

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2021**

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2021**

## **Herausgeber**

*Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch und*

*Professor Dr. Thomas Würtenberger,*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

## **in Verbindung mit**

*Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat, Leiter des Landesamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern*     *Professor Dr. Christian Picker, Lehrstuhl für bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen*

*Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg*     *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*     *Dr. Sarah Tarantino, Regierungspräsidium Freiburg*

*Professor Dr. Volker M. Haug, Professor für öffentliches Recht, insb. Staats-, Europa- und Medienrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg*     *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

*Prof. Dr. Alexander Kurz, Mitglied des Vorstands der Fraunhofer Gesellschaft*     *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

*Dr. Felix Hornfischer, Richter am Verwaltungsgericht Freiburg*     *Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

**Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft e.V.**    **Erscheinungsweise**  
Registernummer 700740 Amtsgericht Freiburg    Vierteljährlich

**Vorstand**    **Bindung**  
*Professor Dr. Thomas Würtenberger*    Buchbinderei Ehe GmbH, Radolfzell  
*Professor Dr. Dr. h.c Manfred Löwisch*  
*Dr. Cornelia Feldmann*

**Redaktion**    **Urheber- und Verlagsrechte**  
Viktor Asal    Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind  
Alessandra Novelli    urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch  
Marie Anselment    gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.  
Johannes Deutsch    Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-  
Cornelius Wurst    rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-  
Viktor Kurz    lässig. Eine Verwendung zu wissenschaftlichen Zwe-  
    cken unter Angabe der Quelle (Zitat) ist ausdrücklich  
    gestattet, auch die Verlinkung auf das Dokument. Für  
    jede weitergehende Verwendung ist die Zustimmung  
    von OdW und des ausgewiesenen Autors erforderlich.

**Kontaktdaten, Schriftleitung und Redaktion**  
Ordnung der Wissenschaft  
c/o Forschungsstelle für Hochschulrecht und  
Hochschularbeitsrecht  
Prof. Dr. Thomas Würtenberger  
Belfortstraße 20 (Rückgebäude)  
79098 Freiburg im Breisgau  
Internet: [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de)  
E-Mail: [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de)  
Telefon: +49 761 203 9475

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## Aufsätze

- I. Martin Burgi und Lisa Hagen* Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen **1-6**
- II. Carsten Morgenroth und Barbara Wieczorek* Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus der Hochschulpraxis, Teil I-Online-Lehre **7-18**
- III. Guido Speiser* Das Promotionsrecht für Fachhochschulen **19-32**
- IV. Thomas Reydon* Zur Unvergleichbarkeit akademischer Systeme **33-46**
- V. Christian Picker und Sebastian Reif* Mein Prof ist ein Nazi — Politischer Extremismus und Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Hochschulen **69-102**
- VI. Michael Fehling* Ethikkommissionen: Gefahr oder Chance für die Wissenschaftsfreiheit ? **103-116**
- VII. Carsten Morgenroth* Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen **117-132**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## Aufsätze

- VIII. *Johannes M. Deutsch*    Forschung und Lehre am Küchentisch ?  
Homeoffice und mobiles Arbeiten in Hoch-  
schulen und Forschungseinrichtungen **133-144**
- IX. *Evelina Will*    Europäische Bildung und Forschung  
postBrexit **141-144**
- X. *Barbara Wieczorek und Carsten Morgenroth*    Das Verhältnis von Didaktik und Recht im  
Kontext von Online-Prüfungen **147-164**
- XI. *Manfred Löwisch und Marie Anselment*    Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an  
Fachhochschulen **165-172**
- XII. *Heike Egner und Anke Uhlenwinke*    Zur Rechtsstaatlichkeit universitätsinterner  
Verfahren bei Entlassung oder öffentlicher  
Degradierung von Professor\*innen **173-184**
- XIII. *Lothar Knopp*    Der Beschluss des BVerfG zum brandenbur-  
gischen Hochschulkanzler und seine „Konse-  
quenzen“ **185-194**
- XIV. *Kerstin Krieglstein*    Alternativlos - Unter dem Hashtag #Ichbin-  
Hanna wehren sich Forschende gegen das Be-  
fristen von Arbeitsstellen. Zu Recht? **209-210**
- XV. *Max-Emanuel Geis*    Das neue bayerische Hochschulinnovations-  
gesetz - Ein symphonischer Werkstattbericht  
**211-216**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## Aufsätze

- XVI. *Thomas Würtenberger* Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen **217-232**
- XVII. *Nikolaus Blum* Juristische Aspekte des Umgangs mit den Missbrauchsfällen in der Evangelischen Kirche **233-242**
- XVIII. *Frank Zeiler* Juristenlehranstalt oder „Forschungsfakultät“? Zur Rolle der universitären Forschungsorientierung in juristischen Fakultäten zur Zeit des Deutschen Kaiserreichs am Beispiel der Freiburger Rechtsfakultät **243-250**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## Urteilsbesprechungen

- I. Frank Wertheimer* Wiederzuweisung von Personal- und Sachmitteln aus einer Bleibezusage – VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18 **47-52**
- II. Tobias Mandler und Laura Wegmann* Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 **53-58**
- III. Tobias Mandler und Sabita Banerje* Die Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung als Tatbestandsmerkmal der sachgrundlosen Befristungen gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG? – Anmerkung zu LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20 **193-200**
- IV. Carsten Morgenroth* Wiederholung einer Online-Prüfung bei fehlender Identitätskontrolle und Aufsicht? – Eine Analyse des Beschlusses des VG Frankfurt/Oder vom 11. Mai 2021 **251-256**

# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## **Buchvorstellung**

- I. Marie Anselment* Ein aktueller Überblick zur Kommentierung  
des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes **265-268**

## **Berichte**

- I. Karoline Haake* Lehre und Prüfungen in der Coronazeit –  
aktuelle rechtliche Fragestellungen  
Bericht über die Tagung des Vereins zur  
Förderung des deutschen und internationalen  
Wissenschaftsrechts e.V. am 30.10.2020 **59-64**
- II. Verein zur Förderung des deutschen &  
internationalen Wissenschaftsrechts* Ausschreibung des Preises für  
Wissenschaftsrecht **65-66**
- III. Karoline Haake* Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle  
rechtliche Fragestellungen  
Bericht über die Tagung des Vereins zur  
Förderung des deutschen und internationalen  
Wissenschaftsrechts e.V. am 15.1.2021 **201-206**
- IV. Karoline Haake* Meinungs- und Lehrfreiheit – Was müssen  
Hochschulen aushalten?  
Bericht über die Tagung des Vereins zur  
Förderung des deutschen und internationalen  
Wissenschaftsrechts e.V. am 24.06.2021  
**257-264**



# ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2021

## **Ausgegraben**

- I. Friedrich Carl von Savigny* Schriftsteller und Universitätslehrer **67-68**
- II. Heinrich Otto Lehmann* Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz **145-146**
- III. Peter Hanau* Goethes rechtswissenschaftliches Studium **207-208**
- IV. Helmut Engler* Die Scheu vor Individualentscheidungen **269-270**

# Martin Burgi/Lisa Hagen

## *Unparteilichkeit versus Fachkompetenz: Zum Umgang mit befangenen Mitgliedern in Berufungsausschüssen*

Vielfach besteht in Berufungsausschüssen (Synonym: -kommissionen) beim Umgang mit befangenen Mitgliedern regelmäßig zu Beginn der ersten Sitzung große Unsicherheit. Die Feststellung der Befangenheit zieht zahlreiche Folgefragen nach sich: Muss das als befangen geltende Mitglied die Sitzung verlassen? Wenn ja, für immer oder nur für die Dauer der laufenden Sitzung? Oder betrifft der Ausschluss womöglich nur die Beratungen hinsichtlich des die Befangenheit auslösenden Bewerbers bzw. der die Befangenheit auslösenden Bewerberin?<sup>1</sup> Problematisch erweist sich insoweit der mit einem Ausschluss einhergehende Verlust an Fachkompetenz für die ausgeschriebenen Gebiete, v.a. in Mehrfächer-Fakultäten. Ferner birgt ein Ausschluss der als befangen geltenden Mitglieder die Gefahr des Verlustes der Beschlussfähigkeit bzw. der doppelten Professorenmehrheit. Damit verbunden sind Aktivitäten zur personellen (Nach-) Besetzung, die regelmäßig das Berufungsverfahren verlängern. Im folgenden Beitrag soll es nur um diese Fragen gehen, das Vorliegen der Befangenheit eines Mitglieds des Berufungsausschusses wird unterstellt.

### **I. Bisheriger praktischer Umgang ausweislich sog. Handreichungen**

Nach der „Handreichung zum Berufungsverfahren“ der LMU München (und vielen anderen Hochschulen) sollen als befangen geltende Mitglieder des Berufungsausschusses von der Mitwirkung bei der weiteren Beratung

und Beschlussfassung ausgeschlossen sein.<sup>2</sup> Dabei sei es nicht ausreichend, wenn das befangene Mitglied nur im Hinblick auf die Bewerber, die den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht mitwirkt oder den Sitzungsraum verlässt.<sup>3</sup> Vielmehr sei erst nach Wegfall des Befangenheitsgrundes, d.h. erst dann, wenn der betroffene Bewerber ausgeschieden ist, eine Mitwirkung wieder möglich. Der Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses wird an deutschen Universitäten allerdings unterschiedlich gehandhabt. So wird an der Philipps Universität Marburg das befangene Mitglied gebeten, den Raum zu verlassen. Es kann aber nach der ersten Auswahlentscheidung, sofern keine Befangenheit mehr bestehen sollte, im Berufungsausschuss verbleiben.<sup>4</sup> Auch an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg muss das als befangen geltende Mitglied den Sitzungsraum verlassen.<sup>5</sup> An der Leibniz Universität Hannover dürfen die betroffenen Mitglieder des Berufungsausschusses hingegen auch während der Vorauswahl noch mitwirken, sie dürfen sich dabei lediglich nicht zu den Bewerbern äußern, die Anlass zur Besorgnis der Befangenheit gegeben haben.<sup>6</sup> An der Universität der Bundeswehr München ist eine Mitwirkung bei der Vorauswahl der Bewerber zulässig, solange sich das als befangen geltende Mitglied nicht zu den Bewerbern äußert, denen gegenüber Befangenheit besteht. Spätestens bei Verbleiben des Bewerbers im engeren Auswahlverfahren ist das als befangen geltende Mitglied auszutauschen.<sup>7</sup> Gleichsam auf einem Mittelweg regelt die Berufsordnung der Ruhr-Universität Bochum, dass

1 In dieser Ausarbeitung wird im Sinne einer sprachlichen Vereinfachung das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.  
2 Siehe 2. c) Befangenheit in der Handreichung zum Berufungsverfahren, abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).  
3 Siehe Merkblatt – Hinweise zum Protokoll für Berufungsverfahren, abrufbar unter [https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/01\\_berufungsverfahren/merkblatt-hinweise-protokoll.pdf](https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/01_berufungsverfahren/merkblatt-hinweise-protokoll.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).  
4 Siehe Befangenheitsregeln Universität Marburg, S. 2, abrufbar unter: <https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini->

[ration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf](https://www.uni-marburg.de/de/universitaet/admini-ration/recht/satzung/befangenheitsregeln-01062014.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).  
5 Siehe Berufungsverfahren an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg – Leitfaden, S. 9, abrufbar unter: <https://www.zuv.uni-freiburg.de/formulare/berufungsleitfaden.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).  
6 Vgl. Handreichung von Senat und Präsidium zu Fragen der Befangenheit in Berufungsverfahren Uni Hannover, S. 2, abrufbar unter: [https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/dezernat2/handreichung\\_umgang\\_mit\\_befangenheit.pdf](https://www.uni-hannover.de/fileadmin/luh/content/dezernat2/handreichung_umgang_mit_befangenheit.pdf) (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).  
7 Vgl. Leitfaden zur Befangenheit in Berufungsverfahren der Bundeswehr Universität München, S. 4, abrufbar unter: <https://www.unibw.de/universitaet/berufung> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

das als befangen geltende Mitglied erst aus dem Berufungsausschuss auszuschließen ist, wenn sich ein Ausschluss von der Beratung und Beschlussfassung über einzelne Kandidatinnen oder Kandidaten nicht als ausreichend erweist.<sup>8</sup>

## II. Normativer Rahmen

Die rechtliche Grundlage beim Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern eines Berufungsausschusses unterscheidet sich je nach Bundesland nur unwesentlich.<sup>9</sup> Maßgeblich sind die Vorschriften des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes sowie die Hochschulgesetze der Länder. Daneben können die Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungsbefugnis Regelungen für das Berufungsverfahren treffen. Keine Außenwirkung entfalten die zu I. erwähnten Handreichungen, sie sind dem Charakter nach universitätsinterne Verwaltungsvorschriften.

In Bayern ist das Berufungsverfahren (noch) in einem eigenen Hochschulpersonalgesetz (Art. 18 BaySchPG) geregelt. In den anderen Bundesländern werden Vorgaben für das Berufungsverfahren in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen geregelt, etwa in § 48 BWLHG, § 37 NRWHG, § 50 RHPfHochSchG oder § 101 BerlHG.<sup>10</sup> Regelungen zur Befangenheit fehlen in den ohnehin meist konkretisierungsbedürftigen Hochschulgesetzen jedoch weitgehend. In Bayern beispielsweise regelt lediglich Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayHSchG für Mitglieder von Gremien die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG für Beratungen und Abstimmungen, die nicht in einem Ver-

waltungsverfahren erfolgen. Jedoch wird überwiegend angenommen, der Berufungsausschuss sei schon kein Gremium i.d.S.<sup>11</sup> Daneben gibt Art. 18 Abs. 4 S. 13 BayHSchPG Hochschulen die Möglichkeit, für die Aufstellung des Berufungsvorschlags eigene Regelungen durch die jeweilige Grundordnung zu schaffen, wovon seitens der Hochschulen nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde.<sup>12</sup>

Ergänzend und subsidiär gelten darüber hinaus jedoch grundsätzlich die Regelungen des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes, insbesondere §§ 20 und 21, da staatliche Hochschulen zugleich Behörden im Sinne des § 1 VwVfG sind.<sup>13</sup> Bei einem Berufungsverfahren handelt es sich um eine Prüfungsentscheidung im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, und es ist auf den Erlass eines Verwaltungsaktes ausgerichtet, § 9 VwVfG.<sup>14</sup> Der Berufungsausschuss ist ferner ein Ausschuss i.S.v. § 88 VwVfG, sodass sich ein etwaiger Ausschluss eines Mitglieds nach § 21 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG richtet.<sup>15</sup> Über den Ausschluss entscheidet nach §§ 21 Abs. 2, 20 Abs. 4 S. 2 VwVfG der Berufungsausschuss, sobald er Kenntnis über die Gründe erlangt, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.<sup>16</sup> Die folgenden Ausführungen orientieren sich beispielhaft an der Rechtslage in Bayern.

## III. Relevante Entscheidungen auf der Ebene des Berufungsausschusses

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG obliegt es dem Berufungsausschuss, den Berufungsvorschlag vorzubereiten.

8 Vgl. Berufungsordnung der Ruhr-Universität Bochum, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.ruhr-uni-bochum.de/berufungsportal/berufungsverfahren/Berufungsordnung%202015.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2020).

9 Übersichtlich hierzu *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 ff.).

10 Siehe dazu die Auflistung bei *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 Rn. 2.

11 So *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 6.4; *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (611 f.).

12 So *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (282) mit Verweis auf § 61 Abs. 2 S. 1 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München und § 75 Abs. 1 S. 1 Grundordnung der Universität Regensburg.

13 Zu den Einzelheiten siehe *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.). Bei den Hochschulen des Bundes gilt im Übrigen das VwVfG des Bundes. In Bayern lässt sich auch aus Art. 104 BayHSchG auf die Anwendbarkeit der Art. 20, 21 BayVwVfG schließen, vgl. dazu *Lindner*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG, Rn. 25.

14 Siehe *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018,

§ 20 Rn. 18; *Geis*, OdW 2020, 23; für das BayVwVfG siehe *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a; so wohl auch BayVfGH, B.v. 03. Juli 2018 – 7 CE 17.2430 –, juris Rn. 45; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (610 f.), die Art. 20, 21 BayVwVfG analog anwenden wollen; zur Rechtslage in Berlin *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (338); bezüglich des VwVfG MV OVG Mecklenburg-Vorpommern, B.v. 21. April 2010 – 2 M 14/10 –, juris Rn. 19.

15 Dazu *Geis*, OdW 2020, 23 (24), der auch auf die Sondervorschriften im Hochschulrecht eingeht; *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (341); *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die entsprechenden Vorschriften des BayVwVfG analog anwenden; VG Ansbach, B.v. 16. August 2016 – AN 2 E 16.00307 –, juris Rn. 41; VG Hannover, B.v.19.6.2003 – 6 B 2398/03 –, juris Rn. 69.

16 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (27); *Hermann/Tietze*, LKV 2015, 337 (342); zum BayVwVfG *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG, Rn. 24a f.; a.A. *Wernsmann/Gatza*, DÖV 2017, 609 (616), die die Vorschriften analog anwenden.

Darin sind gem. Art. 18 Abs. 4 S. 11 BayHSchPG die fachliche, pädagogische und persönliche Eignung der Bewerber in Relation zum Ausschreibungstext eingehend „und“ vergleichend zu würdigen und die gewählte Reihenfolge zu begründen.

Eine sachlich betrachtet erste Entscheidung betrifft mithin die Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des je einzelnen Bewerbers (1). Die Bewerber müssen also hinsichtlich der zu bewertenden Kriterien zunächst jeweils für sich beurteilt werden.<sup>17</sup> In einem sachlich betrachtet zweiten Schritt erfolgt sodann eine vergleichende Betrachtung der nach (1) qualifizierten Bewerber, die sodann im Rahmen einer Vorauswahl entweder in einen Lesedurchgang einbezogen oder direkt zu den Berufungsvorträgen eingeladen werden (2). In der Verfahrenspraxis vieler Universitäten wird zwischen den Entscheidungen (1) und (2) freilich nicht explizit getrennt. Zuletzt erfolgt die Entscheidung über die Erstellung der Vorschlagsliste (3).

#### IV. Rechtsfolge: Ausscheiden aus der Sitzung

Regelmäßig wird zu Beginn der Sitzung des Berufungsausschusses auf Grundlage der Bewerbungen geprüft, ob Anhaltspunkte für eine Befangenheit einzelner Ausschussmitglieder vorliegen. Ist dies der Fall, so ist das betroffene Mitglied des Berufungsausschusses nach den Handreichungen (teilweise „Richtlinien“ oder „Leitfäden“ genannt) von der weiteren Mitwirkung auszuschließen. Fraglich ist jedoch, auf welche der unter III. vorgestellten Entscheidungsstadien sich dieser Ausschluss erstreckt.

1. Bei der Entscheidung über die Eignung des je einzelnen Bewerbers

In Frage kommt ein Mitwirkungsverbot des befangenen Mitglieds bei der Entscheidung zu (1) insgesamt oder

nur soweit, wie die Beratungen den die Befangenheit auslösenden Bewerber betreffen, sodass eine Mitwirkung bei den Beratungen hinsichtlich der übrigen Bewerber möglich bliebe.

Für die erstgenannte Variante sprechen sich verschiedene Stimmen in der Literatur aus.<sup>18</sup> Rechtsprechung, die genau diese Konstellation im Blick hat, gibt es (soweit ersichtlich) nicht. Das Mitwirkungsverbot soll sachfremde Verwaltungsentscheidungen verhindern, weshalb es in einem weiten Sinne auf jegliche Form der Mitwirkung im Verwaltungsverfahren zu erstrecken ist, die zumindest die Möglichkeit direkter oder indirekter Einflussnahme auf die Verwaltungsentscheidung bietet.<sup>19</sup> Eine solche Mitwirkung liegt auch dann vor, wenn die befangene Person nur beratend mit dem Ziel tätig wird, auf die Sachentscheidung anderer Einfluss zu nehmen.<sup>20</sup> Eine indirekte Einflussnahme dahingehend, dass die übrigen Bewerber schlechter gestellt würden, könne bei einer Mitwirkung des als befangene geltenden Mitglieds bei den verbleibenden Bewerbern, die nicht den Anlass der Befangenheit gegeben haben, nicht verhindert werden, da die Auswahlentscheidung maßgeblich auch auf dem wertenden Vergleich der jeweiligen Qualifikationen beruhe.<sup>21</sup> Allein die Präsenz des ausgeschlossenen Mitglieds könne die Diskussion der verbleibenden Mitglieder im Berufungsausschuss beeinflussen.<sup>22</sup> Der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit, den es im Verwaltungsverfahren gerade zu vermeiden gilt,<sup>23</sup> bliebe für die übrigen Bewerber bestehen. „Ausschluss“ in diesem Sinne dürfe demnach nicht nur kein Stimmrecht bedeuten, sondern müsse darüber hinaus auch das Anwesenheitsrecht ausschließen.<sup>24</sup> Dafür soll auch der Wortlaut in Art. 20 Abs. 4 S. 3, 4 („nicht mitwirken“ bzw. „nicht zugegen sein“) sprechen. Dem Erfordernis der Fachkompetenz müsse im Wege der Nachnominierung durch den Fakultätsrat ausreichend Rechnung getragen wer-

17 Dies ergibt sich nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 44a schon daraus, dass die Würdigung vergleichend sein muss. Vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 127, wonach das in Art. 33 Abs. 2 GG statuierte Prinzip der Bestenauslese erfordere, dass orientiert an dem ausgeschriebenen Anforderungsprofil der Stelle „auf der Grundlage sämtlicher vorliegenden und für die zu besetzende Stelle relevanten Informationen eingehend die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des einzelnen Bewerbers sowie der Bewerber im Verhältnis zueinander für die zu besetzende Stelle zu ermitteln ist“, was eine separate Entscheidung über jeden einzelnen Bewerber impliziert.

18 So etwa *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

19 Siehe *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestal-

tungsaufgabe, 2001, S. 201 f. mit Fn. 26; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 20 Rn. 23; *Hefßhaus*, in: BeckOK VwVfG, 48. Edition, Stand 01.07.2020, § 20 Rn. 13.

20 Vgl. VG Düsseldorf, U.v. 03. Dezember 2015 – 15 K 7734/13 –, juris Rn. 74; *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, S. 78 Rn. 140.

21 *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); so auch VG Hamburg, B.v. 25. Februar 2005 – 8 E 6091/04 –, juris Rn. 51 (der Beschluss wurde jedoch später vom OVG Hamburg aufgehoben, das schon das Vorliegen von Befangenheit im Streitfall verneinte, vgl. B.v. 08. Juli 2005 – 1 Bs 89/05 –, juris Rn. 16).

22 Vgl. *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

23 Vgl. BVerwG, NVwZ 1984, 718 (720).

24 So *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a.

den,<sup>25</sup> was auch nach den Probevorträgen noch erfolgen könne.<sup>26</sup> Nur wenn sich in seltenen Ausnahmefällen keine Ersatzmitglieder für den Berufungsausschuss finden lassen sollten, müsste aus Gründen der Praktikabilität eine fachkompetente Besetzung des Ausschusses dadurch sichergestellt werden, dass das als befangen geltende Mitglied zwar an der Beratung teilnehmen dürfe, ihm aber das Stimmrecht versagt werde.<sup>27</sup>

Hier zeigt sich ein erstes Problem dieser Sichtweise, da im Falle der Befangenheit mehrerer Mitglieder des Berufungsausschusses die universitätsinterne Kapazität an möglichen fachkompetenten Mitgliedern rasch erschöpft sein kann, sodass auf Externe zurückzugreifen wäre. Eine Nachberufung der ausscheidenden Mitglieder durch externe Mitglieder (d.h. Professoren anderer Universitäten) wäre nicht nur kosten- (man denke an zu erstattende Fahrtkosten etc.) und zeitintensiv.<sup>28</sup> Das Berufungsverfahren ist vielmehr auch das Kernstück hochschulischer Selbstverwaltung.<sup>29</sup> Ganz in diesem Sinne wird das von Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Auswahlrecht der Hochschulen für die Ämter von Hochschullehrenden als Selbstergänzungsrecht bezeichnet.<sup>30</sup> Inwiefern die Besetzung eines Berufungsausschusses mit überwiegend externen Mitgliedern dem noch gerecht werden könnte, ist äußerst zweifelhaft.

Für die eingangs genannte zweite Variante spricht auch die Erhaltung der Fachkompetenz des Berufungsausschusses. Dieser hat den Auftrag, die im Sinne der Bestenauslese (siehe auch Art. 33 Abs. 2 GG) qualifizierteste Person für die zu besetzende Professur vorzuschla-

gen.<sup>31</sup> Dementsprechend sollte er idealerweise auch das Gremium mit dem maximal möglichen Sachverstand sein.<sup>32</sup> Ein umfassendes Mitwirkungsverbot befangener Ausschussmitglieder birgt demgegenüber die Gefahr, dass die Personen, die die größte Fachkompetenz in den Berufungsausschuss bringen, nicht mehr mitwirken können. Dies betrifft insbesondere kleine wissenschaftliche Communities, die von einem engen wissenschaftlichen Austausch geprägt sind.<sup>33</sup>

Allerdings wird in den Berufungsausschüssen oft nicht zwischen dem ersten (1) und zweiten (2) Stadium der Entscheidung, also der Bewertung des je Einzelnen und der vergleichenden Betrachtung aller Bewerber unterschieden. Auch die Stellungnahmen aus der Literatur, die sich für die erstere Vorgehensweise aussprechen, differenzieren nicht durchgehend zwischen diesen Entscheidungsstadien. Hier ist u.E. anzusetzen (siehe V.).

## 2. Bei der Entscheidung über eine Vorauswahl

Entfällt der Grund der Befangenheit, da der Bewerber, der den Anlass zur Befangenheit gegeben hat bereits bei der Entscheidung zu (1) ausscheidet, so kann nach überwiegender Ansicht das ursprünglich ausgeschlossene Mitglied an den Sitzungen des Berufungsausschusses wieder teilnehmen und mitbestimmen.<sup>34</sup> Wird der Bewerber, der den Anlass für die Befangenheit gegeben hat in einen Lesedurchgang einbezogen oder zu den Probevorträgen eingeladen, so ist ein Mitwirken des Mitglieds im weiteren Berufungsverfahren ausgeschlossen.<sup>35</sup>

25 So auch OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28). *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617) sehen eine solche Nachbesetzung für Professoren aufgrund des aus Art. 5 Abs. 3 GG folgenden Grundsatzes, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssen, als verpflichtend an.

26 OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 28.9.2007 – 2 B 10825/07 – juris Rn. 10; nach *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

27 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; a.A. *Geis*, OdW 2020, 23 (28): In diesem Fall sei das Verfahren als ultima ratio abzubrechen.

28 So appelliert *Mehde*, ZfB 2018, 373 (375 f.), trotz der Bemühungen einen bösen Schein zu vermeiden, den für die Besetzung des Berufungsausschusses entstehenden Aufwand nicht aus den Augen zu verlieren.

29 Vgl. auch *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 1;

*Geis*, OdW 2020, 23 (31).

30 *Reich*, DÖV 2004, 413 (415); BVerfGE 35, 79 (131).

31 So OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 7.

32 Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 15; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (281); OVG Münster, B.v. 09. Februar 2009 – 6 B 1744/08 –, juris Rn. 9.

33 Dieses Dilemma thematisieren auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a; *Wernsmann/Bering*, WissR 2019, 276 (283) regen aus diesem Grund an eine etwaige Befangenheit nicht vorschnell zu bejahen.

34 Vgl. *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Jaburek*, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24a. *Geis*, OdW 2020, 23 (28) hingegen lehnt die Rückkehr einer einmal ausgeschiedenen Person im gleichen Verfahren ab.

35 So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); diese Vorgehensweise, wie sie der Leitfaden zur Durchführung von Berufungsverfahren einer Berliner Hochschule vorsieht, wird auch vom VG Berlin im Rahmen eines Konkurrentenrechtsstreits für zulässig erachtet, siehe VG Berlin, B.v. 15. Dez. 2017 – 5 L 315.17 –, juris Rn. 18.

### 3. Bei der Entscheidung über die Vorschlagsliste

Nach den Probevorträgen und nachdem wie üblicherweise vorgesehen externe vergleichende Gutachten über die Vorzuschlagenden eingeholt wurden<sup>36</sup>, erstellt der Berufungsausschuss gem. Art. 18 Abs. 4 S. 5 BayHSchPG eine Vorschlagsliste. In diesem Stadium ist das befangene Mitglied bereits aus dem Berufungsausschuss ausgeschieden (s.o.).

#### V. Vorschlag einer (soweit nicht schon erfolgten) Modifizierung der Handreichungen

Aufbauend auf den insoweit gewonnenen Erkenntnissen empfiehlt es sich, für die Fassung universitätsinterner Verwaltungsvorschriften bezüglich des Umgangs mit als befangen geltenden Mitgliedern folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Die erste Sitzung eines Berufungsausschusses sollte in zwei Durchgänge gegliedert werden. Ein erster Durchgang sollte die Eignung i.w.S. für die je einzelne sich bewerbende Person zum Gegenstand haben, unabhängig von einem wertenden Vergleich mit den anderen Bewerbenden. Wurde auf diese Weise über alle Bewerbende einzeln beraten, so kann nach einer zeitlichen Zäsur ein wertender Vergleich unter den Bewerbenden stattfinden, die die Mindestanforderungen für die zu besetzende Stelle erfüllen. Durch ein solches Vorgehen kann zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person und dem wertenden Vergleich unterschieden werden, sodass ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf die Zeit der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person begrenzt werden kann. Sollte es die die Befangenheit auslösende Person bis zum wertenden Vergleich schaffen, muss das als befangen geltende Mitglied dann ausscheiden.

#### VI. Auswirkungen auf Beschlussfähigkeit und Zusammensetzung

##### 1. Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses ab Ausscheiden des Mitglieds

Das bayerische Hochschulrecht trifft selbst keine Regelung zur Beschlussfähigkeit des Berufungsausschusses.

Der Gesetzgeber der Hochschulreform 2006 hat die nähere Ausgestaltung der Verfahrensregelungen weitgehend den Hochschulen selbst überlassen.<sup>37</sup> Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG regelt demgegenüber organisatorische Vorgaben zur Zusammensetzung des Berufungsausschusses. Die Auswirkungen des Ausscheidens eines Mitglieds aus dem Berufungsausschuss werden daher beispielhaft anhand der Grundordnung der LMU behandelt.

Gem. 2. a) der Handreichung der LMU<sup>38</sup> bzw. § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU ist der Berufungsausschuss beschlussfähig, wenn sämtliche Mitglieder ordnungsgemäß geladen sind und die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Fraglich ist, ob die Sitzung weitergeführt werden darf, wenn infolge des Ausscheidens mehrerer Mitglieder wegen Befangenheit nicht mehr die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist. Gem. § 69 Abs. 5 S. 1 1. HS Grundordnung LMU ist ein Gremium, wenn es zum zweiten Mal zur Verhandlung über denselben Gegenstand zusammengerufen wird, weil es das erste Mal beschlussunfähig war, ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Stimmberechtigten beschlussfähig. Eine Aussage über die Auswirkungen einer eventuellen Befangenheit eines Ausschussmitglieds auf die Beschlussfähigkeit des Ausschusses beim erstmaligen Zusammenkommen trifft diese Regelung mithin nicht. Beschlussfähig ist der Berufungsausschuss demnach, wenn zu Beginn der Sitzung die Voraussetzungen des § 69 Abs. 4 S. 1 Grundordnung LMU vorliegen. Die Befangenheit eines Mitglieds im weiteren Verlauf der Sitzung hat darauf zunächst keine Auswirkung, da die als befangen geltende Person einstweilen Mitglied des Berufungsausschusses bleibt und im Falle des Ausscheidens des die Befangenheit auslösenden Bewerbers wieder bei der Entscheidungsfindung mitwirken könnte.

Auch Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG verlangt nicht, dass die Mitglieder des Berufungsausschusses durchgehend anwesend sind,<sup>39</sup> sodass die Abwesenheit eines Mitglieds während der Beratung über den die Befangenheit auslösenden Bewerber für die Beschlussfähigkeit folgenlos bleibt. Zu empfehlen ist dennoch, von vornherein eine größere Zahl von Mitgliedern sowie Ersatzmitgliedern zu entsenden. Ferner kann die Beschlussfähigkeit im Falle des endgültigen Ausscheidens eines als be-

36 Vgl. etwa § 62 Abs. 2 Grundordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München vom 15. Juni 2007.

37 Vgl. Lindner, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 41 BayHSchG Rn. 2.

38 Abrufbar unter <https://www.serviceportal.verwaltung.uni-muenchen.de/services/personal/berufungen/berufungsverfahren/index.html> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2020).

39 So Jaburek, in: BeckOK Hochschulrecht Bayern, 18. Edition, Stand 01.08.2020, Art. 18 BayHSchPG Rn. 24; dazu VG Ansbach, B.v. 25.08.2015 – AN 2 E 15.00143 –, juris Rn. 33: „Eine lückenlose Anwesenheit sämtlicher Ausschussmitglieder während aller Verfahrensschritte kann deshalb nicht verlangt werden. Die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Ausschusses wäre andernfalls ernsthaft in Frage gestellt.“

fangen geltenden Mitglieds durch die Nachbesetzung des Sitzes im Ausschuss wiederhergestellt werden.<sup>40</sup> Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 1 BayHSchPG bildet der Fakultätsrat im Einvernehmen mit der Hochschulleitung einen Berufungsausschuss, sodass jener auch für die Nachnominierung eines Mitglieds des Ausschusses zuständig ist.<sup>41</sup>

## 2. Die Professorenmehrheit im Berufungsausschuss nach Ausscheiden des Mitglieds

Gem. Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG wird für die Entscheidung über die Vorschlagsliste neben der Mehrheit der dem Gremium angehörenden Mitgliedern auch die Mehrheit der dem Gremium angehörenden Professoren gefordert. Diese Mehrheit der Stimmen der Professoren sichert deren ausschlaggebenden Einfluss.<sup>42</sup> Scheiden mehrere Mitglieder aufgrund von Befangenheit aus dem Berufungsausschuss aus, kann die Zahl der Personen, die eine Professur innehaben, unter die von Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG geforderte Mehrheit sinken. Denkbar wäre es, die Nachbesetzung der betroffenen Mitglieder in diesem Fall schon wegen Art. 5 Abs. 3 GG, dem der Grundsatz zu entnehmen sei, dass Hochschullehrer im Berufungsausschuss stets über die Stimmmehrheit verfügen müssten und die vorgesehenen Verteilungsverhältnisse insgesamt sonst unterlaufen würden, als verpflichtend anzusehen.<sup>43</sup> Beschränkt sich das Mitwirkungsverbot jedoch nur auf die Beratungen und Abstimmungen über die die Befangenheit auslösenden Personen, wird die Professorenmehrheit dadurch nicht in Frage gestellt, da sich Art. 18 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BayHSchPG als eine organisationsrechtliche Vorgabe auf die Mitgliedschaft, nicht auf die durchgehende Mitwesenheit bezieht.<sup>44</sup>

## VII. Fazit

Das Berufungsverfahren der Hochschullehrer als den eigentlichen „Träger(n) der freien Forschung und Lehre

innerhalb der Universität“<sup>45</sup> ist für die Zukunft der Universitäten von maßgeblicher Bedeutung. Dementsprechend komplex gestaltet sich die Zusammensetzung des Berufungsausschusses sowie der Ablauf des Berufungsverfahrens, dessen Ziel es ist, den nach dem Prinzip der Bestenauslese geeignetsten Bewerber ausfindig zu machen. Regeln zum Umgang mit als befangen geltenden Mitgliedern des Berufungsausschusses sollen dabei sicherstellen, dass diese Entscheidung frei von sachfremden Einflüssen erfolgt. Gleichzeitig ist die fachliche Nähe zu der zu besetzenden Professur und sind Erfahrungen im Bereich der damit einhergehenden Aufgaben elementare Voraussetzung, um die Geeignetheit des jeweiligen Bewerbers einschätzen zu können. Eine zu strenge Handhabung der Befangenheitsregelungen könnte demnach die Fachkompetenz des Berufungsausschusses und damit letztendlich die Qualität der gefundenen Entscheidung beeinträchtigen. Eine Aufteilung des Verfahrens in der Weise, dass zwischen der Bewertung und Beratung hinsichtlich der je einzelnen sich bewerbenden Person einerseits und dem wertenden Vergleich zwischen ihnen andererseits unterschieden werden kann, ermöglicht es, ein Mitwirkungsverbot des als befangen geltenden Ausschussmitglieds auf den Zeitraum der Beratung über die die Befangenheit auslösende Person zu begrenzen.

Prof. Dr. Martin Burgi ist Professor an der Ludwigs-Maximilians-Universität München und Leiter des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht und der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen. Lisa Hagen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht.

<sup>40</sup> Dazu Fn. 22.

<sup>41</sup> Siehe auch *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617); *Geis*, OdW 2020, 23 (28).

<sup>42</sup> Vgl. *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16 mit Verweis auf

BVerfGE 51, 369 (381).

<sup>43</sup> So *Wernsmann/Gatzka*, DÖV 2017, 609 (617).

<sup>44</sup> So *Reich*, BayHSchPG, 2010, Art. 18 Rn. 16.

<sup>45</sup> BVerfG, NJW 1973, 1176 (1181).

# Carsten Morgenroth und Barbara Wieczorek

## Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil I – Online-Lehre

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

##### 1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

###### a. Beschaffung

###### b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

##### 2. Vorüberlegungen für Lehrende

###### a. Überlegungen zur inhaltlichen und didaktischen Gestaltung

###### b. Verwendung von open access-Inhalten

###### c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

###### d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

##### 3. Fehlverhalten der Studierenden

###### a. Staatliches Recht

###### b. Hochschulrecht

#### III. Ergebnisse

### I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat auch das deutsche Hochschulleben in kürzester Zeit stark verändert.<sup>1</sup> Die Mitte März 2020 in Deutschland beginnenden Maßnahmen, Kontakte zu beschränken und Mindestabstände einzuhalten, hatte dabei erhebliche organisatorische und rechtliche Konsequenzen. Innerhalb weniger Wochen hatten die Hochschulen die Aufgabe, das anstehende Sommersemester 2020 über online-Angebote zu Lehre und Prüfung abzusichern.<sup>2</sup> Diese Absicherung ließ sich nur mit einer intensiven Kraftanstrengung aller Beteiligten bewältigen, zumal die rechtliche Lage unsicher und volatil war und der Prozess der Digitalisierung von Lehre und Prüfung in den deutschen Hochschulen sich weitgehend noch nicht auf der Zielgeraden befindet.<sup>3</sup> Immer-

hin konnten im Verlaufe des Sommersemesters 2020 erste Erfahrungen mit der online-Lehre und einem Prüfungszeitraum im online-Format gesammelt werden.<sup>4</sup>

Nach einer Beruhigung der Infektionslage über den Sommer 2020, die mit Lockerungen der Infektionsschutzmaßnahmen verbunden war,<sup>5</sup> stiegen die Zahlen der positiven Testergebnisse deutschlandweit wieder erheblich an. Es galt deshalb, die Erkenntnisse und Erfahrungen der vergangenen Monate zu konsolidieren, sich intensiv mit den Ausgestaltungen des online-Hochschulbetriebs zu befassen und diese in einem sinnvollen Maß dauerhaft zu integrieren.

Diese Abhandlung unternimmt daher den Versuch, die Fortentwicklung des Rechts der online-Lehre nach derzeitigem Stand aufzuarbeiten. Teil 2 wird dann neben einigen grundlegenden Fragestellungen den aktuellen Zwischenstand für online-Prüfungen beleuchten. Hoffentlich kann damit ein kleiner Beitrag geleistet werden, den derzeit nur begrenzt möglichen kollegialen Austausch zu befördern.

### II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

Obwohl die online-Lehre kein neuartiges Phänomen in der deutschen Wissenschaftslandschaft ist,<sup>6</sup> hat die Corona-Situation den Bedarf danach und damit den Klärungsbedarf bezüglich seiner rechtlichen Dimensionen erheblich erhöht. Aus der praktischen Innensicht sollen deshalb die wesentlichen Aspekte angeschnitten werden, zu denen einige Vorüberlegungen zum verwendeten Softwaresystem (1.) und Hinweise für Lehrende für die Erstellung ihrer Lehrunterlagen (2.) gehören. Aber nicht nur die Verantwortungssphäre der Hoch-

Online-Fundstellen wurden zuletzt abgerufen am 24. November 2020.

1 Eine anschauliche Beschreibung der Anforderungen und Reaktionen aus den ersten Monaten vermittelt *Sandberger*, OdW 2020, 155 ff.

2 Dem Beginn der wesentlichen Corona-Maßnahmen Mitte März 2020 folgte die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung nach § 5 IfSG durch den deutschen Bundestag mit Wirkung zum 28. März 2020, s. *Rixen*, NJW 2020, 1097 ff. Der übliche Semesterstart im Sommersemester liegt ca. Mitte April des Jahres und war von diesen einschneidenden Maßnahmen nur wenige Wochen entfernt.

3 Mit ausführlichen Nachweisen dazu *Eisenbraut*, OdW 2020, 177 ff.

4 Eine Zusammenfassung des ersten Corona-Semesters bietet [Hochschulen ziehen Bilanz des Digitalsemesters \(faz.net\)](#), seitens der Hochschulrektorenkonferenz [Stellungnahmen der HRK - Hochschulrektorenkonferenz](#).

5 Es wurde im Bundestag sogar über eine Aufhebung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne von § 5 IfSG debattiert, s. [Deutscher Bundestag - Streit um Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite](#).

6 So bieten etwa die Fernuniversität Hagen oder die Virtuelle Hochschule Bayern seit Längerem online-Angebote an.



schule gehört hierhin, sondern auch eine Betrachtung möglichen Fehlverhaltens der Studierenden mit Bezug zu den Unterrichtsmaterialien (3.).

#### 1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

Vorüberlegungen zum Softwaresystem inkludieren dessen Beschaffung (a.), und dessen bestmögliche datenschutzrechtliche Absicherung (b.).

##### a. Beschaffung

Auch für die Beschaffung von Software zu Zwecken der online-Lehre hat eine Hochschule das geltende Vergaberecht einzuhalten, zumindest dann, wenn sie ein sog. öffentlicher Auftraggeber ist. Dies ist für staatliche Hochschulen immer der Fall. Für private, staatlich anerkannte Hochschulen bestimmt sich dies nach dem Umfang ihrer Anerkennung.<sup>7</sup>

Innerhalb des Vergaberechts ist sodann in zweierlei Hinsicht zu strukturieren. Wir unterscheiden in erster Stufe das auf EU-Recht basierende Oberschwellenvergaberecht gemäß GWB und VgV vom Unterschwellenvergaberecht nach der UVgO bzw. – soweit die betreffenden Bundesländer diese noch nicht für gültig erklärt haben<sup>8</sup> – die VOL/A. Der aktuelle Schwellenwert<sup>9</sup> beträgt für die hier relevanten Beschaffungsarten 214.000 € netto. Für den Unterschwellenbereich, also für Gesamtnettokosten unter 214.000 €, relevant ist eine weitere Unterscheidung zwischen gewerblichen Lieferungen bzw. sonstigen Leistungen einerseits und sog. freiberuflichen Leistungen andererseits. Freiberufliche Leistungen sind solche Leistungen, bei denen nach der Art der Leistung freiberufliche Anbieter<sup>10</sup> zumindest auch als Bieter im Vergabeverfahren in Frage kommen können. Gerade für Soft-

wareprodukte ist dies mit Bezug zu individueller Entwicklung bzw. Anpassung sehr wahrscheinlich und deshalb in der Vorbereitung des Verfahrens immer mit zu beobachten.<sup>11</sup> Für derart komplexe, integrierte Systeme wie online-Lehrsoftware wird der potenzielle Anbieterkreis aber wohl doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausschließlich aus gewerbetreibenden, industriellen Anbietern bestehen können, so dass die richtige Vergabeart die gewerbliche Lieferung bzw. Leistung ist. Diese Frage könnte allerdings für konkrete Weiterentwicklungen einer bestehenden Software anders zu beurteilen sein.<sup>12</sup>

Essenziell für die Beschaffung ist in jedem Fall die Vorbereitung. Im Rahmen der sog. Bedarfsermittlung<sup>13</sup> hat die Hochschule nämlich möglichst genau vorab zu überlegen, welche Formen der online-Lehre – bzw.: ggf. inklusive online-Prüfungen – sie einzusetzen plant. Danach bestimmt sich dann im Rahmen der sog. Markterkundung, welche potenziellen Anbieter für eine derart ausgestattete Software in Frage kommen.<sup>14</sup> Da die Markterkundung in der Regel auch einen Schätzwert für die Beschaffungskosten beinhaltet,<sup>15</sup> ist damit zugleich auch der zutreffende rechtliche Rahmen<sup>16</sup> für das Verfahren gesichert. Bezüglich der potenziellen Bieter empfiehlt es sich, im Rahmen des Verfahrens aktuelle, einschlägige Referenzen abzufordern, um bei den betreffenden Stellen nach deren Erfahrungen mit dem Bieter und der Software konkret zu erfragen.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Leistung selbst ist es vergaberechtlich zulässig, vor der Erteilung des Zuschlags eine sog. Teststellung<sup>18</sup> zu absolvieren, in der die Software dann im praktischen Einsatz getestet werden kann, um die Richtigkeit der Bieterangaben zum System im konkreten Umfeld der Hochschule

7 Bei juristischen Personen des Privatrechts hat nach § 99 Nr. 2 GWB eine Feststellung zu erfolgen, dass deren Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse liegt, s. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, 2020, § 99 GWB, Rn. 55. Dies könnte idealerweise durch die Anerkennung der privaten Hochschule erfolgen.

8 Da die UVgO – wie die VOL – keinen Gesetzescharakter hat, ist sie von jedem Bundesland gesondert einzuführen, beispielsweise als Verwaltungsvorschrift zu § 55 Landes-LHO.

9 Der Schwellenwert nach § 3 VgV wird von der EU-Kommission im Amtsblatt der EU bekanntgegeben, zuletzt am 30. Oktober 2019 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020, s. Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. L 279/23.

10 § 50 UVgO nimmt zum Personenkreis freiberuflicher Anbieter insoweit Bezug auf die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

11 Variantenreich und instruktiv insoweit Kirch/Kumpf, Vergabe-News 2014, 94 ff.

12 Der für derartige Leistungen grundsätzlich eröffnete Wettbewerb

könnte natürlich dadurch ausgeschlossen sein, dass sich der Anbieter Exklusivrechte an der Software zu Grunde liegendem Quellcode ausbedungen hat, was bei Software außerhalb der open source Bewegung sehr wahrscheinlich ist. In diesem Falle kommt nach der Art der Leistung nur der Verkäufer der Ausgangssoftware in Frage – es handelt sich hierbei dann um eine privilegierte Form der gewerblichen Beschaffung.

13 Trutzel, in: Ziekow/Völlink (Fn. 7), § 28 VgV, Rn. 2.

14 OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2008, Az. 13 Verg 1/08.

15 OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2011, Az. Verg W 16/10.

16 Gemeint ist hier die Unterscheidung zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht, nicht dagegen die danach noch zu treffende Wahl der konkreten Verfahrensart.

17 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 08.04.2014, Az. 11 Verg 1/14.

18 Zu den Möglichkeiten und rechtlichen Maßstäben einer Teststellung vor bzw. nach Vertragsschluss Jennert/Werner, VergabeR 2016, 174 ff.

verifizieren zu können. Die vergaberechtliche Erleichterung, infolge unverschuldeter Dringlichkeit nach vereinfachten Vorgaben zu beschaffen,<sup>19</sup> sollte dagegen mit Blick auf die nunmehr seit mehreren Monaten bekannte Sonderproblematik Corona nicht mehr zulässig sein.<sup>20</sup>

#### b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

Datenschutzrechtliche Überlegungen der Hochschule beinhalten sowohl das formelle als auch das inhaltliche Datenschutzrecht, letzteres bei Softwareanbietern außerhalb der EU insbesondere zum Recht des Datentransfers in Drittstaaten nach Art. 44 ff. EU-DSGVO.

In formeller Hinsicht bestehen Pflichten der Hochschule im Außenverhältnis zu Studierenden sowie interne Dokumentationspflichten. Zu letzteren gehört insbesondere das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (VVT) gemäß Art. 30 EU-DSGVO, in dem die wesentlichen Datenverarbeitungen, Verfahrensabläufe, Beteiligten und Rechtspositionen im Rahmen des Betriebs des Softwaresystems aufzuführen sind. Gegenüber den Studierenden hat die Hochschule dagegen über die Funktionsweise des Systems und die damit verbundenen Datenverarbeitungen zu informieren, Art. 13, 14 EU-DSGVO, sowie diese Information auch zu dokumentieren, Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO.<sup>21</sup> Ob diese Information über eine allgemeine Internetseite oder für jeden Studierenden individuell, beispielsweise in einem Fenster vor Nutzung des Systems, erscheint, bleibt der konkreten Ausgestaltung überlassen. Zum ebenfalls erforderlichen Nachweis der Dokumentation der Information bietet sich möglicherweise die IT-basierte, individualisierte Information in Verbindung mit der Speicherung der aktiv gesetzten Kenntnisaufnahme durch die Studierenden seitens der Hochschule als effektives Mittel an.

In materieller Hinsicht hat sich die Datenverarbeitung zunächst allgemein an den Grundsätzen von Art. 5 EU-DSGVO zu orientieren, insbesondere an den Geboten der Zweckbindung, Datensparsamkeit und Verhältnismäßigkeit. Nach dem Zweck der Lehre, interaktiven Austausch von Wissen zwischen Lehrenden und Studierenden zu ermöglichen,<sup>22</sup> sind dabei bestimmungsgemäß personenbezogene Daten dieser Beteilig-

ten zu beachten. Möchte die lehrende Person darüber hinaus im Rahmen der Lehre personenbezogene Daten Dritter verwenden, z. B. ein Video mit abgebildeten dritten Personen, so hat das System dies dem Grunde nach ebenfalls zu berücksichtigen.<sup>23</sup> Die Hochschule hat jedoch übergeordnet zwei Fragen zu klären: die technischen Voreinstellungen des Systems und die datenschutzrechtliche Kompatibilität bei Verwendung von Software von außerhalb der EU, insbesondere US-amerikanischer Software.

Die technischen Voreinstellungen des Systems haben neben der rein technischen Kompatibilität mit anderen verwendeten Systemen vor allem datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Diese als „technisch-organisatorische Maßnahmen“ vorgesehenen Anforderungen bestehen insbesondere in den Vorkehrungen zur Sicherheit der Datenverarbeitung nach Art. 32 EU-DSGVO sowie in Voreinstellungen, die von vornherein das Gebot der Datensparsamkeit umsetzen wollen und Verarbeitung nur der für den jeweiligen Zweck wirklich erforderlichen Daten überhaupt erst ermöglichen, Art. 25 Abs. 2 EU-DSGVO. Zu letzterem gehört – neben einem etablierten und regelmäßig überprüften Rechte- und Rollenkonzept<sup>24</sup> – vor allem die Frage, ob die Hochschule ein Softwaresystem für online-Lehre von vornherein für eine Aufzeichnung der betreffenden Veranstaltung sperrt und diese damit gar nicht erst zulässt.<sup>25</sup> Diese Frage stellt sich in dieser Absolutheit für die Hochschule natürlich nur dann, wenn unter keinen Umständen ein Vorhalten der Lehrveranstaltung als datenschutzrechtlich erlaubt, insbesondere erforderlich für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Hochschullehre, angesehen werden kann, Art. 6 Abs. 1 lit. e) EU-DSGVO.<sup>26</sup> Die in diese Abwägung einzustellenden Rechte und Interessen der Beteiligten sind vielfältig. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien im Folgenden einige praktisch wesentliche Aspekte diskutiert.

So erscheint es als durchaus offen, ob das Vorhalten digitaler Kopien von Lehrveranstaltungen ein legitimer Zweck für die Datenverarbeitungsform der „Speicherung“, die mit der Aufnahme einhergeht, sein kann. Aus der Verantwortung der Hochschule für die Sicherstel-

19 Zu den umfangreichen Sonderregelungen von Bund und Ländern im Zusammenhang mit der Covid-19-Situation s. *Braun*, in: *Ziekow/Völlink* (Fn. 7), § 134 GWB, Rn. 145 a ff.

20 Soweit die Beschaffung Angebote außerhalb der EU betrifft, wird jedoch auf den Zusammenhang mit der Entscheidung des *EuGH* zu *Privacy Shield* verwiesen, s. Fn. 54-56.

21 So der renommierte Datenschutzrechtler *Schwartzmann* anlässlich eines Webinars zum Recht von online-Lehre und online-Prüfungen am 30. Oktober 2020, hierzu *Haake*, *OdW* 2021, S. 62 ff.

22 Hierzu *Fehling*, *OdW* 2020, 137, 142.

23 Die konkrete Ausgestaltung ist dann Sache der bzw. des Lehren-

den, z. B. über *lecture pranks*, s. dazu Fn. 59.

24 In Erwägungsgrund 78 zu Art. 25 EU-DSGVO als „Maßnahme zur Transparenz der Verarbeitung“ bezeichnet.

25 S. auch *Fehling* (Fn. 22), S. 146 ff.

26 Sollte dagegen eine datenschutzrechtliche Bewertung ein differenziertes Bild ergeben, so ist dies je nach dem Grad der Differenzierbarkeit, also etwa nach Fachdisziplinen, Selbstverwaltungseinheiten, Studiengängen oder sogar Modulen individuell zu erfassen und den jeweils vorgegebenen Verfahren in den einzelnen Hochschulen zuzuführen.

lung des Lehrangebots<sup>27</sup> wird sich sicherlich ein digitales Streaming, aber tendenziell keine Aufzeichnung ableiten lassen. Seitens der Studierenden ist die effektive Verwirklichung der Studierfreiheit durch nahezu unbegrenzte Wiederholungsmöglichkeit sowie das erhöhte Rezeptionspotenzial speziell für auditive bzw. visuelle Lerntypen sicherlich von Vorteil – ob sich dieser Aspekt aber rechtsverbindlich aus der Studierfreiheit heraus ableiten lässt, ist zweifelhaft, zumal bereits die Ebene der rechtlichen Verankerung einer Studierfreiheit alles andere als geklärt ist.<sup>28</sup> Demgegenüber lässt sich seitens der Lehrenden anführen, die aus der über Art. 5 Abs.3 GG vermittelten Lehrfreiheit folgende Wahl der Lehrmethoden<sup>29</sup> schließe nicht nur eine Bedienung der virtuellen Welt an sich über die einmalige, sondern gerade über die Aufzeichnung eine dauerhafte oder sonst perpetuierte Rezeptionsmöglichkeit der Lehrinhalte für die Studierenden ein. Hinsichtlich der Wahl didaktischer Konzepte für Lehrveranstaltungen ist die Methode des „Flipped Classroom“<sup>30</sup> zu nennen, bei der die Nutzung von Aufzeichnungen in besonderem Maße relevant ist. Die Tatsache, dass bei geeigneter Konzeption ein „Flipped Classroom“-Ansatz zu verbesserten Lernergebnissen im Vergleich zu traditionellen Ansätzen führt<sup>31</sup>, unterstreicht die Bedeutung von Lehrmethoden unter Nutzung digitaler Hilfsmittel, wie auch Aufzeichnungen zur Verbesserung der Lehrqualität. Die Bedeutung des Konzeptes „Flipped Classroom“ wird auch an seiner Verbreitung sichtbar.<sup>32</sup> Jedenfalls auf der Ebene des legitimen Zwecks beachtlich sind daneben Erwägungen der Teilhabe von unverschuldet verhinderten Studierenden, etwa infolge von Krankheit, Schwangerschaft oder Mutterschutz bzw. Elternzeit<sup>33</sup> – insoweit kann der oben angestellte Vergleich zur analogen Welt verlassen und die Chancen der digitalen Möglichkeiten in die Abwägung eingestellt werden. Für die Arbeit mit und am Menschen kann dieser Gedanke der nicht fortgesetzten Analogie fortgeführt und ein legitimer Zweck einer Aufnahme durchaus darin erkannt werden, die Übungsfunktion derartiger Lehre mit Blick auf die Lebens- bzw. Gesund-

heitsrisiken in der späteren beruflichen Praxis als neue, digital vermittelte Chance der Lehre anzusehen. Zugunsten einer weiteren Prüfung wird deshalb von der Verfolgbarkeit legitimer Zwecke durch die Aufnahme von Lehrveranstaltungen ausgegangen.

Eine hinreichende Eignung der Aufnahme zur Verfolgung der benannten legitimen Zwecke wird man der Aufnahme einer Lehrveranstaltung nur dann absprechen können, wenn man das Maß an erforderlicher Interaktion als Grundbestandteil wissenschaftlicher Lehre<sup>34</sup> auch in Zeiten wie diesen als unverändert hoch ansähe. Dieser Anspruch wäre für das Sommersemester 2020 angesichts der herrschenden Rahmenbedingungen verfehlt gewesen. Je länger die Hochschulen mit der Corona-Situation umgehen und sich adaptieren können, desto mehr wird dieser Anspruch an Interaktion auch digitaler Lehre – im Sinne einer vollendeten Transformation – gelten. Aus jetziger Sicht, zu Beginn des zweiten „Corona-Semesters“, scheinen gewisse Abstriche von diesem Maßstab allerdings nach wie vor geboten zu sein. Die Eignung der Aufnahme wird deshalb zumindest derzeit nicht bestreitbar sein.

Im Rahmen der Erforderlichkeit der Maßnahme ist zu fragen, welche der möglichen Varianten die Rechte der Betroffenen, ihre Grundrechte aus Art. 7, 8 GrCh, am wenigsten einschränkt, die verfolgten legitimen Zwecke jedoch verwirklichen kann.<sup>35</sup> Hierbei ist insbesondere an Beschränkungen der Verwendung personenbezogener Daten der Studierenden zu denken, da die lehrende Person über die Verwendung ihrer eigenen personenbezogenen Daten im Rahmen ihrer Methodenwahl autonom bestimmen kann. Im Lichte der Verwirklichung von Studien- bzw. Teilhaberechten und -interessen sind deshalb Stufungen vorzunehmen zwischen der Verwendung von studentischen Video- bzw. Bildeinblendungen, Chatfunktionen, Klarnamen oder Pseudonymen und anderen denkbaren Varianten. Zu beachten ist hier für die Teilmenge der sog. biometrischen Daten<sup>36</sup> der Studierenden nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO, dass diese datenschutzrechtlich als besonders sensibel gelten und des-

27 *Fehling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3, Rn. 99.

28 Eine anschauliche Darstellung der verschiedenen Ebenen und Positionen bei *VGH Mannheim*, Urteil vom 21.11.2017, Az. 9 S 1145/16, Rn. 45 ff. bei juris.

29 BVerfGE 90, 1, 11 ff.

30 *Spannagel/Spannagel*, Designing In-Class Activities in the Inverted Classroom Model, in: Handke/ Kiesler/ Wiemeyer. The Inverted Classroom Model. 2013. S. 113 ff.

31 *van Alten/ Phielix/Janssen/Keßer*. Effects of flipping the classroom on learning outcomes and satisfaction: A meta-analysis, Educational Research Review, 2019, passim.

32 Eine Studie der Bertelsmann-Stiftung belegt, dass etwas mehr als die Hälfte der Lehrenden, die *Blended Learning*-Formate ein-

setzen, das Konzept „*Flipped Classroom*“ verwenden, s. *Schmid/Goertz/Radomski/Thom/Behren*, Monitor Digitale Bildung. Die Hochschulen im digitalen Zeitalter, 2017, S. 15.

33 Die Möglichkeiten, auch im Mutterschutz bzw. in Elternzeit, ggf. auf der Grundlage einer Beurlaubung, Prüfungsleistungen absolvieren zu dürfen, wodurch eine Verfolgung von Lehrveranstaltungen auch in diesen Zeiten sinnvoll bzw. erforderlich sein kann, ist – aufbauend auf dem seit 2019 geltenden MuSchG – sehr differenziert unter den Hochschulen geregelt.

34 *Fehling* (Fn. 27).

35 *EuGH*, MMR 2009, 175, 177.

36 *Gola*, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2017, Art. 9 Rn. 12.

halb durch besondere Mechanismen zu schützen sind, insbesondere die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 EU-DSGVO.<sup>37</sup> Speziell diese personenbezogenen Daten sind deshalb besonders sorgfältig zu prüfen, bevor deren flächendeckende Verwendung freigegeben werden kann. Ebenso ist in die Abwägung einzustellen, welchen Grad von Öffentlichkeit die verarbeiteten personenbezogenen Daten erfahren werden, also etwa die Stufen des Internets, des hochschulweiten Intranets oder auch lediglich einer Fakultäts- bzw. Kursöffentlichkeit. Für den Bereich der Arbeit mit und am Menschen sei hier auf den rechtlich ebenfalls besonders sensiblen Bereich der Arbeit mit Patientendaten hingewiesen und eine entsprechende Stufung der Verwendung personenbezogener Patientendaten entsprechend des Ausbildungszwecks angeregt. Welche dieser Stufen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung beschränkt zu werden hat, richtet sich nach den in den Studienordnungen verankerten Zielen der Lehre. Da diese Regelungen als spezifische Bestimmungen im Sinne von Art. 6 Abs.1 Satz 1 Nr. b) in Verbindung mit Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO zu sehen sind<sup>38</sup> und auch einen genuin wissenschaftsspezifischen Bereich regeln, die nationalen Grundrechte also herangezogen werden dürfen,<sup>39</sup> sind diese Erwägungen als Ausgestaltungen der einzelnen Grundrechtsträger der nationalen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG vollwertig in die Abwägung einstellbar. Teilweise wird gegen die Erforderlichkeit der Aufzeichnung angeführt, der Zweck der Wiederholung sei durch andere Maßnahmen, beispielsweise virtuelle Sprechstunden, ebenso erreichbar.<sup>40</sup> Dieser Ansatz trifft jedoch in Fällen nicht zu, in denen die Adressaten nicht wirkungsvoll über derartige Maßnahmen zu erreichen sind. Zu denken wäre etwa an die Einstellung in einen Pool von Lehrinhalten ohne feste Rezeptionsstrukturen, beispielsweise in großen OER-Netzwerken oder überregionalen Lehrverbänden.

Findet ein Datentransfer in ein Land außerhalb des Geltungsbereichs der EU-DSGVO statt, so sind die zu-

sätzlichen inhaltlichen Vorgaben für eine Datenübermittlung in ein Drittland nach Art. 44 ff. DSGVO zu beachten. Prominente Beispiele sind hierbei sicherlich die Konferenzsoftwares Zoom, Skype oder Microsoft Teams, die von US-amerikanischen Firmen vertrieben werden. Diese Fragestellung hat für das laufende Wintersemester 2020/21 an Bedeutung gewonnen, denn der *EuGH* hat mit Urteil vom 16. Juli 2020<sup>41</sup> die bisher geltende datenschutzrechtliche Legitimation für den transatlantischen Datentransfer zwischen der EU und den USA (sog. Privacy Shield)<sup>42</sup> mangels hinlänglichem Datenschutzniveau in den USA für unwirksam erklärt. Der *EuGH* hat außerdem zur zweiten Säule rechtmäßiger transatlantischer Datenübermittlung, den sog. Standardschutzklauseln,<sup>43</sup> Stellung bezogen: Diese seien nach dem Scheitern von Privacy Shield zwar weiterhin zulässig und denkbar, im Verhältnis zu den USA in der konkreten Fallgestaltung jedoch nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen tragfähig.<sup>44</sup> Damit stehen die deutschen Hochschulen vor einem erheblichen Legitimationsproblem, personenbezogene Daten ihrer Bediensteten bzw. Studierenden in die USA weiterzuleiten oder deren direkte Erhebung in den USA zu verantworten.

Die nach wie vor mögliche und erforderliche Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung nach Art. 28 EU-DSGVO vermag diese Defizite nach aktuellem Stand nicht vollständig zu kompensieren. Sie bezieht sich inhaltlich auf die operative Abwicklung der Datenverarbeitung, lässt die materiell-rechtliche Zulässigkeit des Datentransfers dagegen unberührt. Vor Geltung der EU-DSGVO ging das deutsche Datenschutzrecht zwar von einer Privilegierungswirkung der ADV dergestalt aus, dass eine Einheit von Verantwortlichem und Auftragsdatenverarbeiter angenommen wurde, sodass die Erlaubnis der Verarbeitung beim Verarbeiter direkt genügte, der Transfer zum Auftragsdatenverarbeiter also nicht mehr gesondert legitimationsbedürftig war.<sup>45</sup> Mangels erkennbarer gerichtlicher Klärung unter Geltung der

37 Von dieser kann aber gegebenenfalls abgesehen werden, wenn die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung diese bereits hinreichend enthält, Art. 35 Abs. 10 EU-DSGVO; s. *Jandt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 35, Rn. 22 ff.

38 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 37) Art. 6, Rn. 196 m.w.N. lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

39 In seinen aktuellen Urteilen *Recht auf Vergessen I* (Az. 1 BvR 16/13) und *Recht auf Vergessen II* (1 BvR 276/17) vom 6. November 2019 hat das *BVerfG* seine Linie zur Behandlung nationaler staatlicher Maßnahmen an Hand der Grundrechte der GrCh und des GG, aufbauend auf der Linie seiner *Solange*-Entscheidungen, dahin gehend präzisiert, dass die Ausführung von EU-Recht (hier der EU-DSGVO) zumindest auch dann an den nationalen

Grundrechten zu messen ist, wenn das betreffende EU-Recht den Mitgliedsstaaten einen Gestaltungsspielraum einräumt, wie dies hier über die Öffnungsklauseln nach Art. 85, 89 EU-DSGVO der Fall ist.

40 *Schwartzmann* (Fn. 21).

41 *EuGH*, Urt. v. 16.07.2020, Az. C 311/18 – Schrems II.

42 Beschluss 2016/1250 der Europäischen Kommission zur Übermittlung personenbezogener Daten in die USA.

43 Art. 46 Abs. 2 Nr. c und d EU-DSGVO sieht Standardvertragsklauseln der EU-Kommission (Alt. c) oder nationaler Aufsichtsbehörden, die von der EU-Kommission nach Art. 93 Abs. 2 EU-DSGVO genehmigt wurden, vor.

44 *EuGH*, Fn. 20, 41.

45 *Gola*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, Kommentar, 1. Auflage, 2010, § 11 Rn. 2.

EU-DSGVO ist offen, ob diese Privilegierung noch besteht – bis auf Weiteres ist deshalb von einer rechtlichen Unsicherheit auszugehen.<sup>46</sup>

Sind die Hochschulen durch diese Sach- und Rechtslage gezwungen, auf Angebote aus den USA zu verzichten, bis eine tragfähige Folgeregulierung in Kraft getreten ist? Oder lässt sich möglicherweise doch eine Rechtfertigung für die Verwendung von Zoom & Co. finden? Eine ganze Reihe von Gründen scheinen dies jedenfalls nahezu legen.

Zunächst kann hierbei auch auf das Erfordernis der Aufrechterhaltung funktionsfähiger Hochschulen trotz der Ausnahmesituation Corona zugegriffen werden.<sup>47</sup> Die Pandemie und ihre Folgen sind zwar seit mittlerweile einem guten halben Jahr bekannt. Seriöse Prozesse zum Umstieg ganzer Hochschulen auf flächendeckende online-Lehre benötigen jedoch erheblich mehr Zeit. Das parallele Argument lässt sich finden für Hochschulen, die den Datentransfer in die USA praktiziert und sich hierbei auf Privacy Shield berufen haben<sup>48</sup> – auch diesen Hochschulen ist ein rechtlich gesicherter und technisch-inhaltlich reibungsloser Umstieg in den wenigen Monaten vom Urteil des *EuGH* bis zum Beginn des Wintersemester 2020/21 schlicht nicht möglich gewesen. Einer sehr schnell beschaffbaren, im Grundbetrieb und damit trotz geringeren performativen Potenzials sicheren EU-DSGVO-kompatiblen Software an sich könnte daneben entgegenstehen, dass die Lehrenden für den Umgang mit einer neuen Software flächendeckend und hinreichend geschult werden müssen, um qualitativ hinreichende wissenschaftliche Lehre anbieten zu müssen. Neben einer schnellen und sicheren Durchdringung der neuen Materie durch das technische Personal der Hochschule könnte in Zeiten mobiler Arbeit eine hinreichend breite und gründliche Einweisung des Lehrpersonals einer solche Maßnahme (vorübergehend) entgegenstehen. Könnte für diesen Kontext nicht der allgemeine Rechtsgrundsatz herangezogen werden, dass Unmögliches rechtlich nicht gefordert werden darf?<sup>49</sup>

Darüber hinaus wird auch teleologisch damit argumentiert, ein Vergleich der US-amerikanischen Software (z. B. Zoom) mit in der EU hergestellten Produkten weise ein vergleichbares Produktivrisiko auf, wobei dem sicherlich entgegengehalten werden könnte, dass das hauptsächlichliche Datenschutzrisiko in der Zugriffsmöglichkeit von US-Behörden infolge des Cloud Act<sup>50</sup> und nicht durch technische Unzulänglichkeiten besteht.<sup>51</sup> Aus dem gleichen Grund genügt es auch nicht, dass die US-amerikanischen Anbieter den Vertrieb an Abnehmer in der EU über in der EU ansässige Zweigstellen<sup>52</sup> abwickeln. Denn hier wäre zwar nach Art. 3 EU-DSGVO der europäische Datenschutz auch bei einem Transfer in die USA anwendbar, was den Cloud Act mit den entsprechenden Befugnissen der US-Behörden jedoch nicht berührt.<sup>53</sup>

Ein weiteres Argument für eine zumindest vorübergehende Verwendung von US-amerikanischen Systemen könnte sein, dass die derart konsequente Ablehnung datenschutzrechtlicher Möglichkeiten durch den *EuGH* so nicht absehbar war. Denn der Generalanwalt beim *EuGH* hatte in seinem Gutachten zum Fall zwar Privacy Shield ebenfalls kritisch gewürdigt, einen Transfer über die Standardvertragsklauseln dagegen nach wie vor als zulässig bewertet.<sup>54</sup> Berücksichtigt man den Erfahrungswert, dass der *EuGH* oft dem Gutachten des zugewiesenen Generalanwalts folgt,<sup>55</sup> so bestärkt dieser Erfahrungssatz in der konkreten Anwendung für die deutschen Hochschulen neben dem Eileffekt, der durch das Urteil ohnehin eingetreten war, auch den Überraschungseffekt.

Dieser Überraschungseffekt wirkt sich vergaberechtlich dagegen tendenziell privilegierend aus. Denn die Tatsache, erst im Juli 2020 vom Erfordernis einer EU-DSGVO-kompatiblen Software erfahren zu können, die mit Wirkung zum Oktober 2020 funktionsfähig sein soll, erlaubt keine langen Vergabeverfahren. Mit dem Plädoyer des Generalanwalts vor dem *EuGH* und der davon abweichenden Entscheidung des Gerichtshofs rückt der Fall argumentativ auch stärker in die Nähe einer „unver-

46 Für einen Wegfall der Privilegierungswirkung *Roßnagel/Kroschmann*, ZD 2014, 495 ff.; dagegen *Koos/Englisch*, ZD 2014, 276 ff.

47 Zu den Implikationen mit Bezug auf den Standard der Wissenschaftlichkeit der Hochschullehre s. oben, Fn. 27; zum freien Datenverkehr als eigenständigem Ziel der EU-DSGVO und dessen Besonderheiten *Fehling* (Fn. 22), S. 143.

48 Exemplarisch die Universität Kiel, abrufbar unter [Informationen zu Datenschutz und Sicherheit — Rechenzentrum \(uni-kiel.de\)](https://www.uni-kiel.de/informationen-zu-datenschutz-und-sicherheit).

49 Ausführlich zum bereits im Römischen Recht entwickelten „nulla obligatio – Grundsatz“ *Seong*, Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Diss., Frankfurt, 2004.

50 Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act des US-Kongresses vom 22. März 2018, s. *Cording/Göttinger*, CR 2018, 636 ff.

51 *Schwartmann* (Fn. 21).

52 Auf eine eigenständige Rechtspersönlichkeit, etwa als eigenständige Tochtergesellschaft innerhalb einer Konzernstruktur, kommt es nicht an, s. *Zerdick*, in: *Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 3, Rn. 8.

53 *Berengaut/Lensdorf*, CR-Beilage 2019, 111 ff.

54 <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-facebook-schrems-privacy-shield-1.4730186>.

55 Zur Bedeutung der Schlussanträge der Generalanwälte beim *EuGH* für Findung und Darstellung der Entscheidung *Oppermann/Claasen/Nettesheim*, *Europarecht*, 8. Auflage, 2018, § 5 Rn. 143; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/ AEUV*, Kommentar, 5. Auflage, 2016, Art. 252 AEUV, Rn. 3

schuldeten“ Dringlichkeit, die für eine privilegierte Beschaffung erforderlich ist.<sup>56</sup> Dieser zeitnahen Beschaffung standen, nicht nur angesichts der Urlaubszeit im relevanten Zeitraum, jedoch organisatorische Erfordernisse der technisch sicheren Implementierung, vor allem aber der Einführung und Schulung der bearbeitenden Personen in so gravierendem Maße entgegen, dass auch die privilegierte Beschaffung der Software den Bereich der faktischen Unmöglichkeit einer Umstellung nicht verlassen ließ.

Letztlich ist aber auch diese Abwägung in erster Linie zu messen an den individuellen Gegebenheiten jeder Hochschule, insbesondere der Frage, ob und ggf. inwieweit die Etablierung vom Umstieg auf eine Struktur der online-Lehre, die EU-DSGVO-kompatibel ist, möglich und zumutbar ist. Für diese Abwägung kann dabei die Entscheidung für oder gegen eine Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen, mit erheblicher Wirkung für die performative Beanspruchung des Systems, relevant sein.

Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, sich gegen datenschutzrechtliche Angriffe effektiv wehren zu können, zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum. Belastbare Entscheidungen hierzu werden abzuwarten bleiben. Die Hochschulen scheinen darüber hinaus gut beraten, diese Materie nicht aus den Augen zu verlieren und an dieser Frage zu arbeiten sowie den Prozessfortschritt zu dokumentieren. Flankierend könnten die politischen Interessenvertretungsstrukturen des deutschen Hochschulsystems auf die Brisanz der derzeitigen Rechtslage hinweisen und neue Lösungen für eine Legitimierung des wichtigen Datenaustauschs zwischen den USA und der EU fördern.

## 2. Vorüberlegungen für Lehrende

Zu den Vorüberlegungen, die sich Lehrende vor Beginn einer online-Lehrveranstaltung machen sollten, zählen die inhaltliche bzw. didaktische Gestaltung (a.), die Verwendung von Materialien im Wege von open access (b.),

die Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems (c.) und die rechtliche Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch (d.).

### a. Überlegungen zur inhaltlichen bzw. didaktischen Gestaltung

Inhaltliche bzw. didaktische Planungen und Gestaltungen sind kein neues Thema, sondern aus der bisherigen Abwicklung der Hochschullehre bekannt. Neu ist dagegen die Anforderung an viele Lehrende, innerhalb kurzer Zeit eine Umstellung vieler Lehrveranstaltungen und Lehrmaterialien auf die online-Variante zu bewerkstelligen. In inhaltlicher Hinsicht ist dabei maßgeblich, das erforderliche Niveau an Wissenschaftlichkeit der Lehre sicherzustellen.<sup>57</sup> Didaktisch gilt es, die neuen Herausforderungen der online-Vermittlung zu meistern.

Prägende Merkmale für die didaktische Annäherung an die online-Lehre können dabei die räumlichen und zeitlichen Verschiebungen im Vergleich zur Präsenzlehre sein. Der räumlichen Verlagerung curricularer Kommunikation und Interaktion entsprechen dabei digitale Tools wie Chats oder Umfragen. Der Möglichkeit in zeitlicher Hinsicht, Lehre in vor- bzw. nachbereitende Zeiträume zu verlagern, kommt beispielsweise der Ansatz des „Flipped Classroom“-Konzepts entgegen. Denn hiermit können Elemente zur Vorbereitung, die asynchron bearbeitet werden, mit der Abbildung der Präsenzphasen im digitalen Raum miteinander verknüpft werden. Für die Zeit nach der Lehrveranstaltung bzw. für Zeiten zwischen Lehrveranstaltungen bieten sich E-Learning-Plattformen<sup>58</sup> an. Hier könnten wesentliche didaktische Erwägungen, die sich gerade durch den Umstieg auf digitale Formate ergeben, eingebaut werden.<sup>59</sup>

In inhaltliche und methodische bzw. didaktische Überlegungen einbezogen werden können dabei auch urheberrechtliche Fragestellungen. Denn es ist anerkannt, dass Urheberrechte an Arbeitsergebnissen, die auf freier wissenschaftlicher Tätigkeit beruhen, nicht nach

56 Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO.

57 Fehling (Fn. 22).

58 Schneider/ Preckel, Variables Associated With Achievement in Higher Education: A Systematic Review of Meta-Analyses, Psychological Bulletin, 2017, S. 8 weisen einen Cohens d-Wert für das Feedback von 0,47 aus, was auf einen mittleren Effekt

schließen lässt.

59 Ein effektives Mittel zur Auflockerung von Lehrinhalten können dabei auch sog. lecture pranks sein, also Videosequenzen, in denen Lehrveranstaltungen mit überraschenden, humorvollen Elementen überzogen werden, z.B. das Erscheinen von Zorro oder Superman im Hörsaal.

§ 43 UrhG auf den Dienstherrn übergehen, sondern bei den Urhebern verbleiben.<sup>60</sup> Soweit eine lehrende Person also wissenschaftlich tätig ist und dabei keinem inhaltlichen Weisungsrecht unterliegt, bleiben die Urheberrechte daran dieser Person zugewiesen. Für Lehrmaterialien von Hochschullehrern ist dies deshalb immer der Fall, für wissenschaftliche Mitarbeitende im Rahmen ihrer freien Anteile im Arbeitsvertrag, nicht dagegen für Inhalte, die durch nichtwissenschaftliches Personal erstellt wurden.<sup>61</sup> Sollte eine gemeinsame Erstellung von Inhalten von weisungsfreiem und weisungsgebundenem Personal geben, so ergeben sich Abgrenzungsfragen im Einzelfall.

Schließlich können auch datenschutzrechtliche Erwägungen die inhaltlichen bzw. methodisch-didaktischen Gestaltungen beeinflussen. Dies betrifft beispielsweise die Konstellation, dass die lehrende Person den reinen Lernfortschritt der Studierenden IT-basiert messen und zu diesem Zweck massenweise Bearbeitungen der Studierenden speichern möchte, z.B. in Form von interaktiven Quiz-Aufgaben in Lernplattformen oder eingereichten Aufgaben inklusive dem entsprechenden Feedback. Diese Speicherungen werden in aller Regel Verarbeitungen personenbezogener Daten sein, da die lehrende Person sie ja den betreffenden Studierenden zuordnen können muss. Datenschutzrechtlich sind diese Speicherungen nach verbreiteter Auffassung bedenklich, weil ihre Erforderlichkeit für Zwecke der ordnungsgemäßen Ausübung der Hochschullehre im Zweifel steht.<sup>62</sup> Eine andere Bewertung ließe sich dagegen dann rechtfertigen, wenn der reine Lernerfolg durch didaktische Überlegungen Relevanz für die Prüfung bekommen würde, z. B. als Prüfungsvorleistung, Teilprüfungsleistung oder auch als Studienleistung<sup>63</sup>, zum Beispiel in Form von E-Portfolios<sup>64</sup>. Diese Erkenntnis hat nicht nur Auswirkungen auf die (Um-)Gestaltung dieser Module durch Fakultät bzw. Fachbereich, sondern auch für den methodischen Aufbau und die inhaltliche Planung der

Abfolge durch die lehrende Person im konkreten Einzelfall.

