den ersten Blick kann sich der Wissenschaftsrat für die Veröffentlichung seiner Stellungnahmen auf den Schutz durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen. Denn zu dessen Schutzbereich gehört die Freiheit des Wissenschaftlers, wissenschaftliche Werke zu veröffentlichen und einem offenen und freien wissenschaftlichen Diskurs zu stellen. Allerdings können sich öffentlich-rechtlich

33 Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, S. 253, 260; Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064, 1066; BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum, 8. Ed. 1.8.2018, HG § 73 Rn. 9.

34 Der Wissenschaftsrat nimmt vielmehr an, private Hochschulen seien „staatlich beliehene Einrichtungen des tertiären Bildungssektors“ (zuletzt Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 5); verkannt wird, dass staatliche Anerkennung nicht mit „Beleihung“ gleichgesetzt werden kann.

35 Würtenberger, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, S. 15, 24; Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW, 2018, S. 253, 260 zu den Erwartungen des Wissenschaftsrates, dass die zuständigen Ministerien seine Auflagen und Empfehlungen in die Anerkennungspraxis umsetzen.

36 NRW LT-Drs. 17/4668, S. 182.

37 Vgl. den § 70a Abs. 4 LHG BW im Anhörungsentwurf der Landesregierung (Fn. 3).

geordnete Institutionen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf Grundrechte und damit nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.³⁸ Denn allein das Organisationsrecht bestimmt, welche Kompetenzen juristische Personen des öffentlichen Rechts mit- samt ihren Behörden haben. Diese *Kompetenzordnung* verbietet einen Rückgriff auf Grundrechte, um Maßnahmen in einem öffentlich-rechtlich geregelten Kompetenz- und Funktionsbereich zu treffen, für die die erforderliche gesetzliche Eingriffsmächtigung fehlt. Nur Universitäten und Hochschulen können Adressaten der durch Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Freiheit sein. Dass der Wissenschaftsrat nicht zu diesem Adressatenkreis gehört, bedarf keiner besonderen Begründung.

Selbst wenn man dem Wissenschaftsrat eine *Einschätzungsprärogative* bei seinen Akkreditierungs- stellungnahmen einräumt, müssen das *Willkürverbot* und *rechtsstaatliche Grundsätze* beachtet werden. Vor allem müssen der Sachverhalt zutreffend ermittelt, die Bewertungsmaßstäbe offengelegt und die wissenschaftlich- fachlichen Annahmen sachgerecht begründet werden. All dies unterliegt in einem Rechtsschutzverfahren bei der Überprüfung, ob die gesetzlich geregelten Anerken- nungsvoraussetzungen zutreffend erfasst und angewen- det wurden, der gerichtlichen Vertretbarkeits- und Plau- sibilitätskontrolle.³⁹ Wie unter V., 4., 5. ausgeführt wird, liegen gerade in diesen Bereichen Defizite in der Be- gründung der Auflagen oder der Nichtakkreditierung ei- ner privaten Hochschule.

2. Keine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Akkreditierungsgutachten

Die Veröffentlichung der Akkreditierungsgutachten durch den Wissenschaftsrat ist Teil *des staatlichen Informationshandelns*. Die Öffentlichkeit wird vom Wissen- schaftsrat über die Gründe informiert, warum aus des- sen Sicht eine bestimmte Hochschule nicht oder nur unter Auflagen akkreditiert wird. Derartiges staatliches Informationshandeln greift in Art. 12 GG und Art. 5 Abs.

3 GG des Hochschulträgers sowie in Art. 5 Abs. 3 GG der Hochschule ein.

a) Keine sachlich richtige Information von einer zustän- digen Stelle

Dieses in Grundrechte eingreifende Informationshan- deln des Wissenschaftsrates unterliegt Grenzen. Nach ganz überwiegender Ansicht sind informationelle Ein- griffe in Grundrechte der privaten Hochschulen und ihrer Träger nur dann rechtmäßig, wenn *von der zustän- digen Stelle* und *sachlich richtig informiert* wird.⁴⁰ Es bestehen bereits Zweifel, ob der Wissenschaftsrat die zuständige Stelle für die Veröffentlichung der von den Ländern erbetenen Akkreditierungsstimmungen ist. Aus dem Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern über die Errichtung eines Wissenschaftsrates folgt keine derartige Veröffentlichungskompetenz. Denn nach dessen § 2 Abs. 2 legt der Wissenschaftsrat „seine Empfehlungen und Stellungnahmen den Vertragschlie- ßenden, bei Anforderung durch die Gemeinsame Wis- senschaftskonferenz oder die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder auch diesen vor“.⁴¹ Hiernach werden Stellungnahmen zur Akkreditierung von Hoch- schulen nur dem antragstellenden Land vorgelegt, eine Veröffentlichung der Stellungnahmen liegt damit außer- halb der Kompetenz des Wissenschaftsrates und ist damit rechtswidrig.

Davon abgesehen lässt sich ein informationeller Grundrechtseingriff nur ablehnen, wenn *sachlich richtig* informiert worden ist. In seiner Leitentscheidung for- muliert das BVerfG⁴²: „Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und un- ter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit an- gemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt.“ Diese Maßstäbe, die mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 4 Abs. 1 GG⁴³ entwickelt wurden, lassen sich auf den Schutz der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule und ihres Trägers, der sich ergänzend ohnehin auf Art. 12 Abs. 1 GG beru- fen kann, entsprechend anwenden. Wie unter V. exemp-

38 Aus der umfangreichen Rechtsprechung des BVerfG vgl. nur BVerfGE 21, 362, 368 ff.; 68, 193, 205 ff.; 75, 192, 196 f.; BVerfG-K NVwZ-RR 2009, S. 361 f.; zur hier nicht zu vertiefenden Kritik der Staatsrechtslehre an der mangelnden Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts: *Zippelius/Würten- berger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 18 Rn. 47 ff. mit Nachw.

39 Zur Kontrolldichte behördlicher Einschätzungs- spielräume im Bereich des Marktzugangs: Würtenberger, Entscheidungen über den Marktzugang nach Regulierungsermessen?, *Gewerbearchiv* 2016, S. 6, 7 f.; BVerfG NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 39; NVwZ 2014, 942, 949.

40 Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 ff., 270: „Auch beim Informations-

handeln ist die Kompetenzordnung zu beachten“; 105, 279, 294 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 31 ff. mit Nachw.; *Schoch*, Amtliche Publikumsinforma- tion zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, *NJW* 2012, 2844 ff.; *Huber*, Die Informationsfähigkeit der öffentlichen Hand, *JZ* 2003, 290 ff.; *Martini/Kühl*, Staatliches Informations- handeln, *JA* 2014, 1221 ff.

41 https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungs- abkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

42 BVerfGE 105, 252, 272.

43 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 32 mit Nachw.

larisch gezeigt wird, sind nicht wenige Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates inhaltlich unzutreffend. Davon abgesehen wirkt sich die Veröffentlichung dezidiert negativer Bewertungen durch den Wissenschaftsrat verbotsähnlich aus (hierzu unter 4.), ist damit ein funktionales Äquivalent für einen Grundrechtseingriff und fordert daher eine gesetzliche Grundlage.⁴⁴

b) Keine Einwilligung in die Veröffentlichung der Akkreditierungsgutachten

Der Leitfaden des Wissenschaftsrates zur institutionellen Akkreditierung nicht staatlicher Hochschulen regelt: „Mit der Antragstellung durch die Länder erkennen die Hochschulen diese Verfahrensgrundsätze an und akzeptieren diesen Leitfaden als Grundlage des Verfahrens“. Nach Ansicht des Wissenschaftsrates willigen private Hochschulen und ihre Träger damit auch in eine Internetveröffentlichung ihrer (Nicht-) Akkreditierung ein.⁴⁵ Dem kann nicht gefolgt werden; denn bei einer *Einwilligung in Grundrechtseingriffe* sind besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu beachten:

Eine Einwilligung in Grundrechtseingriffe setzt voraus, dass in *freier Selbstbestimmung* gehandelt wird.⁴⁶ Dies ist bei den privaten Hochschulen nicht der Fall. Eine persönliche Einwilligungserklärung haben sie nicht abgegeben. Ihre Einwilligung war an die *Antragstellung durch ihr Bundesland* beim Wissenschaftsrat gebunden bzw. durch diese Antragstellung *fingiert* worden. Die privaten Hochschulen haben *keinerlei Möglichkeit, selbstbestimmt* ihre Einwilligung in die Veröffentlichung des Akkreditierungsberichts abzugeben. Denn wenn die private Hochschule geäußert hätte, die Veröffentlichung des Akkreditierungsgutachtens und damit Teile des Leitfadens nicht zu akzeptieren, hätte das Akkreditierungsverfahren nicht stattgefunden und wäre die staatliche Anerkennung zu versagen gewesen. Eine derart *erzwungene Einwilligung* ist *keine rechtskonforme Einwilligung*.⁴⁷

Von Freiwilligkeit einer Einwilligung in *staatliche Grundrechtseingriffe* lässt sich in der Regel dann spre-

chen, wenn diese mit einem *Vorteil des Einwilligenden* verbunden ist, nicht aber, wenn diese allein *fremden Interessen* dient.⁴⁸ Mit der Veröffentlichung der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates werden allein öffentliche und nicht die Begünstigung privater Interessen verfolgt. Der Wissenschaftsrat betont nämlich, die Veröffentlichung seiner Akkreditierungsstellungen würde einem *öffentlichen Interesse an Transparenz und Vergleichbarkeit tertiärer Bildungsangebote* dienen.⁴⁹ Die Einwilligung privater Hochschulen in die Veröffentlichung der sie betreffende Akkreditierungsstellungen ist also nicht freiwillig und kann nicht der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen dienen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn solche Einwilligungen genutzt werden, die *Gesetzesvorbehalte*, die Grundrechtseingriffe rechtfertigen können, zu *umgehen*.⁵⁰ Die Einwilligung in die Veröffentlichung der Akkreditierungsberichte dient der *Umgehung des Gesetzesvorbehalts*. Denn diese Veröffentlichungsbefugnis müsste ebenso wie der normative Maßstab für die Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat gesetzlich geregelt werden.

3. Defizite im rechtlichen Gehör

Der Wissenschaftsrat als vom Bund und den Ländern getragene „Behörde“ ist an die *rechtsstaatlichen und dem Grundrechtsschutz dienenden Verfahrensgrundsätze* gebunden, wie sie übereinstimmend in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder konkretisiert sind. Die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates zur Akkreditierung privater Hochschulen entsprechen allerdings nicht immer den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren:

Seitens des Wissenschaftsrates wird in einer Vielzahl von Fällen vor seiner Akkreditierungsentscheidung nicht zu erkennen gegeben, auf Grund welcher Annahmen einzelne Auflagen oder die Nichtakkreditierung ausgesprochen wurden. Dies widerspricht der Verpflichtung des Wissenschaftsrates, der antragstellenden Hochschule „die nach ihrer Auffassung entscheidungserheblichen Tatsachen ebenso wie Art und Inhalt der beabsich-

44 BVerwG NVwZ 2015, 425 Rn. 16 ff.; ob die im Anhörungsentwurf (vgl. Fn. 3) in § 70a Abs. 2 S. 3 LHG BW geregelte Veröffentlichung der gutachterlichen Stellungnahmen des Wissenschaftsrates durch hinreichend gewichtige öffentliche Schutzgüter gerechtfertigt ist (hierzu BVerfGE 113, 63, 80 f.), ist eine offene Frage.

45 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 19.

46 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 101 mit Nachw.

47 Vgl. Bethge, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts,

Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 121 f.; zur Freiwilligkeit im besonderem Gewaltverhältnis bei Monopolstellungen ausführlich Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 110 ff.

48 Vgl. Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 109 mit Nachw.

49 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 8 f.

50 Amelung, Grundsätzliches zur Freiheit der Einwilligung des Verletzten, NStZ 2006, 317, 319; Ahammer, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2016, S. 104 ff.

tigten Entscheidung hinreichend deutlich mit(zu)teilen“, was nach überwiegender Meinung auch die *Gelegenheit zu einem Rechtsgespräch* einschließt.⁵¹ Dies widerspricht zudem den Empfehlungen, die der Wissenschaftsrat selbst beschlossen hat: „Begutachteten sollten ... Möglichkeiten der Fehlerkorrektur eingeräumt werden, indem sie Stellung zu Gutachten nehmen, bevor diese in Entscheidungsprozesse einmünden. Damit könnten Missverständnisse und Fehldeutungen bei Begutachtungen ausgeräumt“ werden.⁵² In der Verfahrenspraxis sind die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates oftmals in wesentlichen Partien für die betroffenen privaten Hochschulen eine *Überraschungsentscheidung*. Würden den privaten Hochschulen die zahlreichen Monita mitsamt Auflagen bereits während oder nach der Begehung zur Anhörung mitgeteilt, hätten sie die Möglichkeit, vieles zu entkräften und an der *sachlichen sowie rechtlichen Richtigkeit* der Akkreditierungsentscheidung des Wissenschaftsrates mitzuwirken.

Nach § 28 VwVfG muss eine Anhörung zwar nur vor dem Erlass eines Verwaltungsaktes stattfinden, sodass den privaten Hochschulen durch die ministerielle Anhörung vor der staatlichen Anerkennung hinreichend rechtliches Gehör gegen die Akkreditierungsstellungen gewährt wird. Wegen ihrer rechtsstaatlichen Radizierung und ihrer grundrechtlichen Schutzfunktion muss eine Anhörung jedoch bereits dann erfolgen, wenn eine hoheitliche Maßnahme, wie die Veröffentlichung der Akkreditierungsstellungen auf der Homepage des Wissenschaftsrates, in diskriminierender Weise in die grundrechtlich geschützte Sphäre sowohl der privaten Hochschule als auch ihrer Träger eingreift.⁵³ Denn jenseits ihrer gesetzlichen Regelung gehört die Anhörungspflicht zu den *fundamentalen Verfassungsprinzipien*, die verhindern, dass Einzelne ungehört zum *bloßen Objekt staatlicher Verfahren* werden und durch Klärung der Sach- und Rechtslage erhebliche Grundrechtseingriffe vermieden werden.⁵⁴

In diesem Kontext fordert die Sachaufklärungspflicht, wesentliche Veränderungen, die nach der Begehung, aber vor Verabschiedung der Stellungnahme eingetreten sind, in die Akkreditierungsstellungnahme aufzunehmen und in die abschließende Würdigung einfließen zu lassen. Dies wird jedoch *willkürlich* gehandhabt. Es gibt Fälle, in denen Veränderungen nach der Begehung der Hochschule in der Stellungnahme des Wissenschaftsrates berücksichtigt wurden⁵⁵, aber auch Fälle, in denen abschlägig auf die Anfrage einer Hochschule, ob wegen einer besonderen Verfahrenslänge weitere Informationen vorgelegt werden sollten, geantwortet wurde.

Mit Blick auf die unterlassene Anhörung und die dadurch verletzte Pflicht zur Aufklärung⁵⁶ ist festzuhalten: Die Stellungnahme des Wissenschaftsrates erzeugt *keine Bindungswirkung* hinsichtlich der Feststellung der Faktenlage und hinsichtlich der Akkreditierungsvorschläge. Die Entscheidung des Landes über die staatliche Anerkennung muss die von der privaten Hochschule geäußerte Kritik an der sachlichen und rechtlichen Richtigkeit der Stellungnahme des Wissenschaftsrates einbeziehen.

4. Wettbewerbsverzerrung und Prangerwirkung durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates

Die Veröffentlichung der Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates im Internet entspricht weder den hochschulrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes noch des Hochschulrechts der Länder.⁵⁷ Soweit der Wissenschaftsrat wegen Verstoßes gegen das Gebot rechtlichen Gehörs die reale Situation von Professorenschaft, Studium und Lehre an der privaten Hochschule *sowie* die (verfassungs-)rechtlichen Rahmenseetzungen falsch einschätzt, kommt es zu einer *verfassungswidrigen Wettbewerbsverzerrung* zwischen den privaten Hochschulen. Studierende, die ein nicht rechts- und verfassungskonformes Akkreditierungsgutachten des Wissenschaftsrates

51 *Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 28 Rn. 45 mit Nachw.

52 Wiss Rat Drs. 6680-17 zu „Begutachtungen im Wissenschaftssystem“, S. 26.

53 Zu dieser rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeit: *Röhl*, Der Wissenschaftsrat, 1994, S. 127 f.; *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 28 VwVfG Rn. 15; *Hochhuth*, Vor schlichthoheitlichem Verwaltungseingriff anhören?, NVwZ 2003, 30 ff. jew. mit weit. Nachw.

54 Nach langer, offensichtlich rechtsstaatswidriger Verfahrenspraxis des Wissenschaftsrates regelt nun der Anhörungsentwurf zum neuen § 72a Abs. 2 Nr. 2 LHG BW (Fn. 3), dass die private Hochschule

zum Gutachten des Wissenschaftsrates Stellung nehmen kann.

55 Wiss Rat Drs. 6974-18, S. 8, 9.

56 Der Untersuchungsgrundsatz ist in § 24 VwVfG, der jedenfalls entsprechend auch für die Behörde Wissenschaftsrat gilt, geregelt. Gegen den Untersuchungsgrundsatz ist immer dann verstoßen, wenn die private Hochschule in ihrem Akkreditierungsgutachten Fakten, Prognosen und negative Würdigungen vorfindet, die sich bei einer umfangreichen Sachaufklärung als verfehlt erweisen.

57 Nach der Neuregelung des § 70a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 im Anhörungsentwurf zur Neuregelung des LHG BW ist nur vorgesehen, den wesentlichen Inhalt der gutachterlichen Stellungnahme des Wissenschaftsrates zu veröffentlichen. Damit kann der Wissenschaftsrat seine derzeitige Veröffentlichungspraxis nicht fortsetzen.

tes lesen, werden sich nicht bei der betreffenden privaten Hochschule einschreiben.

Mit der Veröffentlichung einer an diskriminierenden Sachaufklärungsfehlern leidenden Akkreditierungsstellungnahme bewirkt der Wissenschaftsrat eine *Prangerwirkung*, die die *Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit* der privaten Hochschule empfindlich *beeinträchtigt*. Da diese Internetpublikationen oft auch in Tageszeitungen verbreitet werden, werden Einschreibungen in das Studium zurückgezogen oder erfolgen gar nicht erst. Selbst wenn die staatliche Anerkennung trotz eines veröffentlichten negativen Akkreditierungsgutachtens des Wissenschaftsrates ausgesprochen wird, hat die Vorabveröffentlichung des Wissenschaftsrates der privaten Hochschule schweren Schaden zugefügt.⁵⁸

V. Grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Monita des Wissenschaftsrates gegen eine Akkreditierung

Die Monita in den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates, die zu Auflagen oder zur Ablehnung der Akkreditierung führen, sind nicht immer sachlich und rechtlich gerechtfertigt. Dies wird im Folgenden anhand einiger Beispiele entwickelt.

1. Zur Auflösung von Verfahrenskonkurrenzen

Die Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates äußern sich zur Akkreditierungsfrist und damit mittelbar zur Fristsetzung der staatlichen Anerkennung (a) sowie bisweilen auch kritisch zur Akkreditierung der Studiengänge, die nunmehr durch die Stiftung Akkreditierungsrat erfolgt (b). Hier ist klärungsbedürftig, ob dem Wissenschaftsrat in derartigen Verfahrenskonkurrenzen eine Mitentscheidungs- oder Prüfungscompetenz zusteht.

a) Zur Fristsetzung von Reakkreditierungen und der Erfüllung von Auflagen durch den Wissenschaftsrat

Der Wissenschaftsrat setzt vielfach eine relativ kurze und im Verlauf der letzten 10 Jahre immer kürzere Frist für die Reakkreditierung von privaten Hochschulen, verbunden mit der fristgerechten Erfüllung von Auflagen. Beispielsweise wurde im Falle einer Reakkreditierung um drei Jahre festgelegt, dass sich diese Frist verlängern sollte, sofern das zuständige Ministerium dem Wissenschaftsrat mitteilt, dass die Akkreditierungsaufgaben erfüllt seien.⁵⁹ Der Wissenschaftsrat macht also das

zuständige Ministerium zum Boten der Mitteilung, ob die von ihm ausgesprochenen Auflagen erfüllt sind, so dass die von ihm festgelegte Akkreditierungsfrist verlängert werden kann. Dies verstößt gegen die Kompetenz des Ministeriums, Akkreditierungsfristen festzulegen. So regelt etwa § 73 Abs. 3 S. 1 HG NRW, dass der „Anerkennungsbescheid bestimmt, in welchen Fristen die Hochschule eine institutionelle Akkreditierung sowie eine institutionelle Reakkreditierung ... erfolgreich absolvieren muss.“ Allein das zuständige Ministerium bestimmt also die *Reakkreditierungsfrist*. Der Wissenschaftsrat mag zwar insoweit Vorschläge machen. Es überschreitet aber seine Kompetenzen, vom zuständigen Ministerium *Vollzugsmeldungen* von Auflagen zu verlangen, deren (Nicht-) Erfüllung die vom Wissenschaftsrat bestimmte Akkreditierungsfrist verkürzt bzw. verlängert und damit das zuständige Ministerium veranlasst, den Anerkennungsbescheid unter vergleichbaren Auflagen und Fristsetzungen zu erlassen. Denn ein Auseinanderfallen von Akkreditierungs- und Anerkennungsfrist kann weder vom zuständigen Ministerium noch vom Wissenschaftsrat gewollt sein.

b) Zur Konkurrenz mit bestandskräftigen Bescheiden der Akkreditierung von Studiengängen

Die Akkreditierung der Studiengänge erfolgte früher nach ländergemeinsamen Strukturvorgaben durch Akkreditierungsagenturen, mittlerweile durch die Stiftung Akkreditierungsrat nach dem in das Landesrecht umgesetzten Studiengangsaakkreditierungsstaatsvertrag und der hierzu erlassenen (Muster-) Rechtsverordnung. Die Kompetenz des Wissenschaftsrats bei der institutionellen Akkreditierung ist damit von der Kompetenz der Stiftung Akkreditierungsrat bei der Akkreditierung von Studiengängen abgegrenzt. Für beide Bereiche sind verschiedene Institutionen zuständig, die unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichem Profil hinsichtlich ihrer Zusammensetzung mit Sachverständigen wahrnehmen.

Der Leitfaden des Wissenschaftsrates zur institutionellen Akkreditierung von Hochschulen geht nur im Grundsatz von dieser Trennung der Kompetenzen aus: „Im Verfahren der Institutionellen Akkreditierung werden die Studienangebote ... nur auf ihre Plausibilität überprüft, wobei die Ergebnisse vorangegangener Programmakkreditierungen berücksichtigt werden. Der Wissenschaftsrat behält sich vor, anlassbezogen von die-

58 Zu Amtspflichtverletzungen auf Grund eines Verstoßes gegen den verwaltungsverfahrenrechtlichen Untersuchungsgrundsatz: *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 24 VwVfG Rn. 61 mit Nachw.

59 So etwa in *Wiss Rat Drs. 5639-16*, S. 17; ähnlich auch in *Wiss Rat Drs. 3002-13*, bei dem die Akkreditierungsfrist im Falle der positiven Mitteilung des Ministeriums über das Erfüllen der Auflagen von fünf auf zehn Jahre erhöht werden sollte.

ser Praxis abzuweichen und einzelne Studiengänge im Detail zu prüfen und auf Qualitätsdefizite hinzuweisen“. Dass sich der Wissenschaftsrat selbst zur Prüfungsinstanz ermächtigt, die sich über bestandskräftige Studiengangskreditierungsbescheide hinwegsetzen kann⁶⁰, ist mit der mittlerweile gesetzlich geregelten Kompetenzzuweisung an die Stiftung Akkreditierungsrat nicht vereinbar.⁶¹

2. Zur unverhältnismäßigen Belastung und Kostenlast durch Reakkreditierungen

Der Wissenschaftsrat, aber auch das Hochschulrecht und die Anerkennungspraxis der Länder⁶² neigen dazu, vor der ersten staatlichen Anerkennung bereits eine Konzeptprüfung durch den Wissenschaftsrat zu verlangen und sodann die Befristung der staatlichen Anerkennung auf nur wenige Jahre zu beschränken. Bei dieser Anerkennungspraxis erstattet der Wissenschaftsrat Stellungnahmen zur Anerkennung zunächst des Gründungskonzepts, sodann nach etwa 3 Jahren zur ersten Akkreditierung, wiederum nach 3 - 5 Jahren zur ersten Reakkreditierung und nach einem weiteren Zeitraum von wenigen Jahren zur zweiten Reakkreditierung. In Summa muss damit eine neu gegründete Hochschule in den ersten etwa 8 Jahren ihres Bestehens 3 Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates durchlaufen.⁶³

Im Hinblick auf die Akkreditierung von Studiengängen hat das BVerfG festgestellt, dass „der mit der Pflicht zur Akkreditierung verbundene Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit ... schwer“ wiegt⁶⁴, was sich auf die Akkreditierung von Hochschulen insgesamt übertragen lässt. Die Schwere des Eingriffs in Art. 5 Abs. 3 GG erfordert bei Fristsetzungen zu Reakkreditierungen eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung. Reakkreditierungen sind nur verhältnismäßig, wenn die Aufsichtsmöglichkeiten des zuständigen Ministeriums, etwa durch Auflagen oder durch Kontrollen, die gesetzlich geregelten Anerkennungs Voraussetzungen durchzusetzen, nicht ausreichen, um die Rechtsförmigkeit einer privaten Hochschule durchzusetzen. Nach dem Hochschul-

recht der Länder hat das zuständige Ministerium *alle Handlungsmöglichkeiten*⁶⁵, um die Einhaltung der Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung von privaten Hochschulen zu kontrollieren und durchzusetzen. Eine permanente Betrauung des Wissenschaftsrates mit Akkreditierungsverfahren in kurzen Abständen ist damit unverhältnismäßig.

Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung spielt nach Ansicht des BVerfG nicht zuletzt die Kostenlast eine Rolle, die durch extrem kurze Anerkennungsfristen verursacht wird. In seiner Akkreditierungsentscheidung geht das BVerfG ausführlich auf die Kostenbelastung durch die Studiengangskreditierung ein. Diese Überlegungen lassen sich auf die Verfahren der staatlichen Anerkennung sowie der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat übertragen:

„Zudem ist die Akkreditierung eines Studienganges für die Hochschulen mit hohen Kosten verbunden, da von ihnen das Entgelt für die Agenturen aufzubringen und die organisatorische, zeitliche und personelle Belastung durch das Erstellen des Selbstberichts zu tragen ist. Die Landesrechnungshöfe gehen von regelmäßigen Belastungen durch Zahlungen der Hochschulen an die Agenturen in Höhe von 10.000 € bis 15.000 € pro Studiengang aus; die zusätzlichen internen Kosten der Hochschulen werden zwischen 30.000 € und 38.000 € pro Studiengang bemessen.“⁶⁶

Der Wissenschaftsrat verlangt von der privaten Hochschule für jedes seiner Akkreditierungsgutachten über 30.000 €. Mit diesen *Drittmittelentnahmen* finanziert der Wissenschaftsrat die Stellen seiner mit den Akkreditierungsverfahren betrauten Mitarbeiter, was möglicherweise ein gewisses Interesse an Reakkreditierungen in möglichst kurzen Fristen begründen mag. Bei 3 Akkreditierungen innerhalb von etwa 8 Jahren sind selbst von einer kleinen Hochschule 90.000 € Akkreditierungskosten an den Wissenschaftsrat zu leisten. Hinzu kommen die *internen Kosten* der privaten Hochschule von mindestens 30.000 € je Akkreditierung, also bei 3 Akkredi-

60 Was auch geschieht: Wiss Rat Drs. 8067-19, S. 40.

61 So im Ergebnis auch die Begründung zur Neufassung des § 70 Abs. 3 Nr. 3 LHG BW im Anhörungsentwurf (Fn. 3). Wenig überzeugend ist jedoch, dass die Lehre gleichwohl „in einer strategischen Gesamtschau bewertet werden“ könne, insbesondere auch „unter dem Gesichtspunkt ihrer Forschungsbasiertheit“. Mit blumigen Umschreibungen wie „strategische Gesamtschau“ bei der Kontrolle der Lehre werden die Voraussetzungen klarer gesetzlicher Regelungen bei erheblichen Eingriffen in die Privathochschulfreiheit nicht mehr gewährleistet.

62 Vgl. § 73 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 HG NRW.

63 So ist es keine Seltenheit, wenn eine private Hochschule innerhalb von 10 Jahren drei Akkreditierungsverfahren durch den Wissen-

schaftsrat durchlaufen muss (vgl. <https://nachrichten.idw-online.de/2020/07/13/wissenschaftsrat-entscheidung-in-einem-verfahren-der-institutionellen-akkreditierung/>). Die Entwurfsfassung des neuen § 70a Abs. 3 S. 4 LHG BW (Fn. 3) will Akkreditierungen und Reakkreditierungen in der Regel auf mindestens fünf Jahre befristet, - eine Mindestfrist zur Regelfrist zu machen, ist freilich eine eher ungewöhnliche Legistik.

64 BVerfG, Beschluss vom 17. 2. 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 53 f.

65 Zu den Aufsichtsmöglichkeiten vgl. BeckOK Hochschulrecht BW/Krausnick, 16. Ed. Stand 1. 11. 2019, § 72 LHG Rn. 4 ff.

66 BVerfG, Beschluss vom 17. 2. 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 53 f. jeweils mit ausführlichen Nachweisen.

tierungen in etwa 8 Jahren nochmals 90.000 €. Rechnet man die Kosten für die 3 Anerkennungsbescheide des Landes in Höhe von insgesamt etwa 15.000 € hinzu, kommt man zu Gesamtkosten der Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren in Höhe von deutlich über 200.000 €. Neben diesen Kosten fallen zudem die Kosten für die *Akkreditierung von Studiengängen* an. Hier hat allerdings der Gesetzgeber die, wie vom BVerfG gerügt, frühere äußerst kostenträchtige Praxis, Studiengänge nur für die Dauer weniger Jahre zu akkreditieren, abgeschafft. Studiengänge sind nunmehr für die Dauer von 8 Jahren zu akkreditieren.⁶⁷ Eine *vergleichbare Regelung* für die Akkreditierung von Hochschulen erscheint nötig.

3. Keine klare Differenzierung zwischen den Monita bei der Nichtakkreditierung

In Akkreditierungsverfahren unterscheidet man *zwischen Empfehlungen, Auflagen und Verweigerung der Akkreditierung*. Empfehlungen sind rechtlich nicht geboten, ihre Beachtung kann aber für die Fortentwicklung der Hochschule förderlich sein. Mit Auflagen wird gesichert, dass sich die Hochschule an die hochschulrechtlichen Vorgaben hält. Wenn durch Auflagen ein rechtskonformer Hochschulbetrieb nicht durchgesetzt werden kann oder nicht durchsetzbar erscheint, ist die Verweigerung der Akkreditierung auszusprechen.

Bei der Nichtakkreditierung einer privaten Hochschule sind besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten: Die *Verweigerung einer Akkreditierung als tiefster Eingriff in die Privathochschulfreiheit* ist nur statthaft, wenn nicht durch Auflagen rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Diese klassische *Prüffrage* an ein rechtsstaatliches und grundrechtskonformes Akkreditierungsverfahren wird vom Wissenschaftsrat in einigen seiner Stellungnahmen, die die Akkreditierung einer privaten Hochschule verweigerten, nicht gestellt. Es wird vielmehr lediglich eine Reihe von Monita aufgezählt, die nach Meinung des Wissenschaftsrates in ihrer Summe die Nichtakkreditierung

rechtfertigen. Nicht nachvollziehbar begründet wird, warum *die Quantität von möglichen Auflagen* in die *Qualität der Nichtakkreditierung* umschlägt.⁶⁸ Zu begründen⁶⁹ wäre, warum die Summe dieser Monita oder warum einzelne oder mehrere Monita so schwer wiegen, dass durch Auflagen keine Rechtsförmigkeit hergestellt bzw. die Voraussetzungen staatlicher Anerkennung geschaffen werden konnten. Die gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne diese Abwägung vorzunehmen bzw. diese Abwägung in der Akkreditierungsstellungnahme nicht zu begründen, ist rechtswidrig.

4. Zweierlei Maß bei der Bildung des Maßstabes für die Akkreditierung

Der Wissenschaftsrat geht in seinen Akkreditierungsstellungnahmen oftmals nicht von jenen Maßstäben aus, die er bei der Akkreditierung anderer privater Hochschulen beachtet hat. Eine kursorische Durchsicht der Stellungnahmen des Wissenschaftsrates zeigt, dass bei einigen Hochschulen die mangelhafte Abdeckung der Studiengänge mit Lehre durch hauptberufliche Professoren nur zu Auflagen⁷⁰ führt, bei anderen Hochschulen aber eine wesentliche Begründung für die Verweigerung der Akkreditierung ist.⁷¹

Außerdem formuliert der Wissenschaftsrat Maßstäbe, die auch von staatlichen Hochschulen nicht immer eingehalten werden. Private Hochschulen erhalten Akkreditierungsaufgaben oder ihnen wird die Akkreditierung in Angelegenheiten verweigert, die von staatlichen Hochschulen in Ausübung ihrer Wissenschafts- und Lehrfreiheit flexibel gehandhabt werden, weil sie insofern *nicht unter staatlicher Kontrolle* stehen. Insofern geht die Kontrolle des Wissenschaftsrates in einigen Bereichen weit über die Kontrolle von Organisation und Studienbetrieb an staatlichen Hochschulen hinaus.

Um nur einige Beispiele zu nennen: An staatlichen Hochschulen werden Professoren vom Wissenschaftsministerium nicht darauf überprüft, ob sie in ihrem *Lehrfach ausreichend publiziert* haben, um in einem Stu-

67 § 26 Abs. 1 und 2 (Muster-) Rechtsverordnung zum Studiengangsakkreditierungsstaatsvertrag.

68 Dies auch darum, weil bisweilen private Hochschulen reakkreditiert werden, die die Auflagen ihrer Erstakkreditierung nicht erfüllt hatten und in zentralen Prüfbereichen mit neuerlichen erheblichen Auflagen belegt wurden (Wiss Rat Drs. 5639-16, S. 12 f., 15 ff.). Anderen privaten Hochschulen, deren Hochschulformigkeit mit vergleichbarer Kritik angezweifelt wurde, wurde vom Wissenschaftsrat die Akkreditierung verweigert.

69 Zur analogen Anwendung der in § 39 VwVfG geregelten Begründungspflicht auf Nicht-Verwaltungsakte: *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018,

§ 39 VwVfG Rn. 18 f., 24.

70 Verwiesen wird zum Beispiel auf die APOLLON Hochschule der Gesundheitswirtschaft Bremen, die zum Zeitpunkt der Akkreditierung nur Professoren im Umfang von 6,3 VZÄ bei 1.824 Studierenden in drei Master- und sechs Bachelorstudiengängen vorweisen konnte und lediglich eine Auflage zum Aufbau auf 10 VZÄ erhalten hat (vgl. Wiss Rat Drs. 4401-15, S. 8 f., 12 f., 39 f.).

71 Etwa bei der Nicht-Akkreditierung der Hochschule für angewandte Wissenschaften Bamberg, die zum Zeitpunkt der Akkreditierung für drei Studiengänge nur Professuren im Umfang von 5 VZÄ vorweisen konnte, vgl. Wiss Rat Drs. 3146-13, S. 13.

diengang eingesetzt zu werden. Dass dies aus rechtlichen Gründen nicht geschieht, ist sogleich noch auszuführen. Der Wissenschaftsrat hat jedoch die Akkreditierung einer Hochschule auch darum verweigert, weil deren Professoren angeblich nicht ausreichend publiziert hatten.⁷² Vergleichbar willkürlich wird die Bestellung von Honorarprofessoren durch private Hochschulen kritisiert: Bei staatlichen Hochschulen werden Honorarprofessoren zur Ergänzung der Lehre ernannt, ohne dass dies vom Ministerium kontrolliert oder eingeschränkt würde.⁷³ Bei privaten Hochschulen macht der Wissenschaftsrat hingegen enge Vorgaben; bei einer zu großen Zahl von Honorarprofessuren kann selbst dies als Grund für die Verweigerung einer Akkreditierung angeführt werden.⁷⁴

Der Wissenschaftsrat kritisiert einzelne private Hochschulen, bei der *Einwerbung von Drittmitteln* keine Erfolge erzielt zu haben.⁷⁵ Zwar gehört die Einwerbung von Drittmitteln nach den Vorgaben des Landesrechts⁷⁶ zu den Dienstaufgaben eines Hochschullehrers. Staatliche Hochschulen oder Fakultäten werden jedoch vom Ministerium weder gemäßregelt oder gar aufgelöst, weil sie beim Einwerben von Drittmitteln nicht erfolgreich waren. Während staatliche Hochschulen insoweit keiner Kontrolle unterliegen, sieht der Wissenschaftsrat die mangelnde Einwerbung von Drittmitteln bei privaten Hochschulen als ein Defizit an, das als einer der Gründe dienen kann, die zu Auflagen oder zur Nichtakkreditierung führen.

Ein solches *Messen mit zweierlei Maß* in den Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates ist mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch mit Art. 5 Abs. 3 GG nicht verein-

bar. In Bereichen, in denen *staatliche Hochschulen Gestaltungsfreiheit* haben, macht der Wissenschaftsrat den privaten Hochschulen Auflagen oder sieht die Voraussetzungen für deren Akkreditierung nicht gegeben. Dies wäre nur statthaft, wenn die Art und Intensität der Ungleichbehandlung in angemessenem Verhältnis zum sachlichen Grund der Ungleichbehandlung steht.⁷⁷ Nach der Je-desto-Formel gilt für diese Abwägung: Je einschneidender die Ungleichbehandlung vorliegend in den von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheitsbereich eingreift, desto gewichtiger müssen die Ziele des Gesetzgebers sein, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigen. Bei der erforderlichen Abwägung lassen sich *keine hinreichend gewichtigen sachlichen Gründe* dafür finden, die privaten Hochschulen in Angelegenheiten zu überwachen, in denen staatliche Hochschulen in ihrem von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiraum ohne jegliche Außenkontrolle handeln.

Nicht nur das Willkürverbot, auch die *Wettbewerbsfreiheit* wird verletzt. Es verzerrt die *Konkurrenz zwischen privaten und staatlichen Hochschulen* auf einem umkämpften Bildungsmarkt, wenn die einen frei sind, zum Beispiel Honorarprofessoren zu berufen, die anderen aber bei ihrem Bemühen um eine besonders qualifizierte Lehre durch Honorarprofessoren und um die Intensivierung von Praxiskontakten vom Wissenschaftsrat gehindert werden. Davon abgesehen führt es zwischen den Privathochschulen ebenfalls zu Wettbewerbsverletzungen, wenn es, um beim Beispiel zu bleiben, einigen privaten Hochschulen gestattet ist, Honorarprofessoren nach ihrer durch ihre Lehrfreiheit geschützten Entscheidung zu berufen, andere private Hochschulen auf diese besonders qualifizierte Lehre aber wegen entsprechen-

72 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12: „Die bisherigen Forschungsleistungen, gemessen an Art und Umfang der Publikationen, befinden sich für eine Hochschule mit überwiegend Masterangeboten auf einem deutlich zu niedrigen Niveau“. Dabei hat der Wissenschaftsrat mangels ausreichender Sachaufklärung verkannt, dass vor der endgültigen Beschlussfassung über den Akkreditierungsantrag eine umfangreiche Veröffentlichungsliste der Professoren dieser Hochschule vorlag. Des Weiteren erschien dieses Monitum auch darum rechtlich äußerst zweifelhaft, weil bei vergleichbaren Hochschulen akzeptiert wurde, dass in ihrer Gründungsphase wenig Freiraum für Publikationen bleibt.

