

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2021

## Aufsätze

*Barbara Wieczorek und Carsten Morgenroth* Das Verhältnis von Didaktik und Recht im Kontext von Online-Prüfungen **147-164**

*Manfred Löwisch und Marie Anselment* Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen **165-172**

*Heike Egner und Anke Uhlenwinkel* Zur Rechtsstaatlichkeit universitätsinterner Verfahren bei Entlassung oder öffentlicher Degradierung von Professor\*innen **173-184**

*Lothar Knopp* Der Beschluss des BVerfG zum brandenburgischen Hochschulkanzler und seine „Konsequenzen“ **185-194**

## Urteilsbesprechung

*Tobias Mandler und Sabita Banerjee* Die Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung als Tatbestandsmerkmal der sachgrundlosen Befristungen gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG? – Anmerkung zu LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 **193-200**

## Bericht

*Karoline Haake* Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 15.1.2021 **201-206**

**Ausgegraben**

*Peter Hanau* Goethes rechtswissenschaftliches Studium  
207-208

# Barbara Wieczorek und Carsten Morgenroth

## *Das Verhältnis von Didaktik und Recht im Kontext von Online-Prüfungen*

Übersicht

*I. Einleitung*

*II. Grundlagen*

1. Rechtsgrundlagen für Prüfungen
2. Didaktische Grundbegriffe im Kontext von Prüfungen
3. Didaktische Grundbegriffe für Prüfungen aus rechtlicher Sicht
  - a) Objektivität
  - b) Transparenz
  - c) Reliabilität
4. Allgemeine Wechselwirkungen zwischen Recht und Didaktik
5. Wechselwirkungen von Recht und Didaktik im Rahmen der Corona-Pandemie

*III. Anwendung des Verhältnisses von Didaktik und Recht auf verschiedene Varianten von Online-Prüfungen*

1. Aspekte zur Beaufsichtigung von Online-Prüfungen und mögliche didaktische Maßnahmen im Hinblick auf Täuschungspotential
  - a) Erhöhen der Aufgabenzahl
  - b) Mischen von Aufgaben
  - c) Geringfügiges Abwandeln von Aufgaben
  - d) Modifikation hin zu einem höheren Grad an Offenheit
  - e) Weitere Formen der Intensivierung der Prüfungsanforderungen
  - f) Praktische Ableitungen
2. Anpassung von Prüfungen bei verschiedenen Varianten von Online-Prüfungen
  - a) Video-Proctoring
  - b) Automatisiertes Proctoring
  - c) Software zur Einschränkung der Rechnernutzung
  - d) Open-Book-Prüfungen
  - e) Mündliche Online-Prüfungen
3. Verknüpfung von Didaktik und Recht bei technischen Störungen

*IV. Ergebnisse*

### **I. Einleitung**

Prüfungen im Allgemeinen und Online-Prüfungen im Besonderen sind geprägt von vielen Elementen. Für

bestimmte Prüfungsformen bzw. Prüfungstypen,<sup>1</sup> etwa praktische Prüfungen, ist eine besondere Ausstattung erforderlich, die zu organisieren und zu unterhalten ist. Elektronische Prüfungen sind stark an technische Gegebenheiten angebunden. Die Ausrichtung der Hochschule und damit der hochschulpolitische bzw. -strategische Einfluss kann spezifische Prüfungsgestaltungen hervorbringen, etwa mit Blick auf Musik, Sport, Kunst, Design oder Forstwirtschaft. In der Regel werden die an Hochschulen vorfindbaren Prüfungen aber von didaktischen und rechtlichen Elementen geprägt.

Das Zusammen- bzw. Wechselspiel von Prüfungsdiaktik und Prüfungsrecht ist dabei in mehrfacher Weise äußerst spannend. Erkennbar entspricht die wissenschaftliche bzw. praxisbezogene Aufarbeitung der Interdependenz dieser beiden Fachgebiete zueinander noch nicht ihrer grundlegenden Bedeutung für die tägliche Hochschulpraxis. Obwohl essenziell für die tägliche Arbeit, mangelt es erkennbar an Abhandlungen, die gerade die Interdependenz dieser beiden Bereiche zueinander näher beschreiben. Didaktik und Recht können einander unterstützen, ausschließen oder überlagern. Ein Element kann zudem die verändernde Anpassung des anderen bedingen oder begünstigen oder auch komplett ohne Einfluss auf das jeweils andere Element sein.

Diese Zusammenhänge und Verbindungen werden im Folgenden dargestellt. Nach einer Aufbereitung der wesentlichen didaktischen und prüfungsrechtlichen Grundlagen (II.) wird dabei das Verhältnis dieser beiden Mitspieler zueinander für praktisch wichtige Anwendungsformen von Online-Prüfungen aufgezeigt (III.). Die Darstellung der wesentlichen Ergebnisse rundet die Abhandlung ab (IV.).

### **II. Grundlagen**

Die Darstellung der Grundlagen erfolgt, entsprechend dem Zweck dieser Ausarbeitung, zunehmend verbundener und spezieller. Nach einer Grundlegung der wesent-

1 Oberbegriffe für Prüfungen werden oft als Prüfungsformen bezeichnet, s. *Jeremias*, jM 2018, 25 ff. Dem wird neuerdings der

Begriff des Prüfungstyps entgegengesetzt, s. *Morgenroth*, OdW 2021, 177, 182 ff.

lichen prüfungsrechtlichen (1.) und didaktischen (2.) Grundsätze erfolgt – erkennbar erstmalig – eine Einordnung der didaktischen Grundbegriffe in das Prüfungsrecht (3.). Sodann wird gerade das bislang wissenschaftlich so spärlich beleuchtete Verhältnis von Didaktik und Prüfungsrecht allgemein (4.) und speziell für Online-Prüfungen (5.) näher erarbeitet und für die konkreten Anwendungsformen vorbereitet.

### 1. Rechtsgrundlagen für Prüfungen

Im Ausgangspunkt wirkt das Prüfungsrecht rahmenbildend für die Prüfungsdidaktik. Es geht dabei entlang der Hierarchiekette zunehmend konkretisierender vor. Da die Europäische Union keine nennenswerten Gesetzgebungskompetenzen für das Hochschulprüfungsrecht innehat,<sup>2</sup> bildet das Grundgesetz den rechtlichen Ausgangspunkt. Die wesentlichen verfassungsrechtlichen Inhalte finden sich dabei in der Verantwortung der Hochschule aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG, ein funktionsfähiges Prüfungssystem aufzusetzen,<sup>3</sup> das Recht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG, ein Studium und Prüfungen nur so schwer zu gestalten, wie es für die Sicherung hinreichender Qualitätsanforderungen der Allgemeinheit erforderlich ist,<sup>4</sup> sowie in verfahrensmäßiger Hinsicht das Recht der Studierenden aus Art. 3 Abs. 1 GG, während des Prüfungsverfahrens die gleichen Chancen zu haben.<sup>5</sup> Diese Inhalte sind noch vage und stark interpretationsbedürftig. Konkretisiert werden sie durch gesetzliche Ausgestaltungen auf Landesebene, insbesondere die Landeshochschulgesetze, aber auch Rechtsverordnungen, etwa zum Datenschutz bei Prüfungen.<sup>6</sup> Oft enthalten die Landeshochschulgesetze dabei Mindestanforderungen für den Inhalt einer Prüfungsordnung.<sup>7</sup> Die letztendliche Gestaltung erfahren die Regelungen jedoch erst auf der Ebene der Hochschulen selbst. Hier können die Details wiederum auf verschiedene Weise ausgeformt sein, insbesondere durch die Prüfungsordnung, Prüfungspläne oder auch Modulbeschreibungen.

Aber selbst dieser Detaillierungsgrad im Lichte höherrangiger Vorgaben (etwa der Kompetenzorientierung

aus Art. 12 GG), z. B. als Angabe “Klausur 120 Minuten”, ist erst der Beginn der Gestaltungsmöglichkeiten und -verantwortung der Hochschule für die Prüfung. Wie viele Aufgaben werden gestellt? Auf welchem Schwierigkeitsgrad bewegen sich die Aufgaben? Sind die Aufgaben lang oder kurz, sind sie semantisch ausformuliert, formelhaft abgebildet oder visuell unterstützt? Soll in der Prüfung beschrieben, analysiert oder gestaltet werden? All diese Fragen beantwortet das Recht nicht – hier beginnt die Domäne der Prüfungsdidaktik. Insoweit bildet das Prüfungsrecht damit einen Rahmen, innerhalb dessen sich die Prüfungsdidaktik zu bewegen und den sie zu füllen hat.

Die Kehrseite des Charakters des Prüfungsrechts als (Orientierungs-)Rahmen ist gleichzeitig ebenfalls angelegt: Das Recht kann auch begrenzend für didaktische Bestrebungen wirken. Nicht jede gewünschte Niveaustufe einer Aufgabe in der Prüfung kann dem Maßstab von Art. 12 GG noch genügen, nicht jede pädagogisch vielleicht wünschenswerte Ausgestaltung einer Prüfung wird mit den Anforderungen an eine chancengleiche Durchführung der Prüfung vereinbar sein. Vor allem wenn didaktische Innovationen strukturelle Bedeutung für eine Hochschule haben, also in vielen Prüfungen angewendet werden sollen, kann dies eine organisatorische Überforderung der Hochschule sein, die sie deshalb ablehnt. Primär wirkt das Prüfungsrecht also unterstützend durch eine Rahmgebung, kann jedoch im Einzelfall auch Kreativität und Innovation einhegen.

### 2. Didaktische Grundbegriffe im Kontext von Prüfungen

Bekanntermaßen gibt es im Kontext der Prüfungsdidaktik eine Reihe von Gütekriterien für Prüfungen. Die in unserem Kontext wichtigsten sollen hier genannt werden. Die ersten drei stellen Hauptgütekriterien der klassischen Testtheorie dar und können ebenso im Kontext von Prüfungen angewendet werden:<sup>8</sup>

- Validität: Dieses beinhaltet die Gültigkeit der Prüfung als Leistungsmessung und besagt, dass eine Prüfung in dem Sinne gültig sein muss, dass durch diese ge-

2 Die wesentlichen Gesetzgebungskompetenzen der EU beschränken sich auf die EU-Forschungsförderung sowie die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten im Bildungsbereich, Art. 165 AEUV.

3 Ausführlich zur Verantwortung der Hochschule, das Wissenschaftssystem an sich zu organisieren BVerfG NVwZ 2011, 224 ff.; s. auch Sandberger, OdW 2020, 155, 156 m.w.N.

4 BVerfGE 13, 97 ff. – Handwerksrolle; Morgenroth, Hochschulstu-

dienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 49.

5 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., 2018, Rn. 2.

6 Beispielsweise § 9 ThürHdatVO (GVBl. 2019, 367).

7 Exemplarisch § 64 HG NRW oder § 32 des äußerst aktuellen LHG Ba-Wü.

8 Krapp/Weidenmann, Pädagogische Psychologie, Beltz, Weinheim, 2006, S. 535 ff.

nau das geprüft wird, was auch geprüft werden soll.<sup>9</sup> Validität ist ein zentrales Kriterium von Prüfungen und spielt auch im Kontext des Übergangs zu Online-Formaten aus didaktischer Sicht eine Rolle.

- **Objektivität:** Ein Ergebnis einer Prüfung soll nicht von der Person des Prüfenden abhängen<sup>10</sup>. Dies spielt auch im Kontext von Online-Prüfungen eine Rolle, etwa im Kontext der automatisierten Auswertung von Aufgaben.

- **Reliabilität:** Bei wiederholter Durchführung einer Prüfung soll es beim selben Prüfling zum selben Resultat kommen.<sup>11</sup> Auf dieses Kriterium wird später im Rahmen der Anpassung von Prüfungen an Online-Formate Bezug genommen werden.

- **Transparenz:** Diese gehört nicht zu den drei Hauptgütekriterien im Sinne der testtheoretischen Qualität der Prüfung, spielt jedoch im Rechtlichen ebenso wie in Bezug auf die Wechselwirkung zwischen Lernzielen, Lernprozess und Prüfungsaktivitäten eine Rolle,<sup>12</sup> welches im Folgenden genauer dargestellt wird.

Neben der Anwendung prüfungsdidaktischer Gütekriterien auf Prüfungen spielt aus didaktischer Sicht die Kompetenzorientierung von Prüfungen eine zentrale Rolle. Mittelbar steht dieser Aspekt auch in Verbindung zum Bologna-Prozess, im Rahmen dessen auch eine vermehrte Kompetenzorientierung von Studiengängen intendiert wurde. Wichtiger Baustein für die Möglichkeit der Umsetzung vermehrter Kompetenzorientierung ist das Prüfen im Kontext von Modulen. Innerhalb eines in sich geschlossenen Moduls sollen abgegrenzte und klar definierte Kompetenzen durch die Lernenden erworben werden<sup>13</sup>. Um diese Intention umsetzen und Prüfungen als wesentliches Element für die Kompetenzorientierung integrieren zu können, kann das Prinzip des „Constructive Alignment“ unterstützend wirken. Dieses kann zur didaktischen Gesamtkonzeption eines Moduls eingesetzt werden. Constructive Alignment basiert auf dem Gedanken, dass die durch die Lehrenden anvisierten Lernziele, die Lehr- und Prüfungsinhalte sowie die Lehr-

und Prüfungsmethoden in geeigneter Weise aufeinander abgestimmt sind.<sup>14</sup> Hierbei müssen zum einen Lehrinhalte und -methoden so gewählt werden, dass im Rahmen des Lernprozesses während der Lehrveranstaltung das Erreichen der Lernziele möglich ist. Die Prüfungsinhalte und -methoden wiederum sind so zu wählen, dass durch die Prüfung auch tatsächlich gemessen wird, inwieweit die angestrebten Lernziele erreicht wurden. Letzteres bewirkt insbesondere, dass auch diejenigen Studierenden, für die hauptsächlich die Prüfungsleistung im Vordergrund steht, daran interessiert sind, die von den Lehrenden intendierten Lernziele zu erreichen.<sup>15</sup> Durch diesen Ansatz, welcher auch die Kompetenzorientierung im Rahmen von Prüfungen explizit in die Gesamtkonzeption von Lehrveranstaltungen mit einbezieht, wird insgesamt also eine kompetenzorientierte Ausbildung im Studium durch Prüfungsaktivitäten unterstützt.

Ein etablierter Ansatz zur praktischen Umsetzung und Überprüfung des Constructive Alignment basiert darauf, Lernziele, Elemente der Lernaktivitäten sowie Elemente von Prüfungen in der Taxonomie-Matrix nach Anderson und Krathwohl (TAMAS)<sup>16</sup> zu verorten. Diese Matrix verfügt über eine zweidimensionale Struktur, wobei die horizontale Dimension sich auf die kognitive Prozessdimension bezieht und vertikal die Wissensdimension erfasst wird.

Abbildung 1: Taxonomie-Matrix nach Anderson und Krathwohl, 2001, eigene Darstellung nach Anderson/Krathwohl. S. Fußn 16.

Wissensdimension	kognitive Prozessdimension					
	1. Erinnern	2. Verstehen	3. Anwenden	4. Analysieren	5. Evaluieren	6. Kreieren
A. Faktisch						
B. Konzeptionell						
C. Prozedural						
D. Metakognitiv						

9 Stielor, Validität summativer Prüfungen. Janus, Bielefeld, 2011, S. 26.

10 Timnefeld, Einführung in die Prüfungsdidaktik, in: In Apostopoulos/Schulz, Coy (Hrsg.), Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens. Waxmann, Münster, 2015, S. 37.

11 Schaper/Hilkenmeier, Umsetzungshilfen für kompetenzorientiertes Prüfen, HRK, 2013, verfügbar unter <https://www.hrk-nexus.de/fileadmin/redaktion/hrk-nexus/07-Downloads/07-03-Material/zusatzgutachten.pdf>, S. 40, zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021:

12 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 38.

13 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 7.

14 Biggs, John B., 2014. Constructive alignment in university teaching. In: HERDSA Review of Higher Education, 1, S. 5 – 22; verfügbar unter: <http://www.herdsa.org.au/herdsa-review-higher-education-vol-1/5-22>, passim – zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

15 Biggs/Tang, Teaching for Quality Learning at University, McGraw Hill, Maidenhead, 2011, S. 197 f.

16 Anderson/Krathwohl, A taxonomy for learning, teaching and assessing, Longman, New York, 2001, S. 27 ff.

Zentraler Gedanke hierbei ist es, dass die Stufen beider Dimensionen aufeinander aufbauen. Daraus folgt im Kontext von Prüfungen, dass ein Element einer Prüfung nicht in einer höheren Niveaustufe angesiedelt sein kann als die zugehörigen Elemente aus Lehrinhalten und -methoden. Hierbei ist anzumerken, dass im Rahmen eines Moduls Elemente generell in unterschiedlichen Feldern der Matrix verortet sein können – beispielsweise kann eine angestrebte Kompetenz die Wiedergabe von Faktenwissen eines Inhaltsbereiches sein, zum Beispiel das Benennen der Elemente eines Bauteils im Rahmen der ingenieurwissenschaftlichen Ausbildung. Eine weitere Kompetenz könnte den eigenständigen Entwurf und die Analyse eines anderen Bauteils umfassen. Insgesamt können also im Rahmen einer Veranstaltung verschiedene Niveaustufen für verschiedene Lernziele adressiert werden, für eine entsprechende Prüfungsaufgabe müssen aber in passenden Niveaustufen angesiedelte zugehörige Lehr- und Lernaktivitäten vorhanden sein. Dies hat auch direkten rechtlichen Bezug, denn aus Art. 12 Abs. 1 GG erwächst der Anspruch eines Prüflings, dass eine Prüfung nicht zu schwer werden darf.<sup>17</sup> Die Ansiedlung von Prüfungsaktivitäten in höheren Niveaustufen als die Lernaktivitäten könnte hierbei relevant sein, wenngleich wegen des Bewertungsspielraums des Prüfers auch eher in extremen Ausprägungen.

Die Anwendung des Constructive Alignment unterstützt ebenfalls allgemeine Kriterien, die aus prüfungsdiaktischer Sicht an die Güte einer Prüfung anzulegen sind. Zum einen wird durch die Abstimmung der Prüfungsaktivitäten auf die Lernaktivitäten und Lernziele das Kriterium der Validität einer Prüfung begünstigt.

Ebenso kann durch den Einsatz von Constructive Alignment die Transparenz von Prüfungen erhöht werden; denn da hierdurch ein direkter Bezug zwischen Lehr- und Prüfungsinhalten hergestellt ist, kann dieser den Lernenden auch entsprechend kommuniziert werden.

Die Objektivität kann ebenso durch Constructive Alignment unterstützt werden, als diese umso mehr gewährleistet wird, als festgelegte Kriterien für die Bewertung von Prüfungen vorhanden sind. Die Orientierung der Bewertung an definierten Lernzielen ermöglicht eine entsprechende kriterienbasierte Bewertungsnorm.<sup>18</sup>

Als ein weiterer didaktischer Aspekt von Prüfungen, der später im Kontext auf die Umstellung auf Online-

Formate eine Rolle spielt, soll hier noch die Thematik verschiedener Aufgabenformate genannt werden. So wird zwischen offenen und geschlossenen Aufgabenstellungen unterschieden, wobei erstere Spielräume für die Antwort zulassen, während bei geschlossenen Aufgaben die Antwortmöglichkeiten feststehen. Während sich hierbei zum einen Aspekte hinsichtlich der ökonomischen Auswertbarkeit durch Prüfende ergeben können,<sup>19</sup> ebenso wie in Bezug auf die Objektivität der Bewertung<sup>20</sup>, besteht auch ein Bezug zu Anforderungen an den Prüfling. So geht mit einem höheren Grad an Offenheit tendenziell ebenso eine verstärkte Anforderung an Studierende einher, konstruktive Leistungen im Rahmen der Lösungserstellung zu erbringen.<sup>21</sup>

### 3. Didaktische Grundbegriffe für Prüfungen aus rechtlicher Sicht

Die soeben vorgestellten Grundbegriffe der Prüfungsdiaktik haben überwiegend auch prüfungsrechtliche Pendanten bzw. Gegenstücke.

#### a. Objektivität

So lässt sich durch die prüfungsrechtlichen Gebote der Sachlichkeit und Fairness ein gewisses Grundmaß an Objektivität herstellen. Hieraus ist der Prüfer nämlich verpflichtet, ausschließlich die Prüfungsleistung zur Bewertungsgrundlage heranzuziehen und mit gebotener professioneller Distanz zu bewerten.<sup>22</sup> Das Ideal der Objektivität, nämlich die Erreichung der gleichen Bewertung durch mehrere Prüfende, lässt sich rechtlich aber wahrscheinlich nur in automatisierten Antwortstrukturen wie dem Antwort-Wahl-Verfahren realisieren. Denn dem Prüfenden steht ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Bewertungsspielraum zu.<sup>23</sup> Sobald eine Prüfung interpretationsbedürftige Leistungen beinhaltet, steht dieser Bewertungsspielraum einer hohen Objektivität entgegen. Insofern stützt die prüfungsrechtliche Sachlichkeit und Fairness die prüfungsdiaktische Objektivität, während der Bewertungsspielraum des Prüfenden ihr tendenziell entgegensteht.

#### b. Transparenz

Auch das didaktische Gebot der Transparenz, also die Erkennbarkeit der Verbindung von Lehr- und Prüfungsinhalten, wird prüfungsrechtlich gestützt, wenn auch – dem Zweck des Rechts entsprechend – in etwas anderer

17 S. oben Fußn. 4.

18 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 38.

19 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 30.

20 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 52.

21 Gaus, Handreichung der Prüfungswerkstatt: Kompetenzorien-

tiertes Prüfen, Zentrum für Qualitätssicherung und -entwicklung, Mainz, 2018, S. 8.

22 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fußn. 5, Rn. 328 ff.

23 Morgenroth oben, Fußn. 4, Rn. 530 ff.

Form. Diese Verbindung wird durch die Zweck-Mittel-Relation von Studium und Prüfung hergestellt: Die Prüfung ist das Mittel, das den Zweck des hinreichenden Kompetenzerwerbs im Modul sicherstellen soll. Denknotwendig müssen deshalb inhaltliche Verbindungen zwischen den Lehrinhalten und den Prüfungsinhalten bestehen. Während die Didaktik jedoch diese Verbindung zum Gewinn der Lernenden anstrebt, richtet sich das Recht primär am Schutz der Allgemeinheit aus: Kompetenzerwerb dient hinreichender Qualitätssicherung in der Berufsausübung. Dass die Prüfung die Lehrinhalte nach Inhalt und Substanz gut trifft, dient also nicht primär dem Studierenden, sondern der Allgemeinheit. Insofern ist die eben beschriebene Zweck-Mittel-Relation inhaltlich näher am didaktischen Gehalt der Inhaltsvalidität einer Prüfung<sup>24</sup> als am Gebot der Transparenz.

### c. Reliabilität

Die didaktische Dimension der Reliabilität, also der Reproduzierbarkeit des Prüfungsergebnisses, findet dagegen prüfungsrechtlich keine Entsprechung. Das Recht bietet hier einen dankbar weiten Rahmen, innerhalb dessen der Prüfer agieren darf und soll. Solange die Fragen nicht außerhalb des zu prüfenden Fachgebiets liegen, nicht zu schwer sind und nicht gegen allgemeine Gebote der Logik verstoßen, ist der Prüfende rechtlich in der Wahl seiner Prüfungsinstrumente frei. Eine reliable Prüfung wird durch das Prüfungsrecht deshalb bestenfalls in Grundzügen begleitet und unterstützt.

### 4. Allgemeine Wechselwirkungen zwischen Recht und Didaktik

Nach der Analyse der Beziehung zwischen didaktischen Gütekriterien und prüfungsrechtlichen Aspekten sollen nun Wechselwirkungen zwischen ihnen aufgezeigt werden und die damit verbundene Dynamik zwischen Modulkonzeptionen und rechtlichem Rahmen in den Blick genommen werden.

Zum einen kann eine didaktisch induzierte Anpassung des rechtlichen Rahmens für Prüfungen erfolgen. Im Rahmen einer Modulkonzeption unter Berücksichtigung des Prinzips des Constructive Alignment kann es neben der konkreten inhaltlich-methodischen Ausge-

staltung einer Prüfung auch auftreten, dass im Sinne der Kompetenzerreichung eine Umstellung von Prüfungsart oder -form notwendig wird. Wird während des Abstimmungsprozesses deutlich, dass etwa Kompetenzen hoher Komplexität auf einer hohen Niveaustufe der Wissens- oder Prozessdimension angestrebt sind, könnte es zum Beispiel notwendig sein, die Prüfungsart von einer Klausur in eine Hausarbeit umzuwandeln, weil im Rahmen der Hausarbeit eine vertiefere Darstellung komplexer Zusammenhänge erfolgen kann als im Rahmen einer zeitlich begrenzten Klausur.

Umgekehrt können rechtliche Vorgaben zu einer bestimmten Gestaltung der Prüfung - möglicherweise sogar ungewollte - didaktische Konsequenzen haben. Dies ist etwa der Fall, wenn die Prüfungsart des Antwort-Wahl-Verfahrens vorgegeben ist, wie sich beispielsweise bei Prüfungen im Bereich der Medizin beobachten lässt. Hierdurch werden Aspekte der Objektivität und der Reliabilität der Prüfung akzentuiert, andere Möglichkeiten aber dem Gestaltungsspielraum des Prüfenden zu Lasten der Validität der Prüfung entzogen. Gerade die Corona-Situation kann mit ihren vielfältigen rechtlichen Implikationen außerdem bedingen, dass Prüfungen nicht als schriftliche Präsenzprüfungen, sondern als alternative Prüfungsleistungen<sup>25</sup> abgelegt werden müssen. Alternative Prüfungsleistungen sind in verschiedenartigsten Formen denkbar, so dass sich hier didaktische Notwendigkeiten entgegengesetzt zur obigen Multiple-Choice-Konstellation ergeben: Eine sehr variable didaktische Einsatzbreite fördert den Einsatz kreativer, inhaltlich passgenauer Prüfungsgestaltungen, die zugunsten der Validität, möglicherweise aber etwas auf Kosten von Objektivität oder Reliabilität der Prüfung wirken.

Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, dass rechtliche Änderungen auch aus dem Wandel höherrangiger Vorschriften oder deren Interpretation durch die Gerichte stammen können. Das Gebot der ständigen Studienreform<sup>26</sup> für die Hochschulen bewirkt insbesondere für die Landeshochschulgesetze regelmäßige Anpassungen, die oft in den Bereich von Studium und Prüfung hineinragen. Aktuell sind hierbei vor allem die landesrechtliche Etablierung von Online-Prüfungsformaten sowie deren datenschutzrechtliche Absicherung zu beobachten.<sup>27</sup> Dies wirkt sich zwangsläufig auf die nieder-

24 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 41 f.

25 Beispiele für Prüfungsarten, für die eine Präsenz entbehrlich ist, sind etwa Essays oder Portfolios.

26 § 8 HRG, adaptiert beispielsweise in Bayern in

Art. 55 BayHSchG.

27 Den Ausgangspunkt bildete hierbei die Bayrische Fernprüfungs-Erprobungs-Verordnung (BayFEV) vom 16.9.2020 (GVBl. S. 570).

rangigen Prüfungsvorschriften der Hochschulen aus, die coronabedingt in Sondersatzungen<sup>28</sup> oder auch in Beschlüssen der jeweiligen Rektorate der Hochschulen<sup>29</sup> bestehen können.

##### 5. Wechselwirkungen von Recht und Didaktik im Rahmen der Corona-Pandemie

Die Corona-Pandemie hat nicht nur massive Auswirkungen auf den Lehrbetrieb an Hochschulen, welcher weitgehend auf Online-Formate umgestellt wurde. Ebenso wurden Prüfungen von etablierten Präsenz- auf Online-Formate umgestellt. Im Zuge dessen erfolgte beispielsweise durch pandemiebedingte Satzungen an Hochschulen eine kurzfristige Flexibilisierung des rechtlichen Rahmens für Prüfungen. Dies beinhaltete neben Verlängerungen von Fristen auch kurzfristige Änderungen von Prüfungsarten und -formen. Hierbei sind mögliche Wechselwirkungen von rechtlichen und didaktischen Fragestellungen in zwei Richtungen zu beachten.

Zum einen besteht die Möglichkeit, durch veränderte Bedingungen des Lernprozesses andere Prüfungsformen oder -arten anzuwenden. Dies können zum Beispiel Veränderungen sein, die sich anhand von veränderten Möglichkeiten zur Interaktion<sup>30</sup> durch die Umstellung auf Online-Lehre ergeben können. So könnte es beispielsweise sein, dass praktische Kompetenzen in der Regel in Präsenz als Labortätigkeiten erworben werden und in Form eines Laborscheins bestätigt werden. Kann dies nicht vor Ort stattfinden, so könnte hier zum Beispiel auf andere Arten des Leistungsnachweises, wie Berichte zum Praktikum, ausgewichen werden. Findet im Rahmen von Labortätigkeiten zum Beispiel auch eine Reflexion in Form von Gesprächen vor Ort statt, so kann dies auch in eine andere Prüfungsart, wie etwa das Portfolio,<sup>31</sup> verlagert werden. Dadurch wird also ein Aufweiten des rechtlichen Rahmens für Prüfungsformen induziert.

Zum anderen kann es allerdings sein, dass aufgrund von rechtlichen Notwendigkeiten Prüfungen nicht in der eigentlich vorgesehenen Weise stattfinden können, beispielsweise aufgrund von infektionsschutzrechtlichen Gegebenheiten. Kann etwa eine Klausur in Präsenz nicht stattfinden, und steht keine Möglichkeit zur Verfügung, stattdessen eine Online-Klausur anzubieten, kann es er-

forderlich sein, dass auf andere Prüfungsformen oder -arten ausgewichen wird.

Didaktisch begrenzend könnten an dieser Stelle wiederum die Erfordernisse im Zusammenhang des Constructive Alignment wirken. Gerade im ersten Corona-Semester war der Umstieg auf Lehrformen, die eine Passfähigkeit zu anderen Prüfungsformen gewährleisten, möglicherweise noch nicht vollständig vollzogen. Eine „neue Prüfung“ auf eine „alte Lehrveranstaltung“ anzuwenden, könnte vor diesem Hintergrund didaktisch bedenklich gewesen sein, etwa, wenn man anstelle einer Klausur, die den Fokus auf das Wiedergeben von Faktenwissen legt, ein Portfolio verwendet mit umfangreichen Reflexionsbestandteilen. Mit zunehmender Dauer der Pandemie sollten aber auch zunehmend Prozesse der Angleichung von Lernprozess und Prüfungsaktivitäten möglich sein.

Die Corona-Zeit kann deshalb gewissermaßen als ein Sinnbild für den Ping-Pong-Prozess von Didaktik und Recht gesehen werden: Lehre (Didaktik) bietet Grundlagen für Prüfung (Recht), dieses wiederum gibt Impulse in Richtung der Lehrdidaktik – mit der Prüfungsdidaktik durch das Constructive Alignment systematisch verschmolzen.

Wie bereits ausgeführt hat die Corona-Pandemie weite Möglichkeiten für innovative Prüfungsgestaltungen eröffnet. Diese haben im Interesse zeitnaher Regelungssicherheit und in Ermangelung wissenschaftlicher Aufarbeitung struktureller Grundlagen eine Vielzahl von Begriffen erhalten, etwa Fernenprüfungen, Distanzprüfungen, virtuelle Prüfungen, e-Prüfungen, Klausur@home oder Online-Prüfungen.<sup>32</sup> Vor allem haben aber bereits etablierte Online-Prüfungsformate, etwa die Open-Book-Prüfung oder das Take-Home-Exam, rapide und intensive Verbreitung gefunden. Denn so war es den Hochschulen möglich, wenigstens auf einige Vorerfahrungen zurückzugreifen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Durchführungsart als Online-Variante kein eigenständiger Prüfungstyp, sondern bestenfalls eine besondere Gestaltungsvariante der jeweiligen Prüfung ist. Denn die mit dem jeweiligen Prüfungstyp, etwa der schriftlichen oder der mündlichen Prüfung, einhergehenden Risikopotenziale sind in den jeweiligen Online-Gestaltungen so hinreichend vergleichbar, dass die Online-Durchfüh-

28 So bietet beispielsweise das Thüringer Corona-Pandemie-Gesetz (ThürCorPanG – zuletzt geändert am 23.3.2021, GVBl. S. 115) in Art. 6 § 1 eine Ermächtigung für die Thüringer Hochschulen, Sondersatzungen mit abweichenden Regelungen zu erlassen.

29 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung für NRW vom 17.4.2020 (GVBl. S. 297).

30 *Bohnenkamp et al*, Online-Lehre 2020 – Eine medienwissenschaftliche Perspektive, Hochschulforum Digitalisierung,

2020. Verfügbar unter [https://mediarep.org/bitstream/handle/doc/15833/HFD\\_DP\\_10\\_Online-Lehre\\_2020\\_Eine\\_medienwissenschaftliche\\_Perspektive.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://mediarep.org/bitstream/handle/doc/15833/HFD_DP_10_Online-Lehre_2020_Eine_medienwissenschaftliche_Perspektive.pdf?sequence=1&isAllowed=y), S. 4 – zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

31 *Ulrich*, Gute Lehre in der Hochschule, Springer, Wiesbaden, 2016, S. 172.

32 *Morgenroth*, OdW 2021, S. 177, 182.

zung mit der Regelung zum jeweiligen Prüfungstyp noch erfasst werden kann.<sup>33</sup> Veränderte rechtliche Gegebenheiten außerhalb des Prüfungsrechts, etwa datenschutzrechtliche und urheberrechtliche Belange oder Aspekte des Persönlichkeits- bzw. Privatsphärenschutzes, lassen eigenständige Regelungen von Online-Varianten der Prüfungen in der Prüfungsordnung dennoch als erforderlich erscheinen, soweit dies noch nicht geschehen konnte.<sup>34</sup>

### III. Anwendung des Verhältnisses von Didaktik und Recht auf verschiedene Varianten von Online-Prüfungen

Seit Beginn der Corona-Pandemie wurden in kurzer Zeit verschiedenartige Formen von Online-Prüfungen eingesetzt. In diesem Zusammenhang ergaben und ergeben sich zahlreiche Fragen zu praktischen, technischen und rechtlichen Aspekten bei der Umsetzung von Online-Prüfungen. In diesem Abschnitt werden sich ergebende rechtliche und didaktische Fragen sowie deren Wechselwirkungen im Zusammenhang konkreter Beispiele erörtert.

Allen nachfolgend beschriebenen Prüfungsformaten ist dabei eine Interdependenz dreier Elemente gemeinsam. Prüfungsrechtlich hat die Hochschule sicherzustellen, dass das Prüfungsverfahren chancengleich im Sinne von Art. 3 GG abläuft, insbesondere also bestehende Täuschungspotenziale hinreichend verhindert werden können. Die coronabedingte Beaufsichtigung von Ferne generiert dabei veränderte, tendenziell verringerte Beaufsichtigungsmöglichkeiten für die Hochschulen und neue Täuschungspotenziale für die Prüflinge.<sup>35</sup> Dem kann einerseits prüfungsdidaktisch begegnet werden, etwa durch Fragestellungen, für deren Beantwortung Hilfsmittel nicht zielführend sind, in den Grenzen, die das Gebot der Validität der Prüfung stellt. Andererseits setzt das Daten- bzw. Persönlichkeitsschutzrecht einer faktischen bzw. didaktischen Ausgestaltung von Online-Prüfungen ebenfalls Grenzen, die sich wiederum auf das Verhältnis von Prüfungsrecht und Prüfungsdidaktik auswirken können.

Speziell zum Verhältnis von Prüfungsrecht und Datenschutzrecht sei vorab außerdem wenigstens grundlegend angedeutet, dass ein Verstoß gegen das Daten-

schutzrecht das Prüfungsverfahren nicht automatisch rechtswidrig werden lässt. Stattdessen stellt ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Regelungen einen Verfahrensverstoß nach § 46 Landes-VwVfG dar. Danach kann Unbeachtlichkeit des Verfahrensfehlers immerhin dann vorliegen, wenn offensichtlich ist, dass dieser Fehler die Entscheidung, hier wohl die Bewertung der Prüfung, nicht beeinflusst hat. Dies kann sicherlich abschließend nur im jeweiligen Einzelfall bestimmt werden. Tendenziell lässt sich aber eine Unterscheidung zwischen durchführungsnahen und durchführungsfernen Datenschutzverstößen ausmachen. Beispielsweise wird es sich für einen Prüfling nur sehr schwer begründen lassen, er hätte statt der Note 4 die Note 2 bekommen müssen, weil es die Hochschule unterlassen hat, eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO vorzunehmen, die gegebenenfalls durch die Vielzahl der Verarbeitungen biometrischer Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO erforderlich ist. Wenn dagegen der Prüfling im Rahmen der Identitätskontrolle - wie sich später herausstellt, fälschlicherweise - ein Ausweisdokument vorzuhalten hatte, über welches er nicht verfügt, das inhaltlich im Ergebnis auch nicht erforderlich und ihm gegenüber vorher auch nicht kommuniziert worden war, so liegt deutlich näher, dass die Leistung des Prüflings an diesem Umstand gelitten haben könnte und bei datenschutzkonformer Handhabung der Prüfung eine andere Bewertung die Folge gewesen wäre.

#### 1. Aspekte zur Beaufsichtigung von Online-Prüfungen und mögliche didaktische Maßnahmen im Hinblick auf Täuschungspotential

Eine Beaufsichtigung von Prüfungen anders als durch eine Aufsichtsperson in Präsenz hat zwangsläufig IT-Strukturen zu integrieren. Daraus ergeben sich eine Reihe von organisatorischen, technischen, didaktischen und rechtlichen Sonderfragen. Die Hochschulen hatten auf diese Fragen in sehr kurzer Zeit tragfähige Antworten zu finden. Nicht immer war es deshalb möglich, in der Multidimensionalität dieser neuen Anforderungen in der Kürze der verfügbaren Zeit vollständig abgerundete Praktiken zu etablieren. Nun, da es erste Erfahrungen gibt und die Hochschulen darüber nachdenken können, welche der Lösungen aus der Experimentierphase der Vergangenheit mittel- bzw. langfristig übernommen

33 So die renommierten Richter und Referenten für Prüfungsrecht *Fischer* und *Dieterich* anlässlich eines Webinars zum Recht der Online-Prüfungen am 30.11.2020, an dem der Autor *Morgenroth*

teilgenommen hatte.

34 *Morgenroth*, oben Fußn. 32, a.a.O.

35 OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021, Az. 3 MR 7/21.

werden können, bietet sich eine gute Gelegenheit, sich die Facetten dieser neuen Durchführung von Prüfungen noch einmal anzusehen und gegebenenfalls geringfügige Anpassungen vorzunehmen.

