

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2022

## Aufsätze

*Jürgen Heß* Gefesselt vom Kosmos der Universität. Ein fiktiver Dialog mit Peter-André Alt über sein Buch *Exzellent!?* Zur Lage der deutschen Universität **225-234**

*Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich und Hendrik Büggeln* Befangenheit im Berufungsverfahren **235-254**

*Thomas Gergen* Der fakultative Aufsichtsrat einer zu Forschungszwecken gegründeten GmbH **255-266**

*Frank Wertheimer* Nichtigkeit privatrechtlicher Zusatzverträge verbeamteter Hochschullehrer in der baden-württembergischen Universitätsmedizin? **267-272**

## Urteilsbesprechungen

*Carsten Morgenroth* Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerichtes vom 16. Februar 2022 **273-276**

*Johannes Stalberg* Zum Qualifizierungserfordernis nach  
§ 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu BAG,  
Urteil vom 02.02.2022 - 7 AZR 573/20 **277-280**

### **Berichte**

*Karoline Haake* Gibt es eine angemessene Aufsicht für Wissen-  
schaftseinrichtungen? Bericht über die Tagung  
des Vereins zur Förderung des deutschen und  
internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am  
5./6.5.2022 **281-288**

### **Ausgegraben**

Christian Wolff, Berufung, Rückberufung und  
Ankunft an der Universität Halle **289-290**

Jürgen Heß  
*Gefesselt vom Kosmos der Universität. Ein fiktiver  
Dialog mit Peter-André Alt über sein Buch  
Exzellent!?! Zur Lage der deutschen Universität*

Der Autor Peter-André Alt ist Professor für neuere deutsche Literaturwissenschaft, ehemaliger Präsident der Freien Universität Berlin und derzeitiger Präsident der Hochschulrektorenkonferenz, zusätzlich ausgewiesen auch durch frühere universitäre Leitungsfunktionen als Institutsdirektor und Dekan.

Wer ein in der Wolle gefärbter Hochschulmensch ist, der wird von seinem Buch „Exzellent!?! Zur Lage der deutschen Universität“<sup>1</sup> gefesselt, weil man sich dieser vielschichtigen Ausleuchtung der deutschen universitären Welt in jüngerer Geschichte und Gegenwart ebenso wenig entziehen kann wie den Vorschlägen des Autors für Gestaltungspotentiale der zukünftigen Universität. Das Buch nimmt die Leser mit auf eine große Fahrt und fordert sie praktisch auf jeder Seite heraus, die eigenen Positionen mit denen des Autors abzugleichen, wobei man bei der erkennbaren Redlichkeit des Autors vermuten möchte, dass ihm kritische Reflexionen genauso willkommen sind, wie zustimmende.

Von den vielen Beobachtungen, Erkenntnissen und Vorschlägen ganz abgesehen, ist Peter-André Alt schon stilistisch ein Meisterwerk geglückt. In einer fast atemberaubenden Verdichtung gelingt es ihm auf 264 Seiten den Kosmos der deutschen Universität in ihrer Geschichte seit den 1960-Jahren, in ihrer derzeitigen Verfasstheit und mit einer Einschätzung der zukünftigen Chancen und Risiken zu durchleuchten. Das Buch liest sich auch da elegant und flüssig, wo Alt komplexe Abläufe und Wirkungsmechanismen in hochkomprimierter Darstellung gleichsam diagnostisch ausleuchtet.

Diagnose ist ein weiteres Stichwort, das der Rezensent in diese Vorbemerkung einbringen möchte. Es ist der Blick eines Wissenschaftlers, der gewissermaßen mit tiefenpsychologischer Methode die „Wesenheit“ der Universität in der Form einer klassischen Exploration zuerst in ihrer jüngeren Entwicklungsgeschichte aufblättert, daraus in analytischer Methode einen konzeptionellen, organisatorischen, aber vor allem auch mentalen Befund ableitet und im dritten Teil dem untersuchten Wesen Universität Vorschläge für eine erfolgreiche Entwicklung auf den Weg gibt, wobei die Potentiale, die

schon vorhanden sind, besser ausgeschöpft werden sollten.

Für die eiligen Leser, die den nachfolgenden fiktiven Dialog für entbehrlich halten, sei hier der Versuch gemacht, einen thematischen Überblick über das Werk von Peter-André Alt zu skizzieren.

Das Buch spannt in seinem ersten Teil den großen Bogen des permanenten Reformgeschehens ausgehend von der Ordinarienuniversität der frühen Nachkriegsjahre über den universitären Infarkt der 68-Jahre hin zur Gremienuniversität und von dort aus zu den verschiedenen Ausprägungen der Neoliberalen Universität.

In die Liste der großen Themen dieser Umbrüche, bei dem im Dom der Weisheit – überspitzt gesagt – kein Stein mehr auf dem anderen blieb, gehört der mentale und organisatorische Strukturwandel, bei dem die ursprünglich fast unbeschränkte Hoheit der Ordinarien durch die Veränderung der Gewichte innerhalb der Statusgruppen und später in mehreren weiteren Schritten durch die Umsetzung einer neueren Steuerungsphilosophie und durch die Einführung neuer Leitungsstrukturen abgelöst wurde. Während der Umbruch von der Ordinarienuniversität zur Gremienuniversität stark von einer von außen kommenden ideologisch-zeitgeistlichen Einwirkung geprägt war und im wissenschaftlichen Sinn keinen erfolgreichen Reformprozess darstellt, greifen die Vielzahl der Reformschritte der von Alt so bezeichneten Neoliberalen Universität tief in die Frage der Wissenschaftsadäquanz ein. Im Mittelpunkt steht die vielfach umstrittene Frage, wie die Antinomie von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Sinne einer effizienten und innovativen Wissenschaft zu lösen ist. Alt breitet das gesamte Spielfeld des „New Public Managements“ aus, wobei er die wichtigen Instrumente der neuen Steuerung, u.a. Kennzahlen, Evaluation, Drittmittelbelohnung, Zielvereinbarungen usw. in durchaus dialektischer Form begutachtet, also Vorzüge und Risiken benennt. Die Drittmittelthematik verknüpft Alt mit der Situation des wissenschaftlichen Nachwuchses, der häufig auf befristeten Drittmittelstellen arbeitet. Insgesamt räumt Alt in seinem Buch der schwierigen Situation des wissen-

1 C.H.Beck, München 2021, 297 Seiten.

schaftlichen Nachwuchses im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsinnovation und der mit befristeten Stellen verbundenen Existenzsorgen einen breiten Raum ein und votiert für eine Reduktion der befristeten zugunsten von unbefristeten Stellen. Im Ergebnis sieht Alt die wettbewerbliche Ausgestaltung der Neoliberalen Universität als wichtig und überwiegend richtig an, weist aber auch in seiner durchgängig abwägenden Form auf die Nachteile und Risiken der neuen Steuerungsinstrumente hin.

In diese Übersicht ist die von Alt als zentral erachtete Frage aufzunehmen, was von der Humboldtschen Universitätsidee noch übrig ist bzw. welche Elemente dieser Idee heute erneut fruchtbar gemacht werden können. Im dritten Teil unterbreitet Alt dazu Gestaltungsvorschläge, wobei er unterschiedliche Perspektiven wie etwa den Blick auf die Fachhochschulen und einen Vergleich mit den US-amerikanischen und englischen Eliteuniversitäten darstellt. Unter dem Begriff „Multiversität“ spricht Alt ein starkes Plädoyer für das Format der Vielfalt durch die Kraft unterschiedlicher Denkhaltungen aus, etwa durch Erreichen einer Balance unterschiedlicher Interessen und das Produktivmachen von Gegensätzen.

Um nicht – bei herkömmlichen Rezensionen fast unvermeidlich – an der Oberfläche zu bleiben wählt der Rezensent den Weg eines fiktiven Dialogs. Dieser soll über Zustimmung und Kritik hinaus zusätzlich Perspektiven zur Diskussion stellen und in einigen Fällen Lücken schließen.

Wenn ich, sehr geehrter Herr Alt – quasi in klassisch-platonischer Tradition – die Form eines fiktiven Dialogs wähle, so möge darin zum Ausdruck kommen, dass Ihr Buch, vermutlich von Ihnen so gewollt, praktisch an jeder Stelle zum gedanklichen Disput auffordert.

Ich folge gerne dem Pfad Ihrer Darstellung, möchte aber auf einige wesentliche Gesichtspunkte hinweisen, die ich in Ihrem Buch nicht oder nicht hinreichend deutlich gefunden habe. Vielleicht lässt sich durch diesen Dialog ja auch ein gewisser Mehrwert generieren.

Zu einem Dialog gehört, dass sich der nicht bekannte Dialogpartner vorstellt. Dies geschieht hier ausschließlich zu dem Zweck, dass die wechselseitigen Beobachtungsperspektiven vergleichbar gemacht werden. Meine Aussichtsplattform (etwas tiefer als Ihre) ist die eines Zeitzeugen der Hochschulentwicklung in unterschiedlichen Funktionen. Mein persönlicher Beobachtungszeitraum umfasst ähnlich wie Ihrer ein halbes Jahrhundert. In der ersten Phase meines 1964 beginnenden Jurastudiums war ich studentisches Mitglied im akademischen Senat der Universität Tübingen und habe die damalige dramatische Veränderung der universitären

Welt hautnah erlebt. Das galt auch für die sich daran anschließende Zeit als Assistent. Über Stationen im Bank- und Justizbereich war ich seit 1981 praktisch durchgängig im Hochschulbereich tätig u.a. Kanzler einer kleinen Neugründung und danach einer großen und alten Universität und zuletzt in einer kürzeren Phase als Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz. Nach der Beendigung meiner hauptamtlichen Funktionen widmete ich mich der Etablierung des Wissenschaftsmanagements als akademisches Fach an unterschiedlichen Orten.

Wie Sie sehen haben wir viele parallele – wenn auch etwas zeitverschobene – universitäre Erfahrungen, wobei ich mich mit meinen Diskussionspunkten auf den Zeitraum bis ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts beziehe. Die von mir hier zur Diskussion gestellten Themenfelder folgen weitgehend, aber nicht immer, der Gliederung Ihres Buches.

(1.) Meine erste Überlegung wird Sie nicht überraschen. Der Titel „Exzellent!?“ ist offenkundig eine ironische Zuspitzung. Der Begriff verbunden mit den Satzzeichen ist natürlich genial gewählt, um gebührende Aufmerksamkeit zu erzeugen, zumal der Begriff der Exzellenzinitiative ja zumindest im universitären Bereich in aller Munde ist. Da Ihr Buch aber alle deutschen Universitäten in den Blick nimmt, die ja bekanntlich sehr verschieden sind, galt die frühere – teilweise gesetzlich verankerte – Fiktion, dass alle gleich gut sind, noch nie. Auf einer Skala unterschiedlicher Qualitäten kann die äußerste Steigerung „exzellent“, wenn überhaupt, nur für einige wenige in Betracht kommen. Daher kann man als Feststellung den Begriff exzellent auf alle deutschen Universitäten bezogen schon aus logischen Gründen so nicht stehen lassen. Das gilt sicher noch mehr für die Ausrufezeichen-/Frageform. Ich erwähne das auch deshalb, weil der Versuch der Bundesregierung durch die Exzellenzinitiative einige Universitäten an die Spitzenuniversitäten in USA und England näher heranzuführen, bei vielen Professorinnen und Professoren höchst unterschiedlich, vielfach sehr kritisch beurteilt wird. Losgelöst von dieser Einschränkung ist die Überschrift sicher geeignet, neugierige Leser anzuziehen. Eine gewisse ironische Provokation darf sein.

(2.) Sie entwickeln den Ausgangspunkt des Reformgeschehens völlig zu Recht mit einer ausführlichen Würdigung der überaus wichtigen Studien von Schelsky (1963), Picht (1964) und Dahrendorf (1965), die mit unterschiedlicher Akzentsetzung gravierende Mängel im Bildungsbereich allgemein und im universitären Bereich im Besonderen identifiziert haben. Freilich sind aus mei-

ner Sicht mit deren Argumenten die schwerwiegenden Defizite (ich vermeide das Picht'sche Wort Katastrophe) der Ordinarienuniversität nur unzureichend beschrieben. Ich muss an dieser Stelle meine eigene Verklärung getragen von der Bewunderung hervorragender professoraler Lehrer, von deren Wissen ich heute noch zehre, ausblenden, weil diese Verklärung den Blick dafür verstellt, dass die Stellung und mehr noch die Mentalität der Professoren (Professorinnen habe ich selbst damals nicht erlebt) in nicht unerheblicher Weise dazu beigetragen haben, dass die gut begründeten Reformvorschläge von der Politik und den Universitäten nicht hinreichend ernst genommen und auf gewisse Weise von dem Chaos der 68er-Bewegung überrollt wurden.

Die Ordinarienuniversität war in zweifacher Hinsicht irgendwie aus der damaligen Zeit gefallen oder besser gesagt, nicht in die Nachkriegsgegenwart, bei der es auch um den Aufbau eines neuen Gesellschaftsbildes ging, hineingewachsen.

Sie hatte auf gewisse Weise eine aristokratische Prägung. Die Ordinarien verstanden sich als Herrscher ihrer Korporation Universität, verteidigten mit großem Einsatz ihre Erbhöfe, akzeptierten keine übergeordnete Instanz und hatten zumindest im geistes- und sozialwissenschaftlichen Bereich nur geringe Neigung zu wissenschaftlicher Kooperation mit Kollegen, um etwa gemeinsame Projekte auf den Weg zu bringen. Insbesondere interpretierten sie das Grundrecht auf wissenschaftliche Freiheit sehr individuell und höchst unterschiedlich entsprechend ihrem ganz persönlichen Lebensplan. Die von mir erwähnten hochgeschätzten Professoren engagierten sich in der Lehre, andere setzten allein auf die eine hohe Reputation gewährleistende Forschung und weniger auf die Lehre. Stellvertretend dafür erwähne ich einen Professor, dessen überragende Gelehrtheit ich erst später erkannte, der aber bei seinen Vorlesungen innerhalb von drei Vorlesungsterminen das zunächst randvolle Audimax bis auf drei verbleibende Studierende leerte und mit dem kleinen Kreis dann statt Vorlesung zu halten ins nahe gelegene Café ging. Warum erwähne ich das? Es gab keine Instanz oder Aufsicht, die bereit war Fälle von offenkundig fehlerhafter Amtsausübung zu rügen bzw. Mängel zu beheben. Bei einem feudalistischen Chorgeist ist eine Intervention von höherer Stelle schlicht nicht vorgesehen. Es hat den Kreis der Gelehrten im meinem Fach offenbar auch nicht gestört, dass der Großteil der Jura-Studierenden mit einem recht hohen finanziellen Aufwand sich beim Repetitor das Wissen holte, das die Fakultät hätte vermitteln sollen. Zudem lag der Anteil der Studienanfänger, der nach Ablegung der beiden Staatsexamina für juristische Berufe qualifiziert war, bei ca. 20% – 25%. In anderen geisteswis-

enschaftlichen Fächern war die Abbrecherquote noch höher. Kein Unternehmen der Welt wäre lebensfähig, wenn nur ein Viertel des Produktionsprozesses letztlich marktfähig ist. Diese bizarre Situation hat aber offenbar niemanden gestört, weder die Universität noch die Politik. Die Universitäten waren ähnlich wie (bis in die jüngste Vergangenheit) die Kirchen praktisch unantastbar.

Ein zweiter Punkt gehört zu einer rückblickenden Bewertung der Ordinarienuniversität dazu. Sie hat offenbar in einer in der Vorkriegszeit petrifizierten Form den politischen Untergang und den – zumindest äußeren – gesellschaftlichen Wandel gewissermaßen untertunnelt und zunächst ohne Selbstreflexion keinen grundlegenden Änderungsbedarf gesehen. Was die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit angeht, so muss man fächerübergreifend sicher zu differenzierenden Beurteilungen kommen. Viele hochengagierte Gelehrte haben sich in vorbildlicher Weise um den Aufbau der demokratischen Gesellschaft verdient gemacht. Freilich ist bedrückend, dass – nicht nur aber vor allem in der Jurisprudenz – zahlreiche hochangesehene Professoren im Zuge des politischen Zusammenbruchs schlichtweg einen Gedächtnisinfarkt erlitten und sich nicht mehr an ihr völlig anderes Wissenschaftsverständnis in ihren Publikationen vor 1945 erinnern konnten. Der Geist der früheren Zeit wehte in subtiler Form bis weit in die 60-er Jahre hinein. Das ist natürlich auch den Studierenden nicht ganz verborgen geblieben. Als Beispiel nenne ich hier nur die Äußerung eines Professors, der in den Hörsaal schauend eine zahlenmäßige Minderheit von jungen Frauen sah und meinte, er bedaure, dass nun Frauen den Männern ihre zukünftigen Arbeitsplätze nehmen. Schwerer als ein solches Beispiel wiegt die Tatsache, dass der Dom der Weisheit diesen unerfreulichen Teil seiner Geschichte nie aufgearbeitet, sondern in den Bereich des kollektiven Vergessens verdrängt hat. Dies war sicher nicht die einzige aber doch eine nicht ganz unerhebliche Ursache dafür, dass sich die 68-er-Tsunamiwelle aufbauen konnte.

(3.) Den Untergang der Ordinarienuniversität im Exzess des 68er-Sturms und den Weg in die Verelendung in Gestalt der Gremienuniversität kann man nicht besser beschreiben als Sie das getan haben. Wenn man hier das Wort Reform verwendet, so allenfalls im Sinne der Kernidee der Nibelungen-Sage, wonach man erst eine alte Welt zerstören muss, um später eine neue aufzubauen. Das ist für diejenigen, zu denen ich gehörte, kein Trost, die erleben mussten, dass viele Lehrveranstaltungen mit massiver Gewalt auch körperlicher Art gesprengt wurden. Die ehemals stolze akademische Elite setzte der Randale, die gesellschaftspolitisch motiviert und auch von außen befeuert war, wenig Widerstand entgegen.

Das hätte sie ohne polizeiliche Hilfe (die meist von der Universitätsleitung abgelehnt wurde) wohl auch nicht können. Der Dom der Weisheit wurde zu einem würdlosen Tollhaus und Ihre Kritik, sehr geehrter Herr Alt, an den Protagonisten dieser ‚Bewegung‘, die offenbar von einigen Rezensenten als völlig überzogen angesehen wird, geht völlig in Ordnung. Freilich schließt Ihre berechtigte und deutliche Kritik nicht aus, dass man Ursachen identifizieren muss, die es brauchte, um eine solche Eruption zu bewirken. Von dem aristokratischen Gestus vieler Gelehrter war schon die Rede, auch von einer nicht aufgearbeiteten Vergangenheit. Als zusätzliche Ursache möchte ich die These anbieten, dass ein großer Teil der Professorenschaft nicht über seine Verantwortung und nicht über seinen Standort in der Gesellschaft und über seine Beziehung zur Außenwelt reflektiert hat. Er hat verkannt, dass das wissenschaftliche Arbeiten zwar immer frei von politischen Einflüssen sein muss, dass aber die Universität als Institution Teil der Gesellschaft und damit auch Teil eines gesamtpolitischen Raumes ist. Das abgegrenzte Eigenleben (Elfenbeinturm!) ist der Universität in den ‚68-Jahren‘ auf die Füße gefallen, ähnlich wie das heute in gewisser Weise auch der Kirche geschieht (viele Universitäten haben danach aus dieser Erfahrung gelernt und zahlreiche Brücken vom Campus in die Gesellschaft geschlagen).

Von der Lähmung durch den 68er-Schock in die häufig fruchtlosen Debattenorgien der Gremienuniversität war es kein weiter Weg. Auch hier tut man sich schwer von einer Reform zu sprechen. Ganz sicher war es für das wissenschaftliche Wirken keine erfolgreiche Reform. Man kann der Gremienuniversität allenfalls insofern etwas Positives abgewinnen, als in einem zähen und stufenweisen Prozess (mit gerichtlicher Hilfe) am Ende eine gewisse Balance der Statusgruppen erreicht wurde.

(4.) Mit dem weiteren Verlauf Ihrer Darstellung der Reformgeschichte habe ich gewisse Probleme, nicht was Ihre im Kern positive Bewertung der Entwicklung angeht, sondern in Bezug auf Zusammenhänge, die zu einem neuen Universitätstypus geführt haben. Sie beschreiben ihn mit dem Begriff ‚Neoliberale Universität‘. Ich finde die Veränderung der Beziehung der staatlichen Seite zur Universität nicht ausreichend beleuchtet (dazu unten Ziff. 5), auch sehe ich den Begriff ‚Neoliberale Universität‘ als problematisch an (dazu unten Ziff. 6) und vermisse einzelne Bausteine der neuen Universitätswelt, die ich für wichtig halte (dazu unten Ziff. 7), auch solche, die nach einem kurzfristigen Dasein gescheitert sind (dazu unten Ziff. 12).

(5.) Ihre im Übrigen glänzende Beschreibung der großen Herausforderungen, die mit der Umgestaltung

bzw. Neugründung von Universitäten in der ehemaligen DDR nach der Wende verbunden waren, erweckt den Eindruck, dass es bei dem Reformgeschehen der Universitäten im Westen bis in die 90-er Jahre hinein einen Stillstand gab und die Konfrontation mit dem Neuerungsbedarf im Osten die entscheidende Schubkraft für eine Reform der Universitäten im Westen auslöste. Das kann ich zumindest aus südwestdeutscher Sicht nicht so stehen lassen. Freilich muss ich dazu mit Blick auf das Steuerungssystem der Universität eine Ebene einziehen, die ich offen gestanden als Ausgangspunkt des danach folgenden Reformenbündels in Ihrer Darstellung nicht behandelt sehe, nämlich die schrittweise und am Ende weitreichende Reduktion des staatlichen Einwirkungspotentials. Für mich stehen alle neuen Steuerungsinstrumente und Leitungsstrukturen unter der großen Überschrift: Der Rückzug des Staates aus der Steuerung der Universität. Zumindest im Lande Baden-Württemberg, das damals in dieser Frage eine Vorreiterrolle einnahm, gab es seit Beginn der 80-er Jahre ein zähes Ringen um eine Verlagerung der Steuerungskompetenz von der staatlichen Ebene auf die Ebene der Universität. Das haben natürlich die Administratoren und vor allem die Kanzlerinnen und Kanzler viel stärker gespürt als die Wissenschaft. Um das zu erläutern muss ich historisch etwas ausholen. Die deutsche Universität hat seit den berühmten Reformen am Anfang des 19. Jahrhunderts einen Sonderweg in der universitären Verfasstheit beschritten, nämlich das Konstrukt der sogenannten janusköpfigen Universität. Verkürzt bedeutet dieser Begriff, dass die Universität die Hoheit über die wissenschaftlichen Angelegenheiten und der Staat die Aufsicht in allen administrativen Fragen hat. Zur Zeit der Einrichtung dieser Struktur war das ein Befreiungsschlag für die Wissenschaft, in meiner Amtszeit als Universitätskanzler habe ich die Kehrseite des Modells erfahren. Die Idee, dass Wissenschaft von Administration, also insbesondere von finanziellen Ressourcen, getrennt werden kann, ist unhaltbar. Fast alle wissenschaftlichen Entscheidungen (besonders im Berufungsbereich) hängen in hohem Maße von der Verfügbarkeit von Ressourcen ab. Die Aufstellung des Haushaltsplans, der zweckgebundene Geldtöpfchen und funktionsbestimmte Planstellen auswies, war der mächtige Hebel des Staates. Kleinteilige bürokratische Regeln engten die beschränkten Spielräume noch weiter ein. Andere Felder staatlicher Einwirkung (z.B. Eingriffe in das Berufungsverfahren durch Veränderung der Berufsungsliste) lasse ich hier weg, da eine entsprechende Vertiefung hier nicht geleistet werden kann.

In anfangs zähen, später zunehmend kooperativen Gesprächen mit der ministeriellen Seite haben die Universitäten Schritt für Schritt ihre Haushalte flexibilisieren können, sich zunehmend einem Globalhaushalt nähernd. Jeder einzelne Schritt war eine Kompetenzverlagerung und damit ein Reformschritt im Sinne einer größeren Handlungsfreiheit der Universität. Ab einem bestimmten Zeitpunkt wurde die vom Staat eingeräumte „Beinfreiheit“ mit Zielvereinbarungen verbunden, die dann nochmal unter der Gruppe der neuen Steuerungsinstrumente zu diskutieren sind.

Es kann also festgehalten werden, dass ab den 80-er Jahren ein (nicht nur) aber hauptsächlich finanzbezogenes substantielles Reformgeschehen (länderunterschiedlich) stattfand, welches die Grundlage und die Voraussetzung für die spätere Einführung von Formen des ‚New Public Managements‘ bildete. Ich sehe in dem Rückzug des Staates den alles andere überragenden Strukturwandel der sogenannten permanenten Reform mit ihren zahlreichen ausdifferenzierten Reformmodulen.

(6.) Sie befassen sich unter der Überschrift „Neoliberale Universität“ mit den vielschichtigen Veränderungen der gesamten universitätsbezogenen Steuerungsphilosophie, die ganz unterschiedliche Elemente sowohl im Hinblick auf Ressourcenzuteilung als auch bezogen auf die Veränderung der Leitungsstrukturen umfasst. Nun mag es sein, dass dieser Begriff nach meiner aktiven Zeit sich als Typusbezeichnung verfestigt und etabliert hat (vergleichbar mit dem Begriff Humboldt’sche Universitätsidee). Aus leidvoller Erfahrung halte ich diesen Begriff für ungeeignet, in gewisser Weise auch für schädlich. Zum einen hat der Begriff eine gewisse politische Konnotation, die der wissenschaftlichen Organisation fremd ist. Den zweiten Grund will ich an folgendem persönlichen Beispiel verdeutlichen. Ich habe in einem frühen Stadium der neuen Steuerungselemente einen Aufsatz verfasst, der ganz in Ihrem Sinne den Wandel in eine neue Steuerungsidee begrüßt und verteidigt, ohne die Risiken zu übersehen. Der Aufsatz hat, soweit ich diesen meinem Umfeld vorab geschickt habe, überwiegend Empörung ausgelöst und eine Fachzeitschrift hat ihn abgelehnt (er wurde dann ‚nur‘ im Zusammenhang mit einem Symposium gedruckt). Nicht die Ablehnung schmerzte mich, sondern vielmehr die Tatsache, dass ich (auch bei weiteren Vorträgen) ein ‚Branding‘ als Ökonomisierer dauerhaft ertragen musste. Dabei sprach ich nie von einem ökonomischen Markt, dem sich die Wissenschaft stellen müsse, allerdings durchaus von Wettbewerb mit marktsimulierenden Elementen. Es ist mir im

Umkreis der gelehrten Häupter nicht gelungen zu vermitteln, dass Finanzen zwar immer eine Rolle spielen, die Steuerung selbst aber keine Marktwirtschaft im klassischen Sinn darstellt. Der in den angelsächsischen Ländern schon lange akzeptierte Wettbewerb sollte natürlich aus meiner Sicht nicht fiskalisch, sondern natürlich wissenschaftlich ausgerichtet sein. Der Begriff ‚Neoliberale Universität‘ drückt die Universität in eine quasi ökonomistische Ecke (siehe zahlreiche Kommentierung im Internet), wo sie nicht hingehört. Ich habe daher stets von der wettbewerblichen Universität gesprochen, wobei es einen inneren und einen äußeren Wettbewerb gibt.

(7.) Ihre überzeugende und hochkomprimierte Gesamtdarstellung des neoliberalen Ansatzes verdient insgesamt uneingeschränkte Anerkennung, egal wie man zu den einzelnen Steuerungselementen steht. Sie haben recht, dass jedes einzelne Modul dieser Steuerungswelt, die Ihren Ausgangspunkt ja in der Entwicklung des New Public Managements hatte, neben dem Gewinn von Leistungstransparenz auch unvermeidliche Nachteile hat. Bei Veröffentlichungszahlen hat man das Problem der Zitierkartelle, bei Studienabschluss-Erfolgswahlen besteht die Gefahr der Qualitätssenkung im Interesse einer hohen Absolventenzahl, bei internen Evaluationen kann das Kollegialitätsprinzip und bei externen Evaluationen können Konkurrenzeffekte eine Rolle spielen. Auch bei Zielvereinbarungen können Strategien Platz greifen, die weniger der wissenschaftlichen Qualität als dem Grad der Zielnäherung geschuldet sind. Sie weisen in Ihrer dialektischen Methode natürlich zu Recht auf diese Risiken hin. Aber ernsthaft, solche Risiken dürfen doch nicht den Blick dafür verstellen, dass das frühere Gießkannenprinzip und die Erbhofmentalität nun wirklich keine wissenschaftliche Ratio hatten. Gewiss, einen qualitätsbasierten Wettbewerb gab es auch in der ‚alten‘ Universität durch die Fördermaßnahmen der DFG. Aber die Neigung sich einem aufwändigen Antragsverfahren zu unterwerfen, war innerhalb der Fächer sehr unterschiedlich. Wer gesicherte Besitzstände hatte, konnte sich dem Schaulaufen entziehen. Wenn ich irgendetwas bei Ihrer antinomistisch angelegten Aufblätterung der Steuerungsinstrumente vermisste, dann allenfalls die Überlegung, wie man in einem iterativen Prozess die aufgezeigten Risiken minimieren kann. Jedenfalls muss in diesem Punkt noch viel Denkarbeit investiert werden.

(8.) In Ihrer trotz inhaltlicher Verdichtung sehr anschaulichen Skizze der Bewertung und Belohnung wissenschaftlicher Effizienz vermisste ich eine breitere Darstellung und Kommentierung der Reform der Besol-

dungsordnung für Professorinnen und Professoren; also den Übergang von der C- in die W-Besoldung. Obwohl diese Reform bei weitem nicht eine so tiefgreifende Veränderung gebracht hat wie etwa die Themenfelder Evaluation, Akkreditierung und leistungsbezogene Mittelverteilung, war die Empörung bei großen Teilen der betroffenen Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen ganz außergewöhnlich. Ich habe die Aufregung nie ganz verstanden. Das offizielle Widerstandsnarrativ war eine vermutete Einsparaktion. Es war aber tatsächlich eher die Sorge, dass der Rest des Kollegialitätsprinzips völlig abschmilzt („wir sind doch alle gleich“). Im Grunde war es schon lange unhaltbar, dass an den starren Besoldungsgruppen festgehalten wurde, losgelöst davon, ob eine Professorin oder ein Professor das Amt im Stile der Selbstausschöpfung bis ans Limit wahrnahm oder sich eher der Einsicht verschrieb, dass das Leben neben der Wissenschaft noch andere reizvolle Seiten (ggf. auch Nebentätigkeiten) zu bieten hat. Wenigstens ein Stück weit musste die Besoldung auch besondere Leistungen oder auch die Wahrnehmung von Leitungsfunktionen in der Selbstverwaltung belohnen. Und das System, dass Bezüge nur durch auswärtige Berufungen und sich daran anschließende Bleibeverhandlungen verbessert werden können, trägt der Tatsache nicht Rechnung, dass Professorinnen und Professoren an ihren Universitäten herausragende Leistungen zeigen und darüber hinaus sich in Selbstverwaltungsaufgaben engagieren und auch keine Neigung haben, die Universität zu verlassen. Diese Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler konnten in der alten C-Besoldungsordnung nicht mit höheren Bezügen belohnt werden. Last but not least war ein deutlich breiterer Besoldungsrahmen auch notwendig, um Spitzenkräfte aus dem Ausland zu gewinnen bzw. zurück zu holen. Auch hier kann man die wettbewerbliche Note der neuen Universität erkennen.

(9.) Vor dem hier von mir nachfolgend angesprochenen, in engem Zusammenhang mit der neuen Steuerungsphilosophie stehenden Thema, möchte ich betonen, dass Ihre sensible Herausarbeitung der „Führungsparadoxien“ brillant ist und Pflichtlektüre für alle ins Amt kommenden Führungspersonal sein sollte. Ihr Fokus ist auf die universitären Führungsämter gerichtet. Nun hat meine Behauptung im gesamten Reformgeschehen sei kein Stein auf dem anderen geblieben, eine zusätzliche Bestätigung durch die Schaffung eines Hochschul- oder Universitätsrats gefunden, der offenkundig dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nachempfunden ist. Er wird von Ihnen in unterschiedlichen Kontexten erwähnt. Wichtig wäre aber jetzt nach

ca. 2 Jahrzehnten eine Bilanz zu ziehen, ob diese zusätzliche Führungsebene den erwünschten strategischen und innovativen Erfolg gebracht hat. Welche Erfahrungen haben Sie gemacht und welche sind Ihnen berichtet worden? Der Grundgedanke einer Kompensation des von mir angesprochenen Rückzugs des Staates liegt nahe. Der Hochschulrat, der in den meisten Fällen hälftig aus externen Persönlichkeiten (Führungspersonal aus der Wirtschaft, der Gesellschaft und der staatlichen Seite) besetzt ist (in wenigen Fällen nur außeruniversitäre Mitglieder), sollte zum einen Expertise aus der 'Außenwelt' einbringen, welche die möglicherweise verengte akademische Perspektive ergänzt oder gar aufbricht (umgangssprachlich würde man vielleicht von der Überwindung universitärer Betriebsblindheit sprechen). Zum anderen sollte dieses Gremium die staatliche Aufsicht zu einem wesentlichen Teil ersetzen. Sind diese vernünftigen Zwecke erreicht worden oder ist im Gegenteil zusätzliches Konfliktpotential mit Reibungsverlusten entstanden? Ich hatte immer Mühe, mir die Zweckmäßigkeit dieses Konstrukts vorzustellen. Nach meiner beruflichen Erfahrung ist man mit der Führungsfunktion in der eigenen Institution so stark ausgelastet, dass für die Einarbeitung in das innere Geschehen einer Universität die nötige Zeit fehlt. Dies gilt ganz besonders, wenn man Erfahrungen aus der Spitze eines Unternehmens in die so völlig andere Wirkungswelt der Universität einbringen will. Und schließlich müsste auch noch die Frage beleuchtet werden, ob der Staat sich wirklich auch vollständig zurückgezogen hat oder ob er sich in wichtigen Fragen noch Eingriffe vorbehält.

Hier mache ich eine Zäsur um die Geduld der Leser dieses fiktiven Dialogs nicht zu überstrapazieren. Da die Liste weiterer lohnender Diskussionspunkte noch groß ist, bleibt mir nichts anderes übrig als die wichtigsten davon herauszugreifen und sie im Staccato-Format anzusprechen.

(10.) Sie plädieren dafür, einen gewissen Anteil der befristeten Nachwuchsstellen zu entfristen. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge und der Existenzsicherung sehr verständlich. Dann muss allerdings ein Mechanismus gefunden werden, der die latente Gefahr eines Innovationsverlustes für die Hochschulen minimiert. Ich habe durchgängig die Erfahrung gemacht, dass Dauerstellen, die keine fakultätsbezogenen Funktionsstellen, sondern einer Professur zugeordnet waren, bei einer Neubesetzung der Professur häufig größte Schwierigkeiten verursacht haben, weil die oder der ‚Neue‘ geltend machten, eine ganz andere Richtung einzuschlagen und deshalb eine weitere freie zugeordnete



Stelle beanspruchte. Das zumeist herbe Schicksal der auf diese Weise abgehängten Nachwuchspersönlichkeiten ist Ihnen bekannt. Hier muss dann eine von den zuständigen Gremien der Universität verantwortete Nachwuchsplanung Platz greifen, die akademische Abschiebebahnhöfe vermeidet.

(11.) Zustimmungswürdig finde ich Ihre Ausführungen zur Mission der Fachhochschulen. Freilich hätte ich den Blick auf die Fachhochschulen in Ihrem Buch viel früher erwartet, nämlich im ersten Teil, wo es grob gesagt um die von Ihnen beschriebene Verelendung der Universität ging, die nicht nur, aber zu einem erheblichen Teil, an dem riesigen Zuwachs an Studierenden lag, die bei einem miserablen Betreuungsverhältnis nicht annähernd richtig geführt werden konnten. Ich hatte in den 80-er Jahren den Slogan auf der Zunge, wer die Universitäten liebt, baut die Fachhochschulen aus.

Die damals unsägliche Antinomie im Verständnis der Aufgaben der Universitäten und der Fachhochschulen hat die Umsetzung dieses Gedankens nicht ganz, aber zu einem großen Teil verhindert. Ich erinnere mich an ein Symposium Anfang der 80-er Jahre mit dem Titel „Große Universitäten – kleine Universitäten“. Bei diesem waren die meisten Rektoren bzw. Präsidenten der großen deutschen Universitäten anwesend und – ich traute meinen Ohren nicht – verkündeten frohen Mutes, ihre Größe sei kein Problem, sie könnten durchaus noch größer werden. Damals gab es an den Universitäten Studierende in der Größenordnung von ca. 1 Million (heute sind es wohl bereits rund 1,7 Millionen). Aber damals wie heute war klar, dass die Mehrzahl der Studierenden keinen Beruf mit höchster wissenschaftlich-theoretischer Ausrichtung haben wollte, sondern einen Beruf, bei dem ein bestimmtes Maß an wissenschaftlicher Ausbildung für die Ausübung eines anwendungsbezogenen anspruchsvollen Berufs im Vordergrund steht. Im Grunde genommen hätten im tertiären Sektor die Fachhochschulen den größeren Teil der Studierenden ausbilden müssen. Natürlich war damals die Kapazität der Fachhochschulen nicht annähernd dafür ausgelegt. Fazit: Nicht nur die Politik, sondern auch die Universitäten tragen Schuld an vielen schief gelaufenen Studien – und Lebensbiografien.

(12.) Verfolgt man den Begriff ‚Permanente Reform‘ über die gesamte Wegstrecke der universitären Nachkriegsgeschichte, sollte auch ein ganz wesentlicher, letztlich aber gescheiterter Reformversuch Erwähnung finden, nämlich die Erhebung von Studiengebühren. Sie wurden in einigen Bundesländern für eine bestimmte

Zeit eingeführt, inzwischen aber wieder abgeschafft. Auch auf der Diskussionsagenda sind sie verschwunden. Sie streifen das Thema nur kurz und lassen erkennen, dass Sie Studiengebühren ablehnen. Das ist der einzige Punkt, wo ich völlig anderer Meinung bin. Die Gebührenfreiheit ist weltweit gesehen ein deutscher Sonderweg, von einer ehemaligen Bundeswissenschaftsministerin als große deutsche soziale Errungenschaft bezeichnet. Nun hätte die Bevölkerung in einer Zeit, in der unzählige Milliarden für diverse Krisen zusätzlich ausgegeben werde, wenig Verständnis, wenn man jetzt auch noch über Studiengebühren sprechen würde. Aus meiner Sicht hat Deutschland und haben die deutschen Universitäten zu Beginn des jetzigen Jahrhunderts eine große Chance vertan, die universitäre Finanzierung zumindest in einem verhältnismäßig kleinen Teil zu stabilisieren. Man muss kein Wahrsager sein um zu vermuten, dass der Staat in einer mittleren Zukunft um Einsparungen nicht herunkommt, wenn der große Schuldenberg nicht völlig auf die nachfolgenden Generationen umgewälzt werden soll.