#### b. Verwendung von open access Inhalten

Die digitale Verwendung von Lehrinhalten bringt ein erhöhtes Potenzial ihrer Verbreitung und damit auch erhöhte rechtliche Risiken mit sich. Ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch eine Sicherungspanne im Internet einsehbar, so bedeutet dies weltweiten Zugriff.<sup>65</sup> Es kann deshalb allein aus rechtlichen Gründen sinnvoll sein, auf Inhalte zurückzugreifen, die rechtlich ganz oder weitgehend freigegeben sind. Zudem bilden die im Rahmen der open access Bewegung mittlerweile entstandenen Werksammlungen auch eine große Chance für inhaltliche oder visuelle Anregungen, Ergänzungen oder Bereicherungen der eigenen Gedanken und Strukturen.

Open access (dt. freier Zugang) bedeutet den unbeschränkten und kostenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.<sup>66</sup> Hinsichtlich der Unbeschränktheit könnte schnell das Missverständnis aufkommen, dass dies tatsächlich automatisch die Befreiung von sämtlichen Rechten dritter Personen bedeuten könnte. Dem ist jedoch nicht so. Die weitgehende Rechtsfreiheit der open access Bewegung bezieht sich stattdessen hauptsächlich auf das Urheberrecht.<sup>67</sup> Andere relevante Rechtsgebiete, beispielsweise das Bildnisschutzrecht nach dem KUG oder das Datenschutzrecht, bleiben davon unberührt und sind nach wie vor vollständig zu beachten.<sup>68</sup> Speziell mit Blick auf Materialien in der Hochschullehre spricht man häufig auch von open educational resources (OER).<sup>69</sup>

Hauptanwendungsfall für eine urheberrechtlich weitgehend befreite Be- und Verarbeitungsmöglichkeit von fremden Inhalten im Rahmen von OER sind die Creative Commons Lizenzen.<sup>70</sup> Die Creative Commons Bewegung hat eine Serie von Lizenzformen hervorgebracht, die eine Verwendung der lizenzierten Inhalte mit mehr oder weniger großen rechtlichen Beschränkungen be-

60 *Götting/Leuze*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis, 3. Auflage, 2017, § 13, Rn. 124 ff.; s. bereits *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst und in den Hochschulen, 1998, S. 113 ff.

61 *Leuze* (Fn. 60), S. 124 ff.

62 *Schwartzmann* (Fn. 21).

63 *Sandberger* (Fn. 1), S. 167.

64 *van den Berk/Tan*, ePortfolio-Prüfung, 2018, abrufbar unter: [https://www.researchgate.net/publication/322519665\\_E-Portfolio-Prüfung](https://www.researchgate.net/publication/322519665_E-Portfolio-Prüfung).

65 *Sosnitzer*, Rechtswissenschaft 2010, 225 ff.

66 Für den Wissenschaftsbereich einführend *Eisentraut* (Fn. 3), S.

179 f.; Zu gesetzlichen Regelungen im Rahmen eines Zweitverwertungsrechts von Forschungsergebnissen *Haug*, OdW 2019, 89 ff.

67 Vgl. Informationsplattform *Open Access: Rechtsfragen in Deutschland* ([open-access.net](http://open-access.net)).

68 Exemplarisch hierzu Lizenzbestimmungen für die sehr liberale Creative Commons Lizenz CC BY: *Creative Commons — Namensnennung 2.0 Deutschland — CC BY 2.0 DE*.

69 *Kreutzer/Hirche*, Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre, 2017, S. 25 ff.; *Eisentraut* (Fn. 3), S. 179 m.w.N.

70 Grundlegend *Krujatz*, Open Access, Diss. 2012, Tübingen, S. 125 ff.

deuten. In der am stärksten urheberrechtlich befreiten Lizenz namens CC BY hat die verwendende Person nur noch den Namen des Urhebers zu nennen, ansonsten sind alle Nutzungsmöglichkeiten erlaubt, also z. B. die Bearbeitung, die Verbreitung oder die Verwendung zu eigenen kommerziellen Zwecken. In derjenigen Variante mit den stärksten rechtlichen Vorbehalten darf der verwendete fremde Inhalt weder kommerziell genutzt noch bearbeitet werden, zudem ist auch hier der Name des Urhebers zu nennen, sog. Lizenz CC BY-NC-ND. Vereinzelt findet sich dagegen auch die sog. Creative Commons Zero (CCO) Lizenz, in der alle urheberrechtlichen Beschränkungen aufgehoben sind. Hinsichtlich anderer Rechte gilt hierzu jedoch der soeben gezeigte Hinweis.

Die Verwendung von OER-Materialien und speziell Creative Commons Lizenzen bringt eine Reihe von Chancen und Potenzialen hervor, können fremde Inhalte doch vermeintlich schnell und rechtssicher in die eigenen Unterlagen eingepflegt werden. Dennoch bergen auch die CC-Lizenzen und andere OER-Materialien eine Reihe von rechtlichen Herausforderungen. So kann die Frage des zutreffenden Klägers, die Erfüllung der Lizenzbedingungen oder auch die Schadensberechnung im Falle einer Pflichtverletzung Gegenstand diffiziler Streitfragen sein.<sup>71</sup> Nicht umsonst ist der Leitspruch der Creative Commons Bewegung auch „some rights reserved“ (dt. einige Rechte vorbehalten).<sup>72</sup>

Die Hochschulen sollten deshalb überlegen und ggf. regulieren, ob sie für die Verwendung von fremden OER-Materialien grundlegende Kontrollstrukturen wie z. B. Informationspflichten etablieren oder sogar die Verwendung aller oder einzelner Lehrmaterialien von einer fachlichen Freigabe abhängig machen wollen.

#### c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

Soweit nicht die Hochschule als Institution die datenschutzrechtliche Information über die verwendeten Softwaresysteme der online-Lehre vornimmt, könnte sich eine individuelle Information, vermittelt und verantwortet durch die lehrende Person, anbieten. Auch hierzu sind mehrere Varianten denkbar, beispielsweise eine automatische, auf das betreffende System individualisierte Information zu Beginn jedes Semesters oder auch eine IT-basierte oder mündliche Information durch die lehrende Person zu Beginn der Veranstaltungsreihe. Um die erforderlichen Nachweise der Information

sicherzustellen, könnte sich ein individueller Aufruf, verbunden mit einer per opt-in betätigten Kenntnisnahme durch die Studierenden und die interne Speicherung dieser Aktionen, als effektives Mittel anbieten.

#### d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

Zu einer abgerundeten Planung der Verwendung von Lehrmaterialien gehört auch, diese bestmöglich gegen Missbrauch zu schützen. Typischer Fall ist dabei das Informationsleck infolge einer unverschuldeten technischen Panne und das daraufhin erfolgende Hinausschwemmen der Inhalte ins Internet, wo sie dann unkontrollierbar verwendet werden können. Denkbar sind in Ausnahmefällen jedoch leider auch unbefugte Nutzungshandlungen durch die Adressaten der Lehrveranstaltung.

Auf die technischen Dimensionen der Datensicherung durch Strukturen der globalen Hochschularchitektur hat die einzelne lehrende Person in aller Regel keinen Einfluss. Jedoch ist zu überlegen, ob sich die Lehrmaterialien effektiv und elegant durch einen prägnanten Vermerk zur rechtlichen Zugehörigkeit in hohem Maße sichern lassen.<sup>73</sup> Wegen der bereits behandelten Problematik, wem die Rechte an den Lehrmaterialien zugewiesen sind,<sup>74</sup> kann sich dabei durchaus die Frage stellen, ob der „copyright-Vermerk“ als Rechtsträger die lehrende Person oder nicht lieber doch die Hochschule beinhalten sollte. Dies soll der Gestaltung der Hochschule im Ergebnis überlassen bleiben, zumal in vielen Fällen die Lehrmaterialien komplett von der lehrenden Person erstellt und deshalb dieser rechtlich zugewiesen sein werden. Aus Sicht eines Verwenders ist dagegen möglicherweise die Sichtweise interessanter, wer im Falle einer Rechtsverletzung als haftende Person in Frage kommt. Weil die Durchführung von Hochschullehre eine dienstliche Tätigkeit, damit eine Amtshandlung im Sinne des Staatshaftungsrechts ist, haftet bei Verletzungen im Außenverhältnis zur anspruchsführenden Person zunächst die Hochschule als Dienstherr nach den Grundsätzen der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Außerdem zählt es zu den dienstlichen Pflichten wissenschaftlichen Personals, Recht und Gesetz einzuhalten,<sup>75</sup> so dass im Falle bekannt werdender Rechtsverletzungen auch der jeweilige Dienstvorgesetzte auf Abhilfe drängen darf. Insgesamt sprechen deshalb gute Gründe dafür, in diesem Kontext eher eine rechtliche Zugehörigkeit der Hochschule in den Vermerk einzuflechten.

71 OLG Köln, Urteil vom 31.10.2014, Az. 6 U 60/14; ausführlich Rauer/Ettig, WRP 2015, 94 ff.

72 [Some Rights Reserved Archives - Creative Commons](#).

73 Die Ernst-Abbe-Hochschule Jena bietet ihren Lehrenden einen

solchen Vermerk an.

74 Leuze (Fn. 60, 61).

75 § 36 Abs. 1 BeamtStG.



### 3. Fehlverhalten der Studierenden

Das Mitgliedschaftsverhältnis der Studierenden zur Hochschule ist weniger intensiv ausgestaltet als ein Beschäftigungsverhältnis. Die verbindlichen Rechtsverhältnisse sind deshalb wenig allgemein und abstrakt, sondern verstärkt an einzelne Regelungsbereiche angebunden. Hauptanwendungsfall hierfür ist die Prüfung. Aber auch außerhalb dieser sind konkrete Verhaltenspflichten und zugehörige Sanktionen denkbar. Für die Lehre sind dies zum Einen der rechtliche Rahmen des staatlichen Zivil- bzw. Strafrechts (a.), sowie spezielle hochschulrechtliche Mechanismen in Anlehnung an das Ordnungsrecht (b.).

#### a. Staatliches Recht

So kann bereits die Aufnahme einer Lehrveranstaltung auf einem dauerhaften Datenträger, beispielsweise einem *Smartphone*, strafbar sein. Denn § 201 Abs.1 Nr. 1 StGB verbietet die Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes. Soweit eine online-Lehrveranstaltung nicht einer breiten und unbestimmbaren Öffentlichkeit zugänglich ist, wie dies etwa bei den sog. MOOCs<sup>76</sup> der Fall ist, sollte der Teilnehmerkreis einer Lehrveranstaltung hinreichend nichtöffentlich sein.<sup>77</sup> Problematisch ist das Merkmal „unbefugt“, das nicht Bestandteil des Tatbestands der Norm, sondern ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Handelns ist.<sup>78</sup> Die Unbefugtheit des Handelns kann deshalb durch eine rechtfertigende Einwilligung<sup>79</sup> oder andere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Hierbei stellen sich interessante Abgrenzungsfragen. Ist nämlich nur die lehrende Person zu hören, so kommt es ausschließlich auf ihren Willen an. Werden dagegen auch Redebeiträge anderer Studierender mit aufgefangen, so sind alle ihre Einwilligungen erforderlich. Außerdem ist offen, wie sich die lehrende Person zu einer Aufnahme positioniert, ob dies also als sinnvolle Bereicherung je nach Lerntyp oder als übergreifige Ambush-Aktion gesehen wird. Aus der Einwilligung der lehrenden Person in die Aufzeichnung der Veranstaltung, die aus ihrem Verhalten folgt,<sup>80</sup> kann insofern nicht ohne Weiteres auch auf die Einwilligung zur Speicherung durch Studierende ausgegangen werden. In jedem Fall ist es ratsam, diese Konstellation vor Beginn

einer Lehrveranstaltungsreihe belastbar zu besprechen und möglicherweise zusätzlich auch schriftlich für diejenigen Studierenden vorzuhalten, die bei der Besprechung nicht anwesend waren.<sup>81</sup>

Etwas eindeutiger ist die Rechtslage dann bei § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der das Zur-Verfügung-Stellen dieser Materialien unter Strafe stellt. Hauptanwendungsfall dessen ist sicherlich der Upload auf öffentlich zugänglichen Plattformen. Dass dies vom Willen aller hörbaren Personen gedeckt bzw. sonst gerechtfertigt werden kann, dürfte sich auf Ausnahmesituationen beschränken.

Die Gelegenheit für eine strategische Überlegung der Hochschule bietet in diesem Zusammenhang noch, dass Straftaten nach § 201 Abs. 1 StGB nur auf Strafantrag verfolgt werden, § 205 StGB. Die Hochschule hat in diesem Zusammenhang das Recht und gleichzeitig auch die Verantwortung, sich mit dem Zusammenspiel von Strafrecht und Hochschulrecht mit Blick auf die Gegebenheiten vor Ort zu befassen. Dabei könnte das Interesse an einer Durchsetzungsfähigkeit angesichts des eher lockeren rechtlichen Bandes der Hochschulmitgliedschaft für eine stärkere Strafverfolgung ebenso eine Rolle spielen wie der Kontrollverlust durch das staatliche Strafverfolgungsmonopol dagegen. Hochschulen in Bundesländern, denen ordnungsrechtliche Regelungssysteme wie das Ordnungsverfahren<sup>82</sup> zur Seite stehen, könnten dieses Element in ihre Abwägung ebenfalls einfließen lassen.

Parallel zum Schutz persönlicher Rechtsgüter wird auch das Urheberrecht als geistiges Eigentum geschützt. Denn § 106 UrhG stellt mit der Vervielfältigung ebenfalls bereits die Aufnahme sowie mit der öffentlichen Wiedergabe das Hochladen auf öffentlich zugängliche Plattformen ebenso unter Strafe wie § 201 StGB, solange die Lehrmaterialien urheberrechtlich geschützt sind und keine Einwilligung aller Beteiligten vorliegt. Die inhaltliche Strafbarkeit ist deshalb weitgehend parallel zu § 201 StGB. Anders als dort unterliegt eine Verfolgung von Taten nach § 106 UrhG aber nicht der ausschließlichen Dispositionsbefugnis der Hochschulen, denn nach § 109 UrhG kann die Staatsanwaltschaft bei besonderem öffentlichen Interesse die Strafverfolgung auch von Amts wegen einleiten. Soweit jedoch keine Präzedenz- oder

76 Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), 2020; Besprechung bei Golla, OdW 2020, 209 ff.

77 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 30. Auflage, 2018, § 201, Rn. 7 f.

78 Heuchemer/Paul, JA 2004, Heft 4, 1, 4.

79 Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 77), § 201, Rn. 29 ff.

80 S. oben, Nr. II 1 b.

81 Dies bietet sich unabhängig von bestehenden Teilhaberechten der unverschuldet abwesenden Studierenden, s. oben, Fn. 33, aus Gründen effektiver Verfahrensgestaltung an.

82 § 76 ThürHG.

sonstigen gravierenden Fälle vorliegen, sollten die soeben genannten Erwägungen gleichermaßen gelten können.

Daneben können diejenige Person, welche die Verletzungshandlung zu verantworten hat, auch zivilrechtliche Ansprüche treffen, z. B. Unterlassungsansprüche hinsichtlich des Urheberrechts aus § 97 UrhG,<sup>83</sup> bezüglich anderer Aspekte, etwa des Bildnisschutzrechts aus §§ 823 in Verbindung mit 1004 BGB,<sup>84</sup> oder Schadensersatzansprüche aus § 98 UrhG für Urheberrechtsverletzungen oder aus §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 201 StGB.<sup>85</sup> Spannende Konstellationen ergeben sich hierbei dann, wenn die widerrechtlich verwendeten Inhalte zumindest auch der lehrenden Person zugewiesen sind und diese deshalb mindestens teilweise selbst berechtigt ist, Ansprüche geltend zu machen, sog. Aktivlegitimation. Hier könnte die Hochschule ein Interesse daran haben, das Verfahren selbst zu führen. Im Falle einer ausschließlichen Rechtsinhaberschaft der lehrenden Person kommt dabei die Abtretung der Forderung gegen den Verletzer von Seiten der lehrenden Person auf die Hochschule nach § 398 BGB in Betracht. Befinden sich beide in einer Rechtsgemeinschaft bezüglich der Lehrinhalte, so sollte eine Streitgenossenschaft nach § 59 ZPO im Prozess eine taugliche Alternative zur alleinigen Prozessführung der Hochschule nach Abtretung sein.

#### b. Hochschulrecht

Den Hochschulen steht entweder auf der Grundlage eigener Regelungen, etwa einer Hausordnung, oder kraft funktionalen Annexes der Selbstverwaltungstätigkeit das Hausrecht zur Seite. Dieses berechtigt den Inhaber, die Benutzung der der Hochschule zugewiesenen Liegenschaften unter bestimmte Bedingungen zu stellen bzw. die Nutzung zu untersagen.

Vor allem für die derzeit so stark frequentierten online-Aktionswelten ist das Hausrecht insbesondere in seiner Ausgestaltung als virtuelles Hausrecht<sup>86</sup> interessant. So kann auch der virtuelle Kommunikations- und Interaktionsraum unter Spielregeln gestellt und die Teilnahme daran von deren Einhaltung abhängig gemacht werden. Da das klassische Hausrecht physisch wirkt und möglicherweise nicht alle hausrechtsbezogenen Regelungen die virtuelle Dimension bereits enthalten, empfiehlt sich eine konkrete Ausgestaltung in einer Regelung. Soweit das reguläre Hochschulrecht oder auch das

spezielle Corona-Recht für derartige Regelungen eine Rechtsgrundlage bieten, kann diese Fixierung darauf gestützt werden.

In einigen Bundesländern besteht darüber hinaus auch die Möglichkeit, gegen Studierende nach Durchführung eines Ordnungsverfahrens bestimmte Ordnungsmaßnahmen zu verhängen.<sup>87</sup> Durch die Verbindung nichtakademischen Fehlverhaltens mit akademischen Sanktionen trägt dieses Ordnungsverfahren damit zumindest in Ansätzen ordnungsrechtliche Züge. Diese Sanktionsmöglichkeiten stehen damit gewissermaßen zwischen dem eng begrenzten prüfungsrechtlichen Regelungssystem und dem allgemein geltenden staatlichen Recht. Zum Schutz der Studierenden sind diese Ordnungsverfahren sehr formal ausgestaltet.

### III. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Die Beschaffung von Konferenzsystemen für online-Lehre ist mittlerweile wohl im regulären Vergabeverfahren für gewerbliche Lieferungen und sonstige Leistungen zu tätigen. Unmittelbar nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie im März 2020 sowie möglicherweise auch mit Blick auf die wenig vorhersehbare Entscheidung des *EuGH* über die Unwirksamkeit von Privacy Shield war dagegen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine privilegierte Beschaffung wegen unverschuldeter Dringlichkeit möglich (oben, Nr. II 1 a).

2. Für die Frage der Zulässigkeit einer Speicherung personenbezogener Daten von Studierenden im Rahmen der online-Lehre im Wege der Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen ist die rechtliche Gemengelage zwischen der Verantwortung der Hochschule für qualitativ hinreichend wissenschaftliche Lehre, der Lehrfreiheit der lehrenden Person unter Einschluss didaktischer Elemente und der Verwirklichung der Studierfreiheit der Studierenden maßgeblich. Die konkrete Abwägung hängt von vielen verschiedenen Faktoren, etwa der Art, Anzahl und Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Daten, dem speziellen Verwendungszweck oder dem Grad der vermittelten Öffentlichkeit, ab. Online-Lehre kann jedoch mehr sein als die virtuelle Abbildung von analog verwendeten Strukturen, angereichert um neue didaktische Elemente. Online-Lehre vermittelt die

83 *BGH*, Urteil vom 24.09.2014, Az. I ZR 35/11.

84 *BAG*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 8 AZR 1010/13.

85 *OLG Köln*, Urteil vom 18.07.2019, Az. 15 W 21/19.

86 *LG Bremen*, Urteil vom 20.06.2019, Az. 7 O 1618/18 m.w.N.

87 § 15 BbgHG, § 51 a HG NRW, § 76 ThürHG.

Chance, unverschuldet abwesende Personengruppen wirksam teilhaben zu lassen. Nicht nur online-Lehre an sich, sondern auch die Abbildung gespeicherter Inhalte im Wege der Aufnahme erhält dadurch einen neuen Charakter und Zweck sowie eine andere Wertigkeit im Gefüge der bestehenden Interessen und Rechte (oben, Nr. II 1 b).

3. Mit guten Gründen lassen sich Produkte von außerhalb der EU auch nach der Kassierung von Privacy Shield durch den *EuGH* im Juli 2020 zumindest noch für eine gewisse Zeit aufrechterhalten. Zu diesen Gründen zählen etwa das Erfordernis, einen funktionsfähigen Wissenschaftsbetrieb aufrechtzuerhalten, die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung in dieser Konsequenz oder die latent vorhandene Privilegierungswirkung einer Vereinbarung über Auftragsdatenverarbeitung (oben, Nr. II 1 b).

4. Online-Lehre bedeutet die Chance und die Verantwortung, die sich verschiebenden räumlichen, zeitlichen und inhaltlichen Gegebenheiten anzunehmen und sie zu neuen inhaltlich-didaktischen Einheiten zu formen. Dabei stehen bereits viele verschiedene Elemente zur Verfügung. Rechtliche Aspekte, etwa die urheberrechtliche Zuweisung von Arbeitsinhalten oder die datenschutzrechtliche Bedenklichkeit der Messung reinen Lernfortschritts ohne Bewertungsbezug, sind hierbei einzuflechten (oben, Nr. II 2 a).

5. Die Möglichkeiten der open access-Bewegung sind groß und sind Teil des Selbstverständnisses des wissenschaftlichen Systems. Da die Begriffe „open“ access oder Creative „Commons“ komplette Rechtfreiheit suggerieren, in der Praxis aber selten mit einer faktischen Rechtfreiheit in diesem Ausmaß verbunden sind, bietet es sich für die Hochschulen an, Informations- und ggf. Prüfprozesse einzurichten bzw. auszubauen, um Rechtsverletzungen und daraus entstehende Vermögens- und Reputationsschäden zu vermeiden (oben, Nr. II 2 b).

6. Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO sieht nicht nur eine Information der Studierenden über ihre verarbeiteten personenbezogenen Daten, sondern auch deren Dokumentation, also Nachweisführung, vor. Dies kann je nach konkreten Gegebenheiten allgemein oder auch spezifisch für jedes verwendete System erfolgen (oben, Nr. II 2 c).

7. Arbeitsinhalte von weisungsfrei handelndem wissenschaftlichen Personal bleiben diesen Personen recht-

lich zugewiesen. Im Falle einer Rechtsverletzung im Rahmen von deren Tätigkeit wird wegen der Solvenz des Dienstherrn und dessen staatshaftungsrechtlicher Verantwortlichkeit in aller Regel der Dienstherr Gegner von Ansprüchen sein. Kennzeichnungen von Lehrmaterialien könnten deshalb sinnvollerweise nicht die wissenschaftlich tätige Person, sondern die Hochschule als Rechteinhaber ausweisen (oben, Nr. II 2 d).

8. Studierende, die Lehrmaterialien ohne Erlaubnis aufzeichnen bzw. insbesondere weiterverbreiten, begehen sich in die Gefahr einer zivil- bzw. strafrechtlichen Erfassung. Für die Hochschulen ergeben sich dabei strategische Möglichkeiten. So kann durch die Stellung eines Strafantrages die Ahndungsmöglichkeit von Verhalten innerhalb des ansonsten rechtlich eher wenig verflochtenen Mitgliedschaftsverhältnisses erhöht werden. Im Verhältnis zur lehrenden Person, deren Rechte ganz oder teilweise verletzt wurden, bieten sich die Forderungsabtretung oder die Streitgenossenschaft als forensische Gestaltungsmittel an (oben, Nr. II 3 a).

9. Der im Rahmen der online-Lehre betretene virtuelle Raum setzt virtuelle Steuerungsbefugnisse voraus, die über ein virtuelles Hausrecht zu verwirklichen sind, etwa bei Störungen von Lehrveranstaltungen. In Ländern, in denen über ein Ordnungsverfahren die Möglichkeit der Verhängung curricularer Sanktionen bei nicht notwendig curricular angebundener ordnungswidrigem Verhalten von Studierenden möglich ist, erhält die strategische Ausrichtung zwischen Ordnung und Mitgliedschaft, die sonst über Elemente wie Strafanträge oder eidesstattliche Erklärungen zu lösen sind, eine weitere Facette (oben, Nr. II 3 b).

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

# Guido Speiser

## Das Promotionsrecht für Fachhochschulen

### Übersicht

#### I. Entwicklung der Fachhochschulen

#### II. Drei Fragen zum Promotionsrecht

#### III. Recht auf Promotionsbetreuung

##### 1. Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG

##### 2. Einschränkungen des Schutzbereichs

###### a) Dienstpflicht und Aufgabenprofil

###### b) Kontextualität von Promotionsverfahren

#### IV. Promotionsrecht für Fachhochschulen?

### I. Entwicklung der Fachhochschulen

1968 wurden die Fachhochschulen als neuer Hochschultyp gegründet und den Universitäten an die Seite gestellt. Sie sollten die wachsende Nachfrage nach einer wissenschaftlichen, aber berufsbezogenen Ausbildung bedienen. Ihre Etablierung – in der Gründungsphase oft die Statusanhebung bereits existierender Fachschulen – war von Zweifeln, Widerständen und Startschwierigkeiten begleitet.<sup>1</sup> Damit schien ein bekanntes Muster auf, das sich schon bei der Gründung der technischen Hochschulen Ende des 19. Jahrhunderts, der Zuerkennung ihres universitären Status nach 1945 sowie der Einrichtung der Handelshochschulen, Pädagogischen Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen und Bergakademien gezeigt hatte.<sup>2</sup> Die Ursachen der jeweiligen Friktionen waren im Einzelnen vielfältig. Gleichwohl spielte die als solche wahrgenommene Statusgefährdung der Universität durchgängig eine Rolle. Damals wie heute haben sich diese Abwehrkämpfe erledigt. Aus der Geschichte geblieben

ist die Erkenntnis, dass neue Hochschultypen stets in Relation und Abgrenzung zur Universität gedacht werden. Das gilt in besonderer Weise für die Fachhochschulen, deren Entwicklung bis heute vom Ringen um die eigene Identität geprägt ist.<sup>3</sup>

Seit ihren Anfangstagen haben die Fachhochschulen einen enormen Aufschwung erlebt, der sich in nahezu jedem einschlägigen Indikator widerspiegelt. Die Zahl der Einrichtungen ist gestiegen, ebenso die Zahl der Studierenden, der Personalbestand und die Finanzmittel.<sup>4</sup> Heute gibt es 213 Fachhochschulen und 120 Universitäten.<sup>5</sup> Die jeweiligen Anteile an der Studierendenschaft haben sich verschoben. 1995 studierte etwa ein Fünftel aller Studierenden an einer Fachhochschule, 2019 war es über ein Drittel.

Mit dem Wachstum hat sich der Fachhochschulsektor zunehmend differenziert. Einrichtungsgrößen und Trägerschaften variieren stark.<sup>6</sup> Auch das angebotene Fächerspektrum hat sich weiterentwickelt. Anfangs wurden v.a. Ingenieur-, Betriebswissenschaften und Sozialwesen angeboten. Diese Beschränkungen finden sich heute nicht mehr, zumindest über den Sektor hinweg betrachtet.<sup>7</sup> Die Akademisierung von Berufsfeldern wie den Gesundheitsberufen wird vorwiegend von den Fachhochschulen getragen.<sup>8</sup> Die disziplinäre Öffnung hat ein klassisches Unterscheidungsmerkmal zu den Universitäten aufgeweicht, die sich als „universitas litterarum“ traditionell dem Fächerkanon in seiner gesamten Breite verpflichtet fühlen.

Auch das Aufgabenportfolio der Fachhochschulen hat sich erweitert. Zwar steht die Aufgabe der berufs-

1 Braun, Promotionsrecht für Fachhochschulen?, 1994, S. 68 ff.; von Grünberg/Sonntag, 50 Jahre Fachhochschule – über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps, *OdW* 2019, S. 157 ff.; Thiemme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 53 ff.; Lackner, Die Stellung der Fachhochschulen im deutschen Hochschulsystem, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 136; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Rolle der Fachhochschulen im Hochschulsystem (Drs. 10031-10), 2010, S. 25; Pautsch/Dillenburger, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2016, S. 36 ff.; Schreiterer, Einführung: Die Rolle der Fachhochschulen im Wissenschaftssystem, in: Borgwardt (Hrsg.), *Zwischen Forschung und Praxis*, 2016, S. 19 ff.; Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Entwicklung der Fachhochschulen (Drs. 5102/02), 2002, S. 5 ff.

2 Braun (Fn. 1), S. 27ff.

3 von Grünberg/Sonntag (Fn. 1), S. 159 ff.; Schreiterer (Fn. 1), S. 21 ff.; Pautsch, Das Promotionsrecht – ein Privileg der Universitäten?, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 178.

4 Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 131 ff. Zuletzt ist das Wachstum stark auf private Fachhochschulen entfallen, im Folgenden betrachtet werden aber nur die staatlichen Fachhochschulen.

5 Zu diesen und den folgenden Zahlen: *Hochschulrektorenkonferenz*, *Hochschulen in Zahlen 2020*, abrufbar unter [https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-06-Hochschulsystem/Statistik/2020-08-27\\_Statistikfaltblatt\\_Deutsch\\_2020\\_Hochschulen\\_in\\_Zahlen.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-06-Hochschulsystem/Statistik/2020-08-27_Statistikfaltblatt_Deutsch_2020_Hochschulen_in_Zahlen.pdf) [31.5.2020].

6 Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 24 ff.

7 Pautsch (Fn. 3), S. 178; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 37; kritisch: Schreiterer (Fn. 1), S. 27.

8 Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Personalgewinnung und -entwicklung an Fachhochschulen (Drs. 5637-16), 2016, S. 21; Lackner (Fn. 1), S. 153; Ziegele/Roessler/Mordhorst, Hochschultyp im Wandel? Zur zukünftigen Rolle der Fachhochschule im deutschen Hochschulsystem, in: Cai/Lackner (Hrsg.), *Jahrbuch Angewandte Hochschulbildung* 2016, 2019, S. 161.

und praxisbezogenen Ausbildung bis heute im Mittelpunkt. Dies spiegelt sich in der Lehrverpflichtung der Fachhochschulprofessoren\*, die mit 18 Semesterwochenstunden i.d.R. doppelt so hoch ausfällt wie die der Universitätsprofessoren. Überdies wird die Lehre stärker professoral getragen, die Curricularnormwerte liegen höher und die Lerngruppen sind kleiner. Ausweislich der insoweit übereinstimmenden Landeshochschulgesetze gehört heute auch die Forschung zu den Regelaufgaben, zumeist in Form der anwendungsbezogenen Forschung.<sup>9</sup> Forschungstätigkeit gehört heute zu den Dienstaufgaben von Fachhochschulprofessoren. Auf individueller und institutioneller Ebene ist damit auch an Fachhochschulen die Einheit von Forschung und Lehre gegeben, wenn auch in anderer Ausprägung als an Universitäten.<sup>10</sup> Im Ergebnis haben sich in den Landeshochschulgesetzen und im Hochschulrahmengesetz des Bundes die Aufgaben der Hochschultypen angeglichen.<sup>11</sup>

In der Praxis ist der traditionell niedrige Stellenwert der Fachhochschulforschung deshalb gestiegen, i.d.R. mit Fokus auf anwendungsbezogener Forschung.<sup>12</sup> Allerdings schwimmt die Grenze zur universitären Grundlagenforschung zunehmend, in einigen Forschungsbereichen (z.B. der künstlichen Intelligenz) ist sie nicht einmal konzeptionell haltbar. Damit wird eine weitere Demarkationslinie zwischen den Hochschultypen löchrig.<sup>13</sup> In dieser Entwicklung mag man den ursprünglich für Großbritannien beschriebenen *academic drift* erkennen, nach dem sich neue Hochschultypen am Goldstandard der Forschungsuniversität ausrichten. Der vermeintliche „Sog nach oben“, nach dem die Fach-

hochschulen nach „einer materiellen und statusmäßigen Gleichstellung mit den Universitäten“<sup>14</sup> streben, ist immer wieder kritisch kommentiert worden, nicht zuletzt von Fachhochschulvertretern. Signum dieser Entwicklung ist die Namensänderung vieler „Fachhochschulen“ in „Hochschulen für angewandte Wissenschaften“ bzw. „Universities of Applied Sciences“, die in den Hochschulgesetzen der meisten Länder ermöglicht oder vollzogen wurde.<sup>15</sup> Der neue Begriff ist nicht nur Umkettung, sondern gleichermaßen Ausdruck und Vollzug einer substantiell veränderten Vorstellung des Bezeichneten selbst.

Ihre stärkere Forschungsorientierung hat dazu geführt, dass Fachhochschulen zunehmend in den entsprechenden Drittmittel-, Publikations- und Personalmärkten agieren.<sup>16</sup> Ihre Befähigung, in ihrer heutigen Konfiguration dort zu reüssieren, wird allerdings immer wieder bezweifelt. Zu den benannten Problemen zählen die schwierige Rekrutierung von Professoren, der fehlende Mittelbau, die oft untermäßig vorhandene (für Drittmittelanträge aber entscheidende) wissenschafts-akzessorische Struktur, die gering ausgeprägte Forschungskultur, der fehlende Auftrag zur Nachwuchsqualifikation und die unzureichende Grundfinanzierung.<sup>17</sup> Auch die Spannung zwischen professoraler Forschungsaufgabe und Lehrverpflichtung ist vielfach festgestellt worden.<sup>18</sup> Diese Defizite, gepaart mit dem politisch forcierten Einbezug der Fachhochschulen in den wettbewerblich organisierten Forschungsraum, haben Forderungen nach einer Angleichung der Startbedingungen verstärkt.<sup>19</sup>

\* Hier und im Folgenden sind stets Frauen und Männer gemeint, auch wenn im Interesse der besseren Lesbarkeit die männliche Form gewählt ist.

9 Vgl. Meurer, Zugang von FH-/HAW-Absolventinnen und -Absolventen zur Promotion, kooperative Promotion und Promotionsrecht, 2018, S. 52 ff. Hochschulrektorenkonferenz, Handhabung der Kooperativen Promotion - Empfehlung der 18. Mitgliederversammlung (2015), abrufbar unter [https://www.hrk.de/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/Empfehlung\\_Handhabung\\_der\\_Kooperativen\\_Promotion\\_12052015\\_01.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Empfehlung_Handhabung_der_Kooperativen_Promotion_12052015_01.pdf) [12.6.2020], Ziffer II; Waldeyer, Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, NVwZ Heft 20 2010, S. 1280; Waldeyer, Die Professoren der Fachhochschule als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit. Die Neue Hochschule Heft 1 2008, S. 13; Detmer, Das Recht der (Universitäts-)Professoren, in: M. Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn. 66; zum Zusammenhang mit § 1-2 des HRG: Pautsch (Fn. 3), S. 179; zur Historie: von Grünberg/Sonntag (Fn. 1), S. 159 ff.; Schreiterer (Fn. 1), S. 23 ff.; Braun (Fn. 1), S. 144 ff.

10 BVerfGE 126, 1, 46 ff.; Waldeyer 2010 (Fn. 9), S. 1282.

11 BVerfGE 126, 1, 20.

12 Fröhlich/Kortmann, Auf der Suche nach einer zielführenden Lösung, in: DUZ Wissenschaft & Management, Heft 6 2019, S. 22;

Lackner (Fn. 1), S. 154; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 38.

13 Niederdrenk, Zur Rolle der Fachhochschulen im deutschen Hochschulsystem, in: Baden-Württemberg Stiftung (Hrsg.), Gleichartig - aber anderswertig? Zur künftigen Rolle der (Fach-)Hochschulen im deutschen Hochschulsystem, 2013; S. 22; vgl. Waldeyer 2010 (Fn. 9), S. 1281.

14 Schreiterer (Fn. 1), S. 28.

15 Hartmer, Das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses, in: M. Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2016, Rn. 10, mit Verweis auf den entsprechenden KMK-Beschluss; vgl. Ziegele/Rössler/Mordhorst (Fn. 8), S. 160; Lackner (Fn. 1), S. 137; Pautsch/Dillenburger (Fn. 1), S. 38.

16 Speiser, Grenzen des Marktes in der Wissenschaft, in: Merten/Knoll (Hrsg.), Handbuch Wissenschaftsmarketing, 2019, S. 69 ff.

17 Wissenschaftsrat (Fn. 8), S. 24 f.; Schreiterer (Fn. 1), S. 27 f.; von Coelln, Den Doktor nicht mit dem Bade ausschütten (21.3.2019), abrufbar unter [https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/den-doktor-nicht-mit-dem-bade-ausschuetten-promotion-an-fachhochschulen-16099100.html?printPageArticle=true#pageIndex\\_2](https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/den-doktor-nicht-mit-dem-bade-ausschuetten-promotion-an-fachhochschulen-16099100.html?printPageArticle=true#pageIndex_2) [12.8.2020].

18 von Coelln (Fn. 17); Lackner (Fn. 1), S. 150.

19 Deutscher Hochschulverband, Zum Promotionsrecht der Fachhochschulen (Resolution des 64. DHV-Tages v. 25.3.2014), 2014, S. 3.

Ein weiterer, wirkmächtiger Entdifferenzierungsfaktor zwischen Universität und Fachhochschule war die Bologna-Reform.<sup>20</sup> Mit dem gestuften Studiensystem wurde die bis dato gerade nicht gegebene Gleichwertigkeit der Abschlüsse hergestellt. Damit glied sich auch die Studienstruktur an, etwa mit Blick auf Regelstudienzeiten und neuen (mitunter forschungsorientierten) Masterstudiengängen an Fachhochschulen. Das Bolognaziel der berufsbefähigenden Studiengänge kam den Fachhochschulen entgegen, führte auf Seiten der Universitäten zu einer Verberuflichung der Hochschulbildung und sorgte so für weiteren Konvergenzdruck.<sup>21</sup>

Gegenläufig zu den skizzierten Konvergenzen zeigt sich im gesamten Hochschulsystem eine einrichtungsbezogene Differenzierung. Die Hochschulen unterscheiden sich immer weniger voneinander, nicht weil sie einem Einrichtungstyp zugehören, sondern weil sie ein je eigenes institutionelles Profil entwickeln.<sup>22</sup> Dies folgt zum einen aus der wissenschaftsinternen Wettbewerbsorientierung, in der eine klare und möglichst nachgefragte Positionierung die größten Erfolgchancen zu haben scheint. Zum anderen können einzelne Akteure die zunehmend pluralen gesellschaftlichen und politischen Ansprüche, die an sie gerichtet werden, nicht mehr alle erfüllen. Zu den profilbildenden Merkmalen gehören fachspezifische Forschungsleistungen, Lehrkompetenz für bestimmte Zielgruppen und Lehrformate, Kooperation mit Wirtschaft und Gesellschaft, Transferkompetenzen, internationale Netzwerke, regionale Verankerung und die viel zitierte Third Mission. Diese Heterogenität zeigt sich im Fachhochschulsektor besonders eindrücklich an der starken Spreizung der eingeworbenen Drittmittel.<sup>23</sup> Die stärkere Forschungsorientierung der Fachhochschulen bezieht sich deshalb nicht auf alle Einrichtungen gleichermaßen, sondern auf den Sektor insgesamt.

Insgesamt sinkt somit die typologische Stabilität im Hochschulsystem. Zwar hat die Kategorisierung in Universität und Fachhochschule Bestand, erlaubt aber immer weniger treffsichere Aussagen über die zugehörigen Institutionen. Dies hat Diskussionen darüber befeuert,

was Fachhochschulen gegenüber Universitäten auszeichnet und auszeichnen sollte. Die weitgreifenden Debatten, Empfehlungen und Szenarien sollen hier nicht nachgezeichnet werden.<sup>24</sup> Ebenso wenig soll hier beurteilt werden, ob die Entwicklung schließlich zur Einebnung der binären Hochschulstruktur führen wird – einem System ohne „Status- und Rechtsunterschiede mehr auf Ebene der Institutionen“<sup>25</sup> oder einem „dritten Weg...zwischen den beiden kanonischen Typen hochschulpolitischer Orthodoxie“<sup>26</sup>.

Die Frage nach dem Promotionsrecht für Fachhochschulen ergibt sich nahezu zwangsläufig aus dem „rutschenden System“. Wenn Fachhochschulen gesetzlich zur Forschung beauftragt sind, wenn Forschungstätigkeit kein kategoriales Unterscheidungsmerkmal zwischen Universitäten und Fachhochschulen mehr darstellt und wenn die Promotion zentral für das Forschungsgeschehen und die Qualifikation des wissenschaftlichen Nachwuchses ist, dann muss die institutionelle Verortung des Promotionsrechts in den Blick geraten. Dies gilt umso mehr, als sowohl das Verfügen als auch das Nicht-Verfügen über das Promotionsrecht das Selbstverständnis und die Entwicklungsoptionen der Fachhochschulen und damit auch des Wissenschaftssystems als Ganzes prägen.

## II. Drei Fragen zum Promotionsrecht

Zum Promotionsrecht für Fachhochschulen lassen sich drei zentrale Fragen stellen. Erstens lässt sich fragen, ob Fachhochschulen das Promotionsrecht erhalten *sollten*. Diese viel diskutierte Frage ist wissenschaftspolitisch. Ausgegangen wird meist von organisations- und wissenschaftsgeschichtlichen Darstellungen, die dann in normative Aussagen münden. Die vorgebrachten Argumente werden nicht selten von Status-, Positions- und Identitätsüberlegungen unterlegt.<sup>27</sup> Häufig wird ein Systembezug hergestellt. Dazu gehören Argumente, die das Promotionsrecht für Fachhochschulen mit einem Promotionsrecht für außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in Zusammenhang bringen.<sup>28</sup>

20 BVerfGE 126, 1, 23; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1282 f.; *Pautsch/Dillenburger* (Fn. 1), S. 83 ff.; *von Coelln* (Fn. 17); *Meurer* (Fn. 9), S. 6.

21 *von Grünberg/Sonntag* (Fn. 1), S. 161; *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 20; *Schreiterer* (Fn. 1), S. 20.

22 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 18, auch mit Verweis auf neue institutionelle Hochschulformen; *Wissenschaftsrat* 2002 (Fn. 1), S. 7; *Niederrenk* (Fn. 13), S. 12; *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 161.

23 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 26; *Niederrenk* (Fn. 13), S. 14;

24 Vgl. die Darstellungen in *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 29 ff.; *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 162 ff.; *Lackner* (Fn. 1), S. 150 ff.; *von Coelln* (Fn. 17).

25 *Ziegele/Roessler/Mordhorst* (Fn. 8), S. 161.

26 *Schreiterer* (Fn. 1), S. 26.

27 Vgl. den Überblick in *Meurer* (Fn. 9), S. 23 ff.

28 *von Coelln* (Fn. 17); *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 10/14; *Deutscher Hochschulverband* (Fn. 19), S. 1.

Zweitens lässt sich fragen, ob Fachhochschulen das Promotionsrecht haben *dürfen*. Diese Überlegung ist wissenschaftsrechtlicher Natur, weil sie – jenseits der Wünschbarkeit eines solchen Szenarios – nach dessen Zulässigkeit fragt. In Rede stehen dabei verfassungsrechtliche, einfachgesetzliche und untergesetzliche Mindestanforderungen an die Verleihung und Ausübung des Promotionsrechts. Mit Blick auf eine oder mehrere dieser Normen lässt sich prüfen, ob Fachhochschulen die jeweiligen Bedingungen erfüllen. Auch diese Fragestellung ist in den vergangenen Jahrzehnten intensiv diskutiert worden. Wesentliche Aspekte dieses Debattenstrangs werden im Folgenden nachgezeichnet.

Eine zentrale Rolle spielt die Anforderung, dass das Promotionsrecht die Wissenschaftlichkeit der gradverleihenden Institution voraussetzt.<sup>29</sup> Dies lässt sich wie folgt begründen: Notwendige Voraussetzung für das Promotionsrecht ist die Grundrechtsträgerschaft nach Art. 5 Abs. 3 GG. Diese wiederum steht in einer Äquivalenzbeziehung zur Wissenschaftlichkeit des Grundrechtsträgers: Alle und nur diejenigen, die im Sinne der Norm wissenschaftlich tätig sind, kommt ihr Schutz zu.<sup>30</sup> Genau dann wenn die Tätigkeit eines Rechtssubjekts in die Bereiche Forschung und Lehre fällt, wird der Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG aktiviert. Die Norm ist blind gegenüber weiteren persönlichen, institutionellen und typologischen Charakteristika seiner Träger. Würde nichtwissenschaftlichen Einrichtungen das Promotionsrecht zugesprochen, wären sie ipso facto „wissenschaftliche“ Einrichtungen. Dies wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.<sup>31</sup> In ihrer bekannteren Lesart verbietet die Norm die sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlung von Rechtssubjekten, also Gleiches ungleich zu be-

handeln.<sup>32</sup> Zugleich untersagt Art. 3 Abs. 1 GG eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von Personen, also Ungleiches gleich zu behandeln. Dies wäre der Fall, wenn nicht-wissenschaftlichen und wissenschaftlichen Rechtssubjekten gleichermaßen die Grundrechtsträgerschaft des Art. 5 Abs. 3 GG zukäme.

Die Hinweise, die das BVerfG zur Wissenschaftlichkeit von Fachhochschulen gegeben hat, sind deshalb auch für deren Promotionsrechtsfähigkeit bedeutsam gewesen. In zwei frühen Urteilen 1982 und 1983 blieb das Gericht in dieser Frage unentschieden.<sup>33</sup> Die Urteile ließen offen, ob die Tätigkeit von Fachhochschulen und damit von Fachhochschullehrern als wissenschaftlich zu qualifizieren sei. Mit dem Vorenthalten des Prädikats der Wissenschaftlichkeit wurde weder die Grundrechtsträgerschaft nach Art. 5 Abs. 3 GG festgestellt noch die notwendige Bedingung für das Promotionsrecht erfüllt.

Seine agnostisch-reservierte Haltung gab das Gericht knapp 30 Jahre später auf. 2010 legte es ein Urteil vor, das den Fall eines Professors der Hochschule Wismar betraf und zugleich bis heute maßgebliche Grundsatzüberlegungen enthielt.<sup>34</sup> Das Gericht verwies auf die gesetzlich veranlasste Aufgabenannäherung der Hochschultypen. Bisher sei die vornehmliche Aufgabe der Fachhochschulen die Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit gewesen, Forschung habe nur im Rahmen des Ausbildungsauftrags stattgefunden. Nun weise „die Mehrheit der Bundesländer in ihren Hochschulgesetzen den Fachhochschulen [...] Forschung [...] als Aufgabe, teilweise sogar ohne funktionale Bindung an ihren Ausbildungsauftrag, ausdrücklich [zu]“<sup>35</sup>. Dabei sei die an Fachhochschulen durchgeführte anwendungsbezogene Forschung als Forschung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG aufzufas-

29 Pautsch (Fn. 3), S. 176/182; Epping, Zur schleichenden Angleichung der Hochschultypen: Auch ein Promotionsrecht für Fachhochschulen?, in Hanau/Leuze/Löwer/Schiedermaier (Hrsg.), Wissenschaftsrecht im Umbruch - Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, 2001, S. 69; Hufen/Geis, Verfassungsrechtliche Fragen eines Promotionsrechts für Fachhochschulen, in: Becker/Bull/Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 631.

30 Zum Verständnis der Wissenschaftsfreiheit als Jedermann-Grundrecht: BVerfGE 15, 256 (263); 35, 79 (112); 47, 327 (367), 88, 129 (136).

31 Hufen/Geis (Fn. 29), S. 631; Pautsch, Promotionsrecht für Fach-

hochschulen nunmehr verfassungsgemäß? NVwZ Heft 11 2012, S. 676.

32 Vgl. das Homogenitätsgebot: BVerfGE 35, 79 (Ls. 8.a)).

33 BVerfGE 61, 210, 237 ff.; 64, 323, 353 ff.

34 BVerfGE 126, 1.

35 BVerfGE 126, 1, 46.

36 BVerfGE 126, 1, 24; vgl. in diesem Punkt bereits BVerfGE 61, 210, 252; vgl. auch Waldeyer 2008 (Fn. 9), S. 13.

37 Zu den in den Landeshochschulgesetzen normierten Mindesteinstellungsvoraussetzungen für Professoren im Allgemeinen sowie für Fachhochschulprofessoren im Besonderen: Detmer (Fn. 9), S. 39 ff./66.

sen.<sup>36</sup> Damit habe sich der dienstrechtliche Auftrag von Fachhochschullehrern erweitert.<sup>37</sup> Überdies sei die Fachhochschullehre wissenschaftliche Lehre.<sup>38</sup> Fachhochschulen seien deshalb wissenschaftliche Hochschulen und Fachhochschullehrer genuin wissenschaftlich Tätige. Damit sei der Grund entfallen, ihnen den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG zu versagen. Fachhochschullehrer, „denen die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre übertragen worden ist, [können sich] auf die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen“<sup>39</sup>. Damit stellte das Gericht implizit fest, dass die notwendige Bedingung für die Verleihung des Promotionsrechts an Fachhochschulen erfüllt ist. In der Folge wurde das verfassungsrechtliche Argument für die Verwehrung dieses Rechts unbrauchbar.<sup>40</sup> Der bis dato häufig vorgebrachte *modus tollens* kollabierte.

Aus dem Grundgesetz lassen sich keine weiteren spezifischen Voraussetzungen ableiten, die Institutionen mit Promotionsrecht erfüllen müssen. Ein verfassungsrechtlich verankertes Promotionsmonopol für Universitäten oder einen anderen Einrichtungstyp gibt es deshalb nicht.<sup>41</sup> Die Entwicklung dokumentiert das Fehlen einer solchen institutionellen Verkopplung. Wiederholt haben nicht-universitäre Hochschulen das Promotionsrecht erhalten, etwa die Pädagogischen Hochschulen, die Hochschule Kassel oder die Sporthochschule Köln.<sup>42</sup> Weder begrifflich noch faktisch setzt das Promotionsrecht den universitären Status voraus. Umgekehrt gilt das nicht: Alle deutschen Universitäten haben das Pro-

motionsrecht – viele würden sagen: ‘müssen haben’, weil sie den Verlust dieses Merkmals mit dem Wesen der Universität für unvereinbar halten.

In der Literatur werden weitere Voraussetzungen für das Promotionsrecht genannt, die aus anderen Rechtsquellen abgeleitet werden. Dazu gehören das Gewohnheitsrecht bzw. darauf aufsetzende, systematisierende Überlegungen.<sup>43</sup> Diese gewohnheitsrechtlichen Voraussetzungen können aber nur so lange Geltung beanspruchen wie (abweichendes) förmliches Recht gesetzt wird. Zu nennen ist überdies das Hochschulrahmengesetz (HRG), dem seit der Föderalismusreform 2006 aber nur noch eingeschränkte Prägekraft zukommt. Die wenigen im HRG heute noch enthaltenen Regelungen mit Bezug zum Promotionsrecht (v.a. § 1-2) stehen dessen Verleihung an Fachhochschulen jedenfalls nicht im Wege und könnten überdies von den Ländern qua eigenem Legislativakt überrollt werden.<sup>44</sup>

Aus Sicht eines Landesgesetzgebers gibt es seit der BVerfGE 2010 deshalb keine grundlegenden rechtlichen Hürden mehr, seinen Fachhochschulen das Promotionsrecht zu verleihen oder die rechtliche Möglichkeit dafür zu schaffen. Dies hat eine Reihe von Bundesländern auf jeweils unterschiedliche Weise ins Werk gesetzt. Gegenwärtig sind dies Sachsen-Anhalt, Hessen, Baden - Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig - Holstein.<sup>45</sup>

Die Literatur hat sich bisher vor allem mit der skizzierten Frage der Zulässigkeit des Promotionsrechts für Fachhochschulen befasst. Die Frage, ob Fachhochschu-

38 BVerfGE 126, 1, 21; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1280. Eine hier nicht zu vertiefende Frage lautet, wie aktuell der Forschungsbezug der Lehre im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG sein muss. Das BVerfG macht geltend, dass wissenschaftliche Lehre nicht nur in der Kommunikation eigener Forschungsergebnisse bestehen muss. Möglich sei auch, die Forschung in einem Wissenschaftsgebiet „permanent zu verfolgen, zu reflektieren, kritisch zu hinterfragen und für [die] Lehre didaktisch und methodisch zu verarbeiten“ (BVerfGE 126, 1, 23; vgl. BVerfGE 35, 79, 112; vgl. auch *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 11; kritisch gegenüber der Weite dieses Lehrbegriffs: *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 11; *von Coelln*, Artikel 5, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2014 (44. Erg.-Lfg. XI/14), Rn. 42). Diese Bewertungskompetenz muss zwar, so könnte man argumentieren, auf eigener Forschungstätigkeit gründen. Diese kann aber in der Vergangenheit liegen, etwa während der u.U. lange zurückliegenden Promotion. Folgte man dem, wäre wissenschaftliche Lehre auch dann möglich, wenn der Lehrende nicht mehr aktuell forscht (a.A. *Kempfen*, Grundfragen institutionellen Hochschulrechts, in: *M. Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht - ein Handbuch für die Praxis*, 3. Aufl. 2016, Rn. 88). Möglich wären damit auch reine wissenschaftliche Lehranstalten.

39 BVerfGE 126, 1, Ls. 1.

40 Vgl. BVerfGE 126, 1, 21 f.; *Pautsch* (Fn. 3), S. 184; *Pautsch* (Fn. 31), S. 677; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1284.

41 *Epping* (Fn. 29), S. 66; *Starck*, Art. 5, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz - Kommentar*, 6. Aufl. 2010, S. 365; *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 8; *Pautsch* (Fn. 31), S. 676.

42 Auch vor 1949 war der universitäre Status keine rechtliche Voraussetzung für das Promotionsrecht. Davon zeugen die Technischen Hochschulen, denen das Recht 1899 verliehen wurde und die erst in den 1960er Jahren in Technische Universitäten umbenannt wurden (*Braun* (Fn. 1), S. 15; *Pautsch* (Fn. 31), S. 674.).

43 Vgl. die Darstellung solcher Argumente in *Braun* (Fn. 1), S. 116 ff.

44 Vgl. die Einschätzungen von *Epping* (Fn. 29), S. 74 und *Braun* (Fn. 1), S. 179 f., die sich allerdings auf die damalige Rechtslage beziehen.

45 § 18 Abs. 1 HSG LSA; § 4 Abs. 3 Satz 3 HessHG; § 76 Abs. 2 LHG-BW; HG NW § 67b (2)-(4); § 54a HSG SH; zu den frühen Regelungen in Sachsen-Anhalt und Bremen: *Pautsch* (Fn. 31), S. 675; *Kluth*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Promotionsrechts, in: *Dörr/Fink/Hillgruber/Kempfen/Murswiek* (Hrsg.), *Die Macht des Geistes - Festschrift für Hartmut Schiedermaier*, 2001, S. 575 f.; vgl. den Überblick in *Meurer* (Fn. 9), S. 19 ff.; zu den einschlägigen Regelungen im vierten Hochschulrechtsänderungsgesetz in Baden-Württemberg, s. *Deutscher Hochschulverband - Landesverband Baden-Württemberg*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf, abrufbar unter [https://www.hochschulverband.de/fileadmin/redaktion/download/pdf/landesverband/BWUE/Stellungnahme\\_4\\_HRAEG\\_24082020.pdf](https://www.hochschulverband.de/fileadmin/redaktion/download/pdf/landesverband/BWUE/Stellungnahme_4_HRAEG_24082020.pdf), S. 17/20f. [20.9.2020].



len das Promotionsrecht erhalten *müssen*, fand hingegen kaum Aufmerksamkeit. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden. Das Argument, das zu einer bejahenden Antwort führt, lautet wie folgt:<sup>46</sup>

- (1) Fachhochschullehrer sind Grundrechtsträger nach Art. 5 Abs. 3 GG.
- (2) Art. 5 Abs. 3 GG umfasst das Recht auf Promotionsbetreuung.
- (3) Fachhochschullehrer haben das Recht auf Promotionsbetreuung.
- (4) Fachhochschulen müssen das Promotionsrecht haben.

Prämisse (1) wurde wie dargestellt vom BVerfG festgestellt. Die folgende Diskussion widmet sich deshalb dem verbleibenden Argument. Prämisse (2) und Schlussfolgerung (3) werden in Abschnitt III. beleuchtet, Abschnitt IV. widmet sich der Schlussfolgerung (4).

### III. Recht auf Promotionsbetreuung

#### 1. Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG

Unter den Forschungsbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG fallen Tätigkeiten, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen“ sind bzw. die „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“<sup>47</sup>. Nach einem Gedanken von *Rudolf Smend* von 1927 macht das BVerfG überdies die „Eigengesetzlichkeit“ der Wissenschaft geltend.<sup>48</sup> Im Ergebnis wird eine prozessbezogene, inklusive und abstrakte Definition von Forschung vorgelegt, die sich bewusst nicht auf Forschungsformate, Forschungsgegenstände oder wissenschaftstheoretische Positionen festlegt.<sup>49</sup> Ob sich ein Tätigkeitstypus unter diesen Forschungsbegriff subsumieren lässt, muss deshalb immer erst plausibilisiert werden. Ohne Mühe gelingt dies bei der Wahl eines Forschungsgegenstands, der Entwicklung einer Forschungsthese, der Wahl oder

Konzeption einer Methode, der Auswahl wissenschaftlicher Mitarbeiter, der Durchführung des Vorhabens und der Bewertung der Ergebnisse.<sup>50</sup> Vorbereitende, begleitende und unterstützende Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit dem Forschungsprozess stehen, sind ebenfalls erfasst.<sup>51</sup> Auch die Verbreitung der Forschungsergebnisse ist geschützt, etwa die Wahl von Publikationsort und -format.<sup>52</sup>

Beinhaltet Art. 5 Abs. 3 GG auch das Recht des Grundrechtsträgers, Promotionsvorhaben zu betreuen? Dafür sprechen zwei alternative Begründungen. Zum einen hat sich die Forschung in vielen Disziplinen zu einer Gemeinschaftsanstrengung entwickelt. Sie findet in arbeitsteiligen, komplex organisierten und zunehmend interdisziplinären Teams statt. Promovenden nehmen in diesem unhintergehbaren Arbeitsmodus oft eine zentrale Rolle ein. Ihre Projekte umfassen v.a. die Durchführung von Teilprojekten (Messungen, Datenerhebung, Datenauswertung, Literaturrecherche etc.) und die Ergebnisverarbeitung (Texterstellung, Präsentationen, Publikationen etc.). Die Projekte sind jeweils Teil der übergeordneten Forschungsvorhaben und für deren Gelingen notwendig. Aus der Perspektive des Hochschullehrers ist die Bedingung der Möglichkeit, solche größeren Forschungsvorhaben durchzuführen, die gezielte und koordinierte Einbindung von Promovenden. Will er sein Grundrecht auf Forschungsfreiheit auf diese Weise ausüben, muss er deshalb Promotionsarbeiten vergeben und betreuen können. Im Fall von Fachhochschulprofessoren mag man die Situation als verschärft ansehen. Im Gegensatz zu Universitätsprofessoren stehen ihnen kaum Grundmittel und Mitarbeiter für die Forschung zur Verfügung. Wollen sie ihren Forschungsauftrag erfüllen, sind sie auf Drittmittel und auf drittmittelbeschäftigte Promovierende angewiesen.<sup>53</sup>

Zum anderen lässt sich die Betreuung von Promotionsarbeiten als Teil der Forschungstätigkeit ansehen, nicht nur als deren notwendige Voraussetzung. Zur Promotionsbetreuung gehört es, Kandidaten auszuwählen, Themen für deren Dissertationen vorzuschlagen und zu

46 Nicht betrachtet wird hier das Argument, dass Fachhochschulen als juristische Personen selbst Grundrechtsträger sind (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) und deshalb über das Promotionsrecht verfügen müssen. In einem solchen Argument dürfte das Verbot der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG hinsichtlich Universitäten und Fachhochschulen eine Rolle spielen.

47 BVerfGE 35, 79, 112.

48 BVerfGE 35, 79, Ls. 1; vgl. 47, 327, 367.

49 BVerfGE 35, 79, 113; 90, 1, 12 f.; 126, 1, 18.

50 BVerfGE 35, 79, 112 f.; vgl. die Aufzählungen in *Starck* (Fn. 41),

Rn. 361 und *Kempen* (Fn. 38), Rn. 67.

51 *von Coelln* (Fn. 38), Rn. 52; *Starck* (Fn. 41), Rn. 361; *Jarass*, Art. 5, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 15. Aufl. 2018, Rn. 138; *von der Decken*, Art. 5 - VIII. Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 14. Aufl. 2017, Rn. 45.

52 *Hufen*, *Wissenschaft zwischen Freiheit und Kontrolle*, NVwZ 2017, S. 1265; *Jarass* (Fn. 51), Rn. 138.

53 *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 22.

diskutieren, bei der Konzeption der Projekte zu beraten, die Durchführung zu betreuen sowie die mündliche und schriftliche Promotionsleistung zu bewerten. Diese Tätigkeiten lassen sich unter den Forschungsbegriff des BVerfG fassen. Sie sind Teil der organisierten Gemeinschaftsanstrengung, methodisch und systematisch Erkenntnisse zu gewinnen. Ob die Tätigkeiten zum Zentrum oder zur Peripherie des Forschungsbegriffs zählen, bleibt ohne Folgen. Wie dargestellt sind auch Tätigkeiten erfasst, die den Forschungsprozess unterstützen oder begleiten.

Das Recht auf Promotionsbetreuung fällt damit in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>54</sup> Die subjektivrechtliche Dimension des Art. 5 Abs. 3 GG garantiert die autonome Tätigkeit des Grundrechtsträgers im Schutzbereich.<sup>55</sup> Dem Staat und Dritten ist es untersagt, die Betreuung von Promotionsarbeiten zu beeinflussen, zu behindern oder zu untersagen. Zugleich steht es dem Grundrechtsträger frei, sein Recht nicht auszuüben und die Betreuung von Kandidaten mit sachlicher Begründung abzulehnen.<sup>56</sup> Ebenso kann er ein eingegangenes Promotionsverhältnis wieder lösen, etwa wenn die Vertrauensbasis zum Promovenden nicht mehr gegeben ist.<sup>57</sup>

Da Art. 5 Abs. 3 GG auch eine wertentscheidende Grundsatznorm darstellt, hat der an einer staatlichen Einrichtung tätige Grundrechtsträger das „Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen“<sup>58</sup>. Analog zu den aus der Norm erwachsenden Leistungsrechten muss der Staat deshalb die Voraussetzungen herstellen, unter denen das Recht auf Promotionsbetreuung wahrgenommen werden kann. Er hat die organisatorischen, administrativen und finanziellen Verhältnisse zu schaffen, in denen der Grundrechtsträger die geschützten Einzeltätigkeiten tatsächlich ausüben kann. Das Recht darf für den Grundrechtsträger nicht im Formalen verbleiben, es muss eine reale Handlungsoption sein. Zu diesen Voraussetzungen gehört ein strukturell gesicherter Zugang zu Promotionsverfahren. Dem Grundrechts-

träger muss die verfahrensrechtliche Möglichkeit offenstehen, Promovenden in der gebotenen Weise autonom betreuen zu können. Diese Möglichkeit ist unerlässlich, will er sein Grundrecht ausüben. Wie zu sehen sein wird, kann dieser Zugang nicht bedingungs- und kontextlos verfügbar gemacht werden. Gleichwohl muss sich diese Konditionalität auf das notwendige Mindestmaß beschränken. Andernfalls wäre die Grundrechtsausübung in problematischer Weise eingeschränkt.

## 2. Einschränkungen des Schutzbereichs

### a) Dienstpflicht und Aufgabenprofil

Das Recht der Fachhochschullehrer auf Promotionsbetreuung ist aus zwei wesentlichen Gründen begrenzt. Die BVerfG-Entscheidung von 2010 enthielt den Hinweis, dass die Wissenschaftlichkeit einer öffentlich getragenen Einrichtung von einer legislativen Entscheidung über ihren Aufgabenzuschnitt abhängt.<sup>59</sup> Entscheidet der Gesetzgeber, wissenschaftliche Einrichtungen zu schaffen oder bestehenden Einrichtungen Aufgaben in Forschung und Lehre zuzuweisen, genießen diese Einrichtungen den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG. Im Fall der Hochschulen ist die weitgehend freie Aufgabenzuweisung durch den Landesgesetzgeber ausschlaggebend.

Dieses Prinzip reguliert nicht nur die institutionelle, sondern auch die persönliche Grundrechtsträgerschaft. Einschlägig sind die rechtlich verbindlichen Regelungen, die im Rahmen einer Anstellung, der Dienstpflicht eines Beamten oder einer selbständigen Tätigkeit getroffen werden. Sie benennen insbesondere die dienstlich geschuldeten Pflichten des Beschäftigten. Der Beschäftigte geht die Rechtsbindung freiwillig ein, etwa in Form eines Arbeitsvertrags. Regelmäßig korrespondieren die Aufgaben des Beschäftigten mit denen seines Arbeitgebers. Entsprechend sind die gesetzlichen Aufgaben einer Hochschule für die daraufhin orientierten Aufgaben der Beschäftigten relevant.

Im Kontext der dienstlich ausgeübten Wissenschaft sorgt das Prinzip nicht nur dafür, dass eine Grundrechtsträgerschaft vorliegt, sondern auch ob und inwiefern sie

54 Vgl. Hinweise in der Literatur, die aber i.d.R. nicht begründet werden. Nach *Hufen/Geis* gehört das „Promotionsrecht zum Kernbereich wissenschaftlicher Tätigkeit“ *Hufen/Geis* (Fn. 29), S. 631; zitiert von *Pautsch* (Fn. 3), S. 182; vgl. *Kluth* (Fn. 45), S. 577/587. *Hartmer* konstatiert mit Blick auf die Forschungsfreiheit: „Individuell können sich berufene Universitätsprofessoren auf ihr Recht berufen, als Prüfer und „Betreuer“ an Promotionsverfahren teilzunehmen.“ Und später: „[Dem]... Universitätslehrer steht aus Art. 5 Abs. 3 GG... das Recht zu, Doktoranden anzunehmen, zu betreuen und als Prüfer an Promotionsverfahren teilzunehmen“ (*Hartmer* (Fn. 15), Rn. 8/14). *Kempen* sieht „das Erstellen

von Gutachten, die Bewertung der Forschungsleistungen anderer im Rahmen von Promotionen, Habilitationen und Berufungsverfahren“ als erfasst an (*Kempen* (Fn. 38), Rn. 67; vgl. *Starck* (Fn. 41), Rn. 361).

55 BVerfGE 35, 79, 112 ff.; 47, 327, 367.

56 *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 17; *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42.

57 *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 22; zu den Pflichten des Doktorvaters, s. 3.2.

58 BVerfGE 35, 79, Ls. 3.

59 BVerfGE 126, 1, 46; *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 9; *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1282.

eingeschränkt ist. Beispielsweise besteht die Aufgabe einer staatlichen Schule und damit die Dienstaufgabe ihrer Lehrer in der Weitergabe gesicherten Wissens, nicht in forschungsgeleiteter Lehre (vgl. Art. 7 Abs. 1 GG). Unternimmt ein Lehrer diese Form der Lehre, erfüllt er seinen Dienstauftrag nicht in der geschuldeten Weise. Obwohl er also faktisch Wissenschaft betreiben mag, kann er sich nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen.<sup>60</sup> In ähnlicher Weise kann sich ein Universitätslektor, dessen Aufgabe in der Vermittlung von Fremdsprachenkenntnissen besteht, nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Analoge Überlegungen können zu wissenschaftlichen Mitarbeitern und – jenseits der staatlichen getragenen Wissenschaft – zu Unternehmensforschern angestellt werden. In diesen Fällen schränken freiwillige Rechtsbindungen (i.d.R. in Form von Arbeitsverträgen) die Grundrechtsträgerschaft im dienstlichen Rahmen von vornherein ein. Solche partiellen oder vollständigen Schutzbereichsbeschränkungen sind Eingriffen in den Schutzbereich logisch vorgängig und deshalb nicht mit diesen gleichzusetzen. In der Praxis ist Art. 5 Abs. 3 GG deshalb kein binäres Grundrecht, das man vollständig hat oder vollständig nicht hat. Es liegt in Abschattungen vor, die von der Rechtssituation des jeweiligen Grundrechtsträgers abhängen. Die individuelle Konstellation eröffnet und beschränkt zugleich den dienstlich verfügbaren Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG. Geschützt ist nur die Wissenschaft, die beauftragt wurde.

Diese Überlegungen treffen auch auf den Hochschullehrer zu. Ihm können „Rechte aus Art. 5 III *nur* in dem Umfang erwachsen, in dem er kraft Amtes lehrt und forscht“<sup>61</sup> Auch innerhalb seines Dienstauftrags akzeptiert der Hochschullehrer freiwillig Verkürzungen seiner Rechte. Die Lehrverpflichtung beschränkt seine negative Lehrfreiheit.<sup>62</sup> Hinzu tritt die Pflicht, Lehrveranstaltungen in einem bestimmten, allerdings nicht beliebig weitem Gebiet zu übernehmen.<sup>63</sup> Überdies muss ein Hochschullehrer sein Lehrangebot den Vorgaben der jeweiligen Studien- und Prüfungsordnung anpassen.<sup>64</sup>

Die Zugehörigkeit zur Gruppe der Hochschullehrer reicht zur Bestimmung des Schutzbereichs allerdings oft nicht aus. Ausschlaggebend ist das individuelle, verbindlich vereinbarte Aufgabenspektrum. Das BVerfG verwies

mehrfach auf unterschiedliche Zuständigkeiten und Amtspflichten von Hochschullehrern, die nicht nur nicht illegitim, sondern sogar geboten seien.<sup>65</sup> Wird etwa auf eine Lehrprofessur berufen, kann sich der Stelleninhaber nicht umstandslos auf alle Rechte nach Art. 5 Abs. 3 GG berufen, die einem Forschung und Lehre gleichermaßen vertretenden Hochschullehrer zustehen. Er ist dienstlich zu eingeschränkter Forschungstätigkeit angewiesen. Sein Portfolio an forschungsbezogenen Einzelrechten ist deshalb regelmäßig eingeschränkt.

Auch die Rechtheausstattung eines Fachhochschullehrers hängt von den individuell vereinbarten Dienstaufgaben und indirekt vom gesetzlich festgelegten Aufgabenportfolio seiner Hochschule ab.<sup>66</sup> Zu berücksichtigen ist insbesondere die i.d.R. hohe Lehrverpflichtung und der begrenzte Forschungsauftrag.<sup>67</sup> Die Forschungsfreiheit des Fachhochschullehrers und mithin sein Recht auf Promotionsbetreuung sind deshalb regelmäßig eingeschränkt. Er verfügt über dieses Recht nicht in gleichem Umfang wie der Universitätsprofessor. In diesem begrenzten Rahmen bleibt das Grundrecht allerdings ungeschmälert erhalten. Die Beschränkung des Schutzbereichs führt nicht zu dessen vollständigem Verlust.

#### b) Kontextualität von Promotionsverfahren

Der Staat verleiht den Hochschulen durch Rechtsakt das Promotionsrecht, also die Befugnis zur Verleihung des Doktorgrads.<sup>68</sup> Die Zuständigkeit für die Verleihung obliegt den Ländern, die diese in ihren Hochschulgesetzen wahrnehmen.

Die Wahrnehmung des Promotionsrechts kommt den Hochschulen zu. Die darauf anzuwendenden Regelungen sind Gegenstand der akademischen Selbstverwaltung.<sup>69</sup> Entsprechend gestalten die Hochschulen und ihre Fakultäten das Promotionsrecht mit satzungsrechtlichen Regelungen wie den Promotionsordnungen aus und führen Promotionsverfahren gemäß dieser Regelungen durch.<sup>70</sup> Fakultäten und Hochschullehrern kommt die Rolle von Amtswaltern bzw. Organwaltern zu, die das Promotionsverfahren durchführen.<sup>71</sup>

Unabhängig davon, ob Hochschule oder Fakultäten eigentliche Träger des Promotionsrechts sind<sup>72</sup>, ist je-

60 Vgl. *Jarass* (Fn. 51), Rn. 140.

61 BVerwG in DVBl. 1986, 1109, meine Hervorhebung; vgl. *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 10 ff.

62 *Kempen* (Fn. 39), Rn. 96; vgl. BVerfGE 93, 85, 98.

63 Zur Reichweite und Begrenzung dieser Verpflichtung: BVerfGE 125, 1, 25; 126, 1, 26; *Detmer* (Fn. 9), Rn. 174; zur Änderungsmöglichkeit der dienstlichen Aufgaben: *Waldeyer* 2010 (Fn. 9), S. 1283.

64 BVerfGE 126, 1, 56; *Detmer* (Fn. 9), Rn. 173.

65 BVerfGE 88, 129, 139; vgl. 139, 148, 191.

66 *von Coelln* (Fn. 38), Rn. 98.

67 *Niederdrenk* (Fn. 13), S. 22; *Waldeyer* 2008 (Fn. 9), S. 13; vgl. aber die vereinzelt eingerichteten Forschungsprofessuren an Fachhochschulen, etwa seit 2009 in Brandenburg.

68 Zu den Voraussetzungen und Spielarten des Promotionsrechts: *Braun* (Fn. 1), S. 15 ff.; zur Geschichte: *Kluth* (Fn. 45), S. 571 f.

69 BVerfGE 61, 210, 245; 88, 129, 140.

70 *Pautsch* (Fn. 31), 674; *Thieme* (Fn. 1), Rn. 421; *Meurer* (Fn. 9), S. 8.

71 *Kluth* (Fn. 45), S. 573.

denfalls klar, dass der Hochschullehrer es nicht ist. Mit der Wahrnehmung seines Rechts auf Promotionsbetreuung trägt er vielmehr wesentlich zur Wahrnehmung des Promotionsrechts der Hochschule bzw. der Fakultät bei. Umgekehrt kann sein individuelles Recht auch nur so realisiert werden – also innerhalb des organisatorischen und fachlichen Gefüges einer Institution. Die wechselseitige Inanspruchnahme bedingt die Einbindung seines individuellen Rechts in den Regelungsrahmen der Hochschule, zu dem insbesondere die Promotionsordnung zählt. Dort geregelt werden u.a. die Pflichten des Doktorvaters, etwa die fachliche Betreuung und Förderung des Promovenden und die Notwendigkeit, das Lösen einer gegebenen Betreuungszusage ausreichend zu begründen.<sup>73</sup> Eine Verletzung dieser Pflichten kann eine Amtspflichtverpflichtung darstellen. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass mit der Annahme eines Doktoranden durch den Hochschullehrer ein „unvollkommen zweiseitiges öffentlich-rechtliches vertragliches“<sup>74</sup> Rechtsverhältnis etabliert wird.

Für das Promotionsverfahren ist überdies das allgemeine Prüfungsrecht anzuwenden.<sup>75</sup> Dazu zählen die Fairness der Prüfungsbedingungen sowie die Nachvollziehbarkeit und Justiziabilität der Prüfungsergebnisse. Hinzu kommt die Bedingung, dass eine Prüfungsleistung nur von Personen bewertet werden darf, die mindestens die durch die Prüfung festzustellende oder eine gleichwertige Qualifikation besitzen.<sup>76</sup> Ein Promotionsprüfer muss deshalb promoviert sein. Fachhochschullehrer erfüllen diese Bedingung regelmäßig, weil die Promotion zu ihren Einstellungs Voraussetzungen zählt. Aus einer Entscheidung des BVerfG von 1993 lässt sich ein darüber hinaus gehendes Qualifikationserfordernis für Promotionsprüfer ableiten. Das Gericht befand es als zulässig, dass nach anwendungsorientiertem Profil eingestellte Professoren der Gesamthochschule Duisburg nach der einschlägigen Promotionsordnung „besondere

Forschungsleistungen“<sup>77</sup> nachweisen müssen, um an Promotionsverfahren teilnehmen zu können. Die Beurteilung der Promotion setze „eine besondere wissenschaftliche Befähigung voraus“<sup>78</sup>. Bei Professoren mit universitärem Profil werde diese i.d.R. durch die Habilitation nachgewiesen. Professoren mit anwendungsorientiertem Profil könnten hingegen den Nachweis i.d.R. so nicht erbringen, ein anderweitiger Nachweis sei deshalb gerechtfertigt. Die besonderen Forschungsleistungen müssten in Form und Umfang allerdings nicht formal abgeprüft werden oder „habilitationsadäquat“<sup>79</sup> sein. Über die Promotion hinausgehende Veröffentlichungen, Patente und Informationen über aktuelle Forschungsaktivitäten reichten hin. Dies stelle eine „von der Sache her gerechtfertigte Differenzierung“<sup>80</sup> zwischen den Professorengruppen dar. Das BVerfG selbst verblieb im Vagen, ob die Erfordernis der zusätzlichen Forschungsleistungen notwendig oder nur zulässig ist. Aus hiesiger Sicht lässt sich aus dem Argument des Gerichts eine Notwendigkeit ableiten.

Diese und weitere prüfungsrechtliche Anforderungen sind weitgehend in den Hochschulgesetzen und dem einschlägigen Satzungsrecht niedergelegt. Zu berücksichtigen ist überdies, dass die im Promotionsverfahren getroffenen Entscheidungen Verwaltungsakte darstellen, etwa die Zulassung und die Verleihung des Doktorgrads. Anwendung finden deshalb auch die entsprechenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelungen.<sup>81</sup>

Das dargestellte Regelungsgeflecht gestaltet und begrenzt das individuelle Recht auf Promotionsbetreuung. Der Hochschullehrer übt sein Recht innerhalb dieses Rahmens aus, der in der universitären Praxis seit langem etabliert und weitgehend unstrittig ist. Seine kontextuelle Bedingtheit teilt das Recht auf Promotionsbetreuung mit den aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitenden organisationsrechtlichen Teilhaberechten. Das BVerfG hat wiederholt die „Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers

72 Plädoyer für letztere: Kluth (Fn. 45), S. 577; ähnlich Hartmer (Fn. 15), Rn. 14.

73 Hartmer (Fn. 15), Rn. 20; z.B. *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Promotionsordnung vom 2.12.2014 (zuletzt geändert am 7.11.2016), abrufbar unter <https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Universitaet/Rechtsgrundlagen/Pro-mO071116.pdf> [15.7.2020], § 6.

74 Kluth (Fn. 45), S. 578; a.A. Hartmer der ein „öffentlich-rechtliches Verhältnis sui generis“ annimmt: Hartmer (Fn. 15), Rn. 18. Darüber hinaus besteht ab einem bestimmten Zeitpunkt im Promotionsverfahren, der je nach Promotionsordnung unterschiedlich definiert ist, ein Rechtsverhältnis zwischen Promovend und Fakultät.