Zunächst war der Bedarf für die erforderlichen IT-Strukturen organisatorisch zu bestimmen. Wie viele Prüfungen hatten online durchgeführt zu werden und konnten etwa nicht durch Reduzierung der Größe, Veränderung der Prüfungsart, beispielsweise in Alternative-Prüfungsformate, oder durch Verschiebung des Prüfungszeitraums verändert werden? Stand dies fest, so konnten die Hochschulen bestimmen, welche Qualitäts- und Leistungsanforderungen die erforderlichen IT-Strukturen aufweisen mussten, also beispielsweise eine vollständige Beaufsichtigung oder die Aufsicht über gelegentliche Fotos der Prüflinge. Im Rahmen dieser Bestimmung spielten rechtliche Aspekte des Datenschutzes, Persönlichkeitsschutzes (Privatsphäre, Wohnung) oder des Urheberschutzes ebenso eine Rolle wie organisatorische Elemente, das System rechtzeitig beschaffen und die relevanten Beteiligten (technisches Personal, Prüfungsaufsicht, Studierende) hinreichend in das System einführen zu können. In technischer Hinsicht stellen sich vor allem Fragen der sicheren und nachhaltigen Implementierung des Systems, flankiert durch Elemente des technischen Datenschutzes und der Informationssicherheit. Daneben war, teilweise in zeitintensiver, mühevoller Kleinarbeit, das System in die technische Grundarchitektur der jeweiligen Hochschule einzuweben und für die vorhandenen Anforderungen je nach Prüfungsform und inhaltlicher Ausrichtung der Hochschule vorzubereiten.

Im Folgenden werden mögliche didaktische Maßnahmen diskutiert, um veränderten Aufsichtsbedingungen bei Online-Klausuren im Vergleich zu Präsenzklausuren durch Modifikationen derselben zu begegnen, mit dem Ziel, Täuschungspotentiale zu verringern. Grundsätzlich ist die Minimierung des Täuschungspotentials aus prüfungsdidaktischer Sicht geboten, weil durch die Zunahme unerlaubter Hilfsmittel die Validität nicht mehr gegeben ist – intendiert ist mit einer Klausur mit beschränkten Hilfsmitteln ja eine Messung der Kompetenzen der Prüflinge, wenn bestimmte Hilfsmittel nicht zur Verfügung stehen. Die Möglichkeit der Hinzunahme verfälscht damit möglicherweise die Messung. Dazu

kommen Möglichkeiten der Täuschung durch den Austausch mit anderen Teilnehmenden der Prüfung oder anderen Personen. Kann die Aufsicht im virtuellen Raum also nicht in adäquater Weise dahingehende Täuschungen sicherstellen, werden eine Reihe möglicher Maßnahmen in Beziehung gesetzt zu didaktischen Gütekriterien und dem Prinzip des Constructive Alignment sowie die konkreten Auswirkungen auf das Täuschungspotential. Mögliche Maßnahmen umfassen beispielsweise:

a) Das Erhöhen der Aufgabenzahl im Vergleich zu anderen Jahrgängen

Diese Maßnahme wirkt hinsichtlich des Täuschungspotentials sowohl, was den möglichen Austausch mit anderen Personen anbelangt, als auch die Hinzunahme von Rechercheergebnissen anhand von Unterlagen, da der zeitliche Rahmen dafür enger wird. Dies kann sich generell positiv auf die Reliabilität einer Prüfung auswirken, da eine Erhöhung der Aufgabenzahl gleichartiger Aufgaben generell mit einer höheren Testgenauigkeit einhergeht.<sup>36</sup> Sofern zusätzliche Aufgaben per se valide sind, ist zunächst keine Auswirkung auf die Validität zu erwarten. Wird die Anzahl zu stark erhöht, könnte allerdings wieder ein Messfehler im Bereich der Validität hinzukommen, indem die Schnelligkeit bei der Bearbeitung als zusätzliches Kriterium einbezogen oder stärker als gewöhnlich gewichtet wird<sup>37</sup>. Bei der Klärung, ob die Schnelligkeit bei der Beantwortung ein (zusätzlicher) Aspekt sein sollte, bietet sich hier daher an, einen Rahmen für zusätzliche Aufgaben auszuschöpfen, der im Regelfall von den Prüflingen zeitlich ungenutzt bleibt.

Prüfungsrechtlich ist eine quantitative Variierung der Intensität der Prüfungsanforderungen grundsätzlich zulässig. Sie kann im Wege der ständigen Studienreform sogar angezeigt sein, wenn die Anforderungen an bestimmte Kompetenzen mit Blick auf die mit der beruflichen Qualifizierung verbundenen typischen Berufsbilder steigen, etwa im Bereich der IT.

Diese Erhöhung der Prüfungsintensität erfährt allerdings einige Grenzen in den Rechten der Studierenden. Die Rechte aus Art. 12 GG gebieten etwa, dass die Prüfungsanforderungen den Zweck der Prüfung, ein bestimmtes Kompetenzniveau zu erreichen, nicht verfehlen dürfen. Eine Erhöhung der Anzahl der Aufgabenstel-

36 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 40.

37 Stieler, oben Fußn. 9, S. 113.

lungen darf deshalb das im Modul eingelegte Kompetenzniveau nicht wesentlich übersteigen.

#### b) Das Mischen von Aufgaben

Diese Maßnahme wirkt hauptsächlich Vorteilen entgegen, die durch Austausch Studierender untereinander entstehen können, nicht jedoch, was die Hinzunahme unzulässiger Unterlagen anbelangt.

Generell sind hier hinsichtlich didaktischer Gütekriterien Reliabilität, Objektivität und Transparenz sowie im Hinblick auf Constructive Alignment aus unserer Sicht keine Auswirkungen zu erwarten.

Was die Validität anbelangt, so können sich möglicherweise Änderungen ergeben, falls durch veränderte Reihung von Aufgaben zusätzlich die Wahl der Strategie für die Reihenfolge der Bearbeitung hinsichtlich der erbrachten Leistung relevant wird. Zu beachten ist daher, dass eine didaktisch sinnvolle und weitgehend äquivalente Reihung von Aufgaben in allen Varianten gegeben bleibt.

Bei bestimmten Arten von Online-Prüfungen kann eine Mischung möglicherweise auch automatisiert erfolgen, im Fall von manuell erstellten Prüfungen ist hierbei ein Mehraufwand durch die Prüfenden zu bewältigen.

Das Mischen von Aufgaben begegnet ebenfalls keinen grundsätzlichen prüfungsrechtlichen Bedenken. Lediglich im Falle einer technischen Störung kann eine Teilbewertung der Prüfung - für die bis zur Störung erbrachten Leistungen - ausscheiden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Prüfungsaufgaben in didaktischer Niveaustufe oder inhaltlichem Schwierigkeitsgrad stark variieren. Denn dann kann Umfang bzw. Intensität der von den Prüflingen gezeigten Kompetenzen in einem Maße abweichen, dass sowohl prüfungsrechtlich eine chancengleiche Bewertung als auch prüfungsdidaktisch eine hinreichende valide Prüfung nicht mehr vorliegt. Dies wird sich aller Voraussicht nach aber auf Einzelfälle beschränken. Denn die Bewertung einer Prüfung an sich, ob mit oder ohne Randomisierung von Aufgaben, kann insgesamt nur ab einem gewissen Anteil an abgeleiteter Prüfung erfolgen, weil sonst nicht genug vom abzuprüfenden Kompetenzportfolio tatsächlich erfasst ist und damit die Validität einer Prüfung nicht mehr gegeben ist.

#### c) Das geringfügige Abwandeln von Aufgaben im Rahmen mehrerer Varianten derselben Prüfung

Dies verringert hauptsächlich die Möglichkeiten zum Austausch der Prüflinge untereinander. Sofern die Veränderungen so geringfügig sind, dass sich weder an der

Art der geprüften Kompetenzen noch der Niveaustufe etwas ändern, sind hier keine Auswirkungen auf die Gütekriterien zu erwarten. Als Beispiel könnte hier angeführt werden etwa das Anpassen von Zahlen im Bereich einer Aufgabe aus der Mathematik, wobei das Lösungsverfahren dasselbe bleibt. Zu beachten im Hinblick auf die Ökonomie ist hier, dass sich ein Mehraufwand für den Prüfenden ergibt.

Prüfungsrechtlich geht die Einschätzung hier mit den didaktischen Erwägungen einher. Solange die Variierung einzelner Komponenten weder Kompetenz noch Niveaustufe entscheidend verändert, sind auch Chancengleichheit des Verfahrens und Grenzen des zulässigen Prüfungsstoffs gewahrt. Eine zu starke Abweichung könnte diese prüfungsrechtlichen Grundsätze jedoch verletzen.

#### d) Die generelle Modifikation von Aufgaben zu einem höheren Grad an Offenheit

Beispielsweise kann man sich vorstellen, dass dies erfolgt, indem eine Aufgabe vom Auswahlformat in ein Format ohne vorgegebene Antwortmöglichkeiten umgewandelt wird, wo die korrekte Lösung eigenständig formuliert wird. Diese Maßnahme wirkt sowohl hinsichtlich des Austausches mit anderen Prüfungsteilnehmenden, ebenso wie auf die Hinzunahme unerlaubter Unterlagen. Wirksamkeit bezüglich des erstgenannten Aspektes ist allerdings vermutlich erst zu erzielen, wenn die Antwort nicht nur sehr kurz ist, denn eine sehr kurze Antwort auf eine offene Frage kann ebenso problemlos weitergegeben werden. Beim Austausch von geschlossenen gegen offene Fragen ist zu beachten, dass im Sinne des Constructive Alignment die Passfähigkeit von Prüfung und Lernprozess erhalten bleibt und mit offenen Frageformaten nicht Niveaustufen adressiert werden, die im Lernprozess nicht erreicht wurden. Auch könnte es, trotz erhaltener Passfähigkeit, zu einer generellen Verschiebung des Schwierigkeitsgrades einer Prüfung kommen, weil man beispielsweise Aufgaben aus niedrigen Niveaustufen durch Aufgaben aus höheren Niveaustufen austauscht und es damit zu einem verschobenen Verhältnis hin zu mehr schwierigen Fragen kommt.

Möglicherweise ist bei dieser Maßnahme auch die Objektivität der Bewertung beeinträchtigt, da ein höherer Grad an Offenheit von Aufgaben mit einem Verlust an Objektivität einhergehen kann. Entgegengewirkt werden kann dem durch Erwartungshorizonte und klar vorgegebene Beurteilungskriterien.<sup>38</sup>

38 Ulrich, oben Fußn. 31, S. 171.

Prüfungsrechtlich kann der didaktische Gedanke des Constructive Alignment unterstützt werden, allerdings mit einer geringeren Intensität. Vor allem in Fällen, in denen die Prüfungsdurchführung offener gestaltet wird, nachdem die zugehörige Lehrveranstaltung bereits vollständig oder zu erheblichen Teilen absolviert worden ist, kann die Prüfung in dieser konkreten Form dann ihren Zweck verfehlen. Eine Verletzung des Gebots des Constructive Alignment wird allerdings eher vorhanden sein als eine Rechtswidrigkeit der Prüfung. Denn der Bewertungsspielraum des Prüfers wiederum kann hier entgegenwirken und beispielsweise statt vertiefter Ausführungen bereits Lösungsansätze vergleichbar honorieren.

#### e) Weitere Formen der Intensivierung der Prüfungsanforderungen

Neben der bloßen Erhöhung der Anzahl von Aufgabenstellungen in der gleichen Prüfungszeit (s. oben, a) sind weitere Möglichkeiten denkbar, die Anforderungen an eine Prüfung zu erhöhen. Dazu zählen die Erhöhung der Breite, der Tiefe oder des Schwierigkeitsgrads von Prüfungsaufgaben.

Eine Veränderung der Prüfungsintensität kann auch in der Breite einzelner Aufgabenstellungen geschehen, beispielsweise durch das Ergänzen von Fallabwandlungen, etwa im juristischen Bereich. Diese Variante birgt sowohl didaktische als auch prüfungsrechtliche Gefahren. Didaktisch kann bei Fallabwandlungen sowohl das Potenzial für ein Verfehlen des zu messenden Lernziels wachsen als auch das Missverständnispotenzial bei den Prüflingen (Validität). Auch prüfungsrechtlich führen Unklarheiten der Aufgabenstellung oder sogar fehlende Verständlichkeit zur Rechtswidrigkeit der Prüfung. Denkbar ist daneben, dass die Abwandlung bzw. Variante das Gebiet des zulässigen Prüfungsstoffs verlässt und die Prüfung auch deshalb rechtswidrig werden lässt.

Dies bedeutet aber nicht, dass breiter gefasste Aufgabenstellungen grundsätzlich abzulehnen sind, sondern vielmehr dass die sich ergebenden didaktischen Erfordernisse berücksichtigt werden sollten.

Auch eine Erhöhung der Tiefe der Prüfungsanforderungen im Sinne höherer Niveaustufen wirft didaktische und prüfungsrechtliche Fragen auf. Wird mit der veränderten Prüfungsaufgabe die Prüfung zu schwer – Prüfungsrecht, Art. 12 GG? Falls nicht, ist die mit der Prüfungsfrage intendierte Kompetenz nach Art bzw. Intensität in der zugehörigen Lehrveranstaltung so vorgese-

hen gewesen und vermittelt worden – Didaktik, Constructive Alignment? Falls auch das nicht, wird die angepeilte Kompetenz mit der Prüfungsfrage nicht weniger gut erfasst – Didaktik, Validität?

Mit Blick auf die Anforderungen an den Prüfungsstoff ergibt sich eine beachtliche Mischung aus Gleichlauf und Abweichung von Prüfungsdidaktik und Prüfungsrecht. Im Ausgangspunkt gehen beide Disziplinen dabei parallel: Eine zu schwere oder außerhalb des zulässigen Prüfungsstoffs liegende Prüfungsaufgabe wird in aller Regel auch deren Validität verletzen. Bezüglich der Konsequenzen von Verletzungen gehen Didaktik und Recht im Detail dann jedoch auseinander. Denn didaktisch gibt es keine allgemeine Instanz, welche Prüfungen auf die entsprechenden Gütekriterien untersucht und Konsequenzen verordnet, hierfür stehen aber hochschuldidaktische Beratungen und kollegialer Austausch zur Verfügung ebenso wie das Feedback von Studierenden. Rechtlich hingegen gilt der gesetzliche Rahmen. Innerhalb dessen ist ein gewisser Überschuss an Prüfungsanforderungen im Vergleich zu den aktuellen Anforderungen an die damit verbundenen typischen Berufsbilder zulässig.<sup>39</sup> Eine zu schwere oder inhaltlich verfehlte Prüfungsaufgabe ist damit stets nicht hinreichend valide, rechtlich aber deshalb noch nicht zwingend rechtswidrig. Im Extremfall könnte eine zu schwere Prüfung anfechtbar sein.

#### f) Praktische Ableitungen

Anhand der dargestellten Aspekte zu veränderten Aufsichtsbedingungen und Konsequenzen aus didaktischen Maßnahmen zur Modifikation von Prüfungsaufgaben scheint es zusammenfassend sinnvoll, für das Durchführen einer Online-Prüfung Art und Ausmaß der Beaufsichtigung in Einklang zu bringen mit im rechtlichen und didaktischen Sinne zulässigen Maßnahmen wie der Anfertigung verschiedener Varianten derselben Prüfung oder Anpassung von Aufgabenformaten, falls sich dadurch keine grundsätzlichen Auswirkungen auf Schwierigkeitsgrad oder Chancengleichheit ergeben. Bei Prüfungen, die in verschiedenen Varianten gestellt werden, bietet es sich an, die Prüflinge hierauf im Vorfeld hinzuweisen, um Täuschungsversuchen damit vorzubeugen.

Neben den dargestellten Maßnahmen gelten die genannten Aspekte auch für weitere Möglichkeiten der Abwandlung vorhandener Prüfungen ebenso wie für die

39 BVerfGE 13, 97 ff. – Handwerksrolle.

Umstellung auf weitere, ggf. innovative Prüfungsgestaltungen (z.B. Podcasts als Prüfungsleistungen) zu. Je nach Maßnahme kann sich für Prüfende ein Mehraufwand ergeben und damit ein weiteres Gütekriterium in den Blick geraten, welches zwar im Vergleich zu den Hauptkriterien nachrangig ist, nämlich die Ökonomie der Prüfung<sup>40</sup>, die sich auf den mit der Prüfung verbundenen Aufwand bezieht. Gerade im Zusammenhang mit dem Anfertigen verschiedener Varianten von Prüfungen kann es aber beispielsweise sein, dass eine deutliche Reduzierung des Täuschungspotentials erzielt wird, der dafür zu betreibende Aufwand für Prüfende aber nicht mehr handhabbar ist.

## 2. Anpassung von Prüfungen bei verschiedenen Varianten von Online-Prüfungen

Im Folgenden sollen für verschiedene Settings von Online-Prüfungen konkrete Maßnahmen aus den oben genannten erörtert werden.

### a) Video-Proctoring

Ein häufig durchgeführter Fall einer Online-Prüfung ist die Durchführung von Klausuren unter Einbezug von verschiedenen Möglichkeiten der Beaufsichtigung aus der Ferne (sog. Proctoring). So kann ein Video-Proctoring durchgeführt werden, bei dem über eine Kamera, der der Prüfling gegenüber sitzt, die Beaufsichtigung in einem Webkonferenzsystem erfolgt.<sup>41</sup> In diesem Fall werden in der Regel Gesicht und Teile des Oberkörpers aufgenommen. Die Schreibfläche oder die Arme und Hände sowie der Bildschirm selbst werden auf diese Weise in der Regel nicht gesehen.

Folgendes Täuschungspotential liegt in diesem Fall vor:

- Ein paralleles Betätigen eines weiteren Gerätes wie eines Smartphones kann weitgehend unerkannt bleiben.
- Der Austausch von Lösungen, z.B. über Messenger-Apps auf Smartphones oder per E-Mail am Rechner bleibt daher möglich.
- Die Hinzunahme von Hilfsmitteln (gespeicherte oder im Internet verfügbare Unterlagen) kann ebenfalls erfolgen. Dies ist zum einen über ein Zweitgerät außerhalb des Sichtbereiches möglich. Ebenso kann der Rechner, über welchen die Kamera läuft, selbst genutzt werden, da der Bildschirm nicht eingesehen wird.

- Weitgehend verhindert können Möglichkeiten zur Täuschung, die sich auf die Kommunikation mit anderen Personen beziehen:
- Gespräche mit anderen Personen können vermieden werden, da diese über die Kamera gesehen werden könnten oder über den Audiokanal gehört werden könnten.
- Ein Verlassen des Platzes wird ebenfalls bemerkt. Die Abwesenheit weiterer Personen im Raum außerhalb des Sichtbereiches könnte jedoch nur durch erweiterte Maßnahmen sichergestellt werden.

Für diese Form der Beaufsichtigung sind also grundsätzlich alle Varianten der Täuschung mit Ausnahme eines persönlichen Gespräches möglich. Daher sind in diesem Fall auch alle vorgeschlagenen Maßnahmen zur Modifikation von Prüfungen (s. oben, a)) sinnvoll.

Um die Qualität der Beaufsichtigung zu verbessern, könnten Varianten in Betracht gezogen werden, die Kamera bzw. den Rechner mit der Kamera so zu positionieren, dass der Prüfling mit etwas größerer Entfernung seitlich oder schräg von hinten beobachtet wird. So könnte auch die Nutzung des Rechners visuell beaufsichtigt werden, ebenso könnte die Schreibfläche mit in den Blick genommen werden. Damit könnte man auf Maßnahmen zur Modifikation möglicherweise weitgehend verzichten.

Diese organisatorische Maßnahme zur Verbesserung des Grades der Beaufsichtigung könnte jedoch an mehrere rechtliche Grenzen stoßen.

In erster Linie zu nennen sind dabei datenschutzrechtliche Belange. Aspekte des privaten Aufenthaltsorts für die Prüfung, etwa Möblierung, private Zimmergestaltung oder Positionierung des Arbeitsplatzes, sind dem Prüfling individuell zuzuordnen und damit personenbezogene Daten. Hier fragt sich bereits auf einer ersten Stufe, ob die technische Datenverarbeitung überhaupt sein muss, datenschutzrechtlich also erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn sachliche Gründe verhindern, dass die Prüfung in Präsenz oder später geschrieben werden kann. Beispielfür den ersten Fall sind infektionsschutzrechtliche Kontaktbeschränkungen, exemplarisch für die zweite Variante ist die Pflicht der Hochschulen in bestimmten Bundesländern, die Beendigung des Studiums innerhalb der Regelstudienzeit zu gewährleisten.<sup>42</sup> Ist die erste Stufe des "ob" übersprungen, hat die Prüfung also online stattzufinden, so stellen sich diffezielle Fragen der konkreten Ausgestaltung der Prüfung.

40 Ulrich, oben Fußn. 31, S. 165.

41 Vgl. Uphues, Der Prüfling – allein zu Haus. DFN Mitteilungen Ausgabe 98, S. 55 ff.

42 So etwa § 47 Abs. 4 ThürHG.

Hier sind dann komplexe, detaillierte und aufwändige Erwägungen anzustellen, wie viel des Prüfungsraums wirklich unerlässlich ist, um Täuschungspotenziale hinreichend abzudecken. Zugunsten der Hochschule spricht dabei, dass die Durchführung von Prüfungen an sich möglich sein muss bzw. nicht übermäßig erschwert werden darf. Zugunsten des Prüflings wirkt sich andererseits aus, dass auch in Präsenzprüfungen nicht jedes Täuschungspotenzial ausgeschlossen werden kann. Allerdings hat die Prüfungsaufsicht im Falle von Online-Beaufsichtigungen im Vergleich zu Aufsichten vor Ort ein eingeschränktes Sicht- und Wirkungsfeld, das durch entsprechende Einstellungen der Beaufsichtigung ausgeglichen werden darf. Die Betrachtung dieser Ebene bedeutet, dass jedes personenbezogene Datum bezüglich jeder Art der Datenverarbeitung auf seine datenschutzrechtliche Erforderlichkeit überprüft zu werden hat. Insbesondere bezüglich der Speicherung personenbezogener Daten ist besonders sensibel vorzugehen, wobei eine Speicherung zumindest aus Gründen effektiven Rechtsschutzes der Hochschule denkbar sein kann.<sup>43</sup> Eine minutiöse Prüfung der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ist bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung entbehrlich; diese wird wegen zweifelhafter Freiwilligkeit<sup>44</sup> hier jedoch nicht näher betrachtet.

Auch persönlichkeitsrechtlich ist der Schutz der privaten Wohnung zu beachten. Obwohl ein visuelles Eindringen der Aufsichtspersonen in die private Aufenthaltsstätte per se die Rechte der Prüflinge verletzt, gewährt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch hier ein gewisses Maß an graduellen Schutz. Derzeit offen ist noch, ob sich der rechtliche Schutz der Prüflinge ausschließlich am EU-Grundrecht aus Art. 7 GrCh oder zumindest auch am deutschen Grundrecht aus Art. 13 GG vermittelt – mit erheblichen Unterschieden in Tiefe und Struktur der Rechtsverbürgung.<sup>45</sup>

#### b) Automatisiertes Proctoring

Generell ist bei einer Beaufsichtigung über ein Videokonferenzsystem ein hoher Personalaufwand und daraus resultierend eine eingeschränkte Skalierbarkeit<sup>46</sup> der Prüfung hinsichtlich der Teilnehmendenzahl zu ver-

zeichnen. Daher stellt das automatisierte Proctoring eine Alternative dar, die sich im Vergleich zum Live-Proctoring durch zugeschaltetes Aufsichtspersonal durch eine deutlich bessere Skalierbarkeit auszeichnet.<sup>47</sup>

Zudem bietet das automatisierte Proctoring im Vergleich zum Live-Proctoring datenschutzrechtliche Erleichterung, weil sich die Datenverarbeitung statt eines konstanten Datenstroms auf punktuelle Abbildungen in bestimmten zeitlichen Frequenzen beschränkt. Dem Grundsatz der Datensparsamkeit wird damit im Verhältnis zum Live-Proctoring genügt. Dem Gewinn an Datenschutz stehen jedoch erhebliche Mehraufwendungen bezüglich der Beschaffung, Einrichtung und Operation des Proctoring-Systems gegenüber. Jede Hochschule hat deshalb im Rahmen ihres Gestaltungsermessens und ihrer Verantwortung für eine ordnungsgemäße Durchführung von Proctoring selbst einzuschätzen, in welchem Verhältnis Datenschutz und Aufwand zu bringen sind.

#### c) Software zur Einschränkung der Rechnernutzung

Eine weitere Möglichkeit einer Verbesserung der Aufsichtsqualität ist die Nutzung von Software auf dem Prüfungsrechner, die die Nutzung des Prüfungsrechners einschränkt und die Nutzung nur bestimmter Programme während der Prüfung zulässt. In der Zeit vor der Pandemie wurde entsprechende Software auch für Präsenzprüfungen am Computer eingesetzt, um die Arbeit des Aufsichtspersonals zu unterstützen.<sup>48</sup> Entsprechend kann diese Maßnahme auch bei Distanzprüfungen in Kombination mit einem Video-Proctoring eingesetzt werden, um hier die Effizienz der Aufsicht zu steigern.

Damit wird auch bei Online-Prüfungen in Distanz die Hinzunahme unerlaubter Hilfsmittel erschwert, weil der Prüfungsrechner hierfür damit nicht mehr zur Verfügung steht. Die Nutzung eines unauffälligen Zweitgerätes bleibt jedoch dennoch möglich, der Grad der Modifikation von Prüfungen, der erforderlich ist um das Täuschungspotential hinreichend einzuschränken, könnte hierdurch aber geringer sein.

Prüfungsrechtlich ist diese Begrenzung des in der Prüfung verwendeten Rechner deshalb ein taugliches, keinesfalls aber ein hinreichendes Mittel, um ein chan-

43 *Morgenroth*, oben Fußn. 4, Rn. 398a.

44 *Hoeren/Fischer/Albrecht*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, s. RiDfHnrw\_11.06.20\_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zulässigkeit-von-Überwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf (itm.nrw), zuletzt abgerufen am 31.5.2021, s. 10 f.; tendenziell skeptisch auch *Botta*, Grundrechtseingriffe durch Online-Proctoring, s. <https://verfassungsblog.de/grundrechtseingriffe-durch-online-proctoring/>, zuletzt abgerufen am 31.5.2021. Für die Möglichkeit einer freiwilligen Einwilligung bei Online-Prüfungen *Fehling*, *OdW* 2020, 137, 147.

45 *Morgenroth*, oben Fußn. 32, a.a.O.

46 Online-Proctoring – Interview mit *Stefanie Schweiger* zu digitalen Prüfungsformaten. Hochschulforum Digitalisierung; verfügbar unter: <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring-interview> - zuletzt abgerufen am 31. Mai 2021.

47 Die Reifeprüfung, DFN Mitteilungen, 2020, 98, S. 24.

48 *Reuter/Halbherr*, Kompetent und sicher: Online-Prüfungen mit virtueller Desktop Infrastruktur und Safe Exam Browser an der ETH Zürich, in: *Apostopoulos, Schulz, Coy* (Hrsg.), Grundfragen Multimedialen Lehrens und Lernens. Münster: Waxmann, 2015, S. 66.

cengleiches Prüfungsverfahren zu ermöglichen. Datenschutz- bzw. Persönlichkeitsschutzrechtlich gelten hier zudem im Wesentlichen die gleichen Anforderungen wie zum Proctoring (s. oben a)).

#### d) Open-Book-Prüfungen

Als spezielle Variante von Klausuren werden auch als Online-Version solche eingesetzt, die keine bzw. weniger Beschränkungen bezüglich der Hinzunahme von Hilfsmitteln vorgeben, oft als „Open-Book-Prüfungen“ bezeichnet. Die Bezeichnung „Open Book“ deutet dabei die Besonderheit dieser Prüfungsart bereits an: es sind mehr oder weniger alle sachlichen Hilfsmittel zugelassen.

Generell kann gemäß der oben genannten Möglichkeiten das Erhöhen der Aufgabenanzahl sowie ein höherer Grad an Offenheit hilfreich sein, um von einer Klausur mit beschränkten Hilfsmitteln zu einer validen Open-Book-Prüfung zu gelangen, bei welcher die Hinzunahme von Hilfsmitteln keinen entscheidenden Vorteil bietet. Erstere Maßnahme reduziert dabei erkennbar die zeitlichen Möglichkeiten, auf die neu hinzu gewonnenen Hilfsmittel zuzugreifen. Die Zulassung sachlicher Hilfsmittel bei nur begrenzter Bearbeitungsdauer suggeriert aber in einer inversen Anwendung des Constructive Alignment, dass die zugehörige Lehrveranstaltung wohl in einem Kompetenz- bzw. Niveaubereich liegt, der Elemente einer Hausarbeit (Arbeit mit Hilfsmitteln) mit Aspekten einer Klausur (begrenzte Bearbeitungszeit) verbindet. Eine „verdichtete Klausur“ als stattdessen verwendete Prüfungsart könnte deshalb je nach Einzelfall die didaktische Validität der Prüfung gefährden oder sogar prüfungsrechtlich den Zweck der Prüfung in Verbindung mit dieser speziellen Lehrveranstaltung verlassen.

Zu beachten ist, dass das Zulassen von sachlichen Hilfsmitteln keine gleichzeitige Zulassung personeller Hilfsmittel beinhaltet, dass also der Austausch mit anderen Personen erlaubt wäre. Dies stellt nach wie vor eine Täuschung dar. Daher kann es auch bei Open-Book-Prüfungen durchaus angezeigt sein, Software zu verwenden, welche die Rechnernutzung einschränkt, sodass Prüfungsrechner weniger zum Austausch mit anderen genutzt werden können.<sup>49</sup> Ebenso wird es auch bei einer Open-Book-Prüfung in aller Regel erforderlich sein, eine Aufsicht in Form einer Video-Aufsicht oder einer automatisierten Aufsicht hinzuschalten. Nur in sehr seltenen Ausnahmefällen ist eine Prüfungsgestaltung ei-

ner Open-Book-Prüfung denkbar, die sowohl sachliche als auch personelle Täuschungspotenziale ausschließt.

Die Zulassung von sachlichen Hilfsmitteln muss nicht automatisch bedeuten, dass alle Hilfsmittel zugelassen sind. Dies kann stattdessen auch auf bestimmte Quellen, beispielsweise Formelsammlungen oder Wörterbücher, begrenzt werden (sog. Whitelisting).<sup>50</sup> Ist in diesen Fällen daher auch ein Täuschungspotenzial personeller Art gegeben, so ist auch dieses durch geeignete Maßnahmen didaktischer Art (offene Prüfungsgestaltung) oder organisatorischen Charakters (Beaufsichtigung) zu behandeln.

Aus der Zulassung von Quellen bei der Bearbeitung einer Open-Book-Prüfung folgt eine weitere, neuartige Dimension didaktischer und rechtlicher Möglichkeiten und Risiken. Denn gehört es rechtlich nun nicht zwingend zur Bewertung dazu, anzuzeigen, welcher fremder Gedanken sich der Prüfling bedient hat? Diesen Aspekt wegzulassen, ist nicht nur bedenklich mit Blick auf die konsequente Vermittlung der Gebote und Werte guter wissenschaftlicher Praxis,<sup>51</sup> sondern auch gleichbedeutend mit einer Gleichschaltung innovativer Gedanken und gekonnten Kopierens. Es ist didaktisch nicht undenkbar, aber eher der Ausnahmefall, dass diese beiden Qualitäten gleichwertig und gleichartig in einer Prüfung sein können. Das Gebot der Chancengleichheit fordert deshalb wie in anderen Prüfungsformaten mit zugelassenen sachlichen Hilfsmitteln, etwa Hausarbeiten, die Kennzeichnung fremder Gedanken. Didaktisch bietet sich durch die Verbindung von Elementen einer Klausur und einer Hausarbeit ein El Dorado verschiedener Möglichkeiten, verschiedene Kompetenzen und Niveaustufen auf neuartige Weise miteinander zu verknüpfen. Hierbei kann auch die Frage richtiger Zitation ebenfalls verarbeitet werden.

#### e) Mündliche Online-Prüfungen

Eine weitere Möglichkeit, Prüfungen als Online-Variante zu realisieren, ist die Durchführung von mündlichen Online-Prüfungen, entweder als Alternative zur mündlichen Prüfung in Präsenz oder als Alternative zu Präsenzklausuren.

Das Täuschungspotential ist bei einer mündlichen Prüfung, die im Rahmen einer Video-Konferenz stattfindet, vermutlich als gering einzustufen. In diesem Sinne ist eine Modifikation von Aufgabenstellungen für den Wechsel in den virtuellen Raum wenig angezeigt. Aller-

49 Reuter/Halbherr, oben Fußn. 48, S. 66.

50 So der anerkannte Didaktiker Eugster in einem Webinar zum Prüfungsrecht am 30.04.2021, an dem die Autoren als Co-Refer-

renten teilgenommen haben.

51 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fußn. 5, §prechen insoweit von Unredlichkeit, s. Rn. 233.

dings sollten andere Aspekte beachtet werden wie veränderte Möglichkeiten der Kommunikation über den Prüfungsgegenstand. Wenn etwa in Präsenz bei einer mündlichen Prüfung die Hinzunahme von handschriftlichen Notizen während der Prüfung genutzt wird, sollte im virtuellen Raum ein Äquivalent geschaffen werden, in Form eines geteilten Whiteboards oder geteilter Notizen. Stehen entsprechende Möglichkeiten im Vergleich zu Präsenzprüfungen nicht zur Verfügung, stellt sich wiederum die Frage nach der Validität, weil möglicherweise andere Kompetenzen gefragt sind, um Lösungen mündlich zu umschreiben, die ansonsten skizziert oder verschriftlicht werden könnten. Auch das Thema der Objektivität der Prüfung spielt eine Rolle. Zum einen ist die Thematik der Objektivität mündlicher Prüfungen aufgrund der höheren Individualität der Durchführung im Vergleich zu schriftlichen Prüfungen generell relevant,<sup>52</sup> zum anderen kommen insbesondere beim Übergang von Präsenz- zu Online-Prüfungen nochmals weitere Aspekte zum Tragen. Werden etwa Einblicke in den privaten Bereich des Prüflings übertragen, könnte dies zu eingeschränkter Objektivität führen, etwa, wenn der Wandanstrich eine sehr ungewöhnliche Farbe hat oder Unordnung herrscht. Soll eine virtuelle mündliche Prüfung eine Klausur in Präsenz ersetzen, so ist zu berücksichtigen, dass die Aufgaben so formuliert werden, dass die Art der geprüften Kompetenzen wiederum passend im Sinne des Constructive Alignment eingeordnet ist. Ein weiterer praktischer Aspekt aus Sicht der Prüfenden bei der Transformation von Präsenz-Klausuren in mündliche Online-Prüfungen ist die begrenzte Skalierbarkeit. Rechtlich kann bei mündlichen Prüfungen weitgehend auf die datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Aspekte weiter oben verwiesen werden. Besondere Schnittstellen zu didaktischen Besonderheiten ergeben sich für mündliche Online-Prüfungen nicht.

### 3. Verknüpfung von Didaktik und Recht bei technischen Störungen

Prüfungsdidaktik und Prüfungsrecht stehen daneben auch in anderen Verfahrensstufen des Prüfungsverfahrens in einem interessanten Verhältnis zueinander. Kommt es während des Leistungsermittlungsverfahrens, also während der Durchführung der Prüfung, zu technischen Störungen, so stehen die didaktische Validität und die rechtliche Chancengleichheit in einer spannenden Dynamik zueinander.

Liegt eine individuelle Störung vor, tritt also nur bei einigen Prüflingen ein technisches Problem auf, so wird prüfungsrechtlich sofort das Gebot der Chancengleichheit aktiviert. Der betroffene Prüfling darf keine mehr als unerhebliche Verkürzung der Bearbeitungszeit erleiden müssen. Dies ist durch entsprechende Verlängerungen von dessen individueller Prüfungszeit auszugleichen. Rechtlich die gleiche Bearbeitungszeit eingeräumt zu bekommen, bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass die Prüflinge sich in dieser Zeit inhaltlich auch gleich entfalten können. Die Unterbrechungen können nämlich dazu führen, dass es eine Verzerrung der Performance des Prüflings gibt, welche die zu prüfenden Kompetenzen weniger und weniger trifft und damit die didaktische Validität der Prüfung infrage stellt. Es ist davon auszugehen, dass der Prüfling hierbei nicht sofort Täuschungsversuche unternehmen kann, denn erstens ist sie bzw. er darauf nicht vorbereitet und zweitens ist nicht bekannt, wie lange die Störung andauert. Insofern ist durch eine kurze Unterbrechung nicht zwangsläufig davon auszugehen, dass die Validität gefährdet ist. Erst bei längerer dauerhafter Störung könnte man so vorgehen, dass die Prüfung nicht mehr gewertet wird. Geht die Störung jedoch auf den Prüfling zurück, etwa durch absichtliches Abschalten der Videoübertragung, könnte sich dies anders verhalten, da die Kontrolle hierbei beim Prüfling liegt. Die Validität ist hierbei gefährdet. Die Schwierigkeit besteht allerdings in der Unterscheidung der beiden Fälle. Hier kann in technisch-organisatorischer Hinsicht wiederum Software hilfreich sein, die umfassende Log-Daten zur Rechnernutzung aufzeichnet und im Zweifelsfall Prüflinge entlasten kann bzw. das aktive Abschalten nachweisen kann. Datenschutzrechtlich spricht Vieles dafür, dass die diesbezügliche Verarbeitung für den Zweck der ordnungsgemäßen Behandlung von Täuschungspotenzialen erforderlich und damit zulässig ist; die endgültige Entscheidung kann und wird aber auch hier dem Einzelfall überlassen bleiben müssen. Prüfungsrechtlich sollte in jedem Falle eine Mitwirkungspflicht des Prüflings etabliert werden, sich unverzüglich bei Auftreten einer technischen Störung bei einer festgelegten Kontaktadresse zu melden. So wird der Gestaltungsspielraum des Prüflings und damit dessen Manipulationspotenzial minimiert.

Liegt dagegen eine kollektive technische Störung für alle Prüflinge gleichermaßen vor, so verschiebt sich das Verhältnis von Chancengleichheit und Validität etwas.