Hier nur stichwortartig einige Gründe für Studiengebühren:

1. Studiengebühren sind sozial, weil diejenigen, die später von einem höherwertigen Arbeitsplatz profitieren auch einen höheren Beitrag für das System leisten sollen als andere Steuerzahler, die keine Hochschule besucht haben.

2. Die Hochschulqualifikation ist ein großartiger Wert, der sich nicht nur finanziell ausdrückt, sondern auch im immateriellen Sinn eine phantastische Lebensbereicherung darstellt.

3. Studiengebühren erhöhen die Motivation der Studierenden und führen im Übrigen zu einer rascheren Überprüfung, ob man das richtige Fach gewählt hat.

Studiengebühren müssen allerdings mit allen möglichen Formen sozialverträglicher Gestaltung verbunden werden. Ein wichtiger Weg dazu wäre die in anderen Ländern erfolgreich erprobten nachlaufenden Studiengebühren.

(13.) Etwas ratlos bin ich darüber, dass der Bologna-Prozess zwar in einigen Verbindungen mit anderen Themen kurz angesprochen wird, aber eine breitere Auseinandersetzung mit dieser Reform im Hinblick auf die Ziele und Kernpunkte und auf die völlig neue inhaltlich-strukturelle Prägung in Ihrem Buch fehlt. Die bereits in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts vor allem unter Governance-Gesichtspunkten umfassend umgebaute Universität erfährt zu Beginn des jetzigen Jahr-

hunderts durch den sogenannten Bologna-Prozess eine tiefgreifende Strukturreform, die mit fast allen Traditionen der bisherigen Studienorganisation bricht und ein völlig anderes Erscheinungsbild der universitären Lehre mit sich bringt. Es wäre überaus wünschenswert, wenn der Bologna-Reform im ganzen Formenkreis der „permanenten Reform“ eine herausgehobene Beurteilung zuteil würde. Diese Reform hat weit mehr als alle anderen Reformen neben den universitätsinternen Umgestaltungsherausforderungen auch eine über den Campus hinaus wirkende Außenwahrnehmung. Dieser Blick von außen fällt häufig sehr kritisch aus, meist ohne detaillierte Kenntnis der wesentlichen Ziele dieser Reform. Die vorherrschende Vorstellung unterstellt der Bologna-Struktur eine erhebliche Qualitätsminderung und einen Verlust an Reputation deutscher Studienabschlüsse. Schon aus diesem Grund ist es unverzichtbar eine breitere Öffentlichkeit über Ziele und Merkmale dieser Reform zu informieren.

Was den inneren Transformationsprozess angeht, so muss man mit höchstem Respekt anerkennen, dass die Universitäten mit äußerster Anstrengung aller Lehrenden die Herkulesaufgabe der Neugestaltung der Studiengänge gemeistert haben.

Wenn hier das Fehlen der Darstellung und die Bewertung des Bologna-Prozesses als Desiderat dargestellt wird, gibt es keinen Sinn, hier eine detaillierte Abwägung der Vor- und Nachteile des neuen Lehrgebäudes vorzunehmen. Aber eine kurze persönliche Positionierung sei mir gestattet. Für mich war diese Reform überfällig. Im Hinblick auf die große Zahl der Studierenden und deren ganz unterschiedlichen Ausbildungs- und Berufsziele bietet die Zweistufigkeit der Bologna-Struktur, also die Untergliederung in Bachelor- und Masterstudiengänge, eine dringend gebotene Anpassung an unterschiedliche Qualifikationsziele. Die weitere Kernidee einer europäischen Harmonisierung der Studiengänge, die Auslandssemester ohne Zeitverlust möglich machen soll, ist ein höchst wünschenswertes, allerdings in der Praxis schwieriges Ziel. Dass durch die Verteilung von Leistungspunkten (ECT) während des Studiums die Angst vor der Abschlussprüfung verringert wird, ist ebenso wichtig wie die Tatsache, dass die Absolventen von Bachelor-Studiengängen in einem früheren Lebensalter den beruflichen Einstieg finden können.

Nicht alles läuft perfekt; das ist bei einer solchen fundamentalen Reform unvermeidlich. In der Umsetzung sind Fehler gemacht worden, die man durch Nachjustieren beheben muss. Die im Kern richtige Bologna-Reform kämpft noch mit vielen Unebenheiten und ist keineswegs ideal. An diesem Punkt sei mir eine starke These gestattet: Hätte die deutsche Universität zu

einem viel früheren Zeitpunkt aus eigener Kraft und eigener Zielsetzung eine Studienreform auf den Weg gebracht, die der großen Zahl der Studierenden mit ihrem unterschiedlichen Qualifizierungspotential gerecht wird, dann hätte man in Deutschland keine Bologna-Reform gebraucht. Man hätte eher die berechtigte Erwartung gehabt, dass das europäische Ausland sich wie in früheren Zeiten an der deutschen Universitätskultur orientiert und sich ihrerseits an ein deutsches System anpasst. Aber dazu hat der deutschen Universität die Kraft und der innere Antrieb gefehlt. Dieses Versäumnis wird nunmehr zu einem gewissen Grad durch die Bologna Reform kompensiert.

(14.) Am Schluss will ich mich einer Ihrer ganz zentralen Aussagen zuwenden, die ein Leitmotiv für die jetzige und die zukünftige Universität sein können. Die Humboldt'sche Universitätsidee hat an vielen Stellen Ihres Buches ihre Leuchtkraft gezeigt. Ein wunderbares Kapitel trägt ja die Überschrift, was von Humboldt bleibt'. Die von Ihnen aufgezeigte Trias aus Konzentration, Autonomie und Kooperation (als ein von Humboldt geschaffenes kunstvolles Balancesystem) ist ein vorzügliches Leitbild, das eigentlich in jedem Mission Statement einer deutschen Universität Aufnahme finden sollte. Sie zeigen auch Wege auf, wie diese humboldtschen Ideen in der heutigen Praxis verwirklicht werden können, wobei der Schutz der individuellen Innovation und der Freiheit einen besonders hohen Rang hat, aber die Kooperation als organisatorische Gesamtheit letztlich die Kraft ausstrahlt, die es für wissenschaftlichen Fortschritt bedarf.

Ihre überzeugende Vision hat für mich nur ein Problem, das ich aus Gründen der historischen Ehrlichkeit bekunden möchte.

Sie lassen das ja auch selbst anklingen. Viele Leser könnten nach meinen langjährigen Erfahrungen bei allzu flüchtiger Lektüre Ihres Buches meinen, es hätte früher eine Humboldt-Universität gegeben, die im Lauf der Zeit verspielt wurde. Eine von den Humboldt'schen Prinzipien gestaltete Universität gab es nie und sie konnte es erst recht in Zeiten der Massenuniversität nicht geben. Kurioserweise ist die maßgebliche Schrift von Humboldt „Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalt in Berlin“ erst rund 100 Jahre nach ihrer Abfassung im Jahr 1903 veröffentlicht worden. Sie ist Sinnbild für einen nachgeschobenen Gründungsmythos, bezogen auf die Universitätsreform zu Beginn des 19. Jahrhunderts und da speziell auf die Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Dieser Mythos wurde nach der Entdeckung der Schrift zu allen möglichen Zwecken eingesetzt. Als Literaturwissenschaftler wissen Sie, dass ein Mythos eine legitime Wirkmacht sein kann, auch wenn der historische Hintergrund den Mythos fak-

tisch nicht trägt. Bitter wird es in meinem Verständnis nur, wenn Gelehrte bei praktisch jedem Reformgeschehen den Vorwurf in den Mund nehmen, man mache die Humboldt-Universität kaputt. Die Humboldt-Universität gab es nie und kann es in ihrer idealisierten Vorstellung nicht geben. Wenn man aber, wie Sie, den inneren Sinngehalt der ‚Humboldt-Idee‘ schöpft und ihn in die Welt der heutigen Universität überträgt, dann kann etwas entstehen, was in Richtung „Exzellenz“ geht.

Ich danke Ihnen und den Leser für Ihre Geduld. Bleiben Sie mir trotz gelegentlichen Widerspruchs wohlgesonnen.

Dr. Jürgen Heß war von 1988 bis 1994 Kanzler der Universität Konstanz, von 1994 bis 2000 Kanzler der Universität Freiburg und von 2000 bis 2003 Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz.



# Mathias Neukirchen, Etienne Emmrich und Hendrik Büggeln

## Befangenheit im Berufungsverfahren<sup>1</sup>

### I. Einleitung

### II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen
2. Gesetzliche und sonstige Regelungen
  - a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze
  - b) Landeshochschulgesetze
  - c) Satzungsrechtliche Regelungen
  - d) Sonstige hochschulinterne Regelungen
  - e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft
3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufungsverfahren
  - a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission
  - b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden
  - c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht
  - d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

### III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

1. Tatbestand
  - a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen
  - b) Besorgnis der Befangenheit
2. Rechtsfolgen
  - a) Rechtmäßiger Ausschluss
  - b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss
  - c) Rechtswidriger Ausschluss
  - d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

### IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips
2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität
3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen
  - a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

- b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss
- c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss
4. Rechtliche Bewertung
- V. Zusammenfassung

### I. Einleitung

Die Berufungsverfahren an Hochschulen sind ein wesentlicher Baustein für die Gewährleistung der Freiheit von Forschung und Lehre<sup>2</sup>, denn sie dienen der Auswahl der eigentlichen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG innerhalb der Universität<sup>3</sup>. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung verletzen daher nicht nur den Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG<sup>4</sup>, sondern gefährden auch unmittelbar die Wissenschaftsfreiheit<sup>5</sup>.

Die Exzellenz ihrer Professorinnen und Professoren ist ein entscheidender Faktor für den Erfolg einer Hochschule. Bei einem durchschnittlichen Berufungsalter von 42 Jahren<sup>6</sup> wirken sich Berufungen bis zur Pensionierung zumeist über Jahrzehnte aus. Die mit einer Berufung einhergehenden Ausstattungs- und Personalkosten sind erheblich und gehen in die Millionen. Sachfremde Einflüsse auf die Auswahlentscheidung stehen somit auch im Gegensatz zum Interesse der Hochschule.

Die Berufungskommissionen müssen nachvollziehbar entscheiden, ob Mitglieder von Gesetzes wegen von der Mitwirkung am Verfahren ausgeschlossen sind (§ 20 VwVfG) oder die Besorgnis der Befangenheit besteht und sie deshalb von der Mitwirkung auszuschließen sind (§ 21 VwVfG)<sup>7</sup>. Den Hochschulen kommt dabei weder ein Beurteilungs- noch ein Ermessensspielraum

1 Der vorliegende Beitrag fußt auf Neukirchen/Emmrich (Hrsg.), *Berufungen, Befangenheit und Bewerbungsverfahrenanspruch: Ein Kompendium für Berufungskommissionen, Bewerberinnen und Bewerber*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2021, das gemeinsam von Neukirchen, Emmrich, Büggeln, Kurlemann, Breder und Rockmann verfasst wurde.

2 Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), *Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl., Heidelberg 2017, Kap. 4 Rn. 70.

3 BVerfGE 35, 79.

4 Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt, also auch dem eines Hochschulprofessors, vgl. OVG S-H, B 8.12.2020, 2 MB 28/20,

Rn. 6 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 15 m. w. N. Dabei ist es unerheblich, ob ein Beamten- oder ein Angestelltenverhältnis begründet werden soll. Vgl. insoweit auch Feldmann, *OdW* 2019, S. 55, zur Rechtsprechung bzgl. Rechtsweg bei der Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG herrührenden Bewerbungsverfahrenanspruchs, wenn die Anstellung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll.

5 BVerfGE 35, 79.

6 Bundesbericht Wissenschaftlicher Nachwuchs (BuWiN) 2017, 117 – zuletzt abgerufen unter [www.buwin.de](http://www.buwin.de) am 20.6.2020.

7 Im Folgenden werden nur die einschlägigen Normen des VwVfG aufgeführt, die entsprechenden landesrechtlichen Normen müssen mitberücksichtigt werden.

zu; die Entscheidungen zur Befangenheit sind im vollen Umfange durch die Verwaltungsgerichte überprüfbar<sup>8</sup>.

Schon die mit der Erörterung der möglichen Befangenheit einhergehende Transparenz kann einer Beeinträchtigung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens entgegenwirken. Die Offenlegung von Sachverhalten, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist zugleich eine Voraussetzung der Wissenschaftsfreiheit<sup>9</sup>.

Trotz der Bedeutung für die Berufungsverfahren scheint die Problematik der Befangenheit bis vor wenigen Jahren häufig „noch völlig oder weitgehend ausgeblendet“ worden zu sein<sup>10</sup>. Dieser Artikel will dem, wie die einschlägigen Publikationen der letzten fünf Jahre insbesondere von *Wernsmann* und *Gatzka*<sup>11</sup>, *Geis*<sup>12</sup> sowie *Burgi* und *Hagen*<sup>13</sup>, entgegenwirken. *Gläser et al.*<sup>14</sup> befassen sich mit dem Thema aus wissenschaftspolitischer Sicht.

Subjektiv ungünstige Auswahlentscheidungen werden zunehmend gerichtlich angefochten<sup>15</sup>. Aufgrund der Einschätzungsprärogative der Hochschule in fachlicher Hinsicht zielen solche Klagen in der Regel auf Verfahrensfehler, was zu einer zunehmenden Verrechtlichung der Verfahren führt<sup>16</sup>.

Zwar gibt es mehr oder weniger klar etablierte Verfahrensschritte für Berufungen, die bundesweit ähnlich sind, da sie sich zum Teil schon aus §§ 42 ff. Hochschulrahmengesetz (HRG) ableiten lassen. Hinsichtlich der Details ergeben sich auf der Grundlage der 16 verschiedenen Landeshochschulgesetze (LHG), die eine unterschiedliche Regelungsdichte und teilweise divergierende Regelungen aufweisen, aber vielfältige Abweichungen<sup>17</sup>. Eine weitere Ausdifferenzierung erfolgt aufgrund des Satzungsrechts der Hochschulen in den jeweiligen Berufsordnungen der Hochschulen.

Insoweit sind in der Rechtspraxis divergierende Auffassungen zur Anwendung der einschlägigen Grundsätze und Normen anzutreffen.

Hinsichtlich der Prüfung der Befangenheit ist sowohl zwischen der Tatbestands- und der Rechtsfolgebene als auch den verschiedenen Stadien innerhalb des Auswahlverfahrens (Vorauswahl und Auswahl) zu unterscheiden.

Liegt ein Sachverhalt vor, der unter einen der gesetzlich detailliert beschriebenen Tatbestände des § 20 VwVfG zu subsumieren ist oder der geeignet ist, die weniger klar beschriebene Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG eines Mitglieds der Berufungskommission (oder einer anderen für die Hochschule tätigen Person) zu begründen, muss die Hochschule handeln.

Nachfolgend werden drei typische, in der Rechtspraxis anzutreffende und in den Berufsordnungen der Hochschulen normierte Vorgehensweisen vorgestellt und erörtert:

- A) Das betreffende Mitglied wird unwiderruflich von der weiteren Mitwirkung im Berufungsverfahren dauerhaft ausgeschlossen.  
(Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss)
- B) Das betreffende Mitglied wird allein von der Behandlung der die Befangenheit auslösenden Bewerbung bei der Vorauswahl (ersten Sichtung) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern diese Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.  
(Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss)
- C) Das betreffende Mitglied wird von der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung sämtlicher Bewerbun-

8 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; *Wernsmann/Gatzka*, Befangenheit im Berufungsverfahren bei der Neubesetzung einer Professorenstelle, DÖV 2017, S. 609, 612; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 20. Aufl., München, 2019, § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

9 Vgl. auch Wissenschaftsrat 2015, Empfehlungen zu wissenschaftlicher Integrität, Positionspapier, S. 40, für die Begutachtung im Peer-Review-Verfahren.

10 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609, 609.

11 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, S. 609-620.

12 *Geis*, Probleme bei der Zusammensetzung und Verfahren von Berufungsausschüssen und Tenure-Track-Gremien, Ordnung der Wissenschaft 2020, S. 23-32.

13 *Burgi/Hagen*, Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen, Ordnung der Wissenschaft 2021, S. 1-6.

14 *Gläser/Krauth/Windbichler/Zürn*, Befangenheit und Expertise in

Berufungsverfahren: Ein wissenschaftspolitischer Denkanstoß, Denkanstöße aus der Akademie, Schriftenreihe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Heft 4, März 2021. *Gläser et al.* sehen auf der Grundlage von Interviews „Hinweise darauf, dass gegebene Befangenheitsregeln [...] zunehmend unerwünschte Nebenfolgen zeitigen“: den Ausschluss „tiefer Kenntnis eines Fachgebiets“ und damit den Ausschluss der „qualifizierte[n] Bewertung von fachlicher Kompetenz“ sowie die verstärkte Instrumentalisierung komplexer Befangenheitsregelwerke. Sie stellen vier Modelle zum Umgang mit Befangenheit in Berufungsverfahren vor, die auf einer Unterscheidung starker und schwacher akademischer Verbindungen sowie interner und externer Mitglieder beruhen.

15 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23 m. w. N.

16 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

17 *Geis*, OdW 2020, S. 23, 23.

gen) ausgeschlossen und bleibt ausgeschlossen, sofern die die Befangenheit auslösende Bewerbung weiterverfolgt wird. Sofern diese Bewerbung nicht weiterverfolgt wird, kann das betreffende Mitglied wieder mitwirken.

(Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss)

In der Praxis finden sich weitere Ausdifferenzierungen und Modifikationen dieser drei generellen Vorgehensweisen.

Vorgehensweise A stützt sich auf den Wortlaut der §§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG, ist jedoch geeignet, das Fachprinzip als Ausfluss von Art. 5 Abs. 3 GG zu verletzen: Bei Verfahren mit vielen Bewerbungen – Berufungsverfahren mit bis zu 100 Bewerbungen sind durchaus kein Einzelfall<sup>18</sup> – müssen fachlich ausgewiesene Mitglieder die Kommission dauerhaft verlassen und auch externe Fachvertreterinnen und Fachvertreter können nur schwer als Ersatz gefunden werden, denn bei einer großen Zahl von Bewerbungen können sich auch bei diesen Gründe ergeben, Befangenheit bzgl. einer Bewerbung zu besorgen.

So kann selbst eine Bewerbung, die die gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen nicht erfüllt oder schon bei der ersten Sichtung ausscheidet, unwiderruflich zum Ausschluss eines Mitglieds führen. Dabei tritt dieser Fall sehr häufig auf.

In der Praxis führte dies – um der Rechtsfolge des dauerhaften Ausschlusses zu entgehen – zu einer Relativierung auf der Tatbestandsebene, die einem unparteiischen und neutralen Verfahren gerade nicht dienlich ist.

Vorgehensweise B ist zwar geeignet, die Mitwirkung fachlich-disziplinär kompetenter Personen am Auswahlverfahren sicherzustellen, kann jedoch dazu führen, dass das Prinzip des unparteiischen und neutralen Handelns in nur ungeeigneter Weise umgesetzt wird, wenn befangene Mitglieder an der Vorauswahl der übrigen Bewerbungen mitwirken.

Vorgehensweise C sucht im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich zwischen unparteiischem und neutralem Verfahren sowie Fachprinzip.

Die Frage, ob ein Sachverhalt geeignet ist, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist in unterschiedlichen Verwaltungsverfahren unterschiedlich zu beantworten: So ist der Betreuer oder die Betreuerin einer

Promotion beim Promotionsverfahren durchaus als Gutachter oder Gutachterin zugelassen, beim Berufungsverfahren dagegen nicht. Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei den diversen Verwaltungsverfahren an Hochschulen (Promotionen, Habilitationen, Evaluierungen und Bewährungsfeststellungen bei Juniorprofessuren, Verleihung der Würde eines apl. Professors, Bestellung zum Honorarprofessor, ...) herauszuarbeiten, bleibt künftigen Arbeiten vorbehalten.

## II. Rechtliche Grundlagen und Verfahren zur Befangenheit

### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das rechtsstaatliche Verfahren verlangt unparteiisches, neutrales, faires und sachliches Handeln und verbietet das Handeln in eigener Sache<sup>19</sup>. Das Unbefangenheits- und das Unparteilichkeitsgebot folgen aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 GG<sup>20</sup>.

Bei der Bewerbung um ein öffentliches Amt wie das einer Professur folgt zudem aus Art. 33 Abs. 2 GG das Recht der Bewerberinnen und Bewerber auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über ihre Bewerbung und damit auch auf eine ordnungsgemäß zusammengesetzte Berufungskommission ohne befangene Mitglieder oder solche, die den Anschein der Befangenheit erwecken können. Aus Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG folgt jedoch ebenso, dass die Berufungskommission so zusammengesetzt sein muss, dass genügend fachliche Expertise der Mitglieder vorhanden ist, um die Einschätzungsprärogative der Berufungskommission zu rechtfertigen.

Soweit Mitglieder der Berufungskommission Beamtinnen oder Beamte sind, gehört ihre Verpflichtung zur unparteiischen Amtsführung zu den hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums gem. Art 33 Abs. 5 GG<sup>21</sup> und ist in §§ 60 Abs. 1 Satz 2 und 61 Abs. 1 Satz 2 BBG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen kodifiziert.

### 2. Gesetzliche und sonstige Regelungen

Regelungen und Empfehlungen zum Umgang mit Fragen der Befangenheit finden sich auf unterschiedlichen Ebenen (Bund und Land) und in unterschiedlichen Gesetzen (VwVfG und LHG).

18 Das VG Bremen, B. 24.4.2019, 6 V 328/19, hielt es nicht für lebensfremd, dass eine Berufungskommission in einer sechsstündigen Sitzung sämtliche 124 Bewerbungen „ausführlich gesichtet hat“.

19 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München

2018, § 20 Rn. 1, 158.

20 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

21 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 1 m. w. N.

## a) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

Das Berufungsverfahren beginnt mit der Ausschreibung und endet i. d. R. mit der Ernennung einer Person aus dem Kreis der Bewerberinnen und Bewerber – und damit mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes<sup>22</sup>. Es ist somit ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG<sup>23</sup>. Die wesentlichen Regeln zum Umgang mit der möglichen Befangenheit finden sich in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes (VwVfG) und der Länder (LVwVfG)<sup>24</sup>. §§ 20 f. VwVfG und die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen spezifizieren den Grundsatz der Objektivität und Neutralität für das Verwaltungsverfahren<sup>25</sup>: Nur unparteiische und neutrale Personen dürfen an einem Verwaltungsverfahren mitwirken<sup>26</sup>.

§§ 20 f. VwVfG sind bei Berufungsverfahren unmittelbar anzuwenden, soweit landesgesetzlich nichts anderes geregelt ist<sup>27</sup>. In einigen Bundesländern waren oder sind Hochschulen oder Berufungsverfahren an Hochschulen von der Anwendung des LVwVfG ganz oder teilweise ausgenommen. Dann gelten §§ 20 f. VwVfG (bzw. die entsprechenden landesgesetzlichen Normen) zwar nicht unmittelbar, aber §§ 20 f. VwVfG kodifizieren die allgemeinen Regeln, auf die zurückgegriffen werden kann<sup>28</sup>.

Bereits von Gesetzes wegen sind bestimmte Personengruppen von der Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in Verwaltungsverfahren ausgeschlossen (§ 20 VwVfG). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob bei den Mitwirkenden ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu besorgen (§ 21 VwVfG). Maßgeblich ist dabei, ob bei vernünftiger Würdigung der konkreten Umstände aus Sicht eines abstrakten Mitbewerbers Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit zu zweifeln<sup>29</sup>. Tatsächliche

Befangenheit muss nicht vorliegen, schon der böse Schein ist zu vermeiden<sup>30</sup>. Auf die Sicht desjenigen, der eine Befangenheitsrüge erhebt, oder ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission sich selbst für befangen hält, kommt es nicht an<sup>31</sup>.

Auswahlkriterien sind allein Eignung, Befähigung und fachliche Leistung; andere Aspekte sind außer Acht zu lassen<sup>32</sup>. Die Besorgnis der Befangenheit kann daher auch in anderen Verfahrensverstößen begründet sein, wie z. B. der diskriminierenden Behandlung von Bewerberinnen und Bewerbern<sup>33</sup> oder der frühzeitigen Vorfestlegung auf eine Bewerberin oder einen Bewerber<sup>34</sup>.

## b) Landeshochschulgesetze

Die Hochschulgesetze der Länder (LHG) können die Bestimmungen der §§ 20 f. VwVfG als *lex specialis* grundsätzlich verdrängen. Hier ist jedoch eine gesetzgeberische Zurückhaltung zu bemerken<sup>35</sup>: Soweit sich in den Hochschulgesetzen Regelungen zu Berufungsverfahren oder allgemeiner zu Verfahren in den Hochschulgremien finden, so i. d. R. nicht zur Befangenheit.

## c) Satzungsrechtliche Regelungen

Soweit die Hochschulen die gesetzlichen Vorgaben zu Fragen der Befangenheit von Amtsträgern bzw. Ausschussmitgliedern konkretisieren, geschieht dies im Rahmen ihres Satzungsrechts.

Eine (Berufungs-) Satzung kann von der Hochschule im Rahmen der ihr vom jeweiligen Landesgesetzgeber verliehenen (Rechtsetzungs-) Autonomie erlassen werden und bindet die Hochschule<sup>36</sup>. Die Satzungsautonomie gewährt einen weiten Spielraum, der allerdings durch die Vorgaben des LHG (beispielsweise zur Zusammensetzung der Gremien) und anderes, höherrangiges Recht begrenzt wird<sup>37</sup>.

22 a. A. Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611, m. w. N.

23 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff.; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris.

24 Aus Gründen der Einheitlichkeit wird im Folgenden allgemein auf die §§ der bundesgesetzlichen Regelungen des VwVfG abgestellt.

25 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 172 m. w. N.; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 20 Rn. 9 m. w. N.

26 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 6.

27 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 19 ff. – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47.

28 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris.

29 Vgl. allg. zum Maßstab Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 13, 16;

Epping/Nölle, in: Epping (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz mit Hochschulzulassungsgesetz – Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 26 Rn. 61 mit Verweis auf OVG, RhPf B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 5 ff. – juris.

30 VG Münster, B 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 90 – juris. Vgl. auch BVerfG, B 5.12.2019, 1 BvL 7/18, zur Besorgnis der Befangenheit eines Richters; VGH BW, B 27.9.2021, 1 VB 85/17, Rn. 8 – juris.

31 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

32 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 609.

33 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 11.

34 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 21 Rn. 17; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

35 Vgl. etwa die eher zurückhaltende Formulierung in § 9 Abs. 5 Satz 1 LHG BW: „Wer eine Tätigkeit in der Selbstverwaltung übernommen hat, muss die ihm übertragenen Geschäfte uneigennützig und verantwortungsbewusst führen.“

36 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15.

37 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612.



In manchen Bundesländern sind die Hochschulen durch das LHG verpflichtet worden, eine Berufsordnung als Satzung zu erlassen<sup>38</sup>, in anderen ist die Übertragung des Berufsrechts an den Erlass einer Berufsordnung geknüpft<sup>39</sup>.

Die Hochschulen sind gut beraten, in den Berufsordnungen exemplarisch die Fallgruppen, die mit Blick auf § 21 VwVfG geeignet sein können, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, klar und eindeutig zu normieren. Offene und allgemeine Formulierungen mögen durch eine jeweils gelungene Auslegung zwar der Vielfalt der Fälle besser gerecht werden – sie bergen aber auch ein größeres Risiko für ggf. schwerwiegende Fehler der Berufungskommissionen und verhindern ein einheitliches, transparentes und vorhersehbares Handeln der Hochschule.

#### d) Sonstige hochschulinterne Regelungen

Die Hochschulleitungen haben – zum Teil schon vor den Berufsordnungen bzw. auch parallel dazu – sog. Berufsleitfäden oder Handreichungen veröffentlicht. Dabei handelt es sich um Verwaltungsvorschriften<sup>40</sup>, durch deren regelmäßige Anwendung eine Selbstbindung entsteht, von der die Hochschule nicht unbegründet abweichen darf. Auch die Rechtsprechung prüft Berufsverfahren an Hand solcher Verwaltungsvorschriften und geht von einem Fehler aus, wenn die Hochschule diese sie selbst bindenden Vorschriften verletzt<sup>41</sup>.

#### e) Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die DFG-Hinweise zu Fragen der Befangenheit (DFG-Vordruck 10.210-4/10) sind in Berufsverfahren nicht einschlägig und können allenfalls zur wissenschaftsspezifischen Konkretisierung des § 21 Abs. 1 Satz 1 VwVfG herangezogen werden<sup>42</sup>.

Die Leitlinien der DFG zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis umfassen unter anderem Hinweise zur Autorschaft. Diese Hinweise können ggf. zur Bewertung von Sachverhalten im Zusammenhang mit der Besorgnis der Befangenheit bei gemeinsamen Publikationen herangezogen werden.

38 So § 101 Abs. 8 BerlHG.

39 Z. B. § 40 Abs. 5 Satz 4 BbgHG.

40 BVerfG, B 2.3.1999, 2 BvF 1/94, Rn. 38 – juris.

41 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 30 – juris: „Präsidiumshandreichung“; VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 17 – juris. Im Rahmen der Rechtsaufsicht können Verwaltungsvorschriften jedoch nicht durchgesetzt werden, siehe *Hailbronner* in Geis (Hrsg.), HochschulR in Bund und Ländern, HRG §59 Rn. 3 (16. Lfg. 1996).

42 Siehe auch Geis, OdW 2020, S. 23, 24, der die DFG-Hinweise insoweit als „eigengesetzliche“ Standards der Scientific Community bezeichnet. Im Hinblick auf schon von Gesetzes wegen ausgeschlossenen Personen stehen die DFG-Hinweise teils im

### 3. Verfahrensgang gem. §§ 20 f. VwVfG in Berufsverfahren

Im Berufsverfahren haben jedes Mitglied, die oder der Vorsitzende, die Berufungskommission als Ganzes und die nachfolgenden Gremien die Grundsätze bzgl. der Befangenheit zu beachten.

#### a) Pflichten der einzelnen Mitglieder der Berufungskommission

Jedes Mitglied einer Berufungskommission ist verpflichtet, der oder dem Vorsitzenden sowohl eine Betroffenheit aus der abschließenden Aufzählung des § 20 VwVfG als auch solche Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu begründen, unverzüglich, also in der Regel unmittelbar nach Kenntnis der eingegangenen Bewerbungen zu offenbaren, § 20 Abs. 4 Satz 1 VwVfG. Auch erst später eintretende Sachverhalte sind unverzüglich anzuzeigen<sup>43</sup>.

#### b) Amtsermittlungsgrundsatz und Pflichten des oder der Vorsitzenden

Die oder der Vorsitzende ist verpflichtet, die Mitglieder aufzufordern, entsprechende Angaben zur Befangenheit zu machen<sup>44</sup>. Dafür haben die meisten Hochschulen Merkblätter und Formulare entwickelt, die von den Mitgliedern einer Berufungskommission auszufüllen sind<sup>45</sup>. Die Berufungskommission darf jedoch nicht darauf vertrauen<sup>46</sup>, sondern hat dem Amtsermittlungsgrundsatz entsprechend auch selbst aufklärend zu wirken, soweit Anhaltspunkte vorliegen.

Die oder der Vorsitzende muss gem. § 89 VwVfG (oder einer analogen Regelung des LHG, der Grund- oder Berufsordnung) Hinweisen nachgehen und nach pflichtgemäßem Ermessen über die Befassung der Berufungskommission entscheiden<sup>47</sup>. Bekannt gewordene Befangenheitsgründe sind unabhängig von der Offenbarungspflicht auch von Amts wegen zu berücksichtigen<sup>48</sup>. Äußern andere Mitglieder der Berufungskommission einen Verdacht oder geben Hinweise, so hat die oder der Vorsitzende den Sachverhalt aufzuklären<sup>49</sup>. Sie

Widerspruch zu den Tatbeständen des § 20 VwVfG.

43 Steht das Mitglied in einem Dienstverhältnis zur Hochschule, so ist dies eine Dienstpflicht.

44 Anders aber VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 50: Eine Belehrungspflicht bestehe nicht, eine anlasslose Thematisierung von Befangenheit sei nicht erforderlich.

45 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

46 VG Gera, B 20.5.2016, 1 E 1183/15, Rn. 74 – juris.

47 Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

48 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 1.

49 Vgl. auch Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 23.

oder er muss sicherstellen, dass eine Entscheidung der Berufungskommission gem. §§ 20 f. VwVfG herbeigeführt und auch vollzogen wird.

c) Beschluss der Berufungskommission über die Befangenheit und Dokumentationspflicht

Die Berufungskommission ist ein Ausschuss im Sinne von § 20 Abs. 4 VwVfG und das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG<sup>50</sup>.

Wenn ein Mitglied der Berufungskommission eine nach seiner Ansicht bestehende (absolute oder relative) Befangenheit oder Zweifel darüber anzeigt oder die Berufungskommission hiervon anderweitig Kenntnis erlangt, muss daher (soweit nicht landesgesetzlich eine andere Stelle berufen ist) die Berufungskommission hierüber beraten und über den Ausschluss entscheiden<sup>51</sup>. Gem. § 20 Abs. 4 VwVfG berät und beschließt die Berufungskommission ohne Mitwirkung der oder des Betroffenen. Eine geheime Abstimmung ist nicht erforderlich, aber zu empfehlen. Bei Stimmgleichheit entscheidet je nach Grund- bzw. Berufsordnung ggf. die Stimme der oder des Vorsitzenden oder der Antrag ist abgelehnt<sup>52</sup>. Ist die oder der Vorsitzende selbst vom möglichen Ausschluss betroffen, so ist die Sitzungsleitung an die Stellvertretung zu übergeben; ggf. ist nach dem Ausschluss der Vorsitz neu zu bestimmen.

Für die Praxis ist es sinnvoll, dieses Verfahren in den Berufsordnungen genauer zu regeln, denn oft sind mehrere Mitglieder betroffen, so dass sich die Frage der Reihenfolge der Entscheidung ebenso stellt wie die Frage der Vertretung durch Sitzungsvertreter. Ob das Mitwirkungsverbot aus § 20 Abs. 4 Satz 3 VwVfG ein Verhinderungsgrund ist, der die Vertretung des betroffenen Mitglieds bei der Entscheidung über den Ausschluss durch einen (ohnehin vorgesehenen) Sitzungsvertreter erlaubt, ist offen<sup>53</sup>.

Der Ausschluss ist zeitnah im Sitzungsprotokoll substantiiert zu dokumentieren<sup>54</sup>. In einigen Berufsleitlinien ist für Fälle möglicher Befangenheit eine Informationspflicht gegenüber der Hochschulleitung vorgesehen<sup>55</sup>. Soweit die Berufungskommissionen rechtmäßig handeln, dürfen jedoch weder Dekanat noch Präsidium über den Ausschluss entscheiden<sup>56</sup>.

Die die Berufungskommission einsetzende Stelle – in der Regel der Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat – hat dafür Sorge zu tragen, dass die Berufungskommission trotz eines Ausschlusses von Mitgliedern beschlussfähig bleibt. Ggf. muss ein Ersatzmitglied benannt werden, sofern es keine Stellvertretung (mehr) gibt<sup>57</sup>.

d) Befangenheit von Personen, die nicht Mitglied der Berufungskommission sind

Von Gesetzes wegen oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen sind nicht nur stimmberechtigte, sondern auch nicht stimmberechtigte<sup>58</sup> Mitglieder der Berufungskommission sowie Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Auch Gutachterinnen und Gutachter sowie all jene, die in anderer Eigenschaft mit dem Berufungsverfahren befasst sind, dürfen an dem Verfahren nicht mitwirken, sofern sie von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind oder Gründe vorliegen, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Hierzu zählen u. a. Gleichstellungs- oder Schwerbehindertenbeauftragte, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fakultäts- oder Zentralverwaltung oder einer etwaigen Stabsstelle für Berufungen, Berufsbeauftragte, die Dekanin oder der Dekan, Mitglieder des Präsidiums sowie Mitglieder nachfolgend mit der Berufung befasster Gremien wie Fakultätsrat oder Senat.

Die Entscheidung hierüber hat die oder der Dienstvorgesetzte zu treffen, sofern nicht ohnehin das Verfahren von einer Vertreterin oder einem Vertreter (etwa ei-

50 Vgl. Geis, OdW 2020, S. 23, 25 m. w. N.; Pokorny, Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen – unter Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt 2002, S. 14 ff., 36 ff; VGH BW, B 10.9.2020, 4 S 1657/20, Rn. 5 – juris. Anders aber Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 611.

51 Gegen die unmittelbare Anwendung von § 20 VwVfG auf die Berufungsausschüsse: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 616.

52 Geis, OdW 2020, S. 23, 27 m. w. N.

53 Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart 2019, § 20 Rn. 21, geht davon aus, dass das betroffene Mitglied schon ab Selbstanzeige bis zur Entscheidung über seinen Ausschluss von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Da regelmäßig mehrere Mitglieder betroffen sind, könnte das in der Praxis schnell zur Beschlussunfähigkeit der Kommission führen, was für die Annahme eines Vertretungsgrundes spricht.

54 Zur Dokumentationspflicht vgl. VG Frankfurt (Oder), U 25.8.2014, 3 K 840/11, Rn. 59 f. – juris (und nachfolgend OVG Bln-Bbg, U 1.3.2016, 4 N 59.14, Rn. 12 – juris); VG Halle, B 29.9.2020, 5 B 222/19.

55 Z. B. KIT, Leitlinien für Berufungsverfahren zur Besetzung von W1-, W2- und W3-Professuren und Stellen für leitende Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, 1.12.2017, s. Anlage 6.

56 Herrmann/Tietze, Ausschließung und Befangenheit von akademischen Mitarbeitern als Mitglieder einer Berufungskommission, Landes- und Kommunalverwaltung – LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

57 OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07.

58 Ziekow, VwVfG, § 21 Rn. 4a; VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13; vgl. auch ThürOVG, U 12.3.2019, 4 KO 128/18 – juris Rn. 44 m. w. N. (zur Mitwirkung im Hochschulrat).

ner Prodekanin oder einem Prodekan) betrieben werden kann<sup>59</sup>. Bei den (stellvertretenden) Mitgliedern von im Verfahren befassen Gremien wie Fakultätsrat und Senat hat das jeweilige Gremium zu entscheiden. Dabei wird man regelmäßig eine Prüfung der Sachverhalte gem. §§ 20 f. VwVfG in Bezug auf sämtliche Bewerbungen nicht durchführen können. Hier ist es angemessen, sich auf die im Berufungsvorschlag gelisteten Bewerbungen zu beschränken, sofern nicht darüber hinausgehende Anhaltspunkte vorliegen. Die Pflicht der Mitglieder des Gremiums zur Offenlegung entsprechender Sachverhalte gilt auch hier, und zwar in Bezug auf sämtliche Bewerbungen: Ist einem Senatsmitglied etwa bekannt, dass sich ein Angehöriger beworben hat, so muss es dies auch dann offenbaren, wenn im Senat regelmäßig „nur“ der Berufungsvorschlag erörtert wird und der Angehörige nicht gelistet ist.