75 Hartmer (Fn. 15), Rn. 34; vgl. BerlHG, §30 ff.

76 BVerfGE 88, 129, 139 ff.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 20; Epping (Fn. 29), S. 76 ff.; z.B. BerlHG § 32; vgl. HRG § 15 Abs. 4.

77 BVerfGE 88, 129, 139.

78 BVerfGE 88, 129, 140; vgl. Epping (Fn. 29), S. 77 f.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 11; Detmer (Fn. 9), Rn. 184.

79 BVerfGE 88, 129, 141. A.A. Epping und Hartmer, die eine förmlich nachgewiesene wissenschaftliche Qualifikation auf Habilitationsniveau (nicht aber zwingend die Habilitation selbst) für notwendig halten: Epping (Fn. 29), S. 77 f.; Hartmer (Fn. 15), Rn. 11.

80 BVerfGE 88, 129, 141. Damit wies das Gericht zugleich eine Vorstellung des aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitenden Homogenitätsgebots zurück, nach der eine Binnendifferenzierung innerhalb der Hochschullehrergruppe nicht möglich sei (vgl. BVerfGE 54, 363, 387; 57, 70, 92 f.; 88, 129, 137). Vgl. den materiellen Hochschullehrerbegriff des Gerichts: BVerfGE 35, 79, 127; 61, 210, 248 f.; 88, 129, 137.

81 Hartmer (Fn. 15), Rn. 34.

hinsichtlich der Hochschulorganisation betont.<sup>82</sup> Von der Gestalt der Hochschulorganisation hängen aber die konkreten Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten des Hochschullehrers ab. In analoger Weise hängt die individuelle Ausprägung des Rechts auf Promotionsbetreuung von den gesetzlichen und hochschulbinnenrechtlichen Verfahrens- und Organisationsregeln ab. Hier wie dort ist dies nicht als Eingriff in den Schutzbereich zu sehen, sondern als notwendige Bestimmung des Schutzbereichs nach Maßgabe des relevanten Kontextes.

### Zwischenfazit

Das am Ende von Abschnitt II. vorgestellte Argument hat sich bisher als stichhaltig erwiesen:

- (1) Nach der BVerfG-Entscheidung von 2010 sind Fachhochschullehrer regelmäßig zu Forschung und Lehre im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG beauftragt. Sie sind deshalb Träger der Wissenschaftsfreiheit.
- (2) Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG umfasst das Recht auf Promotionsbetreuung. Der Grundrechtsträger hat das Recht, diese Tätigkeit frei von Ingerenzen des Staates oder Dritter auszuüben. Zugleich ist der Staat verpflichtet, die Voraussetzungen für die individuelle Rechteausübung zu schaffen. Dazu gehört ein strukturell gesicherter Zugang der Grundrechtsträger zu Promotionsverfahren.
- (3) Der Fachhochschullehrer verfügt über das Recht auf Promotionsbetreuung. Er hat deshalb grundsätzlich Anspruch auf Zugang zu Promotionsverfahren. Mit Blick auf seinen regelmäßig beschränkten Forschungsauftrag ist sein Recht auf Promotionsbetreuung jedoch begrenzt.

Im folgenden Abschnitt wird die noch verbleibende Schlussfolgerung (4) des Arguments diskutiert, nach der Fachhochschulen das Promotionsrecht haben müssen.

### IV. Promotionsrecht für Fachhochschulen?

Verfügt eine Fachhochschule nicht über das Promotionsrecht und hat ein dort beschäftigter Fachhochschul-

lehrer keinen anderweitigen geregelten Zugang zu Promotionsverfahren, liegt ein Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung vor.

Je nach landes- und satzungsrechtlichen Regelungen mögen zwar noch Ausnahme- und Einzelfallregelungen möglich sein, denen ein Fachhochschullehrer an promotionsberechtigten Hochschulen nachsuchen kann. Diese können jedoch seinen Anspruch auf einen strukturell gesicherten Zugang zu Promotionsverfahren nicht befriedigen.

Lässt sich der Eingriff rechtfertigen? Grundsätzlich ist das denkbar. Art. 5 Abs. 3 GG gilt vorbehaltlos, aber nicht absolut. Die damit verbundenen Rechte und Pflichten können und müssen begrenzt werden, wenn andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang beeinträchtigt werden.<sup>83</sup> Zu beachten sind dabei die bekannten Kautelen, insbesondere die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.

Welche Verfassungsgüter würden nun beeinträchtigt, wenn alle Fachhochschulen über das Promotionsrecht verfügten und damit ihren Hochschullehrern (in der gebotenen begrenzten Weise, s. III. 2.) einen strukturellen Zugang zu Promotionsverfahren eröffneten?<sup>84</sup> Ohne Zweifel würde dies die Statik des Wissenschaftssystems erheblich verändern. Dagegen ließen sich gewichtige Argumente vorbringen. Hingewiesen wurde – um nur eine solche Überlegung zu nennen – auf die Gefahr einer „Nivellierung“ und die daraus folgende Schwächung des gesamten Systems.<sup>85</sup> Um eine solche Konstellation sinnvoll zu organisieren, wären überdies rechtliche Anpassungen nötig. Insbesondere müsste auch den Fachhochschulen die Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses als institutioneller Auftrag übertragen werden. Solche Erwägungen sind allerdings wissenschafts- und rechtspolitischer Natur. Hier in Rede stehen dagegen nur Gefährdungen, die die Konstellation für andere Verfassungsgüter mit sich brächte.

Das Risiko für die Funktionalität des Wissenschaftssystems könnte nun auch als rechtlich erheblich aufgefasst werden. Nach dieser Vorstellung verletzt es die aus Art. 5 Abs. 3 GG abzuleitende staatliche Pflicht, für funktionsfähige Wissenschaftseinrichtungen zu sorgen<sup>86</sup>. Dieses Argument verfängt indes kaum. Zum ei-

82 BVerfGE 88, 203, 262; vgl. BVerfGE 35, 79, 116; 50, 290, 332; 139, 148, 181.

83 BVerfGE 28, 243, 260 f.; 30, 173, 193; 47, 327, 369; 67, 213, 228; 126, 1, 24.

84 Überdies könnte die hier nicht vertiefte Frage gestellt werden, ob in diesem Szenario die Rechte angehender Promovenden besser

geschützt würden. Zur grundrechtsrelevanten Thematik der Zulassung zur Promotion: Kluth (Fn. 45), S. 574 ff.; Thieme (Fn. 1), Rn. 424; Hartmer (Fn. 15), Rn. 17; vgl. z.B. BerHG § 35 (2)-(3).

85 Deutscher Hochschulverband (Fn. 19), S. 2.

86 BVerfGE 35, 79, 114.

nen ist es spekulativ, ob aus dem Szenario eine rechtlich nicht hinnehmbare Systemstörung folgte. Zum anderen träte eine Störung, wenn überhaupt, zunächst dann auf, wenn die gegenwärtigen Systembedingungen grosso modo unverändert blieben, wenn also insbesondere Fachhochschulen und Universitäten unveränderte Ausstattungen und Aufgaben hätten. Ein solches Ceteris-Paribus ist aber verfassungsrechtlich kontingent. Mutmaßlich könnte der einfache Gesetzgeber Architektur und Organisation des Wissenschaftssystems so gestalten, dass dessen Funktionalität auch dann erhalten bliebe, wenn Fachhochschulen das Promotionsrecht hätten. Jedenfalls wäre der Nachweis zu erbringen, dass eine solche Gestaltung gar nicht oder jedenfalls nicht zu vertretbaren Funktionalitätseinbußen möglich ist. Die Erfolgchance eines solchen Nachweises dürfte gering sein.

Im Ergebnis ist zu bezweifeln, dass der Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung erforderlich ist. Dem Staat stehen Handlungsoptionen zur Verfügung, den gegen ihn gerichteten Anspruch des Fachhochschullehrers auf Zugang zu Promotionsverfahren zu erfüllen, ohne dabei andere Verfassungsgüter gefährden.

Die Wahrscheinlichkeit, dass das geschilderte Szenario realisiert wird, ist offenkundig nahe null. In den Blick zu nehmen sind deshalb auch Arrangements, die Fachhochschullehrern Zugang zu Promotionsverfahren eröffnen, ohne Fachhochschulen das Promotionsrecht zu verleihen. Solche kooperativen Promotionsverfahren haben inzwischen alle Bundesländer in jeweils spezifischer Weise eingerichtet. Die Modelle variieren im Detail erheblich<sup>87</sup> und sollen hier nicht im Einzelnen diskutiert werden. Stattdessen werden für die Beurteilung zentrale Merkmale herangezogen, die die überwiegende Mehrzahl der Modelle gemeinsam haben:<sup>88</sup>

- Es wird die rechtliche Möglichkeit eröffnet, Fachhochschullehrer an der Betreuung und Prüfung von Doktoranden zu beteiligen.<sup>89</sup> Der Promovend setzt sein Promotionsvorhaben vorwiegend an einer Fachhochschule um.
- Das Promotionsverfahren wird an einer Universität durchgeführt, die den Doktorgrad verleiht und deren Promotionsordnung maßgeblich ist.
- Eine Kooperationsverpflichtung der Universitäten, ihrer Gremien und Mitglieder gibt es nicht. Das Verfahren setzt deshalb eine entsprechende Kooperationsbereitschaft voraus.

Möchte ein Fachhochschullehrer an einem solchen Verfahren teilnehmen, kann er auf eine Reihe von Problemen stoßen. Zu nennen ist die schwierige Suche nach einem universitären Kooperationspartner, die mit der oft starken Auslastung von Universitätsprofessoren und der mitunter schlechten Passung von Fachhochschul- und universitären Fächern zusammenhängt.<sup>90</sup> Bemängelt wird überdies die fehlende Kooperationsbereitschaft von Universitäten.<sup>91</sup> Hinzu kommen die z.T. nur mögliche Beteiligung von Fachhochschullehrern als Zweitbetreuer<sup>92</sup> und die Tatsache, dass das Prüfungsverfahren rechtlich in der Hand der Universitären liegt<sup>93</sup>. Auch die Probleme, denen Promotionsanwärter mit Fachhochschulabschluss bei ihrer Zulassung begegnen können<sup>94</sup>, wirken auf den Fachhochschullehrer zurück.

Wohl mit diesen Problemen zusammenhängend, ist es bisher nicht gelungen, kooperative Promotionsverfahren in der Fläche zu etablieren.<sup>95</sup> Trotz einer starken relativen Zunahme und politischer Forcierung dieses Promotionsmodells (etwa durch den Bund, Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen) ist die kooperative Promotion absolut betrachtet nach wie vor ein

87 Vgl. die Übersichten in *Meurer* (Fn. 9), S. 8 ff. / 39 ff.; *Hochschulrektorenkonferenz*, Promotionen von Absolventinnen und Absolventen von Fachhochschulen und HAW und Promotionen in kooperativen Promotionsverfahren (1. 5 2019), abrufbar unter [https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-05-Forschung/HRK\\_1\\_2019\\_Kooperative\\_Promotion.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-05-Forschung/HRK_1_2019_Kooperative_Promotion.pdf) [24.7.2020], S. 7 ff. Zu Baden-Württemberg: *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 23 ff. Zu Hessen und Bayern: *Weidner*, Kein einfaches Unterfangen, in: *DUZ Wissenschaft & Management*, Heft 6 2019, S. 12 ff. Zu Nordrhein-Westfalen: *Schuchert*, Kooperative Promotion in NRW – am Wendepunkt, in: *DUZ Wissenschaft & Management*, Heft 6 2019, S. 16 ff.; *von Coelln* (Fn. 17).

88 Vgl. *Hartmer* (Fn. 15), Rn. 11; *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 22; *Schuchert* (Fn. 87), S. 16. Nicht differenziert wird hier u.a. zwischen kooperativen Individualpromotionen, die auf individuellen Absprachen beruhen, und kooperativen Verfahren, die auf Vereinbarungen oder Verträgen zwischen Institutionen beruhen (vgl. *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42 ff.). Zur letztgenannten Kategorie gehören Kooptationen, Assoziierungen, Gastprofes-

suren, Doppelberufungen, kooperative Promotionskollegs und kooperative Promotionsprogramme.

89 Die Landeshochschulgesetze enthalten entweder selbst die Möglichkeit der Beteiligung von Fachhochschullehrern (z.B. BerlHG § 35 (4); vgl. die Übersicht in *Meurer* (Fn. 9), S. 39 ff.) oder verpflichten die Universitäten, eine solche Möglichkeit in ihren Promotionsordnungen vorzusehen (z.B. Art. 64 Abs. 1 Satz 4 BayHschG). Alternativ ist in den Gesetzen die i.d.R. nicht näher ausgeführte Verpflichtung verankert, ein kooperatives Promotionsverfahren vorzusehen (z.B. § 31 Abs. 5 BbgHG).

90 *Wissenschaftsrat* (Fn. 8), S. 42.

91 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 87; *Niederdrenk* (Fn. 13), S. 24.

92 *Hochschulrektorenkonferenz* (Fn. 87), S. 20.

93 *Schuchert* (Fn. 87), S. 20 f.

94 Vgl. *Meurer* (Fn. 9), S. 6 ff.; *Hochschulrektorenkonferenz* (Fn. 87), S. 9 ff.; vgl. Fn. 86.

95 *Wissenschaftsrat* 2010 (Fn. 1), S. 86 ff.; *Fröhlich/Kortmann* (Fn. 12), S. 28.

randständiges Phänomen. Von den zwischen 2015 und 2017 abgeschlossenen Promotionen wurden etwa 0,9 Prozent in kooperativen Verfahren absolviert.<sup>96</sup>

Hier von Interesse ist die Frage, ob die kooperative Promotion im skizzierten Grundmodell dem Fachhochschullehrer einen hinreichenden Zugang zu Promotionsverfahren eröffnet. Kann der Staat damit seiner Pflicht nachkommen, die Voraussetzungen für die Ausübung des individuellen Rechts auf Promotionsbetreuung zu schaffen?

Mit Blick auf diese Frage sind die geschilderten Schwierigkeiten insoweit rechtserheblich als sich in ihnen eine strukturelle Abhängigkeit des Fachhochschullehrers von Gremien und Mitgliedern der Universitäten manifestiert. Zwar führt die kontextuelle Einbindung des Rechts auf Promotionsbetreuung in gewissem Rahmen immer zu Abhängigkeiten des Grundrechtsträgers (s. III. 2. b)). Diese bergen auch für den Universitätsprofessor das Risiko, sein Recht im konkreten Fall nicht ausüben zu können, etwa weil ein Promotionsprojekt im Promotionsausschuss abgelehnt wird. Solche Fälle sind in der Praxis allerdings selten. Vor allem aber kann der Universitätsprofessor ein Promotionsverfahren initiieren, ohne dafür substantiell auf die Mitwirkung Dritter angewiesen zu sein. Sein in diesem Sinne autonomer Zugang zu Promotionsverfahren ist in der Promotionsordnung satzungsrechtlich gesichert.<sup>97</sup> Faktisch liegt es wesentlich bei ihm selbst, ob und in welchem Umfang er sein Recht auf Promotionsbetreuung ausüben möchte. Dieses Initiativrecht ist im Fall des Fachhochschullehrers kupiert. Er ist von vornherein auf die freiwillige Kooperationsbereitschaft eines Universitätsprofessors und/oder universitärer Gremien angewiesen. Nur wenn diese gegeben ist, kann das Verfahren beginnen, das die notwendige Grundlage für die Ausübung seines Rechts darstellt (und das die genannten „Standardrisiken“ birgt). Der Fachhochschullehrer kann deshalb bei der Rechtsausübung aus Gründen scheitern, die nicht auf seiner

Qualifikation, der Qualität des Promotionsprojekts oder Zulassungserfordernissen des Promovenden beruhen. Vielmehr können Gründe vorliegen, die ihm nicht zugeordnet werden können. Dazu zählt die nicht gegebene Kooperationsbereitschaft fachlich geeigneter universitärer Partner, die etwa von deren Zeit- und Ressourcenmangel herrühren mag. Auch während der Durchführung des Promotionsvorhabens und bei der Bewertung der Prüfungsleistungen bleibt der Fachhochschullehrer weit stärker von Dritten abhängig als der Universitätsprofessor, etwa mit Blick auf die rechtliche Verortung des Promotionsverfahrens an der kooperierenden Universität.

Kann diese stärkere Abhängigkeit als jene zusätzliche Schutzbereichsbeschränkung aufgefasst werden, die dem Fachhochschullehrer mit Blick auf seinen i.d.R. begrenzten Forschungsauftrag angemessen ist (s. III. 2. a))? Die Anforderung an den Fachhochschullehrer, universitäre Partner zu finden und für eine Kooperation zu gewinnen, könnte als legitimer Abstrich an seinem Recht auf Promotionsbetreuung interpretiert werden. Der Fachhochschullehrer hätte diese Einschränkung zu akzeptieren, weil er dienstlich nicht in gleichem Maße zur Forschung beauftragt ist wie der Universitätsprofessor und seine Forschungsfreiheit deshalb eingeschränkt ist.

Dieser Ansatz kann prinzipiell überzeugen, an der konkreten Umsetzung bestehen jedoch Zweifel. Erinnerung sei daran, dass nach der BVerfG-Rechtsprechung an der Grundrechtsträgerschaft des Fachhochschullehrers nach Art. 5 Abs. 3 GG *an sich* keine Abstriche zu machen sind (s. II.). Er kann sich uneingeschränkt auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, wenn und insoweit er sein Fach eigenständig in Forschung und Lehre vertritt. Aus den dargelegten Gründen ist seine Forschungsfreiheit aber begrenzt, darunter das Recht auf Promotionsbetreuung. Diese Konstellation – grundsätzlich vollumfängliche Grundrechtsträgerschaft, partiell begrenzter Schutzbereich – signalisiert, *wie* die erforderliche Be-

<sup>96</sup> Hochschulrektorenkonferenz (Fn. 87), S. 17.

<sup>97</sup> Vgl. etwa *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer* (Fn. 73).

grenzung zu verstehen und auszulegen ist. Die zu begrenzenden Rechte sollten nur in eingeschränktem Rahmen zur Verfügung stehen, in diesem Rahmen jedoch ohne Abstriche. Weniger einleuchtend ist ein Verständnis, nach dem die betroffenen Teilrechte nur in jeweils abgeschwächter Ausprägung zugemessen werden, gewissermaßen als Rechte zweiter Klasse. Eine Umfangsminderung der zu begrenzenden Rechte ist plausibler als eine Intensitätsminderung.

Kooperative Promotionsverfahren geraten in Spannung zu dieser Konzeption der adäquaten Schutzbereichsbegrenzung. Sie messen dem Fachhochschullehrer gerade keinen begrenzten, aber vollgültigen Autonomieraum zu, sondern etablieren eine strukturelle Abhängigkeit vor und während des Promotionsverfahrens. Nach diesem Verständnis sind sie als Eingriff in das Recht auf Promotionsbetreuung zu werten. Mit der Einrichtung solcher Verfahren kommt der Landesgesetzgeber nicht ausreichend seiner Pflicht nach, die Voraussetzungen für die individuelle Rechteausübung zu schaffen.

Die Rechtfertigung dieses Eingriffs fällt aus Gründen schwer, die sich aus dem bisher Gesagten ergeben. Wenn sich der Verleihung des Promotionsrechts an *alle* Fachhochschulen keine zwingenden verfassungsrechtlichen Gründe entgegenstellen, wird dies a fortiori für ein anders gestaltetes kooperatives Promotionsverfahren gelten. Es lassen sich institutionelle und organisatorische Bedingungen schaffen, in denen der Fachhochschullehrer in solchen Verfahren sein Recht auf Promotionsbetreuung ausüben kann, ohne dass andere Verfassungsgüter beeinträchtigt werden oder ein unvertretbares Risiko einer solchen Beeinträchtigung in Kauf zu nehmen wäre.

Grundsätzlich sind verschiedene Alternativmodelle kooperativer Promotionsverfahren denkbar, die die genannten Bedingungen erfüllen. Möglich wäre beispielsweise ein landesgesetzlich oder satzungsrechtlich verankertes Anrecht des Fachhochschullehrers auf Beteiligung an universitären Promotionsverfahren, das einen höheren Grad an Verbindlichkeit aufweist als heutige Regelungen.<sup>98</sup> Ein solches Kooperationsanrecht eröffnete dem Fachhochschullehrer den erforderlichen strukturellen Zugang zu Promotionsverfahren, zu dem das skizzierte Initiativrecht gehört, sowie die nötige Unabhängigkeit bei der Betreuung und der Bewertung seiner Promovenden. Die einzufordernde Schutzbereichsbegrenzung ließe sich ggf. realisieren, indem der Fachhochschullehrer nicht im gleichen quantitativen Umfang Zugang zu Promotionsverfahren hätte (z.B. hinsichtlich der Zahl der betreuten Promovenden). Weitere Überlegungen müssten zeigen, in welcher Form solche Ansätze landesgesetzlich und satzungsrechtlich umzusetzen wären.

Guido Speiser ist im Berliner Büro der Max-Planck-Gesellschaft tätig. Der vorliegende Beitrag spiegelt seine Meinung wider, nicht die der Max-Planck-Gesellschaft

98 Vgl. die vom Wissenschaftsrat geforderte „Kooperationspflicht“ der Universitäten (Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 88), die allerdings nicht verfassungsrechtlich begründet wird, sowie die Idee der „Kooperationsplattformen“ (Wissenschaftsrat 2010 (Fn. 1), S. 40); vgl. Wissenschaftsrat (Fn. 8), S. 16). Vgl. ebenso die Forderung nach „diskriminierungsfreie[n] Regelungen [...] für die Betreuungsberechtigung für Fachhochschulprofessorinnen und -professoren“ (Hochschulrektorenkonferenz (Fn. 9), Ziff. III 2.).





# Thomas A. C. Reydon

## Zur Unvergleichbarkeit akademischer Systeme

Übersicht

I. Einleitung

II. Pauschalisierende Darstellungen in der Forschungsliteratur

III. Das deutsche akademische System im Vergleich

IV. Aspekte ausländischer Systeme

V. Fazit

In der Fachliteratur im Bereich Hochschul- und Wissenschaftsforschung, in Universitätsverwaltungen sowie in akademischen Lebensläufen gibt es eine Tendenz, deutsche akademische Funktions-, Amts- und Besoldungsbezeichnungen pauschal auf die anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden. Insbesondere der deutsche Dreisatz W<sub>1</sub>-/W<sub>2</sub>-/W<sub>3</sub>-Professor/in wird dabei oft eins zu eins als *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* übersetzt. Es scheint auch gut zu passen: Beide Systeme haben eine drei-Stufen-Hierarchie und die englischen Bezeichnungen scheinen sowohl für die internationale Darstellung als auch als Kategoriensystem in der Hochschul- und Wissenschaftsforschung gut brauchbar. Dieser Artikel kritisiert diese Abbildungspraxis dahingehend, dass sie sowohl das deutsche als auch ausländische akademische Systeme stark verzerrt repräsentiert und wesentliche Aspekte dieser Systeme ausblendet. Es wird gezeigt, dass die Abbildung des deutschen Dreisatzes auf die anglo-amerikanischen *academic ranks* sowohl als wissenschaftliches Kategoriensystem als auch als Grundlage für informelle Übersetzungen akademischer Positionen ungeeignet ist.

### I. Einleitung

Auf den ersten Blick scheint die Übersetzung des deutschen Dreisatzes W<sub>1</sub>-/W<sub>2</sub>-/W<sub>3</sub>-Professor/in als *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* gut zu passen: Sie scheint sowohl eine praktische Übersetzung deutscher

Funktionsbezeichnungen für die internationale Darstellung von Personen und Institutionen als auch ein gutes Kategoriensystem für die Hochschul- und Wissenschaftsforschung zu liefern. Der Schein trägt allerdings und eine solche pauschale Abbildung deutscher Professorenämter ist aus mehreren Gründen problematisch.

Erstens wird die Vielzahl von nicht-professoralen Funktionen und Ämtern (akademische/r (Ober)rat/rätin, Hochschuldozent/in, Privatdozent/in usw.) bei einer solchen Abbildung oft undifferenziert in die Kategorie „übrige“ (d. h. wissenschaftliche/r Mitarbeiter/in) einsortiert. Zweitens sind ‚W<sub>1</sub>‘, ‚W<sub>2</sub>‘ und ‚W<sub>3</sub>‘ lediglich Bezeichnungen von Besoldungsgruppen in den Besoldungsgesetzen bzw. -ordnungen der Länder und des Bundes, und keine Amts- oder Funktionsbezeichnungen oder gar *academic ranks*. Die gesetzlich geltenden Amtsbezeichnungen sind ‚Juniorprofessor‘ (formal: ‚Professor als Juniorprofessor‘), ‚Professor an einer Fachhochschule‘, ‚Professor an einer Kunsthochschule‘, ‚Universitätsprofessor‘ usw.<sup>1</sup> Zwischen Amt und Besoldungsgruppe besteht dementsprechend ein grundlegender Unterschied, wobei Professor/innen in „Personalunion“ sowohl ein Amt als auch eine Stelle in einer bestimmten Besoldungsgruppe innehaben.<sup>2</sup> Drittens ist der Vergleich wissenschaftlich problematisch, weil er das Forschungssubjekt viel zu stark vereinfacht und verzerrt repräsentiert. Wesentlich für gute Forschung ist der Gebrauch von Kategorien, die das Forschungssubjekt angemessen repräsentieren: Die verwendeten Kategorien sollen die erforschten Phänomene zwar so vereinfacht repräsentieren, dass sie verallgemeinert beschrieben und verstanden werden können, aber nicht so weit vereinfachen, dass wichtige Unterschiede unsichtbar werden. Letzteres ist hier allerdings der Fall.

In diesem Artikel möchte ich den oben genannten zweiten und dritten Punkt vertiefen und dafür plädieren, das deutsche System für sich sprechen zu lassen, statt zu

\* Ich danke Herrn Dr. *Simon Lohse* sowie dem Gutachtergremium von Ordnung der Wissenschaft für hilfreiche Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Artikels.

1 Siehe Bundesbesoldung W (Professorenbesoldungsreformgesetz, Art. 1 § 14, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 11, 22. Februar 2002); Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten (Drs. 4009-14), Dresden: Wissenschaftsrat, 2014, Tabelle 25, S. 148.

2 Juriistisch ist die Sache allerdings noch etwas komplizierter. Siehe dazu weiter unten in Abschnitt III. In den Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Verbesserung von akademischen Karrierewegen ist die Trennung von Amt und Stelle auch deutlich sichtbar. Teil der Empfehlungen ist z. B. die Umwidmung vorhandener Stellen in Professuren (Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 14), was nur bei einer entsprechenden Trennung zwischen „Stellenhülsen“, Besoldungsgruppen und Ämtern möglich ist.

versuchen, es durch eine übervereinfachte und forcierte Abbildung auf ein völlig andersgeartetes System zu übersetzen.

## II. Pauschalisierende Darstellungen in der Forschungsliteratur

Eine kurze Sichtung neuerer Veröffentlichungen in der Hochschul- und Wissenschaftsforschung zeigt, dass ausgerechnet hier manchmal die notwendige Subtilität fehlt und Autor/innen zu Pauschalisierungen neigen, die die tatsächliche Situation schlecht widerspiegeln. Ich gebe hier einige Beispiele um deutlich zu machen, worin die Problematik besteht.<sup>3</sup>

In Beiträgen aus 2015 und 2016 erkennt *Kreckel* die Unterschiede zwischen den verschiedenen Ländern zwar an, aber behauptet, dass „[d]ie Hochschullehrerpositionen am oberen Ende der universitären Laufbahn [...] überall sehr ähnlich strukturiert und deshalb gut vergleichbar“ sind, sodass diese als „archimedischer Punkt“ für die vergleichende Betrachtung verschiedener Systeme dienen können.<sup>4</sup> *Kreckel* behauptet, dass in allen Systemen der Lehrstuhl oder *Chair* an der Spitze der Hierarchie steht. Dem *Chair* dem Rang nach untergeordnet sind die *Senior Lecturer*, *Reader*, *Associate Professor* sowie *W2*-Professuren, so *Kreckel*. In einer ähnlichen Weise behauptet *Drozdownicz*, dass in Deutschland überall die Funktion des Institutsdirektors oder geschäftsführenden Leiters durch eine/n *W3*-Professor/in erfüllt wird und die *W1*- und *W2*-Professuren als Hilfspersonal („so-called *auxiliary academic staff*“) der *W3*-Professur hierarchisch untergeordnet sind.<sup>5</sup> Und *Kehm* behauptet in neueren Arbeiten explizit, dass die deutsche Juniorprofessur mit einer *Assistant Professorship*, die *W2*-Professur mit einer *Associate Professorship* und die *W3*-Professur

mit einer *Full Professorship* und „*chair holder*“ vergleichbar wären. Dabei geht *Kehm* sogar so weit zu behaupten, dass die *W2*-Professur die funktionale Äquivalente der *Associate Professorship* wäre.<sup>6</sup>

Diese Beispiele enthalten mehrere problematische Behauptungen, die ich zunächst nur hervorhebe und dann in den nächsten Abschnitten dieses Aufsatzes weiter vertiefen werde. So ist *Kreckels* Behauptung, dass an der Spitze der Hierarchie überall der Lehrstuhl oder *Chair* steht, faktisch unrichtig. In den USA, z. B., haben die meisten *Full Professors* keinen *Chair* inne und können umgekehrt *Associate Professors* und sogar *Assistant Professors* einen *Chair* innehaben. Und auch in Deutschland haben sehr viele *W3*-Professor/innen keinen Lehrstuhl inne. Darüber hinaus ist die Suggestion, dass es sich beim Unterschied zwischen *W2*- und *W3*-Professuren um eine Rangabstufung handeln würde, problematisch, weil sie sich nicht mit der Tatsache verträgt, dass es an deutschen Universitäten (mit sehr wenigen Ausnahmen) keine Professorenlaufbahn gibt, die in gut definierten Beförderungsschritten von einem niedrigen Rang über Zwischenränge zum höchsten akademischen Rang führen würde. Ein solches Beförderungssystem, in dem Personen auf der Basis von Leistung und Erfahrung zu einer höheren Position bei dem gleichen Arbeitgeber aufsteigen, ist allerdings eine Voraussetzung für die Existenz von Rängen. Ein solcher Aufstieg ist z. B. im US-Amerikanischen System explizit vorgesehen, in Deutschland allerdings fast überall explizit ausgeschlossen.

Weiterhin ist die von *Kehm* behauptete funktionale Äquivalenz nicht gegeben. Wenn *W2*-Professor/innen ihrer Funktion nach mit *Associate Professors* äquivalent sein sollen, ist die Frage, welches System dabei überhaupt als Referenzsystem genommen ist. Es gibt *Assistant*, *Associate* und *Full Professors* in den USA, aber es

3 Weitere Beispiele sind einfach zu finden – siehe z. B.: *K. Janson, H. Schomburg & U. Teichler*, Wissenschaftliche Wege zur Professur oder ins Abseits? Strukturinformationen zu Arbeitsmarkt und Beschäftigung an Hochschulen in Deutschland und den USA, Kassel: Internationales Zentrum für Hochschulforschung Kassel, 2006, S. 24; *E. Berkhout, J. van Leuwen, W. Salverda & K. Tijdens*, Beloning van Wetenschappelijk Personeel in Internationaal Perspectief, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, 2015, S. 4ff.; *M. Lutter & M. Schröder*, Who becomes a tenured professor, and why? Panel data evidence from German sociology, 1980–2013, *Research Policy* 45, 2016, 999–1013; *R. Schürmann*, Zwischen Pluralisierung und Selektion: Die Promotionsphase im Ländervergleich USA, Frankreich, Deutschland, in: S. Metz-Göckel, R. Schürmann, K. Heusgen & P. Selent (Hg.), *Faszination Wissenschaft und passagere Beschäftigung: Eine Untersuchung zum Drop-Out aus der Universität*, Opladen: Verlag Barbara Budrich, 2016, 257–290, S. 279; *W. Ooms, C. Werker & C. Hopp*, Moving up the ladder: Heterogeneity influencing academic careers through research orientation, gender, and mentors, *Studies in Higher*

*Education* 44, 2019, 1268–1289, S. 1270.

4 *R. Kreckel*, Karrieremodelle an Universitäten im internationalen Vergleich *Akademie Aktuell* 03-2015, 2015, 36–40, S. 37–38; *R. Kreckel*, Zur Lage des wissenschaftlichen Nachwuchses an Universitäten: Deutschland im Vergleich mit Frankreich, England, den USA und Österreich, *Beiträge zur Hochschulforschung* 38, 2016, 12–40, S. 18.

5 *Z. Drozdowicz*, *Higher Education Institutions in the Process of Transformation and Modernization: Global and Local Issues*, Zürich: LIT Verlag, 2018, S. 108.

6 *B.M. Kehm*, Entering academia: Realities for new faculty in German higher education, in: M. Yudkevich, P.G. Altbach & L.E. Rumbley (Hg.), *Young Faculty in the Twenty-First Century: International Perspectives*, Albany: State University of New York Press, 2015, 111–139, S. 120; *B.M. Kehm*, Germany: Unpredictable career progression but security at the top, in: M.J. Finkelstein & G.A. Jones (Hg.), *Professorial Pathways: Academic Careers in a Global Perspective*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2019, 21–42, S. 30.

gibt sie auch in Großbritannien, in Australien, in Kanada, in den Niederlanden, in Dänemark, und in vielen anderen Ländern. Und der Dreisatz bezeichnet sehr unterschiedliche Stellenarten in den verschiedenen Systemen, wobei es oft innerhalb eines Systems noch Unterschiede zwischen einzelnen Universitäten gibt. Auch wird nirgends erwähnt, in welchen Aspekten eine Ähnlichkeit zwischen dem Dreisatz W<sub>1</sub>-/W<sub>2</sub>-/W<sub>3</sub>-Professur und dem Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* bestünde und in welchen Aspekten die Ebenen nicht vergleichbar wären. Es bleibt außerdem unklar, worin die angebliche funktionale Äquivalenz zwischen W<sub>2</sub>-Professuren und *Associate Professorships*, von der *Kehm* spricht, bestehen soll. Was ist denn eigentlich die Funktion von deutschen W<sub>2</sub>-Professor/innen im Unterschied zu der Funktion aller W<sub>3</sub>-Professor/innen? Haben denn überhaupt alle W<sub>2</sub>-Professor/innen deutschlandweit die gleiche Funktion und ist diese deutlich von der Funktion von W<sub>3</sub>-Professuren abgetrennt? (Die Antwort ist: nein.) Was ist eigentlich die Funktion aller *Associate Professors* in den USA und wie ist diese von der Funktion aller *Full Professors* abgegrenzt? Gibt es dort überhaupt einen funktionalen Unterschied? (Die Antwort ist wieder: nein.) Und was ist überhaupt die Begründung von *Kehms* Behauptung einer funktionalen Äquivalenz zwischen W<sub>2</sub>-Professuren und *Associate Professors* – wo sind denn die empirischen Belege?

Der niederländische Bericht von *Berkhout et al.* ist ein eklatantes Beispiel solcher pauschalisierenden Aussagen, die das komplizierte deutsche System zu stark vereinfacht und z. T. fehlerhaft darstellen.<sup>7</sup> So behaupten die Autoren fälschlicherweise, dass der normale Karrierepfad die *Beförderung* vom W<sub>1</sub>-Juniorprofessor zum W<sub>2</sub>-Professor beinhaltet.<sup>8</sup> Auch behaupten sie, dass die Amtsbezeichnung auf der W<sub>2</sub>-Stufe ‚außerordentlicher Professor‘ und die auf der W<sub>3</sub>-Stufe ‚ordentlicher Professor‘ ist, obwohl diese Amtsbezeichnungen schon seit der Novellierung des Hochschulrahmengesetzes in 1976 keine rechtliche Bedeutung mehr haben (mit Bayern als

Ausnahme) und sowohl *de jure* als auch *de facto* nicht mehr existieren.<sup>9</sup> Darüber hinaus waren außerordentliche Professuren den ordentlichen Professuren nie akademisch *untergeordnet*. Außerordentliche Professuren waren zwar oft den (von ordentlichen Professor/innen besetzten) Lehrstühlen *zugeordnet*, hatten meist selbst keine Lehrstühle inne (obwohl schon seit den 1930er Jahren vielerorts außerordentliche Lehrstühle eingerichtet wurden, deren Inhaber als Extraordinarius ihren Lehrstuhl innehatten) und hatten korporationsrechtlich etwas weniger Gestaltungsmacht in der Universität als die ordentlichen Professuren. Aber sie standen in akademischer Hinsicht neben den ordentlichen Professuren als Professuren mit dem gleichen akademischen Status. (Die ordentliche Professur hatte zwar *organisatorisch* das Sagen in der Lehrstuhlgruppe oder im Institut, hatte *akademisch* allerdings keinen höheren Rang als die außerordentliche Professur.)

Solchen pauschalen Abbildungen gegenüber stehen Autoren, die anerkennen, dass es keinen hierarchischen oder funktionalen Unterschied zwischen W<sub>2</sub>- und W<sub>3</sub>-Professuren gibt und ‚W<sub>2</sub>‘ und ‚W<sub>3</sub>‘ lediglich Besoldungsgruppen bezeichnen.<sup>10</sup> Manche Autor/innen setzen dabei sowohl die W<sub>2</sub>- als auch die W<sub>3</sub>-Professur mit der *Full Professorship* im anglo-amerikanischen System gleich. Diese Beispiele sind insofern der tatsächlichen Situation besser angemessen als die oben kritisierten Beispiele, als sie den akademischen Status explizit von der Besoldungsgruppe trennen.<sup>11</sup>

In den folgenden Abschnitten werde ich meine Kritik vertiefen, indem ich erst das deutsche System und dann einige ausländische Systeme näher beleuchte.

### III. Das deutsche akademische System im Vergleich

Schon bei einer sehr kurzen Google-Suche nach englischsprachigen Anzeigen für in Deutschland ausgeschriebene Professuren ist eine überraschend große Diversität zu finden.<sup>12</sup> Es gibt Ausschreibungen für *Assis-*

7 *Berkhout et al.* (Fn. 3).

8 *Berkhout et al.* (Fn. 3), S. 5.

9 Dazu: *U. Karpen*, Akademische Grade, Titel, Würden, in: C. Flämig, V. Grellert, O. Kimminich, E.-J. Meusel, H.H. Rupp, D. Scheven, H.J. Schuster & F. Graf Stenbock-Fermor (Hg.): *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Band 1, Berlin: Springer-Verlag, 1982, 854-875, S. 865; *R. Richter*, Studium und Lehre der Wirtschaftswissenschaften: Westdeutschland nach 1945, Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, S. vii; *F. Becker*, Akademisches Personalmanagement, Band 1: Grundlagen des Personalmanagements an Hochschulen, Münster & New York: Waxmann, 2019, S. 114.

10 *O. Hüther & G. Krücken*, Higher Education in Germany – Recent Developments in an International Perspective, Cham: Springer, 2018, S. xii, 196; *A. Göttnner*, Hochschulkarrieren in Deutschland und Skandinavien: Eine qualitative Untersuchung der

Erziehungswissenschaft unter Genderperspektive, Wiesbaden: Springer VS, 2014: 49; *S.A. Alawi, R. Luketina, N. Krezdorn, L.F. Busch, A. Limbourg, L. Branski, P.M. Vogt & A. Jokuszies*, How to become a medical professor – a comparative analysis of academic requirements in Germany and the United States, *Innovative Surgical Sciences* 4, 2019, 108-115, S. 110, 113.

11 Außerdem muss hervorgehoben werden, dass die Besoldungsgruppe W<sub>2</sub> auch für Hochschuldozenturen ohne Professorentitel gilt (*Göttnner*, S. 49) und dementsprechend als solche überhaupt keine akademische Staturebene definieren kann. Auch Forschungsgruppenleiter/innen in Max-Planck-Instituten werden nach W<sub>2</sub> bezahlt ohne eine Professur innezuhaben.

12 Der Kürze wegen werden hier keine Fundstellen der Stellenanzeigen angegeben. Alle erwähnten Anzeigen sind jedoch beim Autor dieses Aufsatzes verfügbar.

*tant Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>1</sub>, *Associate Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>2</sub> sowie *Full Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>3</sub>, welche die hier kritisierte Abbildungspraxis zu bestätigen scheinen. Aber auch Ausschreibungen für *Full Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>2</sub> sowie *Full Professors*, die abhängig von der bisherigen Erfahrung und Leistung in der Besoldungsgruppe W<sub>2</sub> oder W<sub>3</sub> eingestellt werden können, sind in einer großen Anzahl zu finden. Vereinzelt findet man sogar Ausschreibungen für *Associate Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>1</sub> und *Assistant Professors* in der Besoldungsgruppe W<sub>2</sub>. Diese Praxis ist nur verständlich wenn ein deutlicher Unterschied zwischen den *Ämtern* (Juniorprofessor/in, Professor/in an einer Fachhochschule, Universitätsprofessor/in usw.) und den *Planstellen* (der Besoldungsgruppen W<sub>1</sub>, W<sub>2</sub> und W<sub>3</sub>) gemacht wird.

Auffällig ist weiterhin, dass Erfahrung und Leistung in Deutschland nicht immer maßgeblich sind für die Besoldungsstufe (sodass nicht gesagt werden kann, dass W<sub>3</sub>-Professuren generell eine höhere Seniorität haben als W<sub>2</sub>-Professuren). So hat die *Universität Freiburg* 2020 eine *Full Professorship (W<sub>3</sub>) for Epistemology and Theory of Science* ausgeschrieben und dabei spezifiziert, dass „This professorship is particularly suitable for highly qualified early career researchers.“ Eine *Full Professorship* im anglo-amerikanischen Sinne wäre jedoch niemals für Nachwuchswissenschaftler/innen geeignet – eine *Full Professorship* erreicht man in diesem System frühestens *mid-career* und ausschließlich auf der Basis langjähriger Erfahrung sowie Leistungen in Lehre und Forschung. In den USA fängt man meistens unmittelbar nach der Promotion als *Assistant Professor* in einem Laufbahnsystem (dem *tenure track* oder *tenure stream*) an. Nach mehreren Jahren (typischerweise sechs Jahren, manchmal früher) kann man mit einem umfangreichen Dossier aller Lehr-, Forschungs- und Selbstverwaltungstätigkeiten *tenure* beantragen („going up for tenure“), die eine feste Anstellung mit einer Beförderung zum *Associate Professor* beinhaltet. Danach kann man nach einer weiteren Wartezeit von mehreren Jahren den gleichen Prozess noch einmal durchmachen („going up for full“) um zum *Full Professor* befördert zu werden.

Während also W<sub>3</sub>-Professuren in einigen Fällen als Einstiegsprofessuren für Nachwuchswissenschaftler/innen konzipiert sind, ist umgekehrt die Juniorprofessur nicht mit dem *Assistant Professor* vergleichbar. Während im Regelfall die Stelle als *Assistant Professor* unmittelbar nach der Promotion folgt, wird von angehenden Juniorprofessoren oft eine mehrjährige Lehr- und Forschungs-

erfahrung erwartet. So schrieb die *Universität Hamburg* Anfang 2020 eine Juniorprofessur (W<sub>1</sub>) für Infektionsbiologie aus. Im Ausschreibungstext ist zu lesen: „Von den Bewerberinnen und Bewerbern werden internationale wissenschaftliche Erfahrungen sowie Erfahrungen in der Einwerbung und Durchführung von Drittmittelprojekten erwartet.“ Die *Universität Magdeburg* schrieb Anfang 2020 eine Juniorprofessur (W<sub>1</sub>) für Entzündung und Immunmetabolismus aus und spezifizierte im Ausschreibungstext, dass „der Abschluss der Promotion [...] nicht länger als 5 Jahre und nicht weniger als 2 Jahre zurückliegen“ solle. Auch wird spezifiziert: „Der/Die erfolgreiche Bewerber/-in sollte exzellente Publikationen im Forschungsfeld vorweisen und bereits erfolgreich kompetitive Fördermittel eingeworben haben. Er/Sie sollte mindestens 2 Jahre Postdoktorandenerfahrung in einem internationalen bzw. kompetitiven nationalen Labor vorweisen können“. Und die *Universität Trier* spezifizierte Anfang 2020 in einer Ausschreibung einer Juniorprofessur (W<sub>1</sub>) für allgemeine und angewandte Phonetik: „Über den durch die Dissertation gesetzten Schwerpunkt hinaus muss die Beschäftigung mit einem weiteren Bereich der angewandten Phonetik wie beispielsweise Soziophonetik oder kontrastive Phonetik z.B. durch Publikationen, Projekte oder Projektanträge nachgewiesen werden.“ In allen drei Fällen werden Erfahrungen und Leistungen erwartet, die deutlich über die einer Promotion hinausgehen und eine mehrjährige Tätigkeit auf einer Postdoktorandenstelle erfordern.

Der Logik der hier kritisierten Abbildungspraxis folgend, müsste der Status des *Associate Professors* mit dem Status des Privatdozenten sowie dem Status des erfolgreich zwischenevaluierten Juniorprofessors übereinstimmen. Der Schritt vom *Assistant* zum *Associate Professor* beinhaltet ja eine Evaluation, die feststellen soll, ob man „das Zeug zum Professor“ hat. Aber wenn die Juniorprofessur pre-Evaluation nicht mit dem *Assistant Professor* vergleichbar ist, kann die Juniorprofessur post-Evaluation auch nicht mit dem *Associate Professor* verglichen werden. Außerdem erhalten erfolgreich zwischenevaluierte Juniorprofessoren/innen in den meisten Fällen keine feste Stelle – dies im Gegensatz zu *Associate Professors*.

*Tenure track*-Systeme sind leider in Deutschland noch immer die Ausnahme und dort wo es sie gibt, folgen sie meistens nicht einem linearen Beförderungspfad W<sub>1</sub>-W<sub>2</sub>-W<sub>3</sub>. Wenn Juniorprofessuren mit *tenure track* ausgeschrieben werden, erfolgt das *tenure* manchmal auf eine W<sub>2</sub>-Professur, manchmal auch auf eine W<sub>3</sub>-Professur. Und wenn das *tenure* auf eine W<sub>2</sub>-Professur erfolgt,

gibt es danach grundsätzlich keinen weiteren Beförderungsschritt auf einer W<sub>3</sub>-Professur mehr: Der Schritt zu einer W<sub>3</sub>-Professur muss im Regelfall über den Weg der Wegbewerbung und Bleibeverhandlungen erlangt werden, sodass die Erlangung einer W<sub>3</sub>-Professur nicht nur von der persönlichen Erfahrung und Leistung abhängig ist (wie dies im anglo-amerikanischen System explizit der Fall ist) sondern auch von der zufälligen Lage auf dem akademischen Arbeitsmarkt. Wissenschaftler/innen in Fächern, in denen sehr wenig W<sub>3</sub>-Professuren ausgeschrieben werden, haben dadurch oft einen systematischen Karriere nachteil im Vergleich zu Wissenschaftler/innen in Fächern mit vielen verfügbaren W<sub>3</sub>-Professuren.

Vorreiterin bei der Einrichtung eines *tenure track*-Systems ist in Deutschland die *TU München*. Das dort eingeführte Modell umfasst – genau wie das anglo-amerikanische Vorbild – den Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* und sieht nach sechs Jahren eine leistungs-basierte Beförderung von der *Assistant Professorship* auf eine *Associate Professorship* vor, die nach weiteren sechs Jahren bei ausreichender Leistung zu einer Beförderung zum *Full Professor* führen kann.<sup>13</sup> Dabei gilt ein „*up or out*“-Modell: Bei ausreichender Leistung wird man befördert, bei nicht ausreichender Leistung muss man gehen. Die *TU München* selbst spricht von „einem gestuften leistungskontrollierten Karrieresystem“, in dem allerdings *Assistant Professors* in die Besoldungsgruppe W<sub>2</sub> und die *Associate* und *Full Professors* beide in die Besoldungsgruppe W<sub>3</sub> eingestuft werden.<sup>14</sup>

Das „Potsdamer Modell“ implementiert den Dreisatz W<sub>1</sub>-W<sub>2</sub>-W<sub>3</sub> auch als eine gestufte Laufbahn.<sup>15</sup> Dabei gilt ein „*up or out*“-Modell für die Evaluation und ggf. Beförderung vom W<sub>1</sub>-Professor zum W<sub>2</sub>-Professor, aber nicht für den Schritt vom W<sub>2</sub>-Professor zum W<sub>3</sub>-Professor.<sup>16</sup> Für den Kontext dieses Aufsatzes ist die folgende Anmerkung zum Potsdamer Modell interessant:

„Für den Wechsel von W<sub>2</sub> nach W<sub>3</sub> ohne externen Ruf ist eine Änderung des brandenburgischen Hochschulgesetzes notwendig. Eine entsprechende Änderung wurde beantragt, stößt bei der Landesverwaltung aber auf

grundsätzliche Bedenken, weil die Professur nicht als Laufbahnamt angesehen wird. Bis zur gewünschten Neu-regelung planen wir das Modell über eine Hilfskonstruktion umzusetzen, in der die W<sub>2</sub>-Phase ersetzt wird durch eine Phase, in der der Stelleninhaber eine W<sub>3</sub>-Stelle erhält, die nach W<sub>3</sub>-Basisgehalt ohne Zulagen besoldet ist und sich in ihrer Personal- und Sachausstattung an einer W<sub>2</sub>-Stelle orientiert.“<sup>17</sup>

Diese Anmerkung zeigt besonders deutlich, dass die deutsche Professur im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Professorship explizit *nicht* als Laufbahnamt konzipiert ist. Dementsprechend können Bezeichnungen wie ‚Juniorprofessor‘, ‚Universitätsprofessor‘, ‚W<sub>2</sub>-Professor‘ usw. im allgemeinen *nicht* als akademische Ränge oder Dienstgrade aufgefasst werden. Ränge bzw. Dienstgrade setzen ein Karrieresystem voraus, das Beförderungen zu höheren Rängen/Dienstgraden auf der Basis von klar definierten Leistungen oder Erfahrung vorsieht. Nur die in Deutschland bereits etablierten *tenure track*-Systeme sind solche Karrieresysteme. Außerdem zeigt die im Zitat genannte „Hilfskonstruktion“, dass Karriere-stufe und Planstelle/Besoldungsgruppe nicht notwendigerweise zusammengehen: behelfsmäßig kann eine „nackte“ W<sub>3</sub>-Stelle als W<sub>2</sub>-Stelle hinhalten.

Der Wissenschaftsrat hat 2014 Empfehlungen veröffentlicht, in denen die breite Einführung eines „echten“ *tenure track*-Systems in Deutschland (im Unterschied zu lediglich Ausnahmen vom Hausberufungsverbot) empfohlen wird.<sup>18</sup> Auch in diesen Empfehlungen ist eine deutliche Trennung zwischen akademischem Status und Besoldungsstufe sichtbar. Der Wissenschaftsrat empfiehlt ein vierstufiges Karrieresystem bestehend aus einer Promotionsphase, einer Postdoc-Phase, einer Phase der befristeten *tenure-track* Professur (vergütet nach W<sub>1</sub> oder W<sub>2</sub>) und letztlich einer Phase der unbefristeten Professur (vergütet nach W<sub>2</sub> oder W<sub>3</sub>).<sup>19</sup> Die Vergütungsstufen sind dabei innerhalb der Karrierestufen nicht mit Unterschieden in Ämtern oder Funktionen verbunden, sondern mit „bereits erbrachten wissenschaftlichen Leistungen, Nachfrage und Standort“.<sup>20</sup> Die/der Inhaber/in einer befristeten Professur auf der

13 TUM Berufungs- und Karrieresystem – Statut zum Qualitätsmanagement, München: Technische Universität München, 2012; W.A. Herrmann, *Tenure track: The royal road to professorship?*, *Angewandte Chemie* 52, 2013, 4700-4701; D. Hrzán, *Under construction?! – Akademische Personalentwicklung als Bestandteil aktiver Personalpolitik an Hochschulen*, in: A. Keller, D. Pöschl & A. Schütz (Hg.): *Baustelle Hochschule: Attraktive Karrierewege und Beschäftigungsbedingungen gestalten*, Bielefeld: W. Bertelsmann Verlag, 2013, 69-82; K. Zimmermann, *Blick über den Tellerrand: Karrierewege in der Wissenschaft im internationalen Vergleich*, in: A. Keller, D. Pöschl & A. Schütz (Hg.): *Baustelle Hochschule: Attraktive Karrierewege und Beschäftigungsbedingungen*

gestalten, Bielefeld: W. Bertelsmann Verlag, 2013, 39-52, S. 44; Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 115.

14 TUM Berufungs- und Karrieresystem (Fn. 13), S. 5.

15 O. Günther & R. Seckler, *Tenure-Track nachhaltig – Das Potsdamer Modell*, *Forschung & Lehre* 2/2014, 114-115

16 Bei einer negativen Evaluation bleibt die Person auf der W<sub>2</sub>-Lebenszeitstelle.

17 Günther & Seckler (Fn. 15), S. 115, Hervorhebung hinzugefügt.

18 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 14.

19 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 10-14, 18, 49.

20 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 12.

dritten Stufe der Karriereleiter kann also je nach persönlicher Leistung, Situation auf dem Arbeitsmarkt im betreffenden Fach und Situation am Standort in eine niedrigere oder auch höhere Besoldungsgruppe eingestuft werden, und das Gleiche gilt für die/der Inhaber/in einer Lebenszeitprofessur auf der vierten Stufe der Karriereleiter. Die Besoldungsstufe definiert dabei weder eine Karrierestufe noch ein Amt oder eine Funktion.

Außerdem wird die vierstufige Leiter explizit als Karriereweg zur – undifferenzierten – Lebenszeitprofessur verstanden. Die vier Stufen entsprechen dabei den durch die EU definierten *research career stages*, wobei die Phase der befristeten *tenure-track* Professur („Bewährungsphase“) der *career stage* R3 („*established researcher*“) und die Phase der unbefristeten Professur der *career stage* R4 („*leading researcher*“) entsprechen.<sup>21</sup> Weil die Besoldungsgruppe W2 sowohl für die dritte als die vierte Stufe gelten kann, kann sie keine Stufe definieren (es kann W2-Professor/innen geben, die sich noch formell bewähren müssen, und solche, die sich bereits bewährt haben und in die vierte Stufe einzuordnen sind). Nebenbei bemerkt würde der Vorschlag des Wissenschaftsrats den derzeit noch existierenden Umstand ändern, dass sich der akademische Status von Juniorprofessor/innen durch die Zwischenevaluation (in der die Bewährung als Hochschullehrer/in formell festgestellt wird) in den meisten Fällen nicht ändert: Man bleibt Juniorprofessor/in und erfüllt lediglich die Voraussetzungen für die Berufung auf eine Lebenszeitprofessur.

Festzuhalten ist, dass W1, W2 und W3 gesetzlich festgelegte *Besoldungsstufen* für verbeamtete Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sind – nicht mehr und nicht weniger. Sie werden in keinen Gesetzestexten oder Ordnungen als akademische Ränge bzw. Dienstgrade, Ämter, Titel o. ä. benannt und sind in dieser Hinsicht schlichtweg nicht auf anglo-amerikanische *academic ranks* abbildbar.

Juristisch ist die Lage allerdings etwas komplizierter. Erstens sind die akademischen Titel von sowohl den

Ämtern als auch den Planstellen zu unterscheiden: Nach der Rufannahme folgen z. B. die beurkundete Ernennung zum/zur Universitätsprofessor/in, die Verleihung des Titels ‚Professor/in‘ (die nicht separat beurkundet wird, aber separat im jeweils geltenden Hochschulgesetz festgelegt ist; die Führung des Titels ist oft unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Ausscheiden aus dem Amt noch erlaubt) sowie die Einweisung in eine Planstelle einer bestimmten Besoldungsgruppe. Dabei ist der Unterschied zwischen dem Professorenamt im korporationsrechtlichen Sinn, im statusrechtlichen Sinn und im funktionellen Sinn relevant.<sup>22</sup>

Korporationsrechtlich gibt es seit 1976 nur einen *einheitlichen Professorenbegriff*, d. h., als Mitglieder ihrer Fakultät und ihrer Hochschule haben alle Professor/innen den gleichen akademischen Status.<sup>23</sup> Statusrechtlich (d. h. dienstrechtlich) gibt es rein formal eine Differenzierung zwischen W1-, W2- und W3-Professuren, da dienstrechtlich ein Amt „nach allgemeinem Beamtenrecht durch die Zugehörigkeit zu einer Laufbahngruppe, das Endgrundgehalt und die Amtsbezeichnung bestimmt [wird]. Dabei kann ein Amt unter einer Amtsbezeichnung mehreren Besoldungsgruppen zugeordnet sein.“<sup>24</sup> Da die Laufbahngruppe für alle Professor/innen die gleiche ist (die Laufbahngruppe ist der höhere Dienst), ergeben sich die Ämter aus den möglichen Kombinationen der Amtsbezeichnungen („Professor als Juniorprofessor“, „Universitätsprofessor“, „Professor an einer Fachhochschule“ usw.) mit den Besoldungsgruppen. Rein dienstrechtlich gibt es dementsprechend einen Unterschied zwischen W2-Universitätsprofessuren und W3-Universitätsprofessuren (und auch zwischen W2-Universitätsprofessuren und W2-Professuren an einer Fachhochschule, usw.), der sich manchmal in einem unterschiedlichen Recht auf eine bestimmte Anzahl von Mitarbeiterstellen und eine bestimmte Bürogröße manifestiert.

Allerdings ist diese Differenzierung *nicht* akademisch relevant, da sie nicht mit einem Unterschied in

21 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 60; für die *research career stages*, siehe European Commission (DG for Research & Innovation), Towards a European Framework for Research Careers, 21. Juli 2011, Brüssel: Europäische Kommission; Webseite des Mobility Patterns and Career Paths of EU Researchers-Projekts, <https://www.more3.eu/indicator-tool/career-stages-r1-to-r4> (Aufgerufen am 09.07.2020).

22 D. Scheven, Die Ausgestaltung des Rechts der Professoren, in: C. Flämig, V. Grellert, O. Kimminich, E.-J. Meusel, H.H. Rupp, D. Scheven, H.J. Schuster & F. Graf Stenbock-Fermor (Hg.):

Handbuch des Wissenschaftsrechts, Band 1, Berlin: Springer-Verlag, 1982, 423-452; H. Detmer, Das Recht der (Universitäts-) Professoren, in: H. Detmer & M. Hartmer (Hg.): Hochschulrecht: Ein Handbuch für die Praxis (3. Auflage), Heidelberg: C.F. Müller, 2017, 139-240, S. 217-218.

23 Scheven (Fn. 22), S. 427; Karpen (Fn. 9), S. 866.

24 Scheven (Fn. 22), S. 428.

akademischer Qualifikation, akademischer Funktion, akademischen Rechten oder akademischen Pflichten verbunden ist. Wie *Scheven* schreibt:

„Nach der Regelung des HRG ist eine dienstrechtliche Differenzierung der Professoren aufgrund der statusrechtlichen Stellung mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht mehr vereinbar, denn *die Professoren erfüllen gleiche Einstellungs Voraussetzungen und nehmen gleiche Aufgaben wahr*. [...] Soweit solche Differenzierungen auf anderen Rechtsgebieten noch bestehen [...] werden sie aufgrund des Professorenrechts des HRG aufgehoben werden müssen. Damit ist das Professorenrecht [...] unbeschadet funktioneller Differenzierungen nach den Hochschulaufgaben im statusrechtlichen Sinne einheitlich.“<sup>25</sup>

Obwohl *Scheven* diese Sätze bereits lang vor der Einführung der W-Besoldung und der Juniorprofessur schrieb, gilt der Gleichheitsgrundsatz nach wie vor: Weil alle Professor/innen die gleiche Qualifikation vorweisen müssen und die gleichen Aufgaben zu erfüllen haben, müssen sie auch alle den gleichen akademischen Status besitzen.

Hervorgehoben werden muss erstens, dass mit den funktionellen Differenzierungen in *Schevens* Zitat explizit *nicht* einen Unterschied zwischen einer allgemeinen Funktion von W2-Professuren und einer allgemeinen Funktion von W3-Professuren gemeint wird. Ein solcher Unterschied existiert nach dem Gleichheitsgrundsatz ja nicht: Beide haben *als Professuren* die gleiche Funktion. Gemeint sind vielmehr Unterschiede in den Aufgaben „vor Ort“ zwischen sog. abstrakt-funktionellen Ämtern (z. B.: Professor an der Universität X, Professor an der Kunsthochschule Y usw.) und konkret-funktionalen Ämtern (z. B.: Professor für theoretische Philosophie an der Universität X, Professor für Festkörperphysik an der Universität Y usw.).<sup>26</sup> Hier geht es also um konkrete Rollen an bestimmten Institutionen, die funktional sehr unterschiedlich sein können, und nicht um generelle funktionale Unterschiede, die zwischen W2-Professuren und W3-Professuren bestehen würden.<sup>27</sup>

Zweitens muss der Qualifikationsaspekt hervorgehoben werden. *Scheven* weist darauf hin, dass alle Profes-

sor/innen die gleichen Einstellungs Voraussetzungen erfüllen – d. h. die gleiche Qualifikation vorweisen – müssen. Dies ist im Einklang mit dem im Grundgesetz festgelegten Leistungsprinzip. Für Universitätsprofessuren gelten unabhängig von der Besoldungsstufe die gleichen Voraussetzungen bezüglich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sodass die Besoldungsstufen nicht generell Unterschiede in der Leistung zum Ausdruck bringen können.<sup>28</sup> Umgekehrt gelten für W2-Professuren an einer Fachhochschule und für W2-Universitätsprofessuren unterschiedliche Voraussetzungen (FH-Professuren setzen Erfahrungen in der Berufspraxis voraus), sodass auch hier die Besoldungsstufe nicht die fachliche Leistung abbildet. Diesbezüglich besteht auch ein deutlicher Unterschied mit dem anglo-amerikanischen System, in dem beide Beförderungsschritte (vom *Assistant Professur* zum *Associate Professor* zum *Full Professor*) auf eine Leistungsbeurteilung beruhen. Sowohl für die Beförderung vom *Assistant Professur* zum *Associate Professor* als auch für die Beförderung zum *Full Professor* müssen wissenschaftliche Leistungen in einem Umfang und einer Qualität erbracht sein, die eine bestimmte Seniorität (und damit einen akademischen Status) begründen. Eine solche Leistungsbeurteilung findet im deutschen System jedoch nur einmal statt, nämlich bei der Zwischenevaluation der Juniorprofessur, der Habilitation (verbunden mit der Ernennung zum Privatdozenten oder der Verleihung des Titels ‚*Dr. habil.*‘) oder der Erstberufung auf eine Professur (unter der Voraussetzung der Habilitation oder habilitationsäquivalenter Leistungen). In allen drei Fällen geht es um die Feststellung, dass ein/e Kandidat/in wissenschaftliche Leistungen in einem Umfang und einer Qualität erbracht hat, die einer bestimmten fachlichen Seniorität (nämlich der Seniorität der Professur) entsprechen. Weil es im deutschen System nur einen solchen Qualifikationsschritt gibt, der gleichermaßen für W2- und W3-Professuren qualifiziert, kann ein entsprechender Status- oder Senioritätsunterschied zwischen W2- und W3-Professuren auch nicht begründet werden. Die deutschen Besoldungsstufen sind dementsprechend für den internationalen Vergleich ohne Relevanz.

25 *Scheven* (Fn. 22), S. 428; Kursivsetzung eingefügt.

26 *Scheven* (Fn. 22), S. 429; *Karpen* (Fn. 9), S. 863-864.

27 Dieser kurze juristische Exkurs zeigt, dass Kehms in Abschnitt II erwähnte Pauschalbehauptung, dass W2-Professuren mit *Associate Professurships* funktional äquivalent seien, nicht mit der Rechtslage übereinstimmt und völlig fehlgeleitet ist. Wenn es um Professorenämter geht, ist der funktionale Unterschied vielmehr mit den Ämtern ‚Professor als Juniorprofessor‘, ‚Universitätsprofessor‘, ‚Professor an einer Fachhochschule‘ usw. verbunden. So gibt z. B. es keinen funktionalen Unterschied zwischen einer nach

W2 vergüteten Universitätsprofessur und einer nach W3 vergüteten Universitätsprofessur, aber wohl zwischen einer nach W2 vergüteten Professur an einer Fachhochschule und einer nach W2 vergüteten Universitätsprofessur. Das Amt, nicht die Vergütung, macht den Unterschied.

28 Art. 33 Abs. 2 GG. Persönliche Leistungen können dementsprechend auch nicht durch eine *ad hoc* Beförderung von einer W2-Professur zu einer W3-Professur honoriert werden, aber werden durch Leistungszulagen honoriert.



Mit Hinblick auf eine Abbildung der deutschen Situation auf die drei anglo-amerikanischen *academic ranks* müsste außerdem zuerst bestimmt werden, was es abzubilden gilt: das eine, einheitliche Professorenamt; die drei Besoldungsgruppen (die selbst keine Ämter sind), die Ämter, die sich aus den möglichen Kombinationen der Amtsbezeichnungen mit den Besoldungsgruppen ergeben (auf jeden Fall mehr als drei); die (sehr vielen) abstrakt-funktionelle Ämter; oder die (auch sehr vielen) konkret-funktionelle Ämter. Ein Argument für eine bestimmte Wahl fehlt bislang.

Erwähnt werden muss, dass für statistische Zwecke manchmal ein hierarchischer Unterschied zwischen W<sub>2</sub>- und W<sub>3</sub>-Professuren auf Basis von Seniorität gemacht wird. Die von der Europäischen Kommission jährlich herausgegebenen *She Figures*-Berichte zur Genderverteilung in akademischen Funktionen sind ein einschlägiges Beispiel. Dabei wird eine vierstufige Einteilung von Funktionen verwendet. Die höchste Stufe (*grade A*) ist definiert als die höchste Position oder Stelle, in der Forschung betrieben wird, und die zweithöchste Stufe (*grade B*) als die Gruppe der Forschenden in Positionen mit weniger Seniorität als die höchste Position (A), aber mit höherer Seniorität als neu promovierte Forschende.<sup>29</sup> Während *grade A* für Deutschland lediglich die W<sub>3</sub>- und C<sub>4</sub>-Professuren umfasst, ist *grade B* ein Sammelbecken für alle Stellenarten zwischen der ersten Stelle unmittelbar nach der Promotion (*grade C*) und der Position mit der höchsten Seniorität. Allerdings lässt sich diese Einteilung dahingehend kritisieren, dass mangels einer „Karriereleiter“, die einen Aufstieg durch Erfahrung von der W<sub>2</sub>-Ebene auf die W<sub>3</sub>-Ebene ermöglichen würde, einen Senioritätsunterschied zwischen den Ebenen nicht sinnvoll gemacht werden kann. Außerdem sind die Besoldungskategorien W<sub>2</sub> und W<sub>3</sub> weder *de jure* noch *de facto* mit Seniorität oder Erfahrung verbunden: Besoldungsrechtlich sind keine Erfahrungsstufen in der W-Besoldung spezifiziert und in der Praxis gelten auch keine unterschiedlichen Erfahrungsanforderungen für W<sub>2</sub>- und W<sub>3</sub>-Professuren.<sup>30</sup> Auch muss diesbezüglich erwähnt werden, dass die *She Figures*-Berichte alle Gastprofessuren pauschal in *grade B* eingeordnet (wobei *She Figures* 2012 explizit die Besoldungsgruppen W<sub>3</sub> und W<sub>2</sub> für Gastprofessuren in *grade B* erwähnt, die letzte Ausgabe, *She Figures* 2019, allerdings nicht). Dies ist zu-

mindest merkwürdig, weil Gastprofessuren oft dazu dienen, herausragende und etablierte Wissenschaftler/innen für einen bestimmten Zeitraum an eine Universität zu holen. So wird z. B. die *Leibniz-Professur* an der *Universität Leipzig* „an besonders renommierte und vorwiegend internationale Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler vergeben und gehört zu den höchsten Auszeichnungen unserer Universität“.<sup>31</sup> Wie ein solcher Status mit einer niedrigeren Senioritätsstufe als die von regulären W<sub>3</sub>-Professuren vereinbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

Festzuhalten ist, dass mit dem Amt einer nach W<sub>2</sub> besoldeten Professur genau die gleichen Aufgaben, Pflichten und Rechte verbunden sind als mit den Amt einer nach W<sub>3</sub> besoldeten Professur. Die Gründe für den Unterschied in Vergütung zwischen liegen oft darin, dass nach W<sub>3</sub> besoldete Professor/innen oft *neben ihrem eigentlichen Amt als Professor* weitere Aufgaben übernehmen, wie z. B. die Leitung einer Lehrstuhlgruppe, eines Labors usw., oder ihre Professur für einen besonderen Zweck geschaffen wurde (z. B. als Gastprofessur für die Stärkung internationaler Kooperationen oder für die Stärkung der Verbindungen mit Wirtschaft und Industrie, als Stiftungsprofessur zur Stärkung eines Lehr- oder Forschungsgebiets, als Professur mit einer spezifischen Aufgabe in der Öffentlichkeitsarbeit usw.). Aber diese Aufgaben sind eben Aufgaben *neben dem eigentlichen Professorenamt*, sodass sie keinen Unterschied zwischen *academic ranks* begründen können. Wer einen Lehrstuhl innehat, hat diesen in „Personalunion“ neben der Professur inne, und wer geschäftsführende Direktorin eines Instituts ist, ist dies in „Personalunion“ neben der Professur. Unterschiede in Vergütung können durch solche zusätzliche Tätigkeiten begründet werden, aber Unterschiede zwischen *academic ranks* folgen daraus nicht.

#### IV. Aspekte ausländischer Systeme

Betrachten wir jetzt den Vergleich mit dem anglo-amerikanischen System näher. Meistens werden die US-amerikanischen Bezeichnungen als international-englischsprachige Standardbezeichnungen verwendet ohne dabei explizit auf das akademische System in den USA zu verweisen. Allerdings impliziert die Verwendung dieser *academic ranks* sowie Behauptungen wie die, dass es

29 European Commission, *She Figures 2012 – Gender in Research and Innovation*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, S. 87.

30 Die oben genannte Ausschreibung in Freiburg einer für „highly

qualified early career researchers“ geeignete W<sub>3</sub>-Professur ist vielleicht das beste Beispiel in diesem Kontext.

31 Siehe <https://www.ral.uni-leipzig.de/unterstuetzung/leibniz-programm/leibniz-professur/#c137414> (Aufgerufen am 08.07.2020).

funktionale Äquivalenzen zwischen den Stufen in den verschiedenen Systemen gibt, sehr wohl, dass die Verwendung englischsprachiger Bezeichnungen eine Verbindung mit dem US-Amerikanischen System herstellen soll. Es wird in dieser Praxis stillschweigend angenommen, dass (1) das amerikanische System als Maßstab aller anderen akademischen Systeme geeignet wäre und (2) die Bezeichnungen *Assistant Professor*, *Associate Professor* und *Full Professor* auch außerhalb des spezifisch US-amerikanischen Kontexts vollständig klar definiert werden können. Für (1) fehlt dabei in der Literatur jegliches Argument. Und bezüglich (2) wird meistens ignoriert, dass die *academic ranks* des *Assistant*, *Associate* und *Full Professors* in einem System eingebettet sind, das dem deutschen (oder niederländischen, oder französischen, oder italienischen, oder britischen, oder ...) System kaum entspricht.

Zuerst zu Punkt (1). Ein mögliches Argument dafür, die Kategorien *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* als maßgebliche Bezugspunkte für die Betrachtung aller akademischer Systeme weltweit anzusehen, wäre die weltweite Dominanz der anglo-amerikanischen Wissenschaft. Man kann dies befürworten oder ablehnen, aber es lässt sich schlecht leugnen, dass die englischsprachigen Länder eine führende Rolle in der Wissenschaft einnehmen. Englisch ist die *lingua franca* der Wissenschaft, die internationalen Ranglisten von Universitäten werden stets von US-Amerikanischen und Britischen Universitäten angeführt und wenn nach Beispielen für exzellente Universitäten gefragt wird, werden (zu Recht oder auch nicht) Institutionen wie *Harvard*, *MIT*, *Oxford* und *Cambridge* genannt. Ein Argument ist dies zwar nicht, aber es ist ein Sachverhalt, der die herausgehobene Stellung des anglo-amerikanischen Systems vielleicht verständlich macht.

Allerdings folgt aus dieser Sachlage nicht, dass das anglo-amerikanische System als weltweiter Standard für akademische Systeme gelten kann oder soll (Punkt (2)). Dagegen spricht z. B., dass es *das* anglo-amerikanische System gar nicht gibt. Die Kategorien *Assistant*, *Associate* und *Full Professor* stammen aus dem US-Amerikanischen System und haben im Kontext dieses Systems sehr spezifische Bedeutungen. Allerdings werden diese Bezeichnungen auch an einigen (aber nicht allen) Universitäten in Großbritannien, Kanada, Australien und Neuseeland verwendet, bezeichnen dort allerdings manchmal andere Kategorien als in den USA. So kannte das

System in Großbritannien schon immer die Professur als höchste Ebene, aber haben einige Universitäten erst vor Kurzem die Kategorie *Associate Professor* eingeführt, die manchmal statt der älteren Kategorie *Reader* verwendet wird, manchmal aber auch statt der Kategorie *Senior Lecturer*. Die Kategorie des *Assistant Professors* gibt es typischerweise nicht und die Kategorie des *Associate Professors* wird auch nur durch eine Minderheit der Universitäten verwendet.

Auch kennt das US-Amerikanische System noch weitere *ranks*, die in der hier kritisierten Abbildungspraxis typischerweise ignoriert werden. So gibt es unterhalb des *Assistant Professors* meistens den *Instructor* und/oder *Lecturer* (innerhalb dieser manchmal Diversifizierungen wie *Senior Lecturer* und *Master Lecturer*), und oberhalb des *Full Professors* oft den *University Professor*, *Distinguished Professor* usw. Während die drei Kategorien *Assistant Professor*, *Associate Professor* und *Full Professor* immer den Kern des Systems ausmachen, sind die anderen Kategorien zwischen Universitäten sehr unterschiedlich. So hat z. B. die *Vanderbilt University* ein stark diversifiziertes System, das innerhalb des *tenure tracks* die akademischen Titel von *University Distinguished Professor*, *Distinguished Professor*, *University Professor*, *Professor*, *Associate Professor*, *Assistant Professor* und *Instructor* kennt, sowie außerhalb des *tenure tracks* noch die Titel von *Principal Senior Lecturer*, *Senior Lecturer* und *Lecturer*.<sup>32</sup> In diesem Beispiel fällt auf, dass der einfache Dreisatz von *Assistant-Associate-Full Professor* die tatsächliche akademische Hierarchie vor Ort stark verkürzt abbildet. Auch fällt auf, dass statt ‚*Full Professor*‘ die Bezeichnung ‚*Professor*‘ verwendet wird.<sup>33</sup> Außerdem ist hier ein weiterer Unterschied zum deutschen System sichtbar: Während in Deutschland der Unterschied zwischen Universitätsprofessor und Professor typischerweise ein Unterschied zwischen Ämtern ist (Professor an einer Universität bzw. Professor an einer Fachhochschule), ist in den Vereinigten Staaten der Unterschied zwischen *University Professor* und *Professor* ein hierarchischer unterschied (ein Professor kann aufgrund herausragender Leistungen zum *University Professor* ernannt werden).

Der wichtigste Faktor allerdings, der den Vergleich zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen System höchst problematisch macht, ist der leistungsbaasierte Aufstieg. Der Normalfall im US-Amerikanischen *tenure track*-System beinhaltet die Evaluation der persönlichen Leistung und die persönliche Beförderung

32 <https://www.vanderbilt.edu/faculty-manual/part-ii-appointment-and-tenure/ch1-academic-titles-at-vanderbilt/> (Aufgerufen am 09.04.2020).

33 Tatsächlich ist ‚*Full Professor*‘ in den Vereinigten Staaten eher eine umgangssprachliche Bezeichnung und ist die offizielle Bezeichnung meistens nur ‚*Professor*‘.

ohne dass man dabei mit anderen in Konkurrenz steht oder von der Verfügbarkeit einer höher vergüteten Planstelle abhängig wäre. Auch beinhaltet es seitens des Arbeitgebers eine explizite Absicht der Beförderung bei ausreichender Leistung. Im deutschen System, hingegen, konkurriert man mit allen anderen Bewerber/innen um die eine ausgeschriebene Professur. Es geht dabei nicht primär um die persönlichen Leistungen der Bewerber/innen, sondern um Passung zum Profil der ausgeschriebenen Stelle. Leistung ist in Deutschland zwar eine *notwendige Voraussetzung* für das akademische Weiterkommen, aber (anders als im US-Amerikanischen System) keine *hinreichende Voraussetzung*.

Zum Schluss dieser Betrachtung des US-Amerikanischen Systems möchte ich noch kurz auf den Begriff des Lehrstuhls eingehen. Wie in Abschnitt II bereits erwähnt, behauptet *Kreckel*, dass „[a]n der Spitze [...] überall der auf Lebenszeit besetzte ‚Lehrstuhl‘ oder ‚Chair‘ stünde.“<sup>34</sup> *Kreckel* und *Zimmermann* setzen sogar ‚W3‘ systematisch mit ‚Lehrstuhlinhaber‘ gleich.<sup>35</sup> Und auch die Junge Akademie setzt in ihrem Debattenbeitrag zur Department- statt Lehrstuhlstruktur die Bezeichnungen ‚W3‘ und ‚Lehrstuhlinhaber‘ gleich, und suggeriert gleichzeitig eine allgemeine hierarchische Unterordnung der W1- und W2-Professuren unter den W3-Professuren.<sup>36</sup> Solche pauschalen Gleichsetzungen sind jedoch irreführend, weil sich die Situation zwischen den einzelnen Bundesländern und sogar zwischen den einzelnen Fakultäten innerhalb einer Universität stark unterscheiden kann. Erstens gibt es heutzutage in Deutschland rein formell überhaupt keine Lehrstühle mehr und kommt der Begriff des Lehrstuhls in den Landeshochschulgesetzen nicht mehr vor. Der Begriff ‚Lehrstuhl‘ wird vielmehr informell als Bezeichnung für die Organisationseinheit unter der Leitung einer Professur verwendet, wobei es sich um eine nach W1, W2 oder W3 vergütete Professur handeln kann. Institute und Seminare umfassen oft mehrere Professuren und werden durch einen mehrköpfigen Vorstand statt einer Professur geleitet, wobei die Professuren des Instituts (W1, W2 und W3) einander *nebeneinander* sind. Dabei werden oft die thematisch zentralere Professuren nach W3 vergütet und die thematisch weniger zentralen Professuren nach W2, aber die ersteren Planstellen gelten nicht als Lehrstühle in einem

Unterschied zu den letzteren Planstellen. Solche Institute und Seminare sind zwar keine Departments im Sinne des Debattenbeitrags der Jungen Akademie, aber sie implementieren die Organisationsstruktur von Departments dahingehend, dass alle Juniorprofessuren und Professuren hierarchisch auf der gleichen Ebene stehen. Auch in Fällen, in denen sich jemand im Rahmen von Bleibeverhandlungen von der Besoldungsstufe W2 auf die Besoldungsstufe W3 „hochverhandelt“, ist mit der neuen Planstelle kein Lehrstuhl verbunden. Man bleibt Universitätsprofessor/in und wechselt lediglich die Besoldungsgruppe.