52 Schaper/Hilkenmeier, oben Fußn. 11, S. 34.

53 Näher zu lehrdidaktischen Überlegungen und Möglichkeiten Morgenroth/Wieczorek, OdW 2021, 7 ff.

Denn die didaktischen Gefährdungen durch disruptive Prüfungsgestaltungen und deren Auswirkungen auf das Verhältnis Prüfungsgestaltung - Kompetenz, also auf die Validität der Prüfung, besteht nach wie vor, nur jetzt für alle Prüflinge gleich. Deshalb ist das Gebot der Chancengleichheit relativ, also im Verhältnis der einzelnen Prüflinge zueinander, anders als bei individuellen Störungen nicht verletzt. Tritt die Störung aber bereits nach einer Zeit auf, in der die zu prüfenden Kompetenzen noch nicht in hinreichendem Maße erfasst werden konnten, so könnte der Zweck der Prüfung verfehlt werden und die Prüfung deshalb rechtswidrig sein. In diesen Fällen sollte die Prüfung abgebrochen und wiederholt werden.

#### IV. Ergebnisse

Nachfolgend seien die wesentlichen Ergebnisse dieser Erarbeitung nochmals zusammenfassend dargestellt. Dabei soll sich auf Ergebnisse mit direktem Bezug zum Verhältnis von Recht und Didaktik beschränkt werden – für weitere hilfreiche Ergebnisse, Hinweise und Anregungen aus anderen Gebieten, etwa dem technisch-organisatorischen Bereich oder zu arbeitsökonomischen Dimensionen der hiesigen Ableitungen, wird auf den Text der Abhandlung verwiesen.

1. Das Prüfungsrecht bildet einen Rahmen, innerhalb dessen lehr- bzw. prüfungsdidaktische<sup>53</sup> Gestaltung geschieht. Dem Charakter des Rechts als Rahmen ist damit auch eine gewisse Begrenzung immanent. Die Rahmensegmente wirken dabei generell, die Begrenzungsfunktion dagegen im individuellen Einzelfall (oben, II 1).

2. Das didaktische Gütekriterium der Objektivität einer Prüfung wird durch den prüfungsrechtlichen Grundsatz der Sachlichkeit und Fairness unterstützt, während der prüfungsrechtliche Bewertungsspielraum des Prüfenden tendenziell gegenläufig wirkt (oben, II 3 a.).

3. Die soeben beschriebene Rahmenfunktion des Prüfungsrechts, hier in der Ausgestaltung der Zweck-Mittel-Relation von Prüfung und zugehöriger Lehrveranstaltung mit Blick auf die eingelegten Lernziele und abzurufenden Kompetenzen, wirkt auch konkret auf die didaktischen Gütekriterien der Transparenz und der Inhaltsvalidität einer Prüfung ein. Während der didaktische Zweck jedoch dem individuellen Nutzen des Studierenden dienen soll, beabsichtigt das Prüfungsrecht

insoweit primär, Gefahren für die Allgemeinheit abzuwehren (oben, II 3 b.).

4. Die didaktische Anforderung der Reliabilität einer Prüfung findet rechtlich keine Entsprechung und unterliegt damit nahezu ausschließlich dem didaktischen Gestaltungsspielraum (oben, II 3 c.).

5. Es bestehen allgemeine Wechselwirkungen zwischen Prüfungsrecht und Didaktik in zwei gegenläufige Richtungen:

- Die Didaktik vermag es, das Prüfungsrecht zu verändern: Beispielsweise kann die gewollte Veränderung von Kompetenz bzw. Niveaustufe eine Änderung der bestehenden Prüfungsart oder sogar des aktuellen Prüfungstyps bedingen.

- Umgekehrt kann auch das Recht Änderungen der Didaktik bedingen, etwa bei zwingenden rechtlichen Vorgaben bezüglich der Durchführung der Prüfung, so beispielsweise im Antwort-Wahl-Verfahren (oben, II 4).

6. Diese allgemeinen Wechselwirkungen wurden durch die Corona-Pandemie in zweierlei Hinsicht erweitert:

- Da die Einschränkungen zu einer Zeit auftraten, wo zunächst die Hochschullehre betroffen war, ist nicht nur die Prüfungsdidaktik, sondern in erheblichem Maße auch die Lehrdidaktik Impulsgeber für prüfungsrechtliche Entwicklungen gewesen. Über das didaktische Modell des Constructive Alignment sind Lehr- und Prüfungsdidaktik dabei in einer Weise miteinander verknüpft, dass die Prüfungsgestaltung automatisch mit betroffen ist.

- Neben dem Prüfungsrecht spielen insbesondere das Infektionsschutzrecht (oben, II 5), in erheblichem erweiterten Maße daneben auch das Datenschutz- bzw. Persönlichkeitsschutzrecht (oben, III) eine entscheidende Rolle als Taktgeber für erforderliche rechtliche und didaktische Neugestaltungen.

7. Das Verhältnis von Datenschutzrecht und Prüfungsrecht bestimmt sich über § 46 L-VwVfG. Hierbei kann tendenziell zwischen durchführungsnahen und durchführungsfernen Datenschutzverstößen unterschieden werden (oben, III).

8. Eine quantitative Intensivierung der Prüfung in Form der Erhöhung der Aufgabenzahl fördert tendenziell die didaktische Reliabilität der Prüfung. Dagegen könnte deren Validität gefährdet sein, wenn dadurch eine vorher nicht eingelegte Kompetenz der Schnellig-

keit der Prüfungsbearbeitung hinzutreten würde. Prüfungsrechtlich findet eine solche Erhöhung ihre Grenze im zulässigen Schwierigkeitsgrad der Prüfung (oben, III 1 a.).

9. Das Mischen der Anzeige der Reihenfolge von inhaltlich gleichen Aufgabenstellungen für verschiedene Prüflinge könnte didaktisch dann problematisch werden, wenn hierdurch eine Zusatzkompetenz der Strategie der Prüfungsbearbeitung sichtbar und auch bewertet würde, obwohl diese Kompetenz nicht eingelegt ist. Prüfungsrechtlich ist vor allem bei einer Störung das Gebot der Chancengleichheit gefährdet, wenn die Prüfung frühzeitig beendet werden muss und die jeweils bearbeiteten Prüfungsaufgaben zu verschieden sind, um eine chancengleiche Leistungsbewertung gewährleisten zu können (oben, III 1 b)).

10. Die geringfügige Veränderung von strukturell gleichen Aufgabenstellungen wirft nur dann didaktische (Validität) und prüfungsrechtliche (Schwierigkeitsgrad, Chancengleichheit) Fragen auf, wenn dadurch die Kompetenz und Niveaustufe der ursprünglichen Fragestellung nicht verlassen wird (oben, III 1 c)).

11. Eine didaktische Öffnung der Prüfung hin zu abgewandelten Prüfungsformaten ist innerhalb von ursprünglicher Kompetenz und Niveaustufe ohne Auswirkungen auf Validität und Reliabilität, während die Objektivität der Prüfung gefährdet sein kann. Werden avisierte Kompetenzen bzw. Niveaustufen verlassen, so ist die didaktische Validität der Prüfung ebenso in Gefahr wie die prüfungsrechtliche Einhaltung der zulässigen Zweck-Mittel-Relation (oben, III 1 d)).

12. Die Erweiterung der Breite von Aufgabenstellungen, beispielsweise durch Ergänzungen von Abwandlungen bzw. Varianten, kann bei Verletzung der bereits dargestellten Grenzen die didaktische Validität und Reliabilität einer Prüfung ebenso gefährden wie rechtliche Maßstäbe an die Klarheit der Aufgabenstellung oder die Grenzen des zulässigen Prüfungsstoffs verletzen (oben, III 1 e.). Im Sinne offenen und transparenten Umgangs zwischen Hochschule und Studierenden könnten diese Variationen außerdem den Studierenden vor der Prüfung mitgeteilt werden; dies könnte zugleich die Motivation für Täuschungsversuche minimieren (oben, III 1 f)).

13. An Hand der Betrachtung einer Intensivierung der Tiefe einer Aufgabenstellung lässt sich ein allgemeines Zusammenspiel von Didaktik und Prüfungsrecht anschaulich betrachten:

- Prüfungsrecht: Wird die Klausur dadurch zu schwer?
- Didaktik I: Falls nicht, wird das Lernziel der zugehörigen Lehrveranstaltung verlassen?

- Didaktik II: Falls auch das nicht, wird das Lernziel mit der tieferen Prüfungsfrage noch hinreichend präzise getroffen (Validität)? (oben, III 1 e)).

14. Die Erhöhung des Schwierigkeitsgrads einer Prüfung betrifft die didaktische Validität im Ausgangspunkt ebenso wie den prüfungsrechtlichen Grundsatz angemessener Prüfungsanforderungen aus Art. 12 GG. Rechtlich ist hierbei ein gewisser Überschuss an Schwierigkeit erlaubt, während dies didaktisch immer zu einer Verletzung der Güte einer Prüfung führt (oben, III 1 e)).

15. Für die wesentlichen aktuellen Erscheinungsformen von Online-Prüfungen, insbesondere das Proctored Exam, das automatische Proctoring, die Verwendung von Software zur Begrenzung verfügbarer Hilfsmittel oder die Open Book Prüfung, wird das sachliche Täuschungspotenzial (Hilfsmittel) begrenzt, wogegen das personelle Täuschungspotenzial (andere Personen) bestehen bleibt. Diesem Potenzial ist deshalb durch geeignete Maßnahmen zu begegnen, zu denen auch didaktische Veränderungen gehören, beispielsweise die Veränderung von Fragestellungen in Open Book Prüfungen. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Prüfungen werden datenschutzrechtliche und persönlichkeitschutzrechtliche Grenzen gesetzt, etwa mit Blick auf den zu beaufsichtigenden Raum, die wiederum didaktisch zu berücksichtigen sind (oben, III 2)).

16. Bei einer Open Book Prüfung kann es je nach inhaltlichen Anforderungen bzw. didaktischer Gestaltung erforderlich bzw. sinnvoll sein, nur bestimmte sachliche Hilfsmittel zuzulassen, andere dagegen zu verbieten (sog. Whitelisting). In diesen Fällen hat nicht nur die Beaufsichtigung die bestehenden sachlichen Täuschungspotenziale zu berücksichtigen, sondern daneben ist aus Gründen guter wissenschaftlicher Praxis und gerechter Leistungsbewertung auch die ordnungsgemäße Angabe verwendeter externer Quellen zu fordern sowie dies didaktisch zu berücksichtigen (oben, III 2 d)).

17. Für mündliche Online-Prüfungen bieten sich IT-basierte Visualisierungselemente parallel zu Präsenzprüfungen an, etwa Chaträume. Dies ist prüfungsrechtlich nicht zu beanstanden (s. oben, III 2 e.))

18. Tritt während der Durchführung der Prüfung eine technische Störung auf, so ist wie folgt zu differenzieren:

- Im Falle von einzelne Prüflinge betreffenden (individuellen) Störungen gebietet die Chancengleichheit, dem betroffenen Prüfling die versäumte Zeit zu gewähren. Daneben kann die Unterbrechung aber die Leistungserbringung so behindern, dass auch die didaktische Validität der Prüfung gefährdet sein kann. Um zu ermitteln, ob die Störung für den Prüf-

- ling unverschuldet aufgetreten ist, bietet sich die Speicherung entsprechender Log-Daten an. Zudem könnte der Prüfling prüfungsrechtlich zu einer unverzüglichen Anzeige der Störung verpflichtet werden.
- Handelt es sich dagegen um eine kollektive Störung, so sind alle Prüflinge gleichermaßen betroffen, so dass der Grundsatz der Chancengleichheit nicht verletzt sein sollte. Die Validität der Prüfung kann je nach Lage, Länge und Gestaltung der Störungen dennoch betroffen sein. Ist zudem die Störung zu einem Zeitpunkt aufgetreten, die den Zweck der Prüfung noch nicht hinreichend erfüllt erscheinen lässt, so ist die Prüfung abzubrechen und neu anzusetzen (oben, III 3).

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



# Manfred Löwisch und Marie Anselment

## *Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen*

### I. Anwendung des WissZeitVG auf Fachhochschulen

#### 1. Fachhochschulen als staatliche Hochschulen im Sinne des WissZeitVG

Nach seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 gelten die Befristungsregeln des WissZeitVG für Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind. Das trifft für die Fachhochschulen durchweg zu.<sup>1</sup> Die Länder sind damit der Definition in § 1 Hochschulrahmengesetz gefolgt, die seit 1976 auch die Fachhochschulen ausdrücklich als Hochschulen bezeichnet.<sup>2</sup>

Anzuwenden sind die Befristungsregeln des WissZeitVG nach dessen § 4 auch auf staatlich anerkannte Fachhochschulen wie etwa die Leibniz Fachhochschule Hannover, die Rheinische Fachhochschule Köln, die private Fachhochschule Göttingen oder die Fachhochschule des Mittelstands. Die Anwendung setzt voraus, dass die Hochschule im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags bereits anerkannt war.<sup>3</sup>

#### 2. Wissenschaftsbezug der Fachhochschulen

Der persönliche Geltungsbereich des WissZeitVG beschränkt sich nach § 1 Abs. 1 Satz 1 auf wissenschaftliches und künstlerisches Personal. Der Begriff des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals bestimmt sich nach der ständigen Rechtsprechung des BAG inhaltlich und aufgabengezogen. Zum wissenschaftlichen Personal gehört danach derjenige Arbeitnehmer, der wissenschaftliche Dienstleistungen erbringt. Wissenschaftliche Tätigkeit ist dabei alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist. Aufgabenstellung und anzuwendende Arbeitsmethode müssen darauf angelegt sein, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern und zu erweitern.<sup>4</sup>

Was die Fachhochschulen angeht, ist dabei deren spezifische Ausrichtung auf die **anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung** zu beachten. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 LHG BaWü formuliert das so:

„Die Hochschulen für angewandte Wissenschaften vermitteln durch anwendungsbezogene Lehre und Weiterbildung eine Ausbildung, die zu selbstständiger Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden oder zu künstlerischen Tätigkeiten in der Berufspraxis befähigt; sie betreiben anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung.“

Wissenschaftlich ist mithin auch die Forschung, die überwiegend an dem Ziel einer praktischen Anwendbarkeit ihrer Ergebnisse orientiert ist. Wissenschaftlich ist auch die Entwicklung als die „zweckgerichtete Auswertung und Anwendung von Forschungsergebnissen und Erfahrungen vor allem technologischer und ökonomischer Art, um zu neuen Systemen, Verfahren, Stoffen, Gegenständen und Geräten zu gelangen (Neuentwicklung) oder um vorhandene zu verbessern (Weiterentwicklung).“<sup>5</sup> Auch eine solche Entwicklungstätigkeit wird von dem Ziel geprägt, über die bisherigen Erkenntnisse hinaus neue Erkenntnisse zu erlangen. Verlassen ist der Bereich der Wissenschaft erst, wo es sich um die bloße Anwendung schon erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne Streben nach neuen Erkenntnissen handelt.<sup>6</sup>

Für die Lehre gilt Entsprechendes: Wie § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 LHG BaWü richtig sagt, ist die wissenschaftliche Lehre an den Fachhochschulen anwendungsbezogen und soll zur selbstständigen Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in der Berufspraxis befähigen. Nicht anders als bei den Hochschulen ist bei den Fachhochschulen die

1 Siehe etwa § 1 Abs. 2 Nr. 4 LHG BaWü, welches die Fachhochschulen als „Hochschulen für angewandte Wissenschaften“ bezeichnet; § 1 Abs. 2 HG NRW; Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayHSchG; § 1 Abs. 2 BerlHG.

2 Dazu BAG 18. 3. 1999, 4 AZR 79/08, ZTR 2009, 421 Rn25f.

3 BAG 23. 1. 2019, 7 AZR 7/18, NJW 2020, 864.

4 BAG 21. 3. 2018, 7 AZR 437/16, AP Nr. 8 zu § 1 WissZeitVG mit Anm. Löwisch; Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 258.

5 Siehe Forschungsbericht III der Bundesregierung vom 12. 6. 1969, BT-Drucks V/4335 S. 5. Siehe auch § 22 Satz 2 HRG, wonach unter Berücksichtigung der Aufgabenstellung der Hochschule auch „die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse in der Praxis“ Gegenstand der Forschung sein können.

6 Löwisch, Forschung als Wissenschaft im Sinne des Tendenzschutzes, FS Müller-Freienfels 1986, S. 439, 442f.

Lehre dabei auch dann eine wissenschaftliche Dienstleistung, wenn keine eigenen Forschungsergebnisse, sondern Erkenntnisse Dritter vermittelt werden, sofern von dem Lehrenden nach dem Vertragsinhalt erwartet wird, dass er diese Erkenntnisse kritisch hinterfragt, sich damit auseinandersetzt und dass er diese eigenen Reflexionen in seine Lehrtätigkeit einbringt.<sup>7</sup>

## II. Befristung nach WissZeitVG

### 1. Promotionsbefristung

Die Landeshochschulgesetze sehen an den Fachhochschulen in unterschiedlicher Form die Möglichkeit der Promotion in Kooperation mit Hochschulen vor.<sup>8</sup>

Werden solche Promotionsvorhaben von wissenschaftlichen Mitarbeitern der Fachhochschulen verfolgt, rechtfertigt dies die Befristung von deren Beschäftigungsverhältnissen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG. Dass die Promotion nicht an der Fachhochschule selbst, sondern an der Hochschule erfolgt, mit der die Fachhochschule kooperiert, steht nicht entgegen. Maßgebend ist, dass die Tätigkeit an der Fachhochschule der Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung des Mitarbeiters dient, welche dann in der Promotion ihren Abschluss findet. Es liegt nicht anders als in den Fällen der Kooperation von außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit den Universitäten. Wird das Promotionsvorhaben gemäß § 5 i.V.m. § 2 Absatz 1 Satz 1 WissZeitVG des wissenschaftlichen Mitarbeiters eines Max-Planck-Instituts von einem Honorarprofessor der Universität betreut, der zugleich Direktor eines Max-Planck-Instituts ist, rechtfertigt das Promotionsvorhaben die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses beim Max-Planck-Institut.<sup>9</sup>

Die Promotionsbefristung wissenschaftlicher Mitarbeiter von Fachhochschulen kann wie jede Promotionsbefristung auf die Dauer von sechs Jahren erfolgen. Dass nach § 2 Absatz 1 Satz 3 WissZeitVG die vereinbarte Befristungsdauer jeweils so zu bemessen ist, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, steht nicht entgegen: Bei Promotionsvorhaben ist die Ausschöpfung

der in § 2 Abs. 1 Satz 1 festgelegten ersten Befristungsphase von sechs Jahren angesichts der Unwägbarkeiten des Verlaufs eines Promotionsverfahrens angemessen.<sup>10</sup> Voraussetzung ist nur, dass der Mitarbeiter tatsächlich überwiegend wissenschaftlich tätig ist.

### 2. Qualifizierungsbefristung

a. Mitwirkung an angewandter Forschung und Entwicklung als wissenschaftliche Tätigkeit mit Qualifizierungszweck

§ 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG erstreckt dessen Anwendungsbereich auf das wissenschaftliche Personal der Fachhochschulen. Dementsprechend ist der Begriff der Wissenschaftlichkeit der Tätigkeit dieses Personals fachhochschulbezogen im unter I 2 dargelegten Sinn zu verstehen. Mitarbeiter der Fachhochschulen, die dort an angewandter Forschung und Entwicklung mitwirken und diese lehren, sind **wissenschaftliches Personal** im Sinn des WissZeitVG.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ist die Befristung dieses Personals auf die Dauer von sechs Jahren zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur **Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung** erfolgt. Mit diesem allgemein formulierten Merkmal stellt das Gesetz klar, dass der Anwendung der besonderen Befristungsregelungen des WissZeitVG die Gedanken zugrunde liegen, einerseits dem wissenschaftlichen Nachwuchs die (Weiter)Qualifikation zu ermöglichen und andererseits den Hochschulen und Forschungseinrichtungen Spielraum für die kontinuierliche Nachwuchsförderung zu lassen.<sup>11</sup>

Aus dieser Bindung an den Qualifizierungszweck folgt nicht, dass die Beschäftigung einem bestimmten Qualifizierungsziel dienen muss. Ein Promotionsvorhaben macht § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG gerade nicht zur Voraussetzung der Befristung. Vielmehr genügt, dass eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere, auch außerhalb der Hochschule, befähigt.<sup>12</sup> Dieses Verständnis trägt gerade den Gegebenheiten bei den Fachhoch-

7 So für die Hochschulen BAG 21. 3. 2018 aaO (wie Fn 4).

8 Etwa § 38 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Absatz 6 und 6a LHG BaWü; Art. 2 Abs. 2 S.2, Art. 64 I S. 4 BayHG; § 70 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 4 HmbHG; § 35 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 BerHG; § 67 Abs. 1 i.V.m. § 67 a HG NRW.

9 Praktisch werden die Beschäftigungsverhältnisse bei den Max-Planck-Instituten auf die Dauer von 3 Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit um ein Jahr abgeschlossen; siehe die von der Max-Planck-Gesellschaft herausgegebene Broschüre „Wissenschaftskarriere bei Max-Planck – Wegweiser Chancengerechte Karriereförderung“ (2018).

10 AR/Löwisch, WissZeitVG 10. Aufl. 2021, § 2 Rn 4; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 17.

11 Mandler/Meißner aaO OdW 2017, 201.

12 Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht 6. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn 4 unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/6489 S. 10; ausführlich Mandler/Meißner aaO OdW 2017, 201ff und Maschmann/Konertz aaO (wie Fn 4) NZA 2016, 258ff.; zu eng LAG Köln 7. 10. 2020, 5 Sa 451/20, juris (Revision eingelegt unter 7 AZR 573/20), das Kompetenzzuwächse für den Beruf nicht ausreichen lassen will, damit aber an der Untrennbarkeit von angewandter Forschung und Entwicklung und Berufswelt vorbeigt.

schulen Rechnung. Angewandte Forschung und Entwicklung sind nur zum Teil so angelegt, das die Mitwirkung an ihnen gleichzeitig ein Promotions- oder Habilitationsvorhaben trägt. Gleichwohl bieten sie die Gelegenheit zum Erwerb wissenschaftlicher Methoden und Kompetenzen.

Das LAG Köln vertritt in einer neueren Entscheidung den Standpunkt, die in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG vorausgesetzte Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung liege nur vor, wenn zum wissenschaftlichen Gepräge der Beschäftigung des Arbeitnehmers „Tätigkeiten hinzukommen, die eine wissenschaftliche Qualifizierung fördern und sich nicht in der bloßen Gewinnung zusätzlicher Berufserfahrung erschöpfen“.<sup>13</sup> Dem ist nicht zu folgen. Kompetenzzuwächse für den Beruf nicht ausreichen zu lassen, geht gerade bei den Fachhochschulen an der Untrennbarkeit von angewandter Forschung und Entwicklung und der Anwendung der dabei gewonnenen Erkenntnisse in der Berufswelt vorbei. Auch das LAG selbst kann gar nicht sagen, worin die seiner Meinung nach erforderlichen Tätigkeiten bestehen sollen, die über die mit der Ausübung wissenschaftlicher Tätigkeiten typischerweise und regelmäßig verbundenen Kompetenzzuwächse hinausgehen.

Richtig ist nur, dass die Tätigkeit **ihrem Inhalt** nach der Qualifizierung dienen muss. Wissenschaftlich qualifizieren kann sich der Mitarbeiter an einer Fachhochschule nur, wenn er an der dort stattfindenden wissenschaftlichen Tätigkeit, also der Suche nach neuen Erkenntnissen auf den Gebieten der angewandten Forschung und Entwicklung im Sinne des unter I 2 Gesagten mitwirkt. Arbeiten jenseits von Forschung und Entwicklung verlassen diesen Bereich. Übernimmt der Leiter eines Fachhochschulinstituts nach erfolgreicher Entwicklung einer Pilotanlage für einen Betrieb den Auftrag, gleiche Anlagen in weiteren Betrieben des Unternehmens einzubauen, ohne dass dafür weitere Entwicklungsschritte nötig sind, verlässt die Mitarbeit daran den Bereich der wissenschaftlichen Tätigkeit. Bloße Hilfstätigkeiten, wie sie typischer Weise von studentischen Hilfskräften erbracht werden, genügen ebenfalls nicht.<sup>14</sup> Auch die Tätigkeit in der Verwaltung der Fachhochschule ist keine qualifizierungsgeeignete wissenschaftliche Tätigkeit.

b. Überwiegen des Wissenschaftsbezugs

Die Anwendung der Befristungsregeln des WissZeitVG setzt voraus, dass unter den vom Mitarbeiter geschuldeten Tätigkeiten die wissenschaftliche Tätigkeit überwiegt.<sup>15</sup> Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn in der vertraglichen Aufteilung der Arbeitszeit für die wissenschaftliche Tätigkeit mehr Zeit vorgesehen ist als für andere Aufgaben, etwa für die Mitwirkung in der Hochschulverwaltung. Vielmehr muss auch gefragt werden, ob in der für die wissenschaftliche Tätigkeit vorgesehenen Zeit wissenschaftsfremde Tätigkeiten in einem Umfang anfallen, dass diese zusammen mit von vornherein vorgesehenen anderweitigen Tätigkeiten die wissenschaftsbezogene Tätigkeit überwiegen.

Was die Mitwirkung in der **Lehre** angeht, hat das BAG insoweit detaillierte Regeln aufgestellt: Es wendet sich zunächst dagegen, Vorbereitungsarbeiten, wie das Anfertigen von Skripten oder von Folien, als nicht wissenschaftlich ins Gewicht fallen zu lassen. Solche Vorbereitungsarbeiten sind, wie das BAG sagt, mit der eigentlichen Lehrtätigkeit untrennbar verbunden. Gerade die Herstellung von Lehrmaterialien erfordert, wenn sie sachgerecht durchgeführt werden soll, die kritische Reflexion der zu vermittelnden wissenschaftlichen Erkenntnisse, denn nur dann kann deren Stand aktualitätsgetreu dargestellt werden.

Nicht von der wissenschaftlichen Tätigkeit zu trennen ist in der Regel auch die Prüfungstätigkeit. Mündliche Prüfungen an Hochschulen haben den Charakter wissenschaftlicher Gespräche zwischen Prüfer und zu Prüfenden. Aber auch schriftliche Prüfungen setzen die kritische Auseinandersetzung und damit die wissenschaftliche Reflexion dessen voraus, was die zu Prüfenden zu Papier oder auf ein elektronisches Dokument gebracht haben. Selbst formalisierte Prüfungen, etwa nach dem Multiple-Choice-Verfahren, erfordern jedenfalls insofern wissenschaftliche Tätigkeit, als es um die Ausarbeitung des Fragenkatalogs geht; lediglich das Abhaken eines entsprechenden Antwortkatalogs kann nicht mehr als wissenschaftliche Tätigkeit gewertet werden.

Nichts Anderes gilt im Prinzips hinsichtlich der Mitwirkung in der Forschung: Werkstatt- und Laborarbeiten oder digitale Erhebungen, die untrennbar mit einem

13 LAG Köln 7. 10. 2020, 5 Sa 451/20, juris (Revision anhängig unter 7 AZR 573/20); krit. zu diesem Urteil die Anm. von *Mandler/Bannerjee* in dieser Ausgabe.

14 *Preis/Ulber* aaO, § 2 Rn 13 in Verbindung mit § 6 Rn 16ff.

15 BAG 20. 1. 2016, 7 AZR 376/14, AP Nr.: 3 zu § 1 WissZeitVG.

Vorhaben angewandter Forschung oder Entwicklung verbunden sind, gehören ebenso zur wissenschaftlichen Tätigkeit wie die Unterweisung des Mitarbeiters in der Anwendung einer bestimmten für ein Projekt erforderlichen Methode. Auch die Koordination verschiedener Forschungs- und Entwicklungsprojekte ist untrennbar mit diesen verbunden und deshalb entgegen einer vom LAG Hamm vertretenen Auffassung<sup>16</sup> wissenschaftliche Tätigkeit. Der ständige Austausch zwischen an verschiedenen Projekten arbeitenden Wissenschaftlern trägt nicht unwesentlich zum allseitigen Erkenntnisgewinn bei und hat deshalb Wissenschaftsbezug.

Häufig werden Arbeitsverträge mit wissenschaftlichen Mitarbeitern so gestaltet, dass diese Dienstleistungen sowohl in der Forschung als auch in der Lehre zu erbringen haben. In solchen Fällen sind bei der Beurteilung der Frage, ob überwiegend wissenschaftliche Dienstleistungen zu erbringen sind, beide Tätigkeiten zusammenzurechnen. Ist ein wissenschaftlicher Mitarbeiter zu mehr als 50 Prozent seiner Arbeitszeit für die Mitwirkung an Forschung und Entwicklung eingestellt, spielt die Frage, ob die von ihm auch geschuldete Mitwirkung an der Lehre als wissenschaftliche Dienstleistung einzuordnen ist, also keine Rolle.

#### c. Angemessenheit der Befristungsdauer

Vornehmlicher Zweck des mit der Novelle 2016<sup>17</sup> in § 2 WissZeitVG eingefügten Angemessenheitskriteriums ist die **Vermeidung unsachgemäßer Kurzbefristungen**.<sup>18</sup> Eine feste Mindestdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG befristeter Beschäftigungsverhältnisse lässt sich daraus aber nicht ableiten. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen von den Wissenschaftseinrichtungen jeweils erstellte Leitlinien, Codes of Conduct, Grundsätze etc. maßgebend sein. Den Wissenschaftseinrichtungen kommt damit ein großer Ermessensspielraum zu.<sup>19</sup> Letztlich beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, ob die vereinbarte, sechs Jahre unterschreitende Befristungsdauer bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses plausibel erklärt werden kann.<sup>20</sup> Dabei werden die Anforderungen an eine plausible Erklärung umso höher sein je kürzer die Laufzeit ist. Praktisch sind die Fachhochschulen auch insoweit gut beraten, den

Weg der Leitlinien zu beschreiten und dort eine nur im Ausnahmefall zu unterschreitende regelmäßige Mindestdauer, etwa von einem oder zwei Jahren, festzulegen.<sup>21</sup>

Der Begriff der Angemessenheit der Befristungsdauer ist an sich ambivalent und erfasst so auch eine unangemessen lange Befristungsdauer. Doch ist das im Wesentlichen ein theoretisches Problem. Der Regelung liegt die Annahme zugrunde, dass wissenschaftliche Mitarbeit bei typisierender Betrachtung in einem Zeitraum von sechs Jahren die wissenschaftliche Qualifikation des Mitarbeiters kontinuierlich fördert.<sup>22</sup> Zudem kann der wissenschaftliche Mitarbeiter, wenn er keinen weiteren Mehrwert seiner Tätigkeit bei der Hochschule sieht, sein Arbeitsverhältnis unter den allgemeinen arbeitsrechtlichen Voraussetzungen kündigen.

#### d. Maßgeblichkeit des vereinbarten Vertragsinhalts

Für die Beurteilung der Frage, ob die von einem Mitarbeiter zu erbringende Tätigkeit als wissenschaftlich in diesem Sinne zu qualifizieren ist, kommt es auf die **Vereinbarungen bei Abschluss des Arbeitsvertrages** an. Nun wenn diese nicht eindeutig sind, können die praktischen Handhabung oder auch die Aussagen in einem Abschlussbericht oder dem Dienstzeugnis herangezogen werden - aber auch nur als Auslegungskriterium für das arbeitsvertraglich Vereinbarte.<sup>23</sup> Zweckmäßig ist deshalb eine möglichst konkrete Darstellung der zu leistenden Tätigkeiten und die Zuordnung pauschaler Zeitdeputate zu diesen.

Aus der Maßgeblichkeit des vereinbarten Vertragsinhalts folgt, dass es keine Rolle spielt, wenn ein wissenschaftlicher Mitarbeiter, der nach dem Arbeitsvertrag überwiegend wissenschaftliche Dienstleistungen in Forschung oder Lehre zu erbringen hat, im Verlauf des Arbeitsverhältnisses mit wissenschaftsfremden Dienstleistungen, insbesondere im organisatorischen Bereich, beschäftigt wird. Eine Grenze zieht insoweit freilich das Verbot der Gesetzesumgehung. Steht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon fest, dass der Mitarbeiter im Widerspruch zur Aufgabenbeschreibung im Arbeitsvertrag überwiegend nichtwissen-

16 LAG Hamm vom 2. 7. 2015, 18 Sa 517/15, ZTR 2016, 105.

17 Gesetz vom 11. 3. 2016 (BGBl I S. 1073).

18 Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/6489 S. 11).

19 Gesetzesbegründung aaO (wie Fn 12).

20 *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht 6. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn11; *Mandler/Meißner*, die Angemessenheit der Befristungsdauer nach Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199, 206.

21 Muster einer solchen (freilich sehr in die Einzelheiten gehenden) Leitlinie bei *Mandler/Meißner* aaO OdW 2017 S. 209f. Kritisch zum Wert solcher Leitlinien *Preis/Ulber*, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 22ff.

22 *Mandler/Meißner* aaO OdW 2017, 203.

23 BAG 21. 3. 2018, 7 AZR 437/16. AP Nr. 8 zu § 1 WissZeitVG mit Anm. *Löwisch*.

schaftliche Dienstleistungen erbringen soll, kann das WissZeitVG die Befristung nicht rechtfertigen. Maßgebend ist dann allein § 14 TzBfG.

### 3. Drittmittelbefristung

Nach § 2 Absatz 2 WissZeitVG ist die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannten Personals und damit auch des wissenschaftlichen Personals von Fachhochschulen auch zulässig, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt ist und der Mitarbeiter überwiegend entsprechend dieser Zweckbestimmung beschäftigt wird. Die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen. Dieser Befristungsweg steht unabhängig davon offen, ob im konkreten Fall auch eine Promotions- oder Qualifizierungsbefristung zulässig ist.

Tragender Grund der Drittmittelbefristung ist die zeitlich begrenzte Finanzierung von Forschungs- oder Entwicklungsvorhaben. Dabei darf der Begriff der „bestimmten“ Aufgabe in Absatz 2 nicht zu eng verstanden werden. Zum Wesen von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben gehört der dem Erkenntnisstand folgende ständige Wechsel der zu bewältigenden Aufgaben. Deshalb muss es genügen, wenn die Drittmittel für einen abgegrenzten Forschungs- oder Entwicklungsbereich zur Verfügung gestellt werden und die konkrete Aufgabenzuweisung im Rahmen eines solchen Vorhabens dessen verantwortlichem Leiter überlassen wird.<sup>24</sup> Werden dem Institut einer Fachhochschule Drittmittel für ein „Intelligentes Prozessentwicklungssystem zur Herstellung von biologischen Produkten“<sup>25</sup> oder für die Entwicklung einer neuen Gasinjektionstechnologie für Druckgussverfahren mit Magnesium und Aluminium<sup>26</sup> zur Verfügung gestellt, muss der Leiter des Instituts nach Planung und Verlauf des jeweiligen Vorhabens entscheiden können, mit wem er die finanzierten Stellen besetzt.

Wenn die Vorschrift auch voraussetzt, dass die Bewilligung der Drittmittel auch für eine „bestimmten“ Zeitdauer erfolgt, ist damit keine feste Koppelung an die - oft unsiche-

re - voraussichtliche Dauer des Forschungs- oder Entwicklungsvorhabens gemeint. Das Tatbestandsmerkmal soll nur sicherstellen, dass die Bewilligung für einen bestimmten Zeitabschnitt erfolgt und die Befristungsdauer mit diesem Zeitabschnitt übereinstimmt.<sup>27</sup> Nur wenn sich eine zunächst befristete Drittmittelbewilligung automatisch verlängert, liegt keine Finanzierung für bestimmte Dauer mehr vor.<sup>28</sup>

Die Gerichte sind bei der Befristungskontrolle aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, auch bei Vorliegen eines Sachgrundes für die Befristung nachzuprüfen, ob der Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreift. Dies gilt auch bei einer Drittmittelbefristung.<sup>29</sup> Daraus folgt aber nicht, dass viele aufeinander folgende drittmittelfinanzierte Befristungen von langer Gesamtdauer regelmäßig wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam wären.<sup>30</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die Befristung nach § 2 II ihren Grund in dem Umstand hat, dass Drittmittel vom Drittmittelgeber nur für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt werden. Wenn die Hochschule oder Forschungseinrichtung diesen Einschränkungen Rechnung trägt und Arbeitsverträge entsprechend befristet, liegt darin kein Missbrauch. Auch wäre Mitarbeitern, die über lange Zeit hinweg befristete Arbeitsverträge erhalten haben, nicht gedient, wenn ihnen ein weiterer Vertrag unter Berufung darauf versagt werden müsste, dass Drittmittel für eine nunmehr nur unbefristet zulässige Beschäftigung nicht mehr zur Verfügung stehen.<sup>31</sup> Anders liegt es nur dann, wenn die Hochschule oder Forschungseinrichtung Einfluss darauf nimmt, dass Drittmittel nur für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt werden, damit sie einen Mitarbeiter über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus nicht weiterbeschäftigen muss. In einem solchen Fall ergibt sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem Drittmittelgeber zum Zweck der Befristung in der Tat ein Rechtsmissbrauch.<sup>32</sup>

24 Zu eng LAG Düsseldorf 27. 7. 2016, 7 Sa 1208/15; ähnlich *Preis/Ulber*, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 103f.

25 Projekt der Hochschule Esslingen ([www.hs-esslingen.de/forschung/projekte/aktuelle-projekte/](http://www.hs-esslingen.de/forschung/projekte/aktuelle-projekte/) zuletzt abgerufen am 12.04.2021).

26 Projekt der Hochschule Aalen ([www.hs-aalen.de/de/news/3442](http://www.hs-aalen.de/de/news/3442) zuletzt abgerufen am 12.04.2021).

27 LAG Köln 9. 9. 2009, 3 Sa 746/09, LAGE § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 8; *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3, 6 ff.; a.M. Erfk/*Müller-Glöge* aaO § 2 WissZeitVG Nr. 9a.

28 BAG 13. 2. 2013, 7 AZR 284/11, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 10.

29 BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/14, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 22.

30 So aber LAG Köln 6.11.2013, 11 Sa 226/ 13, WKRS 2013, 51688; im Grundsatz nicht anders LAG Berl- Bbg 15.3.2013, 6 Sa 2102/ 12, LAGE § 14 TzBfG Nr 77a.

31 Im Erg ebenso BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/ 14, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr 22, mit insoweit krit Anm. *Brose* EuZA 2017, 25.

32 Zum Rechtsmissbrauch durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit Dritten bei der Vertragsgestaltung BAG 15.5.2013, 7 AZR 525/ 11, EZA § 14 TzBfG Nr 93; allgemein zu Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristung *Mandler* OdW 2015, 217 ff.

### III. Befristung nach dem TzBfG

#### 1. Befristung ohne Sachgrund

Nach seinem § 1 Abs. 2 lässt das WissZeitVG das Recht der Hochschulen unberührt, das wissenschaftliche und künstlerische Personal nach Maßgabe des TzBfG befristet zu beschäftigen. Das gilt auch für die nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bis zur Dauer von zwei Jahren zulässige kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes. Von dieser Möglichkeit können auch die Fachhochschulen in Bezug auf ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter Gebrauch machen.