Selbstverständlich können Personen, die schon in einem früheren Stadium etwa als Mitglied der Berufungskommission ausgeschlossen wurden, dann auch nicht als Mitglied des Fakultätsrats oder Senats mitwirken; sie bleiben ausgeschlossen. Ebenso ist schon die bloße Anwesenheit von aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossenen Personen bei einer öffentlichen Vorstellung (Fachvortrag, Lehrprobe) abzulehnen.

### III. Tatbestand und Rechtsfolgen der Befangenheit

#### 1. Tatbestand

##### a) Von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen

§ 20 VwVfG geht von der unwiderlegbaren Vermutung aus, dass bei bestimmten Interessenskollisionen und Sachverhalten eine neutrale Amtsführung unmöglich ist und daher bestimmte Personen qua Gesetz von einem Verfahren ausgeschlossen sind<sup>60</sup>. Absatz 1 lautet:

In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,

1. wer selbst Beteiligter ist;
2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteilig-

ten in diesem Verfahren vertritt;

5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;

6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

In diesem gesetzlichen Sinne ist das Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren, die Hochschule ist Behörde, die Bewerberin oder der Bewerber ist Beteiligter<sup>61</sup>. Wer Angehöriger ist, ist in § 20 Abs. 5 VwVfG geregelt.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG umfasst nicht Gutachten, die in amtlicher Eigenschaft abgegeben worden sind. Hierzu zählen regelmäßig Gutachten in Promotions- und Habilitationsverfahren sowie in anderen Berufungsverfahren. Der Ausschluss einer Gutachterin oder eines Gutachters der Promotion oder Habilitation kann mithin nicht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG gestützt werden, sondern allenfalls auf § 21 VwVfG, sofern weitere konkrete Umstände hinzutreten<sup>62</sup>.

Einem Beteiligten steht gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG gleich, wer durch die Tätigkeit oder Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil rechtlicher, materieller oder immaterieller Art erlangen kann<sup>63</sup>. Dies ist zunächst weit auszulegen, damit der Anschein einer Interessenskollision auf beiden Seiten vermieden wird<sup>64</sup>. Vor- oder Nachteile wegen der Zugehörigkeit zu einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe sind dabei gem. § 20 Abs. 1 Satz 3 VwVfG ausgenommen<sup>65</sup>.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der zu besetzenden Professur fallen weder unter § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG noch unter § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, denn sie sind bei der Hochschule oder dem Land beschäftigt und

59 Ausgenommen sind Personen, die zwar mit dem Berufungsverfahren befasst sind, aber nicht entscheidungsbezogen, sondern nur „rein technisch“ etwa als weisungsgebundene Schreibkraft tätig werden, vgl. VGH BW, U 9.12.2010, 7 S 3291/08, m. w. N.

60 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 1.

61 VG Darmstadt, Beschl. v. 17.7.2014, 1 L 721/14.DA, Rn. 28 ff. – juris; VG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.2015, 15 K 7734/13 (nachfolgend OVG NRW, Beschl. v. 27.4.2017, 6 A 277/16).

62 Anders hingegen VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, das eine

Befangenheit schon als möglich erachtet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission Zweitgutachter der Dissertation eines Bewerbers war und dieser an einem vom Mitglied der Berufungskommission herausgegebenen Buch mitgewirkt hat. Vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 29 f.

63 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 16 f.

64 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 30 ff.

65 Ziekow, VwVfG § 20 Rn. 18.

zu ihren Aufgaben gehört im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung die Vertretung der legitimen Interessen ihrer Mitgliedergruppe<sup>66</sup>.

§ 20 VwVfG ist sowohl auf stimmberechtigte Mitglieder und ihre Vertreterinnen und Vertreter als auch nicht stimmberechtigte Mitglieder der Berufungskommission und sonstige Personen anzuwenden, die für die Hochschule (oder das Ministerium) in dem Berufungsverfahren tätig werden.

#### b) Besorgnis der Befangenheit

Über die zwingenden Gründe aus § 20 VwVfG hinaus kann die sog. relative Befangenheit bzw. Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG zu einem Ausschluss führen<sup>67</sup>.

Die Gründe, die eine Befangenheit besorgen lassen, müssen individuell, konkret und nachprüfbar sein<sup>68</sup>. Nicht hinreichend sind beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten wissenschaftlichen Schule. Die Besorgnis der Befangenheit kann auch erst im Zuge des Verfahrens eintreten, etwa durch unsachliche Äußerungen oder Verhaltensweisen, die geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des betreffenden Kommissionsmitglieds auszulösen<sup>69</sup>.

Die Verwaltungsgerichte differenzieren zwischen zulässigem „gelegentlichem beruflichen Zusammenwirken“ gegenüber unzulässiger „besonderer kollegialer Nähe“ (oder auch Konkurrenz) in dienstlicher Hinsicht und zwischen zulässigen „gelegentlichen privaten Kontakten“ und unzulässigen „freundschaftlichen Kontakten“<sup>70</sup>. Den freundschaftlichen Kontakten stehen persönliche Anfeindungen gleich.

Nicht jede wissenschaftliche Zusammenarbeit oder frühere wissenschaftliche oder akademische Verbindung führt „gleichsam automatisch“ zur Annahme der Besorgnis der Befangenheit<sup>71</sup>. Gelegentliche private Kontakte sind unschädlich<sup>72</sup>.

Die besondere berufliche Nähe kann sich insbesondere in den folgenden Fallgruppen manifestieren<sup>73</sup>:

- Lehrer-Schüler-Verhältnis,
- dienstliches Abhängigkeitsverhältnis,
- gemeinsame Assistenzzeit,
- gemeinsame Publikationen,
- wissenschaftliche Kooperationen oder Konkurrenz oder Konflikte,
- gegenseitige Begutachtungen.

Die bloße Begutachtung (nicht Betreuung<sup>74</sup>) einer Promotion oder einer Habilitation wird, wie oben bereits erwähnt wurde, regelmäßig nicht geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Beim dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis wird hingegen das direkte und unmittelbare Weisungsrecht bzw. die direkte und unmittelbare Weisungsabhängigkeit die Besorgnis der Befangenheit begründen können.

Die Zugehörigkeit zu ein und derselben Dienststelle ist ebenso wenig geeignet, Besorgnis der Befangenheit zu begründen<sup>75</sup> wie die Zugehörigkeit zur gleichen akademischen Schule<sup>76</sup>. Die gemeinsame Assistenzzeit am gleichen Lehrstuhl dagegen kann durchaus ein Indiz sein<sup>77</sup>.

Bei gemeinsamen Publikationen können Außenstehende nicht zwischen den Anteilen der Koautorinnen und Koautoren unterscheiden und damit auch nicht, ob das betreffende Mitglied der Berufungskommission seine eigene Leistung oder die Leistung des Bewerbers oder

66 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03. Vgl. auch *Ziekow*, VwVfG, § 20 Rn. 17; *Herrmann/Tietze*, LKV 2015, S. 337, 339 m. w. N.: Die Mitwirkung akademischer Mitarbeiter aus dem vakanten Fachgebiet kann auch nicht mit dem Argument beanstandet werden, die Betroffenen würden sich so ihren künftigen Vorgesetzten selbst auswählen. VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 42 – juris: Schädlich dagegen ist, wenn ein Mitglied der Berufungskommission aus der Gruppe der akademischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter Mitwirkung einer der Bewerberinnen und Bewerber vom Fakultätsrat gewählt wurde.

67 § 20 entfaltet auch keine Sperrwirkung gegenüber § 21 für vergleichbare Umstände, so *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 21 Rn. 4.

68 Vgl. etwa OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 25 – juris.

69 *Kuntze/Beichel-Benedetti*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 20.

70 Siehe OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98, Rn. 8 – juris; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 48 – juris: „Im Rahmen von Berufungskommissionen zur Besetzung von Professuren ist eine Besorgnis der

Befangenheit hinsichtlich eines Kommissionsmitglieds dann zu bejahen, wenn zwischen dem Kommissionsmitglied und einer Bewerberin oder einem Bewerber ein besonderes Näheverhältnis besteht, das über gelegentliches berufliches Zusammenwirken hinausgeht. Erforderlich sind vielmehr eine besondere kollegiale Nähe oder freundschaftliche Kontakte.“

71 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

72 OVG M-V, B. v. 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

73 Vgl. auch *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

74 Die noch von *Krüger/Leuze*, in: Hailbronner/Geis, HRG, § 45 Rn. 22, vertretene Auffassung, der „Habitationsvater“ sei als Gutachter rechtlich zulässig, ist als veraltet anzusehen, vgl. auch *Beaucamp/Seifert*, Rechtsschutz von Kandidatinnen und Kandidaten im Promotions-, Habilitations- und Berufungsverfahren, WissR 2011, S. 40.

75 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 32 – juris.

76 Anders aber VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris, siehe Fn. 107.

77 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris; *Geis*, OdW 2020, S. 23, 26 m. w. N.

der Bewerberin beurteilt oder ob die Beurteilung eines Bewerbers, der zugleich Koautor ist, durch das betreffende Mitglied der Berufungskommission zu Teilen auf der Bewertung der eigenen wissenschaftlichen Leistung beruht<sup>78</sup>. Insoweit sind gemeinsame Publikationen grundsätzlich schädlich<sup>79</sup>, es wird jedoch auch der Zeitraum seit einer solchen Publikation zu bewerten sein. Inwieweit fachspezifische Unterschiede bei gemeinsamen Publikationen geltend gemacht werden können, ist nicht abschließend geklärt<sup>80</sup>.

Beiträge im gleichen Sammelband oder eine Herausgeberschaft hingegen können, müssen aber keine Besorgnis der Befangenheit begründen<sup>81</sup>. Die Beziehung zwischen Autor und Herausgeber oder auch zwischen Autoren verschiedener Beiträge in einem Sammelband vermitteln ohne Hinzutreten weiterer Sachverhalte ebenfalls keine besondere berufliche Nähe.

Bei wissenschaftlichen Kooperationen hingegen wird eine gegenseitige fachliche Achtung zu unterstellen sein, die geeignet ist, die Unparteilichkeit zu trüben<sup>82</sup>. Die gleichzeitige Projektleitung in einem größeren Forschungsverbund, wie etwa einem Sonderforschungsbereich, wird ohne konkrete Zusammenarbeit keinen Grund darstellen, Befangenheit zu besorgen. Die Beziehung zwischen (stellvertretendem) Sprecher und Teilprojektleiter in einem Graduiertenkolleg kann dagegen durchaus die Besorgnis der Befangenheit begründen. Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn ein Mitglied der Berufungskommission (stellvertretende) Sprecherin eines DFG-Graduiertenkollegs war, an dem eine der Bewerberinnen oder Bewerber ebenfalls beteiligt war<sup>83</sup>. Hier hat das Gericht die Mitwirkung der Bewerberin schon bei der Antragstellung für das Graduiertenkolleg und die Tatsache berücksichtigt, dass die (stellvertretende) Sprecherin Leistungsbezüge wegen der Förderung des Graduiertenkollegs erhalten hat. Grundsätzlich sah das Gericht die Zusammenarbeit in einem Graduiertenkolleg, das nur von wenigen Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern getragen werde und eine enge Zusammenarbeit erfordere, als schädlich an<sup>84</sup>. Insoweit verweist das Gericht zutreffend auf die entsprechenden Richtlinien der DFG zur Beantragung von Graduiertenkollegs.

Wissenschaftliche Konflikte und Konkurrenz können ebenso geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, insbesondere wenn der Disput nicht allein sachlich ausgetragen wurde oder wird, sondern die persönliche Ebene erreicht hat<sup>85</sup>. Hinsichtlich der wissenschaftlichen Konkurrenz kommt auch die Beantragung von Drittmitteln im Rahmen einer konkreten Ausschreibung in Betracht.

Die scheidende Stelleninhaberin oder der scheidende Stelleninhaber wird i. d. R. nicht Mitglied der Berufungskommission. Dies ist in einigen Hochschulen in der Berufsordnung explizit geregelt<sup>86</sup>. Ist andererseits der Ausschluss nicht satzungsrechtlich oder durch Verwaltungsvorschrift geregelt und wird eine scheidende Stelleninhaberin oder ein scheidender Stelleninhaber zum Mitglied einer Berufungskommission bestellt, so liegen nicht per se Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen. Auch die Ehefrau des bisherigen Stelleninhabers, die am vom bisherigen Stelleninhaber geleiteten Institut wissenschaftliche Mitarbeiterin ist, kann nicht ohne weiteres wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen werden (schon gar nicht aufgrund von § 20 VwVfG), wenn sie zuvor durch ihre Mitgliedergruppe für die Berufungskommission benannt wurde und es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Besorgnis der Befangenheit gibt; allgemeine persönliche Merkmale eines Mitglieds reichen nicht aus<sup>87</sup>.

Wann jenseits rein innerdienstlicher Beziehungen auch „gelegentliche private Kontakte“ zu einer hinsichtlich einer zu besorgenden Befangenheit problematischen Freundschaft<sup>88</sup> werden bzw. wann auch eine Feindschaft anzunehmen ist, die geeignet scheint, die Unparteilichkeit zu bezweifeln, muss im Einzelfall abgewogen werden. Das „Du“ in der Anrede begründet allein keine problematische Nähe<sup>89</sup>. Nichteheliche Partnerschaften bleiben in der abschließenden Aufzählung des § 20 Abs. 1 VwVfG unerwähnt, rechtfertigen aber aufgrund von § 21 VwVfG den Ausschluss aus dem Verfahren<sup>90</sup>, ebenso andauernde oder beendete sexuelle Beziehungen<sup>91</sup>.

Eine besondere Nähe können auch gemeinsame wirtschaftliche Aktivitäten begründen, etwa die gemeinsame Nebentätigkeit, die gemeinsame Gesellschaftertätigkeit,

78 OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10 – juris, Rn. 28. Vgl. zu Unterschieden der Publikationspraxis zwischen einzelnen Fachdisziplinen Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

79 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

80 Vgl. auch Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

81 VG Hamburg, B 25.2.2005, 8 E 6091/04; Geis, OdW 2020, S. 26 m. w. N.; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 64 m. w. N., Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018).

82 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

83 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 33 – juris.

84 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 38 ff. – juris.

85 Vgl. etwa VG Düsseldorf, B 20.1.2003, 2 L 2627/02, Rn. 17 – juris.

86 Siehe Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614 m. w. N.

87 VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, Rn. 73 – juris.

88 Vgl. OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10, Rn. 26 – juris.

89 BayVGH, B 11.11.2015, 7 CE 15.1737, Rn. 21 – juris.

90 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

91 Geis, OdW 2020, S. 23, 26.

das gemeinsame Ingenieurbüro, gemeinsame künstlerische Aktivitäten. Ähnlich dem dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis im Hochschulkontext begründen auch sonstige berufliche bzw. geschäftliche Beziehungen zwischen einem Amtswalter und einem Beteiligten die Besorgnis der Befangenheit<sup>92</sup>, wenn wirtschaftliche Interessen des Amtswalters tatsächlich berührt sind<sup>93</sup>. Daher wird durch die Berufungskommission zu prüfen sein, ob ein Kommissionsmitglied nebenberuflich ein Unternehmen führt oder daran beteiligt ist, an dem auch Bewerberinnen oder Bewerber beteiligt oder beschäftigt sind. Im umgekehrten Fall dürfte bereits § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG einschlägig sein.

Die Mitglieder der Berufungskommission dürfen hinsichtlich der Auswahl, Reihung und Liste keine voreiligen Schlüsse ziehen<sup>94</sup> oder gar kommunizieren<sup>95</sup>. Geschieht es dennoch, so begründet dies die Besorgnis der Befangenheit. Gleiches gilt bzgl. wahrheitswidriger, irreführender Informationen an Bewerber<sup>96</sup>. Auch unsachliche und verletzende Äußerungen gegenüber Bewerbern können die Besorgnis der Befangenheit begründen<sup>97</sup>.

Die bloße Mitwirkung an einer für eine Bewerberin oder einen Bewerber früher ergangenen Entscheidung ist allein nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, auch dann nicht, wenn diese Entscheidung negativ für die Bewerberin oder den Bewerber war und sich sogar als rechtswidrig herausgestellt hat (so auch nicht die Mitwirkung an einem wegen Verfahrensfehlern abgebrochenen früheren Verfahren)<sup>98</sup>. Anders hingegen – und aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, – wenn ein Mitglied der Berufungskommission in einem kurz zuvor eröffneten und noch laufenden Verfahren zur Evaluierung (Feststellung der Bewährung) einer Bewerberin oder eines Bewerbers als Juniorprofessorin oder Juniorprofessor tätig ist<sup>99</sup>: Hier ging das Gericht davon aus, dass das entsprechende Mitglied einen „umfassenden und tiefgreifenden Eindruck in das wissenschaftliche Wirken sowie die fachlichen Fähigkeiten und Qualifikationen“ erhalten habe und dies zu der Sorge berechtige, dass dieses Wissen zugunsten des Bewerbers oder der Bewerberin Eingang ins Berufungsverfahren finde<sup>100</sup>.

Werden pflichtwidrig Sachverhalte, die geeignet sein können die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, nicht (oder nicht rechtzeitig) offengelegt, so begründet dies für sich bereits die Besorgnis der Befangenheit.

Bei den einzelnen Tatbeständen stellt sich oftmals die Frage, ob die Befangenheit aus diesen Gründen dauerhaft zu besorgen ist oder nur zeitweise und ggf. wie lange, wie also insbesondere länger zurückliegende Sachverhalte zu werten sind. Hier kann es keine einheitliche oder gar abschließende Antwort geben. Zeitliche Obergrenzen dienen der Orientierung, ersetzen jedoch nicht die Einzelfallbetrachtung.

Die Vorgaben der Hochschulen dafür reichen in den Berufsordnungen bzgl. gemeinsamer Publikationen von drei bis zehn Jahren<sup>101</sup>. Jedoch können auch sehr lange zurückliegende gemeinsame Publikationen geeignet sein, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, z. B., wenn diese wesentlich das Renommee einer der Koautorinnen und Koautoren bestimmen.

Hinsichtlich der Betreuung der Promotion ist darauf zu verweisen, dass die Betreuerin oder der Betreuer den ehemaligen Schüler oder die ehemalige Schülerin besser als andere Bewerberinnen und Bewerber kennt und sich häufig auch eine gewisse persönliche Nähe entwickelt haben wird. Dies ist geeignet, die Unparteilichkeit zu gefährden, insbesondere, wenn man unterstellt, dass ein persönliches Interesse daran bestehen kann, dass die eigene Schülerin oder der eigene Schüler reüssiert<sup>102</sup>. Bei der Erstbetreuung einer Promotion wird die Besorgnis der Befangenheit folgerichtig teils ohne zeitliche Begrenzung angenommen<sup>103</sup>. Das VG Düsseldorf hat daher zu Recht die Befangenheit in einem Fall bejaht, in dem der Bewerber erst wenige Monate vor dem Berufungsverfahren seine Dissertation und eine fünfjährige Mitarbeit beendet hatte<sup>104</sup>. Das VG Bremen hat aber klargestellt, dass, wenn eine Hochschullehrerin oder ein Hochschullehrer vor über 15 Jahren eine Studentin oder einen Studenten unterrichtet hat, daraus keine Besorgnis der Befangenheit abgeleitet werden kann, auch wenn man sich danach bei Konferenzen getroffen hat<sup>105</sup>. In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist zu beobachten,

92 Vgl. BVerwG, U 14.6.1963, VII C 44.62, Rn. 37 – juris.

93 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn. 10.

94 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

95 BayVGH, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 30 – juris (unzulässige Mitteilung des gewünschten Ergebnisses durch den Vorsitzenden an den Gutachter).

96 VG Münster, U 22.4.2015, 5 K 2799/12, Rn. 92 ff. – juris.

97 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615 m. w. N.

98 Geis, OdW 2020, S. 26; BayVGH, B 18.4.2012, 7 CE 12.166; HmbOVG, B 9.10.1998, 1 Bs 214/98 m. w. N.; VG Stuttgart, U 30.6.2021, 6 K 1377/20, Rn. 47 – juris.

99 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 26 – juris.

100 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 27 – juris.

101 Universität Stuttgart (Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2011), siehe hierzu auch m. w. N. aus den Berufsordnungen der Universitäten: Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 615.

102 Siehe hierzu Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 614; Geis, OdW 2020, S. 23, 27.

103 Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufs- und Bestellungsverfahren der Georg-August-Universität Göttingen (Amtliche Mitteilungen I, 29/2020, S. 666).

104 VG Düsseldorf, U 3.12.2015, 15 K 7734/13, Rn. 78 – juris (nachfolgend OVG NRW, B 27.4.2017, 6 A 277/16).

105 VG Bremen, B 12.6.2019, 6 V 596/19, Rn. 34 ff. – juris.

dass die Sachverhalte, die geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, teilweise sehr unterschiedlich verstanden werden<sup>106</sup>. Nach einer Entscheidung des VG Halle (Saale) ist die Besorgnis der Befangenheit eines Mitglieds der Berufungskommission schon begründet, wenn es sich bei dem gleichen Hochschullehrer habilitiert hat wie eine oder einer der Bewerberinnen und Bewerber und während dieser Zeit am selben Institut tätig war<sup>107</sup>. Dieses Verständnis ist aus Sicht der Verfasser zu weitgehend, zumal es bei der Habilitation keine Betreuung wie bei der Promotion gibt und hier die Beziehung zwischen Mitglied der Kommission und Bewerber nur über die Beziehung zu einer dritten Person konstruiert wird. Ins andere Extrem fällt beispielsweise das OVG Hamburg, das trotz langjähriger Assistententätigkeit eines Bewerbers am Lehrstuhl eines externen Mitglieds der Berufungskommission, gemeinsam abgehaltenen Lehrveranstaltungen und gemeinsamen Publikationen keinen Anlass sah, Befangenheit zu besorgen<sup>108</sup>.

## 2. Rechtsfolgen

### a) Rechtmäßiger Ausschluss

Liegt einer der Sachverhalte gem. § 20 Abs. 1 VwVfG vor, so ist die betreffende Person von Gesetzes wegen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Liegen ausreichende Gründe vor, die Befangenheit zu besorgen, so muss die betroffene Person gem. § 21 VwVfG i. V. m. § 20 Abs. 4 VwVfG ebenfalls vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Ein Verzicht des Mitglieds der Berufungskommission auf sein Stimm- oder Rederecht ist nicht ausreichend<sup>109</sup>. Das betreffende Mitglied darf sich auch nicht zu anderen Bewerbungen äußern, da eine indirekte Bevorteilung oder Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden kann<sup>110</sup>. Auch eine nur beraten-

de Tätigkeit sowie die physische Anwesenheit wird als unzulässig erachtet<sup>111</sup>.

Bei der Entscheidung über den Ausschluss gem. § 20 oder § 21 VwVfG gibt es weder einen Beurteilungs- noch einen Ermessensspielraum<sup>112</sup>. Auch die Besorgnis der Befangenheit unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle<sup>113</sup>.

### b) Rechtswidrig unterlassener Ausschluss

Wurde ein Mitglied trotz Befangenheit oder Besorgnis der Befangenheit nicht ausgeschlossen oder unterbleibt eine entsprechende Beschlussfassung der Berufungskommission, hat dies die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse der Berufungskommission zur Folge<sup>114</sup>. Bei einer wie in einer Berufungskommission kollegial zu treffenden Entscheidung kann eine von der Mitwirkung ausgeschlossene Person schon durch ihre Teilnahme an der Beratung Einfluss auf die anderen Kommissionsmitglieder ausüben<sup>115</sup>.

Die fehlerhafte Zusammensetzung der Berufungskommission schlägt regelmäßig auf die Entscheidungen der nachfolgenden Gremien durch<sup>116</sup>. Nur wenn offensichtlich ist, dass dieser Verfahrensfehler die Entscheidung nicht beeinflusst hat, kann der Fehler unbeachtlich sein. Dieser Nachweis wird i. d. R. kaum zu erbringen sein: das Abstellen auf Abstimmungsergebnisse reicht dafür nicht aus, da auch die mögliche Einflussnahme durch die Mitwirkung zu berücksichtigen ist<sup>117</sup>. Ein solcher Verfahrensfehler wird daher regelmäßig den Bewerbungsverfahrensanspruch verletzen<sup>118</sup>.

Zur Heilung von Beschlüssen, die unter Verstoß gegen §§ 20 f. VwVfG zustande gekommen sind, muss von der Kommission in neuer, ordnungsgemäßer Besetzung erneut beraten und entschieden werden<sup>119</sup>. Das Verfahren ist daher in den Status quo ante zu versetzen und –

106 So z. B. VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20.

107 VG Halle (Saale), B 29.9.2020, 5 B 222/19, Rn. 17 – juris: „Betrachtet man die allgemein bekannte und deshalb zu erwartende enge Beziehung zwischen einer akademischen Lehrerin und ihren Habilitanden, so liegt schon deshalb eine bedenkliche persönliche Nähe vor. Dabei ist es nicht entscheidend, ob es zugleich unmittelbare Beziehungen zwischen den Habilitanden gibt. Ein objektiver Dritter rechnet damit, dass der akademischen Lehrerin am Fortkommen ihrer Habilitanden gelegen ist, weil sie von deren Eignung für ein Professorenamt überzeugt ist und dass sich diese Beurteilung auch auf andere Habilitanden derselben akademischen Lehrerin überträgt. Hier kommt noch hinzu, dass Frau Prof. Dr. F. zumindest während der Tätigkeit des Beigeladenen als wissenschaftlicher Mitarbeiter und während seiner Habilitationszeit an demselben kleinen Universitätsinstitut tätig war. Das führt zwangsläufig zu zahlreichen Kontakten und Begegnungen. Beides zusammen erweckt bei einem objektiven Betrachter durchaus den Eindruck eines gewissen Zusammenwirkens und zeigt die Gefahr auf, dass der Beigeladene wegen dieser Umstände milder

beurteilt wird, als andere Bewerber.“

108 HmbOVG, B 8.7.2005, 1 Bs 89/05.

109 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

110 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

111 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

112 OVG NRW, U 24.1.1995, 5 A 1746/91; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 612; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 50, § 21 Rn. 5.

113 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 613 m. w. N.

114 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 26 ff. OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 27 – juris.

115 OVG Nds., B 28.6.2021, 5 ME 50/21, Rn. 54 – juris m. w. N.

116 VG Gelsenkirchen, B 22.2.2021, 12 L 1183/20, Rn. 35 – juris.

117 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618 m. w. N. in der Rspr. mit ähnlich gelagerten Normen aus dem Kommunalrecht.

118 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

119 Geis, OdW 2020, S. 23, 28; Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 54.

ggf. nach Bestellung eines Ersatzmitglieds – von diesem Punkt an neu durchzuführen. Ist dies nicht möglich, so ist das Verfahren abzubrechen.

#### c) Rechtswidriger Ausschluss

Der unbegründet erfolgte Ausschluss eines Mitglieds führt nicht zu einer Angreifbarkeit des weiteren Verfahrens, sofern die Kommission weiterhin rechtskonform zusammengesetzt war<sup>120</sup>. Das Verfahren leidet dann zwar ebenfalls an einem Fehler<sup>121</sup>, der aber nicht notwendig auf die Auswahlentscheidung durchschlagen muss. Die Berufungskommission darf allerdings auch nicht „vorsorglich“ Mitglieder ausschließen<sup>122</sup>.

Ein ausgeschlossenes Mitglied kann seine Teilnahme rechtlich nicht erzwingen<sup>123</sup>, da mangels Außenwirkung eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht nicht in Betracht kommt und die Tätigkeit in einer Berufungskommission ausschließlich objektiven Zwecken dient und nicht subjektive Rechte vermittelt<sup>124</sup>. Das ausgeschlossene Mitglied ist darauf beschränkt, der Rechtsaufsicht einen zu Unrecht erfolgten Ausschluss anzuzeigen<sup>125</sup>, die allerdings nicht einschreiten muss, da die staatliche Aufsicht allein dem allgemeinen öffentlichen Interesse dient und kein subjektives Recht vermittelt<sup>126</sup>.

#### d) Rügepflicht der Bewerberinnen und Bewerber

Bewerberinnen und Bewerber sind zur Vermeidung des Verlusts ihres Rügerechts gehalten, Gründe, die für den Ausschluss eines Mitglieds der Berufungskommission nach §§ 20 f. VwVfG sprechen, frühzeitig geltend und ggf. glaubhaft zu machen<sup>127</sup>, da sie sich sonst widersprüchlich verhalten würden. Unterbleibt das, kann die Fehlerhaftigkeit später nicht gerügt werden<sup>128</sup>, zumal „interessenwidriges Zuwarten die Plausibilität später

behaupteter Besorgnis und ihrer Gründe infrage stellen“<sup>129</sup>. Es gehört zu den Mitwirkungspflichten von Bewerberinnen und Bewerbern, den Verdacht der (Besorgnis der) Befangenheit unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu rügen, sogar im Rahmen der persönlichen Vorstellung<sup>130</sup>.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Berufungsverfahren in Teilen prüfungsähnlichen Charakter hat<sup>131</sup>, namentlich Lehrprobe und Vorstellungsvortrag. Eine Rüge noch während der persönlichen Vorstellung als prüfungsähnliche Situation zu fordern, erscheint mithin überzogen<sup>132</sup>.

### IV. Befangenheit in Berufungsverfahren im Lichte des Fachprinzips

#### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Fachprinzips

Zwar besteht kein Kooptationsrecht der Hochschule, und der zuständigen staatlichen Stelle (Ministerium bzw. Hochschulleitung) kommt bei der Ernennung von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern ein eigenes Ermessen zu<sup>133</sup>. Das Berufungsverfahren verwirklicht jedoch das Selbstergänzungsrecht der Hochschule (genauer: der Fakultät bzw. des Fachbereichs) und dient der Bestimmung der eigentlichen Träger der freien Forschung und Lehre innerhalb der Universität<sup>134</sup>. Es ist deshalb mit der Garantie der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG besonders eng verknüpft<sup>135</sup>. Der Hochschule steht daher grundsätzlich eine verfassungsrechtlich geschützte Beurteilungskompetenz über die Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber zu<sup>136</sup>. Auch geht es um das Recht der Selbstbestimmung der Hochschule<sup>137</sup>. Aus Art. 33 Abs. 2 GG ergibt sich zudem die Anforderung an eine fachlich-disziplinär kompetente

120 Geis, OdW 2020, S. 23, 28. Vgl. aber VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, zu den Rechten des Mitglieds.

121 Herrmann/Tietze, LKV 2015, S. 337 m. w. N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

122 Kopp/Ramsauer, VwVfG § 21 Rn. 25b.

123 Anders VG Hannover, B 19.6.2003, 6 B 2398/03, das ein durchsetzbares subjektives organschaftliches Recht eines Mitglieds einer Berufungskommission annimmt, das fehlerhaft wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen wurde; vgl. auch Wendelin, Der Hochschulverfassungsstreit – subjektive Organrechte im Binnenbereich der Hochschule und deren verwaltungsprozessuale Behandlung, Baden-Baden 2010, 2010, S. 52 f.

124 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

125 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 618.

126 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

127 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 37 ff.; OVG RhPf, B 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 11 – juris; OVG MV, B 21.4.2010, 2 M 14/10; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

128 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619; anders aber und gegen ein Verwirken des Rügerechts Geis, OdW 2020, S. 23, 27 mit ausführlicher Begründung.

129 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 40; Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 619.

130 BayVGH, B 1.2.2022, 3 CE 22.19, Rn. 5.

131 Nach Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 610, handelt es sich bei der Berufung einer Hochschullehrerin oder eines Hochschullehrers um eine Prüfungsentscheidung, vgl. auch Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 2 Rn. 127-129.

132 Kuntze/Beichel-Benedetti, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 21 Rn. 42: „Während einer mündlichen Prüfung ist die Geltendmachung grundsätzlich unzumutbar.“ m. w. N.

133 BVerwG, U 9.5.1985, 2 C 16.83.

134 BVerfGE 35, 79; Neuhäuser, Formelle Vorgaben des Art. 33 GG für die Berufung von Hochschullehrern, Wissenschaftsrecht 2012, S. 248, 267 m. w. N.

135 BVerfGE 35, 79.

136 OVG RhPf, B 6.8.2018, 2 B 10742/18, Rn. 5 – juris; Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 1; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 250 (96. EL November 2021).

137 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252; Geis, Das Selbstbestimmungsrecht der Universitäten, Wissenschaftsrecht 2004, S. 2 ff.



Zusammensetzung der Berufungskommission, die in der Lage ist, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung wissenschaftsadäquat zu beurteilen<sup>138</sup>. Bei der Berufungskommission liegt die fachliche Einschätzungsprärogative, die die Bewertung der fachlichen Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber umfasst und der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, solange die Anforderungen aus der Stellenausschreibung gewahrt bleiben und keine sachfremden Erwägungen in die Entscheidung eingehen<sup>139</sup>. Gärditz betont, dass allein die Mehrheit von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern nicht reiche: „Es muss sich vielmehr zur Sicherung einer wissenschaftsadäquaten Auswahl auch um eine Mehrheit fachlich-disziplinar kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer handeln.“<sup>140</sup> Die wissenschaftlich-fachliche Beurteilung sei „unvertretbar an die Beurteilung durch Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der jeweiligen Disziplin gebunden und kann nicht extern ersetzt werden“<sup>141</sup>. Zwar ist die Beteiligung externer Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht ausgeschlossen und teils landesgesetzlich oder satzungsmäßig sogar gefordert. Sie muss aber aus verfassungsrechtlichen Gründen begrenzt sein<sup>142</sup>. Externe Mitglieder einer Berufungskommission könnten insoweit „eine bereits durch interne Mitglieder sichergestellte Hochschullehrermehrheit nur ergänzen“, so Gärditz<sup>143</sup>. Eine Ausnahme hiervon kommt nur dann in Betracht, wenn die Hochschule aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, die erforderliche Mehrheit der fachlich-disziplinären Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer selbst zu stellen<sup>144</sup>, namentlich wenn „fachlich kompetente Mitglieder der Hochschule, an der das Berufungsverfahren stattfindet, wegen Befangenheit (nach den im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegenden §§ 20, 21 VwVfG) an einer Mitwirkung gehindert sind [...]“<sup>145</sup>.

In fachlich heterogenen Fakultäten kommt der Gewährleistung der Fachlichkeit in der Berufungskommission eine besondere Bedeutung zu, denn wegen der regelmäßig fehlenden fachlichen Nähe der Mehrheit der Mitglieder des Fakultätsrats ist ein Abweichen vom Vo-

tum der Berufungskommission bei der Entscheidung über den Berufungsvorschlag erschwert<sup>146</sup>. Das vorab festgelegte Verfahren und die Organisation der Entscheidungsfindung stellen die Legitimität der Entscheidungen her. Hieraus ergeben sich Anforderungen an die fachliche Zusammensetzung der zur Entscheidung berufenen Organe und mithin auch der entscheidungsvorbereitenden Gremien<sup>147</sup>.

## 2. Widerstreit von Fachprinzip und Prinzip der Neutralität und Objektivität

Der Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG kann dazu führen, dass die korrekte Zusammensetzung der Berufungskommissionen und die Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Fachprinzips durch eine ausreichende Anzahl von fachlich-disziplinär kompetenten Mitgliedern der Hochschule gefährdet ist. Hierdurch kann der Bewerbungsverfahrensanspruch genauso verletzt werden wie durch die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Befangenheit.

Gerade „große“ Disziplinen sind durch eine zunehmende Spezialisierung und Ausdifferenzierung gekennzeichnet, die trotz einer gemeinsamen Sprache eine Bewertung insbesondere der aktuellen Forschung anderer Teildisziplinen als der eigenen fast unmöglich macht. Zugleich werden die wissenschaftlichen Kooperationen intensiviert. Je nach Fachkultur publiziert eine Vielzahl von Autorinnen und Autoren gemeinsam. Dies kann im Extremfall zum Ausschluss aller fachnahen Mitglieder einer Berufungskommission führen, vor allem dann, wenn eine große Zahl von Bewerbungen eingegangen ist. Ersatzmitglieder zu finden, stellt sich in der Praxis daher nicht nur für kleine Fächer als schwierig dar.

Verschärft werden kann das Problem dadurch, dass die Hochschulen zur Sicherung einer ganzheitlichen strategischen Ausrichtung Auflagen hinsichtlich der Bildung von Berufungskommissionen erlassen haben. Oft sollen neben den fachnahen Mitgliedern auch Hochschullehrerinnen oder Hochschullehrer benachbarter Fächer oder anderer Fakultäten stimmberechtigt in der Berufungskommission mitwirken, die Anzahl stimmbere-

138 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250; Burgil/Hagen, OdW 2021, S. 1-6.

139 BayVG, B 11.8.2010, 7 CE 10.1160, Rn. 28 – juris.

140 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 250.

141 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 251. Vgl. auch Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, S. 484 f.

142 Ausführlich hierzu Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

143 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 252.

144 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253.

145 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 253 m. w. N.

146 Vgl. BVerwG, NVwZ 1994, S. 1209 für die Entscheidung in Habilitationsverfahren.

147 Vgl. ausführlich Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 480, und zum Fachprinzip S. 478 ff. (auch mit einer Erörterung der Notwendigkeit schon eines gemeinsamen sprachlichen Verständnisses zum fachlich-disziplinären Austausch).

rechtigter Hochschullehrerinnen soll eine bestimmte Quote nicht unterschreiten und Kommissionen sollen eine gewisse Größe haben, um die Auswahlentscheidung nicht nur in einem exklusiven Kreis vorzubereiten.

Um dem Ausfall fachnaher Mitglieder in der Berufungskommission zu begegnen reicht es nicht aus, auf die fachnahen Gutachterinnen und Gutachter zu verweisen, denn die Berufungskommission muss sich mit den Gutachten fachlich eingehend auseinandersetzen und diese bewerten können. Externe Einschätzungen dürfen nicht schematisch übernommen werden, sondern müssen durch die Berufungskommission differenziert bewertet und ggf. auch verworfen werden<sup>148</sup>.

Zwar können Professorinnen und Professoren aus Nachbarfächern oder anderen Teildisziplinen in die Berufungskommission berufen werden. Wenn die Kommission aber nicht aus Fachleuten besteht, sondern nur aus Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern mit nahen Fachgebieten, dann ist die verfassungsrechtlich gebotene fachliche Einschätzungsprerogative der Berufungskommission nicht mehr gewährleistet. Auch in der überwiegenden Besetzung durch externe Mitglieder ist eine Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit zu sehen, denn Art. 5 Abs. 3 GG garantiert das Selbstergänzungsrecht der Kollegien, das mit einer solchen „Externalisierung“ der Entscheidung ausgehebelt würde.