73 Anders aber nunmehr der neu gefasste § 70 Abs. 8 LHG im Anhörungsentwurf der Landesregierung von Baden-Württemberg zum 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz (Fn. 3): Die Bestellung von Honorarprofessoren bedarf der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums. Aus welchen Gründen die Zustimmung zu diesem tiefen Grundrechtseingriff verweigert werden kann, wird nicht geregelt. Wegen des erheblichen Eingriffs in die Lehr- und Forschungsfreiheit bedarf es jedoch einer gesetzlichen Regelung, die Ermessen bei der Zustimmung ausschließt und die Vorausset-

zungen für eine Verweigerung der Zustimmung in verfassungskonformer und präziser Weise festlegt.

74 Wiss Rat Drs. 8066-19, 34 (Empfehlung des Akkreditierungsausschusses im Konzeptprüfungsverfahren, auf die Verleihung von Honorarprofessuren zu verzichten); Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 14: „Wenngleich an dieser Stelle die grundsätzliche Frage nach maximal tolerierbaren Relationen zwischen hauptberuflichen Professuren und Honorarprofessuren nicht abschließend beantwortet werden kann, ist festzuhalten, dass letztgenannte Positionen in jedem Fall nur ergänzend und abrundend zum hauptberuflichen Personal vorzusehen ist“. Hier verkennt der Wissenschaftsrat, dass oftmals nur 50 % der Lehre von hauptberuflichen Professoren anzubieten ist. Soll sein Konzept von „Hochschulformigkeit“ wirklich verbieten, dass ein hoher Prozentsatz an Lehre durch besonders qualifizierte Honorarprofessuren erbracht wird?

75 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49.

76 § 41 Abs. 1 S. 1 LHG BW

77 Zu der sogenannten neuen Formel der Gleichheitsprüfung: *Zippelius/Württenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 23 Rn. 23 ff. mit Nachw.

der Auflagen des Wissenschaftsrates groÙenteils verzichten mÙssen.

5. Zu den inhaltlichen MÙngeln in Akkreditierungsstellungnahmen

Die Akkreditierungsstellungnahmen des Wissenschaftsrates leiden immer wieder an einer Reihe von inhaltlichen MÙngeln. Teilweise wird die besondere Situation der privaten Hochschule nicht hinreichend gewÙrdigt. Teilweise werden im Kontext mit der PrÙfung der HochschulfÙrmigkeit die verfassungsimmanenten Schranken der Wissenschafts- und Lehrfreiheit weder angesprochen noch zutreffend erfasst. Einige solche inhaltlichen MÙngel⁷⁸ seien exemplarisch genannt:

a) Zur Kritik an mangelnder EinlÙsung von Leitbildern und besonderen Zielsetzungen der privaten Hochschulen

Die staatlichen UniversitÙten⁷⁹ und die staatlichen Hochschulen fÙr angewandte Wissenschaften⁸⁰ haben mitunter weit ausgreifende Leitbilder. Diese werden von den staatlichen Hochschulen in Struktur- und EntwicklungsplÙnen fÙr einen mittelfristigen Zeitraum nÙher konkretisiert. Ob ùberhaupt und wie diese Leitbilder sowie die Struktur- und EntwicklungsplÙne die Arbeit der Hochschule bestimmen, entzieht sich weitgehend der staatlichen Kontrolle. Da es sich lediglich um *influenzierende Planungen* handelt, „sind keine Sanktionen oder rechtliche Instrumente fÙr den Fall vorgesehen, dass die Hochschule von ihrer eigenen Struktur- und Entwicklungsplanung abweicht.“⁸¹ Ganz anders kontrolliert der Wissenschaftsrat die privaten Hochschulen. Grundlage ihrer Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat ist „ihr institutioneller Anspruch.“⁸² Von ihnen wird verlangt, ihre Entwicklungsziele „in eine strategische Planung (zu) ùbersetzen, die ihre angestrebte Positionierung im Hochschulsystem verdeutlicht.“⁸³ Weitergehend wird gefordert: „Die Hochschule hat ein klares

VerstÙndnis ihres gegenwÙrtigen und kÙnftigen institutionellen Anspruchs und Profils, das sich in Ùbereinstimmung mit ihrer òffentlichen Selbstdarstellung befindet.“ Dies muss durch die Hochschulplanung umgesetzt werden: „Die Hochschule verfÙgt ùber eine ihrem institutionellen Anspruch gemÙÙe strategische Planung.“

Dieser Ansatz fÙhrt dazu, dass bei der Kontrolle der Kriterien der Akkreditierung wie institutioneller Anspruch, Organisation, Lehre oder Forschung immer auch abgeprÙft wird, ob die von der privaten Hochschule formulierten Entwicklungsziele auch erreicht werden konnten. Soweit die Hochschule Defizite aufweist, war dies oftmals Anlass fÙr Auflagen oder konnte auch ein Grund fÙr deren Nichtakkreditierung sein.⁸⁴

Hinweise des Wissenschaftsrates auf Diskrepanzen zwischen Anspruch und Wirklichkeit von Studium und Forschung an privaten Hochschulen mÙgen legitim sein, um problematische Praktiken im Wettbewerb der Hochschulen untereinander zu kritisieren. So mag eine Korrektur des Auftretens einer Hochschule in der òffentlichkeit angemahnt werden, wenn der Internetauftritt verspricht, was offensichtlich nicht gehalten wird. Es ist aber nicht Aufgabe des Wissenschaftsrates, eine private Hochschule durch Auflagen zu zwingen, die Entwicklungsziele, die sie mittelfristig erreichen mÙchte, *erfolgreich durch strategische Planung umzusetzen*. Ein derartiger tiefer Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG ist durch nichts gerechtfertigt. Zudem werden private Hochschulen in eine *Verbindlichkeit* selbst gesetzter Planungen gezwungen, die es bei òffentlichen Hochschulen nicht gibt und zudem *ihre flexible und innovative Gestaltung hemmt*.

c) Zur Kritik an den Forschungsleistungen der Professoren

Die Stellungnahme des Wissenschaftsrates ùuÙert eine zum Teil deutliche Kritik an den Forschungsleistungen an privaten Hochschulen⁸⁵, die auch als Grund bemÙht wird, die Akkreditierung einer privaten Hochschule zu

78 Nicht erÙrtert werden die Vorgaben des Wissenschaftsrates fÙr die Leitungsebene der privaten Hochschulen; hierzu kritisch *WÙrtenberger*, Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?, *OdW* 2019, S. 15, 18 ff., 23 ff., 26.

79 FÙr die UniversitÙt Freiburg: <https://www.uni-freiburg.de/universitaet/portrait/leitbild/Uni-Freiburg-Leitbild.pdf>.

80 FÙr die Hochschule fÙr òffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg: https://www.hs-ludwigsburg.de/fileadmin/Seitendateien/hochschule/Rechtsvorschriften/Hochschulorganisation/04-07-01_Leitbild_HVF.pdf; fÙr die Hochschule Kehl: <http://www.hs-kehl.de/hochschule-kehl/>; fÙr die Hochschule Karlsruhe: <https://www.hs-karlsruhe.de/studieninteressierte/die-hochschule-kennenlernen/leitbild/>

81 BeckOK Hochschulrecht BW/*Haug*, Stand 1. 5. 2020, § 7 LHG Rn. 7.

82 *Wiss Rat Drs.* 8533-20, S. 13.

83 *Wiss Rat Drs.* 4395-15, S. 28, hier auch die folgenden Zitate.

84 So etwa im Fall der nicht akkreditierten Hochschule fÙr angewandte Wissenschaften Bamberg, der vorgeworfen wurde, ihr Leitbild sei nicht klar konturiert (*Wiss Rat Drs.* 3146-13, S. 12).

85 Selbst die weithin hoch geschÙtzten Forschungsleistungen der Bucerius Law School werden vom Wissenschaftsrat angezweifelt: „Aus Sicht der Arbeitsgruppe hat die Hochschule ihr Forschungsprofil hinsichtlich der angestrebten internationalen Sichtbarkeit und insbesondere mit Blick auf die interdisziplinÙre Schwerpunktsetzung in den letzten Jahren nicht in dem zu erwartenden MaÙe entwickelt. Die Forschung an der Hochschule ist stark national geprÙgt und bietet ùber die Rechtswissenschaft hinaus insgesamt nur wenige AnknÙpfungspunkte.“ Dies ist Anlass, der Hochschule wenig ùberzeugende Empfehlungen zur Optimierung der Forschung in das Stammbuch zu schreiben (*Wiss Rat Drs.* 6974-18, S. 17, 59 ff.).

verweigern.⁸⁶ Inwieweit der Wissenschaftsrat dazu berufen sein kann, mit der erforderlichen Sachkunde die Forschungsleistungen privater Hochschulen in Akkreditierungsverfahren zu evaluieren und dabei ihre Positionierung im nationalen und internationalen Kontext zu bewerten, mag an dieser Stelle offen bleiben. Problematischer ist es, wenn der Wissenschaftsrat die Forschungsleistungen von Professoren in Masterstudiengängen an Hochschulen für angewandte Wissenschaften negativ bewertet und dies bei der Begründung, die Akkreditierung dieser Hochschule abzulehnen, explizit anführt.⁸⁷ Bei Masterstudiengängen⁸⁸ bedürfe es, so der Wissenschaftsrat, aus Gründen der Einheit von Forschung und Lehre, dass sich die hauptamtlichen Hochschullehrer durch besondere Forschungsleistungen im Bereich der von ihnen unterrichteten Fächer auszeichnen.⁸⁹

Zwar bestimmt das Hochschulrecht der Länder⁹⁰, dass die Hochschulen für angewandte Wissenschaften anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung betreiben. Diese Regelung eröffnet den *Freiraum*, den Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich schützt, nämlich forschend tätig zu werden. Eine andere Frage ist, ob diese Freiheit zur Forschung zugleich eine *Verpflichtung zur Publikation von Forschungsergebnissen* umfasst. Dies ist abzulehnen. Wer als Hochschullehrer durch seine Publikationen hinreichend qualifiziert über die Einstellungsbedingungen verfügt, mag zwar im Feld seiner Lehrtätigkeit forschend tätig sein, zur Publikation seiner Forschungsergebnisse ist er jedoch nicht verpflichtet. Der Wissenschaftsrat verkennt den klassischen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, dass die Forschungsfreiheit nämlich auch die *negative Freiheit*⁹¹ des Forschers umfasst, über das „Ob“ und „Wann“ einer Veröffentlichung autonom zu entscheiden.⁹²

Der Wissenschaftsrat geht offensichtlich vom Leitbild eines in kurzer Abfolge publizierenden Forschers aus; über dieses mitunter übliche Forscherbild hinaus fehlt ihm aber das Verständnis für andere Forscherper-

sönlichkeiten mit einem anderen Forschungsprofil. Denn der Wissenschaftsrat will offensichtlich nicht zwischen dem Publizieren von Mengen an Aufsätzen, vielfach bloße Shorties, und größeren Arbeiten nach langer Forschungsarbeit differenzieren. Gerade die Arbeit an einer grundlegenden Monographie oder an einem innovativen Lehrbuch erfordert ein Höchstmaß an Selbstdisziplin, nämlich das Publizieren von Beiträgen zu den vergänglichen Themen des Tages abzulehnen. Wenn vom Wissenschaftsrat erkannt würde, dass die Publikation von grundlegenden wissenschaftlichen Werken oft einer längeren Reifezeit bedarf, würde er für die Lehrtätigkeit in Masterstudiengängen nicht besondere Publikationslisten fordern. Es wäre gut, wenn der Wissenschaftsrat sein Bild vom deutschen Hochschullehrer offenlegen würde, bevor er besondere Publikationspflichten aufstellt, um in Masterstudiengängen lehren zu dürfen.

b) Zur Kritik an der Zahl der bestellten Honorarprofessoren

Der Wissenschaftsrat kritisiert bei einigen privaten Hochschulen, sie hätten eine zu große Zahl an Honorarprofessoren bestellt.⁹³ Wie viele Honorarprofessoren von einer privaten Hochschule bestellt werden dürfen, um das Kriterium der Hochschulformigkeit noch zu erfüllen, wird allerdings nicht genauer ausgeführt. Bei staatlichen Universitäten ist niemals davon ausgegangen worden, dass die Zahl der von einer Fakultät bestellten Honorarprofessoren limitiert sei. So steht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg den hauptamtlich tätigen Professoren fast die gleiche Zahl an Honorarprofessoren gegenüber. Dass die Begrenzung der Zahl von Honorarprofessoren zur Hochschulformigkeit einer Fakultät oder Hochschule gehört, ist eine durch nichts gestützte Forderung des Wissenschaftsrates. Zudem wird nicht hinreichend beachtet, dass gerade an Hochschulen für angewandte Wissenschaften über die Honorarprofessoren Praxiskontakte hergestellt und

86 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49 zu den Anforderungen an Forschungsleistungen von Lehrenden in Masterstudiengängen unter Verweis auf Wiss Rat Drs. 2264-12, S. 105 zur Differenzierung individueller Forschungsleistungen, um in einem Bachelor- oder in einem Masterstudiengang lehren zu dürfen.

87 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 44, - allerdings hatte der Wissenschaftsrat nicht zur Kenntnis genommen, dass Publikationslisten der Professoren vorlagen.

88 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 12, 49, wobei der Wissenschaftsrat auf sein Papier „Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, S. 104 verweist.

89 Auch hier bleibt festzuhalten, dass diese besondere Form der Gleichwertigkeit nicht gesetzlich als Akkreditierungsvoraussetzung bzw. als Voraussetzung für die staatliche Anerkennung geregelt ist. Der Wissenschaftsrat geht zur näheren Begründung von einem Konzept der Verbindung von Forschung und Lehre

aus, das er, obwohl kritisch diskutiert, seiner Akkreditierungspraxis zu Grunde legt.

90 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 LHG BW.

91 Maunz/Dürig/Gärditz, Grundgesetz, 90. EL Februar 2020, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 111: Die Wissenschaftsfreiheit umfasst die Wahl von Ort, Zeitpunkt und Modalität der Publikation; allgemein zur negativen Freiheit als Element des Freiheitsschutzes Maunz/Dürig/Grabenwarter, Grundgesetz, 90. EL Februar 2020, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rn. 95 ff.

92 So bemängelte der Wissenschaftsrat bei der Akkreditierung der Hochschule für Medien, Kommunikation und Wirtschaft (HMKW) Berlin die „Steigerungsbedürftigkeit“ der Forschungsleistungen (Wiss Rat Drs. 7832-19, S. 15, 17).

93 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 14: Die Zahl von fünf Honorarprofessoren ist nach Meinung des Wissenschaftsrates im Verhältnis zu neun hauptberuflichen Professoren „deutlich zu hoch“.

institutionalisiert werden können, die der Hochschule im Bereich der Forschungsk Kooperation und ihren Studierenden zum Beispiel bei der Vermittlung von Praktikumsplätzen von Nutzen sein können.

Was, soweit erforderlich, evaluiert werden mag, ist, ob die bestellten Honorarprofessoren hinreichend qualifiziert waren und ob sie auch zur Lehre an der Hochschule beitragen. Aber auch dann wäre zu fragen: Warum geschieht eine solche Kontrolle nur bei privaten und nicht auch bei staatlichen Hochschulen? Stehen die privaten Hochschulen etwa unter einem *Generalverdacht*, sich bei der Bestellung von Honorarprofessoren nicht von den gesetzlich geregelten Voraussetzungen leiten zu lassen?

d) Zur Kritik am Mangel überzeugender konzeptioneller Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung und zur Förderung von Forschung

Der Wissenschaftsrat hält es für besonders schwerwiegend, wenn private Hochschulen „keine überzeugenden konzeptionellen Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung der Forschung“ an ihrer Hochschule vorgelegt haben.⁹⁴ Mit „inhaltlicher Weiterentwicklung von Forschung“ wird gefordert, dass Hochschulen ein *besonderes Forschungsprofil* entwickeln müssen. So wird etwa bei einer privaten Hochschule kritisiert, dass die „große Anzahl an Forschungsschwerpunkten ... dazu (führt), dass das Forschungsprofil der Hochschule noch recht unscharf ist.“⁹⁵ Für eine Pflicht zu scharfen Forschungsprofilen gibt es weder eine normative Grundlage noch gehört es zum Proprium der Hochschulen in Deutschland, mit scharfen Forschungsprofilen aufzutreten.

Für die privaten Hochschulen hat dies einen guten Grund: Man will sich nicht, geschützt durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, das enge und oft *innovationsfeindliche Korsett einer Forschungsplanung* anziehen. Und ebenso wie an einer staatlichen kann auch an einer privaten Hochschule kein Hochschullehrer gezwungen werden, seine Forschung am Forschungsprofil seiner Hochschule oder seiner Fakultät auszurichten. Von Hochschulen eine Festlegung auf Forschungsprofile zu

fordern, steht zudem in Widerspruch zu den jüngsten Forderungen des Wissenschaftsrates, die Freiheitsgrade in der Forschung zu erhöhen, die Souveränität der Forscher zu stärken sowie eine agilere und responsivere Hochschulforschung auf den Weg zu bringen.⁹⁶ Von besonderen Forschungsprofilen der Hochschulen für angewandte Wissenschaften wird im jüngsten Positionspapier des Wissenschaftsrates nicht ausführlich gehandelt, in Akkreditierungsverfahren werden jedoch in Widerspruch hierzu scharfe Forschungsprofile gefordert.

Nicht einmal der Gesetzgeber kann verlangen, dass Hochschulen konzeptionelle Vorstellungen zur inhaltlichen Weiterentwicklung eines hochschulinternen Forschungskonzepts vorlegen.⁹⁷ Denn für Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Forschungsfreiheit von privaten Hochschulen bedarf es der *Erhaltung und Funktionsfähigkeit der Hochschulen als rechtfertigenden verfassungsimmanenten Grund*. Hochschulen sind aber auch ohne inhaltlich ausdifferenzierte hochschulinternen Forschungskonzepte voll und ganz funktionsfähig.

e) Zur Kritik an der professoralen Personalausstattung

Der Wissenschaftsrat rügt in zahlreichen Akkreditierungsverfahren, dass die Bachelor- und Masterstudiengänge mit einer unterkritischen Personalausstattung durchgeführt würden. Meist nicht in den Blick kommen allerdings die erheblichen Schwierigkeiten, qualifizierte Professoren an Hochschulen für angewandte Wissenschaften zu berufen. Dies gilt ebenfalls für Berufungsverfahren an staatlichen Hochschulen für angewandte Wissenschaften, führt dort aber nicht zur Verweigerung der Akkreditierung oder zu besonderen ministeriellen Auflagen.⁹⁸

Davon abgesehen gibt es keine klaren Maßstäbe, in welchem Umfang Lehre von hauptberuflich angestellten Professoren zu erbringen ist. So verlangt zum Beispiel § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LHG BW nur sehr allgemein, dass ein *ausreichendes Lehrangebot* sichergestellt ist. Andere Bundesländer, wie etwa Bayern, fordern, dass die Lehraufgaben *überwiegend* von hauptberuflich angestellten Lehrkräften wahrgenommen werden, die ebenso wie die Lehrenden an staatlichen Hochschulen qualifiziert sind⁹⁹.

94 Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 13.

95 Wiss Rat Drs. 5639-16, S. 14.

96 Wiss Rat Drs. 8289-20 zu „Anwendungsorientierung in der Forschung“, S. 46 ff.

97 Auch eine Verpflichtung zu „Deputatsreduktionen zur Durchführung von Forschungsvorhaben“ kann der Wissenschaftsrat privaten Hochschulen nicht auferlegen, wenn 18% der Arbeitszeit für Forschungsvorhaben aufgewendet wird (so aber Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 34). Die Realität individueller Forschung an Hoch-

schulen, die in diesem Heft im Beitrag von *Thomas Skowronek* beleuchtet wird, ist den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates offensichtlich fremd.

98 Bei der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat wird durchgehend eine Ausstattung der Studiengänge mit 50% hauptberuflich beschäftigten Lehrenden gefordert, was vielfach zur Auflage für die Akkreditierung gemacht wird (vgl. Wiss Rat Drs. 4560-15, S. 13).

99 Art. 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 Bay HG.

Weitergehend wird in Hamburg geregelt¹⁰⁰, dass „die Lehraufgaben der Bildungseinrichtung in der Regel von hauptberuflich Lehrenden als ständige Aufgabe erfüllt werden“.

Ein Textvergleich der hochschulrechtlichen Regelungen ergibt, dass die Landesgesetzgeber bei ihren Anforderungen an die Lehre durch hauptberufliche Professoren von ihrer föderalen Autonomie im Hochschulbereich Gebrauch gemacht haben. Die landesrechtlichen Regelungen des Mindestmaßes an professoraler Lehre bleiben bei der Kritik des Wissenschaftsrates an der professoralen Ausstattung privater Hochschulen außer Betracht – ein weiteres Beispiel für hochschulrechtliche Bindungen übergehende Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates.

VI. Schlussbemerkung

Trotz aller Kritik an den Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates darf man seine Leistungen bei der Kontrolle des Zugangs und des Verbleibs von privaten Hochschulen im „Markt der Hochschulen“ nicht unterschätzen. Seine Kontrolltätigkeit hat dazu beigetragen, die Qualität des Sektors der privaten Hochschulen dem traditionellen Sektor der staatlichen Hochschulen anzugleichen. Dies wird nicht nur durch die Begutachtungen einzelner Hochschulen erreicht. Ebenso wichtig ist ein gewisser *Vorauskonformismus*, in dem sich die privaten Hochschulen mit unterschiedlichem Erfolg üben, die vom Wissenschaftsrat festgelegten Akkreditierungsvoraussetzungen einzuhalten.

Die mangelnde rechtliche Grundlage für Eingriffe in die Wissenschafts- und Lehrfreiheit erfordern *Reaktionen* des Gesetzgebers. Ein Schritt in die richtige Richtung ist der Anhörungsentwurf der Landesregierung

von Baden-Württemberg zum 4. Hochschulrechtsänderungsgesetz.¹⁰¹ Nach der erheblichen Kritik an den Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates sind die vorgeschlagenen Regeln zu dessen Selbstkontrolle zu begrüßen. Er muss ein *Beschwerdeverfahren* einschließlich der einzuhaltenden Fristen regeln und eine *interne Beschwerdestelle* mit drei Wissenschaftlern einrichten.¹⁰² Dass die Maßstäbe der Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat und der staatlichen Anerkennung durch das Land erheblich differieren, ist zu korrigieren. Die öffentlich gemachte Diskrepanz zwischen einer Ablehnung von Akkreditierungen durch den Wissenschaftsrat und gleichwohl nachfolgender staatlicher Anerkennung verunsichert die Studierenden und ist ein tiefer Eingriff in die Privathochschulfreiheit sowie in die Wettbewerbsfreiheit zwischen privaten und öffentlichen Hochschulen. Zu hoffen bleibt, dass eine gesetzliche Neuordnung der Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates zu präzisen rechtlichen und mit der Privathochschulfreiheit vereinbaren Rahmensetzungen führt.

Und nicht zuletzt sollten die Leistungen des Wissenschaftsrates bei der Akkreditierung privater Hochschulen evaluiert werden. Wie vor einiger Zeit¹⁰³ sollte eine internationale Kommission die Akkreditierungsverfahren unter anderem darauf begutachten, ob die vom Wissenschaftsrat formulierten Maßstäbe der Akkreditierung sachgerecht sind, ob die Verfahren der Akkreditierung den Maßstäben guter Verwaltung entsprechen und ob bei der Entscheidung über Auflagen oder bei der Ablehnung einer Akkreditierung mit gleichem Maß gemessen wird.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht.

100 § 114 Abs. 1 Nr. 5 Hmbg HG.

101 Vgl. Fn. 3.

102 So § 70a Abs. 2 S. 2 Nr. 3 und 4 Anhörungsentwurf (vgl. Fn. 3).

103 Vgl. Fn. 8.

Christian Kachel

Außenwirtschaftsrechtliche Compliance bei der Einstellung ausländischer Wissenschaftler

Übersicht

I. Einleitung

II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

1. Der Transfer technischen Wissens

2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

a) Definition des Ausländers

b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

4. Der Verwendungszusammenhang

a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWW)

c) Positive Kenntnis und Unterrichtsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWW)

5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWW)

a) Allgemein zugängliche Informationen

b) Grundlagenforschung

c) Nicht gelistete Technologie

6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWW)

7. Embargos

IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

V. Die Implementierung im Compliance-System

I. Einleitung

Die Gewinnung qualifizierten Personals ist essentiell für den wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Erfolg von Forschungseinrichtungen und Universitäten in Deutschland. Die Anwerbung von wissenschaftlichem Personal erfolgt dabei häufig auch im Ausland.¹

Sollen ausländische Wissenschaftler bzw. wissenschaftliche Mitarbeiter eine Anstellung² in Universitäten oder Forschungseinrichtungen in Deutschland erhalten, sind unbeschadet der von Artikel 5 Satz 3 des Grundgesetzes garantierten Wissenschaftsfreiheit³ außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen in Form von Genehmigungspflichten oder Verboten (vgl. § 4 Abs. 3 des Außenwirtschaftsgesetzes) zu beachten⁴.

Besteht hinsichtlich der Einstellung einer Person ein außenwirtschaftsrechtliches Verbot, so darf die Einstellung nicht erfolgen. Bei Bestehen einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflicht muss die erforderliche Genehmigung vor der Einstellung des Bewerbers durch die Genehmigungsbehörde, das *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, erteilt worden sein⁵.

Die zu prüfenden Voraussetzungen der Genehmigungspflicht bzw. des Verbots einer Einstellung werden nachfolgend im Einzelnen näher betrachtet.⁶

1 Gemäß den Angaben der Bundesregierung waren im Jahr 2013 mehr als 38.000 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus dem Ausland an deutschen Hochschulen beschäftigt, vgl. <https://www.make-it-in-germany.com/de/jobs/forschen/arbeiten-als-forscher/> [zuletzt abgerufen: 20.6.2020].

2 Beim Abschluss reiner Zugangsverträge an einem Institut muss Entsprechendes gelten, soweit ein Transfer technischen Wissens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Die Sanktionslistenprüfung (siehe unter II.) muss – unabhängig von einem Technologietransfer – in jedem Fall erfolgen.

3 Vgl. *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Stand: Februar 2019, Seiten 15 und 23.

4 Gemäß § 1 Satz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) ist der Außenwirtschaftsverkehr grundsätzlich frei. Er unterliegt jedoch den Einschränkungen, die das AWG enthält oder die durch

Rechtsverordnung auf Grund des AWG vorgeschrieben werden, § 1 Satz 2 AWG.

5 Vorsätzliche Verstöße gegen ein entsprechendes Genehmigungserfordernis können gem. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG strafbar sein. Die Strafandrohung lautet im Höchstmaß auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Fahrlässige Verstöße gegen die Genehmigungspflicht können als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AWG). Die Geldbuße kann bis zu 500.000 Euro betragen, § 19 Abs. 6 AWG.

6 Zu den für die Einreise und den rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland erforderlichen (§ 4 AufenthG) und für Wissenschaftler in Betracht kommenden Aufenthaltstiteln siehe *Schult-Heiß*, Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern, Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2018, S. 3 ff.

II. Bereitstellungsverbote aufgrund von Finanzsanktionen

Zunächst kann sich das Verbot der Einstellung eines Wissenschaftlers unabhängig vom Inhalt der beabsichtigten Tätigkeit und unabhängig von einem Auslandsbezug des Einstellungssachverhalts daraus ergeben, dass der Wissenschaftler sog. Finanzsanktionen (häufig auch „personenbezogene Embargos“⁷ oder „Terrorlisten“ genannt) unterliegt.

Finanzsanktionen haben das Ziel, bestimmte Personen, Organisationen oder Einrichtungen von (bestimmten) vermögenswerten Vorteilen abzuschneiden, um so ein gewünschtes außenpolitisches Ziel zu erreichen⁸, z.B. die Terrorismusbekämpfung⁹. Die im Zusammenhang mit Einstellungen vor allem relevanten „klassischen“ Finanzsanktionen sind das sog. Einfrier- und Bereitstellungsverbot.

Das Einfriergebot besagt, dass sämtliche Gelder und wirtschaftliche Ressourcen, die im Besitz oder im Eigentum der in der jeweiligen Sanktionsverordnung gelisteten natürlichen oder juristischen Person, Organisation oder Einrichtung stehen oder von dieser gehalten oder kontrolliert werden, eingefroren werden, was grundsätzlich die Entziehung jeder Zugriffs- und Verwendungsmöglichkeit¹⁰ über diese Gelder und wirtschaftliche Ressourcen bedeutet. Diese gesetzliche Anordnung ist vor allem für den Bankensektor von Bedeutung, in der Regel jedoch bei Personaleinstellungen nicht unmittelbar relevant, da der potentielle Arbeitgeber grundsätzlich noch nicht über vom Bewerber gehaltene Ressourcen oder Gelder verfügt.

Nach dem Bereitstellungsverbot ist es untersagt, Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen unmittelbar oder mittelbar den oder zugunsten von sanktionierten Personen zur Verfügung zu stellen.¹¹

Der Begriff „Gelder“ bezieht sich auf finanzielle Vermögenswerte und wirtschaftliche Vorteile jeder Art¹² während unter dem Begriff der „wirtschaftlichen Ressourcen“ Vermögenswerte jeder Art verstanden werden, die nicht schon Gelder sind, aber für den Erwerb von Geldern, Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können¹³.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses soll die Arbeitsleistung regelmäßig gegen eine Vergütung erfolgen (vgl. § 611a Abs. 2 BGB), so dass schon deshalb vor Abschluss des Arbeitsvertrags eine Prüfung etwaiger Bereitstellungsverbote unabdingbar ist. Jedoch besteht auch unabhängig von der Vereinbarung einer Vergütung das Risiko der Bereitstellung wirtschaftlicher Ressourcen, beispielsweise geistiger Eigentumspositionen (z.B. Patente oder Geschäftsgeheimnisse) oder Technologien,¹⁴ so dass auch bei Fehlen einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung (z.B. bei unbezahlten Praktika) die Prüfung erforderlich ist, ob hinsichtlich der einzustellenden Person ein Bereitstellungsverbot besteht.

In der Praxis erfolgt die Prüfung, ob eine Person Finanzsanktionen unterliegt, grundsätzlich IT-gestützt über Softwareprogramme, die nach Eingabe des Namens der Person automatisiert sämtliche relevante Listen¹⁵ daraufhin überprüfen, ob die einzustellende Person in diesen Listen namentlich genannt ist. Eventuelle Treffer werden anschließend (z.B. anhand des Geburtsdatums oder Geburtsortes) daraufhin überprüft, ob es sich bei der in der Liste enthaltenen Person tatsächlich um den einzustellenden Wissenschaftler oder um eine bloße Namensähnlichkeit handelt. Das Ergebnis der Prüfung ist zu dokumentieren. Ist der einzustellende Wissenschaftler mit der in einer Sanktionsliste der EU genannten Person identisch, darf die Einstellung nicht erfolgen.¹⁶

7 So vor allem, soweit es sich nicht um die reinen sog. „Anti-Terror-Verordnungen“ (z.B. Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 betreffend Al-Qaida und die Taliban bzw. in der aktuellen Fassung ISIL), sondern um Länderembargos handelt, die auch personenbezogene Beschränkungen beinhalten, z.B. Art. 14 i.V.m. Anhang II der Verordnung (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Syrien in der aktuellen Fassung gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2020/716 des Rates vom 28.5.2020.

8 *Vogt/Arend* in: Hocke/Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2017, IV., Rn. 79.

9 Vgl. *BAFA*, Merkblatt Länderunabhängige Embargomaßnahmen zur Terrorismusbekämpfung, Stand: 28.08.2009, S. 4ff.

10 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 107.

11 *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 116.

12 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 87.

13 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 89.

14 Vgl. *Vogt/Arend*, a.a.O., IV., Rn. 90.

15 Die zu prüfenden Listen ergeben sich in aller Regel – neben ggf. zu prüfenden US-Listen – aus Anhängen zu den Sanktionsverordnungen, z.B. Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit den ISIL (Da'esh)- und Al-Qaida-Organisationen in Verbindung stehen, in der aktuellen Fassung der Durchführungsverordnung (EU) 2020/706 der Kommission vom 26. Mai 2020.

16 Gemäß § 19 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG kann bei der fahrlässigen Einstellung einer sanktionierten Person (unter Verstoß gegen das Bereitstellungsverbot) eine Ordnungswidrigkeit vorliegen, bei vorsätzlicher Begehung eine Straftat gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG (Höchstmaß 5 Jahre).

III. Die Einstellung als „technische Unterstützung“ i.S.v. § 2 Abs. 16 AWG

Die außenwirtschaftsrechtliche Prüfung im Zusammenhang mit der Einstellung ausländischer Wissenschaftler im Inland¹⁷ erfordert regelmäßig eine detaillierte Analyse, welche Aufgaben im Rahmen der Beschäftigung durch den Wissenschaftler ausgeführt und welche (technischen) Kenntnisse oder Fähigkeiten dem Wissenschaftler dabei vermittelt werden sollen. Impliziert die vorgesehene Tätigkeit einen Transfer technischen Wissens¹⁸ zugunsten eines ausländischen Wissenschaftlers, liegt in der Regel eine sog. „technische Unterstützung“ vor, die nach den §§ 51, 52 AWV genehmigungspflichtig sein kann.

Technische Unterstützung ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 16 Satz 1 AWG jede technische Hilfe in Verbindung mit der Reparatur, der Entwicklung, der Herstellung, der Montage, der Erprobung, der Wartung oder jeder anderen technischen Dienstleistung. Sie kann in Form von Unterweisung, Ausbildung, Weitergabe von praktischen Kenntnissen oder Fähigkeiten oder in Form von Beratungsleistungen erfolgen (§ 2 Abs. 16 Satz 2 AWG).

Von der Ausfuhr (§ 2 Abs. 3 AWG) von Technologie unterscheidet sich die technische Unterstützung grundsätzlich dadurch, dass im Fall der Ausfuhr die Technologie „verkörpert“ ist (z.B. in Form von technischen Unterlagen, einer E-Mail oder einer elektronischen Bereitstellung), während eine technische Unterstützung bei der

„unverkörperten“ Weitergabe von Technologie (z.B. mündlich) vorliegt. Soweit jedoch die Technologie das Gebiet der Bundesrepublik nicht verlässt, sondern an einen ausländischen Wissenschaftler im Inland weitergegeben wird, besteht eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Die Übergabe von verkörperter Technologie¹⁹ an Ausländer im Inland stellt keine Ausfuhr, sondern technische Unterstützung dar.²⁰

Die Voraussetzungen der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung im Rahmen einer Personaleinstellung im Inland sind in § 51 AWV und (nur relevant bei Tätigkeiten im Nuklearbereich) § 52 AWV normiert.²¹

1. Der Transfer technischen Wissens

Im Rahmen der Einstellung von wissenschaftlichem Personal ist also zunächst zu prüfen, ob der einzustellenden Person im Rahmen der Tätigkeit technische Kenntnisse oder Fähigkeiten weitergegeben werden.²² Dies dürfte z.B. bei einer Mitarbeit als Wissenschaftler an einem naturwissenschaftlich-technisch ausgerichteten Institut regelmäßig der Fall sein. Dabei muss jedoch nach Sinn und Zweck der Vorschrift das in der technischen Unterstützung enthaltene technische Wissen ein Mindestmaß an Detailgrad erreichen.²³ Da es sich bei der technischen Unterstützung um einen Fall des Technologietransfers handelt²⁴, ist es grundsätzlich erforderlich, dass das vermittelte technische Wissen für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts mindestens „nötig“ ist.²⁵

17 Als Ausdruck des völkerrechtlichen Prinzips der Personalhoheit ist der Anwendungsbereich der §§ 49 ff. AWV auf deutsche Staatsangehörige und juristische Personen und Personengesellschaften mit Sitz oder Ort der Leitung in Deutschland beschränkt, vgl. *Pietsch* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, AWR-Kommentar, 63. Lieferung 12/2019, § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 8. Die technische Unterstützung in Drittländern (vgl. §§ 49, 50, 52a, 52b AWV) ist nicht Inhalt dieses Beitrags, wäre jedoch z.B. bei Einstellungen durch Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen im Ausland zu prüfen.

18 Reine Reparaturvorgänge oder Montagen stellen keine technische Unterstützung dar, soweit es sich nicht um eine Lehrtätigkeit oder um die Erleichterung der Handhabung eines Guts (Teilunterweisung) handelt, vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27; vgl. *Gramlich* in *Hohmann/John*, Kommentar zum Ausfuhrrecht, 2002, Teil 4 § 45 AWV, Rn. 12; a.A.: *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. AWV, Vor 49ff., Rn. 4.

19 Unter dem Terminus „Technologie“ versteht man spezifisches technisches Wissen, das für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Produkts nötig ist, vgl. Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober

2019.

20 *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. Vor 49ff. AWV, Rn. 6.; im US-Recht wird in derartigen Konstellation häufig ein Technologietransfer i.S. eines „deemed (re-)exports“ vorliegen, siehe hierzu unten Kap. IV. und vgl. *Pfeil/Mertgen*, Compliance im Außenwirtschaftsrecht, 2016, Kap. D. Rn. 124.

21 Die Regelungen der §§ 46 bis 48 AWV (Handels- und Vermittlungsgeschäfte) dürften im Zusammenhang mit der Einstellung von Personal in Forschungseinrichtungen und Universitäten kaum relevant werden.

22 Vgl. *Mrozek* in: *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 27.

23 So wohl auch *Pelz* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 6.

24 Vgl. die Definition von „Technologie“ (insbes. Satz 2) in den Begriffsbestimmungen der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (Ausfuhrliste) bzw. in den Begriffsbestimmungen in der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019.

25 A.A. *Ehrlich*, Technologietransfer als Ausfuhr und technische Unterstützung – Inhalt und Grenzen, in: *Ehlers/Wolffgang*, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 491, (494).

Erfolgt die technische Unterstützung (wie im Regelfall) mündlich, ist eine Listung des technischen Wissens in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste oder in Nummern der Gattung E des Anhang I der Dual Use-VO Voraussetzung einer Genehmigungspflicht (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV und – mit Beschränkung auf Technologie der Kategorie 0 – § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Aus diesem Grund sollte in Universitäten und Forschungseinrichtungen standardmäßig auch eine Güterlistenprüfung, insbesondere hinsichtlich Gattung E der relevanten²⁶ Güterlisten, im außenwirtschaftsrechtlichen Einstellungsprozess implementiert sein.

Soweit eine Einstellung im Bereich der (nicht-technischen) Verwaltung erfolgt, wird in aller Regel schon kein weiterzugebendes technisches Wissen vorliegen, so dass hier grundsätzlich keine detaillierte weitere Prüfung erforderlich ist.

2. Die inländische Forschungseinrichtung als Erbringer der technischen Unterstützung

Die Genehmigungspflicht der Einstellung eines Wissenschaftlers im Inland setzt voraus, dass die technische Unterstützung „durch einen Inländer“ (§ 51 Abs. 1 Satz 1 AWV) bzw. „durch einen Deutschen oder einen Inländer“ (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AWV)²⁷ erfolgt.