Darüber hinaus ist der Vergleich mit US-Amerikanischen *Chairs* problematisch, weil diese nicht den traditionellen deutschen Lehrstühlen entsprechen. In den USA sind *Chairs* nicht an *academic ranks* gekoppelt und können *Associate Professors* und sogar vereinzelt *Assistant Professors* einen *Chair* innehaben. Ein *Chair* ist eher mit einer Planstelle mit besonderer Ausstattung zu vergleichen, die eine Person unabhängig vom *academic rank* befristet oder auch auf Lebenszeit innehaben kann. Es gibt *Chairs* die ein bestimmtes unterrepräsentiertes Fach oder Teilgebiet vertreten sollen, es gibt *Chairs* für spezifische Forschungszwecke (ohne Lehrverpflichtung), es gibt *Chairs* zur Förderung des Nachwuchses (die dann auch durch *Assistant Professors* besetzt werden können), es gibt Stiftungsprofessuren (*Named Chairs* oder *Endowed Chairs*) usw. Es gibt dementsprechend *Full Professors* mit *Chair*, *Full Professors* ohne *Chair* (und das ist der Normalfall für *Full Professors* in den USA), *Associate Professors* mit *Chair* usw. Auch kommt es vor, dass *Chairs* getaktet innerhalb eines Departments oder eines *Colleges* neu vergeben werden. Wer einige Jahre einen *Chair* innehatte und diesen dann wieder an die nächste Person weitergeben muss, behält dabei selbstverständlich den eigenen *academic rank*. Und auch wenn es um den *Chair* im Sinne des Institutsleiters (*Department Chair*) geht, passt der Vergleich nicht. Viele Departments an US-Amerikanischen Universitäten werden von *Associate Professors* geleitet (die oft gerade deswegen nicht zum *Full Professor* aufsteigen, weil durch die viele Verwaltungsarbeit zu wenig Zeit für die Forschung bleibt).

34 *Kreckel* (Fn. 4), 2016, 18.

35 *R. Kreckel & K. Zimmermann*, *Hasard oder Laufbahn: Akademische Karrierestrukturen im internationalen Vergleich*, Leipzig: Akademische Verlagsanstalt, 2014, S. 22-27.

36 *J. Specht, C. Hof, J. Tjus, W. Pernice & U. Endesfelder*, *Departments*

statt Lehrstühle: *Moderne Personalstruktur für eine zukunftsfähige Wissenschaft*, Berlin: Die Junge Akademie an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina, 2017, S. 6.

Kreckels „archimedischer Punkt“ für die vergleichende Betrachtung<sup>37</sup> ist daher als Fiktion zu betrachten. Die Organisation der verschiedenen Gruppen innerhalb der professoralen Ebene ist für das Verständnis lokaler akademischer Systeme besonders wichtig. Aber gerade diese Organisationsstrukturen sind zwischen den verschiedenen Systemen – und manchmal sogar innerhalb eines Systems – sehr unterschiedlich.

Sehen wir uns zum Vergleich einige andere europäische Systeme an. In den Niederlanden gibt es drei Hauptebenen in der akademischen Hierarchie: *universitair docent*, *universitair hoofddocent* und *hoogleraar*. Es ist dort gängige Praxis, diese auf den drei *academic ranks* in den USA abzubilden, wobei *universitair docent* üblicherweise mit *Assistant Professor*, *universitair hoofddocent* mit *Associate Professor* und *hoogleraar* mit *Full Professor* gleichgesetzt wird. Allerdings gibt es auch hier im Vergleich zu den USA große Unterschiede. So ist eine Stelle als *universitair docent* in den Niederlanden nicht unbedingt eine Qualifikationsstelle: Wer unmittelbar nach der Promotion eine Stelle antritt, wird typischerweise befristet als *universitair docent* eingestellt. Wer sich bewährt, kann entfristet werden, bleibt dabei allerdings oft *universitair docent* und manche bleiben ihr ganzes Leben lang *universitair docent*. Das niederländische System ist diesbezüglich weniger ein *up or out* als ein *up or not*-System. Auch sind niederländische *hoogleraren* etwas Besonderes: Nur sie tragen Talare (die es dort zum Glück noch gibt), nur sie halten Antrittsvorlesungen und nur sie haben traditionell das *ius promovendi* – das Recht, Personen zum Doktor zu promovieren, also als Doktormutter/vater aufzutreten. Vor Kurzem hat eine Gesetzesänderung zwar die Möglichkeit für *universitair hoofddocenten* eröffnet, das *ius promovendi* zu erlangen, aber der Professorenstatus bleibt *hoogleraren* vorbehalten. Im Übrigen gibt es auch in den Niederlanden zwei Vergütungsstufen für *hoogleraren*, nämlich *hoogleraar 2* und *hoogleraar 1*, die allerdings kaum in Stellenausschreibungen oder Lebensläufen erwähnt werden. Die Vergütungsstufe *hoogleraar 1* ist für Professoren mit einer Leitungs- oder höheren administrativen Funktion ge-

dacht, aber sie ist explizit nicht mit einem Unterschied in Rang, Dienstgrad oder professoraler Würde verbunden.

Was würde dies nun für die Vergleichbarkeit der deutschen und niederländischen Systeme heißen? In Deutschland können Juniorprofessoren eigenständig als Doktormutter/vater auftreten und haben demnach ein mit dem niederländischen *ius promovendi* vergleichbares Recht. Im Vergleich wären daher alle deutschen Professoren (W<sub>1</sub>, W<sub>2</sub> und W<sub>3</sub>) auf der niederländischen Ebene von *hoogleraar* (also: *Full Professor*) anzusetzen.<sup>38</sup> Tatsächlich kennen in den Niederlanden auch einige Universitäten die Kategorie von *hoogleraar* auf Probe: den *adjunct hoogleraar*, der in einigen Aspekten mit der deutschen Juniorprofessur vergleichbar wäre.<sup>39</sup> Wenn man schon eine Abbildung vornehmen möchte, müsste man eigentlich sagen, dass deutsche Juniorprofessuren der niederländischen Kategorie *adjunct hoogleraar* und deutsche Universitätsprofessuren der niederländischen Kategorie *hoogleraar* entsprechen. Die Vergütungsstufen W<sub>2</sub> und W<sub>3</sub> würden dabei allenfalls den niederländischen Vergütungsstufen *hoogleraar 2* und *hoogleraar 1* entsprechen.

Als weitere Beispiele möchte ich noch kurz Belgien, Frankreich und Italien betrachten. In Flandern gibt es im Unterschied zu den Niederlanden vier Ebenen: *docent*, *hoofddocent*, *hoogleraar* und *gewoon hoogleraar* – oft übersetzt als *Lecturer*, *Associate Professor*, *Professor* und *Full Professor*. Ein solches Vierstufiges System ist kaum auf den deutschen Dreisatz abbildbar. In der Wallonie gibt es drei Ebenen, wobei allerdings die *Associate Professorship* als Einstiegsrang gilt! Die *Université Catholique de Louvain* z. B. spezifiziert:

„1. Every faculty member with little or no academic experience will be appointed at the rank of Associate Professor (entry rank for an academic career in Belgium). 2. Those with several years of academic experience gained since completing their PhD may immediately be appointed at the rank of Professor, based on analysis of their academic career to date. 3. The rank of Full Professor, on the other hand, is not available upon appointment, only by internal promotion.“<sup>40</sup>

37 Kreckel (Fn. 4), 2016, 18.

38 Van der Meulen stellt z. B. fest, dass es im deutschen akademischen System keine mit dem *universitair hoofddocent* vergleichbare Ebene gibt und das *ius promovendi* bei den Juniorprofessoren und Professoren liegt. Siehe B. van der Meulen, Quick Scan Internationale Vergelijking Ius Promovendi, Den Haag: Rathenau Instituut, 2015, S. 4.

39 Hier zeigt sich übrigens auch, wie begriffliche Vergleiche schiefge-

hen können: Während in den Niederlanden ein *adjunct hoogleraar* den höchsten akademischen Rang einnimmt (aber lediglich Professor auf Probe ist), sind amerikanische *Adjunct Professors* eher mit deutschen Lehrbeauftragten vergleichbar.

40 <https://onderwijs.vlaanderen.be/nl/graden-academisch-personeel-en-administratief-en-technisch-personeel> (Aufgerufen am 09.04.2020); <https://uclouvain.be/en/discover/faq-reponses-aux-questions-des-candidats.html> (Aufgerufen am 09.04.2020).

Wegen der Handhabung des *Associate Professors* als Einstiegsebene und der ausschließlichen Zugänglichkeit des *Full Professors* über den Weg der internen Beförderung (und ausdrücklich nicht über Bewerbungen von außen) ist auch hier ein Vergleich mit dem deutschen System nur schwer möglich.

In Frankreich und Italien gibt es gesetzlich festgelegte Äquivalenztabelle, die ausländische akademische Funktionsbezeichnungen auf inländische abbilden. In der französischen Tabelle werden deutsche W2- und W3-Professuren beide auf der höchsten Ebene, dem „niveau PR“, angesiedelt, in der sowohl der flämische *hoogleraar* als auch der *gewoon hoogleraar*, der niederländische *hoogleraar* und der US-Amerikanische *Professor* und *Full Professor* angesiedelt sind (der *Associate Professor* befindet sich auf der Ebene darunter).<sup>41</sup> Die italienische Tabelle beinhaltet eine etwas stärker differenzierter Einteilung.<sup>42</sup> In dieser Tabelle sind W3-Professuren auf der höchsten Ebene (*Grade a*) zusammen mit dem US-Amerikanischen *Professor* und dem niederländischen *hoogleraar* eingeordnet. W2-Professuren sind sowohl auf der höchsten Ebene (*Grade a*) als auch der zweithöchsten Ebene eingeordnet (*Grade b*, wo auch der US-Amerikanische *Associate Professor* und der niederländische *universitair hoofddocent* eingeordnet sind). Der Eintrag der W2-Professoren in der Tabelle ist mit einer Fußnote versehen, die sagt: „Equivalence to be assessed on the basis of CV and home institution“. Hier versucht man dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die W2-Professur in einigen wenigen Fällen (wie an der *TU München*) eher als Einstieg in die Universitätsprofessur gilt, in den meisten Fällen jedoch als „volle“ Professur.

## V. Fazit

In diesem Aufsatz habe ich die weit verbreitete Tendenz, die anglo-amerikanischen *academic ranks* als Maßstab für deutsche akademische Karrieren zu nehmen und deutsche akademische Funktions-, Amts- und Besoldungsbezeichnungen auf anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden, kritisiert. Ich habe versucht zu zeigen, dass diese Praxis das deutsche akademische System dermaßen stark verzerrt darstellt, dass sie als wissenschaftlich fehlerhaft gelten muss.

Insgesamt ergibt sich aus den angeführten Beispielen keine eindeutige Abbildung der verschiedenen akademischen Systeme auf einander. Vielmehr zeigen die Bei-

spiele, wie schwierig es eigentlich ist, die akademischen Systeme verschiedener Länder miteinander zu vergleichen. Es gibt keinen guten Grund, das US-Amerikanische System als Maßstab für solche Vergleichen zu nehmen. Aber selbst wenn man kein Bezugssystem wählt und die Systeme einzelner Länder paarweise vergleicht, stößt man auf große Probleme. Akademische Karrieresysteme sind weltweit sehr unterschiedlich und lassen sich nicht auf den einfachen Dreisatz *Assistant-Associate-Full Professor* reduzieren. Sogar das US-Amerikanische System ist wesentlich komplizierter als der Dreisatz suggeriert und die *academic ranks* in diesem System sind wesentlich mit Bedingungen und Wertungen verknüpft, die es in den meisten anderen Systemen nicht gibt.

Festzuhalten ist auf jeden Fall, dass die gängige Praxis, die drei deutschen Besoldungsstufen für Professuren ohne weitere Erläuterung auf die drei anglo-amerikanischen *academic ranks* abzubilden, in mehreren Hinsichten problematisch ist. Erstens ist diese Praxis wissenschaftlich fehlerhaft. In den Wissenschaften werden Phänomene immer vereinfacht dargestellt – das muss so sein und ist auch nicht das Problem, auf das ich hier aufmerksam machen möchte. Aber wer sich bei der Vereinfachung für ein Modell entscheidet, das die Phänomene zu stark verzerrt und wesentliche Subtilitäten in den untersuchten Phänomenen einfach ignoriert, macht es sich zu leicht. Modelle und begriffliche Strukturen sollen die erforschten Phänomene so vereinfacht darstellen, dass sie handhabbar werden, ohne jedoch die Phänomene zu verzerren oder zu verfälschen. Aber genau eine solche Verzerrung bzw. Verfälschung liegt in der hier kritisierten Praxis vor. In akademischen Systemen weltweit gibt es eine formale Trennung zwischen akademischen Funktionen (Rängen, Ämtern usw.) und Gehaltsstufen. Zwar sind meistens bestimmte Gehaltsstufen mit bestimmten Funktionen verbunden, aber eine Gehaltstufe als *definierend* für eine Funktion oder ein Amt anzusehen, ist ein gravierender Fehler, welche die vergleichende Wissenschafts- und Hochschulforschung behindert.

Außerdem schafft die kritisierte Abbildungspraxis Fakten: Je größer die Anzahl von Publikationen und Vorträgen, in denen die übervereinfachte Abbildung präsentiert wird, desto etablierter wird die Abbildung in der Literatur sowie in der Alltagspraxis. Für international mobile Wissenschaftler/innen heißt dies allerdings, dass sie durch außerhalb des deutschen Systems stehen-

41 Comparaison des Carrieres des Enseignants-Chercheurs de Pays Etrangers (Arrêté du 10 Février 2011).

42 Gesetz DM 662/2016.

de Akademiker/innen und Verwaltungsmitarbeiter/innen in Kategorien eingeordnet werden können, zu denen sie formell gar nicht gehören. Der *academic rank* von *Assistant*, *Associate* oder *Full Professor* sagt primär etwas über die wissenschaftliche Leistung einer Person aus, während die Bezeichnungen ‚W2-Professor‘ und ‚W3-Professor‘ primär etwas über das Geld, das eine Person verdient, aussagen. Die mit der Praxis, die Begriffe ‚W2-Professor‘ pauschal als ‚Associate Professor‘ und ‚W3-Professor‘ als ‚Full Professor‘ zu übersetzen, verbundene hierarchische Perspektive trägt außerdem zur impliziten Abwertung der Leistung aller W2-Professor/innen bei (durch die Suggestion, dass sie noch keine vollwertige Professur innehätten und noch mehr Leistung erbringen und Erfahrung sammeln müssen bevor sie befördert werden) und kann so zu erheblichen Nachteilen bei internationalen Bewerbungen und Antragstellungen führen. Die Abbildungspraxis kann somit für eine Gruppe von Wissenschaftler/innen in Deutschland schädliche Konsequenzen haben.

Aber es gibt in der Literatur auch Ausnahmen. Die *League of European Research Universities* ordnet (wie die oben besprochene italienische Tabelle) die Besoldungsgruppe W2 sowohl der Ebene des *Associate Professors* als auch der des *Full Professors* zu, um damit die komplizierte deutsche Situation besser abzubilden.<sup>43</sup> Im *Eurydice-Bericht 2017* der Europäischen Kommission kommen die Bezeichnungen ‚W1‘, ‚W2‘ und ‚W3‘ überhaupt nicht vor.<sup>44</sup> Der Bericht enthält Ländergrafiken, die die jeweilige Situation schematisch darstellen. Die Ländergrafik für Deutschland enthält nur die Bezeichnungen „Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren“ sowie „Professo-

rinnen und Professoren (einschließlich Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren)“ ohne dabei eine Übersetzung in die anglo-amerikanischen Bezeichnungen zu versuchen. Insbesondere die Herangehensweise der Europäischen Union, die Ländersysteme für sich sprechen zu lassen ohne forcierte Übersetzungen in andere Sprachen vorzunehmen, ist m. E. beispielhaft.

Das Fazit kann einfach sein: Man sollte nicht versuchen, die akademischen Systeme verschiedener Länder mithilfe eines einfachen *one size fits all*-Modells auf einander abzubilden. Stattdessen sollten einzelne Systeme in einer solchen Weise mit einander verglichen werden, die es zulässt, die subtilen Unterschiede der Systeme angemessen hervorzuheben. Alle akademische Systeme weltweit pauschal aus einer anglo-amerikanischen Perspektive hinaus zu betrachten (die darüber hinaus auch noch nicht einmal das US-Amerikanische System adäquat abbildet), ist wissenschaftlich fehlerhaft und kann außerdem schädliche Folgen für die Alltagspraxis haben.

Thomas Reydon ist Professor für Wissenschafts- und Technikphilosophie im Institut für Philosophie und im Centre for Ethics and Law in the Life Sciences (CELLS) der Leibniz Universität Hannover.  
Web: [www.reydon.info](http://www.reydon.info), Email: [reydon@ww.uni-hannover.de](mailto:reydon@ww.uni-hannover.de)

43 LERU, *Harvesting Talent: Strengthening Research Careers in Europe*, Leuven: LERU Office, 2010, S. 23; G. Boulton, *Harvesting talent: Strengthening research careers in Europe*, *Procedia Social and Behavioral Sciences* 13, 2011, 3-34, S. 25.

44 European Commission / EACEA / Eurydice (2017): *Modernisation of Higher Education in Europe: Academic Staff – 2017* (Eurydice Report), Luxembourg: Publications Office of the European Union.



Frank Wertheimer

*Wiederzuweisung von Personal- und Sachmitteln  
aus einer Bleibezusage – VGH Baden-Württemberg,  
Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18*

## I. Thematik

Die Ausstattung einer Professur mit Personal- und Sachmitteln, darüber hinaus mit investiven Mitteln, etwa zur Gerätebeschaffung, unterliegt grundsätzlich einem Interessenkonflikt. Während der Handlungsspielraum von Hochschulen durch die ihnen staatlicherseits zugewiesenen Haushaltsmittel limitiert ist, orientieren sich die Bedarfe der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer primär an ihren Forschungs- und Lehrkonzepten. Letztlich muss hierüber stets ein Kompromiss gefunden werden. Was Professoren zur Erfüllung ihrer Aufgaben gewährt wird, ist stark einzelfallbezogen und hängt von fiskalischen Zwängen, dem jeweils betroffenen Fach, der wissenschaftlichen Reputation des Betroffenen sowie letztlich auch dem Hochschulstandort ab.<sup>1</sup> Regelmäßig sehen die Landeshochschulgesetze vor diesem Hintergrund vor, dass die Ausstattungszusagen, sei es in Berufungs- oder in Bleibezusagen, einerseits unter einem Haushaltsvorbehalt<sup>2</sup> stehen und andererseits ganz überwiegend nur befristet<sup>3</sup>, zumeist über einen Zeitraum von fünf Jahren, gewährt werden.

Chancen, die eigene Ausstattung zu verbessern, entstehen dann, wenn bereits berufene Professorinnen oder Professoren einen externen Ruf erhalten und die eigene Hochschule, um sie zu halten, Bleibeverhandlungen mit ihnen führt. Der oben beschriebene Interessenkonflikt setzt sich hierbei fort: Während die Hochschule sich wiederum innerhalb ihres Haushaltsrahmen bewegen muss, verweisen die Rufinhaber auf die Angebote, die ihnen von einer anderen Hochschule unterbreitet worden sind. Gleichwohl führen aus diesen Verhandlungen resultie-

rende Bleibezusagen häufig zu einer deutlichen Ausweitung der bereits vorhandenen Ausstattung. Dabei kann Streit darüber entstehen, welche Persistenz derartigen Bleibezusagen zukommt. Genau diese Frage war Gegenstand eines Falles, der erstinstanzlich vom VG Freiburg<sup>4</sup> entschieden und in der Berufungsinstanz vom VGH Baden-Württemberg<sup>5</sup> abweichend ausgeurteilt wurde.

## II. Erstinstanzliche Entscheidung des VG Freiburg

### 1. Sachverhalt

In dem Verfahren ging es um einen W<sub>3</sub> Professor (Kläger) eines naturwissenschaftlichen Fachgebiets. Nachdem er die beklagte Universität darüber informiert hatte, dass er einen externen Ruf auf eine W<sub>3</sub> Professur in Verbindung mit der Leitung einer Arbeitsgruppe an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung erhalten hatte, führten die Parteien Bleibeverhandlungen. Der Kläger hatte seiner Universität zu Beginn der Verhandlungen ein Konzeptpapier mit seinen Forderungen sowie Unterlagen mit dem Ausstattungsangebot der Universität, die ihm den Ruf erteilt hatte, übermittelt. Die zwischen den Parteien geführten Gespräche mündeten in nachfolgendes Angebot vom Dezember 2009, welches die Universität dem Hochschullehrer „gem. § 48 Abs. 5 des Landeshochschulgesetzes“<sup>6</sup> zusagte:

### Stellen

Die Fakultät sagt zu, dass die Professur künftig nach Ablauf der als Erstaussstattung im Rahmen der Berufungszusage erfolgten oder gegebenenfalls noch vorzunehmenden Stellenbesetzungen ... über bis zu 3,0 Wissenschaftlerstellen (A13 Z) aus dem Stellenpool des ...

1 Dazu *Detmer*, in: HschR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 4 Rn. 112.

2 z.B. § 48 Abs. 4 S. 2 LHG BaWü; § 18 Abs. 9 S. 1 BayHschPG; § 37 Abs. 3 S. 1 LHG NRW.

3 z.B. § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü; § 18 Abs. 9 S. 2 BayHschPG; § 50

Abs. 8 LHG Rh-Pf.

4 Urt. v. 18.07.2018, 1 K 2986/17, juris.

5 Urt. v. 20.04.2020, 9 S 1897/18, juris

6 LGH BaWü a.F., der § 48 Abs. 4 LHG in der aktuellen Fassung entspricht.



Instituts zur befristeten Besetzung verfügen kann. Aus zentralen Ressourcen werden ergänzend Personalmittel für 5 Jahre im Umfang einer 0,5 E13 Stelle und zusätzlich für eine 0,5 E13 Stelle für ein Jahr bereitgestellt. [...]

#### **Laufende Sachmittel**

Unter Einbezug der von der Fakultät zugesagten 5.000 € p.a. werden Sachmittel in Höhe von 6.000 € p.a. bereitgestellt.

#### **Einmalige Mittel**

Der Professur werden insgesamt 25.000 € einmalige Sachmittel aus zentralen Ressourcen für einen Zeitraum von 5 Jahren, abrufbar in jährlichen Raten, bei freier Verfügbarkeit im wissenschaftlichen Bereich zugesagt.

#### **Bürogeräte/IT-Ausstattung**

Für die erforderlichen Erneuerungen und Ergänzungen der IT-Ausstattung werden der Professur aus zentralen Mitteln 50.000 €, abrufbar über einen Zeitraum von 5 Jahren, zur Verfügung gestellt. Die Anschaffungen haben in Absprache mit dem Leiter des Universitätsrechenzentrums zu erfolgen. [...]

#### **Räume/Renovierung/Mobiliar**

Der Professur werden als Kernzuweisung im Hochhaus P... die Räume 901 bis 906 und 915 zur Nutzung zugesagt. Die Räume 907 bis 910 sind Verfügungsräume, die die Professur zur Zeit nutzt. Die Zuweisung von Verfügungsräumen erfolgt am ... Institut nach Bedarf.

Die Finanzierung notwendiger Renovierungsarbeiten bis zu einem Umfang von 20.000 € wird zu Lasten zentraler Mittel zugesagt. Die Renovierungsarbeiten sollen nach einer Prioritätensetzung der gewünschten Baumaßnahmen in Abstimmung zwischen der Professur und dem Universitätsbauamt erfolgen. [...]

Das im Anschluss vom Rektor der Universität in einem Punkt präzisierete Bleibeangebot nahm der Kläger mit Schreiben vom 2.2.2010 an. Die zugesagten Ressourcen wurden ihm innerhalb der nachfolgenden fünf Jahre gewährt.

Im Rahmen der routinemäßigen Prüfung der Wiederzuweisung von Ressourcen wurde der Kläger von der Hochschulleitung darüber informiert, dass die bislang, d.h. also die bereits vor der Bleibeusage, zur Verfügung gestellten Ressourcen für weitere fünf Jahre wieder zugewiesen werden. Diese Zusage umfasse allerdings nicht die ergänzenden Personalmittel aus der Bleibeusage, die nach fünf Jahren ausgelaufen sei. Das gelte im gleichen Maße für die Zusage der IT-Ausstattung (50.000

€), der zusätzlichen Sachmittel (25.000 €) sowie der Mittel für die Finanzierung notwendiger Renovierungsarbeiten (20.000 €), da es sich hierbei jeweils um Einmalzahlungen gehandelt habe. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein, den er u.a. damit begründete, die Entscheidung des Rektorats treffe seine Ressourcenplanung empfindlich. Im Übrigen sei er von einer wiederholten Gewährung dieser Mittel ausgegangen, weshalb er sich in 2010 auch für eine Ablehnung des externen Rufs entschieden habe. Die Universität wies den Widerspruch mit der o.a. Begründung zurück. Mit seiner Klage beantragte der Kläger die Aufhebung des Widerspruchsbescheids sowie die Wiederzuweisung der Ressourcen, die Gegenstand der Bleibeusage waren. Hilfsweise beantragte er, die Universität zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über den Wiederzuweisungsantrag erneut zu entscheiden.

#### **2. Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg**

Das Verwaltungsgericht verneinte in seinem Urteil v. 18.7.2018 zunächst den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Wiederzuweisung der Ressourcen, die Gegenstand der Bleibeusage waren. Unter Bezugnahme auf die Regelung in § 48 Abs. 5 LHG BaWü a.F. (nunmehr § 48 Abs. 4 LHG), die sowie einen Haushalts- wie einen Befristungsvorbehalt enthält, hielt das VG fest, dass die Auslegung der Bleibeusage – unabhängig ob diese als Zusage i.S.d. § 38 LVwVfG zu werten oder als Willenserklärung, die Bestandteil eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist gem. § 54 LVwVfG, aufzufassen sei<sup>7</sup> – dazu führe, dass die Ansprüche des Klägers nur für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Abschluss der Vereinbarung bzw. Wirksamwerden der Zusage begründet werden sollten. Etwas anderes folge nicht aus dem Landeshochschulgesetz, welches keinen gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte Ausstattung des Lehrstuhls beinhalte. Schließlich könne der vom Kläger verfolgte Anspruch auf Bewilligung der begehrten Sach- und Personalmittel auch nicht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG abgeleitet werden. Unter Verweis auf die hierzu ergangene ständige Rechtsprechung verpflichte das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit die Hochschulen als Adressaten dieses Grundrechts lediglich, Professorinnen und Professoren eine personelle und sächliche „Grund- oder Mindestausstattung“ zu gewähren bzw., in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts, einen Anspruch auf

7 siehe hierzu einerseits VGH BaWü v. 21.10.2008, 9 S 1507/06, juris oder BayVG v. 28.06.2017, 3 ZB 15.249, juris – andererseits

OVG Sachsen v. 6.9.2016, 2 A 624/15, juris; Wertheimer, OdW 2015, 147, 152; Detmer, a.a.O., Kap. 4 Rn 113.

Teilhabe an den vom Gesetzgeber für Zwecke der Forschung zur Verfügung gestellten Mittel zuzubilligen.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang hat das VG auch ausgeführt, es gebe keinen Rechtssatz, dass der einmal gewährte Bestand aufrecht erhalten bleiben müsse.<sup>9</sup> Dass bei Wegfall der mit dem Bleibeangebot zugewiesenen Ressourcen das Mindestmaß an Teilhabe im Sinne der o.g. Rechtsprechung unterschritten werde, sei nicht ersichtlich.

In der Folge bejahte das VG einen Anspruch des Klägers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Wiederzuweisung der von ihm begehrten – und ausgetauften – weiteren Personal- und Sachmittel. Diesen Anspruch folgte das VG aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG. Die Überprüfungspflicht, so die Urteilsgründe, sei gesetzlich nach Ablauf von fünf Jahren angeordnet. Dass das Gesetz von „fünf weiteren Jahren“ spricht, sei ein Redaktionsversehen. Kriterium für die Überprüfung der Ressourcenzuweisung, für deren Erforderlichkeit das VG auf obergerichtliche Rechtsprechung verweist<sup>10</sup>, ist nach Auffassung des VG einerseits der Maßstab des § 13 Abs. 2 LHG BaWü. Andererseits gebiete Art. 5 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz die Hochschullehrer möglichst gleichmäßig, d.h. unter Berücksichtigung der besondere Situation ihres Aufgabebereichs bzw. ihres Faches angemessen im Verhältnis zu den jeweils anderen Hochschullehrern bei der Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel zu berücksichtigen. Schließlich bringt das VG den Leistungsgedanken ins Spiel, der im Rahmen von § 13 Abs. 2 LHG BaWü bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sei.<sup>11</sup> Weil sich die Beklagte ausweislich ihrer Begründung im Widerspruchsbescheid in ihrer Entscheidung gebunden gefühlt und keine Ermessensentscheidung getroffen habe, sei die abgelehnte Wiederzuweisung der mit der Bleibezusage gewährten Ressourcen rechtswidrig. Im Ergebnis ging das VG damit von einem Ermessensnichtgebrauch aus.

Gegen dieses Urteil legten die beklagte Universität Berufung sowie der nicht in allen Punkten obsiegte Kläger Anschlussberufung ein.

### III. Urteil des VGH Baden-Württemberg

Der VGH änderte das Urteil des VG und wies Klage wie auch Anschlussberufung des W<sub>3</sub> Professors ab.

#### 1. Kein Anspruch auf Wiederzuweisung der Ressourcen aus der Bleibezusage

Eine Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung ist dem VGH-Urteil insoweit zu entnehmen, als dem klagenden W<sub>3</sub> Professor kein Anspruch auf die streitgegenständliche weitere Ausstattung seines Lehrstuhls zuerkannt wurde. Wie schon das VG gelangt auch der VGH durch Auslegung entsprechend der §§ 133, 157 BGB zum Ergebnis, dass die beklagte Universität sich mit dem Bleibeangebot, welches der Kläger angenommen hat, lediglich für einen Zeitraum von fünf Jahren binden wollte. Hierfür genüge bereits der einleitende Hinweis auf die Zusage gem. § 48 Abs. 5<sup>12</sup> LHG BaWü, wonach Zusagen über die personelle und sachliche Ausstattung der Aufgabenbereiche von Professoren im Rahmen von Berufungs- und Bleibeverhandlungen auf maximal fünf Jahre zu befristen und von der Hochschule jeweils nach Ablauf von fünf weiteren Jahren im Hinblick auf die Maßgaben von § 13 Abs. 2 LHG BaWü zu überprüfen sind.

Der VGH folgt auch der Auffassung des VG, wonach sich der geltend gemachte Anspruch weder aus dem LandeshochschulG BaWü noch unmittelbar aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG herleiten lasse. In Bezug auf letzteren Punkt streicht das Urteil heraus, dass Berufungs- und damit auch Bleibezusagen neben der grundgesetzlichen Gewährleistung nur insoweit eigenständige Bedeutung zukommt, als sie Rechte begründen, die über die Grund- oder Mindestausstattung

8 Vgl. BVerfG v. 15.09.1997, 1 BvR 406/96, 1 BvR 1214/97, NVwZ-RR 1998, 175; OVG NRW v. 10.6.2010, 15 B 2574/06, NVwZ-RR 2010, 844; BVerwG v. 24.4.1997, VII C 49.74, BVerwGE 52, 339.

9 OVG NRW v. 10.6.2010, a.a.O.; VGH Hessen v. 30.5.1997, 6 TG 1447/97, NVwZ-RR 1998, 180; VGH BaWü v. 17.9.2003, 4 S 1636/91, juris.

10 OVG Sachsen v. 6.9.2016, 2 A 624/15, juris und v. 24.2.2016, 2 B 374/15, juris; OVG Berlin-Brandenburg v. 2.10.2008, 5 B 06.08, juris.

11 juris, Rn 92.

12 Inhaltsgleich nunmehr in § 48 Abs. 4 LHG BaWü geregelt.

hinausgehen. Das hat, auch wenn vorliegend nicht fallrelevant, Konsequenzen für Fälle, in denen es um die Entziehung von Rechtspositionen aus Berufungszusagen geht. Dort kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Entziehung einer durch eine Berufungszusage begründeten Rechtsposition darauf an, ob sich der Eingriff als sachlich geboten erweist und dem gesetzgeberischen Anliegen unter Berücksichtigung aller Umstände Vorrang gegenüber dem Schutz des Vertrauens der betroffenen Hochschullehrer in den Fortbestand der Zusagen zukommt.<sup>13</sup> Danach genießen Berufungszusagen keinen Bestandsschutz, wenn und soweit ihre Änderung oder Aufhebung geboten ist, um legitime gesetzgeberische Ziele zu verwirklichen. In diesem Zusammenhang stellt etwa die Einführung neuer Kriterien für die Mittelverteilung, insbesondere deren Orientierung an Bedarfs- und Leistungsgesichtspunkten, ein legitimes Ziel dar.<sup>14</sup>

## 2. Neubescheidungsanspruch aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü

a) Im nächsten Schritt folgt der VGH auch der erstinstanzlichen Entscheidung dahingehend, dass sich aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü grundsätzlich ein subjektives Recht des von der Zusage begünstigten Lehrstuhlinhabers auf fehlerfreie Ermessensbetätigung ergibt. Der Kläger könne also beanspruchen, dass die Hochschule über die Wiederzuweisung der in der Bleibvereinbarung bewilligten Mittel ermessensfehlerfrei entscheide. Der VGH beruft sich hierbei – wie es schon das VG getan hatte – auf diverse obergerichtliche Rechtsprechung.<sup>15</sup> Dem ist zuzustimmen, weil der in § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü enthaltene Begriff der „Überprüfung“ der Hochschule abverlangt, die vor fünf Jahren getroffene Ressourcenzuteilung zu überdenken. Da, wie ausgeführt, der von der Bleibezusage begünstigte Hochschullehrer keinen Anspruch auf eine dauerhafte Beibehaltung der Ressourcenzuweisung hat, kann die Verpflichtung der Hochschule, ihre damalige Entscheidung zu prüfen, nur bedeuten, dass sie über die Beibehaltung, den teilweisen oder kompletten Entzug der zusätzlich gewährten Ressourcen ermessensfehlerfrei neu entscheidet.

Der VGH liegt auch richtig, dass sich dieser Entscheidungsprozess nicht ausschließlich – wie die Hoch-

schule im Verfahren argumentiert hat – auf die Grundausstattung bzw. auf die von der Hochschule als „laufende“ oder „regelmäßig zu zahlende“ Mittel bezieht<sup>16</sup>. Gegen diese von der Hochschule vertretene Auffassung spricht schon der Wortlaut des § 48 Abs. 4 S. 3 LHG. Da dort (auch) Bleibezusagen in Bezug genommen sind, die regelmäßig über eine Grundausstattung hinausgehen, bleibt für diese Auffassung kein Raum. Dass die Überprüfung von Bleibezusagen neben der Überprüfung der gewährten Grundausstattung im fünfjährigen Turnus den Hochschulen zusätzlichen Administrationsaufwand beschert, ist nicht zu verkennen und bedeutet gerade bei großen Hochschulen mit mehreren hundert Professorinnen und Professoren eine echte Herausforderung. Allein dies rechtfertigt aber nicht, Bleibezusagen nach Ablauf von fünf Jahren nicht einer Überprüfung zu unterziehen und über die Wiederzuweisung der mit ihr gewährten Ressourcen nicht neu zu entscheiden.

b) Möchte die Hochschule das vermeiden, so bleibt ihr dieser Weg offen. Im Unterschied zur erstinstanzlichen Entscheidung des VG Freiburg erkannte der VGH nämlich darauf, dass seitens des klagenden Hochschullehrers kein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung bzgl. der Wiederzuweisung der Ressourcen aus der Bleibezusage besteht, weil die Hochschule diese lediglich einmalig zugesagt hatte. Überzeugend argumentiert der VGH in diesem Zusammenhang mit dem Zweck des § 48 Abs. 4 S. 3 LHG<sup>17</sup>, der die Hochschulen nach dem Willen des Gesetzgebers primär vor der zeitlich unbefristeten Festlegung hinsichtlich der Verwendung ihrer Ressourcen schützen und ihre universitäre Flexibilität stärken soll.<sup>18</sup> Dieser Zweck gestatte die Möglichkeit der einmaligen Leistungsgewährung. Dieser Auffassung ist uneingeschränkt beizupflichten, weil sie einerseits der Hochschule Planungssicherheit gewährt, andererseits für den Begünstigten einer Bleibezusage Transparenz schafft, mit welchen Ressourcen er zukünftig rechnen kann. Auf Basis dieser Transparenz können Hochschullehrer, die einen externen Ruf erhalten haben, sodann auch abwägen, ob sie diesen annehmen oder doch an ihrer Hochschule bleiben möchten.

c) Zur Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung und zur Abweisung der Klage gelangte der VGH deshalb, weil er sich mit der Bleibezusage der Universität aus dem

13 BVerwG v. 4.7.2016, 6 B 13.16, juris.

14 BVerwG v. 17.8.2009, 6 B 9.09, juris.

15 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 10.

16 VGH 20.04.2020, a.a.O., juris, Rn. 61.

17 juris, Rn. 64.

18 So bereits VGH v. 21.10.2008, a.a.O.

Jahr 2009/2010 intensiver als das VG befasst, insbesondere deren Inhalt aufgrund von Gliederung, Struktur und Wortlaut dezidiert ausgelegt hat. Diese Auslegung erfolgt in den Urteilsgründen höchst sorgfältig und ist nicht zu beanstanden. Soweit das Bleibeangebot „einmalige“ Sachmittel in Höhe von 25.000 € über einen Zeitraum von fünf Jahren festlegte, ist diese Auslegung ebenso naheliegend wie bezüglich der für die Renovierungsarbeiten zur Verfügung gestellten 20.000 €. Dass Mittel für die Renovierung von Universitätsräumen nicht im Intervall von fünf Jahren wiederholt zur Verfügung gestellt werden, hätte sich auch dem Kläger erschließen müssen. Auch der Umstand, dass diese Ressourcen, auch diejenigen für die Erneuerung bzw. Ergänzung der IT-Ausstattung, aus zentralen Mitteln der Universität zur Verfügung gestellt worden sind, untermauert letztlich deren einmalige Gewährung. Während der Großteil der über den Landeshaushalt bei einer Universität etatisierten Mittel den Fakultäten bzw. Fachbereichen dauerhaft zugewiesen sind, werden zentrale Mittel überwiegend dafür eingesetzt, um punktuell, aber nicht dauerhaft, auch einzelne Forschungs- und Lehrkonzepte zu fördern, wozu auch die Gewährung von befristeten Bleibere Ressourcen gehört. Das muss nicht zwingend so sein, kann im Einzelfall aber als Indiz bei der Auslegung einer Zusage eine Rolle spielen.

Die „Einmaligkeit“ einer Ressourcenzuweisung im Rahmen eines Bleibeangebots kann sich auch aus der Formulierung im Einzelfall ergeben, ohne dass das Wort „einmalig“ verwendet wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Zusage beispielsweise die Finanzierung einer Wissenschaftlerstelle „für zwei Jahre als Anschubfinanzierung“ beinhaltet. Mit dieser Formulierung macht die Hochschulleitung hinreichend deutlich, dass sie weder nach Ablauf dieser zwei Jahre nochmals Ermessen über eine erneute Zuweisung ausüben möchte, noch nach Ablauf des Höchstbefristungszeitraums, der in Baden-Württemberg gem. § 48 Abs. 4 S. 3 LHG fünf Jahre beträgt.

#### IV. Bewertung und Fazit

Auf den ersten Blick scheint die Entscheidung nicht sehr viel Neues zu bringen. Hinsichtlich ihrer Ausführungen zu Ansprüchen von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern auf eine bestimmte Ressourcenausstattung bestätigt sie die bisherige höchst- wie obergerichtliche Rechtsprechung. Auch die Zubilligung eines subjektiven Rechts des von einer (Bleibe-) Zusage begünstigten

Lehrstuhlinhabers auf fehlerfreie Ermessensbetätigung, das aus § 48 Abs. 4 S. 3 LHG BaWü gefolgert wird und dem Betroffenen einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Wiederzuweisung der in der Bleibvereinbarung bewilligten Mittel gewährt, liegt auf Linie der bisherigen Rechtsprechung.<sup>19</sup>

Begrüßenswerte Klarheit schafft das Urteil, dass ein solcher Anspruch dann ausgeschlossen ist, wenn es sich bei der Ressourcenzuweisung in einer Bleibezusage um die Gewährung einmaliger Mittel handelt. Hochschulleitungen bekommen damit ein Gestaltungsmittel in die Hand, das ihnen bei allem fiskalischen Druck durch die regelhaft unterfinanzierten Haushalte ein Stück Sicherheit garantiert. Diesen Gesichtspunkt hatte die erstinstanzliche VG Entscheidung verkannt, weshalb der VGH das Urteil zutreffend geändert hat.

Die erhebliche praktische Bedeutung der Entscheidung betrifft einen ganz anderen Aspekt: Hochschulleitungen müssen bei der Formulierung von Berufungs- und Bleibezusagen höchste Sorgfalt walten lassen, um das beschriebene Gestaltungsmittel nicht zu verspielen. Es gilt nicht nur, einer Bleibezusage die Vorbehaltsnorm des § 48 Abs. 4 LHG BaWü bzw. entsprechender Normen in den Hochschulgesetzen der anderen Bundesländer voranzustellen. Derartige Zusagen bedürfen auch klarer und eindeutiger Aussagen über das Ressourcenschicksal nach Ablauf der Befristungszeit. Gegenüber Professorinnen und Professoren, die vor dem Hintergrund eines externen Rufs vor der Entscheidung stehen, diesen anzunehmen oder abzulehnen, ist eine solche Praxis nichts anderes als ein Gebot der Fairness.

#### V. Keine Rechtskraft

Die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg ist nicht rechkräftig geworden. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Urteil auf eine vom Kläger eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 12.11.2020<sup>20</sup> aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen (§ 133 Abs. 6 VwGO).

Den Beschlussgründen<sup>21</sup> ist zu entnehmen, dass die Aufhebung des Urteils auf einer vom BVerwG angenommenen Gehörsverletzung (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 108 Abs. 2 und § 138 Nr. 3 VwGO) durch das Berufungsurteil beruht, weil der VGH Baden-Württemberg den klägerischen Vortrag zu den Begleitumständen des Zustandekommens der Bleibvereinbarung bei deren Auslegung nicht in Erwägung gezogen habe.

19 Vgl. Nachweise in Fn. 10.

20 BVerwG v. 12.11.2020, 6 B 36.20.

21 BVerwG a.a.O., Rn 5, 11 ff.

Unabhängig vom konkreten Ausgang des Rechtsstreits nach erneuter Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof behält die zentrale Aussage des Berufungsurteils Gültigkeit. Werden in einer Berufungs- oder Bleibe-zusage Mittel einmalig gewährt, besteht nach Ablauf des Befristungszeitraums kein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich der Frage ihrer Wiederzuweisung. Die unter IV. vorgenommene Bewertung wie auch das dortige Fazit bleiben von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.11.2020 somit unberührt.

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.

Tobias Mandler und Laura Wegmann

*Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19*

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze ist bereits in ihrem Ausgangspunkt vom Verständnis des „Höchstbefristungsjahres“ abhängig. Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte diese Frage noch dahingehend beantwortet, dass ein Höchstbefristungsjahr gem. § 191 BGB stets mit 365 Tagen zu berechnen sei. Diese Einschätzung hat das Bundesarbeitsgericht jedoch – in Übereinstimmung mit der Ansicht der Autoren<sup>1</sup> und der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm<sup>2</sup> – verworfen und – im Grundsatz – auf die Berücksichtigung von Schaltjahrestagen auch für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG bestanden.

Die gewünschte Klarheit bringt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts jedoch zumindest in dogmatischer Hinsicht nicht und bedarf aus diesem Grund einer näheren Betrachtung. Die nachstehenden Erläuterungen gliedern sich hierzu in eine kurze Wiedergabe der Kernargumente der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. August 2018 (I.), der darauffolgenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2020 (II.) sowie der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. November 2019 (III.), die im Anschluss einer rechtlichen Würdigung zugeführt (IV.) und im Ausblick zusammengefasst werden (V.).

**I. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18**

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in seiner Entscheidung vom 16. August 2018<sup>3</sup> bekanntlich auf die Unwirksamkeit der Befristung eines, an der Universität Potsdam beschäftigten, promovierten Diplom-Che-

mikers erkannt. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG gem. § 191 BGB zu berechnen seien, weil befristete Arbeitsverhältnisse – anders als bei § 14 Abs. 2 TzBfG – nicht zusammenhängend zu verlaufen brauchen und aus diesem Grund § 191 BGB zur Anwendung gelange. Danach sei die zulässige Höchstbefristungsdauer jedenfalls überschritten, denn – anders als bei der Berechnung des maximalen Befristungszeitraums gem. § 191 BGB – müssten Schalttage bei der Berechnung der tatsächlichen Beschäftigungszeit berücksichtigt werden<sup>4</sup>.

Die zulässige Höchstbefristungsdauer von 4.380 Tagen (12 Jahre (Promotions- und Qualifikationsphase) x 365 Tage) war danach aufgrund der tatsächlichen Beschäftigung von 4.382 Tagen jedenfalls um zwei Tage<sup>5</sup> überschritten und die Befristung wurde dementsprechend vom Landesarbeitsgericht für unwirksam erklärt.

**II. BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19**

Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 20. Februar 2019 zugelassen<sup>6</sup> und die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg schließlich im Urteil vom 20. Mai 2020 aufgehoben<sup>7</sup>.

Das Gericht stellte in seiner Entscheidung zunächst klar, dass zwischen der zulässigen Höchstbefristungsgrenze nach Promotions- und Post-Doc-Phase zu unterscheiden sei. Danach sei es unzulässig gewesen, die Höchstbefristungsdauer insgesamt und über die beiden Phasen hinweg zu berechnen (hier 12 Jahre). Vielmehr müsse die jeweilige Höchstbefristungsgrenze für jede

1 Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs.1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff.

2 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.

3 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris; vorgehend ArbG Potsdam, Urteil vom 24. August 2017 – 2 Ca 833/17; vgl. hierzu Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff.; Hitzelberger-Kijima, öAT 2018, 262.

4 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris Rn. 40 f.

5 Bei den zwei Tagen handelte es sich um Schalttage.

6 BAG, Beschluss vom 20. Februar 2020 – 7 AZN 867/18.

7 Müller-Glöge in ErFK, 20. Aufl. 2020, WissZeitVG § 2 Rn. 5; Hitzelberger-Kijima, Anrechnung von Beschäftigungszeiten auf die Höchstbefristungsdauer nach dem WissZeitVG, öAT 2020, 189; Baumgarten, BAG: Berechnung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 I WissZeitVG, ArbRAktuell 2020, 418.

Phase gesondert berechnet werden, was der Senat letztlich aus der Verlängerungsbestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG folgerte: „Diese Verlängerungsbestimmung ergäbe keinen Sinn, wenn § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG als einheitliche rechtliche Befristungsgrundlage mit einer zulässigen (Gesamt-)Höchstdauer zu verstehen wäre“<sup>8</sup>. Zudem seien Verlängerungen gem. § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG) nur „innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer“ möglich. Nur im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG) sei abweichend von diesen Grundsätzen von einer Gesamtbetrachtung auszugehen.

Darüber hinaus bestätigt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zunächst, dass es sich sowohl bei der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG als auch bei dem Anrechnungszeitraum nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG um einen Zeitraum im Sinne von § 191 BGB handle, weshalb die Höchstbefristungsjahre im Grundsatz in 365 Tage und die Monate in 30 Tage umzurechnen seien.

Das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung aber übersehen, dass § 2 Abs. 3 WissZeitVG eine gesetzliche Spezialregelung für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre beinhalte, die einer Berechnung nach § 191 BGB als *lex specialis* vorgehen müsse. Zwar lasse sich dies der Vorschrift „nicht ausdrücklich“ entnehmen, da insbesondere „die Modalitäten der Berechnung des Anrechnungszeitraums“ in § 2 Abs. 3 WissZeitVG nicht festgelegt würden, der Vorrang dieser Regelung folge aber letztlich aus „der Vorstellung des Gesetzgebers“, nach der ein Jahr als solches berücksichtigt werden müsse. Dies folge insbesondere auch aus dem Zweck der Anrechnungsregel und dem Verweis auf § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG, wodurch sichergestellt werde, dass die zulässige Höchstbefristungsdauer einerseits nicht überschritten, andererseits aber auch ausgeschöpft werden könne<sup>9</sup>. Eine Anwendung des § 191 BGB sei danach für die vollen Jahre ausgeschlossen. Im Übrigen sei auch die Einsparzeit nicht nach § 191 BGB zu berechnen, da diese „weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann“. Das Beschäf-

tigungsjahr müsse daher auch im Falle eines Schaltjahres als solches, d.h. mit 366 Tagen, berücksichtigt und in die Berechnung eingestellt werden.

Danebe spreche auch der Zweck des § 191 BGB<sup>10</sup> für ein solches Verständnis. Die Regelung sei auf die Bestimmung einer Summe von nicht notwendigerweise aufeinanderfolgender Tage gerichtet, wobei von vornherein nicht feststünde wann sie eintreten<sup>11</sup>. Demgegenüber liege einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG eine möglichst durchgehende Beschäftigung innerhalb der jeweiligen Qualifizierungsphase zugrunde, was schon aus dem Wortlaut „Verlängerung“ in § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG folge<sup>12</sup>. Insofern sei auch gegenüber den pauschal festgelegten Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG davon auszugehen, dass ein „Beschäftigungsjahr als solches auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet werden soll, sodass ein für die Dauer von sechs Jahren begründetes Arbeitsverhältnis die sechsjährige Höchstbefristungsdauer“ nicht überschreite<sup>13</sup>.

Abschließend stellt das Bundesarbeitsgericht dann aber – ohne nähere Begründung – fest, dass es „einer Berechnung nach § 191 BGB im Fall einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG nur [bedarf], wenn aufgrund von Unterbrechungen und Einsparzeiten unterjährige Beschäftigungszeiten bestehen“<sup>14</sup>. Die Berechnung nach vollen Jahren und Tagen sei in diesem Fall einfach und rechtsicher handhabbar und stelle gleichzeitig sicher, dass bei unterjährigen Beschäftigungszeiten in allen Fällen und unabhängig davon, ob die Beschäftigung in Monaten mit 31, 30, 28 oder 29 Tagen erfolge, der gleiche Zeitraum zur Verfügung stehe.

Für den zu entscheidenden Fall müsse das Landesarbeitsgericht daher die Höchstbefristungsgrenzen neu berechnen und insbesondere Feststellungen zur Promotionszeit des Klägers treffen. Sofern von einem Promotionsbeginn am 15. Oktober 2004 und Promotionsabschluss am 16. Februar 2010 auszugehen sei, ergebe sich hiernach eine Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase von 6 Jahren (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG) und 240 Tagen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG), die durch die tatsächliche Beschäftigungszeit von sechs Jahren und

8 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 20

9 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 24

10 Letztlich geht es hier weniger um den Zweck des – ohnehin nachrangigen – § 191 BGB, als um die Zwecke und Mechanik des WissZeitVG selbst.

11 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 26

12 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

13 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

14 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 28

239 Tagen<sup>15</sup> noch nicht überschritten sei. Müsse hingegen von einem anderen Beginn oder Ende der Promotionszeit des Klägers ausgegangen werden, könnte die Höchstbefristungszeit überschritten und die Befristung demgemäß unwirksam sein<sup>16</sup>.

### III. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19

Auch das Landesarbeitsgericht Hamm musste sich in seiner Entscheidung vom 28. November 2019<sup>17</sup> mit der Frage der Berechnung der Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase auseinandersetzen.

Im zugrundeliegenden Verfahren machte die Klägerin, eine promovierte Juristin, die Unwirksamkeit ihrer Befristungsabrede aufgrund der überschrittenen Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc Phase geltend. Die Klägerin war seit dem 1. November 2010 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und schließlich als wissenschaftliche Mitarbeiterin ab dem 15. August 2013 bis zum 14. August 2018 von der Beklagten auf der Grundlage des WissZeitVG beschäftigt worden.

Das Landesarbeitsgericht wies die Berechnung der Klägerin in seiner Entscheidung schließlich mangels Überschreitung der Höchstbefristungsgrenze zurück. Entgegen der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg stützte es seine Berechnung der Höchstbefristungsgrenze dabei jedoch nicht auf § 191 BGB, sondern – mit den Autoren – auf §§ 187, 188 BGB<sup>18</sup>:

*„bb) Die durch die anrechnungsfähigen Vertragszeiten erreichte Gesamtdauer der Befristungen ist entgegen der Entscheidung des LAG Berlin nicht nach den Vorgaben des § 191 BGB zu berechnen ... § 191 BGB findet hier keine Anwendung, weil das WissZeitVG sowohl in der Predoc-Phase wie auch in der Postdoc-Phase Verlängerungs- bzw. Nichtanrechnungstatbestände vorsieht, die nicht an einen Jahresraum gebunden sind und so zu ggf. taggenauen Berechnungen führen, weshalb das Tatbestandsmerkmal*

*„nach Jahren bestimmt“ nicht erfüllt ist (Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 – in Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2019, 125 – 129). So verlängert sich die zulässige Dauer der Postdoc-Phase nach § 2 Abs. 1 Satz 2 2. HS WissZeitVG in dem Umfang, in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben („Bonuszeit für ungenutzte Promotionszeiten“, Preis/Ulber, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 51). Das bewirkt, dass in diesen Fällen eine nicht nach Jahren bestimmte Befristungshöchstdauer zur Verfügung steht (nämlich: sechs Jahre + taggenau berechnete „Bonuszeit“) (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126). Auch kann gemäß § 2 Abs. 5 WissZeitVG die jeweilige Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG im Einverständnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter um Zeiten im Sinne der § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 – 6 WissZeitVG verlängert werden, ... und dazu führt, dass der Verlängerungszeitraum nach Maßgabe des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG zulässige Höchstdauer angerechnet wird (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126, 127; APS-Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 68, 69, 84, 85). Es hat mithin bei der Berechnung der zulässigen Gesamtbefristungsdauer bei der – oben ausgeführten – Berechnung nach den Regeln der §§ 187, 188 BGB zu verbleiben (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125 ff, 128).“*

### IV. Würdigung

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist in der Sache, nicht aber in ihrer Begründung, zuzustimmen.

1. Gesonderte Berechnung der Höchstbefristungsdauer für Promotions- und Post-Doc-Phase

Das Bundesarbeitsgericht beanstandet die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung zunächst deshalb, weil diese „die“ Höchstbefristungsgrenze für die Klägerin über die

15 Der Kläger war vom 17. Februar 2010 bis zum 31. Mai 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 15. Mai 2017 bei der Beklagten beschäftigt. Das Bundesarbeitsgericht berechnet hierzu zunächst die „vollen Jahre“ und die verbleibenden Tage im Anschluss gesondert: „je drei Jahre vom 17. Februar 2010 bis zum 16. Februar 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2016 sowie 104 Tage vom 17. Februar 2013 bis zum 31. Mai 2013 und 135 Tage vom 1. Januar 2017 bis zum 15. Mai 2017“; BAG Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33. Wie sich bei dieser

tageweisen Betrachtung ein Gleichlauf zwischen den Monaten einstellen soll, erläutert das BAG nicht. Es ist auch fernliegend, denn nach Monaten wird in diesem Zusammenhang nichts befristet oder bestimmt.

16 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33, 34.

17 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.

18 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.



Promotions- und Post-Doc Phase durch Addition der gesetzlich zulässigen Höchstbefristungszeiträume für beide Phasen berechnet und damit nicht zwischen „den“ Höchstbefristungsgrenzen beider Phasen unterschieden hat.

Dem Bundesarbeitsgericht ist insofern zunächst dem Grunde nach zuzustimmen, dass es sich bei beiden Phasen um unterschiedliche Befristungstatbestände handelt und es daher in der Tat keine „Gesamthöchstdauer“ geben kann. Hiervon zu unterscheiden ist aber die Frage nach und Berechnung der Höchstbefristungsdauer.

Die Begründung des Senats für eine getrennte Berechnung kann insoweit schon deshalb nicht überzeugen, weil die getrennte Berechnung aufgrund der Anrechnungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zu keinem anderen Ergebnis führt als eine Gesamtbetrachtung. Indiz dafür, dass die getrennte Berechnung nicht der Mechanik des Gesetzes entspricht, ist hier schon der Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG), für den das Bundesarbeitsgericht eine – tatsächlich unnötige – Ausnahme formuliert und für diesen eine Gesamtbetrachtung fordert.

Das Gericht übersieht zudem, dass die Verlängerungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zwar von einer „Verlängerung“ spricht, hierin aber nicht der letztendliche Befristungsgrund liegt, sondern lediglich die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze durch die Verknüpfung beider Phasen angesprochen und geregelt wird. Eine Notwendigkeit zur getrennten – und damit aufwendigeren – Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen nach den jeweiligen Phasen existiert daher nicht und bleibt letztlich auch ohne spürbaren Vorteil bei der Berechnung<sup>19</sup>. Vielmehr verursacht eine getrennte Berechnung gerade aufgrund der, dann doch, insgesamt wirkenden Verlängerungstatbestände nur unnötige Schwierigkeiten, die im Gesetz nicht angelegt sind oder einen spürbaren Vorteil bringen würden. Selbst in dem – überaus seltenen – Fall, bei dem die Höchstbefristungsdauer der Promotionsphase erreicht – oder überschritten – wurde, bringt die Berechnung nach Phasen kaum Erleichterung: Liegen Verlängerungszeiten vor, muss

auch in diesem Fall genau berechnet werden; sind die sechs Jahre hingegen überschritten, ist schlicht mit sechs Jahren zu rechnen.

Die Berechnung der Höchstbefristungszeiten sollte daher – übereinstimmend mit den Landesarbeitsgerichten – vielmehr als Delta verstanden werden, das nach dem Eintritt in die Post-Doc Phase anwächst und sich durch die verschiedenen Verlängerungstatbestände (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6<sup>20</sup>, Abs. 5 WissZeitVG) weiter – und unabhängig von der jeweiligen Phase – erhöhen kann und von dem dann die jeweiligen Beschäftigungszeiten abzuziehen sind. Anrechnung und Verlängerung sind insoweit auch kein Problem, denn beiden Zeiten kann durch ein bloßes „Verschieben“ der Höchstbefristungsgrenze um diese Zeiten problemlos Rechnung getragen werden<sup>21</sup>.

Dies folgt schlussendlich auch unmittelbar aus den Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 1 Satz 4-6, Abs. 5 WissZeitVG, die ihrerseits gerade nicht zwischen den jeweiligen Phasen unterscheiden und aus diesem Grund auf die „*insgesamt zulässige Befristungsdauer*“ (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG) „nach Absatz 1“ (§ 2 Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG) Bezug nehmen und deren Verlängerung bzw. Nichtanrechnung anordnen. Eine Berechnung nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts wird daher im Regelfall stets eine „gemischte Berechnung“ aus Einzel- und Gesamtbetrachtung erfordern, die den Personalabteilungen und Gerichten die Berechnung kaum einfacher gestalten dürfte.

## 2. Berechnung gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG

Den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts ist in Bezug auf die Berechnung nach „Kalenderjahren“ im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in ihrer Begründung.

Wie das Landesarbeitsgericht Hamm – unter Verweis auf die Autoren – zutreffend feststellt, geht das WissZeitVG auch für die Höchstbefristungszeiten gerade nicht von einem nach Jahren bestimmten Zeitraum aus. Obschon das WissZeitVG hier von „Jahren“ spricht, ist angesichts der Verlängerungs- und Nichtanrechnungstatbestände sowie anhand der gesetzlichen Intention

19 Die Beschäftigung fängt in der Regel unterjährig an und orientiert sich in den seltensten Fällen an starren Jahresgrenzen. Eine „gemischte Berechnung“ aus Jahren und unterjährigen Zeiträumen ist aus diesem der Regelfall und gegenüber eine tageweisen Betrachtung deutlich aufwendiger.

20 Auch in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. hieß es: „Die nach den Sätzen 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich“.

21 Gerade an den Universitätsklinikum ist eine Kumulation von verschiedenen Verlängerungs- und Nichtanrechnungszeiten sowie

von Bonuszeiten der Regelfall, da die beschäftigten Ärztinnen und Ärzte dort bis zur Erlangung des Facharztstitels oft sehr viel länger beschäftigt werden müssen (aus diesem Grund gesteht der Gesetzgeber 9 Jahre für die Qualifizierung zu), als dies bei den wissenschaftlichen Beschäftigten an Universitäten der Fall ist. An Universitäten werden letztlich vor allem Habilitanden in der Post-Doc Phase beschäftigt, sodass sich ein Großteil der „Rechenarbeit“ auf eine überschaubare Anzahl von Einzelfällen beschränkt.

klar, dass das WissZeitVG nicht von einer jahresweisen Betrachtung, sondern einheitlich von einer realen und tageweisen Betrachtung ausgehen muss, vgl. §§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 3, Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG<sup>22</sup>. „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG ist damit die Summe der tatsächlichen Tage im jeweiligen Zeitraum, mithin das entsprechende Kalenderjahr. § 191 BGB ist daher mangels eines „nach Jahren bestimmten Zeitraums“ schon im Ausgangspunkt tatbestandlich nicht anwendbar. Komplizierte Konstruktionen nach Grundsatz (§ 191 BGB), Ausnahme (§ 2 Abs. 3 WissZeitVG) und Rückausnahme (§ 191 BGB für unterjährigen Zeiträume) erübrigen sich danach ebenso, wie dogmatisch kaum zu überbrückende Begründungsschwierigkeiten:

Wie das Bundesarbeitsgericht selbst feststellt, ist „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG das Kalenderjahr und keine fiktive Rechengröße. Dies erkennt der Senat letztlich auch an, wenn er eine durchgehende Beschäftigung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG als den, vom Gesetzgeber, intendierten „Normalfall“ deklariert und hieraus auf den notwendigen Gleichlauf der Beschäftigungszeit und der Höchstbefristungszeit gegenüber den Beschäftigungsjahren erkennt<sup>23</sup>. Das gewünschte Ergebnis lässt sich jedoch viel einfacher und ohne dogmatische Brüche durch eine teleologische Auslegung des „Jahres“ im Sinne von § 2 WissZeitVG mit anschließender Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. §§ 187, 188 BGB erreichen und ist aus diesem Grund vorzugswürdig.

Die Lösung des Bundesarbeitsgerichts überzeugt demgegenüber in dogmatischer Hinsicht kaum: § 2 Abs. 3 WissZeitVG regelt allein die Anrechnung von Beschäftigungsverhältnissen und nicht die (Ausgangs-) Höchstbefristungsdauer, gegenüber der anzurechnen ist. Darüber hinaus ist – worauf *Boemke*<sup>24</sup> zutreffend hinweist – kaum nachvollziehbar, warum § 191 BGB zwar von § 2 Abs. 3 WissZeitVG für die vollen Jahre verdrängt werde, § 191 BGB dann aber bei der Berechnung unterjähriger Zeiträume wieder zur Anwendung gelangen soll. Entweder es besteht ein Vorrang oder nicht. Darüber hinaus folgt auch aus den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts zur „einfachen und rechtssicheren“ Berechnung der unterjährigen Zeiträume kein stichhaltiges Argument, das die Rückausnahme zu § 191 BGB recht-

fertigen würde – zumal gemäß § 191 BGB für die hieraus abgeleitete tageweise Berechnung letztlich auch nichts entnommen werden kann. § 191 BGB ist zudem Auslegungsregel und auf Gesetze allenfalls analog anzuwenden. An einer entsprechenden Lücke dürfte es hier aber schon in Bezug auf § 2 Abs. 3 WissZeitVG fehlen. Schließlich ist § 191 BGB schon seinem Tatbestand nach nicht anwendbar. Es geht bei den unterjährigen Zeiträumen weder um nach „Jahren“ oder nach „Monaten“ bestimmte Zeiträume. Dem WissZeitVG liegt sowohl in Bezug auf die Beschäftigungs- als auch in Bezug auf die Höchstbefristungszeiten erkennbar nur eine tageweise Betrachtung zugrunde.

3. Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und Anrechnungsjahre gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG

Unklar bleibt schließlich, wie das Bundesarbeitsgerichts die „Jahre“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG verstehen wird.

Eine pauschale Betrachtung gem. § 191 BGB verbietet sich insoweit gegenüber § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG schon deshalb, weil die pauschalen „Bonuszeiten“ nicht teilbar sind. Ein „Jahr“ in diesem Sinne ist daher wiederum nicht fiktiv zu berechnen, sondern real, tageweise nach dem Kalenderjahr, in dem die Voraussetzungen für den Verlängerungstatbestand erstmalig eingetreten sind. Liegt in diesem Zeitraum ein Schaltjahr, so sind die Schalttage entsprechend zu berücksichtigen<sup>25</sup>.

§ 2 Abs. 5 Satz 1, 2 WissZeitVG sehen die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses demgegenüber um „Zeiten“ vor, wobei für die Nr. 1, 2 und 5 „die Dauer von zwei Jahren“ nicht überschritten werden „soll“. Auch insoweit dürfte § 191 BGB nicht anwendbar sein. Die „Zeiten“ in § 2 Abs. 5 WissZeitVG sind nicht nach Jahren oder Monaten bestimmt und daher nach der tatsächlichen Dauer der jeweiligen Unterbrechung Tag genau zu berechnen<sup>26</sup>. Rechtsgrundlage für die Berechnung ist insoweit allein § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG iVm. §§ 187, 188 BGB.

Schwieriger zu beurteilen ist die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG: Würde § 191 BGB angewendet, würde dies dazu führen, dass der zweijährige (Schaltjahres)-Auslandsaufenthalt nicht mehr vollstän-

22 Siehe im Einzelnen Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.

23 Gerade aus diesem Grund sollte im Falle von Unterbrechungen auf den Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses und die sich danach ergebende Höchstbefristungsgrenze abgestellt werden. Die konkret zur Verfügung stehenden Schaltjahrestage bleiben so unverändert, vgl. Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 128.

24 Boemke, jurisPR-ArbR 39/2020 Anm. 4. Boemke will letztlich für die Berechnung auf den Rechtsgedanken des § 189 Abs. 2 BGB abstellen. Hierfür dürfte es aber, ebenso wie für § 191 BGB, keinen Anlass geben.

25 Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 129.

26 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221 ff.

dig für die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht (der Schaltjahrestag entfiel). Auch dies wäre vor dem Hintergrund des Gesetzes und der Verlängerung nicht zu rechtfertigen, das dem Beschäftigten die Ausfallzeiten im Grundsatz vollständig erhalten will. Insofern dürfte sich schon aus dem „soll“ in § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG ergeben, dass auch Schaltjahre Berücksichtigung finden können und das „Jahr“ das reale Kalenderjahr meint. Im Falle von Unterbrechungen der Verlängerungszeiten muss der Beginn des Jahres der ersten Verlängerungszeit maßgeblich sein. Der Arbeitnehmer kann selbst über die Verlängerung seines Beschäftigungsverhältnisses und damit auch darüber entscheiden, welche Verlängerungszeiten eingepreist werden sollen.

#### 4. Keine Nettopromotionszeit?

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts heißt es in Rn. 24: *„Die Einsparzeit ist nach ihrem tatsächlichen Umfang zu berechnen; § 191 BGB gilt insoweit nicht, da die Einsparzeit weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann.“*

Dies könnte gegen die Anerkennung einer Nettopromotionszeit<sup>27</sup> sprechen, da in der Anerkennung derselben letztlich eine Unterbrechung der „Einsparzeit“ nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG liegen würde. Das Bundesarbeitsgericht scheint insoweit jedoch vielmehr von der Unteilbarkeit der schließlich nach der Beendigung der Promotion anzurechnenden Einspar- bzw. Promotionszeit<sup>28</sup> auszugehen und hatte die Nettopromotionszeit offensichtlich insoweit auch nicht vor Augen. Die danach anzurechnende Einsparzeit (Nettopromotionszeit) kann in der Tat im Rahmen ihrer Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen nicht unterbrochen wer-

den. Die Entscheidung steht einer Anerkennung der Nettopromotionszeit daher einstweilen nicht entgegen.

#### V. Ausblick

Die unterschiedlichen Berechnungswege und -begründungen des Bundesarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte zeigen, dass es sich bei der Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen um eine durchaus anspruchsvolle und kontroverse Thematik handelt.

Wenngleich das Ergebnis des Bundesarbeitsgerichts schlussendlich überzeugt, kann der aus § 191 BGB und § 2 WissZeitVG bestehenden „Grundsatz-Ausnahme-Rückausnahme-Lösung“ letztlich nicht zugestimmt werden. Vielmehr erscheint es sachgerecht und praktikabel, den Begriff des „Jahres“ im WissZeitVG teleologisch hin zu einem tageweisen Verständnis auszulegen und auf dieser Grundlage eine Tag genaue Berechnung der Beschäftigungs- und auch der Höchstbefristungszeiten anzuerkennen. Nur so lassen sich Realität und Gesetz nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in einen angemessenen und dogmatisch stimmigen Ausgleich bringen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist Richterin am Bundesarbeitsgericht Stuttgart. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

27 Es ist umstritten, ob die sog. Nettopromotionszeit, d.h. die real für die Promotion aufgewandte Zeit maßgebend ist, oder die Bruttopromotionszeit, d.h. die Zeit zwischen Vergabe des Themas und dem Abschluss der Promotion nach der jeweiligen Promotionsordnung, vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254; vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 47; *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl.

2016, WissZeitVG § 2 Rn. 9; *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54; *Löwisch/AR*, 9. Auflage 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 3; *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 274 f.

28 Vgl. hierzu *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 261 ff., 274 f. mwN.

Karoline Haake

*Lehre und Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen*

*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 30.10.2020*

Die Corona-Pandemie stellt die Hochschulen namentlich in den Bereichen Lehre und Prüfungen quasi von heute auf morgen vor neue, noch nie da gewesene Herausforderungen. Aus diesem Anlass befasste sich eine vom Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. ausgerichtete, erstmalig online stattfindende Tagung am 30.10.2020 mit aktuellen rechtlichen Fragestellungen bezüglich Lehre und Prüfungen in der Coronazeit. Die Tagung nahm diese besondere Situation zum Anlass, um sich mit dem Prüfungsrecht in Hinblick auf Online-Prüfungen sowie mit datenschutzrechtlichen Problemen der Online-Lehre und Online-Prüfungen auseinanderzusetzen, rechtlichen Anpassungsbedarf zu beschreiben und praxisnahe Möglichkeiten einer solchen Anpassung aufzuzeigen.

Prof. Volker Epping eröffnete die Tagung als Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts mit der Beobachtung, dass die etwa 200 Teilnehmenden ein starkes Anzeichen für die Relevanz des Themas seien, welches die Hochschulen aktuell vor viele Fragen stelle. Als Präsident der Leibniz Universität Hannover müsse er sich seit Beginn der Corona-Pandemie mit vielzähligen praktischen und rechtlichen Problemen auseinandersetzen, um rechtssichere Prüfungen durchführen zu können, die gleichzeitig dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen.

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

Mit prüfungsrechtlichen Fragestellungen befasste sich der Vortrag mit anschließender Fragerunde von *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich* (Richter, derzeit am Verwaltungsgericht Berlin).<sup>1</sup>

Die Referenten machten zunächst deutlich, dass im Prüfungsrecht streng zwischen dem Prüfungsverfahren

selbst und der Bewertung der Leistung, welche im Prüfungsverfahren abgeliefert wurde, zu unterscheiden sei. Durch die Corona-Pandemie stellen sich Schwierigkeiten hauptsächlich in der Gewährleistung eines fehlerfreien Prüfungsverfahrens. Diese sollten aber nicht zu Anpassungen in der Bewertung, sondern nur zu Anpassungen im Prüfungsverfahren führen.

Hochschulprüfungen hätten immer auch Grundrechtsrelevanz. Wegen der negativen Auswirkungen im Falle des Nichtbestehens einer berufsqualifizierenden Prüfung stelle jede Prüfung dabei einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, welcher aber regelmäßig dadurch gerechtfertigt sei, dass durch die Prüfung der Nachweis der für den Beruf erforderlichen Qualifikation gebracht werden solle. Dieser Eingriff muss dabei unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschehen. Gleichzeitig vermittele Art. 12 Abs. 1 GG den Studierenden auch ein subjektives Recht auf Durchführung der Prüfung, welches beachtet werden müsse.

Zudem sei bei der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens der sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Grundsatz der Chancengleichheit zu wahren. Ein Prüfling im Prüfungsverfahren habe das Recht darauf, nicht durch ein unterschiedlicheres und womöglich schwierigeres Verfahren schlechter gestellt zu werden als seine Mitprüflinge.<sup>2</sup>

Aufgrund des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG seien für die Prüfung, deren konkrete Prüfungsart sowie die Prüfungsmodalitäten hinreichende Rechtsgrundlagen erforderlich. Während die wesentlichen Entscheidungen dabei vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen, dürfen Einzelheiten der Prüfung in untergesetzlichen Normen wie Prüfungsordnungen der Hochschulen geregelt werden. Diese müssen aber genaue Angaben zum Prüfungsverfahren, zulässigen Prü-

1 *Fischer* ist Herausgeber und *Dieterich* neuer Autor des Standardwerks *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht. Die Referenten verfassten schon zu Beginn der Corona-Pandemie einen Aufsatz zum Prüfungsrecht in Coronazeiten, veröffentlicht in *NVwZ* 2020, 657 ff.

2 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

fungsarten und wesentlichen Prüfungsmodalitäten erhalten.<sup>3</sup> Entspreche im Folgenden die Gestaltung einer Prüfung nicht den in der Prüfungsordnung niedergelegten Vorgaben, sei sie rechtswidrig und bei Anfechtung durch den Prüfling grundsätzlich zu wiederholen. Ob pandemiebedingte Anpassungen der Prüfungsordnung insbesondere hinsichtlich Online-Prüfungen vorgenommen werden müssen, hänge daher davon ab, ob die konkret gewählte Prüfungsart und -modalitäten von der bestehenden Prüfungsordnung gedeckt werden.

Im Prüfungsverfahren sei dabei grundsätzlich zwischen drei Prüfungsarten zu unterscheiden: Schriftliche Prüfungen, unter denen Hausarbeiten und Klausuren verstanden werden, daneben mündliche Prüfungen, zu denen auch praktische Prüfungen gezählt werden können, und elektronische Prüfungen.

Trotz unterschiedlicher Bezeichnung<sup>4</sup> seien die aufgrund der Corona-Pandemie online durchgeführten Prüfungen nicht unter den Begriff der elektronischen Prüfung zu subsumieren. Denn bei letzterer handelt es sich um eine eigene Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer mittels eines Prüfprogramms unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.<sup>5</sup> Eine solche Prüfung kann durch audiovisuelle oder interaktive Elemente stark von schriftlichen oder mündlichen Prüfungen abweichen und erfordert dafür in der Prüfungsordnung eine eigene Rechtsgrundlage.

Eine Online-Prüfung sei dagegen eine Prüfung mit elektronischen Informations- und Kommunikationsmitteln, bei der Prüfer und Prüfling sich in unterschiedlichen, nicht offiziellen Prüfungsräumen befinden. Dabei handele es sich grundsätzlich um keine eigene Prüfungsart, sondern nur einen anderen Übermittlungsweg für eine schriftliche oder mündliche Prüfung, sodass grundsätzlich aufgrund des Online-Stattfindens allein keine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden müsse.

Online-Prüfungen können dabei als mündliche Online-Prüfung, als Take Home-Arbeit oder als Klausur unter Videoaufsicht (sog. Proctoring) durchgeführt werden. Mündliche Online-Prüfungen seien dabei grundsätzlich ohne Änderung der Prüfungsordnung möglich, es sei denn, es gebe spezielle Verfahrensregelungen (z.B. zur Öffentlichkeit der Prüfung, räumlichen Anwesenheit während der Prüfung oder zur Anzahl der Prüflinge),

von denen abgewichen werde. Bei der Take Home-Arbeit, bei der regelmäßig auch die Nutzung von Hilfsmitteln zulässig, zumindest aber nicht zu verhindern sei, handele es sich jedoch nicht um eine Klausur, sondern um eine Hausarbeit. Charakteristisch für Hausarbeiten sei es, dass diese mit Hilfsmitteln ohne Aufsicht angefertigt werden dürfen, während eine Klausur per definitionem eine Aufsichtsarbeit ist. Daher kann unter einer online durchgeführten Klausur nur eine Leistung verstanden werden, die mithilfe von Proctoring überwacht wird. Soll eine Take Home-Arbeit angefertigt werden, während die Prüfungsordnung eine Klausur verlangt, muss diese folglich angepasst werden.

Auch wenn dies nicht der Fall ist, könne eine Anpassung der Prüfungsordnung sinnvoll sein, um Rechtssicherheit für die Prüfungen zu gewährleisten. So könne klarstellend ergänzt werden, dass Prüfungen auch über elektronische Kommunikationsmittel stattfinden können. Eine Anpassung der Prüfungsordnung hinsichtlich der Online-Prüfungen sei auch notwendig, wenn dies durch den Landesgesetzgeber vorgeschrieben wird.<sup>6</sup>

Eine Alternative zur Änderung der Prüfungsordnung könne auch das bewusste Abweichen von der Prüfungsordnung mit vorherigem Einverständnis des Prüflings sein.<sup>7</sup> Sofern das Einverständnis freiwillig und voll informiert gewesen sei, sei es für den Prüfling im Anschluss nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB unzulässig, sich auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung zu berufen und die Prüfung aus diesem Grund anzufechten.

Im Anschluss ordneten die Referenten ein, inwieweit welche Online-Prüfungsformen mit den grundrechtlichen Prüfungsgrundsätzen übereinstimmen. Aus dem Leistungsrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG (Recht auf Prüfung) folge grundsätzlich die Pflicht der Hochschule, die Prüfungsverfahren ohne vermeidbare Verzögerungen durchzuführen und in angemessener Zeit abzuschließen.

Besondere Schwierigkeiten können sich durch die Online-Prüfungen bei der Absicherung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG bieten, insbesondere hinsichtlich der technischen Ausstattung der Prüflinge. Probleme im Prüfungsverfahren dürfen dabei jedoch nicht zu inhaltlichen Absenkungen der Prüfungsanforderungen führen, sondern müssen im Rahmen des Prüfungs-

3 Das BVerwG verlangt etwa eine Festlegung der konkreten Zahl der Prüfer und des Verfahrens im Falle von Bewertungsdifferenzen, Urteil v. 10.4.2019 – BVerwG 6 C 19.18.

4 In Berlin als digitale Prüfung, in Bayern als Fernprüfung bezeichnet.

5 Vgl. die Unterscheidung zwischen elektronischer und Online-Prüfung in §§ 96a, 107a der fächerübergreifenden Prüfungsordnung der Humboldt Universität zu Berlin (ZSP-HU).