Das dauerhafte Ausscheiden von Mitgliedern wegen (der Besorgnis der) Befangenheit kann somit dazu führen, dass in der Berufungskommission zwar noch die Hochschullehrermehrheit gegeben ist, aber nicht mehr hinreichend fachlich-disziplinär kompetent oder nicht mehr hinreichend durch Mitglieder der eigenen Hochschule.

### 3. In der Praxis anzutreffende Vorgehensweisen

In Berufungsverfahren ist nach alledem sicherzustellen, dass von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen oder Personen, bei denen Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, und dennoch eine ausreichende Anzahl fachlich-disziplinär kompetenter Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer der eigenen Hochschule mitwirken. Die Auswirkungen eines Ausschlusses fachlich-disziplinär kompetenter Mitglieder der Kommission hängen dabei auch vom Stand des Berufungsverfahrens ab.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung des Fachprinzips und dem Erfordernis eines unparteiischen und unvoreingenommenen Verfahrens tritt bereits bei der ersten Sichtung der Bewerbungen zutage: Bei einer breiten Denomination und entsprechend zahlreichen Bewerbungen ist es nahezu die Regel, dass Mitglieder der Berufungskommission mit mindestens einer Bewerberin oder einem Bewerber gemeinsam publiziert haben oder ein anderer Grund besteht, Befangenheit zu besorgen. Wenn bereits jetzt ein Mitglied wegen der Besorgnis der Befangenheit dauerhaft ausscheiden muss, obgleich schon offensichtlich ist oder nach einer ersten Sichtung klar wird, dass die dafür ursächliche Bewerbung nicht weiter berücksichtigt wird, so geht der Kommission wichtiges Fachwissen verloren, das für das weitere Verfahren und die engere Auswahl womöglich vonnöten wäre, um die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG zu gewährleisten.

In der Praxis wird hiermit, wie eingangs erwähnt, unterschiedlich umgegangen. Allen Ansätzen zur Auflösung des Dilemmas „Befangenheit – Fachprinzip“ ist jedoch gemein, dass ein Mitglied der Berufungskommission vom weiteren Verfahren jedenfalls dann vollständig und dauerhaft auszuschließen ist, wenn die den Ausschluss auslösende Bewerbung in die engere Wahl kommt<sup>149</sup>. Der Ausschluss von befangenen Mitgliedern bei der Beratung und Entscheidung über die jeweils die Besorgnis der Befangenheit indizierende Bewerbung im Zuge der Vorauswahl, ist gängige Praxis und in den Leitfäden mehrerer Hochschulen auch explizit vorgesehen. Wie aber ist zu verfahren, wenn sich z. B. eine Koautorin oder ein Koautor eines Kommissionsmitglieds bewirbt und bereits bei der Vorauswahl ausscheidet: Erledigt sich damit die Besorgnis der Befangenheit und kann das ausgeschlossene Mitglied durch einen *actus contrarius* wieder Mitglied der Kommission werden<sup>150</sup>?

In der Praxis sind im Wesentlichen die drei folgenden Vorgehensweisen anzutreffen:

a) Vorgehensweise A: dauerhafter, vollständiger Ausschluss

Das betroffene Kommissionsmitglied wird aus dem gesamten weiteren Verfahren ausgeschlossen<sup>151</sup>.

148 VG München, B 8.7.2010, M 3 E 09.3182.

149 Vgl. *Epping/Nölle*, in: *Epping, NHG*, § 26 Rn. 63.

150 *Geis*, *OdW* 2020, S. 23, 28.

151 So RWTH Aachen (*Handbuch Berufungsverfahren* vom 1.3.2019), TU Berlin (*Berufungsordnung* vom 16.1.2019), TU Dortmund (*Berufungsleitfaden* mit Stand vom Juli 2013), Universität Freiburg (*Leitfaden zu Berufungsverfahren* vom 1.8.2016),

Universität zu Köln (*Grundsätze der Universität zu Köln zu Fragen der Befangenheit* vom 7.6.2018), Universität Leipzig (*Berufungsordnung* vom 2.1.2019), Universität Stuttgart (*Handreichung des Rektorats zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren* mit Stand vom Februar 2011). Siehe hierzu auch *Burgi/Hagen*, *OdW* 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

Dies wird auch damit begründet, dass ein Ausschluss abschließend sei, und die mögliche Befangenheit nicht mit dem Ausscheiden beispielsweise der eigenen Schülerin oder des eigenen Schülers ende, sondern deren Lehrerin oder Lehrer den Ausschluss als Affront verstehen und dann „Retourkutschen im weiteren Verfahren fahren könne“<sup>152</sup>. In Teilen wird der dauerhafte Ausschluss bzw. ein Mitwirkungsverbot gefordert, um sachfremde Verwaltungsentscheidungen auch durch indirekte Einflussnahme zu verhindern. Die Vorgehensweise kann in der Praxis zur Auswechslung einer Vielzahl von Mitgliedern und damit auch zu einer fachlich-disziplinär nicht mehr kompetenten Besetzung der Berufungskommission führen<sup>153</sup>.

Will die Kommission dabei der Rechtsfolge des dauerhaften Ausscheidens von Mitgliedern entgehen, besteht das Risiko, dass sie die den Tatbestand gem. § 21 VwVfG und die die Besorgnis der Befangenheit begründenden Sachverhalte „großzügig“ auslegt bzw. nicht anwendet. Dies kann zu einer eher nachlässigen bzw. falschen und damit rechtswidrigen Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit führen und so der Integrität des Verfahrens schaden. Es kann darüber hinaus zu einer begründeten Konkurrentenklage und einer entsprechenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts führen. Rechtstechnisch betrachtet wird damit die unliebsame Rechtsfolge (Ausschluss von fachkundigen Mitgliedern) durch eine rechtlich kaum zu vertretende Einschränkung des Tatbestands der Besorgnis der Befangenheit vermieden.

Zugleich ist die Vorgehensweise geeignet, an den Hochschulen zu einem eher uneinheitlichen und kaum vorhersehbaren Verwaltungshandeln zu führen, das sich auch nicht damit begründen lässt, jeder Einzelfall liege anders. Richtig ist vielmehr, dass sich die in der Praxis anzutreffenden Sachverhalte durchaus in Fallgruppen kategorisieren lassen und nicht nachzuvollziehen ist, wa-

rum – selbst innerhalb ein und derselben Fachdisziplin – etwa gemeinsame Publikationen einmal zum Ausschluss führen und einmal nicht.

b) Vorgehensweise B: vorübergehender, partieller Ausschluss

Nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Rechtsfolge-seite wird das Problem gelöst, wenn der Ausschluss der betroffenen Person nur temporär und nur bzgl. der den Ausschluss auslösenden Bewerbung erfolgt<sup>154</sup>.

Wird Befangenheit besorgt, so dürfen die betreffenden Kommissionsmitglieder zwar an der Vorauswahl grundsätzlich mitwirken. Sie dürfen sich zu den Bewerbungen, die Anlass zum Ausschluss oder zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben, jedoch nicht äußern<sup>155</sup>. Außerdem haben sie während der Erörterung und Abstimmung über diese Bewerbungen den Sitzungsraum zu verlassen. Verbleibt die Bewerbung, die Anlass für den zunächst temporären Ausschluss gegeben hat, im Auswahlverfahren, so ist das betreffende Mitglied der Berufungskommission dauerhaft auszuschließen und ggf. zu ersetzen, andernfalls verbleibt das Mitglied in der Berufungskommission<sup>156</sup>. Eine Entscheidung über den vollständigen Ausschluss wird also erst nach der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung getroffen.

Ein solcher partieller Ausschluss verhindert zwar die direkte Bevorteilung oder Benachteiligung der betreffenden Bewerberinnen und Bewerber, nicht jedoch die indirekte Einflussnahme durch die – bewusst oder unbewusst – voreingenommene Bewertung der übrigen Bewerbungen<sup>157</sup>.

Nach Ansicht einiger Stimmen aus der Literatur ist eine solche Ausnahme nur dann zulässig, wenn sich weder national noch international Mitglieder für die Berufungskommission finden lassen, die nicht befangen sind<sup>158</sup>, was mindestens schwierig nachzuweisen sein wird.

152 So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

153 Kritisch hierzu Epping/Nölle, in: Epping, NHG, § 26 Rn. 63 ff.; Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

154 So Universität Bonn (Berufungsordnung vom 28.11.2018), Universität Braunschweig (Berufungsordnung vom 16.1.2019), Universität Frankfurt (Satzung zur Durchführung von Berufungsverfahren vom 27.7.2015), Universität Göttingen (Ordnung zur Qualitätssicherung in Berufungs- und Bestellungsverfahren i. d. F. vom 15.2.2018, zuletzt geändert am 20. und 28.5.2020), Universität Greifswald (Berufungsrichtlinie vom 26.6.2015), Universität Hamburg (Empfehlungen und Informationen zur Durchführung von Berufungsverfahren mit Stand vom Februar 2015), Universität Hannover (Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 31.1.2018), Universität Hohenheim (Richtlinie zur Regelung der

Befangenheit in Berufungsverfahren vom 6.2.2019), Universität Osnabrück (Berufungsordnung vom 9.11.2005, zuletzt geändert am 26.2.2020), Universität der Bundeswehr München (Leitfaden der Universität der Bundeswehr München zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren vom 10.6.2015), Universität Münster (Ordnung über das Verfahren zur Berufung von Professoren und Professorinnen und Junior-Professoren und Junior-Professorinnen vom 11.2.2008 in der Fassung vom 20.2.2018, abhängig vom Schweregrad). Siehe hierzu Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff. m. w. N.

155 Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, 2 ff.

156 So auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1. 3.

157 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

158 Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

Rechtlich ist die Möglichkeit der Rückkehr durch eine teleologische Reduktion der Vorschriften des VwVfG im Rahmen einer praktischen Konkordanz mit dem jeweiligen LHG möglich und wird von Hochschulen in ihren Berufsordnungen auch so geregelt<sup>159</sup>.

c) Vorgehensweise C: vorübergehender, vollständiger Ausschluss

Als dritte, vermittelnde Vorgehensweise<sup>160</sup> wird das betroffene Kommissionsmitglied für die gesamte Vorauswahl ausgeschlossen. Eine Rückkehr in die Berufungskommission kommt in Betracht, sofern die Bewerbung, die Anlass für den Ausschluss gab, im Ergebnis der Vorauswahl bzw. ersten Sichtung nicht weiter berücksichtigt wird<sup>161</sup>.

Auch diese Vorgehensweise ist nicht frei von Nachteilen: Wenn der vorübergehende Ausschluss mehrere fachkundige Mitglieder der Berufungskommission trifft, kann der Fall eintreten, dass die Kommission nicht mehr beschlussfähig oder für die Vorauswahl nicht ausreichend fachlich-disziplinär kompetent besetzt ist. Hier ist aber einzuwenden, dass die für die Vorauswahl erforderliche Beurteilung von Bewerbungen weit weniger Spezialkenntnisse erfordert als die Auswahl der einzuladenden oder zu begutachtenden oder danach der für den Berufungsvorschlag zu platzierenden Bewerberinnen und Bewerber. Auch mögen Mitglieder, die vom nur vorübergehenden Ausschluss betroffen waren – bewusst oder unbewusst – die verbleibenden Bewerberinnen und Bewerber im weiteren Verfahren unangemessen kritisch beurteilen. Die Berufungskommission ist jedoch nicht gehindert, erneut wegen Besorgnis der Befangenheit auszuschließen.

In der Praxis sind bei dieser und der vorhergehenden Vorgehensweise folgende Aspekte zu regeln:

- Was ist unter Vorauswahl<sup>162</sup> zu verstehen und wann endet diese? (z. B. erste Sichtung und Kategorisierung oder Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber)

- Zu welchem Zeitpunkt ist ein Wiedereintritt in die Kommission vorgesehen?

- Soll der Wiedereintritt automatisch erfolgen oder auf Beschluss der Berufungskommission oder in der gleichen Weise durch das die Berufungskommission einsetzende Organ (etwa den Fakultätsrat)?

- Soll der Wiedereintritt nur im Falle der Besorgnis der Befangenheit möglich sein oder auch für von Gesetzes wegen ausgeschlossene Personen?

#### 4. Rechtliche Bewertung

Zahlreiche Hochschulen haben satzungsrechtliche Regelungen erlassen, die dem Wortlaut der §§ 20 f. VwVfG vermeintlich entgegenstehen und den Wiedereintritt wie beschrieben vorsehen.

§ 20 Abs. 4 VwVfG ordnet nach seinem Wortlaut zwar eine nicht revidierbare Entscheidung an<sup>163</sup> und auch das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist fraglich. § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG („Das ausgeschlossene Mitglied darf bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht zugegen sein“) ist aufgrund unterschiedlichster Gegenstände und Varianten von Verwaltungsverfahren, auf die die §§ 20 f. VwVfG Anwendung finden, aber weniger eindeutig, als es zunächst scheint.

Sinn und Zweck der Regelungen dürfen daher bei der Auslegung – gerade auch angesichts der Mehrstufigkeit von Verwaltungsverfahren und der oben geschilderten Problemlagen – nicht außer Betracht bleiben.

Da die §§ 20 f. VwVfG sicherstellen sollen, dass Verwaltungsverfahren von unvoreingenommenen Entscheidungsträgerinnen und -trägern durchgeführt werden, erscheint eine teleologische Reduktion in der Weise sachgerecht, dass der Ausschluss (auch nur) soweit reichen muss, wie ein Befangenheitsgrund bzw. die Besorgnis der Befangenheit besteht. In Verwaltungsverfahren wird i. d. R. jedoch dann von einem Wegfall der Befangenheit ausgegangen werden können, wenn nach der Vorauswahl die Bewerbung nicht mehr berücksichtigt wird, die die Besorgnis der Befangenheit ausgelöst hatte<sup>164</sup>.

Eine teleologische Auslegung der Befangenheitsregelungen im Lichte der Wissenschaftsfreiheit und des Selbstergänzungsrechts der Fakultäten ist geboten<sup>165</sup>,

<sup>159</sup> Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617 m. w. N.

<sup>160</sup> So Universität Bayreuth (Leitfaden für Verwaltungsverfahren vom 12.1.2016), BTU Cottbus-Senftenberg (Berufsordnung vom 11.4.2018), Universität Duisburg-Essen (Berufungsleitfaden vom 26.2.2020, Vorgehensweise C bei Besorgnis der Befangenheit gem. § 21 VwVfG, jedoch vollständiger und dauerhafter Ausschluss bei Vorliegen von Gründen gem. § 20 VwVfG), PH Heidelberg (Richtlinie zum Umgang mit Fragen der Befangenheit in Verwaltungsverfahren vom 17.7.2013), Universität Kiel (Satzung zur Durchführung von Verwaltungsverfahren vom 2.2.2017, ein Mitglied kann vollständig oder nur zeitweise ausgeschlossen werden), Universität Potsdam (Berufsordnung vom 20.10.2014 i.

V. m. Berufsleitfaden, S. 6).

<sup>161</sup> Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

<sup>162</sup> Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, verwenden den Begriff der Vorauswahl etwas anders und verstehen hierunter eher den Schritt der Auswahl der einzuladenden Bewerberinnen und Bewerber und nicht die erste Sichtung.

<sup>163</sup> So Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

<sup>164</sup> Vgl. auch Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617, die eine Rückkehr als möglich ansehen, wenn die die Besorgnis auslösende Bewerbung nicht in den Kreis der Einzuladenden kommt.

<sup>165</sup> Wernsmann/Gatzka, DÖV 2017, S. 609, 617.

um ein faires und transparentes Auswahlverfahren zu gewährleisten, ohne dabei die für die Bestenauslese rechtlich gebotene Fachkunde der eigenen Hochschule übermäßig zu beeinträchtigen.

Hinsichtlich von Kommissionen zur Evaluierung bei Tenure-Track-Professuren wird in der Literatur eine Auslegung in ähnlicher Weise für möglich erachtet<sup>166</sup>: Da das die Befangenheitsregeln normierende (Landes-) VwVfG und das jeweilige LHG gleichrangige Normen seien und sich hier „gegenüberstehen“, seien die Befangenheitsvorschriften im Lichte der Aufgabe der Evaluierungskommission im Sinne praktischer Gesetzeskonkordanz auszulegen. Im Grundsatz wird eine solche teleologische Reduktion also für möglich und nötig gehalten.

Nach alledem ist Vorgehensweise C – aufgrund der Auslegung<sup>167</sup> von § 20 Abs. 4 Satz 4 VwVfG im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG – verfassungsrechtlich möglich und damit vorzuziehen.

Diese Vorgehensweise führt auch nicht zu einer tatbestandlichen Revidierung der Feststellung der Befangenheit, sondern nur zu einer temporären Beschränkung. Die Befangenheit eines Kommissionsmitglieds wird nur angenommen solange die Bewerbung, welche zur Besorgnis der Befangenheit Anlass gibt, für die Besetzung der Professur noch in Betracht kommt.

Auch dass das Berufungsverfahren beim Wiedereintritt bereits weiter fortgeschritten ist, spricht nicht gegen die Vorgehensweise C, denn das Wissen wird über die erforderliche Dokumentation der Kommissionsarbeit weitergegeben<sup>168</sup>. Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche Kommissionsmitglieder an sämtlichen Sitzungen und Beratungen teilgenommen haben. Unproblematisch ist schließlich, dass das zeitweise mitwirkende Ersatzmitglied (stellvertretendes Mitglied) bei Wiedereintritt des zunächst ausgeschiedenen Mitglieds wieder die Rolle des Ersatz- bzw. stellvertretenden Mitglieds einnimmt. Das wäre bei zeitweiser Verhinderung eines Mitglieds und dessen Sitzungsververtretung nicht anders.

166 Geis, OdW 2020, S. 23, 30, wengleich der Spielraum beschränkt sei, da §§ 20 f. VwVfG „weithin unmittelbarer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzip sind“.

167 Ausnahmen von der Anwendung der §§ 20 f. VwVfG bzw. von der Setzung der Rechtsfolge durch Verzicht auf den ggf. auch nur vorübergehenden Ausschluss befangener Amtsträgerinnen und -träger werden in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allenfalls dann als zulässig erachtet, wenn bei Würdigung der Bedeutung der gesetzlichen Ausschlussregelung und unter Anlegung eines strengen Maßstabs keine alternative Verfahrensgestaltung zumutbar ist, vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG § 20 Rn. 61 f. D. h. im Falle eines befangenen Mitglieds einer Berufungskommission müsste im Streitfall der Nachweis geführt werden, dass das Berufungsverfahren andernfalls mangels einer ordnungsgemäß besetzten Kommission nicht durchführbar gewesen wäre.

Eine gerichtliche Entscheidung zu der Vorgehensweise eines wegen „Wegfall der Befangenheit“<sup>169</sup> nur vorübergehenden Ausschlusses liegt – soweit ersichtlich – bislang nicht vor<sup>170</sup>. Bislang sind die Gerichte eher mit der Tatbestandsebene befasst und folgen hier sowohl den satzungsrechtlichen Vorgaben der Hochschulen als auch ihren Handreichungen und sonstigen Verwaltungsvorschriften.

Nach Abwägung der konkurrierenden Rechtsgüter könnte schon durch den Landesgesetzgeber die Möglichkeit des Wiedereintritts in die Berufungskommission für den Fall eröffnet werden, dass eine die Befangenheit indizierende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird. Jedenfalls könnte der Landesgesetzgeber für das Berufungsverfahren an Hochschulen spezielle Regelungen zur Befangenheit etwa im LVwVfG oder LHG treffen. Die Hochschulen wären dann nicht mehr auf eine verfassungsrechtlich gebotene Auslegung des LVwVfG angewiesen.

## V. Zusammenfassung

In Berufungsverfahren müssen die Berufungskommissionen rechtlich überprüfbar entscheiden, ob eines ihrer Mitglieder von Gesetzes wegen vom Verfahren ausgeschlossen ist oder wegen der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen ist. Der Bewerbungsverfahrenanspruch garantiert, dass wirtschaftliche Interessen, Verwandtschaft oder Freundschaft bzw. Feindschaft und im Wissenschaftsbereich darüber hinaus ein – auch früheres – akademisches Betreuungsverhältnis oder eine wissenschaftliche Zusammenarbeit oder Konkurrenz auf die Entscheidung keinen Einfluss haben. Schon den bösen Schein gilt es zu vermeiden.

Dabei muss ein Ausgleich mit dem Fachprinzip erfolgen: Das Prinzip des neutralen und unparteiischen Verfahrens konkurriert mit dem Prinzip des fachlich-disziplinar kompetenten Verfahrens zur Selbstergänzung der Fakultät. Es ist daher ebenfalls sicherzustellen,

168 OVG RhPf, Beschl. v. 28.9.2007, 2 B 10825/07, Rn. 10 – juris: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Kommissionsmitglieder während aller Verfahrensschritte kann nämlich nicht verlangt werden. Dies gilt auch im Hinblick auf Vorträge von Lehrstuhlbeverbern.“

169 Geis, OdW 2020, S. 23, 28.

170 Vgl. auch VG Ansbach, B 16.8.2016, AN 2 E 16.00307, das die Frage offenlässt. Auch Burgi/Hagen, OdW 2021, S. 1, erkennen hierzu keine einschlägige Rechtsprechung. Das VG Berlin, B 15.12.2017, 5 L 315/17, Rn. 18 – juris, zitiert Vorgehensweise B, ohne sie zu kritisieren. Das VG Potsdam, B 7.10.2020, 13 L 354/20, hat die Vorgehensweise B abgelehnt, weil die Berufungskommission an die im Berufungsleitfaden der Universität beschriebene Vorgehensweise gebunden sei und diese der Vorgehensweise C entspreche.

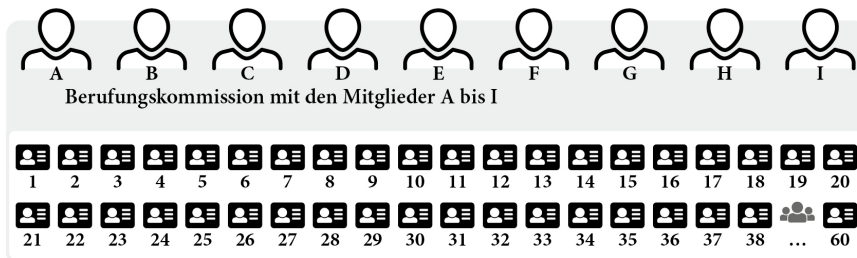
dass die fachliche Einschätzungsprärogative bei der fachlich-disziplinär kompetent zusammengesetzten Berufungskommission liegt.

Im Ergebnis ist der Landesgesetzgeber gefordert, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen. Andernfalls sind die Hochschulen gefordert, das Berufungsverfahren in ihren Berufsordnungen entsprechend auszugestalten. Jedenfalls müssen die Hochschulen die gesetzlichen Regelungen bei ihrer Anwendung verfassungskonform dahingehend auslegen, dass zwar bei der gesamten Vorauswahl (ersten Sichtung) der Bewerbungen Personen, deren Befangenheit zu besorgen ist, nicht mitwirken, eine Mitwirkung der fachlich-disziplinär kompetenten Mitglieder einer Berufungskommission bei der weiteren Auswahl aber dann wieder möglich

ist, wenn die die Befangenheit auslösende Bewerbung nach der Vorauswahl nicht weiter berücksichtigt wird.

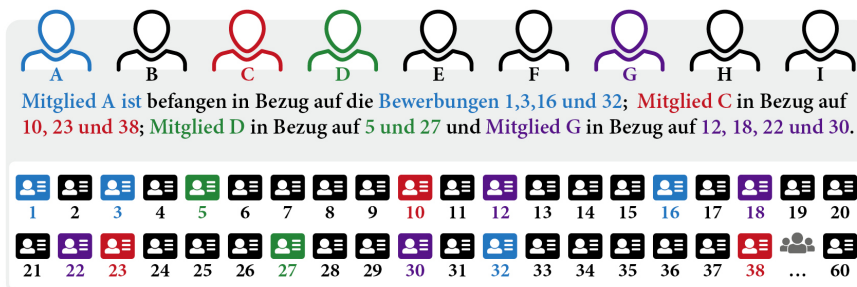
Mathias Neukirchen ist Director Academic Service des European University Institute in Florenz. Etienne Emmerich ist Professor an der Technischen Universität Berlin und Dekan der Fakultät II – Mathematik und Naturwissenschaften. Hendrik Büggeln ist Kanzler der Pädagogischen Hochschule Freiburg. Der vorliegende Beitrag gibt allein die Meinung und Auffassung der Autoren wieder.

1. Ausgangssituation nach Eingang der Bewerbungen



Bewerbungen 1 bis 60

2. Ergebnis der Prüfung gem. §§ 20 f. VwVfG



Bewerbungen 1 bis 60

3. (vorübergehender) Ausschluss von Mitgliedern aufgrund von §§ 20 f. VwVfG

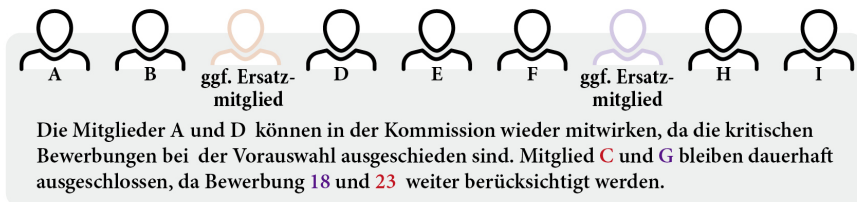


4. Ergebnis der Vorauswahl



16 Bewerbungen erfüllen die gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen. Die restlichen Bewerbungen erfüllen diese nicht oder wurden der Kategorie C (siehe Abb. 2) zugeordnet.

5. Wiedereintritt aufgrund von §§ 20 f. VwVfG ausgeschlossener Mitglieder



Grafik: fischwerk.de

Abb. 1 Umgang mit Befangenheit im Berufungsverfahren: vermittelnde Auslegung im Wege der praktischen Konkordanz (Vorgehensweise C) Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)

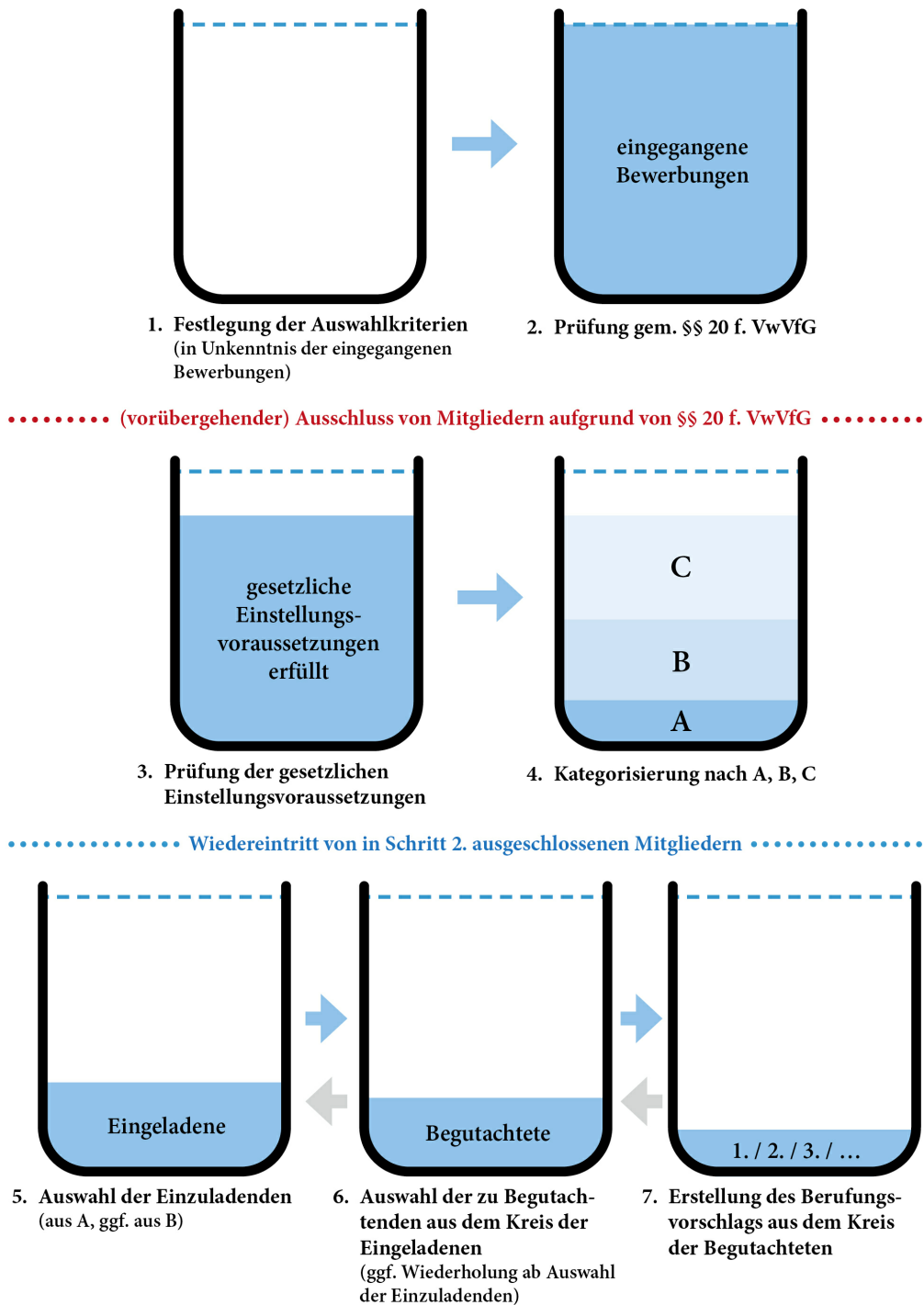


Abb. 2 Schematische Darstellung der Auswahlritte bei Vorgehensweise C  
Neukirchen, Emmrich, Büggeln (2022)



# Thomas Gergen

## *Der fakultative Aufsichtsrat einer zu Forschungszwecken gegründeten GmbH*

### I. Hinführung zum Thema

Ausgründungen aus den Hochschulen<sup>1</sup>, um wissenschaftliche Tätigkeiten zu vertiefen sowie zu vermarkten, siedeln zwischen Wissenschaftsfreiheit<sup>2</sup> und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen. Themen wie Beteiligung der Hochschulen an Gesellschaften<sup>3</sup> oder der Hochschullehrer als Unternehmer<sup>4</sup> sind in OdW bereits thematisiert worden. Eine GmbH mit der Beteiligung von Bund und Ländern sowie privaten Teilhabern, die oftmals, falls sie zahlreich und mit geringen Prozentsätzen am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind, die Gesellschafterversammlung „zersplittern“, benötigen zwar keinen Aufsichtsrat wegen ihrer reinen Forschungsorientierung (Umkehrschluss aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG<sup>5</sup>), d.h. wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient. Wurde ein Aufsichtsrat indessen freiwillig ins Leben gerufen, sind mithin die Arbeitnehmer u.a. nicht vertreten, so kann es dazu kommen, dass ein fakultativer Aufsichtsrat wenig handlungsfähig ist, sobald die Gesellschafteranzahl hoch und unübersehbar wird.

Welche Lösungen bieten sich an, um den „stakeholdern“ Ehre und Titel „Aufsichtsrat“ angedeihen zu lassen, ohne die ureigenen Funktionen dieses zwar nur fakultativen, aber in praxi wichtigen Organs einzuschränken?

### II. Großer Aufsichtsrat

#### 1. Obligatorischer versus fakultativer AR

Aus dem Umkehrschluss in § 52 Abs. 1 GmbHG, ergibt sich, dass eine GmbH nicht grundsätzlich einen (obligatorischen) Aufsichtsrat (AR) einrichten muss. Eine Ver-

pflichtung zur Bildung kann indes aus der Mitarbeiteranzahl resultieren.

§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ordnet den obligatorischen AR bei mehr als 500 Mitarbeitern an mit der Folge, dass der AR zwingend zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muss, m.a.W. hinsichtlich eines Drittels bestimmen die Arbeitnehmer die Mitglieder des AR, wobei keine Besonderheiten gelten im Hinblick auf die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, d.h. mindestens 3 sowie Höchstzahl gem. § 95 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG. Zu beachten sind jedoch die Ausnahmetatbestände nach § 1 Abs. 2 DrittelbG, in Sonderheit Nr. 2 a) Var. 6 DrittelbG, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, welches unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlichen Bestimmungen dient.

Wissenschaftliche Tätigkeit ist der nach Inhalt und Form ernsthafte Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Sie ist nach Aufgabenstellung und anzuwendender Arbeitsmethode darauf angelegt, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern.<sup>6</sup> Es spielt hierbei keine entscheidende Rolle, ob gleichzeitig mit der Verfolgung geistig-ideeller Vorstellungen auch ein Gewinnstreben verbunden ist. Es ist nach der h.M. des BAG unerheblich, ob es sich um grundlagen- oder anwendungsorientierte Forschung handelt. Eine an die angewandte Forschung anknüpfende Weiterentwicklung gehört insoweit ebenfalls zur Wissenschaft. Hingegen liegt gerade nicht wissenschaftliche Bestimmung in diesem Sinne vor, falls es sich um die bloße Anwendung erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen dreht. Solange bereits bekannte wissenschaftliche Methoden bei ihrer Anwendung nach Inhalt und Form ernsthaft und planmäßig im Sinne der Ermittlung der

1 Georg Sandberger, Hochschulrechtsreform in Permanenz. Zur Entwicklung des Hochschulorganisationsrechts seit der Jahrtausendwende, OdW 1 (2022), 1-22 (2, 10).

2 So jüngst die praktisch wichtigen Vorteile und Interessen hinsichtlich der Daten: Daniel Becker, Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO, OdW 2 (2022), 103-114 sowie für das Immaterialgüterrecht Linda Kuschel, Urheberrecht und Forschungsdaten, OdW 1 (2020), 43-52, hier 49-51 und Bernhard Ulrici, Geistiges Eigentum in Forschungsverbänden OdW 2 (2018), 129-158.

3 So bereits Ilse-Dore Gräf, Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten, OdW 4 (2014), 241-246 sowie Dennis Hillemann / Tanja Wittig, Die EU-beihilferechtliche Trennungsrechnung in

der Wissenschaft – Überblick und aktuelle Rechtsfragen, OdW 2 (2019), 169-178.

4 Georg Sandberger, Hochschulgovernance statt Unternehmerischer Hochschule? Zu den Empfehlungen des Wissenschaftsrats, OdW 3 (2019), 137-150.

5 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG) vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974).

6 BAG 9. Dezember 2015 - 7 AZR 117/14 - Rn. 30; 29. April 2015 - 7 AZR 519/13 - Rn. 21 mwN; 1. Juni 2011 - 7 AZR 827/09 - Rn. 35, BAGE 138, 91; 19. März 2008 - 7 AZR 1100/06 - Rn. 33, BAGE 126, 211.

Wahrheit weiterentwickelt werden, handelt es sich immer noch um eine wissenschaftliche Betätigung.<sup>7</sup> Der bloße Einsatz wissenschaftlicher Methoden reicht dagegen nach der Rechtsprechung des BAG nicht aus, um für ein Unternehmen Tendenzschutz zu begründen,<sup>8</sup> ergo ein „Tendenzbetrieb“ i.S.d. § 118 BetrVG. Bei einem Public-Private-Partnership liegt zwar eine Sonderstellung in der Forschungslandschaft vor. Sobald die öffentliche Hand dafür Sorge trägt, dass gemeinwohlorientierte Ziele beachtet werden, schwenkt die Betrachtung wieder um zur Gemeinwohlorientierung. Dafür streitet oftmals die Nähe zu den Hochschulen und die Mitwirkung der Studierenden und Professorenschaft an Forschungsprojekten. Dabei reicht das Spektrum von öffentlich geförderten Forschungsvorhaben mit Grundlagencharakter bis hin zum Industrieprojekt mit einer konkreten Anwendung. Gegen das Vorliegen eines Tendenzbetriebes i.S.v § 118 Abs. 1 BetrVG und § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 MitbestG spricht auch nicht, wenn mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. In diesem Fall greift ebenfalls die Ausnahmeregelung für Unternehmen mit unmittelbar oder überwiegend wissenschaftlicher Bestimmung (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 Var. 6 MitbestG), welche die jeweilige Forschungs-GmbH von der Pflicht zur Bildung eines obligatorischen AR zu befreien vermag.

Aus dem Gesellschaftsvertrag (Satzung) resultiert indes, ob ein AR eingerichtet werden soll. Beim fakultativen AR steht es den Gesellschaftern frei, dessen Kompetenzen, mit Ausnahme der zwingenden Überwachungsaufgabe, in der Satzung festzulegen, wobei die Kompetenz für Grundsatzentscheidungen weiterhin bei der Gesellschafterversammlung zu liegen hat.

## 2. Ausgangslage

In der Ausgangslage ist die Größe des AR mit manchmal mehr als 40 oder 50 Mitgliedern (auch wenn der ein oder andere Teilhaber darauf verzichtet, Vertreter in den AR zu entsenden) oftmals problematisch, weil sie eine effiziente Arbeit des Gremiums lähmt. Im Hinblick auf Aufnahme weiterer Gesellschafter kann diese Lage sogar an Schwierigkeit zunehmen. Das Dilemma besteht also darin, dass wesentliche Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse beim, wenn auch fakultativen AR ruhen, gleichwohl in den AR-Sitzungen regelmäßig nicht alle Themen abschließend erörtert werden können. Es finden obendrein jährlich oftmals lediglich zwei, allenfalls vier AR-Sitzungen statt. Eine Erhöhung der Anzahl mildert das Problem, die Aufgabenfülle zu bewältigen, löst es aber nicht, weil das Gremium zahlen-

mäßig zu umfangreich ist. Ein aus der Mitte des AR heraus gebildeter Ausschuss – mitunter Geschäftsführender AR genannt, was begrifflich wegen „Geschäftsführung“ zu Verwechslungen führen kann - zur Erledigung des „Tagesgeschäfts“ vermag nur in Ausnahmefällen abschließend zu entscheiden, stehen doch grundsätzlich Geschäfte und Maßnahmen des Geschäftsführenden Ausschusses (GA) unter dem Vorbehalt des AR. Eine Reorganisation der Zusammenarbeit bedarf daher in solchen Konstellationen der gründlichen Rechtsanalyse.