Meist wird es sich bei der den Wissenschaftler einstellenden inländischen Universität oder Forschungseinrichtung um eine juristische Person oder Personengesellschaft mit Sitz oder Ort der Leitung im Inland handeln. In diesem Fall ist die inländische Universität bzw. Forschungseinrichtung als „Inländer“ i.S.d. Außenwirtschaftsgesetzes zu qualifizieren (§ 2 Abs. 15 Nr. 2 AWG).

Bei Einstellungen durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft kommt es darauf an, ob die Zweigniederlassung ihre Leitung im Inland hat und für sie eine gesonderte Buchführung existiert (§ 2 Abs. 15 Nr. 3 AWG), während bei einer Personaleinstellung in der Betriebsstätte einer ausländischen juristischen Person oder Personengesellschaft im Inland entscheidend ist, ob die Be-

triebsstätte ihre Verwaltung im Inland hat (§ 2 Abs. 15 Nr. 4 AWG).

Der Erbringer der technischen Unterstützung ist anhand der zivilrechtlichen Vereinbarungen festzustellen. Soll die technische Unterstützung aufgrund des Arbeitsvertrages mit einer Forschungseinrichtung bzw. Universität erfolgen, die nach den soeben dargestellten Grundsätzen als „Inländer“ anzusehen ist, so ist die Genehmigungsbedürftigkeit für die jeweilige Einrichtung unabhängig davon zu beurteilen, ob der das technische Wissen tatsächlich weitergebende Mitarbeiter seinerseits Inländer bzw. Deutscher ist.²⁸

3. Der ausländische Empfänger des technischen Wissens (Auslandsbezug)

Im Rahmen des § 51 Abs. 1 AWV kommt ein Genehmigungserfordernis nur in Betracht, wenn die technische Unterstützung durch den Inländer „gegenüber Ausländern erbracht wird, die nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“ (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWV)²⁹. § 51 Abs. 2 AWV erfordert die Ansässigkeit „in einem Land im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009“ (d.h. in einem Waffenembargoland).

Erst hierdurch erhält der Inlandssachverhalt (Einstellung/Tätigkeit im Inland) einen Auslandsbezug und damit einen Bezug zum Außenwirtschaftsverkehr, der den Anwendungsbereich der Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AWG eröffnet. Für die technische Unterstützung gegenüber einem Inländer i.S.v. § 2 Abs. 15 AWG kann eine Genehmigungspflicht nach § 51 AWV nicht bestehen.

a) Definition des Ausländers

Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 5 AWG sind als Ausländer alle Personen und Personengesellschaften anzusehen, die keine Inländer sind. Inländer sind, soweit es sich nicht um juristische Personen oder Personengesellschaften handelt,³⁰ definiert als „natürliche Personen

26 In Betracht kommen insbesondere die Ausfuhrliste und Anhang I der Dual Use-VO in der jeweils aktuell gültigen Fassung, die Güterlisten aus den Embargo-Verordnungen (soweit ein Bewerber in einem Staat, der einem Embargo unterliegt, ansässig ist) und (ohne Auswirkung auf die Genehmigungspflicht nach der AWV) die US-Güterlisten, soweit ein US-Bezug (z.B. wenn das einstellende Unternehmen eine US-Person ist oder die weiterzugebende Technologie einen US-Ursprung bzw. Bestandteile mit US-Ursprung besitzt) besteht.

27 Im Rahmen von § 52 AWV ist somit ausnahmsweise nicht nur die Ansässigkeit, sondern alternativ die deutsche Staatsangehör-

rigkeit relevant.

28 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWV, Rn. 15 und § 52 AWV Rn. 9; vgl. Gramlich in Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 13.

29 Im Rahmen von § 52 AWV (relevant bei einem Bezug zu kerntechnischen Anlagen) kommt es auf die Ausländereigenschaft des Empfängers dagegen nicht an, sondern stattdessen auf den Ort der beabsichtigten Verwendung des technischen Wissens (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 AWV).

30 Vgl. hierzu oben, Kap. III. 2.

mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland“ (§ 2 Abs. 15 Nr. 1 AWG).

Bei der Feststellung, ob es sich beim einzustellenden Wissenschaftler um einen Ausländer im genannten Sinne handelt, kommt es also nicht auf die Staatsangehörigkeit³¹, sondern auf den Ort der „Ansässigkeit“, d.h. den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, an. Verfügt eine Person über mehrere Wohnsitze, so richtet sich die Inländereigenschaft danach, an welchem Ort sich der hauptsächliche Schwerpunkt der Lebensführung befindet, zu dessen Bestimmung nach allgemeiner Auffassung auf Vorschriften der §§ 8, 9 AO zurückgegriffen werden kann.³²

Nach § 8 AO hat eine Person einen Wohnsitz dort, wo sie eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass sie die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Dabei muss die Wohnung mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Gewohnheit benutzt werden, die natürliche Person sich im Inland aufhalten und im Melderegister registriert sein und entweder ein Gewerbe im Wirtschaftsgebiet betreiben oder mit einem inländischen Arbeitgeber einen unbefristeten oder länger als ein Jahr laufenden Arbeitsvertrag abgeschlossen haben.³³

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 9 Satz 1 AO). Als gewöhnlicher Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist stets und von Beginn an ein zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer anzusehen; kurzfristige Unterbrechungen bleiben unberücksichtigt (§ 9 Satz 2 AO). Ein Aufenthalt ausschließlich zu Besuchs-, Erholungs-, Kur- oder ähnlichen privaten Zwecken von höchstens einem Jahr Dauer führt nicht per se zu einem gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. § 9 Satz 3 AO).

Bei Erfüllung der Voraussetzungen des gemeinsamen Tatbestands, der sich aus § 9 Satz 2 und 3 AO ergibt, liegt eine unwiderlegbare Vermutung für einen gewöhnlichen Aufenthalt (im Inland) vor.³⁴ Im Übrigen sind deutliche Hinweise für einen gewöhnlichen Aufenthalt – wie bei der Bestimmung des Wohnsitzes – das Betreiben eines Gewerbes, ein längerfristiger Arbeitsvertrag mit einem Inländer und insbesondere eine unbeschränkte Einkommensteuerpflicht.³⁵

Fallen Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt auseinander, ist regelmäßig der Wohnsitz entscheidend, da dieser nach außen weniger flüchtig erscheint und die Zugehörigkeit zu einem Gebiet deutlicher dokumentiert.³⁶

Die Bewerbung einer Person aus dem Inland heraus (ersichtlich z.B. aus der Absenderadresse in den Bewerbungsunterlagen) kann deshalb – unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Person – ein erstes Indiz für die Ansässigkeit im Inland, mithin die Inländereigenschaft der Person darstellen, die ggf. eine außenwirtschaftsrechtliche Prüfung weitestgehend³⁷ entbehrlich macht. Umgekehrt kann die Drittlandsstaatsangehörigkeit des Bewerbers auf eine mögliche Ansässigkeit in diesem Drittland hinweisen, wenn die Bewerbung tatsächlich auch von diesem Land aus erfolgt.

Zu berücksichtigen ist bei der Feststellung der Ansässigkeit jedoch die Einschränkung in § 51 Abs. 5 AWV, wonach als Ausländer im Sinne von § 51 Abs. 1 und 2 AWV auch solche natürlichen Personen anzusehen sind, deren Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Inland auf höchstens fünf Jahre befristet ist. Das bloße Vorliegen eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ist in diesen Fällen nicht ausreichend zur Begründung der Inländereigenschaft.

Der Begriff des „Inlands“ deckt in diesem Zusammenhang ausschließlich das deutsche Hoheitsgebiet – und nicht auch die übrigen EU-Mitgliedstaaten oder die sog. „EU001-Länder“ – ab³⁸, so dass in Mitgliedstaaten

31 Vgl. schon zur alten Rechtslage *Gramlich* in: Hohmann/John, a.a.O., Teil 4 § 45 AWV, Rn. 16; vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14, entscheidend soll danach die „wirtschaftlich-räumliche Beziehung zum inländischen Hoheitsgebiet“ sein.

32 Vgl. *Sachs* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., I. § 2 AWG, Rn. 62; vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.; vgl. *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 9.

33 Vgl. *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a mit Hinweis auf die Möglichkeit der Berücksichtigung weitere Umstände und Verweis auf den Runderlass Außenwirtschaft Nr. 7/83 des *Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie*, noch hinsichtlich des Wohnsitzes im „Wirtschaftsgebiet“, das heute als „Inland“ zu verstehen ist, vgl. *Pietsch* in: Wolfgang/

Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWV Kapitel 5, Rn. 14.

34 *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

35 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 11; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26a.

36 *Just* in Hohmann/John, a.a.O., Teil 3 § 4 AWG, Rn. 12; *Mrozek* in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 2 AWG, Rn. 26b.

37 Dies gilt nicht für die Sanktionslistenprüfung und nicht automatisch für das US-(Re-)Exportkontrollrecht.

38 Vgl. *BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle*, Stand: März 2020, Teil 8, 2. Kapitel, 2.4., Rn. 669; zur (hier nicht entscheidenden) Legaldefinition des „Unionsansässigen“ siehe § 2 Abs. 18 AWG.

der EU bzw. in den EU001-Ländern ansässige Personen danach als „Ausländer“ i.S.v. § 51 Abs. 5 AWW zu qualifizieren sein können³⁹. Sie sind jedoch regelmäßig aufgrund der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW („...nicht in einem Land ansässig sind, das in Anhang IIa Teil 2 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist oder Mitglied der Europäischen Union ist“) von der Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung ausgenommen.⁴⁰ Die Frage der Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat der EU bzw. in einem EU001-Land ist nicht nach dem Maßstab des § 51 Abs. 5 AWW, sondern nach den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung der Ansässigkeit vorzunehmen, d.h. ein gewöhnlicher Aufenthalt von mindestens 5 Jahren im Inland ist insoweit nicht zwingend erforderlich. Entsprechendes gilt für die Feststellung der Ansässigkeit in einem Waffenembargoland nach § 51 Abs. 2 AWW.

Für die Prüfung im Unternehmen bedeutet dies, dass der Lebenslauf der einzustellenden Person im Rahmen einer Einzelfallprüfung daraufhin überprüft werden muss, ob ein Lebensmittelpunkt in Deutschland bereits vorliegt oder noch nicht. Jedenfalls dann, wenn der gewöhnliche Aufenthalt oder Wohnsitz in Deutschland ununterbrochen seit mehr als 5 Jahren besteht, kann von dem Vorliegen der Inländereigenschaft ausgegangen werden.⁴¹

Erfolgt eine Bewerbung aus dem Ausland, ist in aller Regel davon auszugehen, dass noch kein gewöhnlicher Aufenthalt oder Wohnsitz des Bewerbers im Inland vorliegt. Diese Vermutung kann allerdings anhand eines lückenlosen Lebenslaufs entkräftet werden (z.B. bei nur sehr kurzem, zwischenzeitlichen Aufenthalt im Ausland während einer bereits seit einigen Jahren bestehenden Beschäftigung in Deutschland).

Ein erteiltes Visum entbindet nicht von den außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigungspflichten.⁴²

b) Privilegierung von in Mitgliedstaaten der EU bzw. den EU001-Ländern ansässigen Personen

Außenwirtschaftsrechtlich privilegiert werden im Rahmen der technischen Unterstützung Ausländer, die in

einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem der EU001-Länder⁴³ ansässig sind. Diese werden ebenso wie Inländer nicht der Genehmigungspflicht nach § 51 AWW unterworfen (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 AWW).

Nach Sinn und Zweck der Regelung muss es dabei ausreichen, wenn sich diese „Ansässigkeit“ eines Bewerbers erst aus der Addition der unmittelbar aufeinander folgenden Aufenthalte in mehreren verschiedenen EU-Mitgliedstaaten ergibt (z.B. gewöhnlicher Aufenthalt 4 Monate in Italien, anschließend 4 Monate in Spanien und sodann 5 Monate in Deutschland), da bei diesen Ländern von einem vergleichbaren Kontrollstandard sowohl bezüglich der außenwirtschaftsrechtlichen Regelungen wie auch der Bewertung von Sachverhalten auszugehen ist, sog. like-minded countries⁴⁴.

Bei der Einstellung einer in einem Mitgliedstaat der EU bzw. einem EU001-Land ansässigen Person im Inland bleibt sodann von den Regelungen der §§ 49 ff. AWW neben der Norm des § 51 AWW nur die Vorschrift des § 52 AWW zu prüfen, die jedoch nur bei einem Bezug zu Kerntechnologie relevant werden kann und eine Verwendung der Technologie in einem in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AWW ausdrücklich genannten Land erfordert.

Im Übrigen ist über die Sanktionslistenprüfung hinaus (siehe oben) keine weitere Prüfung⁴⁵ erforderlich.

4. Der Verwendungszusammenhang

Weitere Voraussetzung einer Genehmigungspflicht der Personaleinstellung als technische Unterstützung im Inland ist das Vorliegen eines bestimmten kritischen Verwendungszusammenhangs⁴⁶ der technischen Unterstützung.

a) ABC-Waffen/Trägersysteme und militärische Endverwendung (§ 51 Abs. 1 und 2 AWW)

Ein (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) die Genehmigungspflicht auslösender Verwendungszusammenhang ist im Rahmen des § 51 AWW zunächst der Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Entwicklung, der Herstellung, der Handhabung, dem Betrieb, der Wartung, der Lagerung, der Ortung, der

39 Entsprechend der Legaldefinition des „Ausländers“ in § 2 Abs. 5 AWW.

40 So wohl auch *Pelz* in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 51 AWW, Rn. 10 und 12; siehe auch unten unter b).

41 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 130.

42 Vgl. *BAFA*, Handbuch Exportkontrolle und Academia, Seite 34.

43 Siehe Anhang IIa Teil 2 der Dual Use-VO in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019. Derzeit erfasst sind Australien, Japan, Kanada, Neuseeland, Norwegen, die Schweiz einschließlich Liechtenstein und die Vereinigten Staaten von Amerika. Mit Ablauf des 31.12.2020 wird in diese Ländergruppe voraussichtlich das

Vereinigte Königreich aufgenommen.

44 Vgl. hierzu *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 25.

45 Ggf. sind jedoch die Anforderungen des Kriegswaffenkontrollgesetzes und (bei bestehendem US-Bezug) das US-(Re-)Exportkontrollrecht zu beachten.

46 Die Regelungen des Kriegswaffenrechts, insbesondere die Vorschriften der §§ 17, 18, 18a KrWaffKontrG mit ihren sog. Förderatbeständen, sind im Rüstungsbereich zusätzlich und vorrangig zu beachten, vgl. *Pietsch* in: Wolfigang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 9.

Identifizierung oder der Verbreitung von chemischen oder biologischen Waffen, von Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern bzw. ein Zusammenhang mit der Entwicklung, der Herstellung, der Wartung oder der Lagerung von Flugkörpern, die für die Ausbringung derartiger Waffen geeignet sind (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b AWW).

Diese Fallgruppe der Verwendung des technischen Wissens für ABC-Waffen oder Kernsprengkörper bzw. entsprechende Trägertechnologie ist bei allen in einem Drittland i.S.v. § 2 Abs. 8 AWG ansässigen Personen zu prüfen. Hier wird man zunächst generell die Geeignetheit der Technologie für eine entsprechende Verwendung zu analysieren haben und sodann die fallspezifischen Umstände würdigen, die für eine derartige Verwendung durch den einzustellenden Wissenschaftler sprechen.

Ebenso kann ein Zusammenhang mit einer militärischen Endverwendung i.S.d. Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO in einem Waffenembargoland zu einer Genehmigungspflicht führen, § 51 Abs. 2 AWW. Eine militärische Endverwendung ist gegeben, wenn Güter zum Einbau in militärische Güter bestimmt sind oder der Verwendung von Herstellungs-, Test- oder Analyseausrüstung sowie Bestandteilen hierfür für die Entwicklung, Herstellung oder Wartung von Rüstungsgütern oder der Verwendung von unfertigen Erzeugnissen in einer Anlage für die Herstellung von Rüstungsgütern dienen (Art. 4 Abs. 2 Dual Use-VO).

Ein solcher Fall liegt im Rahmen von Einstellungen beispielsweise vor, wenn bekannt ist, dass die einzustellende Person nach Beendigung ihrer Tätigkeit an ein staatliches Rüstungsunternehmen oder eine militärisch ausgerichtete Universität in einem Waffenembargoland zurückkehrt, um dort seine in Deutschland erlangten Kenntnisse einzusetzen.

Universitäten und Forschungseinrichtungen, die die Forschung und Entwicklung von Maschinen betreiben, die für die Herstellung von Rüstungsgütern eingesetzt werden, dürfen somit einen Bewerber, der in einem Land ansässig sind, gegen das ein Waffenembargo verhängt wurde, in einem entsprechenden Bereich ohne Genehmigung des Bafa nur beschäftigen, wenn sein Aufenthalt entweder unbefristet oder auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren befristet ist.⁴⁷ Andernfalls ist ein Antrag auf Genehmigung der technischen Unterstützung erforderlich.

Die Einstellung von wissenschaftlich-technischem Personal aus einem Waffenembargoland an einer Forschungseinrichtung, die jedenfalls auch einen Rüstungsbezug aufweist, wird somit grundsätzlich einer Genehmigungspflicht des Bafa unterliegen. Soll trotz Rüstungsbezugs des Instituts ausnahmsweise hinsichtlich der im Rahmen der Tätigkeit erlangten Kenntnisse und Fähigkeiten eine militärische Endverwendung verneint werden (weil etwa das der einzustellenden Person weiterzugebene technische Wissen nur einen Teilbereich der Tätigkeiten der Forschungseinrichtung abdeckt, der selbst keinen Rüstungsbezug aufweist, und sich ein solcher erst aufgrund weiterer Projektabschnitte ergibt, an denen die Person nicht mitwirkt und die ihr nicht bekannt sind) ist dies sehr sorgfältig zu begründen und entsprechend im Compliance-System zu dokumentieren.

In Zweifelsfällen sollte ein Antrag auf Genehmigung beim Bafa gestellt werden. Bis zur Erteilung der Genehmigung durch das Bafa oder der Entscheidung des Bafa, dass keine Genehmigung erforderlich ist, darf eine Einstellung nicht erfolgen (§ 51 Abs. 3 Satz 3 AWW, § 52 Abs. 2 Satz 3 AWW).

b) Errichtung oder Betrieb kerntechnischer Anlagen (§ 52 Abs. 1 AWW)

Soweit ein Zusammenhang der technischen Unterstützung mit der Errichtung oder dem Betrieb von Anlagen für kerntechnische Zwecke im Sinne der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 in einem der in § 9 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der AWW genannten Länder (derzeit: Algerien, Irak, Iran, Israel, Jordanien, Libyen, Demokratische Volksrepublik Korea, Pakistan und Syrien) besteht, kann diese Verwendung gemäß § 52 AWW ebenfalls eine Genehmigungspflicht auslösen. Entscheidend ist im Rahmen dieser Vorschrift nicht, ob die einzustellende Person in einem dieser Länder ansässig ist, sondern ob die betroffene Anlage sich in einem dieser Länder befindet oder errichtet werden soll.⁴⁸

c) Positive Kenntnis und Unterrichtungsmechanismus (§§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 2 AWW)

Entsprechende Verwendungszusammenhänge können grundsätzlich zu einer außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkung führen, wenn das einstellende Unternehmen, d.h. der inländische Arbeitgeber, vom

⁴⁷ Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 131 f., anders als dort angegeben, kommt es jedoch gerade nicht auf die Staatsangehörigkeit des Bewerbers, sondern auf seine Ansässigkeit an, also

den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, vgl. die Def. von „Ausländer“ in § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 15 Nr. 1 AWG.

⁴⁸ Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. D. Rn. 134.

Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) über den Verwendungszusammenhang unterrichtet worden ist.⁴⁹

Ist eine Unterrichtung indessen nicht erfolgt, kommt es darauf an, ob dem Arbeitgeber, d.h. der Universität oder Forschungseinrichtung, bekannt ist⁵⁰, dass die gegenüber dem Wissenschaftler im Inland zu erbringende technische Unterstützung für eine der oben genannten Verwendungen bestimmt ist. Ist dies der Fall, hat der Arbeitgeber das BAFA zu unterrichten, das über das Bestehen einer Genehmigungspflicht entscheidet (vgl. § 51 Abs. 3 Sätze 1 und 2 und § 52 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AWW). Voraussetzung dieser Unterrichtungspflicht ist positive Kenntnis des Arbeitgebers vom kritischen Verwendungszweck, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.⁵¹ Eine Nachforschungspflicht besteht nicht⁵², allerdings dürfen offensichtliche Anhaltspunkte für einen kritischen Verwendungszusammenhang nicht bewusst ignoriert werden.⁵³

Ein Unternehmen ist also aus außenwirtschaftsrechtlicher Sicht nicht zu Hintergrundrecherchen hinsichtlich eines Bewerbers verpflichtet, solange sich nicht (z.B. aus dem Lebenslauf) ernsthafte Indizien dafür ergeben, dass das im Rahmen der Tätigkeit zu erwerbende Wissen später für eine kritische Endverwendung eingesetzt werden soll.

5. Ausnahmen nach der Art des technischen Wissens (§§ 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 AWW)

Die Beschränkungen der technischen Unterstützung nach §§ 51 und 52 AWW gelten nicht für die Weitergabe von Informationen, die im Sinne der Allgemeinen Technologie-Anmerkung (ATA) bzw. im Sinne der Nukleartechnologie-Anmerkung (NTA) zu Teil I der Ausfuhrliste oder zu Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 „allgemein zugänglich“ oder Teil der „Grundlagenforschung“ sind (§ 51 Abs. 4 Nr. 1 AWW, § 52 Abs. 3 Nr. 1 AWW).

a) Allgemein zugängliche Informationen

„Allgemein zugänglich“ in diesem Sinne ist eine Technologie dann, wenn sie ohne Beschränkung ihrer weiteren Verbreitung erhältlich ist (Copyright-Beschränkungen heben die allgemeine Zugänglichkeit nicht auf)⁵⁴. Für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme müssen die Informationen im Zeitpunkt der relevanten Handlung, d.h. der Weitergabe an den einzustellenden Wissenschaftler, allgemein zugänglich sein (die Möglichkeit des allgemeinen Zugangs reicht insoweit aus), was insbesondere der Fall ist, wenn die Informationen in einer allgemein zugänglichen Fachbibliothek oder entsprechend zum Download online im Rahmen der üblichen Vorschriften publiziert worden sind.⁵⁵

Typischerweise fallen in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung reine Recherchetätigkeiten ebenso hierunter wie Tätigkeiten, die keinen über die in veröffentlichter Literatur verfügbaren Inhalte hinausgehenden Wissenstransfer an die einzustellende Person erfordern.

b) Grundlagenforschung

Unter „wissenschaftlicher Grundlagenforschung“ im Sinne des Außenwirtschaftsrechts versteht man experimentelle oder theoretische Arbeiten hauptsächlich zur Erlangung von neuen Erkenntnissen über grundlegende Prinzipien von Phänomenen oder Tatsachen, die nicht in erster Linie auf ein spezifisches praktisches Ziel oder einen spezifischen praktischen Zweck gerichtet sind.⁵⁶

Da dieses Verständnis von Grundlagenforschung nicht immer dem methodologisch-technischen Verständnis von Grundlagenforschung entspricht, lässt sich zur Vereinfachung das sog. „Technology Readiness Level“ (TRL) heranziehen, das den Entwicklungsgrad eines technischen Produkts beschreibt und eine Skala von TRL 1 bis TRL 9 umfasst, wobei die TRL 1 bis TRL 3 grundsätzlich die Stadien der Grundlagenforschung um-

49 Vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 AWW (zur Verwendung im Zusammenhang mit ABC-Waffen/Trägersystemen), § 51 Abs. 2 AWW (zur militärischen Verwendung in einem Waffenembargoland) und § 52 Abs. 1 AWW (zur Verwendung im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem Betrieb kerntechnischer Anlagen).

50 Das Wissen einzelner Mitarbeiter wird der Forschungseinrichtung bzw. Universität analog § 166 BGB zugerechnet, vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. § 49 AWW, Rn. 26; lesenswert allgemein zur Zurechnung Liebscher, Zurechnung als Rechtsproblem, ZIP 39/2019, S. 1837 ff.

51 Morweiser, Subjektive Elemente im Außenwirtschaftsrecht, in: Ehlers/Wolffgang, Recht der Exportkontrolle. Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 231, (235).

52 Pietsch in: Wolffgang/Rogmann/Pietsch, a.a.O., § 49 AWW Kapitel 5, Rn. 21.

53 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrol-

le, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 656.

54 Die Definition von „allgemein zugänglich“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.

55 Vgl. BAFA, HADDEX – Handbuch der deutschen Exportkontrolle, Teil 8, 2. Kapitel, 2.2, Rn. 659; vgl. Zirkel/Kachel Technologiekontrolle und ACADEMIA, AW-Prax Juli 2019, S. 282, (285f.).

56 Die Definition von „Wissenschaftliche Grundlagenforschung“ enthalten die Begriffsbestimmungen der Delegierten Verordnung (EU) 2019/2199 der Kommission vom 17. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates bzw. die Begriffsbestimmungen in Teil I der Anlage 1 Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung.

fassen (TRL 3 = Nachweis der Funktionstüchtigkeit einer Technologie).⁵⁷

Im Rahmen der Einstellung erfolgt insoweit eine Prognoseentscheidung⁵⁸ hinsichtlich der Einstufung der durch die einzustellende Person auszuführenden Tätigkeiten bzw. zur Verfügung zu stellenden Informationen (technisches Wissen) als Grundlagenforschung.

Ändern sich später die Tätigkeitsinhalte derart, dass eine Mitarbeit auf dem Gebiet der angewandten Forschung in Betracht kommt, bedarf es einer aktualisierten Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit. Eine Aktualisierung der außenwirtschaftsrechtlichen Prüfung sollte standardmäßig bei Vertragsverlängerungen stattfinden, da in diesem Rahmen nicht selten auch die Zuständigkeitsbereiche und Tätigkeitsinhalte modifiziert oder erweitert werden.

c) Nicht gelistete Technologie

Bei Einstellungen im Inland entfällt eine Genehmigungspflicht als technische Unterstützung auch dann, wenn die technische Unterstützung keine Technologie betrifft, die in Teil I Abschnitt A Nummer 0022 der Ausfuhrliste, Nummern der Gattung E des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 oder Teil I Abschnitt B Nummern der Gattung E der Ausfuhrliste genannt ist (§ 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV) bzw. keine Technologie betrifft, die in Nummern der Gattung E in der Kategorie o des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 genannt ist (§ 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV).

Da auch die im Inland erfolgende Übergabe verkörperter Technologie als technische Unterstützung zu qualifizieren ist, kann auch diese gemäß § 51 Abs. 4 Nr. 2 AWV bzw. § 52 Abs. 3 Nr. 2 AWV befreit sein⁵⁹, wenn es sich nicht um entsprechend gelistete Technologie handelt.

6. Ausnahmen in bestimmten Konstellationen (§ 53 AWV)

Bestimmte Konstellationen unterliegen per se nicht den Genehmigungspflichten der §§ 49 ff. AWV (unabhängig

von den oben genannten Ausnahmen). Diese sind in § 53 AWV genannt.

Im Rahmen von Personaleinstellungen kommt eine Befreiung vor allem in Betracht, wenn die Einstellung durch Behörden und Dienststellen der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben erfolgt (vgl. § 53 Nr. 1 AWV). Die dienstlich erfolgende technische Unterstützung dieser Einrichtungen (nicht allerdings etwaiger Auftraggeber) gegenüber ihren Mitarbeitern ist somit genehmigungsfrei.

7. Embargos

Zusätzliche außenwirtschaftsrechtliche Beschränkungen oder Verschärfungen vorhandener Beschränkungen können sich, soweit ein Bezug zu einem Embargoland besteht⁶⁰, aus Embargo-Vorschriften⁶¹ ergeben, die grundsätzlich auch die technische Unterstützung umfassen können und für die die EU-Embargoverordnungen meist den Terminus „technische Hilfe“⁶² verwenden. Inhaltliche Unterschiede zur „technischen Unterstützung“ infolge der abweichenden Terminologie bestehen jedoch nicht.⁶³

Angesichts des weiten Geltungsbereichs⁶⁴ der EU-Embargoverordnungen müssen grundsätzlich sämtliche inländische Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung die in den EU-Embargos genannten restriktiven Maßnahmen beachten.

Im Rahmen der Einstellung von Personal stellt sich die Frage nach den Embargobeschränkungen vor allem dann, wenn eine Person aus einem Embargoland eingestellt werden soll. Insoweit kann es (im Rahmen der Einstellung) vor allem auf die Verwendung der technischen Unterstützung im Embargoland⁶⁵ oder auf den Aufenthaltsort oder Wohnsitz des Empfängers im Embargoland⁶⁶ ankommen.

Anders als Beschränkungen aufgrund reiner Finanzsanktionen erfordern diese destinationsbezogenen Embargo-Vorschriften im Rahmen der Einstellung eine genaue Prüfung der im Rahmen der geplanten Beschäftigung weiterzugebenden Technologie, denn die Weiter-

57 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284f.

58 Vgl. Zirkel/Kachel, a.a.O., S. 284 f.

59 Vgl. Pelz in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., II. Vor § 51 AWV, Rn. 22.

60 Z.B. bei Bereitstellung von technischer Hilfe im Zusammenhang mit in der Embargo-Verordnung besonders gelisteten Gütern und Technologien oder im Zusammenhang mit der Bereitstellung, Herstellung, Instandhaltung und Verwendung dieser Güter mittelbar oder unmittelbar für iranische Personen, Organisationen oder Einrichtungen oder zur Verwendung in Iran, vgl. Art. 3a Abs. 1 lit. b der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

61 In der EU-Terminologie werden Sanktionen und Embargos zum Teil auch als „restriktive Maßnahmen“ bezeichnet, vgl. Sachs

in: Hocke/Sachs/Pelz, a.a.O., IV., Rn. 1 mit Verweis auf Art. 215 Abs. 2 AEUV.

62 Vgl. Art. 1 lit. r der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23.3.2012 (Iran); Art. 1 lit. p der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

63 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 39.

64 Vgl. Pfeil/Mertgen, a.a.O., Kap. E. Rn. 9ff.

65 Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 lit. a-d VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014 („...zur Verwendung in Russland...“).

66 Vgl. z.B. Art. 1 lit. o ii) i.V.m. Art. 2a Abs. 1 lit. b i.V.m. Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

gabe von bestimmter Technologie (also auch in Form der technischen Unterstützung) an eine in einem von Embargo-Maßnahmen betroffenen Land ansässige Person kann aufgrund einer Listung der Technologie in der Güterliste eines anwendbaren Embargos beschränkt sein.⁶⁷

Dabei ist es insbesondere möglich, dass die nach der Dual Use-Verordnung oder der Außenwirtschaftsverordnung bestehende Genehmigungspflicht der technischen Unterstützung bei Bezug zu einem bestimmten Embargoland oder zu einer bestimmten, in der jeweiligen Embargo-Verordnung gelisteten Person, zu einem Verbot erstarkt.⁶⁸ So kann die technische Unterstützung einem Verbot unterstellt werden, wie es etwa bei technischer Hilfe bezogen auf Güter der gemeinsamen Militärgüterliste nach dem Russland-Embargo der Fall ist.⁶⁹

IV. „Deemed reexports“ im US-Recht

In Fällen der technischen Unterstützung gegenüber dem im Inland einzustellenden Wissenschaftler kann aus Sicht des US-(Re-)Exportkontrollrechts ein sog. „deemed reexport“⁷⁰, d.h. eine (fiktive) Ausfuhr von Technologie oder Source Code aus dem Inland in ein „foreign country“ (d.h. in ein anderes Land als die USA) vorliegen.

Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass im Rahmen der Tätigkeit die Einsicht in Technologie oder Source Code mit US-Ursprung oder US-Bestandteilen ermöglicht wird und dass die Weitergabe nicht nur zwischen zwei Inländern im Inland⁷¹ und nicht nur an eine „US person“⁷² erfolgt.

Dann findet neben den deutschen/europäischen Regularien zusätzlich das gesamte US-(Re-)Exportkontrollrecht mit seinen ggf. weitergehenden Beschränkungen (einschließlich etwaiger Befreiungen)⁷³ Anwendung.⁷⁴

Wesentlicher Prüfgegenstand im internen Compliance-System ist also zunächst die Frage, ob ein relevanter US-Zusammenhang der Tätigkeit besteht.

Soll die Einstellung einer „US person“ erfolgen, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass für die etwaige Weitergabe von Technologie durch diese Person im Rahmen ihrer Tätigkeit teilweise strengere Regeln zu beachten sind⁷⁵ als dies bei einer (aus US-Sicht) „foreign person“⁷⁶ der Fall ist.

Bei einem Embargoland-Bezug (z.B. vorgesehene Zusammenarbeit mit einer iranischen Person) ist zu beachten, dass zusätzlich⁷⁷ die Regularien der für das Sanktionsrecht zuständigen Behörde *Office of foreign assets control (OFAC)* zu berücksichtigen sein können (Genehmigungsvorbehalte oder Verbote)⁷⁸.

V. Die Implementierung im Compliance-System

Eine Prüfung der außenwirtschaftsrechtlichen Beschränkungen sollte im internen Compliance-System⁷⁹ der Forschungseinrichtung bzw. Universität im Rahmen des Einstellungsprozesses standardmäßig implementiert sein, um die möglichen straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes⁸⁰ (sowohl für den Handelnden als auch für weitere Verantwortliche, insbesondere den Ausfuhrverantwortlichen⁸¹, aber auch für die gesamte Forschungseinrichtung bzw. Universität⁸²)

67 Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang IA der VO (EU) Nr. 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 (Syrien).

68 Vgl. z.B. Art. 2a Abs. 2 lit. a i.V.m. Anhang IV der VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; Art. 4b i.V.m. Anhang III der VO (EU) Nr. 267/2012 des Rates vom 23. März 2012 (Iran).

69 Art. 4 Abs. 1 lit. a VO (EU) 833/2014 (Russland) des Rates vom 31. Juli 2014; vgl. *Ehrlich*, a.a.O., S. 491, (495).

70 Vgl. § 734.14 (2) der „Export Administration Regulations“ (EAR); bei Militärgütern vgl. 22 CFR § 120.19 (a)(2) ITAR.

71 In diesem Fall kann jedoch ein sog. „in-country transfer“ vorliegen, vgl. § 734.16 EAR.

72 D.h. insbesondere „any individual who is a citizen of the United States“ (772.1 EAR), im US-Embargobereich teilweise abweichend definiert, vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 207.

73 Vgl. *Kachel*, „Decontrol Notes“ in der Exportkontrolle von Dual-Use-Technologie in Einrichtungen der Wissenschaft und Forschung, US-Exportbestimmungen, Heft 5, Mai 2019, S. 74, (76ff.).

74 Vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. D. Rn. 149ff.

75 Vgl. z.B. 734.5 (a) EAR.

76 Vgl. Def. in 772.1 EAR.

77 Zum Spannungsverhältnis zwischen ausländischen Boykotts und § 7 AWV vgl. *Hoffmann*, Das Verbot der Abgabe einer Boykott-Erklärung nach § 7 Außenwirtschaftsverordnung, Beteiligung deutscher Wirtschaftsbeteiligter an „fremden“ Sanktionen, *EuZW* 2019, S. 315 ff.; zur Verordnung (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22. November 1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2018/1100 der Kommission vom 6. Juni 2018 („Blocking-VO“) vgl. *Pfeil/Mertgen*, a.a.O., Kap. E. Rn. 129 ff.

78 Vgl. hierzu *Weigl/Burnett* in: *Hocke/Sachs/Pelz*, a.a.O., V., Rn. 166 ff.

79 Allgemein zur Compliance im Personalwesen vgl. *Haag/Jantz*, Compliance im Personalwesen, CB 2019, S. 147 ff.

80 Vgl. §§ 17, 18, 19 AWG.

81 Vgl. § 130 OWiG.

82 Vgl. § 30 OWiG.

sowie einen sich hieraus ergebenden Reputationsverlust und ggf. sogar den Verlust der „Zuverlässigkeit“ als Exporteur⁸³ zu vermeiden. Aus Praktikabilitätserwägungen sollte allerdings die Prüfung erst dann erfolgen, wenn die Entscheidung über die Einstellung des Bewerbers getroffen ist.⁸⁴

Christian Kachel ist Syndikusrechtsanwalt in der Rechtsabteilung der Fraunhofer-Gesellschaft eV mit dem Schwerpunkt Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrolle.

83 Vgl. § 8 Abs. 2 AWG.

84 Die Erstattung etwa angefallener Reisekosten kann eine Bereitstellung von „Geldern“ bzw. „wirtschaftlichen Ressourcen“ darstellen, so dass jedenfalls vor Erstattung dieser Kosten die Sanktionslistenprüfung (s.o., II.) erfolgt sein muss.

Thomas Skowronek

Arbeitszeit im deutschen Wissenschaftssystem im Lichte des EuGH-Urteils zur Arbeitszeiterfassung

Übersicht

I. Macht (und) Überstunden!

II. Vermessen? Messen.

III. But some are more Jedermann than others

IV. Unproduktive Subjekte. Leben für die Wissenschaftsautonomie

Unbezahlte Überstunden stellen eine gerechte und effektive Steuerung organisatorischer Abläufe in Frage. Die sich darin äussernden Machtverhältnisse betreffen nicht nur die Wirtschaft, sondern auf spezifische Weise auch die Wissenschaft. Ausgehend vom Urteil des EuGH C-55/18 vom 14. Mai 2019 zur Arbeitszeiterfassung fragt der Artikel nach dessen Auslegungsmöglichkeiten und etwaigen Auswirkungen auf ein arbeitsrechtlich kontrovers aufgeladenes Terrain. Die arbeitsrechtliche Ausnahmestellung der Professor*innen als ein wesentliches Merkmal des deutschen Wissenschaftssystems kollidiert nämlich mit den Grundrechtsansprüchen befristeter Mitarbeiter*innen. Inwiefern eine dem EuGH-Urteil entsprechende Beachtung der Grundrechte möglichst aller Beteiligten Erfolg haben kann, hängt aber nicht nur von der Dynamisierbarkeit etablierter Machtstrukturen einzelner Personengruppen ab. Sie ist maßgeblich auch an die Frage gekoppelt, inwiefern sich habitualisierte Karrieremuster einer leistungsorientierten Forschungs- und Publikationspraxis in der Breite des Wissenschaftssystems verändern lassen können.