Dabei ist freilich zu beachten, dass nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine solche sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Arbeitgeber der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachhochschulen ist regelmäßig das betreffende Bundesland<sup>33</sup>, so dass jede Beschäftigung an anderer Stelle dieses Bundeslandes der sachgrundlosen Beschäftigung entgegensteht. Das BAG hatte zwar früher eine mehr als drei Jahre zurückliegende Beschäftigung als unschädlich angesehen.<sup>34</sup> Das ist aber vom BVerfG mit Verweis auf den Willen des Gesetzgebers korrigiert worden. Danach ist die sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung nur zulässig, wenn diese lange zurückliegt oder ganz anders geartet war, die Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Beschäftigten nicht besteht und das Verbot nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.<sup>35</sup> An sich lässt das BVerfG so das Tor zur sachgrundlosen Beschäftigung trotz Vorbeschäftigung relativ weit offen. Doch zieht das „gebrannte Kind“ BAG nunmehr sehr enge Grenzen und hält selbst einen Unterbrechungszeitraum von neun Jahren noch nicht für sehr lang.<sup>36</sup> Ob sich die Rechtsprechung in der Zukunft wieder ändert, ist offen. Immerhin könnte es im öffentlichen Dienst der Anspruch auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 GG verbieten, Bewerber auf eine sachgrundlos befristete Stelle wegen ihrer länger zurückliegenden Vorbeschäftigung abzulehnen.<sup>37</sup>

#### 2. Sachgrundbefristung

33 Anders in Berlin, dort ist Arbeitgeber und damit Vertragspartner die jeweilige Hochschule (§ 2 Abs. 4 S.1 BerlHG).

34 BAG 6. 4. 2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905.

35 BVerfG 6. 6. 2018, 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, EzA § 14 TzBfG Nr 132 Rn 62.

36 BAG 12. 6. 2019, 7 AZR 429/17, EzA § 14 TzBfG Nr. 138; weitere Nachweise bei *Arnold/Gräfl/Gräfl*, TzBfG 5. Aufl. 2021, § 14 Rn 338.

37 *Löwisch*, Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung, SAE 2018, 36, 39f.

38 Siehe im Einzelnen *Löwisch/Wertheimer*, Handbuch Hochschul-

Nach § 1 Abs. 2 WissZeitVG bleibt an sich auch das Recht der Hochschulen zur Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG unberührt. In Betracht kommen insbesondere die Einstellung zur Vertretung (§ 14 Absatz 1 Nr. 3 TzBfG), die befristete Einstellung, um die Zeit der Bewerbung um eine Dauerstelle zu überbrücken (§ 14 Absatz 1 Nr. 6) und die befristete Einstellung für ein länger dauerndes, aber zeitlich begrenztes Projekt (§ 14 Absatz 1 Nr. 1).<sup>38</sup> Eine zeitliche Grenze zieht insoweit nur die Sonderregelung Nr. 8 zu § 40 TV-L, nach der im Bereich der Wissenschaft kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit sachlichem Grund nur zulässig sind, wenn die Dauer des einzelnen Vertrages sieben Jahre nicht übersteigt.

Zu beachten ist freilich, dass nach Auffassung des BAG ungeachtet von § 1 Abs. 2 WissZeitVG die besonderen Befristungsmöglichkeiten nach § 2 Absatz 1 WissZeitVG als **Spezialregelungen** § 14 Absatz 1 TzBfG insoweit verdrängen, als die befristete Beschäftigung **ausschließlich** der Qualifizierung des Mitarbeiters dient.<sup>39</sup> Dass ein wissenschaftlicher Mitarbeiter aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die eigens für befristete Beschäftigungen bestimmt sind, kann also trotz § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG die Befristung nicht rechtfertigen, wenn die Beschäftigung des betreffenden Mitarbeiters allein seiner Qualifizierung dient, ihm also nach seinem Vertrag nicht auch noch andere Aufgaben übertragen sind. Als Spezialregelung betrachtet das BAG auch § 2 Abs. 2 WissZeitVG: Wird die befristete Beschäftigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters überwiegend aus Drittmitteln finanziert, ist für die Zulässigkeit der Befristung **allein** § 2 Abs. 2 WissZeitVG maßgebend, sodass die vor Inkrafttreten des WissZeitVG vom BAG angestellten Erwägungen zur sachlichen Rechtfertigung befristeter Beschäftigungen in drittmittelfinanzierten Forschungsprojekten keine Rolle spielen.<sup>40</sup> Hingegen wird die reine Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG durch § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht verdrängt.<sup>41</sup>

### IV. Ergebnisse

1. Der Anwendungsbereich des WissZeitVG erstreckt sich auf die Fachhochschulen und damit auf die

recht, 3. Aufl. 2017, Kap. 10 Rn 195ff.

39 BAG 18.5.2016, 7 AzR 533/14, EzA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 20.

40 BAG 8. 6. 2016, 7 AZR 259/14, EzA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 22; näher *Arnold/Gräfl/Gräfl* aaO (wie Fn 12), § 14 Rn 31 und 297.

41 BAG 8.6.2016, (aaO, wie Fn. 40), Rn. 47.

wissenschaftliche Tätigkeit in den Bereichen angewandte Forschung und Entwicklung.

2. Verfolgen wissenschaftliche Mitarbeiter im Rahmen einer Kooperation ihrer Fachhochschule mit einer Hochschule ein Promotionsvorhaben, rechtfertigt dies die Befristung ihrer Beschäftigungsverhältnisse nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG.

3. Unabhängig von einem Promotionsvorhaben ist die Befristung der Beschäftigungsverhältnisse wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen auch dann zulässig, wenn ihre Mitwirkung an angewandter Forschung und Entwicklung und der darauf bezogenen Lehre ihrer **Qualifizierung dient**. Insoweit gilt:

– Vorausgesetzt ist zwar kein bestimmtes Qualifizierungsziel, wohl aber die Mitwirkung an der eigentlichen wissenschaftlichen Tätigkeit.

– Der Wissenschaftsbezug in Forschung und der Lehre muss überwiegen. Bloße Hilfstätigkeiten genügen nicht.

– Die Befristungsdauer muss angemessen sein. Soweit der Sechs-Jahres-Zeitraum des § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG unterschritten wird, muss dies plausibel erklärt werden können. Dafür sind Leitlinien zweckmäßig.

– Maßgeblich für die Beurteilung dieser Voraussetzungen sind die Vereinbarungen bei Abschluss des Ar-

beitsvertrags, nicht die spätere Handhabung.

4. Auch bei den Fachhochschulen sind **Drittmittelbefristungen** nach Maßgabe von § 2 Abs. 2 WissZeitVG zulässig. Danach müssen die Mittel für ein abgegrenztes Forschungs- oder Entwicklungsvorhaben zur Verfügung gestellt und im Rahmen dieses Vorhabens jeweils für einen bestimmten Zeitraum bewilligt werden. Dieser Zeitraum muss nicht an die - oft unsichere - Dauer des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens geknüpft werden, sondern kann diesen unterschreiten. Eine Grenze zieht insoweit nur das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

5. Möglich sind gemäß § 1 Abs. 1 WissZeitVG an sich auch Befristungen nach den allgemeinen Vorschriften des TzBfG. Soweit die befristete Beschäftigung ausschließlich der Qualifizierung des Mitarbeiters dient, verdrängt § 2 Abs. 1 WissZeitVG jedoch die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG. Wird die Beschäftigung überwiegend aus Drittmitteln finanziert, ist für die Zulässigkeit der Befristung allein § 2 Abs. 2 WissZeitVG maßgebend. Hinsichtlich der Befristung ohne Sachgrund (§ 14 Abs. 2 TzBfG) ist das von der Rechtsprechung sehr strikt verstandene Vorbeschäftigungshindernis zu beachten.

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



# Heike Egner und Anke Uhlenwinkel

## Zur Rechtsstaatlichkeit universitätsinterner Verfahren bei Entlassung oder öffentlicher Degradierung von Professor\*innen<sup>1, 2</sup>

### Übersicht

I. Einleitung: Gelten rechtsstaatliche Prinzipien auch für Universitäten?

II. Fragestellung

III. Verwirrungen: Welches Verfahren für welche Verfehlung?

1. Wissenschaftliches Fehlverhalten

2. „Führungsfehlverhalten“

IV. Zur Rechtsstaatlichkeit der internen Verfahren

1. Wahrnehmung der internen Verfahren durch die betroffenen Professorinnen

2. Mängel der zum Einsatz gekommenen Verfahren

V. Zur Überzeugungskraft der internen Verfahren

VI. Fazit: Funktionsfähige Wissenschaft ... oder institutionelles Scheitern?

### I. Einleitung: Gelten rechtsstaatliche Prinzipien auch für Universitäten?

Universitäten gelten als eine der zentralen Institutionen im sozialen System der Wissenschaft. Über ihr Monopol zur Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses und der Vergabe von Bildungszertifikaten und Titeln gestalten sie den gesellschaftlichen Prozess der Wissens-erzeugung nach wie vor wesentlich stärker als die übrigen Sektoren und Institutionen im Wissenschaftssystem<sup>3</sup>. Als staatliche Institutionen produzieren sie „öffentliche Güter“<sup>4</sup> oder erbringen „Leistungen, die dem Gemeinwohl dienen“<sup>5</sup>. Die Erbringung dieser Leistungen setzt eine weitgehende Unabhängigkeit der beteiligten Wissenschaftler\*innen voraus. Dementsprechend ist ihre Tätigkeit in Deutschland in Art. 5 Abs. 3 GG (Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre), in Österreich durch Art. 17 des Bundes-Verfassungsgesetzes und in der Schweiz durch Art. 20 der Bundes-

verfassung besonders geschützt. Der Entlassung und Degradierung von (in Deutschland zudem oft verbeamteten) Wissenschaftler\*innen sind schon mit diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen hohe Hürden gesetzt.

Trotzdem werden seit einiger Zeit zunehmend mehr Fälle von Entlassungen und öffentlicher Degradierung von Professorinnen bekannt. Während die Entlassung zu einer kompletten Beendigung des Dienstverhältnisses führt, verbleibt die Professorin oder der Professor bei einer Degradierung im Dienstverhältnis, verliert jedoch eine oder mehrere hohe Positionen. Geschieht dies unter Einsatz der Medienöffentlichkeit, führt die Degradierung zu einer ähnlich gravierenden Berufsschädigung wie die Entlassung. Beide Formen des Umgangs lassen sich sowohl an Universitäten als auch an außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen beobachten und sie beschränken sich nicht auf Deutschland, sondern kommen im gesamten deutschsprachigen Raum, also auch in den beiden oben bereits genannten Staaten Österreich und der Schweiz, vor. Auffällig an allen Entlassungen und öffentlichen Degradierungen ist, dass ihnen weder ein Fehlverhalten im wissenschaftlichen Bereich noch strafrechtlich relevante Sachverhalte zugrunde liegen, sondern sie einzig und allein auf Gründen beruhen, die der Persönlichkeit der Betroffenen zugeschrieben werden, also auf persönlich attribuierten Gründen und nicht auf objektivierbaren Sachverhalten.<sup>6</sup> Medienberichte über die bekannt gewordenen Fälle zeigen zudem, dass die Entlassungen und Degradierungen teils unter eigentümlichen Umständen erfolgt sind<sup>7</sup>. Dies hat bereits die Politik erreicht: Die den Entlassungen und öffentlichen Degradierungen vorausgegangenen institutionsinternen Verfahren sind im Juli 2019 Gegenstand einer Kleinen Anfrage an die Bundesregierung (sowie zweier Nachfragen zur Kleinen Anfrage im Oktober 2019 und im Janu-

1 Zur gendergerechten Schreibweise verfahren wir wie folgt: In jenen Fällen, in denen faktisch überwiegend Frauen gemeint sind, verwenden wir die weibliche Form; analog dazu, in jenen Fällen in denen faktisch überwiegend Männer gemeint sind, die männliche Form. An allen anderen Stellen erscheint der Genderstern.

2 Wir danken unseren vier Pre-Reviewern für die ausgesprochen konstruktiven Hinweise, Kommentare, Erweiterungsvorschläge und Vertiefungswünsche.

3 Becker/Wehling, Risiko Wissenschaft. Ökologische Perspektiven in Wissenschaft und Hochschule, Campus, 1993, 28.

4 Zeuner, in: Sambale/Eick/Walk: Das Elend der Universitäten.

Neoliberalisierung deutscher Hochschulpolitik, Westfälisches Dampfboot, 2008, 36.

5 ebd.

6 Egner/Uhlenwinkel, Entlassung und öffentliche Degradierung von Professorinnen. Eine empirische Analyse struktureller Gemeinsamkeiten anscheinend unterschiedlicher „Fälle“, Beiträge zur Hochschulforschung, 2021, 43, Heft 1–2, 62.

7 Bspw. Buchhorn/Freisinger, Mission: Rufmord, manager magazin, 2020, Heft 2, 84; Rubner, Die Angeklagten, DIE ZEIT, 31.01.2020, 39.

ar 2020)<sup>8</sup> der FDP-Bundestagsfraktion geworden. Auf die Frage, welche Möglichkeiten die Bundesregierung sehe, darauf hinzuwirken, „dass Verfahren, die ohne nachvollziehbare Struktur, Systematik und Regelwerk stattgefunden haben, neu bewertet und ggf. neu aufgerollt werden“<sup>9</sup>, erhalten die Fragesteller die Antwort, dass der Bundesregierung „kein derartiger Fall bekannt“<sup>10</sup> sei und sie „deshalb [...] keine Notwendigkeit“<sup>11</sup> für entsprechende Handlungen sehe.

Ganz anders bewerten die von Entlassung und öffentlicher Degradierung betroffenen Professorinnen sowie externe Beobachter der Verfahren die Situation. In einer vergleichenden Studie über die Entlassung oder öffentliche Degradierung von Professorinnen in Deutschland, Österreich und der Schweiz gaben alle (!) befragten Professorinnen an, dass sie jene Verfahren, die institutintern ihrer Entlassung oder Degradierung vorausgegangen waren, als unfair, intransparent und voreingenommen wahrgenommen haben, und dass sie aus ihrer Sicht grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien entbehrten<sup>12</sup>. Ein einschlägig geschulter Beobachter eines der Verfahren schreibt, dass er in seiner „langjährigen juristischen Tätigkeit [...] noch kaum je gesehen [habe], dass die rechtsstaatlichen Grundsätze derart mit Füßen getreten worden wären“<sup>13</sup>. Dieser Befund ist alarmierend. Denn neben der Absicht, dass die für derartige Verfahren vorgesehenen Regeln und Rollen die Entscheidungsprozesse sichern und verbessern sollen, haben Verfahren vor allem auch den Zweck, die unterlegene Partei von der Richtigkeit (Wahrheit, Gerechtigkeit) der Entscheidung zu überzeugen<sup>14</sup>. Dass geordnete Verfahren zur Legitimation von rechtlich verbindlichen Entscheidungen nicht nur beitragen, sondern diese tragen können, gehört zu den zentralen Vorstellungen liberaler Gesellschaften, die *Niklas Luhmann* in der Kurzformel „Legitimation durch Verfahren“<sup>15</sup> fasste.

## II. Fragestellung

Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag der Frage nach, warum die zur Anwendung gekommenen internen Verfahren offenbar nicht geeignet waren, die Betroffenen (sowie Dritte, die Einblick in die komplexen Sachlagen haben) von der Legitimität der Entlassungs- oder Degradierungsentscheidung zu überzeugen. Vor dem Hintergrund der Grundsätzlichkeit der Fragestellung spielen weder die konkreten Aspekte der Anstellung der aus ihrer Position entfernten Professorin (wie z. B. die Art des Dienstverhältnisses – verbeamtet oder angestellt; Art der Wissenschaftsinstitution – Universität, Fachhochschule oder außeruniversitäre Wissenschaftseinrichtung) noch die spezifischen politischen oder rechtlichen Rahmenbedingungen der Institutionen eine Rolle. Wir beziehen in unsere Beobachtung Fälle aus allen drei Ländern des deutschsprachigen Raums ein, wohl wissend, dass sich die Situationen der Wissenschaftseinrichtungen sowohl historisch, aber auch politisch und rechtlich unterscheiden. Gleichwohl ähneln sich die prinzipiellen Regeln für ordentliche Verfahren und können über allgemein formulierte rechtsstaatliche Prinzipien gefasst werden. Die vergleichende Studie zur Entlassung von Professorinnen in Deutschland, Österreich und der Schweiz ergab eine so frappierende Ähnlichkeit in der Art der Verfahren und der Art und Weise des Umgangs mit den Betroffenen, dass von einer großen Selbstähnlichkeit<sup>16</sup> der Entwicklungen ausgegangen werden kann. Darüber hinaus zeigt die Erhebung auch, dass in Österreich und der Schweiz fast ausschließlich Ausländerinnen von Entlassung betroffen sind, wovon die meisten deutscher Herkunft waren<sup>17</sup>.

Die Überprüfung des Vorwurfs einer Verfehlung, die zu einer Entlassung oder öffentlichen Degradierung einer Professorin führen kann, setzt voraus, dass einerseits

8 Kleine Anfrage an den Deutschen Bundestag: Mobbing-Anschuldigungen an außeruniversitären Forschungseinrichtungen und daraus folgende Untersuchungen, 17.07.2019, Drucksache 19/11732; Nachfrage, 04.10.2019, Drucksache 19/13751; zweite Nachfrage, 17.01.2020, Drucksache 19/16594.  
9 Kleine Anfrage, 17.07.2019, Drucksache 19/11732, Frage 26, 6.  
10 Antwort der Bundesregierung vom 05. 08. 2019, Drucksache 19/12165, 10.  
11 ebd.  
12 *Egner/Uhlenwinkel*, Beiträge zur Hochschulforschung, 2021, Jg. 43, Heft 1–2, 75 f.  
13 *Walder-Richli*, Feldzug gegen eine Professorin. Gleichzeitig Analyse der mit einem Lehrstuhl in der Schweiz verbundenen Fährnisse samt zwölf Merkmale für allfällige Berufungsgesprä-

che, DHV, 2004, 25.

14 *Kieserling*, in: *Jahraus/Nassehi/Grizelj/Saake/Kirchmeier/Müller: Luhmann Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, J.B.Metzler, 2012, 145 f.; Scheiber, Mut zum Recht. Plädoyer für einen modernen Rechtsstaat, Falter-Verlag, 2019, 149.  
15 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp, 1983.  
16 Auf den Aspekt, dass „Selbstähnlichkeit“ einerseits Voraussetzung, andererseits Prinzip und gleichzeitig Ergebnis von Globalisierungsdynamiken von sozialen Systemen ist, haben *Altwater & Mahnkopf* (Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft, Westfälisches Dampfboot, 2007, 152 ff) unter dem Stichwort Fraktalisierung hingewiesen.  
17 *Egner/Uhlenwinkel*, Beiträge zur Hochschulforschung, 2021, Jg. 43, Heft 1–2, Tabelle 1.

die Verfehlung sanktionsfähig definiert ist und die Verfahren der vorgeworfenen Verfehlung angemessen sind. Hier sind erhebliche Zweifel angebracht. Aus der Beschreibung der Situation von Seiten der Wissenschaftspolitik (Kapitel 2) wird deutlich, dass bereits die Sachverhaltsbeschreibungen im Wesentlichen opak und damit auch die Art der Verfehlung unklar sind. Demzufolge müssen den dort beschriebenen Verfehlungen schon strukturell bedingt ungeeignete Verfahrensabläufe zugeordnet werden. Darüber hinaus ist zu erwarten, dass bei internen Verfahren, die einer Entscheidung mit für die betroffenen Professorinnen so schwerwiegenden Folgen vorausgehen, allgemeingültige Gesetze (z. B. Strafrecht, Arbeitsrecht, Dienstrecht, Hochschulrecht) auch im Wissenschaftsbereich berücksichtigt und die ihnen zugrundeliegenden rechtsstaatlichen Prinzipien in institutionsinternen Verfahren beachtet werden. Auch hier erscheinen Zweifel angebracht (Kapitel 3.2). Wie sich diese Unklarheiten im Konkreten niederschlagen, zeigt und diskutiert Kapitel 4 an ausgewählten und zum Schutz der Beteiligten anonymisierten Beispielen.

Es geht uns dabei nicht um die Beleuchtung einer konkreten Entscheidung oder eines spezifischen Falls an einer Universität oder außeruniversitären Wissenschaftseinrichtung; auch nicht um juristische Aspekte dieser oder jener Einzelentscheidung eines Präsidenten oder Rektors; und schon gar nicht um die Frage, ob diese oder jene Professorin zu Recht oder Unrecht von ihrer Position entfernt wurde. Dies ordentlich festzustellen, wäre die Aufgabe der Leitung der Wissenschaftsinstitutionen vor der Entscheidung gewesen, und es ist allenfalls die Aufgabe von Gerichten, dies im Nachgang zu prüfen. Vielmehr richten wir unseren Fokus auf die Art der institutionsintern zum Einsatz gekommenen Verfahren, die der Entscheidungsfindung durch die Leitung vorausgingen. Dieser Beitrag ist somit auch der Versuch einer Rekonstruktion juristischer Verfahrensfragen mit sozialwissenschaftlichen Mitteln – durchaus verbunden mit der Hoffnung, Juristinnen oder Juristen mögen dies als Herausforderung verstehen und sich dieser Problematik annehmen.

### III. Verwirrungen: Welches Verfahren für welche Verfehlung?

Die Ergebnisse der Studie über die Entlassung oder öffentlichen Degradierung von Professorinnen zeigen unter anderen,

- dass keine der Professorinnen aufgrund eines Fehlverhaltens in der Wissenschaft, sondern allein aufgrund *persönlich attribuerter Gründe* entlassen oder degradiert wurde;
- dass anonyme Vorwürfe oft die Grundlage für die Entfernung der Professorin aus ihrer Position bildeten;
- dass vor allem Frauen (68 %) und Ausländerinnen (63 %) davon betroffen waren, und
- dass die Fälle seit 2015 zunehmen (11 der insgesamt 19 seit dem Jahr 2000 bekannt gewordenen Entlassungen / öffentlichen Degradierungen (= 58 %) fanden zwischen 2015 und 2020 statt).

Eine der grundlegenden Fragen bei der Behandlung der Entlassungen oder öffentlichen Degradierungen von Professorinnen aufgrund persönlich attribuerter Vorwürfe beginnt bereits bei der Entscheidung über das angemessene Verfahren zur Prüfung der Angelegenheit. Da es sich augenscheinlich um ein neues Phänomen handelt, herrscht über die adäquate Vorgehensweise zur Klärung der Vorwürfe oder Sachverhalte derzeit offenbar Unklarheit. Auch der Kleinen Anfrage der FDP liegen sehr unterschiedliche Vergehen zugrunde, die in den Fragen oft in eins gesetzt werden. Im einleitenden Text ist zunächst von „wissenschaftlichem Fehlverhalten“, von „Mobbingvorwürfen“ und von „Machtmissbrauch“<sup>18</sup> die Rede. Später wird das Fehlverhalten nicht näher spezifiziert, dafür aber mit der Strafgesetzgebung in Verbindung gebracht: die Personen seien „eines Fehlverhaltens oder einer Straftat angeklagt“<sup>19</sup>. Eine weitere Frage nennt „Führungsfehlverhalten“<sup>20</sup> als Vorwurf.

Die Antwort der Bundesregierung führt diese Verwirrung fort und spricht in der Einleitung in einem Atemzug von „wissenschaftlichem und persönlichem Fehlverhalten“<sup>21</sup>. Angesichts dieses Potpourris an mögli-

18 Kleine Anfrage, 17.07.2019, Drucksache 19/11732, 1.

19 ebd.

20 ebd., 3

21 Antwort der Bundesregierung, 05.08.2019,

Drucksache 19/12165, 2.

chen Vorwürfen verwundert es kaum, dass die Frage nach den jeweils angemessenen Verfahren sowohl auf Seiten der Fragenden als auch auf Seiten der Antwortenden wenig überzeugend abgehandelt wird.

Grundsätzlich lassen sich hier zwei Gruppen von Verstößen unterscheiden, die in der Kleinen Anfrage und der Antwort der Bundesregierung miteinander vermischt werden, die jedoch eine fundamental unterschiedliche Bedeutung haben: (a) wissenschaftliches Fehlverhalten, das im Hinblick auf die Gemeinwohlbedeutung wissenschaftlicher Prozesse verfolgt wird<sup>22</sup> und in den Bereich der akademischen Selbstverwaltung fällt, und (b) „Führungsfehlverhalten“, unter das Mobbing und Machtmissbrauch subsumiert werden können. Die Frage nach dem angemessenen Verfahren für ein Vergehen muss sich an dem Fehlverhalten orientieren, das vorgeworfen wird.

### 1. Wissenschaftliches Fehlverhalten

Bislang liegen Verfahrensvorschriften des inneruniversitären Bereichs allein für wissenschaftliches Fehlverhalten (Fall a) vor. Hierfür wurden umfangreiche und detaillierte Instrumente entwickelt. Wissenschaftliches Fehlverhalten kann mit Hilfe der „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“<sup>23</sup> und der „Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“<sup>24</sup> der DFG verfolgt werden, wie es folgerichtig auch in der Kleinen Anfrage, den zwei Nachfragen und den Antworten der Bundesregierung mehrfach benannt wird. Wissenschaftliches Fehlverhalten liegt beispielsweise dann vor, wenn Wissenschaftler\*innen Falschangaben machen, etwa durch die freie Erfindung von Daten, oder wenn sie sich fremde wissenschaftliche Leistungen zu eigen machen, z. B. in Form eines Plagiats oder eines Ideendiebstahls.

Gemäß den DFG-Richtlinien wird das Vorliegen wissenschaftlichen Fehlverhaltens in einem zweistufigen Verfahren aus Vorprüfung und, bei Bedarf, dem förmlichen Verfahren festgestellt. Ausgangspunkt der Untersuchung kann dabei auch ein anonymer Hinweis sein. Ungeachtet der Anonymität der Erstanzeige ist „dem vom Verdacht des Fehlverhaltens Betroffenen unter Nennung

der belastenden Tatsachen und Beweismittel Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben“<sup>25</sup>. Verhärteten sich die Verdachtsmomente, schließt sich ein förmliches Verfahren an, in dem den Betroffenen erneut die „Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben“<sup>26</sup> ist. Auf Wunsch ist eine mündliche Anhörung anzuberaumen, zur der „sie bzw. er eine Person ihres bzw. seines Vertrauens als Beistand hinzuziehen“<sup>27</sup> kann. Die Anonymität der Hinweisgeber\*innen bleibt unberührt.

### 2. „Führungsfehlverhalten“

Für die angemessene Behandlung des Vorwurfs eines Fehlverhaltens im persönlichen Bereich, der sich auf keine strafrechtlich relevanten Tatbestände beziehen kann, liegen keinerlei Verfahrensregeln vor. Die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage impliziert, dass die Verfahrensregeln für wissenschaftliches Fehlverhalten auf die Untersuchung von „Führungsfehlverhalten“ angewendet werden könnten. Dies erweist sich aus drei Gründen als unangemessen:

- *Erstens* wird ‚Führungsfehlverhalten‘ in der DFG-Verfahrensordnung nicht nur nicht näher, sondern gar nicht bestimmt. Dies wiederum nimmt nicht wunder, da der Begriff des ‚Führungsfehlverhaltens‘ (bislang zumindest) im deutschen Wortschatz offiziell nicht hinreichend definiert wurde und damit nicht existiert<sup>28</sup>. Für die Definition eines Fehlverhaltens im Führungsbereich wäre wiederum ein Verständnis davon, was unter ‚Führungswohlverhalten‘ zu verstehen ist, vonnöten – ebenfalls ein Begriff, der in unserer Sprache (bislang) fehlt.
- *Zweitens* setzt die Möglichkeit der Stellungnahme bei Vorwürfen von ‚Führungsfehlverhalten‘ voraus, dass Ort, Zeit und Personen genannt werden, damit die Vorwürfe nicht in „allgemeinen Aussagen“<sup>29</sup> verfangen bleiben. Zur Verdeutlichung stelle man sich analog eine „allgemeine Aussage“ zu wissenschaftlichem Fehlverhalten vor: „Sie / er hat plagiiert.“ – „Wo?“ – „Weiß ich nicht genau.“ – „Bei wem abgeschrieben?“ – „Weiß ich auch nicht.“ Es wird deutlich: Das Verfahren hätte sich sehr schnell erledigt.
- *Drittens* übersteigt der Vorwurf von ‚Führungsfehl-

22 Herrmann, Wie Hochschulen mit anonymen Verdachtsäußerungen umgehen müssen, OdW 2020, 66, 69.

23 DFG, Leitlinien zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis, 2019.

24 DFG Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten, 2019.

25 ebd., III 1. a) (2).

26 ebd., III 3. b) (2).

27 ebd.

28 Im Digitalen Wörterbuch der Deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/?q=Führungsfehlverhalten> (20.08.2020) kommt der Begriff bisher nicht vor, auch wenn er gerade durch die Entlassungen oder Degradierungen von Professor\*innen nun im Sprachgebrauch öfter auftritt, jedoch ohne Definition, was darunter zu verstehen sei.

29 Kleine Anfrage, 17.07.2019, Drucksache 19/11732, 5.

verhalten‘ die Kompetenzen der akademischen Selbstverwaltung, weil es sich dabei um kein wissenschaftsspezifisches Problem handelt. Es müssten also bei dieser Art des Vorwurfs Verfahren zum Einsatz kommen, in denen Dritte jenseits des universitären Betriebs mit einbezogen werden.

Entsprechend der fehlenden Trennung der verschiedenen Vergehen schwankt die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP hinsichtlich der Bearbeitung des ‘Führungsfehlverhalten’ bei der Benennung der relevanten Verfahrensschritte. Dabei bleibt sogar der rechtliche Bezugsrahmen unklar: Er reicht von wissenschaftsinternen Verfahrensregeln über Arbeitsrecht bis hin zum Strafrecht. In ihrer Einleitung verweist die Bundesregierung zunächst auf arbeitsrechtliche Vorschriften und dann hinsichtlich des „Umgangs mit wissenschaftlichem und persönlichem Fehlverhalten“<sup>30</sup> auf die Grundprinzipien der Internationalen Ombudsvereinigung. Interne Verfahren wie diese könnten zudem einer späteren Überprüfung durch die Gerichtsbarkeit unterzogen werden. Spätestens bei der Antwort auf die Fragen 15 und 16 der Kleinen Anfrage<sup>31</sup> impliziert die Bundesregierung aber auch die Möglichkeit der Nutzung der DFG-Verfahrensordnung zur Feststellung von ‚Führungsfehlverhalten‘. In der Antwort auf die Frage nach der „rechtlichen oder anders kodifizierten Grundlage“<sup>32</sup>, auf der „Anklagen wegen Führungsfehlverhalten erhoben“<sup>33</sup> werden können, verweist sie dagegen auf § 170 Abs. 1 StPO, nach dem Anklagen „von der Staatsanwaltschaft erhoben [werden], wenn der hinreichende Tatverdacht einer Straftat vorliegt“<sup>34</sup>.

Wenn ein ‘Führungsfehlverhalten’ strafrechtlich verfolgt werden soll, müsste jedoch ein entsprechender Tatbestand vorliegen. Dies ist schon beim Mobbing nicht der Fall: Wer hiergegen klagen will, muss sich auf einzelne Straftatbestände, wie üble Nachrede, Verleumdung oder Körperverletzung, beziehen. In Österreich wird im Dienstrecht für Beamte des Bundes zwar ein Mobbing-

Verbot ausgesprochen<sup>35</sup>, aber es fehlt eine allgemeine Definition von Mobbing<sup>36</sup>. Beim ‘Führungsfehlverhalten’ legt die Bundesregierung selbst in ihrer Antwort nahe, dass es keine rechtlich verbindliche Vorstellung davon gibt, was darunter zu verstehen sei. Stattdessen verweist sie auf interne Personalentwicklungskonzepte der betreffenden Forschungseinrichtungen<sup>37</sup>. Ein Verstoß gegen solche Konzepte kann jedoch nicht strafrechtlich verfolgt werden, weil es sich dabei um keinen Verstoß gegen Gesetze handelt. Wenn aber offenbleibt, aufgrund welcher Gesetze oder Bestimmungen eine für die Betroffenen existenzbedrohende oder -vernichtende Entscheidung getroffen wurde, ist auch fraglich, was eine nachfolgende Gerichtsbarkeit entscheiden sollte. Sie könnte tatsächlich nur Willkür feststellen, die in jedem Fall rechtswidrig wäre. Die Bundesregierung kann nicht ernsthaft für ein derart eigenwilliges Vorgehen der Universitätsleitungen plädieren oder solches als adäquat hinstellen.

Ebenso unregelt und dementsprechend unangemessen ist der derzeitige Umgang mit dem Vorwurf des ‘Führungsfehlverhalten’ hinsichtlich der Konsequenzen: Während die DFG in ihrer „Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“ einen Maßnahmenkatalog vorsieht, der aus gestuften Sanktionen „je nach Art und Schwere des festgestellten Fehlverhalten“<sup>38</sup> besteht und von der schriftlichen Rüge, über die Rücknahme von Förderentscheidungen bis zur Aberkennung des aktiven und passiven Wahlrechts für die Organe und Gremien der DFG reicht<sup>39</sup>, wird angebliches ‘Führungsfehlverhalten’ in der Praxis nunmehr regelmäßig mit Entlassung oder öffentlicher Degradierung geahndet. Schon die fehlende Nennung dieser Folgen im Maßnahmenkatalog der DFG zeigt, dass dieses Verfahren im Fall des Vorwurfs von ‘Führungsfehlverhalten’ ungenügend ist. Wenn für den Vorwurf eines Fehlverhaltens im persönlichen Bereich, der sich auf keine disziplinar- oder strafrechtlich relevanten Tatbestände bezie-

30 Antwort der Bundesregierung, 05.08.2019, Drucksache 19/12165, 2.

31 Antwort der Bundesregierung, 05.08.2019, Drucksache 19/12165, 8: „15. Hält die Bundesregierung die Anonymisierung von Personen im Zuge der Arbeit der Kommissionen für angemessen?“; (a) Geht die Bundesregierung bei einer solchen Anonymisierung von einem fairen Verfahren aus (bitte begründen)?; (b) Wie ist nach Auffassung der Bundesregierung eine faire und faktenbasierte Aufklärung von Sachverhalten möglich, wenn keine konkreten Vorwürfe, die es erlauben, Zeit, Ort und Personen zu kennen, vorgelegt werden, sondern nur allgemeine Aussagen?; (c) Hält die Bundesregierung eine Anonymisierung für angemessen, wenn zum Zeitpunkt des Verfahrens keinerlei Betreuungs- und/oder Abhängigkeitsverhältnis mit den Beklagten mehr besteht?“; 16. „Wie ist nach Kenntnis der Bundesregierung die Tatsache zu bewerten, dass die Gewährung von einseitiger Anonymität nur

für die Beschwerdeführer sowohl Dialog als auch Klärung von Sachverhalten erschwert und die Möglichkeit für Verleumdung, private Racheaktionen und falsche Anschuldigungen eröffnet?“.

32 Kleine Anfrage, 17.07.2019, Drucksache 19/11732, 7.

33 Antwort der Bundesregierung, 05.08.2019, Drucksache 19/12165, 11.

34 ebd.

35 *Smutny*, Mobbing – rechtliche Überlegungen, WISO, 2017, 40, 87, 88.

36 ebd., 89.

37 Antwort der Bundesregierung, 05. 08. 2019, Drucksache 19/12165, 11.

38 DFG, Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten. 2019, III 3. c).

39 ebd.

hen kann, keinerlei Verfahrensregeln vorliegen, kann das eigentlich nur den Schluss zulassen, dass es ohne einen „verfahrenswürdigen“ Vorgang auch keine Schlussfolgerungen und Konsequenzen wie Entlassungen geben darf.

Wollte man ‚Führungsfehlverhalten‘ als Entlassungsgrund sehen, müsste man es, ähnlich dem Mobbing, mit vorhandenen Straftatbeständen koppeln, wie etwa Untreue oder Tötlichkeiten und Verletzung der Sittlichkeit im Betrieb<sup>40</sup>, oder sich auf gesetzlich festgelegte mögliche Entlassungsgründe berufen, wie etwa Weigerung oder Unfähigkeit, die vereinbarten Dienstleistungen zu erbringen, Verleitung anderer Bediensteter zum Ungehorsam gegen den Arbeitgeber oder längere Freiheitsstrafen.<sup>41</sup> Zur Ermittlung der Richtigkeit der Anschuldigungen bräuchte es ein Verfahren, das zumindest insofern einem Disziplinarverfahren ähnelt, als es die Anonymität der Zeugen nicht als Regel, sondern als Ausnahme definiert<sup>42</sup>. Anders als im Fall von wissenschaftlichem Fehlverhalten wird eine Sachverhaltsaufklärung von ‚Führungsfehlverhalten‘ bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Anonymität der Zeugen verunmöglicht.

Dies lässt den Schluss zu: Wer ‚Führungsfehlverhalten‘ mit der ‚Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten‘ der DFG verfolgen will, ist sich bewusst, dass die vorgegebenen Gründe für ein ordentliches Verfahren (Disziplinar- oder Strafverfahren) nicht ausreichen. Eine Wahl zwischen interner Untersuchung und Disziplinarverfahren, wie sie eine Frage der FDP-Fraktion des Bundestages nahelegt, erscheint schon von daher wenig sinnvoll. In beiden Fällen werden sehr verschiedene Tatbestände untersucht, die aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit auch verschiedene Verfahren erfordern. Während für wissenschaftliche Verfehlungen klare Verfahren und Regelungen entwickelt und immer wieder verbessert wurden, fehlen für jene Verfehlungen „im persönlichen Bereich“, die aktuell zunehmend zur Entfernung von Professorinnen als Begründung herangezogen werden, ganz offenbar angemessene Begriffe, Verfahren und Regelungen.

#### IV. Zur Rechtsstaatlichkeit der internen Verfahren

Während die Kleine Anfrage an die Bundesregierung mit ihren beiden Nachfragen und den jeweiligen Antworten der Bundesregierung gleichsam eine „Außen-sicht“ auf die institutionsinternen Verfahren darstellt, ermöglichen die Berichte der von Entlassung oder Degradierung betroffenen Professorinnen eine Innen-sicht aus dem Erleben der Verfahren. Dieses Kapitel fokussiert zunächst auf die zum Einsatz gekommenen internen Verfahren mit Blick auf die Beachtung zentral erscheinender rechtsstaatlicher Prinzipien (Abschnitt III.1). Die Diskussion der Befunde erfolgt entlang der von der Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage vorgeschlagenen Vorgehensweise anhand der ‚Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten‘ (Abschnitt III.2.). Dies bringt Stärken und Schwächen des Vorschlags zum Vorschein.