6 In § 32 Abs. 8 BerlHG heißt es etwa: „Hochschulprüfungen können auch in digitaler Form durchgeführt werden. Näheres regelt die Hochschule in der Rahmenstudien- und -prüfungsordnung.“

7 Akzeptiert von OVG Bremen, Beschluss v. 2.12.2010 – 2 A 47/08. Die Philipps-Universität Marburg hat eine solche Möglichkeit in § 4 ihrer Satzung über Abweichungen im Zulassungs-, Studien- und Prüfungsrecht während der SARS-CoV-2-Pandemie 2020 kodifiziert.

verfahrens (etwa durch Zeitzuschlag) selbst ausgeglichen werden. Eine Verletzung der Chancengleichheit gegenüber anderen Prüfungsdurchgängen sei eher unwahrscheinlich, da Vergleichsgruppen zur Ermittlung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht jahrgangsübergreifend gebildet werden können, sondern immer nur durch die jeweiligen Prüfungskohorten abgebildet werden.

Die erhöhte Täuschungsanfälligkeit insbesondere der Take Home-Arbeiten berge ebenfalls Rechtsunsicherheit: Gelingt durch Täuschung vielen Prüflingen die Prüfung besonders gut, könne sich der relative Bewertungsmaßstab des Prüfers nach oben verschieben, wodurch die Bewertung der Prüfung verzerrt werde. Der besonders gute Ausfall einer Prüfung beeinflusse nämlich in der Regel die Einschätzung des Prüfers von der Schwierigkeit der Prüfung sowie dessen Annahme, worin eine durchschnittliche Leistung liegt, auf deren Basis die abgestuften Noten gebildet werden. Dies stelle einen Bewertungsfehler dar, der zur gerichtlichen Annullierung der Prüfung führen könne.<sup>8</sup>

Werde eine Take Home-Arbeit zudem allein durch Täuschung gelöst, sei diese nicht mehr geeignet, einen Nachweis über die Berufsqualifikation des Prüflings darzustellen. Da die Prüfung aber einen Grundrechtseingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bedeute, sei diese mangels Eignung dann nicht mehr verhältnismäßig. Die Vorteile durch Täuschung sollen daher durch die Prüfungsersteller durch eine entsprechende Aufgabenstellung (z.B. mehr Transferaufgaben, weniger reine Wissensabfrage) möglichst gering gehalten werden.

Die anschließende Fragerunde moderierten *Prof. Ulrike Gutheil* (ehemalige Kanzlerin der TU Berlin, Staatssekretärin im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg a.D.) und *Prof. Volker Epping*. Teilnehmende konnten ihre Fragen dabei nicht nur bereits im Vorfeld online einreichen, sondern auch während der Veranstaltung mithilfe der Chatfunktion stellen.

Die Referenten stellten dabei zunächst klar, dass ein Anspruch auf Durchführung einer konkreten Prüfungsart oder -form sich grundsätzlich nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG

herleiten ließe. Vielmehr stehe den Hochschulen das Organisationsermessen in dieser Hinsicht zu, sofern nicht eine bestimmte Prüfungsart im Hochschulgesetz oder in der Prüfungsordnung kodifiziert sei. Wenn in absehbarer Zeit Präsenzprüfungen nicht möglich sind, könne sich aus dem Anspruch auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelfall die Pflicht ergeben, alle zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um irgendeine Form von Prüfung zu ermöglichen. Ein Wahlrecht des Prüflings zwischen Präsenz- und Online-Prüfungen besteht dabei aber grundsätzlich nicht.<sup>9</sup> Ansprüche auf bestimmte Prüfungsformen können sich allerdings im Einzelfall verdichten, wenn dem Prüfling die Prüfung anders nicht möglich oder zumutbar ist.<sup>10</sup>

Auch technische Störungen im Verlauf der Online-Prüfung dürfen nicht allein der Verantwortung des Prüflings zugewiesen werden. Die Beweislast liege vielmehr bei der Hochschule.<sup>11</sup> Können diese sich exkulpieren und nachweisen, dass von ihrer Seite aus technisch keine Fehler vorlagen, müsse der Prüfling den Gegenbeweis antreten, dass die Störung ebenfalls nicht aus seiner Verantwortungssphäre stamme. Gleichzeitig gelte aber für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren die Rügeobliegenheit für den Prüfling. Unterlasse der Prüfling eine unverzügliche Rüge eines Fehlers im Prüfungsverfahren, könne er sich später nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen. Praktisch zu empfehlen sei den Hochschulen die Durchführung eines Funktionstests mit dem Prüfling, um Rügen vorzubeugen.

Ein veränderter Umgang mit Prüfungsrücktritten sei jedoch aufgrund der Corona-Pandemie nicht gerechtfertigt. Rücktritte mit Wiederholungsrecht seien weiterhin nur unter den üblichen Voraussetzungen – Nachweis der Prüfungsunfähigkeit und unverzügliche Rücktrittserklärung – möglich. Schwierige Prüfungsbedingungen im Rahmen der Pandemie seien allein kein Rücktrittsgrund.<sup>12</sup> Die Gewährung eines voraussetzungslosen Rücktritts nur aufgrund der Pandemie eröffne eine zusätzliche Prüfungschance trotz nicht nachgewiesener Prüfungsunfähigkeit und stelle daher einen Verstoß gegen die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG dar.

8 Ähnlich VG Berlin, Beschluss v. 20.6.2008 – 3 A 226.08.

9 Ein solches dürfe jedoch wie in § 8 der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) freiwillig in der Prüfungsordnung normiert werden. Soll ein Wahlrecht zwischen Online- und Präsenzprüfungen durch die Prüfungsordnung vermittelt werden, sei aber wichtig, an beide Prüfungsformen die gleichen Leistungsanforderungen zu stellen, um nicht die Chancengleichheit zwischen den Prüflingen zu verletzen. So dürfe die Online-Prüfung dann etwa nicht als Take Home-Arbeit und damit als Kurzarbeit durchgeführt werden, während die Präsenzprüfung als Klausur angefertigt wird.

10 Z. B. ein Anspruch auf eine Online-Prüfung wegen Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe (vom OVG Niedersachsen zu Zeiten niedriger Infektionsraten für einen Raucher noch abgelehnt, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20).

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

12 VG Berlin, Beschluss v. 20.4.2020 – 3 L 155.20, 3 L 159.20; bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 21.4.2020 – OVG 3 S 30.20, 3 S 31.20; vgl. auch VG Braunschweig, Beschluss v. 6.10.2020 – 6 B 160/20.

Um das Infektionsrisiko zu verringern, sei es auf Grundlage des Hausrechts der Hochschule auch gerechtfertigt, in der Hochschule zur Anfertigung der Prüfung eine Maskenpflicht zu verhängen.<sup>13</sup> Einem Prüfling mit Erkältungssymptomen die Teilnahme an einer Präsenzprüfung zu verweigern, würde einen Eingriff in sein Recht auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Ein solcher Eingriff könnte etwa aus gefahrenabwehrrechtlicher Sicht gerechtfertigt sein, sofern ein solches Betretungsverbot in einer Rechtsgrundlage kodifiziert sei.<sup>14</sup>

## II. Datenschutz in Zeiten der Coronavirus-Pandemie

Der Vortrag von *Prof. Rolf Schwartmann* (Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln) beleuchtete die datenschutzrechtliche Perspektive von Online-Lehre und -Prüfungen.<sup>15</sup>

*Schwartmann* betonte zunächst, dass selbst, wenn im Online-Prüfungsverfahren nicht gegen das Prüfungsrecht verstoßen worden sei, unabhängig davon trotzdem noch ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegen und ein gerichtliches Verfahren nach sich ziehen könne. Denn die Studierendendaten, welche bei Online-Lehre und -Prüfungen verarbeitet werden, sind personenbezogene Daten und unterstehen daher dem Regime der DSGVO. Diese setze einen engen Rahmen für den Datenschutz, der nicht pandemiebedingt ausgesetzt werden könne. Weder die DSGVO noch die konkretisierenden Bundes- und Landesdatenschutzgesetze bieten den Hochschulen Spielräume beim Datenschutz.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten müsse für die Rechtmäßigkeit der Online-Lehre und -Prüfungen daher durch Art. 6 DSGVO erlaubt sein. In Betracht komme eine Einwilligung der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c) oder die Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Erfüllung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO. Eine Einwilligung zur Datenverarbeitung müsse also nicht eingeholt werden, wenn die Verarbeitung nach anderen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO rechtmäßig sei.

Für die Online-Lehre bedeute dies, dass die Verarbeitung der Studierendendaten in der Videokonferenz grundsätzlich zur Aufgabenerfüllung – Durchführung der Lehre und die Vermeidung eines „Nullsemesters“ – erforderlich sei, weil es in der Coronazeit im Massenbetrieb keine Alternativen gebe. Der Mitschnitt dieser Videokonferenz sei jedoch weder zur Herstellung einer „Konserve“ für die Studierenden noch zur Verfolgung von Lernfortschritten erforderlich. Die betroffenen Studierenden müssten die Hochschule daher per Einwilligung dazu legitimieren. Diese Einwilligung kann jedoch jederzeit gem. Art. 7 Abs. 3 DSGVO mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Faktisch sei diese laut *Schwartmann* daher unbrauchbar, da selbst bei Einwilligung aller Teilnehmenden der Videokonferenz unter mündlicher Beteiligung der Mitschnitt gelöscht werden müsse, wenn nur eine Person die Einwilligung später widerrufe und die Beiträge der Person nicht aus dem Mitschnitt entfernt werden können.

Weitere Unsicherheiten hinsichtlich der Durchführung der Online-Lehre bieten sich bei der Auswahl des richtigen Tools für Videokonferenzen. Dabei müssen die Hochschulen nach Art. 32 DSGVO technisch-organisatorische Maßnahmen unter Berücksichtigung des Stands der Technik ergreifen, um die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. *Schwartmann* machte deutlich, dass auch, wenn sich die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) etwa in einem Positionspapier gegen die Nutzung von Microsoft 365 aussprach oder in der öffentlichen Diskussion Kritik an nicht in der EU gehosteten Tools wie Zoom bestehe, die Benutzung dieser Tools bislang nicht rechtlich unzulässig sei, da weder eine bindende Untersagungsverfügung durch die Datenschutzaufsichtsbehörden noch eine gerichtliche Untersagung vorliege.

Die Auswahl des Tools obliege dabei der Hochschule. Datenschutzrechtlich müssen Hochschulen mit Software-Anbietern eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abschließen, die den inhaltlichen Anforderungen des Art. 28 Abs. 3 DSGVO entsprechen muss.<sup>16</sup>

Ferner müsse die Hochschule Betroffenenrechte sowie technisch-organisatorische Pflichten nach der DSGVO beachten. Nicht nur aus dienstrechtlichen Gründen sollten sich die Hochschullehrer an diese Vorgaben

13 Ablehnend im Mai noch VG Göttingen, Urteil v. 27.5.2020 – 4 B 112/20; bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

14 Z.B. § 7 der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg.

15 *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie

Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jasfers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

16 Entsprechende Vorlagen stelle etwa die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. online bereit.

der Hochschulen halten, sondern auch aus datenschutzrechtlichen Erwägungen. Denn trotz der grundsätzlichen Erlaubtheit von abweichenden Formaten aufgrund der Lehr- und Weisungsfreiheit treffen den Hochschullehrer die Konsequenzen von Alleingängen, da nunmehr der Lehrende selbst datenschutzrechtlich allein verantwortlich sei.

Bezüglich der Durchführung von Online-Prüfungen muss auch im Datenschutzrecht zwischen den verschiedenen Prüfungsarten unterschieden werden. Für Hausarbeiten ändere sich dabei nichts, da diese weiterhin aufsichtsfrei unter Verfügbarkeit von Hilfsmitteln angefertigt werden.

Online-Klausuren, die mithilfe einer Videoaufsicht überwacht werden (Proctoring), seien jedoch datenschutzrechtlich nicht zulässig. Denn beim Proctoring den Prüflingen die technische und räumliche Hoheit über ihre eigene Beaufsichtigung zu verantworten und dies per Videokamera zu überwachen, verletze die Prüflinge in Art. 13 Abs. 1 GG, da die Klausur i.d.R. in der eigenen Wohnung und damit im privaten räumlichen Rückzugsbereich angefertigt werde, sowie in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Videoaufsicht sei auch nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO zur Aufgabenwahrnehmung der Hochschule erforderlich, da ein milderer Mittel die Anfertigung von Take Home-Arbeiten darstelle. Eine Einwilligung in die Videoaufsicht müsse zudem freiwillig sein. Hier sei jedoch sehr fraglich, ob im Verhältnis zwischen Prüfer und Prüfling aufgrund des Machtungleichgewichts nicht ein faktischer Zwang zum Einverständnis vorliege. Zudem bestünde keine echte und freie Wahl, wenn der Prüfling bei Verweigerung der Videoaufsicht auf die Durchführung seiner Prüfung verzichten müsste. Aber auch ein Wahlrecht zwischen der Online-Klausur mit Einwilligung in die Videoaufsicht und der Ablegung einer Präsenzklausur könne das Problem der Freiwilligkeit der Einwilligung oftmals nicht überwinden. Denn eine echte und freie Wahl zwischen zwei gleichwertigen Prüfungsalternativen liege zumindest für einen Risikopatienten während der Coronapandemie nicht vor, wenn dieser bei Durchführung einer Präsenzprüfung eine Infektion und damit ein erhebliches Gesundheitsrisiko befürchten muss.<sup>17</sup> Eine Aufzeichnung und automatische Auswertung der Online-Klausur zu Aufsichtszwecken sei datenschutzrechtlich erst recht unzulässig.

17 Trotz der Wahlmöglichkeit in § 8 BayFEV schätzte *Schwartmann* die Klausuranfertigung unter Videoaufsicht i. S. d. § 6 BayFEV als datenschutzrechtlich unzulässig ein. Unzulässig sei zudem die Möglichkeit der Aufzeichnung und automatischen Auswertung nach § 6 Abs. 4 BayFEV.

*Schwartmann* empfahl stattdessen die Durchführung von Take Home-Arbeiten. Um Täuschungen zu vermeiden, könne dabei auf Transferaufgaben gesetzt und die Bearbeitungszeit knapp gehalten werden. Außerdem können von den Prüfungsbehörden ausschließlich handschriftliche Ausarbeitungen akzeptiert werden, welche eingescannt einzureichen sind, um „Copy-Paste-Antworten“ zu vermeiden. Zur Identitätsfeststellung des Prüflings könne gleichzeitig noch die eingescannte Unterschrift angefordert werden.

Auch bei der anschließenden Korrektur der schriftlichen Prüfung müsse datenschutzrechtlich zulässig vorgegangen werden. Selbst, wenn sich anhand der Matrikelnummer nicht direkt eine Person zuordnen lässt, handelt es sich um personenbezogene Daten. Eine dezentrale Abgabe der Ausarbeitung, bei der die Arbeit direkt an den Korrektor per Mail gesendet wird, offenbart neben der Matrikelnummer zusätzlich noch die Mail-Adresse und im Zweifelsfall die Person des Prüflings. Sowohl aus datenschutzrechtlicher als auch aus prüfungsrechtlicher Perspektive solle daher eine zentrale Ausgabe und Abgabe der Prüfung erfolgen.<sup>18</sup> Eine Speicherung der digitalen Ausarbeitung auf dem Computer des Korrektors bereite zudem Bedenken hinsichtlich des Zugriffs Dritter auf dem Computer. Beim Versenden der Prüfungsunterlagen an einen Korrektor außerhalb der Universität verließen die Unterlagen schließlich den Herrschaftsbereich der Hochschulen, sodass diese im Zweifel nicht mehr nachvollziehen können, wie dort mit den Prüfungsunterlagen verfahren wird. Auch bei der Korrektur sei die Hochschule nach Art. 32 DSGVO dafür verantwortlich, die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. Prüfungsrechtlich müsse zudem die Akteneinsicht des Prüflings in die Korrektur weiterhin möglich bleiben.<sup>19</sup>

Mündliche Prüfungen per Videokonferenz seien mangels Alternative zur Aufgabenwahrnehmung durch die Hochschule erforderlich und daher datenschutzrechtlich zulässig. Es sei dabei Aufgabe der Hochschule, für eine stabile Infrastruktur zu sorgen und das richtige Tool i. S. d. Art. 32 DSGVO auszuwählen. Ebenfalls wie bei der Online-Lehre sollten sich die Prüfer an die Auswahl der Tools halten, um die Verantwortung für datenschutzrechtliche Alleingänge zu vermeiden. Eine Aufzeichnung der Prüfung unter Verwendung personenbezogener Daten der Teilnehmer etwa als Ersatz für das schriftliche Protokoll sei dabei jedoch nicht zur Aufga-

18 Etwa über die Plattformen Moodle oder ILIAS.

19 Aus diesen Gründen empfahl *Schwartmann* das zentrale Sammeln der Prüfungsunterlagen, welche dann ausgedruckt und außerhalb von digitalen Medien dem Korrektor übergeben werden.



benerfüllung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO erforderlich und daher nur mit Einwilligung aller Beteiligten möglich. Dies berge aufgrund der Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung wiederum Rechtsunsicherheit.

Wenn die Datenverarbeitung durch die gewählte Art der Online-Lehre oder -Prüfungen datenschutzrechtlich grundsätzlich zulässig ist, stelle sich weiterhin die Frage, ob eine Anpassung der Prüfungsordnung erforderlich sei. Selbst, wenn eine solche prüfungsrechtlich nicht notwendig sei, habe die Verarbeitung personenbezogener Daten stets auf einer Rechtsgrundlage zu erfolgen. *Schwartmann* empfahl daher, eine entsprechende Formulierung in der Prüfungsordnung aufzunehmen.<sup>20</sup>

Verstößt die durchgeführte Online-Prüfung gegen Datenschutzrecht, bleibe fraglich, ob ein solcher Verstoß auch auf das Prüfungsrecht durchschlage und damit einen Fehler im Prüfungsverfahren bedeute. Handelt es sich bei der Prüfung um einen Verwaltungsakt, sei dies nach § 46 VwVfG zu bestimmen: Entscheidend sei im Einzelfall, ob der datenschutzrechtliche Verstoß das Ergebnis der Prüfung beeinflusst hat.

In der anschließenden Fragerunde, moderiert vom Kanzler der Universität Köln *Dr. Michael Stückradt* und *Prof. Ulrike Gutheil*, stellte *Prof. Schwartmann* zunächst klar, dass es zur Durchführung einer mündlichen Prüfung per Videokonferenz erforderlich sei, für den Prüfer sichtbar teilzunehmen, sodass eine entsprechende Pflicht für den Prüfling nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO rechtmäßig sei. Ansonsten könne die Identitätsfeststellung des Prüflings nicht erfolgen. Zudem zulässig sei die Vorgabe für den Prüfling, vor Durchführung der mündlichen Online-Prüfung die Kamera durch den Raum zu schwenken, um zu zeigen, dass sich keine weitere Person im Raum befinde. Ansonsten könne die mündliche Prüfung aufgrund ihrer Täuschungsanfälligkeit nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden, sodass diese Überprüfung ebenfalls zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sei.

Der Unterschied der mündlichen Online-Prüfungsmittels Videokonferenz zur nach *Schwartmann* unzulässigen Videoaufsicht bei Online-Klausuren sei zunächst, dass das unmittelbare Gegenüberstehen von Prüfer und Prüfling der mündlichen Prüfung – ob online oder in Präsenz – grundsätzlich immanent sei, während dies bei der Präsenzklausur nicht der Fall sei. Zudem gebe es anstelle der Online-Klausur mit Proctoring das mildere Mittel der Take Home-Arbeit, sodass keine Erforderlichkeit für die Videoaufsicht nach der DSGVO vorliege.

Die Videoaufsicht sei auch nicht vergleichbar zu der Aufsicht, die bei Präsenzklausuren erfolge. Entscheidender Unterschied sei, dass die Hochschulen sich mit der elektronischen Überwachung aufgrund der Datenverarbeitung dem Regime der DSGVO unterwerfen, welche die personenbezogene Datenverarbeitung grundsätzlich verbietet, wenn nicht ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 DSGVO vorliegt. Die Videoüberwachung sei daher ebenso unzulässig, wenn sie durch zertifizierte Prüfungszentren oder durch Dritte, mit der Aufsicht beauftragte Unternehmen erfolge.

### III. Resümee und Ausblick

Ob Online-Lehre und Online-Prüfungen rechtmäßig sind und ob ein rechtlicher Anpassungsbedarf der Prüfungsordnungen besteht, ist sowohl prüfungsrechtlich als auch datenschutzrechtlich getrennt zu beurteilen. Größtes Problem ist dabei, die Präsenzklausur zu ersetzen, solange diese pandemiebedingt nicht möglich ist. Während aus prüfungsrechtlicher Sicht zur Gewährleistung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG Online-Klausuren mit Videoaufsicht den Take Home-Arbeiten vorzuziehen sind, scheinen diese datenschutzrechtlich nur schwer durchführbar zu sein. Eine ideale Alternative besteht daher wohl noch nicht.

Anpassungen der Prüfungsordnungen müssen in prüfungsrechtlicher Hinsicht höchstens gemacht werden, wenn von der in der Prüfungsordnung vorgeschriebenen Prüfungsart oder den Prüfungsmodalitäten abgewichen wird. Datenschutzrechtlich ist es jedoch notwendig, in der Prüfungsordnung oder im Hochschulgesetz eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu schaffen.

Im Verlauf der Fragerunden wurde schnell deutlich, dass aufgrund der hohen Teilnehmerzahl sowie des äußerst relevanten Themas der Tagung sehr vieler, teilweise spezielle Fragen aufkamen, welche im zeitlichen Rahmen der Tagung nicht mehr geklärt werden konnten. Die Referenten und Veranstalter erklärten sich daher bereit, zeitnah noch eine zweite Veranstaltung durchzuführen.

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

20 Z. B. „Prüfungen können online und in elektronischer Form abgenommen werden.“

## Ausschreibung des Preises für Wissenschaftsrecht

Der 1994 gegründete Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts verfolgt das Ziel, das Wissenschaftsrecht einschließlich seiner Bezüge zur gesamten Rechtsordnung zu fördern.

Vor diesem Hintergrund hat sich der Verein entschlossen, erstmals im Jahre 2011 und nun bereits zum fünften Mal einen Preis für Wissenschaftsrecht zu vergeben, mit dem herausragende Arbeiten zur Fortentwicklung des Wissenschaftsrechts prämiert werden sollen. Für die Bewertung der Arbeit sind insbesondere folgende Kriterien maßgeblich: der Beitrag zur Fortentwicklung des Wissenschaftsrechts und die Qualität der Bearbeitung der Fragestellung sowie ihre Praxisrelevanz.

### Der Preis ist mit 5.000 Euro dotiert.

Der Preis ist für herausragende Arbeiten von Wissenschaftlerinnen/ Wissenschaftlern vorgesehen, die seit 2017 auf dem Gebiet des Wissenschaftsrechts verfasst wurden.

**Bewerbungen** und Vorschläge sind unter Einreichung der Publikation, eines Kurzlebenslaufes der Autorin/des Autors beziehungsweise der Autorinnen und Autoren, gegebenenfalls der Rezensionen und bei Qualifikationsschriften auch der Gutachten **bis zum 31. Januar 2020** möglich.

**Die Unterlagen sind elektronisch als PDF-Datei über ein Online-Formular** an die Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts **einzureichen**:

<https://www.verein-wissenschaftsrecht.de>

(unter Preis für Wissenschaftsrecht -> Ausschreibung).

Der Vorstand und der Vorsitzende des wissenschaftlichen Beirats des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts wählen die Preisträgerin/den Preisträger aus.

Die Preisverleihung wird im Verlaufe des Jahres 2021 erfolgen.

**Die bisherigen Preisträger des Vereins sind:**

• **2011 Prof. Dr. Klaus F. Gärditz** (Habilitationsschrift zum Thema „Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung“),

• **2013** zu gleichen Teilen **Dr. Ilse-Dore Gräf** (Dissertation zum Thema „Die wirtschaftliche Betätigung von Universitäten. Legitimation und Grenzen“) sowie **Dr. Jörg Stalleiken** (Dissertation zum Thema „Drittmittelforschung im Einkommens- und Körperschaftssteuerrecht. Unter besonderer Beachtung der Abgrenzung steuerbarer wirtschaftlicher Tätigkeiten von steuerfreier hoheitlicher Betätigung staatlicher Hochschulen“),

• **2015 Dr. Sebastian Madeja** (Dissertation zum Thema „Die Institution der Universitätsmedizin als Subjekt der Umsatzsteuer – Verfassungs- und umsatzsteuerrechtliche Problemfelder des Kooperationsmodells insbesondere in der Personalgestaltung“).

• **2017 PD Dr. Margrit Seckelmann** (Habilitationsschrift zum Thema „Evaluation und Recht – Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensgewinnung durch (Wissenschafts-)Evaluationen“).

Für weitere Informationen steht die Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts zur Verfügung:

Geschäftsstelle des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts e. V.  
c/o con gressa GmbH

Maria Kepinska

Engeldamm 62, 10179 Berlin

T. +49 30 284938-45

F. +49 30 284938-50

E. [info@vfdiw.de](mailto:info@vfdiw.de)



# Friedrich Carl von Savigny

## *Schriftsteller und Universitätslehrer*<sup>1</sup>

Der Schriftsteller redet zu Allen, die an seiner Wissenschaft theil nehmen, Gegenwärtigen und Künftigen, ohne Unterschied ihrer Bildungsstufe. Die Allgemeinheit und Unbestimmtheit, in welcher dieses Publicum vor der Seele des Schriftstellers steht, wird unvermeidlich auch seinem Vortrag einen allgemeinen Charakter geben. Sein Werk hat in dem Maaße Werth, als dadurch für die Begründung oder Entwicklung der Wissenschaft ein neuer Gewinn entsteht. Es kommt also nur in Betracht als einzelne Tatsache in der Geschichte dieser Wissenschaft, und der Schriftsteller selbst ist gleichsam nur ein Organ des idealen Geistes, durch welchen diese Wissenschaft fortgehend gebildet wird. So wirkt Alles zusammen, um die Persönlichkeit des Schriftstellers, und den besonderen Weg seiner individuellen Entwicklung, dem Auge des Lesers zu entrücken.

Ganz anders der Universitätslehrer. Ihm gegenüber steht eine Anzahl bestimmter, persönlich bekannter Individuen, Alle auf ziemlich gleicher Bildungsstufe, dieser Wissenschaft in der Regel noch unkundig, aber mit frischer, ungenutzter, unabgenutzter Jugendkraft. Diesen Schülern soll die Wissenschaft, soweit sie gegenwärtig entwickelt ist, in dem Lehrer gleichsam personifiziert erscheinen. Er soll das, was in langer Zeit und sehr allmählich entstanden ist, so lebendig in sich aufgenommen haben, daß ein ähnlicher Eindruck entsteht, als wäre die Wissenschaft jetzt und mit einem Male in seinem Geist erzeugt worden. Indem nun so der Lehrer die Genesis des wissenschaftlichen Denken unmittelbar zur An-

schauung bringt, wird in dem Schüler die verwandte geistige Kraft geweckt und zur Reproduktion gereizt; er wird nicht bloß lernen und aufnehmen, sondern lebendig nachbilden was ihm in lebendigem Werden zur Anschauung gebracht wird. Auch schon im Bücherstudium machen wir die Erfahrung, daß uns oft Ansichten oder Tatsachen vor Auge treten, wohl auch deutlich und überzeugend werden, ohne sich uns bleibend einzuprägen, während dieselben Gedanken, bei günstiger Stimmung unseres Geistes, von dessen productiver Kraft erfaßt, und so uns assimiliert und angeeignet werden. Was nun hierin meist die Wirkung ganz subjectiver und zufälliger Umstände, zuweilen das Verdienst geistreicher Darstellung des Schriftstellers ist, da kann und soll bei recht angewendetem persönlichen Unterricht die regelmäßige Frucht dieser Form der Mitteilung sein.

Nun kann sich zwar diese höhere Wirksamkeit persönlicher Mitteilung unter allen Umständen bewähren; aber daß sie gleich mit dem ersten Eintritt in die Wissenschaft verbunden wird, daß die Frische des Jünglingsalters hinzutritt, und die Wechselwirkung Vieler, die gleichzeitig denselben Eindruck an sich erfahren, das ist es, was den Universitäten ihren hohen, durch Nichts zu ersetzenden Werth verleiht.

1 Friedrich Carl von Savigny, Wesen und Werth der deutschen Universitäten, in Ranke (Hg), Historisch Politische Zeitschrift, 1832, S. 569, 571 f.



# Christian Picker und Sebastian Reif

## *Mein Prof ist ein Nazi — Politischer Extremismus und Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Hochschulen*

### Übersicht

#### I. (Hinter-)Grund

#### II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner
2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft
3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?
4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream
5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

#### III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

##### 1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz

- a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit
  - b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit
  - c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche
- ##### 2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten
- a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen
  - b) Schranken der Meinungsfreiheit
  - c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit
- ##### 3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

#### IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

##### 1. Grundsätzliches

- a) Zeithistorischer Überblick
- b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz
- c) Lösung: Funktionale Differenzierung

##### 2. Beamte

- a) Positive Verfassungstreuepflicht
  - aa) Dogmatische Herleitung
  - bb) Verfassungskonformität

[1] Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

[2] Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

[3] Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

[4] Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

cc) Völker- und europarechtliche Konformität

[1] Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

[2] Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

##### b) Rechtliche Konsequenzen

aa) Zugang

bb) Bestand

[1] Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

[2] Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

##### 3. Arbeitnehmer

a) H. M.: Funktionstheorie

b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

##### 4. Annex: Lehrbeauftragte

##### V. Zusammenfassung

### I. (Hinter-)Grund

Hochschulen sind – verfassungsrechtlich legitimiert und prädestiniert – Horte der Wissenschaftsfreiheit. An ihnen soll möglichst frei geforscht, gelehrt und so um die „richtigen“ Argumente und Ideen gerungen werden – idealerweise im Bewusstsein, dass es keine absoluten Wahrheiten gibt. Traditionell sind Universitäten zudem Orte, an denen Lehrende wie Studierende von ihrer (politischen) Meinungsfreiheit Gebrauch machen; wenn und soweit deren Kommunikation hier nicht als wissenschaftliche durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt ist, ist sie es zumindest durch Art. 5 Abs. 1 GG. Denn möglichst viel freie und offene Diskussion und Information sind sowohl für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn als auch für ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen „schlechthin konstituierend“<sup>1</sup>. Die Resolution des Deutschen Hochschulverbands (DHV) zur Debattenkultur an Universitäten muss daher auch für die Meinungsfreiheit gelten: „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung. [...] Wer die Welt der Universitäten betritt, muss akzeptieren, mit Vorstellungen konfrontiert zu werden, die den eigenen zuwiderlaufen.“<sup>2</sup>

Freilich bestimmt das Grundgesetz auch für diese beiden Grundrechte Grenzen: Wissenschaft und damit Forschung und Lehre sind zwar gem. Art. 5 Abs. 3 GG „frei“ (S. 1), aber die „Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“ (S. 2); und die „vorbehalt-

1 BVerfG 15.1.1958 –1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

2 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

los“ gewährte Forschungsfreiheit unterliegt verfassungsimmanenten Schranken. Weitergehend können (nicht wissenschaftliche) Meinungsäußerungen nach Art. 5 Abs. 2 GG neben den Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden.

Diese Schranken haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht zuletzt aufgrund ihrer Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus gezogen.<sup>3</sup> Auch an den deutschen Universitäten zeigte sich nämlich zwischen 1933-1945, dass akademische Bildung Lehrende wie Studierende weder gegen eine rassistische und antisemitische Ideologie immunisiert noch per se zu „besseren“ Menschen macht und so vor opportunistischem Mitläufertum schützt. Als Rechtswissenschaftler denken wir hier etwa an die Protagonisten der sogenannten Kieler Schule<sup>4</sup>. Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung wurden jüdische und politisch andersdenkende Professoren aufgrund des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7.4.1933<sup>5</sup> sowie des „Gesetzes über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlass des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens“ vom 21.1.1935<sup>6</sup> entlassen. Die dadurch frei gewordenen Stellen wurden gezielt mit jungen regimetreuen Rechtswissenschaftlern besetzt – besonders an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, deren juristische Fakultät so zur nationalsozialistischen „Stoßtruppfakultät“ umfunktioniert wurde. Die neuen Lehrstuhlinhaber erwiesen sich dann auch als willige Unterstützer bei der angestrebten nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“.<sup>7</sup>

Nach 1945 wurden die ostdeutschen Universitäten und Hochschulen erneut in den Dienst einer politisch extremen totalitären Ideologie gestellt: Denn auch die DDR benötigte eine ihr politisch treu ergebene akademische Elite, um ihre „Diktatur des Proletariats“ zu errichten; entsprechend wurden Studierende wie Lehrende gezielt ideologisch selektiert, indoktriniert und diszipliniert; nicht die intellektuelle Eignung, sondern das Bekenntnis zum „Sozialismus“ (als Chiffre für die SED) entschied über den universitären Zugang, Verbleib und Erfolg.<sup>8</sup>

Unser freiheitlicher Rechtsstaat bedroht die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht mehr; vielmehr schützt und gewährleistet er sie überhaupt erst. Mitunter werden Wissenschafts- wie Meinungsfreiheit an unseren Hochschulen heute jedoch durch Personen(-gruppen) gefährdet, die politisch extrem denken, agitieren und handeln. Dazu gehören auch Hochschulbeschäftigte.

Der Frage, ob und wie der Staat auf solche Beschäftigte als Dienstherr bzw. Arbeitgeber (re-)agieren kann und soll, gehen wir in diesem Beitrag nach. Unberücksichtigt bleiben damit zum einen die *privaten* Hochschulen, da hier nicht der Staat Dienstherr bzw. Arbeitgeber ist.<sup>9</sup> Zum anderen müssen wir (weitgehend) das Problem ausblenden, wie sich Hochschulen gegenüber politisch extremen Studierenden und deren Vertretungen verhalten dürfen und sollen<sup>10</sup>, da hier keine beamten- oder arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse bestehen.

Angesprochen ist damit besonders die verfassungsrechtliche Perspektive: Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sind einerseits *Bürger* und können sich als solche gegenüber dem freiheitsverpflichteten Staat unmittelbar auf ihre (politischen) Grundrechte berufen. Andererseits sind sie *als Beschäftigte* „Teil des Staates“ und unterliegen damit besonderen Pflichten. Zu untersuchen ist daher, ob und inwieweit Beschäftigte an staatlichen Hochschulen einer politischen Treuepflicht ihrem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber gegenüber unterliegen, sowie *vice versa*, ob und inwieweit sich diese auf ihre Grundrechte berufen und politische Toleranz und Neutralität vom unmittelbar grundrechtsverpflichteten Staat einfordern können. Der hier aufgezeigte verfassungsimmanente Dualismus des öffentlichen Dienstes – grundrechtlicher Freiheitsschutz versus staatlicher Verfassungsschutz – wird an staatlichen Hochschulen dadurch verkompliziert, dass diese sowohl Grundrechtsverpflichtete als auch Grundrechtsträger sind – und damit eine Zwitterstellung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen staatlicher Freiheitsverpflichtung und privater Freiheitsberechtigung, einnehmen.

3 Vgl. BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47; Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 28.

4 Vgl. dazu etwa Eckert, Was war die Kieler Schule? in: Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 37 ff.; Erdmann, Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, S. 14 ff.

5 RGBl. 1933 I, S. 175.

6 RGBl. 1935 I, S. 23.

7 Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rn. 546 ff.

8 Dazu nur: Jork/Knoblauch (Hrsg.), Zwischen Humor und Repression – Studieren in der DDR, 2017, passim;

[https://www.deutschlandfunk.de/ddr-studieren-in-einer-diktatur.1310.de.html?dram:article\\_id=398152](https://www.deutschlandfunk.de/ddr-studieren-in-einer-diktatur.1310.de.html?dram:article_id=398152) (31.1.2021).

9 Zum Umgang *privater* Arbeitgeber mit politisch extrem agitierenden Arbeitnehmern ausführlich: Chr. Picker, RdA 2021, 33 ff.

10 Vgl. dazu etwa: <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/rechte-an-hochschulen-warum-deutschen-unis-das-engagement-schwerfaellt-a-1224632.html> (31.1.2021); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article166529076/Die-Hochschulen-haben-nicht-den-Mut-durchzugreifen.html> (31.1.2021).

## II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

Konsens herrscht heute dahingehend, dass der politische Extremismus die zentrale Bedrohung für unseren freiheitlichen Rechtsstaat und unsere offene Gesellschaft ist. Allerdings werden die Gefahren, die von seinen fünf großen Strömungen<sup>11</sup> – Rechtsextremismus, „Reichsbürger“ und „Selbstverwalter“, Linksextremismus, Islamismus sowie extremistische Bestrebungen von Ausländern (ohne Islamismus) – ausgehen, politisch sehr unterschiedlich bewertet.<sup>12</sup>

### 1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) erkennt hingegen als berufener Hüter unserer Verfassung klar, dass *jede* Form des politischen Extremismus den freiheitlichen Rechtsstaat und die offene Gesellschaft bedroht.<sup>13</sup> Damit entspricht es seinem gesetzlichen Schutzauftrag nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BVerfSchG, Informationen über *sämtliche* Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu sammeln und auszuwerten.

Der – in der BRD nach wie vor überwiegend dem völkischen Denken verhaftete – Rechtsextremismus ist zwar (im Gegensatz etwa zum Linksextremismus) schon in seinem ideologischen Kern menschenverachtend; denn er spricht Menschen allein deshalb Menschenwürde und (Grund-)Rechte ab, *weil* diese so sind, wie sie sind (farbig, jüdisch, behindert), ohne dass sie irgendetwas „dafür“ noch hieran ändern können. Auch geht derzeit vom Rechtsextremismus statistisch die größte Gefahr aus: Rechtsextremisten begingen im Berichtsjahr 2019 mit 781 Fällen nicht nur mehr als doppelt so viele Körperverletzungsdelikte wie Linksextremisten (355 Fälle)<sup>14</sup>, sondern auch alle vollendeten Tötungsdelikte im Bereich der politisch motivierten Kriminalität<sup>15</sup>.

Dies ist jedoch kein Grund, die quantitativ wie qualitativ zunehmende Bedrohung durch Linksextremisten<sup>16</sup>

und Islamisten<sup>17</sup> zu relativieren und zu bagatellisieren.<sup>18</sup> Rechtsextremisten (32.080 Personen), Linksextremisten (33.500 Personen) und Islamisten (28.020 Personen) liegen momentan nämlich nicht nur zahlenmäßig ungefähr gleichauf.<sup>19</sup> Vielmehr eint den politischen Extremismus – bei allen grundsätzlichen ideologischen Unterschieden der einzelnen Strömungen – die menschenfeindliche Intoleranz.<sup>20</sup> Alle extremistischen Ideologien basieren – frei und oft entgegen von Fakten – auf einem primitiven Schwarz-Weiß- und kompromisslosen Freund-Feind-Denken; Sündenböcke sind wahlweise und pauschal die Juden, die „Asylanten“, die „Kapitalisten“ oder die „Ungläubigen“.<sup>21</sup> Gegenwärtig etablieren bzw. reaktivieren zudem – ideologisch wie politisch sehr heterogene – pseudoreligiöse „Coronaleugner“ und Verschwörungstheoretiker mit den internationalen „Eliten“ (vornehmlich als Chiffre für demokratisch legitimierte Regierungen und Politiker) ein weiteres Feindbild.<sup>22</sup> Damit erhebt jede dieser Ideologien für sich nicht nur einen – zutiefst wissenschaftsfeindlichen – absoluten Wahrheitsanspruch; vielmehr wird Gewalt grundsätzlich als legitimes Mittel erachtet, um die ideologisch „wahren“ Ziele zu erreichen.<sup>23</sup>

### 2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft

Der Terminus „politischer Extremismus“ ist gesetzlich nicht definiert.<sup>24</sup> Einseitig heißt es in der Begründung zum Rechtsextremismusteil-Gesetz (RED-G)<sup>25</sup> nur: „*Rechtsextremismus ist der Oberbegriff für bestimmte verfassungsfeindliche Bestrebungen, die sich gegen die im Grundgesetz konkretisierte fundamentale Gleichheit der Menschen richten und die universelle Geltung der Menschenrechte ablehnen. Rechtsextremisten sind Feinde des demokratischen Verfassungsstaates*“.<sup>26</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG verwendet als Synonym für politischen Extremismus „*Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*“; entsprechend rechnet das BfV in seinen jährlich erscheinenden Verfassungsschutzberich-

11 So die Einteilung des BfV, Verfassungsschutzbericht 2019, passim, <https://www.verfassungsschutz.de/embed/vsbericht-2019.pdf> (31.1.2021).

12 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 319 ff. m. w. N.

13 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 46 ff., 107 ff., 148 ff., 173 ff., 232 ff.

14 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 25, 32.

15 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 23 ff.

16 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 148 f.

17 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 173 ff.

18 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 320 f.

19 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 53, 116, 180.

20 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 321.

21 [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_9000\\_1.pdf/bbc3b780-9d91-a330-da25-824e02cf62a](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_9000_1.pdf/bbc3b780-9d91-a330-da25-824e02cf62a) (31.1.2021).

22 Vgl. <https://www.boeckler.de/de/interviews-17944-Corona-Pandemie-Politische-Unzufriedenheit-Verschwuerungsmymen-28411.htm> (31.1.2021).

23 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 3 f.; 24 ff.

24 Ullrich, JZ 2016, 169, 170 m. w. N.

25 BGBl. I 2012, 1798.

26 BT-Drs. 17/8672, S. 10.



ten Bestrebungen von Personen(-gruppen), die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten, dem politischen Extremismus zu<sup>27</sup>.

Das Grundgesetz erwähnt und betont diese „freiheitliche demokratische Grundordnung“ als fundamentales verfassungsrechtliches Schutzgut zwar mehrfach (in Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 18 S. 1, 21 Abs. 2, 87a Abs. 4 S. 1 und 91 Abs. 1 GG), definiert sie aber nicht. Das BVerfG beschreibt sie seit 1952 als „eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt.“<sup>28</sup> Zu diesen grundlegenden Prinzipien zählt das BVerfG nicht sämtliche Normen und Institutionen des Grundgesetzes, sondern nur dessen Grundprinzipien und damit „mindestens [...] die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“<sup>29</sup>. Einfachgesetzlich findet sich eine weitgehend identische Auflistung der verfassungsrechtlichen Grundwerte in § 4 Abs. 2 BVerfSchG.

Diese heute allgemein anerkannte Definition<sup>30</sup> hat das BVerfG 2017 dahingehend präzisiert, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung nur „wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“, erfasst; diese ließen sich nicht durch Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG bestimmen.<sup>31</sup> Zu diesen Grundprinzipien zählen die Menschenwürde, das Demokratieprinzip sowie der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.<sup>32</sup> Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist danach „das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt.“<sup>33</sup>

Verfassungsrechtlich ist eine extremistische Einstellung allein jedoch nicht ausreichend, um Extremist zu sein. Wie die erwähnten Vorschriften des Grundgesetzes (Art. 9 Abs. 2: „sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung [...] richten“<sup>34</sup>, Art. 18 S. 1: „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“, Art. 21 Abs. 2: „darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“ und Abs. 3: „darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“) und auch § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG („Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“) zeigen, muss sich die extremistische Einstellung kumulativ in aktiven Handlungen gegen diese Grundordnung niederschlagen.<sup>35</sup> Verfassungsrechtlich ist damit nur extremistisch, wer die Grundordnung des Grundgesetzes subjektiv ablehnt und diese aktiv bekämpft.<sup>36</sup> Politischer Extremismus steht folglich für aktive Verfassungsfeindschaft<sup>37</sup>.

3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?

Damit ist eine politische Einstellung aus verfassungsrechtlicher Sicht extremistisch, die die unverzichtbaren „Kernelemente“<sup>38</sup> der freiheitlich demokratischen Grundordnung – Menschenwürde, Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit – ablehnt. Eindeutig extremistisch ist es etwa, wenn ein „Führerstaat“ oder eine „Diktatur des Proletariats“ propagiert und so neben dem Rechtsstaats- das grundgesetzliche Demokratieprinzip im Kern negiert wird, welches neben der Volkssouveränität die Verantwortlichkeit der Regierung, ein Mehrparteiensystem, die Chancengleichheit der politischen Parteien sowie das Recht auf Opposition voraussetzt<sup>39</sup>. Und sicher rechtsextremistisch ist es, wenn Menschen anderen Menschen (Grund-)Rechte allein wegen ihrer biologischen bzw. ethnischen Herkunft gewähren oder verwehren wollen.<sup>40</sup>

27 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/oeffentlichkeitsarbeit/publikationen/verfassungsschutzberichte> (31.1.2021).

28 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

29 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

30 Vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 62.

31 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619.

32 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619 f.

33 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

34 Die Begriffe freiheitlich demokratische Grundordnung und verfassungsmäßige Ordnung sind nach allgemeiner Ansicht inhaltsgleich, vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020,

GG Art. 18 Rn. 57.

35 Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

36 So auch Ullrich, JZ 2016, 169, 172; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

37 Insofern stimmen politikwissenschaftlicher und juristischer Begriff überein, vgl. Ullrich, JZ 2016, 169 ff. m. w. N.; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Warg, VerwArch 99 (2008), 570, 571; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

38 Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 65.

39 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

40 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 91.

Nicht extremistisch sind hingegen Forderungen nach der konsequenten Durchsetzung *geltenden* Rechts; deshalb ist es etwa nicht rechtsextremistisch, wenn die konsequente Abschiebung krimineller und vollziehbar ausreisepflichtiger<sup>41</sup> Ausländer verlangt wird. Generell können Ansichten, die zwar dem „Zeitgeist“ und „politischen Grundkonsens“ widersprechen, sich aber innerhalb des geltenden Verfassungsrahmens bewegen, nicht als extremistisch bezeichnet werden.<sup>42</sup> Und deshalb ist aus Sicht des Grundgesetzes etwa der Rechtsextremismus, bei dem sich völkisches, rassistisches oder nationalistisches Denken zu einer fundamental verfassungswidrigen, weil die Menschenwürde verletzenden Ideologie verdichtet, etwas kategorial Anderes als (Rechts-)Konservatismus, der im Einklang mit der Verfassung für eine stärkere Betonung tradierter Werte eintritt oder die strikte Durchsetzung von „Recht und Ordnung“ propagiert.<sup>43</sup> Selbst die Forderung nach einer Verfassungsänderung ist nicht notwendig extremistisch, erachtet Art. 79 GG eine solche unter Beachtung des änderungsfesten Kerns der Verfassung doch ausdrücklich für zulässig.<sup>44</sup> Vielmehr ist die Grenze zum Extremismus erst überschritten, wenn eine beabsichtigte Verfassungsänderung nicht nur die Abänderung, sondern die Abschaffung solcher zentraler „Grundwerte“ beabsichtigt, die für die freiheitliche demokratische Grundordnung identitätsprägend sind.

Die Unterscheidung, ob eine Äußerung nur sehr links oder rechts oder schon extremistisch ist, kann im Einzelfall schwierig sein. Angesichts der – rechtlich wie tatsächlich – gravierenden Nachteile für Individuum wie Kollektiv, welches öffentlich als „extremistisch“ gebrandmarkt ist, ist die sorgfältige Differenzierung jedoch rechtsstaatlich unverzichtbar.

*Verfassungsrechtlich* droht extremistischen Individuen die Verwirkung ihrer (politischen) Grundrechte nach Art. 18 GG sowie extremistischen Parteien nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG und Vereinen nach Art. 9 Abs. 2 GG das

Verbot. Weiter bedeutet nicht erst die nachrichtendienstliche Überwachung, sondern bereits die Erwähnung einer Person oder Partei als extremistisch in den frei zugänglichen Verfassungsschutzberichten einen empfindlichen Grundrechtseingriff; denn dem Individuum oder dem Kollektiv wird hier öffentlich vorgeworfen, die Grundprinzipien unserer freiheitlichen Verfassungsordnung bekämpfen und beseitigen zu wollen.<sup>45</sup> Schließlich sind die *Strafverfolgungsbehörden* aufgrund eines meinungsspezifischen Sonderstrafrechts gegen „rechts“<sup>46</sup> heute besonders gefordert, verdächtige Äußerungen sorgfältig auszulegen. Nach § 130 StGB sind nämlich nicht mehr nur Volksverhetzung (Abs. 1) und Leugnung des Holocaust (Abs. 3) strafbar; vielmehr ist seit 2005 auch eine die Würde der Opfer verletzende Verherrlichung, Billigung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft (Abs. 4) unter Strafe gestellt. Während die Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 StGB als allgemeines Gesetz Art. 5 Abs. 2 GG genügt und die nach § 130 Abs. 3 StGB strafbare „Auschwitzlüge“ nach zwar nicht unumstrittener<sup>47</sup>, aber h. M.<sup>48</sup> schon nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst wird, da hier keine Meinung geäußert, sondern eine erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptung aufgestellt wird, sind nach § 130 Abs. 4 StGB Meinungen allein wegen ihres *Inhalts* verboten<sup>49</sup>.

#### 4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream

Gravierender noch als die drohenden rechtlichen Konsequenzen sind für Individuum wie Kollektiv aber mitunter die *gesellschaftlichen* Folgen, wenn und weil diese als Extremisten geächtet werden.<sup>50</sup> Wir leben heute (glücklicherweise!) in einer demokratisch wachen und historisch sensibilisierten medialen Öffentlichkeit, die zumindest rechtsextremistische Aktivitäten entschieden ablehnt.<sup>51</sup> Zum moralisch guten Ton gehört im aufgeklärten Bürgertum die rigorose Intoleranz jedenfalls

41 Vgl. §§ 57 ff., 53 ff., 11, 15 AufenthG, §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 11 S. 1, 12a StAG.

42 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082.

43 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1081.

44 So auch *Ullrich*, JZ 2016, 169, 172.

45 BVerfG 24.5.2005 – 1 BvR 1072/01, NJW 2005, 2912, 2913 f.; BVerfG 26.6.2013 – 6 C 4/12, NVwZ 2014, 233; VGH München 22.10.2015 – 10 B 15.1609, BeckRS 2015, 55371; *Murswiek*, NVwZ 2006, 121 ff.; *ders.*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, 1021, 1028 ff.; *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082; *Gusy*, NVwZ 1986, 6, 7 ff. Zur Eingriffsqualität der Bezeichnung einer Partei als „Prüffall“: VG Köln 26.2.2019 – 13 L 202/19, NVwZ 2019, 1060.

46 *Bickenbach*, DVBl. 2017, 149, 153; *Enders*, JZ 2008, 1092; *Volkmann*, JZ 2010, 209, 213; *ders.*, NJW 2010, 417.

47 Vgl. *Beisel*, NJW 1995, 997, 1000; *Huster*, NJW 1996, 487; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

48 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440; MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

49 Das BVerfG rechtfertigt § 130 Abs. 4 StGB als „Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze“ damit, dass die nationalsozialistische Schreckensherrschaft einzigartig sei und für die BRD „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“ habe, BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

50 Vgl. *Murswiek*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.

51 *Gauck*, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 99 ff.

gegenüber rechten Intoleranten: Private sollen daher keine Geschäftsbeziehungen mit „Rechten“ eingehen oder unterhalten, sondern diese meiden oder gar boykottieren.

Rechtlich ist das grundsätzlich zulässig: Die Bürger sind kraft ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie berechtigt, den Vertragsschluss mit Personen aus beliebigen, auch willkürlichen Gründen abzulehnen: *Stat pro ratione voluntas*.<sup>52</sup>

Einfachgesetzlich verbietet § 19 AGG im allgemeinen Privatrechtsverkehr weder die Benachteiligung wegen der politischen noch wegen der Weltanschauung.<sup>53</sup> Und sowohl der allgemeine (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch die speziellen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze wirken hier auch nach Ansicht des BVerfG allenfalls in „spezifischen Konstellationen“<sup>54</sup> und selbst dann nur mittelbar.<sup>55</sup> Die Vertragsabschlussfreiheit wird somit nur in wenigen Ausnahmefällen<sup>56</sup> zugunsten eines Kontrahierungszwangs beschränkt. Selbst die öffentliche Bezeichnung einer Person als „Faschist“<sup>57</sup> oder „Rechtsextremist“<sup>58</sup> kann als Werturteil über die politische Anschauung einer Person von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sein, ohne dass die so bezeichnete Person nach (verfassungs-)rechtlichen Maßstäben Extremist sein muss.<sup>59</sup>

Damit ist es Privatleuten grundsätzlich gestattet, (echte wie vermeintliche) Extremisten im allgemeinen Privatrechtsverkehr zu diskriminieren. Gleichwohl sind auch die autonom, weil frei von rechtsstaatlichen (Toleranz-)Pflichten agierenden Bürger gesellschaftspolitisch gut beraten, die (verfassungs-)rechtlich gebotene Unterscheidung zwischen (rechten oder linken) Demokraten einerseits und politischen Extremisten andererseits zu treffen und (im Rahmen des geltenden Rechts) intolerant nur gegenüber echten Extremisten zu sein. Andernfalls droht ein illiberaler Mainstream, der Meinungsvielfalt und -offenheit vernichtet und in eine soziale „Ty-

rannei des vorherrschenden Meinens und Empfindens“<sup>60</sup> mündet.

Das Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL ist dazu offenbar nicht in der Lage; unter der Überschrift „Wut und Wissenschaft“<sup>61</sup> fragte es kürzlich rhetorisch-polemisch: „Wie rechts sind Deutschlands Wirtschaftsliberale?“ Als Beleg dafür, dass die Professoren der Ökonomie „ziemlich weit nach rechts“ abdriften, wurden dann nicht nur abstruse Verschwörungstheorien eines VWL-Professors zur Corona-Pandemie angeführt, die dieser erkennbar fachfremd als private Meinung äußert, sondern auch die auf eigener Forschung beruhende Kritik namhafter Wirtschaftswissenschaftler an der Euro-Rettungspolitik und deren Forderungen nach mehr Marktwirtschaft und Wettbewerb. Abgesehen davon, dass sich die Äußerungen eines Coronaleugners keiner politischen Richtung zu- und daher nicht als „rechts“ einordnen lassen, wurde hier nicht unterschieden, ob eine Person oder Meinung rechtsextrem oder nur liberal-konservativ ist, sondern pauschal als „rechts“ diffamiert. Zudem wird nicht zwischen Personen unterschieden, die irrational als Fachfremde private Meinungen äußern und solchen, die rational als Fachleute Wissenschaft betreiben.

##### 5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

Ein rigider Moralismus, der sich undifferenziert gegen (vermeintlich) „rechte“, unschöne oder politisch unkorrekte Meinungen wendet, ist inzwischen nicht nur in der Zivilgesellschaft<sup>62</sup>, sondern gerade auch an Universitäten zu beobachten<sup>63</sup>.

Die Grenzen der Debattenkultur sollen nicht mehr nur Grundgesetz und einfaches Recht, sondern – weit vorgelagert – autonome „Werte“ selbsternannter Tugendwächter bestimmen. Entsprechend sollen nicht mehr die – im demokratischen Rechtsstaat ausschließlich hierzu legitimierten und fachlich versierten – staat-

52 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 6.

53 Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 328 f. m. w. N.

54 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

55 BVerfG 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769; BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667. Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 329 m. w. N.

56 Spezialgesetzlich etwa: §§ 18 ff. iVm § 33 GWB, § 36 Abs. 1 EnWG, § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, § 22 PBefG. Daneben durch allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB, dazu MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 218; BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.11.2020, § 826 Rn. 232 f.; Stadler, BGB AT, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 11.

57 VG Meiningen 26.9.2019 – 2 E 1194/19 Me, AfP 2019, 555.

58 LG Rostock 4.4.2012 – 3 O 748/11 (2), 3 O 748/11, AfP 2012, 492

(„Gesinnungsextremistin“); vgl. auch LG Karlsruhe 31.5.2007 – 8 O 279/07, NJW-RR 2008, 63.

59 Näher Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079 f.; vgl. BVerfG 19.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712.

60 John Stuart Mill, Über die Freiheit, 1972, S. 12.

61 DER SPIEGEL Nr. 23 vom 24.12.2020, S. 102 ff.

62 Sehr klar: Schlink, Der Preis der Enge, F.A.Z. vom 31.7.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-der-gesellschaftliche-mainstream-die-rechten-staerkt-16311578.html?premium> (31.1.2021); Gauck, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 96 f., 100, 118 f.

63 Pieroth, Bedrohte Meinungsfreiheit?, F.A.Z. vom 23.9.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/standpunkt-bedrohte-meinungsfreiheit-16967910.html?premium=ox93040edeb956ee1bf6418ebde39f4ccf&GEPc=s5> (31.1.2021).

lichen Gerichte, sondern politische Aktivisten verbindlich darüber befinden, ob und welche Meinungen ausgrenzend, rassistisch, homophob oder islamophob sind. Jüngstes Beispiel dafür ist die „Stellungnahme der Forschungsstelle für Interkulturelle Studien“ der Universität zu Köln vom August 2020<sup>64</sup>: Auf dem Index der „mensenverachtenden und -feindlichen Äußerungen“ stehen dort Aussagen wie „Der Islam gehört nicht zu Deutschland“ oder „Das Kopftuch ist ein Zeichen für Unterdrückung“. Zwar halten wir diese Aussagen allein schon aufgrund ihrer fehlenden Differenziertheit für unzutreffend. Aber solche Äußerungen dürfen nicht im Rahmen einer selbstanmaßenden „kritischen Rassismus- und Diskriminierungsforschung“ als unsagbar verdammt werden, weil sie (abhängig vom konkreten Kontext) entweder von der Meinungs- oder von der Wissenschaftsfreiheit geschützt und damit verfassungsrechtlich jedenfalls sagbar sind.

Andersdenkende, die gegen die Denk- und Sprechverbote dieser selbsternannten und demokratisch illegitimen Moralapostel verstoßen, werden öffentlich als „mensenfeindlich“ und bestenfalls als „umstritten“ geächtet und sollen vom universitären und öffentlichen Diskurs ausgeschlossen werden. Für diese zwangsweise Exklusion hat sich neudeutsch der Terminus „Cancel Culture“<sup>65</sup> etabliert: Die störende, weil von der eigenen Meinung abweichende Meinung will man nicht nur entschieden ablehnen und ihr widersprechen (was nicht nur verfassungskonform, sondern gesellschaftlich wie wissenschaftlich gerade erwünscht wäre!), sondern „canceln“, also auslöschen.

So wurden an deutschen Hochschulen in den vergangenen Jahren mehrfach renommierte und politisch „unverdächtige“ Wissenschaftler massiv in ihrer Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigt: Erwähnt sei hier nur die Islamwissenschaftlerin *Susanne Schröter*, die im Mai 2019 in Frankfurt die Konferenz „Das islamische Kopftuch – Symbol der Würde oder der Unterdrückung?“ ausrichtete und damit wütende Boykottaufrufe außeruniversitärer Gruppen auslöste. Immerhin: Diese Konferenz fand (dennoch) statt, auch weil sich die Lei-

tung der Goethe-Universität wie der AStA öffentlich zur Professorin und ihrer Konferenz bekannt hatten<sup>66</sup>. Anders war dies aber bei einer weiteren Konferenz von *Susanne Schröter* im Herbst 2017: Hier war als Vortragender der Bundesvorsitzende der Deutschen Polizeigewerkschaft *Rainer Wendt* eingeladen, der kurzfristig wieder ausgeladen werden musste, weil seine Einladung auf scharfen, auch inneruniversitären Protest gestoßen war.<sup>67</sup> Verwiesen sei ferner auf den Politikwissenschaftler *Herfried Münkler* an der Berliner Humboldt-Universität, dem von (anonymen) Bloggern ohne jeglichen belastbaren Anhaltspunkt vorgeworfen wurde, sich als Lehrender rassistisch, sexistisch und militaristisch zu verhalten.<sup>68</sup> Zu nennen ist schließlich der Wirtschaftswissenschaftler *Bernd Lucke*, dessen Vorlesungen nach seiner Rückkehr an die Universität Hamburg im Wintersemester 2019/2020 (unter „Beihilfe“ des dortigen AStA) massiv gestört wurden und deshalb abgebrochen werden mussten – seine nachfolgenden Vorlesungen konnten nur unter Polizeischutz stattfinden.<sup>69</sup>

Zwar wurde die Wissenschaftsfreiheit in den genannten Fällen nicht vom Staat und seinen Hochschulen, sondern von *Privaten* bedroht, die als solche nicht grundrechtsverpflichtet sind und deshalb auch nicht das Grundrecht „Wissenschaftsfreiheit“ verletzen können. Aber auch diese privaten Aktivisten hindern Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler daran, von ihrer Wissenschaftsfreiheit individuell Gebrauch zu machen. Und zu diesen Wissenschaftsfeinden zählen eben nicht nur „Verschwörungstheoretiker“, die gegenwärtig Virologinnen und Virologen massiv bedrohen, und Rechte, die Hetzkampagnen gegen Gender- und Diversitätsforscherinnen veranstalten; sondern eben auch linke Moralisten, die (weniger brutal und dafür umso subtiler) die Definitions- und Diskurshoheit an Hochschulen für sich reklamieren und diese angesichts einer politisch desinteressiert-passiven Mehrheit oft auch durchsetzen können. Das „Meinungsklima an Universitäten“ haben Letztgenannte jedenfalls längst in ihrem Sinne verändert; viele Hochschullehrer empfinden dieses laut einer aktuellen Umfrage als intolerant und einengend.<sup>70</sup>

64 <https://www.hf.uni-koeln.de/data/fi&st/File/Stellungnahme%20final.pdf> (31.1.2021).

65 Näher dazu: <https://www.zeit.de/2020/34/cancel-culture-zensur-usa-meinungsfreiheit-debattenkultur> (31.1.2021).

66 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wende-in-frankfurter-kopftuchkonferenz-raum-fuer-freie-debatte-16179391.html> (31.1.2021); <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/streit-um-kopftuch-konferenz-in-frankfurt-eskaliert-16157556.html> (31.1.2021).

67 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/club-der-vernunft-meinungsfreiheit-an-der-uni-15410075.html> (31.1.2021); vgl. zum

offenen Brief diverser Wissenschaftler gegen das Referat: [https://www.dpolg.de/fileadmin/user\\_upload/www\\_dpolg\\_de/pdf/2017/Offener\\_Brief\\_gegen\\_Rainer\\_Wendt.pdf](https://www.dpolg.de/fileadmin/user_upload/www_dpolg_de/pdf/2017/Offener_Brief_gegen_Rainer_Wendt.pdf) (31.1.2021).

68 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/studenten-kritisieren-herfried-muenkler-anonym-13611258.html> (31.1.2021).

69 <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/causa-bernd-lucke-wir-sind-an-der-grenze-dessen-was-eine-universitaet-leisten-kann-a-1296433.html> (31.1.2021).

70 <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/hoersaal-hochschullehrer-beklagen-meinungsklima-an-universitaeten-16628855.html> (31.1.2021).

Der Staat und seine Hochschulen sind hier dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet<sup>71</sup> und müssen solch illiberalen Tendenzen daher entschieden entgegengetreten. Denn „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung“<sup>72</sup> – und keine von einem moralinsauren Konformismus durchtränkte safe spaces; gerade hier müssen andersdenkende Wissenschaftler und deren Meinungen zumindest „ausgehalten“ werden. Denn möglichst viel freie Kommunikation, Diskussion und Information sind nicht nur für eine pluralistische Demokratie und offene Gesellschaft „schlechthin konstituierend“<sup>73</sup>. Vielmehr sind Meinungsvielfalt und – dieser immanent – Meinungsstreit und Meinungskampf gerade *conditio sine qua non* für echte, weil freie Wissenschaft.<sup>74</sup> Pointiert hat das VG Berlin dies wie folgt formuliert: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromisslos – ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz – zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“<sup>75</sup>

Wohin die ideologische Engführung der Hochschulen und – damit zwangsläufig verbunden – wissenschaftliche Feigheit, Anpasstheit und Opportunismus führen, haben uns zwei Diktaturen auf deutschem Boden furchtbar eindrucksvoll gelehrt. Ein Sprichwort lautet: „Der Teufel kommt nie zwei Mal durch dieselbe Tür“. Wir fügen hinzu: Aber der extremistische Teufel ist für aufgeklärte Demokraten aufgrund seiner ideologischen Intoleranz doch stets erkennbar. Und daher ist auch ein politisch übermotivierter Moralismus, der für sich einen absoluten Wahrheitsanspruch erhebt und Dritte eigenmächtig daran hindert, ihre Grundrechte wahrzunehmen, extremistisch – egal wie moralisch hehr seine Ziele sind.

### III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

Unser Verfassungsstaat begegnet der Bedrohung durch den politischen Extremismus freiheitlich *und* wehrhaft: Er gewährt den Bürgern größtmögliche grundrechtliche Freiheiten und verteidigt seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich, wenn diese durch Rechts(guts)verletzungen konkret bedroht sind.

#### 1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz

Betont liberal und inhaltsneutral sind insbesondere – für unser Thema zentral – die Meinungsfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit ausgestaltet.

##### a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG weit: Er umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG alle Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind.<sup>76</sup> Diese unterliegen keinem inhaltlichen Vorbehalt; es kommt also nicht darauf an, „ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden“.<sup>77</sup> Weitergehend hält das BVerfG fest: „Der Meinungsäußernde ist insbesondere auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen zu teilen, da das Grundgesetz zwar auf die Werteloyalität baut, diese aber nicht erzwingt“.<sup>78</sup> Damit sind sogar verfassungsfeindliche Meinungen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.<sup>79</sup> Entsprechend besteht auch keine Verfassungstreuepflicht für jedermann.<sup>80</sup>

71 Vgl. Maunz/Dürig/Gärtditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 269 ff.; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 15 ff. Allgemein zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 65 f.; Canaris AcP 184 (1984), 201, 225 ff. Beide Ansätze zusammenführend: Maunz/Dürig/Langefeld, 92. EL August 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 82.

72 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

73 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

74 Vgl. Maunz/Dürig/Gärtditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 20 ff., 31.

75 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/8, NJW 1989, 1688, 1690.

76 BVerfG 17.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712; BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273; BVerfG 9.10.1991 –

1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439.

77 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

78 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

79 Maunz/Dürig/Grabenwarter, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68.

80 Zumindest missverständlich: BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268, 1269: „Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, deren Verfassung von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Ordnung erwartet“; ebenso Bezug nehmend darauf BVerwG 27.6.1983 – 1 B 73/83, DVBl. 1983, 1013, 1014. Bei der Schaffung des Grundgesetzes wurde eine Vorschrift über die Pflicht aller Bürger zur Verfassungstreue zwar erwogen, aber verworfen, vgl. Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982, S. 61 – Fn. 116.

## b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Noch umfassender ist der Schutz durch die „vorbehalten“ gewährleistete Wissenschaftsfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gesondert<sup>81</sup> normiert ist. Das BVerfG legt den verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff weit aus.<sup>82</sup> Danach ist Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“<sup>83</sup> Geschützt werde keine „bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie“<sup>84</sup>. Dies folge „unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis.“<sup>85</sup>

Und deshalb hängt ihr Schutz auch „weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege“, sie „schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives Vorgehen den Schutz des Grundrechts. Voraussetzung ist nur, daß es sich dabei um Wissenschaft handelt“<sup>86</sup>. Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG ist damit zwar von „der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit“ geprägt, erfordert aber eines „für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs“.<sup>87</sup> Die wissenschaftliche Betätigung – also das Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe – muss frei sein von staatlicher Ingerenz.<sup>88</sup>

## c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche

Für unser Thema zentral ist die Frage, wie die Schutzbereiche der beiden Grundrechte bei Äußerungen von Wissenschaftlern voneinander abzugrenzen sind.

Bei wissenschaftlichen Äußerungen geht die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) als *lex*

*specialis* vor – und zwar unabhängig, wo und wie diese (etwa in Presse oder Rundfunk) getroffen werden.<sup>89</sup> Charakteristisch für Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist, dass Wissen nach den Regeln besonderer Rationalität gewonnen und vermittelt wird oder werden soll.<sup>90</sup> Entsprechend zeichnet sich wissenschaftliche Kommunikation dadurch aus, dass Aussagen fachlich-rational begründet werden.<sup>91</sup>

Demgegenüber schützt die Meinungsfreiheit jede Äußerung, die durch subjektives Dafürhalten geprägt ist – unabhängig von ihrem Inhalt und sei sie noch so irrational. Die Meinungsfreiheit ist „eine Freiheit zur Irrationalität, ein Grundrecht des Emotionalen, des Unreflektierten, des radikalen Relativismus.“<sup>92</sup> Insbesondere werden keine Anforderungen an wissenschaftlich fundierte Begründungen gestellt.<sup>93</sup> Denn: „Teilnehmer am Meinungsstreit kann [...] jeder sein, gleich wie schlecht begründet eine Meinung ist. Demgegenüber hängt die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs von spezifischen Rationalitätsstrukturen der Argumentation ab, die einen hohen Grad an fachlicher Professionalität voraussetzen.“<sup>94</sup>

Folglich ist nicht jede Äußerung eines Wissenschaftlers durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt: Wissenschaft liegt nicht vor, weil sich *Wissenschaftler* äußern, sondern weil sie sich *wissenschaftlich* äußern.<sup>95</sup> Allgemeine politische Äußerungen von Wissenschaftlern sind typischerweise nicht wissenschaftlich und unterfallen daher (nur) der Meinungsfreiheit.<sup>96</sup> Umgekehrt verlieren Äußerungen ihren wissenschaftlichen Charakter aber nicht dadurch, dass sie politischen Positionen nahestehen oder solche wissenschaftlich bewerten.<sup>97</sup>

## 2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten

Freilich bekennt sich das Grundgesetz nicht nur positiv zu seiner freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Werteordnung – und ist damit *selbst* antitotalitär und nicht wertneutral.<sup>98</sup>

81 Die normative Unterscheidung des Grundgesetzes zwischen (bloßer) Meinung und wissenschaftlicher Forschung und Lehre war nicht immer selbstverständlich. Im Parlamentarischen Rat stand auf Grundlage des sogenannten *Bergsträsser*-Entwurfs zur Debatte, die Wissenschaftsfreiheit nur als Teil der Meinungsfreiheit, nicht aber als selbstständige Garantie zu schützen. Vgl. dazu Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 8 f.

82 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

83 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

84 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

85 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

86 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

87 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1781.

88 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

89 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3

Rn. 32 m. w. N.

90 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 30.

91 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31; *ders.*, *WissR* 51 (2018), 5, 19, 23.

92 Gärditz, *WissR* 51 (2018), 5, 19.

93 Voigt, *GS Jellinek*, 1955, S. 259, 262.

94 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31.

95 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 6.

96 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 6.

97 v. Coelln, *WissR* 52 (2019), 3, 8 f.

98 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

## a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen

Vielmehr trifft unsere Verfassung selbst „Vorkehrungen gegen ihre Bedrohung, sie institutionalisiert besondere Verfahren zur Abwehr von Angriffen auf die verfassungsmäßige Ordnung, sie konstituiert eine wehrhafte Demokratie“<sup>99</sup>. Das Grundgesetz will so sicherstellen: „Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen“<sup>100</sup>. Unsere Verfassung ist somit kumulativ freiheitlich und wehrhaft.<sup>101</sup>

Zum Schutz seiner Grundordnung verpflichtet das Grundgesetz in Art. 1 nicht nur den Staat, diese einfachgesetzlich zu sichern und zu gewährleisten.<sup>102</sup> Vielmehr statuiert es in Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG eigene Schutzmechanismen, um Angriffe auf seine Grundordnung zu vermeiden bzw. abzuwehren. Weiter bestimmt das Grundgesetz für die einzelnen Grundrechte Grenzen und Schranken – so auch für die hier im Mittelpunkt stehende Meinungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit.

## b) Schranken der Meinungsfreiheit

Der Schutz durch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird schon dadurch begrenzt, dass nach h. M. erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich ausgenommen sind.<sup>103</sup> Aus diesem Grund ist etwa die „Auschwitzlüge“ nicht vom Schutzbereich erfasst.<sup>104</sup> Meinungsäußerungen können neben Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden. Allgemeine Gesetze sind nach der „Kombinationsformel“ des BVerfG nur solche Gesetze, „die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder

gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.<sup>105</sup> Diese „meinungsneutralen“ Gesetze sind ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit zu interpretieren (Wechselwirkungstheorie) und werden so durch die Meinungsfreiheit beschränkt.<sup>106</sup>

## c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit

Auch der grundrechtliche Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit ist begrenzt. Er wird – wie bei jedem Freiheitsrecht des Grundgesetzes – durch die Definition des geschützten Bereichs beschränkt: auf die Wissenschaft.<sup>107</sup> Eine besondere und ausdrücklich normierte Grenze enthält Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG für die Lehrfreiheit; denn nach der *Verfassungstreueklausele* in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG entbindet diese „nicht von der Treue zur Verfassung“. Unabhängig von der (umstrittenen) dogmatischen Einordnung<sup>108</sup> ist sie restriktiv auszulegen und verbietet daher nicht jede Kritik an der Verfassung<sup>109</sup>. Dies zeigt sich deutlich anhand einer historischen Genese: Bei Entstehung der Wissenschaftsfreiheit war die Verfassungstreue von Hochschullehrern heftig umstritten und eine zentrale Frage im Parlamentarischen Rat.<sup>110</sup> Die Sorgen waren historisch begründet: Während der Weimarer Zeit wurde die Lehrfreiheit oft dafür missbraucht, gegen die Republik zu agitieren.<sup>111</sup> Zum Hauptkritiker der Wissenschaftsfreiheit wurde der hessische Abgeordnete *Ludwig Bergsträsser*. Er fürchtete ein „*Sonderrecht für die Herren Professoren [...], um den Staat zu unterhöheln*“<sup>112</sup>. Seine Befürchtung war: „*Es ist möglich, daß ein Universitätslehrer seine Vorlesungen dazu benutzt, unter dem Mäntelchen der Wissenschaft den Staat, Organe des Staates und führende Personen des Staates anzugreifen. Bestimmt man in der Verfassung, daß die Wissen-*

99 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

100 BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08, NVwZ 2013, 1468, 1472. Identisch bereits BVerfG 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, NJW 1971, 275, 277.

101 BVerfG 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, NJW 1956, 1393; BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268. Ausführlich dazu: *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 sowie *Becker*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 167.

102 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, BVerfGE 40, 287, 292: „Auftrag, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren und zu verteidigen.“

103 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

104 H. M., BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440;

MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

105 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 und 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303; BVerfG 14.1.1998 – 1 BvR 1861/93, NJW 1998, 1381; BVerfG 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, NJW 2004, 2814, 2815.

106 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

107 Gärditz, WissR 51 (2018), 5.

108 Näher dazu v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18.

109 *T. Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 145 Rn. 32.; v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18; *Manssen*, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, § 17 Rn. 437.

110 Vgl. *Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

111 *Maunz/Dürig/Gärditz*, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 9.

112 *Abg. Bergsträsser* in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzzfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 54 f.

schaft, die Kunst und ihre Lehre frei sind, kann man sich darauf stützen.“<sup>113</sup> Deshalb wurde als Reaktion auf das Verhalten der Hochschullehrer in der Weimarer Republik Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschaffen.<sup>114</sup>

Sinn und Zweck der Norm ist damit, die „Zweckentfremdung“ des Hörsaals zur politischen Agitation zu verhindern.<sup>115</sup> Dies zeigt auch die häufig zitierte Begründung von Carlo Schmid im Parlamentarischen Rat: „Es soll verhindert werden, daß unter dem Vorwand einer wissenschaftlichen Kritik ein Mann auf dem Katheder nichts anderes treibt als hinterhältige Politik, indem er die Demokratie und ihre Einrichtungen nicht kritisiert, sondern verächtlich macht [...]. Aber mir scheint es sehr nützlich zu sein, eine eindringliche Warnung auszusprechen, eine Warnung an solche, die versuchen sollten, die Republik ‚wissenschaftlich‘ zu unterlaufen. Die Leute, die solches etwa vorhaben sollen, sollen genau wissen, daß die Republik entschlossen ist, sich auch gegen Hinterhältigkeiten zu verteidigen!“<sup>116</sup>

Darüber hinaus wird die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zwar vorbehaltlos gewährleistet. Gleichwohl ist der durch sie gewährleistete Schutz nicht grenzenlos: Art. 5 Abs. 2 GG ist wegen der Spezialität des Art. 5 Abs. 3 GG im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 GG nicht anwendbar.<sup>117</sup> Allerdings ergeben sich Schranken der Wissenschaftsfreiheit aus der Verfassung selbst, namentlich in Grundrechten Dritter oder sonstigen Verfassungsgütern.<sup>118</sup> Der Konflikt zwischen grundrechtlich geschützter Wissenschaftsfreiheit und anderen Verfassungsgütern muss „nach Berücksichtigung der Einheit dieses Wertsystems durch Verfassungsauslegung gelöst werden“<sup>119</sup>, wobei der Wissenschaftsfreiheit „nicht schlechthin Vorrang“<sup>120</sup> zukommt. Daher wird die Wissenschaftsfreiheit etwa sicher bei wissenschaftlichen Versuchen an Strafgefangenen gegen deren Willen durch die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt.<sup>121</sup>

3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

Unsere – notwendig skizzenhaften und unvollständigen – Ausführungen sollten dies verdeutlichen: Die grundgesetzliche Entscheidung für einen freiheitlichen und wehrhaften Rechtsstaat ist so richtig wie alternativlos.<sup>122</sup> Unser Rechtsstaat befindet sich wegen des verfassungsimmanenten Dualismus von Grundrechts- und Verfassungsschutz bei der Bekämpfung des politischen Extremismus jedoch stets in einem Dilemma.<sup>123</sup> Sowohl zu viel grundrechtliche Freiheit als auch zu viel Freiheitsbegrenzung kann zum Verlust der grundgesetzlichen Freiheit führen.<sup>124</sup> Der Rechtsstaat muss daher immer und immer wieder neu abwägen, wie tolerant er sich politischen Extremisten gegenüber verhalten muss und wie repressiv er diese bekämpfen darf.

Grundsätzlich muss er den Bürgern so viel Freiheit wie möglich gewähren; denn gerade weil die nationalsozialistische Schreckensherrschaft für die grundgesetzliche Ordnung „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“<sup>125</sup> hat, ist diese so freiheitlich.<sup>126</sup> Der Rechtsstaat muss daher grundsätzlich „auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinanderzusetzen und sie dadurch abzuwehren“<sup>127</sup> vertrauen. Erst wenn und weil Extremisten die freiheitlich demokratische Grundordnung konkret gefährden, darf er diese verteidigen – und auch dann nur rechtsstaatlich.

Deshalb sind auch die verfassungsrechtlichen Schutzinstrumente der wehrhaften Demokratie liberal konzipiert. So zählt das Grundgesetz seine Schutzmechanismen in den Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG nicht nur abschließend auf.<sup>128</sup> Der Staat darf daher „keine weitergehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten [ableiten]“ und

113 Abg. Bergsträsser in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzzfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 55.

114 Löwer, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 1. Aufl. 2011, § 99 Rn. 64; Kahl, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

115 Vgl. Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 m. w. N.

116 Abg. Schmid in der 9. Sitzung des Plenums v. 6.5.1949, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, S. 449.

117 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1621.

118 Siehe nur Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 151, 170 m. w. N.

119 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622.

120 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622; Epping, ZBR 1997, 383, 392.

121 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 29.

122 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 322 f.

123 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324. Vgl. Schliesky, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 Rn. 26: „Dem Prinzip wehrhafter Demokratie ist eine gewisse Widersprüchlichkeit immanent.“; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 97 f.

124 Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 98.