I. Macht (und) Überstunden!

Unbezahlte Überstunden sind Governanceproblem und Herrschaftsinstrument in einem. Sie stellen eine Heraus-

forderung an eine gerechte und effektive Steuerung organisatorischer Abläufe, und sie forcieren Abhängigkeitsverhältnisse. Sie sind eine systemische Dauerbaustelle der deutschen Wirtschaft,¹ und sie tangieren Arbeitsverhältnisse und Arbeitszeitgestaltungen, die historisch betrachtet „immer wieder [...] [in den] Fokus öffentlicher Debatten“² rücken. Wie sich jüngst am Urteil des EuGH C-55/18 vom 14. Mai 2019 beobachten ließ, geht es dabei um Machtkämpfe zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden, die im Wissenschaftssystem auf das Verhältnis der Mitglieder unterschiedlicher Statusgruppen ausstrahlen.³ Sowohl gesamtgesellschaftlich als auch wissenschaftsintern rief die arbeitnehmerfreundliche Entscheidung des EuGH kontroverse Reaktionen hervor, an die hier kurz erinnert sei. Der Deutsche Gewerkschaftsbund begrüßte sie als ein passables Mittel gegen „Flatrate-Arbeit“⁴, das zudem gegen Burn-Out schützen könne.⁵ Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände hingegen sprach von der anachronistischen Einführung einer „Arbeitszeiterfassung 1.0“ in Zeiten einer „Arbeitswelt 4.0“.⁶ Im Wissenschaftssystem zeigten sich ähnliche Einschätzungen. *Andreas Keller*, stellvertretender Vorsitzender der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, betonte die Relevanz geleisteter Arbeit als Grundlage der Bezahlung und kritisierte unbezahlte Mehrarbeit.⁷ *Peter-André Alt* hingegen, Präsident der Hochschulrektorenkonferenz, bezeichnete die „grotesk[e] Regelung“ als einen historischen „Rückfall“.⁸ Die mangelnde Flexibilität dieser Regelung mache sie unbrauchbar, die Wissenschaft sei eben kein „Nine-to-Five-Job“.⁹ In ihrer dichotomen Rhetorik und Stereotypie erinnern diese Kontroversen an arbeitsrechtliche

1 Regelmäßig wird in der Presse über das Ausmaß bezahlter und unbezahlter Überstunden berichtet; so seien 2018 rund 1 Mrd. unbezahlter Überstunden geleistet worden; vgl. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung: Arbeitszeitwünsche von Beschäftigten in Deutschland, 2018, DOI: 10.21934/baua:bericht20181005, 5 und 9f.

2 Ebd., 8.

3 Wie im Weiteren skizziert, geht der EuGH davon aus, dass der Arbeitnehmer die schwächere Partei ist, und fordert eine Stärkung seiner Position (vgl. Rn 44 und 55). Zu den asymmetrischen Kräfteverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vgl. *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, in: Kohte, Faber, Feldhoff (Hg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft*. Handkommentar, 2018, 27, 43.

4 Vgl. DGB, EuGH schiebt Flatrate-Arbeit einen Riegel vor (14.5.2019), PM 034, <https://www.dgb.de/presse/++co++5bb4337a-7622-11e9-9e41-52540088cada>.

5 Vgl. *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!, in: *freitag.de* (21/2019), <https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/mahlzeit-big-brother>.

6 BDA, Anlässlich der heutigen EuGH-Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung erklärt die BDA (14.5.2019), https://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/de_eugh-entscheidung-zur-arbeitszeiterfassung.

7 Vgl. *Wiarda*, Zeiterfassung: HRK-Präsident Alt fordert eine „Lex Wissenschaft“ (17.5.2019), <https://www.jmwiarda.de/2019/05/17/zeiterfassung-hrk-praesident-alt-fordert-eine-lex-wissenschaft/>.

8 Ebd.

9 Ebd.

Auseinandersetzung früherer Tage.¹⁰ Ungeachtet der mechanischen Reaktion der Beteiligten, die weitreichende Veränderungen nicht unbedingt erwarten lassen, könnte das Urteil des EuGH im Wissenschaftssystem sich zu einem arbeitsrechtlichen Klassiker entwickeln, werden Überstunden hier doch meist nicht weiter thematisiert, ebenso wie prekäre Arbeitsverhältnisse weit verbreitet sind.¹¹ Das Wissenschaftssystem bietet sich also beispielhaft an, um einige der möglichen Auswirkungen des EuGH-Urteils auf einem arbeitsrechtlich kontrovers aufgeladenem Terrain durchzuspielen. Ob und wie es zu Bewegung im Umgang mit Arbeitszeit, Überstunden und Abhängigkeitsverhältnissen in der Wissenschaft kommen könnte, hängt nicht zuletzt von einer Dynamisierbarkeit sowohl der Machtposition einzelner Personengruppen als auch habitualisierter Karrieremuster in der Gesamtbreite des wissenschaftlichen Systems ab. Im Folgenden seien einige arbeitsrechtliche Bruchlinien näher betrachtet, an deren Verlaufänderungen sich ein dem Urteil des EuGH entsprechender, grundlegender Wandel im deutschen Wissenschaftssystem ablesen ließe.

Der EuGH verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten bekanntlich, Regelungen¹² zu treffen, die Arbeitgeber zur systematischen Aufzeichnung und Überprüfung der gesamten Arbeitszeit veranlassen.¹³ Insbesondere geht es um die Einrichtung eines zweckdienlichen „objektive[n], verlässliche[n] und zugängliche[n] System[s]“¹⁴ (Rn. 60). In seiner Entscheidung gegen die Deutsche Bank bezog sich der EuGH maßgeblich auf Art. 31 Abs. 2 GRCh und die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 04.11.2003, in der es u.a. heißt, der „Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer“ dürfe „keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen“ (zitiert nach Rn. 7) untergeordnet werden. Die Verbesserung der Lebensqualität der Arbeitnehmer ist erklärtes Ziel des EuGH.¹⁵ Intensive Arbeitsbelastung ist gesundheitsschädlich,¹⁶ lässt sich durch eine Flexibilisierung¹⁷ der Arbeitszeit aber reduzieren,¹⁸ insbesondere wenn ein hoher Grad an Selbstbestimmung damit einhergeht.¹⁹ Andererseits kann Vertrauensarbeitszeit auch Selbstaubeutung bedeuten so wie „[p]ermanenter Standby-Modus und Entgrenzung“²⁰ gesundheitsschädlich sein können. Entsprechend spricht *Stephan A. Jansen* von einer ambivalenten „Belustbarkeit“²¹. Wohlbefinden und Leistungsfähigkeit sind daher nicht allein Fragen der Quantität, sondern vor allem auch der Qualität,²² die sich jedoch nicht allgemeingültig bestimmen lässt. Es kommt auf den Einzelfall bzw. den spezifischen Kontext an.

Es ist hervorzuheben, dass der EuGH seine Entscheidung unter Verweis auf ein arbeitsrechtliches Urteil²³ gegen die Max-Planck-Gesellschaft gefällt und als Ausgangspunkt einer generalisierenden Erörterung darüber genommen hat, wie die Europäische Grundrechtecharta gestärkt werden könnte.²⁴ Diese Grundrechtsebene interessiert im Weiteren. Sollte der Gesetzgeber bei seiner Umsetzung des EuGH-Urteils keine arbeitsrechtlichen Ausnahmen für die Wissenschaft vorsehen, in Form einer „Lex Wissenschaft“ etwa, wie von *Peter-André Alt* angemahnt,²⁵ dürfte das Kritik von Seiten der Wissenschaft auslösen. Die Aufzeichnung der Arbeitszeit ist für Forschende meist nur schwer mit ihren Vorstellungen

10 „Prominente Beispiele sind die Aushandlung des Achtstundentages, Arbeitszeitverlängerungen in Kriegs- und Arbeitszeitverkürzungen in Krisenzeiten sowie die Einführung der 40-Stunden-Woche [...]“. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 8.

11 Vgl. *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!.

12 Inwiefern diese Regelung durch Gesetz geschehen kann, muss bzw. sollte, vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, in: *ZfA* 4 (2019), 456, 481-485.

13 Vgl. *Heuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts und des Systems der Arbeitszeiterfassung durch den EuGH, in: *NJW* 2019, 1853, 1. Den Hintergrund des Urteils bildet die Klage einer spanischen Gewerkschaft gegen ein Zeiterfassungssystem der Deutschen Bank, welches zwar Fehlzeiten, aber keine Überstunden erfassen konnte. Dadurch war es nicht möglich zu überprüfen, inwiefern die vereinbarte Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer eingehalten wurde.

14 Zu den Auslegungsmöglichkeiten dieser Begriffe vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 464-468.

15 Vgl. *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 32.

16 Vgl. *Hurley, Wolf*, Revision to the European working time directive: recent Eurofound research. Background paper. 2008, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/

[field_ef_document/ef08101en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef08101en.pdf), 8.

17 Zu den Varianten der Arbeitszeitflexibilisierung vgl. *Reim*, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), in: *Kohte, Faber, Feldhoff* (Hg), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft. Handkommentar*, 2018, 872, 876.

18 Vgl. *Brauner, Wöhrmann, Michel*, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 59.

19 Vgl. o. A., Stärkere Zufriedenheit dank flexibler Arbeitszeiten? (8.5.2018), <https://www.wissenschaftsjahr.de/2018/neues-ausden-arbeitswelten/alle-aktuellen-meldungen/mai-2018/flexible-arbeitszeiten-koennen-die-arbeitszufriedenheit-steigern/>.

20 DGB, EuGH schiebt Flatrate-Arbeit einen Riegel vor (14.5.2019).

21 *Jansen*, Burn-out an Hochschulen - ein Interview, in: *Forschung & Lehre* 11 (2011), zitiert nach: *Burnout - Anzeichen erkennen und Strategien zur Vermeidung*, in: *academics.de*, <https://www.academics.de/ratgeber/zeichen-burnout-erkennen-vermeiden>.

22 Vgl. *Arnold, Steffes, Wolter*, Mobiles und entgrenztes Arbeiten (12.10.2015), *Forschungsbericht* 460, hg. vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), 2.

23 Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 6.11.2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874; vgl. Rn. 30, 44 und 45.

24 Vgl. *Heuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts.

25 *Alts* Anliegen deckt sich mit den Forderungen des Deutschen Hochschulverbandes; vgl. *Wiarda*, Zeiterfassung.

wissenschaftlicher Autonomie, geistiger Kreativität und arbeitsrechtlicher Unabhängigkeit in Einklang zu bringen.²⁶ Denkt man jedoch an die mit einer Überlastung einhergehende Fehleranfälligkeit, beispielsweise an einem Universitätsklinikum²⁷, dann ist eine Kontrolle der Arbeitszeiten wohl nicht nur im Sinne etwaiger Patienten, sondern könnte, verstanden als Teil eines Qualitätsmanagements etwa, auch Forschende und die Leitungsebene interessieren. Was aber heißt Arbeit in der Wissenschaft? Wie könnte Zeiterfassung hier praktisch aussehen? In welchem Verhältnis stehen Arbeit und Autonomie der Forschung?

II. Vermessen? Messen.

Wie das vom EuGH geforderte System auszusehen hat, ist den EU-Mitgliedstaaten unter Beachtung branchen- und unternehmensspezifischer Umstände zur Klärung aufgegeben (Rn 63). Dies gilt auch für die Wissenschaften mit ihren besonderen Arbeitsbedingungen, auf die später näher eingegangen wird. Als konkrete Umsetzungsmöglichkeiten kommen technische Lösungen in Form einer App oder einer Anmeldung im Client in Frage, die die Erfassung – und auch Kontrolle²⁸ – der tatsächlichen Arbeitszeiten übernehmen könnten.²⁹ Eine App auf dem eigenen Smartphone könnte „ein hohes Maß an Eigenverantwortung sowie Kontrolle über die

Tätigkeit“³⁰ vermitteln. Der organisatorische Mehraufwand³¹ ließe sich mit effizienter Technik womöglich in Grenzen halten, so dass „die praktischen Schwierigkeiten überschaubar sein“³² dürften. Da das EuGH-Urteil eine Selbstdokumentation gestattet,³³ wäre auch Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich.³⁴ Mit so einem technischen System ließe sich dem Wunsch nach Flexibilität in der Wissenschaft zumindest partiell entgegenkommen.³⁵ Zugleich hätte man aber eine Reihe rechtlicher, technischer, sicherheitsrelevanter und praktischer Fragen zu beantworten. Ginge man beispielsweise von einer App-Lösung aus, so wäre zu klären, inwiefern private Handys für dienstliche Zwecke verwendet werden dürfen, inwiefern die Einwahl in ein geschütztes System mit privaten Geräten vertretbar und wie mit Fällen umzugehen wäre, in denen Beschäftigte kein Smartphone besitzen. Würde man Diensttelefone zur Verfügung stellen oder elektronische Schlüssel aufrüsten? Wie groß wäre die Gefahr, dass Informationen gesammelt und Profile erstellt werden, die über die zur Erfassung der Arbeitszeit notwendige Datenverarbeitung hinausgehen bzw. aufgrund etwaiger proprietärer Schranken bei nicht-freier Software nicht vollständig nachvollziehbar wären?³⁶ Die durch das EuGH-Urteil geforderte Einrichtung eines „objektive[n], verlässliche[n] und zugängliche[n] System[s]“ (Rn. 60) scheint den datenschutzrechtlichen Aspekt zu betonen.³⁷ Das App-Bei-

26 Vgl. *Roetteken*, Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit (12.6.2019), in: *jurisPR-ArbR* 23 (2019), https://www.fachportal-steuerrecht.de/jportal/portal/page/fpsteuerrecht.psm1?nid=jpr-NLAR000014919&cmsuri=%2Ffachportal_steuerrecht%2Fde%2F17%2Fnachrichten_1%2Fzeige_nachricht.jsf (30.11.2019).

27 Vgl. *Heuser*, Entleertes Füllhorn - Wie stark sind Wissenschaftler vom Burnout betroffen?, in: *Forschung & Lehre* 2 (2014), zitiert nach: *Burnout - Anzeichen erkennen und Strategien zur Vermeidung*, in: *academics.de*, <https://www.academics.de/ratgeber/anzeichen-burnout-erkennen-vermeiden>.

28 „Eine App könnte zum Beispiel ein Signal geben, das anzeigt, dass die Höchstarbeitszeit erreicht ist, und die Beschäftigten ermutigen, Feierabend zu machen.“ *Montanari*, Mahlzeit, Big Brother!.

29 Vgl. *Dymczak, Schwalbe*, Einsichtige Arbeitszeit. Transparenz in der elektronischen Personalzeiterfassung, in: *Transparenz. Schlüsselbegriff einer politischen Anthropologie der Gegenwart*. Berliner Blätter SH 76 (2018), 76-91, 76. Vergleichbare Zeiterfassungssysteme sind beispielsweise an den Hochschulen bzw. Universitäten Magdeburg, Mainz, Trier, Vechta und Wien verbreitet; vgl. <https://www.hs-magdeburg.de/hochschule/einrichtungen/personalangelegenheiten/single-news/single/informationen-zur-neuen-zeiterfassung.html>; https://www.blogs.uni-mainz.de/verwaltung-personal/files/2018/10/Dienstvereinbarung_Arbeitszeiterfassung.pdf; https://www.uni-trier.de/fileadmin/organisation/personalrat/personalrat/Dienstvereinbarungen/DV_Arbeitszeitregelung_18.8.2017.pdf; <https://www.uni-vechta.de/dezernat-1-personal/personalverwaltung/zeiterfassung/>; <https://brwup.univie.ac.at/personal-recht/arbeitszeitrecht/>.

30 *Heuser*, Entleertes Füllhorn. Zugleich sind die Schattenseiten dieser positiven Perspektiven zu bedenken, auf die im späteren Verlauf eingegangen wird. Sie zielen in Richtung einer Kritik primär leistungsorientierter Selbstregulierung, zu deren Verwirklichung auch technische Mittel herangezogen werden können; vgl. *Dymczak, Schwalbe*, Einsichtige Arbeitszeit, 77 und 86.

31 Vgl. *Dörfler*, Das bedeutet das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung, in: <https://www.marktundmittelstand.de/technologie/arbeitszeiterfassung-im-mittelstand/eugh-urteil-zur-arbeitszeiterfassung-1287741/>.

32 *Neuschmid*, Neujustierung des Arbeitszeitrechts, 1853.

33 Vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 475.

34 Vgl. *Hoff*, Das Ende der Vertrauensarbeitszeit, wie viele sie kennen (14.5.2019), <https://arbeitszeitsysteme.com/wp-content/uploads/2012/05/Das-Ende-der-Vertrauensarbeitszeit-wie-viele-sie-kennen-2019.pdf>, 2; *Kohte*, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), in: *Kohte, Faber, Feldhoff* (Hg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*. Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Arbeitssicherheit, Arbeitswissenschaft. Handkommentar, 2018, 1103, 1107.

35 Vgl. *Wiarda*, Zeiterfassung.

36 Vgl. Anlage zu § 9 des BDSG alt: „Werden personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet oder genutzt, ist die innerbehördliche oder innerbetriebliche Organisation so zu gestalten, dass sie den besonderen Anforderungen des Datenschutzes gerecht wird.“

37 Zu weiteren Auslegungsmöglichkeiten dieser Begriffe vgl. *Thüsing, Flink, Jänisch*, Arbeitszeiterfassung als europarechtliche Pflicht, 464-468.

spiel impliziert eine Bedrohung von „Persönlichkeits- und Souveränitätsrechte[n] der Beschäftigten“³⁸, der jedoch mit einer effektiven Zutritts- und Zugangskontrolle womöglich begegnet werden könnte.³⁹ Angesichts steigender Drittmittelabhängigkeit und fortschreitender Projektförmigkeit der Forschung könnte eine Erfassung der Arbeitszeiten administrative Entlastung bedeuten.⁴⁰ Projektabrechnungen ließen sich leichter bewerkstelligen und vergleichbare Vorhaben in Zukunft besser planen und kalkulieren.⁴¹ Konflikte aufgrund der „Inanspruchnahme von Personal- und Sachmitteln und sonstigen Einrichtungen der Hochschule“⁴² ließen sich vermutlich leichter lösen.⁴³ Ähnliches träfe auf Patentstreitigkeiten und Versicherungsfälle zu. Auch in der Lehre könnte die Erfassung der Arbeitszeit bei der Ermittlung der Kapazitäten helfen.⁴⁴ Erfassungssysteme schaffen nämlich Transparenz, so *Manfred Löwisch*, ehemaliger Rektor der *Uni Freiburg* und Professor an der Forschungsstelle für Hochschul-arbeitsrecht, „die von den Mitbestimmungsgremien genutzt werden kann, Missstände anzuzeigen, und es verschafft auch dem Arbeitszeitgesetz eine neue Wirkung.“⁴⁵ Insgesamt wären als positiver Effekt also erhöhte Planungssicherheit, reibungsloser Projektablauf und, mit Blick auf die genannten Beispiele, auch eine solidere Finanzplanung denkbar. Auch das Wohlbefinden der Beschäftigten könnte sich erhöhen.⁴⁶

III. But some are more Jedermann than others

Mögen die Argumente für die Einrichtung eines Arbeitszeiterfassungssystems in der Wissenschaft auch vielfach überzeugen, so unwahrscheinlich ist dessen vollständige Realisierung. Dagegen sprechen etablierte Machtstrukturen im deutschen Wissenschaftssystem, für die beispielhaft die systemische Dominanz der Professor*innen und ihre arbeitsrechtliche Ausnahmestellung steht. Im Kern geht es hierbei um die sozial zementierte Exklusivität eines Jedermann-Grundrechtes. Nur Hochschullehrer*innen gelten als arbeitsrechtlich satisfaktionsfähige Personifikation der Wissenschaftsfreiheit, obwohl sie nur rund 20 % der Gesamtzahl der Forschenden bilden.⁴⁷ Zeitlich und räumlich weitestgehend ungebunden, sind sie von den „Vorschriften des Beamtenrechtsrahmengesetzes über die Arbeitszeit“ (§ 50 HRG) ausgenommen.⁴⁸ Wenn von „flexible[n] Regelungen“⁴⁹ gesprochen wird, um die „Freiheit, Kreativität und Eigeninitiative“⁵⁰ der Wissenschaft zu sichern, so DHV-Pressesprecher *Matthias Jaroch*, dann haben (nur) Professor*innen die institutionellen und, prinzipiell zumindest, auch die finanziellen Mittel dazu. Diesen 20 Prozent stehen 80 Prozent wissenschaftliche Mitarbeiter*innen gegenüber, die ihrerseits zu 80 Prozent befristet beschäftigt sind.⁵¹ Hochschullehrer*innen

38 *Schröder*, Ringen um humane Arbeitszeiten – Erfahrungen und Perspektiven, in: *Schröder/Urban* (Hg.), *Gute Arbeit. Streit um Zeit – Arbeitszeit und Gesundheit*, 2017, 35, 48.

39 Vgl. zu den Kontrollinstanzen und -prozessen o. A., *Die Arbeitszeiterfassung der Mitarbeiter* (o. D.), <https://www.arbeitsrechte.de/arbeitszeiterfassung/>.

40 Vgl. *Dymczak*, *Schwalbe*, *Einsichtige Arbeitszeit*, 78.

41 Vgl. *Dörfler*, *Das bedeutet das EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung*; *Wiarda*, *Zeiterfassung*.

42 *Pautsch*, *Dillenburger*, *Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht*, 2016, 168.

43 Dies gilt etwa bei einer Nebentätigkeit der Forschenden; vgl. ebd. 169.

44 Vgl. ebd., 124.

45 *Rosenberger*, *EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung: Arbeitnehmer werden profitieren*, sagt der Ex-Rektor der Uni Freiburg (14.5.2019), in: <https://www.suedkurier.de/ueberregional/wirtschaft/EuGH-Urteil-zur-Arbeitszeiterfassung-Arbeitnehmer-werden-profitieren-sagt-der-Ex-Rektor-der-Uni-Freiburg;art416,10148097>.

46 Vgl. *Montanari*, *Endlich Feierabend!* (16.5.2019), in: [freitag.de](https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/endlich-feierabend), <https://www.freitag.de/autoren/johanna-montanari/endlich-feierabend>.

47 Vgl. *Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs 2017* (BUWIN 2017), hg. v. *Konsortium Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs*, 2017, 100.

48 Vgl. *Detmer*, *Arbeitszeit für Professoren?*, in: [hochschulverband.de](https://www.hochschulverband.de/faq_rechtliches.html#_), https://www.hochschulverband.de/faq_rechtliches.html#_. Ähnliche Ausnahmen finden sich auch in Belgien und Frankreich; vgl. *Recent ECJ Judgement on daily working time's measurement – an overview on the current situation in Europe* (13.6.2019), <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2019/june/13/recent-ecj-judgement-on-daily-working-times-measurement>.

49 *Wiarda*, *Zeiterfassung*.

50 Ebd.

51 Die Zahlen schwanken zwischen etwa 75 und 90 Prozent, und sie sind nicht unumstritten. *Dieter Kaufmann*, beizspielsweise, *Bundesprecher der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten Deutschlands*, zweifelt an ihrer Richtigkeit bzw. Aktualität. In der Hochschulverwaltung liegt die Zahl bei etwa 23 Prozent. In der freien Wirtschaft hingegen liegt die Zahl bei etwa sieben bis acht Prozent. Neben den drittmittelfinanzierten Beschäftigten ist auch „der Befristungsanteil der grundfinanzierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Zeitverlauf gestiegen [...]“ (BUWIN 2017, 102). Vgl. *Leendertz*, *Schlimm*, *Troelenberg*, *Seeliger*, *Goldmann*, *Etzemüller*, *Höpner*, *Flexible Dienstleister der Wissenschaft* (27.3.2018), in: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/akademischer-mittelbau-flexible-dienstleister-der-wissenschaft-15502492.html>. *Wiarda*, „Bewusste Provokation!“ – „Nein, eine einseitige Debatte!“ (15.11.2019), in: <https://www.jmwiarda.de/2019/11/15/bewusste-provokation-nein-eine-einseitige-debatte/>.

vergleichbar halten sie knapp 40 Prozent der Lehrveranstaltungen⁵² und haben somit einen wesentlichen Anteil an der Verknüpfung von Wissenschaft und Gesellschaft.⁵³ Ihre Karriere- und Entwicklungsmöglichkeiten sind jedoch eingeschränkt.⁵⁴ Die pyramidale Struktur des deutschen Wissenschaftssystems bietet „kaum attraktive Entwicklungsmöglichkeiten für eine Karriere neben einer Professur.“⁵⁵ Soziodemographische und finanzpolitische Verschiebungen erhöhen die Wettbewerbsfähigkeit in einem System,⁵⁶ das aufgrund jener Befristungsstruktur seine wissenschaftliche Leistungsfähigkeit gefährdet.⁵⁷ Angesichts dieser – allseits bekannten, möchte man meinen – systemischen Missstände erscheint es geradezu konsequent, dass auch Überstunden im Wissenschaftsbetrieb besonders hoch und zumeist unbezahlt sind.⁵⁸ Nachwuchswissenschaftler kommen auf etwa dreimal mehr Überstunden als der Bevölkerungsdurchschnitt und sind darin leitenden Angestellten vergleichbar.⁵⁹ Sowohl aus Gründen der Effizienz als auch des Arbeits- und Gesundheitsschutzes erscheint es geboten,⁶⁰ zumeist befristete und prekäre Beschäftigungsverhältnisse nicht auch noch mit Überstunden zu belasten. „Arbeit darf Menschen nicht in ihrer Gesundheit beeinträchtigen oder gar schädigen. Ebenso wie die Demokratie darf die Gesundheit nicht an den Werkstufen aufhören.“⁶¹ Dies gilt auch für Hörsäle, Labore und Kliniken.

Im Wissenschaftssystem kommt zum Gesundheitsrisiko allerdings noch eine Grundrechtsgefährdung hinzu. Es sei daran erinnert, dass aus grundrechtlicher Perspektive bei der Suche nach wissenschaftlicher Erkenntnis der einzelne Mensch im Vordergrund steht.⁶² Die Freiheit von „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre“ (Art. 5 Abs. 3 GG) ist ein Jedermann-Grundrecht.⁶³ Das skizzierte Missverhältnis zwischen entfristeten und befristeten Stellen, zwischen Hochschullehrer*innen und Nachwuchswissenschaftler*innen scheint zu einer Kollision von Grundrechten auszuarten, bei der die professorale Wissenschaft der Einen gegen die prekäre Wissenschaft der Anderen ausgespielt zu werden droht. Die Feststellung, dass „aus der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit eine bestimmte Rechts- oder Organisationsform der Hochschule [nicht] abzuleiten“⁶⁴ sei, dürfte für beide hier angeführten Parteien gelten. Hätten somit beide Seiten ein Anrecht auf raumzeitliche Ungebundenheit bzw. karrierefördernde Entfristung? Mag der hier skizzierte Gegensatz zwischen arrivierten Wissenschaftler*innen und Inhaber*innen befristeter Stellen auch schematisch sein, verweist er doch auf charakteristische Merkmale gerade des deutschen, im internationalen Vergleich eher dichotomen und verkrusteten Wissenschaftssystems und seiner akademischen Beschäftigungspfade, die es bei der Umsetzung des EuGH-Urteils zu beachten gilt. Der Staat ist verpflichtet, eine

52 Vgl. BUWIN 2017, 224. Ohne verlässliches Zahlenmaterial lässt sich der Beitrag der befristeten Beschäftigten zur Forschung nicht genau bemessen. Er dürfte aber ebenfalls signifikant sein; vgl. *Bahrdt*, Professorale Oligarchen, prekärer Mittelbau (2.5.2019), <https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/professorale-oligarchen-prekaerer-mittelbau>.

53 Vgl. *Gärditz*, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit. Zur politischen Struktur von Forschung und Lehre, in: *WissR* 51:1 (2018), 5, 8.

54 Dies gilt sowohl innerhalb als auch – aufgrund einer häufig nicht als marktgerecht erachteten Qualifikation der Postdocs – außerhalb der Wissenschaft, zumindest auf einem der Ausbildung angemessenen Niveau; vgl. BUWIN 2017, 101 und 188f.

55 Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems (Drs. 3228-13), hg. v. Wissenschaftsrat, Juli 2013, 45; vgl. ebd. 11.

56 Der Anteil der Leitungsstellen im Verhältnis Professur-wissenschaftliche Mitarbeiter*in ist im Zeitraum Anfang 2000er bis Mitte 2010er Jahre um etwa 20 Prozent gesunken. Zudem gab es einen Anstieg befristeter beschäftigter Wissenschaftler*innen um knapp 60 Prozent; vgl. BUWIN 2017, 100, 102 und 121f.

57 Vgl. BUWIN 2017, 130.

58 Vgl. *Ambraß*, Bezahlt oder unbezahlt? Überstunden im akademischen Mittelbau, in: *Forschung & Lehre* 2 (2019), 152-154, https://www.forschung-und-lehre.de/fileadmin/user_upload/Rubriken/Karriere/2019/2-19/FuL_2-19_Ambraß.pdf, 152.

59 Vgl. Deutscher Hochschulverband, Im Schnitt 11,9 Überstunden

pro Woche im Mittelbau (Bonn, 29.1.19), <https://www.pressebox.de/inaktiv/deutscher-hochschulverband/Im-Schnitt-11-9-Ueberstunden-pro-Woche-im-Mittelbau/boxid/940107>.

60 Vgl. *Belau*, Forschungsmanagement. Ein praktischer Leitfaden, Oldenburg 2017, 115; *Krempkow, Sembritzki, Schürmann, Winde*, Personalentwicklung für den wissenschaftlichen Nachwuchs, 2016, https://www.stifterverband.org/medien/personalentwicklung_2016.

61 *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 29. Jedoch: „Zur Prävalenz von Burnout oder Depression bei Wissenschaftlern gibt es kaum publizierte Untersuchungen [...]“ *Heuser*, Entleertes Füllhorn.

62 „Und selbstverständlich umfasst die ‚Mutter aller Grundrechte‘, die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, auch kulturelle Betätigungen. [...] Bei der Wissenschaft steht die Suche nach Erkenntnis und Wahrheit und nach dem, was zu wissen der Einzelne für wichtig hält, im Vordergrund.“ *Gramm, Pieper*, Grundgesetz. Bürgerkommentar, 2015, 186; vgl. *Pautsch, Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 5.

63 „Um sich auf das Grundrecht der Religionsfreiheit, der Kunstfreiheit oder der Wissenschaftsfreiheit zu berufen, muss man keineswegs ein professioneller Künstler, Wissenschaftler oder Religionsdiener sein.“ *Gramm, Pieper*, Grundgesetz, 188.

64 *Pautsch, Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 10.

Lösung im Namen sowohl grundrechtlicher Wissenschaftsfreiheit als auch des Arbeitszeitgesetzes als eines „öffentlich-rechtliche[n] Schutzgesetz[es]“⁶⁵ zu finden.⁶⁶ Auf eine diversitätssensible und Machtverhältnisse ausgleichende Auslegung des EuGH-Urteils entsprechend der Personalstruktur ist daher zu achten.

IV. Unproduktive Subjekte. Leben für die Wissenschaftsautonomie

Wissenschaftler*innen sind zeitlich und räumlich in der Regel weniger gebunden als Beschäftigte anderer Branchen.⁶⁷ Doch auch jenseits des Wissenschaftsbetriebes lassen sich genügend Beispiele für entgrenzte Arbeitsmodalitäten finden,⁶⁸ die nicht nur Leitungsangestellten⁶⁹ vorbehalten sind.⁷⁰ Mag das sprichwörtliche Brennen⁷¹ ein zentrales Charakteristikum genuinen Forschungsdranges sein, mögen idealistische Leitbilder – Humboldtianischer Provenienz etwa, gern zitiert – auch dominieren, hohe Motivation, projektive Kompetenz und eine Credo der Selbstoptimierung wird man sogenannten High Potentials in der Wirtschaft aber nur bedingt absprechen können. Die Bereitschaft, Überstunden „oft zuvorkommend und freiwillig“⁷² zu erbringen, lässt sich also vielerorts antreffen, nicht nur, wenn es um Aufstiegsmobilität geht, sondern gerade auch dann, wenn das ökonomische Überleben nackt daran hängt. Intrinsische Motivation hat daher ein Klischeepotential, wenn nicht gar ausgewachsene Qualitäten eines Herrschaftsinstruments.⁷³ Dies gilt insbesondere für das Schlagwort Kreativität⁷⁴, das häufig bemüht wird, um zur selbsternannten Verteidigung wissenschaftlicher

„Freigeistigkeit“ auszurücken. Das Argument, Kreativität lasse sich zeitlich nicht reglementieren, klingt zunächst plausibel. Kreativität sinkt aber durch lange Arbeitszeiten und verkürzte Erholungsphasen. Geistige Arbeit braucht einen Rahmen, um der Fehleranfälligkeit von Forschenden entgegenzuwirken.⁷⁵ Zuverlässigkeit in der Planung und materielle Sicherheit stellen sogar eine wesentliche Grundvoraussetzung für „geistig[e] [B] eweglich[keit]“⁷⁶ dar. Last but not least, auch in der Wissenschaft gilt vielfach „98% Transpiration, 2% Inspiration“. Wenn in Debatten über Arbeit und Arbeitszeit in der Wissenschaft von Kreativität explizit gesprochen wird, dann geht es wohl eher um die Verteidigung von Selbstbildern denn um gesicherte Schaffenskraft für alle, eher um die Verteilung ausgewählter Ressourcen und Optionsscheine denn um Zugangsmöglichkeiten für Jedermann, geschweige denn für Jede(r)frau.

Wissenschaft funktioniert als Distinktionsdispositiv. Durch die Arbeit in der Wissenschaft, insbesondere in der Forschung, setzt man sich ab von Beschäftigten in vermeintlich weniger geistigen Berufen. Auf mittelbarem Wege dienen grundrechtliche Freiheiten, derer man sich affirmativ versichert und zum Aushängeschild individuellen, Partikularinteressen dienendem Befindens erhebt – „Ich arbeite nicht als Akademiker, ich bin Akademiker.“⁷⁷ –, dazu, Personengruppen auszugrenzen, bisweilen unter Zuschreibung einer „Sklavengesinnung“⁷⁸ und damit unter Umständen (nur) an der Grenze zum Rassismus, womöglich jedoch (weit) darüber hinaus. Zum Glück lässt sich die Habitualisierung der Wissenschaftsfreiheit nicht pauschal auf einen so drastischen Nenner bringen. Man sollte aber nicht aus dem Blick

65 Reim, Arbeitszeitgesetz (ArbZG), 888.

66 Beim Arbeitsschutz handelt es sich um ein „Grundrecht [...], [...] das auch jedem Einzelnen eine Rechtsposition vermittelt, auf die er sich unmittelbar berufen kann.“ Lörcher, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 45.

67 Ambrast, Bezahlt oder unbezahlt?, 153.

68 Vgl. Montanari, Endlich Feierabend!.

69 Vgl. Arnold, Steffes, Wolter, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, 6.

70 „War das Arbeiten zu ‚unüblichen Arbeitszeiten‘ zunächst auf einige wenige Berufsgruppen beschränkt, insbesondere medizinisches Personal bzw. Arbeiter der Industrie; sind zusehends auch Beschäftigte anderer Sektoren, insbesondere der Dienstleistung, betroffen (Kümmerling, 2007). [...] Zudem zeigt sich auch eine zunehmende Flexibilisierung der Arbeitszeit, die seit einigen Jahrzehnten an Bedeutung gewinnt und sich in den meisten Tarifverhandlungen wiederfindet (Bisping, 2014).“ Brauner, Wöhrmann, Michel, BAuA-Arbeitszeitbefragung, 9.

71 „Brennen für ihre Arbeit, das tun fast alle Wissenschaftler - auch wenn die Gefahr des Ausbrennens sehr hoch ist.“ Grün, Mit Anfang 40 werden viele Forscher nicht mehr gebraucht (23.6.2019), <https://www.sueddeutsche.de/karriere/wissenschaft-karriere-befristet-1.4484574-0>.

72 Ambrast, Bezahlt oder unbezahlt?, 153.

73 „Bei Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern wird unausge-

sprochen vorausgesetzt, dass sie intrinsisch motiviert sind und Überstunden zu ihrem wissenschaftlichen Selbstverständnis gehören.“ Schmermund, Knapp zwölf Überstunden pro Woche sind üblich (28.1.2019), in: <https://www.forschung-und-lehre.de/knapp-zwoelf-ueberstunden-pro-woche-sind-ueblich-1455/>.

74 „Wissenschaft ist ein Kreativberuf: Man braucht ständig neue Ideen, um die aktuelle Forschungsfrage zu bearbeiten und um eigene Projekte anzustoßen und mithin die Welt um einige Erkenntnisse zu bereichern. Man kann nicht kreativ sein von Mo-Fr von 10 bis 18 Uhr.“ Hoffmann, Beruf Wissenschaft und der EuGH (10.6.2019), <https://scilogs.spektrum.de/uhura-uraniae/unsinn-der-eugh-arbeitszeiterfassung/>.

75 Vgl. Wiarda, Zeiterfassung.

76 Thiel, Lob der Zeiterfassung (29.5.2019), in: <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/stechuhr-urteil-zur-zeiterfassung-ist-gut-fuer-die-wissenschaft-16209686.html>; vgl. Kommentar von Thomas P. (11.6.2019, 08:10 Uhr), in: Hoffmann, Beruf Wissenschaft und der EuGH.

77 Wicht, Arbeitszeit als Privileg, in: Spektrum.de SciLogs (17.05.2019), <https://scilogs.spektrum.de/anatomisches-allerlei/arbeitszeit-als-privileg/>.

78 Kommentar von bote19 (17.5.2019, 18:14 Uhr) in: Wicht, Arbeitszeit als Privileg.

verlieren, dass man es mit strategisch einsetzbaren „Privilegien“⁷⁹ zu tun hat, die einer Pflege des sozialen Friedens entgegenstehen können. Interdependent mit weiteren Diskriminierungsmechanismen können sie zusätzliche destruktive Kräfte entfalten. Diese Distinktionsdynamik verläuft nicht nur nach außen, sondern strukturiert auch wissenschaftssystemische Binnenverhältnisse. So werden Befristungen häufig damit befürwortet, die Wissenschaft müsse sich immer wieder erneuern, „um wissenschaftlich kreativ und produktiv zu bleiben.“⁸⁰ Unproduktivität als Malus der Zu-kurz-Gekommenen, so klingt der substantiierende Grundtenor dieser Behauptung. Die Produktivität der Einen müsse vor der Unproduktivität der Anderen geschützt werden. Mag im obigen Zitat eine mit dem Schlagwort Kreativität potentiell einhergehende Ausgrenzung nicht intendiert sein, so konturiert sie dennoch dessen Verwendung und strahlt darauf aus, was in der Wissenschaft unter Arbeit verstanden wird, nämlich eine als individuell zuschreibbar bzw. absprechbar verstandene Kreativitätsleistung. Während explizit von einer Produktivität des Gesamtsystems die Rede ist, die mit grundrechtlicher Autonomie aufgeladen wird, geht es implizit auch um den Schutz von Privilegien. Man versucht, die Gefahr der Unproduktivität im befristet Beschäftigten zu verankern, den man als ein generationenverträgliches Verschleißteil begreift – „Qualifizierungschancen der nächsten Generationen.“⁸¹ – und autonomiemoralisch integer zu eskamotieren habe. Dabei blendet man die Kontingenz dieser partikularinteressengeleiteten Setzung und ihren strukturellen Charakter ebenso aus wie den Missbrauch grundrechtlicher Werte. Um so wichtiger ist es daher, die durch das EuGH-Urteil eingeforderte Stärkung der Arbeitnehmerrechte zu realisieren. Denn angemessene Arbeitsbedingungen tragen zur „Verwirklichung [der Menschenwürde] im Arbeitsverhältnis“ bei.⁸²

Arbeit in der Wissenschaft und wissenschaftliche Autonomie sind vergleichbare historische Konstrukte, die in ihren Freiheiten und Grenzen gesellschaftlich bestimmt werden.⁸³ Angesichts der aktuellen und allem Anschein nach auch zukünftigen Dominanz leistungsorientierter Mittelvergabe und Hierarchiebildung im Wissenschaftssystem, die Sichtbarkeit und Legitimität nur ausgewählten Repräsentationsformen wissenschaftlichen Arbeitens verleiht, erscheint es fraglich, inwieweit ein Zeiterfassungssystem, sollte es je kommen, zur Verbesserung der Lebensbedingungen der (Nachwuchs-)Wissenschaftler effektiv beitragen könnte. Aus Wettbewerbsgründen würde man wahrscheinlich

„den Sonntag zum regulären Arbeitstag und die Abende und Nächte zur regulären Arbeitszeit des wissenschaftlichen Nachwuch[sic] machen. Man wäre ja schön blöd, wenn man diese Ressource ungenutzt ließe, um sich von anderen abzuheben oder zumindest im Wettbewerb zu bleiben.“⁸⁴

Zur Selbstausbeutung könnte eine Verzerrung aufgezeichneter Arbeitszeiten hinzukommen, mit der Wissenschaftler*innen sich als besonders produktiv darstellen wollten.⁸⁵ Daher ist „[d]ie Erfassung der Arbeitszeit [...] sicherlich kein Allheilmittel.“⁸⁶ Größere Linderung brächte eine generelle Überarbeitung der Arbeitsbedingungen jenseits strikter Reputationslogiken. Mit einer Hinterfragung der Arbeitskultur könnten auch andere Praktiken im Wissenschaftssystem neu bedacht werden,⁸⁷ die das Verhältnis von Arbeit und Menschenbild betreffen.