## III. Idee der Verkleinerung

### 1. Grundkonzeption

Der AR wird verkleinert, die Anzahl der von den Gesellschaftern entsandten AR-Mitglieder reduziert. Es gibt je ein Entsenderecht für die öffentlich-rechtlichen Einheiten (also Hochschulen) sowie die gleiche Anzahl Vertreter der Industrie-Gesellschafter. Die Vertreter der Industrie-Gesellschafter werden von der Gesellschafterversammlung (GV) auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt. Versetzte Amtsperioden, um sicherzustellen, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind, bieten sich idealerweise an. Der GA bleibt und wird ergänzt durch ein neues Gesellschaftergremium, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen bzw. wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- und Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt beim AR. An Sitzungstagen tagen sowohl der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

### 2. Anwendbarkeit des FüPoG II

#### a) Inhalt des FüPoG II und seine Auswirkungen auf Forschungs-GmbHs

Klärungsbedürftigkeit besteht hinsichtlich der Anwendung des FüPoG II, das ausgeschrieben lautet: Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, welches am 12. August 2021 in Kraft getreten ist. Das FüPoG II sieht nicht nur erstmals eine gesetzliche Mindestbeteiligung von Frauen und Männern in großen Vorstandsgremien vor, sondern führt auch eine Begrün-

7 BAG Beschluss vom 21. Juni 1989 - 7 ABR 58/87, NZA 1990, 402 (404).

8 BAG Beschluss vom 21. Juli 1998 - 1 ABR 2/98, Leitsatz 4.

dungspflicht für die Festlegung der Zielgröße Null ein<sup>9</sup>. Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FüPoG II wohl in den meisten Fällen außen vor, außer der Bund verfügt über eine Mehrheitsbeteiligung, worüber der Beteiligungsbericht des Bundes Auskunft erteilt<sup>10</sup>. §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FüPoG II führen dann zur Geltung des FüPoG II auch für einen fakultativen AR einer Forschungs-GmbH.

Schon das am 1. Mai 2015 in Kraft getretene „Erste Führungspositionen-Gesetz“ (FüPoG) verfolgte den Zweck, den Anteil von Frauen an Führungspositionen vornehmlich in der Privatwirtschaft zu steigern, indem die fixe Quote für Aufsichtsräte börsennotierter und zugleich paritätisch mitbestimmter Unternehmen eingeführt wurde (für die AG § 96 Abs. 2 AktG, für die GmbH § 52 Abs. 2 GmbHG). Für die Leitungsebene und den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsleitung börsennotierter oder mitbestimmter Unternehmen gab es noch keine fixe Quote, sondern lediglich die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen (sog. flexible Quote; vgl. für die AG §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG und für die GmbH § 36 GmbHG).

Besteht der Vorstand einer börsennotierten AG, die dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt (= 2001 Mitarbeiter und mehr), aus mehr als drei Personen, so muss künftig mindestens eine Frau und mindestens ein Mann Mitglied des Vorstands sein. Eine Bestellung eines Vorstandsmitglieds unter Verstoß gegen dieses Beteiligungsgebot ist nichtig (§ 76 Abs. 3a AktG). Nach der Übergangsvorschrift im Einführungsgesetz zum AktG ist das Beteiligungsgebot aus § 76 Abs. 3a AktG seit dem 1. August 2022 bei der Bestellung einzelner oder mehrerer Vorstandsmitglieder einzuhalten. Bestehende Mandate können bis zu ihrem vorgesehenen Ende wahrgenommen werden (§ 261 EGAktG).

Der Vorstand einer börsennotierten oder mitbestimmten AG muss für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands Zielgrößen festlegen (§ 76 Abs. 4 Satz 1 AktG). In der Praxis üblich waren und sind Prozentangaben. Diese Vorgabe wird durch das FüPoG II konkretisiert und verschärft: Künftig müssen die Zielgrößen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 76 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Legt der Vorstand für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, plant er mithin für den folgenden Festlegungszeitraum keine Frau auf

den beiden unteren Führungsebenen ein, so muss er nunmehr diesen Beschluss klar und verständlich begründen (§ 76 Abs. 4 Satz 3 AktG). Die Zielgröße Null bleibt also nach wie vor zulässig. Gesetzgeberisches Ziel ist es jedoch, den Frauenanteil in Führungspositionen durch die Begründungspflicht<sup>11</sup> zu erhöhen.

Der AR einer AG, die börsennotiert ist oder der Mitbestimmung unterliegt, legt für den Frauenanteil im AR und im Vorstand Zielgrößen fest (§ 111 Abs. 5 Satz 1 AktG): Die Zielgrößen müssen die für den AR und den Vorstand jeweils angestrebte Anzahl der Frauen und den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 111 Abs. 5 Satz 2 AktG). Legt der AR für den AR oder den Vorstand die Zielgröße Null fest, so hat er diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen (§ 111 Abs. 5 Satz 3 AktG). Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 111 Abs. 5 Satz 4 AktG). Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre lauten. Wenn für den AR bereits das Mindestanteilsgebot nach § 96 Abs. 2 oder 3 gilt, sind die Festlegungen nur für den Vorstand vorzunehmen. Gilt für den Vorstand das Beteiligungsgebot nach § 76 Abs. 3a, entfällt auch die Pflicht zur Zielgrößensetzung für den Vorstand (§ 111 Abs. 5 Satz 5 bis 9 AktG).

Die Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH müssen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen festlegen. § 36 Satz 1 GmbHG wurde durch das FüPoG II – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 2 AktG – um folgenden Satz 2 ergänzt: „Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen.“ Somit gilt das zur AG Ausgeführte. Legen die Geschäftsführer für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, so haben sie – analog zu § 76 Abs. 4 Satz 3 AktG – diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 36 Satz 4 GmbHG).

Ist nach dem DrittelbG ein AR zu bestellen, so legt die Gesellschafterversammlung für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest, es

<sup>9</sup> Gesetz vom 7. August 2021 (BGBl I 2021 S. 3311).

<sup>10</sup> Löwisch/Joher, Relevanz des FüPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, OdW 2022,

147-154, hier S. 148.

<sup>11</sup> Siehe im Detail die Erwägungen in § 76 Abs. 4 Satz 4 AktG.

sei denn, sie hat dem AR diese Aufgabe übertragen (§ 52 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ein AR zu bestellen, so legt dieser für den Frauenanteil im AR und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest (§ 52 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen (§ 52 Abs. 2 Satz 3 GmbHG).

Wird für den AR oder unter den Geschäftsführern die Zielgröße Null festgelegt, so ist dieser Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen (§ 52 Abs. 2 Satz 4 und 5 GmbHG). Hinsichtlich der Anforderungen an die Begründung gilt das zu § 76 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG Ausgeführte entsprechend.

Bei einer Forschungs-GmbH bleibt das FöPoG II nur dann außen vor, wenn der Bund keine Mehrheitsbeteiligung hält resp. die Länder, die über §§ 393 a Abs. 3 AktG und § 77a Abs. 4 GmbHG entsprechende Regeln beschließen können<sup>12</sup>.

#### b) Fakultativer AR als wesentliches Gremium gemäß BGremBG

AR und ggf. der aus ihm bestimmte geschäftsführende Ausschuss (GA) stellen u.U. ein wesentliches Gremium gemäß Bundesgremienbesetzungsgesetz dar<sup>13</sup>. So führen §§ 77a Abs. 3 GmbHG, 96 Abs. 2 AktG, Art. 10 Abs. 3 FöPoG II auch zur Geltung für einen fakultativen AR bzw. den GA.

Wesentliche Gremien sind nach § 3 Nr. 2 BGremBG solche, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat, sowie solche, die wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von den in § 3 Nr. 3 näher genannten Institutionen des Bundes (Bundesregierung, Bundeskanzleramt, Bundesministerien, Bundesbeauftragte, bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts ohne Recht auf Selbstverwaltung) bestimmt worden sind. Vom Bund zu bestimmen sind nach § 3 Nr. 4 Mitglieder, welche die Institutionen des Bundes einzeln oder gemeinsam in ein Aufsichtsgremium oder in ein wesentliches Gremium unmittelbar und rechtsverbindlich wählen, berufen, ent-

senden oder für ein solches Gremium vorschlagen können.

Nach § 4 Abs. Satz 1 BGremBG sollen in jedem Aufsichtsgremium mit mindestens zwei vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern unter diesen Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, darf das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen. Dies gilt für Neuwahlen, Berufungen und Entsendungen, wobei bestehende Mandate bis zu ihrem Ende wahrgenommen werden können (Abs. 2).

Nach Abs. 3 des durch Art. 10 FöPoG II in das GmbHG eingefügten neuen § 77a gilt § 96 Abs. 2 AktG entsprechend auch für die Zusammensetzung des AR einer GmbH mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes unabhängig von einer Geltung des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes.

AGs und GmbHs, auch wenn für sie nicht eines der in § 393 a AktG oder § 77a GmbHG genannten Mitbestimmungsgesetze, sondern nur das DrittelbG gilt, unterfallen nunmehr nach richtiger Ansicht grundsätzlich der Regelung des § 96 Abs. 2 AktG<sup>14</sup>.

Die Mehrheitsbeteiligung des Bundes genügt obendrein als Anwendungsvoraussetzung für das FöPoG II, ohne Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl. Auf die Arbeitnehmerzahl kommt es nur in dem in § 393 a Abs. 1 Nr. 3 AktG und § 77 a Abs. 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Ausnahmefall einer mittelbaren Beteiligung des Bundes an. Denn das FöPoG II soll zurecht überall dort Anwendung finden, wo dem Bund Regelungsbefugnisse zukommen, eine geschlechtergerechte Aufteilung der AR-Sitze zu erreichen. Für das Gewicht dieses Ziels spielt die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer keine Rolle. Dass Aufsichtsräte in nicht mitbestimmten GmbHs ihre Basis allein im Gesellschaftsvertrag haben, ändert daran nichts.

Zwar führt die für einen solchen AR maßgebende Verweisungsvorschrift des § 52 Abs. 1 GmbHG den § 96 Abs. 2 AktG nicht auf. Doch ist dieser Verweis in der in das GmbHG eingefügten zwingenden Bestimmung des § 77a Abs. 3 GmbHG enthalten. Ungereimt wäre es, könnte sich der Bund in Gesellschaften, an denen er mit Mehrheit beteiligt ist, dem von ihm aufgestellten Mindestanteilsgebot durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag entziehen<sup>15</sup>.

12 *Löwisch/Jocher*, Relevanz des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen, *OdW* 2022, 147-154, hier S. 152-153.

13 Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (Bundesgremienbesetzungsgesetz - BGremBG), Gesetz

vom 24. April 2015 (BGBl I S. 642).

14 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151; dagegen: *Alexander Stöhr*, Die Auswirkungen des FöPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, *ZIP* 2021, 2267 (2271).

15 *Löwisch/Jocher*, *OdW* 2022, 151.

Der Tendenzcharakter von Forschungseinrichtungen bietet angesichts des Ziels der geschlechtergerechten Aufteilung der AR-Sitze keinen Grund, die direkte oder entsprechende Anwendung von § 96 Abs. 2 AktG auszuschließen, so dass sich auch die Aufsichtsräte von Bundesdominierten Forschungseinrichtungen, die als GmbH organisiert sind, zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen müssen.

Fraglich bleibt noch, ob eine Mehrheitsbeteiligung von Bund und Ländern zu berücksichtigen ist, wenn auch die Länder sich für gleiche Regeln entschieden haben. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut, der nur vom Bund ausgeht. Allerdings verkennt man den Sinn und Zweck der Vorschrift, die von staatlicher Beteiligung ausgeht, wozu in der Bundesrepublik auch die in der Forschung beteiligten Bundesländer zählen; daher sind auch sie in die Beteiligung einzubeziehen, zumindest in fiktiver Berechnung einer Mehrheit des Bundes. Dafür spricht auch, dass die Länder wegen des föderalen Gefüges wiederum Teil des Bundes sind.

Reine Forschungs-GmbHs ohne Mehrheitsbeteiligung des Bundes (sowie der Länder bei Bund-Länder-Beteiligung) bleiben im Ergebnis von der Anwendung des FÜPoG II ausgespart. Liegt Mehrheitsbeteiligung im weiteren Sinne vor, können indes der Mitbestimmungsaspekt und der Tendenzcharakter keine Rolle mehr spielen.

### 3. Schwierigkeiten der Verkleinerung

Sicherlich kann der AR verkleinert werden, was allerdings Grenzen aufweist: Zunächst das Entsenderecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften (z.B. Bundesländer, Kommunen, Bund) sowie Universitäten und andere Forschungsinstitute mit öffentlicher Beteiligung. Industrie-Gesellschafter möchten obendrein bald die Visitenkarte „AR“ nicht aufgeben, bald nicht immer an den Sitzungen teilnehmen, auch wenn sie Vertreter auswechseln dürfen. Die Idee, der Begrenzung auf eine Amtsperiode oder der Einführung versetzter Amtsperioden schafft auf den ersten Blick Abhilfe, denn dadurch kann sichergestellt werden, dass zu jedem Zeitpunkt eingearbeitete Mitglieder im AR vertreten sind. Sie wird allerdings vielfach abgelehnt, da der Verlust des direkten Kontakts zu einzelnen Gesellschaftern oder sogar Austritte aus dem Kreis der Gesellschafter zu befürchten sind, weil das Engagement der Gesellschafter oft allein an den Vertretern im AR hängt. Die Idee der Verkleinerung birgt die Gefahr, dass sich immer dieselben Gesell-

schafter im verkleinerten AR engagieren und um eine Mitarbeit bewerben. Eine Verkleinerung des AR kann die Rolle der GV stärken und ihr neues Handlungsbewusstsein geben. Eine Rotation der AR-Mitglieder nach einem vorgegebenen Schema ist u.U. eine Option und bedarf einer sehr feingliedrigen Regelung. Wahlen dagegen sind eine echte Alternative, verursachen allerdings wiederum Regelungs- und Organisationsaufwand (Geschäftsordnungen) und „Stress“ durch Wahlkämpfe und ggf. Absprachen anlässlich der Wahlen; dieses Hindernis kann gegen die Verkleinerung ins Feld geführt werden. Nicht zu unterschätzen ist schließlich, dass der AR „in pleno“ ein informelles Netzwerk der Mitglieder bildet, was gerade in Nach- oder Zwischen-Pandemiezeiten hochgeschätzt wird.

Ein starkes gesellschaftsrechtliches Argument gegen die Verkleinerung bildet die Wahrung der vollumfänglichen Entsenderechte der Gesellschafter. Auch wenn es keine Verkürzung von Amtsperioden der Aufsichtsräte gibt, führt die Absenkung der AR-Sitze zum Ausblenden von Wissensmitteilung und Aufsichtspotenzial sowie zu Repräsentationsverschiebungen. Geht man davon aus, dass alle Gesellschafter durch eine künftige und nicht retroaktive Verkleinerung gleichermaßen betroffen sind, bleibt eine Benachteiligung einzelner außen vor. Blickt man indes nicht allein auf den Prozentsatz der Stammkapitaleinlage, sondern auf das wirtschaftliche Stimmgewicht und das Nähepotenzial der einzelnen Teilhaber, existieren gleichwohl Unterschiede, die etwa gerade im Ausland ansässige Gesellschafter benachteiligen. Bei einigen Stammkapitalhaltern, selbst wenn sie gleiche %-Anteile an der Forschungs-GmbH halten, existieren auch Unterschiede in der Größe und der Wirtschafts- und Finanzmacht, ja auch im Entsendepotenzial von AR-Mitgliedern. Nicht zuletzt verschieben sich Gewichte zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Seite. Da Benachteiligungen<sup>16</sup> nicht ausgeschlossen werden können und schwerlich erwartbar ist, dass eine Einstimmigkeit oder gar Allstimmigkeit zustande kommt, bietet eine Verkleinerung keine geeignete Lösung.

Eine solche ist leichter, wenn man eine Benachteiligung einzelner nicht annimmt und eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Rahmen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages anstrebt. So sieht es die überwiegende Ansicht in der Literatur: Vergrößerung oder hier Verringerung der Zahl der AR-Mitglieder kann eine Statusfrage sein, die allerdings nur im Statusverfahren nach § 91 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG eine Rolle spielt. Da auch kein Grundkapital verkleinert wird, ist die Verringerung eine

16 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, 12. Aufl. 2021, § 52, Rn. 220.

„Satzungsänderung, welche die neue Zahl vorsieht.“<sup>17</sup> Beim fakultativen AR ist der Gesellschaftsvertrag prioritär, der für die Änderung eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit voraussetzt.<sup>18</sup>

Für die  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (qualifizierte Mehrheit) genügt es, wenn genau  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen für einen Antrag abgegeben werden. Der Geschäftsanteil, der in der Lage ist, die qualifizierte Mehrheit zu verhindern, bildet eine sogenannte Sperrminorität. Die  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ist gesetzlich vorgesehen für Änderungen des Gesellschaftsvertrags (§ 53 Abs. 2) sowie die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Letzteres ist das stärkste Argument dafür, dass eine Verringerung der AR-Mandate keine Allstimmigkeit voraussetzen muss, denn die Auflösung einer gesamten Gesellschaft wiegt stärker als eine bloße Verringerung der Anzahl ihrer AR-Mandate. Auch wenn damit sicherlich eine wenn auch geringfügige Benachteiligung einiger in Kauf genommen werden muss zugunsten einer besseren Operabilität und Arbeitsweise des Gremiums, ist eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit die zurecht ausreichende Mehrheitsgrundlage dieser Entscheidung.

Die  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bei Satzungsänderungen sieht die Satzung vielfach folgendermaßen vor: Enthaltungen zählen dabei nicht mit, weil das Merkmal „abgegeben“ voraussetzt, dass eine Stimme nur abgibt, wer entweder mit „Ja“ oder „Nein“ stimmt, nicht hingegen mit Enthaltung (siehe jeweilige Satzung i.V.m. § 47 GmbHG).

#### 4. Optionen zur Behebung

Welche Optionen können vorgebracht werden? Es bieten sich nachstehende an:

- alphabetisch oder chronologisch determinierte Mitglieder aus AR
- Schaffung einer Dynamik via Amtszeit von einem Jahr, was vier Amtsjahren entspricht; dabei ein ÖR (=Vertreter der öffentlichen Hand) und jeweils nicht mehr als zehn – bei Zuwächsen mehr; bei mehr als z.B. 50 AR-Mitgliedern bedarf es der Einrichtung einer fünften Amtszeit
- Der Sitz im GA ist abtretbar an jeweils Nichtvertretere, also keine Doppelvertretung möglich

- Vorsitz oder stellvertretender Vorsitz fallen den ÖR zu, jeweils aber nicht in Personalunion zu Vorsitz und stellvertretendem Vorsitz des AR

#### 5. Kritik

Auch diese Optionslösungen erfordern die Wahl der AR-Mitglieder durch Juristen und Controller der Gesellschafterversammlung (GV), die daran vermutlich nicht interessiert sind. Potenzielle Kandidaten (z.B. bereits aktuell bestellte AR-Mitglieder) müssen davon überzeugt werden, sich für den verkleinerten AR zu bewerben und schlimmstenfalls eine Ablehnung zu akzeptieren. Wahlen müssen organisiert, Absprachen getroffen werden. Bloße Amtsperioden haben den Vorteil des Zugpferdcharakters, können aber die Freiwilligkeit der Wahlen torpedieren. Die Gesellschafter entsenden Mitglieder in bis zu vier Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und ggf. Personalausschuss). Dies erfordert einen hohen Ressourcen- und Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern. Der Innovations- und Technologiekreis dient typischerweise nur zur Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder. Zu überlegen wäre zumindest ein Vorschlagsrecht in bestimmten Themenfeldern für den AR.

Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kern-Überwachungsaufgaben zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

### IV. Einführung eines starken GA

#### 1. Bildung von Unter-Ausschüssen

Eine Verlagerung der operationellen Tätigkeit in einen dafür eingerichteten Ausschuss des AR<sup>19</sup> ermöglicht, dass der AR seinen Umfang und seine Tagungsfrequenz behält. Nur solche Aufgaben sind davon ausgenommen, welche in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen und die diese auf den AR delegiert hat. Dieser Unter-Ausschuss ist somit eine Teilmenge des AR, dessen Vorsitzender einschließlich der Stellvertreter ideali-

17 Spindler, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, München 2019, 3. Aufl., § 52, Rn. 89 (Vergrößerung) und hier einschlägig die Verkleinerung des AR, Rn. 91.

18 So gleichfalls Nießen, in: Kommentierung des GmbHG, 5. Aufl.

2021, § 52, Rn. 34.

19 Es können auch andere Ausschüsse ins Leben gerufen werden, wie ein expliziter Forschungs-, Wissenschafts- oder ein Technik-ausschuss.

ter auch die des Ausschusses sind, um Synergieeffekte zu nutzen. Bei einer Forschungs-GmbH mit fakultativem AR obliegt die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführung allein der Gesellschafterversammlung. Diese Kompetenz kann nur durch eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Regelung auf den AR übertragen werden, was aber ggf. via Satzungsänderung eingerichtet werden kann.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Arbeit in den Ausschüssen stets eine intensive und zeitaufwendige Koordination erfordert, die auch bei der Personenidentität der Vorsitzenden nicht auf Null zurückgefahren werden kann. Da der Austausch effektiv und durchgehend organisiert werden muss, besteht bei Vernachlässigung die Gefahr, dass das strategische Handeln im Sinne des Gesamtunternehmens aus dem Blick gerät und in den AR-Sitzungen nachgearbeitet werden muss, was wiederum den erhofften Effizienzgewinn schmälert. Des Weiteren birgt die Bildung von Ausschüssen den Hang zum Aktionismus, um ihre Einrichtung zu rechtfertigen. Schließlich ist kontinuierliche Arbeit in den Ausschüssen durch Ab- und Neuberufungen von AR-Mitgliedern stärker gefährdet als die Arbeit des AR selbst.

## 2. Kompetenzverlagerungen in den GA

Der AR behält seine Kernaufgaben. Anders gesagt: Zuständigkeiten und Entscheidungskompetenzen werden vom (großen) AR in den (kleineren) GA verlagert, um die Forschungs-Gesellschaft im operativen Geschäft effizienter zu unterstützen, zu überwachen und zu kontrollieren, so vor allem Beschlussfassungen über alle Zustimmungsvorbehalte, was in der Satzung explizit figuriert.

Es ist möglich, die Mitglieder des GA aus dem Kreis der AR-Mitglieder auf Zeit wählen zu lassen oder ein rotierendes System einzuführen. Zu beachten ist stets, dass alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die Entsenderecht besitzen, angemessen sowie eine gleich oder zumindest ähnlich große Anzahl Industriegesellschafter vertreten sind. Der GA kümmert sich schwerpunktmäßig um wirtschaftliche und organisatorische Aspekte der GmbH-Führung, der AR hingegen schwerpunktmäßig um die Themen wissenschaftliche Ausrichtung / Technologie / Strategie / Forschungsfelder. Diese Themen nehmen in den AR-Sitzungen verstärkt Raum ein, während der GA über die wirtschaftlichen Aspekte und Entscheidungen rapportiert. Die Anzahl und der Turnus der AR-Sitzungen können eine Mindestzahl umfassen. Zur Vorbereitung der AR-Sitzungen findet im engen zeitli-

chen Abstand regelmäßig eine GA-Sitzung statt. Bei Bedarf werden zusätzliche GA-Sitzungen terminiert. AR-Sitzungen finden im Wechsel an den unterschiedlichen Standorten der GmbH statt und werden um eine Präsentation des jeweiligen Standorts mit Forschungsschwerpunkten und Expertengesprächen ergänzt.

## 3. Bewertung

Was ist davon zu halten? Der AR bleibt als Gremium erhalten, alle Gesellschafter behalten ihren Sitz. Die gesellschaftsrechtliche Funktion des AR verlagert sich weitgehend in den GA, was die Gestaltungsfreiheit bei einem fakultativen AR der GmbH aufbietet. Die negativen Folgen der Verkleinerung des AR werden vermieden, ebenso der hohe Aufwand zur Organisation und Koordination der Arbeit in mehreren AR-Ausschüssen und der damit verbundene zeitliche Mehraufwand der AR-Mitglieder sowie die Unwägbarkeiten von Ab- und Neuberufungen. Obendrein können sich engagierte AR-Mitglieder um die Mitarbeit im GA bewerben und sich wählen lassen, weniger engagierte sich entsprechend zurücknehmen, ohne die Kernaufsichtsfunktionen zu verlieren, die dem AR verbleiben.

Mittels Übertragung von Kompetenzen an den GA wird schließlich ein handlungsfähiges Gremium geschaffen, das die Arbeit der Geschäftsführung effizient unterstützen kann, ohne die AR-Mitglieder über Gebühr in Anspruch zu nehmen oder den Kontakt zu einzelnen Gesellschaftern zu gefährden. Die Freiheit, neue Ausschüsse des AR einzuberufen, kann dergestalt genutzt werden, dass ein neues Gesellschaftergremium geschaffen wird, in das alle Gesellschafter Vertreter entsenden und das sich vordringlich mit inhaltlichen / wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigt („Innovations- bzw. Technologiekreis“). Die Zuständigkeit für die wissenschaftliche Strategie und strukturelle Entwicklung verbleibt indes beim AR. Sitzungstage dürfen gebündelt werden: der AR vorwiegend zu den Themen Geschäftsverlauf / Organisation / Entwicklung und der Innovations- und Technologiekreis zu inhaltlichen und wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen.

## V. Grundlagen von Entscheidungen zu Strukturänderungen und für die künftige Auslegung einzelner Bestimmungen

### 1. Ausweitung der Kompetenz des GA

Der Aufsichtsrat der Forschungs-GmbH ist und bleibt ein fakultativer AR mit Kernaufgaben, die Pflichten und

Rechte resp. Kompetenzen, zugleich verkörpern. Dabei sind Bestimmungen des AktG explizit ausgenommen, was im Allgemeinen in der Geschäftsordnung (GO) des AR figuriert. Zwingende Bestimmungen bleiben per Verweis von § 52 GmbHG jedoch anwendbar.

Der AR ist zwar fakultativ, doch seine Einrichtung bezeugt, dass er als solcher die entsprechenden Aufgaben erfüllen muss, m.a.W. er wäre sonst nicht ins Leben gerufen oder in diesem Umfang erhalten geblieben.

Die Besonderheit liegt möglicherweise darin, dass der als bedeutend angesehene AR annähernd dieselbe Mitgliederzahl aufweist wie die GV, sodass die repräsentative Funktion des AR außen vorbleibt. Der wichtigste Ausschuss, der „Geschäftsführende Ausschuss“ (GA), sollte bald und in Zukunft diese Aufsichtsfunktion zentral wahrnehmen.

Dies spricht für eine Ausdehnung der Kompetenzen des GA, der damit zum eigentlichen AR geworden ist oder es noch wird. Ist von der GV gewollt, ein Maximum an übertragbaren Kompetenzen auf den GA zu übertragen, ohne die Kernaufgaben des AR aufzugeben (siehe vielfach im Gesellschaftsvertrag), dann sollte dies umgesetzt werden. Gleichzeitig ist mit Blick auf die Geschäftsführung zu beachten, dass GA und Geschäftsführung wegen ihrer ähnlichen Namensführung („geschäftsführend“ resp. „Geschäftsführung“) jeweils ihre Aufgaben unterscheidbar ausfüllen. „Geschäftsführend“ beim GA meint die Aufgaben des AR und eben nicht die Geschäftsführung im Sinne der Gesamt-GmbH, die einzig und allein der Geschäftsführung zugewiesen bleiben.

## 2. GV

Die Bestellung der AR-Mitglieder (§ 100 sowie § 101 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie deren Abberufung (§ 103 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG) braucht eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit.

Nach Kenntnisnahme des Berichts des GA zum Jahresabschluss stellt die GV den Jahresabschluss ohne Bindung an die von der Geschäftsführung aufgestellte Fassung oder das Votum des GA in eigener Verantwortung fest (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Das Verlangen von Beschlussvorschlägen gegenüber AR und GA resultiert aus § 124 Abs. 3 AktG.

Die GV hält stets die Befugnis zur Satzungsänderung, Auflösung der Gesellschaft oder zur Umwandlung; dabei handelt es sich um nicht nachgiebiges Satzungsrecht.

Wichtig zu erwähnen bleibt, dass die Zustimmung der GV bei einem zustimmungspflichtigen Geschäft zur

Überwindung der Verweigerung des GA mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der GV beizutragen vermag, d.h. die GV kann diese Rechte, die sie abgetreten hat, erneut und ohne Begründung an sich ziehen.

## 3. Genaue Regelung der Vertretung und Begleitung von Gesellschaftern in der GV

Gemäß § 48 Abs. 1 GmbHG fassen die Gesellschafter ihre Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen. Träger des Stimmrechts sind die Gesellschafter (die Gesellschaftereigenschaft richtet sich nach § 16 Abs. 1 GmbHG). Mangels abweichender Satzungsbestimmungen können sie sich vertreten lassen. Die Gesellschafter dürfen es sich mithin offenhalten, an der GV selbst teilzunehmen oder auch noch kurzfristig einen Vertreter zu schicken, da keine höchstpersönliche Vertretung der Gesellschaft angeordnet ist (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die Vollmacht ist jedoch darzutun und zu beweisen, d.h. Vorlagepflicht der schriftlichen Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB und § 126 BGB i.V.m. mit der jeweiligen GO-Vorschrift). Beim Stimmrecht ist daher oftmals von Bevollmächtigten die Rede.

Die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen üben deren Stimmrecht aus, bei Personengesellschaften die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Pfandrecht und Nießbrauch lassen das Stimmrecht des Gesellschafters unberührt. Bei Treuhand steht das Stimmrecht dem Treuhänder zu. Nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage ist eine kombinierte Beschlussfassung zulässig; Bei dieser geben nicht alle Gesellschafter ihre Stimmen innerhalb der Versammlung ab; vielmehr wird einzelnen Gesellschaftern gestattet, ihre Stimme vor oder nach der Versammlung abzugeben. Selbst bei Einverständnis aller Gesellschafter soll nach BGH mangels Gesellschaftsvertragsregelung eine solche Beschlussfassung nichtig sein. Etwas anderes gilt bei audiovisueller Zuschaltung von Gesellschaftern zur Versammlung; diese ist bei Zustimmung der anderen Gesellschafter ohne besondere statutarische Ermächtigung zulässig. Die Gesellschafter haben ferner nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich keinen Anspruch auf Zulassung eines Beraters oder eines Beistands; dieser Ansicht<sup>20</sup> ist jedenfalls dann nicht zu folgen, wenn die Teilnahme an der Versammlung für den Gesellschafter von besonderer Bedeutung ist, etwa weil schwerwiegende Entscheidungen zu fällen oder Missstände aufzuarbeiten sind. Finden sich dazu weder in der Satzung noch in der GO der GV Vorgaben, sollte dies entsprechend thematisiert werden.

20 Siehe Übersicht und Details bei *Heidel*, in: *Haufe-Kommentar GmbH-Gesetz*, 2020, Rz. 160.



Dies gilt gleichfalls für die Punkte Versammlungsleitung und Begleitung von Gesellschaftern.

Das Gesetz enthält für Durchführung und Leitung der Versammlung keine ausdrücklichen Regeln. Ihr Ablauf muss ordnungsgemäße Beratung und Beschlussfassung mit dem Ziel der Ermittlung des Mehrheitswillens unter Wahrung der Teilnahmerechte sämtlicher Gesellschafter garantieren. Zweckmäßig ist, einen Vorsitzenden (Versammlungsleiter) zu bestimmen und eine Niederschrift/Protokoll anzufertigen. Bestellt werden kann auch ein Nichtgesellschafter<sup>21</sup>.

Die Beschlussfassung wird generell durch eine förmliche Niederschrift dokumentiert. Das Protokoll ist (anders als nach §§ 241 Nr. 2, 130 AktG) für die Wirksamkeit der Beschlüsse grundsätzlich nicht konstitutiv, sondern dient auch bei Satzungsregelung i.d.R. Beweis Zwecken. Beurkundungszwang besteht insbesondere bei Satzungsänderung sowie bei Beschlüssen nach dem UmwG<sup>22</sup>.

Beschlüsse bedürfen nach § 47 Abs. 1 GmbHG der Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen. Im Grundsatz zählen nur Ja- und Nein-Stimmen, nicht aber Enthaltungen. Bei Stimmgleichheit ist ein Antrag abgelehnt. Der Gesellschaftsvertrag kann höhere Mehrheiten und sonstige Erfordernisse wie z.B. Zustimmung eines Gesellschafters oder Stichtentscheid bei Stimmgleichheit vorsehen. Er kann der Minderheit das Recht einräumen, bestimmte Maßnahmen durchzusetzen, z.B. Sonderprüfung oder Überwachung der Geschäftsführung. Wegen der Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrags nach § 45 Abs. 2 GmbHG sind auch sonst andere Regeln möglich – z.B. Stichtentscheid bei Stimmgleichheit durch einen oder einzelne Gesellschafter, durch Losen, Dritte oder ein Schiedsgericht.

Manche Beschlüsse sind mehrheitsfest, sie verlangen die Zustimmung eines jeden Gesellschafters, damit sie wirksam werden (z.B. nachträgliche Einführung von Vinkulierung, Schiedsklauseln oder Auferlegung zusätzlicher Leistungen). Das Gesetz sieht – nicht zwingend – vor, dass sich das Stimmrecht nach der Höhe des Geschäftsanteils richtet. Jeder Euro gewährt dann eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG).

#### 4. Grundsätzliche Aufgaben des AR

Überwachung der Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit als auch ihrer einzelnen Mitglieder (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG) bleibt unangetastet die

oberste Mission des AR, der ohne Unterlass die Entscheidungsträger kritisch begleiten soll.

An den AR müssen die Berichte des Vorstands (vgl. § 90 AktG) gerichtet werden, die über folgende Themen sprechen:

- beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, v. a. Finanz-, Investitions- und Personalplanung (einmal jährlich)
- den Gang der Geschäfte, insbesondere Lage der Gesellschaft (halbjährlich)
- Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (anlassbezogen)

Des Weiteren stehen in der Satzung der ForschungsgmbH die Bestellung/Auswahl und Entlassung der Geschäftsführung, sowie alle Personalfragen bzgl. CEO und CFO aufgelistet (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 84 AktG). Erwähnenswert sollte die Beratung der Geschäftsführung allgemein und mittel- wie langfristig sein, d.h. „strategische Frühaufklärung“ bzgl. sich anbahnender Veränderungen im Marktumfeld.

Ferner sind aufzulisten das Fertigen von Berichten der AR-Mitglieder sowie in diesem Kontext die Verschwiegenheitspflicht der Berichtsempfänger (§§ 394, 395 AktG). Sodann kommt es dem AR zu, den Jahresabschluss zu prüfen (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG).

Die Beauftragung resp. Bestellung des Abschlussprüfers (in vielen Fällen allein die GV), möglich auch durch AR-Vorsitzenden<sup>23</sup>, Festlegung der Prüfungsschwerpunkte sowie Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG) bilden gleichfalls grundsätzliche Aufgaben des AR, der schließlich das Recht zur Einberufung der GV ausüben darf.

#### 5. Delegieren von Aufgaben des AR an den GA

Aufgaben, die der AR an den GA abtreten kann, gegenüber der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG) sind nachstehende:

- Prüfung der laufenden Kassenführung und des Rechnungswesens
- Regelmäßige und umfängliche Berichterstattung (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 und 4, 5 S. 1 und 2 AktG) der Geschäftsführung an den GA –

21 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16.

22 Uwe H. Schneider, in: Scholz, GmbH-Gesetz-Kommentar, § 52, Rn. 441.

23 Beauftragung des Abschlussprüfers, wenn der Gesellschaftsver-

trag nicht etwas anderes vorschreibt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 318 Abs. 1 Satz 4 HGB), auch durch GA möglich, aber umstritten, hier auch ausgeschlossen – daher nicht anzuraten.

sofern dies Gesamt-GA bzw. Mitglieder verlangen: Überwachung abgeschlossener und laufender Vorgänge

- Präventive Überwachung beabsichtigter Vorhaben der Geschäftsführung unter den Gesichtspunkten der Ordnungs- und Rechtmäßigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit
- Beratung des GA mit der Geschäftsführung über deren Geschäftspolitik in ständigem Diskussionsprozess
- Auskunft und Einsichtnahme in wesentliche Unterlagen gegenüber der Geschäftsführung grundsätzlich bei Unternehmensstrategien, Unternehmensorganisation, Marktpositionierung, Personalstruktur, Vertriebssysteme, Controlling aber auch im Rechnungswesen.

Darüber hinaus sollte noch verankert sein:

- Kurzfristige und alltagskonkrete Beratung der Geschäftsführung in gesellschaftsrechtlicher wie technologischer Sicht („Kleiner Innovations- und Technologiekreis“): Einbezug von Wissen, Meinungen und Einschätzungen von Experten in einer Phase unternehmerischer Herausforderungen für die Geschäftsführung im Wege eines permanenten und regelmäßig tagenden Aufsichtsgremiums

Der GA darf laufende Anstellungsverträge, außer CEO / CFO (diese: AR), aushandeln und zeichnen, vollziehen und beenden.

Gespräche mit dem Abschlussprüfer darf der GA führen, während dem AR allein die Genehmigung der Ergebnisse der Gespräche mit Abschlussprüfer durch GA obliegt. Der AR muss in solchen abschließenden Fragen stets die Schlussautorität besitzen.

Dem GA fällt schließlich die Vorprüfung des Jahresabschlusses (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 170, 171 AktG) und Vorlage an AR zu. Dabei geht es um die Überprüfung des Zahlenwerks als Rechenschaftsbericht über das abgelaufene Geschäftsjahr hinsichtlich seiner Übereinstimmung mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag.

Um den Bericht an die GV über Erkenntnisse aus der Prüfung des Abschlusses sowie um dieser eine ausreichende Informationsgrundlage für die Bilanzfeststellung zu vermitteln, kümmert sich der GA. Obendrein besitzt der GA die Befugnis, dem AR die Einberufung der Gesellschafterversammlung vorzuschlagen.

6. Grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht des GA

Fraglich ist, ob GA ein grundsätzliches Weisungs- und Direktionsrecht innehat. Dieses Recht überträgt für Ausnahmefälle eine Satzung an den GA, was sich z. B. wie folgt in Satzungen wiederfindet:

*Der Geschäftsführende Ausschuss hat die Aufgabe, bei Entscheidungssituationen zwischen den Aufsichtsratssitzungen zu beraten und der Geschäftsführung Vorgaben oder Zustimmungen für nicht bis zur nächsten Aufsichtsratssitzung aufschiebbare Entscheidungen zu geben.*

Lösbar ist die Schwierigkeit, in dem das Merkmal „nicht aufschiebbare Entscheidungen“ weit ausgelegt wird. Bei Unklarheiten in Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnungen gilt im Zweifel eine Aufgabe an den GA als vom AR wirksam abgetreten. Maxime ist dabei die größtmögliche Entlastung des AR und das damit verbundene weitestgehende Mandat an den GA.

7. Zustimmungsvorbehalt für den AR im Gesellschaftsvertrag

„Zustimmungsvorbehalte (...) sind das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats, Maßnahmen der Geschäftsleitung, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine – ggfs. neben die Haftung der geschäftsführenden Organe tretende – Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen.“<sup>24</sup>

Erteilung oder Versagung der Zustimmung lautet in diesem Kontext die Entscheidungsfrage. Der GA kann nur „in besonderen und dringenden Fällen“ über zustimmungspflichtige Geschäfte aus der Satzung entscheiden. So heißt es beispielsweise in der GO des AR: *Der Geschäftsführende Ausschuss kann in besonderen oder dringenden Fällen anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.*

Daher sollte es eine Änderung der GO für den AR geben, dergestalt, dass kein Zustimmungsvorbehalt mehr durch den AR, sondern generell durch den GA erfolgen darf, der faktisch die Rolle des AR übernimmt.