##### 1. Wahrnehmung der internen Verfahren durch die betroffenen Professorinnen

Die Studie über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede entlassener oder öffentlich degradierter Professorinnen<sup>43</sup> verglich auf der Grundlage von Medienanalysen, standardisierten Fragebögen und qualitativen Interviews insgesamt 19 Fälle aus den so genannten D-A-CH-Staaten (Deutschland [= 7 Fälle], Österreich [= 4 Fälle] und der Schweiz [= 8 Fälle]). Teil der standardisierten Erhebung war auch die Frage nach der Beachtung einiger grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien in den intern eingesetzten Verfahren, die der Entscheidung der Leitung der Wissenschaftseinrichtung vorausgingen. Dazu zählen:<sup>44</sup>

- *Fairness* – alle Seiten werden in gleicher Weise behandelt;
- *Transparenz* – des Verfahrens insgesamt, der einzelnen Verfahrensschritte, der in jedem Schritt zugrunde gelegten Kriterien usw.;
- *Vertraulichkeit* – die für alle Seiten gleichermaßen gilt;
- *Unschuldsvermutung* – zentrales Grundprinzip rechtsstaatlicher Strafverfahren;

40 § 27 AngG (Österreich).

41 ebd.

42 § 24 Abs. 4 BDG.

43 Egner/Uhlenwinkel, Beiträge zur Hochschulforschung, 2021, Jg. 43, Heft 1–2, 74.

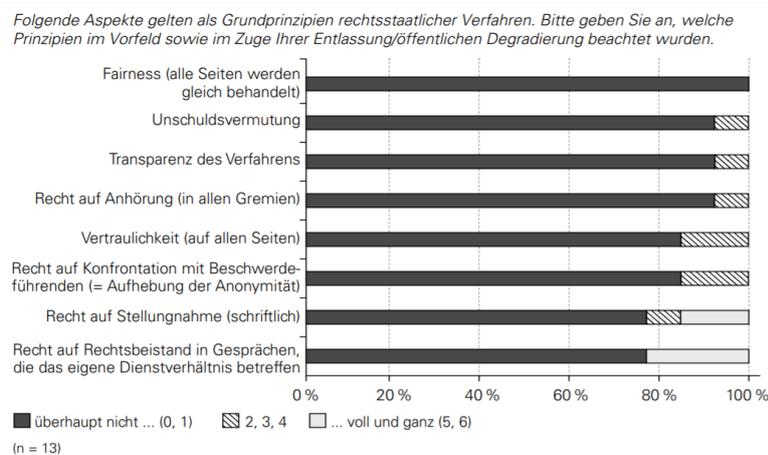
44 Die hier aufgeführten Prinzipien wurden im Rahmen der

Tagung „Vorwürfe ohne Absender. Zum Umgang mit anonymen Vorwürfen in der Wissenschaft“ (20./21.02.2020 in Passau) von verschiedenen Referenten aus Wissenschaftspolitik, Ombudswesen und Recht genannt, eher nebenbei und als selbstverständliche Elemente von wissenschaftsinternen Verfahren zur Prüfung von Fehlverhalten.

- *Recht auf Anhörung* – in jedem Gremium, das sich mit dem Sachverhalt befasst;
- *Recht auf Stellungnahme* – dies setzt voraus, dass die Vorwürfe schriftlich zur Kenntnis gegeben und ausreichend Zeit zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt wird;
- *Recht auf Konfrontation mit Beschwerdeführenden* – dies setzt die Aufhebung ihrer, im Sinne eines Privilegs gegenüber der Beschuldigten gewährten, Anonymität voraus;
- *Recht auf Rechtsbeistand* – in allen mündlichen Kommunikationen, die das eigene Arbeitsverhältnis betreffen.

Abb. 1 fasst die Antworten aus der standardisierten Erhebung zusammen und zeigt, dass aus Sicht der insgesamt 13 Betroffenen, die einen ausgefüllten Fragebogen zurücksandten<sup>45</sup>, alle erfragten rechtsstaatlichen Prinzipien in erheblichem Maße missachtet wurden. Nur bei zwei der acht Prinzipien gaben Befragte überhaupt an, dass diese im Verfahren in ausreichendem Maße beachtet worden waren, beide Zahlen bewegen sich mit 23 % (Gewährung eines Rechtsbeistandes) und 18 % (Recht auf schriftliche Stellungnahme) in einem Bereich, der nicht dafür spricht, dass die Gewährung dieser Rechte als Regel angesehen wird. Alle anderen erfragten Prinzipien kamen in einem erheblichen Ausmaß nicht zum Einsatz. Mit Blick auf eines der Ziele rechtsstaatlicher Verfahren, das lautet, die unterlegene Partei von der Richtigkeit (Wahrheit, Gerechtigkeit) der Entscheidung zu überzeugen, ist dies ein desaströses Ergebnis.

Abb. 1 Beachtung der Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit in den internen Prozeduren aus Sicht der entlassenen/degradierten Professor\*innen. Im Fragebogen wurden die Prinzipien mit einer siebenstufigen Likert-Skala erhoben; in der Auswertung ist diese Skala auf drei Werte verdichtet.<sup>46</sup>



Man mag einwenden, dass sich aus den Angaben der betroffenen Professorinnen nicht erschließen lässt, ob es die jeweiligen Verfahrensschritte tatsächlich nicht gegeben hat; schließlich wurde bei der Erhebung nur eine Seite befragt und zwar jene, die von dem für sie negativen Ausgang des Verfahrens betroffen war. Auch wenn die Frage auf Erinnerung und Wahrnehmung beruht, so geht es bei der Hälfte der abgefragten rechtsstaatlichen Prinzipien nicht um eine perspektivenabhängige Einschätzung, sondern um die Frage, ob etwas stattgefunden hat oder nicht. Die Frage, ob eine Gelegenheit für eine schriftliche Stellungnahme oder eine mündliche Anhörung in einer Kommission gegeben wurde, lässt sich in der Regel eindeutig beantworten. Allenfalls die Einschätzung, ob etwas in einem für die Betroffenen *ausreichenden* Maß gewährt wurde, unterliegt der persönlichen Einschätzung; um dies zu erfassen, wurde bei der Frage eine siebenstufige Likert-Skala eingesetzt. Wären einzelne der abgefragten Prinzipien zwar beachtet, jedoch nur nicht in einem für die Betroffenen ausreichend erscheinenden Maße, müssten die mittleren Werte dominieren. Die Dominanz der einen Seite der Extremwerte ("trifft nicht oder überhaupt nicht zu") bei *allen* abgefragten Prinzipien stellt den einer Entlassung oder Degradierung vorausgegangen internen Verfahren daher ein überraschend eindeutig negatives Zeugnis aus.

## 2. Mängel der zum Einsatz gekommenen internen Verfahren

Um zu verdeutlichen, warum das zuvor dargestellte Befragungsergebnis ein Armutszeugnis für die den Entlassungen und öffentlichen Degradierungen vorangegangenen institutionsinternen Verfahren ist, sollen die einzelnen Aspekte in diesem Kapitel entlang der Grundsätze der von der Bundesregierung in ihrer Antwort auf

45 Von den 15 in den D-A-CH-Staaten versandten Fragebögen wurden 13 ausgefüllt zurückgesandt. Dies entspricht einer Rücklaufquote von 87 %.

46 Aus Egner/Uhlenwinkel, Beiträge zur Hochschulforschung, 2021, Jg. 43, Heft 1–2, 76.

die Kleine Anfrage mehrfach empfohlenen „Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten“<sup>47</sup> der DFG diskutiert werden, auch wenn wir im vorherigen Kapitel die partielle Ungeeignetheit dieser Verfahrensordnung für Vergehen im „persönlichen Bereich“ dargestellt und begründet haben. Gleichwohl gibt sie Anhaltspunkte dafür, wie institutionsinterne Verfahren zur Überprüfung der vorgeworfenen Vergehen hätten aussehen müssen, hätte eine ordentliche Sachverhaltsprüfung erfolgen sollen. Gleichzeitig rufen wir in Erinnerung, dass die Behandlung von Fehlverhalten „im persönlichen Bereich“ grundsätzlich die Kompetenz der akademischen Selbstverwaltung übersteigt und es Verfahren bedarf, die den Einbezug Dritter jenseits der Wissenschaft vorsehen. Wir behandeln im Folgenden die Punkte:

- (a) Vorverfahren,
- (b) Einleitung eines förmlichen Verfahrens,
- (c) freie Beweiswürdigung,
- (d) Anonymität.

(a) Vorverfahren:

„Bei hinlänglich konkretisierten, auch anonym und in der Regel schriftlich vorgebrachten, Verdachtsmomenten für wissenschaftliches Fehlverhalten ist der bzw. dem vom Verdacht des Fehlverhaltens Betroffenen unter Nennung der belastenden Tatsachen und Beweismittel Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben.“<sup>48</sup>

Nur zwei der 13 Befragten gaben an, das Recht auf schriftliche Stellungnahme in einem ausreichenden Maße erhalten zu haben, während zehn Betroffene (77 %) keinerlei Gelegenheit dazu eingeräumt wurde. In den offenen Textangaben zu dieser Frage gab die Mehrzahl der Befragten an, dass sie gar nicht wussten, was ihnen eigentlich vorgeworfen wird. Wenn keine „hinlänglich konkretisierten Verdachtsmomente“ präsentiert werden, kann dazu auch nicht sinnvoll schriftlich Stellung genommen werden. Dass aus einer solchen Situation der Eindruck erwächst, die Verfahren seien intransparent (92 %) verwundert kaum.

(b) Nach der möglicherweise notwendig gewordenen Einleitung eines förmlichen Verfahrens, ist

„[d]er Wissenschaftlerin bzw. dem Wissenschaftler, der bzw. dem wissenschaftliches Fehlverhalten vorgewor-

fen wird, [...] in geeigneter Weise Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Sie bzw. er ist auf ihren bzw. seinen Wunsch hin mündlich anzuhören; dazu kann sie bzw. er eine Person ihres bzw. seines Vertrauens als Beistand hinzuziehen.“<sup>49</sup>

Die hier formulierten Verfahrensbestandteile, die auf Wunsch mögliche mündliche Anhörung und die Hinzuziehung eines Beistands, sind von den befragten Professorinnen in weiten Teilen als nicht gegeben wahrgenommen worden. Das Recht auf Rechtsbeistand in Gesprächen, die das eigene Dienstverhältnis betreffen, erachteten nur drei Befragte (23 %) in einem ihnen ausreichend erscheinenden Maße als gewährt an; 12 (92 %) gaben an, keinerlei Möglichkeit für eine Anhörung erhalten zu haben.

(c) Die in der Verfahrensordnung der DFG genannten Schritte entsprechen weitgehend den Vorgaben des § 20 Abs. 1 BDG. Dort wird darüber hinaus die Möglichkeit einer freien Beweiswürdigung konkretisiert:

„Zur Aufklärung des Sachverhalts sind die erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Dabei sind die *belastenden*, die *entlastenden* und die Umstände zu ermitteln, die für die Bemessung einer Disziplinarmaßnahme *bedeutsam* sind.“<sup>50</sup>

Durch den Hinweis auf allseitige Ermittlung wird hier die Unschuldsvermutung substantiiert, ein wesentliches Element in einem Verfahren zur Überprüfung eines vorgeworfenen Vergehens. 92 % der von einer Entlassung oder öffentlichen Degradierung betroffenen Befragten sahen dies in ihren Verfahren als nicht gegeben an. Vielmehr gaben sie an, dass oft einseitig gegen sie ermittelt wurde sowie Stellungnahmen zu ihren Gunsten entweder gar nicht eingeholt oder ignoriert wurden. In einigen Fällen wurden behauptete Sachverhalte als unumstößlich gewertet und die mit objektivierbaren Fakten untermauerten Widerlegungen nicht berücksichtigt. Es verwundert daher nicht, dass die Verfahren als unfair (100 %) wahrgenommen wurden.

(d) Deutliche Unterschiede zwischen der „Verfahrensordnung zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis“ der DFG und dem BDG bestehen in der Frage nach der Anonymität möglicher Hinweisgeber. Während die DFG eine „Offenlegung des Namens [...] nur im Einzelfall“<sup>51</sup> vorsieht, formuliert das BDG:

durch die Österreichische Agentur für wissenschaftliche Integrität durchgeführt. Zum Verfahren siehe <https://oeawi.at/untersuchung-2/> (20.08.2020).

48 DFG, Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten, VIII. 1. a) (2).

49 ebd., III. 3. b) (2).

50 § 21 Abs. 1 S. 1f und 2 BDG, Hervorh. durch die Autorinnen.

51 DFG, Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten, III. 3. b) (3).

47 Vergleichbare Regelungen finden sich in der Schweiz und in Österreich. In der Schweiz z. B. „Wissenschaftliche Integrität. Grundsätze und Verfahrensregeln“ der Akademien der Wissenschaften (<http://academies-suisse.ch/index/Schwerpunkte/Wissenschaftliche-Integritaet.html>) (20.08.2020) oder das „Reglement über wissenschaftliches Fehlverhalten“ des Schweizer Nationalfonds ([http://www.snf.ch/de/derSnf/forschungspolitische\\_positionen/wissenschaftliche\\_integritaet/Seiten/default.aspx](http://www.snf.ch/de/derSnf/forschungspolitische_positionen/wissenschaftliche_integritaet/Seiten/default.aspx)) (20.08.2020). In Österreich werden entsprechende Verfahren

„Dem Beamten ist Gelegenheit zu geben, an der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen sowie an der Einnahme des Augenscheins teilzunehmen und hierbei sachdienliche Fragen zu stellen. Er kann von der Teilnahme ausgeschlossen werden, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere mit Rücksicht auf den Zweck der Ermittlungen oder zum Schutz der Rechte Dritter, erforderlich ist. Ein schriftliches Gutachten ist ihm zugänglich zu machen, soweit nicht zwingende Gründe dem entgegenstehen.“<sup>52</sup>

Das in unserer Erhebung erfragte Prinzip des „Rechts auf Konfrontation mit den Beschwerdeführenden“ setzt eine Regelung wie im BDG voraus, damit die Anonymität von Beschwerdeführenden gegenüber der mit einem Vergehen im persönlichen Bereich beschuldigten Professorin die Ausnahme und nicht die Regel bildet. Anders als in Fällen wissenschaftlicher Verfehlungen, in denen „Whistleblower“ Hinweise auf etwas geben, das in der Regel objektivierbar und somit durch Fakten überprüfbar ist, stellt sich die Sachlage bei Vorwürfen über Vergehen im persönlichen Bereich anders dar. Ein Plagiat lässt sich „auf anderem Wege“ ebenso überprüfen, wie die Fälschung von Daten oder Titelbetrug, ohne dass die Hinweisgeber\*in in Erscheinung treten oder deren Identität der beschuldigten Person offengelegt werden muss.<sup>53</sup> Im Falle des Vorwurfs eines ‚Führungsfehlverhaltens‘ jedoch handelt es sich um Aktivitäten, die im zwischenmenschlichen Bereich stattfinden. Ohne die Kenntnis von Tat, Ort und Zeit des Vorfalls, über den Beschwerde geführt wird, ist weder eine Überprüfung noch eine Stellungnahme durch die angeschuldigte Person möglich. Hier von „Whistleblowern“ zu sprechen und einen entsprechenden Zeugenschutz ins Feld zu führen, erweist sich als unüberwindbare Hürde für die beschuldigten Professorinnen, da es eine Identifizierung der konkreten Vorwürfe nach den oben genannten Kriterien ausschließt und demzufolge eine qualifizierte Stellungnahme verunmöglicht. Von den 82 % der Befragten, denen das Recht auf Konfrontation mit den Beschwerdeführenden verweigert wurde, führten viele diesen Aspekt als zentral in der eigenen Beurteilung ihrer internen

Verfahren als unfair, intransparent, voreingenommen und in der Ermittlung als gegen sie gerichtet an.

## V. Zur Überzeugungskraft interner Verfahren

Für die Möglichkeiten der „Legitimation von Verfahren“ hat Niklas Luhmann verschiedene Kriterien entwickelt, die von der Ausdifferenzierung über die Autonomie der Verfahren und den Rollenzuschreibungen in den Verfahren bis hin zu den Wirkungsmöglichkeiten der Entscheidungen in der gesellschaftlichen Umwelt reichen. Um nachvollziehen zu können, warum die internen Verfahren von den von Entlassung und öffentlicher Degradierung betroffenen Professorinnen als derart unbefriedigend empfunden werden, prüfen wir anhand des Materials der qualitativen Interviews, wie einige dieser Kriterien in den Verfahren zur Geltung kamen oder eben nicht. Es zeigen sich einige Muster, die sich aufgrund der großen Parallelitäten in Umständen und Ablauf als typisch, und somit einen bestimmten Ablauf verkörpernd, klassifizieren lassen. Die Kontrastierung dieser Fälle mit den Kriterien zur Legitimation von Verfahren verfolgt das Ziel, die Schwachpunkte der zum Einsatz gekommenen Verfahren deutlicher herauszuarbeiten.

Wie alle Systeme zeichnen sich nach Luhmann auch Gerichtsprozesse<sup>54</sup> u. a. dadurch aus, dass sie von ihrer Umwelt weitgehend getrennt sind. Informationen, die sie erreichen, werden „durch systemeigene Regeln und Entscheidungen gesteuert“<sup>55</sup>, sodass „prozeßfremde Rollen unberücksichtigt“<sup>56</sup> bleiben. Das System filtert die für seine Zwecke relevanten Informationen heraus und deutet sie seinen eigenen Maßstäben entsprechend. Diese Deutung ist grundsätzlich kontingent. Die Überführung in ein anderes System, das die Informationen nach seinen Regeln deutet, fand in den Verfahren gegen Professorinnen, die entlassen oder degradiert wurden, mehrheitlich nicht statt. Ein Beispiel hierfür ist die Rolle der an etwa einem Drittel der Entlassungen oder Degradierungen beteiligten Nachwuchswissenschaftler\*innen. Sie war in allen Fällen nahezu identisch: Die Professorin

52 § 24 Abs. 4 BDG.

53 Dennoch ist auch hier die Frage der Geheimhaltung allfälliger Hinweisgeber und Zeugen fragwürdig, vgl. Herrmann, OdW, 2020, 65, 72. Zudem stellt sich immer auch die Frage „bösgläubiger Hinweisgeber“ (ebd., 65, 75).

54 Luhmann dekliniert die Kriterien am Beispiel von Gerichtsprozessen durch. Um solche handelt es sich in den institutionsinter-

nen Verfahren an Universitäten und Wissenschaftseinrichtungen selbstverständlich nicht. Die vorgebrachte Argumentation trägt aus unserer Sicht jedoch erheblich zur Klärung der Anforderungen an ordentliche Verfahren bei.

55 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp, 1983, 59.

56 ebd., 63.

weigert sich beispielsweise, das Beschäftigungsverhältnis einer Nachwuchswissenschaftlerin zu verlängern, weil die bisher erbrachten Leistungen den Erwartungen nicht entsprechen<sup>57</sup>, oder sie weist allgemein auf Mängel in ihrer bisherigen Leistung hin. In einem Fall wurde der Doktorandin ein Plagiat nachgewiesen<sup>58</sup>.

Eigentlich wären derartige Sachverhalte im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung klar und leicht zu klären: Analog zu den Verfahren bei wissenschaftlichem Fehlverhalten der DFG könnte ein Verfahren eingesetzt werden, in dem überprüft wird, ob die Leistungsbewertung durch die Professorin angemessen ist oder nicht. Stattdessen wurde in den uns bekannten Fällen der Konflikt auf eine persönliche Ebene verlagert: Die Nachwuchswissenschaftlerin zum Beispiel, die nachweislich plagiiert hatte, wirft der Professorin aus heiterem Himmel Mobbing vor<sup>59</sup>. Folgt die Hochschulleitung diesem Vorwurf, statt den Ausgangssachverhalt zu prüfen, wird aus einem der objektiven Überprüfung zugänglichen Dissens ein subjektiver Konflikt, der dem „persönlichen Bereich“ zugeordnet wird. Wie oben bereits skizziert, ist ein derartiger Konflikt, der sich auf die menschlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern bezieht, im Kontext und mit den Mitteln der akademischen Selbstverwaltung nicht zu lösen. Er müsste – hinreichende Begründung vorausgesetzt – in ein förmliches außeruniversitäres Verfahren überführt werden<sup>60</sup>. Dieses Verfahren könnte dann eigene Deutungen anlegen und beispielsweise fragen, ob es zu übler Nachrede oder Verleumdung gekommen ist. Da es – in den geschilderten Fällen – nicht fündig würde, müsste das Verfahren eingestellt werden, denn einen Straftatbestand der negativen Leistungsbeurteilung gibt es bisher (noch?) nicht. Kommt es aber zu keinem entsprechenden Anklageverfahren, kann die Professorin sich erst im Nachhinein, d. h. nach der Entlassung oder öffentlichen Degradierung vor einem ordentlichen Gericht, zur Wehr setzen. Das Risiko für die Nachwuchswissenschaftlerin dagegen ist überaus gering, und ihr Versuch, von ihrer fehlenden Leistungserbringung dadurch abzulenken, dass sie als Ursache dafür die persönliche Einstellung der Professorin ihr gegenüber benennt, ist mit Billigung oder Unterstützung der Hochschulleitung von Erfolg gekrönt.

Während sich dieser Typus der Konflikte auf der ver-

ticalen Ebene universitärer Arbeitsbeziehungen abspielt, zeichnen sich die Konflikte der horizontalen Ebene in den uns bekannten Fällen oft durch eine andere Struktur aus. Die Akteure des Verfahrens sind in diesen Fällen regelmäßig allesamt Universitätsprofessor\*innen in verschiedenen Positionen. Hier kommt die Luhmannsche Unterscheidung zwischen der „Person des Entscheidenden“<sup>61</sup>, die „aus der Darstellung ausgeschaltet werden“<sup>62</sup>, muss und der „Person des Entscheidungsempfängers“<sup>63</sup>, die „in die Darstellung einbezogen werden“<sup>64</sup> soll, zum Tragen. Der Einbezug des Entscheidungsempfängers dient dabei der Ermöglichung der Übernahme der Entscheidungsprämisse, damit der Konflikt am Ende tatsächlich als gelöst betrachtet werden kann.

In allen uns bekannten institutionsinternen Verfahren gegen die entlassenen oder degradierten Professorinnen fand sich die Person des Entscheidenden in den Leitungsebenen der Wissenschaftseinrichtungen: Dekane und Präsidenten oder Rektoren, aber auch Mitglieder von Kommissionen, wie Ombudspersonen oder Betriebsräte. Sie alle sind nicht frei von Interessen. In nahezu der Hälfte der untersuchten Fälle lässt sich das Vorgehen der Wissenschaftseinrichtung gegen eine einzelne Professorin explizit auf Auseinandersetzungen um Ressourcen zurückführen. Dabei kann es darum gehen, sich entweder „nur“ die Kapazitäten der Professorin für die eigenen Zwecke nutzbar zu machen, oder gleich darum, die Stelle an das eigene Institut zu verlagern oder mit „eigenen Leuten“ zu besetzen.

In allen uns bekannten Fällen waren die Entscheidenden in zentraler Weise in die Darstellung einbezogen; sie erhielten dadurch Raum für die umfangreiche Präsentation ihrer Vorstellungen. Die betroffenen Professorinnen, also die eigentlichen Entscheidungsempfängerinnen, wurden dagegen weitgehend aus der Darstellung herausgehalten. In der Logik der Entscheidenden erscheint dieses Vorgehen unter Umständen durchaus sinnvoll, da es ja letztlich auch nicht um die Entscheidungsempfängerinnen selbst geht, sondern um die Ressourcen, die sie im Kontext der Universität für ihre Forschung und Lehre genutzt haben. Zwar wurden den Professorinnen zur Begründung ihrer Entfernung „persönliche Verfehlungen“ zur Last gelegt, diese erweisen sich in der Rekonstruktion jedoch entweder als über-

57 Dies gilt in Österreich nach § 27 Abs. 2 AngG als ein rechtlich valider Entlassungsgrund – wohlgerneht für die Person, die den Leistungen nicht entspricht, nicht derjenigen, die die Leistung bewertet.

58 Dies gilt in allen drei Ländern als wissenschaftliches Fehlverhalten.

59 *Walder-Richli*, Feldzug gegen eine Professorin. DhV 2004, 13f.

60 Ähnlich argumentiert *Scheiber*, Mut zum Recht, Falter-Verlag,

2019, 188, in Bezug auf Asylverfahren in Österreich: Sie sollten „aufgrund ihrer Tragweite auch in erster Instanz von Gerichten und nicht wie derzeit von Verwaltungsbehörden geführt werden“.

61 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp, 1983, 108.

62 ebd.

63 ebd.

64 ebd.

aus vage oder beruhten sogar auf eigens für die vorgeworfene Verfehlung konstruierten Fakten und hatten letztlich mit der Professorin selbst nichts zu tun.

Die Entwicklung dieser Dynamik ist vor dem Hintergrund der verschiedenen Hochschulreformen zu verstehen. Insbesondere seit der Bologna-Reform und der etwa zeitgleichen Entlassung der Universitäten in die sogenannte „Autonomie“ hat sich das Verständnis hin zu einer „unternehmerischen Universität“ verschoben. Die Universität wird behandelt, als ob sie ein „Betrieb“ sei. Damit einhergehend wurde mit Nachdruck der inneruniversitäre Wettbewerb zwischen Personen, Arbeitsgruppen und Organisationseinheiten gefördert und durch ein System von Kennziffern bewertet.<sup>65</sup> Gleichzeitig fehlen die dafür notwendigen Regeln und Anleitungen, wie dieser Wettbewerb „geordnet“ ablaufen soll.

Diese Situation lässt Raum, im Konfliktfall oder bei Vorliegen stark divergierender Interessen ein weiteres wichtiges Kriterium für die Legitimation durch Verfahren zu ignorieren: dass „die Einzugsbereiche für rechtliche und für faktische Entscheidungsprämissen sozial auseinandergezogen sind“<sup>66</sup>, oder anders gesagt, dass diejenigen Instanzen, die Recht setzen, nicht gleichzeitig entscheiden können, welche Sachverhalte wahr sind und welche nicht. Übersetzt in die Entscheidungsverfahren an Universitäten und außeruniversitären Wissenschaftseinrichtungen heißt das, dass Rektoren bzw. Präsidenten (oder auch andere Leitungsebenen innerhalb der Institutionen) nicht alleine festlegen können, welche Prämissen für eine Entscheidung Gültigkeit haben, und dann gleichzeitig die Entscheidung darüber treffen, ob diese Prämissen erfüllt sind oder nicht. Derartige Anmaßungen finden sich in den Entscheidungen gegen Professorinnen jedoch immer wieder: So wurden in Ermangelung einer Tenure-Track-Ordnung die persönlichen Wünsche des Dekans oder eines Institutsleiters zum Qualitätsmaßstab, dem eine Juniorprofessorin zu genügen hatte<sup>67</sup>. An anderer Stelle wurden, unter Missachtung jeglicher datenschutzrechtlicher Bedenken, private Briefe zur Diffamierung und zur öffentlichkeitswirksamen Inszenierung immer wieder neuer interner Verfahren gegen eine Professorin genutzt, ohne diese jemals weiterzuverfolgen oder ordentlich zu einem Abschluss zu bringen: Der scheinbar praktizierte Rufmord ist gelungen, die Professorin von ihrer Position entfernt. Und an einer weiteren Stelle schaffte sich der Fakultätsrat die Rechtsgrundlage für die Entfernung einer Profes-

sorin selbst, indem er sie entgegen ihrer Stellung faktisch zur Juniorprofessorin erklärt und als unwürdig befundet, während andere Professor\*innen in der gleichen Evaluationssituation an der gleichen Universität in anderen Fakultäten eine andere Behandlung erfuhren.

Sollte „Führungsfehlverhalten“ tatsächlich als ein sanktionierbares Vergehen in Wissenschaftseinrichtungen gelten, bedarf es dafür einer Definition der Tatbestandsmerkmale sowie, daraus abgeleitet, der Entwicklung und Etablierung adäquater Verfahren zur Behandlung von Vorwürfen und Vergehen im „persönlichen Bereich“. Andernfalls bilden – wie bisher – die Delikte aus den Bereichen wissenschaftliches Fehlverhalten, disziplinarrechtliche Vergehen, Persönlichkeitsverletzungen und strafrechtlich relevante Handlungen den Rahmen für sanktionierbare Vergehen im Wissenschaftsbereich.

Hält man an dem Vergehen ‚Führungsfehlverhalten‘ fest und entwickelt dazu weder passende Normen noch Verfahren, liegt letztlich der Schluss nahe, dass solche „Verfehlungen im persönlichen Bereich“ zunehmend ins Spiel gebracht werden, um sich unliebsamer Professor\*innen aufgrund ganz anderer Motive zu entledigen. Demnach würde hier eine Rechtslücke konstruiert, der man sich – von Fall zu Fall bzw. „Erfolg“ zu „Erfolg“ – dann willkürlich bedienen kann, um sich Jemandem scheinbar legal mittels Konstruktion eines „Fehlers“ entledigen zu können. Auch das könnte die auffällig hohe Diskrepanz zwischen „Außensicht“ und „Innensicht“ in der Adäquatheit der intern zum Einsatz gekommenen Verfahren erklären.

## VI. Fazit: Funktionsfähige Wissenschaft ... oder institutionelles Scheitern?

Die Ergebnisse unserer empirischen Untersuchung zur Entlassung oder Degradierung von Professorinnen deuten auf frappierende systemrelevante rechtliche Lücken bei der Behandlung der Betroffenen im Verfahren hin, sowohl (a) hinsichtlich der Definition des Tatbestands als auch (b) hinsichtlich der für seine Bearbeitung sinnvollen Verfahren. (ad a) Hinsichtlich des Tatbestands lässt sich insbesondere auch unter Berücksichtigung der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion feststellen, dass es für die Überprüfung des Vorwurfs ‚Führungsfehlverhalten‘ an einer geeigneten Definition fehlt. Wenn aber schon unklar ist, worum es sich bei einem Vergehen eigentlich

65 Münch, Akademischer Kapitalismus. Über die politische Ökonomie der Hochschulreform, Suhrkamp. 2011, 155ff.

66 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Suhrkamp, 1983, 71.

67 Die betreffende Professur war zunächst als W2-Professur ausgeschrieben. Die Nachwuchswissenschaftlerin wurde zum Vortrag

eingeladen und kam in die Begutachtung. Das Verfahren werde abgebrochen und die Stelle später „W1 mit Tenure-Track-Option“, verbunden mit denselben umfassenden Dienstaufgaben wie zuvor, neu ausgeschrieben. Die erneute Bewerbung war erfolgreich, die Entfristung in der Folge nicht.

konkret handelt, ist auch unklar, wie sachlich korrekt damit umgegangen werden kann. (ad b) Hinsichtlich der Verfahren ist eine Verschiebung der Verantwortung von arbeits- und dienstrechtlichen Fragen von den Ministerien in die Universitäten selbst zu beobachten, ohne dass die Zuständigkeitsfragen einer neuen offiziellen Regelung zugeführt wurden. In Ermangelung entsprechender Verfahren würden die Wissenschaftseinrichtungen idealerweise zumindest versuchen, die mit dem neuen Begriff des ‚Führungsfehlverhalten‘ angesprochenen Vergehen mit den Verfahren der akademischen Selbstverwaltung zu bearbeiten, so ungeeignet sie auch jeweils sind. Dies findet offenbar nicht statt. Stattdessen hat die Übertragung der Personalhoheit an die Universitäten rechtliche (de facto rechtsfreie) Räume eröffnet, in denen sich der gleichzeitig geförderte inneruniversitäre Wettbewerb ohne Beschränkung entfalten kann. Nicht nur, weil nun Organe der akademischen Selbstverwaltung sich Gesetzgebungskompetenzen anmaßen, die sie nicht haben, sondern auch weil es in den Ministerien – und wie es scheint auch in der Justiz – am Willen oder an der Einsicht mangelt, diese Maßlosigkeiten in ihre Schranken zu weisen.

Für die entlassenen oder degradierten Professorinnen und Professoren entsteht aus diesen Verfahrensmerkmalen eine Situation, in der sie die Ergebnisse des Verfahrens weder mit Überzeugung noch ohne Verluste der eigenen Glaubwürdigkeit annehmen können. Denn sie sehen sich als Entscheidungsempfängerinnen keinen neutralen Entscheidern gegenüber, sondern Akteuren, die offenbar nichts anderes im Sinn haben, als ihre eigenen Interessen ohne Rücksicht auf etwaige rechtsstaatliche Prinzipien und Ansprüche durchsetzen zu können. Die starke Häufung von Entlassungen und öffentlichen Degradierungen von Professorinnen und Professoren seit 2015 scheint anzudeuten, dass sich der Vorwurf eines ‚Führungsfehlverhalten‘ (oder allgemeiner: Fehlverhaltens im „persönlichen Bereich“) als besonders geeignet erweist, um den inneruniversitären Wettbewerb um Ressourcen mit anderen Mitteln als denen der Wissen-

schaft auszutragen. Vor dem Hintergrund der Analysen der bekannt gewordenen Entlassungen und öffentlichen Degradierungen ziehen wir einen ersten, bereits heute eindeutigen Schluss: Die als Täterinnen dargestellten Professorinnen sind demnach Opfer mangelnder Regelungen im Kontext der Hochschulreformen der letzten 20 Jahre, bei denen die Rollen- und Funktionsveränderungen der Professorenschaft offenbar nicht berücksichtigt wurden. Insofern beschreibt diese Analyse zugleich ein Scheitern der Institutionen.

Da sich die Zahl der von derlei Vorgängen betroffenen Professorinnen und Professoren in den letzten Jahren deutlich erhöht hat, scheint sich hier ein Trend abzuzeichnen. Verstörend dabei ist, dass gerade im Wissenschaftsbereich nicht darauf hingewirkt wird zu vermeiden, „dass die Erhebung der Anschuldigungen dem Hinweisgeber Vorteile bringt“<sup>68</sup>. Damit entsteht die reale Gefahr, dass „die Funktionsfähigkeit des Wissenschaftsprozesses“<sup>69</sup> als „ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“<sup>70</sup> durch die Umgangsweisen der Leitungen wissenschaftlicher Einrichtungen mit Konflikten um angebliches ‚Führungsfehlverhalten‘ selbst infrage gestellt wird. Will man die Funktionsfähigkeit der Wissenschaft nicht gefährden, ist Abhilfe geboten und dringend erforderlich.

Heike Egner ist im Sommersemester 2021 Gastprofessorin an der Universität für Bodenkultur Wien. Sie wurde als Professorin für Geographie und Regionalforschung 2018 an der Universität Klagenfurt für sie überraschend entlassen.

Anke Uhlenwinkel ist Universitätsprofessorin für Didaktik der Geographie und Wirtschaftskunde an der Paris-Lodron-Universität Salzburg. Sie wurde 2013 mithilfe eines im Hochschulgesetz nicht kodifizierten Verfahrens an der Universität Potsdam als Professorin nicht entfristet.<sup>71</sup>

68 Herrmann, OdW 2020, 65, 74.

69 ebd., 66.

70 ebd.

71 Wertheimer, OdW 2014, 81.

# Lothar Knopp

## Der Beschluss des BVerfG zum brandenburgischen Hochschulkanzler und seine „Konsequenzen“

### I. Ausgangslage

Mit Beschluss vom 24.4.2018 stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>1</sup> auf einen entsprechenden Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 23.6.2016<sup>2</sup> die Verfassungswidrigkeit und zugleich Nichtigkeit der brandenburgischen Regelung zur Verbeamtung des Hochschulkanzlers auf Zeit fest. In diesem Zusammenhang „kassierte“ das BVerfG zugleich – weitergehend als der Vorlagebeschluss des BVerwG – eine Übergangsregelung im Brandenburgischen Hochschulgesetz (BbgHG), wonach der brandenburgische Gesetzgeber für sog. „Altkanzler“ den Hochschulen eine Rückfallgarantie hinsichtlich der Übernahme in den Landesdienst verankert hat.<sup>3</sup> Danach sollte Kanzlern, die bereits am 19.12.2008 im Amt waren, nach ihrem Ausscheiden aus dem Kanzleramt ein Anspruch auf Übernahme in den Landesdienst zustehen, allerdings lediglich in einer vergleichbaren – besoldungsrechtlichen – Stellung, die sie innehatten, bevor sie aus einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in das Amt des verbeamteten Kanzlers auf Zeit eingetreten sind. Hierzu gehörte im Übrigen auch der Kläger des brandenburgischen „Kanzlerverfahrens“.<sup>4</sup> Mit der Entscheidung des BVerfG wurde jedenfalls der zentrale Meilenstein des klägerischen Begehrens in seinem Bestreben erreicht, beim verbeamteten Hochschulkanzler das Zeitbeamtenverhältnis einer verfassungsgerichtlichen „Verwerfung“ zuzuführen. Die Entscheidung des BVerfG löste in der deutschen Hochschullandschaft ein erhebliches „Echo“ aus, stellte sich doch die äußerst bedeutsame Frage, inwieweit die zunächst auf brandenburgisches Hochschulrecht bezogenen Feststellungen des Gerichts auch auf Hochschulrecht in anderen Bundesländern Einfluss haben könnten. Beim Kläger dieses langjährigen Gerichtsverfahrens handelte es sich um einen in einem befristeten Beamtenverhältnis stehenden

Kanzler einer brandenburgischen Hochschule, der in Anbetracht einer anstehenden zweiten Amtszeit im Juni 2010, unterstützt vom seinerzeitigen Präsidenten „seiner“ Hochschule, einen Antrag zur „unbefristeten Bestellung“ als Kanzler bzw. zur Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit über die Hochschulleitung an das zuständige Wissenschaftsministerium stellte.<sup>5</sup> Während die zuständigen Verwaltungsgerichte – was zu erwarten war –, das VG Cottbus<sup>6</sup> und das OVG Berlin-Brandenburg<sup>7</sup>, seiner Rechtsauffassung zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Ausgestaltung des Amtes des Hochschulkanzlers als Beamtenverhältnis auf Zeit nicht folgten und dementsprechend auch keinen Vorlagebeschluss an das BVerfG zur Klärung dieser zentralen, weil entscheidungserheblichen Fragestellung für das Hauptsacheverfahren erließen, gelang es dem Kläger nach Zulassung der Revision durch das OVG Berlin-Brandenburg, das zumindest die grundsätzliche Bedeutung besagter Fragestellung bejahte, einen Vorlagebeschluss beim BVerwG zum BVerfG zu erwirken. BVerwG und BVerfG folgten der Auffassung des Klägers vollumfänglich, wobei letzteres, wie dargestellt, bei der Fragestellung der Verfassungswidrigkeit sogar noch über die Argumentation des BVerwG hinausgeht, wenn es auch die beschriebene „Übergangsregelung“ bei „Altkanzlern“ seinem Nichtigkeits-Verdikt unterwirft. Der Kläger berief sich bei seiner Argumentation insbesondere auf den Beschluss des BVerfG vom 28.5.2008<sup>8</sup>, wonach Beamte in leitenden Funktionen nicht in einem Zeitbeamtenverhältnis beschäftigt werden dürfen, insoweit also Führungsämter im Beamtenverhältnis auf Zeit als verfassungswidrig anzusehen sind. Durch diese Entscheidung wurde nicht zuletzt auch die langjährige fachliche Diskussion um die verfassungsrechtliche Legitimation von Beamtenverhältnissen auf Zeit gerade in Führungspositionen neu entfacht. Speziell für den

1 2 BvL 10/2016 – NVwZ 2018, 1044; vgl. hierzu ausführl. Knopp, NVwZ 2018, 1029 ff.; auch Sandberger, DÖV 2018, 963 ff., 969 ff., jew. m.w.N.