„Vielleicht wird das EUGH-Urteil so zur Chance, generell die Kultur, in der wir Wissenschaft betreiben, zu hinterfragen. Und nicht nur die Kultur in der Wissenschaft: Ein offener Diskurs über die Bedeutung und Art von Arbeit, über Le-

79 Vgl. *Wicht*, Arbeitszeit als Privileg.

80 *Burchard*, Angst vor der akademischen Abbruchkante (10.7.2019), in: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/prekaere-arbeitsverhaeltnisse-an-der-uni-angst-vor-der-akademischen-abbruchkante/24574060.html>.

81 Bayreuther Erklärung zu befristeten Beschäftigungsverhältnissen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal in Universitäten, https://www.uni-kanzler.de/fileadmin/user_upload/05_Publikationen/2017_-_2010/20190919_Bayreuther_Erklaerung_der_Universitaetskanzler_final.pdf.

82 *Lörcher*, Das soziale Grundrecht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, 53; vgl. ebd., 40.

83 Vgl. *Gärditz*, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, 30.

84 Kommentar von Bernstorff (Mittwoch, 22.5.2019 09:30) in: *Wiarda*, Zeiterfassung.

85 Vgl. *Leiß*, Unionsrecht gebietet Pflicht zur systematischen Arbeitszeiterfassung (5.6.2019), in: *jurisPR-ArbR* 22 (2019), https://www.fachportal-steuerrecht.de/jportal/portal/page/fp-steuerrecht.psml?nid=jpr-NLAR00014219&cmsuri=%2Ffachportal_steuerrecht%2Fde%2Ffr17%2Fnachrichten_1%2Fzeige_nachricht.jsf (30.11.2019).

86 *Schareika*, „Arbeitszeit-Erfassung schützt vor Selbstausbeutung“ (14.5.2019), in: <https://www.wiwo.de/erfolg/trends/eugh-urteil-arbeitszeit-erfassung-schuetzt-vor-selbstausbeutung/24340670.html>.

87 Vgl. *Kolatzki*, Was Zeiterfassung mit Gleichstellung zu tun hat (28.5.2019), in: <https://www.jmwiarda.de/2019/05/28/was-zeiterfassung-mit-gleichstellung-zu-tun-hat/>.

*bensqualität und Lebenswürfe ist längst überfällig. Ein Zeiterfassungsgesetz könnte ein guter Ausgangspunkt für solche Diskussionen sein. Ansätze für die Gleichstellung von Frauen in der Wissenschaft bekämen wir höchstwahrscheinlich gratis dazu.*⁸⁸

Das EuGH-Urteil hat mit seinem fundamentalen Bezug auf die Europäische Grundrechtecharta dazu implizit aufgerufen. In Anlehnung an die epistemische Offenheit⁸⁹ der Wissenschaftsfreiheit ließe sich daher fragen, „ob die Arbeit der Wissenschaften als Praxis unter anderen Praktiken in jedem Fall“ dazu beitragen muss, „dass wir eine Sache besser verstehen und ein besseres Leben führen können [...]“.⁹⁰ Denkbar wäre eine Arbeit der Wissenschaft, die nicht (primär) von der Negation des Eigenen im quantifizierenden Druck der Konkurrenz ausgeht und nicht (primär) von einer Verwertbarkeit ihrer Prozesse und Praktiken, sondern sich (mehr) Zeit ließe für unbekanntes Unbekanntes. Diese Entschleunigung wäre eine passable Möglichkeit, dem Grundrechtsansinnen des EuGH-Urteils zu entsprechen, und sie könnte nicht nur ungewohnte wissenschaftliche Pers-

pektiven eröffnen, sondern würde vermutlich auch neue Steuerungsfragen aufwerfen und Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Welche neuen Einsichten die Corona-bedinge Entschleunigung und Verkomplizierung des akademischen Lebens anno 2020 mit sich gebracht hat, wäre dabei gesondert zu bedenken.

Thomas Skowronek war von 2004 bis 2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Slawistik der Humboldt-Universität zu Berlin und von 2013 bis 2016 Forschungskordinator am Exzellenzcluster Topoi in Berlin. Seit 2019 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Leibniz-Institut für Geschichte und Kultur des östlichen Europa (GWZO) in Leipzig und studiert Wissenschaftsmanagement an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

88 Ebd.

89 Vgl. Gärditz, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, 7 und 9f.

90 Hoffmann, Die Arbeit der Wissenschaften, 2013, 158.

Renate Penßel

Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans - Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2. und 6.3.2020

Übersicht

I. Vorgeschichte und Kontext der Entscheidungen

II. Inhalt und Bedeutung der beiden Nichtannahmebeschlüsse

1. Zum Beschluss vom 5. Februar 2020, die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffend

2. Zum Beschluss vom 6. März 2020, die Medizinische Hochschule Hannover betreffend

III. Zusammenfassende Bewertung der Nichtannahmebeschlüsse in ihrem Kontext

I. Vorgeschichte und Kontext der Entscheidungen

Seit den späten 1990er Jahren zielten Reformen des Hochschulorganisationsrechts darauf, die Autonomie der Hochschulen dem Staat gegenüber zu erweitern und gleichzeitig innerhalb der Hochschulen Kompetenzen bei einer gestärkten Hochschulleitung zu konzentrieren.¹ Dies warf und wirft immer wieder neu die Frage auf, wie weit der Hochschulgesetzgeber dabei – sowohl auf der zentralen als auch auf der dezentralen Ebene (der Fakultäten bzw. Fachbereiche) – gehen und die Entscheidungsspielräume und Einflussmöglichkeiten des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zugunsten einer monokratischen oder ebenfalls kollegialen, aber deutlich kleineren Hochschul- oder Fakultätsleitung beschneiden darf.²

Mit zwei Nichtannahmebeschlüssen vom 5. Februar³ und vom 6. März 2020⁴ setzt das Bundesverfassungsgericht eine Reihe von Entscheidungen zu dieser Frage fort. Wesentliche Meilensteine waren die Beschlüsse über die Stärkung des Präsidenten und der Dekane im Brandenburgischen Hochschulgesetz von 2004 (BVerfGE 111, 333), über die Befugnisse des Dekanats nach dem Hamburgischen Hochschulgesetz von 2010 (BVerfGE 127, 87), über die Rechtsstellung des Fachbereichs- bzw. Fakultätsrats und des Senats an der Medizinischen Hochschule Hannover (MHH) von 2014 (BVerfGE 136, 338) und über die Einsetzung einer vorübergehenden, nicht durch ein kollegiales Selbstverwaltungsorgan kontrollierten Leitung an der durch Fusion neugegründeten Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg von 2015 (BVerfGE 139, 148).⁵

In den drei zuletzt genannten Entscheidungen sah das Bundesverfassungsgericht die Wissenschaftsfreiheit durch zu weitgehende Befugnisse des Leitungsorgans verletzt. Die grundlegenden Weichenstellungen des Hochschulurteils⁶ ausbauend hielt es fest, dass die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) Hochschulen, ihre Untergliederungen und die einzelnen Träger der Wissenschaftsfreiheit vor hochschulorganisatorischen Entscheidungen schützt, die die Erfüllung ihrer Aufgabe, freie Wissenschaft ermöglichen oder zu betreiben, ge-

1 Für einen Überblick über diese Entwicklung und ihre Hintergründe s. nur Löwer, Hochschulmedizinrecht nach der MHH-Entscheidung, *WissR* 48 (2015), 193 (2016ff.); Sandberger, Die Neuordnung der Leitungsorganisation der Hochschulen durch die Hochschulrechtsnovellen der Länder, *WissR* 44 (2011), 118; ders., Neuere Entwicklungen im Hochschulverfassungs- und Hochschulrecht, 2009; Gärditz, Hochschulrecht und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 33ff.

2 Näher zu dieser Problematik s. (u.a.) auch Mager, Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation, *OdW* 2019, 7; Groß, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, *DÖV* 2016, 449; Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 75ff., 442ff.; Burgi/Gräf, Das (Verwaltungs-)organisationsrecht der Hochschulen im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, *DVBl.* 2010, 1125; Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, *Die Verwaltung* 35 (2002), 399 (416-420).

3 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 5.2.2020, Az. 1 BvR 1586/14 – juris; auch abrufbar über die Homepage des Gerichts (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rk20200205_1bvr158614.html) und als BeckRS 2020, 4223.

4 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 6.3.2020, Az. 1 BvR 2862/16 – juris; auch abrufbar über die Homepage des Gerichts (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/03/rk20200306_1bvr286216.html) und als BeckRS 2020, 7865.

5 Näher zu diesen Entscheidungen und der sich in ihnen vollziehenden Rechtsprechungsentwicklung s. z.B. anschaulich Mager (Fn. 2), 9-11; Löwer (Fn. 1), 204-219; Enmuschat, Das Hochschulorganisationsrecht nach der MHH-Entscheidung des BVerfG vom 24.6.2014, *RdJB* 2017, 34.

6 BVerfGE 35, 79.

fährden können.⁷ Die Wissenschaftsfreiheit ist verletzt, wenn eine Gesamtbetrachtung des hochschulorganisatorischen Gefüges ergibt, dass die freie Forschung und Lehre „strukturell gefährdet“ sind.⁸ Eine solche strukturelle Gefährdung kann entstehen, wenn die zentrale Ebene gegenüber der wissenschaftsnäheren dezentralen Ebene zu sehr gestärkt wird. Oder sie kann entstehen, wenn die Befugnisse monokratischer oder auch kollegialer Leitungsorgane (Präsidium, Rektorat, Dekanat usw.) zulasten des größeren, repräsentativeren kollegialen Selbstverwaltungsorgans (Senat, Fachbereichs- bzw. Fakultätsrats) zu sehr ausgeweitet werden. Denn ein breit besetztes, kollegiales Selbstverwaltungsorgan kann sowohl durch die in ihm versammelte wissenschaftliche Kompetenz als auch durch die Pluralität seiner Zusammensetzung die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung der Träger der Wissenschaftsfreiheit grds. besser sichern und vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen schützen, als kleine Leitungsorgane, die sich umgekehrt durch die Fähigkeit zu effizienter Entscheidungsfindung und eine größere Distanz zu einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auszeichnen.⁹ In seiner Entscheidung zum Hamburgischen Hochschulgesetz führte das Bundesverfassungsgericht näher aus, wann eine solche „strukturelle Gefährdung“ der freien Wissenschaft vorliegt und konstatierte, dass das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge insbesondere dann verfassungswidrig ist, „wenn dem Leitungsorgan substantielle personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse im wissenschaftsrelevanten Bereich zugewiesen werden, dem mit Hochschullehrern besetzten Gremium im Verhältnis hierzu jedoch kaum Kompetenzen und auch keine maßgeblichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben“. Zwar könne der Gesetzgeber dem Leitungsorgan umfangreiche Kompetenzen in Bereichen mit Wissenschaftsbezug einräumen. „Je stärker (er) jedoch (...) das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direk-

ten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten, damit Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden.“¹⁰ Noch ein wenig konkreter formulierte das Gericht in seiner Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover, dass „je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker (muss) im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“¹¹ Gleichzeitig stellte es klar, dass „wissenschaftsrelevante Entscheidungen“ nicht nur solche sind, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen,¹² sondern dass dazu auch die Planung der weiteren Entwicklung einer Einrichtung, die Entscheidung über die von ihr intern zu beachtenden Ordnungen sowie alle „den Wissenschaftsbetrieb prägenden“ Entscheidungen über die innere Organisation und – „angesichts der Angewiesenheit von Forschung und Lehre auf Ausstattung mit Ressourcen“¹³ – über den Haushalt gehören.¹⁴ Es erstreckt den Einflussbereich der Wissenschaftsfreiheit also explizit auch auf solche Entscheidungen, die nur mittelbare Wirkungen auf Forschung und wissenschaftliche Lehre entfalten, ohne dabei eine genaue Grenzziehung, etwa im Sinne der traditionellen Unterscheidung zwischen Staatsangelegenheiten, Selbstverwaltungsangelegenheiten und Kooperationsangelegenheiten¹⁵ vorzunehmen.

Auch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit hatte sich inzwischen mit dieser Thematik zu befassen: Mit Urteil vom 14. November 2016¹⁶ erklärte der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg die Bestimmungen des Landeshochschulgesetzes (LHG BW) über die Wahl und Abberufung der hauptamtlichen Rektorsratsmitglieder für mit der Landesverfassung unverein-

7 BVerfGE 111, 333 (354f.).

8 BVerfGE 111, 333 (355f.).

9 So zumindest sinngemäß BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 59). Die in BVerfGE 111, 333 (356) formulierte Aussage, dass „kein Vorrang von Kollegialorganen gegenüber monokratischen Leitungsorganen“ besteht, wird damit – zu Recht – ein Stück weit relativiert bzw. präzisiert: BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 60) spricht nun nur noch davon, dass „kein grundsätzlicher Vorrang (plural zusammengesetzter) Organe gegenüber den Leitungsorganen“ anzunehmen sei. Ausführlicher zur Rolle der kollegialen Repräsentationsorgane als „legimatorische(n) Basisorgane(n) der Hochschule“ Gärditz (Fn. 1), S. 535ff.

10 BVerfGE 127, 87 (117f.).

11 BVerfGE 136, 338 (365, Rn. 60).

12 In einem solchen engeren Sinne konnte BVerfGE 35, 79 (123) durchaus noch verstanden werden, selbst wenn auch dort bereits z.B. die „haushaltsmäßige Betreuung“ von Forschungsvorhaben und Lehrveranstaltungen als „Forschung und Lehre unmittelbar berührend“ und damit „wissenschaftsrelevant“ eingeordnet werden.

13 BVerfGE 136, 338 (371, Rn. 71).

14 BVerfGE 136, 338 (364, Rn. 58).

15 Zu dieser s. nur Mager (Fn. 2), 8f.

16 Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, 14.11.2016, Az. 1 VB 16/15 – juris; auch veröffentlicht in LVerfGE 27, 31; VBlBW 2017, 61; WissR 2016, 302.

bar¹⁷. Dabei stellte er die Frage ins Zentrum, ob nicht nur das kollegiale Selbstverwaltungsorgan als solches, sondern auch die in ihm vertretenen Hochschullehrenden – als die nach Maßgabe des Hochschulurteils zentralen Träger der Wissenschaftsfreiheit¹⁸ – hierbei besondere Rechte haben müssten. Während das Bundesverfassungsgericht diese Frage lediglich streifte, ohne sie als entscheidungserheblich einer klaren Lösung zuzuführen,¹⁹ leitete der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof konkrete Mitwirkungsbefugnisse gerade der Gruppe der Hochschullehrenden innerhalb des Selbstverwaltungsorgans aus den Prämissen des Hochschulurteils²⁰ ab: Er hielt fest, dass „(h)insichtlich der Wahl der Mitglieder eines Leitungsorgans (...) ein hinreichendes Mitwirkungs-niveau gewährleistet (ist), wenn ein Selbstverwaltungs-gremium mit der Stimmenmehrheit der gewählten Vertreter der Hochschullehrer die Wahl eines Mitglieds, das das Vertrauen dieser Gruppe nicht genießt, verhindern kann“ und dass „(d)ie in ein Selbstverwaltungsorgan gewählten Vertreter der Hochschullehrer (...) sich von dem Mitglied eines Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können (müssen), ohne im Selbstverwaltungs-gremium auf eine Einigung mit den Vertretern anderer Gruppen und ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organs oder des Staates angewiesen zu sein“.²¹ Dabei arbeitete er heraus, dass diese besonderen Rechte grds. nur „gewählten Vertretern der Hochschullehrer“, also nicht Hochschullehrern zustehen, die dem Selbstverwaltungsorgan kraft Amtes angehören,²² und stützte auf diese Berechnungsregel seine Verwerfung der Regelung über die Wahl der Rektorsratsmitglieder als verfassungswidrig. Ohne dies ganz eindeutig und unabweislich zu formulieren, klingt in dem Urteil zumindest an, dass diese Anforderungen nicht unterschritten werden dürfen, wenn dem Leitungsorgan ein starkes kompetenzrechtliches Übergewicht zukommt.

II. Inhalt und Bedeutung der beiden Nichtannahmebeschlüsse

An diese Rechtssprechungslinie knüpfen die beiden im Frühjahr erlassenen Nichtannahmebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar und 6. März 2020 an:

Der Nichtannahmebeschluss aus dem Februar setzt sich mit den Regelungen des baden-württembergischen Hochschulgesetzes über die Wahl und Abwahl von Rektorsratsmitgliedern auseinander, die teilweise infolge der Entscheidung des Landesverfassungsgerichtshofs neu gefasst worden waren. Darüber hinaus griffen die ihm zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden Spezialbestimmungen an, die sich mit der Verwaltung der dezentral in Studienakademien gegliederten „Dualen Hochschule Baden-Württemberg“ befassen und dem Präsidium der zentralen Ebene weitgehenden Zugriff auf die Verwaltung der Studienakademien sichern. Der Beschluss hat damit jedenfalls z.T. die Sondersituation dieser speziellen, aus Berufsakademien hervorgegangenen und der „dualen Ausbildung“ dienenden Hochschulform zum Gegenstand.

Gegenstand des Nichtannahmebeschlusses aus dem März sind die Änderungen der Bestimmungen des Niedersächsischen Hochschulgesetzes über die Medizinische Hochschule Hannover (MHH), die der Umsetzung der MHH-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2014 dienen.

In beiden Verfahren war damit u.a. zu beantworten, ob die durch die vorausgehende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bzw. des baden-württembergischen Landesverfassungsgerichtshofs angestoßenen Gesetzeskorrekturen ausreichen, um die aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abzuleitenden Mitwirkungsrechte des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zu wahren.

17 Vgl. dazu die Entscheidungsbesprechungen von *Fehling*, OdW 2017, 63, *Goerlich/Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität? – Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667; *Ennuschat* (Fn. 5), 43f.; *Hufen*, JuS 2017, 279; *Jacobsen*, VBlBW 2017, 69.

18 BVerfGE 35, 79 (126f.).

19 Vgl. z.B. BVerfGE 136, 338 (381, Rn. 95), wo es lediglich heißt, dass es „auf erhebliche Bedenken“ stoße, wenn die Mehrheit für die Abberufung von Mitgliedern des Leitungsorgans „von den Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen allein nicht erreicht werden kann.“ Auch in BVerfGE 127, 87 (130f.) wird zwar problematisiert, dass der Vorschlag des Fakultätsrats zur Abwahl des Dekans an eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit gebunden ist, die von der Gruppe der Hochschullehrer allein nicht erreicht werden kann. Die Unzuläng-

lichkeit dieser Regelung wird aber letztlich nicht (bereits) darauf gestützt, sondern damit begründet, dass der Fakultätsrat nur das Recht hatte, die Abwahl vorzuschlagen, während die Abwahl selbst dem Präsidium mit Zustimmung des Hochschulrats übertragen war. In BVerfGE 111, 333 (364) wird es dagegen als verfassungskonform gewertet, wenn das kollegiale Selbstverwaltungsorgan die Hochschulleitung mit $\frac{2}{3}$ Mehrheit abwählen kann, ohne zu problematisieren, ob diese Mehrheit von den darin vertretenen Hochschullehrenden erreicht werden kann (was nicht der Fall ist). S. dazu auch *Krausnick* (Fn. 2), S. 76.

20 BVerfGE 35, 79.

21 Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, 14.11.2016, Az. 1 VB 16/15 – juris, Rn. 131.

22 Zur kritischen Auseinandersetzung mit dieser Unterscheidung s.

1. Zum Beschluss vom 5. Februar 2020, die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffend

Bemerkenswert ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Erörterung der „grundsätzlichen Bedeutung“ der Verfassungsbeschwerde (§ 93a Abs. 2 a BVerfGG) (Rn. 8) festhält, dass offenbleiben könne, ob dem baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof darin zuzustimmen sei, dass zur Gruppe der „Hochschullehrenden“ in Selbstverwaltungsgremien nur die gewählten Repräsentanten dieser Gruppe zu zählen seien. Gleichzeitig bleibt es dabei nicht stehen, sondern ergänzt in einem knappen Halbsatz unter Bezugnahme auf die Formulierungen vorausgehender Entscheidungen, dass „für die Beurteilung der nötigen Mitwirkung (...) der Einfluss der wissenschaftlich Tätigen beziehungsweise der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler *insgesamt* (Hervorheb. d. Verf.) entscheidend“ sei.²³ Diese Aussage kann kaum anders interpretiert werden, als dass damit Sonderrechten gerade der „Hochschullehrenden“ im Sinne des Hochschulurteils eine Absage erteilt und weitere wissenschaftlich Tätige (wozu insbesondere die Wissenschaftlichen Mitarbeiter gehören²⁴) in den Kreis der besonders geschützten Personen einbezogen werden. Auch wenn das Gericht mit dieser Formulierung nicht explizit festlegt, sondern als Frage im Raum stehen lässt, ob „Mitglieder kraft Amtes“ als „wissenschaftlich Tätige“ bzw. „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler“ anzusehen sind, hat es damit die zweite, durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof aufgeworfene Rechtsfrage nach einer Sonderrolle der Gruppe der „Hochschullehrenden“ für die Wahl und Abwahl eines mit weitreichenden wissenschaftsrelevanten Befugnissen ausgestatteten Leitungsorgans an vergleichsweise versteckter Stelle mit knappst möglichen Worten negativ beantwortet. Eine Stufung zwischen der „Gruppe der Hochschullehrenden“ und anderen „wissenschaftlich Tätigen“ innerhalb des Selbstverwaltungsorgans erfolgt nicht. Stattdessen ist an anderer Stelle einheitlich von den Mitwirkungsrechten der „Gruppe der Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger“ bei der Kreation der Leitungsorgane die Rede (Rn. 19).²⁵

Im nachfolgenden, zentralen Entscheidungsteil führt das Gericht aus, dass die Annahme der Verfassungsbe-

schwerde nicht zur Durchsetzung der Wissenschaftsfreiheit angezeigt sei (§ 93a Abs. 2 b BVerfGG), weil sie – soweit zulässig – unbegründet ist.

Obwohl die Entscheidung hier die in der vorausgehenden Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anwendet und ihr Ergebnis insofern nicht überrascht, enthält sie trotzdem – auch für das Verständnis der Wissenschaftsfreiheit – bedeutsame, bisher noch nicht getroffene Aussagen. So wird z.B. festgehalten, dass die Beschwerdeführer, Professoren an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg, Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit seien, da sie der Gesetzgeber damit betraut habe „wissenschaftlich eigenständig zu forschen und zu lehren“ (Rn. 13). Die Frage, ob dies evtl. dadurch ausgeschlossen wird, dass Forschung an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg gem. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 LHG BW nur als „kooperative Forschung“ im Zusammenwirken mit einer Ausbildungsstätte vorgesehen ist, hat das Bundesverfassungsgericht damit implizit (ohne explizite Erörterung dieser im Zuge des Verfahrens von den Parteien problematisierten Bestimmung) verneint. Es hat damit die Anforderungen an die „Eigenverantwortlichkeit“ der den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eröffnenden Tätigkeit so zurückgenommen, dass auch Forschung in obligatorischer Kooperation mit Anderen davon erfasst wird.

Bei den folgenden Ausführungen dazu, ob die Wissenschaftsfreiheit der Beschwerdeführer durch die bestehenden Organisationsregeln verletzt, weil „strukturell gefährdet“ wird, fällt auf, dass das Gericht den Schutz der Wissenschaftsfreiheit bei seiner Bewertung des organisationsrechtlichen „Gesamtgefüges“ nicht danach abstuft, dass die Beschwerdeführer durch den Gesetzgeber einen weniger eigenverantwortlichen Auftrag zu wissenschaftlicher Forschung und Lehre eingeräumt bekommen haben, als dies etwa für Universitätsprofessoren der Fall ist und dass es sich bei der Dualen Hochschule um eine Hochschulform handelt, in der der Auftrag zur Forschung gegenüber dem zur praxisbezogenen Ausbildung im Vergleich der Hochschularten geringsten Stellenwert hat.²⁶ Das Gericht hat damit das Konzept eines im Rahmen der Güterabwägung (zwischen der Wissenschaftsfreiheit einerseits und dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit der Hochschule und den grundrechtlich geschützten Ausbildungsinteressen der Studierenden

nur *Goerlich/Sandberger* (Fn. 17), 670; 672; *Fehling* (Fn. 17), S. 68f. m.w.N.

23 Bei den Passagen in früheren Entscheidungen, auf die hierbei rekurriert wird, handelt es sich um solche, in denen zwar von den besonderen Rechten der „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ die Rede ist, die aber die hier aufgeworfene Frage nicht explizit behandeln und entscheiden.

24 Allg. M., s. nur BVerfGE 35, 79 (125).

25 Allerdings wird wiederum an anderer Stelle die Gruppe der „Grundrechtsberechtigten“ – entgegen dem Hochschulurteil – mit derjenigen der „Hochschullehrer“ gleichgesetzt, s. Rn. 27 a.E. bei Bezugnahme auf § 10 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LHG BW.

26 S. die Umschreibung der Aufgabenstellung der verschiedenen Hochschultypen in § 2 Abs. 1 S. 3 LHG BW.

andererseits) nach Hochschularten abgestuften Schutzes der Wissenschaftsfreiheit, das im Zuge des Verfahrens thematisiert worden war, zumindest nicht ausdrücklich aufgegriffen.

Vielmehr beschränkt sich der Nichtannahmebeschluss darauf, in Anwendung der in früheren Entscheidungen entwickelten Maßstäbe festzuhalten, dass angesichts der Erforderlichkeit der Zustimmung des Senats zum Struktur- und Entwicklungsplan der Hochschule (§ 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 LHG BW) und der Bindung weiterer, dem Leitungsorgan überlassener Entscheidungen an den Struktur- und Entwicklungsplan, angesichts des Umfangs der beim Senat verbleibenden Entscheidungsbefugnisse, seiner Rechte auf Information durch das Präsidium, und schließlich aufgrund der infolge der Entscheidung des Landesverfassungsgerichtshofs eingeführten Sperrminorität der Gruppe der Hochschullehrenden bei der Wahl der Präsidiumsmitglieder sowie des eigenständigen Abwahlrechts dieser „Gruppe“, das organisationsrechtliche „Gesamtgefüge“ zu keiner „strukturellen Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit führe.²⁷ Auch strenger interpretierbare Passagen des MHH-Beschlusses²⁸ präzisierend hält er außerdem fest, dass es im Rahmen einer „Gesamtwürdigung“ kompensierbar ist, wenn der Senat bezüglich des gemäß der bisherigen Rechtsprechung eminent „wissenschaftsrelevanten“ Haushaltsvoranschlags oder Wirtschaftsplans nur ein Recht zur „Stellungnahme“ hat (s. § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 4), (Rn. 24).

Eine Vertiefung der durch den Verfahrensstoff aufgeworfenen Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es eine Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit bedeuten kann, dass das zentrale Leitungsorgan der Dualen Hochschule die Leitung der Studienakademien (bei Vorliegen von Gründen) an sich ziehen kann (s. § 16 Abs. 3 S. 2 Nr. 15 i.V.m. Abs. 8 LHG BW), wird mit dem Hinweis vermieden, dass bei sachgerechter Auslegung der einschlägigen Bestimmungen eine „zentrale Leitung“ der Studienakademien nicht vorliege (Rn. 32).

Insgesamt betrachtet lässt sich konstatieren, dass es das Bundesverfassungsgericht in dieser sich an die des Verfassungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg anschließenden Entscheidung vermeidet, den durch diesen formulierten konkreteren, weniger Spielraum für eine individuelle Gesamtabwägung lassenden Leitlinien (insbesondere über eine Abwahlmöglichkeit gerade durch die „Hochschullehrenden“) ausdrücklich zuzustimmen, um die Bestimmung der Mindestbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans einer freieren Gesamtwürdigung offenzuhalten.

2. Zum Beschluss vom 6. März 2020, die Medizinische Hochschule Hannover betreffend

Diesen Eindruck unterstreicht auch der Beschluss, die Verfassungsbeschwerde gegen die neugefassten Regelungen über die Medizinische Hochschule Hannover nicht zur Entscheidung anzunehmen. Auch in ihm kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber von seinem ihm zustehenden Gestaltungsspielraum in verfassungskonformer Weise Gebrauch gemacht hat und die erneuerte Organisationsstruktur keine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit (mehr) begründet.

Sein Schwerpunkt liegt dabei gerade auf der Frage, ob angesichts zwar gestärkter, aber immer noch - verglichen mit denen des Vorstands geringer eigener Entscheidungs- und Mitwirkungsbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans²⁹ seine Einflussmöglichkeiten auf die Wahl und Abwahl der Mitglieder des Vorstands ausreichen, um das genannte Defizit zu kompensieren (s. Rn. 11³⁰).

Das Bundesverfassungsgericht wertet es dabei als ausreichend, dass der Senat mit $\frac{3}{4}$ seiner Mitglieder die Entlassung von Vorstandsmitgliedern vorschlagen kann (s. § 40 S. 1 NHG), (Rn. 26). Nicht problematisiert wird dabei, dass angesichts der Zusammensetzung des Senats³¹ die Gruppe der Hochschullehrenden für sich einen solchen Vorschlag nicht erzwingen kann, und nur

27 Für die dezentrale Ebene, auf der dem örtlichen Senat in gewisser Hinsicht eine stärkere Stellung zukommt als dem Senat auf zentraler Ebene, gelangt der Beschluss konsequenter- und gut nachvollziehbarer Weise zu einem entsprechenden Ergebnis.

28 S. BVerfGE 136, 338 (371f., Rn. 70-74). Zu diesen und ihrer Interpretation im Schrifttum s. nur *Ennuschat* (Fn. 5), S. 42; *Groß* (Fn. 2), S. 453 m.w.N.

29 Dazu gehören insbesondere das neu eingeführte, wenngleich unter dem Vorbehalt des „Einvernehmens des Vorstandes“ stehende Recht, die Entwicklungsplanung zu beschließen (§ 41 Abs. 2 NHG), und das neu eingeführte „Einvernehmenserfordernis“ bei Vorstandsentscheidungen mit „grundsätzlicher Bedeutung“ für Forschung und Lehre, s. § 63e Abs. 4 S. 2 Niedersächsisches Hochschulgesetz (NHG). Näher BVerfG, Nichtannah-

mebeschl. v. 6.3.2020, Rn. 20-24.

30 Dort wird der wesentliche Gehalt der Entscheidung wie folgt zusammengefasst: „Der Gesetzgeber hat dem Vorstand der Hochschule zwar weitreichende wissenschaftsrelevante Entscheidungsbefugnisse übertragen (aa), und der Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtags hatte deshalb insoweit zutreffend auf verfassungsrechtliche Bedenken hingewiesen (vgl. LTD Drucks 17/4810, S. 16 f.). Die Entscheidungsbefugnisse des akademischen Senats sind im Gesamtgefüge aber so ausgestaltet, dass jedenfalls ein maßgeblicher Einfluss auf Wahl und Abwahl des Vorstands als Leitung der Hochschule gesichert ist (bb).“

31 S. dazu § 16 Abs. 3 S. 1, § 41 Abs. 4 NHG; *Heun/Lange*, in: von Coelln/Pautsch (Hg.), *BeckOK Hochschulrecht Niedersachsen* (16. Ed., Stand: 1.12.2019), § 41 Rn. 16.

kurz erwähnt, dass angesichts des überwiegend – wenn auch nicht ausnahmslos – gegebenen Letztentscheidungsrechts des Senats (§ 40 S. 4 NHG) das Erfordernis der Bestätigung durch den Hochschulrat (§ 40 S. 2 NHG) sowie die Zuständigkeit des Ministeriums für die Durchführung der Entlassung (§ 48 Abs. 1 NHG) – wegen dessen verfassungsrechtlicher Bindung – unschädlich sind (Rn. 27, 28). War im MHH-Beschluss noch die Rede davon, dass „es auf erhebliche Bedenken (stößt), wenn (die qualifizierte Abwahlmehrheit) von den Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen allein nicht erreicht werden kann“³², fehlt in der erneuten Bewertung des insofern unverändert gebliebenen § 40 S. 1 NHG eine Auseinandersetzung damit, ob die erforderliche Mehrheit entweder durch die Gruppe der „Hochschullehrer“, oder stattdessen – da dies eindeutig nicht der Fall ist – durch die Gruppe aller „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ erreicht werden kann oder nicht. Hinsichtlich des Einflusses auf die Wahl lässt es das Bundesverfassungsgericht (in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung) genügen, dass sie auf Vorschlag des Senats erfolgt (§ 63c Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 S. 1 NHG), auch wenn die Entscheidung über die Bestellung dem Ministerium obliegt (§ 38 Abs. 2 S. 6 NHG), (Rn. 35).

Während das Mitwirkungsrecht der Gruppe der Hochschullehrenden bei der Wahl der Vorstandsmitglieder auch den durch das Landesverfassungsgericht Baden-Württemberg formulierten Anforderungen entspricht, weil diese durch ihre Mehrheit im Senat (§ 16 Abs. 3 S. 1 NHG) einen entsprechenden Wahlvorschlag verhindern können, bleibt ihr Einfluss auf die Abberufung von Mitgliedern hinter diesen Anforderungen zurück: Ohne Mitwirkung weiterer Gruppen und Stellen kann die Gruppe der „Hochschullehrer“ eine Abberufung nicht erzwingen.

III. Zusammenfassende Bewertung der Nichtannahmebeschlüsse in ihrem Kontext

Die aufgeführten, in den Beschlüssen „versteckten“, durchaus grundlegenden Entscheidungen – einschließlich der Ablehnung der durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof formulierten Anforderungen an das Abberufungsrecht der „Hochschullehrenden“ im kollegialen Selbstverwaltungsorgan – fordern eine Stellungnahme heraus.

Dabei ist dem die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffenden Nichtannahmebeschluss entschieden darin zuzustimmen, dass die gesetzgeberische Ent-

scheidung, die Duale Hochschule mit einem – wenn gleich eingeschränkten – Forschungs- und wissenschaftlichen Lehrauftrag als „Hochschule“ auszugestalten, den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) eröffnet. Insbesondere der dieser Hochschule übertragene Auftrag zu „kooperativer Forschung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 LHG BW) muss daher so ausgelegt werden, dass er die entsprechend beauftragten Hochschullehrenden zu einer dem verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff³³ tatsächlich unterfallenden Tätigkeit ermächtigt und verpflichtet.

Schwerer fällt die Bewertung der Leitlinien für einen hinreichenden Einfluss des kollegialen Selbstverwaltungsorgans, die in den beiden Beschlüssen in weitgehender Übernahme der bisherigen Rechtsprechung fortgeführt werden.

Zuzustimmen ist der – auch durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof aufgegriffenen – Grundannahme, dass der „hinreichende Einfluss“ des kollegialen Selbstverwaltungsorgans prinzipiell durch eine „Gesamtabwägung“ festzustellen, und Zurückhaltung dabei geboten ist, feste Vorgaben für eine Mindestmitwirkung in konkreten Einzelfragen zu formulieren. Eine solche moderate, für unterschiedliche Lösungen offene Auslegung der organisatorischen Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit achtet den Gestaltungsspielraum des mit stetig wechselnden tatsächlichen Herausforderungen konfrontierten, demokratisch legitimierten Gesetzgebers, der (ebenfalls) durch das Verfassungsrecht vorgegeben ist.

Zuzustimmen ist außerdem der beiden Nichtannahmebeschlüssen genauso wie den vorausgehenden Entscheidungen zugrundeliegenden Prämisse, dass alleine ein maßgeblicher Einfluss auf Wahl und Abwahl des Leitungsorgans (selbst wenn er so weit geht, wie der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof fordert) nicht genügt, um eine „strukturelle Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit auszuschließen, sondern dass weitere eigenständige Entscheidungs- und Mitentscheidungsbezugnisse, sowie hinreichende Informations- und Fragerechte des kollegialen Selbstverwaltungsorgans hinzukommen müssen. Der Bedeutung des kollegialen Repräsentativorgans für die organisatorische Absicherung der Wissenschaftsfreiheit (s. dazu oben S. 254) würde es nicht gerecht, es im Wesentlichen auf die Vermittlung personeller Legitimation zu beschränken.

Gleichzeitig zementieren die beiden Nichtannahmebeschlüsse jedoch die schon in den ihnen zugrunde liegenden Entscheidungen vorgezeichnete, beträchtliche

32 BVerfGE 136, 338 (381, Rn. 95).

33 Vgl. dazu nur BVerfGE 35, 79 (112ff.); Gärditz (Fn. 1), S. 300ff. m.w.N.

Unbestimmtheit: Wann in der zwingend durchzuführenden „Gesamtwürdigung“ die Schwelle der „strukturellen Gefährdung“ der Wissenschaftsfreiheit erreicht ist, weil kein „hinreichender Einfluss der Träger der Wissenschaftsfreiheit“ mehr gegeben ist, bleibt in vielen Punkten vage.³⁴ Die Feststellung, dass entgegen früherer, strenger anmutender Andeutungen eine Beschränkung des Selbstverwaltungsorgans auf eine bloße „Stellungnahme“ zu Haushaltsvoranschlag oder Wirtschaftsplan³⁵ einer Kompensation genauso zugänglich ist wie die Einschränkung des Abberufungsrechts durch das Erfordernis einer $\frac{3}{4}$ Mehrheit und die Mitwirkung von Hochschulrat und Ministerium³⁶ (trotz nach wie vor weitgehender „wissenschaftsrelevanter“ Entscheidungsbefugnisse des Leitungsorgans),³⁷ verstärkt den Eindruck von Beliebigkeit.