24 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006. Siehe etwa <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Ger>

cht=bgh&Art=en&Datum=2006&Seite=5&nr=38660&pos=176&anz=3113 [02.08.2022].

Der AR hat gleichwohl das Recht, gegenüber der Geschäftsführung weitere Zustimmungsvorbehalte anzuordnen und daher nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, welche Vorgänge einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden sollen (Gesellschaftsvertrag X sowie § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Es liegt nämlich im pflichtgemäßen Ermessen des AR, auszuwählen, welche (bedeutsamen) Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Grundsätzlich sollten alle Geschäfte von grundlegender Bedeutung im „Zustimmungskatalog“ erfasst sein.

Die weiteren explizit benannten Zustimmungsvorbehalte werden an den GA abgegeben. Der AR hat kein Veto gegen die Geschäftsführung, sondern nur die Geschäftsführung selbst. Vor Erteilung seiner Zustimmung hat der GA das Begehren der Geschäftsführung zu prüfen. Eine Zustimmung ohne vorherige Prüfung stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, die im Schadensfall zur Haftung führen kann<sup>25</sup>.

Hat der GA bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss überwinden (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 4 S. 4 AktG). Folgende Formulierung resultiert aus dem Gesagten:

*Der Geschäftsführende Ausschuss kann anstelle des Aufsichtsrats über die nach § X des Gesellschaftsvertrages zustimmungspflichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden.*

*Hat der Geschäftsführende Ausschuss bei einem Zustimmungsvorbehalt gegenüber der Geschäftsführung seine Zustimmung verweigert, kann die GV dessen ablehnende Entscheidung durch Beschluss ersetzen. Die Zustimmungsersetzung erfordert eine ¾-Mehrheit.*

## VI. Fazit

Folgende Schlussfolgerung und Handlungsempfehlungen rühren aus unserer Durchsicht:

(1) Der fakultative AR einer Forschungs-GmbH muss handlungs- und zukunftsfähig aufgestellt sein. Bei mehrheitlicher Bundes- bzw. Länderbeteiligung ist neuer-

dings das FÜPoG II beachtungspflichtig. Entsenden die Gesellschafter Mitglieder in drei oder gar mehr Gremien (GV, AR, Innovations- und Technologiekreis und sogar ggf. Personalausschuss), erfordert dies einen hohen Ressourcen- und zeitraubenden Abstimmungsbedarf bei den Gesellschaftern und der Gesellschaft. Ein Innovations- und Technologiekreis etwa dient vielfach lediglich der Information der Gesellschafter, trifft jedoch keine Entscheidungen und ist deshalb wenig attraktiv für die entsandten Mitglieder.

(2) Statt neue Gremien einzuführen, ist es vorteilhaft, den vorhandenen AR in seiner Gänze zu erhalten und ihm die Kernaufgaben der Überwachung und Beratung zu belassen, andererseits dem GA das operative sowie vor- wie nachbereitende Geschäft zuzuweisen.

(3) Bei einem sehr praxisstarken GA ist eine Sitzung des AR pro Jahr ausreichend, damit die Mindestaufgaben beim fakultativen AR verbleiben, d.h. Überwachung und Beratung der Geschäftsführer zugleich, also nicht nur Beratung. Indes wachsen die Grenzen: Unzulässig ist die Übertragung solcher Aufgaben auf den AR oder sonstige Organe, wie etwa Beiräte, die zwingend der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern vorbehalten sind. Dazu gehört die Befugnis zur Satzungsänderung. Möglich ist jedoch ein Zustimmungsvorbehalt.

(4) Ferner ist unzulässig die Übertragung der Zuständigkeit für Strukturänderungen, insbesondere die alleinige Entscheidung über Unternehmensverträge. Beim Beteiligungserwerb ist nach dem Umfang der Beteiligung zu unterscheiden. Die Übertragung der organ-schaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer, die Übertragung der Zuständigkeit für die Geschäftsführung, soweit Außenhaftung droht, und die Wahrnehmung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten verbleiben zwingend beim AR.

(5) Der AR ist weder unmittelbar zur Geschäftsführung befugt, noch ist er berechtigt, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen oder unternehmensleitende Entscheidungen durchzusetzen, da der AR nie zweites Geschäftsführungsorgan (dualistisches System) und der Geschäftsführer nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied

25 BGH II ZR 243/05 vom 11.12.2006, Fn. 15 sowie NZG 2007, 187: „Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorbehalten ist (...), verletzt seine zur Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht

erst dann, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert, sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt.“

sein darf. Wohl aber kann und soll der AR bestimmte Maßnahmen bei den Geschäftsführern anregen. Dies gilt gleichermaßen für den GA, der sich zum permanent operierenden kleinen AR aufschwingen kann, um die Aufsichtsräte zu entlasten.

Der Autor ist hauptamtlicher Professor für Vergleichendes und Internationales Zivil- und Wirtschaftsrecht mit Immaterialgüterrecht am Institut de l'Économie Supérieure, ISEC Université in Luxemburg, dort auch Direktor des ISEC-Forschungsbereiches Geistiges Eigentum: Grundlagen und Anwendungen. Ferner ist er Bereichsleiter und Professor für Geistiges Eigentum am DISC der TU Kaiserslautern. Als Mitglied zahlreicher Kommissionen berät Gergen in hochschulrechtlichen Fragen in Luxemburg und Deutschland. Kontakt via E-Post: [thomas.gergen@isec.lu](mailto:thomas.gergen@isec.lu)

# Frank Wertheimer

## *Nichtigkeit privatrechtlicher Zusatzverträge verbeamteter Hochschullehrer in der baden-württembergischen Universitätsmedizin?*

### I. Einleitung

Die Hochschulmedizin in Deutschland unterliegt unterschiedlichen Organisationsprinzipien. In einigen Bundesländern gilt das sog. Integrationsmodell, Baden-Württemberg hat sich mit der rechtlichen Verselbständigung der Universitätsklinik als Anstalten des öffentlichen Rechts (der Universität<sup>1</sup>) für das Kooperationsmodell entschieden. Während dort Forschung und Lehre von der Medizinischen Fakultät der Universität gesteuert werden, findet die Krankenversorgung im Universitätsklinikum statt. Die Verknüpfung beider Bereiche ist durch eine personelle Verflechtung der Organe der Fakultät und des Klinikums sowie durch Abstimmungsprozesse zwischen den verantwortlichen Entscheidungsträgern gekennzeichnet<sup>2</sup>. Hochschullehrer werden in diesem Modell in Verfahren berufen, in deren Kommissionen neben Fakultätsvertretern gem. § 48 Abs. 3 S. 5 LHG BW auch ein Mitglied des Klinikumsvorstandes sowie eine von diesem bestimmte fachkundige Person stimmberechtigt teilnehmen.

Bis zu dem am 30.12.2020 inkraft getretenen Vierten Hochschulrechtsänderungsgesetz wurden auf W<sub>3</sub>-Professuren berufene Hochschullehrer in der Regel in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ernannt, in ihrer Eigenschaft als Leiter einer Klinik, eines Instituts oder einer Abteilung schloss das Universitätsklinikum mit ihnen einen Dienstvertrag (sog. Chefarztvertrag) ab.<sup>3</sup> Diese Verträge sind so ausgestaltet, dass klinisch tätige Hochschullehrer gegenüber dem Klinikumsvorstand, ungeachtet ihrer Eigenständigkeit in Diagnostik und Therapie, weisungsabhängig sind. Infolge dieser persönlichen Abhängigkeit sind sie Arbeitnehmer iSd

§ 611a BGB.<sup>4</sup> Derartige Dienst- bzw. Arbeitsverträge wurden in der Vergangenheit nicht nur mit verbeamteten Professoren abgeschlossen, denen damit die Leitung einer Klinik, einer klinischen Abteilung oder eines zum Universitätsklinikum gehörenden Institutes übertragen wurde. Privatrechtliche Zusatzverträge für Aufgaben in der Krankenversorgung erhielten auch in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis berufene Professoren für die Leitung einer Sektion oder einer anderen organisatorischen Untereinheit. In der Praxis sind diese Zusatzverträge häufig so ausgestaltet, dass zu einer festen Jahresvergütung eine Prämie hinzukommt, deren Auszahlung von der Erfüllung einer jährlichen Zielvereinbarung abhängig gemacht wird.

Die Praxis dieser doppelten Dienstverhältnisse wurde an den baden-württembergischen Universitätsklinik (im Verbund mit den Universitäten) seit der Zeit praktiziert, in der das Recht zur Privatliquidation durch den Abschluss von Chefarztverträgen abgelöst worden ist. In diesem Zeitraum, immerhin seit nunmehr fast 20 Jahren, wurde die Wirksamkeit derartiger Verträge weder vom Wissenschaftsministerium, von Arbeitsgerichten noch von der staatlichen Finanzkontrolle des Landesrechnungshofes in Frage gestellt.

### II. Kehrtwende durch das baden-württembergische Wissenschaftsministerium

Mit einem Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 23.2.2021<sup>5</sup>, mit dem eine Anfrage eines baden-württembergischen Universitätsklinikums beantwortet wurde, hat das Ministerium die unter I. beschriebene und jahrelang ausgeübte Praxis für

1 Siehe § 1 Abs. 1 UKG BW.

2 Dazu Sandberger, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, 9. Kapitel, Rn 227.

3 Sandberger, a.a.O. Rn. 309; nach dem nunmehr eingefügten § 49 Abs. 2a LHG BW erhalten Professoren, die Krankenversor-

gungsaufgaben in einem Universitätsklinikum wahrnehmen, seit 2021 nur noch einen Angestelltenvertrag mit dem Land bzw. der Universität. Die Vergütung erfolgt auf Basis der W-Besoldung.

4 Vgl. BAG v. 22.11.2016, 9 AZB 41/16, juris.

5 AZ: 42-0320.22/908/1.

Professoren „ohne Leitungsfunktion“ als mit § 3 LBesG BW nicht vereinbar angesehen, insbesondere hat es hierzu u.a. wie folgt ausgeführt:

„1. Zusatzverträge über Aufgaben in der Krankenversorgung

#### Verbeamtete Professorinnen und Professoren

Professorinnen und Professoren im Beamtenverhältnis sind Landesbeamte und erhalten ihre Bezüge nach der W-Besoldung. Sie nehmen die Aufgaben der Professur als Dienstaufgaben wahr. Dienstaufgaben sind bei klinischen Professuren Forschung, Lehre und Krankenversorgung im Universitätsklinikum.

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 LHG ist das wissenschaftliche Personal der Universität gemäß seinem Dienstverhältnis verpflichtet, im Universitätsklinikum Aufgaben der Krankenversorgung und sonstige Aufgaben auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens zu erfüllen. Danach obliegt den verbeamteten klinischen Professorinnen und Professoren der Medizinischen Fakultät die Krankenversorgung im Universitätsklinikum als Dienstaufgabe.

Nebentätigkeiten bedürfen in der Regel der Genehmigung (§ 62 LBG). Dienstaufgaben dürfen grundsätzlich nicht in Nebentätigkeit wahrgenommen werden (§ 3 Abs. 1 S. 1 HNTVO).

Als allgemein genehmigte Tätigkeiten gelten den Abteilungsleiterinnen und -leitern an Universitätsklinik, Privatpatienten zu behandeln und hierfür ein besonderes Honorar zu verlangen (§ 5 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 HNTVO). Der Abschluss eines Chefarztvertrages zwischen Universitätsklinikum und der Abteilungsleiterin/dem Abteilungsleiter als Ersatz für die Privaliquidationsbefugnis ist von dieser Regelung umfasst.

Gemäß § 5 Abs. 2 HNTVO kann das Wissenschaftsministerium Professorinnen und Professoren in restriktiv auszulegenden und besonders begründeten Ausnahmefällen weiter ärztliche oder medizinische Nebentätigkeiten allgemein oder sonst ggfs. im Einzelfall genehmigen. Es kann insbesondere auch anderen Ärzten, die nicht Abteilungsleiterin und Abteilungsleiter sind (wie Professorinnen und Professoren ohne Leitungsfunktion), die Privatliquidationsbefugnis aus dienstlichen Gründen erteilen (§ 5 Abs. 2 Ziff. 1 HNTVO). Zur Ablösung einer vom Wissenschaftsministerium nach § 5 Abs. 2 HNTVO genehmigten Nebentätigkeit kann diese durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Universitätsklinikum und der Professorin/dem Professor ersetzt werden. Hinsichtlich der Zulässigkeit von Vergütungen in einem Zusatzvertrag zur Wahrnehmung der Krankenversor-

gung am Universitätsklinikum sind die besoldungsrechtlichen Vorschriften zu beachten. Nach § 3 LBesG BW dürfen Beamten nur in diesem Gesetz aufgelistete Vergütungen gewährt werden. Zur Besoldung gehören nach § 1 Abs. 2 Ziff. 5 LBesG BW Vergütungen, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Eine solche gesetzliche Grundlage besteht erwiesenermaßen bei der Beteiligung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an Poolmitteln nach Maßgabe des § 37a Absätze 1 und 2 LKHG BW.“ [...]

Im weiteren Fortgang dieses Schreibens führt das Ministerium aus, dass besonders herausragende Professoren ohne Leitungsfunktion in der Krankenversorgung eine – gegenüber der beamtenrechtlichen Besoldung – finanzielle Besserstellung durch Beteiligung an Poolmitteln im Rahmen der Klinikliquidation gewährt werden könne. Bei verbeamteten Professorinnen und Professoren handele es sich um eine gesetzliche Vergütung (§ 37a LKHG iVm § 1 Abs. 2 Ziff. 5 LBesG BW) neben dem Grundgehalt für Aufgaben im Hauptamt, was nicht gegen § 3 Abs. 1 S. 1 LBesG verstoße. Das ministerielle Schreiben schließt mit der – rechtsaufsichtlichen – Aufforderung, bestehende Verträge im Einzelfall zu prüfen und eine Anpassung an die geltende Rechtslage bis zum 31.12.2021 vorzunehmen. Eine entsprechende Aufforderung ging an sämtliche Universitätsklinik in Baden-Württemberg.

In der Folge dieses Erlasses haben – jedenfalls einige – Standorte verbeamtete Hochschullehrer, die Aufgaben in der Krankenversorgung an einem Universitätsklinikum wahrnehmen, mit der Wertung des Ministeriums konfrontiert, § 3 LBesG BW gestatte nur die Gewährung der in diesem Gesetz aufgelisteten Vergütungen und haben daraus die Nichtigkeit bestehender Arbeitsverhältnisse gem. § 3 Abs. 2 LBesG abgeleitet. Werde der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Überführung des bisherigen Arbeitsentgeltes in eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG nicht zugestimmt, könne zukünftig für die in der Krankenversorgung wahrgenommenen Aufgaben keine Vergütung mehr gezahlt werden.<sup>6</sup>

### III. Rechtliche Bewertung

Die Rechtsauffassung des baden-württembergischen Wissenschaftsministeriums überzeugt nicht, insbesondere lässt sich mit dieser Argumentation die Wirksamkeit arbeitsrechtlicher Vereinbarungen mit verbeamteten Professorinnen oder Professoren, die nicht in der

6 Einer dieser Fälle – wenn auch in einer besonders gelagerten Konstellation – ist aktuell Gegenstand eines arbeitsgerichtlichen

Verfahrens, anhängig beim ArbG Reutlingen unter dem Geschäftszeichen 2 Ca 143/22.

ersten Leitungsebene Aufgaben in der Krankenversorgung wahrnehmen, nicht in Frage stellen.

1. Soweit sich das Ministerium auf § 53 Abs. 1 S. 1 LHG BW bezieht, greift die Argumentation zu kurz. § 53 Abs. 1 S. 1 LHG trägt dem Umstand Rechnung, dass das ärztliche wissenschaftliche Personal in Baden-Württemberg beim Land, vertreten durch die Universität, angestellt ist. Die Vorschrift ist Ausfluss des unter I. beschriebenen Kooperationsmodells, in ihr ist eine spezielle Regelung einer gesetzlichen Personalüberlassung zu sehen.<sup>7</sup> Die Norm betrifft vor allem die in einem Universitätsklinikum tätigen Ärztinnen und Ärzte. Aus den Landesverträgen folgt die aus § 53 Abs. 1 LHG resultierende Verpflichtung, Aufgaben der Krankenversorgung am Universitätsklinikum zu erbringen. Nicht gesagt ist damit aber, dass ein verbeamteter Hochschullehrer für Krankenversorgungsleistungen im Klinikum keine mit dem Klinikum vertraglich vereinbarte Vergütung erhalten darf.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Funktionsbeschreibung der Medizinprofessuren die Krankenversorgung explizit nicht umfasst. Lediglich in der sog. Einweisungsverfügung wird ausgeführt, dass zu den Dienstaufgaben die Pflege von Forschung und Lehre und die weiteren Aufgaben von Professoren nach Maßgabe von § 46 LHG BW gehören. § 46 erwähnt dabei Aufgaben im Universitätsklinikum im Zusammenhang mit § 53 LHG und greift demnach die gesetzlich angeordnete Personalüberlassung auf.

2. Wenn ein Universitätsklinikum nach der Vorgabe des Wissenschaftsministeriums – wie dies nun in der jüngsten Praxis vorgekommen ist – von der Nichtigkeit arbeitsrechtlicher Zusatzverträge ausgeht, ist das nicht damit in Übereinstimmung zu bringen, dass auch Professoren ohne Leitungsfunktion ärztliche oder medizinische Nebentätigkeiten im Einzelfall gem. § 5 Abs. 2 Ziff. 1 HNTVO BW genehmigt werden können. Letzteres kann gerade durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen Universitätsklinikum und verbeamtetem Hochschullehrer erfolgen.<sup>8</sup>

3. Gegen die angenommene Nichtigkeitsfolge nach § 3 Abs. 2 LBesG BW bestehen dessen ungeachtet erhebliche Bedenken:

a) So wird in dem ministeriellen Schreiben etwa nicht weiter hinterfragt, ob § 3 Abs. 2 LBesG BW auch Vereinbarungen umfasst, die nicht vom Dienstherrn (hier dem Land bzw. der Universität) abgeschlossen

wurden. Ebenso wird unterstellt, bei dem Arbeitsvertrag mit dem Klinikum handle es sich um einen Besoldungsbestandteil. Besoldungsbestandteile sind allerdings ausschließlich die im Landesbesoldungsgesetz genannten Vergütungsbestandteile, demnach diejenigen, die durch § 1 Abs. 2 und 3 als „Besoldung“ näher benannt werden. Hingegen wird von § 3 Abs. 2 LBesG grundsätzlich keine Vergütung erfasst, die für Leistungen erfolgen, die als Nebentätigkeiten zu qualifizieren sind und gegenüber einem Dritten, wie hier dem Universitätsklinikum, erbracht werden.

b) Für Hochschullehrer, die eine klinische Abteilung eines Universitätsklinikums leiten, hat das BAG angenommen, die aus § 53 Abs. 1 LHG BW folgende Verpflichtung, Aufgaben der Krankenversorgung im Universitätsklinikum zu erbringen, erfasse nicht auch die Abteilungsleitung, diese könne in einem separaten Dienstverhältnis bürgerlich-rechtlich ausgestaltet werden.<sup>9</sup> Wie bereits ausgeführt überträgt das Land einem Professor in Baden-Württemberg nur noch Aufgaben in Forschung und Lehre, während die mit der Professur verbundenen Aufgaben in der Krankenversorgung vertraglich vom Universitätsklinikum übertragen werden. Dieses Prinzip gilt nicht nur für Professoren in der ersten Leitungsebene, was das Ministerium nicht in Abrede stellt. Es lässt sich z.B. auch auf lfd. Oberärzte, denen beispielsweise eine Sektionsleitung übertragen wird, erstrecken.<sup>10</sup> Ob es sich damit um die Leitung einer Klinik bzw. Abteilung, die Leitung einer Sektion oder einer anderen Untereinheit, in der Leitungsaufgaben wahrgenommen werden, handelt, macht keinen Unterschied. Wenn das Ministerium in diesem Zusammenhang auf § 5 Abs. 2 HNTVO BW hinweist, so ist eine arbeitsvertragliche Regelung in der zweiten Leitungsebene jedenfalls dann möglich, wenn der verbeamtete Hochschullehrer als liquidationsberechtigter Arzt (sog. Wahlarzt) grundsätzlich in Betracht kommt, dem nach früherer Regelung ein Privatliquidationsrecht hätte übertragen werden können. Vor der Abschaffung der Privatliquidation wurde dies gerade bei Sektionsleitern in der Regel so praktiziert.

c) Die Auffassung des Wissenschaftsministeriums geht auch ganz unabhängig von Vorstehendem am Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 2 LBesG vorbei. Für eine „Vereinbarung“ im Sinne dieser Norm ist ein subjektiv-kollusives Element erforderlich, welches in der Verwendung der Formulierungen „sollen“

7 vgl. dazu Sandberger, in HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 9, Rn. 307; ders., in Haug: Hochschulrecht BW, 3. Aufl. 2020, Kap. 4, Rn. 1283.

8 Darauf weist das Wissenschaftsministerium in seinem Schreiben

vom 23.2.2021 sogar selbst hin.

9 vgl. BAG v. 22.11.2016, 9 AZB 41/16, juris.

10 siehe wiederum Sandberger, a.a.O., Rn. 309 und Rn. 1284.

(§ 3 Abs. 2 S. 1 LBesG) und „zu diesem Zweck“ (§ 3 Abs. 2 S. 2 LBesG) seinen Niederschlag im Wortlaut der Norm findet.

Voraussetzung für die Nichtigkeit nach § 3 Abs. 2 LBesG ist demnach, dass dem Beamten eine höhere als die ihm gesetzlich zustehende Besoldung verschafft werden soll, d.h. dass die Beteiligten – Beamter und Dienstherr (woran es vorliegend bereits fehlt) – zum einen um die gesetzwidrig zu hohe Besoldung wissen, zum anderen in diesem Wissen diese dem Beamten zielgerichtet dennoch zusprechen (wollen). Ziel der Regelung ist es, jedem Versuch mit dem Ziel der Umgehung des Verbots individueller Abweichungen von den Festlegungen des Besoldungsgesetzgebers einen Riegel vorzuschieben.<sup>11</sup>

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der vom Wissenschaftsministerium beanstandeten Arbeitsverträge, deren Abschluss zum Teil mehr als zehn Jahre zurückliegt, sind die Vertragsparteien keineswegs davon ausgegangen, dass dem Hochschullehrer für seine Tätigkeiten in der Krankenversorgung kein Vergütungsanspruch neben seiner Besoldung als verbeamteter Professor zusteht. § 3 Abs. 2 LBesG greift nicht einmal in den Fällen, in denen sowohl der Dienstherr als auch der Beamte von der Rechtmäßigkeit der Besoldungsleistung (hier der Arbeitsvergütung) überzeugt sind, diese aber tatsächlich rechtswidrig ist, was in den hier vorliegenden Fällen nicht der Fall ist.<sup>12</sup>

4. Auch der Verweis des Ministeriums auf eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG als (einzig) mögliche Vergütung gem. § 1 Abs. 2 LBesG begegnet rechtlichen Bedenken. Nach § 3 Abs. 2 LBesG dürfen nur die „in diesem Gesetz“ geregelten Besoldungsbestandteile einem Beamten gewährt werden. Diese sind in § 1 Abs. 2 abschließend normiert. Das MWK rekurriert in diesem Zusammenhang auf § 1 Abs. 2 Nr. 5 und hält eine Poolbeteiligung nach dem Landeskrankenhausgesetz für möglich, weil es sich um eine „gesetzliche Vergütung“ handle. Das geht daran vorbei, dass in § 1 Abs. 2 Nr. 5 nur Vergütungen gemeint sind, die im LBesG selbst geregelt sind (arg. ex § 3 Abs. 1 LBesG), etwa die in § 1 Abs. 4 erwähnten Aufwandsentschädigungen, sonstigen Zuwendungen oder Ausbildungsbeihilfen bzw. Vergütungen, die im 4. Unterabschnitt des 4. Abschnitts („Vergütungen“) des LBesG in den §§ 65 ff. näher bestimmt sind (z.B. Mehrarbeitsvergütung, Sitzungsvergütungen etc.). Die Poolbeteiligung nach § 37a LKHG ist demnach keine gesetz-

liche Vergütung iSd §§ 3 Abs. 1, 1 Abs. 2 Nr. 5 LBesG. Für diese Auffassung streitet auch der Gedanke, dass das LKHG keine Besoldungsregelung für ein Beamtenverhältnis treffen kann, an dem ein Universitätsklinikum als Dritter gar nicht beteiligt ist. Im Übrigen gewährt § 37a LKHG nach unbestrittener Auffassung keinen unmittelbaren Anspruch ärztlicher Mitarbeiter auf eine Poolbeteiligung. Das widerspricht dem Umstand, dass etwa einem Sektionsleiter als Arbeitnehmer für die Tätigkeit in der Krankenversorgung ein durchsetzbarer Vergütungsanspruch gegenüber dem Universitätsklinikum zustehen muss, was folglich nur auf vertraglicher Basis realisierbar ist. Dafür spricht auch § 34 Abs. 2 LKHG. Handelt es sich um Nebentätigkeit, die auch § 5 Abs. 2 HNTVO gestattet, ergeben sich bei einer vertraglichen Lösung keine Friktionen mit dem Landesbesoldungsgesetz.

5. Die vom Ministerium vorgegebene Lösung, eine bislang gewährte arbeitsrechtliche Vergütung durch eine Poolbeteiligung zu ersetzen, birgt weitere Probleme: Muss beispielsweise ein Sektionsleiter, der bislang eine fünf- oder sechsstellige Vergütung bezog, in gleicher Höhe aus dem Pool der betreffenden Klinik oder Abteilung bedient werden, müsste dieser erhöht werden, um bislang poolberechtigte ärztliche Mitarbeiter nicht schlechter zu stellen. Das kann nur gelingen, wenn der Pool aufgestockt wird, diese Finanzmittel kommen dann aber nicht aus wahlärztlichen Erlösen. Letzteres ist aber Grundlage der §§ 34 ff. LKHG BW. Zwar können für eine Poolbeteiligung gem. § 37a Abs. 2 LKHG BW auch Mittel einbezogen werden, die nicht auf Einkünften für wahlärztliche Leistungen beruhen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist aber, wie § 37a Abs. 2 S. 2 deutlich macht, auch nichtärztliche Mitarbeiter am Pool beteiligen zu können. Die Poolbeteiligung für verbeamtete Hochschullehrer, die das Ministerium *im Rahmen der Klinikliquidation*<sup>13</sup> als zulässige Vergütung neben der Besoldung für Aufgaben im Hauptamt für mit dem Landesbesoldungsgesetz vereinbar hält, ist vor diesem Hintergrund nur eine Scheinlösung.

Eine Rolle spielt ferner, dass die bislang von einem Universitätsklinikum mit verbeamteten Professoren abgeschlossenen Arbeitsverträge für Aufgaben in der Krankenversorgung in Baden-Württemberg nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Diese Regelung wurde mit Einführung der Chefarztverträge, mit denen das Privatliquidationsrecht abgelöst worden ist, mit der

11 so gerade erst VG Karlsruhe vom 22.03.2022, 7 K 3301/20, bislang n.V.; Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – Band III: Schinkel/Seifert, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: Lfg. 2/11 – IV.11, § 2 BBesG Rn. 3 – auf die Kommentierung zu § 2 BBesG kann zurückgegriffen werden, da § 3 LBesG diese Regelung abgelöst hat, vgl. *Kathe*, in: Schwegmann/Summer,

Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, 157. EL September 2011; Ordner IV Teil C VI/1.1.1 – § 3 LBesGBW Rn. 2, 3.

12 so wiederum VG Karlsruhe vom 22.03.2022, a.a.O.

13 So ausdrücklich vom Wissenschaftsministerium auf S. 3 des Schreibens vom 23.2.2021 formuliert.



Finanzverwaltung in Baden-Württemberg abgeklärt. Deren Rechtfertigung ist darin zu sehen, dass insgesamt von einer einheitlichen, und auch für die Beschäftigung als Chefarzt allein, versicherungsfreien Beschäftigung als Beamter ausgegangen wird.<sup>14</sup> Von dieser Regelung haben die baden-württembergischen Universitätsklinika auch in Arbeitsverträgen mit Professoren Gebrauch gemacht, die – wie etwa ein Sektionsleiter – keine Klinik oder klinische Abteilung leiten. Wird das bisherige Arbeitsentgelt zukünftig als Poolbeteiligung gezahlt, muss davon ausgegangen werden, dass sich das Nettoentgelt vermindert, weil die Poolvergütung Arbeitsentgelt iSd § 14 Abs. 1 SGB IV ist, das der Sozialversicherungspflicht unterliegt.<sup>15</sup> Soll der klinisch tätige Hochschullehrer im Ergebnis durch den Wechsel zur Poolbeteiligung finanziell nicht schlechter gestellt werden, muss das Universitätsklinikum die Poolvergütung erhöhen, was bei ihm zu einer höheren finanziellen Belastung führt.

#### IV. Fazit

Soweit mit verbeamteten Hochschullehrern für deren klinische Tätigkeit in einem Universitätsklinikum arbeitsvertragliche Zusatzverträge abgeschlossen worden sind, bestehen hinsichtlich deren Wirksamkeit nicht nur dann keine Bedenken, wenn es sich um Professorinnen oder Professoren in der ersten Leitungsebene (Klinik, klinische Abteilung, klinisches Institut oder Department) handelt, derartige Verträge konnten rechtswirksam auch mit Professorinnen und Professoren in der zweiten Leitungsebene (Sektion oder andere klinische Untereinheiten) abgeschlossen werden. Solche Zusatzverträge als nichtig zu werten und die betroffenen Ärz-

tinnen und Ärzte auf eine Poolbeteiligung nach § 37a LKHG BW zu verweisen, gebietet weder § 3 Abs. 2 LBesG noch passt die ministerielle Vorgabe in die Systematik der §§ 34 ff. LKHG.

Mit der Einfügung von § 49 Abs. 2a LHG BW durch das Vierte Hochschulrechtsänderungsgesetz in Baden-Württemberg hat die Problematik seit dem Jahr 2021 für Neufälle keine Bedeutung mehr. Neuberufene Medizinprofessoren, die Aufgaben in der Krankenversorgung in einem Universitätsklinikum erbringen, werden in der Regel nicht mehr verbeamtet, sondern erhalten einen Angestelltenvertrag mit dem Land bzw. der jeweiligen Universität. Einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag mit dem Universitätsklinikum für die klinische Tätigkeit steht dann nichts mehr im Wege (§ 53 Abs. 1 S. 2 2. HS LHG BW). Vor diesem Hintergrund wäre es – abgesehen von der rechtlichen Situation – pragmatischer gewesen, die in den Altfällen betroffenen Hochschullehrer nicht mit der Nichtigkeitsfolge ihrer Verträge zu konfrontieren, sondern diese im Sinne eines Vertrauens- und Bestandsschutzes bis zu ihrem Ende bestehen zu lassen.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg.

14 Vgl. *Wertheimer/Meißner* in: HSchR-Praxishandbuch, demnächst 4. Aufl. 2022, 11. Kapitel Rn. 89; . Diese Einheitlichkeit macht die Rechtsprechung daran fest, dass die Beschäftigung in der Krankenversorgung an einem Klinikum in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts ausgeübt wird, vgl. dazu LSG BW vom 25.6.2020 – L 7 BA 1208/18, juris, das für Chefarzte der Klinikum Mannheim GmbH, die zugleich beamtete Hoch-

schulprofessoren an der Medizinischen Fakultät Mannheim der Universität Heidelberg sind, von einer Sozialversicherungspflicht im Chefarztdienstverhältnis ausgegangen ist.

15 Vgl. BAG vom 28.9.2005, 5 AZR 408/04, EzA § 611 BGB 2002 Krankenhausarzt Nr 3; LSG Bayern vom 25.4.2006, L 5 KR 4/05, juris und vom 1.3.2018, L 4 KR 438/14, juris mit Anm. Plagemann in BeckRS 2018, 8863.



Carsten Morgenroth

*Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerichtes vom 16. Februar 2022<sup>1</sup>*

Gliederung

I. Einleitung

II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung

III. Analyse

1. Corona-Spezifika

a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

b. Begriff der „Open-book-Klausur“

2. Weitere Aspekte

a. Erstbewertung oder Neubewertung?

b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

IV. Fazit

**I. Einleitung**

Das corona-bedingte Ausweichen in den virtuellen Raum zu Zwecken der Durchführung einer Prüfung an Hochschulen hat eine Vielzahl neuartiger Fragestellungen aufgeworfen. Neben Aspekten von Daten- und Persönlichkeitsschutz<sup>2</sup> oder der intensivierten Relevanz prüfungsdidaktischer Elemente<sup>3</sup> mussten auch Prüfungsformate selbst für den virtuellen Raum kompatibel gestaltet sowie diese neuartige Durchführung der Prüfungen seitens der Hochschulen rechtssicher organisiert werden. Ein an den Hochschulen weit verbreitetes Mittel der Wahl zur Umsetzung dessen war die Überführung schriftlicher Prüfungen in ein sog. Open-book-Format.<sup>4</sup> Hierbei werden sachliche Hilfsmittel in mehr oder weniger großem Umfang zur Prüfung zugelassen, so dass sich das Täuschungspotenzial und damit das Erfordernis einer Beaufsichtigung reduziert.

Dass durch die Implementierung von Open-book-Prüfungen jedoch nicht alle Fragen rund um Täuschungen bzw. Täuschungsversuche beantwortet sind, zeigt anschaulich der hier besprochene Beschluss des OVG *Bautzen*. Zum besseren Verständnis der Leserschaft sollen der zu Grunde liegende Sachverhalt, der Verfahrensgang sowie die tragenden Gründe der Entscheidung skizziert werden (II.). Im Anschluss daran werden einige

Aspekte analysierend herausgehoben (III.). Ein Fazit (IV.) schließt die Darstellung ab.

**II. Verfahren und wesentliche Gründe der Entscheidung**

Eine Lehramtsstudentin einer staatlichen sächsischen Hochschule nahm am 29. Juli 2020 an einer Prüfung teil, die für sie im betreffenden Fach die letzte Wiederholungsmöglichkeit war. Die Prüfung wurde als „Open-book-Klausur“ vorgenommen. Es gab hierbei weder eine erkennbare Beschränkung der erlaubten sachlichen Hilfsmittel noch eine virtuelle Beaufsichtigung der zu prüfenden Personen über mobile Endgeräte. Stattdessen hatten die Prüflinge vor Beginn der Prüfung eine Erklärung abzugeben, die Prüfung eigenständig sowie nur mit den zugelassenen Hilfsmitteln zu erbringen. Im Rahmen der Bewertung ergaben sich diverse wortgleiche oder nahezu wortgleiche Antworten bei der Beschwerdeführerin im Verhältnis zu anderen Mitprüflingen.

Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, worin sie angab, sie habe die Prüfung eigenständig durchgeführt. Es habe in Vorbereitung der Prüfung Lerngruppen gegeben, in denen über die Prüfungsinhalte gesprochen worden waren. Die Hochschule als Beschwerdegegnerin folgte diesem Vortrag nicht und vergab die Sanktionsbewertung „nicht bestanden“ sowie die Sanktionsnote 5,0 infolge erwiesener Täuschung. Dagegen legte die Beschwerdeführerin Widerspruch ein, der erfolglos blieb. Über die eingelegte Klage ist noch nicht entschieden.

Das VG *Dresden* hatte den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs liege der erforderliche Grad an Erfolgsaussicht der Hauptsache nicht vor, weil es sich um eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache handele. In der Sache handele es sich nicht um eine Neubewertung, sondern um eine Erstbewertung, die jedoch bereits stattgefunden

1 Az. 2 B 274/21.

2 Näher *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 ff; *Birnbaum*, NJW 2021, 1356 ff; *Morgenroth*, OdW 2021, 251 ff. m.w.N.

3 Grundlegend *Morgenroth/ Wiczorek*, OdW 2021, 147 ff; ausführlich *Whitepaper Digitale Prüfungen des Hochschulforums*

Digitalisierung, 2021, abrufbar unter: [HFD\\_Whitepaper\\_Digitale\\_Pruefungen\\_Hochschule.pdf](#) (hochschulforumdigitalisierung.de), zuletzt abgerufen am 20. August 2022.

4 *Stein*, DVP 2021, 182 ff.

habe. Irreversible Nachteile seien nicht zu befürchten. Für eine Täuschung spreche Inhalt und Umfang der Fehleridentität nach den Grundsätzen des sog. Beweises des ersten Anscheins.

Das *OVG Bautzen* hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin zurückgewiesen. Zwar ließe sich nicht sicher sagen, ob die Fehleridentität der Prüfungsarbeiten während der Prüfung selbst oder im Rahmen der Lerngruppen zur Klausurvorbereitung entstanden ist. Bei Open-book-Klausuren sei der Rückgriff auf Lernmaterialien zulässig. Der alternative Kausalverlauf, den die Beschwerdeführerin nun darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hätte, konnte jedoch durch die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgelegten Lehrunterlagen nicht zur Überzeugung des Gerichts aufgezeigt werden. Denn offen sei, ob diese Materialien bereits vor der Prüfung vorgelegen hatten. Insoweit bestünden durch die erforderliche, aber im einstweiligen Verfahren nicht durchführbare Beweisaufnahme offene Erfolgsaussichten, wodurch der erforderliche Maßstab für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht erreicht werde. Auch eine Interessenabwägung ginge nicht zugunsten der Antragstellerin aus. Insbesondere drohe nicht, dass eine spätere Bewertung nicht mehr möglich wäre.

### III. Analyse

Die Analyse der Entscheidung teilt sich in coronaspezifische Aspekte (1.) und sonstige Elemente (2.).

#### 1. Coronaspezifika

An Aspekten des Beschlusses, die in engem Zusammenhang mit der Corona-Pandemie stehen, sind inhaltlich der Umgang mit Täuschungen (a.) sowie begrifflich die Verwendung von „Open-book-Klausuren“ (b.) relevant.

##### a. Täuschungsverdacht und Open-book-Formate

Zentrales Element der Entscheidung des *OVG Bautzen* ist eine Weiterentwicklung im Umgang mit einem Täuschungsverdacht im Zusammenhang mit dem sog. Beweis des ersten Anscheins. In der Rechtsprechung ist seit Langem anerkannt, dass bei besonders auffälliger inhaltlicher Übereinstimmung, etwa quantitativ, aber auch mit Blick auf grammatikalisch-orthografische Fehler, der Beweis des ersten Anscheins dafür herangezogen werden kann, dass die erforderliche Eigenständigkeit der Leistungserbringung gerade nicht vorhanden war.<sup>5</sup> Es ist dann an den Prüflingen, einen tatsächlichen Verlauf darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, welcher diese

Eigenständigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit jenseits begründeten Zweifels dann doch nahelegt.