2 Aussetzungs- und Vorlagebeschluss – 2 C 1/15, BVerwGE 155, 300 = NVwZ-RR 2017, 143 Ls. = BeckRS 2016, 54101; vgl. hierzu Knopp, ZBR 2017, 235 ff. einerseits und Wolff, ZBR 2017, 239 ff. andererseits, jew. m.w.N.

3 § 93 Abs. 2 BbgHG i.V.m. § 68 Abs. 4 BbgHG (2004); s. auch

Knopp, NVwZ 2018, 1030 f.

4 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

5 Zum Verfahrensablauf s. ebenfalls Knopp, NVwZ 2018, 1029.

6 Urt. vom 21.4.2011, 5 K 582/10, BeckRS 2016, 54118.

7 Urt. vom 13.11.2014, 4 B 31/11; s. hierzu auch Knopp, LKV 2015, 307 ff. m.w.N.

8 BVerfGE 121, 205 = NVwZ 2008, 873.

Hochschulbereich hat der Kläger durch „sein“ Verfahren zur – verfassungsrechtlichen – Klärung dieser Frage beigetragen, wobei die hierauf bezogenen Feststellungen des BVerfG zunächst zwar nur brandenburgisches Hochschulrecht betreffen, das Gericht aber ebenfalls zu anderen Länderregelungen im Vergleich Stellung bezogen hat, worauf noch einzugehen sein wird. Für Brandenburg jedenfalls ist damit die Frage, ob im Hochschulbereich aus Gründen der Verfassungsmäßigkeit das Kanzleramt, das – nicht nur – im BbgHG überwiegend als Beamtenverhältnis auf Zeit ausgestaltet war, als Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ausgestaltet sein müsse, definitiv geklärt. Das gesamte Verfahren bei den Verwaltungsgerichten sowie dem BVerfG („vorgreiflicher“ Normenkontrollbeschluss) dauerte – zur Vervollständigung dieser Darstellung – über 8 Jahre(!)<sup>9</sup>, flankiert durch ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren auf Grund des drohenden gesetzlichen Ruhestands des Klägers nach Auslaufen seiner zweiten Amtszeit als Hochschulkanzler.<sup>10</sup>

## II. Die brandenburgische Präsidialverfassung als „conditio sine qua non“ für die Entscheidung des BVerfG

### 1. Regelungsmechanismus

Mit der Gesetzesnovelle zum BbgHG 1999 wurde in Brandenburg eine Präsidialverfassung mit monokratischer Hochschulleitung etabliert, welche dem Präsidenten bzw. der Präsidentin einer Hochschule eine „dominierende“, teilweise sogar „autarke“ Stellung einräumt.<sup>11</sup> Im Unterschied zur Vorgängerregelung bestimmt das BbgHG 1999 nunmehr die zentralen Hochschulorgane abschließend in § 64 und verkürzt die Vorgängerregelung (1991) insoweit, als jetzt zentrale Hochschulorgane (nur noch) Präsident oder Präsidentin und der Senat

sind. Der Senat ist danach exklusiv für den Erlass des sog. „Binnenrechts“ der Hochschule zuständig, es sei denn, eine entsprechende Rechtsetzungszuständigkeit ist den Fachbereichen/Fakultäten vorbehalten. Überwiegend erfolgt besagte Rechtsetzung über Satzungen, wozu insbesondere die Grundordnung als wichtigste hochschuleigene Satzung (Verfassung)<sup>12</sup> gehört, zu deren Erlass der Senat durch das BbgHG 1999 berufen ist. Soweit nicht höherrangiges Recht entgegensteht, kann in der Grundordnung die konkrete „Binnenstruktur“ der Hochschule (z. B. kooperative und körperschaftliche Rechtsstellung der Mitglieder der Hochschule, die Gliederung der Hochschule in Fakultäten/Fachbereiche etc.) geregelt werden.<sup>13</sup> Zum Ausbau bzw. zur Stärkung der Hochschulautonomie, insbesondere der Organisationsautonomie, wurde schließlich das BbgHG 2008 erlassen, wonach nunmehr als einziges zentrales Hochschulorgan namentlich der Präsident/die Präsidentin (künftig: „Präsident“) mit unveränderten Kompetenzen genannt wird (§ 20 Abs. 1), ansonsten die Organisationsstruktur auf der zentralen Ebene freigegeben ist und der näheren Ausgestaltung in der Grundordnung überlassen bleibt.<sup>14</sup> Mit diesem Regelungsmechanismus wird die Präsidialstruktur gestärkt, wobei der brandenburgische Gesetzgeber sich hier auf die – durchaus umstrittene – Entscheidung des BVerfG<sup>15</sup> zur Gesetzesnovelle 1999 stützen kann, welche die Einführung sog. „Managementstrukturen“ durch den Landeshochschulgesetzgeber 1999 – gemessen am Maßstab der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) – grundsätzlich für verfassungsrechtlich zulässig erklärt. Dabei hat das BVerfG dem brandenburgischen Gesetzgeber aber keine „verfassungsrechtliche Absolution für alle Zeit“ erteilt, sondern ihm explizit die Pflicht auferlegt, die mit Prognose-schwierigkeiten behafteten Regelungen zu beobachten

9 Die Klage beim erstinstanzlich zuständigen VG Cottbus wurde am 21.10.2010 eingereicht, s. auch Knopp, NVwZ 2018, 1029. Angesichts der langen Verfahrensdauer insgesamt stellt sich darüber hinaus auch die Frage nach der Verletzung des „effektiven Rechtsschutzgebots“, vgl. hierzu die Beiträge in: Knopp (Hrsg.), Effektives Rechtsschutzgebots – deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit quo vadis?, Cottbuser Schriften zu Hochschulpolitik und Hochschulrecht, Bd. 5, 1. Aufl. 2019; speziell in Bezug auf das vorliegende Verfahren s. Knopp, ebd., S. 57 ff., 58 ff. m.w.N.

10 VG Cottbus, Beschl. vom 19.1.2017, VG 4 L 477/16 sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 20.2.2017, OVG 4 S 2.17; der Antrag des Klägers auf einstweiligen Rechtsschutz (§ 123 VwGO) im Zusammenhang mit seinem Eintritt in den gesetzl. Ruhestand wurde vom VG Cottbus abgewiesen, die hiergegen eingelegte Beschwerde beim OVG Berlin-Brandenburg hatte keinen Erfolg, wobei die Argumentation beider Gerichte nur teilweise überzeu-

gen kann.

11 Vgl. auch die Kommentierung von Knopp, in: Knopp/Peine/Topel (Hrsg.), Brandenburgisches Hochschulgesetz GWHL/StiftG-EUV/BbgHZG, Handkommentar, 3. Aufl. 2018, § 64 BbgHG Rnrrn. 1 ff. m.w.N.

12 Vgl. BVerfGE 10, 20, 49 f.; auch BVerfGE 61, 260, 275.

13 Vgl. Knopp (o. Fn. 11), § 64 BbgHG Rn. 2.

14 Knopp (o. Fn. 11), § 64 BbgHG Rn. 5 u.a. mit Hinw. auf LT-Drs. 4/6419, S. 109.

15 Beschl. vom 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, BVerfGE 111, 333 = NVwZ 2005, 315 ff.; vgl. hierzu Knopp (o. Fn. 11), § 64 BbgHG Rn. 5 sowie ders. in: Knopp/Peine/Nowacki/Schröder (Hrsg.), Hochschulen im Umbruch, Cottbuser Schriften zu Hochschulpolitik und Hochschulrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 2009, S. 15 ff., 19 jew. m.w.N.

und ggf. nachzubessern, wenn sich unvorhergesehene, verkannte Fehlentwicklungen in der Hochschulpraxis zeigen.<sup>16</sup>

Untrennbarer Bestandteil dieses Regelungsregimes in der brandenburgischen Präsidialverfassung ist gerade auch der Regelungsmechanismus zur „Inthronisierung“ des Kanzlers und zur Ausgestaltung dessen Amtes.

## 2. „Bestellung“ des Kanzlers und Beamtenverhältnis auf Zeit

Nach der brandenburgischen Regelung im BbgHG<sup>17</sup> wird die Kanzlerin oder der Kanzler (künftig: „Kanzler“) „exklusiv“ vom Präsidenten „bestellt“, wobei lediglich in der Grundordnung der jeweiligen Hochschule eine Beteiligung der Hochschulgremien, z.B. des Senats etwa in Form einer „Anhörung“ zur vorgesehenen „Bestellung“ einer bestimmten Person als Kanzler durch den Präsidenten, geregelt werden kann. Gebunden ist der Präsident an ein solches Votum aber nicht.<sup>18</sup> Während die Stellung des Präsidenten durch den brandenburgischen Gesetzgeber „stark“ ausgestaltet ist, ist demgegenüber die Stellung des Kanzlers eher „schwach“, und dies im Hochschulorganisationsgefüge insgesamt. Das Kanzleramt ist strikt an das Amt des Präsidenten angebunden, auch was die Aufgabenwahrnehmung durch den Kanzler anbelangt.<sup>19</sup> So leitet der Kanzler die Verwaltung „unter Verantwortung des Präsidenten“<sup>20</sup> und ist zugleich zuständig für die Finanzen der Hochschule als Beauftragter des Haushalts (BdH).<sup>21</sup> Sein Dienstvorgesetzter ist der Präsident.<sup>22</sup> Der hier angesprochene „Bestellmechanismus“ ist dabei ebenfalls Ausdruck der im BbgHG verankerten Präsidialverfassung, worauf schon hingewiesen wurde, wonach der Präsident als monokratisches Leitungsorgan die wesentlichen hochschulpolitischen Entscheidungen „dominiert“.

Wird die das Amt des Kanzlers ausübende Person aus einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bestellt, so erfolgt die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit; die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften über die Laufbahnen finden keine Anwendung.<sup>23</sup> So jedenfalls die Festlegung im BbgHG, welche im Hinblick auf das

Zeitbeamtenverhältnis auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand dem Nichtigkeits-Verdikt des BVerfG unterfallen ist.

Davon unberührt geblieben ist die Regelung, wonach bei einer „Bestellung“ eines Kanzlers aus einem Angestelltenverhältnis heraus die Ausübung des Kanzleramtes auch nur im Angestelltenverhältnis in Betracht kommt.<sup>24</sup>

Die Amtszeit des brandenburgischen Kanzlers beträgt 6 Jahre, erneute Bestellungen nach einer ersten Amtszeit sind möglich.<sup>25</sup> Auf Grund der „Bestellhoheit“ des Präsidenten ist der brandenburgische Kanzler letztlich stets von dessen Wohl und Wehe abhängig, insbesondere wenn er für eine weitere Amtszeit nach seiner Erstbestellung „bestellt“ werden will.<sup>26</sup> Eine unabhängige und „rechtstreue“ Amtsführung, die der Beamtenstatus grundsätzlich verfassungsrechtlich gewährleistet, ist danach – gerade in der Praxis – einer erheblichen Gefährdung ausgesetzt bzw. sogar illusorisch.<sup>27</sup>

## 3. „Beamtenverfassungsrecht“ als zentrale Beurteilungsgrundlage

Die konkrete und entscheidungserhebliche Fragestellung, die das BVerfG vorliegend – entsprechend seinen Feststellungen in seiner Entscheidung von 2008<sup>28</sup> – aufwirft, ist, ob es für ein Zeitbeamtenverhältnis überhaupt eine sachliche Rechtfertigung bzw. einen Sachgrund für eine Befristungsregelung beim Kanzler als statusrechtlichem Amt im Beamtenverhältnis und damit für eine Durchbrechung des beamtenverfassungsrechtlichen Lebenszeitprinzips gibt.<sup>29</sup> Das Gericht bekräftigt dabei in seinem „Kanzler“-Beschluss noch einmal seine Aussagen bzw. Feststellungen aus vorheriger Rechtsprechung zu dem aus Art. 33 Abs. 5 GG abzuleitenden Lebenszeitprinzip als grundsätzlich zu beachtendes Gebot bei Begründung bzw. Ausgestaltung eines Beamtenverhältnisses.<sup>30</sup> Zugleich weist das Gericht aber darauf hin, dass sich bei Ausnahmen von diesem Gebot eine generalisierende Betrachtungsweise verbietet und jeder Einzelfall auf Grund seines konkreten Regelungsmechanismus bzw. Regelungszusammenhangs zu beurteilen

16 Vgl. auch Knopp, in: ders./Peine/Nowacki/Schröder (o. Fn. 15), S. 20.

17 § 67 Abs. 2 Satz 1 BbgHG.

18 Knopp, NVwZ 2018, 1029 f.

19 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

20 § 67 Abs. 1 Satz 1 BbgHG, wobei das Gesetz keine Regelung enthält, wie die Kompetenzen voneinander abgegrenzt sind und wie Konflikte zwischen Kanzler und Präsident im Einzelfall gelöst werden sollen, s. hierzu auch Knopp (o. Fn. 11), § 67 BbgHG Rn. 14; in diesem Sinne ebenfalls krit. das BVerfG in seinem Aussetzungs- und Vorlagebeschluss (o. Fn. 2).

21 § 67 Abs. 1 Satz 2 BbgHG.

22 Vgl. auch BVerfG, NVwZ 2018, 1051 Rn. 68 m. Hinw. auf § 37 Abs. 2 Satz 2 BbgHG.

23 § 67 Abs. 2 Satz 3 BbgHG; § 67 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BbgHG i.d.F. vom 28.4.2014 stand auf dem Prüfstand des BVerfG (o. Fn. 1).

24 § 67 Abs. 2 Satz 2 BbgHG.

25 § 67 Abs. 3 Satz 4 BbgHG.

26 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

27 Vgl. auch Knopp, LKV 2015, 308.

28 S. o. Fn. 8.

29 BVerfG, NVwZ 2018, 1047, insbes. Rn. 47 ff.

30 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1030.

ist.<sup>31</sup> Das BVerfG legt danach zudem von Anfang an die verfassungsrechtliche Prüfrichtung fest, die sich ausschließlich am Beamtenverfassungsrecht orientiert, während demgegenüber Wissenschaftsverfassungsrecht, abgeleitet aus Art. 5 Abs. 3 GG, trotz Heranziehung verschiedener Aspekte aus diesem Bereich keine für seine Entscheidung „zentrale“ bzw. begründungsrelevante Rolle spielt.<sup>32</sup>

Nach seinen o.g. Vorabfestlegungen stehen im verfassungsrechtlichen Fokus der Betrachtung daher das brandenburgische Hochschulleitungsgefüge im BbgHG, insbesondere die hochschulpolitische Stellung von Präsident und Kanzler sowie ihr Rechtsverhältnis zueinander.<sup>33</sup> Mit dieser Thematik beschäftigten sich auch die Fachgerichte – Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht – und kamen zu dem Ergebnis, dass auf Grund der beschriebenen „dominanten“ Stellung des Präsidenten im BbgHG als Ausdruck der Präsidialverfassung bzw. monokratischen Hochschulleitung und der strikten Anbindung des Kanzleramtes an den präsidialen Regelungsmechanismus das Erfordernis eines „besonderen“ Loyalitätsverhältnisses des Kanzlers zum Präsidenten bestehe mit der Folge, dass hierin eine sachliche Rechtfertigung für eine Befristung des Kanzleramtes beim verbeamteten Kanzler und damit eine verfassungsrechtlich legitime Durchbrechung des Lebenszeitprinzips zu sehen sei.<sup>34</sup> Eine Konstruktion mit einem etwas „bitteren, politisch angehauchten Beigeschmack“, die weder durch die Gesetzesbegründung noch durch den konkreten Regelungszusammenhang im BbgHG gedeckt ist, wie das BVerfG zu Recht feststellt.<sup>35</sup> Das BVerfG dreht daher vielmehr „den Spieß um“ und nimmt die gesetzgeberische Intention eines „starken“ Präsidenten, unter dessen Verantwortung der Kanzler seine Leitungsaufgaben, in enger Weisungsabhängigkeit aber vom Präsidenten, wahrnimmt, vielmehr zum Anlass, gerade auf Grund dieses Regelungszusammenhangs einen sachlichen Grund für die Durchbrechung des Lebenszeitprinzips zu verneinen.<sup>36</sup> Das BVerfG weist des Weiteren darauf hin, dass das brandenburgische Kanzleramt nicht als hochschulpolitisches Amt ausgestaltet ist und es im Hinblick auf die Aufgabe des verbeamteten Kanzlers, eine stabile und gesetzestreue Verwaltung zu sichern, nicht hingenommen werden könne, auf Grund

der vom Gesetzgeber geregelten Abhängigkeit des Kanzlers vom Präsidenten die Stellung des Kanzlers durch eine Reduktion seines Status auf diejenige eines Beamten auf Zeit zu schwächen.<sup>37</sup> In seinen Ausführungen betont das BVerfG damit immer wieder, dass es sich beim Kanzleramt um ein *Statusamt* handelt, dessen Unentziehbarkeit durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützt wird, was von Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht in ihren jeweiligen Entscheidungen ebenfalls verkannt worden ist. Denn, so das BVerfG, der mit dem Lebenszeitprinzip gewährleisteten Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes komme grundlegende Bedeutung zu, weil sie den Beamten gerade bei der Ausübung des übertragenen Amtes die im Interesse ihrer Bindung an Gesetz und Recht erforderliche Unabhängigkeit sichere.<sup>38</sup>

### III. „Wahlamt“ kontra „Bestellmechanismus“ – zugleich „Kollegialprinzip“ vs. „monokratische Hochschulleitung“

Das BVerfG beschränkt sich in der Brandenburger Kanzlerentscheidung nicht nur auf die Feststellungen zur Verfassungswidrigkeit des Zeitbeamtenverhältnisses im BbgHG, sondern zieht zugleich Parallelen zu nach seiner Auffassung verfassungsgemäßen Regelungen in Bundesländern, in denen im jeweiligen Hochschulrecht das Kanzleramt als „Wahlamt“ ausgestaltet ist.<sup>39</sup> Beispielhaft zieht hier das Gericht die Regelungen in Baden-Württemberg, aber auch Nordrhein-Westfalen heran.<sup>40</sup> In diesem Zusammenhang weist das BVerfG darauf hin, dass im Unterschied zu Brandenburg etwa in Baden-Württemberg ein kollegiales Rektorat zur Leitung der Hochschule bestimmt sei, dem der Kanzler als grundsätzlich gleichberechtigtes Mitglied angehöre. Durch dieses Hochschulorganisationsmodell, das eine Rückkopplung des Kanzlers an den Willen des Wahlorgans der Hochschule erfordere, sei auch eine hochschulpolitische Aufwertung der Verantwortlichkeit des Kanzlers erfolgt. Gerade aus der verantwortlichen und grundsätzlich wissenschaftsrelevanten Einbindung des baden-württembergischen Kanzlers bzw. hauptamtlichen Rektoratsmitglieds für den Bereich Wirtschafts- und Personalverwaltung in die Leitungsebene der Hochschule folge die Notwendigkeit von Wahl und Abwahl durch die

31 BVerfG, NVwZ 2018, 1046 Rn. 39.

32 Vgl. auch den Vortrag von Coelln auf der Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. vom 31.1.2019; s. hierzu Becker, Die Stellung der Kanzlerinnen und Kanzler an Hochschulen (Tagungsbericht) Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.4.2018, Az.: 2 BvL 10/16, OdW 2019, 131 ff., insbes. 133.

33 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1030.

34 S. o. Fn. 6, 7.

35 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

36 Ebd.

37 BVerfG, NVwZ 2018, 1051 Rn. 69.

38 BVerfG, NVwZ 2018, 1048, 1052 Rn. 52, 75.

39 BVerfG, NVwZ 2018, 1053 f. Rn. 80 m.w.N.

40 §§ 16 ff. LHG Ba-Wü und §§ 17 ff. HG NRW.

repräsentativen Wahlorgane. Der im Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg geregelte Wahlakt habe in dieser Ausgestaltung daher *nicht* nur formale Qualität, bezogen auf die Berufung ins Kanzleramt, sondern gerade einen materiell-rechtlichen Gehalt, vergleichbar mit einem politischen Wahlamt, z.B. in Nordrhein-Westfalen.<sup>41</sup> Das BVerfG erachtet also die baden-württembergische Befristungsregelung beim verbeamteten Hochschulkkanzler auf Grund des konkreten Regelungsgefüges von Wahl/Abwahl und Stellung des Kanzlers in der Hochschulleitung als offensichtlich verfassungsgemäß, weshalb im sog. baden-württembergischen Kanzlerverfahren der Kläger, welcher das gleiche Begehren wie der brandenburgische Kanzler bei Gericht verfolgte und bis zur Revisionsinstanz beim BVerwG „gelangte“, letztlich die dortige Revision nach Erlass des Beschlusses des BVerfG zur brandenburgischen Regelung zurücknehmen musste.<sup>42</sup> Der hier vom BVerfG angelegte Maßstab zur Bejahung der Verfassungsmäßigkeit eines Zeitbeamtenverhältnisses beim Hochschulkkanzler gilt dagegen „erst recht“ für den Regelungsmechanismus in Mecklenburg-Vorpommern, wonach in eine kollegiale(!) Rektorsratsverfassung sogar eine Lebenszeitverbeamtung eingebettet ist, hierzu später.<sup>43</sup> Dagegen wird in Sachsen und – vor der Novellierung<sup>44</sup> – ebenfalls in Sachsen-Anhalt<sup>45</sup> der Senat nur im Wege der Anhörung oder eines Vorschlags am Bestellakt beteiligt, es fehlt damit schon an der vom BVerfG geforderten Legitimation des Wahlakts durch repräsentative Hochschulgremien, in der Regel durch den Senat, weshalb auch die vom BVerfG geforderte Rückkopplung an den Willen dieses Wahlorgans nicht möglich ist. In diesem Zusammenhang verweist etwa auch *Sandberger*<sup>46</sup> zu Recht auf die bereits vom BVerfG in einer Entscheidung zur Medizinischen Hochschule Hannover (MHH)<sup>47</sup> aufgestellten Anforderungen an Wahl und Abwahl durch den Hochschulsenat als Legitimationsgrundlage für eine pluralistische Entscheidungsfindung bei Leitungsorganen innerhalb der Hochschule. In Niedersachsen besteht eine kollegiale Präsi-

alverfassung; dem dortigen Präsidium gehört auch ein hauptamtlicher Vizepräsident für die Personal- und Finanzverwaltung<sup>48</sup>, zugleich BdH<sup>49</sup>, an, welcher somit die Aufgaben eines Kanzlers wahrnimmt, dessen Amt durch die niedersächsische Hochschulgesetzesreform abgeschafft und durch einen hauptamtlichen Vizepräsidenten ersetzt wurde.<sup>50</sup> Der hauptamtliche Vizepräsident wird auf Vorschlag des Senats (Wahl) vom zuständigen Fachministerium ernannt und bestellt, wobei auf die Anwendung der entsprechenden Regelungen beim Präsidenten verwiesen wird.<sup>51</sup> Gegen diesen Regelungsmechanismus bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. In Schleswig-Holstein, als weiteres Beispiel einer kollegialen Präsidialverfassung, wird der Kanzler vom Senat gewählt, der Präsident hat aber insoweit hinsichtlich einzelner Kandidaten ein Ablehnungsrecht.<sup>52</sup> In Hessen wird der Kanzler im Benehmen mit dem Senat auf Vorschlag des Präsidenten berufen<sup>53</sup> und in Thüringen wird der Kanzler von der Hochschulversammlung gewählt, wobei der Wahlvorschlag der Findungskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten zu erfolgen hat.<sup>54</sup> Lediglich in Sachsen-Anhalt hatte der Präsident nach der alten Rechtslage keine Einflussmöglichkeit; dort wurde der Kanzler auf Vorschlag des Senats vom zuständigen Wissenschaftsministerium bestellt.<sup>55</sup>

Dagegen begegnen Kanzlerregelungen in anderen monokratischen Präsidialverfassungen erheblichen verfassungsrechtliche Bedenken, wobei – was noch darzustellen sein wird – Rheinland-Pfalz inzwischen auf den Brandenburger Beschluss des BVerfG reagiert hat.<sup>56</sup> Vor besagter – noch zu erläuternder – Novellierung wurde der Kanzler von der Präsidentin oder dem Präsidenten im Einvernehmen mit dem fachlich zuständigen Ministerium bestellt, wobei lediglich der Hochschulrat dazu „Vorschläge“ einbringen konnte.<sup>57</sup> Als BdH erledigte der Kanzler zudem die Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten „nach den Richtlinien und im Auftrag der Präsidentin oder des Präsidenten“.<sup>58</sup> Der rheinland-pfälzische Kanzler wurde für die Dauer für 8 Jahren in ein Beam-

41 BVerfG, NVwZ 2018, 1053 f. Rn. 80 m.w.N.

42 BVerwG, 2 C 58/17.

43 BVerfG, NVwZ 2018, 1052 Rn. 74 sowie unten IV.

44 Gesetz zur Änderung des Hochschulgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt und anderer Vorschriften vom 2.7.2020, GVBl. vom 07.07.2020, S. 344 sowie unten IV.

45 § 85 Abs. 6 S. 1 SächsHSG („Anhörung“); § 71 Abs. 2 Satz 1 HSG LSA a.F. („Vorschlag“).

46 DÖV 2018, 970.

47 BVerfGE 136, 338, 365.

48 § 37 Abs. 4 Satz 1 NHG; vgl. *Becker*, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, Handkommentar, 1. Aufl. 2016, § 37 Rn. 105 ff. m.w.N.

49 § 37 Abs. 4 Satz 7 unter Verweisung auf § 9 LHO; vgl. *Becker*,

ebd., § 37 Rn. 108 f. m.w.N. u.a. auch mit Hinweis auf das Vetorecht des BdH bei haushalterischen Entscheidungen.

50 *Becker*, ebd., § 37 Rn. 105. m.w.N.

51 § 39 Abs. 1 Satz 1 NHG i.V.m. § 38 Abs. 2 NHG (sowie Abs. 4 bis 8).

52 Vgl. im Einzelnen § 25 Abs. 2 HSG S-H.

53 § 41 Abs. 2 Satz 2 HessHG.

54 § 32 Abs. 2 ThürHG.

55 § 71 Abs. 2 Satz 1 HSG LSA a.F.

56 Vgl. (neues) Hochschulgesetz vom 23.9.2020, GVBl. vom 6.10.2020.

57 § 83 Abs. 2 Satz 1, 2 HochSchG RLP a.F.

58 § 83 Abs. 1 Satz 1 HochSchG RLP a.F.

tenverhältnis auf Zeit berufen, wobei im Falle einer erneuten Berufung sie oder er in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen wurde.<sup>59</sup> Ähnlich wie in Brandenburg hatte auch hier der Kanzler eine im Vergleich zum Präsidenten eher „schwache“ Stellung ohne hochschulpolitischen Einfluss. Ein weiterer verfassungsrechtlicher „Problemfall“ i.S.d. Diktion des BVerfG ist die Berliner Kanzlerregelung.<sup>60</sup> Der dortige Kanzler wird auf Vorschlag des Kuratoriums, an den Hochschulen ohne Kuratorium auf Vorschlag der Personalkommission, vom Senat von Berlin bestellt. Er oder sie führt die Geschäfte der laufenden Verwaltung und ist dabei an die Richtlinien des Leiters oder der Leiterin der Hochschule gebunden; zugleich ist er/sie BdH.<sup>61</sup> Er oder sie ist Beamter oder Beamtin auf Zeit, wobei die Amtszeit 10 Jahre beträgt. Alternativ ist die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses vorgesehen, allerdings nur für die Dauer von 5 Jahren.<sup>62</sup> Die Leitung der Berliner Hochschulen liegt dabei ausschließlich in den Händen der Präsidentin oder des Präsidenten<sup>63</sup>, denen somit, insbesondere im Verhältnis zum Kanzler, ebenfalls eine „dominierende“ Stellung bzw. Funktion zukommt.

Aber auch dort, wo eine kollegiale Rektorats- bzw. Präsidialverfassung vorgesehen ist und der Kanzler durch Wahlakt in sein Amt gelangt, ist danach zu unterscheiden, ob der Wahlakt selbst nicht lediglich „formalen“ Charakter hat, oder ob er tatsächlich geeignet ist, gerade auch auf Grund einer eigenständigen Stellung des Kanzlers im konkreten Hochschulleitungsgefüge, eine hochschulpolitische Aufwertung des Kanzleramtes herbeizuführen, vergleichbar mit einem politischen Beamten, der sich im Hinblick auf seine Gestaltungs- und Entscheidungsbefugnis stets der Rückkopplung an den Willen des Wahlorgans unterwirft. Unter Berücksichtigung der in der MHH-Entscheidung des BVerfG<sup>64</sup> aufgestellten Grundsätze zu den elementaren Mitwirkungsrechten des Senats einer Hochschule stellt sich deshalb bei einigen Bundesländern im Hinblick auf den Wahlakt selbst die Frage nach einer ausreichenden Legitimation bezüglich der Kanzlerwahl, die damit gerade auch beamten-

verfassungsrechtliche Relevanz hat, wie das BVerfG verdeutlicht.

#### IV. Rechtspolitische Schlussfolgerungen und „Konsequenzen“

Speziell zu einem verfassungsgemäßen Regelungsmechanismus in Brandenburg hat das BVerfG auch Stellung genommen bzw. in seinem Beschluss Hinweise gegeben, wie die verfassungswidrige und unwirksame Normierung ersetzt werden könnte. Danach könnte der Gesetzgeber – ohne die konkrete Präsidialverfassung als solche anzutasten – entsprechend den Vorbildern in Bayern und Mecklenburg-Vorpommern ein Lebenszeitbeamtenverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit für das Kanzleramt vorsehen.<sup>65</sup> Nach der entsprechenden Regelung in Mecklenburg-Vorpommern ist bei einem schon bestehenden Lebenszeitbeamtenverhältnis, aus dem heraus der Kanzler bestellt wird, die Eignung für das Kanzleramt 2 Jahre lang zu erproben.<sup>66</sup> Ansonsten wird mit der Kanzlerin oder dem Kanzler bei Vorliegen der laubahnrechtlichen Voraussetzungen ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit begründet.<sup>67</sup> Nach der bayerischen Regelung erfolgt die Ernennung des Kanzlers im Beamtenverhältnis auf Probe, wonach die Probezeit in der Regel ebenfalls 2 Jahre beträgt.<sup>68</sup>

Ein reiner „Wahlmechanismus“ kommt in Brandenburg dagegen – so das BVerfG – nicht in Betracht, da dieser beim Belassen der bisherigen Rechtslage insbesondere zur dominierenden Stellung des Präsidenten lediglich formalen Charakter hätte.<sup>69</sup> Die Einfügung eines verfassungsgemäßen Wahlmechanismus – etwa analog Baden-Württemberg – würde bedingen, dass die gegenwärtige Struktur der monokratischen Hochschulleitung durchbrochen bzw. sogar komplett umgestellt werden müsste, um den Kanzler als gleichwertiges Mitglied in einem Hochschulleitungsorgan zu integrieren und somit hochschulpolitisch aufzuwerten.<sup>70</sup>

Denkbar wäre selbstverständlich auch, das Kanzleramt künftig ausschließlich als befristetes Amt im Anstellungsverhältnis (öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis)

59 § 83 Abs. 3 Satz 1, 4 HochSchG RLP a.F.

60 Vgl. im Einzelnen § 58 BerlHG.

61 § 58 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BerlHG.

62 § 58 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 BerlHG.

63 § 52 Abs. 1 BerlHG.

64 S. o. Fn. 47.

65 BVerfG, NVwZ 2018, 1052 Rn. 74.

66 § 87 Abs. 2 Satz 3 LHG M-V.

67 § 87 Abs. 2 Satz 2 LHG M-V.

68 Art. 23 Abs. 2 Satz 3 BayHSchG.

69 BVerfG, NVwZ 2018, 1054 Rn. 81.

70 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1031.

auszugestalten, eine Variante, die das BbgHG in der aktuellen Fassung neben dem Kanzleramt im Beamtenverhältnis auf Zeit bereits vorsieht<sup>71</sup>, wozu sich das BVerfG aber nicht geäußert hat und auch nicht äußern musste. Ob diese Ausgestaltung für potenzielle Bewerberinnen und Bewerber auf ein solches Amt, insbesondere in Bezug auf hierfür qualifizierte Kandidatinnen und Kandidaten, allerdings dann noch eine ausreichende Anreizfunktion beinhalten würde, ist äußerst fraglich. Soweit andere Bundesländer nach wie vor das Kanzleramt als Beamtenverhältnis ausgestaltet haben, wäre auch die Wettbewerbsfähigkeit der Hochschulen in Brandenburg erheblich gemindert.

Eine „Reparaturnovelle“ zur Kanzlerthematik hat der brandenburgische Gesetzgeber bisher jedenfalls nicht erlassen, dies soll jetzt offensichtlich im Rahmen einer anstehenden Hochschulgesetzesnovelle „nachgeholt“ werden. Bislang betroffen von einer „fehlenden“ verfassungsgemäßen Verbeamtungsregelung beim Kanzler sind wohl aktuell nur zwei Fälle. Auf Grund nach wie vor geltender bzw. rechtlich wirksamer Regelungen zum Angestelltenverhältnis ist eine Kanzlerbestellung in einem solchen Dienstverhältnis nach entsprechender vorheriger öffentlicher Ausschreibung erfolgt, ein weiterer Kanzler befand sich bereits in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit und wurde aus diesem heraus – beamtenrechtlich zutreffend – als Kanzler ebenfalls in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit bestellt.

Im Hinblick auf die anstehende Gesetzesnovellierung in Brandenburg ist zunächst nicht davon auszugehen, dass der brandenburgische Gesetzgeber seine gegenwärtige Präsidialverfassungsstruktur umstellen wird mit dem Ziel der Schaffung einer vom Kollegialprinzip geprägten Leitungsstruktur, innerhalb derer der Kanzler nach einem vorherigen „Wahlakt“ ein gleichwertiges Mitglied der Hochschulleitung wird bzw. ist. Es ist bei Beibehaltung des bekannten „Bestellmechanismus“ dem brandenburgischen Gesetzgeber aber dringend anzuraten, nicht zu versuchen das „Regelungsrad“ neu zu erfinden, um es einmal etwas salopp zu formulieren, sondern auf „verfassungsgemäße bewährte“ Regelungsmechanismen entsprechend den Hinweisen des BVerfG zurückzugreifen, um die jetzt noch bestehende „Verbeamtungslücke“ rechtssicher zu schließen. Bei einer Verbeamtung auf Lebenszeit nach ausreichend langer Erprobung der Eignung, wie z.B. in Bayern oder Mecklenburg-Vorpom-

mern, würde sich zugleich auch das Risiko erheblich vermindern, einen auf Lebenszeit verbeamteten Kanzler mit durchaus für die Hochschulen bedeutsamen Aufgaben und Funktionen zu bestellen, der diesen Anforderungen aber nicht gewachsen ist und den eine Lebenszeitverbeamtung ohne vorherige, dem Amt angemessene ausreichende Probezeit vor einem „Rauswurf“ schützt.

Obwohl der „Kanzlerbeschluss“ des BVerfG primär nur für Brandenburg gilt, hat er auf die anderen Bundesländer insoweit durchaus eine deutliche „Signalwirkung“ entfaltet, wie nicht zuletzt die Reaktionen aus den Bundesländern gezeigt haben.<sup>72</sup> In diesem Zusammenhang sehen sich etwa Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Bayern, welche explizit vom BVerfG für verfassungsgemäße Regelungsmechanismen beim Kanzleramt im Beamtenverhältnis aufgeführt werden, in ihrer Normierung bestätigt. Andere Bundesländer, welche dem Maßstab des BVerfG nicht „genügen“, haben zum Teil bereits Gesetzesnovellierungen auf den Weg gebracht, so Rheinland-Pfalz<sup>73</sup> und auch Sachsen-Anhalt<sup>74</sup>, wobei in den jeweiligen Gesetzesbegründungen als Anlass für die Neufassung auch Bezug auf den Beschluss des BVerfG genommen wird.<sup>75</sup>

Der rheinland-pfälzische Gesetzgeber hat hierbei eine grundlegende bzw. tiefgreifende Novellierung des bisherigen Regelungsmechanismus zum Hochschulleitungsgefüge und damit zur Stellung von Präsident und Kanzler vorgenommen. Insoweit kommt es dort zu einem „Systemwechsel“, wenn jetzt als Hochschulleitungsorgan ein Präsidium (neu) etabliert wird und so eine Umstellung auf eine „kollegiale“ Präsidialverfassung erfolgt. Diesem Präsidium gehört neben dem Präsidenten (Vorsitzender) und den Vizepräsidenten auch der Kanzler als gleichberechtigtes Mitglied an<sup>76</sup>, wonach entsprechend den Ausführungen des BVerfG das Kanzleramt eine hochschulpolitische Aufwertung erfährt, der Kanzler also nicht mehr wie nach der vorherigen Regelung nach den Richtlinien und im Auftrag des Präsidenten Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten erledigt; der Kanzler vertritt vielmehr den Präsidenten kraft Gesetzes in besagten Angelegenheiten.<sup>77</sup> Die bisherigen Funktionen des Kanzlers bleiben dabei in der Neuregelung erhalten, so die Leitung der Verwaltung und seine Tätigkeit als BdH, verbunden mit einem haushaltsrechtlichen Widerspruchsrecht.<sup>78</sup> Ausgehend von diesem neuen Rege-

71 § 67 Abs. 2 Satz 2 BbgHG.