Auch wenn die Ergebnisse der beiden Entscheidungen, genau wie die der ihnen vorausgehenden, keineswegs unnachvollziehbar sind, sondern im Großen und Ganzen überzeugen, und außerdem für sich in Anspruch nehmen können, dem Hochschulgesetzgeber die notwendige „Flexibilität“ zu belassen, kann man ihnen anlasten, es versäumt zu haben, den v.a. dem baden-württembergischen Verfahren zugrundeliegenden Rechtsstoff und die vorausgehende Entscheidung des baden-württembergischen Landesverfassungsgerichtshofs zu nutzen, um für ein weniger an „Vagheit“ und ein größeres Maß an Rechtssicherheit für den Hochschulgesetzgeber zu sorgen:

Aus Sicht der Verfasserin überzeugt die durch den baden-württembergischen Verfassungsgerichtshof in seinen Leitsätzen 4 und 5 angelegte Schlussfolgerung aus dem Hochschulurteil, dass jedenfalls für den Fall, dass einem schmal besetzten Leitungsorgan signifikante wissenschaftsrelevante Befugnisse zur eigenständigen (d.h. nicht mitwirkungsgebundenen) Erledigung übertragen wurden, den in besonderem Maße zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit berufenen „Hochschullehrenden“ zumindest ein Vetorecht bei der Bestellung der Leitungspersonen und die Möglichkeit zu deren Abberufung verbleiben muss.³⁸ Denn auf diese Weise wird si-

chergestellt, dass das Handeln der betreffenden Leitungspersonen, das angesichts der vielfältigen Zwecke und Aufgaben von Hochschulleitung³⁹ gerade nicht prinzipiell und primär auf die Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit und Repräsentation der Träger der Wissenschaftsfreiheit ausgelegt sein kann und muss, zumindest das Vertrauen und die Billigung derjenigen genießt, die in der Hochschulorganisation als die maßgeblichen Sachwalter der Wissenschaftsfreiheit auftreten. Obwohl zu begrüßen ist, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Distanzbekundung zu dieser Leitlinie die Wissenschaftsfreiheit anderer Mitglieder des kollegialen Selbstverwaltungsorgans, insbesondere die der wissenschaftlichen Mitarbeiter, ernst nimmt, gelingt es ihm mit der im Nichtannahmebeschluss vom 5. Februar verwendeten und zudem – wie oben dargelegt⁴⁰ – keineswegs konsequent gehandhabten Umschreibung der maßgeblichen Entscheidungsträger als „wissenschaftliche Tätige“ nicht, die überzeugend begründete, auch in jüngerer Zeit wieder aufgegriffene und erläuterte⁴¹ Gruppendifferenzierung des Hochschulurteils durch eine ebenso überzeugende und klar handhabbare zu ersetzen.

Auch weitere, v.a. im die Duale Hochschule Baden-Württemberg betreffenden Verfahren angelegte Präzisierungsmöglichkeiten, z.B. die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen im Selbstverwaltungsorgan vertretene Träger von Leitungämtern der Gruppe der Hochschullehrenden zugerechnet werden können, der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Leitung der dezentralen Ebene auf die zentrale Ebene gehoben werden darf, oder der Frage, ob eine in geringerem Maße mit einem eigenständigen Forschungsauftrag ausgestattete Hochschulform einer zentralistischeren Leitung zugänglich ist als andere Hochschulformen (insbesondere Universitäten), hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Nichtannahmebeschlüssen ungenutzt gelassen.

Die Beschlüsse geben deshalb Anlass, auf die – der Rechtssicherheit dienende – Möglichkeit solcher Präzisionen hinzuweisen.⁴²

34 S. auch *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, *OdW* 2016, 1 (4): „Was ein hinreichendes Maß an Mitwirkung der wissenschaftlich Tätigen an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen von Leitungsorganen (usw.) (ist), ist einer weiteren Konkretisierung bedürftig. Nur dadurch lässt sich jene Rechtssicherheit stiften, an der sich der Hochschulgesetzgeber orientieren kann.“

35 S. Nichtannahmebeschl. v. 5.2.2020, Rn. 24.

36 S. Nichtannahmebeschl. v. 6.3.2020, Rn. 26-28.

37 Ebd. Rn. 11.

38 So auch *Krausnick* (Fn. 2), S. 445ff.; zustimmend wohl auch *Ennuschat* (Fn. 5), 44.

39 Zu deren Betrauung mit Staats- genauso wie Selbstverwaltungsaufgaben und ihren unterschiedlichen Funktionen s. nur BVerfGE 111, 333 (362); *Gärditz* (Fn. 1), S. 536ff.

40 S. Fn. 25.

41 Vgl. BVerfGE 139, 148 (188, Rn. 78).

42 So wurden z.B. in der Literatur bereits Versuche unternommen, das notwendige Ausmaß der sachlichen Mitentscheidungsbefugnisse des kollegialen Selbstverwaltungsorgans zu systematisieren (vgl. *Mager* Fn. 2, 11ff.). Auch solche, der Herstellung von Rechtssicherheit dienliche Überlegungen hat das Bundesverfassungsgericht in beiden Entscheidungen jedenfalls nicht ausdrücklich aufgegriffen bzw. angestellt.

Gleichzeitig liefern die hier zueinander in Beziehung gesetzten Entscheidungen ein Beispiel dafür, dass es der Landesverfassungsgerichtsbarkeit möglich ist, neben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eigene Akzente in der Abwägung verfassungsrechtlicher Rechtsgüter zu setzen, gerade wenn sie sich auf eine eigenständige Normgrundlage stützen kann, wie es in Baden-Württemberg mit Art. 20 der Landesverfassung, und genauso in vielen anderen Landesverfassungen in Gestalt von neben der „Wissenschaftsfreiheit“ stehenden Selbstverwaltungsgarantien für die Hochschulen der Fall ist. Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht seine im Beschluss vom 5. Februar angedeutete, großzügigere Linie beibehalten oder sogar präzisieren sollte, bleibt gem. Art. 142 GG Raum für eine strengere Auslegung der Wissenschaftsfreiheit und des Selbstverwaltungsrechts der

Hochschulen durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, solange diese nicht gegenläufigen Rechtspositionen der Bundesverfassung, als die das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Funktionsfähigkeit der Hochschulen⁴³ und die Ausbildungsfreiheit der Studierenden (aus Art. 12 GG)⁴⁴ herausgearbeitet hat, unvertretbar zuwiderläuft.

Renate Penßel ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Heinrich de Wall (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

43 Vgl. nur BVerfGE 126, 1 Rn. 55.

44 Ebd.; s. außerdem (sinngemäß) BVerfGE 35, 79 (125f.).

Tobias Mandler und Sabita Banerjee
*Berechnung der Promotionszeiten gem.
§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG – Zugleich An-
merkung zu BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7
AZR 70/14, vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 und
vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17*

Übersicht

A Verlängerungsmechanik des § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

I. Berechnung der Verlängerung

II. Kumulation mit anderen Befristungstatbeständen

III. Praktische Relevanz des Verlängerungstatbestandes

B Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

I. Beginn der Promotion – BAG Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14

II. Dauer der Promotion – BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17

III. Ende der Promotion – BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14

IV. Anmerkung

C Berechnung der Promotionszeit

I. Promotion

1. Inländische Promotion

2. Ausländische Promotion

3. Sonderfall: Ph.D. im Inland

II. Beginn der Promotion

1. Einschreibung als Promotionsstudent

2. Zulassung zur Promotion

3. Promotionsvereinbarung

4. Konkludente Promotionsvereinbarung

5. Erklärung des Doktoranden oder Hochschullehrers

6. Verwertung bereits vorhandener Forschung

7. Themenfindungsphase – Exposé

8. Promotionsstipendium

9. Forschung im Ausland zur inländischen Promotion

10. Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung

III. Dauer der Promotion

1. Landesrecht und Satzung der Universität

2. Nettopromotionszeit

3. Forschungsaufenthalt im Ausland

4. Promotionsabbruch – Themenwechsel

5. Zweite Promotion – Dr. und Ph.D.

6. Korrekturphase

7. Schleichender Promotionsabbruch

IV. Ende der Promotion

1. Landesrecht und Satzung der Universität

2. Vereinbarung über die Promotionsdauer

D Fragerecht des Arbeitgebers

I. Zulässige Fragen

II. Unzulässige Fragen

III. Beendigungsrechte bei Falschangabe

1. Unzulässige Rechtsausübung

2. Arglistige Täuschung

3. Kündigung, Inhaltsirrtum und Wegfall der Geschäftsgrundlage

E Praxishinweis

F Zusammenfassung

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 21. August 2019 zum nunmehr dritten Mal zur Berechnung der Promotionszeiten für die Post-Doc-Phase gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG Stellung genommen. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Entscheidungen vom 23. März 2016 und 18. Mai 2016 waren jedoch nicht mehr der Beginn oder das Ende entscheidend, sondern die Dauer der Promotionszeit. Die neuerliche Entscheidung schließt damit einerseits eine wichtige Lücke für die Berechnung der Promotionszeiten, erzeugt andererseits aber auch neue Risiken für Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen.

Ziel der nachstehenden Ausführungen ist es daher, die neue Rechtsprechung in die gesetzliche Verlängerungsmechanik (A.) und bereits vorhandene Entscheidungen einzuordnen (B.), deren Auswirkungen anhand praxisrelevanter Fallgruppen zu bestimmen (C.) und die Grenzen des promotionszeitbezogenen Fragerechts für Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen zu erläutern (D.). Die Ergebnisse werden anschließend in einem kurzen Praxishinweis zusammengefasst (E.).

A. Verlängerungsmechanik des

§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

Das WissZeitVG verfügt bekanntermaßen über verschiedene Mechanismen, die eine Verlängerung der jeweiligen Höchstbefristungsgrenzen ein- oder zweiseitig erlauben.¹ Bei dem Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG handelt es sich dabei um einen zweiseitigen Verlängerungstatbestand, der sowohl das Einverständnis der arbeitgebenden Hochschule² einerseits, als auch des angestellten Wissenschaftlers³ andererseits voraussetzt. Anders als bei der allein vom Einverständnis des Wissenschaftlers abhängigen – dann automatischen – Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG⁴, hat es daher letztlich der Arbeitgeber in der Hand, ob er durch den Abschluss eines ersten oder weiteren Arbeitsvertrages⁵ von der *ipso iure* eingetretenen Verlängerung der Höchstbefristungszeit Gebrauch macht oder nicht. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zur Ausnutzung der insoweit verlängerten Höchstbefristungsgrenzen besteht demgegenüber jedoch nicht.⁶

I. Berechnung der Verlängerung

Gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Höchstbefristungsgrenze für die Post-Doc-

Phase in dem Umfang, „in der Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach Satz 1 und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach Satz 2 zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben.“ In einem ersten Schritt ist daher die zwischen Beginn und Ende der Promotionszeit liegende tatsächliche Dauer zu bestimmen und die so ermittelte Zeit von der sechsjährigen, gesetzlichen Promotionszeit⁷ abzuziehen. Ist die Differenz danach positiv, verlängert sich der gesetzliche Befristungsrahmen für den jeweiligen Wissenschaftler – Tag genau und automatisch⁸ – für die Post-Doc-Phase und zwar unabhängig davon, ob bereits ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht. Die Verlängerung wirkt demgemäß gleichermaßen gegenüber jeder deutschen Hochschule, Universitätsklinik oder außeruniversitären Forschungseinrichtung und kann dort ganz oder in Teilen durch den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse aufgebraucht werden.⁹ Wie auch bei der Berechnung des beschäftigungsbedingten Aufbrauchs der Höchstbefristungszeiten,¹⁰ sind für die Berechnung des sechsjährigen Promotionszeitraums Schaltjahre zu berücksichtigen. Zwar muss die Promotion nicht am Stück oder im Rahmen einer Beschäftigung erfolgen, das gesetzliche Leitbild dürfte jedoch von einer zusammenhängenden Promotionszeit ausgehen, die dann auch Schaltjahre einschließt. Eine Schlechterstellung durch eine pauschale

- 1 Einseitige Verlängerungsoptionen: § 2 Abs. 5 WissZeitVG, zweiseitige/gesetzliche Verlängerungen: § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 (Promotionszeiten), Satz 4 (Kinderbetreuung), Satz 5 (Kinderbetreuung § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG), Satz 6 (Behinderung/schwerwiegende chronische Erkrankung); zum Begriff *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221; zur Verlängerung im Zusammenhang mit dem Angemessenheitskriterium *Mandler/Meißner*, Die Angemessenheit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 206; siehe zur Kinderbetreuung gem. Satz 3 nun BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 21/18 = NJW-Spezial 2020, 83.
- 2 Die Erläuterungen gelten entsprechend für die Universitätsklinik, sofern nicht ausdrücklich eine Unterscheidung vorgenommen wird.
- 3 Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Die Ausführungen beziehen sich entsprechend auch auf künstlerisches Personal.
- 4 Vgl. BAG NZA 2016, 522; *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223; vgl. auch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 217.
- 5 Zur Abgrenzung zwischen Neubefristung und Weiterbeschäftigung siehe BAG, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 7 AZR 117/14; *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 223.
- 6 KR-Treber, § 2 WissZeitVG Rn. 25; allenfalls denkbar sind auf eine Verletzung des AGG gestützte Schadensersatzansprüche, sofern sich statistisch signifikante Abweichungen bei den Ge-

- schlechtern oder sonstige Anhaltspunkte für eine Diskriminierung ergeben.
- 7 BT-Drs. 16/3438, S. 11: *Als Richtschnur für die Anfertigung der Doktorschrift und Abschluss des Promotionsverfahrens sind im Regelfall drei bis vier Jahre anzusetzen. Um hinreichenden Spielraum sowohl für die Hinführung zur Promotion als auch für den Abschluss des Verfahrens zu ermöglichen, ohne ein vorzeitiges Ausscheiden zu erzwingen, ist deshalb der Zeitraum von sechs Jahren angemessen. In die Befristungshöchstdauer sind auch die Beschäftigungszeiten als wissenschaftliche oder künstlerische Hilfskraft einzurechnen“.*
- 8 Vgl. insoweit zur Verlängerung in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 7 AZR 181/16 –, juris.
- 9 Weiterhin ungeklärt ist freilich, ob der Ausschluss von Arbeitsverhältnissen mit einem oder weniger als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit anzurechnen sind (vgl. BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 568/14). Der Ausschluss und die hieraus resultierende, unbegrenzte Befristung sind insbesondere mit Blick auf das Europarecht kaum begründbar oder zu rechtfertigen, vgl. *Stumpf*, Befristete Arbeitsverhältnisse im Wissenschaftsbetrieb, NZA 2015, 326 ff.
- 10 Vgl. hierzu *Mandler/Wegmann*, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff. zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18; Zurückverweisung BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 = ArbRAktuell 2020, 418.

Berücksichtigung des Jahres mit 365 Tagen gem. § 191 BGB wäre vor diesem Hintergrund nicht zu rechtfertigen.¹¹ Maßgeblich ist deshalb der dem Beginn der (ersten) Promotion folgende Sechsjahreszeitraum. Beträgt die Promotionszeit etwa 365 Tage, verlängert sich die Höchstbefristungsgrenze der Post-Doc-Phase um 5 Jahre, d.h. mindestens um 1827 Tage (365 x 5 Tage zzgl. zwei schaltjahresbedingter Tage). Überschreitet die Promotionszeit den Sechsjahreszeitraum hingegen, ergibt sich keine Verlängerung und die Befristung in der Post-Doc-Phase ist in den gesetzlichen Grenzen, ggf. unter Nutzung anderer Verlängerungstatbestände, möglich. Eine Verkürzung der Höchstbefristungsgrenzen, bspw. bei mehr als sechsjähriger Promotionszeit, tritt nicht ein. Es wird lediglich die zügige Promotion honoriert und nicht die besonders gründliche oder langsame bestraft. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn die sechsjährige Promotionszeit bspw. im Rahmen einer Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG oder sonstigen Befristung vor Abschluss der Promotion überschritten wurde.¹² § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG ist insoweit nach anerkannter Rechtsprechung des BAG keine „Gesamt“höchstbefristungsdauer zu entnehmen, da sich die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 3 WissZeitVG nur auf die jeweilige Qualifikationsphase und die für diese geltende Höchstbefristungsgrenze bezieht.¹³ Selbiges gilt demgemäß auch in den Fällen, in denen die Promotion während eines noch laufenden Vertrages abgeschlossen und der Vertrag bis zu seinem vereinbarten Ende weiter fortgeführt wird. In diesem Fall bedarf es zwar keines Neuabschlusses des Vertrages,¹⁴ bei einer Verlängerung des Vertrages ist aber darauf zu achten, dass die nach Abschluss der Promotion liegende Befristungszeit bereits einen Teil der Post-Doc-Befristung auf-

gebraucht hat und daher anzurechnen ist. Dies gilt ebenso bei Verbeamten auf Zeit, § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG.¹⁵

II. Kumulation mit anderen Befristungstatbeständen

Der Verlängerungstatbestand nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG kann auch mit anderen promotionsbezogenen Tatbeständen kumuliert werden und so zu einer weiteren Verlängerung der Höchstbefristungsdauer führen.

Dies gilt nicht nur gegenüber den Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG,¹⁶ sondern auch für die Verlängerungen gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1-3 WissZeitVG, nach denen eine betreuungsbedingte Reduktion der Arbeitszeit, ein forschungsbedingter Auslandsaufenthalt oder Elternzeiten, zu einer Verlängerung der Höchstbefristungsgrenzen und – bei bestehendem Arbeitsverhältnis – zu einer einseitigen Verlängerungsoption für den Arbeitnehmer führen können. Insoweit besteht gegenüber § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG kein Anlass zur Anrechnung. Die Verlängerung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG honoriert eine zügige Promotion und verfolgt damit andere Zwecke als die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 5 WissZeitVG. Dies zeigt sich schon daran, dass die Verlängerung gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG unabhängig davon eintritt, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht oder nicht und sich allein daran orientiert, ob die Promotionszeit den gesetzlich vorgesehenen Sechsjahreszeitraum überschreitet.

III. Praktische Relevanz des Verlängerungstatbestandes

Der Verlängerungstatbestand ist insbesondere für langjährig Beschäftigte und Promovierte relevant.

11 Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 5; vgl. zu § 191 BGB bei der Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG auch Mandler/Wegmann, OdW 2019, 125; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18.

12 BAG, Urteil vom 24. August 2011 – 7 AZR 228/10 mAnm. Preis/Ulber, AP Nr. 1 zu § 1 WissZeitVG; Kramer, ArbR 2012, 71; Hülbach, ArbRB 2012, 43; Karb, öAT 2012, 38; Richter, ZTR 2012, 110; vgl. auch zum HRG: BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR

753/08.

13 BAG, Urteil vom 24. August 2011 – 7 AZR 228/10 –, juris. 23.

14 Ein Vertrag kann gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG erst „nach abgeschlossener Promotion“ vereinbart werden, vgl. BAG Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 –, juris Rn. 31 f.

15 Vgl. auch zur Professurvertretung auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses ArbG Bonn, Urteil vom 12. September 2013 – 1 Ca 491/13 –, juris.

16 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 21/18 –, juris.

Dies sind neben – nicht verbeamteten – Privatdozenten, Habilitierenden oder sonstigen langjährigen Forschern an Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen, vor allem auch Ärzte und andere Wissenschaftler an den Universitätsklinikum.¹⁷

Typischerweise schließen Ärzte ihre Promotion während des Studiums oder der anschließenden Zeit als Assistenzarzt ab und werden dementsprechend als Post-Docs für ihre Facharztausbildung befristet beschäftigt.¹⁸ Je nach Art des Facharztes kann diese Ausbildung dabei zwischen sechs und sieben Jahren dauern, wobei sich diese Zeit insbesondere bei Teilzeitbeschäftigung und Elternzeit noch einmal deutlich verlängern kann.¹⁹

Zudem werden gerade promovierte Ärzte und Forscher an Unikliniken oft auch nach der Erlangung des Facharztgrades weiter befristet beschäftigt, um Leitungsaufgaben in der Forschung oder Krankenversorgung – bspw. als Oberarzt oder Facharzt – zu erfüllen.²⁰

Gerade für diese Beschäftigtengruppen ist § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG daher oft die letzte Möglichkeit einer weiteren (befristeten) Beschäftigung an der Hochschule, dem Universitätsklinikum oder der außeruniversitären Forschungseinrichtung. Unbefristete Stellen sind bekanntermaßen rar und gerade an Hoch-

schulen mangelt es oft an entsprechend geeigneten Drittmittelprojekten,²¹ um eine befristete Beschäftigung planbar und dauerhaft sicherzustellen. Gemeinhin haben daher sowohl die Hochschule als auch der Beschäftigte ein Eigeninteresse daran, die Verlängerungszeit möglichst akkurat und ohne unnötige Zuschläge bei der Berechnung der Promotionszeit zu bestimmen, um hierdurch den maximalen, gesetzlichen Befristungsrahmen aus schöpfen zu können.

Die Verlängerung gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG wird allerdings in der Regel erst dann von den Hochschulen – Tag genau – errechnet, wenn neben den gesetzlichen Ausgangsfristen (6 bzw. 9 Jahre) keine anderen, berechnungssicheren Verlängerungstatbestände (insb. § 2 Abs. 1 Satz 4 bis 6, Abs. 5 WissZeitVG) mehr zur Verfügung stehen und auch eine überschlägige Berechnung der Promotionszeiten die von der jeweiligen Abteilung beantragten Endtermine nicht mehr erfassen kann.²²

Bei dem Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG dürfte es sich insoweit um den aufwendigsten Verlängerungstatbestand des WissZeitVG handeln. Hieran dürfte sich auch mit der neuen Rechtsprechung des BAG nichts geändert haben.

17 Das wissenschaftliche Personal der Universitätsklinik wird traditionell in Vertretung der medizinischen Fakultät als Landesbeschäftigte angestellt und gemäß dem zumeist zivilen Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens und der Schulen für nichtärztliche medizinische Berufe zu erfüllen, §§ 11 Abs. 1, 52 Abs. 1 Satz 2, 53 Abs. 1 LHG BW; vgl. auch § 100 LPVG BW, das dem Personalrat der Universitätsklinik ein Anhörungsrecht gewährt; ebenso existieren Mischformen, bei denen Private mit den Aufgaben einer Universitätsklinik beliehen wurden, vgl. § 4 Abs. 5 UKG BW, GABl. BW 25.7.2012 S. 638 f.; Mandler, *Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg*, OdW 2016, 217 ff., 222 mwN.

18 BT-Drs. 16/3438, S. 11: „Die Facharztqualifikation von Ärzten oder Ärztinnen, die an einer Hochschule als wissenschaftliche Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen beschäftigt werden, kann innerhalb der in § 2 Abs. 1 geregelten Grenzen erreicht werden. Außerhalb der Universitäten ist die Befristungsmöglichkeit im Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung geregelt. Sollten für Ärztinnen und Ärzte andere Befristungsgrenzen opportun erscheinen, besteht die Möglichkeit zur tarifvertraglichen Modifizierung der Befristungshöchstdauer“.

19 Bei entsprechend betreuungsbedingter Verringerung kann der Zeitverlust gem. § 2 Abs. 5 Nr. 1 WissZeitVG vom Arbeitnehmer zur Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses genutzt werden.

20 Bspw. als Facharzt, Oberarzt oder sog. Funktionsoberarzt. Forschung und Lehre sind in der Medizin mit der Krankenversorgung grundgesetzlich untrennbar miteinander verbunden und damit wechselseitig wissenschaftliche Tätigkeit, vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014 – 1 BvR 3217/07 = BVerfGE 136, 338 ff.; BVerfG, Beschluss vom 8.4.1981 – 1 BvR 608/79 = BVerfGE 57, 70 ff.; Mandler, *Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg*, OdW 2016, 217 ff.

21 Mandler/Meißner, *Entwurfdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential*, OdW 2016, 40 f.; Mandler, *Drittmittelverwaltung und -befristung im Verbund zwischen Land, Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum in Baden-Württemberg*, OdW 2016, 217, 225 f.

22 Muss der gesetzliche Höchstbefristungsrahmen bspw. lediglich um ein Jahr verlängert werden, um eine angemessene Befristungsdauer sicherzustellen, genügt die Feststellung, dass die Promotionszeit jedenfalls weniger als drei Jahre betragen hat, ohne dass die Höchstbefristungsgrenze schon konkreter berechnet werden müsste.

Im Gegenteil ergeben sich aus dieser Rechtsprechung vor allem neue Fehlerquellen, die von einer erschöpfenden Nutzung dieses Verlängerungstatbestandes eher abschrecken dürfte.

B. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die drei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus 2016 und 2019 lassen sich auf Promotion (I.), Beginn (II.), Dauer (III.) und Ende (VI.) der Promotionszeit aufteilen.

I. Beginn der Promotion – BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14²³

In seiner Entscheidung vom 23. März 2016 nahm das BAG zum Beginn der Promotionszeit für die Verlängerung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG am Beispiel einer promovierten Biochemikerin Stellung.

Der Beginn der jeweiligen Promotionszeit sei danach im Grundsatz nach dem jeweiligen Landesrecht oder der Satzung der Universität zu bestimmen. Könne der Beginn hiernach jedoch nicht sicher ermittelt werden, sei der Zeitpunkt von Bedeutung, an dem ein Promotions-thema – ausdrücklich oder stillschweigend – vereinbart wurde. Entsprechende Vorbereitungszeiten, die vor der Vereinbarung des Themas liegen, seien hingegen nicht zu berücksichtigen.

Schon aus der Gesetzeshistorie zu § 57b Abs. 1 HRG²⁴ i.V.m. § 21 Abs. 1 HRG a.F. folge insoweit, dass für den

Beginn der Promotion grundsätzlich an die im Landes- oder Satzungsrecht vorgesehenen „formalen Ereignisse“ anzuknüpfen sei.²⁵ Hieran habe sich auch nach der Normierung im WissZeitVG nichts geändert.²⁶ Andernfalls würde die Anrechnung in einer zweckwidrigen Verkürzung der gesetzlich intendierten – und im Interesse des Beschäftigten stehenden²⁷ – Verlängerungszeiten resultieren.

Danach war die Höchstbefristungsgrenze im zugrundeliegenden Fall überschritten und die Befristungsabrede infolgedessen unwirksam. Aufgrund der jeweiligen Zeitspannen kam es schließlich auch nicht mehr darauf an, ob die Promotionszeit bereits mit der Einschreibung als Doktorandin begonnen hatte²⁸ oder ob die Promotionszeit schon mit der Mitteilung des Prüfungsergebnisses bzw. der Übergabe der Promotionsurkunde geendet hatte.²⁹

II. Dauer der Promotion – BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17³⁰

In seiner vorerst letzten Entscheidung zur Berechnung der Promotionszeit nahm das BAG am 20. August 2019 im Fall einer promovierten Philosophin dazu Stellung, wie die genaue Dauer der Promotionszeit zu berechnen sei.

Nach Auffassung des BAG seien hierzu sämtliche Bearbeitungszeiten aus einer abgeschlossenen und nicht abgeschlossenen Promotion zur „Promotionszeit“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG

23 BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG; nachgehend BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1. März 2019, 1 BvR 1976/16; Günther, WissZeitVG – Beginn der Promotionszeit – Verlängerung der Höchstbefristungsdauer, öAT 2016, 169; Kohle, Befristung – WissZeitVG – Höchstbefristungsdauer – Promotionszeit, JR 2018, 214.

24 Zur historischen Entwicklung siehe Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2017, 81 ff.; siehe zur Nichtanrechnung bei Promotionsvorbereitungszeiten gem. § 57c Abs. 3 HRG auch BT-Drs. 13/8796, S. 29; BAG, Urteil vom 20. September 1995 – 7 AZR 184/95 = NZA 1996, 1034.

25 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase, gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses nach Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 1 absolviert wurde. Wer innerhalb oder außerhalb eines solchen Beschäftigungsverhältnisses schneller als in sechs Jahren zum Abschluss einer Promotion gelangt, der kann die eingesparte Zeit in der Postdocphase entsprechend anhängen. Die Anrechnungsregelung stellt sicher, dass die insgesamt zulässige Höchstdauer von zwölf Jahren nicht überschritten wird, andererseits aber auch ausgeschöpft werden kann“.

26 BT-Drs. 16/3438, S. 11: „Bis auf den neuen Satz 3 entspricht Absatz 1 – abgesehen von notwendigen redaktionellen Änderungen – dem bisherigen § 57b Abs. 1 HRG. Die bisherige Rechtslage wird insoweit nicht verändert.“; In der Gesetzesbegründung zum HRG hieß es BT-Drs. 15/4132, S. 20 f.: „Zielsetzung der Regelung ist demgegenüber nicht, den „Nichtverbrauch“ von befristeten Beschäftigungsmöglichkeiten vor Abschluss der Promotion zu honorieren.

Dementsprechend kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob die Promotion im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder außerhalb eines solchen, ob sie im Inland oder im Ausland absolviert wurde. Ebenso wenig kann es maßgeblich sein, ob Zeiten einer Promotion vor oder nach Abschluss eines Studiums liegen“.

27 Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Gerade im ärztlichen Bereich suchen die Beschäftigten vielfach auch eine Entscheidung über ihre unbefristete Weiterbeschäftigung im Bereich der Krankenversorgung. Anderes gilt freilich in der Forschung und gerade auch für Habilitationen. Hier erweist sich der vorgegebene Sechsjahreszeitraum oft als zu kurz und die Hochschulen haben, insbesondere gegen Abschluss der Habilitation, Schwierigkeiten eine befristete Beschäftigung weiter sicherzustellen und weichen hier teils auch auf Beamtenverhältnisse aus. Der Befristungsgrund der „Habilitation“ dürfte unter dem WissZeitVG ebenso nicht mehr zulässig sein, wie der Sachgrund „Promotion“; vgl. hierzu Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 2a, 2b.

28 Siehe hierzu unten C. I. 2.

29 Siehe hierzu dann aber unter B. III.

30 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17 = NZA 2020, 42; Hauck-Scholz, Befristung nach WissZeitVG – Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase, öAT 2020, 11; Schuster, Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase und Anhörung des Personalrats, ArbRAktuell 2020, 40; Schuster, BAG: Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase und Anhörung des Personalrats, FD-ArbR 2020, 424489.

zusammenzurechnen.

Dies folge schon aus dem Wortlaut, der unabhängig von einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis „alle Promotionszeiten“ einbeziehe. Daneben spreche hierfür auch der Zweck der Norm, da nach der Gesetzesbegründung sowohl im WissZeitVG als auch im HRG eine zügige Promotion honoriert werden solle.³¹ Dieser Zweck sei aber nicht realisierbar, wenn eine Promotion mehrfach abgebrochen und schließlich mit einem anderen Thema erfolgreich beendet würde. Das Gesetz habe insoweit vielmehr die wissenschaftliche Qualifizierung durch die Promotionsphase in den Blick genommen. Erfasst seien daher auch Qualifizierungszeiten, die für die Bearbeitung eines Themas aufgewandt wurden, das letztlich aber nicht mit der Promotion abgeschlossen wurde.

Dies führte dazu, dass nicht nur die Zeiten der Klägerin zu dem letztlich mit der Promotion abgeschlossenen Thema zu berücksichtigen waren, sondern auch Zeiten einer ersten, nicht zu Ende geführten Promotion.

Dieser Einwand war der Klägerin schließlich auch im Prozess nicht abgeschnitten, da es Sache der arbeitgebenden Hochschule gewesen wäre, sich nach derartigen Promotionszeiten unter Nutzung ihres *Fragerechts* zu erkundigen. Dass die ersten Promotionszeiten im Lebenslauf der Klägerin nicht angegeben waren, blieb aus diesem Grund für die Entscheidung unerheblich.

Schließlich bedurfte es aufgrund der zeitlichen Verläufe auch keiner Entscheidung mehr darüber, ob die Promotionszeiten der Klägerin an der Universität in Minsk, Weißrussland³², oder die Unterbrechungszeiten zwischen den beiden Promotionsvorhaben an der deutschen Universität O mit in die Berechnung hätten einfließen müssen.³³

III. Ende der Promotion – BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14³⁴

In seiner Entscheidung vom 18. Mai 2016 nahm das BAG schließlich im Anschluss an seine Entscheidung vom 23. März 2016 auch zum Ende der Promotionszeit am

Beispiel eines promovierten Ingenieurs Stellung.

Wie schon für den Beginn der Promotionszeit, sei auch für die Bestimmung des Endzeitpunktes der Promotion auf das Landesrecht, beziehungsweise das Satzungsrecht der jeweiligen Universität, abzustellen. Dies folge wiederum aus der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG³⁵ in Fortführung der Grundsätze des HRG³⁶ und der Entscheidung vom 20. Januar 2010.³⁷

Dabei sei auch darauf zu achten, dass die Landeshochschulgesetze zwischen der Promotion und dem „auf Grund“ der Promotion verliehenen Dokortitels unterschieden und es insoweit nicht unbedingt auf die Verleihung des Dokortitels bzw. die Übergabe der Promotionsurkunde, sondern auf den Abschluss der Promotionszeit nach dem jeweiligen Landes- oder Satzungsrecht ankomme.³⁸

IV. Anmerkung

Der Rechtsprechung des BAG zu Beginn, Dauer und Ende der Promotionszeit ist insbesondere mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern³⁹ und der insoweit klaren Intention des Gesetzes in Bezug auf den Verlängerungstatbestand zuzustimmen.

Allerdings ist anhand verschiedener Fallgruppen absehbar, dass die Rechtsprechung in der Praxis kaum mit der erforderlichen rechtlichen Präzision umzusetzen ist.

So mag die Anknüpfung an das jeweilige Landes- oder Satzungsrecht zwar dogmatisch richtig, praktisch aber für die Personalabteilungen der Hochschulen kaum zu leisten sein. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die teils komplexen, rechtlichen Regelungen und Feinheiten des jeweiligen Landes- oder Satzungsrechts, sondern beginnt bereits damit, dass die Mehrzahl der einschlägigen Promotionsordnungen bzw. Satzungen der Universitäten nicht oder nicht mehr (online) verfügbar sind.

Die Berechnung der Promotionszeit wird in der Mehrzahl der Fälle erst dann durchgeführt, wenn die Höchstbefristungsgrenzen erreicht sind und sonst keine

31 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase...“.

32 Siehe unten unter C. I. 2. Ausländische Promotion.

33 Siehe unten C. III. 2. Nettopromotionszeit.

34 BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254; Geißler, Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal in der sog. Postdoc-Phase ArbRAktuell 2016, 555.

35 BT-Drs. 16/3438, S. 11; siehe Zusammenfassung der abweichenden Meinungen bei Müller-Glöge, Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 WissZeitVG Rn. 3.

36 § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1 HRG.

37 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08: „Die Vorschriften des HRG, insbesondere § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG regeln nicht, wann eine Promotion i.S.v. § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG

„abgeschlossen“ ist. § 18 Abs. 2 Satz 1 HRG verweist hinsichtlich der Verleihung von Hochschulgraden auf das Landesrecht. Wann eine Promotion i.S.v. § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG abgeschlossen ist, ist daher nach den landesrechtlichen Vorschriften und der jeweiligen Promotionsordnung zu beurteilen.“

38 Relevant können danach bereits das Rigorosum oder die Disputation bzw. die Verkündung des Gesamtergebnisses sein, teilweise aber auch erst die Übergabe schriftlicher Exemplare der Dissertation oder die von einer Zusage eines Verlages abhängige Übergabe der Promotionsurkunde.

39 Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG; vgl. Hansalek, Die neuen Kompetenzen des Bundes im Hochschulrecht, NVwZ 2006, 668; Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479; BAG Urteil vom 21. März 2018 – 7 AZR 437/16.

einfacheren Verlängerungstatbestände mehr greifen. Erforderlich wird damit in der Regel eine mindestens sechsjährige, rückschauende Bewertung unter Beachtung eventueller Übergangsregelungen oder weiterer Promotionsordnungen bei einem Hochschulwechsel sein, die den vom Personalsachbearbeiter eingeplanten, zeitlichen und fachlichen Aufwand um ein Vielfaches übersteigen dürften.

In der Praxis hat sich daher schon seit Längerem eine Bestimmung des Endes der Promotion anhand der im Lebenslauf angegebenen Verleihung des Titels oder entsprechender Bescheinigungen des Dekans bzw. Hochschullehrers etabliert, um so den ansonsten erforderlichen Prüfungsaufwand und das Risiko einer Fehlberechnung möglichst gering zu halten.⁴⁰

Ebenfalls konsequent ist die Verteilung der jeweiligen Berechnungsrisiken über das Fragerecht. Indem der arbeitgebenden Hochschule aufgegeben wird, sich über Promotionsbeginn, -dauer und -ende durch Nachfrage zu vergewissern, wird einem Missbrauch des Verlängerungstatbestandes hinreichend vorgebeugt.

Naturbedingt haben sowohl die Hochschule und grundsätzlich auch der Beschäftigte ein erhebliches Eigeninteresse an einer möglichst langen Verlängerung der Höchstbefristungszeit. Unbefristete Stellen sind bekanntermaßen ein knappes Gut und eine lückenlose Beschäftigung auf der Grundlage von Drittmittelprojekten nach Ablauf der Höchstbefristungszeit nicht immer dauerhaft möglich. Beiden Parteien ist daher daran gelegen die Promotionszeit besonders kurz zu berechnen. Da Fehler bei dieser Berechnung dem Arbeitnehmer aber nicht das Recht abschneiden dürfen, sich hierauf zu berufen⁴¹ und die Entfristung geltend zu machen, muss es im eigenen Interesse der Hochschule liegen, von ihrem Fragerecht erschöpfend Gebrauch zu machen, bevor eine Befristung auf den Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG sicher gestützt werden kann. Das „Risiko“ einer unbefristeten Beschäftigung trägt die Hochschule insoweit allein.

C. Berechnung der Promotionszeit

Die in den Entscheidungen des BAG aufgezeigten Grundsätze sind für die Praxis verbindlich und in bestimmten Grenzen auch praktikabel. Die Urteile erfassen jedoch naturbedingt nicht alle Fallgruppen, die sich den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen im täglichen Umgang mit dem WissZeitVG stellen können und lassen daher insbesondere den nötigen und zulässigen Umfang des hochschuleitigen Fragerechts nicht immer klar erkennen. In einem ersten Zugang ist es daher erforderlich, sich die verschiedenen, möglichen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Beginns (I.), der Dauer (II.) und des Endes (III.) der Promotionszeit zu vergegenwärtigen.

I. Promotion

Ausgangspunkt für die Verlängerung – und dafür, ob eine Post-Doc-Befristung abgeschlossen werden kann⁴² – ist stets die Frage, ob eine „Promotion“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG vorliegt. Dies kann gerade im Zusammenhang mit ausländische Titeln, wie dem Ph.D. nicht immer ohne eingehende Prüfung beantwortet werden:

1. Inländische Promotion

Der Begriff der Promotion wird im WissZeitVG nicht näher erläutert. Bereits zu Zeiten des HRG war jedoch anerkannt, dass der Begriff durch die Gesetze der Länder ausgeformt wird und daher auch insoweit Bindungswirkung für die Befristungsregelungen des Bundes für das Hochschulpersonal entfaltet. Dies gilt auch unter dem WissZeitVG fort und entsprechende Regelungen zur Promotion sind daher auch weiterhin dem jeweiligen Landesrecht zu entnehmen.⁴³

Mit Ausnahme von Ehrengraden⁴⁴ oder sonstigen, nicht von einer anerkannten Hochschule verliehenen Titeln,⁴⁵ sind daher sämtliche Promotionen erfasst, die in

40 Eine Prüfung auf der Grundlage des in der Urkunde angegebenen Datums ist allerdings nicht zu empfehlen, da dieses Datum lediglich den Tag der Ausstellung der Urkunde wiedergibt und mithin nicht die teils erst erheblich später stattfindende Verleihung des Titels angibt, die nach der Promotionsordnung für den Abschluss der Promotion relevant sein kann. Je nach Promotionsordnung ist auch das Datum des Rigorosums/Disputation bzw. die Verkündung des Gesamtergebnisses der Zeitpunkt des rechtlichen Abschlusses des Promotionsthemas.

41 Zum Fall der Falschangabe siehe jedoch unten D. III.

42 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08.