125 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

126 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

127 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

128 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.



kann sich nicht „auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ berufen.<sup>129</sup> Vielmehr gelten für diese Schutzmechanismen auch hohe prozedurale wie materielle Hürden: So können etwa nach Art. 18 GG nur die enumerativ aufgezählten Grundrechte (S. 1) verwirkt werden<sup>130</sup> und Verwirkung und Ausmaß dürfen ausschließlich vom BVerfG ausgesprochen werden (S. 2). Die praktische Bedeutung von Art. 18 GG geht denn auch gegen null<sup>131</sup>: Jedes der bislang vier eingeleiteten Verfahren wurde (nach jeweils mehrjähriger Verfahrensdauer) vom BVerfG abgewiesen. Entsprechendes gilt für das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG, „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“<sup>132</sup> und konzeptionell das „Hauptinstrument“<sup>133</sup> der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes. Auch über das Verbot einer Partei darf nur das BVerfG befinden (Art. 21 Abs. 4 GG), und dieses hat die materiellen Anforderungen an ein Verbot im zweiten NPD-Verbotsverfahren 2017 weiter verschärft: Ausreichend ist nunmehr nicht schon der rechtsstaatlich korrekte Nachweis, dass die fragliche Partei verfassungsfeindlich ist, wobei die Partei sich dafür nicht nur programmatisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richten, sondern diese auch aktiv bekämpfen muss; es bedarf nunmehr weitergehend „konkreter Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen“.<sup>134</sup> Entsprechendes gilt für den 2017 neu eingeführten Art. 21 Abs. 3 GG: Zwar können danach verfassungsfeindliche Parteien (zeitweise) von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossen werden, allerdings nicht verboten und damit nicht gleich effektiv bekämpft werden.

#### IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

Die grundgesetzliche Entscheidung für den freiheitlichen und wehrhaften Verfassungsstaat determiniert die

Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen.

##### 1. Grundsätzliches

Der Staat steht hier als Dienstherr bzw. Arbeitgeber immer schon vor der Frage, wie er die Kollision der beiden Grundwerte des Grundgesetzes – freiheitlich und wehrhaft – (auf-)löst.

##### a) Zeithistorischer Überblick

Politischer Extremismus im öffentlichen Dienst und – daraus resultierend – die Gefahr der „Unterwanderung“ des freiheitlichen Rechtsstaats durch seine Feinde und dessen Zerstörung „von innen heraus“, ist ein zeitlos zentrales Problem.<sup>135</sup>

Bereits die Weimarer Republik schuf gegen diese Bedrohung „von innen“ Vorkehrungen.<sup>136</sup> Durch das „Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik“ vom 21.7.1922<sup>137</sup> wurde in das damalige Reichsbeamtengesetz ein § 10a neu eingefügt. Danach war der Reichsbeamte verpflichtet, „in seiner amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsgewalt einzutreten“ und „alles zu unterlassen, was mit seiner Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinbaren ist“. Da aber Art. 130 Abs. 2 WRV den Beamten „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit“ gewährleistete, waren Inhalt und Grenzen der Treuepflicht gegenüber der Republik umstritten.<sup>138</sup>

Im Jahr 1930 beschloss das preußische Staatsministerium, „die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei und die Kommunistische Partei Deutschlands [...] als Organisationen anzusehen, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der bestehenden Staatsordnung ist“. Hieraus folgte es: „Ein Beamter, der an einer solchen Organisation teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, verletzt dadurch die aus seinem Beamtenverhältnis sich ergebende besondere Treueverpflichtung gegenüber dem Staate und macht sich eines Dienstvergehens schuldig.“<sup>139</sup> Dieser Beschluss wurde hinsichtlich der NSDAP nach dem sogenannten Preußenschlag wieder aufgehoben.

129 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

130 H. M., vgl. BVerfG 6.10.1959 – 1 BvL 118/53, NJW 1960, 29; BVerfG 15.1.1969 – 1 BvR 438/65, NJW 1969, 742; BVerfG 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 38 m. w. N.

131 Volkman, JZ 2010, 209, 210: „ineffektiv“; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 29: „Netto-Kampfwert gegen Null“.

132 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

133 Volkman, JZ 2010, 209, 210.

134 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

135 Es handelt sich auch nicht um ein nationales Problem. Vielmehr besteht diese Gefahr bei jedem freiheitlich demokratisch organisierten Gemeinwesen, welches seine Grundwerte nicht nur

nach außen (Dritten gegenüber), sondern gerade auch nach innen verteidigen muss, vgl. Böckenförde, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG, 1981, S. 10.

136 Näher hierzu Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

137 RGBl. 1922 I, S. 590.

138 Vgl. Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11. Näher Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

139 Allgemeinverfügung des Preußischen Justizministers vom 9.7.1930 – I 10 237, Preußisches Justizministerialblatt 1930, S. 220.

Nach dem „Adenauer-Erlass“<sup>140</sup> von 1950 verletzte seine Dienstpflicht, wer „als Beamter, Angestellter oder Arbeiter im Bundesdienst an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Staatsordnung teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt“. Nicht abschließend wurden 13 Organisationen aufgezählt, in denen man als Staatsbediensteter nicht Mitglied sein durfte. Anlass hierfür war, dass die „Gegner der Bundesrepublik ihre Bemühungen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu untergraben“, verstärkten.

In den 1970er Jahren stand die Bekämpfung des Linksextremismus im Mittelpunkt der sicherheitspolitischen Agenda der damals noch jungen BRD – was angesichts der abstrakten Bedrohung durch den kommunistischen Ostblock und des sehr konkreten Terrors der RAF nachvollziehbar war. Die Regierungschefs von Bund und Ländern befürchteten, dass der öffentliche Dienst durch (Links-)Extremisten „unterwandert“ wird und erließen daher am 28.1.1972 einen gemeinsamen Beschluss<sup>141</sup>, der der Öffentlichkeit als „Radikalenerlass“ oder „Extremistenbeschluss“ bekannt wurde. Dieser Beschluss war auch eine Reaktion der Exekutive auf zunehmende kommunistische und sozialistische Aktivitäten an Universitäten.<sup>142</sup> Er betonte die Pflicht zur Verfassungstreue als Pflicht, sich positiv zur Verfassung zu bekennen, sodass verfassungsfeindliche Bestrebungen eine Verletzung der Dienstpflichten bedeuteten. Begründete Zweifel an der positiven Verfassungstreue von Bewerbern rechtfertigten deshalb im Regelfall deren Ablehnung.<sup>143</sup>

Besonders umstritten war – neben der Frage, ob die Mitgliedschaft eines Staatsbediensteten in einer Partei, welche nicht vom BVerfG verboten ist, dessen Ablehnung oder Entlassung rechtfertigen konnte – das Verfah-

ren der Regelanfragen bei den Verfassungsschutzämtern<sup>144</sup>: Auf Grund dieser Regelanfrage wurden im Zeitraum von 1972 bis 1992 rund 3,5 Millionen Bewerber für den öffentlichen Dienst überprüft. Es kam in ca. 11.000 Fällen zu Verfahren, wobei 1.250 Personen nicht eingestellt wurden.<sup>145</sup> Darüber hinaus wurden rund 260 Beamte und Angestellte im genannten Zeitraum entlassen; besonders betroffen waren neben Lehrern (etwa 80 %) auch Hochschullehrer (etwa 10 %).<sup>146</sup>

Das Verfahren der Regelanfrage wurde von den einzelnen Ländern sukzessive aufgehoben und verlor so an Bedeutung.<sup>147</sup> Zuletzt gab es 1991 auch der Freistaat Bayern auf<sup>148</sup>, der jedoch an dessen Stelle ein neues, eigenes Verfahren einführte, um die Verfassungstreue im öffentlichen Dienst zu prüfen<sup>149</sup>. Danach muss nunmehr jeder Bewerber in einem „Fragebogen zur Prüfung der Verfassungstreue“ ausdrücklich beantworten, ob er Mitglied oder Unterstützer einer oder mehrerer als extremistisch oder extremistisch beeinflusster Organisation war oder ist; die „wichtigsten extremistischen oder extremistisch beeinflussten Organisationen“ sind dabei (nicht abschließend) in einem Verzeichnis<sup>150</sup> aufgezählt.

Gegenwärtig ringen Bund und Länder wieder verstärkt mit dem Problem, wie sie den öffentlichen Dienst frei von Verfassungsfeinden halten können. Wie unverändert real und akut die Bedrohung durch diese ist, zeigen nämlich zahlreiche (rechts-)extremistische Vorfälle in den Sicherheitsbehörden im vergangenen Jahr.<sup>151</sup> Der Freistaat Sachsen versucht dieser Gefahr mit einer neu geschaffenen Koordinierungsstelle für interne Extremismusabwehr und -prävention zu begegnen; deren Ziel ist es, extremistische Bestrebungen von Bediensteten des Innenministeriums wie nachgeordneter Behörden aufzuspüren.<sup>152</sup>

140 Beschluss der Bundesregierung zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung vom 19.9.1950, in: Gemeinsames Ministerialblatt vom 20.9.1950, S. 93. Näher hierzu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 217 ff.

141 Gemeinsamer Beschluss des Bundeskanzlers und der Ministerpräsidenten der Länder zu Grundsätzen über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen, bekanntgegeben in: Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29.2.1972, S. 342. Näher dazu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

142 *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 34; *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 220.

143 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219.

144 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

145 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

146 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

147 Näher *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 221 f.

148 Vgl. *Kathke*, ZBR 1992, 344, 345. Näher zur Entwicklung der Prüfung der Verfassungstreue seit 1980: *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 222 ff.

149 Bekanntmachung über die Pflicht zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst (Verfassungstreue-Bekanntmachung – VerftöDBek) der Bayerischen Staatsregierung vom 3.12.1991 (AllMBL. S. 895, StAnz. Nr. 49), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 27.9.2016 (AllMBL. S. 2138).

150 Verzeichnis extremistischer oder extremistisch beeinflusster Organisationen (nicht abschließend), IMBek vom 29.11.2007.

151 Vgl. etwa <https://www.sueddeutsche.de/politik/nrw-polizeirechtsextremismus-chat-1.5034926> (31.1.2021).

152 <https://www.mdr.de/sachsen/koordinierungsstelle-extremismus-abwehr-sachsen-100.html> (31.1.2021).

Der (zeit-)geschichtliche Rückblick macht deutlich: Politischer Extremismus ist eine offenbar nicht auszurotende verfassungsfeindliche Einstellung von Menschen und damit ein *zeitloses* Phänomen nicht nur generell in Staat und Gesellschaft, sondern auch im öffentlichen Dienst der staatlichen Hochschulen; denn Letztere sind mit ihren vielen Studierenden und Beschäftigten stets Abbild unserer Lebenswirklichkeit: Mit der Zahl der Studierenden (1975: 836.002; 2019: 2.891.049<sup>153</sup>) ist die Zahl ihrer Beschäftigten deutlich gestiegen. Beschäftigten die Hochschulen im Jahr 2010 noch 601.682 Personen<sup>154</sup>, so waren es 2019 bereits 737.762; davon sind 406.659 dem wissenschaftlichen (und künstlerischen) Personal und 331.103 dem nichtwissenschaftlichen (verwaltungstechnischen und sonstigen) Personal zuzurechnen.<sup>155</sup> Dabei überwiegt das Personal der Universitäten mit 578.569 Beschäftigten gegenüber dem der Kunst-, Fach- und Verwaltungshochschulen klar.<sup>156</sup> Diese Zahlen beziehen sich zwar auf alle Hochschulen unabhängig von deren Trägerschaft, schließen also private Hochschulen mit ein. Deren Beschäftigte machen allerdings nur einen sehr geringen Teil aus: Im Jahr 2018 waren an privaten Hochschulen insgesamt lediglich 18.283 Personen beschäftigt, davon 8.147 im wissenschaftlichen und künstlerischen Bereich, 10.136 als Verwaltungs-, technisches und sonstiges Personal.<sup>157</sup> Die Beschäftigten an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen bilden so mit gut 15% einen beachtlichen Teil der rund 4,9 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst.<sup>158</sup>

#### b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz

Der Staat befindet sich bei der Bekämpfung von politischem Extremismus *stets* in einem Dilemma – und besonders als Dienstherr und Arbeitgeber im öffentlichen Dienst: Einerseits verpflichtet das Grundgesetz ihn als wehrhafte Demokratie, seine Grundwerte zu erhalten und zu schützen. Und dazu wäre der Staat nicht in der Lage, wenn seine Bediensteten ihn und seine Grundordnung „von innen heraus“ ablehnen und bekämpfen.

Zutreffend stellte das BVerfG daher bereits 1975 fest: „Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.“<sup>159</sup> Andererseits ist der wehrhafte Staat zugleich ein liberaler, die Grundrechte aller Bürger achtender und schützender Rechtsstaat. Und diese Grundrechte gelten im Rechtsstaat grundsätzlich auch für die Feinde der Freiheit.<sup>160</sup>

Dieser verfassungsimmanente Grundkonflikt – die Kollision der staatlichen Pflicht zum Verfassungsschutz mit der Pflicht, den Bürgern möglichst umfassend grundrechtliche Freiheit zu gewähren – prägt die Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen. Auch hier muss der Staat seine Grundordnung einerseits vor Verfassungsfeinden schützen und verteidigen, andererseits aber umfassend grundrechtliche Freiheiten – und hier ganz besonders die Wissenschaftsfreiheit – achten und schützen.

Besonders klar zeigt sich diese Ambivalenz bei den Beamten; das BVerfG beschreibt sie wie folgt: „Der Beamte genießt Grundrechtsschutz. Er steht zwar ‚im Staat‘ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet, die ihm dem Staat gegenüber obliegen, er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann. In ihm stoßen sich also zwei Grundentscheidungen des Grundgesetzes: Die Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung bejahenden Beamtenkörpers [...] und die Garantie der individuellen Freiheitsrechte“<sup>161</sup>.

Für den verbeamteten Hochschullehrer folgt aus diesem verfassungsimmanenten Konflikt spezifisch: Er ist als *Beamter* Staatsdiener, sodass ihn beamtenrechtliche Pflichten treffen; zugleich genießt er nicht nur allgemein als *Bürger* Grundrechtsschutz, vielmehr ist seine *wissenschaftliche* Tätigkeit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG besonders (umfassend) geschützt.

153 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Tabellen/lrbilo1.html> (31.1.2021).

154 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14, [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile) (31.1.2021).

155 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14.

156 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 15.

157 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Private Hochschulen 2018, 2020, S. 14, 115 f.; [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile) (31.1.2021).

158 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentlicher-Dienst/Tabellen/beschaeftigte-aufgaben.html> (31.1.2021).

159 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

160 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 322 f.

161 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647; ferner BVerfG 20.9.2007 – 2 BvR 1047/06, NVwZ 2008, 416.

## c) Lösung: Funktionale Differenzierung

Wie ist dieses Dilemma – Verfassungsschutz und Grundrechtsschutz – verfassungskonform aufzulösen? Zwar spricht Vieles auf den ersten Blick dafür, dass der Selbstschutz des wehrhaften Verfassungsstaates vorrangig ist<sup>162</sup> und damit eine positive Verfassungstreuepflicht für *alle* Beschäftigte an Universitäten und anderen Hochschulen gelten muss – unabhängig davon, welche konkrete Stellung diese innehaben und welche konkreten Aufgaben diese ausüben.

Eine derart umfassende politische Treuepflicht *aller* Hochschulbeschäftigten würde deren Grundrechte aber auch dann einschränken, wenn ein Funktions- oder Ansehensverlust des Staates gerade nicht zu befürchten ist. Denn nicht jeder Beschäftigte des öffentlichen Dienstes übt hoheitliche Tätigkeiten aus und repräsentiert und vertritt so den Staat. Eine positive politische Treuepflicht, die schematisch für den gesamten öffentlichen Dienst gilt, ist daher weder geboten noch verhältnismäßig.<sup>163</sup>

Gerade weil unser Rechtsstaat kein einseitig wehrhafter, sondern kumulativ liberaler *und* wehrhafter ist, hat er die Grundrechte seiner Beschäftigten möglichst weitgehend zu respektieren. Verfassungsrechtlich notwendig ist es daher, an staatlichen Universitäten und Hochschulen zwischen Beamten und Arbeitnehmern zu differenzieren.

## 2. Beamte

Für die staatlichen Funktionsträger, denen hoheitliche Aufgaben und Befugnisse übertragen sind, gelten beson-

dere politische Treuepflichten. Zu diesen zählen Beamte, Richter und Soldaten.<sup>164</sup> An den Hochschulen unterliegt daher das verbeamtete Personal einer spezifischen Verfassungstreuepflicht<sup>165</sup> – und dazu gehören insbesondere die ganz überwiegend<sup>166</sup> nach § 46 HRG bzw. § 49 Abs. 1 LHG<sup>167</sup> verbeamteten Professorinnen und Professoren.

## a) Positive Verfassungstreuepflicht

Beamte müssen sich nach Ansicht des BVerfG<sup>168</sup> und der h. M.<sup>169</sup> eindeutig zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, sich mit dieser identifizieren und bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Diese sogenannte positive Treuepflicht gilt für sie umfassend: Dienstlich wie außerdienstlich<sup>170</sup> sowie unabhängig von der Art des Beamtenverhältnisses (auf Lebenszeit, Zeit oder Probe) und den konkreten dienstlichen Aufgaben.<sup>171</sup>

Einfachgesetzlich ist diese Pflicht für Bundesbeamte in § 60 Abs. 1 S. 3 BBG und für Landesbeamte wortlautidentisch in § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG positiviert: „*Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.*“

## aa) Dogmatische Herleitung

BVerfG<sup>172</sup> und BVerwG<sup>173</sup> betrachten diese besondere politische Treuepflicht als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums und leiten sie damit unmit-

162 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

163 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

164 Siems, DÖV 2014, 338, 339.

165 BVerfGE 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683; BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837; BVerwG 28.11.1980 – 2 C 24/78, NJW 1981, 1390; BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374; VG Berlin 29.10.2012 – VG 80 K 23.12 OL, BeckRS 2012, 60858.

166 Nach Epping, ZBR 1997, 383, 385 – Fn. 34 waren im Jahr 1997 rund 98 % der Professoren Beamte.

167 Soweit landesrechtliche Vorschriften zitiert werden, handelt es sich um solche des Landes Baden-Württemberg.

168 Grundlegend: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641. Vgl. etwa auch BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

169 Maunz/Dürig/Badura, 92. EL August 2020, GG Art. 33 Rn. 60 m. w. N. Jüngst dazu Lorse, ZBR 2021, 1 ff.

170 BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; VGH Kassel

7.5.1988 – 24 DH 2498-96, NVwZ 1999, 904.

171 H. M., vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135; BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1386; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/80 (BDiszG), NVwZ 1982, 191; VGH Mannheim 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149; ebenso Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 23; zur Praxis: Runderlass des BMI v. 4.2.1993 D I 3-210 152/7; Kathke ZBR 1992, 344. A. A. und für funktionsbezogene Bestimmung der beamtenrechtlichen Verfassungstreuepflicht: Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 33 Rn. 107; Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12, jedenfalls zweifelnd BeckOK BeamtenR Bund/Schwarz, 20. Ed. 1.10.2020, BBG § 7 Rn. 14.1.

172 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

173 BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135.

telbar aus Art. 33 Abs. 5 GG her. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen zählt das BVerfG den „Kernbestand von Strukturprinzipien [...], die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“<sup>174</sup>.

Danach ist sicher die *allgemeine* Treuepflicht der Beamten ein tradiertter Grundsatz des Berufsbeamten-tums.<sup>175</sup> Ob dazu jedoch historisch auch die *besondere* positive Verfassungstreuepflicht zählt, ist angesichts der grundlegenden Staats- und Verfassungsumbrüche in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts zweifelhaft.<sup>176</sup> Sicher kann die personenbezogene Treuepflicht der Beamten gegenüber dem Führer während der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft<sup>177</sup> nicht zur Begründung einer Verfassungstradition herangezogen werden. Diese Pflicht war zwar auch eine besondere, aber eben eine besonders pervertierte. Ob zumindest die Weimarer Reichsverfassung eine entsprechende Verfassungstradition begründet hat, ist zweifelhaft<sup>178</sup>, weil gerade umstritten war, inwieweit diese Verfassung eine politische Treuepflicht für die Beamten statuierte. Art. 130 Abs. 2 WRV garantierte den Beamten nämlich auch „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung“, sodass Inhalt und Grenzen der Treuepflicht umstritten waren.<sup>179</sup>

Allerdings geht es bei der hier fraglichen *politischen* Treuepflicht einzig um die Treue zum Grundgesetz. Ihr Inhalt und Umfang lassen sich deshalb nicht aus der Genese zuvor geltender Verfassungen, sondern allein aus dem Grundgesetz selbst bestimmen.<sup>180</sup> Folglich muss sich eine entsprechende Treuepflicht *originär* aus und mit dem Grundgesetz begründen lassen.

Zur Begründung der *positiven* Verfassungstreuepflicht von Beamten bemüht das BVerfG weiter das Verfassungsprinzip der wehrhaften bzw. streitbaren Demokratie. Dies überzeugt indes nur bedingt, setzt dieses

Prinzip doch gerade eine *aktive* Verfassungsfeindschaft voraus<sup>181</sup>, sodass sich mit ihm lediglich eine *negative*, aber gerade keine *positive* Verfassungstreuepflicht begründen lässt. Erfasst wären mithin nur solche (seltenen) Fälle, in denen Beamte aktiv „kämpferisch“ gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung opponieren, nicht aber die Fälle, in denen Beamte diese nur (passiv) ablehnen, was etwa anzunehmen ist, wenn diese bloß Mitglied einer verfassungsfeindlichen Partei oder Organisation sind.<sup>182</sup> Unabhängig davon gilt das Verbot, sich aggressiv-kämpferisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu betätigen, für alle Bürger – und nicht spezifisch nur für Beamte.

Überzeugend lässt sich die Verfassungstreuepflicht von Beamten mit der *Funktion des Berufsbeamtentums* begründen.<sup>183</sup> Unser Verfassungsstaat geht mit seiner Entscheidung für die wehrhafte Demokratie eine Selbstverpflichtung ein, seine Grundordnung zu schützen und zu erhalten. Da er aber selbst nicht handlungsfähig ist, ist er zwingend auf seine Beamten als ihn Repräsentierende und für ihn Handelnde angewiesen; diesen überträgt er insbesondere das Recht, (für ihn) hoheitliche Gewalt und so seine „Kernfunktion“ auszuüben, Art. 33 Abs. 4 GG.<sup>184</sup> Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung verbietet es zwingend, „*dass der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren auch von der freien inneren Bindung seiner Amtsträger an die geltende Verfassung abhängt, zur Ausübung von Staatsgewalt Bewerber zulässt und in (Ehren-)Ämtern, die mit der Ausübung staatlicher Gewalt verbunden sind, Bürger belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen*“<sup>185</sup>. Für die Verfassungstreue beim Zugang zum Beamtenverhältnis bietet entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt.<sup>186</sup>

174 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189; BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15, NVwZ 2018, 1121, 1123 m. w. N.

175 BVerfG 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1396; BVerfG 15.12.1976 – 2 BvR 841/73, NJW 1977, 1189; BVerfG 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, NJW 1954, 21; Brosius-Gersdorf in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 186 m. w. N. Ausführlich zur historischen Entwicklung der beamtenrechtlichen Treuepflicht: Laubinger, FS Ule, 1977, 89 ff.

176 Im Einzelnen Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 10 f.; ebenso Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 232 f.

177 Näher dazu: Laubinger, FS Ule, 1977, S. 89, 105 ff.; Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 215 ff.

178 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11: „keine tragfähige Grundlage zur Herleitung der politischen Treuepflicht“; dem zustimmend Lorse, ZBR 2021, 1, 5; ferner Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

179 Näher Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11.

180 Vgl. Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

181 Siehe oben II.2.

182 Richtig Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12.

183 Ebenso Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12; Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

184 Vgl. Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 107.

185 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568, 2569.

186 Darauf stellt maßgeblich Lorse, ZBR 2021, 1, 6 ab. Vgl. zur Verfassungstreue als Eignungsmerkmal: Maunz/Dürig/Badura, 91. EL April 2020, GG Art. 33 Rn. 33; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

## bb) Verfassungskonformität

Das BVerfG hält die politische Treuepflicht der Beamten für verfassungskonform.<sup>187</sup> Zwar können sich auch Beamte auf ihre Grundrechte berufen<sup>188</sup>, insbesondere auf das Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauung (Art. 3 Abs. 3 GG), die auch durch Art. 33 Abs. 3 GG geschützte Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), sowie die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Aber sie können ihre Grundrechte wegen der „*Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung behandelnden Beamtenkörpers*“ nur verfassungskonform ausüben.<sup>189</sup> Der Grundrechtsschutz darf die politische Treuepflicht nicht zugunsten von Verfassungsfeinden relativieren.

## (1) Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

Das BVerfG legt in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1975 das Merkmal der „politischen Anschauung“ äußerst restriktiv aus: Art. 3 Abs. 3 GG soll nur das „Haben“, nicht aber das Äußern und Betätigen einer politischen Überzeugung schützen.<sup>190</sup> Denn die Betätigung der politischen Gesinnung sei „eindeutig“ durch besondere Grundrechte geschützt. Weiter gelte das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht „absolut“.<sup>191</sup> Verboten sei nur die gezielte Benachteiligung (oder Bevorzugung) wegen der politischen Einstellung, nicht aber ein Nachteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist. Schließlich müsse Art. 3 Abs. 3 GG „aus dem Kontext der Verfassung“ heraus ausgelegt werden; diese konstituiere eine „wehrhafte Demokratie“, die über Art. 3 Abs. 3 GG nicht ihren Feinden ausgeliefert werden dürfe.

Die beiden erstgenannten Argumente des BVerfG überzeugen nicht: Wollte man den Schutzbereich des

Art. 3 Abs. 3 GG auf das bloße Haben einer politischen Überzeugung beschränken, so wäre die Norm weitestgehend sinnlos. Abgesehen davon, dass sich innere (politische) Einstellungen von Menschen kaum rechtssicher feststellen lassen, kann das bloße „Haben“ einer Überzeugung in einem freiheitlichen Rechtsstaat niemals verboten sein; vielmehr sind die Gedanken hier umfassend „frei“<sup>192</sup>. Daher muss gerade auch die Manifestation von politischen Anschauungen nach außen – entgegen der Ansicht des BVerfG<sup>193</sup> – von Art. 3 Abs. 3 GG geschützt sein.<sup>194</sup> Der Verweis, dass die politische Betätigung nur von den besonderen Grundrechten geschützt sei, schafft ein – systematisch nicht begründbares und grundrechtsdogmatisch verfehltes – Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 3 GG und den (vermeintlich besonderen) Grundrechten.<sup>195</sup> Vielmehr ist Telos des Art. 3 Abs. 3 GG, Diskriminierungen *wegen* der politischen Anschauung zu verbieten – was inzwischen auch das BVerfG anerkennt<sup>196</sup>. Und da die Ablehnung eines Bewerbers bzw. die Entlassung eines Beamten gerade *wegen* dessen (extremer) politischer Anschauung erfolgt, ist Art. 3 Abs. 3 GG hier einschlägig.<sup>197</sup>

Freilich ist diese Ungleichbehandlung von Extremisten wegen Art. 33 Abs. 5 GG grundsätzlich gerechtfertigt.<sup>198</sup> Art. 3 Abs. 3 GG muss nämlich (wie jede andere Verfassungsnorm auch) im Kontext der Verfassung ausgelegt werden; und ein „*Staat, der sich nicht selbst aufgeben will, [...] muß sicherstellen, daß in den Beamtenapparat nicht Verfassungsfeinde eindringen.*“<sup>199</sup> Denn der Staat ist nur dauerhaft funktionstüchtig und seinen Bürgern gegenüber nach außen glaubwürdig, wenn er zumindest in seinem hoheitlichen *Kernbereich* von Amtsträgern repräsentiert wird, die jederzeit vorbehaltlos für ihn eintreten. Die Benachteiligung ist auch verhältnismäßig, da Extremisten (fast) jeden Beruf *außerhalb* der Beamtschaft ergreifen können.<sup>200</sup>

187 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

188 Insbesondere setzt die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Geltung der Grundsätze nicht außer Kraft, vgl. BVerfG 14.3.1972 – 2 BvR 41/71, NJW 1972, 811; vgl. auch *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 23 f.

189 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

190 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648. Dem folgend BAG 12.3.1986 – 7 AZR 20/83, NJW 1987, 1100, 1101 und BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 88.

191 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

192 *Volkman*, NJW 2010, 417, 419.

193 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; relativierend BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

194 So auch *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 84;

*ErfK/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 74; s. ferner Sondervotum *Simon*, BVerfG 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266, 304. Inzwischen wohl auch BVerfG 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049, 1056 Rn. 116.

195 Vgl. *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 19; *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 162.

196 BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, NJW 1992, 964, 965.

197 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

198 Ebenso *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 70.

199 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648.

200 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

(2) Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

Nach Ansicht des BVerfG<sup>201</sup> hindert auch das Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG den öffentlichen Dienstherrn nicht, die Mitgliedschaft in einer politischen Partei, die er für verfassungsfeindlich hält, vom BVerfG aber nicht für verfassungswidrig erklärt wurde, als Einstellungshindernis oder Dienstvergehen zu werten.<sup>202</sup> Vor bloß faktischen Nachteilen, die einer betroffenen Partei dadurch entstehen, schütze Art. 21 Abs. 2, 4 GG nicht. Es sei funktional zu differenzieren: Während Art. 21 GG die freie politische Betätigung des Bürgers schütze, liege „die ratio des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, daß dem Beamten gegenüber dem freiheitlichen demokratischen Staat, zu dem er in ein besonders enges Verhältnis getreten ist, eine politische Treuepflicht obliegt, in einem anderen rechtlichen Zusammenhang“<sup>203</sup>.

Diese Argumentation überzeugt ebenfalls nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Nach ganz h. M. darf der Staat die politischen Ziele einer Partei auch ohne konstitutive Verbotsentscheidung des BVerfG als verfassungsfeindlich bezeichnen und die Mitgliedschaft in einer solchen Partei als wesentliches Indiz dafür heranziehen, dass die erforderliche Verfassungstreue fehlt.<sup>204</sup> Zwar ist dadurch – entgegen der Ansicht des BVerfG<sup>205</sup> und BVerwG<sup>206</sup> – der Schutzbereich des Art. 21 Abs. 2, 4 GG sehr wohl berührt, wonach der Staat eine nicht vom BVerfG verbotene Partei (und insbesondere deren Funktionäre, Mitglieder und Anhänger) nicht in ihrer politischen Tätigkeit stören oder behindern darf.<sup>207</sup> In den Schutzbereich ist auch eingegriffen, weil Art. 21 GG entweder – entgegen der h. M.<sup>208</sup> – auch vor faktischen Nachteilen schützt<sup>209</sup> oder ein rechtlicher Nachteil anzunehmen ist, wenn der Staat Bewerber we-

gen ihrer Parteimitgliedschaft ablehnt bzw. Beamte deshalb entlässt.<sup>210</sup> Denn die Parteimitgliedschaft ist hier wesentliches Indiz für die Beurteilung der Verfassungstreue, sodass der Bewerber/Beamte gerade auch „wegen seiner Zugehörigkeit“ zu dieser und nicht nur wegen seines Gesamtverhaltens benachteiligt wird.<sup>211</sup> Ferner „existieren“ Parteien nur mit und durch ihr personales Substrat. Sie sind existentiell auf ihre Funktionäre wie Mitglieder angewiesen, sodass sie erheblich in ihrer Betätigungsfreiheit beeinträchtigt werden, wenn Personen ihnen nur deshalb fernbleiben, weil ihnen wegen der Mitgliedschaft Berufe verwehrt sind.<sup>212</sup>

Aber auch hier gilt: Zumindest in seinem Kernbereich ist der Staat auf verfassungstreue Beamte zwingend angewiesen, weshalb die verfassungsrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit der Parteien und deren Mitglieder und Funktionäre diese unverzichtbare Prüfung der Verfassungstreue nicht konterkarieren darf. Denn der Staat bedarf „in seiner freiheitlichen demokratischen Verfaßtheit [...], wenn er sich nicht selbst in Frage stellen will, eines Beamtenkörpers, der für ihn und die geltende verfassungsmäßige Ordnung eintritt, in Krisen und Loyalitätskonflikten ihn verteidigt, indem er die ihm übertragenen Aufgaben getreu in Einklang mit dem Geist der Verfassung, mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und Geboten und den geltenden Gesetzen erfüllt.“<sup>213</sup> Und der Eingriff in deren Betätigungsfreiheit ist insofern erträglich, als nur einem verhältnismäßig kleinen Teil der Bürger, den Beamten, verwehrt wird, sich für sie zu betätigen. Folglich geht Art. 33 Abs. 5 GG dem Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG als verfassungsimmanente Schranke vor.<sup>214</sup>

Die Parteimitgliedschaft ist freilich immer nur ein Indiz und befreit den Staat nicht davon, die Verfassungs-

201 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

202 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

203 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

204 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709; Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 219.

205 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

206 BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779. Nach Ansicht des BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710 ist das Parteienprivileg nur in seiner „Randzone berührt“.

207 Ebenso Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 109; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412 ff.; a.A. Lindner, ZBR 2006, 402, 410 ff.

208 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, JZ 1976, 63; BVerfG 25.3.1981 – 2 BvE 1/79, NJW 1981, 1359; BVerwG 6.2.1975 – II C 68.73, NJW 1975, 1135.

209 So Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 218 ff. m. w. N. Siehe ferner Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 108 f.; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412, 413.

210 So bereits Sondervotum Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1650: „Was anderes aber als ein [...] rechtliches Geltendmachen der Verfassungswidrigkeit ist es, wenn die Einstellungsbehörde die Zugehörigkeit des Bewerbers zu einer nicht verbotenen Partei zu seinem Nachteil wertet?“, Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 234 ff.; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 82.

211 A. A. freilich das BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645: „Es geht nicht darum, daß der Beamte wegen seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei benachteiligt wird.“

212 Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; Maurer, NJW 1972, 601, 603.

213 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

214 BeckOK GG/Kluth, 44. Ed. 15.8.2020, Art. 21 Rn. 184.

treue des Bewerbers oder Beamten umfassend zu prüfen.<sup>215</sup> Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.<sup>216</sup> Und aus der Verfassungsfeindlichkeit des Kollektivs kann und darf nicht automatisch auf die fehlende Verfassungstreue des Individuums geschlossen werden; es gibt insofern keinen „Kollektivzurechnungsverdacht“<sup>217</sup>. Entsprechend muss der Dienstherr personenbezogen weitere Umstände darlegen und beweisen, wonach dem Individuum selbst die Verfassungstreue fehlt – und umgekehrt nicht der Beschäftigte den durch seine Parteimitgliedschaft begründeten Verdacht der fehlenden Verfassungstreue entkräften.<sup>218</sup>

### (3) Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

Zentral für unser Thema ist die Frage, ob und inwiefern die positive Verfassungstreuepflicht für Beamte an Hochschulen mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar ist.

Weder der persönliche noch der sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit ist zwar institutionell auf Universitäten und andere Hochschulen beschränkt; vielmehr schützt die Wissenschaftsfreiheit *jeden*, der wissenschaftlich tätig ist.<sup>219</sup> Aber ihr Schutzbereich ist an Hochschulen typischerweise eröffnet – persönlich besonders für Universitätsprofessoren als „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“<sup>220</sup>, nach Ansicht des BVerfG aber auch für Fachhochschulprofessoren<sup>221</sup>.

Die Treuepflicht eines verbeamteten Wissenschaftlers kollidiert dann nicht mit der Wissenschaftsfreiheit, wenn deren (sachlicher) Schutzbereich nicht eröffnet ist. Nach der oben erwähnten Definition des BVerfG ist Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“<sup>222</sup>

Insbesondere bei politischen Äußerungen eines Wissenschaftlers ist daher zu differenzieren, ob diese (schon oder noch) unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit oder (nur) der Meinungsfreiheit fallen.<sup>223</sup> Ein erstes Indiz ist die äußere Form der Äußerung – vor allem wo und wie diese getätigt wird. Veröffentlicht etwa ein Universitätsprofessor Beiträge auf seinem privaten Social-Media-Account, so spricht dies prima facie dafür, dass dieser (nur) seine persönliche Meinung wiedergibt. Anderes ist bei fachlichen Stellungnahmen auf der Internetseite seines Lehrstuhls anzunehmen. Ein weiteres Indiz dafür, dass die fragliche Äußerung eines Wissenschaftlers eine wissenschaftliche ist, ist, dass diese sein Fachgebiet betrifft.<sup>224</sup> Äußert sich ein Wissenschaftler zu (politischen) Themen *außerhalb* seines Fachgebietes, fehlt es hingegen regelmäßig an methodisch-disziplinärer Argumentation und damit an einem konstitutiven Beitrag zum *wissenschaftlichen* Diskurs.<sup>225</sup> Solche öffentlich geäußerten Ansichten sind keine Wissenschaft, sondern allgemeine Meinungsäußerungen im *politischen* Diskurs.<sup>226</sup> Sie unterfallen auch nicht der Lehrfreiheit<sup>227</sup>, sondern nur der Meinungsfreiheit<sup>228</sup>. Danach ist die Wissenschaftsfreiheit in vielen der öffentlich diskutierten Fällen, in denen sich Wissenschaftler zu politischen Themen geäußert haben, überhaupt nicht betroffen, sondern nur deren Meinungsfreiheit.<sup>229</sup>

Die Wissenschaftsfreiheit ist auch dann nicht einschlägig, wenn der Anspruch von Wissenschaftlichkeit systematisch verfehlt wird<sup>230</sup>: „Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Aktivitäten des betroffenen Hochschullehrers nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet sind, sondern vorgefaßten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung und Nachweislichkeit verleihen“<sup>231</sup>. Denn dann ist Ziel der Äußerung nicht der wissenschaftliche Erkenntnisgewinn, son-

215 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710; Siegel/Hartwig, NVwZ 2017, 590, 597. Eine solche Einzelfallprüfung sah auch der viel kritisierte „Radikalenerlass“ von 1972 vor. Näher dazu: v. Münch, NJW 2001, 728, 729.

216 Mauer, NJW 1972, 601, 604. Insofern trägt auch der Einwand von Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1651 nicht, dass „jeder Dienstherr – möglicherweise, wie die Praxis zeigt, auch noch von Land zu Land verschieden – nach seinem Ermessen bis zur Grenze der Willkür in jedem einzelnen Fall inzidenter darüber entscheidet, ob eine politische Partei nach ihren Zielen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.“

217 Rieble, RdA 2012, 241, 242.

218 Für die Mitgliedschaft in der DKP: BAG 28.9.1989 – 2 AZR 317/86, NJW 1990, 1196. Für die Mitgliedschaft in der NPD: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

219 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

220 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176, 1180.

221 BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, NVwZ 2010, 1285.

222 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

223 Siehe oben III.1.c). Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837.

224 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 13. Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837: „Nicht das Lehren wissenschaftlicher Theorie, sondern die praktische politische Betätigung steht dabei zur Debatte“. Diese „praktische politische Betätigung fällt nicht unter Art. 5 III GG“.

225 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

226 Vgl. Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

227 Stern/Becker, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 281; Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 119.

228 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 6.

229 Siehe IV.2.a)bb)[4].

230 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

231 BVerwG 11.12.1996 – 6 C 5/95, NJW 1997, 1996, 1997.



dern die Durchsetzung politischer Ziele.<sup>232</sup> Deren Motiv ist mithin nicht das wissenschaftliche Streben nach Wahrheit, sondern die Teilnahme am politischen Meinungskampf.<sup>233</sup>

Außerhalb von Forschung und Lehre steht Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG daher – neben anderen beamtenrechtlichen Pflichten – der positiven Verfassungstreuepflicht von Beamten an Universitäten und anderen Hochschulen nicht entgegen. Denn insoweit entspricht die grundrechtliche Stellung deren der übrigen Beamten.<sup>234</sup> Das BVerfG urteilte daher zutreffend, dass die Entlassung eines Hochschullehrers, der hochrangiger Funktionär und Landtagsabgeordneter der NPD war und damit gegen seine politische Treuepflicht verstoßen hatte, „nicht in Widerspruch mit der in Art. 5 III 1 GG garantierten Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre [steht]; denn die Wissenschaftsfreiheit, die selbst unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Verfassungstreue steht (Art. 5 III 2 GG), entbindet den Hochschullehrer nicht von der durch Art. 33 V GG von allen Beamten geforderten politischen Treuepflicht.“<sup>235</sup>

Ist der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit allerdings eröffnet, so genießt der Wissenschaftler beim Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe umfassende Freiheit.<sup>236</sup> Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt ihn hier auch, wenn er politische Überzeugungen äußert, sofern diese mit seiner wissenschaftlichen Aussage untrennbar verbunden sind.<sup>237</sup> Richtigerweise ging daher 1988 auch das VG Berlin<sup>238</sup> davon aus, dass ein „Wissenschaftler-Interview“ vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG umfasst ist. Dort gab ein verbeamteter Fachhochschulprofessor, der in Personalunion Privatdozent an einer Universität war, ein Interview zu rechtspolitisch umstrittenen Sicherheitsgesetzen. Nachdem sich dieser Professor im Interview dahingehend geäußert hatte, dass man sich gegen ein „Abdriften der Bundesrepublik Deutschland in den totalitären Polizei- und Überwachungsstaat notfalls auch mit der Knarre wehren“ könne, wurde gegen ihn ein Disziplinar-

verfahren eingeleitet. Seine Äußerung unterfiel als wissenschaftliche dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, da sich das Thema des Interviews auf seine wissenschaftliche Arbeit bezog, er in seiner Funktion als Wissenschaftler befragt wurde und sich als solcher geäußert hatte. Dass seine Äußerungen politisch scharf, überspitzt und provozierend waren, erachtete das VG Berlin zurecht als unschädlich: Auch „engagierte“ Wissenschaft ist frei.<sup>239</sup>

Innerhalb von Forschung und Lehre kann Art. 33 Abs. 5 GG als verfassungsimmanente Schranke die Wissenschaftsfreiheit einschränken, sodass die politische Treuepflicht grundsätzlich auch für verbeamtetes Hochschulpersonal gilt.<sup>240</sup> Freilich ist zu unterscheiden: Im Bereich der Lehrfreiheit modifiziert Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG die allgemeine beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht. Die Norm geht Art. 33 Abs. 5 GG als *lex specialis* vor und konkretisiert insoweit die politische Treuepflicht.<sup>241</sup> Verboten ist danach (lediglich) die Zweckentfremdung der Lehre (bildlich gesprochen: des Hörsaals) zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung<sup>242</sup> – und damit regelmäßig ein Verhalten, das schon nicht unter ihren Schutzbereich fällt.<sup>243</sup> Von der Lehrfreiheit geschützt bleibt aber wissenschaftliche Kritik an der Verfassung.<sup>244</sup> Da der Umfang der nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschuldeten Treuepflicht wesentlich hinter der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht zurückbleibt<sup>245</sup>, privilegiert sie Hochschullehrer gezielt im Funktionsbereich der Lehre. Beamtenrechtliche Sanktionen, die unmittelbar an (vermeintlich) verfassungsfeindliche Lehre anknüpfen, können erst dann ergriffen werden, wenn die Grenze des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überschritten ist.<sup>246</sup>

Zudem verdrängt die Wissenschaftsfreiheit Art. 33 Abs. 5 GG, soweit spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten von verbeamtetem Hochschulpersonal betroffen sind<sup>247</sup>, insbesondere von Hochschullehrern.<sup>248</sup> Inhalte wissenschaftlicher Tätigkeit können danach keinen Verstoß gegen die beamtenrechtliche Verfassungstreue-

232 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

233 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 115.

234 Vgl. Voigt, GS Jellinek, 1955, S. 259, 263.

235 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684.

236 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

237 Entsprechend zur Wissenschaftsfreiheit: BVerfG 17.7.1984 – 1 BvR 816/62, NJW 1985, 261 (262). Was für die Kunstfreiheit gilt, muss für die verfassungsrechtlich nebeneinandergestellte Wissenschaftsfreiheit gelten, vgl. BVerwG 7.12.1966 – V C 47/64, NJW 1967, 1483, 1486.

238 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

239 So ausdrücklich VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1689.

240 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684; BVerwG 25.2.1971 – II C 11/70, NJW 1971, 1229; Maunz/Dürig/Gärditz, 91.

EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

241 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189.

242 Siehe oben III.2.c).

243 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 32.

244 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 f.; Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

245 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189; ders., WissR 51 (2018), 5, 36.

246 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177.

247 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

248 BAG 20.2.1975 – 2 AZR 534/73, DöD 1975, 213; Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

pflicht begründen. Anderenfalls könnten nämlich unangenehme oder unerwünschte wissenschaftliche Inhalte durch Disziplinarmaßnahmen gezielt „ausgeschaltet“ werden. Freie Wissenschaft lebt aber von „trial and error“ und zahllose „Lehrsätze, die gestern als wissenschaftlich galten, sind heute als Irrtum erwiesen.“<sup>249</sup> Das VG Berlin erkannte daher schon damals zutreffend: „Es wäre für die Freiheit der Wissenschaft verhängnisvoll, wenn wissenschaftliche Überzeugungen von Hochschullehrern in Disziplinarverfahren durch die Disziplinargerichte vom Richtertisch aus für richtig oder falsch erklärt werden könnten.“<sup>250</sup>

Entsprechend unterliegen Hochschullehrer bei ihrer Forschung keiner beamtenrechtlichen Mäßigungspflicht (§ 60 Abs. 2 BBG, § 33 Abs. 2 BeamStG).<sup>251</sup> Auch hier erkannte das VG Berlin klar: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromißlos - ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz - zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“<sup>252</sup> Und daher war im Fall des VG Berlin auch disziplinarrechtlich kein Dienstvergehen anzunehmen.

#### (4) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Politische Meinungsäußerungen von Beamten sind durch die allgemeine Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Wie oben dargelegt<sup>253</sup>, geht das BVerfG von einem weiten und inhaltsoffenen Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus, sodass selbst verfassungsfeindliche Meinungen unter ihn fallen.<sup>254</sup> Allerdings kann die Meinungsfreiheit der Beamten verfassungsrechtlich zulässig durch Disziplinarmaßnahmen beschränkt werden<sup>255</sup>: Keine Schranke der Meinungsfreiheit ist nach Wortlaut und Systematik zwar Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG.<sup>256</sup> Aber die Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts (zur Verfassungstreue) sind allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit einschränken können.<sup>257</sup> Sie sind wiederum im Lichte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auszulegen.<sup>258</sup>

Zudem müssen die Disziplinarmaßnahmen im Einzelfall verhältnismäßig sein.

Immer schon sind politische Äußerungen von Hochschullehrern Gegenstand erregter öffentlicher Diskussion: So kommentierte ein renommierter Juraprofessor an der Universität Leipzig, der sich schon zuvor mit der islamfeindlichen Pegida-Bewegung solidarisch gezeigt hatte, einen Aufmarsch polnischer Rechtsextremer auf seinem privaten Twitter-Account 2017 mit: „Polen: ‚Ein weißes Europa brüderlicher Nationen.‘ Für mich ist das ein wunderbares Ziel“<sup>259</sup>. Am folgenden Tag twitterte er erneut privat: „Wir schulden den Afrikanern und Arabern nichts. Sie haben ihre Kontinente durch Korruption, Schlendrian, ungehemmte Vermehrung und Stammes- und Religionskriege zerstört und nehmen uns nun weg, was wir mit Fleiß aufgebaut haben.“

Wir halten diese Aussagen zwar für rechtsextrem und rassistisch, weil hier Menschen nicht nur biologisch als „schwarz“ und „weiß“, „Afrikaner“ und „Araber“ typisiert und klassifiziert werden, sondern weil hiermit vor allem auch eine Überlegenheit der weißen (europäischen) Rasse insinuiert wird. Auch ist das Bekenntnis zum Ethnopluralismus als zentrales (hier: „wunderbares“) Ziel rechtsextremistisch, weil es – im Sinne der vom BfV als „gesichert rechtsextremistisch“ eingestuft<sup>260</sup> Identitären Bewegung – den Erhalt der ethnischen „Reinheit“ propagiert.

Dennoch sind diese Äußerungen grundrechtlich geschützt: Sie sind zwar sicher nicht von der Wissenschaftsfreiheit erfasst, da sie nicht nur erkennbar privat, sondern vor allem weder wissenschaftlich fundiert noch fachkundig sind. Es ist mithin keine spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit des Hochschullehrers betroffen, sodass dieser hier seiner – auch außerdienstlich geltenden – politischen Treuepflicht und Mäßigungspflicht als Beamter unterliegt. Allerdings sind die fraglichen Äußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt, da nach Ansicht des BVerfG auch extremistische Äußerungen unter ihren Schutzbereich fallen.<sup>261</sup> Die einschränkenden Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts rechtferti-

249 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

250 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

251 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 179; ders., WissR 51 (2018), 5, 39 f.

252 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1690.

253 Siehe oben III.1.a).

254 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

255 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

256 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

257 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647;

BeckOK GG/Schemmer, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 136.

258 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

259 Vgl. etwa <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest> (31.1.2021).

260 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-rechts-extremismus/zahlen-und-fakten-rechtsextremismus/identitaere-bewegung-deutschland-2019> (31.1.2021); zur Rechtmäßigkeit: VG Berlin 12.11.2020 – 1 K 606.17, BeckRS 2020, 34341.

261 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47, 48 f.; dem beipflichtend: Maunz/Dürig/Grabenwarter, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68, 73.

gen als allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG Eingriffe in die Meinungsfreiheit und gelten auch für Meinungsäußerungen über elektronische Kommunikationsmedien.<sup>262</sup>

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die hier fraglichen Äußerungen außerhalb des Dienstes und erkennbar privat getätigt wurden und die Meinungsfreiheit deshalb weiter reicht – der Beamte ist insoweit nicht Teil des Staates, sondern Bürger.<sup>263</sup> Und die absolute Abwägungsgrenze der Menschenwürde<sup>264</sup> ist hier nicht erreicht, da Äußerungen nach der „meinungsfreundlichen“ Rechtsprechung des BVerfG<sup>265</sup> unter Berücksichtigung des (politischen) Kontexts und sonstigen Umständen grundrechtsschonend auszulegen sind. Der twitternde Juraprofessor fühlte sich denn auch „falsch verstanden“; der Terminus „weißes Europa“ sei für ihn nur „eine verständliche Chiffre für die durch Christentum, europäische Kultur und Tradition und, ja, auch dies, Menschen weißer Hautfarbe geprägte europäische Identität“.<sup>266</sup> Seine Äußerungen lassen sich auch (noch) so auslegen: Kulturbezogen und nicht biologistisch. Damit gilt für sie die Vermutung zugunsten der freien Rede<sup>267</sup>. Folglich sind seine Äußerungen insgesamt von der Meinungsfreiheit gedeckt – wovon offenbar auch das sächsische Wissenschaftsministerium ausgegangen ist, welches von (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen abgesehen hat.

Ein weiterer, schon oben kurz angesprochener, aktueller Fall ist dieser: Ein wissenschaftlich angesehener Professor der Volkswirtschaftslehre an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover leugnet öffentlich die Gefährlichkeit von Covid-19, bezeichnet die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Coronapandemie als totalitär und vergleicht sie mit der nationalsozialistischen Machtergreifung („Das hier ist 1933“).<sup>268</sup>

Zwar ist es nicht nur grotesk, sondern dumm und gefährlich, wenn man vorübergehende und pandemiebe-

dingte Restriktionen in der freiheitlichen BRD mit den totalitären Maßnahmen der nationalsozialistischen Machtergreifung gleichsetzt und so das Unrecht der NS-Diktatur relativiert. Gleichwohl sind solche Vergleiche nicht extremistisch und als Werturteile (und damit als Meinungen und nicht etwa unwahre Tatsachenbehauptungen) von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Unabhängig davon dürfte die „Entschuldigung“ des fraglichen Hochschullehrers nicht zu widerlegen sein, er habe „niemals Parallelen zur nationalsozialistischen Diktatur gezogen“, sondern sich auf „Gefahren wie in der Spätphase der Weimarer Republik“<sup>269</sup> bezogen. Somit konnten auch hier von Senat, Präsidium und Hochschulrat der Leibniz Universität Hannover keine (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen ergriffen werden.<sup>270</sup>

### cc) Völker- und europarechtliche Konformität

Beschäftigungsverhältnisse werden zunehmend durch internationales und europäisches Recht überlagert, sodass sich die Frage stellt, ob die aktive Verfassungstreuepflicht von Beamten völker- und europarechtskonform ist. Nicht nachgegangen wird der Vereinbarkeit mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.<sup>271</sup>

#### (1) Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

Anders als private Arbeitgeber ist der Staat unmittelbar an die Vorgaben der EMRK gebunden; die Angehörigen des öffentlichen Diensts können sich darauf auch persönlich berufen.<sup>272</sup> Art. 10 Abs. 1 EMRK schützt das Recht auf freie Meinungsäußerung. Den Begriff der Meinung legt der EGMR – ähnlich wie das BVerfG – weit aus und schränkt diesen weder aufgrund des Inhalts der Äußerung noch aufgrund deren Modalitäten ein.<sup>273</sup>

Gleichwohl verneinte der EGMR 1986 in zwei Entscheidungen einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 EMRK: In seiner *Glaserapp*-Entscheidung<sup>274</sup> meinte er, dass die Entlassung einer Gymnasiallehrerin als Beamtin auf

262 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 155.

263 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 98; BeckOK GG/*Schemmer*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 142.

264 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 158.

265 Ständige Rspr., BVerfG 24.1.2018 – 1 BvR 2465/13, NJW 2018, 770, 771; BVerfG 28.3.2017 – 1 BvR 1384/16, NJW-RR 2017, 1001; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 u. 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303.

266 Zitiert nach <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest/> (31.1.2021).

267 Ständige Rechtsprechung seit BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth, vgl. Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 90. EL Februar 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 52.

268 Vgl. etwa <https://www.spiegel.de/start/stefan-homburg-studie->

[rende-in-hannover-wehren-sich-gegen-corona-aeusserungen-a-14536fib-2182-45d8-ae96-55684coof844](https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681) (31.1.2021); <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

269 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

270 Vgl. <https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/online-aktuell/details/news/gemeinsame-stellungnahme-des-senates-des-praesidiums-und-des-hochschulrates-der-gottfried-wilhelm-le/> (31.1.2021).

271 BGBl. II 1962, 97 ff. Ausführlich zu dieser Frage: *Rudolf*, in: *Thiel* (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 239 ff.

272 *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 4 m. w. N.

273 Vgl. *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 6.

274 EGMR 28.8.1986 – 4/1984/76/120 – *Glaserapp*, NJW 1986, 3005.

Probe wegen ihrer politischen Aktivitäten für die DKP nicht deren nach Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte Meinungsfreiheit berühre, sondern lediglich den von der Konvention nicht geschützten Zugang zum öffentlichen Dienst betreffe. Entsprechend urteilte der EGMR in seiner *Kosiek*-Entscheidung<sup>275</sup>: Dort war ein Fachhochschuldozent für Mathematik trotz achtjähriger Tätigkeit für die NPD zunächst zum Beamten auf Probe ernannt worden, nach Prüfung seiner Verfassungstreue im Zuge seiner Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit aber ein Jahr später entlassen worden. Auch hier meinte der EGMR, dass die staatliche Maßnahme nur die (nicht geschützte) Einstellung in den öffentlichen Dienst betreffe. Diese formalistische Abgrenzung des EGMR überzeugt nicht, erfolgten doch in beiden Fällen beamtenrechtliche Repressionen gerade *wegen* der politischen Meinung der Beamten.<sup>276</sup>

Zutreffend anders entschied der EGMR 1995 im Fall *Vogt*<sup>277</sup>: Dort war eine auf Lebenszeit verbeamtete Lehrerin aufgrund ihrer außerdienstlichen Tätigkeiten für die DKP und ihrer Weigerung, sich von dieser zu distanzieren, entlassen worden. Hier bejahte der EGMR einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK, da es – anders als in den beiden vorgenannten Fällen – nicht um den Zugang zum öffentlichen Dienst gehe.<sup>278</sup> Die Entlassung sei schwerpunktmäßig wegen der politischen Meinung der Beamtin erfolgt – daher sei nicht (nur) deren Berufs-, sondern vor allem deren Meinungsfreiheit betroffen.

Ein solcher Eingriff kann aber grundsätzlich nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein. Die beamtenrechtlichen Vorschriften, welche die politische Treuepflicht statuieren sowie die gefestigte Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG, stellen nämlich eine hinreichend gesetzliche Grundlage dar.<sup>279</sup> Weiter erkennt auch der EGMR die politische Treuepflicht von Beamten als legitimes Ziel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK an.<sup>280</sup> Er begründet dies mit den historischen Erfahrungen Deutschlands in der Weimarer Republik, der NS-Herr-

schaft<sup>281</sup> und der DDR<sup>282</sup>. Schließlich ist die Maßnahme (hier: Entlassung) zur Gewährleistung der Verfassungstreuepflicht in einer demokratischen Gesellschaft regelmäßig unentbehrlich – also verhältnismäßig. Im konkreten Fall hielt der EGMR die Entlassung der Gymnasiallehrerin zwar für unverhältnismäßig, weil von ihr als Deutsch- und Französischlehrerin keine gesteigerten Sicherheitsrisiken ausgingen. Notwendig waren vielmehr konkrete Pflichtverletzungen (etwa die politische Indoktrination der Schüler) – und diese lagen nicht vor.<sup>283</sup> Richtigerweise erachtete der EGMR aber die Entlassung eines Gymnasiallehrers wegen ehrenamtlicher und hauptamtlicher Aktivitäten in der SED gerade deshalb für verhältnismäßig, weil dieser einen seiner Schüler gezielt zur Bespitzelung politisch Andersdenkender missbraucht hatte.<sup>284</sup>

Auch ein Eingriff in die nach Art. 11 EMRK geschützte Vereinigungsfreiheit ist gerechtfertigt, wenn ein Beamter wegen seiner Parteimitgliedschaft entlassen wird: Hier gelten die Erwägungen zur Meinungsfreiheit entsprechend, da Art. 11 Abs. 2 EMRK nahezu identische Rechtfertigungsanforderungen wie Art. 10 Abs. 2 EMRK konstituiert.<sup>285</sup> Schließlich ist auch das (vom EGMR nur selten geprüfte<sup>286</sup>) akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK (i.V.m. Art. 10 oder Art. 11 EMRK) nicht verletzt. Zwar schließt die fehlende Verletzung der Freiheitsrechte nach Art. 10 oder Art. 11 EMRK das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK nicht aus.<sup>287</sup> Allerdings ist die Ungleichbehandlung von Extremisten entsprechend gerechtfertigt.

Die Wissenschaftsfreiheit wird hingegen von der EMRK nicht eigens geschützt; vielmehr wird sie, die das Recht zur wissenschaftlichen Publikation und Lehre umfasst<sup>288</sup>, von Art. 10 EMRK ungeschrieben mitgeschützt.

## (2) Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

Der politischen Treuepflicht von Beamten steht auch Art. 21 Abs. 1 GRCh nicht entgegen.<sup>289</sup> Die Norm verbietet nach ihrem Wortlaut zwar Diskriminierungen (neben

275 EGMR 28.8.1986 – 5/1984/77/121 – *Kosiek*, NJW 1986, 3007.

276 Zutreffend *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 246.

277 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

278 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

279 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

280 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375; vgl.

*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 23 Rn. 31. Aufgrund der Singularität der Rechtslage in Deutschland künftig zweifelnd: *Lorse*, ZBR 2021, 1, 5.

281 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

282 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087.

283 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

284 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*,

NJW 2002, 3087.

285 Entsprechend stellte der EGMR im Fall *Vogt* (EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375) fest, dass neben Art. 10 EMRK auch Art. 11 EGMR verletzt sei. Umgekehrt rechtfertigte die Mitgliedschaft und vor allem Tätigkeiten in der SED (EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087) den Eingriff in Art. 10 EMRK und damit auch in Art. 11 EMRK.

286 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 26 Rn. 2.

287 EGMR 20.5.1999 – 25390/94 – *Rekvényi/Ungarn*, NVwZ 2000, 421.

288 *EuArbBRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 13.

289 Vgl. *VGH Mannheim* 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149, 150.

fast allem!) insbesondere wegen der politischen Anschauung. Fraglich ist aber, inwiefern der Staat als Dienstherr bei der politischen Treuepflicht seiner Beamten daran gebunden ist. Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedsstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Nach der umstrittenen, vom BVerfG scharf kritisierten<sup>290</sup> Åkerberg Fransson-Entscheidung des EuGH soll es ausreichen, dass „eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt“<sup>291</sup>. Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist maßgeblich, ob eine mitgliedstaatliche Regelung die Durchführung von Unionsrecht bezweckt und ob es für diesen Bereich eine unionsrechtliche Regelung gibt, die spezifisch ist oder diesen beeinflussen kann.<sup>292</sup> Bei den beamtenrechtlichen Vorschriften zur aktiven Verfassungstreuepflicht wird kein Unionsrecht durchgeführt. Die BRD handelt insoweit nicht funktionell für die Union, was unter anderem ein Grund der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist.<sup>293</sup>

Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst ist der Anwendungsbereich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh zwar eröffnet, da das Individualarbeitsrecht weitgehend durch Richtlinien unionsrechtlich determiniert ist.<sup>294</sup> Jedoch ist fraglich, ob Art. 21 Abs. 1 GRCh ein eigenständiges Diskriminierungsverbot wegen der politischen Anschauung für Arbeitsverhältnisse begründen kann. Dem widerspricht Art. 19 Abs. 1 AEUV, der keinen generellen, sondern lediglich einen punktuellen und differenzierten Diskriminierungsschutz vorsieht und die politische Anschauung dabei bewusst ausnimmt. Diesen primärrechtlichen Vorgaben ist auch der Richtliniengeber gefolgt, der ein weiteres auf die „politische Anschauung“ bezogenes Diskriminierungsverbot (im Gegensatz zur Weltanschauung) für das europäische Sekundärrecht bewusst abgelehnt hat.<sup>295</sup>

Will man für den öffentlichen Dienst anders entscheiden und öffentliche Arbeitgeber unmittelbar an die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 GRCh binden, so können diese jedenfalls nicht absolut gelten; vielmehr kann die Ungleichbehandlung von extremistischen Beamten und Arbeitnehmern nach

Art. 52 Abs. 1 GRCh (und damit entsprechend zu unseren Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 EMRK) gerechtfertigt sein.

#### b) Rechtliche Konsequenzen

Im Folgenden sollen die rechtlichen Konsequenzen aufgezeigt werden, wenn Beamte ihre – auch einfachgesetzlich positivierten – Verfassungstreuepflicht verletzen.

##### aa) Zugang

Die Verfassungstreue des Bewerbers ist zwingende Voraussetzung für den Zugang zu *jedem* Beamtenverhältnis – also auch für Beamtenverhältnisse auf Widerruf, Probe oder Zeit. § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG bestimmt für Bundesbeamte und § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG wortgleich für Landesbeamte, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, „wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“<sup>296</sup>.

Dies gilt auch für die Ernennung zum Beamten an Hochschulen – insbesondere für die Verbeamtung von Professoren (§ 44 HRG und § 47 Abs. 1 LHG)<sup>297</sup>, die im Regelfall zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden (§ 49 Abs. 1 LHG); ferner für die Verbeamtung von Juniorprofessoren (§ 51 Abs. 2 S. 1 LHG) und für die von – seit 2018 neu geschaffenen<sup>298</sup> – Tenure-Track-Professoren (§ 51b LHG), die regelmäßig zu Beamten auf Zeit ernannt werden (§ 51 Abs. 7 S. 1 LHG). Positive Verfassungstreue schulden schließlich die akademischen Mitarbeiter, soweit diese zum Beamten (auf Zeit) ernannt werden (§ 52 Abs. 1, 4 LHG).

Die Einstellungsbehörde muss deshalb bei der Einstellung eines Bewerbers prognostisch entscheiden, ob dieser bis zum Ende seines Beamtenverhältnisses seiner Pflicht zur Verfassungstreue gerecht werden wird.<sup>299</sup> Ein Verstoß gegen die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht führt nicht dazu, dass die Ernennung zum Beamten unwirksam ist. Diese muss zurückgenommen werden, wenn bei der Einstellung arglistig über die Verfassungstreue getäuscht wurde, §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG, 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG<sup>300</sup>; dies ist etwa der Fall, wenn der

290 BVerfG 24.3.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499; vgl. ferner Thym, NVwZ 2013, 889 ff.

291 EuGH 26.2.2013 – C-617/10 Rn. 21 – Åkerberg Fransson.

292 Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2020, 1022, 1023 m. w. N.

293 Kainer, NZA 2018, 894, 898.

294 Vgl. Hartmann, EuZA 2019, 24, 35; Kainer, NZA 2018, 894, 899.

295 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2021, 33, 41 f.

296 Gleiche Anforderungen gelten für die Berufung in das Richter-verhältnis (§ 9 Nr. 2 DRiG) und in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 SG).

297 Die Normen verknüpfen die besonderen mit den allgemeinen dienstrechtlichen Einstellungsvoraussetzungen deshalb, da § 45 LHG, der zwar die allgemeinen geltenden Normen für anwendbar erklärt, sich lediglich auf bereits eingestellte bzw. ernannte Hochschullehrer bezieht, BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 47 Rn. 6.

298 Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13.3.2018, GBl. vom 29.3.2018, S. 85.

299 BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1368.

300 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 29.

Bewerber die – bei Beamten generell zulässige<sup>301</sup> – Frage nach der Mitgliedschaft in (einer bestimmten<sup>302</sup>) extremistischen Partei oder Organisation oder sonstigen Verbindung zu solchen vorsätzlich wahrheitswidrig beantwortet.

#### bb) Bestand

Die politische Treuepflicht besteht als Dienstpflicht während der Dauer des Beamtenverhältnisses fort, was § 60 Abs. 1 S. 3 BBG für Bundesbeamte und § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG für Landesbeamte einfachgesetzlich bestimmt. Ein Beamter, der gegen die politische Treuepflicht verstößt, verletzt deshalb seine Dienstpflicht<sup>303</sup>. Das Dienstvergehen wird nach den Disziplingesetzen verfolgt. Diese Dienstpflicht trifft auch verbeamtetes Hochschulpersonal, worauf § 45 Abs. 1 LHG deklaratorisch<sup>304</sup> hinweist.

#### (1) Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

Kaum Bestandsschutz genießen *Beamte auf Widerruf*: Diese können jederzeit aus sachlichem Grund entlassen werden (§ 37 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 4 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Für einen solchen sachlichen Grund bedarf es nicht des konkreten Nachweises, dass der Beamte gegen die politische Treuepflicht schuldhaft verstoßen hat.<sup>305</sup> Es genügt vielmehr die berechnete *Überzeugung* des Dienstherrn, dass der Beamte nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.<sup>306</sup>

Diese Überzeugung sollte vom Dienstherrn aufgrund einer *aktiven* Betätigung des Beamten für eine verfassungsfeindliche Partei gewonnen werden. Ob allein die (passive) Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als (sachlicher) Grund ausreicht, ist fraglich: *Dafür* spricht, dass der Bestandsschutz beim Beamten auf Widerruf bewusst schwach ausgestaltet und seine Entlassung hier nicht willkürlich ist, da sie auf dem begründeten Verdacht seiner extremistischen Einstellung und daraus resultierend berechtigten Zweifeln an seiner Ver-

fassungstreue beruht. *Dagegen* spricht, dass die Parteimitgliedschaft immer nur *ein* Indiz ist und den Staat nicht davon befreit, die Verfassungstreue jedes Beamten selbst zu prüfen. Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.<sup>307</sup>

Nur schwachen Bestandsschutz genießen zudem *Beamte auf Probe*. Zu solchen können etwa Professoren im Fall der Erstberufung ernannt werden (§ 50 Abs. 1 LHG). Beamte auf Probe können (neben den allgemeinen Entlassungstatbeständen) vor allem entlassen werden, wenn sie sich in der Probezeit (etwa wegen Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung) nicht bewährt haben (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BeamStG für Landesbeamte).<sup>308</sup> Zur erforderlichen Bewährung zählt die Gewähr der Verfassungstreue.<sup>309</sup> Bei der Entscheidung über die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit muss sich die Bewährungsbeurteilung des Beamten auf Probe daher auch darauf erstrecken, ob dieser die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten<sup>310</sup>, was ausschließlich anhand seines Verhaltens während der laufbahnrechtlichen Probezeit festzustellen ist.<sup>311</sup>

Im Rahmen dieser individuell vorzunehmenden Eignungsbeurteilung ist insbesondere die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen, aber vom BVerfG (noch) nicht verbotenen Partei ein *Indiz* dafür, dass es an der erforderlichen Verfassungstreue fehlt.<sup>312</sup> Nicht bewährt haben sich jedenfalls Beamte auf Probe, die sich *aktiv* für eine solche Partei betätigen: Entlassen werden konnte deshalb ein Fachhochschulprofessor, der sich als hochrangiger Funktionär und Mitglied der NPD von dieser „*nicht nur nicht distanziert, seine Parteimitgliedschaft auch nicht nur als passive Zugehörigkeit aufgefasst*“, sondern „*sich mit der hier angesprochenen, rechtlich bedeutsamen ‚Parteilinie‘ vielmehr identifiziert*“<sup>313</sup> hatte. Insgesamt gilt damit, was das BVerfG bereits 1975 festgestellt hatte: „*Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt ein solches Dienstvergehen regelmäßig die Entlassung aus dem Amt.*“<sup>314</sup>

301 VGH München 24.11.2005 – 15 BV 03.3017, BeckRS 2005, 17706.

302 Rieble, RdA 2012, 241.

303 So ausdrücklich: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

304 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 17. Ed. 1.11.2019, LHG § 45 Rn. 7.

305 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

306 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

307 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

308 Entsprechendes gilt auch für Richter nach § 22 DRiG.

309 BVerwG 28.4.1983 – 2 C 89/81, BeckRS 1983, 2883; BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BeamStG § 23 Rn. 57; Schick, NVwZ 1982, 161, 165.

310 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

311 BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BBG § 34 Rn. 18 m. w. N.

312 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

313 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

314 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

Unabhängig von der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist die Gewähr der Verfassungstreue bei Beamten auf Probe relevant, da diese auch wegen eines Dienstvergehens entlassen werden können, das bei Beamten auf Lebenszeit mindestens zur Kürzung der Dienstbezüge geführt hätte (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG i.V.m. § 8 BDG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BeamStG i.V.m. § 29 LDG für Landesbeamte).<sup>315</sup> Es bedarf eines schuldhaft begangenen, schwerwiegenden Dienstvergehens, was wir bei den Lebenszeitbeamten näher erörtern.

#### (2) Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

Starken Bestandsschutz genießen *Beamte auf Lebenszeit*. Insbesondere Professoren an Universitäten und Hochschulen werden im Regelfall auf Lebenszeit ernannt. Diesen Schutz haben auch *Beamte auf Zeit* (§ 6 Abs. 2 BBG, § 6 BeamStG) – beispielweise Juniorprofessoren, Tenure-Track-Professoren und solche Professoren, die in Ausnahmefällen zu Beamten auf Zeit ernannt wurden (§ 50 Abs. 2 LHG).

Beamte auf (Lebens-)Zeit können aus dem Beamtenverhältnis nur dann entfernt werden, wenn sie ein Dienstvergehen begangen haben, also schuldhaft eine *konkrete* Pflicht verletzt haben (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Die politische Treuepflicht ist eine Amtspflicht der Beamten.<sup>316</sup> Daher besteht die Pflichtverletzung nicht in der mangelnden Verfassungsgewähr, sondern in der nachgewiesenen schuldhaften Verletzung der Verfassungstreuepflicht.<sup>317</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG deckt sich die disziplinarrechtlich zu ahndende Treuepflichtverletzung inhaltlich nicht mit der verfassungsrechtlichen Treuepflicht, da erstere „*ein Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtverletzung*“<sup>318</sup> voraussetzt; die Pflichtverletzung kann ferner nicht nur in einem Handeln, sondern auch in einem Unterlassen liegen, etwa „*wenn der Vorgesetzte oder Dienstvorgesetzte verfassungsfeindliche Umtriebe innerhalb seines Verantwortungsbereichs geflissentlich übersieht und geschehen läßt*“<sup>319</sup>.

Dagegen ist das „*bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, [...] niemals eine Verletzung der Treuepflicht*“, sondern erst dann,

wenn „*der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht*.“<sup>320</sup>

Da die politische Treuepflicht des Beamten funktional die Grundlage des Beamtenverhältnisses betrifft, ist sie nach Ansicht der Rechtsprechung *stets* eine innerdienstliche Pflichtverletzung (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG); auf die besonderen Voraussetzungen, unter denen ein außerdienstliches Fehlverhalten eine Pflichtverletzung darstellt (§ 77 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 2 BeamStG), kommt es daher nicht an.<sup>321</sup>

Soweit die Verfassungstreuepflicht schuldhaft verletzt wurde, liegt ein Dienstvergehen vor, das nach den Disziplargesetzen geahndet wird (§ 77 Abs. 3 BBG i.V.m. den Regeln des BDG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 3 BeamStG i.V.m. den Regeln des LDG für Landesbeamte). Mögliche Disziplinarmaßnahmen sind nach § 5 BDG bzw. § 25 LDG Verweis, Geldbuße, Kürzung der Bezüge, Zurückstufung und Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Die Entfernung kommt nur bei schweren Dienstvergehen in Betracht (§ 13 Abs. 2 BDG, § 26 Abs. 2 LDG).

Die Rechtsprechung hat einen Pflichtverstoß bei solchen Beamten angenommen und deren Entfernung als disziplinarrechtliche Höchstmaßnahme für verhältnismäßig erachtet, die sich *aktiv* für eine Organisation (hier: DKP) eingesetzt haben, deren Ziele mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind, *und* diese Pflichtverletzung beharrlich fortsetzen wollten.<sup>322</sup> Denn hier fehlt es an der – für die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses konstitutiven – Vertrauensgrundlage, stellt der Beamte doch seine Treue zu einer verfassungsfeindlichen Partei beharrlich über die von ihm geschuldete Treue zur Verfassung. Das Beamtenverhältnis endet dann mit der Entfernung aus dem Dienst als Ergebnis des Disziplinarverfahrens (§ 10 Abs. 1 S. 1 BDG bzw. § 31 Abs. 1 LDG). Eine *passive* Mitgliedschaft eines Lebenszeitbeamten in einer verfassungsfeindlichen Partei ist zwar ein Indiz für die fehlende Verfassungstreue<sup>323</sup>, rechtfertigt jedoch für sich allein keine Entlassung.

315 Vgl. *Schick*, NVwZ 1982, 161, 165.

316 *Grigoleit*, in: *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 77 Rn. 13.

317 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 965 f.; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

318 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 966; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

319 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

320 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

321 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779, 784.

322 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779.

323 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

Das Beamtenverhältnis (aller Beamten) endet darüber hinaus kraft Gesetzes – also *ohne* Disziplinarverfahren –, sofern ein Beamter seine Beamtenrechte verliert (§ 41 BBG für Bundesbeamte, § 24 BeamStG für Landesbeamte). Dies ist neben der kaum relevanten Grundrechtsverwirkung der Fall, wenn ein Beamter wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder staatsgefährdenden Straftaten<sup>324</sup> zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten strafrechtlich verurteilt wird.

*Frühere Beamte* bzw. *Ruhestandsbeamte* treffen zwar keine Dienstpflichten mehr. Dennoch wird bei Ruhestandsbeamten oder früheren Beamten mit Versorgungsbezügen ein Dienstvergehen *fingiert* („gilt es als Dienstvergehen“, § 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 1 BeamStG, für Landesbeamte), wenn sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigen oder an Bestrebungen teilnehmen, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik zu beeinträchtigen. Nach Ansicht des BVerfG<sup>325</sup> sind dafür feindselige Aktivitäten erforderlich; insbesondere „*Meinungsäußerungen können, müssen aber nicht in jedem Fall den Charakter von solchen Aktivitäten feindseliger Art haben. Solange sie sich darin erschöpfen, im Vertrauen auf die Überzeugungskraft des Arguments Kritik an bestehenden Zuständen zu üben oder bestehende rechtliche Regelungen in Gesetzen oder in der Verfassung in dem dafür vorgesehenen verfassungsrechtlichen Verfahren zu ändern, erfüllen sie nicht die genannten Tatbestände eines Dienstvergehens. [...] Dagegen stellen Agitationen, die die freiheitliche demokratische Grundordnung herabsetzen, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Institutionen diffamieren und zum Bruch geltender Gesetze auffordern, Betätigungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung dar.*“ Das ist verfassungsrechtlich geboten: Frühere Beamte bzw. Ruhestandsbeamte sind nicht mehr für den Staat „aktiv“ tätig, sodass deren Grundrechte stärker wiegen. Sanktioniert werden kann ein Dienstvergehen bei Ruhestandsbeamten (nur noch) mit der Kürzung oder vollständigen Aberkennung des Ruhegehalts (§ 5 Abs. 2 BDG bzw. § 25 Abs. 2 LDG).

Bei *sonstigen* früheren Beamten gibt es diese Fiktion nicht, da die einschlägigen Normen diese nicht nennen (§ 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 2 BeamStG für Landesbeamte).

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

Die verfassungsrechtlich geforderte politische Treuepflicht ist einfachgesetzlich konkretisiert und als solche zwingende Voraussetzung für den *Zugang* zum Beamtenverhältnis – auch für Beamte an Hochschulen. Die einschlägigen Regelungen setzen hierfür zwingend die Verfassungstreue der Bewerber voraus, weil für die Beendigung des Beamtenverhältnisses regelmäßig hohe Hürden bestehen.<sup>326</sup> Das Beamtenrecht stellt durch die hohen Zulassungsanforderungen für alle Beamtenverhältnisse die Verfassungstreue der Bewerber sicher und beschränkt sich nicht darauf, repressiv die Verletzung durch Beamte disziplinarisch zu ahnden.

Unsere Ausführungen zur *Beendigung* des Beamtenverhältnisses nach den einschlägigen Normen des Beamtenrechts bleiben notwendigerweise skizzenhaft und unvollständig. Sie zeigen aber dies: Das Beamtenrecht verfolgt ein abgestuftes Schutzkonzept und trägt auf diese Weise einfachgesetzlich den Grundrechten und besonders dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Dadurch wird auch die Frage um die – von der h. M. abgelehnte – funktionsbezogenen Verfassungstreuepflicht für Beamte relativiert. Denn der Bestandsschutz der Beamten wird umso stärker, je länger das Beamtenverhältnis besteht und ist von der Art des Beamtenverhältnisses abhängig: Stark ist der Bestandsschutz für Beamte auf Lebenszeit (oder Zeit) ausgestaltet, die nur aufgrund eines *konkret* begangenen Dienstvergehens aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden können. Schwach ist er hingegen für Beamte auf Probe: Diese können entlassen werden, wenn sie sich mangels Verfassungstreue nicht bewährt haben. Kaum Schutz genießen schließlich Beamte auf Widerruf: Sie können jederzeit entlassen werden. Als sachlicher Grund reicht bereits die *Überzeugung* des Dienstherrn aus, dass der Beamte nicht die Gewähr der Verfassungstreue bietet.

### 3. Arbeitnehmer

Das BVerfG bemerkte in seiner Grundsatzentscheidung von 1975 obiter dictum, dass auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst politische Loyalität schulden: „*Auch sie dürfen nicht den Staat, in dessen Dienst sie stehen, und seine Verfassungsordnung angreifen.*“<sup>327</sup>

324 Ausführlich zu staatsgefährdenden Straftaten: Reich BeamStG, 3. Aufl. 2018, BeamStG § 24 Rn. 5 ff.

325 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

326 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

327 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.