72 Vgl. auch Becker (o. Fn. 32), Tagungsbericht.

73 S. o. Fn. 56.

74 S. o. Fn. 44.

75 Vgl. LT-Drs. 17/11430, S. 223, 229 (Rheinland-Pfalz) sowie LT-

Drs. 7/4918, insbes. S. 90 f. (Sachsen-Anhalt).

76 § 79 Abs. 1 HochSchG RLP.

77 § 83 Abs. 1 Satz 2 HochSchG RLP.

78 § 83 Abs. 1 Satz 1 HochSchG RLP sowie LT-Drs. 17/11430, S. 229.

lungsmechanismus ist es auch nur konsequent, wenn der rheinland-pfälzische Gesetzgeber das Kanzleramt jetzt als Zeitbeamtenverhältnis ausgestaltet hat, in das der Kanzler durch einen Wahlakt gelangt, indem er nach erfolgreicher Wahl vom zuständigen Ministerium – im Unterschied zur bisherigen Regelung – in ein solches Zeitbeamtenverhältnis berufen wird, das in der Regel 6 Jahre beträgt, wobei die Grundordnung der Hochschule bis zu 8 Jahren vorsehen kann.<sup>79</sup> Nach öffentlicher Ausschreibung prüft der Hochschulrat die Bewerbungen und macht dem Senat im Einvernehmen mit dem fachlich zuständigen Ministerium und im Benehmen mit dem Präsidenten einen Vorschlag, der bis zu drei Personen erfassen soll, wobei er auch Personen vorschlagen kann, die sich nicht beworben haben. Die Wahl erfolgt aus dem vorgeschlagenen Personenkreis, eine Wiederwahl ist zulässig.<sup>80</sup> Dabei verlaufen die Wahlmodalitäten (inklusive Abwahl) beim Kanzler identisch zu denen des Präsidenten, dem der Kanzler auch dienst- und versorgungsrechtlich gleichgestellt wird.<sup>81</sup> Entsprechend den Vorgaben des BVerfG im brandenburgischen „Kanzlerbeschluss“ soll laut rheinland-pfälzischem Gesetzgeber das neue Wahlverfahren der notwendigen Rückkopplung zu Senat und den Hochschulrat dienen.<sup>82</sup> Durch diese Regelungsgesamtheit erfolgt eine im Unterschied zur bisherigen Rechtslage erhebliche hochschulpolitische Aufwertung des Kanzleramtes in Rheinland-Pfalz, was die Einführung und Begründung eines Zeitbeamtenverhältnisses nach vorherigem Wahlakt, der danach nicht nur „formale“, sondern gerade „materiell-rechtliche“ Qualität aufweist, wie vom BVerfG gefordert<sup>83</sup>, rechtfertigt.

Auch Sachsen-Anhalt hat auf den Beschluss des BVerfG zum brandenburgischen Kanzler reagiert und ebenfalls seinen entsprechenden Regelungsmechanismus im Hochschulgesetz unter Bezugnahme auf diesen Beschluss novelliert.<sup>84</sup> Danach wird der Kanzler nunmehr vom Senat gewählt, wobei dieser zur Vorbereitung der Wahl eine Findungskommission einrichtet. Die Amtszeit beträgt 8 Jahre, eine Wiederwahl ist möglich. Für die Dauer seiner Amtszeit wird der Kanzler in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen.<sup>85</sup> Die Gesetzesbegründung weist dabei darauf hin<sup>86</sup>, dass das Wahlverfah-

ren beim Kanzler analog zur Wahl des Rektors ausgestaltet ist, wodurch die Leitungsposition des Kanzlers erstmals ihre gesetzliche Legitimation durch ein Wahlverfahren erhalte und die Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG einen unmittelbaren Einfluss auf die Besetzung erhielten. Dabei entspreche der Wahlakt selbst auch den Anforderungen des BVerfG, denn darüber hinaus bestehe ein hinreichend gewichtiger Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Kanzlers im Gefüge der Hochschulleitung, wofür insbesondere das Veto-Recht des Kanzlers nach § 68 Abs. 1 S. 6 HSG LSA als Beauftragter des Haushalts spreche. Letzteres Argument verfährt dagegen nicht, da das Veto-Recht der Funktion des Kanzlers als BdH in der Regel „immanent“ ist.<sup>87</sup> Entscheidend hingegen für die vorliegende hochschulpolitische Aufwertung des Kanzleramtes i.S.d. BVerfG-Entscheidung ist die Stellung des Kanzlers im Hochschulleitungsgefüge, wonach in Sachsen-Anhalt eine kollegiale Rektoratsverfassung gilt: Die Hochschulen werden durch ein Rektorat eigenverantwortlich geleitet, wonach dem Rektorat neben dem Rektor und den Prorektoren auch der Kanzler als gleichberechtigtes Organ angehört, allerdings mit der Vorbedingung, dass er zugleich BdH ist und diese Funktion nicht durch einen Prorektor ausgeübt wird.<sup>88</sup>

Schließlich hat Berlin mit „seinen“ Novellierungsbestrebungen begonnen. Bislang ebenfalls mit einem verfassungsrechtlich problematischen Regelungsmechanismus beim Hochschulkanzler „behaftet“, liegt aktuell seitens des Senats von Berlin (Stand: 3.2.2021) ein erster Entwurf für eine im Übrigen ebenfalls tiefgreifende „Neuorientierung“ beim Hochschulleitungsgefüge vor.<sup>89</sup> Künftig soll ein kollegial ausgerichtetes Präsidium die Hochschulen leiten, dem neben dem Präsidenten und den Vizepräsidenten jetzt auch grundsätzlich der Kanzler als gleichberechtigtes Mitglied angehört.<sup>90</sup> Seine Amtszeit soll 8 Jahre betragen, durch Regelung in der Grundordnung der jeweiligen Hochschule kann allerdings bestimmt werden, dass die Amtszeit kürzer ist, jedoch nicht weniger als 6 Jahre.<sup>91</sup> Es ist hier ein Beamtenverhältnis auf Zeit vorgesehen, wonach der Kanzler nach einem entsprechenden Wahlakt vom Senat von Berlin bestellt wird. Gewählt werden soll er auf Vorschlag des

79 § 83 Abs. 3 HochSchG RLP.

80 § 83 Abs. 4 HochSchG RLP.

81 Vgl. auch LT-Drs. 17/11430, S. 230 f.

82 LT-Drs. 17/11430, S. 231.

83 S. o. Fn. 41.

84 S. o. Fn. 44.

85 § 71 Abs. 2 HSG LSA.

86 LT-Drs. 7/4918, S. 90.

87 Vgl. § 9 LHO i. V. m. VV-LHO zu § 9 Ziff. 5.4.; vgl. auch *Becker*

(o. Fn. 49).

88 § 68 Abs. 1 Nr. 3 HSG LSA.

89 Der Senat von Berlin, RBm-Skzl-VA - An das Abgeordnetenhaus von Berlin, Vorlage - zur Beschlussfassung - Gesetz zur Stärkung der Berliner Wissenschaft, Stand: 3.2.2021 (zitiert als Entwurf „E“).

90 § 58 Abs. 1 E i. V. m. § 52 E.

91 § 58 Abs. 3 E.

Präsidenten, der im Einvernehmen mit dem Kuratorium erfolgt, vom Erweiterten Akademischen Senat.<sup>92</sup> Der Kanzler leitet die Verwaltung im Rahmen der Beschlüsse des Präsidiums, dem er selbst angehört, und ist zugleich BdH.<sup>93</sup> Der Entwurf des Berliner Senats bezieht sich bei der Neufassung der Kanzlerregelung – worauf oben schon hingewiesen wird – explizit auf den Beschluss des BVerfG vom 24.4.2018, aus dem teilweise sogar zitiert wird.<sup>94</sup> In Anwendung dieses Maßstabes soll daher künftig der Hochschulkanzler ein prinzipiell gleichberechtigtes Mitglied der Hochschulleitung mit eigener Ressortverantwortlichkeit sein.<sup>95</sup> Der hierzu korrespondierende Wahlakt für die Begründung eines – verfassungsgemäßen – Zeitbeamtenverhältnis reflektiert dabei die vom BVerfG geforderte „Rückkopplung“ des Kanzlers zu dem Wahl- (und Abwahl-)Organ, weshalb dem Wahlakt auch „materiell-rechtliche“ Qualität i.S.d. BVerfG zukommt.<sup>96</sup>

## V. Resümee

Die vorstehenden Ausführungen unter IV. spiegeln zunächst den Erkenntnisstand zum Abschluss des hier zugrundeliegenden Manuskripts Mitte April 2021. Wohin speziell die Reise in Brandenburg bei der vorgesehenen Gesetzesnovellierung führt, ist derzeit offen, da sich das Verfahren erst in einem frühen Anhörungsstadium befindet. Es ist aber, wie schon oben zu mutmaßen war, im Augenblick nicht davon auszugehen, dass der brandenburgische Gesetzgeber prinzipiell von einer Präsidialverfassung mit „starkem“ Präsidenten oder einem neu gestalteten, „dominierenden“ Präsidium abweichen und dem Kanzler dabei eine „gleichberechtigte“ Leitungsstellung einräumen wird, was eine neuerliche Ein-

führung eines Zeitbeamtenverhältnisses bei gleichzeitigem Wahlakt analog etwa Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz oder Sachsen-Anhalt verfassungsrechtlich rechtfertigen würde. Bleibt es dagegen bei besagten Leitungsstrukturen ohne Kanzlereinbindung auf der Leitungsebene, wäre eine Lebenszeitverbeamtung beim Kanzler demgegenüber zwingend. Ob dieser Weg beschritten wird, ist ebenfalls mehr als fraglich. Verbleibt es danach nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich bei einem Angestelltenverhältnis des Kanzlers bei Beibehaltung des bekannten und noch geltenden „Bestellmechanismus“, dürfte Brandenburg – endgültig – das „Schlusslicht“ im Regelungskanon der Länder zur Ausgestaltung der jeweiligen Hochschulleitungsorganisation unter Einbeziehung und Aufwertung des Kanzleramtes werden. Deshalb ist es umso bemerkenswerter, wie von dem Beschluss des BVerfG nicht unmittelbar betroffene Länder auf die Feststellungen bzw. Ausführungen des BVerfG reagiert und teilweise – wie beschrieben – diese zum Anlass genommen haben, tiefgreifende Änderungen in ihrer Hochschulleitungsstruktur vorzunehmen, wodurch zugleich das Kanzleramt zur Rechtfertigung von Zeitbeamtenverhältnissen hochschulpolitisch i.S.d. Maßstabes des BVerfG aufgewertet wird.

Lothar Knopp ist Univ.-Prof. für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Umweltrecht an der BTU Cottbus-Senftenberg sowie gf. Direktor des dortigen Zentrums für Rechts- und Verwaltungswissenschaften (ZfRV).

92 Vgl. § 58 Abs. 5 Satz 1 E.

93 § 58 Abs. 2 E.

94 Vgl. S. 154 f. der Begründung zur Vorlage.

95 Vgl. S. 155 der Begründung zur Vorlage.

96 Vgl. S. 155 f. der Begründung zur Vorlage.



Tobias Mandler und Sabita Banerjee  
*Die Förderung der eigenen wissenschaftlichen  
Qualifizierung als Tatbestandsmerkmal der sach-  
grundlosen Befristungen gem. § 2 Abs. 1 Wiss-  
ZeitVG? –  
Anmerkung zu LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober  
2020 – 5 Sa 451/20*

Das Landesarbeitsgericht Köln verlangt für die Befristung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG, eine – über allgemeine Kompetenzzuwächse hinausgehende – Beschäftigung „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung“ und weicht damit ausdrücklich von der einschlägigen Gesetzesbegründung ab.<sup>1</sup> Ob und inwieweit dieses Ergebnis zutreffend ist, soll im Folgenden überprüft werden.

Die Ausführungen gliedern sich hierzu in eine kurze Zusammenfassung der Entscheidung (I.), die ausschließlich vor dem Hintergrund der maßgeblichen Gesetzesbegründung (II.) gewürdigt wird (III.).

### **I. Entscheidung des Landesarbeitsgerichts**

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 7. Oktober 2020 liegt die Entfristungsklage einer Diplom-Ingenieurin mit Weiterbeschäftigungsantrag zugrunde, deren – mit einer staatlich finanzierten Ressortforschungseinrichtung geschlossener – Arbeitsvertrag „ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes gemäß § 2 Absatz 1 Satz 1 und Satz 4<sup>2</sup> i. V. m. § 1 Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG)“ befristet wurde. Nach dem als Anlage beigefügten Qualifizierungsplan war unter anderem der Erwerb vertiefter Kenntnisse in den Themenfeldern „Betonstraßenbau/Betontechnologie, insbesondere im Bereich Betonfertigteile für Verkehrsflächen aus Beton“ vereinbart, wofür „die fachliche Bearbeitung

des BMBF - Drittmittelprojekts HESTER (= Hybrides Entwicklungssystem für die Straßenerhaltung unter Einsatz neuartiger Werkstoffe) inklusive der Erstellung des wissenschaftlichen Abschlussberichtes“ sowie der Besuch bei einer Weiterbildungsmaßnahme zum Thema „Kommunizieren und Kooperieren“ vorgesehen war.<sup>3</sup>

Die Klägerin führte an, schließlich nur noch mit einem Prozent ihrer Tätigkeit wissenschaftlich tätig geworden zu sein. Die Beschäftigung diene zudem auch nicht der Förderung ihrer eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung. Mit 43 Jahren gehöre sie nicht mehr zum wissenschaftlichen Nachwuchs.

Das Landesarbeitsgericht gab der Klage – anders als die Vorinstanz<sup>4</sup> – statt.

Nach der Auffassung des Landesarbeitsgerichts handle es sich bei den durch die Novelle 2016<sup>5</sup> in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 1 WissZeitVG eingefügten Zusätzen um eigenständig zu prüfende Tatbestandsmerkmale, die von der arbeitgebenden Forschungseinrichtung nicht nachgewiesen seien.

Eine Befristung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG sei bereits nach dem Wortlaut nur „zulässig, wenn die befristete Beschäftigung“ über eine bloße wissenschaftliche Tätigkeit hinaus auch „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt“. Erforderlich sei daher mehr als ein bloßes wissenschaftliches Arbeiten und die damit typischerweise verbundenen Kompetenzzuwächse. Die bloße Förderung einer

1 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris = BeckRS 2020, 39167; Revision derzeit anhängig unter Az. 7 AZR 573/20 (mit einer Entscheidung dürfte im ersten Quartal 2022 zu rechnen sein).

2 Die Angabe des genauen Befristungsgrundes ist nach dem Zitiergebot gem. § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG nicht geschuldet. Ebenso ist es nicht erforderlich auf Satz 4 zu verweisen, wenn Kinder vorhanden sind und diese zur Verlängerung der Höchstbefristungsdauer für eine wirksame Befristung herangezogen werden müssen. Derartige Angaben binden den Arbeitgeber letztendlich nur unnötig – etwa, wenn eine Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 Nr. 1 WissZeitVG möglich ist oder erklärt wurde oder die Voraussetzungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG vorliegen; vgl. allgemein Müller-Glöge in ErfK, 21. Aufl. 2021, WissZeitVG § 2 Rn. 15.

3 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 2-7.

4 Vorinstanz: ArbG Köln, Urteil vom 26. Mai 2020 – 11 Ca 295/20 = BeckRS 2020, 39168 Rn. 31: „Auch ist dem Qualifizierungserfordernis in § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG genügt. ... Seit dem Inkrafttreten der Neuregelung zum 17.03.2016 ist Voraussetzung für die Befristung, dass die befristete Beschäftigung „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“ erfolgt. Gleichwohl handelt es sich dabei nicht um eine Sachgrundbefristung. Ausweislich der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber sie weiterhin als „typisierte Qualifizierungsphase“ und nicht als Sachgrundbefristung konzipiert. Innerhalb des Befristungsrahmens ist auch weiterhin für einzelne Befristungen kein spezifischer Sachgrund erforderlich ...“.

5 Vgl. hierzu ausführlich Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 33 ff.; Meißner, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, 2016, S. 162 ff.

wissenschaftlichen Qualifizierung, die nicht über eine bloße Gewinnung zusätzlicher Berufserfahrungen hinausgehe, genüge demgegenüber nicht.<sup>6</sup> Ein „*wissenschaftliches Gepräge der Tätigkeit des Mitarbeiters*“ im Sinne einer wissenschaftlichen Tätigkeit sei mithin „*notwendige aber nicht hinreichende Bedingung*.“<sup>7</sup>

Gegenteiliges folge auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Zwar habe der Gesetzgeber mit dem neu hinzugefügten Zusatz „*alles beim Alten belassen wollen*“ und das Gesetz dann auch unverändert verabschiedet, diesen Willen aber in den Formulierungen des Gesetzes nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.<sup>8</sup>

Dem rechtssuchenden Bürger sei eine Lektüre der Gesetzesbegründung insoweit angesichts des klaren Wortlauts und der abweichenden Formulierung zum „*wissenschaftlichen Personal*“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG bzw. §§ 4, 5 WissZeitVG nicht zuzumuten.

Darüber hinaus bestätige sich die Existenz eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals auch in systematischer Hinsicht: § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG setze eine gegenüber der „*angestrebten Qualifizierung*“ angemessene Befristungsdauer voraus. Ohne ein „*formelles Qualifizierungsziel*“ in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG bleibe die Vorschrift daher mangels Bezugspunkts für die Berechnung der angemessenen Dauer ohne Anwendungsbereich.<sup>9</sup>

Diese Voraussetzungen erfüllte die Befristung der Klägerin nach der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht. Zwar habe die Klägerin offensichtlich wissenschaftlich gearbeitet und es sei auch das Ziel der Parteien gewesen, die Fähigkeiten der Klägerin weiter auszubilden, eine darüberhinausgehende Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung sei darüber hinaus aber nicht nachgewiesen und die Befristung damit unwirksam.

## II. Gesetzesbegründung<sup>10</sup>

Übereinstimmend mit dem Wortlaut der Gesetzesbegründung<sup>11</sup> wurde § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG gem. Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (1. WissZeitVGÄndG) vom 11. März 2016<sup>12</sup> um die im Folgenden unterstrichenen Passagen ergänzt<sup>13</sup>:

„(1) Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannten Personals, das nicht promoviert ist, ist bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt. Nach abgeschlossener Promotion ist eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren, im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren, zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt [...]

In der Gesetzesbegründung des Bundestages vom 28. Oktober 2015 heißt es zu diesen Änderungen klarstellend (Hervorhebungen hinzugefügt)<sup>14</sup>:

„Mit den Ergänzungen in Satz 1 und 2 wird der bei Erlass des WissZeitVG nur in der Gesetzesbegründung formulierte Zweck der sachgrundlosen Befristung in den Gesetzestext übernommen. Damit wird klargestellt, dass diese Befristungsmöglichkeiten nach ihrer Zwecksetzung ausschließlich der Qualifizierung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses dienen. Die als „typisierte Qualifizierungsphase“ konzipierte sachgrundlose Befristung wird damit nicht zu einer Sachgrundbefristung. Innerhalb des Befristungsrahmens ist auch weiterhin für einzelne Befristungen kein spezifischer Sachgrund erforderlich. Wie bisher gibt das WissZeitVG deshalb auch künftig kein formales Qualifizierungsziel vor. So ist nach § 2 Absatz 1 Satz 1 auch weiterhin eine befristete Beschäftigung von nicht promoviertem Personal, dessen befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt, möglich, wenn dieses keine Promotion anstrebt (vergleiche BT-Drs. 16/3438, Seite 11). Promoviertes Personal, dessen befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt, kann sich auch künftig durch Erbringung weiterer wissenschaftlicher Leistungen und Tätigkeiten in der Lehre für die Übernahme einer Professur qualifizieren (BT-Drs. 16/3438, Seite 12 [...])

Neben der wissenschaftlichen Qualifizierung im engeren Sinne geht es vielmehr auch um den Erwerb von Fähigkeiten und Kenntnissen etwa in Bezug auf Projektmanagement im Bereich der Wissenschaft. Im Ergebnis muss Qua-

6 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 38, 47, 53.

7 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 53.

8 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 42.

9 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 54: „Wenn die Gegenauffassung zuträfe, bliebe diese Vorschrift in

den Fällen, in denen keine formelle Qualifizierung angestrebt wird, ohne Anwendungsbereich“.

10 BT-Drs. 18/6489 (Gesetzesentwurf); Beschlussempfehlung und Bericht BT-Drs. 18/7038.

11 BR-Drs. 395/15; BT-Drs. 18/6489.

12 BGBl. I 2016 Nr. 12 S. 442.

13 BR-Drs. 395/15; BT-Drs. 18/6489; BT-Drs. 18/7038.

14 BT-Drs. 18/6489; S. 10.

lizifizierung in der Wissenschaft zu einer erfolgreichen beruflichen Karriere auch und gerade außerhalb der Wissenschaft befähigen, sei es in der Wirtschaft, als Selbständiger oder in anderen gesellschaftlichen Lebens- und Arbeitsbereichen. Vergleichbares gilt für den zweiten Teil der Qualifizierungsphase, die sogenannte Postdoc-Phase[...].

Bei den von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Qualifizierungsphase zu erbringenden wissenschaftlichen Dienstleistungen handelt es sich oftmals und notwendigerweise um Daueraufgaben der Hochschulen. Durch die jetzt vorgesehene Ergänzung wird deshalb zugleich klargestellt, dass die Übertragung von Daueraufgaben auf nach dem WissZeitVG befristetes Personal nur im Kontext einer Qualifizierung zulässig ist.<sup>15</sup>

In der von der vorstehenden Gesetzesbegründung zur derzeitigen Fassung in Bezug genommenen Begründung heißt es schließlich weitergehend (Hervorhebungen hinzugefügt)<sup>15</sup>:

„Bis auf den neuen Satz 3 entspricht Absatz 1 – abgesehen von notwendigen redaktionellen Änderungen – dem bisherigen § 57b Abs. 1 HRG<sup>16</sup>. Die bisherige Rechtslage wird insoweit nicht verändert [...].

Bei den Mitarbeitergruppen, auf die Absatz 1 Satz 1 Bezug nimmt, wird unterstellt, dass zum einen ihre Beschäftigung der eigenen Aus-, Fort- und Weiterbildung dient und zum anderen der regelmäßige Austausch des Personals zur Sicherung der Innovation in Forschung und Lehre an den Hochschulen notwendig ist.

Zwar sind die von den entsprechenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wahrgenommenen wissenschaftlichen Dienstleistungen oftmals Daueraufgaben der Hochschule. Die Befristungsmöglichkeit wird aber bei diesen Mitarbeitergruppen ausnahmslos im Interesse der Nachwuchs- und Qualifikationsförderung eröffnet [...].

Die Einbeziehung [der wissenschaftlichen und künstlerischen Hilfskräfte] ist gerechtfertigt, weil auch wissen-

schaftliche und künstlerische Hilfskräfte Dienstleistungen in Forschung und Lehre erbringen und typischerweise auch zur eigenen Qualifizierung beschäftigt werden. Sie unterscheiden sich von den wissenschaftlichen und künstlerischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nur darin, dass sie ihre Dienstleistungen zu weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit der im öffentlichen Dienst Beschäftigten zu erbringen haben.“

Nach der Vorstellung des Normgebers handelt es sich daher bei den Ergänzungen in § 2 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 WissZeitVG lediglich um Klarstellungen des bereits der vorherigen Fassung zugrundeliegenden Zwecks im Wortlaut der sachgrundlosen Befristungstatbestände. Neue Tatbestandsmerkmale – oder gar eine Rechtsnaturänderungen der Befristungen – waren demgegenüber nicht intendiert und schließlich auch nicht erforderlich. Der Gesetzgeber geht mithin auch weiterhin in typisierender Betrachtung davon aus, dass die Tätigkeiten wissenschaftlichen Personals im persönlichen Anwendungsbereich des WissZeitVG „der eigenen Aus-, Fort- und Weiterbildung dienen“<sup>17</sup> und kein „formales Qualifizierungsziel“<sup>18</sup> erforderlich ist.

### III. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts und die Gesetzesbegründung stehen sich diametral gegenüber. Der bestehende Widerspruch ist zugunsten der Gesetzesbegründung – und wohl herrschenden Meinung<sup>19</sup> und Lehre<sup>20</sup> – aufzulösen:<sup>21</sup>

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts übergeht im Kern die Voraussetzungen des persönlichen Anwendungsbereiches des WissZeitVG und überspannt die Anforderungen des Gesetzes ohne die erforderliche Rückbindung an Wortlaut (1.), Systematik (2.), den Gesetzgeberwillen (3.) und Telos (4.). Im Einzelnen:

15 BT-Drs. 16/3438 S. 12.

16 § 57b Abs. 1 HRG: „(1) Die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 57a Abs. 1 Satz 1 genannten Personals, das nicht promoviert ist, ist bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig. Nach abgeschlossener Promotion ist eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren, im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren zulässig.“

17 BT-Drs. 16/3438 S. 12.

18 BT-Drs. 18/6489 S. 10.

19 Bspw. BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 –, juris; ArbG Köln, Urteil vom 26. Mai 2020 – 11 Ca 295/20 = BeckRS 2020, 39168 Rn. 31.

20 Löwisch in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR-Kommentar, 8. Aufl. 2016, § 2 WissZeitVG Rn. 2; Müller-Glöge, ErfK, 21. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn. 2b; Preis/Ulber, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 8 ff.; Rambach in Arnold/Gräfl, TzBfG 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 1; Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW

2016, 33, 39; Koch in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 39 Rn. 33; Domke, Das Befristungsrecht des wissenschaftlichen Personals an deutschen Hochschulen zwischen wissenschaftlicher Dynamik und sozialer Sicherheit, S. 186 f.; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, S. 199, 201.

21 aA. Giesen ArbRAktuell 2021, 160: „Die Entscheidung überzeugt“; Hauck-Scholz, RdA 2016, 262 f.: „Diese Qualifizierung ist nunmehr der – einzige (neben der Drittmittelbefristung nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG) – (Sach-) Grund für eine befristete Beschäftigung mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal.“; scheinbar auch Schmidt in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn. 3 ff. „Ergänzung ... um qualitatives Element“; Böttzmann, öAT 2016, 48 „werden durch den Einschub ... erhöhte Anforderungen ... zu stellen sein“; Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 259 „... muss künftig die Befristung zur Förderung der eigenen Qualifizierung erfolgen...“.

## 1. Wortlaut

Dem Landesarbeitsgericht ist zunächst zuzugeben, dass der geänderte Wortlaut in § 2 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 WissZeitVG im ersten Zugang die Annahme eines weiteren Tatbestandsmerkmals trägt.<sup>22</sup>

So ist die modale Verknüpfung „zulässig, wenn“ bspw. in den Sachgrundbefristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG („[...] zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist...“) oder gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG („[...]zulässig, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird [...]“) zu finden, die hingegen bei den sachgrundlosen Befristungen in § 14 Abs. 2 TzBfG<sup>23</sup> („Die Befristung [...] ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig“) oder § 6 WissZeitVG („Befristete Arbeitsverträge [...] bis zur Dauer von insgesamt sechs Jahren zulässig.“) fehlt.

Allerdings muss beachtet werden, dass die Wortlautauslegung nicht bei der Verknüpfung der beiden Satzteile stehen bleiben darf. Vielmehr ist der gesamte Sinngehalt der Norm zu erfassen, der zunächst die „Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannten Personals“ voraussetzt. Der Zusatz „wenn die befristete Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung erfolgt“, kann danach seinem Wortlaut nach auch nur dahingehend verstanden werden, dass hierdurch lediglich die bereits durch den Verweis auf § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG erforderlichen Tatbestandsmerkmale – als rechtliches Nulium – wiederholt werden.

Vergleicht man die Reichweite des „wissenschaftlichen und künstlerischen Personals“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG mit dem ergänzten Satzteil in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG, wird deutlich, dass lediglich die „Förderung der eigenen Qualifizierung“ über die ansonsten in beiden Normen enthaltene „wissenschaftliche Tätigkeit“ hinausgeht.

Weder dem Begriff „Förderung“, noch der Konkretisierung „eigenen“ kommt dabei aber gegenüber der wissenschaftlichen Tätigkeit gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG eine eigenständige, zusätzliche Bedeutung zu:

Qualifiziert sich der Beschäftigte im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses, fördert ihn dies stets selbst und damit zwingend seine eigene Qualifizierung. Eine Qualifizierung „zugunsten Dritter“ gibt es nicht. Eine Qualifizierung durch die Mitarbeit an fremder Forschung ist daher auch ohne weiteres möglich und anerkannt.<sup>24</sup>

Es verbleibt mithin die Frage, ob zwischen dem Begriff der „Qualifizierung“ in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und der „wissenschaftlichen Tätigkeit“ gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ein materieller Unterschied besteht. Das wird man verneinen müssen.

Wissenschaftliche Qualifizierung ist ihrem Inhalt und Umfang nach von der jeweiligen wissenschaftlichen Tätigkeit abhängig und beschreibt damit lediglich deklaratorisch die Folge der konkret geschuldeten wissenschaftlichen Tätigkeit.<sup>25</sup> Wissenschaftliche Qualifizierung und wissenschaftliche Tätigkeit beschreiben mithin nur verschiedene Seiten derselben Medaille und setzen in materieller Abhängigkeit zueinander dasselbe voraus.

Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht bspw. im Urteil vom 24. Februar 2016 zutreffend festgestellt, dass die Qualifizierung aus der Beschäftigung mit wissenschaftlicher Arbeit statt folgt.<sup>26</sup>

„Für die Wirksamkeit der Befristung genügt dazu aber die Beschäftigung mit wissenschaftlicher Arbeit, die das wissenschaftliche Personal unabhängig von einem während der Tätigkeit in Aussicht genommenen oder erzielten akademischen Grad qualifiziert. Deshalb ist weder das Anstreben einer Promotion Voraussetzung für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG (BT-Drs. 14/6853 S. 32;), noch setzt die Zulässigkeit der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG das Anstreben einer Habilitation voraus. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dem wissenschaftlichen Personal im Rahmen einer befristeten Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG lediglich die Möglichkeit eröffnet werden, Forschungsleistungen und wissenschaftliche Tätigkeiten in der Lehre zu erbringen und sich auf diese Weise für die Übernahme einer Professur zu

22 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 48 f., 53.

23 Zum Verhältnis zum WissZeitVG siehe Mandler/Wegmann, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201 ff.; weiterführend Löwisch/Schubert, Beschränkung befristeter Arbeitsverträge nach dem Koalitionsvertrag: Auswirkungen auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2018, 263 ff.

24 Vgl. Preis/Ulber, WissZeitVG, § 2 Rn. 12; Maschmann/Konertz,

NZA 2016, 257, 259.

25 Ob sich der Beschäftigte tatsächlich qualifiziert, ist freilich irrelevant. Entscheidend ist die (typisierende) Prognose des Arbeitgebers bei Vertragsschluss.

26 BAG, Urteil vom 24. Februar 2016 – 7 AZR 182/14 –, juris Rn. 32 = NZA 2016, 949; vgl. auch BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 7 AZR 519/13 und Mandler/Meißner, Der persönliche Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2016, 127 ff.

qualifizieren (vgl. BT-Drs. 14/6853 S. 33; BT-Drs. 16/3438 S. 12).“

Eine auf die Satzverbindung „zulässig, wenn“ beschränkte Auslegung greift daher hier zu kurz und würdigt den verbleibenden Wortlaut des Befristungstatbestandes in § 2 Abs. 1 WissZeitVG nicht hinreichend, der auf den persönlichen Anwendungsbereich in § 1 Abs. 1 WissZeitVG verweist. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG trägt das vom Landesarbeitsgericht gefundene Ergebnis danach nicht.

## 2. Systematik

Das nach dem Wortlaut gefundene Ergebnis bestätigt sich auch in systematischer Hinsicht.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG verweist auf § 1 Abs. 1 WissZeitVG und stellt im ergänzten Satzteil lediglich die bereits aus der wissenschaftlichen Tätigkeit gem. § 1 Abs. 1 WissZeitVG folgende Konsequenz klar. Die erneute Prüfung desselben Tatbestandes ist redundant und wird daher von § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG nicht eingefordert.

Das Landesarbeitsgericht beruft sich insoweit darauf, dass ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal schon deshalb aus § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG folgen müsse, weil die Angemessenheitsprüfung in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG<sup>27</sup> ein „*formales Qualifizierungsziel*“ voraussetze und andernfalls ohne Anwendungsbereich bliebe.<sup>28</sup> Auch diesem Argument ist nicht zu folgen.

Zwischen dem Befristungsgrund und der Höchstdauer besteht weder normativ noch systematisch ein zwingender Zusammenhang. Die Befristungshöchstgrenze beschränkt eine zulässige Beschäftigung lediglich in zeitlicher Hinsicht und stellt so sicher, dass auch für die Qualifizierung des wissenschaftlichen Nachwuchses ausreichend Stellen zur Verfügung stehen und diese Mittel nicht durch sich weiterqualifizierende Beschäftigte dauerhaft gebunden werden.<sup>29</sup> Dass ein Beschäftigter bspw. auch nach dem Überschreiten der Regel-Befris-

tungshöchstgrenze weiter wissenschaftlich tätig werden kann, dürfte unstrittig sein. Dem Gesetz liegt anerkanntermaßen eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde.

Ebenso verlangt weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung ein „*formales Qualifizierungsziel*“ für die Befristung oder die Angemessenheitsprüfung. Dies stellt auch die Gesetzesbegründung noch einmal klar. Dass die Bestimmung der „*angemessenen Dauer*“ bei einem formalen Qualifizierungsziel einfacher sein mag, ist hier kein Argument. Gerade die Forschung ist regelmäßig durch eine Vielzahl unterschiedlicher Qualifizierungsziele gekennzeichnet. Es geht nicht immer um den Erwerb einer bestimmten Fertigkeit oder eines bestimmten Abschlusses, sondern oft um den Erwerb von Kenntnissen über die wissenschaftliche Methodik und Arbeitsweise in einem oder mehreren Fachbereichen.

Darüber hinaus könnte man in dem Zusatz „*Förderung der eigenen*“ wissenschaftlichen Qualifizierung einen, gegenüber dem persönlichen Anwendungsbereich abweichenden Gehalt vermuten, und systematisch darauf schließen, dass § 2 Abs. 1 WissZeitVG aufgrund seines abweichenden Wortlautes damit „mehr verlange“ als bloße wissenschaftliche Tätigkeiten. Wie bereits erläutert, wäre aber auch dies unzutreffend. Die wissenschaftliche Tätigkeit des befristet Beschäftigten führt immer zu seiner eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung und fördert diese. Aus diesem Grund konnte der Gesetzgeber das Merkmal auch im persönlichen Anwendungsbereich weglassen und im Lichte des Gesetzeszwecks unterstellen, dass die Beschäftigung immer „*der eigenen Aus-, Fort- und Weiterbildung dient*“<sup>30</sup>, zumal die wissenschaftliche Tätigkeit bei Misch Tätigkeiten ohnehin überwiegen muss.<sup>31</sup>

Dieses Ergebnis bestätigt sich auch mit Blick auf § 2 Abs. 3<sup>32</sup>, 4 und 5 WissZeitVG. Das WissZeitVG geht erkennbar von einer typisierenden Betrachtung und sachgrundlosen Befristung aus, die ihre Grenzen in den

27 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 –, juris Rn. 38: „Die angemessene Befristungsdauer ist daher einzelfallbezogen („jeweils“) unter Berücksichtigung der Verhältnisse bei Vertragsschluss zu ermitteln. Dabei kommt es insbesondere auf die Verhältnisse im jeweiligen Fach, das angestrebte Qualifizierungsziel und den Stand der individuellen Qualifizierung des Arbeitnehmers an“; vgl. auch ausführlich Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.

28 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 54.

29 Vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 –, juris Rn. 19 mwN.

30 BT-Drs. 16/3438, S. 12.

31 Vgl. Müller-Glöge, ErfK, 21. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn. 2b.

32 Beachte: BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 –, juris; aA. LAG Niedersachsen, Urteil vom 4. September 2020 – 14 Sa 864/19 –, juris: „Beschäftigungsphasen, die zum Zwecke der Anfertigung einer Doktorschrift genutzt werden, sind im Rahmen des § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG auch dann auf die gesamte zulässige Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 S. 1 und 4 WissZeitVG anzurechnen, wenn es sich um befristete Arbeitsverhältnisse mit nicht mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit handelt“; vgl. hierzu schon Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016, 33, 46.

jeweiligen Höchstbefristungsgrenzen findet und kalendermäßig bestimmt wird.<sup>33</sup> § 2 Abs. 5 WissZeitVG ermöglicht zudem eine einseitige Verlängerung durch den Arbeitnehmer,<sup>34</sup> die von einer eventuellen weiteren Qualifizierung des Arbeitnehmers losgelöst zu beurteilen ist und ihre Rechtfertigung wiederum in der bereits nach § 1 Abs. 1 WissZeitVG vorausgesetzten wissenschaftlichen Tätigkeit findet. Auch die Systematik spricht daher gegen weitere Tatbestandsmerkmale.

### 3. Wille des Gesetzgebers

Der Wille des Gesetzgebers ist klar und bestätigt das nach Wortlaut und Systematik gefundene Ergebnis:

Eine wissenschaftliche Qualifizierung wird bei wissenschaftlicher Tätigkeit gem. § 1 Abs. 1 WissZeitVG unterstellt,<sup>35</sup> ohne dass sich hieran durch die Ergänzungen etwas ändern sollte.<sup>36</sup> Die Ergänzungen in § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG sind daher auch nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich unbeachtliche Klarstellungen des Gesetzeszwecks.<sup>37</sup>

Abweichendes kann auch nicht aus dem Ziel der Novellierung im Übrigen geschlossen werden. Mit den Anpassungen des WissZeitVG sollte Kurzbefristungen im Wissenschaftsbereich entgegengewirkt werden. Dies wird unter anderem durch § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG sichergestellt, erfordert aber nicht, dass die sachgrundlose Befristung von weiteren Bedingungen abhängig gemacht wird.

Darüber hinaus kann den Überlegungen des Landesarbeitsgerichts zur Verfügbarkeit und Lektüre der Gesetzesbegründung nicht zugestimmt werden. Es ist zwar zutreffend, dass der „normunterworfenen Bürger“ Mühe haben mag die – online abrufbare – Gesetzesbegründung ausfindig zu machen und daraus das für ihn Maßgebliche zu gewinnen;<sup>38</sup> dies ist jedoch keine Ausnahme-, sondern der Regelfall und Rechtsberatung (ggf. auch kostenfreie) verfügbar. Die Gesetzesbegründung

weicht insofern – wie erläutert – auch nicht von demjenigen ab, was für den „Bürger“ ohnehin gilt und hat danach lediglich klarstellenden Charakter. Zudem steht neben dem „normunterworfenen Bürger“ auch die Forschungseinrichtung, die sich auf den in der Gesetzesbegründung niedergeschriebenen Willen des Gesetzgebers für ihre Auslegung verlassen können muss.