43 § 30 BayHSchG; § 37 LHG BW; Art. 68 BayHSchG; § 34a BerlHG;

§ 64b BremHG; § 69 HmbHG; § 22 HHG; § 42 LHG M-V; § 10 NHG; § 69 HG (NW); § 31 HochSchG (RP); § 63 UG; § 44 SächsHSFG; § 19 HSG LSA; § 57 HSG; § 59 ThürHG.

44 Vgl. hierzu Löwisch/Lutz, Führung ausländischer Ehrendoktorgrade in Deutschland, OdW 2017, 101 ff.

45 Vgl. Ziff. 2 Satz 2 KMK: „Dies gilt nicht für Doktorgrade, die ohne Promotionsstudien und -verfahren vergeben werden (sogenannte Berufsdoktorate) und für Doktorgrade, die nach den rechtlichen Regelungen des Herkunftslandes nicht der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation der Studienabschlüsse zugeordnet sind. Die gleichzeitige Führung beider Abkürzungen ist nicht zulässig.“

einem wissenschaftlichen Promotionsverfahren von einer inländischen Hochschule erworben wurden.

Dabei spielt es auch keine Rolle, ob ein Teil der Promotionszeit im Ausland absolviert wurde, bspw. im Rahmen eines Forschungsaufenthalts an einer ausländischen Hochschule. So heißt es schon in den Gesetzesbegründungen zum HRG und WissZeitVG, dass es nicht darauf ankomme, „*ob die Promotion im Inland oder im Ausland absolviert wurde.*“⁴⁶

2. Ausländische Promotion

Schwieriger zu beurteilen sind hingegen die – deutlich zunehmenden – Fälle, in denen die Promotion an einer ausländischen Hochschule absolviert wurde und es sich damit nicht um eine „deutsche“ Promotion handelt,⁴⁷ wie sie zu Zeiten des HRG noch der Regelfall gewesen sein mag.⁴⁸ Der Begriff der Promotion war allerdings auch zu Zeiten des HRG nicht unbestimmt, sondern über § 18 HRG a.F. und das jeweilige Landesrecht definiert.⁴⁹

Hieran hat sich auch unter dem WissZeitVG nichts geändert, das die Anerkennung ausländischer Dokortitel dem jeweiligen Landesrecht überlässt⁵⁰ und das auf die „*Vereinbarung der Länder in der Bundesrepublik Deutschland über begünstigende Regelungen gemäß Ziffer 4 der „Grundsätze für die Regelung der Führung ausländischer Hochschulgrade im Sinne einer gesetzlichen Allgemeinenehmigung durch einheitliche gesetzliche Bestimmungen vom 14. April 2000“ (Beschluss der Kultusminis-*

terkonferenz vom 21. September 2001 i.d.F. vom 26. Juni 2015)“ bzw. von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossene Äquivalenzabkommen verweist.⁵¹

Nach dem Beschluss der Kultusministerkonferenz gilt, dass Inhaber von Doktorgraden, die in Mitgliedstaaten der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraumes sowie des Europäischen Hochschulinstituts Florenz und der Päpstlichen Hochschulen erworben wurden, den fachlichen Zusatz „Dr.“ im Inland „wahlweise“ und ohne Herkunftsbezeichnung führen dürfen.

Ähnliches gilt für den sich gerade in den Naturwissenschaften – und auch an deutschen Hochschulen⁵² – immer weiter verbreitenden „Doctor of Philosophy“ oder „Ph.D.“ aus den USA oder Kanada.⁵³ Auch dieser Titel darf wahlweise mit „Dr.“ und ohne Angabe des Herkunftslandes abgekürzt werden, sofern die verleihende Einrichtung von der „Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching“ als „Research University (high research activity)“ oder als „Research University (very high research activity)“ klassifiziert ist, oder der Titel in Kanada in einem wissenschaftlichen Promotionsvorhaben erworben wurde und der Doktorgrad der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation entspricht.⁵⁴

Inhaber von Doktorgraden aus Russland („kandidat ...“⁵⁵) können hingegen die Bezeichnung „Dr.“ zwar ohne fachlichen Zusatz, jedoch nicht ohne Herkunftsbezeichnung führen.

Dies vorausgesetzt, könnte anzunehmen sein, dass sämtliche Fälle, in denen der Inhaber den Zusatz „Dr.“

46 BT-Drs. 16/3438, S. 12; vgl. wortgleich zum HRG auch BT-Drs. 15/4132, S. 20 f.

47 Vgl. dies wohl pauschal voraussetzend LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4. Juli 2017 – 5 Sa 219/16.

48 Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 16.11.2017 – 17 Sa 418/17.

49 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010 – 7 AZR 753/08.

50 Ziff. 2: „Dies gilt nicht für Doktorgrade, die ohne Promotionsstudien und -verfahren vergeben werden (sogenannte Berufsdoktorate) und für Doktorgrade, die nach den rechtlichen Regelungen des Herkunftslandes nicht der dritten Ebene der Bologna-Klassifikation der Studienabschlüsse zugeordnet sind. Die gleichzeitige Führung beider Abkürzungen ist nicht zulässig.“

51 Äquivalenzabkommen bestehen mit: Bolivien, China, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Niederlande, Österreich, Polen, Schweiz, Slowakei, Spanien, Tschechien, Ungarn, Zypern; vgl. <https://www.kmk.org/zab/zentralstelle-fuer-auslaendisches-bildungswesen/allgemeines-zur-anerkennung-veroeffentlichungen-und-beschluesse/fuehrung-auslaendischer-hochschulgrade.html#c2345>.

52 Vgl. bspw. Art. 66 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG: „Für Abschlüsse in Studiengängen nach Art. 64 Abs. 2 [Promotion] kann auch der

Grad „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ verliehen werden.“

53 Ziff. 4 KMK: „Inhaber von folgenden Doktorgraden 4.1 Australien: „Doctor of ...“ mit jeweils unterschiedlicher Abkürzung 4.2 Israel: „Doctor of ...“ mit jeweils unterschiedlicher Abkürzung 4.3 Japan: „Doctör of ...“ (hakushi ...) 4.4 Kanada: „Doctör of Philosophy“ – Abk.: „Ph.D.“ 4.5 Vereinigte Staaten von Amerika: „Doctör of Philosophy“ Abk.: „Ph.D.“; sofern die verleihende Einrichtung von der „Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching“ als „Research University (high research activity)“ oder als „Research University (very high research activity)“ klassifiziert ist.“

54 1. Ebene: Bachelor, 2. Ebene: Master; 3. Ebene: Wissenschaftliche Promotion; Doktorgrade, die der 3. Ebene nicht zugeordnet werden können, sind in der Originalform zu führen.

55 Ziff. 3.1 KMK: „kandidat architektury; kandidat biologiceskich nauk; kandidat chimiceskich nauk; kandidat farmacevticeskich nauk; kandidat filologiceskich nauk; kandidat fiziko-matematicheskich nauk; kandidat geograficeskich nauk; kandidat geologomineralogiceskich nauk; kandidat iskusstvovedenija; kandidat medicinskich nauk; kandidat psihologiceskich nauk; kandidat selkchohozjajstvennych nauk; kandidat techniceskich nauk; kandidat veterinarnych nauk.“

mit oder ohne fachlichen Zusatz oder Herkunftsbezeichnung führen kann, unter den insoweit unbeschränkten Begriff der „Promotion“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG fallen.⁵⁶

Indes haben die Länder durch die Anerkennung des Beschlusses der Kultusministerkonferenz und der Unterscheidung nach Doktorgraden mit und ohne fachlichen Zusatz oder Herkunftsbezeichnung weithin zum Ausdruck gebracht, dass zwischen den inländischen und ausländischen Dokortiteln materielle Unterschiede bestehen, die in Verkehr durch den jeweiligen Zusatz angezeigt werden müssen.

Gleichermaßen ist dem Landesrecht insoweit aber auch zu entnehmen, dass es ausländische Titel gibt, die als materiell gleichwertig eingestuft und daher unterschiedslos zu einem im Inland verliehenen Titel geführt werden können. Diese Unterscheidung ist auch im Rahmen des WissZeitVG zu beachten:

Handelt es sich um einen ausländischen Titel, der ohne jeglichen Zusatz im Inland mit „Dr.“ geführt werden kann, liegt eine Promotion im Sinne des WissZeitVG vor. Die Ermittlung der Promotionszeit und des Promotionsbeginns richtet sich insoweit in einem ersten Schritt nach dem Landesrecht und im zweiten Schritt nach dem Recht des ausländischen Staates bzw. der Satzung der ausländischen Hochschule, wobei vorsorglich – und aus praktischen Gründen sowie in Ermangelung eigener Kenntnisse der Hochschule zur ausländischen Promotion – auf die Zeitspanne zwischen dem vom Beschäftigten angegebenen Beginn der Promotion und der Verleihung des Titels abzustellen sein dürfte.⁵⁷

Anderes gilt hingegen für ausländische Grade, die nur mit fachlichem Zusatz und/oder Herkunftsnachweis im Inland geführt werden können. Einem ausländischen Titel die Qualität einer Promotion nur aufgrund fehlender Auflistung im Landesrecht bzw. dem Beschluss der Kultusministerkonferenz oder der Existenz eines Äquivalenzabkommens abzulehnen, erscheint jedoch unangemessen und mit Blick auf das Gleichbehandlungsge-

bot in Art. 3 Abs. 1 GG willkürlich. Insoweit besteht daher zwar keine gesetzliche Vermutung für die materielle Gleichwertigkeit zur inländischen Promotion, es wird sich aber im Einzelfall immer noch feststellen lassen, ob der ausländische Titel dem inländischen ebenbürtig ist. Freilich wird sich dann im Einzelnen auch trefflich darüber streiten lassen, ab wann „materielle Gleichwertigkeit“ vorliegt, denn die Qualität und der Aufwand schwanken bekanntermaßen auch bei inländischen Promotionen mitunter erheblich. Richtigerweise wird insoweit der durchschnittliche Aufwand und fachliche Schwierigkeitsgrad einer inländischen Promotion aus dem jeweiligen Fachbereich Vergleichsmaßstab sein und im Zweifel eine Gleichwertigkeitsprüfung angestrengt werden müssen.

3. Sonderfall: Ph.D. im Inland

Einen Sonderfall stellt der Ph.D. dar, der von einer deutschen Hochschule verliehen wurde. Gem. Art. 66 Abs. 2 Satz 2 BayHSchG gilt etwa: „Für Abschlüsse in Studiengängen nach Art. 64 Abs. 2 kann auch der Grad „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ verliehen werden“, wobei in Art. 64 Abs. 2 BayHSchG die gesonderten Promotionsstudiengänge geregelt werden. In § 31 Abs. 3 Satz 2 BbgHG heißt es weiter: „Die Verleihung kann auch in Gestalt des Doktorgrades „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ erfolgen.“ Ähnlich heißt es § 38 Abs. 2 Satz 6 LHG BW: „Für Abschlüsse nach Satz 5 [Doktorandenkollegs] kann auch der Grad »Doctor of Philosophy (Ph.D.)« verliehen werden.“ und § 70 Abs. 4 Satz 2 HmbHG: „Für Abschlüsse nach Absatz 5 Satz 4 [Promotion] kann in geeigneten Fächern an Stelle des Doktorgrades der Grad „Doctor of Philosophy“ verliehen werden; der Grad kann in der abgekürzten Form „Ph.D.“ oder als Doktorgrad nach Satz 1 geführt werden.“ Ähnliches gilt in Sachsen, § 40 Abs. 10 Satz 1 SächsHSFG: „Universitäten können Promotionsstudiengänge einrichten, die den Abschluss „Doctor of Philosophy (Ph. D.)“ ermöglichen.“ und Thüringen § 58 Abs. 4 Satz 1 ThürHG:

56 Ob auch bei ausländischen Titeln zwischen Promotion und Verleihung des Dokortitels unterschieden werden muss (vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG), richtet sich insoweit dann nach dem, der ausländischen Promotion, zugrundeliegenden Landesrecht, was die akkurate Ermittlung der tatsächlichen Promotionszeit freilich nicht leichter macht.

57 Auch hier gilt, dass bloße Vorbereitungszeiten nicht in die Promotionszeit fallen,

vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 unter C. II. 7. Zu berücksichtigen ist insoweit allerdings, dass das ausländische Recht den Beginn der Promotionszeit an formale Ereignisse knüpfen kann (bspw. die Einschreibung als Promotionsstudent). Den Hochschulen wird insoweit nicht zuzumuten sein, sich im Einzelnen über das ausländische Recht zu vergewissern. Sie dürfen daher auf entsprechende Angaben des Beschäftigten vertrauen, sofern diese in sich nachvollziehbar sind.

„Aufgrund der Promotion oder aufgrund einer Hochschulprüfung, mit der ein Promotionsstudiengang nach § 61 Abs.4 abgeschlossen wird, verleiht die Hochschule den Doktorgrad oder den Grad „Doctor of Philosophy“ („Ph. D.“).“ In § 56 Abs. 1 Satz 2 HSG heißt es schließlich: „Sieht die Promotionsordnung einer Hochschule aufgrund von § 54 Absatz 3 Satz 1 oder § 54a Absatz 1 Satz 5 die Verleihung des Doktorgrades in der Form des „Doctor of Philosophy (Ph.D.)“ vor, kann dieser Titel alternativ auch in der abgekürzten Form „Dr.“ geführt werden; eine gleichzeitige Führung der Abkürzungen „Ph.D.“ und „Dr.“ ist nicht zulässig“.

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass zwischen den Ländern im Wesentlichen Konsens darüber besteht, dass ein Ph.D. dem Dokortitel in wissenschaftlicher Hinsicht gleichgestellt ist und ebenso wie dieser „aufgrund der Promotion“ bzw. nach den für diese geltenden Anforderungen von einer Hochschule verliehen werden kann. Aufgrund des insoweit bestehenden materiellen Gleichlaufs kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass auch ein, von einer deutschen Hochschule, verliehener Ph.D. eine Promotion im Sinne des WissZeitVG darstellt und demgemäß den Eintritt in die Post-Doc-Phase und Zugang zum Verlängerungstatbestand gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG begründen kann.

II. Beginn der Promotion

Neben dem Landes- und Satzungsrecht bzw. der Vereinbarung des Promotionsthemas sind noch weitere Anknüpfungspunkte zur Ermittlung des Promotionsbeginns denkbar. Im Grundsatz ist dabei stets vorauszusetzen, dass zwischen Doktorand und Hochschullehrer Einigkeit über die Anfertigung und Betreuung einer Promotion zu einem bestimmten Promotionsthema besteht. Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor,

scheidet im Grundsatz auch der Beginn einer Promotion aus:

1. Einschreibung als Promotionsstudent

Die Einschreibung als Promotionsstudent begründet nach den jeweiligen Bestimmungen der Hochschule zweifellos eine Vermutung für den Beginn der Promotionszeit.⁵⁸

Allerdings muss beachtet werden, dass es sich insoweit nicht um eine unwiderlegliche Vermutung handelt und im Zweifel auf die Vergabe des Themas abzustellen ist.⁵⁹ Wenngleich sich dieses Rangverhältnis so nicht aus der Entscheidung des BAG vom 23. März 2016⁶⁰ ohne Weiteres gewinnen lässt, ist die Notwendigkeit einer derart formalen Betrachtung der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, die den tatsächlichen Beginn der Promotion in den Blick nimmt.⁶¹

Die Einschreibung als Promotionsstudent setzt nicht immer voraus, dass bereits ein konkretes Thema vergeben wurde. Je nach Hochschule genügt bereits eine abstrakte Zusage eines Hochschullehrers über die Betreuung als Doktorand für die Immatrikulation, die sich bereits aus steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Gründen möglichst nahtlos an ein beendetes Studium und die hieraus folgende Exmatrikulation anschließen sollte.

Ebenso bietet die Immatrikulation als Promotionsstudent keine Gewähr dafür, dass ein Thema nicht bereits vorher vergeben, vereinbart und mit dessen Bearbeitung begonnen wurde. Die Immatrikulation ist als solche vielfach auch vom Abschluss entsprechender Promotionsvereinbarungen oder der Zulassung als Doktorand durch den Promotionsausschuss abhängig, die ihrerseits bereits die Vergabe eines Themas voraussetzen. Darüber hinaus erfolgt die Immatrikulation nicht

58 Vgl. § 21 HRG a.F.

59 Vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54.

60 BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr 5 zu § 2 WissZeitVG.

61 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Die Verlängerungsregel im zweiten Halbsatz honoriert eine zügige Promotionsphase, gleichgültig, ob

sie innerhalb oder außerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses nach Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 3 Satz 1 absolviert wurde. Wer innerhalb oder außerhalb eines solchen Beschäftigungsverhältnisses schneller als in sechs Jahren zum Abschluss einer Promotion gelangt, der kann die eingesparte Zeit in der Postdocphase entsprechend anhängen“.

prompt mit der Anmeldung, sondern dauert einige Zeit, sodass sich die Immatrikulation (insbesondere, wenn diese semestergebunden ist) und die eigentliche Promotionszeit nicht decken.

Selbiges gilt auch im Bereich der Medizin,⁶² in dem die Promotion oft ohne oder nur mit geringer Unterbrechung des Studiums durchgeführt wird⁶³ und daher keine Einschreibung als Promotionsstudent erfolgt. Ähnliches gilt für Doktoranden, die neben einer Voll- oder Teilzeitbeschäftigung berufstätig sind und aus diesem Grund nicht mehr als Promotionsstudenten immatrikuliert sind oder werden können.

Die Feststellung des Immatrikulationszeitpunkts für ein Promotionsstudium begründet daher nicht immer Gewähr für eine richtige Ermittlung des Promotionsbeginns. Aufgrund der insoweit bestehenden strukturellen Schwächen des Promotionsstudiums dürfte eine Hochschule ihr Fragerecht daher nicht vollständig ausgeübt haben, wenn lediglich nach dem Datum der Immatrikulation gefragt wird.

2. Zulassung zur Promotion

Von der Einschreibung als Promotionsstudent ist die Zulassung der Promotion durch den jeweiligen Promotionsausschuss zu unterscheiden. Diese Zulassung erfolgt teilweise mit Beginn der Promotionszeit, teilweise aber auch erst kurz vor Abschluss und Einreichung der Arbeit. Je nach Promotionsordnung kann daher auch insoweit ein Rückschluss auf den Beginn der Promotion zulässig sein.⁶⁴ Allerdings dürfte auch hier im Regelfall das Datum der eigentlichen Themenvergabe vor dem Zulassungstermin liegen, weshalb der Zulassung wiederum lediglich die Wirkung einer Vermutung zukommt, deren Zutreffen durch die Aus-

übung des Fragerechts von der Hochschule zu überprüfen ist.

3. Promotionsvereinbarung

Infolge der Empfehlung des Präsidiums der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) „Zur Qualitätssicherung im Promotionsverfahren“ vom 23. April 2012⁶⁵ ist der Abschluss von Promotions- bzw. Betreuungsvereinbarungen weithin in die Landeshochschulgesetze und Promotionsordnungen aufgenommen worden.⁶⁶

Bekanntermaßen regeln diese Vereinbarungen die grundlegenden Anforderungen an Betreuende und Doktoranden, wobei die Verantwortung des Hochschullehrers bereits mit der Themenstellung beginnt und der Abschluss einer Promotionsvereinbarung daher einen Anhaltspunkt für den Beginn und die Dauer der Promotionszeit bieten soll.⁶⁷

Wenngleich die Promotionsvereinbarung im Einzelfall die tatsächliche Promotionszeit korrekt abbilden kann, so wird im Grundsatz hieraus aber allenfalls ein Indiz folgen können.

Der Abschluss von Promotionsvereinbarungen war jedenfalls vor den Empfehlungen der Hochschulrektorenkonferenz und der Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Landeshochschulgesetze nicht zwingend und bietet daher für Promotionen aus dieser Zeit weder einen tauglichen Ansatzpunkt für das Fragerecht noch für die Ermittlung der Promotionszeit.

Ähnliches gilt aber auch für Promotionen, bei denen eine solche Vereinbarung abgeschlossen wurde. Vielfach wird der Abschluss dieser Vereinbarungen als lästig empfunden und daher nicht, verspätet oder mit einem generischen Inhalt vorgenommen, der nach den Landeshochschulgesetzen und Promotionsordnungen kei-

62 Vgl. zu § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG noch: BAG, Urteil vom 02. September 2009 – 7 AZR 291/08: „Dies gilt nur für wissenschaftliche Mitarbeiter der medizinischen Fachrichtungen (Medizin, Zahnmedizin, Tiermedizin), nicht für andere in der medizinischen Forschung tätige wissenschaftliche Mitarbeiter“.

63 Vgl. *Rambach*, in: *Arnold/Gräfl, TzBfG*, 4. Aufl, *WissZeitVG* § 2 Rn. 15.

64 Vgl. *LAG Hamburg*, Urteil vom 27. September 2017 – 6 Sa 44/17: „Die Entscheidung des Prüfungsausschusses über die Zulassung zur Promotion nach § 3 Abs. 1 der Promotionsordnung des Fachbe-

reichs Psychologie der Universität Hamburg ist ein solches formales Ereignis, das den Zeitpunkt des Beginns der Promotion bestimmt. Nach diesem Zeitpunkt liegende Zeiträume der Befassung mit der Promotion sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen“.

65 Abrufbar unter: <https://www.hrk.de/positionen/beschluss/detail/zur-qualitaetssicherung-in-promotionsverfahren/>.

66 *Löwisch/Würtenberger*, *Betreuungsvereinbarungen im Promotionsverfahren*, *OdW* 2014, 103.

67 *Preis/Ulber*, *WissZeitVG*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54 mwN.

nen Einfluss auf den tatsächlichen Beginn der Promotion hat. So ist es durchaus üblich, eine Promotionsvereinbarung bereits dann abzuschließen, wenn zwar die Annahme als Doktorand, nicht aber das konkrete Thema feststeht.⁶⁸

Ebenso sind Fälle bekannt, in denen die Vereinbarungen erst nach einiger Zeit oder kurz vor Abschluss der Promotion geschlossen werden, um die Anforderungen der Landesbestimmungen oder der Promotionsordnung für die Zulassung der Promotion zu erfüllen, vgl. § 38 Abs. 5 Satz 2 HS 1 LHG BW.⁶⁹

Mit der tatsächlichen Promotionszeit hat der Abschluss einer Betreuungsvereinbarung dementsprechend nicht zwingend zu tun und bietet so nur dann eine belastbare Stütze, wenn das Datum der Themenvergabe darin vermerkt ist und die Vereinbarung als Privaturkunde den Beweis über den Promotionsbeginn erbringt, § 416 ZPO. Insoweit muss stets auch im Blick behalten werden, dass Ziel der Promotionsvereinbarung nicht die Dokumentation von Verlängerungszeiten im Sinne des WissZeitVG oder die Vereinbarung auf eine lückenlose Erfassung aller Umstände angelegt ist. Festgehalten werden darin vielmehr nur die Grundsätze der Betreuung und Beachtung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zwischen Doktorand und Hochschullehrer, denen die Einzelheiten des WissZeitVG insoweit in der Regel nicht geläufig oder wichtig bei Abschluss sein dürften.

Promotionsvereinbarungen ersetzen daher weder positiv noch negativ eine Prüfung oder Frage der anstellenden Hochschule nach der tatsächlichen Promotionszeit.

4. Konkludente Promotionsvereinbarung

Obschon eine Promotionsvereinbarung oder Vereinbarung eines Promotionsthemas grundsätzlich schriftlich erfolgen sollte, ist dies – insbesondere in der Vergangenheit – nicht immer der Regelfall. Vielfach wird die Promotion gerade mit am Lehrstuhl beschäftigten Mitarbeitern lediglich mündlich besprochen und der Promotionsbeginn stillschweigend vorausgesetzt, ohne dass im Einzelnen über den Beginn der Promotion gesprochen wird. Dies ist insoweit unschädlich, als zwischen dem Hochschullehrer und dem Doktoranden nicht nur über die Promotion und deren Betreuung durch den Hoch-

schullehrer Einigkeit besteht, sondern zeitgleich auch ein bestimmtes Promotionsthema (als Arbeitstitel) vorliegt. Erklärungen, die lediglich den beiderseitigen Willen zur Promotion ohne bestimmtes Thema enthalten, sind demgegenüber unerheblich und der nicht auf die Verlängerungszeit anzurechnenden Vorbereitungsphase zuzurechnen.

Auch in diesen Fällen ist die Hochschule daher gehalten, durch die Ausübung ihres Fragerechtes entsprechende Angaben vom Beschäftigten einzuholen und diesen darüber aufzuklären, dass die Vergabe des Themas ggf. auch stillschweigend oder mündlich erfolgt sein kann.

5. Erklärung des Doktoranden oder Hochschullehrers

Zulässiges und belastbares Mittel zur Bestimmung des Promotionsbeginns sind hingegen entsprechende Erklärungen des Doktoranden oder Hochschullehrers über den Beginn – sowie die Dauer und das Ende – der Promotion.⁷⁰

Werden entsprechend unterzeichnete Dokumente vorgelegt, erbringen diese als Privaturkunden den Beweis über den Promotionsbeginn, § 416 ZPO.

Ebenso möglich und noch beweiskräftiger, sind eidesstattliche Versicherungen des Doktoranden: „*Hiermit versichere ich _____, in Kenntnis der Strafbarkeit einer vorsätzlichen oder fahrlässig falsch abgegebenen eidesstattlichen Versicherung, Folgendes an Eides statt: Die Bearbeitung meines Promotionsthemas _____ habe ich am _____ mit Herr/Frau Prof. _____ vereinbart.*“

Anderes kann jedoch dann gelten, wenn die Hochschule erhebliche Zweifel (bspw. aufgrund von Widersprüchen gegenüber dem Lebenslauf) am Inhalt der Erklärung haben muss. In diesem Fall wird die Hochschule den Inhalt der Erklärungen nicht ohne Weiteres übernehmen können, sondern muss sich durch entsprechende Nachfrage über die jeweiligen Angaben versichern. Im Grundsatz darf die Hochschule jedoch auf die Korrektheit der jeweiligen Angaben vertrauen und diese ihrer Berechnung als richtig zugrunde legen.

6. Verwertung bereits vorhandener Forschung

Unter einem schleichenden Promotionsbeginn ist zu verstehen, dass eine Master-Arbeit oder eine andere wis-

68 Gem. § 38 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 LHG BW ist zwar „Zeitpläne“ für das „Dissertationsprojekt“ anzugeben. Dies schließt eine abstrakte Bereichsangabe ohne konkretes Thema jedoch nicht aus und wird je nach Hochschullehrer unterschiedlich gehandhabt.

69 „Über die Annahme als Doktorandin oder Doktorand entscheidet der bei der Fakultät eingerichtete Promotionsausschuss nach

Abschluss der Promotionsvereinbarung“.

70 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15. November 2013 – 10 Sa 596/13 = BB 2014, 1011; nachgehend BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG; AR-Löwisch § 1 WissZeitVG Rn. 2; Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer, Kap X Rn. 170; KR-Treber § 2 WissZeitVG Rn. 27.

senschaftliche Anfertigung, bspw. eine Seminararbeit, die Grundlage bildet, um die Promotion anzufertigen.

Auch in diesem Fall handelt es sich jedoch nicht um Promotionszeiten, sondern um unerhebliche Vorbereitungszeiten. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Promotion schließlich ganz oder in Teilen auf das jeweils vorbereitete Thema bezieht oder dieses sogar verwertet (was gerade im naturwissenschaftlichen Bereich nicht unüblich ist). Insoweit fehlt die für die Promotionszeit konstitutive Anerkennung eines Themas und die Betreuungszusage des Hochschullehrers.

7. Themenfindungsphase – Exposé

Die Themenfindungsphase ist als solche für den Beginn der Promotionszeit ohne Bedeutung. Ist ein bestimmtes Thema nicht mit einem Hochschullehrer besprochen und als promotionstauglich befunden, handelt es sich um allgemeine wissenschaftliche Qualifizierungs- bzw. Vorbereitungsarbeiten, die nicht in die Promotionszeit miteinzubeziehen sind.

Demgemäß sind auch Zeiten, in denen ein Exposé für die Bewerbung als Doktorand vorbereitet wird, noch nicht in die Promotionszeit einzurechnen, und dies auch dann nicht, wenn das Thema schließlich zum Promotionsthema wird. Die Promotion besteht als solche nicht allein aus einem Thema, sondern der Erklärung der Hochschule bzw. des Hochschullehrers, dieses als Promotionswürdigung anzuerkennen und zu betreuen.

8. Promotionsstipendium

Der Beginn eines Promotionsstipendiums kann Aufschluss über den Beginn und die Mindestdauer der Promotionszeit geben.⁷¹

Im Regelfall dürfte die Vereinbarung eines Promotionsthemas jedoch der Bewerbung für ein Stipendium vorangehen. Insbesondere ist in der Regel ein Empfehlungsschreiben / Gutachten des betreuenden oder eines anderen Hochschullehrers erforderlich, sodass die Bewerbung als solche nach der Themenvergabe datiert und daher nur noch Bestätigung für den angegebenen Promotionsbeginn sein kann.

Die Frage nach einem Promotionsstipendium ist daher fakultativ und kann allenfalls Widersprüche gegenüber den vom Beschäftigten angegebenen Promotionszeiten und damit eine Nachfrageobliegenheit der Hochschule begründen.

9. Forschung im Ausland zur inländischen Promotion

Ob die Forschung für die Promotion im In- oder Ausland begonnen wird, ist unerheblich.⁷²

Ebenso unerheblich ist, wenn zunächst oder nur eine ausländische Promotion begonnen wird, sofern diese den Anforderungen an eine Promotion im Sinne des WissZeitVG entspricht.⁷³

Die Hochschule muss sich daher präventiv auch danach erkundigen, ob eine Promotion im Ausland begonnen wurde, bzw. darauf hinweisen, dass eine im Ausland durchgeführte Forschung bei laufender Promotion zu berücksichtigen ist.

10. Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung

Eine Beschäftigung zur wissenschaftlichen Qualifizierung geht als solche nicht zwingend mit der Promotionszeit einher. Vielmehr ist es, wie auch in der Post-Doc-Phase, nicht erforderlich, dass tatsächlich eine Promotion in der Promotions- oder Qualifizierungsphase gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG angestrebt wird.⁷⁴ Für die Ermittlung des Promotionsbeginns ergeben sich insoweit keine Abweichungen. § 2 Abs. 3 WissZeitVG findet ebenso keine Anwendung.⁷⁵ Relevant ist die Promotions- und nicht die Beschäftigungszeit.

III. Dauer der Promotion

Wie auch für den Beginn, existieren verschiedene Anknüpfungspunkte für die Ermittlung der Dauer der Promotionszeit:

1. Landesrecht und Satzung der Universität

Die Länder und Hochschulen können Regelungen zur Dauer der Promotion bzw. Anforderungen für deren Unterbrechung bestimmen. Ist dies der Fall, kann die Promotionszeit als entsprechend verkürzt angesehen

71 Vgl. BT-Drs. 15/4132 S. 20: „Während bei einem Promotionsstipendium (formale) Brutto- und (tatsächliche) Nettopromotionszeit im Zweifel identisch sind...“; siehe auch KR-Treber § 2 WissZeitVG Rn. 26.

72 BT-Drs. 16/3438, S. 12: „Dementsprechend kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob die Promotion im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses oder außerhalb eines solchen, ob sie im Inland oder im Ausland absolviert wurde. Ebenso wenig kann es maß-

geblich sein, ob Zeiten einer Promotion vor oder nach Abschluss eines Studiums liegen“; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54.

73 Siehe oben C. I. 2.

74 Vgl. LAG Hamburg, Urteil vom 27. September 2017 – 6 Sa 44/17; BT-Drs. 15/4132, S. 20; die Bezeichnung „Pre-Post-Doc-Phase“ ist daher unpassend.

75 Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 55.

werden. Allerdings wird die Hochschule sich gerade in diesen Fällen durch eine Nachfrage über die tatsächliche Unterbrechung vergewissern müssen, um einem eventuellen Missbrauch oder falschen Vorstellungen des Beschäftigten vorzubeugen bzw. hierüber aufzuklären.

Wird die Hochschule, nachdem die Promotion bereits begonnen wurde, gewechselt und gelangen sodann die Regelungen einer anderen Hochschule und ggf. auch eines anderen Landes zur Anwendung, so bleiben die im Zeitpunkt des Beginns geltenden Regelungen weiter anwendbar. Dauer und Ende der Promotionszeit bestimmen sich nach dem Wechsel allerdings nach den neuen Regelungen.

Teilweise sehen die Promotionsordnungen aber Übergangsregelungen vor, die auch nach einem Wechsel noch den Abschluss der Promotion an der ursprünglichen Hochschule binnen einer bspw. Zweijahres-Frist erlauben. In diesen Fällen bleibt es bei einer einheitlichen Anwendung des Ursprungsrechts.

2. Nettopromotionszeit

Nettopromotionszeiten, bei denen auf die tatsächlich auf die Promotion verwendete Zeit abgestellt wird, sind anzuerkennen⁷⁶ und können die Dauer der Promotion verringern.

Wie bereits in der Gesetzesbegründung zum Hochschulrahmengesetz etabliert, können wesentliche Unterbrechungen der Promotion dazu führen, dass die Promotionszeit verkürzt wird:⁷⁷

„Aus der Zielsetzung des § 57b Abs. 1 Satz 2 HS 2 HRG ergibt sich zugleich, dass es bei der Berechnung der Promotionszeiten ohne Beschäftigungsverhältnis auf eine formale Betrachtung dann nicht ankommen kann, wo diese zu offensichtlich sinnwidrigen Ergebnissen führen würde. Während bei einem Promotionsstipendium (formale) Brutto- und (tatsächliche) Nettopromotionszeit im Zweifel identisch sind, ist dies etwa bei Promotionen im Bereich der Medizin regelmäßig nicht der Fall. Hier liegt es deshalb nahe, bei der Berechnung der Promotionszeiten ohne Beschäftigungsverhältnis solche Zeiten der medizinischen Ausbildung nicht zu berücksichtigen, die typischerweise nicht für die Promotion genutzt werden (können). Der Gesetzeswortlaut steht dem Abstellen auf eine Nettopromoti-

onszeit, wenn diese aufgrund Kriterien ermittelt wird, nicht entgegen.“

Hieran hat sich auch unter dem WissZeitVG nichts geändert.⁷⁸ Eventuelle Bedenken im Zusammenhang mit dem hieraus resultierenden Missbrauchspotential sind zwar theoretisch denkbar,⁷⁹ praktisch aber nicht relevant.

Einerseits haben die Beschäftigten in der Regel keine fundierten Kenntnisse über die Zusammenhänge zwischen der Promotionszeit und der Befristungsdauer, zumal die Angaben zur Promotionszeit in der Regel zu Beginn der Post-Doc-Phase gemacht werden.

Auf der anderen Seite kann die Hochschule kein Interesse daran haben, den Beschäftigten zur Falschangabe anzuleiten. In diesem Fall wäre eine auf entsprechenden Angaben geschlossene Befristungsabrede – da zu lang – unwirksam, der Beschäftigte nicht an seine jeweiligen Angaben gebunden und ein entsprechend zu lang befristetes Beschäftigungsverhältnis unbefristet. Diesem Risiko wird sich keine Hochschule freiwillig aussetzen, zumal es ihr aufgrund ihrer Fürsorgepflicht und Grundrechtsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) ohnehin untersagt ist, an den Tatsachen vorbei Verlängerungszeiten zu schaffen.

Ziel des WissZeitVG ist nicht eine überschlägige Berechnung der Promotionszeiten zulasten des Promovierenden, sondern die Honorierung einer tatsächlich zügigen Promotion. Diese Zwecke würden vereitelt, wenn auch Zeiten eingerechnet würden, in denen nachweislich keine Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema über einen längeren Zeitraum stattgefunden hat.

Allerdings ist die Nettopromotionszeit nicht dahingehend zu verstehen, dass sämtliche Zeiten, in denen sich der Beschäftigte (nachweislich⁸⁰) nicht mit der Promotion auseinandergesetzt hat, herauszurechnen wären. Vielmehr bedarf es handfester Kriterien und bestimmbarer, in sich abgeschlossener Zeiträume, um die Nettopromotionszeit sicher berechnen zu können.⁸¹

Die Promotion ist ein in der Regel zusammenhängender Zeitraum, der durch die stetige Auseinandersetzung mit einem wissenschaftlichen Thema geprägt ist und dessen Bearbeitung nicht immer nach außen in Erscheinung treten muss. Ob die Promotion im „Café um

76 Vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 47.

77 BT-Drs. 15/4132, S. 20.

78 Vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18.

79 Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54 mwN.

80 Anders als beim Verlängerungsstatbestand für Kinderbetreuung gibt es gerade keine gesetzliche Vermutung und ein Nachweis ist erforderlich; vgl. LAG Köln, Urteil vom 27. April 2012 – 4 Sa 1320/11.

81 Vgl. auch LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18: „Der Gesetzeswortlaut stehe dem Abstellen auf eine Nettopromotionszeit, wenn diese auf Grund nachvollziehbarer Kriterien ermittelt werde, nicht entgegen (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft, BT-Drucks. 16/3438, S. 12 – Hervorhebung durch die Unterzeichner)“.

die Ecke“ oder im Doktorandenzimmer einer Bibliothek, am Lehrstuhl oder an den Wochenenden neben der Vollzeitbeschäftigung entsteht, ist insoweit irrelevant.

Zwischen Beginn und Ende der Promotionszeit sind daher nur solche Zeiten herauszurechnen, in denen eine gedankliche Auseinandersetzung mit der Promotion entweder objektiv unmöglich war oder nach der Erklärung des Doktoranden nicht stattgefunden hat. Beispiele für eine solche Unterbrechung sind bspw. eine längere Krankheit⁸², Mutterschutz und Elternzeit, sofern der Beschäftigte erklärt, nicht an der Promotion gearbeitet zu haben, oder auch die Betreuung von Angehörigen. Das WissZeitVG zeigt insoweit durch seine familienpolitischen Komponenten bereits deutlich, dass dem Beschäftigten aus der Familienbetreuung keine Nachteile entstehen sollen. Eine Anrechnung der Promotionszeiten würde diesen Zwecken aber erkennbar entgegenwirken.

Daneben sind Unterbrechungen der Promotionszeit anzuerkennen, wenn die Promotion während des Studiums begonnen hat und sodann weiterstudiert wird, ohne dass weiter an der Promotion gearbeitet und dies vom Beschäftigten auf Nachfrage erklärt wird. Ziel des Verlängerungstatbestandes ist es nicht, denjenigen zu bestrafen, der bereits zu Studienzeiten mit der Promotion beginnt.

3. Forschungsaufenthalt im Ausland

Promotionsbezogene Forschungsaufenthalte im Ausland sind auf die gesetzliche Promotionszeit anzurechnen und können gleichzeitig auch zu einer Verlängerung eines ggf. bestehenden Arbeitsverhältnisses gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG führen.

Ein Widerspruch ergibt sich hieraus nicht. Der Verlängerungstatbestand bezieht sich insoweit lediglich auf den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus resultierende Anrechnung auf die Höchstbefristung. Der Verlängerungstatbestand für zügige Promotionen steht hingegen außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses und honoriert andere Zwecke. Eine Kumulation der beiden Verlängerungstatbestände ist daher ohne Weiteres möglich.