Durch die Zulassung sachlicher Hilfsmittel in Open-book-Formaten wird nun die Möglichkeit eröffnet, diese Hilfsmittel in der Prüfung zu verwenden. Finden sich – wie hier – in den Prüfungen der betroffenen Prüflinge Fehler, die mit den Lehrunterlagen der Lehrenden identisch sind, so lässt sich nicht ausschließen, dass die Übertragung dieser Fehler nicht während der Prüfung, sondern während der Vorbereitung auf die Prüfung ihre Ursache hatte. In diesem Fall wäre jedoch der faktische Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur Anscheinsbeweis nicht mehr gegeben – die identischen Fehler ziehen dann gerade nicht mehr hinreichend sicher die Eigenständigkeit der Prüfung in Zweifel, um den Beweis des ersten Anscheins für anwendbar zu erklären. Genau das hat das *OVG Bautzen* erkannt und insoweit die Vorinstanz, das *VG Dresden*, korrigiert. Eben darin liegt auch eine der Stärken der Entscheidung. Dass die Fehleridentität bereits in der Prüfungsvorbereitung angelegt wurde, konnte auch zu Zeiten von Präsenzprüfungen bereits vorgetragen werden – diese Argumentationslinie ist an sich also weder neu noch coronabedingt entstanden. Wegen der gestiegenen Bedeutung von Lehrmaterialien für die Prüfung in Open-book-Formaten hat das *OVG Bautzen* jedoch mit viel Feingefühl und Präzision erkannt, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises genau betrachtet und gegebenenfalls geringfügig nachjustiert werden müssen, will man den Gegebenheiten von Open-book-Formaten gerecht werden.

##### b. Begriff der „Open-book-Klausur“

Der zweite Aspekt der Entscheidung, der mit den Coronabedingungen in engem Zusammenhang steht, ist ein rein formell-begrifflicher, der jedoch nicht unterschätzt werden sollte. Das *OVG Bautzen* verwendet in Tenor und Entscheidungsgründen den Begriff der „Open-book-Klausur“. Die Verwendung in den Entscheidungsgründen ist insoweit korrekt, denn dort spiegelt das Gericht die Terminologie der betroffenen Hochschule wieder.

Die Verwendung im Tenor wirft jedoch Fragen auf. Es ist seit Langem in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Prüfungsvariante der Klausur zwingend eine Aufsicht voraussetzt.<sup>6</sup> Durch das Open-book-Format der Prüfung wird das Aufsichtsbedürfnis jedoch reduziert um die zugelassenen sachlichen Hilfsmittel. Viele Hochschulen haben in der Corona-Zeit deshalb, vor al-

5 Exemplarisch *VG Braunschweig*, Urteil vom 09.10.2012, Az. 6 A 194/11 m.w.N.

6 Klausuren werden teilweise auch als Aufsichtsarbeiten bezeichnet, s. *BVerwG*, Beschl. v. 21.09.2016, Az. 6 B 14/16.

lem aus Gründen der Praktikabilität, bei Open-book-Prüfungen ganz auf eine Beaufsichtigung verzichtet, offenbar auch die hier betroffene Hochschule. Per se ist das personelle Täuschungspotenzial, also beispielsweise die viel zitierte WhatsApp-Gruppe der Prüflinge während der Klausur, durch eine reine Übertragung einer Klausur ins Open-book-Format jedoch bestehen geblieben, der Bedarf für eine Beaufsichtigung damit nicht entfallen. Erst weitere Elemente, etwa die didaktische Anpassung der Prüfungsstruktur hin zu einem hinreichenden Individualisierungsniveau der Antworten oder eine Randomisierung der Reihenfolge, in der die Prüflinge die Prüfungsaufgaben gestellt bekommen, schließen den Nutzen eines interpersonellen Austauschs während der Klausur aus und lassen damit dann eine Aufsicht endgültig obsolet erscheinen. Unterbleiben derartige Maßnahmen, setzt auch eine „Open-book-Klausur“ eine Aufsicht voraus. Der Begriff „Open-book-Klausur“ ist also bereits nach diesen Ableitungen ungenau, wenn – wie hier – eine Aufsicht unterblieben ist.

Sieht man noch etwas genauer hin, so offenbaren sich speziell durch die Corona-Zeit entstandene oder zumindest geförderte begriffliche Herausforderungen und Chancen, die auch für den hier verwendeten Begriff „Open-book-Klausur“ relevant sind. Die Corona-Pandemie hat eine Vielzahl von Begrifflichkeiten für Prüfungen im virtuellen Raum hervorgebracht, etwa „Fernprüfungen“, „E-Prüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder „Online-Prüfungen“.<sup>7</sup> Eine Analyse dessen schärfte zugleich auch den Blick für den Oberbegriff der Prüfung.<sup>8</sup> Folge dessen ist unter anderem eine Abschichtung der rein begrifflich-phänomenologischen und der verfassungsrechtlichen Ebene des Verständnisses von Prüfung. Denn betrachtet man das Phänomen Prüfung rein faktisch, so lässt sich ein zwingender Bedarf für eine Beaufsichtigung zumindest nicht für alle Konstellationen erkennen. Beispielsweise erscheint es durchaus möglich, eine Person nach effektiver Kontrolle bezüglich erlaubter Hilfsmittel eine Klausur in einem Einzelzimmer ohne Aufsicht absolvieren zu lassen.<sup>9</sup> Das Bedürfnis einer Beaufsichtigung von Klausuren entsteht stattdessen erst aus weiteren verfassungsrechtlichen Implikationen heraus, nämlich aus einer Verbindung des verfassungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG, in

Verbindung mit den vorhandenen bzw. für die Prüfung vernünftigerweise eingesetzten Ressourcen einer Hochschule in Ausübung ihrer Verantwortung für ein funktionierendes Prüfungssystem, Art. 5 Abs. 3 GG.

Wegen dieser vielfältigen und vielschichtigen und derzeit bestenfalls rudimentär aufgearbeiteten begrifflichen Implikationen bietet sich in der Praxis deshalb an, auf den Begriff der „Open-book-Klausur“ zu verzichten und ihn durch neutralere Betitelungen wie „Open-book-Prüfung“ oder auch „Open-book-Exam“ zu ersetzen.

## 2. Weitere Aspekte

Die Entscheidung des OVG *Bautzen* hat daneben aber noch zwei weitere Fragestellungen angesprochen, die es wert erscheinen, näher betrachtet zu werden. Das ist zum Einen die prüfungsrechtliche Frage, ob die erneute Bewertung einer Prüfung, nun aber ohne die Berücksichtigung eines Täuschungsverdachts, eine Erstbewertung oder eine Neubewertung ist (a.). Zum Anderen ist die prozessrechtliche Frage der Relevanz einer Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren des verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes ebenfalls verfahrensrelevant gewesen (b.)

### a. Erstbewertung oder Neubewertung?

Die Frage, ob eine erstmalige Bewertung einer Prüfung anstelle der Anwendung der Bewertungsfiktion infolge eines Täuschung(sversuchs) eine bloße modifizierte Ausgangsbewertung (Erstbewertung, Auffassung des VG *Dresden*) oder eine Neubewertung ist, wie es die Beschwerdeführerin vorgetragen hat, ist bislang in Rechtsprechung und Literatur erkennbar nicht behandelt worden und wäre auch verfahrensrelevant gewesen. Denn es lässt sich durchaus die Frage aufwerfen, ob für eine Neubewertung die strengeren Maßstäbe im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, die an eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache angelegt werden, nicht gelten müssen, sondern diese nach den allgemeinen Anforderungen überwiegender Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Hauptsacheverfahrens bewertet wird. Leider hat sich das OVG *Bautzen* mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Die Aussage im Beschluss, dass in jedem Falle vermieden wurde, eine Bewertung später nicht mehr einholen zu können, trifft den Kern der hiesigen Frage-

7 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 390a.

8 Escher-Weingart, Die Prüfung – das unbekannte Wesen, OER, abzurufen unter: [http://hdl.handle.net/10900.3/OER\\_CBXNPJUT](http://hdl.handle.net/10900.3/OER_CBXNPJUT),

zuletzt abgerufen am 20. August 2022; zum neu eingeführten Begriff des Prüfungstyps Morgenroth, OdW 2021, 117, 122 ff.

9 Eine effektive Hilfsmittelkontrolle erscheint hierbei etwa bei Strafgefangenen möglich.

stellung dabei nicht. Denn dadurch bleibt gerade offen, nach welchem Maß über Obsiegen oder Niederlage im Beschwerdeverfahren zu entscheiden wäre.

Für eine bloße Modifizierung und damit eine Erstbewertung spricht sicherlich die Parallelität der Rechtsfolge: Für Bewertungsfiktion und ungenügende Leistung infolge Sachbewertung wird jeweils eine Bewertung „nicht bestanden“ und die Note 5,0 ausgegeben. Für eine strukturelle Trennung, die eine Neubewertung indiziert, streiten jedoch vielfältige Argumente. Zunächst ist bei sachlich-inhaltlichen Bewertungen der Bewertungsspielraum des Prüfers und damit die weitere verfassungsrechtliche Dimension seiner diesbezüglichen Rechte und Pflichten aus Art. 12 GG relevant, für Bewertungsfiktionen infolge eines Täuschung(sversuchs) dagegen nicht. Für Bewertungen in der Sache bestehen sodann die für Leistungsprüfungen geltenden Beschränkungen des Verwaltungsverfahrensrechts - insbesondere kann auf das Erfordernis einer Anhörung verzichtet werden, was dagegen bei einer „Täuschungs-Fünf“ einen Verfahrensfehler darstellt. Bewertungsfiktionen sind schließlich auch ausnahmslos Verwaltungsakte, während diese Einschätzung zumindest für bestandene Prüfungen äußerst differenziert zu betrachten ist.<sup>10</sup> Es sprechen demnach gute, möglicherweise sogar die besseren Gründe dafür, dem Vortrag der Beschwerde zu folgen und eine Neubewertung abzuleiten.

Nimmt man eine Neubewertung an, so hätte sich die Frage gestellt, ob hierfür der strenge Maßstab der Vornahme der Hauptsache oder der allgemeine Maßstab im einstweiligen Rechtsschutz anzuwenden gewesen wäre. Beantwortet man diese Frage im Sinne allgemeiner Anforderungen, so ist durchaus offen, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre.

#### b. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren?

Schließlich soll die Aussage des *OVG Bautzen* zur nicht durchführbaren Beweisaufnahme einer kurzen Folgenbetrachtung für die Praxis unterzogen werden. Diese Aussage bedeutet nicht weniger als das Erfordernis, bereits im einstweiligen Rechtsschutz alle anspruchsbegründenden Tatsachen - hinreichend überzeugend - ausschließlich durch einzureichende Unterlagen einzubringen, um ohne Zeugen, Sachverständige, Inaugenscheinnahme oder ähnliche Beweisführungen auskommen zu

können. Dies ist der Beschwerde im hiesigen Verfahren für die Möglichkeit fehlerhafter Prüfungsvorbereitung gelungen, nicht dagegen für den Umstand, dass die Lehrmaterialien bereits vor der Prüfung vorhanden waren. Ob dieser Umstand seitens der Beschwerde nicht vorgebracht oder ob dies seitens der Hochschule hinreichend effektiv in Zweifel gezogen worden war, ist aus den verfügbaren Unterlagen heraus nicht erkennbar. Jedenfalls hat das *VG Dresden* im Hauptsacheverfahren hierüber Beweis zu erheben.

#### IV. Fazit

Die Entscheidung des *OVG Bautzen* ist gerade mit Blick auf die Weiterentwicklung des Anscheinsbeweises für Open-book-Prüfungen ausgesprochen wertvoll. In Bezug auf die begrifflichen Verwendungen ist der Beschluss durchaus eingebettet in die Zeit seiner Entstehung zu sehen; diese Fragestellungen sind neuartig und im Fluss, die neuen Begrifflichkeiten werden sich mit der Zeit präzisieren. Die Frage der Erst- oder Neubewertung hat das *OVG Bautzen* auf elegante Weise späteren Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz zum Thema Täuschung(sversuch) überlassen. Und die Hinweise zur Beweisaufnahme mögen für alle Beteiligten in folgenden Verfahren ein Ansporn sein, auch bereits im einstweiligen Rechtsschutz möglichst lückenlos schriftlich und überzeugend vorzutragen.

Insgesamt ist der Beschluss des *OVG Bautzen* eine Entscheidung, die mit dem Prüfungsrecht befasste Personen kennen sollten. Aber auch für sonstige Interessierte ist der Beschluss sehr lesenswert, insbesondere bestehend durch seine stilistische Prägnanz.

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter der Kanzlerin an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena. Er ist Referent und Fachautor zum Prüfungsrecht sowie Autor des Kurzlehrbuchs zum Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>10</sup> *Morgenroth, NVwZ* 2017, 1430.

Johannes Stalberg  
Zum Qualifizierungserfordernis nach  
§ 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu BAG, Urteil  
vom 2.02.2022 - 7 AZR 573/20

## I. Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Befristung des nach dem WissZeitVG geschlossenen Arbeitsverhältnisses.

Die Klägerin ist Diplomingenieurin und war auf der Grundlage von fünf befristeten Arbeitsverträgen seit dem 01.09.2010 ununterbrochen bei der Beklagten bis zum 31.12.2019 beschäftigt. Gegen den zuletzt geschlossenen Vertrag mit einer Befristungsdauer von ca. 15 Monaten reichte sie Befristungskontrollklage ein. Sie war mit unterschiedlichen Stundenanteilen in Teilzeit beschäftigt.

Die Arbeitsplatzbeschreibung der Klägerin wies als Hauptaufgabe die federführende und alleinige Betreuung eines konkreten Forschungsprojektes im Betonstraßenbau namens HESTER aus. Der Arbeitsvorgang war in der Tätigkeitsbeschreibung mit 50 % veranschlagt. Genauer sollte hier die Betonfertigteilbauweise für den Straßenbau – insbesondere für die Erhaltung – weiterentwickelt werden, um sie in kürzester Bauzeit mit einer hohen Dauerhaftigkeit nutzbar machen zu können. Die eigenständige Erstellung eines Schlussberichts war von ihr gefordert. Übergreifendes Ziel war ferner, sämtliche Erkenntnisse aus den bis dato bei der Beklagten betreuten Forschungsvorhaben zum Thema „*Betonfertigteile im Straßenbau*“ zusammenzufassen, auszuwerten und diesbzgl. einen übergreifenden Fachbeitrag zu veröffentlichen (sog. Verbundprojekt). Dazu war die Klägerin bereits in ihren ursprünglichen Arbeitsverträgen mit dem messtechnischen Monitoring aller relevanten Demonstratoren bzw. Erprobungen beauftragt. Die Planung und Betreuung dieser experimentellen Versuchsreihen wurden mit einem Arbeitsvorgang im Umfang von 30 % deklariert. Sowohl in der o.g. Hauptaufgabe als auch bei der Betreuung von Versuchsreihen waren „*allgemeine administrative Aufgaben*“ genannt. Die restlichen 20 % entfielen auf die Mitarbeit in nationalen und internationalen Gremien.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurde für die Klägerin ferner ein sog. „*Qualifizierungsplan*“ ausgefüllt. Dieser unterteilte sich in „*fachliche*“ und „*weitere Qualifizierungsziele*“. Im fachlichen Teil wurden die o.g. Inhalte der Tätigkeitsbeschreibung wiederholt. Unter „*weitere Qualifizierungsziele*“ waren als weitere, zu erwerbende „*wissenschaftliche Kompetenzen*“ sodann „*Projektkompetenz*“, „*Darstellungsvermögen*“, „*Strategiekompetenz*“, „*Verhandlungs- und Überzeugungsfähigkeit*“ sowie „*Kommunikations- und Informationsfähigkeit*“ angekreuzt und näher definiert. Weiterhin war vorgesehen, dass die Klägerin eine Weiterbildung zum Thema „*Kommunizieren und Kooperieren*“ besuchen sollte.

Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die Befristung nach dem WissZeitVG unzulässig sei. Sie trug vor, sie sei nicht schwerpunktmäßig wissenschaftlich, sondern vielmehr als „*Edelsachbearbeiterin*“ tätig geworden. Die wissenschaftliche Forschung habe nur mehr ca. 1 % ihrer Tätigkeit ausgemacht. Die Qualifizierungsmaßnahmen seien weder zu ihrer wissenschaftlichen Qualifizierung erfolgt noch zähle sie mit 43 Jahren zum wissenschaftlichen Nachwuchs und könne sich damit nicht mehr (weiter-)qualifizieren.

Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Klägerin zähle zum wissenschaftlichen Personal der Forschungseinrichtung. Die der Klägerin übertragenen Aufgaben beinhalteten höchstes wissenschaftliches Potential. Auch durch die oben genannten „*weitere Qualifizierungsziele*“ seien insbesondere durch die Betreuung des Forschungsvorhabens (HESTER) „*on the job*“ erzielt worden. Die Qualifizierung in diesen Bereichen sei unbewusster, immanenter Bestandteil ihrer forscherschen Tätigkeit gewesen. Die Weiterentwicklung dieser Fähigkeiten habe wiederum der Sicherung bzw. Verarbeitung des neu gewonnenen Erkenntnisstandes der Disziplin gedient.

Nachdem das Arbeitsgericht in erster Instanz die Klage abwies,<sup>1</sup> hat das Landesarbeitsgericht auf die Berufung der Klägerin den Klageanträgen entsprochen.<sup>2</sup>

1 AG Köln, Urteil, 26. Mai 2020, 11 Ca 295/20.

2 LAG Köln, Urteil, 7. Oktober 2020, 5 Sa 451/20 = AE 2021,

82-84 (Gründe); Anmerkung: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 193 f.

Mit ihrer Revision beehrte die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

## II. Entscheidung des BAG (aus den Gründen)

Der BAG gab der Beklagten Recht und hob das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf.

Das Gericht bestätigt in den Zf. 24 f. zunächst seine ständige Rechtsprechung zum wissenschaftlichen Personal:

Bei sog. Misch Tätigkeiten, d.h. nichtwissenschaftlichen neben wissenschaftlichen Tätigkeiten, sei erforderlich, dass die wissenschaftlichen Dienstleistungen zeitlich überwiegen oder zumindest das Arbeitsverhältnis prägen (Zf. 26). Es sei unschädlich, dass auch Tätigkeiten administrativer Art geschuldet worden seien. Nach der Tätigkeitsbeschreibung sei der Klägerin zu 50 % ihrer Arbeitszeit die Betreuung und Bearbeitung des Forschungsprojektes (HESTERS) und zu 30 % die konzeptionelle Planung und Betreuung exponentieller Versuchsserien übertragen worden. Beide Gebiete umfassten zwar auch „*allgemeine administrative Tätigkeiten*“, bestünden jedoch „*im Wesentlichen in der Mitarbeit bei Erforschung und Testung eines neuartigen Material- und Technologieeinsatzes im Betonstraßenbau und dessen baupraktischer Realisierbarkeit*“. Die prägenden Tätigkeiten „*zielten damit auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse in der Betonstraßen(fertigteil-)bauweise und deren Weiterentwicklung*“ (Zf. 29). Ausgehend von den „*arbeitsvertraglichen Vereinbarungen*“ bestünden keine Zweifel am wissenschaftlichen Zuschnitt der geschuldeten Tätigkeiten. Die – streitige – tatsächliche Beschäftigung mit anderen Aufgaben sei – ebenso wie ihr Lebensalter – ohne Belang (Zf. 30).

Zum Merkmal „*zur Förderung der eigenen wissenschaftliche Qualifizierung*“ nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG verhält sich das BAG erstmals ausführlich und weicht zugleich von den Wertungen der Vorinstanz ab:

Die bislang in der Literatur umstrittene Frage, ob es sich bei dem Merkmal um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, bejaht das BAG („*neben der Personalbeschreibung ... und die zulässige Befristungshöchstdauer tretende, weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Befristung*“, Zf. 35 m.w.N.)<sup>3</sup>. Hierfür spreche zum einen der Wortlaut („*zulässig, wenn ...*“), da die Zulässigkeit der Befristung damit unter eine Bedingung gestellt werde (Zf. 36). Zum anderen spreche die innere Systematik der jeweiligen Sätze des § 2 Abs. 1 WissZeitVG für diese Wertung. Aus der Einfügung des Satzes 3, wonach die jeweils vereinbarte Befristungsdauer zur angestreb-

ten Qualifizierung des Satzes 1 angemessen sein müsse, müsse der Qualifizierung eine inhaltlich-eigenständige Bedeutung zukommen. Denn die Merkmale könnten – wären sie inhaltsleer – nicht in Beziehung zueinander gesetzt werden (Zf. 37 f.). Im Hinblick auf den Gesetzeszweck und die Genese verweist das BAG zunächst auf den durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung im Rahmen der Gesetzesbegründung festgestellten Handlungsbedarf, einerseits unsachgemäße Kurzbeurteilungen unterbinden zu wollen, andererseits klarzustellen, dass die Wahrnehmung von Daueraufgaben nur im Kontext der Qualifizierung sachgerecht sei (Zf. 42). Regelungswille des Gesetzgebers sei also, die Zulässigkeit der befristeten Beschäftigung unter den „*strikten Vorbehalt deren Qualifizierungsförderung zu stellen*“, wobei hiervon „*nicht mehr ohne Weiteres auszugehen*“ sei. Vielmehr sei eine „*positive Feststellung zu fordern*“ (Zf. 42).

Nach der Feststellung, es handle sich um ein selbstständiges Tatbestandsmerkmal, attestiert das BAG eine weite Auslegung des Merkmals. Die Erreichung eines formalen Qualifizierungsziels sei keinesfalls gemeint (Zf. 49).

An mehreren nachfolgenden Stellen unternimmt das BAG sodann den Versuch, das Merkmal zu konturieren. Zunächst führt es – letztlich den Wortlaut der Gesetzesbegründung wiederholend – aus, es genüge, wenn

„*eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere, auch außerhalb der Hochschule, befähigt, was sich in der Erbringung wissenschaftlicher, qualifikationsförderlicher Dienstleistungen 'an sich' zu gründen vermag.*“ (Zf. 47).

Sodann formuliert es mit eigenen Worten, das Qualifizierungserfordernis liege vor, wenn

„*eine dem persönlichen Befähigungszuwachs probate sowie dem beruflichen Fortgang förderliche wissenschaftliche Tätigkeit 'an sich' ausgeübt wird.*“

Seine eigene Norminterpretation stelle dabei ab „*auf die bloße Geeignetheit der Beschäftigung für einen individuellen Kompetenzerwerb*“ (Zf. 49).

Schließlich fasst das Gericht zusammen, die befristete Beschäftigung erfülle ihren Zweck, wenn

„*die wissenschaftliche Tätigkeit ihrem Inhalt nach der Förderung der Eigenqualifizierung dient. Hierfür muss sie auf eine Befähigungsförderung gerichtet und dafür geeignet sein. ... Dass die Beschäftigung der Qualifizierung dienlich ist, hat der Arbeitgeber darzulegen.*“ (Zf. 51 f.)

In der gebotenen Kürze stellt das BAG im Anschluss fest, dass die Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt seien. Die im Qualifizierungsplan festgehaltenen

<sup>3</sup> Zum Meinungsstand ebenfalls: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 195.



Ziele seien „geeignet, ihre entsprechenden Kenntnisse und Befähigungen zu vertiefen und fortzuentwickeln“. Auch sei die Tätigkeit darauf gerichtet und dafür geeignet gewesen, die Klägerin im Bereich des Projektmanagements zu qualifizieren. Es handele sich insgesamt um eine Qualifizierung, die ihrer beruflichen Karriere auch außerhalb wissenschaftlicher Einrichtungen – z.B. bei Bauunternehmen in der Privatwirtschaft – förderlich sein könne (Zf. 53).

Ergänzend führt es aus, dass

*„jeglicher fachlich-inhaltlicher (Mit-)Arbeit an Forschungsprojekten ein Kompetenzzuwachs ungeachtet des bisherigen Kenntnisstandes immanent ist; auch liegt in ihr regelmäßig eine 'bewerbungstaugliche' Steigerung des Wissens- und Qualifikationsniveaus. Eine entsprechende Tätigkeit ist deshalb ohne tragfähige Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme prinzipiell qualifizierungsg geeignet.“* (Zf. 54).

In der Sache war das Qualifizierungserfordernis nach Ansicht des BAG im vorliegenden Fall damit eindeutig erfüllt (Zf. 54: „nichts dafür ersichtlich, dass es sich ... um eine ihrer Qualifizierungsförderung ... nicht zuträgliche Tätigkeit gehandelt hat“).

### III. Anmerkung

Das BAG hat zu dem mit der Novelle vom 17.03.2016<sup>4</sup> in § 2 Abs. 1 WissZeitVG eingeführten Merkmal „zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung“ erstmals Stellung genommen. Der Entscheidung des BAG ist dabei jedenfalls im Ergebnis dahingehend zuzustimmen, dass keine nennenswerten Anforderungen an das sog. „Qualifizierungserfordernis“ zu stellen sind. Das Auslegungsergebnis des BAG, dass es sich hierbei um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal handelt, überzeugt jedoch nur zum Teil.

Lehrbuchartig bedient sich das BAG zunächst der gängigen Auslegungsmethoden. Die gefundenen Argumente zur Auslegung des Wortlautes und der Systematik der Norm überzeugen. Beide Auslegungsmethoden sprechen dafür, dass es sich um ein selbstständiges Tatbestandsmerkmal handelt. Im Rahmen der Wiedergabe der Genese der Norm dürfte das BAG den gesetzgeberischen Willen jedoch überspannen. Denn aus der Genese der Norm ergibt sich kein dahingehender, eindeutiger Regelungswille des Gesetzgebers, die „Zulässigkeit der befristeten Beschäftigung ... unter den strikten Vorbehalt deren Qualifizierungsförderung zu stellen“ und „diesbzgl. eine (ausdrücklich) positive Feststellung zu fordern“ (Zf. 42). Im

Gegenteil: Die Gesetzesbegründung spricht vielmehr lediglich von einer „Klarstellung“ des Gesetzeszwecks. Auch die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung, der Tatbestand werde „damit nicht zu einer Sachgrundbefristung“, bestätigen, dass kein selbstständiges Tatbestandsmerkmal mit echtem Regelungsgehalt begründet werden sollte.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber hat darüber hinaus schlicht keine weiteren Überlegungen dazu ange stellt, wie das Merkmal dogmatisch zu qualifizieren ist und welche Zwänge sich für den Rechtsanwender aus dem modifizierten Wortlaut ergeben.

In seinem Vorgehen konsequent, versucht das BAG sodann das zum selbstständigen Tatbestandsmerkmal emporgehobene Qualifizierungserfordernis zu konturieren. Dies gelingt jedoch nicht. Das Merkmal wird für den Rechtsanwender nicht ausreichend greifbar umrissen. Zunächst macht sich das BAG die Formulierung der Gesetzesbegründung zu eigen, wonach eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die „zu einer beruflichen Karriere auch und gerade auch außerhalb der Wissenschaft befähigen“ muss. Diese übernommene Formulierung des Gesetzgebers wird durch die Ergänzung des BAG „in irgendeiner Form“ weiter abgeschwächt (Zf. 47). Es stellt sich die Frage, welche Tätigkeit hier bei wissenschaftlich tätigem Personal herausfallen sollte. Im Weiteren versucht das BAG die Anforderung dahingehend zu umschreiben, die wissenschaftliche Tätigkeit müsse „darauf gerichtet und dafür geeignet sein muss“, die eigene Befähigung zu fördern (Zf. 51). Erneut bleibt unklar, welche beruflichen Tätigkeiten hiervon nicht umfasst sein sollten. Beide vorgenannten vermeintlichen Konkretisierungen des BAG sind derart weit, dass das Qualifizierungserfordernis regelmäßig durch das engere Merkmal des wissenschaftlichen Personals miterfüllt wird.<sup>6</sup> Das Merkmal läuft damit leer. Es dürfte keine überwiegend wissenschaftliche Tätigkeit geben, die darauf angelegt ist, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern oder zu erweitern (Merkmal „wissenschaftliches Personal“), ohne dabei auf die eigene Befähigungsförderung gerichtet und hierfür geeignet zu sein (Qualifizierungserfordernis). Anders formuliert kann Personal nicht wissenschaftlich arbeiten i.S.d. § 1 Abs. 1 WissZeitVG, ohne dass die Arbeit dazu geeignet wäre, es in irgendeiner Weise für seine weitere berufliche Karriere zu befähigen.

Dass das BAG einen Leerlauf des Merkmals in Erwägung zieht und billigend in Kauf nimmt, zeigt sich an

4 BGBl. I S. 442 – 1. WissZeitVGÄnG.

5 Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. 10.

6 So bereits in der Literatur: Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Auf-

lage, § 2 WissZeitVG, Rn 9; ähnlich: Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 196, „materieller Unterschied ... wird man verneinen müssen“.

mehreren Stellen des Urteils. Das BAG führt zunächst aus, dass sich die Befähigungsförderung (Qualifizierungserfordernis) bereits „in der Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen ‘an sich’ zu gründen vermag“ (Zf. 47). Noch eindeutiger stellt das BAG im Fall „fachlich-inhaltlicher Mitarbeit an Forschungsprojekten“ fest, dass diese Tätigkeit „prinzipiell qualifizierungsgeeignet“ ist (Zf. 54). Die Qualifizierung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG ist auch hier grundsätzlich immanent.

In der Gesamtschau lässt sich feststellen, dass dem BAG die undankbare Aufgabe zuteilwurde, über einen wenig überzeugenden gesetzgeberischen Wortlaut zu entscheiden. Wortlaut und Systematik der Norm sprechen zunächst für ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Der Gesetzgeber beabsichtigte – über das Merkmal des wissenschaftlichen Personals hinaus – jedoch keine weitere Verengung des Tatbestandes. Diesen Konflikt löst das BAG dahingehend, dass es dem Rechtsanwender eine derart weitgehende Auslegung des Merkmals an die Hand gibt, dass dem Merkmal kein eigenständiger Regelungsgehalt verbleibt. Der gesetzgeberische Wille wird damit erreicht und in der Praxis sind keine weiteren Probleme in der Rechtsanwendung zu erwarten.

Zum Tatbestandsmerkmal des wissenschaftlichen Personals nach § 1 Abs. 1 WissZeitVG enthält das Urteil keine wesentlichen Neuerungen für den Rechtsanwender.

Erneut bestätigt das BAG die hohe Bedeutung von Arbeitsplatzbeschreibung und Qualifizierungsplan für die Frage der Wirksamkeit der Befristung nach dem WissZeitVG. Die Arbeitsplatzbeschreibung dient originär der Bewertung des Arbeitsplatzes, d.h. der sachgerechten Eingruppierung nach den Tarifverträgen. Bei der Frage, ob eine Person zum wissenschaftlichen Personal zählt, fokussiert das BAG erneut und zuvörderst auf die Umstände bei Vertragsschluss. Der im vorliegenden Fall bei Vertragsschluss beiden Parteien vorliegenden Arbeitsplatzbeschreibung war der beidseitige Wille der Parteien zu entnehmen, wissenschaftlich tätig sein zu wollen. Beiden Parteien war nach den Vertragsdokumenten klar, was von der Klägerin erwartet wurde.

Die prozentualen Anteile der beschriebenen Arbeitsvorgänge wurden seitens des BAG zur Klärung dafür herangezogen, ob die wissenschaftlichen Tätigkeiten überwiegen (s. Zf. 29). Sofern demnach Arbeitsvorgänge mit über 50 % mit wissenschaftlichen Aufgaben beschrieben werden, spricht dies für ein wissenschaftliches Tätigsein. Die innerhalb der jeweiligen Arbeitsvorgänge aufgeführ-

ten Arbeitsleistungen wurden seitens des BAG genau betrachtet. Aus Sicht des Rechtsanwenders ist demnach Vorsicht geboten, wenn in den Arbeitsvorgängen in nicht unerheblichem Umfang administrative Arbeitsleistungen aufgeführt werden. Denn diese sind grundsätzlich nicht wissenschaftlich, solange sie nicht integraler Bestandteil einer Forschungstätigkeit sind, d.h. bei ihnen nicht die Zielsetzung festgestellt werden kann, der Sicherung bzw. Verarbeitung des Erkenntnisstandes der jeweiligen Disziplin zu dienen.<sup>7</sup> Insbesondere den vorgenannten Urteilen des LAG Hamm<sup>8</sup> lässt sich eine gute Übersicht entnehmen, welche administrativen Tätigkeiten grundsätzlich kein wissenschaftliches Tätigsein darstellen.

Da im vorliegenden Fall bereits nach der Vertragslage eindeutig war, dass die Beschäftigte zum wissenschaftlichen Personal zählte, ließ sich das BAG – ebenso wie die Vorinstanzen – auf die Auswertung der – streitigen – tatsächlichen Vertragsdurchführung mit keinem Wort ein (Zf. 30).

#### IV. Fazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das Urteil hinsichtlich des bislang ungeklärten Inhaltes des Qualifizierungserfordernisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG der Praxis Rechtssicherheit gibt. Der Rechtsanwender kann den Fokus weiterhin auf die Erfüllung des engeren Merkmals des wissenschaftlichen Personals legen und mit einer „sauberen“ Vertragslage – Arbeitsplatzbeschreibung und Qualifizierungsplan – beide Merkmale zugleich erfüllen. Somit ist es für den Rechtsanwender letztlich unerheblich, dass es dem BAG nicht überzeugend gelingt, das Merkmal ausreichend zu konturieren. Fest steht, dass an das Qualifizierungserfordernis seitens des BAG keine hohen Anforderungen gestellt werden. Es dürfte regelmäßig bei Erfüllung des Merkmals des wissenschaftlichen Personals miterfüllt sein.

Dr. Johannes Stalberg ist Leiter des Personalreferats einer Ressortforschungseinrichtung des Bundes. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Rechtsauffassung des Autors wieder.

7 Zur problematischen Abgrenzung zu administrativen Tätigkeiten sowie dazu, dass die Wahrnehmung administrativer Aufgaben u.U. auch wissenschaftlich sein kann, siehe: Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Auflage, § 1 WissZeitVG, Rn 28, 37; aus der Rechtsprechung: BAG, Urteil 24.02.2016 – 7 AZR 182/14, Zf. 37 = NZA 2016,

949-953; LAG Hamm, Urteil 14.06.2018 - 11 Sa 1775/17, Zf. 60 f. = ArbuR 2018, 485; LAG Hamm, Urteil 02.07.2015 – 18 SA 517/15, Zf. 51 f. = ZTR 2016, 105-107.

8 Siehe Fn. 7.

Karoline Haake

## *Gibt es eine angemessene Aufsicht für Wissenschaftseinrichtungen?*

*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 5./6.5.2022*

Die Aufsicht über Wissenschaftseinrichtungen steht stets im Spannungsfeld zwischen staatlichem Zugriff und Wissenschaftsfreiheit. Durch die zunehmende Autonomisierung und steigende Erwartungen an die Eigenverantwortung der Hochschulen, neue Formen von Aufsicht und Kontrolle und verschiedene Akteure der Aufsicht entstehen weitere Herausforderungen. Dies nahm sich der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts zum Anlass, sich am 5. und 6. Mai im Senckenberg-Museum in Frankfurt am Main mit dem Begriff der Aufsicht und der Wissenschaftsfreiheit sowie den verschiedenen Wissenschaftseinrichtungen auseinanderzusetzen.

### **I. Aufsicht in der Wissenschaft: Begriff, Formen, Funktionen**

*Prof. Dr. Jörg Ennuschat* (Ruhr-Universität Bochum, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht) versteht unter Aufsicht die Gesamtheit aller staatlichen Handlungen, die zum Zweck haben, das Verhalten der Einrichtung in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen.

Gegenstand der Aufsicht sei die Aufgabenerfüllung durch die Hochschulen. Diese führen im eigenen Wirkungskreis Aufgaben in Selbstverwaltungsangelegenheiten sowie im übertragenen Wirkungskreis Staatsaufgaben aus.<sup>1</sup> Unterschieden wird deshalb zwischen Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht. Die Rechtsaufsicht überwacht nur die Rechtmäßigkeit der Wahrnehmung der Aufgaben im eigenen Wirkungskreis. Bei der Fach- und Dienstaufsicht wird im übertragenen Wirkungskreis neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der Aufgabenwahrnehmung kontrolliert.<sup>2</sup> Neben der klassischen Staatsaufsicht in Form von Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht gebe es auch Entwicklungen hin zu einem modernen Aufsichtsverständnis: Gerade im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells werden vermehrt Elemente

der Kooperation zwischen Aufsicht und Wissenschaftseinrichtung herangezogen und dabei nicht nur Aufgaben und Mittel vergeben, sondern auch Ziele definiert (Outputorientierung).

Bei der Aufsicht über Hochschulen müsse die Wissenschaftsfreiheit beachtet werden. Nach dem BVerfG muss der Staat geeignete organisatorische Maßnahmen treffen, damit diese so weit wie möglich unangetastet bleibt.<sup>3</sup> Da laut dem BVerfG eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsgedanken freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft am besten dient<sup>4</sup>, müsse die Sicherung dieser die Funktion von Aufsicht über Hochschulen sein.

Klassische Aufsichtsinstrumente seien in präventiver Hinsicht z.B. Anzeige- und Vorlagepflichten, Genehmigungsvorbehalte oder Unterrichts- und Informationsrechte. Repressive Instrumente seien Beanstandungen und Abhilfeverlangen, die Aufhebung von Beschlüssen, das Tätigwerden anstelle der Hochschule als Ersatzvornahme, das Erteilen von Weisungen, die Auflösung und Neuwahl eines Organs, die Bestellung von Beauftragten und teilweise sogar die vorübergehende Schließung der Hochschule. Zuständige Aufsichtsbehörde sei das Ministerium. Neben externer Aufsicht erfolge zudem Kontrolle innerhalb der Hochschulorganisation. Eine weitere Form der Aufsicht sei die Prüfung der Wirtschaftsführung der Hochschule durch den Landesrechnungshof. Aufsichtsmittel i.S.d. Neuen Steuerungsmodells können z.B. Controlling und die Anforderung anonymisierter Daten, Akkreditierungs- und Evaluationsverfahren sein. Die wichtigsten Instrumente seien jedoch Hochschulverträge bzw. Ziel- und Leistungsvereinbarungen. In diesen öffentlich-rechtlichen Verträgen werden konkrete Entwicklungs- und Leistungsziele zwischen Ministerium und Hochschulleitung vereinbart. Solche Vereinbarungen können auch zwischen Rektorat und Fakultät oder Rektorat und einzelnen Professoren getroffen werden.

1 Z.B. § 3 Abs. 1 HG NRW für Aufgaben im eigenen Wirkungskreis oder Art. 12 Abs. 3 BayHSchG für Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis.