Ebenso ist dem Landesarbeitsgericht darin nicht zu folgen, dass der Wille des Gesetzgebers in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG keinen Niederschlag gefunden habe und deshalb nicht berücksichtigt werden dürfe<sup>39</sup>. Der Gesetzgeberwille ist ausdrücklich in den Normtext mit aufgenommen worden und führt – wie die Analyse des Wortlauts zeigt – nicht zu einer tatbestandlichen Ergänzung der hervorgebrachten Befristungstatbestände. Lediglich der Gesetzeszweck wird noch einmal erinnernd wiederholt, ohne dass hiermit neue Tatbestandsmerkmale gegenüber der Prüfung nach § 1 Abs. 1 WissZeitVG formuliert werden oder werden sollten.

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend feststellt, ist eine Gesetzesinterpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, unzulässig. Das Gericht wäre daher selbst bei seiner Interpretation des Wortlautes der Norm gehalten gewesen, dem erkannten Willen des Gesetzgebers größtmögliche Geltung zu verschaffen – etwa durch eine teleologische Reduktion der erkannten Tatbestandsmerkmale. Die Begründung des Gerichts überzeugt daher auch insoweit nicht.

### 4. Sinn und Zweck

Mit den Befristungstatbeständen in § 2 Abs. 1 WissZeitVG soll den Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen auch weiterhin ein rechtssicherer und verlässlicher Rahmen für die befristete Beschäftigung des wissenschaftlichen oder künstlerischen Personals an die Hand gegeben werden,

33 Vgl. zum Rechtsmissbrauch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 217 ff.; zur Berechnung der Höchstbefristungsgrenze *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.; juris; *Mandler/Wegmann*, Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19, OdW 2021, 53.

34 Vgl. hierzu *Mandler*, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221.

35 BT-Drs. 16/3438, S. 12.

36 BT-Drs. 18/6489, S. 10.

37 BT-Drs. 18/6489, S. 10.

38 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 46.

39 LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 –, juris Rn. 42 ff.; die zitierten Entscheidungen des BGH und BAG sind insofern unergiebig. BAG, Urteil vom 20. November 2019 – 5 AZR 39/19 – Rn. 20 betrifft die Auslegung eines – zweiseitigen – Tarifvertrages; BGH, Urteil vom 5. November 2019 – XI ZR 650/18 – Rn. 30 betrifft den umgekehrten Fall, in dem die Gesetzesbegründung zusätzliche Anforderungen in den Normtext hineinliest – was allerdings mit der Richtlinie nicht vereinbar oder praktisch umsetzbar gewesen wäre.

40 Vgl. bspw. BT-Drs. 16/3438, S. 10.

um die Qualifizierung des wissenschaftlichen und künstlerischen Nachwuchses einerseits und die Innovation in Forschung und Lehre andererseits sicherzustellen.<sup>40</sup>

Diese Zwecke würden vereitelt, wenn über die aus der wissenschaftlichen Tätigkeit folgende Qualifikation hinaus eine weitere Qualifizierung verlangt und damit aus der sachgrundlosen eine Sachgrundbefristung mit erheblichem Prüfungsaufwand für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen würde.

Wie die Gesetzesbegründung zutreffend erläutert, geht es zudem „neben der wissenschaftlichen Qualifizierung im engeren Sinne ... auch um den Erwerb von Fähigkeiten und Kenntnissen ... im Bereich der Wissenschaft“, die „im Ergebnis zu einer erfolgreichen beruflichen Karriere auch und gerade außerhalb der Wissenschaft befähigen“<sup>41</sup>. Eine Qualifizierung allein um der Wissenschaft Willen (Qualifizierung im engeren Sinne) ist daher nicht der Regelfall und wird vom Gesetz dementsprechend auch nicht zur wirksamen Befristung vorausgesetzt.

#### 5. Zur Entscheidung im Übrigen

Was materiell in dem neuen Tatbestandsmerkmal gefordert wird, ist der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht klar zu entnehmen. Insoweit heißt es lediglich abgrenzend, dass sich die Qualifizierung „nicht in der bloßen Gewinnung zusätzlicher Berufserfahrungen erschöpfen“ dürfe, sondern darüber hinausgehen müsse. Was hiermit gemeint ist und was die Forschungseinrichtung konkret hätte vortragen müssen, bleibt hingegen offen. Die Wissenschaftlichkeit der Tätigkeit erfordert nicht unbedingt das Bemühen um eigene, neue wissenschaftliche Erkenntnisse.<sup>42</sup>

Nur weil ein Beschäftigter eine bestimmte wissen-

schaftliche Tätigkeit schon einmal ausgeübt hat, ist deren erneute Vornahme nicht der wissenschaftlich qualifizierende Effekt abzuerkennen. Das wissenschaftliche Arbeiten und die hieraus folgende wissenschaftliche Qualifizierung ist weithin durch Wiederholung, Reflexion und Verbesserung bereits bekannter Vorgänge und Methoden geprägt und von – nicht wissenschaftlichen – Daueraufgaben abzugrenzen (die hier nicht geprüft wurden). Der Erwerb zusätzlicher Berufserfahrungen ist insofern zwingende und zudem erwünschte Folge, die einer weiteren wissenschaftlichen Qualifizierung nicht entgegensteht, sondern mit ihr notwendigerweise einhergeht.<sup>43</sup>

#### IV. Ausblick

Der Auslegung des Landesarbeitsgerichts ist nicht zu folgen. Die mit der Novelle 2016 eingeführten Ergänzungen in § 2 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 WissZeitVG beinhalten gegenüber der wissenschaftlichen Tätigkeit in § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG nach Wortlaut, Systematik, Historie und Telos lediglich eine Klarstellung des Gesetzeszwecks, aber keine weiteren Tatbestandsmerkmale.

Das Landesarbeitsgericht hat die Revision selbst zugelassen. Mit einer klärenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dürfte im ersten Quartal 2022 zu rechnen sein (Az. 7 AZR 573/20).

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Sabita Banerjee ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

41 BT-Drs. 18/6489, S. 10.

42 Vgl. BAG, Urteil vom 24. Februar 2016 – 7 AZR 182/14 –, juris Rn. 32 mwN.

43 BT-Drs. 18/6489, S. 10.



Karoline Haake  
*Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen*  
*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 15.1.2021*

Die andauernde COVID-19-Pandemie stellt die Hochschulen weiterhin vor Herausforderungen bei der Durchführung des Online-Semesters und insbesondere bei den vor der Tür stehenden Semesterabschlussprüfungen.

Der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts veranstaltete daher am 30.10.2020 eine Tagung zu den aktuellen rechtlichen Fragestellungen zu Lehre und Prüfungen in der Corona-Zeit, bei der jedoch eine Vielzahl prüfungs- und datenschutzrechtlicher Fragestellungen offenblieben.<sup>1</sup> Insbesondere verschiedene Details zur rechtssicheren Durchführung von Online-Prüfungen blieben noch ungeklärt. Daher veranstaltete der Verein am 15.1.2021 eine weitere Tagung, um die aufgeworfenen Fragestellungen zu diskutieren und vertiefen.

Prof. Dr. Volker Epping eröffnete die Tagung als Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts und wies auf den Erfolg der letzten Veranstaltung hin. Die erneuten 200 Teilnehmenden zeigten auf, dass auch weiterhin großes Interesse am Thema bestehe.

## **I. Prüfungsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie**

In einem Impulsreferat setzten sich abermals *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich* (Richter, derzeit abgeordnet zum GJPA Berlin-Brandenburg) mit der prüfungsrechtlichen Perspektive von Online-Prüfungen auseinander und beantworteten sowohl im Vorhinein eingereichte als auch während der Veranstaltung gestellte und von *Prof. Dr. Ulrike Gutheil* (Staatssekretärin im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Lan-

des Brandenburg a.D.) und *Dr. Michael Stückradt* (Kanzler der Universität zu Köln) moderierte Fragen.<sup>2</sup>

Bei der Bewertung der prüfungsrechtlichen Zulässigkeit einer Prüfung seien neben den Vorgaben des Landeshochschulrechts und der jeweiligen Prüfungsordnung insbesondere die zugrundeliegenden Grundrechtspositionen zu beachten: Art. 3 Abs. 1 GG vermittele im Prüfungsrecht nicht bloß ein Willkürverbot i.S.d. allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern verdicke sich zu einem strengen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit.<sup>3</sup> Da Prüfungen in Gestalt von Leistungsanforderungen den Zugang zu einem Beruf und damit Art. 12 Abs. 1 GG beschränken, bedürften sie einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Art. 12 Abs. 1 GG vermittele zudem einen Anspruch des Prüflings<sup>4</sup> auf Durchführung der Prüfung. Die Prüfungen dürften daher nicht ohne weiteres bei pandemiebedingten Schwierigkeiten ihrer Durchführung ins kommende Semester geschoben werden, sondern die Hochschulen müssten im Rahmen des Möglichen Prüfungen anbieten. Es bestehe jedoch grundsätzlich kein Anspruch des Prüflings auf Durchführung der Prüfung in einer bestimmten Prüfungsart oder -form. Die Auswahl dieser stehe weitgehend im Organisationsermessen der Hochschule. So bestehe auch grundsätzlich kein Anspruch, die Prüfung entgegen den jeweiligen Vorgaben der Prüfungsordnung als Online- (bzw. Präsenz-)Prüfung durchzuführen, ein solcher könne sich aber im Einzelfall ergeben: Sei eine Präsenzprüfung aufgrund des Infektionsgeschehens nicht möglich, aber durch eine Online-Prüfung ersetzbar, könne sich das Ermessen der Hochschule bzgl. der Auswahl der Prüfungsform auf Null reduzieren, sodass sie zur Durchführung einer Online-Prüfung verpflichtet wäre.<sup>5</sup> Ein Anspruch auf On-

1 Für den Tagungsbericht zur Tagung vom 30.10.2020 siehe Haake, OdW 2021, 59-64.

2 *Fischer* ist Herausgeber und *Dieterich* neuer Autor der neuen Auflage des Standardwerks *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht.

3 So schon in BVerfGE 37, 342.

4 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets

alle Geschlechter mitumfasst.

5 Da keine vollkommene Schutzpflicht vor jeglicher Gesundheitsgefahr bestehe, gehöre ein gewisses Infektionsrisiko mit dem Corona-Virus jedoch derzeit für die Gesamtbevölkerung zum allgemeinen Lebensrisiko, BVerfG, Beschlüsse v. 12.5.2020 – 1 BvR 1027/20, v. 19.5.2020 – 2 BvR 483/20, v. 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20; BGH, Beschluss v. 17.11.2020 – 3 Ars 14/20.

line-Prüfung könne zudem im Einzelfall bei Zugehörigkeit des Prüflings zu einer Risikogruppe, bei hohem Infektionsgeschehen und einem nicht ausreichenden Hygienekonzept entstehen.<sup>6</sup>

Sofern Studierenden die technische und/oder räumliche Infrastruktur zur Durchführung einer Online-Prüfung fehlt, müsse die Hochschule ggf. entsprechende Hilfsmittel bzw. Räume zur Verfügung stellen, um dem Grundsatz der Chancengleichheit Genüge zu tun.

Auch sei es grundsätzlich möglich, den Prüflingen die Wahl zwischen Online- und Präsenzprüfungen zu geben, solange die beiden Auswahloptionen vergleichbar blieben und so die Chancengleichheit gewahrt werde.

Ob eine Maskenpflicht für die Durchführung von Präsenzprüfungen implementiert werden kann, sei im Einzelfall abhängig vom Infektionsgeschehen, den räumlichen Begebenheiten der Hochschule und den Spezifika der jeweiligen Prüfung (z.B. Länge der Prüfung, Kontakt zu Dritten, etc.).<sup>7</sup> Ein Nachteilsausgleich in Form einer Schreibzeitverlängerung o.Ä. durch die Anordnung der Maskenpflicht sei jedoch nicht grundsätzlich angezeigt. Ist es Prüflingen aus gesundheitlichen Gründen nicht oder nur schwer möglich, für die Dauer der Prüfung eine Maske zu tragen, müssten diese sich durch ein ärztliches Attest von der Maskenpflicht befreien lassen.<sup>8</sup>

Aufgrund der Grundrechtsrelevanz sei für die wesentlichen Verfahrensabläufe sowie die Bestimmung der Prüfungsarten, Bewertungskriterien und Leistungsanforderungen stets eine normative Grundlage erforderlich.

Eine Online-Prüfung<sup>9</sup> stelle keine eigene Prüfungsart dar, welche explizit in der Prüfungsordnung normiert werden muss, sondern lediglich eine Modalität der klassischen Prüfungsarten, namentlich der schriftlichen,

mündlichen, praktischen und elektronischen Prüfung.<sup>10</sup> Für die Durchführung einer Online-Prüfung müsse die Prüfungsordnung der Hochschule daher grundsätzlich nur angepasst werden, wenn die Online-Prüfung in ihrer geplanten Durchführungsweise aus anderen Gründen nicht von der Prüfungsordnung gedeckt wird (z.B. sofern die von der Prüfungsordnung geforderte Hochschulöffentlichkeit einer mündlichen Prüfung nicht gewährleistet werden kann).

Aus Rechtssicherheitsgründen sei eine Anpassung der Prüfungsordnung dennoch zu empfehlen, wenn nicht schon der Landesgesetzgeber eine Änderung im Hochschulgesetz in Hinblick auf die Online-Prüfungen vorgenommen habe.

Ein Abweichen von der Prüfungsordnung könne auch mit Einwilligung des Prüflings zulässig sein.<sup>11</sup>

Muss tatsächlich eine Änderung in der Prüfungsordnung zur Durchführung von Online-Prüfungen vorgenommen werden, sei dies grundsätzlich auch im laufenden Semester möglich, solange sich die Prüflinge noch rechtzeitig darauf einstellen können und die Änderung keine Erschwerung der Prüfungen mit sich zieht.<sup>12</sup> Um die Änderung durch die Hochschulgremien trotz des Infektionsgeschehens zu ermöglichen, plädierten die Referenten für innovative Verfahren wie Online-Gremiensitzungen oder Umlaufverfahren. Ebenfalls sei es möglich, durch Änderung der Prüfungsordnung bereits Anpassungsbedürfnisse für Online-Prüfungen bei höherem Infektionsgeschehen zu antizipieren, indem etwa eine Öffnungsklausel für abweichende Prüfungsarten oder -formen in die Prüfungsordnung aufgenommen wird.<sup>13</sup>

Weiterhin müssten geeignete Maßnahmen getroffen werden, um Täuschungen zu verhindern. Ein Untermaß an Täuschungsprävention sei auch in Hinblick auf Grundrechtspositionen der Prüflinge notwendig: Da die

6 Ablehnend OVG Niedersachsen zu Zeiten niedriger Infektionsraten für einen Raucher, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20), und VG Bremen für einen Schüler mit chronischer Vorerkrankung, weil die Schule genügend Sicherheitsmaßnahmen getroffen habe, Beschluss v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20.

7 Ablehnend VG Göttingen, Beschluss v. 27.5.2020 – 4 B 112/20; bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

8 Atteste zur Befreiung von der Maskenpflicht müssen dabei gesundheitliche Beeinträchtigungen, deren Ursache und die Grundlage der ärztlichen Einschätzung konkret benennen, OVG NRW, Beschluss v. 24.9.2020 – 13 B 1368/20; a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 4.1.2021 – 11 S 132/20.

9 Auch bezeichnet als Prüfung in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation (§ 6 Abs. 1 Corona-Epidemie-HochschulVO NRW), elektronische Fernprüfung (§ 2 Abs. 1 BayFeV), Prüfung in digitaler Form (§ 32 Abs. 8 BerHG), oder Prüfungen, die unter Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme erbracht werden (Entwurf des 4. HochschulrechtsänderungsG BW).

10 Diese werden anhand der Kompetenzen abgegrenzt, die abgefragt werden. Eine elektronische Prüfung ist dabei kein Synonym für eine Online-Prüfung, sondern eine eigene Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer mittels eines Prüfprogramms unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird. Eine Online-Prüfung ist dagegen eine Prüfung mit elektronischen Informations- und Kommunikationsmitteln, bei der Prüfer und Prüfling sich in unterschiedlichen, nicht offiziellen Prüfungsräumen befinden. Dabei handele es sich grundsätzlich um keine eigene Prüfungsart, sondern nur einen anderen Übermittlungsweg für schriftliche, mündliche oder elektronische Prüfungen.

11 Akzeptiert von OVG Bremen, Beschluss v. 2.12.2010 – 2 A 47/08. Dazu Haake, OdW 2021, 59 (60).

12 Näheres bei Niehues/Fischer/Jeremias, Rn. 64 ff.

13 So könne etwa normiert werden, dass es zu einer Änderung des Verfahrens kommen kann, wenn eine Entwicklung der Pandemie bestimmte Prüfungsmodalitäten nicht mehr erlaubt.

Prüfung in Art. 12 Abs. 1 GG eingreife, müsse dieser Eingriff verhältnismäßig sein. Werde die Prüfungsleistung der Prüflinge allein durch Täuschung oder Abschreiben erzielt, sei die Prüfung nicht mehr zum Nachweis einer Berufsqualifikation geeignet und stelle daher einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Wegen des ungerechtfertigten Vorteils täuschender Prüflinge sei zudem die Chancengleichheit der ehrlichen Mitprüflinge aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

Die Hochschulen müssten daher geeignete Maßnahmen im Rahmen des organisatorisch-technisch Möglichen treffen. Zu empfehlen sei auch, in Online-Prüfungen kreative Aufgabenstellungen zu wählen. Copy-Paste-Arbeiten und reine Abschreibleistungen könnten etwa durch vermehrte Transferaufgaben anstelle von reiner Wissensabfrage verhindert werden. Bei Multiple Choice-Aufgabenstellungen könnten unterschiedliche Fragenkataloge oder eine randomisierte Reihenfolge der Fragen gewählt werden. Denkbar sei auch die Nutzung eines sog. Lockdown-Browsers, der während der Prüfungszeit nur die Bearbeitung der Online-Prüfung erlaube, nicht jedoch das Aufrufen von sonstigen Websites.

Für Täuschungsversuche trage die Hochschule die Beweislast. Insbesondere den Täuschungsvorsatz des Prüflings habe die Hochschule daher nachzuweisen. Gerade bei Take-Home/Open-Book-Arbeiten sei es daher dringend angeraten, im Vorhinein von Seiten der Hochschule deutliche Vorgaben zu machen, welche zusätzlichen Hilfsmittel erlaubt sind.<sup>14</sup>

Bei einer Vielzahl an identischen Lösungen sei es Aufgabe der Hochschule, den Urheber der Originallösung zu ermitteln. Als Anscheinsbeweis könne dafür gelten, dass derjenige Urheber ist, der im Übrigen die deutlich bessere Leistung erbracht hat.<sup>15</sup> Der Urheber begehe dabei keinen Täuschungsversuch durch das Abschreibenlassen. Für eine Sanktionierung dieser unzulässigen Beeinflussung der Prüfung sei daher eine eigene Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erforderlich.

Der Toilettengang dürfe während der Online-Prüfung nicht untersagt werden, um Täuschungen zu verhindern.

Die Täuschungskontrolle müsse jedoch auch nicht so weit gehen, dass Täuschungen komplett unterbunden

werden. Da Täuschungsversuche auch bei Präsenzprüfungen nicht vollständig unmöglich gemacht werden könnten oder müssten, müsse dies auch bei Online-Prüfungen nicht gewährleistet werden. Die Hochschule müsse nur geeignete Maßnahmen treffen, um Täuschungsmöglichkeiten zu erschweren.

In besonderem Maße könnten bei Online-Prüfungen auch Störungen auftreten. Die Hochschule treffe bei Fehlern im Prüfungsverfahren die Beweislast dafür, dass die Störung nicht in ihrer Verantwortungssphäre lag.<sup>16</sup> Liege der Fehler bei der Hochschule, müsse die Prüfung unterbrochen, die Störung beseitigt und die Prüfung anschließend fortgesetzt werden, wobei ggf. ein Ausgleich für die Störung gewährt werden müsse. Sei Abhilfe nicht oder nicht rechtzeitig möglich, sei die Prüfung abzubrechen und zu wiederholen. Fiktive Leistungen dürften bei Störungen oder Prüfungsverschiebungen nicht bewertet werden.<sup>17</sup>

Gleichzeitig gelte aber für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen.<sup>18</sup> Praktisch zu empfehlen sei den Hochschulen die Durchführung eines Funktionstests mit dem Prüfling sowie klare Vorgaben zu den technischen Voraussetzungen der Online-Prüfung zu machen, um Rügen vorzubeugen. Der Prüfling sei zudem zur Mitwirkung an der Aufklärung des Fehlers verpflichtet.

## II. Datenschutz in Zeiten der Corona-Pandemie

Im nächsten Impulsvortrag setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit den datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.<sup>19</sup>

Gem. Art. 6 Abs. 3 DSGVO sowie aufgrund des mit der Datenverarbeitung einhergehenden Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Prüflings sei für Online-Prüfungen eine Rechtsgrundlage erforderlich und müsse ggf. in der Prüfungsordnung oder im jeweiligen Landeshochschulgesetz geschaffen werden.

14 So sei etwa klarzustellen, dass der Kontakt und Austausch zu Dritten untersagt sei, um eine unzulässige Zusammenarbeit der Studierenden in Chats oder Foren zu unterbinden.

15 VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 21.11.1978 – IX 1112/78.

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

17 So auch VG Karlsruhe, Beschluss v. 6.10.2020 – 11 K 3691/20; VG München, Beschluss v. 30.11.2020 – M27 E 20.4147.

18 Zu diesem Zweck empfohlen die Referenten, eine Bereitschafts-

nummer zur Meldung von technischen Störungen während der Prüfung zur Verfügung zu stellen.

19 *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

Die Datenverarbeitung sei dabei zulässig, wenn ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO i.V.m. dem jeweiligen Landesdatenschutzgesetz vorliege, etwa weil die Hochschule mit der Prüfung eine Rechtspflicht gegenüber den Prüflingen erfülle oder die Datenverarbeitung zur Aufgabenerfüllung der Hochschule erforderlich sei, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c), e) DSGVO. Ist dies der Fall, sei eine Einwilligung des Prüflings gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a), Art. 7 DSGVO nicht mehr erforderlich. Die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO seien zudem rechtssicherer als die Einwilligung, welche freiwillig sein müsse und jederzeit widerruflich sei.

Als nächstes überprüfte der Referent noch einmal in Hinblick auf das aktuelle Pandemiegeschehen, inwieweit die verschiedenen Formen der Online-Prüfung datenschutzrechtlich zulässig sind. Da sich durch die Pandemie für Hausarbeiten nur wenig ändere, könnten diese weiterhin wie gewohnt stattfinden. Auch Take-Home/Open-Book-Ausarbeitungen, welche prüfungsrechtlich eine Hausarbeit darstellen, da sie ohne Aufsicht unter Verfügbarkeit von Hilfsmitteln stattfinden, seien datenschutzrechtlich unproblematisch.

Mündliche Online-Prüfungen per Videokonferenz seien ebenfalls datenschutzrechtskonform, da die Abnahme der Prüfung per Videokonferenz erforderlich sei. Das könne auch für Präsentationen und praktische Übungen gelten. Ohne Wahrnehmung der Mimik und Gestik des Prüflings sei eine mündliche Prüfung nicht durchführbar. Die Aufzeichnung der Prüfung sei jedoch nicht erforderlich und daher unzulässig.

Das verwendete Tool für die Videokonferenz sollte dabei von der Hochschule bestimmt werden. Hochschullehrer sollten schon aus dienstrechtlichen Gründen die Tools verwenden, welche die Hochschule vorgibt. Zwar seien Alleingänge aufgrund der Lehr- und Weisungsfreiheit grundsätzlich gestattet. In diesem Fall seien die Lehrenden jedoch allein für datenschutzrechtliche Verstöße verantwortlich.

Welche Tools datenschutzrechtlich sicher sind, sei auch unter den Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder noch uneinig. Um Rechtsstreitigkeiten mit den Datenschutzaufsichtsbehörden zu vermeiden, sei die Hochschule nur sicher, wenn sie Tools europäischer Anbieter

wähle, bei denen jeglicher Datentransfer in sogenannte unsichere Drittstaaten wie die USA ausgeschlossen ist.<sup>20</sup>

Fernklausuren, also die Anfertigung einer schriftlichen Arbeit unter Videoaufsicht (Proctoring), seien jedoch nicht mit dem Datenschutzrecht konform.<sup>21</sup> Da die Open-Book-Arbeit als schriftliche Arbeit ein milderes Mittel darstelle, seien Klausuren unter Videoaufsicht nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Die Datenverarbeitung bei der Videoüberwachung sei daher nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO erlaubt. Auch eine Einwilligung überwinde dies nicht. Zum einen sei diese jederzeit widerruflich. Andererseits müsse die Einwilligung gem. Art. 7 Abs. 4 DSGVO freiwillig erfolgen. Von einer freiwilligen Entscheidung für die Videoaufsicht könne selbst bei einer Wahlmöglichkeit der Studierenden zwischen einer Präsenzklausur und Fernklausur mit Proctoring nicht ausgegangen werden, wenn die Prüflinge aufgrund der Pandemie Kontakte scheuen. Schließlich sei Videoüberwachung zur Verhinderung von Täuschungsversuchen ungeeignet. Studierende könnten sich unter dem Tisch per Messenger vor laufender Kamera in Gruppen austauschen, oder beim Verlassen des Raumes zu vorgegebenen Toilettenbesuchen. Daran ändere auch nichts, wenn die jeweilige Prüfungsordnung oder der Landesgesetzgeber durch eine Verordnung die Fernklausur unter Videoaufsicht oder sogar den Mitschnitt und die Speicherung der Klausur normiere. Ein Verstoß gegen die höherrangige DSGVO lasse sich daraus nicht legitimieren. Auch in den Bundesländern, in denen eine Verordnung Proctoring gestatte, ließen sich also keine rechtssicheren Fernklausuren durchführen<sup>22</sup>, zumal es im strengen Lockdown schon an der Möglichkeit eines alternativen Präsenztermins fehle.

Schwartzmann plädierte daher weiterhin für Take-Home/Open-Book-Ausarbeitungen, die ohne Aufsicht auskommen. Um Täuschungsversuche zu verhindern, könne eine handschriftliche Abgabe verlangt und nur ein eng begrenzter Zeitraum zur Bearbeitung zur Verfügung gestellt werden. Vorher sei eine kurze Identitätsauthentifizierung per Video möglich.

Zur Organisation der Korrektur empfahl Schwartzmann, die online abgelegten Prüfungen in den Prüfungsämtern oder Fakultäten der Hochschule zu sam-

20 Grund dafür sei das im Juli 2020 ergangene „Schrems II“ Urteil des EuGH, in dem das EU-US-„Privacy Shield“, welches den Transfer personenbezogener Daten aus der EU an US-amerikanische Unternehmen (u.a. Zoom, Microsoft) zu kommerziellen Zwecken ermöglichte, für ungültig erklärt wurde. Laut Rspr. des BVerwG dürfen Datenschutzaufsichtsbehörden dann einschreiten. Schwartzmann sah jedoch ein pauschales Verbot bestimmter Tools ohne konkrete Untersuchungsverfügung als problematisch an.

21 A.A. Hoeren/Fischer/Albrecht, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren.

22 So aber in § 6 BayFEV und § 4 FernprüfDV Hessen vorgesehen und auch im Entwurf des 4. HochschulrechtsänderungG BW geplant. Erst recht unzulässig sei die in diesen Regelungen normierte Aufzeichnung der Fernklausur bei mangelndem Aufsichtspersonal.

meln, die Arbeiten auszudrucken und den Korrektoren zuzusenden. Zwar sei es auch möglich, die Arbeiten digital zu verteilen und zu speichern, jedoch warnte Schwartmann davor, dies ohne ein belastbares Datenschutzrecht durchzuführen. Im Streitfall müsse die Hochschule zudem eine körperliche Prüfungsakte vorlegen. Dies sei bei digital gespeicherten Arbeiten und Korrekturen problematischer und wenig erprobt.

### III. Diskussion

Was das Verhältnis von Datenschutzrecht und Prüfungsrecht angeht, so waren sich Schwartmann und Fischer/Dieterich einig, dass sich ein datenschutzrechtlicher Verstoß meist nicht auf die Prüfung als solche auswirke, sodass kein erheblicher Fehler im Prüfungsverfahren vorliege. Entscheidend sei dabei nach § 46 VwVfG (analog, wenn die Prüfung nicht mit einem Verwaltungsakt endet), ob der datenschutzrechtliche Verstoß das Ergebnis der Prüfung beeinflusst habe. Schwartmann wies darauf hin, dass ein datenschutzrechtlicher Verstoß trotzdem zu einer vermeidbaren Ermittlung der Datenschutzaufsichtsbehörde führen würde und daher ein unnötiges Risiko darstelle. Auch der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch des Prüflings aus Art. 15 Abs. 3, Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO i.V.m. dem jeweiligen Landesdatenschutzgesetz auf Einsicht in Prüfungsunterlagen zeige, dass sich das Datenschutzrecht durchaus auf das Prüfungsrecht auswirken könne.<sup>23</sup>

Uneinigkeit herrschte bei den Referenten bezüglich der Zulässigkeit der Fernklausur, die unter Videoaufsicht angefertigt wird. *Schwartmann* sah die Täuschungsanfälligkeit von Open Book-Arbeiten mit den geeigneten präventiven Maßnahmen als gering an. Datenschutzrechtlich sei die Open-Book-Arbeit zudem ein milderes Mittel zur Fernklausur mit Videoaufsicht, sodass letztere nicht zur Durchführung der Prüfung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO erforderlich sei.

*Fischer* und *Dieterich* sahen die Open-Book-Arbeit jedoch nicht als Ersatz zur Präsenzklausur an, sondern lediglich als Aliud, da aufgrund der Verfügbarkeit von Hilfsmitteln andere Kompetenzen abgefragt würden und die Klausur per Definition eine „Aufsichtsarbeit“ darstelle. Nur die Fernklausur unter Videoaufsicht könne daher eine in der Prüfungsordnung vorgeschriebene Präsenzklausur ersetzen. In manchen Fachrichtungen seien Open-Book-Ausarbeitungen nicht geeignet, um die Kompetenzen zu prüfen, welche mit der Präsenzklausur abgefragt werden sollten.

*Epping* merkte als Präsident der *Leibniz Universität Hannover* an, dass es aus Sicht der Hochschulen insbesondere wichtig sei, den Prüfungsanspruch gegenüber den Studierenden zu erfüllen und den Massenbetrieb zu gewährleisten. Irgendeine Form der Online-Prüfung müsse daher in jedem Fall durchgeführt werden. Eine hundertprozentige datenschutz- und prüfungsrechtliche Rechtssicherheit bestehe dabei jedoch noch nicht, da zu vielen Einzelfragen und insbesondere zu den Rechtsfragen um die Fernklausuren noch keine gerichtlichen Entscheidungen vorliegen, an denen man sich orientieren könne. Bis dahin müssten Prüfungsrecht und Datenschutzrecht so gut wie möglich in Übereinstimmung gebracht werden.

### IV. Resümee und Ausblick

Das aktuelle Infektionsgeschehen legt nahe, dass nicht nur die unmittelbar bevorstehenden Semesterabschlussklausuren, sondern auch das kommende Sommersemester online stattfinden werden. Die Hochschulen sollten daher alle möglichen Maßnahmen treffen, um Online-Prüfungen zu ermöglichen. In manchen Fällen muss dazu zunächst die Prüfungsordnung der Hochschule angepasst werden. Ist die Online-Prüfung konform mit der Prüfungsordnung, muss sie zudem noch in Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht und weiteren prüfungsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt werden. Die Online-Prüfungen bieten dabei in Einzelfragen zu Täuschungen, technischen Störungen und zur Abwicklung der Korrektur andere Schwierigkeiten als Präsenzprüfungen, auf welche die Hochschulen vorbereitet sein sollten.

Mangels Rechtsprechung zu vielen offenen Fragen kann eine hundertprozentige Rechtssicherheit wohl aber aktuell noch nicht gewährleistet werden. Umstritten ist insbesondere noch die Zulässigkeit von Fernklausuren mittels Videoaufsicht.

*Epping* regte daher an, nach Ablauf eines halben Jahres eine Anschlussveranstaltung anzusetzen, weil dann eine Menge Rechtsprechung zu aktuell noch offenen Rechtsfragen zu erwarten sei, was auf große Zustimmung traf.

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

23 So VG Gelsenkirchen, Urteil v. 27.4.2020 - 20 K 6392/18.



## Peter Hanau

### *Goethes rechtswissenschaftliches Studium*

In Leipzig hat *Goethe* das rechtswissenschaftliche Studium nur lässig und lustlos betrieben. Die verehrungsvollen Sekundärliteraten machen dafür nicht ihn selbst verantwortlich, sondern seinen Vater, der ihm schon vorher alles eingepaukt hätte, und die Professoren, über die *Goethe* einmal bemerkt hat: Die jüngeren dächten weniger an die Bedürfnisse ihrer Hörer als an ihren eigenen wissenschaftlichen Fortschritt, so dass sie ihr Wissen auf Kosten der Studenten erwerben, die älteren aber seien oft stationär geworden, überlieferten nur noch fixe Ansichten und vieles, was die Zeit schon als unnützlich und falsch verurteilt habe. Diese Bemerkung von stud. jur. *Goethe* muss heutigen Professoren der Rechte Anlass sein, über ihr eigenes Tun nachzudenken. Freilich liegt es nicht immer nur an den Professoren, wenn die Studenten nicht zurechtkommen, und man wird vermuten dürfen, dass es auch *Goethes* weit gespannte Interessen und Begabungen waren, die ihm anfänglich die Lust an einer intensiven Beschäftigung mit der Juristerei verleiteten. Auch die gemütlichen Abende im Auerbachs Keller, von Vaters großzügiger Zuwendung leicht finanzierbar und Faust bekanntlich nachwirkend, dürften dem Studium nicht immer förderlich gewesen sein.

Das Ganze endete 1768 mit einer Erkrankung *Goethes*, die zu einer fast zweijährigen Unterbrechung des juristischen Studiums führte. Im April 1770 ging es dann an die juristische Fakultät in Straßburg, das damals zu Frankreich gehörte. Trotzdem wurden die Straßburger Abschlüsse im Reich ohne weiteres anerkannt, ein Zustand, von dem das heutige Europa noch weit entfernt ist. *Goethe* hatte es nun eilig und meldete sich schon am 22. September desselben Jahres zur Vorprüfung. Wir dürfen uns *Goethe* allerdings in Straßburg nicht als eifrigen Kollegbesucher vorstellen, denn seine Examensvorbereitung verdankte er vor allem einem Repetitor und einem schriftlichen Repetitorium. Als dieser Repetitor sich in der ersten Unterhaltung mit *Goethe* Einblick in den Stand seines Wissens verschafft hatte, machte er ihm klar: In Frankreich sei die Juristenausbildung weniger aufs Gelehrte als aufs Praktische gerichtet; im Examen werde Kenntnis des positiven geltenden Rechts gefordert; man frage nicht nach Urprung, äußeren und inne-

ren Anlässen der Gesetze oder deren Abänderung durch Zeit, Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch; solche Fragen überlasse man der gelehrten Forschung. *Goethe* nahm sich diesen Rat zu Herzen und war selbst überrascht, wie gut er auf diese Weise vorankam. Mitten in der Examensvorbereitung schrieb er an eine „Seelenfreundin“: „Die Jurisprudenz fängt an mir sehr zu gefallen. So ist's doch mit allem wie mit dem Merseburger Biere, das erste Mal schaudert man, und hat man's eine Woche getrunken, so kann man's nicht mehr lassen“. Die zahlreichen Jurastudenten, die sich heute beim Repetitor auf das Examen vorbereiten, befinden sich also in bester Gesellschaft.

Nach vollbefriedigend bestandener Vorprüfung reichte *Goethe* eine Dissertation ein, da die Promotion damals den regelmäßigen Abschluss des Studiums bildete; Staatsexamen gab es noch nicht. Die wie üblich lateinisch abgefasste Dissertation war kirchenrechtlicher Art und vertrat die These, der Staat habe als Gesetzgeber das Recht, einen Kultus zu bestimmen, nach welchem die Geistlichkeit zu lehren und die Laien sich äußerlich und öffentlich genau zu richten hätten. Im Übrigen solle nicht gefragt werden, was jeder bei sich denke, fühle oder sinne.

Die katholische Fakultät geriet durch diese provozierende staatskirchlich-protestantische These in einige Verlegenheit, aus der sie sich mit Hilfe einer Art kölscher Lösung befreite. Man lehnte die Arbeit ab, pries aber die Selbständigkeit der Leistung und riet zu einer späteren privaten Veröffentlichung. Man forderte auch keine neue Dissertation, sondern erlaubte, „auf Thesen zu disputieren.“ Nun nahm *Goethe* das Verfahren auch nicht mehr so ernst und stellte schnell auf 4 Din-A5 Seiten 56 bunt durcheinander gewürfelte Rechtssätze zusammen, unter denen die These von der Unentbehrlichkeit der Todesstrafe ihn sein Leben lang begleitet hat, selbst an dem Todesurteil gegen ein Gretchen hat er einmal mitgewirkt. In seinem Werk war er freilich milder. Aufgrund dieser 56 Thesen und ihrer Verteidigung wurde *Goethe* nicht zum Dr. jur. promoviert, sondern nur zum Lizenziaten. Er hat sich korrekterweise in seinen Prozessschriften und amtlichen Angaben stets als Lizenziat beider Rechte bezeichnet, wurde aber allgemein als

1 Aus *Peter Hanau*, Fröhliche Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2020, S. 68 ff.

Dr. *Goethe* angesprochen, da dies der gängige Abschluss der juristischen Studien war. Vor einigen Jahren hatte ich die Ehre, die Laudatio für den ersten Ehrendoktor zu halten, den die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena nach der Wiedervereinigung promovierte. Ich forschte deshalb nach früheren Ehrendoktoren und fand, dass *Goethe* 1825 aus Anlass seines 50-jährigen Dienstjubiläums von der Medizinischen und Philosophischen, aber nicht der Juristischen Fakultät der Universität zum Ehrendoktor ernannt worden war, weil man dachte, er sei schon Doktor jur. Das ist bedauerlich,

auch weil ich so dem jüngsten Ehrendoktor der Fakultät nicht bescheinigen konnte, dass er in der Nachfolge *Goethes* stand, was ihn sicher gefreut hätte.

Peter Hanau lehrte bis zu seiner Emeritierung Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität zu Köln.