Erfolgt ein Auslandsaufenthalt während der Promotionszeit, ohne dass es zu einer Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema kommt (etwa weil sich die Gele-

genheit anbot, an einer promotionsfremden Forschung an einer renommierten ausländischen Universität mitzuwirken), so kann diese Zeit von der Bruttopromotionszeit abzuziehen sein. Dies wird allerdings nur dann sicher anzunehmen sein, wenn es sich um artfremde Forschung handelt, die der begonnenen Promotion insoweit und auch allgemein keinen Vorschub leistet. Dies wird nur im Ausnahmefall gegeben sein.

Im Zweifel müssen entsprechende Zeiten daher angerechnet und von der Hochschule erfragt werden, sofern die angegebene Promotionszeit hinter der Zeitspanne zwischen Beginn und Ende zurückbleibt.

4. Promotionsabbruch – Themenwechsel

Wird ein Promotionsvorhaben abgebrochen und erst mit zeitlichem Versatz eine neue Promotion begonnen, so ist die Unterbrechungszeit mangels Promotion nicht anzurechnen. Die insgesamt absolvierten Promotionszeiten sind bei Abschluss des zweiten Promotionsthemas freilich zusammenzurechnen.⁸³

Selbiges gilt im Fall eines Themenwechsels, bei dem die jeweiligen Promotionszeiten – ohne Unterbrechungszeiten – zusammenzurechnen sind.⁸⁴

5. Zweite Promotion – Dr. und Ph.D.

Wird nach Abschluss einer ersten Promotion eine zweite Promotion oder ein Ph.D. etc. begonnen, kann die Befristung infolge der bereits abgeschlossenen ersten Promotion nur in der Post-Doc-Phase erfolgen und braucht dort die jeweilige Höchstbefristungszeit auf.⁸⁵ Da eine Habilitation in der Post-Doc-Phase nicht angestrebt werden muss, ist dies unschädlich. Wird die zweite Promotion parallel durchgeführt, muss die hierauf aufgewendete Zeit – sofern sie sich nicht mit der Zeit für die erste Promotion überschneidet – zur Promotionszeit der Erstpromotion hinzugerechnet werden. Wenngleich hierdurch dann eine Verkürzung der Verlängerungszeit eintritt, bleibt es dabei, dass entsprechende Zeiten für die Qualifizierung aufgewandt wurden und daher anzurechnen sind.

6. Korrekturphase

Die Korrekturphase kann sich über wenige Wochen bis hin zu mehreren Jahren erstrecken. Nun ist es zweifellos,

82 Die zweiwöchige Abwesenheit wegen einer Erkältung reicht freilich nicht, denn auch während dieser Zeit kann an der Promotion weitergearbeitet werden; ebenso bei einem Beinbruch. Anderes gilt freilich bei Koma, psychischer Erkrankung oder Kur, die eine Bearbeitung des Promotionsthemas ausschließen; eine chronische Krankheit gem. § 2 Abs. 1 Satz 6 WissZeitVG steht dem nicht

entgegen.

83 BAG, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17 = NZA 2020, 42; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 56.

84 Vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14 = AP Nr. 5 zu § 2 WissZeitVG.

85 Vgl. KR-Treiber § 2 WissZeitVG Rn. 15.

dass die Korrekturphase *des Beschäftigten* notwendig und damit als Promotionszeit im Grundsatz hinzurechnen ist.

Überschreitet die Korrekturphase des *Hochschullehrers* aber die gemeinhin übliche Korrekturzeit, ist nicht einzusehen, warum dem Beschäftigten aus der Wahl eines besonders langsamen, gründlichen oder beschäftigten Hochschullehrers ein Nachteil gegenüber anderen Doktoranden entstehen soll, deren Hochschullehrer ihre Bewertung – was besonders loblich ist – innerhalb weniger Wochen abgeben.

Der Verlängerungsstatbestand für Promotionszeiten honoriert die zügige Promotion des Doktoranden selbst und ist damit in erster Linie von dessen Leistung abhängig. Konsequenterweise ist daher nicht zu fragen, wie lang der jeweilige Hochschullehrer mit der Korrektur zugebracht hat, sondern vom Beschäftigten zu erfragen, ab wann er sich nicht mehr mit seiner Promotion – und sei es auch nur um die Rechtschreibung zu korrigieren oder Fundstellen zu aktualisieren – auseinandergesetzt hat. Ergibt sich danach ein Delta zwischen Brutto- und Nettopromotionszeit, ist die Nettopromotionszeit maßgeblich. Dies gilt auch, wenn – was in den Naturwissenschaften verbreitet ist – auf die Veröffentlichung eines Fachartikels zum Promotionsthema gewartet wird, um hierdurch die Bewertung der Arbeit im oberen Bereich zu rechtfertigen. Auch diese „Wartezeiten“ sind bei ansonsten fehlender Auseinandersetzung mit dem Promotionsthema abzuziehen.

Dies gilt schließlich ebenso für Korrekturverzögerungen im Zusammenhang mit der Covid-19 Pandemie. Auch insoweit ist allein entscheidend, ob sich der Doktorand nach Abgabe seiner Arbeit noch mit dem Thema auseinandersetzt.

7. Schleichender Promotionsabbruch

Ein schleichender Promotionsabbruch kann vorliegen, wenn eine Auseinandersetzung mit dem Themenkreis zunächst erfolgt, diese dann aber aufgrund beruflicher oder anderweitiger Veränderungen im Privatleben nicht weiter betrieben oder nur noch gelegentlich fortgesetzt wird und die Arbeiten dann schließlich einschlafen. Wird die Promotion dann später doch noch oder mit einem neuen Thema beendet, ist entscheidend, ab wann der Beschäftigte angibt, sich nicht mehr mit dem Thema

auseinandergesetzt zu haben. Dies ist von der Hochschule durch Nachfrage zu klären, wobei bei einem mindestens sechsmonatigen Zeitraum ohne Arbeiten an der Promotion auf eine entsprechende Beendigung oder Unterbrechung der Promotion geschlossen werden kann. Einer formalen Erklärung gegenüber dem Hochschullehrer bedarf es hierzu nicht.

IV. Ende der Promotion

Auch im Zusammenhang mit dem Ende der Promotion gibt es verschiedene Fallkonstellationen, die zu beachten sind:

1. Landesrecht und Satzung der Universität

Für das Ende der Promotion sind wiederum das Landesrecht und die Satzung der Universität ausschlaggebend. Hinzuweisen ist insoweit besonders auf die Trennung zwischen Promotion und Doktorat beziehungsweise die Verleihung des Doktorgrades. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt hier insbesondere der Abschluss der Promotion, aufgrund der der Doktorgrad erlangt wird. Mögliche Anknüpfungspunkte sind insoweit das Datum der Mitteilung des Gesamtergebnisses, des Rigorosums bzw. der Disputation oder die Aushändigung⁸⁶ der Urkunde. Wie bereits erläutert, bietet sich insoweit eine zunächst überschlägige Berechnung anhand des vom Beschäftigten angegebenen Zeitpunkts der Aushändigung der Urkunde als spätestmöglicher Zeitpunkt an, die erst dann verfeinert werden muss, wenn das beabsichtigte Beschäftigungsende so noch nicht erreicht werden kann.

Die Exmatrikulation als Promotionsstudent ist demgegenüber keine sichere Erkenntnisquelle. Diese erfolgt regelmäßig zum Semesterwechsel und fällt damit typischerweise nicht mit dem Abschluss der Promotion zusammen. Zudem wird das Promotionsstudium oft auch vor Abschluss der Promotion mit Aufnahme einer Beschäftigung (oder auch des Referendariats bspw. bei Juristen und Lehrern) begonnen und verläuft daher auch insoweit nicht notwendig kongruent zur tatsächlichen Promotionszeit.

2. Vereinbarung über die Promotionsdauer

Eine Vereinbarung über die Promotionsdauer kann nicht getroffen werden. Die gesetzlichen Ziele können

86 Die Aushändigung der Urkunde ist nicht immer mit dem auf der Urkunde vermerkten Datum identisch. Dies wird oft von den Personalabteilungen nicht hinreichend beachtet. Der Titel wird mit Zustellung der Urkunde verliehen.

nicht durch eine interne Absprache, bspw. zwischen dem Hochschullehrer oder der Hochschule und dem Doktoranden, umgangen werden. Ausschlaggebend ist die tatsächliche Promotionszeit zwischen Beginn und Ende.

D. Fragerecht des Arbeitgebers

Das Fragerecht des Arbeitgebers ist im Zusammenhang mit der Ermittlung der Promotionszeiten von zentraler Bedeutung. Wird es nicht oder nicht vollständig ausgeübt, gehen eventuelle Fehler in der Berechnung der Höchstbefristungszeiten zulasten der Hochschule und können zu unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen führen. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen.

I. Zulässige Fragen

Zulässig sind sämtliche Fragen, die einen für die Berechnung der Promotionszeit relevanten Aspekt betreffen und geeignet sind, diesen Aspekt aufzuklären. Die Hochschule muss hierdurch in die Lage versetzt werden, eine Verlängerung Taggenau zu berechnen.

Zulässig sind damit Fragen, die nach den vorstehenden Erläuterungen für Beginn, Dauer und Ende relevant sind.⁸⁷ So kann insbesondere nach dem Datum der Vereinbarung des Promotionsthemas oder zu eventuellen Promotionsabbrüchen, Unterbrechungen und Korrekturzeiten gefragt werden.

II. Unzulässige Fragen

Unzulässig sind hingegen Fragen, die für die Ermittlung der Promotionszeit von vorneherein ohne jede Bedeutung sind. Unzulässig ist daher bspw. die Frage, aus welchem Grund eine Promotion abgebrochen wurde. Ebenso müssen Fragen ausscheiden, die – über das Thema hinaus – in die Wissenschaftsfreiheit oder Kunstfreiheit eingreifen. Auch Fragen nach persönlichen Befindlichkeiten oder dem Verhältnis zum Doktorvater etc. sind unangebracht und für die Ermittlung der Verlängerungszeiten nicht notwendig. Eine Antwort auf diese Fragen kann dementsprechend auch verweigert werden.

Nicht verlangt werden kann zudem die Vorlage von Unterlagen oder Abgabe von Erklärungen oder Versicherungen. Es sollte zwar im eigenen Interesse des Arbeitnehmers sein, Belege vorzulegen oder Erklärungen abzugeben, um so eine Verlängerung sicherzustellen, verpflichtet ist er hierzu aber nicht. Die Hochschule ist ebenso wenig wie der Beschäftigte zum Abschluss eines befristeten Vertrages verpflichtet. Lässt sich der Beschäftigte auf die Fragen des Arbeitgebers ein, hat er diese freilich wahrheitsgemäß und vollständig zu beantworten.

III. Beendigungsrechte bei Falschangabe

Berechnet die Hochschule die Verlängerungszeiten unrichtig, weil sie schlicht falsch gerechnet hat oder ihr Fragerecht nicht erschöpft hat, ist ein über die Höchstbefristungsgrenzen hinaus geschlossenes, befristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich unbefristet, § 16 Satz 1 TzBfG, § 1 Abs. 1 Satz 5 WissZeitVG.

Anderes gilt jedoch, wenn die Hochschule die Befristungshöchstgrenze aufgrund der unrichtigen oder unvollständigen Angaben des Beschäftigten berechnet, ohne dass ihr in Bezug auf das Fragerecht ein Vorwurf gemacht werden könnte.

1. Unzulässige Rechtsausübung

Richtigerweise wird in diesem Fall davon auszugehen sein, dass dem Arbeitnehmer, der auf die unrichtige Promotionszeitberechnung den Entfristungseinwand erhebt, hierzu nach § 242 BGB ausgeschlossen ist⁸⁸ und die Befristung dann trotz Überschreitung der Höchstbefristungsgrenze wirksam bleibt.

Die genauen Umstände der Promotionszeit entziehen sich der Kenntnis der Hochschule, weshalb diese auf wahrheitsgemäße und vollständige Angaben des Beschäftigten angewiesen ist.⁸⁹ Werden diese Angaben gemacht – ohne dass ein Denk- oder Berechnungsfehler des Beschäftigten oder ein Widerspruch zu sonstigen Kenntnissen der Hochschule evident ist, darf die Hochschule auf die Angaben des Beschäftigten vertrauen und ihre Berechnung hierauf stützen.

87 Vgl. Schmidt, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG § 2 Rn. 22; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 58.

88 Vgl. ArbG Frankfurt, Urteil vom 9. April 2008 – 7 Ca 8061/07 – Leitsatz: „Einer Arbeitnehmerin ist es nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung trotz Verstoßes gegen das sog. Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 TzBfG zu berufen, wenn sie die zulässige Frage des Arbeitgebers nach einer Vorbeschäftigung nicht vorsätzlich, aber zumindest objektiv falsch beantwortet hat.“ mwN.; die Überlegung ist für die Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber freilich bedenklich,

denn hierbei handelt es sich – anders als bei Promotionszeiten – um dem Arbeitgeber selbst bekannte Tatsachen (anders freilich, wenn die Personalakte vernichtet wurde). Vorsichtiger LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 49.

89 Ermittlungen bei Promotionen an der eigenen Hochschule sind zwar möglich, dürften aber Wissenschafts- und Personalfragen unzulässig vermischen, sodass ein Rückgriff auf diese Kenntnisse ausgeschlossen ist bzw. nicht zum Nachteil der Hochschule gewertet werden darf, die sich auf die wahrheitsgemäßen Angaben des Beschäftigten insoweit verlassen können darf und muss.

2. Arglistige Täuschung

Verschiedentlich wird im Zusammenhang mit Falschangaben unter dem WissZeitVG auf das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 BGB verwiesen.⁹⁰ Wenngleich dieses im Einzelfall zur – *ex nunc* – Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann, sollten die Hochschulen darauf nicht vertrauen. Zum einen dürfte in der Mehrzahl der Fälle der Nachweis einer vorsätzlichen Falschangabe bzw. unterlassenen Mitteilung nicht gelingen, weil entsprechende Beweise fehlen und der Beschäftigte mit einigem Erfolg darauf verweisen wird, nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein (fahrlässige Falschangabe). Zum anderen dürfte auch die einjährige Anfechtungsfrist in § 124 Abs. 1 BGB Schwierigkeiten bereiten – etwa dann, wenn der Vorgesetzte Kenntnis vom tatsächlichen Promotionsverlauf erhält. Die größte Hürde dürfte jedoch daraus folgen, dass zwischen Falschangabe und Abschluss des Arbeitsverhältnisses in der Regel keine erkennbare Kausalverknüpfung mehr besteht. Macht der Beschäftigte zu Beginn seines Beschäftigungsverhältnisses Angaben zur Promotionszeit, so sind diese Angaben nicht zwingend auch für die zweite, dritte usw. Verlängerung Jahre später noch relevant und kausal. Der konkret abgeschlossene Arbeitsvertrag beruht in seiner Entscheidung nicht auf der Existenz von Verlängerungszeiten und wäre auch dann abgeschlossen worden, wenn keine Angaben gemacht worden wären.

Sofern sich verschiedene Arbeitsverhältnisse aneinanderreihen bzw. das die gesetzliche Höchstbefristungsgrenze überschreitende Arbeitsverhältnis eine Verlängerung ist, ist es daher ratsam sich die bei Aufnahme der Beschäftigung gemachten Angaben noch einmal bestätigen zu lassen bzw. darauf hinzuweisen, dass die damaligen Angaben zur Promotionszeit dem Vertragsschluss erneut zugrunde gelegt werden.

3. Kündigung, Inhaltsirrtum und Wegfall der Geschäftsgrundlage

Im Zusammenhang mit § 14 Abs. 2 TzBfG wird für den Fall der Falschangabe zudem vertreten, dass dem Arbeitnehmer gekündigt⁹¹, die Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB⁹² oder der Wegfall der Geschäftsgrund-

lage⁹³ erklärt werden könnte. Keine dieser Lösungen überzeugt. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage würde in erster Linie zur Anpassung des Arbeitsverhältnisses führen (Neuabschluss, einen Abschlusszwang gibt es aber nicht), ein bloßer Kalkulationsirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB⁹⁴, und eine Falschangabe nimmt die für die Kündigungsprüfung erforderliche Interessenabwägung nicht vorweg; insbesondere dann nicht, wenn die Falschangabe Jahre zurückliegt und der Arbeitgeber eine Nachfrage unterlassen hat.

4. Heilung

Darüber hinaus bietet das WissZeitVG aufgrund seiner zahlreichen – kraft Gesetzes eintretenden – Verlängerungstatbestände auch Ansatzpunkte für eine Heilung zunächst unwirksamer Befristungen. So wird man – anders als im TzBfG⁹⁵ – aufgrund der *ipso iure* eintretenden Verlängerung der Höchstbefristungsgrenzen eher auf eine Heilung einer zunächst unwirksamen Befristungsabrede schließen können, da sich die Höchstbefristungsgrenzen *ex tunc* und insgesamt verlängert, ohne dass diese teilbar wäre. Aus diesem Grund wird der jeweilige Arbeitnehmer auch gehalten sein, Fragen zu den entsprechenden Voraussetzungen der einzelnen Verlängerungstatbestände zu beantworten, um die jeweilige Höchstbefristungsdauer bestimmen zu können.

E. Praxishinweis

Wie die Hochschule ihr Fragerecht ausübt, ist nicht vorgegeben, aus schon Dokumentationsgesichtspunkten aber unbedingt schriftlich vorzunehmen. Oft werden entsprechende Angaben erst Jahre später relevant, weshalb die jeweiligen Angaben des Beschäftigten schriftlich fixiert werden sollten. Dies erfolgt am besten in einem Formular bspw. in der Form des nachstehenden unverbindlichen Vorschlags:

Die nachstehenden Erklärungen dienen als Grundlage für die Ermittlung der maßgeblichen Höchstbefristungszeiten nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG. Sie sind wahrheitsgemäß und vollständig zu erbringen!

90 Vgl. z.B. Schmidt, in: Ascheid/Preis/Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG § 2 Rn. 22.

91 Vgl. z.B. Bauer, Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen, BB 2001, 2473.

92 Vgl. z.B. Kliemt, Das neue Befristungsrecht, NZA 2001, 296, 300.

93 Vgl. z.B. Straub, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befris-

tungsgesetz, NZA 2001, 919, 926.

94 LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17. April 2013 – 2 Sa 237/12; Rudaja, ArbRB 2013, 235.

95 Vgl. BAG, Urteil vom 18. Januar 2006 – 7 AZR 178/05= AP TzBfG § 14 Nr. 22; KR-Lipke, § 14 TzBfG Rn. 127.

Die von Ihnen gemachten Angaben werden bei Abschluss des Arbeitsvertrages sowie bei jeder, diesem ggf. folgenden Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, Bestandteil der Erklärungen der Hochschule. Falschangaben, die im Falle einer Einstellung oder Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zu einer Überschreitung der Höchstbefristungsgrenzen führen, sind daher kausal für den Abschluss der jeweiligen Vereinbarung und berechtigen die Hochschule zur Anfechtung des Arbeitsvertrages bzw. seiner Verlängerung(en).

Gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Höchstbefristungsdauer in der sog. Post-Doc Phase, sofern die für die Promotion benötigten Zeiten sechs Jahre unterschritten haben. Promotionszeiten sind dabei grundsätzlich auch die an einer ausländischen Hochschule begonnenen oder absolvierten Zeiten – unabhängig von der Bezeichnung des angestrebten Titels (insb. auch „Ph.D.“) oder davon, ob ein einmal begonnenes Promotionsthema zu Ende geführt wurde (Themenwechsel, Promotionsabbruch etc.).⁹⁶

I. Beginn der Promotion: ____.

(Die Promotion bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften oder dem Satzungsrecht der Hochschule, an der die Promotion begonnen wurde. Geben Sie bitte das aufgrund der für Sie geltenden Regelungen zutreffende Datum an oder lassen Sie sich den Beginn der Promotion von Ihrer Hochschule schriftlich bestätigen. Die Promotion beginnt im Zweifel mit der Vereinbarung des Promotionsthemas. Im Falle eines Themenwechsels gilt der Beginn der ersten Promotion.)

Hochschule an der die Promotion begonnen wurde:⁹⁷ _____

Immatrikulation Promotionsstudium⁹⁸: ____.

Soweit abweichend, Datum der Vereinbarung des Promotionsthemas unabhängig von der Form der Vereinbarung (mündlich/schriftlich):⁹⁹ ____.

II. Ende der Promotion: ____.

(Das Ende der Promotion bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften oder dem Satzungsrecht der verleihenden Hochschule und kann mit der Mitteilung des Gesamtergebnisses, dem Rigorosum, der Disputation oder der Verleihung des Titels enden. Geben Sie bitte das aufgrund der für Sie geltenden Regelungen zutreffende Datum an oder lassen Sie sich das Ende der Promotion von ihrer Hochschule schriftlich bestätigen.)

Soweit abweichend, Datum der Übergabe der Promotionsurkunde (Verleihung): ____.

Hochschule an der die Promotion beendet wurde:

III. Wesentliche Unterbrechungen der Promotion (nur soweit anwendbar)

Meine Promotionszeit wurde aufgrund¹⁰⁰ _____ (z.B. Studium; Krankheit; Themenwechsel; Mutterschutzzeiten; Elternzeit) ____ vom bis zum ____ unterbrochen, ohne dass ich mich während dieser Zeit gedanklich mit meinem Promotionsthema auseinandergesetzt oder sonst an meiner Promotion gearbeitet habe. Eine Unterbrechungszeit von weniger als 3 Monaten¹⁰¹ kann in der Regel nicht berücksichtigt werden.

Entsprechende Nachweise¹⁰² sind – soweit vorhanden – beizufügen (Bescheinigung des Promotionsamtes; Erklärung eines Hochschullehrers; Kopie der Promotionsvereinbarung; Immatrikulationsbescheinigungen etc.).

Mir ist bewusst, dass die Hochschule meine Angaben fortan bei jeder **Verlängerung meines Arbeitsverhältnisses zugrunde legen wird**¹⁰³.

Ich versichere daher, alle Angaben vollständig und wahrheitsgemäß gemacht zu haben. Mir ist bekannt, dass falsche oder unvollständige Angaben, die als maßgeblich für die Einstellung erklärt wurden, ebenso wie deren unterlassene Korrektur, die Kündigung oder Anfechtung des

96 Ebenso möglich ist die Beifügung eines Merkblattes, das den Beschäftigten über die jeweils relevanten Fallgruppen aufklärt. Eine vorsorgliche oder erschöpfende „Rechtsberatung“ durch die Hochschule ist aber nicht erforderlich. Auf Nachfragen des Beschäftigten ist zu antworten.

97 Die Nachfrage nach der Hochschule stellt sicher, dass die ggf. relevanten Landes- oder Satzungsrechte identifiziert werden können.

98 Die Frage nach dem Immatrikulationsdatum stellt sicher, dass Abweichungen zwischen dem formalen und tatsächlichen Promotionsbeginn rechtzeitig erkannt und dann ggf. durch Nachfrage aufgelöst werden können.

99 Die Nachfrage stellt sicher, dass eventuelle Widersprüche oder Unklarheiten rechtssicher gelöst werden können, indem auf die Vereinbarung des Promotionsthemas abgestellt wird.

100 Die Abgabe eines Grundes ist für die Überprüfung der Plausibilität der Angaben wichtig. Zudem fordert die Gesetzesbegründung

des HRG eine Prüfung anhand von „Kriterien“, die sich nur so ermitteln lassen.

101 Die Angabe eines Mindestzeitraums ist nicht zwingend, aber sinnvoll, um einer möglicherweise zu großzügigen Auslegung durch den Beschäftigten vorzubeugen. Wird nur an den Wochenenden promoviert, reduziert sich die Promotionszeit nicht auf 2/7 der tatsächlichen Dauer, da eine kontinuierliche Auseinandersetzung mit der Promotion erfolgt ist.

102 Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 04. Juli 2017 – 5 Sa 219/16.

103 Dieser Zusatz ist sinnvoll, um die für eine Anfechtung ggf. notwendige Kausalbeziehung zwischen den Angaben des Beschäftigten und dem Abschluss des Arbeitsvertrages bzw. der Vertragsverlängerung herzustellen, die oft viele Jahre nach den Angaben hierzu erfolgt. Im Zweifelsfall sollte der Beschäftigte erneut befragt bzw. zur Bestätigung seiner Angaben aufgefordert werden.

*Arbeitsvertrages und/oder Schadensersatzansprüche zur
Folge haben können.*

Eigenhändige

Unterschrift

F. Zusammenfassung

Die Fülle an Möglichkeiten und Kombinationen im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beginns, der Dauer und des Endes der Promotionszeit zeigt, dass auch in Zukunft weiterhin mit Entscheidungen in diesen Fragen zu rechnen sein wird. Dies gilt insbesondere und wird hohe Beschränkungen oder Möglichkeiten im Zusammenhang mit dem Inhalt und Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers, der Nettopromotionszeit und ausländischen Promotionstiteln für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit sich bringen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Sabita Banerjee ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda.

Margrit Seckelmann

Rezension:

Volker Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg. Systematische Darstellung, 3., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2020.

Die vergangenen 20 Jahre sind nicht spurlos am Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (nachfolgend: Landeshochschulgesetz bzw. LHG) vorübergegangen. Jede Regierung versuchte ihm ihren Stempel aufzuprägen, ob es nun das Leitbild der „unternehmerischen Hochschule“ Mitte der 2000er Jahre war (namentlich mit dem neugefassten Landeshochschulgesetz vom 1. Januar 2005) oder die von *Volker Haug* in Rn. 32 so bezeichnete „Re-Akademisierung“ der aktuellen Zeit. Eine entscheidende Rolle bei dieser Entwicklung hin zu einer stärkeren Betonung der körperschaftlichen Verfasstheit der Hochschulen (namentlich der Universitäten) gegenüber anderen (etwa ökonomischen) „Autonomie“-Konzepten spielte die Rechtsprechung, mehr noch vielleicht als die parteipolitische Zusammensetzung der Regierung. Von besonderer Bedeutung war dabei neben dem Bundesverfassungsgericht der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, der sich seinerseits auf Diskussionen in der rechtswissenschaftlichen Literatur bezog und dabei auch immer wieder gesetzgeberischen Reformimpulsen Grenzen aufzeigte. Im weiteren Diskursumfeld sind auch der Wissenschaftsrat bzw. die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz zu verorten. Dieses nur zum Hintergrund des zu besprechenden Bandes.

Dieser liegt nunmehr in dritter Auflage vor. Das Autorenteam ist weitgehend dasjenige der zweiten Auflage von 2009 geblieben, natürlich heute mit mehr Erfahrung und zumeist an anderen Stellen seiner persönlichen bzw. beruflichen Entwicklung. Neben dem Herausgeber, *Volker M. Haug* (nunmehr Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg sowie Honorarprofessor an der Universität Stuttgart), sind das die bewährten Autoren (bzw. Autorinnen) *Lutz Böлке*, *Claus Eiselstein*, *Sabine Faisst*, *Klaus Herberger*, *Angela Kalous*, *Helmut Messer*, *Georg Sandberger* sowie *Uwe Umbach*, also sämtlich wissenschaftsaffine Praktikerin-

nen (bzw. Praktiker). Für die ausgeschiedenen Autoren *Jürgen Gerber* und *Steffen Walter* sind *Karin Schiller* (Ministerialrätin im baden-württembergischen Wissenschaftsministerium) und *Arne Pautsch*, - Professor an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und dort auch Dekan der Fakultät I) zum Autorenteam hinzugekommen. *Pautsch* hat das Kapitel zu „Forschung und Wissenstransfer“ (3.C) von *Walter* übernommen und diejenigen zu den Pädagogischen Hochschulen und zur „Dualen Hochschule Baden-Württemberg“ von *Gerber* (unter Nennung beider Bearbeiternamen) überarbeitet (4.A und 4.D) und *Schiller* hat die Kapitel von *Steffen Walter* zu den „Kunst- und Musikhochschulen“ (nunmehr unter dem LHG folgend unter dem Oberbegriff „Kunsthochschulen“) und zur W-Besoldung (5.E) neugefasst. Auch in anderen Kapitelüberschriften spiegeln sich die Veränderungen des LHG: So ist das von *Helmut Messner* verfasste Kapitel zu „Fachhochschulen“ (so die Voraufgabe) nunmehr mit „Hochschulen für angewandte Wissenschaft (Fachhochschulen)“ überschrieben (4.C).

Anders als im selben Verlag erschienenen, von *Max-Emanuel Geis* herausgegebenen „Hochschulrecht in Bayern“ (2. Aufl. 2017) überwiegt vorliegend deutlich der Praktikeranteil. Das führt bei einer im Wesentlichen gleichartigen Grundstruktur zu ganz unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen, wobei der wichtigste Unterschied darin besteht, dass in dem von *Haug* herausgegebenen Buch nach wie vor kein Kapitel gibt, das sich ähnlich intensiv wie *Helmuth Schulze-Fielitz* für Bayern mit „Forschung“ (und Forschungsevaluation) auseinandersetzt. *Arne Pautsch* hat hier schon eine begrüßenswerte Vertiefung gegenüber der Vorauflage vorgenommen, die allerdings nach wie vor relativ knapp ausfällt, obwohl (oder vielleicht sogar weil) *Pautsch* selbst schon an anderer Stelle tief in die Materie eingedrungen ist.¹ Da der Schluss natürlich nicht zulässig ist, dass in Baden-Würt-

¹ *Arne Pautsch/Anja Dillenburger*, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin/Boston 2016, S. 163 ff.

temberg weniger geforscht würde als in Bayern, empfiehlt es sich, bei übergreifenden Fragestellungen im Zweifel alle soeben genannten Bücher (und den ebenfalls im C. F. Müller-Verlag erschienenen „Hartmer/Detmer“²) nebeneinander zu verwenden und ansonsten auf die 4. Auflage des „Haug“ zu hoffen.

An der hier zu besprechenden 3. Auflage seines Herausgeberbandes, der trotz seines Untertitels „Systematische Darstellung“ der Sache nach ein Handbuch ist, beeindruckt vor allem die Detailfülle. Das Buch ist von ca. 510 Textseiten in der 2. Auflage (zzgl. Register, Inhaltsverzeichnis, Gesamtliteraturverzeichnis etc.) nunmehr auf ca. 649 Textseiten angewachsen, ohne dabei an Qualität oder Struktur zu verlieren. Der letzte Satz muss allerdings dahingehend relativiert werden, dass das Handbuch gegenüber der Voraufgabe dadurch an Übersichtlichkeit eingebüßt hat, dass ihm nicht mehr eine Feingliederung des Inhaltsverzeichnisses vorangestellt ist, sondern nur noch eine Grobgliederung, die auf die einzelnen Oberkapitel verweist, wo man dann nach und nach die Feingliederung findet. Auch das Stichwortverzeichnis hilft hier nur begrenzt weiter – es ist daher darum zu bitten, diese gliederungstechnische „Innovation“ wieder rückgängig zu machen, so viele Seiten müssten trotz des angewachsenen Umfangs des Handbuchs noch „drin sein“.

Das Anwachsen des Textes selbst ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass Klaus Herberger die Unterkapitel zu „Staat und Hochschulen“ (2.A) und „Hochschulorganisation“ (2.B) deutlich erweitert und vertieft hat. Das ist mit Gewinn zu lesen, denn er setzt sich (möglicherweise auf die Kritik von Klaus Ferdinand Gärditz in WissR 2010, S. 210 ff. respondierend) stark mit Legitimationsfragen der Hochschulverfassung auseinander. Es geht ihm insbesondere um das systematische Verhältnis von Art. 20 Abs. 2 und 1 GG zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sowie um die Rolle und Natur der funktionalen Selbstverwaltung. Herbergers Ausführungen sind meinungsstark, engagiert und sparen nicht mit Seitenhieben (so beginnt Fn. 5 auf S. 58 mit den Worten: „Wer sich an dem Begriff der ‚unternehmerischen Hochschule‘ stört, hat sich nicht hinreichend damit auseinander gesetzt, welches Ziel mit der Reform tatsächlich verfolgt wurde – ein Ziel, das sich bis heute kaum verändert hat“). Herberger macht allerdings nicht immer hinreichend deutlich, gegen wen er sich genau wendet: Gegen bestimmte Literaturmeinungen, gegen die neue Rechtsprechung des Bundesverfas-

sungsgerichts oder gegen diejenige des Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg? Während er zumindest die entsprechenden Judikate nennt, bleibt doch eine Leerstelle in seinen Fußnoten auffällig: Die Habilitationsschrift von Gärditz wird dort mit keinem Wort erwähnt,³ wenngleich die später erschienene Arbeit von Daniel Krausnick⁴ intensiv gewürdigt und teils zustimmend, teils ablehnend zitiert wird.

Der Sache nach folgt Herberger – insoweit weitestmöglich von Gärditz entfernt – der Auffassung, dass funktionale Selbstverwaltung letztlich aus der Hand des Gesetzgebers folgt (Rn. 187 ff.), so verweist Herberger auch nicht zufällig in seinem rechtshistorischen Abschnitt in Rn. 187 darauf, dass „[i]n vorkonstitutionellen Zeiten [...] der jeweilige Landesherr Gründer solcher Einrichtungen“ war. Herberger bezieht sich argumentativ (in Rn. 199) insbesondere auf die Wasserverbands-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2002 (BVerfGE 107, 59), die er – nicht zu Unrecht – auch für die hochschulische (funktionale) Selbstverwaltung fruchtbar macht. Nach hiesiger Sicht hätte aber Leitsatz 2 Satz 1 dieser Entscheidung stärker gewürdigt werden können: „Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt das demokratische Prinzip“. In Herbergers Darstellung geht es demgegenüber weniger um eine gegenseitige Effektivierung als um ein Entweder-Oder, was in gewisser Weise auch deswegen verwundert, da viele der von ihm inhaltlich behandelten Aufgaben im Kooperations- (bzw. Kondominial-)Bereich angesiedelt sind. Gleiches gilt auch für seine Ausführungen zu den Hochschulräten: Ob und in welchem Umfang bzw. in welcher Weise diese mit „Hochschulexternen“ besetzt werden können, hängt nicht zuletzt von ihren Aufgaben ab – auch hier ist die Darstellung recht schematisch (was sie natürlich besonders gut lesbar macht). Gleichwohl hat der Band insgesamt von der von Herberger und Pautsch vorgenommenen wissenschaftlichen Vertiefung enorm profitiert.

„Weiter so“, möchte man dem Herausgeber und dem Autorenteam zurufen!

apl. Prof. Dr. Margrit Seckelmann, Speyer

Die Rezensentin ist Geschäftsführerin des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und zugleich außerplanmäßige Professorin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

2 Michael Hartmer/Hubert Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2017.

3 Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwal-

tungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009.

4 Daniel Krausnick, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2012.

Johann Heinrich Gottlob von Justi

*Von der Vorsorge vor die Wissenschaften*¹

Es bedarf keines weitläufigen Beweises, wie nützlich die Wissenschaften für die Republik sind. Die Wissenschaften allein machen die Völker vernünftig und gesittet, und ohne dieselben kann mithin nie ein Volk glücklich werden. Ein unwissendes und ungesittetes Volk wird tausenderley Fehler und Gebrechen in seiner Regierungs-Verfassung haben; und der Nahrungsstand, welchem die Wissenschaften so viele unmittelbare und mittelbare Vorteile an die Hand geben, wird gewiß bei ihm allemal mehr schlecht beschaffen sein. Die Erfahrung bei allen Völkern und in allen Zeitaltern hat dieses genügend bestätigt. Die Vorsorge der Regierung vor die Wissenschaften macht demnach eine ihrer vornehmsten Pflichten aus; und sie muß dieselben auf alle Art in Aufnahme und zur möglichsten Vollkommenheit zu bringen suchen. Die allgemeinen Mittel, wodurch das Aufnehmen der Wissenschaften befördert werden kann, bestehen in einer vernünftigen Freiheit zu denken, die zwar nicht frech und zügellos sein muß, die aber auch von der Tyranney und dem Aberglauben nicht eingeschränkt werden darf; in einer billigen Hochachtung, die man denen Wissenschaften und Gelehrten angedeihen läßt und welche auf das Wachstum der Gelehrsamkeit desto mehr Wirkung hat, je mehr sie von den Regenten selbst zu erkennen gegeben wird; und in der Ausrottung der Pedanterey unter deren Gelehrten, als wodurch nicht allein die Gelehrten, sondern auch die Wissenschaften selbst, zur Wohlfahrth des Staates ganz unbrauchbar werden.

Sodann muß die Regierung auch dafür sorgen, daß im Lande genügsame Anstalten vorhanden sind, die Wissenschaften öffentlich zu lehren und die Jugend darinnen zu unterrichten; und hier verdienen die Universitäten den ersten Betracht. Ein jedes beträchtliche Land muß eine Universität haben; und der Mangel derselben würde nicht allein eine schlechte Hochachtung und Beschaffenheit der Wissenschaften anzeigen; sondern es würde auch dem Staate ein wirkliches Bedürfnis abgehen, das man durch Reisen in andere Ländern ersetzen müßte, wodurch der Reichthum des Landes vermindert wird. Unterdessen glaube ich nicht, daß es rathsam ist, denen Unterthanen zu verbiethen, daß sie nicht ausser Landes studieren sollen. Ein solcher Zwang ist der Natur

der Wissenschaften nicht gemäß. Jedoch ist es allerdings nöthig, daß diejenigen, die im Lande befördert seyn wollen, die Proben ihrer Gelehrsamkeit auf denen Landes-Universitäten abgeben.

Der Ort, wo eine Universität seyn soll, muß eine angenehme Lage und gesunde Luft haben; und die Lebensmittel müssen in dasiger Gegend genügsam vorhanden und mäßigen Preises sein. Dannenhero schicken sich die Residenz-Städte nicht allzu wohl, daß Universitäten daselbst angeleget werden, so wohl weil der Zusammenschluß vieler Menschen daselbst einen höhere Preiß der Lebensmittel verursacht, als weil die Studirenden durch das Gedränge und die Lustbarkeiten des Hofes von ihrem Fleiße zu sehr zerstreuet werden. Die Wohnungen der Stadt sollen zur Bequemlichkeit der Studirenden eingerichtet seyn; und besonders muß die Policy daselbst wohl bestellt werden: wie denn ihre Anstalten und Maaßregeln beständig die Universität und die dazu erforderliche Beschaffenheit der Stadt zum Augenmerk haben müssen.

Zu den Lehrern müssen die berühmtesten und vortrefflichsten Männer erwehlet werden; und die besondere Gunst und Gewogenheit, oder der Vorpruch der Gönner kann an keiner Wahl weniger Antheil haben, als hier. Diese Lehrer müssen nicht allein die Wissenschaften, die sie vortragen sollen, in ihrem ganzen Umfang inne haben, sondern auch von der Pedanterey entfernt seyn; das gründliche und nützliche der Wissenschaften einsehen und einen fließenden und angenehmen Vortrag in ihrer Gewalt haben. Gleichwie aber auch auf einer Universität, welche die Studirenden an sich ziehen soll, alle Theile der Gelehrsamkeit zugleich neben einander gelehret werden müssen, so muß eine vernünftige Eintheilung der Vorlesungen gemacht werden; und zu dem Ende müssen die Lehrer ihre künftig zu haltenden Vorlesungen zeitig melden, damit man beurtheilen kann, ob sich in dem Vortrage dieser oder jener Wissenschaft ein Mangel ereignen dürfte. Es würde zu dem Flohr einer Universität viel beitragen, wenn denen Lehrern reichlich Besoldungen ausgesetzt und die Collegia gänzlich frei gelesen würden.

1 Grundsätze der Policy-Wissenschaften zum Gebrauch akademischer Vorlesungen abgefasst, 2. Auflage 1759, S. 220 ff.