2 So sichtbar z.B. in § 51 Abs. 1 S. 1 NHG.

3 BVerfGE 127, 87 (114), st. Rspr.

4 BVerfGE 47, 237 (370), 111, 333 (354).

## II. Rechtliche Grundlagen der Aufsicht

Daran knüpfte *Prof. Dr. Margrit Seckelmann* (Leibniz Universität Hannover, Professur für das Recht der digitalen Gesellschaft) mit ihrer Betrachtung der rechtlichen Grundlagen der Aufsicht an.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene sei Aufsicht über staatliche Hochschulen ein Instrument zur Sicherstellung von Legitimationszusammenhängen und damit zur Gewährleistung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 GG. Demnach müsse eine ununterbrochene Legitimationskette zwischen der Ausübung öffentlicher Gewalt durch einen Amtswalter oder ein Organ und dem Volk gegeben sein. Es sind dabei zwei Formen von Legitimation zu berücksichtigen: Die personelle Legitimation, die durch individuelle Berufungsakte innerhalb einer Legitimationskette vermittelt wird, und die sachlich-inhaltliche Legitimation, die die inhaltliche Bindung an die Gesetzgebung und den Volkswillen u.a. durch Aufsicht gewährleistet. Zu beachten sei jedoch auch, dass der Hochschule durch die ihr angehörenden Wissenschaftler das Recht auf Wissenschaftsfreiheit vermittelt wird. In staatlichen Hochschulen bestehen also zwei gegenläufige Stränge: Der Legitimationsstrang vom Volk zum Amtswalter, vermittelt u.a. durch Aufsicht, aber auch der Wissenschaftsfreiheit vermittelnde Legitimationsstrang. Daher habe die staatliche Sphäre neben der Pflicht zur Aufsicht auch die Verpflichtung, die Autonomierechte der Hochschule i.S. der Wissenschaftsfreiheit zu wahren.<sup>5</sup> Dazu kommen noch weitere Akteure, deren Rechte zu bewahren sind. So müsse das Recht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG auf qualitätsvolle Ausbildung gewährleistet werden. Die staatliche Aufsicht als notwendiges Mittel demokratischer Legitimation stehe daher im Spannungsverhältnis zu den Grundrechten der Akteure.

Grundlegendes Modell der Aufsicht über staatliche Universitäten sei, dass das zuständige Fachministerium die Verwaltung und das Präsidium beaufsichtigt, zudem den Präsidenten bestellt und die Mitglieder der Universität beruft. Zudem sind die kollegialen Repräsentationsorgane an wissenschaftsrelevanten Entscheidungen qualifiziert zu beteiligen.<sup>6</sup> Mit dem sich vollziehenden Wandel der Aufsicht i.S. des Neuen Steuerungsmodells finde

zugunsten der Stärkung der Universitäten ein staatlicher Rückzug bis auf die Rechtsaufsicht statt. Insbesondere entwickelten sich Hochschulräte als neue „Aufsichtsorgane“, die einerseits Hochschulorgan sind und andererseits die Hochschulverwaltung und das Präsidium beaufsichtigen. Das Fachministerium delegiert die Aufsichtskompetenzen dabei an den Hochschulrat. In den meisten Bundesländern wurden seit deren Entwicklung Hochschulräte (in unterschiedlichen Formen) eingeführt. Zudem erlaubt § 58 Abs. 1 S. 2 HRG die Errichtung der Hochschulen in anderen Rechtsformen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und gleichzeitig staatliche Einrichtungen, z.B. als Stiftung oder Körperschaft öffentlichen Rechts, die nicht zugleich eine staatliche Einrichtung ist.<sup>7</sup> Bei Errichtung einer Stiftungsuniversität gebe das zuständige Ministerium Kompetenzen an die Stiftung ab, die Trägerin der Hochschule ist. Auch die Aufsichtskompetenzen delegiere das Ministerium teilweise an den Stiftungsrat.

## III. Setzt die Wissenschaftsfreiheit der Aufsicht Grenzen?

*Prof. Dr. Winfried Kluth* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Richter am Landesverfassungsgericht a. D.) setzte sich mit der Wissenschaftsfreiheit als Maßstab der Hochschulaufsicht auseinander. Das BVerfG betone in seinen Entscheidungen<sup>8</sup> die herausgehobene starke Bedeutung („Wissen ist Macht“) für die Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft und die Notwendigkeit des Schutzes vor staatlicher Vereinnahmung. Gleichzeitig verpflichte diese Verantwortung die Wissenschaftseinrichtungen gegenüber dem Gemeinwohl zum Wissenschaftstransfer und damit zum Teilen ihrer Ergebnisse und Erkenntnisse.<sup>9</sup>

Da Wissenschaft auf Infrastrukturen und finanzielle Förderung angewiesen sei, sei der Staat verpflichtet, diese zu gewährleisten. Auf Ebene der Länder bestehe dadurch eine Einrichtungsgarantie zur Bereitstellung von Wissenschaftseinrichtungen und Geldmitteln. Insbesondere sei die Wissenschaftsfreiheit ein Abwehrrecht individueller Grundrechtsträger gegen den Staat. Träger der Wissenschaftsfreiheit seien an staatlichen Hochschulen

5 Diese zwei verschiedenen Legitimationsstränge spiegeln sich auch in der Janusköpfigkeit der staatlichen Hochschulen wider: Einerseits sind diese nach § 58 Abs. 1 S. 1 HRG Körperschaften öffentlichen Rechts, die Aufgaben funktionaler Selbstverwaltung wahrnehmen (und dabei Träger der Wissenschaftsfreiheit sind), andererseits staatliche Einrichtungen, welche staatliche Gewalt ausüben, die an den Volkswillen gekoppelt sein muss.

6 BVerfGE 35, 79 (132 f.).

7 So im Gesetzentwurf zur Änderung des HRG formuliert, BT Drs. 13/8796 S. 29.

8 BVerfGE 35, 79 ff und 47, 327 ff.

9 Die gesellschaftliche Verantwortung der Hochschulen finde ihren Ausdruck außerdem in Zivil- und Nachhaltigkeitsklauseln sowie Ethikkommissionen in der Forschung.

sowohl die einzelnen Wissenschaftler als auch die Fakultäten und Hochschulen, abgeleitet von der grundrechtlichen Freiheit ihrer Mitglieder. Im privaten Sektor können sich einzelne Wissenschaftler, Hochschulen und deren Gründer und einzelfallbezogen forschende Wirtschaftsunternehmen auf ihre Wissenschaftsfreiheit berufen. Weiterhin verleihe die Art. 5 Abs. 3 GG wissenschaftlichen Einrichtungen den Anspruch auf wissenschaftsadäquate Organisationsformen und Verfahrensweisen, insbesondere durch Beteiligungsrechte der einzelnen Wissenschaftler.<sup>10</sup>

Die Gefahr einer Einwirkung auf die Wissenschaftsfreiheit einzelner Wissenschaftler bestehe etwa bei versuchter inhaltlicher Einflussnahme. Sowohl das BVerfG als auch das BVerwG verdeutlichen in ihrer Rechtsprechung, dass Einwirkungen durch die Hochschule oder Aufsichtsbehörde insbesondere inhaltliche Zurückhaltung zu wahren haben.<sup>11</sup> Das Instrument, den Inhalt der Wissenschaft zu überprüfen, sei nicht die Aufsicht, sondern der wissenschaftliche Diskurs. Gegenüber den Fakultäten können Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit insbesondere in Form von Strukturwandel entstehen.<sup>12</sup> Auch die Aufhebung einer Fakultät könne eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit sein, wobei den Fakultäten keine Bestandsgarantie zukomme, aber zumindest ein Recht auf willkürfreie Entscheidung.<sup>13</sup> Auch bei der hochschulinternen Mittelverteilung und bei Zielvereinbarungen sei die Wissenschaftsfreiheit der Fakultäten zu achten.

Die Gründung einer privaten Hochschule sei nicht nur durch die Berufs-, sondern auch durch die Wissenschaftsfreiheit als Hochschulgründungsfreiheit geschützt. Gleichzeitig müsse der Staat im Rahmen der Gründungsaufsicht dafür Sorge tragen, dass die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit durch die einzelnen Wissenschaftler gesichert sei. Im Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat werden daher insbesondere die Ausgestaltung der Verträge mit den Professoren und die Gewährleistung von Forschung und Lehre überprüft. Hier müsse jedoch gesichert bleiben, dass das Akkreditierungsverfahren wissenschaftsadäquat ausgestaltet ist.

#### IV. Hochschulräte: Zwischen Steuerung, Beratung und Kontrolle

*Dr. h.c. Edelgard Bulmahn* (Deutscher Bundestag, Vizepräsidentin a.D., Bundesministerium für Bildung und Forschung, Bundesministerin a. D.), berichtete von der Tätigkeit der Hochschulräte, insbesondere aus ihrer Position als Vorsitzende des Kuratoriums der Humboldt-Universität zu Berlin.

*Bulmahn* skizzierte zunächst drei verschiedene Grundtypen von Hochschulräten: Der erste Typ seien Hochschulräte, die als „critical friends“ der kritisch-konstruktiven Begleitung und Beratung der Hochschule dienen, aber keine Entscheidungskompetenzen innehaben. Als zweiten Typus qualifizierte *Bulmahn* Hochschulräte mit beratender, aber auch kontrollierender, mitgestaltender Funktion. Der dritte Typ habe die weitreichendsten, aufsichtsratsähnlichen Kompetenzen, dies sei insbesondere bei Stiftungsuniversitäten der Fall.

Die konkreten Aufgaben und Zusammensetzungen der Hochschulräte ergäben sich aus den Landeshochschulgesetzen und den Universitätsstatuten. Sie unterscheiden sich daher spürbar zwischen den Ländern. *Bulmahn* kategorisierte diese in alleinige Beschlusskompetenzen (z.B. für die Feststellung des Haushaltsplans, die Einrichtung, Aufhebung oder Veränderung von Fakultäten oder Studiengängen, Entscheidungen grundsätzlicher Art oder die Rahmengebührensatzung), Beschlusskompetenzen unter Berücksichtigung des Vorschlagsrechts des akademischen Senates, Vorschlagskompetenzen (z.B. für die Besetzung des Präsidenten und der Vizepräsidenten), Beratungskompetenzen (z.B. bzgl. des Rechenschaftsberichts oder der mittelfristige Bau- und Investitionsplanung) und Initiativkompetenzen (z.B. in Form der Anforderung von Berichten oder Anregungen an die Landesregierung). Damit seien die Kompetenzen der Hochschulräte meist eine Mischung zwischen Beratung, Kontrolle und Gestaltung der Hochschule.

Anhand verschiedener Fallbeispiele stellte *Bulmahn* anschließend verschiedene Konfliktpotenziale aus der Praxis vor. So gebe es ein Spannungsfeld zwischen der Position als oberste Dienstherrin und der Ausübung der

<sup>10</sup> Z.B. BVerfGK 12, 440.

<sup>11</sup> So urteilte das BVerwG, dass eine ad-hoc-Kommission der Universität die Forschungsergebnisse eines Hochschullehrers nur auf einen Missbrauch seiner Wissenschaftsfreiheit überprüfen, nicht

aber grundsätzlich fachlich bewerten dürfe, BVerwGE 102, 304, bestätigt durch BVerfG NJW 2000, 3635.

<sup>12</sup> Dazu BVerfGK 12, 17.

<sup>13</sup> BVerfGK 5, 135 (140 f.).

Rechtsaufsicht durch das zuständige Ministerium. Problematisch sei es auch, wenn Mitglieder des Präsidiums oder des zuständigen Ministeriums gleichzeitig stimmberechtigte Mitglieder des Hochschulrates seien. Im Falle einer Bearbeitung einer Dienstaufsichtsbeschwerde gegen das Präsidium durch den Hochschulrat käme es unweigerlich zu Interessenkonflikten. Notwendig sei in allen Fällen die eindeutige Zuordnung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten zwischen dem Hochschulrat, dem Präsidium und dem aufsichtsführenden Ministerium.

*Bulmahn* bilanzierte, dass das Selbstverständnis der Hochschulräte für deren Erfolg essenziell sei und diese sich stets als Gremium der Interessen der gesamten Hochschule und als Schnittschnelle zur Gesellschaft zu betrachten hätten. Eine enge Kommunikation sowohl mit dem Präsidium als auch mit den Statusgruppen der Hochschule sei daher ebenso von Bedeutung wie die klare Zuschreibung von Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten. *Bulmahn* lobte zudem den Austausch zwischen den Hochschulräten der deutschen Hochschulen im Forum Hochschulräte und plädierte für eine zusätzliche Plattform für die German U15.

## V. Aufsicht über private Hochschulen

*Prof. Dr. Burghard Hermeier* (FOM Hochschule Essen, Rektor und Mitglied der Geschäftsleitung) lieferte Einblicke in die Aufsicht über private Hochschulen. Diese ergänzen die Hochschullandschaft, indem sie sich an spezielle Zielgruppen wenden, z.B. Studierende, die berufstätig sind und bleiben wollen, oder Studierende aus nicht-akademischen Elternhäusern. Private Hochschulen können daher einen wichtigen Beitrag zur Akademisierung und zur Behebung des Fachkräftemangels leisten.

Der privaten Hochschule stehe ein breiter Regulierungsrahmen gegenüber. Zum einen habe sie das Hochschulrecht der Bundesländer einzuhalten. Problematisch sei hierbei, dass der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber die Lage der privaten Hochschulen oft nicht hinreichend oder gar nicht berücksichtige. Private Hochschulen müssen nicht nur die Akkreditierung ihres Studienangebots im Wege der Programm- oder Systemakkreditierung durchführen. Zusätzlich seien sie, sowohl zur erstmaligen als auch zur Verlängerung der staatlichen Anerkennung, zu einer aufwändigen institutionellen Akkreditierung verpflichtet. Daneben gelten für private Hochschulen noch spezielle Vorgaben der Bundesländer, z.B. die

Hinterlegung hoher Bürgschaften. Weiterhin bindend seien die die Trägerinstitution der Hochschule betreffenden gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsverpflichtungen, im Falle der FOM insbesondere die Einhaltung der Gemeinnützigkeitskriterien. Auch andere Rechtsgebiete, die staatliche Hochschulen selten berühren, seien zu beachten, z.B. im Bereich Steuer- oder Sozialversicherungsrecht. Zudem seien viele private Hochschulen nach dem Betriebsverfassungsgesetz zur Einrichtung eines Betriebsrats verpflichtet. Private Hochschulen unterliegen typischerweise einer engen Aufsicht des jeweiligen Wissenschaftsministeriums. Besonders markante Pflichten betreffen die jährlichen Lehr- oder Forschungsberichte und ggf. die Erfüllung daraus resultierender Auflagen. In Bezug auf Hochschulentwicklungsmaßnahmen gäbe es weitreichende Abstimmungs- und Genehmigungsbedarfe.

Wie eingangs erwähnt sei besonders nachteilig, dass die Erteilung der staatlichen Anerkennung typischerweise nur befristet und auf der Basis einer institutionellen Akkreditierung erteilt werde. Das aufwändige Verfahren werde vom Wissenschaftsrat durchgeführt. Der Akkreditierungsprozess dauere ca. anderthalb Jahre, dabei werden im Falle der FOM ca. 130 Personen der Hochschule angehört, zudem ein Selbstbericht von etwa 100 Seiten nebst 7.500 Seiten Anhang eingereicht. Die Kosten des Verfahrens trage die Hochschule. Auf Basis des Votums des Wissenschaftsrats spreche das Land die staatliche Anerkennung und ggf. Auflagen aus. Das Verfahren sei in der Gründungsphase einer privaten Hochschule im Grundsatz angemessen und wichtig, um die Ausübung der Wissenschaftsfreiheit abzusichern. Die ständige Wiederholung des Prozesses sei aber zu bürokratisch. Der Wissenschaftsrat habe für diese institutionellen Verfahren sehr umfangreiche Akkreditierungsleitfäden und Kriterienkataloge entwickelt. Allerdings beobachtete *Hermeier*, dass diese Maßstäbe die Innovationspielräume der privaten Hochschulen immer weiter einschränken und eine Gleichförmigkeit der privaten und der staatlichen Hochschulen zur Folge habe. Private Hochschulen müssen jedoch gerade nicht genauso organisiert sein wie staatliche Hochschulen, zumal zur Beurteilung privater Hochschulen die Standards eines Idealbilds staatlicher Hochschulen angesetzt werden, die letztere selbst in der Realität nicht in Gänze erfüllten. Private Hochschulen bräuchten daher eine „Privathochschulträgerfreiheit“ als Ausprägung der Wissenschaftsfreiheit und mehr Gestaltungsmöglichkeiten.

## VI. Universitätsklinik: Aufsichtsräte im Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeit und Wissenschaft

Prof. Dr. Peter Dominiak (Universität zu Lübeck, Präsident a.D., Universitätsklinikum Düsseldorf, Vorsitzender des Aufsichtsrats a.D.) berichtete aus eigener Erfahrung aus dem Aufsichtsrat eines Universitätsklinikums. Die Aufgaben des Aufsichtsrats seien die Beratung und Überwachung des Vorstands, die Bestellung und Entlassung der Vorstandsmitglieder, die Festsetzung der Vorstandsgehälter, die Abstimmung der Strategie mit dem Vorstand z.B. in Strategiesitzungen sowie die Festlegung des wirtschaftlichen Jahresabschlusses. Eine der wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats sei die Ausschusstätigkeit, welche die Sitzungen und Entscheidungen des Aufsichtsrats vorbereiten.

Die Besetzung des Aufsichtsrates lege dieser in seiner Geschäftsordnung fest. In Düsseldorf seien dies die Vertreter des Wissenschafts-, Finanz- und Sozialministeriums, Rektor und Kanzler der Universität, je zwei externe Sachverständige aus der Wissenschaft und Wirtschaft, ein Mitglied der Professorenschaft, die Gleichstellungsbeauftragte sowie Vertreter des wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Personals. Die verschiedenen Aufsichtsratsmitglieder nehmen verschiedene Interessen zwischen Wirtschaft und Wissenschaft vertreten wahr: Das Land verfolge Interessen an der Aufsicht des Klinikums und der Finanzierung von Forschung und Lehre. Die Universität wolle fakultätsübergreifende Forschung und Lehre sicherstellen. Die medizinische Fakultät verfolge das Ziel exzellenter medizinischer Forschung und Lehre, während das Universitätsklinikum Spitzenmedizin in Koordination mit dem Forschungsprofil und einem betriebswirtschaftlich ausgeglichenen Ergebnis betreiben möchte. Regelmäßig sei weder im von vielen Universitätsklinikum implementierten Public Corporate Governance Codex (PCGK) noch in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats die Wissenschaft als dessen Interesse und Schutzziel explizit thematisiert. Eine Schnittstelle zur Wissenschaft könne aber die Überwachung der Finanzströme und die Trennungsrechnung durch den Aufsichtsrat sein.

Herausforderung der Universitätsklinik sei, dass neben Forschung und Lehre auch die Krankenversorgung als Aufgabe hinzukomme. Damit zusammenhängend werden auch die Finanzströme komplizierter. Die Finanzierung der Universitätsklinik erfolge aus vier Säulen, namentlich der stationären Krankenversorgung, der am-

bulanten Versorgung, dem Zuschuss für Forschung und Lehre und Investitionen des Landes. Insbesondere die Einführung des DRG-Systems, eines pauschalierten Abrechnungssystems für stationäre Versorgung durch die Krankenkassen, führe deshalb zu negativen finanziellen Entwicklungen der Universitätsklinik. In diesem System unbeachtet bleiben aber die Sonderaufgaben der Hochschulmedizin im Vergleich zu anderen Krankenhäusern.<sup>14</sup>

Universitätsklinikum hätten wegen der verschiedenen Akteure eine so komplexe und komplizierte Universitätsstruktur: Die Universität, der Aufsichtsrat, die Landesregierung, der Personalrat und die Krankenkassen verfolgen jeweils unterschiedliche Interessen. So werde die Handlungsfähigkeit des Vorstands eingeschränkt. Es gebe zwar keine ideale Struktur für die Zusammenarbeit der Akteure, dennoch plädierte Dominiak für eine Strukturvereinfachung und betriebswirtschaftliche Organisation der Universitätsklinikum, womöglich durch Herauslösung aus der Universität und Bildung medizinischer Hochschulen, sowie eine Interessensentflechtung des Aufsichtsrats.

## VII. Aufsicht über außeruniversitäre Forschungseinrichtungen: Welche Rolle spielen Zuwendungsgeber?

Dr. Karl-Eugen Huthmacher (Bundesministerium für Bildung und Forschung, Ministerialdirektor a.D.) schilderte die Aufsicht über außeruniversitäre Forschungseinrichtungen am Beispiel der Helmholtz Gemeinschaft (HGF), in deren Forschungszentren Huthmacher als Ministerialdirektor Vorsitzender von sechs Aufsichtsräten bzw. Kuratorien war. Bei der institutionellen Forschungsförderung nehme ein Ministerium stets eine Doppelrolle als Zuwendungsgeber und als Aufsichtsbehörde ein: Als Zuwendungsgeber sei es neben der Finanzierung der Wissenschaftseinrichtung die Aufgabe des Ministeriums, die Wissenschaftseinrichtung als Anteilseigner zu kontrollieren und beraten. Dabei verfolge das Ministerium das Ziel, zuwendungsrechtlich nicht zu beanstandende Zustände herzustellen, daneben aber auch das allgemeine öffentliche Interesse wahren und im Dialog mit der HGF wissenschaftspolitische Ziele zu erarbeiten. Daneben werde Aufsicht über die Helmholtz-Zentren ausgeübt, indem Ministerialbeamte als Vorsitzende in den Aufsichtsräten und Kuratorien der Helmholtz Zentren sitzen. Bei der HGF, der Dachorganisation über den selbstständigen Helmholtz Zentren, bestehe zudem ein Ausschuss der Zuwendungsgeber, der

14 Dominiak verwies zu den Problemen der Universitätsklinik auf Ludwig/Windmann, Taumelnde Tanker, SPIEGEL v. 30.6.2014.

mit Vertretern aus Bund und Ländern besetzt ist und forschungspolitische Ziele vorgibt.

Der Staat könne so sowohl über den Ausschuss, als finanzieller Zuwendungsgeber als auch über die Aufsichtsgremien Einfluss auf die Helmholtz Zentren nehmen und daher das Finanzmanagement, die Struktur und inhaltliche Ausrichtung beeinflussen. *Huthmacher* kam zu dem Schluss, dass diese besondere Kontrolldichte gegenüber der HGF aus den öffentlichen Interessen resultierte, die die Mission der HGF durch Forschungsbeiträge zur Beantwortung der großen gesellschaftlichen Herausforderungen und den Bau und Betrieb von Großgeräten berühre. Dies seien beides nicht nur zentrale Fragen der Wissenschaft an sich, sondern auch der Wissenschaftspolitik.

Allerdings müsse auch die Wissenschaftsfreiheit im Lichte dieser Kontrollmacht berücksichtigt werden. Deshalb gelte ein generelles Gebot der Zurückhaltung in inhaltlichen Fragen, aber auch nachvollziehbare inhaltliche Kriterien der Forschung, z.B. die Ausrichtung der Mission, die Beachtung grundlegender rechtsstaatlicher und demokratischer Prinzipien, die Effizienz und Funktionsfähigkeit der Wissenschaftsorganisation sowie die Anforderungen aus PCGK. Die Aufsichtsratsstätigkeit des Bundes versteht *Huthmacher* auch als Mittlerrolle zwischen Politik und Wissenschaft. In der Besetzung des Aufsichtsratsvorstands mit höherrangigen Ministeriumsbeamten bestehe die Möglichkeit, Konflikte zu lösen, da eine Vertrauensbasis sowohl in Beziehung zur Ministeriumsspitze als auch zum Präsidenten der HGF bestehe. Konflikte entstünden durch unterschiedliche Erwartungshaltungen zwischen Wissenschaft und Politik. Außerdem bestehe Konfliktpotenzial dort, wo Grenzen der Selbstorganisation der einzelnen Forschungszentren entstehen, sodass es zu internen Konflikte etwa zu finanziellen Ressourcen und zu singulärer Interessenwahrnehmung in oder zwischen den einzelnen Zentren kommt. Die Erfolgsfaktoren eines gelingenden Zusammenspiels zwischen Wissenschaft und Politik seien ein klares Rollenverständnis angesichts der unterschiedlichen Logiken zwischen Politik und Wissenschaft.

### VIII. Welche Aufsicht ist für Wissenschaftseinrichtungen angemessen?

Die abschließende Podiumsdiskussion moderierte Wissenschaftsjournalist *Dr. Jan-Martin Wiarda*. Es diskutierten *Prof. Dr. Frank Dellmann* (FH Münster, Präsident), *Dr. Thomas Grünewald* (Hochschule Niederrhein, Präsident, Staatssekretär im Ministerium Wissenschaft

und Forschung NRW a.D.), *Prof. Dr. Georg Krausch* (Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Präsident) und *Prof. Dr. Frank Ziegele* (Hochschule Osnabrück, Professor für Hochschul- und Wissenschaftsmanagement, CHE, Geschäftsführer).

Nach *Dellmann* ist die Aufsicht über Wissenschaftseinrichtungen angemessen, wenn ein Ausgleich zwischen Wissenschaftsfreiheit und der nötigen Kontrolle stattfindet. Im Speziellen zeige sich aber schon am Programm der Tagung, dass aufgrund der Heterogenität der Wissenschaftseinrichtungen nicht eine einzige angemessene Aufsicht bestehe. Auch zwischen den Fachhochschulen müsse für diese Beurteilung zwischen Träger, Größe oder Profil der Hochschule differenziert werden. *Krausch* differenzierte zur Beantwortung der Frage nach den Formen der Aufsicht. Die Angemessenheit der Rechtsaufsicht und Finanzaufsicht könnten institutionenübergreifend gleich beantwortet werden. Die notwendige inhaltliche Steuerung unterscheide sich jedoch zwischen den verschiedenen Wissenschaftseinrichtungen. Nach Ansicht *Ziegeles* sei insbesondere das alte Modell der staatlichen Fachaufsicht mit der Detailkontrolle und Steuerung einzelner Prozesse für Wissenschaftseinrichtungen nicht angemessen. Statt eine institutionenübergreifende Angemessenheit der Aufsicht festzulegen, gebe es Prinzipien, die für die Aufsicht über alle Wissenschaftseinrichtungen gelten, wie etwa die Widerspruchsfreiheit eines Aufsichtsmodells. Insbesondere angesichts der verschiedenen Akteure bei der Aufsicht benötigten Aufsichtsmaßnahmen ein Mindestmaß an Konsistenz, da ansonsten die Handlungsfähigkeit der Wissenschaftseinrichtung eingeschränkt sei. Während also dieselben Grundprinzipien für die Aufsicht über alle Wissenschaftseinrichtungen gelten, seien je nach Einrichtung unterschiedliche Detailregelungen der Aufsicht erforderlich.

Inwieweit Ministeriumsvertreter Mitglieder der Hochschul- oder Aufsichtsräte sein sollten und wie ihre Rolle dort auszugestalten sei, schätzte *Grünewald* differenziert nach den verschiedenen Einrichtungen ein: In den Hochschulräten sei die Rolle mit Zurückhaltung als die eines Beobachters wahrzunehmen, während in den Aufsichtsräten außeruniversitärer Forschungseinrichtungen eine stärkere inhaltliche Einflussnahme und Kontrolle geboten sei. Dies sei, wie auch bei *Huthmacher* dargestellt, von der Missionsbindung und dem Investitionsbedarf der Organisation abhängig. Der Differenzierung stimmte auch *Ziegele* zu, warf jedoch Zweifel an der Eignung der Hochschulräte als Austauschforum zwischen Hochschule und Ministerium auf, da sich die An-



wesenheit von Ministeriumsvertretern restringierend auf die Diskussionen im Hochschulrat auswirken könne. Dies beobachtete auch *Dellmann*, zumal der Rollenwechsel im Hochschulrat vom Ministeriumsvertreter zum im Interesse der Hochschule agierenden Hochschulratsmitglied in der Praxis oft misslinge. Konflikte im Hochschulrat könnten auch entstehen, wenn Angehörige der Hochschule als Mitglieder des Hochschulrats die Aufsicht über das Präsidium ausübten, der Präsident aber gleichzeitig auch die Dienstaufsicht über die Hochschulangehörigen innehatte. Der Erfolg der Aufsicht sei in Anbetracht möglicher solcher Konfliktfelder sowohl von den geschaffenen Strukturen als auch den einzelnen Prozessen oder Personen abhängig.

In Bezug auf Drittmittelprojekte und die Steuerung der Hochschulen durch Programme sah *Grünwald* insbesondere die Grundfinanzierung und die Drittmittelfinanzierung der Hochschulen außer Verhältnis. Eine Lösung könnte die Überführung der Dritt- oder Zweitmit-

tel in die Grundfinanzierung sein. *Krausch* beobachtete oft eine hohe Detailschärfe im Rahmen von staatlichen Programmen, die auf begrenzte Zeit Zweitmittel bereitstellen, sodass im Rahmen dieser detaillierten Zielvorgaben kaum Hochschulautonomie gegeben sei. Es bestehe in dieser Hinsicht ein Widerspruch zwischen dem erklärten Rückzug aus der detaillierten Fachaufsicht des Staates einerseits und kleinteiligen inhaltlichen Vorgaben der Programme andererseits.

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



# Christian Wolff

## *Berufung, Rückberufung und Ankunft an der Universität Halle*<sup>1</sup>

(*Erste Berufung nach Halle*)

Als ich mich bei dem Einfall der Schweden in Sachsen nach Giessen begab, so wurde mir daselbst insonderheit viele Höflichkeit erwiesen. ... (Da) die Ausfertigung der Bestallung (*Ernennung an der Universität Giessen*) nicht sogleich geschehen konnte, (*entschloss ich mich*), erst eine Reise in mein Vaterland zu tun und von den meinigen, von denen ich so weit entfernt sein sollte, Abschied zu nehmen. ... Weil ich aber nicht wusste, wie die Sachen in Sachsen stünden und ob man durch dieses Land sicher reisen könnte, so nahm ich meinen Weg über Cassel nach Halle, daselbst besuchte ich den Herrn Geheimrat Stryck<sup>2</sup>, welcher mich fragte, ob ich nicht daselbst verbleiben wollte. Ich sagte, dass ich die *Vocation* (*den Ruf*) nach Giessen zur Professione Matheseos (*Lehrstuhl für Mathematik*) hätte, auch dorthin zu gehen *resoluirte* (*entschieden*) wäre. Er antwortete, ich könnte dieses auch in Halle haben, weil ihnen noch ein *Professor Matheseos* fehlte. Weil ich nun ohnedem (*den Prorektor*) besuchen wollte, so ging ich zu ihm und da er nur meinen Namen hörte, sagte er gleich von freien Stücken, es wäre ihm lieb, dass ich zu ihnen käme. Er wäre längst besorgt gewesen, wie die Universität einen *Professorem Matheseos* haben möchte. Als ich erwiederte, ich wäre bereits *engagiret*, indem ich die *Vocation* zu *Profes. Mathes.* hätte, mich auch erkläret, dieselbe anzunehmen, vermeinte er, es wäre besser, in Halle zu bleiben, als dorthin zu gehen, weil ich hier mehr tun könnte als dort. Und da ich eben von dem *H. von Leibnitz* und *H. Bernoulli* Briefe erhalten hatte und ihm dieselbe zeigte, schrieb er sogleich an den *H. von Leibnitz*, eröffnete ihm sein Vorhaben und verlangte, er möchte mich an den *H. von Danckelmann*, welcher *Minister Ober Curator* der Königl. Universitäten war, *recommendiren*. Dieser tat es auch gleich und er schrieb deswegen auch selbst an den *H.v. Danckelmann*. Und weil ich eben über Berlin gehen wollte, ehe ich nach Breslau reiste, so reiste ich nach Berlin hinunter, woselbst ich seiner Excell. auch selbst meine Aufwartung machte, der mich sehr gnädig empfangen, die Sache dem König vortrugen und die Bestallung

zum Professore Matheseos auswürckten, mir auch selbst anrieten, lieber nach Halle als nach Giessen zu gehen. Also nahm ich diesen Ruf (1706) an und schrieb die *Vocation* (*den Ruf*) nach Giessen ab.

(*Christian Wolffs Jahre in Halle endeten 1726 abrupt. Als er die Ethik des Konfuzius positiv wertete und an die Seite der christlichen Ethik stellte, warfen ihm seine theologischen Kollegen Atheismus vor. Auf Weisung von König Friedrich Wilhelm I. musste er binnen 48 Stunden Halle verlassen. Sehr detailliert schildert er seine Rückberufung nach Halle:*)

Hieher gehöret nun auch die neue Wiederberufung nach Halle (*im Jahr 1740*) .... Daher *resoluirte* (*entschloss*) ich mich, den andern Teil von der *Philosophia practica Universalis* Seiner Königlichen Majestät (*Friedrich Wilhelm I., 1688 – 1740*) zu *dediciren*, darinnen ich alles referirte, was von meinen Gegnern vor erdichtet ausgegeben ward. Diese *Dedication* übersetzte ich selbst in das deutsche und legte sie zu dem Schreiben bei, welches ich nebst dem Buche übersandte und mit Fleiss durch einen andern überreichen liess. Der König von Preussen nahm dieses sehr gnädig auf, antwortete mir auch in sehr gnädigen *terminis* und *offerirte*, mir von neuem, dass ich wieder in seine Lande kommen und die *conditiones* selbst vorschlagen sollte, auf welche ich wiederkommen wollte. Ich bedankte mich vor diese Gnade, schrieb, dass ich so wohl in Hessen stünde, dass ich nicht Ursache hätte, an eine Aenderung zu denken, man auch in Cassel mich nicht gerne dimittiren würde. Der König *offerirte* mir nach diesem, dass ich sollte *Director* von der Universität Franckfurt werden und liess mir frei, die Besoldung selbst zu determiniren: Als ich dieses *deprecirte* (*ablehnte*), *offerirte* mir Seine Königliche Majestät das *Vice-Cancellariat* in Halle, ich *deprecirte* aber auch dieses, weil ich mich nicht unterstünde, um meine *dimission* anzuhalten, da ich dem Hause Hessen so vielen Dank schuldig wäre. ...

Weil nun der erste Theil des *Juris Naturae* (zur Oster-Messe 1740) herauskam, *dedicirte* ich denselben an den damaligen Cron Printzen in Preussen, *nunmehr* re-

1 *Christian Wolff* (1679 – 1754) gehört zu den wichtigsten Philosophen der Aufklärung. Der folgende Text aus *Christian Wolff*, Selbstschilderung, nach dem Original in der Milich'schen Bibliothek in Görlitz mitgeteilt von *H. Wuttke* 1841, in: Deutsche

Lehr- und Wanderjahre, Selbstschilderungen berühmter Männer und Frauen, Band II, 1874, S. 309 ff., 325 ff. ist gekürzt, sprachlich geglättet und kursiv in Klammerzusätzen bisweilen erläutert.

2 *Johann Samuel Stryk* (1668 – 1715), Professor der Rechte in Halle.

gierenden König (*Friedrich der Große, 1712 - 1786*), weil ich wusste, dass Seine Königliche Hoheit ein grosses Vergnügen an meiner Philosophie fanden und meine deutschen Schriften mit vieler application lasen, ja die *Metaphysick* sich auch ins französische hatte übersetzen lassen, als von welcher Sprache Sie ein ungemeiner Liebhaber sind. Sie nahmen dieses sehr gnädig auf und ich bekam bei dieser Gelegenheit aus Dero eigenhändigen Französischen Schreiben zu erfahren, wie viel sie auf meine Art zu philosophiren und überhaupt auf gründliche Wissenschaften hielten. Als nun bald darauf Dero Vater Todes verblichen war, liessen Seine Majestät gleich des andern Tages ihrer angetretenen Regierung an mich schreiben, ob ich in Dero Dienste treten wollte, und versprachen mir alle *conditiones* einzuwilligen, die ich nur verlangen würde. Als ich meine alleruntertänigste Hochachtung der Königl. Gnade in Antwort bezeugte, und mich entschuldigte, dass es sich nicht gezieme, Seiner Königlichen Majestät vorzuschreiben, beliebten dieselben sich näher zu erklären, dass sie mich nach Berlin verlangten und mir nebst dem Charakter Dero geheimen Rathes unterdessen 2000 Rthlr. Pension geben wollten, davor ich nichts zu tun hätte, ... befahlen auch dem H. Probst Reinbeck, dass er das äusserste anwendete, um mich zu bereden, diese *offerte* zu *acceptiren*, welcher auch seines Ortes nichts unterliess, was dazu dienlich konnte erachtet werden. Als ich aber nach Berlin zu gehen mich nicht *resoluiere*n konnte, sondern mich damit entschuldigte, dass ich zur Universität geboren wäre und darauf mein Leben endigen wollte, so verlangte Seine Königliche Majestät, dass ich nach Halle käme und dasselbst die *Professionem Juris naturae et gentium*, wie auch *Matheseos* übernehme, wobei sie mir zugleich das *Praedicat* des Geheimen Rathes, das *Vice-Cancellariat* und 2000 Rthl. Besoldung *offerirten*, da vor diesem bei hiesiger Universität bloss der geheime Rath *Stryck, Facultatis*

*Juridicae Praeses*, 1200 Rthl. Besoldung gehabt, welches überall als etwas besonders angesehen ward.

Ich war nicht lange (in Halle), da Seine Königliche Majestät allergnädigst mir auftrug, nebst einigen Herrn *Ministris* mit vor die Besetzung der erledigten Stellen auf allen Dero Universitäten zu sorgen. Daher es geschehen, dass man in dem neuen zu Berlin gedruckten Titular-Buche mir den Titul eines *Curatoris Universitatum regiarum* (*Kurator der Königlichen Universitäten*) beigeleget, den ich aus Bescheidenheit niemahlen annehmen wollen. ....

(Ankunft in Halle)

(Ich) trat endlich am Andreastage meine Reise von Marburg an und kam den 6. Dec. (1740) gegen Abend in Halle an. Es waren hier eine grosse Menge der *studiosorum* hinausgeritten, um mich einzuholen mit sechs blasenden Postillionen vor sich und einige gute Freunde von mir gleichfalls entgegen gefahren. Auf den nächsten Dörfern war eine grosse Anzahl von hiesigen Einwohnern, die auf meine Ankunft warteten. Vor und in der Stadt, auf den Strassen und dem Markte war ein grosser Zulauf des Volkes und ich hielt also unter lauten Jubelgeschrei meinen Einzug. Auf der Strasse, wo ich einkehrte in des seeligen *Thomasii*<sup>3</sup> Haus, welches ich gemietet hatte, waren in dem Hause gegenüber Trompeten und Pauken, die sich hören liessen, sobald der Zug in die Gasse kam und war ein solcher Zulauf des Volkes, dass (*man*) kaum vom Wagen steigen und unter dem Gedränge selbst im Hause in ein Zimmer kommen konnte. Ich liess also meine Ankunft noch diesen Abend bei den Vornehmen in der Stadt und denen Herren *Professoribus* melden, welche mir den folgenden Tag darauf ihren Besuch abstatteten und bewillkomnten. ...

3 Christian Thomasius (1655 - 1728)