## a) H. M.: Funktionstheorie

Daher sehen die einschlägigen Tarifverträge eine politische Treuepflicht auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst vor: So müssen sich nach § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (sowie nach dem mittlerweile aufgehobenen<sup>328</sup> § 8 Abs. 1 S. 2 BAT) alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“ Diese tarifvertragliche Pflicht gilt auch für Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen (§ 3 Abs. 1 S. 2 TV-L i.V.m. der Sonderregelung Nr. 2 für Beschäftigte an Hochschulen und Forschungseinrichtungen); die Arbeitsverträge nehmen darauf Bezug. Funktional differenzierend bestimmt hingegen § 41 S. 2 TVöD BT-V: „Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“

Fraglich sind jedoch *Inhalt* und *Umfang* der geschuldeten Verfassungstreue. Nach h. M. gilt die positive Verfassungstreuepflicht von Beamten nicht für alle anderen Angehörigen des öffentlichen Diensts. Vielmehr folgt sie der sogenannten Funktionstheorie des BAG, welches in ständiger Rechtsprechung<sup>329</sup> das Maß der politischen Treuepflicht *funktional* nach Stellung und Aufgabenkreis des jeweiligen Angestellten im öffentlichen Dienst bestimmt: Geschuldet ist „diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist.“<sup>330</sup> Die Arbeitnehmer an Hochschulen schulden daher funktionsbezogen Treue – abhängig von ihrer Stellung und ihren arbeitsvertraglichen Aufgaben.<sup>331</sup>

Diese politische Treuepflicht für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst kann nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG begründet werden, da dieser nur für Beamte gilt. Vielmehr

ist die politische Treuepflicht aus der erforderlichen „Eignung“ nach Art. 33 Abs. 2 GG herzuleiten.<sup>332</sup> Dies ist auch dann verfassungskonform, wenn das „Höchstmaß“ an Verfassungstreue geschuldet wird: Funktional „staatstragende“ Arbeitnehmer können sich zwar auch auf ihre Grundrechte berufen; diese werden aber durch ihre besondere Verfassungstreuepflicht begrenzt. Der Exklusion extremistischer Arbeitnehmer stehen weder der spezielle Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 3 GG noch deren Freiheitsrechte nach Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 21 Abs. 2, 4 GG noch Art. 10, 11 EMRK<sup>333</sup> entgegen. Die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei ist allerdings auch hier nur ein Indiz für fehlende Verfassungstreue, welches für sich allein regelmäßig noch keinen Eignungsmangel begründen kann.<sup>334</sup>

Die im Wege praktischer Konkordanz bestimmte „Eignung“ im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG determiniert die Auslegung der genannten Tarifbestimmungen: Während § 41 S. 2 TVöD BTV verfassungskonform innerhalb der Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Diensts differenziert (soweit „in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden“), verlangt § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (wie der frühere, wortlautidentische § 8 Abs. 1 S. 2 BAT), dass sich *alle* Beschäftigten „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen“ müssen. Dieser zu weite Wortlaut ist verfassungskonform im Sinne der Funktionstheorie zu reduzieren.<sup>335</sup>

## b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

Arbeitnehmer schulden somit *positive* Verfassungstreue, wenn sie nach ihrer Stellung und ihren Aufgaben beamtengleich hoheitlich tätig sind. Zwar besteht zwischen solchen Beschäftigten und dem Staat kein besonderes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis, son-

328 Er wurde für Angestellte des Bundes und der Kommunen zum 1.10.2005 durch den TVöD ersetzt, für Angestellte der Länder zum 1.11.2006 durch den TV-L. Er gilt nunmehr auch nicht mehr in Hessen, denn dort findet seit dem 1.1.2010 der Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst des Landes Hessen Anwendung. Entsprechendes gilt für Berlin: Dort wurde der TV-L bis Januar 2011 sukzessive eingeführt.

329 Vgl. nur BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Rechtsvergleichend stimmt die Funktionstheorie des BAG mit der überwiegenden Ansicht im vergleichbaren Ausland überein, vgl. *Tomuschat*, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), *Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG*, 1981, S. 647 ff.

330 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43. Die Funktions-

theorie überträgt das BAG auf das Fragerecht des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst. Fragen nach der Verfassungstreue eines Bewerbers sind nur zulässig, soweit den Bewerber künftig eine solche politische Treuepflicht funktional trifft, vgl. BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris. Vgl. zum Fragerecht des privaten Arbeitgebers zur politischen Anschauung: *Chr. Picker*, RdA 2021, 33, 40.

331 Vgl. BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

332 BVerfG 17.12.1953 – 1 BVR 323/51, NJW 1954, 27; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

333 EGMR 22.11.2001 – 39799/98, NJW 2002, 3087; EGMR 26.9.1993 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375.

334 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710.

335 Entsprechend zur Vorläuferregelung des § 8 Abs. 1 S. 2 BAT: BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

dern (nur) ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis. Gleichwohl kann die – aufgrund des beamtenverfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG ohnehin zweifelhafte – „Flucht ins private Arbeitsrecht“ das Maß an geschuldeter politischer Treue nicht herabsetzen.<sup>336</sup> Denn das Treuepflichtmaß bestimmt sich gerade nicht statusbezogen (als Beamter oder Arbeitnehmer), sondern funktionsbezogen nach Stellung und Aufgaben.

Positive Verfassungstreue schulden folglich solche Beschäftigte an Hochschulen, die beamtenäqu coastig werden, also hoheitlich handeln und in dieser Funktion den Staat repräsentieren. Auch bei ihnen ist die Mitgliedschaft in einer Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, ein Indiz, dass sie die politische Treuepflicht nicht erfüllen können.<sup>337</sup> Für privatrechtlich beschäftigte Hochschullehrer normiert dies § 49 Abs. 2 S. 4 LHG, der die beamtenrechtlichen Normen zur Verfassungstreue (§§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG) für entsprechend anwendbar erklärt.

Dieser Gleichlauf an politischer Treuepflicht muss vor allem für *alle Hochschullehrer* gelten – unabhängig davon, ob diese Beamte oder Arbeitnehmer sind. Positive Verfassungstreue schulden daher auch Juniorprofessoren, wenn diese nicht zum Beamten ernannt werden (§ 51 Abs. 8 LHG). Hochschullehrer üben ständig hoheitliche Befugnisse aus<sup>338</sup>: Ihnen obliegen zunächst Prüfungsbefugnisse. Zu nennen sind Hochschulprüfungen, etwa Vor- und Zwischenprüfungen, Bachelor und Masterarbeiten, aber auch Promotionen und Habilitationen. Sie entscheiden dabei meist über die Prüfungsform und die Prüfungsaufgaben.<sup>339</sup> Daneben wirken Hochschullehrer regelmäßig als Prüfer in Staatsprüfungen (z.B. Erste juristische Prüfung) mit.<sup>340</sup> Die Bewertung dieser Prüfungsleistungen durch einen Hochschullehrer hat Auswirkungen auf den Studienverlauf, den Zugang zur Staatsprüfung oder Berufseinstieg, bei Promotionsleistungen nicht zuletzt aufgrund des erlangten akademischen Titels, dessen Missbrauch nach § 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar ist. Diese Befugnisse sind vor allem im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Ausbildungsinteressen der Studierenden relevant; unabhängig davon, ob diese durch Art. 12 GG<sup>341</sup> oder Art. 5 Abs. 3 GG<sup>342</sup> geschützt sind. Insbesondere durch berufsbezogene Prüfungen ist Art. 12 GG in besonderem Maße berührt.<sup>343</sup>

Die beamtengleiche hoheitliche Tätigkeit lässt sich allerdings nicht nur an Prüfungsbefugnissen festmachen. Vielmehr ist sie auch mit der Lehrtätigkeit als hoheitlicher Tätigkeit zu begründen.<sup>344</sup> Zumindest faktisch besteht in der BRD für viele Bereiche ein Ausbildungsmonopol des Staates. Studierende müssen Lehrveranstaltungen von Hochschullehrern besuchen und sind diesen so „ausgeliefert“. Und diese bestimmen (kraft ihrer Lehrfreiheit), welchen Lehrstoff sie vortragen und welcher prüfungsrelevant ist.<sup>345</sup> Diese gestalten damit unmittelbar die Ausbildung der Studierenden und damit auch deren (berufliche) Zukunft.<sup>346</sup> Wegen ihrer Prüfungsbefugnis und Lehrtätigkeit werden angestellte Hochschullehrer beamtengleich hoheitlich tätig.

Positive Verfassungstreue schulden ferner *wissenschaftliche Mitarbeiter*, wenn und weil diese hoheitlich tätig werden.<sup>347</sup> So nahm das BAG<sup>348</sup> 1982 an, dass an die politische Treuepflicht eines wissenschaftlichen Mitarbeiters, zu dessen Dienstaufgaben auch Lehrtätigkeiten gehörten, die gleichen Anforderungen wie an einen Beamten zu stellen sind. Das Gericht begründete dies maßgeblich mit einem Vergleich zu Lehrern: Studierende seien zwar nicht in gleichem Maß politisch beeinflussbar wie Schüler, gleichwohl sei deren Persönlichkeitsbildung keineswegs abgeschlossen. Sie neigen – so das BAG – „zu emotionaler, unkontrollierter Übernahme politischer Verhaltensmuster und sind in verstärktem Maße Milieu- und Gruppeneinflüssen ausgesetzt“<sup>349</sup>. Diese Begründung überzeugt: Regelmäßig gehört zu den wissenschaftlichen Dienstleistungen von wissenschaftlichen Mitarbeitern auch die selbstständige<sup>350</sup> Wahrnehmung von Aufgaben in der Lehre (§ 52 Abs. 1 S. 2 LHG).

Allerdings gilt hier entsprechend: Die *wissenschaftliche* Tätigkeit von angestellten Beschäftigten an Hochschulen ist durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich besonders geschützt. Diese ist zwar nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG, dafür aber mit Art. 33 Abs. 2 GG im Wege

336 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

337 Vgl. BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

338 Vgl. Epping, ZBR 1997, 383, 386; Thieme, DÖV 2000, 502, 503; Hartmer, WissR 31 (1998), 152 ff.

339 Thieme, DÖV 2000, 502.

340 Vgl. Thieme, DÖV 2000, 502.

341 H. M., vgl. etwa Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 109 ff.

342 So etwa Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 208.

343 Vgl. BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005; BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008.

344 Thieme, DÖV 2000, 502, 503. A.A. Hartmer, WissR 31 (1998), 152, 161; Fink, DÖV 1999, 980, 982.

345 Thieme, DÖV 2000, 502, 503.

346 Determann, NVwZ 2000, 1346, 1348.

347 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris; für wissenschaftliche Assistenten: LAG Berlin 16.1.1978 – 9 Sa 77/77, AP Nr. 4 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

348 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

349 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

350 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 52 Rn. 13.

praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Unseres Erachtens müssen für Hochschulbeschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben die für Beamten geltenden Grundsätze erst recht gelten; denn sie befinden sich in keinem Beamtenverhältnis, sondern nur in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Soweit Beschäftigte selbstständig als Lehrende tätig werden und sich auf die Lehrfreiheit berufen können, muss auch für sie die Privilegierung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG gelten. Die Verfassungstreueklausel ist deshalb nicht nur für privatrechtlich angestellte Hochschullehrer einschlägig<sup>351</sup>, sondern auch für sonstige angestellte Beschäftigte, die eigenständig lehren. Und weiter muss im Übrigen ebenso gelten: Spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit kann niemals einen Treuepflichtverstoß begründen.

#### c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

Beschäftigte an Hochschulen (etwa studentische Hilfskräfte) *ohne* hoheitliche Aufgaben schulden hingegen nur *einfache* politische Treue<sup>352</sup>: Sie müssen sich *nicht* positiv zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, *nicht* mit dieser identifizieren und entsprechend *nicht* bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Vielmehr erfüllen sie ihre einfache Verfassungstreuepflicht regelmäßig schon dadurch, dass sie „die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht aktiv bekämpfen“ – also weder selbst aktiv verfassungsfeindliche Ziele verfolgen noch darauf abzielen, Verfassung und Staat „zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen.“<sup>353</sup> Die einfache politische Treuepflicht lässt sich folglich auch als *negative* Treuepflicht bezeichnen: Geschuldet ist nur das „Fehlen“ verfassungsfeindlicher Betätigung, dies allerdings auch außerdienstlich.<sup>354</sup>

Dieser Befund ist so rechtspolitisch überzeugend wie verfassungsrechtlich geboten: Zwar ist es aus Sicht des Staats erstrebenswert, dass er *insgesamt* nur über Beschäftigte verfügt, die seine Werte uneingeschränkt teilen und dafür vorbehaltlos auch aktiv eintreten. Denn dadurch wird seine Funktionsfähigkeit und Glaubwür-

digkeit nach außen gestärkt – auch an Universitäten und Hochschulen. Zudem machen Arbeitnehmer mit rund 60 % der Beschäftigten im öffentlichen Dienst den Großteil aus.<sup>355</sup> Das würde jedoch den Grundrechten der Beschäftigten nicht gerecht, denn diese würden so „unnötig und unverhältnismäßig eingeschränkt.“<sup>356</sup> Solche Arbeitnehmer, die gegenüber dem Staat nicht nur in einem privatrechtlichen Austauschverhältnis und damit in keinem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sondern vor allem auch keine hoheitlichen Tätigkeiten wahrnehmen, handeln nämlich funktional weder für den Staat noch repräsentieren sie diesen.<sup>357</sup> Und die von ihnen ausgehende Gefahr ist regelmäßig insoweit überschaubar, als dass sie – anders als Beamte oder beamtengleich tätige Arbeitnehmer – mangels entsprechender hoheitlicher Aufgaben oder Stellung kaum Gelegenheit haben, die Integrität des Staates nachhaltig zu beschädigen.

#### d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

Verfügen Arbeitnehmer nicht über die jeweils erforderliche – positive oder negative – Verfassungstreue, können sie entlassen werden<sup>358</sup>. Der Arbeitgeber kann solchen Arbeitnehmern personen- oder verhaltensbedingt kündigen.<sup>359</sup> Dabei setzt eine *verhaltensbedingte* Kündigung nach ständiger Rechtsprechung des BAG eine *konkrete* Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus, d.h. eine erhebliche Störung im Leistungs- und Vertrauensbereich oder innerhalb der Betriebsgemeinschaft, und diese muss dem Arbeitnehmer zudem individuell vorwerfbar sein.<sup>360</sup> Eine *personenbedingte* Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>361</sup>

Beide Kündigungsgründe müssen voneinander unterschieden und abgegrenzt werden, wenn ein Arbeitnehmer wegen (angeblich) fehlender Verfassungstreue gekündigt wird. Regelmäßig handelt es sich dabei um eine verhaltensbedingte Kündigung; denn dem Arbeitnehmer wird wegen einer – erwiesenen und nicht etwa

351 Maunz/Dürig/Gärdtitz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

352 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

353 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43, 45. Zuvor schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79, NJW 1983, 779.

354 Näher zu Inhalt und Umfang der Pflicht zu „einfacher“ Verfassungstreue zwei jüngere Urteile des BAG: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Eingehend dazu: Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

355 <https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst> (31.1.2021).

situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst (31.1.2021).

356 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

357 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

358 So schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644.

359 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

360 BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43 m. w. N.

361 BAG 21.4.2016 – 2 AZR 609/15, NZA 2016, 941; BAG 10.4.2014 – 2 AZR 812/12, NZA 2014, 653; ErfK/Oetker, 21. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 98 ff.

nur vermuteten – vorwerfbaren Treuepflichtverletzung gekündigt, was eindeutig als verhaltensbedingt einzuordnen ist.<sup>362</sup> Zu klären ist dann, ob bei einem außerdienstlichen Verhalten eine konkrete Störung im personalen Vertrauensbereich vorliegen muss oder ob es ausreichend ist, dass eine solche nur wahrscheinlich ist.<sup>363</sup> Eine personenbedingte Kündigung aufgrund eines Eignungsmangels kommt hingegen in Betracht, wenn begründete Zweifel an der (jeweils erforderlichen positiven oder negativen!) Verfassungstreue des Arbeitnehmers bestehen.<sup>364</sup>

Diese Abgrenzung veranschaulicht eine neuere Entscheidung des LAG Thüringen<sup>365</sup>: Der Arbeitnehmer war als Schichtleiter in der autorisierten Stelle beim Landeskriminalamt beschäftigt. Im Rahmen privater Beiträge in sozialen Medien im Internet äußerte er sich fremdenfeindlich und beleidigte andere „Diskussionsteilnehmer“. Deshalb kündigte das Land ihm fristlos. Wegen der rassistischen und beleidigenden Äußerungen im Internet kam eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, da es sich insoweit um eine vorwerfbare Pflichtverletzung des Arbeitnehmers handelt. Diese wäre im konkreten Fall aber vom Arbeitgeber abzumachen gewesen. Da der Arbeitnehmer aber bei einem IT-Dauerdienst arbeitete, der vor allem für alle IT-Systeme der Polizei tätig war, kam im konkreten Fall *auch* eine personenbedingte Kündigung in Frage; diese aber nicht wegen der „Diskussionsbeiträge“ auf Facebook, sondern wegen seiner rassistischen *Einstellung*, die ihn – angesichts der Verfügungsmacht über sicherheitspolitisch hochsensible Daten – als Schichtleiter des IT-Dauerdienstes *ungeeignet* machte.

#### 4. Annex: Lehrbeauftragte

Lehrbeauftragte stehen regelmäßig in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit dem Land.<sup>366</sup> Auch wenn privatrechtliche Rechtsverhältnisse geschlossen werden, sind Lehrbeauftragte nur ganz ausnahmsweise Arbeitnehmer.<sup>367</sup> Fraglich ist, welche politische Treue von diesen geschuldet ist.

Der 7. Senat des BVerwG folgte der Funktionstheorie des BAG für Lehrbeauftragte an Hochschulen zunächst nicht. Denn von Lehrbeauftragten sei „*das gleiche Maß an Verfassungstreue*“ zu verlangen, „*wie es von einem Beamten zu fordern ist.*“<sup>368</sup> Die Gleichstellung *aller* Lehrbeauftragten mit Beamten sei mit deren Aufgaben zu begründen: Die Lehrtätigkeit entspreche der des hauptamtlichen Hochschullehrers; der Sache nach gehe „*es beim Lehrbeauftragten wie bei dem beamteten Hochschullehrer um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.*“<sup>369</sup> Aufgrund der für einen Lehrbeauftragten geforderten Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG könnten die beamtenrechtlichen Vorschriften zur Verfassungstreue auf Lehrbeauftragte entsprechend angewandt werden.<sup>370</sup>

Im Jahr 1989 schwenkte der 7. Senat des BVerwG aber auf die Linie des BAG ein: Die „*für Beamtenverhältnisse zwingende Forderung nach Verfassungstreue unterschiedlos auf alle Lehrauftragsverhältnisse*“ auszudehnen, verletze Art. 33 Abs. 2 GG.<sup>371</sup> Hierauf könnten sich Lehrbeauftragte berufen, unabhängig davon, ob der Lehrauftrag landesrechtlich als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vollzogen wird, da sich die Lehraufträge selbst dann in einem öffentlichen Amt vollziehen, wenn keine hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.<sup>372</sup> Überspannt würden die Eignungsvoraussetzungen nach Art. 33 Abs. 2 GG bei einer Gleichsetzung *aller* Lehrbeauftragten mit den verbeamteten Hochschullehrern aus zwei Gründen: Erstens seien Begründung und Beendigung der Rechtsverhältnisse nicht vergleichbar; Lehraufträge würden nämlich nur semesterweise erteilt und begründeten deshalb keine dem Beamtenverhältnis vergleichbaren Bindungen. Zweitens seien Lehraufträge „*zu unterschiedlich und zu vielgestaltig, als daß sie hinsichtlich der politischen Eignung von Lehrauftragsbewerbern stets nur demjenigen zu übertragen wären, der in seiner Person den gesteigerten Anforderungen des Beamtenrechts entspricht.*“<sup>373</sup> Im Ergebnis lasse sich das „*abstrahierende Verlangen nach beamtengleicher Verfassungstreue aller Lehrbeauftragten [...] nicht länger mit der Begründung rechtfertigen, die Institution*

362 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 327.

363 Dazu Preis/Stoffels, RdA 1996, 210, 221.

364 BAG 20.7.1989 – 2 AZR 114/87, NJW 1990, 597.

365 LAG Thüringen 14.11.2018 – 6 Sa 204/18, BeckRS 2018, 44972. Diese wurde vom BAG bestätigt, BAG 27.6.2019 – 2 AZR 28/19, NZA 2019, 1343.

366 So insbesondere in Baden-Württemberg, vgl. § 56 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 LHG. Es handelt sich dabei zwischenzeitlich um den Regelfall, Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 564.

367 Etwa wenn Unterrichtsgegenstand und Arbeitszeit im Einzelnen vorgegeben werden, vgl. BAG 19.11.1997 – 5 AZR 21/97, NZA 1998, 595.

367 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837; ebenso unter Berufung darauf OVG Berlin 18.9.1980 – 3 B 6.79 –, juris.

369 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

370 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

371 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

372 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

373 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

des Lehrbeauftragten diene im Lehrbetrieb der Hochschulen wesentlich der Ergänzung des hauptamtlich erteilten Unterrichts durch den beamteten Hochschullehrer, so daß sich dessen gesteigerte Verfassungstreuepflicht auch auf den Lehrbeauftragten erstrecke.<sup>374</sup>

Insbesondere das zuletzt genannte Argument überzeugt: Lehraufträge, die zur Ergänzung des Lehrangebots erteilt werden (§ 56 Abs. 1 S. 1 LHG), sind im Einzelfall sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie können in den grundrechtssensiblen Bereich der Studierenden weit hineinreichen, soweit mit ihnen die Bewertung von Prüfungsleistung einhergeht – müssen dies aber nicht.<sup>375</sup> Lehrbeauftragte können nach Aufgaben und Funktion nicht nur auf den weiteren Studienverlauf oder die Staatsprüfung Einfluss nehmen (etwa weil die Bewertung einer Abschlussklausur zur Beendigung des Studiums führt), sondern auch für den Berufseinstieg. Sie nehmen hoheitliche Aufgaben aber nicht als ständige Aufgabe wahr.<sup>376</sup> Nur dann (und nicht generell!) werden Lehrbeauftragte adäquat zu Hochschullehrern tätig und handeln so funktionell für den Staat.

Im Ergebnis gilt für Lehrbeauftragte an Universitäten und anderen Hochschulen die Formel des BAG entsprechend: Geschuldet ist nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Ausübung des erteilten Lehrauftrags unverzichtbar ist.

## V. Zusammenfassung

1. Politischer Extremismus bedeutet aktive Verfassungsfeindschaft. Als zeitloses Übel prägt er unsere Vergangenheit und bedroht unsere freiheitlich verfasste Rechts- und Gesellschaftsordnung der Gegenwart – auch an Hochschulen.

2. Unser Verfassungsstaat steckt aufgrund der grundgesetzlichen Entscheidung, freiheitlich und wehrhaft zu sein, bei der Bekämpfung des politischen Extremismus stets in einem Dilemma: Einerseits muss er die Grundrechte der Bürger umfassend schützen; andererseits ist er verfassungsrechtlich verpflichtet, seine freiheitliche demokratische Grundordnung zu erhalten und zu schützen. Dieser Dualismus ist dahingehend aufzulösen, dass der Staat den Bürgern möglichst umfassende grund-

rechtliche Freiheit gewährt und seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich verteidigt, wenn diese konkret bedroht sind.

3. Dieser verfassungsimmanente Dualismus determiniert die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen. Grundrechtsfreundlich ist er hier dahingehend aufzulösen, dass der Staat von seinen Beschäftigten zwar grundsätzlich Verfassungstreue verlangen kann, aber nicht von allen in gleichem Maß.

4. Zu positiver Verfassungstreue sind Beamte an Hochschulen verpflichtet – dienstlich wie außerdienstlich und unabhängig von ihrer Aufgabe und Funktion. Das ist nicht nur verfassungskonform, sondern auch völker- und europarechtlich zulässig. Dem steht insbesondere die Wissenschaftsfreiheit nicht entgegen: Regelmäßig sind (politisch motivierte) extremistische Äußerungen schon verfassungsrechtlich keine Wissenschaft und (nur) von der allgemeinen Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

5. Innerhalb des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit wird die beamtenrechtliche politische Treuepflicht im Funktionsbereich der Lehre durch die Verfassungstreueklausel nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überlagert. Verboten ist danach (nur), den Hörsaal zur politischen Agitation zu missbrauchen. Erst wenn und weil ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG vorliegt, kann dies Grundlage beamtenrechtlicher Disziplinarmaßnahmen sein. Im Übrigen kann Art. 33 Abs. 5 GG die Wissenschaftsfreiheit als verfassungsimmanente Schranke zwar begrenzen. Kein Verstoß gegen die positive Verfassungstreuepflicht (und auch nicht gegen die Mäßigungspflicht) liegt jedoch vor, wenn spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten betroffen sind. So kann etwa ein verbeamteter Hochschullehrer nicht wegen der Inhalte oder Ergebnisse seiner Forschung disziplinarrechtlich verfolgt werden.

6. Daneben schulden auch Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen dem Staat politische Treue jedoch nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist. Funktionsbezogen muss daher differenziert werden: Wissenschaftliches Personal, das beamtengleich hoheitlich tätig wird, insbe-

374 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

375 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

376 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

377 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

378 Vgl. *Kimminich*, JZ 1989, 439, 440.

379 BVerwG 29.8.1975 – VII C 60/72, NJW 1976, 437; BAG 15.4.1982 – 2 AZR 1111/79, NVwZ 1983, 248.

sondere vergleichbar zu Hochschullehrern, trifft wie die Beamten die Pflicht zur *positiven* Verfassungstreue. Beschäftigte, die keine hoheitlichen Befugnisse und Aufgaben ausüben, trifft hingegen (nur) die Pflicht zur einfachen politischen Treue. Sie genügen dieser *negativ* bereits dadurch, dass sie sich *nicht aktiv* verfassungsfeindlich betätigen.

Prof. Dr. Christian Picker ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Konstanz, Sebastian Reif ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.



# Michael Fehling\*

## Ethikkommissionen: Gefahr oder Chance für die Wissenschaftsfreiheit?

### ÜBERSICHT\*\*

I. Einführung: Der Siegeszug der Ethikkommissionen und ihre grundrechtliche Problematik

II. Große Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse von Ethikkommissionen

1. Unterschiedliche Zusammensetzung und Trägerschaft
2. Verknüpfung mit unterschiedlichen (Verwaltungs-)Aufgaben und Entscheidungen
3. Unterschiedlich weitreichende Bindungswirkung ihres Votums
4. Der Beurteilungsmaßstab: rechtlich und/oder ethisch?

III. Vereinbarkeit der Einschaltung einer Ethikkommission mit der Forschungsfreiheit

1. Gemengelage deutschen und europäischen Grundrechtsschutzes
2. Unterschiedlich intensiver Eingriff in die Forschungsfreiheit
3. Besonderheiten beim Einsatz von Ethikkommissionen in der Forschungsförderung
4. Rechtfertigungsmöglichkeit durch kollidierende deutsche bzw. Unions-Grundrechte
5. Herstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs kollidierender Verfassungspositionen als zentrales Problem

a) Grundlagen

b) Bewältigungsstrategien des Gesetzgebers

6. Konsequenzen für die Auslegung und Handhabung der einschlägigen Normen

IV. Gewisser Nutzen der Einschaltung einer Ethikkommission auch für die Forschungsfreiheit

1. Verbesserte Rechtssicherheit für die beteiligten Forscher

2. Partielle Entlastung von Verantwortung?

3. Reduzierte gerichtliche Kontrolldichte zwischen Gefährdung und Schutz der Wissenschaftsfreiheit

V. Fazit

### I. Einführung: Der Siegeszug der Ethikkommissionen und ihre grundrechtliche Problematik

Ausgehend von den USA,<sup>1</sup> haben sich Ethikkommissionen seit den 1980er-Jahren auch in Europa zur Beurteilung von Forschungsvorhaben immer mehr etabliert. Ausgangs- und Mittelpunkt war und ist die klinische Arzneimittelforschung, die im Spannungsverhältnis zwischen Forschungsinteressen (und davon erhofftem Ertrag für die künftige Gesundheitsversorgung) einerseits sowie Patienten- bzw. Probandenschutz andererseits besonders handgreifliche ethische Probleme aufwirft. Die Richtlinie 2001/20/EG „über die gute klinische Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen von Humanarzneimitteln“<sup>2</sup> und die Nachfolgeverordnung (EU) 2014/536 – wohl erst 2020 vollumfänglich anwendbar – enthalten zwar nur Teilregelungen, haben aber auch darüber hinaus eine Annäherung des Rechtsrahmens in den verschiedenen Mitgliedstaaten bewirkt.<sup>4</sup> In Deutschland sind §§ 40 Abs. 1 Satz 2, 42, 42a AMG<sup>5</sup> nebst der GCP-Rechtsverordnung<sup>6</sup> einschlägig. Ethik-

\* Zum Gedenken an meinen akademischen Lehrer, Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger (5. April 1930 – 23. Januar 2021), der 22 Jahre (!) ehrenamtlich als Rechtsberater des Rektors der Universität Freiburg tätig war.

\*\* Umgearbeitete Fassung eines englischsprachigen Vortrags vom 25.9.2020 auf der deutsch-italienischen Tagung „Academic Freedom under Pressure“ (Tagungsband im Erscheinen); dort stand die rechtsvergleichende Betrachtung im Vordergrund, während hier der Schwerpunkt auf der deutschen Rechtsdogmatik liegt. – Meinem wiss. Mitarbeiter Vincent Mittag danke ich für wertvolle Hilfe insb. bei den Nachweisen.

- 1 Aus deutscher Sicht *Deutsch*, Das neue Bild der Ethikkommission, MedR 2006, S. 411; für die Vereinigten Staaten *Bork*, Ethik-Kommissionen in den USA, NJW 1983, S. 2056.
- 2 Richtlinie 2001/20/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 4. April 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanmedizin, ABL L 121 vom 1.5.2001, S. 34.
- 3 Verordnung (EU) 2014/536 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/

EG, ABL L 158 vom 27.5.2014, S. 1; siehe im Überblick *Lanzerath*, Europäische Ethikkommissionen im Wandel: Herausforderungen durch neue Rahmenbedingungen, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitschutz – Gesundheitsforschung 2019, S. 697, 700.

- 4 Vgl. zur Ablösung nationaler Bestimmungen allgemein *Lippert*, Klinische Prüfung von Tierarzneimitteln unter der Verordnung (EU) 2019/6, PharmR 2019, S. 278; zurückhaltender, was eine Harmonisierung betrifft, *Lanzerath* (Fn. 3), Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitschutz – Gesundheitsforschung 2019, S. 697, 701 f.; die Tendenz von Bestrebungen einheitlicher Regelungen auf europäischer Ebene betonend bereits *Doppelfeld*, Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen, MedR 2008, S. 645, 646 f. und 649 zur damaligen Rechtslage.
- 5 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, BGBl. I S. 3394 zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.12.2020, BGBl. I S. 2870.
- 6 Verordnung über die Anwendung der Guten Klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen (GCP-Verordnung – GCP-V) vom 9. August 2004, BGBl. I S. 2081, zuletzt geändert durch Verordnung vom 20.12.2016, BGBl. I S. 3048.



kommissionen zur Begutachtung von Forschungsvorhaben finden sich darüber in Deutschland aber auch in immer weiteren Rechtsgebieten, etwa im Medizinproduktegesetz<sup>7</sup> (§§ 20, 22 MPG), im Stammzellengesetz<sup>8</sup> (§§ 5, 6, 9 StZG), in der Röntgenverordnung RöV und in der Strahlenschutzverordnung<sup>9</sup> (§§ 31, 36 StrlSchV).<sup>10</sup> Mittlerweile gibt es solche Kommissionen sogar außerhalb der Forschung am Menschen für Tierversuche im Tierschutzgesetz<sup>11</sup> (§ 15 Abs. 1 Satz 2 TSchG).

Die am Beispiel der Arzneimittelstudien beschriebene ethische Konfliktlage spiegelt sich in einem grundrechtlichen Spannungsverhältnis wider, nämlich zwischen Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG bzw. Art. 13 Satz 1 GrCh) einerseits sowie Persönlichkeitsrechten einschließlich informationeller Selbstbestimmung<sup>12</sup> (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 7, 8 GrCh) und Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG bzw. Art. 3 GrCh) der Probanden/Patienten andererseits. Soweit Forschungsvorhaben in der einen oder anderen Form von der vorherigen Befassung einer Ethikkommission abhängig gemacht werden, liegt darin zunächst einmal eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung und im Sinne unseres Themas Gefährdung der Forschungsfreiheit (unten III.). Bei genauerem Hinsehen lassen sich aber auch gewisse Vorteile für die betroffenen Forscher und auch für die Forschungsfreiheit identifizieren, namentlich durch verbesserte Rechtssicherheit und möglicherweise sogar eine partielle Entlastung von Verantwortung; auch die – reduzierte – verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte könnte sich tendenziell eher freiheitsschonend auswirken (IV.).

Bei alledem handelt es sich zwar primär um übergeordnete grundrechtliche Fragestellungen, in erster Linie auf Verfassungsebene, teilweise aber auch auf unionaler Ebene.<sup>13</sup> Aus zwei Gründen lassen sich dennoch die einfachgesetzlichen Grundlagen bei unserem Thema nicht komplett ausblenden. Zum einen sind die Befugnisse

von Ethikkommissionen bereichsspezifisch höchst unterschiedlich geregelt, was wiederum die grundrechtliche Prüfung und Abwägung prägt. Zum anderen wirkt die Grundrechtslage potenziell auf die Auslegung des einfachen Rechts zurück; die maßgeblichen Bestimmungen müssen gegebenenfalls verfassungs- bzw. unionsrechtskonform so ausgelegt und gehandhabt werden, dass die kollidierenden Verfassungspositionen im Sinne praktischer Konkordanz möglichst weitreichend zur Geltung kommen. Dementsprechend soll zunächst die Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse solcher Ethikkommissionen im geltenden Recht skizziert werden (sogleich II.).

## II. Große Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse von Ethikkommissionen

### 1. Unterschiedliche Zusammensetzung und Trägerschaft

Eine Ethikkommission ist schon begriffsnotwendig ein unabhängiges Gremium aus Experten verschiedener Fachrichtungen, die zusammen (gegebenenfalls mit Mehrheitsentscheidung)<sup>14</sup> eine Stellungnahme abgeben. Dies bildete den Kern der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 2 Ziff. 11 der VO (EU) 2014/536 (ähnlich in Art. 2 (k) der früheren EG-Richtlinie) und kann auch für Ethikkommissionen außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung als Leitvorstellung dienen. Welche Gruppen über die jeweils relevanten medizinischen Fachrichtungen hinaus vertreten sind – neben einem Juristen z.B. Ethiker, Geistliche oder auch „einfache“ Bürger<sup>15</sup> –, ist von Kommission zu Kommission unterschiedlich, ebenso die Zahl der Mitglieder. Insoweit handelt es sich nur partiell um *Peer Review*.<sup>16</sup> Näheres divergiert nicht nur zwischen den europäischen Staaten,<sup>17</sup> sondern auch innerhalb Deutschlands. Für die Zusammensetzung und Arbeitsweise der Ethikkommissionen gilt nämlich größtenteils Landesrecht, namentlich in den Heilberufskam-

7 Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. August 2002, BGBl. I S. 3146 zuletzt geändert durch Verordnung vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1328.

8 Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellengesetz – StZG) vom 28. Juni 2002, BGBl. I S. 2277 zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.3.2017, BGBl. I 2277.

9 Verordnung zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 29. November 2018, BGBl. I, S. 2036 zuletzt geändert durch Verordnung vom 27.3.2020, BGBl. I S. 748.

10 Gesetz zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung (Strahlenschutzgesetz – StrlSchG) vom 27. Juni 2017, BGBl. I S. 1966 zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2020, BGBl. I S. 2232

11 Tierschutzgesetz vom 18. Mai 2006, BGBl. I, S. 1206 zuletzt geän-

dert durch Verordnung vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1328.

12 Siehe nur BVerfGE 35, S. 202, 219 ff.

13 Zur Abgrenzung unten III. 1.

14 *Albers*, Die Institutionalisierung von Ethik-Kommissionen: Zur Renaissance der Ethik im Recht, *KritV* 2003, S. 410, 435.

15 *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411, 413.

16 Von einer Annäherung an *peer review* gehen insoweit wohl aus *Just*, Die Professionalisierung der Ethik-Kommissionen, einer Einrichtung der Selbstkontrolle der Wissenschaft, *MedR* 2008, S. 640, 643; *Gramm*, Ethikkommissionen: Sicherung oder Begrenzung der Wissenschaftsfreiheit?, *WissR* 1999, S. 209, 217. Dazu auch unten III. 5. b. sowie IV. 3.

17 Ähnliche Einschätzung *Lanzerath* Fn.(3), *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsschutz – Gesundheitsforschung* 2019, S. 697, 702 f.; Vereinheitlichungsbedarf hervorhebend *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411, 416.

mergesetzt.<sup>18</sup> Die Kommissionsmitglieder arbeiten regelmäßig ehrenamtlich; die immer wieder geforderte Professionalisierung<sup>19</sup> schlägt sich im Wesentlichen in der Zuarbeit durch eine Geschäftsstelle oder Ähnlichem nieder.<sup>20</sup>

Organisatorisch sind Ethikkommissionen, die projektbezogene Einschätzungen abgeben, meist entweder bei den Ärztekammern oder den Universitäten angesiedelt, gelegentlich aber auch bei Fachinstituten.<sup>21</sup> Private Ethikkommissionen spielen außerhalb des reinen Berufs-Standesrechts keine bedeutende Rolle mehr.<sup>22</sup>

## 2. Verknüpfung mit unterschiedlichen (Verwaltungs-) Aufgaben und Entscheidungen

Im Zentrum unseres Themas steht die Beteiligung von Ethikkommissionen an der Entscheidung über die Genehmigung bestimmter Forschungsprojekte, namentlich klinischer (Arzneimittel-)Studien. Darauf bezogen sind die zuvor genannten gesetzlichen Beispiele. Daneben ist ein zustimmendes Votum solch einer Kommission verbreitet Voraussetzung für die Gewährung von Forschungsförderung, auch und gerade auf EU-Ebene im Forschungsrahmenprogramm „Horizon 2020“ und dem Nachfolgeprogramm „Horizon Europe“.<sup>23</sup> Schließlich machen entsprechende Fachzeitschriften die Publikation oftmals ebenfalls von einer solchen positiven Stellungnahme abhängig.<sup>24</sup> Dies ist freilich regelmäßig nicht mehr dem Staat zurechenbar und deshalb nicht unmittelbar grundrechtlich relevant – es sei denn, eine semistaatliche und deshalb grundrechtsgebundene Forschungsorganisation<sup>25</sup> (wie die Deutsche Forschungsge-

meinschaft) hatte eine diesbezügliche Auflage bereits in ihre Förderbedingungen aufgenommen.

Über solche projektbezogenen Voten hinaus werden Ethikkommissionen – wie beispielsweise der Deutsche Ethikrat – allgemein zur Politikberatung eingesetzt, sei es strategisch oder bei konkreten Gesetzesvorhaben.<sup>26</sup> Da diese abstrakt-generelle Politikberatung jedoch weit im Vorfeld konkreter Gesetzgebungs- oder sonstiger rechtserheblicher Maßnahmen angesiedelt ist und daher die Forschungsfreiheit noch nicht berührt,<sup>27</sup> bleibt sie im Folgenden ausgeklammert.

## 3. Unterschiedlich weitreichende Bindungswirkung ihres Votums

Ursprünglich hatten Ethikkommissionen, auch im deutschen Arzneimittelrecht, meist nur beratende Funktion; die zuständige Behörde war bei ihrer Genehmigungsentcheidung an deren Votum nicht gebunden. Dies ist heute jedoch die Ausnahme,<sup>28</sup> eine solche Regelung findet sich etwa in Hessen an medizinischen Fachbereichen, soweit es um die Durchführung klinischer Versuche an Menschen geht, die nicht dem AMG unterliegen, oder bei epidemiologischen Forschungen mit personenbezogenen Daten (vgl. § 53 HHG).

Bei Arzneimittelstudien bestimmt seit 2004 § 40 Abs. 1 Satz 2 AMG, dass die klinische Prüfung eines Arzneimittels nur begonnen werden darf, wenn neben der behördlichen Genehmigung der Studie<sup>29</sup> kumulativ auch ein zustimmendes Votum der Ethikkommission vorliegt. Diese bindende Wirkung einer Ablehnung durch die Ethikkommission ist seit 2001 auch EU-recht-

18 Beispiele bei Kern, Standortbestimmung: Ethikkommissionen – auf welchen Gebieten werden sie tätig?, MedR 2008, S. 631, 634 f.; siehe für Berufsordnungen Deutsch (Fn. 1), MedR 2006, S. 411, 412.

19 So z. B. Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640 ff.

20 Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640, 642 und 644.

21 Doppelfeld (Fn. 4), MedR 2008, S. 645, 646.

22 Früher hatten private Ethikkommissionen noch im Anwendungsbereich des Medizinproduktegesetzes sowie der Röntgen- und Strahlenschutzverordnung Bedeutung, vgl. Kern (Fn. 18), MedR 2008, S. 631, 634.

23 Siehe für „Horizon 2020“ insbesondere Art. 14 Verordnung (EU) 1290/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über die Regeln für die Beteiligung am Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont 2020“ (2014-2020) sowie für die Verbreitung der Ergebnisse und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1906/2006, ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 81; Art. 19 Verordnung (EU) 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizon 2020 (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1982/2006/EG, ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 104; erwähnt auch

von Lanzerath (Fn. 3), S. 697, 701. Siehe für „Horizon Europe“ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont Europa“ sowie über die Regeln für die Beteiligung und die Verbreitung der Ergebnisse COM (2018) 435 final vom 7. Juni 2018 insbesondere Art. 15.

24 Doppelfeld (Fn. 4), MedR 2008, S. 645.

25 Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, S. 179, 193; allgemein auch Britz, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs.3, Rn. 61.

26 Siehe zu den Aufgaben des Deutschen Ethikrates § 2 EthRG; vgl. ferner Lindner, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis?, ZRP 2017, S. 148, 149.

27 Hufen, Wissenschaft zwischen Freiheit und Kontrolle, NVwZ 2017, S. 1265.

28 Siehe zu dieser Entwicklung Doppelfeld (Fn. 4), S. 645; Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640 ff.

29 Diese Genehmigung (abzugrenzen von der Zulassung eines Arzneimittels, worum es in diesem Beitrag nicht geht) ist stets gemeint, wenn im Folgenden verkürzend nur von „Genehmigung“ oder „Zulassung“ die Rede ist.

lich vorgeschrieben (heute Art. 4 VO (EU) 536/2014). Dadurch haben sich die Ethikkommissionen immer mehr von ethischen und berufsrechtlichen Beratungsgremien zur rechtsanwendenden Patientenschutz Einrichtung mit Behördencharakter entwickelt.

Einen Zwischenweg beschreitet etwa das Stammzellengesetz (§ 6 Abs. 5 StZG). Hier ist das Votum der Ethikkommission „zu berücksichtigen“, bindet aber die Behörde nicht. Wenn diese jedoch von dem Votum abweichen will, hat sie die Gründe hierfür schriftlich darzulegen („comply or explain“).

#### 4. Der Beurteilungsmaßstab: rechtlich und/oder ethisch?

Welchen Beurteilungsmaßstab die Ethikkommission bei ihrem Votum zugrunde zu legen hat, richtet sich nach dem jeweiligen Fachgesetz. Dies wirft die Frage auf, welche Rolle ethische Gesichtspunkte, die ja für diese Kommissionen namensgebend sind, dabei eigentlich noch spielen können.

Vordergründig ist die Sache klar: Vorrang (Art. 20 Abs. 3 GG) und Vorbehalt des Gesetzes lassen jenseits des gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs kaum mehr Raum für die Prüfung der ethischen Vertretbarkeit jedenfalls dort, wo das Kommissionsvotum mehr ist als nur ein Appell an die persönliche Verantwortung des Forschers. Man muss kein Anhänger der Systemtheorie<sup>30</sup> sein, um zu betonen, dass es gerade und ausschließlich die Funktion des Rechts ist, gesellschaftliche Konflikte verbindlich zu entscheiden und dadurch normative Erwartungen zu stabilisieren.<sup>31</sup> Die Trennung von Ethik und Recht ist eine zentrale Errungenschaft der Moderne. Im Ausgangspunkt bleibt damit die Entscheidung einer Ethikkommission, sofern sie Rechtswirkungen auslöst, konsequenterweise ausschließlich Rechtsanwendung.<sup>32</sup>

Allerdings kann das anzuwendende Gesetzesrecht auf außerrechtliche Maßstäbe, einschließlich ethisch-moralischer, verweisen, sei es in unbestimmten Rechtsbegriffen oder in Abwägungsaufträgen.<sup>33</sup> Im hiesigen

Kontext liegt dies vor allem dort nahe, wo das Gesetz – wie etwa für klinische Arzneimittelstudien in § 42 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 Nr. 2 AMG – explizit oder implizit auf eine Risiko-Nutzen-Abwägung verweist. Unbestimmte (Schleusen-)Begriffe wie „(Un-)Vertretbarkeit“ – z.B. in § 40 Abs. 1 Nr. 2a AMG: „unvertretbare schädliche Auswirkungen [...]“ – können bei der Anwendung im Einzelfall ebenfalls zu ethischen Bewertungen führen. Auch in solchen Konstellationen bleibt die Abwägung bzw. Beurteilung im Kern jedoch eine rechtliche, weil in beide Richtungen (d.h. zum Schutz der Forschungsfreiheit wie der Probandenrechte) grundrechtsgebunden und -gesteuert.<sup>34</sup> Die allermeisten gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für die Ethikkommissionen sind ohnehin eher formaler Natur – etwa Versicherungsschutz oder Qualifikation der beteiligten Forscher sowie Aufklärung der Probanden betreffend<sup>35</sup> –, so dass dort die ethische Vertretbarkeit der projektierten Studie von vornherein keine Rolle spielen kann.<sup>36</sup>

Macht vor diesem Hintergrund der Name „Ethikkommission“ überhaupt noch Sinn? Jedenfalls aus soziologischer Perspektive dient diese Ausflagung wohl in erster Linie dazu, die Verständigung zwischen den unterschiedlichen Fachrichtungen in der Kommission zu erleichtern. Mediziner und andere Fachwissenschaftler müssen sich nicht auf einen genuin juristischen Diskurs einlassen, sondern können sich mit ihren fachlichen Argumenten gleichsam auf dem gemeinsamen „neutralen“ Grund der Ethik treffen.<sup>37</sup>

### III. Vereinbarkeit der Einschaltung einer Ethikkommission mit der Forschungsfreiheit

#### 1. Gemengelage deutschen und europäischen Grundrechtsschutzes

Die Forschungsfreiheit ist nicht nur im Grundgesetz (Art. 5 Abs. 3 GG), sondern auch in der EU-Grundrechtecharta (Art. 13 Satz 1 GrCh) mit wohl ähnlichem Gehalt gewährleistet.<sup>38</sup> Unionsgrundrechte sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh zum einen anwendbar, wenn

30 Zur im Text genannten Funktion des Rechts insb. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124 ff.

31 Auf *Luhmann* in diesem Zusammenhang hinweisend, *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 426, Fußnoten 32 und 33; *Fateh-Moghadam/Atzeni*, Ethisch vertretbar im Sinne des Gesetzes – Zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungs-Ethikkommissionen, in: *Vöney/Hagedorn/Clados/von Achenbach* (Hrsg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht – Interdisziplinäre Untersuchungen*, 2009, S. 115 mit dortiger Fn. 1 sowie S. 119 mit dortigen Fn. 14 u.15.

32 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 115 ff.; *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 426 ff. mit einigen (nicht ganz klaren) Modifikationen auf S. 430 ff.

33 Dazu allgemein statt vieler *Fehling*, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: *Trute et al.* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 461, 467 ff. m.w.N.

34 Dazu näher unten III. 6.

35 *Deutsch*, Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa, *MedR* 2008, S. 650, 653 f.

36 *Kern* (Fn. 18), *MedR* 2008, S. 631, 635 f.

37 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 115, 141 f.

38 S. für einen Überblick *Bernsdorff*, in: *Meyer/Hölscheidt* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 14 f.; *Jarass*, *EU-Grundrechte-Charta*, 4. Aufl. 2021, Art. 13 Rn. 7 ff.

die EU-Kommission für die europäische Forschungsförderung die Einschaltung einer Ethikkommission verlangt. Zum anderen ist die europäische Forschungsfreiheit maßgeblich, wenn das Unions-Sekundärrecht<sup>39</sup> wie für klinische Arzneimittelstudien (dort mit einer „hinkenden“ EU-Verordnung<sup>40</sup>) eine Teilregelung enthält. Richtigerweise bleibt in dieser Konstellation daneben aber auch die nationale Wissenschaftsfreiheit anwendbar, soweit auf nationaler Ebene – wie im genannten Beispiel der Arzneimittelforschung – noch ein Spielraum für ergänzende Regelungen besteht.<sup>41</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die deutsche Grundrechtsordnung, weil dort angesichts vieler Lücken im EU-rechtlichen Rahmen immer noch der Schwerpunkt der Prüfung liegt und die dogmatischen Konturen im nationalen Verfassungsrecht klarer sind. Vergleichend wird jedoch immer zumindest kurz auf die Grundrechtecharta und eventuelle Abweichungen hingewiesen.

## 2. Unterschiedlich intensiver Eingriff in die Forschungsfreiheit

Das Recht, Forschungsprojekte unabhängig von staatlichen Vorgaben frei wählen, konzipieren und durchführen zu können, ist ein Kern der Wissenschaftsfreiheit.<sup>42</sup> Allerdings gewährt Art. 5 Abs. 3 GG von vornherein keine Befugnis, bei der Forschung in Rechte Dritter einzugreifen. Dies muss, unabhängig von der allgemeinen Kontroverse um eine enge oder weitere Auslegung grundrechtlicher Schutzbereiche<sup>43</sup> und dem Streit um die Verallgemeinerungsfähigkeit der Kammerentschei-

dung des Bundesverfassungsgerichts zum „Sprayer von Zürich“,<sup>44</sup> jedenfalls dann gelten, wenn final in die körperliche Integrität Dritter eingegriffen wird;<sup>45</sup> eine Abwägungslösung auf Schrankenebene würde der fundamentalen Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 GG jedenfalls in dieser Konstellation nicht gerecht. Bei klinischen Studien beeinträchtigt es deshalb die Wissenschaftsfreiheit nicht, wenn die Einwilligung der beteiligten Probanden/Patienten verlangt wird. Auf die Forschung mit Stammzellen lässt sich diese Überlegung indes nicht übertragen, denn dort ist kein eigenes Rechtssubjekt betroffen. Insoweit handelt es sich in vollem Umfang um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Forschungsfreiheit.

Das Vorliegen eines Eingriffs hängt als solches nicht davon ab, wie weit die Bindungswirkung des Votums der Ethikkommission reicht. Nicht erst dann, wenn die Forschung nur bei Zustimmung durch die Ethikkommission durchgeführt werden darf (wie im Arzneimittelrecht), ist ein Eingriff in die Forschungsfreiheit gegeben, sondern auch schon bei der Verpflichtung der staatlichen Genehmigungsbehörde zu „comply or explain“ wie im Stammzellengesetz. Denn in Grundrechte kann bekanntlich nicht nur durch Befehl und Zwang eingegriffen werden; die Eingriffsschwelle ist vielmehr bereits dann überschritten, wenn rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die dem Grundrechtsträger die Ausübung des Grundrechts faktisch erheblich erschweren.<sup>46</sup> Die Intensität des Eingriffs ist dann allerdings geringer. Wird eine Ethikkommission dagegen rein beratend tätig, ohne dass daran irgendwelche Rechtsfolgen –

39 Siehe allgemein EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-617/10 ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 16 ff. *Åklagaren vs. Åkerberg Fransson*; EuGH, Urt. v. 6.3.2014, C-206/13 ECLI:EU:2014:126 Rn. 16 ff. *Siragusa v. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*.

40 Zu „hinkenden“ EU-Verordnungen, die nur eine Teilregelung enthalten und deshalb auf ergänzendes (nicht: umsetzendes) nationales Recht angewiesen sind, siehe allgemein Ruffert, in: Calliess, Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21.

41 In diese Richtung allgemein EuGH, Urt. v. 24.9.2019 C-507/17 ECLI:EU:C:2019:722 Rn. 67 *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*; im Überblick zu dieser im Detail umstrittenen Frage *Bäcker*, Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015, S. 389, 391 ff. m.w.N.

42 Grundlegend BVerfGE 35, S. 79, 114; aus neuerer Zeit BVerfGE 141, S. 143, 165.

43 Für ein enges Verständnis etwa *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2004), S. 165, 185 f.; *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2003), 203 ff.; speziell zur Wissenschaftsfreiheit grundlegend *Wahl*, Freiburger Univ.-Bl. 95 (3/1987), S. 32 ff.; kritisch etwa *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt – Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 167,

184 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 11 ff.; grundlegend zur Abwägungslösung *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, insb. S. 290 ff.; für die Wissenschaftsfreiheit etwa auch *Losch/Radau*, Forschungsverantwortung als Verfahrensaufgabe, NVwZ 2003, S. 392 f.; *Würtenberger/Tanneberger*, Biosicherheit und Forschungsfreiheit, OdW 2014, S. 1, 5 ff.

44 BVerfG NJW 1984, S. 1293, 1294 wonach die Beeinträchtigung fremden Eigentums nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst ist. Zur Kontroverse über die Trag- und Verallgemeinerungsfähigkeit vgl. für die Forschungsfreiheit nur *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 18. Aufl. 2002, Rn. 524 ff. (in *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, so nicht mehr enthalten); und *Lerche*, Verfassungsfragen der Gentechnologie, in: Lukes/Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 91 ff. einerseits, *Waechter*, Forschungsfreiheit und Forschungsvertrauen, Der Staat 30 (1991), S. 44 f., andererseits.

45 Angedeutet bei *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 147; *Dähne*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 308; in diese Richtung auch *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 5 f., allerdings mit etwas weitergehender Tendenz, den Beschluss zum „Sprayer von Zürich“ zu verallgemeinern.

46 Dazu allgemein statt vieler nur BVerfGE 13, S. 181, 185 f.; *Dreier*, in: ders. (Fn. 25), Vorbemerkungen vor Art. 1, Rn. 125 ff.

und sei es auch nur die Pflicht einer staatlichen Behörde oder der Forscher selbst, eine Abweichung zu begründen – geknüpft sind, so verkürzt dies in der Sache die Wissenschaftsfreiheit noch nicht.<sup>47</sup> Denn der Forscher ist durch die bloße Beratung weder rechtlich noch faktisch in irgendeiner Form gebunden. Allerdings stellt schon allein die Tatsache, dass ein Forscher vor einer Ethikkommission Unterlagen einreichen und gleichsam Rechenschaft ablegen muss, wegen des damit verbundenen Aufwands unabhängig von der inhaltlichen (Bindungs-) Wirkung des Votums der Kommission einen prozeduralen Grundrechtseingriff<sup>48</sup> dar.<sup>49</sup> Dessen Intensität ist indes nicht allzu hoch.

### 3. Besonderheiten beim Einsatz von Ethikkommissionen in der Forschungsförderung

Macht eine semi-staatliche und als solche ebenfalls grundrechtsgebundene<sup>50</sup> Forschungsförderungsorganisation wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft die Gewährung von Fördermitteln vom Votum einer Ethikkommission abhängig, so ist nicht die Abwehr-, sondern die Teilhabefunktion der Wissenschaftsfreiheit betroffen.<sup>51</sup> Auch insoweit besteht ein, wenn auch etwas schwächerer, Grundrechtsschutz.<sup>52</sup> Allerdings reicht hier der Vorbehalt des Gesetzes weniger weit.<sup>53</sup> Ob deshalb für die Einschaltung der Ethikkommission allein interne Förderrichtlinien ausreichen, erscheint angesichts der Grundrechtswesentlichkeit dennoch zweifelhaft. Zwar ist die Teilhabefunktion der Grundrechte allgemein schwächer ausgeprägt als deren Abwehrfunktion.<sup>54</sup> Denn bei bloßer Teilhabegewährleistung existiert kein Anspruch auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen, sondern nur ein Anspruch auf chancengleichen Zugang.

Dieser Gleichbehandlungsanspruch ist dann allerdings klarer konturiert als ein originäres Leistungsrecht,<sup>55</sup> wie es verfassungsrechtlich fast durchweg allenfalls dem Grunde nach, ohne konkreten Inhalt, anerkannt wird.

Diesem Recht auf chancengleiche Teilhabe an semi-staatlichen Fördermitteln muss wie allgemein<sup>56</sup> dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Chancengleichheit sicherndes und im Aufwand zumutbares Vergabeverfahren auch bezüglich der Einschaltung einer Ethikkommission etabliert wird.

Allerdings ist auf europäischer Ebene noch weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit die Chartagrundrechte auch Teilhaberechte enthalten.<sup>57</sup> Davon hängt ab, inwieweit die (europäische) Forschungsfreiheit auch bei der Vergabe von Forschungsmitteln durch die europäische Kommission mit Einschaltung einer Ethikkommission Bedeutung erlangt.

### 4. Rechtfertigungsmöglichkeit durch kollidierende deutsche bzw. Unions-Grundrechte

Die Wissenschaftsfreiheit ist in Art. 5 Abs. 3 GG ohne ausdrückliche Schranken gewährleistet und damit nur durch andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang einschränkbar (verfassungsimmanente Schranken).<sup>58</sup> Hier sind als kollidierendes Verfassungsrecht die Selbstbestimmung der Probanden/Patienten als Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie deren Grundrecht auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zu beachten.

Für das Unionsrecht gilt letztlich wohl nichts anderes, wenngleich die genauen dogmatischen Konturen noch wenig geklärt sind. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GrCh ver-

47 So wohl *Hufen* (Fn. 27), NVwZ 2017, S. 1265, 1268; weniger eindeutig *Gramm* (Fn. 16), WissR 1999, S. 209, 216 f.

48 Dieser Begriff ist zwar anscheinend wenig verbreitet, die Tatsache als solche aber anerkannt.

49 *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 37; *Hufen* (Fn. 27), NVwZ 2017, S. 1265, 1268.

50 Siehe *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 193 ff.; allgemein auch *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 61.

51 Vgl. *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 194.

52 *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 80 ff.; *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 92. Lfg. 2020, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259 ff.

53 Vgl. *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 199 f.; für die Grundrechte im Allgemeinen *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, S. 318 ff.

54 So zur Teilhabefunktion der Grundrechte allgemein BVerfGE 147, S. 253, 305 ff.; angedeutet auch von *Fehling*, Die Verteilung

des Mangels – Zum neuen Numerus Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2018, S. 100, 102; zurückhaltender wohl *Jarass*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 33.

55 Vgl. freilich auf einem teilweise abweichenden dogmatischen Grundkonzept fußend, *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 79.

56 Zur Prozeduralisierung bei Teilhaberechten allgemein Kingreen/Poscher (Fn. 44), Rn. 155; *Murswiek* (Fn. 55), Rn. 21.

57 Für die Wissenschaftsfreiheit I. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2015 Art. 13 GrCh Rn. 9; *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, 4. Aufl. 2021, Art. 13 Rn. 12. Zu den Problemen, die sich insoweit aus der begrenzten Zuständigkeit der Union ergeben *Jarass*, *ebd.*, Art. 51 Rn. 6; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 38), Art. 51 Rn. 93.

58 Statt aller BVerfGE 141, S. 143, 169.

weist für die Einschränkung der Chartagrundrechte ausdrücklich auf die „Rechte und Freiheiten anderer“ (hier namentlich Art. 3 GrCh).<sup>59</sup>

5. Herstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs kollidierender Verfassungspositionen als zentrales Problem

#### a) Grundlagen

Letztlich dürfen die Verfassungsfragen jedoch nicht einseitig allein aus der Perspektive der Forschungsfreiheit und der dabei bestehenden Rechtfertigungsnotwendigkeiten betrachtet werden. Da prima facie gleichrangige Verfassungsgüter betroffen sind, muss vielmehr ein schonender Ausgleich nach allen Seiten – oder anders ausgedrückt: praktische Konkordanz<sup>60</sup> – angestrebt werden. In §§ 42 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 Nr. 2 AMG spiegelt sich dies für klinische Arzneimittelstudien im Auftrag zu einer Nutzen-Risiko-Abwägung durch die Ethikkommission wider. Diese Aufgabe wird zusätzlich dadurch kompliziert, dass über die bereits genannten Grundrechte hinaus noch weitere Verfassungsgüter involviert sind: Auf der einen Seite der Waage geht es nicht nur um die individuelle Freiheit der beteiligten Forscher (als Abwehrrecht), sondern auch um den Nutzen der Forschung für die Gesellschaft – und im medizinischen Bereich letztlich für die Gesundheit der Menschen allgemein. Auf der anderen Seite sind ebenfalls nicht nur individuelle Grundrechte (in ihrer Schutzpflichtdimension) betroffen, sondern gleichermaßen die Folgen für die Gesellschaft (keine Instrumentalisierung von Menschen zu Versuchszwecken) und dabei letzten Endes die Menschenwürde zu bedenken.<sup>61</sup> Gerade in dieser überindividuellen, auf grundlegende Verfassungswerte verweisenden Dimension des Konflikts spiegelt sich dessen ethischer Hintergrund besonders wider.

In die erforderliche Gesamtabwägung sind, ganz abstrakt betrachtet, drei Parameter einzustellen: die Intensität des Eingriffs in die Forschungsfreiheit, das Gewicht der verfolgten Gemeinwohl- und Drittinteressen und

schließlich die jeweilige Wahrscheinlichkeit der Rechtsbegründung der Beeinträchtigung.<sup>62</sup> Scheinbar wiegen insoweit die grundrechtlich geschützten Interessen der Probanden bei der Zustimmungsentscheidung der Ethikkommission weniger schwer, wenn diese Drittinteressen auch noch durch die behördliche Genehmigungsentscheidung geschützt werden. Jedenfalls im Arzneimittelrecht ist eine Nutzen-Risiko-Abwägung bei Genehmigungs- wie Zustimmungsentscheidung vorzunehmen. In der Tat zwingen grundrechtliche Schutzpflichten nicht zu einem doppelten Schutz mit einer zusätzlichen eigenständigen Zustimmungsbedürftigkeit durch eine Ethikkommission. Wenn aber solch eine zweite Überprüfung wie im Arzneimittelrecht gesetzlich vorgeschrieben ist, so drohte ein wechselseitiges „Hin- und Herschieben“ der Schutzaufgabe diese letztlich in beiden Verfahren zu untergraben. Umgekehrt ließe sich theoretisch nämlich auch bei der Behördenentscheidung darauf verweisen, dass hinreichender Grundrechtsschutz der Probandeninteressen bereits durch die ebenfalls bindende Ablehnungsmöglichkeit der Ethikkommission gewährleistet sei. Zwar mag man argumentieren, die (Arzneimittel-) Behörde sei „staatsnäher“ als die weisungsunabhängige Ethikkommission und damit primär in der Verantwortung. Umgekehrt kann aber auch darauf verwiesen werden, dass die Ethikkommission aufgrund ihrer spezifischen pluralen Zusammensetzung einen besonderen Mehrwert bei der zu treffenden Abwägung und damit auch bei der Erfüllung der Schutzpflichten verkörpert. Daher überzeugt es schon auf Verfassungsebene nicht, die Schutzaufgabe vorrangig der (Arzneimittel-) Behörde zuzuweisen, mit entsprechender „Entlastung“ der Ethikkommission. Vor allem aber hat der Gesetzgeber selbst im Rahmen seiner Schutz-Konkretisierungsaufgabe unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Probandeninteressen wie auch die Forschungsfreiheit in beiden Verfahren gleichermaßen und ohne Abstriche in der Abwägung Berücksichtigung finden müssen.

59 Jarass (Fn. 57), Art. 13 Rn. 15; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 38), Art. 52 Rn. 36. Teilweise wird auch auf Art. 52 Abs. 3 GrCh abgestellt, so etwa *Bernsdorff* (Fn. 37) Rn. 12, aber das überzeugt nicht, weil Art. 10 EMRK die Wissenschaftsfreiheit nicht ausdrücklich gewährleistet.

60 Zum schonenden Ausgleich grundlegend *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 153; zur praktischen Konkordanz grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der

Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 317 f., aufgegriffen zuletzt von BVerfGE 152, S. 152, 185 mit Rn. 76.

61 Informationen der Organe und Einrichtungen der Europäischen Union vom 14. Dezember 2007 zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABL C 303 vom 14.12.2007, S. 22.

62 Ähnlich in einem ähnlichen Kontext (Forschungsfreiheit und Biosicherheit) *Württemberg/Tannenberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 7.

Auf höchster Abstraktionsebene könnte man bei unserem Thema die – ganz allgemein umstrittene<sup>63</sup> – Frage aufwerfen, ob ein prima facie-Vorrang des Abwehrrechts (hier der Forschungsfreiheit) vor der „bloßen“ Schutzpflicht (für die Probanden/Patienten) besteht. Solch abstrakte Überlegungen helfen jedoch in konkreten Grundrechtskonflikten, bei denen die betroffenen Rechtspositionen für den spezifischen Konfliktfall<sup>64</sup> gewichtet und abgewogen werden müssen, wenig weiter. Im Übrigen lässt sich die beschriebene komplexe Konflikt- und Gemengelage rechtlich geschützter Interessen gerade nicht auf eine solche Dichotomie Abwehrrecht/Schutzpflicht reduzieren.<sup>65</sup>

Des Weiteren lässt sich die Schutzaufgabe bei klinischen (Arzneimittel-)Studien auch nicht von vornherein deswegen abwerten, weil die Probanden/Patienten mit ihrer Einwilligung gleichsam zumindest teilweise auf Schutz verzichtet hätten. Denn auch bei bestmöglicher vorheriger Information, wie sie Voraussetzung schon für die Wirksamkeit der Einwilligung ist, können die Probanden eventuell verbleibende Risiken für ihre Gesundheit als Laien kaum voll eigenständig abschätzen und bleiben daher schutzbedürftig.

Den Grundrechtskonflikt verschärfend kommt hinzu, dass eine Nutzen-Risiko-Einschätzung durch die Ethikkommission – nicht anders als durch eine eventuell zusätzlich involvierte staatliche Genehmigungsbehörde – unter erheblicher (Prognose-)Unsicherheit getroffen

werden muss.<sup>66</sup> Inwieweit sich ein zu testendes Medikament tatsächlich als wirksam erweist, ob auf dem Prüfstand stehende Medizinprodukte eine verbesserte Gesundheitsversorgung ermöglichen werden oder inwieweit eine bestimmte Stammzellenforschung in der Zukunft zu neuen und verbesserte Therapiemöglichkeiten führen wird – all dies lässt sich vor Beginn der klinischen Studien anhand des bloßen Studiendesigns kaum sicher vorhersagen. Ebenfalls unsicher bleibt vorab, allein auf Basis der vorklinischen Forschungen, die Frage nach etwaigen Nebenwirkungen und deren Schwere bei den Probanden oder umgekehrt der individuelle Gesundheitsnutzen für die in die Studie einbezogenen Patienten. Man kann sogar von einer Risikoentscheidung sprechen, was die Notwendigkeit eines Vorsorge-Sicherheitspuffers impliziert.<sup>67</sup> Anders als im Umweltrecht<sup>68</sup> verstärkt der Vorsorgegedanke bei unserem Thema jedoch nicht einseitig die Schutzpflicht (hier für die Gesundheit der Probanden) im potenziellen Konflikt mit dem Abwehrrecht (hier der Wissenschaftler gegen Forschungsbeschränkungen). Vielmehr ist Vorsorge (jedenfalls in einem weiteren Sinne) auch für die Genesungsinteressen künftiger Patienten geboten, was eine Beschleunigung der Forschung weitgehend im Gleichklang mit den Interessen der Forschenden (und damit in der Abwägung den Schutz der Forschungsfreiheit verstärkend<sup>69</sup>) impliziert.<sup>70</sup>

63 Grundsätzlich für einen solchen prima facie-Vorrang wohl *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017; Rn. 534, 759; *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1991, S. 553, 559; in diese Richtung lässt sich auch BVerfGE 115, S. 118, 151 ff., zum LuftSG deuten (freilich mit Besonderheiten wegen der absolut gewährleisteten Menschenwürde), vgl. dazu auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Fn. 55), § 191 Rn. 296 und 311; ferner lassen sich in diesen Zusammenhang die Entscheidungen einordnen, die dem Gesetzgeber eine sehr weite Einschätzungsprärogative bei der Erfüllung von grundrechtlichen Schutzpflichten einräumen, z. B. BVerfGE 77, S. 170, 229 ff.; grundsätzlich auch von *Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie – Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47 (2008), S. 1, 26 ff.; für die Wissenschaftsfreiheit in etwas anderem anderem Zusammenhang BVerfGE 47, S. 327, 369. Kritisch gegenüber dem als herrschend eingestuften Vorrang des Abwehrrechts *Kingreen/Poscher* (Fn. 44), Rn. 137 wegen des Risikos, dass dazu traditionelle soziale Ungleichheiten grundrechtlich verstärkt werden, vgl. auch *Callies*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321, 325; dagegen allgemein *Isensee*, ebd., Rn. 28 und Rn. 297; *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen – Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, AöR 133 (2008), S. 346 ff.

64 Zur Notwendigkeit des Bewertens und Abwägens „mit Blick auf den zu entscheidenden Fall“ *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 43), § 7 Rn. 48; ähnlich *Vofskuhle*, Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, FS *Würtenberger*, 2013, S. 1101, 1111 ff. m.w.N.

65 Vgl. allgemein für das Abwägungsgebot im staatlichen Umgang mit Risiken *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 25: „multipolare

Abwägung“, die „gesamgesellschaftliche Interessenkonflikte auszugleichen versucht“.

66 Die Unsicherheit bei Entscheidungsprozessen unter Einbindung einer Ethikkommission allgemein hervorhebend *Deutsch* (Fn. 1), MedR 2006, S. 411, 415; vgl. zur Risikoermittlung von Ethikkommissionen nach dem AMG *Delhey*, Staatliche Risikoentscheidungen - Organisation, Verfahren und Kontrolle, 2014, S. 371 f.; zur teilweise vergleichbaren Konstellation einer Einschränkung der Forschungsfreiheit zwecks Biosicherheit betont auch von *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 7 f.

67 Dazu allgemein etwa *Delhey* (Fn. 66), S. 76 ff.; zur Verknüpfung mit Risiken bei der Forschung *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), S. 142, 194 ff., dort allerdings ohne Akzentuierung des Vorsorgeprinzips; zum Arzneimittelrecht, allerdings ohne Bezug auf Arzneimittelforschung und Ethikkommissionen, *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 178 ff.; *Fuerst*, Arzneimittel, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 55 Rn. 21 f.

68 Zur Konstellation im Umweltrecht im Überblick *Appel*, Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 138; speziell zu Freisetzungsversuchen mit genveränderten Pflanzen BVerfGE 128, S. 1, 39 ff., 57 f., 67 f., 85 ff.

69 Für die Virenforschung hervorgehoben von *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 8.

70 In diese Richtung deutend *Delhey* (Fn. 66), S. 293 ff.: „Nutzen für ärztliche Heilkunde“ auch im „zukünftige(n) individuelle(n) Patientennutzen“ (Hervorh. im Orig.).

## b) Bewältigungsstrategien des Gesetzgebers

Vor diesem Hintergrund muss die Einschaltung von Ethikkommissionen als „Flucht ins Verfahren“ – oder freundlicher ausgedrückt: als Versuch des Grundrechtsschutzes durch Verfahren – verstanden werden.<sup>71</sup> Dies ist bekanntlich auch in anderen Rechtsbereichen eine verbreitete Strategie dort, wo materiell-rechtliche Entscheidungsgrundlagen wegen komplexer Konfliktlagen und massiver Unsicherheit defizitär bleiben.<sup>72</sup> Die sachverständig-plurale Zusammensetzung der Ethikkommissionen verbessert immerhin die Chancen, dass alle relevanten Aspekte und fachlichen Blickwinkel Berücksichtigung finden.<sup>73</sup> Die maßgebliche Beteiligung entsprechender Fachwissenschaftler in den Kommissionen nähern das Verfahren zudem ein Stück weit einem *Peer Review* an, obgleich es angesichts der Beteiligung auch von Vertretern anderer Disziplinen und teilweise sogar Laien zu weit ginge, von einer reinen Selbstkontrolle der (Fach-)Wissenschaft zu sprechen. Diese Annäherung an *Peer Review* vermag die Eingriffsintensität in die Wissenschaftsfreiheit wenigstens abzumildern.<sup>74</sup>

Neben der Prozeduralisierung verfolgt der Gesetzgeber noch eine andere, mit der erstgenannten nicht voll kompatible Strategie. Die Unsicherheiten sollen so weit wie möglich aus dem Prüfprogramm herausgehalten werden, indem die Ethikkommissionen in weitem Umfang eher formale Rahmenbedingungen des Studiendesigns zu beurteilen haben.<sup>75</sup> Hilfskriterien wie beispielsweise die Qualifikation der an der projektierten Studie beteiligten Wissenschaftler treten an die Stelle inhaltlicher und damit die Forschungsfreiheit stärker beschränkender Bewertungskriterien. Die Ethikkommissionen haben gerade nicht den wissenschaftlichen Wert der Forschungsprojekte als solchen einzuschätzen. Je formaler aber die gesetzlichen Maßstäbe der Ethikkommissionen werden, umso geringeren Eigenwert besitzt

ihre zusätzliche Einschaltung neben einer normalen staatlichen (Genehmigungs-)Behörde.<sup>76</sup> Um nur zu prüfen, ob eine hinreichende Versicherung für etwaige Schäden bei Probanden/Patienten vorliegt (so z.B. allgemein § 40 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 und im Besonderen § 42a Abs. 4a Nr. 2 AMG), ist eine solche Kommission kaum erforderlich.

Letztlich führt die Komplexität der zu treffenden Einschätzungen zu einem recht weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.<sup>77</sup> Vor diesem Hintergrund erscheinen die gesetzlichen Regelungen zu den Ethikkommissionen als eine vertretbare Auflösung des Konfliktes zwischen den betroffenen Verfassungspositionen.<sup>78</sup>

## 6. Konsequenzen für die Auslegung und Handhabung der einschlägigen Normen

Aus diesen grundrechtlichen Anforderungen ergeben sich Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts. Sie können hier nur allgemein angedeutet werden; im Einzelnen kommt es für Möglichkeiten und Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung selbstverständlich auf die konkreten Vorschriften an.<sup>79</sup>

Wie oben ausgeführt,<sup>80</sup> gebieten Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes eine Orientierung ausschließlich an den gesetzlichen Beurteilungsmaßstäben und verbieten es, zusätzliche ethische Maßstäbe anzulegen. Genuin ethische Kriterien dürfen auch für eine Ethikkommission nur eine Rolle spielen, soweit sie sich durch Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Abwägungsklauseln aus dem Gesetz herleiten lassen.

Die Prüfung und Beurteilung des wissenschaftlichen Werts eines Forschungsprojekts bleibt einer Ethikkommission verwehrt, denn dies berührt den Kern der Forschungsfreiheit.<sup>81</sup> Auch bei Nutzen-Risiko-Abwägungen darf nur antragsimmanent geprüft werden, ob die Prog-

71 Siehe *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 225; *Mager*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 34; allgemeiner für die Wissenschaftsfreiheit *Britz*, in: *Dreier* (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 104.

72 Siehe allgemein z. B. *Kloepfer*, *Verfassungsrecht II*, 2010, S. 33 ff.

73 In diese Richtung *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 434 f.

74 *Fehling*, in: *Bk* (Fn. 45), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn.165; vgl. auch *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 218; *Schulze-Fielitz*, in: *Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 31; *Schmidt-Aßmann*, in: *Balaguer/Morlok/Häberle* (Hrsg.), *Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Gestaltungsformen (staatlicher) Aufgabenwahrnehmung: Das Beispiel des Wissenschaftsrechts*, 2001, S. 31 f.

75 Siehe zum Arzneimittelrecht *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411,

414 f.

76 Vgl. *Dähne* (Fn. 45), S. 326: „rein kosmetische Geste“.

77 Siehe *Kleindiek*, *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft*, 1998, S. 311; *Würtenberger*, *Schranken der Forschungsfreiheit und staatliche Schutzpflichten, Anhörung vor dem Deutschen Ethikrat*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/anhoeung-25-04-2013-wuertenerberger.pdf>, S. 8; allgemein auch *BVerfGE* 128, S. 1 (38 f.).

78 In diese Richtung *Löwer*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 29; *Fehling*, in: *Bk* (Fn. 45), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 165.

79 Vgl. allgemein *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 133 ff.; *Kloepfer* (Fn. 53), S. 34 f.

80 Siehe oben II. 4.

81 Etwas allgemeiner *Dähne* (Fn. 45), S. 309.



nosen der Antragsteller hinsichtlich des erwartbaren Nutzens plausibel und vertretbar sind; die Forscher besitzen insoweit gegenüber der Kommission – wie auch gegenüber einer Genehmigungsbehörde namentlich im Arzneimittelrecht – einen Einschätzungsspielraum.<sup>82</sup>

Massive verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegenüber der wohl teilweise anzutreffenden Praxis von Ethikkommissionen, die Zustimmung mit Bedingungen zu versehen oder den Wissenschaftlern Auflagen zu machen.<sup>83</sup> Rechtstechnisch sind dies Nebenbestimmungen gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG, sofern es sich (wie im Arzneimittelrecht) bei der Zustimmung der Ethikkommission um einen eigenständigen Verwaltungsakt und nicht bloß um einen verwaltungsinternen Mitwirkungsakt zur Behördenentscheidung handelt. Auch die Freiheit der Methodenwahl und damit die autonome Konzeption einer klinischen Studie gehört zum Kern der Wissenschaftsfreiheit. Deshalb ist es nicht Aufgabe einer Ethikkommission, aktiv eigene „Verbesserungswünsche“ beim Forschungsprojekt durchzusetzen; sie bleibt strikt auf eine nachvollziehende Prüfung des – gegebenenfalls geänderten – Antrags beschränkt.<sup>84</sup>

#### IV. Gewisser Nutzen der Einschaltung einer Ethikkommission auch für die Forschungsfreiheit

Gewiss stehen bei unserem Thema aus dem Blickwinkel der Forschungsfreiheit potentielle Gefährdungen im Vordergrund, der Nutzen von Ethikkommissionen liegt primär im Schutz anderer Rechtsgüter. Dennoch lässt sich unter drei Aspekten erwägen, ob die Einschaltung einer Ethikkommission jedenfalls indirekt die Forschungsfreiheit der Beteiligten auch ein Stück weit schützen und fördern kann.

##### 1. Verbesserte Rechtssicherheit für die beteiligten Forscher

Wie Verwaltungsentscheidungen allgemein, so schafft auch die Zustimmung einer Ethikkommission, zusam-

men mit der behördlichen Genehmigung, für die beteiligten Forscher erst einmal Rechtssicherheit und einen gewissen Vertrauensschutz. Handelt es sich wie im Arzneimittelrecht um einen eigenständigen Verwaltungsakt, so kann die Zustimmung nur aus den gesetzlichen Rücknahme- und Widerrufsgründen (z.B. § 42a Abs. 4a AMG; bei fehlender spezialgesetzlicher Regelung §§ 48, 49 VwVfG) nachträglich aufgehoben werden. Wo die Zustimmung der Ethikkommission dagegen nur einen verwaltungsinternen Mitwirkungsakt ohne Außenwirkung darstellt, gibt es nach allgemeinem Verwaltungsrecht für diesen internen Akt selbst wohl keine eigenständige nachträgliche Abänderungsmöglichkeit;<sup>85</sup> allerdings ist eventuell die außenwirksame behördliche Genehmigung aufhebbar, aber dies wiederum nur im Rahmen einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung. Die behördliche Genehmigung der (klinischen) Studie kann zwar (jedenfalls nach § 42a Abs. 1, 2 AMG) ohne Rücksicht auf den Fortbestand der Zustimmung der Ethikkommission zurückgenommen oder widerrufen werden, was zur Unzulässigkeit des (Arzneimittel-) Forschungsvorhabens führt. Zumindest wird von der Behörde bei Ausübung ihres Aufhebungsermessens jedoch zu fordern sein, dass sie sich auch mit den Argumenten aus der Zustimmung der Ethikkommission – soweit sich beides im Prüfprogramm überschneidet, namentlich bei der Nutzen-Risiko-Abwägung – auseinandersetzt. So erlangt die Zustimmung der Ethikkommission mittelbar einen wenn auch geringen Vertrauensschutzwert sogar bei der Entscheidung der Behörde über die nachträgliche Aufhebung ihrer Genehmigung der Studie.

Der Vorbehalt des Gesetzes führt außerdem dazu, dass der Ethikkommission ein begleitendes Monitoring bei Durchführung der Studie, mit turnusmäßigen Berichterstattungspflichten der Studienleitung und Kontrollen der Ethikkommission, nur gestattet ist, wenn und soweit dies gesetzlich vorgesehen ist.<sup>86</sup> Solche Bestimmungen scheinen indes nicht zu existieren.<sup>87</sup> Andern-

82 Zum Einschätzungsspielraum des Forschers allgemeiner Löwer (Fn. 78), Rn. 24; einen Einschätzungsspielraum andeutend auch BVerfG NVwZ 1994, S. 894, 895. – Dieser dem Wissenschaftler zukommende Spielraum ist nicht zu verwechseln mit dem Beurteilungsspielraum der Ethikkommission bei gerichtlicher Kontrolle und ist diesem vorgelagert; dazu unten IV. 3.

83 In diese Richtung Meuser/Platter, Die Bewertung der klinischen Prüfung von Arzneimitteln durch die Ethikkommission – eine Verwaltungsentscheidung besonderer Art?, PharmR 2005, S. 395, 401 f.; Doppelfeld (Fn. 4), S. 645, 648.

84 Es ist rechtlich jederzeit möglich, einen geänderten Antrag zu stellen, siehe Meuser/Platter (Fn. 83), PharmR 2005, S. 395, 398.

85 Vgl. zur Unanwendbarkeit von § 48 VwVfG für einen Einzelfall, aber wohl verallgemeinerungsfähig, BVerwGE 122, 58, 59; Kaschner, in: Fehling/Kaschner/Störmer (Hrsg.), Handkommentar

Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 21.

86 Das Erfordernis einer rechtlichen Grundlage etwas allgemeiner betonend Gramm (Fn. 16), WissR 1999, S. 209, 223 ff. Anders, aber ohne nähere Begründung, Lippert, Die zustimmende Bewertung einer Ethikkommission bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln nach dem novellierten Arzneimittelgesetz und der GCP-Verordnung, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora: Medizin - Recht - Geschichte, FS Laufs, 2006, S. 937, 982.

87 Jedenfalls im Arzneimittelrecht dürfte das Fehlen solcher Bestimmungen damit zu erklären sein, dass nach Auffassung des Gesetzgebers „die Infrastruktur der Ethik-Kommission nicht so beschaffen sein kann, dass sie [...] ein Monitoring der klinischen Prüfung betreibt.“ BT-Drucks. 16/12256, S. 51.

falls müsste es bei der punktuellen Vorabprüfung bleiben. Die internationale Deklaration von Helsinki<sup>88</sup> spricht sich zwar für ein solches Monitoring aus (Allgemeines Prinzip Nr. 23), genügt aber dem Vorbehalt des Gesetzes nicht, weil sie selbst rechtlich unverbindlich bloße ethische Grundsätze enthält<sup>89</sup> und auch kein Parlamentsgesetz darauf verweist. Allerdings scheint die Praxis in Deutschland sich doch an der Deklaration zu orientieren. Namentlich § 53 Abs. 2 HHG deutet auf eine Praxis hin, Regelungen zu einem Follow-Up-Monitoring durch Innenrecht ausreichen zu lassen. Die VO (EU) 536/2014 wiederum geht in Art. 78 i.V. m. Art. 2 Nr. 31 anscheinend davon aus, dass zumindest künftig die zuständige Behörde die klinische Studie im Rahmen ihrer Verantwortung weiterverfolgt und nicht die Ethikkommission.

Im Übrigen reicht der Vertrauensschutz aus Verfassungsgründen letztlich nicht allzu weit. Für den Fall, dass sich nachträglich herausstellt, dass die grundrechtlich geschützte Gesundheit der Probanden/Patienten durch eine klinische Studie entgegen der ursprünglichen Annahme doch erheblich gefährdet ist, muss das Gesetz wegen Art. 2 Abs. 2 GG eine nachträgliche Aufhebung der Genehmigung bzw. Zustimmung ermöglichen. Dies ist wohl auch durchgehend gesetzlich so vorgesehen (z.B. § 42a Abs. 4a i.V.m. § 40 Abs. 1 Satz 7 Nr. 2a AMG). Der behördliche Zulassungsverwaltungsakt darf die Studienleitung dazu verpflichten, im Verlauf der (Arzneimittel-) Studie auftauchende Anhaltspunkte für solch eine Gefährdung mitzuteilen, ohne dass es allein dafür – weil unterhalb der Schwelle eines „echten“ studienbegleitenden Monitoring bleibend – einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfte.

## 2. Partielle Entlastung von Verantwortung?

Der – ohnehin begrenzte – Schutz des Vertrauens in die Bestandskraft der Zustimmung der Ethikkommission bewirkt keinerlei Entlastung der Antragsteller und der

beteiligten Forscher von ihrer rechtlichen und erst recht ethischen Verantwortung. Sie müssen bei der Durchführung der Studie weiterhin uneingeschränkt selbst für die Rechtskonformität und gesundheitliche Unbedenklichkeit<sup>90</sup> sorgen, dabei gegebenenfalls auch durch Modifizierungen der Studie oder gar deren Abbruch auf unvorhergesehene Risiken reagieren. Die Forscher und nicht die Ethikkommission bleiben, etwa als Ärzte, auch berufsrechtlich voll verantwortlich.<sup>91</sup> Deren zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung für (Gesundheits-)Schäden bleibt nach Art. 95 VO (EU) 2014/536 ausdrücklich „unberührt“.

Dies entspricht auch dem Verständnis der Wissenschaftsfreiheit. Denn darin ist mit der Freiheit des Forschers untrennbar auch dessen ethische und rechtliche Verantwortung verbunden.<sup>92</sup>

## 3. Reduzierte gerichtliche Kontrolldichte zwischen Gefährdung und Schutz der Wissenschaftsfreiheit

Gegen ein rechtserhebliches ablehnendes Votum einer Ethikkommission steht dem Antragsteller der Rechtsweg in Form der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1, 2. Alt VwGO) auf Zustimmung offen. Nach allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hat das kontrollierende Gericht dabei einen gewissen Beurteilungsspielraum der Ethikkommission zu respektieren.<sup>93</sup> Denn die Etablierung solch einer pluralistisch-sachverständigen Kommission ist im Sinne der normativen Ermächtigungslehre (hergeleitet aus Art. 19 Abs. 4 GG)<sup>94</sup> ein entscheidendes Indiz dafür, dass der Gesetzgeber der Kommissionsentscheidung auch gegenüber dem Gericht eine höhere Bedeutung zuweisen wollte.<sup>95</sup> Allerdings zwingt die hohe Grundrechtsrelevanz der Entscheidung einer Ethikkommission zu einer engen Konturierung eines solchen Spielraums. Man wird teilweise die Grundsätze übertragen können, die das Bundesverwaltungsgericht für die Kontrolle von Indizierungsentscheidungen der sachverständig-plura-

88 WMA Deklaration von Helsinki - Ethische Grundsätze für die medizinische Forschung am Menschen, siehe: [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/International/Deklaration\\_von\\_Helsinki\\_2013\\_20190905.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/International/Deklaration_von_Helsinki_2013_20190905.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

89 Vgl. *Straßburger*, Die Inkorporation der Deklaration von Helsinki in das ärztliche Berufs- und Standesrecht, *MedR* 2006, S. 462 ff. Unscharf *Schulte*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, *VVDStRL* 65 (2006), S. 110, 139, wonach sich in der Helsinki-Deklaration „internationale verbindliche Standards der Wissenschaftsethik herausgebildet“ hätten, die in Einzelfallentscheidungen auch von Ethikkommissionen zu „konkretisier(en)“ seien.

90 Siehe für den Gesundheitsschutz der Probanden insbesondere Art. 48 Verordnung (EU) 2014/536, (Fn. 3).

91 Vgl. allgemeines Prinzip Nr. 10 der Deklaration von Helsinki (Fn. 88) mit freilich nur deklaratorischer Bedeutung.

92 *Özmen*, Wissenschaft. Freiheit. Verantwortung, *OdW* 2015, S. 65, 71.

93 Siehe *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 127 ff.; in diese Richtung wohl auch *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 225; *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 434.

94 *BVerfGE* 129, S. 1, 21 f.; 84, 34, 49 f.; begriffsprägend *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 52), Art. 19 IV GG Rn. 186.

95 Zu dieser Fallgruppe *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 45. Zum Verständnis des in Art. 19 IV GG angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis als Argumentationslaßregel *Fehling*, Die Konkurrentenklage bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter, 1994, S. 190.

len Prüfstelle für jugendgefährdende Medien entwickelt hat.<sup>96</sup>

Daran anknüpfend muss man die Entscheidung der Ethikkommission und die daran anknüpfende Gerichtskontrolle als einen zweistufigen Prozess verstehen. Die erste Stufe betrifft die isolierte Bewertung der Kommission von Forschungsnutzen einerseits und Risiko für Probanden/Patienten andererseits. Solche Entscheidungen der Kommission besitzen nur den Status eines antizipierten Sachverständigengutachtens. Die zweite Stufe betrifft die Nutzen-Risiko-Abwägung. Erst auf dieser Ebene kommt der Kommission eine echte Einschätzungsprärogative zu.

Aus Perspektive der Forschungsfreiheit ist diese Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte ambivalent. Einerseits wird damit die Möglichkeit beschnitten, ungerechtfertigte Eingriffe der Ethikkommission in die Wissenschaftsfreiheit im Rechtswege korrigieren zu lassen. Andererseits ist eine Ethikkommission mit Annäherungen an „Peer Review“ immerhin noch wissenschaftsnäher als ein staatliches Gericht.<sup>97</sup> Zudem ist ja dem Beurteilungsspielraum der Kommission gegenüber dem Gericht bereits ein Einschätzungsspielraum des Antragstellers gegenüber der Ethikkommission vorgelagert.<sup>98</sup> Im Übrigen hat das Gericht die Entscheidung der Ethikkommission gegebenenfalls auf Beurteilungsfehler einschließlich der Wahrung verfassungsrechtlicher Grenzen zu kontrollieren. Dementsprechend muss weiterhin voll geprüft werden, ob die Forschungsfreiheit von der Ethikkommission in ihrer Tragweite verkannt worden ist. Bei einer Gesamtbetrachtung spricht somit viel dafür, dass der Beurteilungsspielraum in seiner engen Konturierung die Forschungsfreiheit eher schützt als gefährdet.

## V. Fazit

Im Ausgangspunkt ist die Rechtspflicht, eine Ethikkommission einzuschalten, eine potentielle Gefahr für die

Freiheit der Forschung. Denn diese Kommissionen haben mehr oder weniger verbindlich über Fragen zu entscheiden, die teilweise – namentlich bei Risiko-Nutzen-Abwägungen vor klinischen Studien – zentrale Bestandteile der Wissenschaftsfreiheit betreffen. Allerdings sind die damit verbundenen Beschränkungen der akademischen Freiheit (im nationalen Recht durch verfassungsimmanente Schranken) zugunsten der Grundrechte von Probanden/Patienten zu rechtfertigen. Die einschlägigen Vorschriften lassen sich verfassungskonform so auslegen und handhaben, dass ein nach beiden Seiten hin schonender Ausgleich zwischen kollidierenden Verfassungspositionen gelingen kann. Dies gilt letzten Endes auch, soweit betroffen, auf der Ebene der Chartagrundrechte der Europäischen Union.

Bei näherem Hinsehen bietet die Einschaltung einer Ethikkommission allerdings auch kleine Vorteile für die Verwirklichung der Forschungsfreiheit. Namentlich schafft deren positives Votum, gegebenenfalls zusammen mit der behördlichen Genehmigung der Studie, für die Forscher erst einmal Rechtssicherheit und einen gewissen – wenn auch beschränkten – Vertrauensschutz. Der Vorbehalt des Gesetzes schützt vor gesetzesfremden Maßstäben; namentlich die ethische Vertretbarkeit kann nur insoweit als Beurteilungsmaßstab dienen, wie sich entsprechende Kriterien durch Gesetzesauslegung aus den maßgeblichen Rechtsvorschriften ergeben. Schließlich lässt sich auch der Beurteilungsspielraum, der den Ethikkommissionen zukommt, bei richtiger enger Konturierung und in Kombination mit einem vorgelagerten Einschätzungsspielraum der Forscher eher als Förderung denn als Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit einordnen.

Allerdings sind Ethikkommissionen kein Allheilmittel, um durch „Flucht ins Verfahren“ ethische Grundkonflikte gleichsam „auszulagern“. Ihre Einschaltung sollte daher auf besonders sensible Bereiche beschränkt und nicht auf immer mehr Wissenschaftsfelder ausgedehnt werden. Denn schon die Durchführung eines sol-

96 Insb. BVerwG NJW 1993, S. 1491 ff. Opus Pistorum; für einen Überblick siehe Maurer/Waldhoff (Fn. 95), § 7 Rn. 40.

97 Angedeutet von Fateh-Moghadam/Atzeni (Fn. 31), S. 115, 128.

98 Siehe oben Fn. 82.

chen Verfahrens kostet Zeit und Geld und stellt einen prozeduralen Grundrechtseingriff in die Forschungsfreiheit (sowie durch die damit verbundene Verzögerung gegebenenfalls auch in die Berufsfreiheit von finanzierenden Unternehmen) dar. Darüber hinaus sind namentlich in der Arzneimittelforschung – einschließlich der klinischen Studien für (weitere) Impfstoffe gegen Covid 19<sup>99</sup> – Menschen oftmals dringend auf die beschleunigte Marktreife von Arzneimitteln und Impfstoffen angewiesen.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School, Hamburg, und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

99 Vgl. dort zu Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung klinischer Studien (wobei freilich nicht die Einschaltung einer Ethikkommission im Fokus steht) *Oetzel*, Lichtblick mRNA-Impfstoffe? – Mit Erbinformationen gegen Corona, DAZ v. 28.5.2020, S. 30.



# Carsten Morgenroth

## Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen

Übersicht

I. Einleitung

II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

a. Gebot der Chancengleichheit

b. Unverletzlichkeit der Wohnung

5. Ergebnisse

III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

1. Grundlagen der Strukturbildung

2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

a. Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

b. Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

c. Einordnung in das geltende rechtliche Regime

d. Ergebnisse

3. Begriffliche Fragen

a. Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

b. Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

c. Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

IV. Ergebnisse

### I. Einleitung

Nach einer vorübergehenden Entspannung über den Sommer 2020 hat sich die Situation im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie über den Winter 2020/21 wieder drastisch verschärft. Infektionszahlen haben sich erheblich gesteigert und zu einem zweiten sog. Lockdown geführt. Diese Lage lässt Prüfungen im anstehenden Prüfungszeitraum zwar nicht gänzlich unmöglich erscheinen. Eine Umstellung auf IT-basierte Prüfungen (Online-Prüfungen) scheint aber nahezu unausweichlich zu sein, um dem Anspruch der Studierenden auf die Durchführung genügen zu können.<sup>1</sup> Das Recht der Online-Prüfungen ist deshalb ebenso relevant wie volatil

und wurde folgerichtig bereits von einigen namhaften Autoren adressiert.<sup>2</sup>

Gleichzeitig steht zu erwarten, dass Online-Prüfungen auch nach dem Abebben der Pandemie zumindest zu einem gewissen Grad Bestandteil der modernen deutschen Hochschullandschaft bleiben werden. Erfahrungen, Judikate und Netzwerke werden das Recht der Online-Prüfungen erweitern und verfeinern, es wird jedoch nicht verschwinden.

Dieser Entwicklung entsprechend wird sich Teil 2 dieses Praxisberichts mit allgemeinen Fragen des Rechts der Online-Prüfungen befassen. Zunächst soll hierbei die Anwendbarkeit des EU-Rechts im Rahmen der IT-basierten Überwachung beleuchtet werden (II.). Es schließen sich einige begriffliche und typologische Erwägungen im Zusammenhang mit Prüfungen an (III.). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV.) rundet die Darstellung ab. Teil 3 gestaltet diese Fragestellungen dann konkret aus stellt diese in Verbindung mit Aspekten der Prüfungsdidaktik interdisziplinär dar.

### II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

Die weitgehende Schließung der Hochschulen für den Studienbetrieb während der Corona-Zeit hat es erforderlich werden lassen, Prüfungen in der Form abzuhalten, dass die zu prüfende Person in ihrer Privatwohnung verbleibt. Um das Gebot der Chancengleichheit aller zu prüfenden Personen nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG sicherstellen zu können, kam hierbei der Bedarf auf, über eine IT-basierte Beaufsichtigung der zu prüfenden Person über Kameras nachzudenken (sog. Proctoring). Damit stellen sich neue datenschutzrechtliche, aber auch persönlichkeitsrechtliche Fragestellungen, war doch der private Rückzugsort der Studierenden bislang nicht Bestandteil der organisatorischen und rechtlichen Betrachtung durch die Hochschulen.

1 *Fischer/Dieterich*, Referat zum Prüfungsrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.

2 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 ff.; *Fehling*, OdW 2020, 137 ff.; *Sandberger*, OdW, 2020, 155 ff.; *Botta*, Grundrechtseingriffe durch

Online-Proctoring, abrufbar unter Grundrechtseingriffe durch Online-Proctoring – Verfassungsblog; aus Sicht eines Rechtsanwalts *Heinze*, <https://www.heinze-pruefungsanfechtung.de/pruefungsrecht-corona/>, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Kamerabedingte Wahrnehmungen von Details der Wohnung der Studierenden durch Personal oder Beauftragte der Hochschule sind nicht nur als personenbezogene Daten relevant und damit dem Datenschutzrecht zugehörig; diese Wahrnehmungen haben gleichzeitig auch Bezug zum verfassungsrechtlichen Schutz der Wohnung.<sup>3</sup>

Bislang ist dabei erkennbar jedoch von einem Schutz ausschließlich durch das Datenschutzrecht<sup>4</sup> oder durch den Schutz aus den deutschen Grundrechten aus Art. 13 GG<sup>5</sup> sowie aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG<sup>6</sup> ausgegangen worden. Weil sich das Datenschutzrecht jedoch nach der unmittelbar anwendbaren EU-Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend DSGVO) bestimmt, ist fraglich, ob die darin enthaltene Abwägung der Rechte und Interessen nicht EU-rechtlich zu geschehen hat.

Die Frage nach der Anwendbarkeit nationaler Grundrechte im Rahmen der Prüfung von EU-Recht durch das *BVerfG* ist nicht neu, sondern bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des *BVerfG*, der sog. „Solange-Entscheidungen“, gewesen.<sup>7</sup> Im Jahre 2019 hatte das *BVerfG* nun Bedarf und Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu präzisieren. Die Vorreiter der rechtlichen Aufarbeitung des Corona-Hochschulrechts sind hierzu in erster Annäherung davon ausgegangen, dass die deutschen Grundrechte das Niveau der europäischen Grundrechte bereits inkludieren.<sup>8</sup> Diese Filterung war im damaligen Erkenntnis-Zeit-Kontinuum klug und sinnvoll. Möglicherweise lohnt sich jedoch mittlerweile ein näherer Blick auf die Thematik. Die beiden Entscheidungen des *BVerfG* zum „Recht auf Vergessen“<sup>9</sup> vermitteln zusammengefasst eine etwas differenzierte Struktur. Wenden deutsche Stellen EU-Recht an, ohne dass ihnen dabei ein Gestaltungsspielraum obliegt, dann gebietet die Integrationsverantwortung aus Art. 23 Abs. 1 GG, dass diese Maßnahmen am Maßstab der EU-Grundrechte gemessen werden.<sup>10</sup> Steht den deutschen staatlichen Stellen jedoch ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des EU-Rechts zu, dann misst das *BVerfG* diese Maßnahmen am Maßstab der nationalen Grundrechte, gegebenenfalls im Lichte einer Interpretation der GrCh.<sup>11</sup> Für den hiesi-

gen Anwendungsbereich stellen sich damit auf mehreren Ebenen Fragen. Bedeutet eine landes- oder satzungrechtliche Ausgestaltung der Online-Prüfungsdurchführung eine Ausübung eines Gestaltungsspielraumes, die den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte eröffnet? Ist ein Abs. ellen auf eine Einwilligung dagegen die reine Ausübung von Unionsrecht, wo ausschließlich die EU-Grundrechte gelten würden? Und selbst wenn eine Prüfung durch nationale Grundrechte angezeigt ist, kann tatsächlich von einer hinreichenden Niveauekongruenz EU-rechtlicher und nationaler Grundrechte im Sinne des *BVerfG* gesprochen werden?

## 2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

Auf der ersten Ebene ist zu klären, ob überhaupt ein Gestaltungsspielraum angenommen werden kann.

In Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e EU-DSGVO spricht zunächst der Wortlaut „spezifischere Bestimmungen“, der sich sowohl in Art. 6 Abs. 2 EU-DSGVO als auch in dessen Absatz 3 findet, für einen Gestaltungsspielraum. Weil das Verhältnis zwischen Art. 6 Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO noch offen ist, empfiehlt es sich, die Voraussetzungen beider Absätze kumulativ zu beachten.<sup>12</sup> In die andere Richtung deutet jedoch die Entstehungsgeschichte der Norm, denn im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde der ursprünglich angedachte Begriff „strengere Bestimmungen“ durch „spezifischere Bestimmungen“ ersetzt, um dem Gebot der Vollharmonisierung der EU-DSGVO Vorschub zu leisten.<sup>13</sup> Dies könnte gegen einen wirklichen inhaltlichen Gestaltungsspielraum sprechen. Hinsichtlich der insbesondere in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO benannten Dimensionen, etwa der verarbeiteten Daten, besteht auch streng genommen kein Spielraum, weil die Hochschule hier die faktische Situation exakt abzubilden hat und nichts dazu erfinden kann. Hinsichtlich des Erfordernisses in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO, die Zwecke der Verarbeitung in der spezifischen Bestimmung zu benennen, dürfte jedoch ein gewisser Gestaltungsspielraum der Hochschulen bestehen, je nach organisatorischer und struktureller Ausgangslage. Ob etwa eine Konferenz- bzw. Prüfungssoftware nur für eine Selbstverwaltungseinheit oder für die gesamte

3 So der renommierte Datenschutzrechtler *Schwartzmann* anlässlich eines Webinars zum Recht von Online-Lehre und Online-Prüfungen am 30. Oktober 2020, hierzu *Haake*, *OdW* 2021, 62 ff.

4 Ausführlich hierzu *Fehling*, oben Fn. 2, S. 145 ff.

5 *S. Schwartzmann*, oben Fn. Fn. 63.

6 *Botta*, oben Fn. 2.

7 Näher hierzu *Halter*, *Europarecht*, Band II, 3. Auflage, 2017, § 10, Rn. 1092 ff.

8 *Hoeren/Fischer/Albrecht*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen bei Online-Klausuren, Juni 2020, Rn. 47; <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/>

*RiDHnrw\_11.06.20\_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf*.

9 Beschlüsse, Az. 1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17, jeweils vom 6.11.2019.

10 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 41, 59.

11 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 16/13, Rn. 43.

12 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, *BDSG*, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 6 Rn. 196 m.w.N.

13 *Gola*, *Datenschutzgrundverordnung*, Kommentar, 2017, Art. 6 Rn. 175.

Hochschule verwendbar sein soll, verändert die Ressourcenausrichtung im Haus mindestens spürbar, möglicherweise sogar erheblich. Aber auch diese faktische Offenheit geht nicht mit einem genuinen Gestaltungsspielraum einher, weil auch insoweit die tatsächliche Situation zu berücksichtigen und rechtlich zu bewerten ist. Ob die auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e in Verbindung mit Abs. 2 und 3 EU-DSGVO basierenden spezifischen Bestimmungen deshalb einen hinreichenden Gestaltungsspielraum aufweisen, der den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte auch im Bereich der Anwendung der EU-DSGVO eröffnen würde, darf in erster Annäherung tendenziell eher bezweifelt werden.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die nationale Regelung, sei es ein Gesetz,<sup>14</sup> eine Rechtsverordnung<sup>15</sup> oder auch eine Hochschulsatzung,<sup>16</sup> die Datenverarbeitung mit Blick auf die Online-Lehre bzw. Online-Prüfungen inhaltlich konform zur EU-DSGVO regelt,<sup>17</sup> ergeben sich bislang erkennbar ungeklärte Folgefragen. Denn für den Bereich der Wissenschaft bestehen in der EU-DSGVO an mehreren Stellen explizite Öffnungsklauseln.<sup>18</sup> Ob die hier relevanten Regelungen des deutschen Hochschuldatenschutzrechts im Lichte dieses Maßstabs geeignet sind, die grundsätzlich attestierte Vollharmonisierung der EU-DSGVO auszuschließen und damit den Bereich der nationalen Grundrechte wieder zu eröffnen, ist zweifelhaft. Denn es ist derzeit noch nicht eindeutig zu bestimmen, ob die hier angesprochenen Ausgestaltungen der Datenverarbeitung von Online-Lehre bzw. Online-Prüfung tatsächlich unter den privilegierten Bereich von Art. 85, 89 EU-DSGVO fallen. Das Wissenschaftsprivileg in Art. 85 EU-DSGVO zielt in erster Linie auf einen erleichterten Informationszugang im Rahmen wissenschaftlicher Betätigung ab.<sup>19</sup> Art. 89 EU-DSGVO spricht von „wissenschaftlichen bzw. historischen Forschungszwecken“. Erwägungsgrund 159 erfasst diesen Begriff zwar denkbar weit und lässt viele Ar-

ten der Forschung genügen. Lehrveranstaltungen und Prüfungen mit Bezug zu Forschung werden jedoch die Ausnahme sein, beispielsweise im Zusammenhang mit Abschlussarbeiten. Selbst wenn man die wissenschaftliche Lehre als privilegierbar<sup>20</sup> ansehen sollte,<sup>21</sup> fragt sich aber weiterhin, ob die hier in Rede stehenden Regelungen in ihrem Kern wissenschafts- bzw. lehrspezifisch sind. Denn die Dimensionen der Regelung wären identisch für eine innerhalb oder außerhalb des Hochschulbereichs liegende Prüfung, beispielsweise im Bereich der beruflichen Weiterbildung oder einer Prüfung im Bereich der staatlichen Berufsabschlüsse.<sup>22</sup>

Spannend dürfte in diesem Zusammenhang sein, nach welchen Kriterien die Zuordnung vorgenommen wird. So könnte auf das Regelungssystem abgestellt und die betreffende Rechtsgrundlage – als formal dem Hochschulrecht zugehörig – auch inhaltlich als Ausdruck des wissenschaftlichen Gestaltungsspielraums gesehen werden, den Art. 85, 89 EU-DSGVO belassen. Mit ebenso guten Gründen ist es jedoch auch denkbar, diese etwas schablonenhafte Sicht zu verlassen und stattdessen auf die Regelungssubstanz abzustellen. Hier läge es konsequenterweise näher, eine inhaltliche Parallele zu Prüfungen auch außerhalb des Wissenschaftsbereichs zu sehen und eine Wissenschaftsspezifität und damit einen nationalen Gestaltungsspielraum gerade abzulehnen.

### 3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

Nicht anders sieht dies für die andere Erlaubnisstruktur im Datenschutzrecht, nämlich die Einwilligung nach Art. 7 EU-DSGVO, aus. Hier besteht zunächst kein der Hochschule zugewiesener originärer Gestaltungsspielraum im Bereich der Formulierung, weil die Einwilligung seitens der einwilligenden Person formuliert wird. Der vom *BVerfG* beschriebene Gestaltungsspielraum könnte sich für die Hochschule hier lediglich aus der Prüfung vorgegebener Einwilligungstexte bzw. für die Dokumentation mündlich oder konkludent gegebener

14 Erwägungsgrund 1 zur EU-DSGVO.

15 *Gola* (Fn. 13), Art. 6 Rn. 173.

16 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12) lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

17 Hierfür ist nach *BVerfGE* 61, 1 ff. eine durch formelles Gesetz erfolgte Ermächtigungsgrundlage sowie die Einhaltung des Wesentlichkeitsgrundsatzes erforderlich; vgl. auch *Kühling/Martini*, Die EU-DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 28.

18 Neben der Anwendbarkeit der allgemeinen Konkretisierungsermächtigung in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO sind die Art. 85 und Art. 89 EU-DSGVO relevant.

19 *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, 2018, Art. 85 Rn. 9.

20 In diese Richtung *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12),

Art. 89, Rn. 13 a.

21 Für Prüfungen wäre daneben – in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 GG – die rechtliche Zuordnung zur wissenschaftlichen Lehre erforderlich, s. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 3, Rn. 140.

22 Insoweit könnte das – auf der Vorgängerregelung der EU-DSGVO basierende – Urteil des *EuGH* zu datenschutzrechtlicher Relevanz von Anmerkungen der Prüfungen bei einer Bewertung einer staatlichen Prüfung zum Wirtschaftsprüfer/Steuerberater wichtige Hinweise für die Übertragung der dortigen Gedanken in den Hochschulbereich sein, s. *EuGH*, Urteil vom 20.12.2017, Az. C 434-16 – Nowak; zur Übertragung ins deutsche Recht, allerdings für die staatliche Prüfung des zweiten juristischen Staatsexamens *VG Gelsenkirchen*, Urteil vom 27.4.2020, Az. 20 K 6392/18.



Einwilligungen<sup>23</sup> ergeben. Um die Einwilligung an ihren zwingenden Vorgaben der Unmissverständlichkeit, der informierten Weise und der Freiwilligkeit nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO messen zu können,<sup>24</sup> wird es je nach konkreter Verarbeitungssituation inhaltlich eine erhebliche Vielfalt einzelner Formulierungen, Aufklärungsmaßnahmen und Abläufe geben. Damit ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, ob dies vom Gestaltungsspielraum im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts (hier der EU-DSGVO) im Sinne des BVerfG erfasst ist. Dafür spricht die Dispositionsverantwortung und -befugnis der Hochschulen bei der Vorbereitung und Behandlungen von Einwilligungen. Dagegen sprechen jedoch die im Wege der Harmonisierung des EU-Datenschutzrechts erfolgte Angleichung der internationalen Rechtsstandards mit Bezug zur Einwilligung<sup>25</sup> oder die Zuweisung der Verantwortung für Konturierung und Konkretisierung an die Rechtsprechung statt an den Regelungsgeber.<sup>26</sup> Schließlich sprechen auch systematische Gründe dagegen, denn in Art. 7 EU-DSGVO ist – anders als in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO – gerade keine gesetzliche Ermächtigung für ausgestaltende nationale Regelungen enthalten. Die besseren Gründe sprechen damit wohl dafür, dass für die Datenverarbeitung infolge einer Einwilligung ein nationalrechtlicher Gestaltungsspielraum nicht eröffnet wird, die Maßnahme deshalb ausschließlich anhand der EU-Grundrechtecharta geprüft zu werden hat.

#### 4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

Im Folgenden soll weiterhin von den Ergebnissen aus Nr. 2 abgewichen und angenommen werden, dass eine Prüfung des Proctorings am Maßstab der nationalen Grundrechte möglich ist. Hierbei ergeben sich interessante Stufungen des deutschen und des EU-rechtlichen Grundrechtsschutzes mindestens in zweierlei Hinsicht.

##### a) Gebot der Chancengleichheit

Seitens der Hochschule ist hierbei das Gebot der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren in zentraler Weise relevant. Dieser Grundsatz prägt das Prüfungsverfahren

bereits in der analogen Welt bestimmend und dient auch in den bisherigen Verlautbarungen für Online-Prüfungen als zentrales Kriterium im Kanon der Legitimationsgrundlagen und Handlungsspielräume der Hochschule.<sup>27</sup> Die verfassungsrechtliche Herleitung des Gebots der Chancengleichheit erfolgt entweder ausschließlich aus dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG<sup>28</sup> oder aus dessen Verbindung mit der Berufsfreiheit der Studierenden nach Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>29</sup> Aus dem Gebot der Chancengleichheit werden mehr oder weniger unmittelbar aus den genannten Grundrechten diverse Verpflichtungen der Beteiligten zueinander abgeleitet. Die Hochschule hat daraus etwa für zumutbare äußere Prüfungsbedingungen zu sorgen, Prüfungsformen, –arten und –zeiten gleich zu handhaben und Nachteilsausgleiche bzw. Prüfungsrücktritte bei entsprechender Gefahr für die Leistungsfähigkeit der Studierenden zu gewähren. Zu den wesentlichen Ableitungen für die Studierenden zählen die Verpflichtung, eigenständige Prüfungsleistungen nur unter Verwendung der zugelassenen Hilfsmittel abzuliefern sowie die Obliegenheit, unzumutbare Störungen im Zusammenhang mit der Leistungsermittlung, beispielsweise Baulärm, die eigene Prüfungsunfähigkeit oder die Befangenheit des Prüfers, selbst und unverzüglich anzuzeigen.<sup>30</sup> Dagegen fällt die Aufarbeitung des EU-rechtlichen Pendant weniger differenziert aus. So ist bereits offen, inwieweit prüfungsrechtliche Erwägungen überhaupt vom Anwendungsbereich des EU-Grundrechts auf „akademische Freiheit“ nach Art. 13 Satz 2 GrCh erfasst sind.<sup>31</sup> Dass die Freiheit der Lehre mit ihren aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Dimensionen und Implikationen erfasst sein dürfte, ist weitgehend konsensual.<sup>32</sup> Jedoch ist es auch nach deutschem Verfassungsverständnis keinesfalls selbstverständlich, die Gestaltungsfreiheiten von Lehrenden bzw. Prüfungen aus der Freiheit der Lehre auch für Prüfungen heranzuziehen.<sup>33</sup> Erst Recht bleibt dies in der Konkretisierung des EU-Grundrechts offen. Wie soll also mit dem Fall umgegangen werden, dass ein deutsches Grundrecht weiter gefasst ist als das entsprechende EU-Grundrecht?

23 Selzer, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2018, S. 137.

24 Plath, BDSG, DSGVO, Kommentar, 2. Auflage, 2016, Art. 7 Rn. 1.

25 Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 7 Rn. 10.

26 Schantz, NJW 2916, 1841, 1844.

27 Fischer/Dieterich, oben Fn. 2.

28 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Auflage, 2018, Rn. 4.

29 BVerwG, NVwZ-RR 2015, 858 ff.

30 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2. Aufl., 2020, *passim*.

31 Jarass erfasst ausschließlich die wissenschaftsbezogene Lehre

und grenzt sie zum Unterricht an Schulen ab; s. Jarass, GrCh,

3. Auflage, 2016, Art. 13, Rn. 8. Stern/Sachs erfassen Prüfungen ebenfalls nicht im Rahmen der Besprechung der „akademischen Freiheit“ in Art. 13 Satz 2 GrCh; s. Kempen, in: Stern/Sachs GrCh, Kommentar, 2016, Art. 13 Rn. 17.

32 S. Fn. 33.

33 Scholz, in: Maunz/Dürig Fn. 21), erwähnt Prüfungen immerhin implizit im Rahmen der „Studien- und Prüfungsordnungen“ (Rn. 140) oder der Anforderungen an die prüfende Person (Rn. 157). Bethge, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, erwähnt Prüfungen dagegen nicht.

## b) Unverletzlichkeit der Wohnung

Spiegelbildlich wird seitens der Studierenden deren Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG diskutiert, wenn Prüfungen im privaten Wohnbereich der Studierenden am Heimat- oder Studienort stattfinden müssen.<sup>34</sup> Eine nähere Betrachtung wirft dabei bereits Zweifel an der Einschlägigkeit des nationalen Grundrechts auf. Denn das Grundrecht aus Art. 13 GG unterliegt auf mehreren Ebenen Besonderheiten, die für diese Konstellation relevant werden. Auf der Ebene des Schutzbereichs hat Art. 13 GG in der Vergangenheit eine Reihe von Beschränkungen erfahren, die zu einer „Abwanderung“ bestimmter, traditionell mit Art. 13 GG verbundener Schutzgehalte in andere Grundrechte geführt haben.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund ließe sich bereits fragen, ob die Abbildungen der Privatsphäre der Studierenden durch die Kameraführung während der Prüfungen neben dem informationellen Selbstbestimmungsgehalt überhaupt eine weitere Schutzsubstanz beanspruchen oder ob hier nicht ausschließlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, das nach deutschem Verfassungsverständnis den grundrechtlichen Datenschutz vermittelt,<sup>36</sup> allein aktiv ist. Ein Blick auf die Ebene des Grundrechtseingriffs untermauert diese These. Denn die Struktur von Art. 13 GG regelt derartige Maßnahmen nicht unmittelbar. Besonders eingriffsintensive oder typische Maßnahmen, beispielsweise Lauschgriffe zu Zwecken der Strafverfolgung, werden in Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG erfasst. Die Auffangklausel von Art. 13 Abs. 7 GG setzt das Vorliegen einer Gefahr von enger Intensität voraus,<sup>37</sup> die im Rahmen regulärer Durchführung von Hochschulbildung erkennbar nicht vorliegt. Das EU-rechtliche Pendant, Art. 7 GrCh, wird demgegenüber von einer Reihe abweichender Strukturen und Erwägungen getragen. Zunächst weicht der Wortlaut voneinander ab: EU-rechtlich wird nicht die „Unverletzlichkeit“, sondern die „Achtung“ der Wohnung erfasst. Entsprechend universeller ist das Eingriffsverständnis – er kann

bei jeder beliebigen Maßnahme vorliegen, welche die Privatheit der geschützten Räume beeinträchtigt.<sup>38</sup> Außerdem ist der Schutz der Wohnung in Anlehnung an Art. 8 EMRK<sup>39</sup> strukturell anders geprägt und erfasst auch eigentumsrechtliche<sup>40</sup> und umweltbezogene<sup>41</sup> Belange, die Art. 13 GG fremd sind. In dieser Konstellation scheinen wir also – anders als oben zum Gebot der Chancengleichheit – von einem extensiven EU-Grundrecht im Vergleich zu seinem deutschen Pendant sprechen zu können.

Diese komplexe Gemengelage kann wegen der Vielfalt möglicher Gestaltungsformen weder entschieden noch in diesem Rahmen strukturell aufbereitet werden.<sup>42</sup> Den Hochschulen wird deshalb bis zur Generierung weiterer belastbarer Erkenntnisse und Erfahrungen empfohlen, bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit des Proctorings und bei der Ausgestaltung ihrer entsprechenden Regelungen die EU-Grundrechte mit einzubeziehen. Insoweit darf eine EU-rechtliche Aufarbeitung der Thematik mit Spannung erwartet werden – derzeit ist eine geplante optische bzw. akustische Überwachung in der Eingriffsdogmatik von Art. 7 GrCh erkennbar nicht vorgesehen.<sup>43</sup>

## 5. Ergebnisse

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass gute Gründe dafür sprechen, einen Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte nach den Vorgaben des *BVerfG* für die datenschutzrechtliche Behandlung von Online-Lehre und Online-Prüfung nicht eröffnet zu haben bzw. unterschiedliche Hochschulpraxis für Verarbeitungen auf gesetzlicher Grundlage und mittels Einwilligung einzurichten. Selbst wenn der Anwendungsbereich für nationale Grundrechte gesehen werden sollte, so ergeben sich mehrere Inkongruenzen im rechtlichen Maßstab von Grundgesetz und EU-Grundrechtecharta, mindestens mit Blick auf das prüfungsrechtliche Gebot der Chancengleichheit und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

34 S. oben. Fn. 6.

35 Kühne, in: Sachs (Fn. 33), Art. 13, Rn. 13 m.w.N.

36 *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.) – *Volkszählung*.

37 Erfasst werden erhöhte individuelle Gefahren, etwa die Lebensgefahr von Personen, oder allgemeine Gefahren, z. B. die Raumnot, s. Art. 13 Abs. 7 GG.

38 Jarass (Fn. 31), Art. 7, Rn. 30.

39 Näher dazu Weber, in: Stern/Sachs (Fn. 31), Art. 7 Rn. 42.

40 *EGMR* Nr. 9063/80, Series A 190, Rn. 47.

41 *EGMR* NVwZ 2004, 1465.

42 Zu einer anderen gelungenen strukturellen Aufbereitung rechtlicher Fragestellungen mit Blick auf Online-Prüfungen s. Fn. 10.

43 So lässt sich diese Konstellation des Proctorings unter das Sammelbecken der möglichen Eingriffe bringen; etwa beschreibt

*Bernsdorff* dieses als „jede Art des Eindringens oder Verweilens gegen den Willen des Wohnungsinhabers“, s. *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 22. *Jarass* sieht optische bzw. akustische Überwachungen aber nur dann als Eingriff an, sofern mit der Überwachungsmaßnahme eine vorgesehene Abs. hirmung überwunden wird, s. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 30. Wesentliche Ausgestaltungen eines Eingriffs in Art. 7 GrCh ist nach *Weber* außerdem das Betreten, Einschränken oder Zerstören der Wohnung ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers, nicht dagegen eine im Rahmen des Proctorings vorgefundene Abbildung von Merkmalen der Wohnungsgestaltung in einer planmäßigen Prüfungssituation, s. *Weber*, in: Stern/Sachs (Fn. 31) Art. 7, Rn. 44.

### III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

Hochschulprüfungen werden derzeit überwiegend in Prüfungsformen und Prüfungsarten unterteilt. Der Begriff der Prüfungsform stellt dabei den Oberbegriff dar, unter den sich dann verschiedene Prüfungsarten bringen lassen. Als Prüfungsoberkategorien weitgehend unstrittig anerkannt sind die schriftliche Prüfung, die mündliche Prüfung und die praktische Prüfung, während dies für die neuartige Form der elektronischen Prüfung unterschiedlich beurteilt wird.<sup>44</sup> Prüfungsrechtliche Relevanz hat dies für die Frage, ob die betreffende Prüfungsform eine eigenständige Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erfordert, was für Prüfungsformen, nicht aber für Prüfungsarten angenommen wird.

Durch das Hinzutreten der Online-Dimension werden aber nicht nur die bekannten analogen Formen und Arten von Prüfungen eben IT-basiert durchgeführt. Hinzu kommen daneben weitere, bisher in Deutschland weitgehend unbekannte Prüfungsgestaltungen, so etwa die sog. open book Prüfung oder die sog. take home Prüfung. Beiden neuen Gestaltungen ist gemeinsam, dass sie – mit Abweichungen im Detail – fachliche Hilfsmittel in der Form allgemeiner Informationsquellen oder Studienmaterialien zulassen, was für Klausuren nicht zulässig ist. Die Online-Welt der Prüfungen bewirkt damit daneben auch eine erhebliche Auffächerung der ohnehin bereits reichhaltigen Gestaltungsvielfalt.

Welche Auswirkungen hat diese Bereicherung für die faktische Struktur der Prüfungslandschaft an deutschen Hochschulen? Und ergeben sich daraus Erkenntnisse für die rechtliche Erfassung oder für die operative Gestaltung von Prüfungen? Diesen Fragen widmet sich dieser Abschnitt. Nach einer Aufbereitung der wesentlichen rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Fragen zur Strukturbildung (1.) wird die erweiterte faktische Gestaltungsvielfalt speziell mit Blick auf Online-Prüfungen einer Betrachtung unterzogen (2.). Infolge dessen ergeben sich weitere interessante begriffliche Konsequenzen (3.).

#### 1. Grundlagen der Strukturbildung

Strukturbildung ist kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Sie dient dazu, die einzelnen in der Rechts-

wirklichkeit vorfindbaren Varianten trennscharf voneinander abgrenzen und die aus ihrer faktischen Spezifik erwachsenden Risikopotenziale ordnungsgemäß erfassen zu können. Im Laufe der Zeit lässt sich dabei eine gewisse Entwicklungslinie erkennen, Ableitungen aus immer durchlässigeren Strukturen zu ermöglichen. War die vollständige Erfassung der Rechtswirklichkeit in einem geschlossenen System von aufeinander bezogenen Begriffen noch das Ideal des 19. Jahrhunderts,<sup>45</sup> so hat sich die Legitimität mehr und mehr unbestimmter Begriffe als taugliches Erfassungsobjekt von Strukturen im Recht etabliert.<sup>46</sup> Mittlerweile erlaubt die moderne Logik, auf der auch die Rechtstheorie und –methodik aufbaut, sogar Entscheidungen auf der Grundlage nicht vollständiger oder ungenauer Informationen, etwa in der Form der fuzzy logic.<sup>47</sup> Strukturbildung im modernen Recht darf deshalb durchaus auch etwas weniger dezidiert sein und annähernde oder zuordnende Elemente enthalten.

Speziell für die Landschaft deutscher Hochschulprüfungen ist dies ebenso passend wie nötig. Denn es besteht eine kaum überschaubare Vielzahl an Möglichkeiten, Prüfungen auszugestalten. Je nach zu erfassenden Lernzielen und Kompetenzen, Prüfungsfunktionen gemäß der Lehrdidaktik und Fachdisziplin sind der Ausgestaltung von Prüfungen nahezu keine Grenzen gesetzt. Strukturbildung ist damit geradezu gezwungen, annähernd zu arbeiten und Öffnungen bzw. Entwicklungstendenzen in ihre Arbeitsweise einzubeziehen.

Eine für genau diese aufgefächerten, diversifizierten Situationen passende Methode der Strukturbildung in der Rechtstechnik und -praxis ist die Bildung von Typen. Typen im Recht sind Phänomene, die sich dadurch auszeichnen, dass Anzahl, Ausgestaltung und Intensität der sie prägenden Elemente nicht fest stehen. Häufig vorkommenden gemeinsamen oder den Typus sogar prägenden Aspekten des Typus stehen auch Facetten gegenüber, die nicht in jeder Ausgestaltung des Typus vorhanden sein werden und sich sogar wechselseitig vertreten können.<sup>48</sup> Die Typenbildung ist stark an Wittgensteins philosophisches Modell der Familienähnlichkeit angelehnt, wonach bei hinreichend vorhandenen und intensiven Ähnlichkeiten mehrerer Gestaltungsformen ein

44 Ausführlich *Jeremias*, jM 2018, 25 ff.

45 Sog. Begriffsjurisprudenz, s. *Meyer-Ladewig*, DRiZ 1963, 255 ff.

46 Diese Entwicklungslinie nachzeichnend *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.

47 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung

für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, 2013, Rn. 230.

48 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, S. 303.

gemeinsames Merkmal sogar gänzlich fehlen kann.<sup>49</sup> Überwiegend<sup>50</sup> wird der Typus im Recht als Verbindung zwischen Sein und Sollen aufgefasst, also mit faktischen und zugleich normativen Elementen.<sup>51</sup> Weiterentwicklung von Typenbildung baut sowohl auf faktischen als auch auf bestehenden rechtlichen Strukturen auf – dies darf für die Erfassung der Online-Prüfungen ebenfalls erwartet werden. Die Arbeitsweise der Typenbildung muss deshalb zum Ziel haben, gerade auch die Verbindung von Tatbestandserfassung als rechtlicher Abbildung sozialer Sachverhalte und der normativen Regelungsanordnung als sachgerecht und angemessen<sup>52</sup> zu legitimieren. Dies geschieht insbesondere durch die Behandlung von Parallelentscheidungen, Fallabwandlungen und verwandten Fällen.<sup>53</sup> In diesem Sinne werden nun die wesentlichen neuen Online-Prüfungsgestaltungen einer typologischen Analyse unterzogen.

## 2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

Will man die Diversität vorhandener Prüfungsgestaltungen an deutschen Hochschulen im Sinne der Typenlehre strukturell erfassen, so bietet sich eine Herangehensweise in drei Schritten an. Der erste Schritt soll der faktischen Erfassung der Prüfungslandschaft im Sinne der Typenlehre dienen (a). Ob diese faktischen Prüfungsstrukturen jedoch einer eigenständigen Regelung zugeführt werden müssen, bestimmt sich primär nach rechtlichen Merkmalen, deren Erarbeitung der zweite Schritt dient (b). Schließlich wird bestimmt, ob die vorgefundenen faktischen Strukturen unter die aktuellen rechtlichen Regelungen passen (c).

### a) Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

Der Herausarbeitung faktischer Prüfungstypen dienen vorwiegend sachliche Dimensionen wie Häufigkeit oder organisatorische Regelmäßigkeit hinsichtlich der Vorbereitung, Durchführung und Bewertung der Prüfung.

### aa) Vorbereitung

Die Vorbereitung betrachtend, bestehen für Präsenzprüfungen und Online-Prüfungen einige Gemeinsamkeiten. Die kommunikative Übertragung über IT-basierte Systeme hat für sich genommen noch keinen Einfluss auf die Dauer und den Schwierigkeitsgrad der Prüfung. Es steht deshalb nicht zu erwarten, dass die Vorbereitung auf die Prüfung in inhaltlicher Hinsicht weniger zeit- und arbeitsintensiv wäre als bei Präsenzprüfungen.<sup>54</sup> Andererseits bietet die Online-Situation hinreichend Anlass für veränderte oder zusätzliche organisatorische Vorbereitungsmaßnahmen der Studierenden wie beispielsweise einen Technik-Check oder die bewusste Wahl der Prüfungsumgebung.<sup>55</sup> Seitens der Hochschule bietet die Vorbereitung der Prüfung eine Reihe von Veränderungen im Vergleich zu Präsenzprüfungen: Statt Prüfungsräumen sind virtuelle Räume zu organisieren, gegebenenfalls sind den bedürftigen Studierenden technische Leihgeräte zur Verfügung zu stellen, Fragestellungen für Online-Klausuren sind gegebenenfalls in einem didaktisch etwas anderen Format vorzubereiten. Diese faktischen Abweichungen von den Gegebenheiten einer Präsenzprüfung sind erheblich und für die Betrachtung faktischer Typologien von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Da die Prüfungsvorbereitung aber keinen Einfluss auf ihre prüfungsrechtliche Erfassung hat, spielen diese Erwägungen eher eine flankierende Rolle.

Etwas anders könnte dies allerdings für das Datenschutzrecht aussehen.<sup>56</sup> Denn sehr bedeutsam ist der Wechsel der Datenverarbeitung in die virtuelle Welt im zeitlich unmittelbaren Vorfeld der Prüfung, also bei der Anmeldung bzw. der Einwahl der Studierenden im Prüfungssystem oder die Identitätskontrolle der Studierenden. Liegen die datenschutzrechtlichen Erlaubnisse hierfür nicht vor, so steht die Prüfung in der Gefahr, einem Verfahrensfehler nach § 46 LVwVfG<sup>57</sup> zu unterliegen.<sup>58</sup> Insofern haben diese faktischen Veränderungen durchaus Relevanz für die rechtliche Erfassung der Prüfung.

49 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, S. 66 f. Einer der gedanklichen Ausgangspunkte Wittgensteins für seine Untersuchungen zur Familienähnlichkeit war dabei die Gefahr, aus einem gemeinsamen Begriff vorschnell Schlüsse auf vermeintliche gemeinsame Merkmale zu ziehen: „We are inclined to think that there must be something in common to all games, say, and that this common property is the justification for applying the term „game“ to the various games, s. Wittgenstein, *The Blue Book*, 1965, S. 17.  
50 Von einer rein faktischen Relevanz des Typus ausgehend Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 11. Auflage, 2020, Rn. 933.  
51 Larenz, oben Fn. 48, Müller/Christensen, oben Fn. 47, Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Auflage, 1999, Rn. 149.

52 Larenz, oben Fn. 48.  
53 Pawlowski, oben Fn. 51, Rn. 152.  
54 10 Tipps für deine erfolgreiche Online Klausur (uniturm.de), s. Punkt 1.  
55 Gut vorbereitet in die mündliche Online-Prüfung - univie bloggt.  
56 Schwartzmann, Referat zum Datenschutzrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.  
57 Bitte beachten Sie abweichende Nummerierungen für die Länder Berlin und Schleswig-Holstein.  
58 Fischer/Dieterich, oben Fn. 1.

Ob sie jedoch geeignet sind, entscheidenden Einfluss auf die prüfungsrechtliche Typologie zu haben, bleibt für den Moment offen.

Eine weitere wesentliche Neuerung im Rahmen der Vorbereitung und Organisation der Online-Prüfungen ist die Verantwortung der Hochschule, für Möglichkeiten zu sorgen, wie die Studierenden eine Online-Prüfung absolvieren können, die nicht über das entsprechende technische Equipment verfügen.<sup>59</sup> Neben der Bereitstellung von räumlichen Ersatzkapazitäten in der Hochschule kommt hier vor allem in Betracht, den Studierenden entsprechende Leihgeräte zur Verfügung zu stellen. Das ist nicht nur mit organisatorischem Aufwand, sondern auch mit finanziellem Einsatz für deren Beschaffung und personellen Ressourcen zum Nachhalten von Rücklauf, Reparatur etc. verbunden, was bislang so nicht bestand.

#### bb) Durchführung

Hinsichtlich der Durchführung der Prüfung bestehen einige faktische Besonderheiten.

Einer der wesentlichen Unterschiede zur Präsenzprüfung ist die Durchführung der Prüfung mit Hilfe einer technisch-visuellen Überwachung, sog. Proctoring.<sup>60</sup> Hierfür werden bei den Beteiligten Webcams eingesetzt, die eine effektive Prüfungsaufsicht ersetzen und die ordnungsgemäße Absolvierung der Prüfung sicherstellen sollen. Das Proctoring kann in vielen verschiedenen Ausgestaltungen vorkommen, etwa mit oder ohne Wahrnehmung der Geräusche im Prüfungsraum. All dies ist nicht nur mit neuen technischen Gegebenheiten und Risikopotenzialen, sondern auch bisher unbekannt Dimensionen von Datenverarbeitungsvorgängen verbunden.

So ist es beispielsweise beim hauptsächlich vertretenen Pendant zur analogen Klausur, der sog. open book Prüfung, erlaubt und üblich, inhaltliche Hilfsmittel zuzulassen.<sup>61</sup> Dies verändert auf nahe liegende Weise tragende Pfeiler der schriftlichen Klausurarbeit, werden doch nicht nur das qualitative Potenzial der Leistung, sondern auch das Recherche-Performance-Verhältnis

und damit die Herangehensweise an die Bearbeitung auf fundamentale Weise verändert. Eine gewisse Differenzierung wird innerhalb dessen durch eine Begrenzung der Hilfsmittel erreicht.<sup>62</sup> Dadurch stellt sich automatisch die Folgefrage, ob die verwendeten Quellen als fremde Gedanken anzuzeigen sind.<sup>63</sup> Dafür spricht sicherlich die strukturelle Nähe zur Hausarbeit und das Lernziel, die Gebote der guten wissenschaftlichen Praxis einzuüben; dagegen spricht möglicherweise die verfügbare Zeit.

Eine weitere faktische Unterscheidung bei open book Prüfungen ist die Differenzierung zwischen der freien Bearbeitung und der Bearbeitung direkt im Prüfungssystem.<sup>64</sup> Erstere Variante beinhaltet das Herunterladen der Prüfungsaufgaben aus dem Prüfungssystem und das spätere Hochladen der bearbeiteten Prüfung durch die Studierenden.<sup>65</sup> Das Hochladen involviert dabei in einigen Fällen die Verwendung eigener technischer Geräte der Studierenden, etwa das Smartphone für den Scan der Prüfungsdatei.<sup>66</sup> Speziell Letzteres trägt neben den faktischen Neuerungen auch rechtliche Implikationen, denn in der analogen Welt mussten Papier und Stift der Studierenden funktionsfähig sein, während nun auch die technische und gegebenenfalls datenschutzrechtliche Integrität der Geräte in den regulären Prüfungsablauf fällt. Im Rahmen der freien Bearbeitung kann sogar noch dahingehend differenziert werden, dass die Prüfung selbst dann am technischen Endgerät oder handschriftlich angefertigt wird, was sich beispielsweise für Prüfungen im Zusammenhang mit Formeln oder Zeichnungen anbieten könnte. Auch für all dies wird zu zeigen sein, inwieweit sich dies rechtlich und speziell prüfungsrechtlich auswirkt.

Eine derartig intensive Veränderung der faktischen Strukturen ist dagegen bei mündlichen Prüfungen nicht zu verzeichnen. Der reguläre Ablauf der Prüfung erfolgt wie in der Präsenzgestaltung auch, nur eben auf einem technisch gestützten Übertragungsweg. Allerdings kann die Durchführung von vielfältigen technischen Störungen begleitet sein, die das Verständnis für die Aufgabenstellung, die Leistungserbringung und insgesamt die

59 Informationen für Studierende (<https://www.uni-jena.de/digitalesprüfen/informationenstudierende>).

60 Online-Proctoring - Beaufsichtigung digitaler Prüfungen (<https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring>).

61 Open-Book-Klausuren und was sich dahinter verbirgt – @LLZ (<https://blog.llz.uni-halle.de/2021/01/open-book-klausuren-und-was-sich-dahinter-verbirgt/>).

62 Frölich-Steffen, Handreichung zur Online-Lehre, Stand: Wintersemester 2020/21, S. 12 ([https://www.profil.uni-muenchen.de/profil-start/profil\\_hands-on-lehre\\_pruefung.pdf](https://www.profil.uni-muenchen.de/profil-start/profil_hands-on-lehre_pruefung.pdf)).

63 Open Book Prüfungen Juridicum: Tipps, Tricks & Survivalpackages - LexisNexis Österreich ([https://www.lexisnexis.at/blog-](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/)

[post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/))

64 Open Book Klausuren - Universität Bielefeld (<https://www.uni-bielefeld.de/einrichtungen/bits/elearningmedien/lernplattformen/e-pruefungen/openbook/>).

65 Open Book Take-Home Exam Download and Upload Quick Guide ([https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Klement/Quick\\_Guide\\_fu\\_r\\_Download\\_und\\_Upload.pdf](https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Klement/Quick_Guide_fu_r_Download_und_Upload.pdf)).

66 Wintersemester 2020/2021 | Universität des Saarlandes (<https://tu-dresden.de/tu-dresden/organisation/rektorat/prorektor-bildung/zill/e-learning/corona/digitale-pruefungen>).

Kommunikation stark beeinflussen können. Die mündliche Online-Prüfung würde zudem erlauben, dass die Prüfung aufgezeichnet wird, um gegebenenfalls verhinderten Prüfenden eine spätere Anschauung und Bewertung zu ermöglichen.

#### cc) Bewertung

Die Bewertung vor allem schriftlicher Prüfungen ist durch die IT-basierte Einsendung auch innerhalb des technischen Systems möglich. Zudem besteht nunmehr die soeben angesprochene Möglichkeit einer späteren Bewertung, wo sonst die tatsächliche Anwesenheit und Anschauung zwingend erforderlich war.

#### dd) Abgrenzung zu bestehenden Strukturen

In Anwendung des ersten Schritts der Vorüberlegungen lässt sich deshalb Folgendes konstatieren.

1. Es bestehen gute Gründe, den gängigen neuen Online-Prüfungsgestaltungen open book Prüfung und take home Prüfung eigene faktische Typusmerkmale im Vergleich zur Klausur und der Hausarbeit zuzubilligen:

a. Open book Prüfung und take home Prüfung unterscheiden sich von der analog absolvierten Klausur in Anwesenheit erheblich. Denn erstens sind inhaltliche Hilfsmittel zugelassen, was die Möglichkeiten, aber auch die Arbeitsweise der zu prüfenden Personen erheblich verändert. Und zweitens entfällt wegen der Arbeit in Abwesenheit die Möglichkeit und das Erfordernis einer Beaufsichtigung durch die Hochschule, was organisatorische Veränderungen für die Hochschule in Sachen Prüfungsplanung und Fragestellungen für die zu prüfenden Personen bei der Prüfungsvorbereitung nach sich zieht.

b. Eine Zuordnung von open book Prüfung und take home Prüfung zur anderen hauptsächlichen Spielart der schriftlichen Prüfung, der Hausarbeit, ergibt dagegen gewisse Übereinstimmungen. Hier wie dort sind die Fragestellungen der Prüfung in einer vorgegebenen Zeit selbstständig und mit allen verfügbaren Hilfsmitteln zu bearbeiten.

c. Open book Prüfung und take home Prüfung teilen andererseits auch einige Gemeinsamkeiten mit der Klausur. Denn wegen der begrenzten Bearbeitungszeit sind abzurufende Kompetenzen oder die Inhalte der Prüfung nach Breite und Tiefe eher mit einer Klausur vergleichbar als mit denen einer Hausarbeit. Ebenso sind die begleitenden Anforderungen, etwa an Inhaltsver-

zeichnis, Gliederung oder Quellenverzeichnis, eher der Klausur ähnlich als der Hausarbeit.

2. Die mündliche Prüfung im persönlichen Gespräch und in IT-basiert durchgeführter Form sind hinsichtlich ihrer faktischen Typizität weitgehend vergleichbar, was Vorbereitung, Durchführung und Bewertung angeht. Dass sich bei der IT-basiert durchgeführten mündlichen Prüfung durch den nur bedingt für die Hochschule einsehbaren Prüfungsraum andere, erweiterte Täuschungspotenziale ergeben, ist auf dieser gedanklichen Ebene noch nicht zu betrachten. Als Zwischenergebnis sind also diese beiden Ausgestaltungen unter einen faktischen Prüfungstyp „mündliche Prüfung“ zu bringen.

#### b) Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

Diese faktischen Besonderheiten sollen nun in das bestehende rechtliche Gefüge eingeordnet und auf ihre Passfähigkeit innerhalb dessen überprüft werden.

##### aa) Art. 12 Abs. 1 GG - Qualitätsanforderungen

Erster hauptsächlicher rechtlicher Maßstab für die Erfassung von Prüfungen ist dabei die Ausrichtung der Prüfung an den qualitativen Anforderungen der Gesellschaft im Hinblick auf die mit der konkreten Ausbildung verfolgten typischen Berufsbilder.<sup>67</sup> Dieser Maßstab scheint zunächst indifferent zu wirken, da die Art der kommunikativen Übertragung einer Prüfungsleistung gedanklich unabhängig von den inhaltlichen Anforderungen an die Prüfung ist. Allerdings besetzt speziell für open book Prüfungen eine gewisse Verbindung zwischen technischer Übertragung und inhaltlicher Ausgestaltung. Denn durch die Zulässigkeit von Hilfsmitteln tritt eine reelle Möglichkeit der Abfrage von Wissenskompetenzen weitgehend in den Hintergrund. Stattdessen werden Fragestellungen, die auf Transfer- bzw. Synthesekompetenzen einwirken, wichtiger.<sup>68</sup> Jedoch ist diese Auffächerung von Prüfungsgestaltungen auch ohne die Betrachtung von Online-Prüfungen bereits vorhanden und in der Hochschullandschaft verbreitet. Die digitalen Übertragungswege der Online-Prüfungen und die damit verbundenen Neugestaltungen von Prüfungsfragen werden diesen Prozess der Auffächerung und Diversifizierung sicherlich weiter modifizieren und voranbringen. Ob sie allerdings eine Intensität erreichen, die zu der Annahme verleitet, der Qualitätsmaßstab aus

67 BVerfGE 13, 97 ff.

68 Frölich-Steffen, oben Fn. 62, D. 9.

Art. 12 GG sei nicht mehr hinreichend für die prüfungsrechtliche Erfassung der inhaltlichen Anforderungen an eine Prüfung, darf bezweifelt werden.

bb) Art. 3 Abs. 1 GG – Gebot der Chancengleichheit

Der zweite bedeutsame, eher auf das Prüfungsverfahren einwirkende rechtliche Maßstab ist das Gebot prüfungsrechtlicher Chancengleichheit. Dieser wird aus Art. 3 Abs. 1 GG,<sup>69</sup> teilweise in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>70</sup> abgeleitet und beinhaltet das Erfordernis weitgehend gleicher Prüfungsbedingungen und Bewertungsmaßstäbe für vergleichbare Prüfungen.<sup>71</sup> Hierbei ist zu differenzieren. Soweit die organisatorische Durchführung für alle Prüflinge einer Prüfungskampagne nach gleichen äußeren Bedingungen arbeitet, sollte der administrative Anteil der Chancengleichheit auch bei Online-Prüfungen gewahrt werden können. Inhaltlicher Ausfluss des Gebots der Chancengleichheit ist allerdings auch, dass keine unzulässigen Hilfsmittel verwendet werden dürfen. Hierzu zählt auch die Erbringung der Leistung in eigener Person sowie ohne fremde persönliche Hilfe.<sup>72</sup> Ein Abgleich der soeben herausgearbeiteten faktischen Besonderheiten am Maßstab der Chancengleichheit, speziell mit Blick auf die vorhandenen Täuschungspotenziale, ergibt dabei die nachfolgenden Betrachtungen:

1. Die stark veränderte Organisation und Vorbereitung der Prüfung hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Chancengleichheit, soweit sie für alle beteiligten Studierenden gleichermaßen angewendet werden.

2. Auch die Pflicht der Hochschule, technische Ersatzgeräte zur Verfügung zu stellen, trägt keine Auffälligkeiten im Hinblick auf die Chancengleichheit in sich, zumindest so lange nicht, wie die erforderlichen (Grund-)Funktionalitäten für die Prüfung bei den Endgeräten vorhanden sind.

3. Die technische Überwachung (Proctoring) der Prüfung birgt neue, bisher ungeahnte Möglichkeiten für die Prüflinge, unerlaubte Hilfsmittel zu verwenden. Der geringe Überwachungswinkel der Webcam lässt Möglichkeiten, in anderen Zimmern als dem eigentlichen Prüfungsraum, im Prüfungsraum selbst oder sogar am Arbeitsplatz unerlaubte Hilfsmittel aufzubewahren und zu verwenden. Diese Möglichkeiten bestanden bisher in inhaltlicher Hinsicht ebenfalls, etwa in Kleidungsstücken oder in Taschen, werden bei Online-Prüfungen

aber nicht unerheblich erweitert. Die Möglichkeit, unerlaubte persönliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist außerdem insbesondere bei Proctoringsystemen ohne Audiofunktion erheblich gestiegen.

4. Die Zulassung von Hilfsmitteln verändert die Anforderungen an die Sicherstellung der Chancengleichheit ebenfalls gravierend. Denn im gleichen Maße ist die Hochschule von einer entsprechenden Beweislast im Streitfall befreit, was zum Wegfall der Notwendigkeit für entsprechende Überwachungsmaßnahmen führt. Gleichzeitig wird das Täuschungspotenzial und damit die Gefährdungslage für die Chancengleichheit während der Prüfung herabgesenkt.

5. Die Einführung der Kennzeichnungspflicht fremder Gedanken bei Online-Prüfungsformaten hat Auswirkungen auf die Qualität der Arbeit und ist damit eher für den Maßstab der Qualitätserwartungen relevant als für die Chancengleichheit aller Prüflinge im Verfahren.

6. Die Verwendungspflicht eigener technischer Geräte im Rahmen der freien Bearbeitung birgt zwar kein näheres Gefährdungspotenzial für Täuschungen. Eine funktionale Minder- oder Fehlfunktion dieser Geräte während der Prüfung kann jedoch einen anderen Aspekt der Chancengleichheit aktivieren, nämlich die Pflicht zum Ausgleich unverschuldeter Nachteile der Prüflinge in deren Darstellung der Prüfungsleistung, sog. Nachteilsausgleich.<sup>73</sup> Diese Fallgruppe von Nachteilsausgleichen während der Prüfung, insbesondere in der Form der Verlängerung der Prüfungsdauer, ist zwar nicht unbekannt aus der analogen Welt, denkt man etwa an vorübergehenden Lärm im Umfeld des Prüfungsraums.<sup>74</sup> Hier wären jedoch nicht nur die Ebene der Gewährung verschieden - individuell statt generell, sondern auch die Wahrnehmungs- und Aufklärungsstruktur anders. Nachteilsausgleiche durch technische Störungen, insgesamt und speziell mit Blick auf die studentischen Endgeräte bei der freien Bearbeitung, tragen deshalb eher die Struktur der üblichen, vor Beginn der Prüfung gewährten individuellen Nachteilsausgleiche als von solchen während der Prüfung.

69 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

70 BVerwG DVBl. 2020, 125 ff.

71 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

72 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 45 ff.

73 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 259.

74 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 441.

## cc) Datenschutzrecht

Durch die IT-basierte Übertragung weitgehender Informationen bzw. Daten mit Bezug zur Prüfung haben sich neue Bereiche datenschutzrechtlicher Betrachtung ergeben.<sup>75</sup> Dazu zählen nicht nur Verarbeitung bekannter Datenkategorien in neuen, IT-basierten Kontexten, etwa von Name oder Matrikelnummer in IT-Systemen statt einer Papier-Teilnehmerliste. Daneben bestehen auch und vor allem komplett neue Datenkategorien, etwa IP-Adressen oder biometrische Daten wie Gesicht oder Stimme,<sup>76</sup> wobei letztere zusätzlich noch besonders zu schützen sind, Art. 9, 35 EU-DSGVO.<sup>77</sup> Schließlich stellen sich auch neue Fragen der Intensität der Verarbeitung personenbezogener Daten, etwa räumlich – Erfassung des kompletten (privaten) Prüfungsraums oder von Teilen dessen, zeitlich – Frequenz der Proctoring-Aufnahmen – oder inhaltlich – Proctoring mit oder ohne Audiofunktion.

All dies eröffnet nicht nur neue rechtliche Welten im Zusammenhang mit dem Datenschutz. Die datenschutzrechtlich gesetzten Grenzen wirken daneben auch auf die Gestaltung der Prüfung ein und prägen die faktischen Prüfungstypen und –strukturen gleichzeitig mit. Das Absolvieren der Prüfung im ansonsten vor Einblicken der Hochschule geschützten privaten Prüfungsraum, Verkürzungen von Wahrnehmung der Prüfungsinhalte oder Nachteile bei Leistungserbringung (mündliche Online-Prüfung) oder Übertragung (schriftliche Online-Prüfung) wirken auf Inhalt und Verfahren der Prüfung ein.

## c) Einordnung in das geltende rechtliche Regime

Welche Folgerungen für die rechtliche Erfassung der Typologie von Online-Hochschulprüfungen können aus den erarbeiteten Erkenntnissen abgeleitet werden?

1. Die open book Prüfung unterscheidet sich von der Präsenzklausur faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung und Durchführung, dabei vor allem mit Blick auf die Zulässigkeit von Hilfsmitteln. In rechtlicher Hinsicht bedeutsam sind die neue datenschutzrechtliche Erfassung der Prüfungsleistung, bei vorgeschalteter IT-basierter Identitätskontrolle zusätzlich von Kategorien wie Prüfungsraum, IP-Adresse oder biometrischer Daten, die Bedeutsamkeit der Kennzeichnung fremder Gedanken für die inhaltliche Qualität der Arbeit, das abgesenkte Täuschungspotenzial durch die zugelassenen Hilfsmittel

sowie die neue Dimension des individuellen Nachteilsausgleichs während der Prüfung.

2. Es bestehen auch Differenzierungsmöglichkeiten der open book Prüfung zur Hausarbeit. Die hier wie dort verwendbaren Hilfsmittel lassen zwar Aufsichtsmaßnahmen gleichermaßen entfallen. Abzuprüfende Kompetenzen und Begleitleistungen sind jedoch wegen der stark abweichenden Prüfungsdauer verschieden. Bedeutsame rechtliche Abweichungen, abgesehen von den datenschutzrechtlichen Implikationen bei Identitätskontrolle im Rahmen der open book Prüfung, bestehen dagegen nicht.

3. Diese beiden Aussagen gelten entsprechend für die take home Prüfung mit der Besonderheit, dass eine Identitätskontrolle hier in aller Regel nicht stattfindet und die entsprechenden datenschutzrechtlichen Implikationen nicht typusprägend sind.

4. Die mündliche Online-Prüfung unterscheidet sich von der mündlichen Präsenzprüfung faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung, dagegen kaum in ihrer Durchführung. Rechtlich bedeutsam ist dagegen sowohl die stark veränderte, durchgängige datenschutzrechtliche Erfassung als auch die neue individualisierte Form des Nachteilsausgleichs während der Prüfung infolge von technischer Störungen.

## d) Ergebnisse

Aus diesen Ableitungen lassen sich folgende Ergebnisse extrahieren.

## aa) Open book Prüfung und take home Prüfung

Open book Prüfung und take home Prüfung stehen in ihrer faktischen Ausgestaltung und rechtlichen Erfassung zwischen Klausur und Hausarbeit. Sie verdienen deshalb jedenfalls eine Anerkennung als jeweils eigenständige Prüfungsart innerhalb des Typus der schriftlichen Prüfungen.

Das rechtstheoretisch-rechtsmethodische Erfordernis, einen neuen Prüfungstypus abzuleiten, scheint dagegen für open book Prüfung und take home Prüfung noch nicht gegeben zu sein. Die prüfungsrechtlichen Maßstäbe sind im Vergleich zu Klausur und Hausarbeit zwar modifiziert. Die Abweichungen lassen eine Erfassung unter dem Typus der schriftlichen Prüfungen jedoch weder als unangemessen im Sinne von *Larenz*<sup>78</sup> erscheinen, noch lässt sich die Verbindung von Tatbestand und (prüfungsrechtlicher) Rechtsfolge im Sinne von

75 Die Bayrische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) vom 16.9.2020 erfasst als erkennbar erste integrierte staatliche Regelung die verschiedenen Aspekte des Datenschutzes bei Online-Prüfungen; *Sandberger*, oben Fn. 2, S. 157 f.

76 *Fehling*, oben Fn. 2, S. 146.

77 *Morgenroth/Wieczorek*, *OdW* 2021, 7, 10.

78 Oben, Fn. 52.



*Pawlowski*<sup>79</sup> nicht mehr plausibel erklären. Zwar besteht insoweit die Möglichkeit einer Einwirkung datenschutzrechtlicher Verkürzungen auf die Prüfung nach § 46 LV-wVfG. Es wird aber weiterer faktischer Verdichtung, praktischer Erfahrung und vor allem wissenschaftlicher und forensischer Aufarbeitung bedürfen, um belastbare, anderslautende typologische Erkenntnisse zu generieren. Bis dahin wird hier davon ausgegangen, dass open book Prüfung und take home Prüfung, weder einzeln noch in ihrer Zusammenschau, einen eigenständigen Prüfungstypus bilden.

Die vor allem durch das Datenschutzrecht bedingten abweichenden faktischen Strukturen legen jedoch in jedem Falle eine eigenständige Erfassung in der Prüfungsordnung durch eigene Regelungen nahe. Denn es bestehen hinreichende, faktisch und rechtlich bedingte Risikopotenziale, die es durch Regelung zu steuern gilt.

#### bb) Mündliche Online-Prüfungen

Die faktischen und rechtlichen Abweichungen der mündlichen Prüfung in der Online-Variante im Vergleich zur Präsenzprüfung fallen dagegen stärker aus. Die IT-Dimension bewirkt sowohl für die Vorbereitung als auch für die Durchführung erhebliche Modifizierungen im Vergleich zur mündlichen Präsenzprüfung mit Wirkung für Nachteilsausgleiche und Performance. Zudem besteht hier auch noch die faktische Möglichkeit der späteren Bewertung einer aufgezeichneten Prüfung, der rechtlich entsprechend zu begegnen ist. All dies führt sicher zu einer Anerkennung als eigenständige Prüfungsart und auch zum Erfordernis einer eigenständigen Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung.

Ob eine Anerkennung der mündlichen Online-Prüfung als eigenständiger Prüfungstypus gerechtfertigt ist, kann noch nicht abschließend beantwortet werden, liegt nach Lage der Dinge aber deutlich näher als für open book Prüfung oder take home Prüfung. Denn die visuelle Überwachung bewirkt nicht nur das Erfordernis der Betrachtung neuer datenschutzrechtlicher Aspekte, sondern auch von Grundrechten mit Bezug zum Schutz der Wohnung.<sup>80</sup> Vieles wird des Weiteren davon abhängen, welchen Einfluss die prüfungsrechtlichen Beteiligten in den Gerichten, in der Wissenschaft und aus der Hochschulpraxis den datenschutzrechtlichen Gegebenheiten beimessen. Auf den ersten Blick scheinen die Abweichungen zur mündlichen Präsenzprüfung nicht geringer

zu sein als etwa diejenigen einer elektronischen Prüfung zu einer schriftlichen Prüfung, die anerkanntermaßen als verschiedene Prüfungsformen bestehen.<sup>81</sup> Auch hier darf die weitere Entwicklung und Aufarbeitung mit Spannung abgewartet und begleitet werden.

#### 3. Begriffliche Fragen

Impulse für Veränderungen der verwendeten Begrifflichkeiten gibt es aus dem Vorgesagten für die Verwendung des Oberbegriffs „Prüfungsform“ (a), für die synonym verwendete Bezeichnung „Aufsichtsarbeit“ für die Klausur (b), und für die Benennung der Online durchgeführten Prüfungen als „Fernprüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder Online Prüfungen“ (c).

##### a) Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

Aus zwei Gründen erscheint der Begriff „Prüfungstyp“ gegenüber dem Terminus „Prüfungsform“ treffender und mit weniger Missverständnisrisiko behaftet zu sein. Denn erstens ist – unabhängig von den soeben angestellten typologischen Betrachtungen – die Form im Recht ihrerseits eines von vielen Verfahrensbestandteilen, nicht aber eine Oberkategorie selbst. Für die Schriftform (§§ 125 f. BGB) und für die elektronische Form (§ 126 BGB) gibt es dezidierte rechtliche Vorgaben, die jedoch mit der Einhaltung dieser Formen auf Elemente des Verfahrens abzielen, ohne das Gesamtphänomen zu erfassen, in das diese Formen eingebettet sind. Der Begriff „Form“ ist im Recht deshalb traditionell anders besetzt, seine Verwendung für Oberkategorien kontraintuitiv. Und zweitens ist die begriffliche Verknüpfung von Typus und Regelungsbedarf im Recht bereits sehr verbreitet, denkt man beispielsweise an Vertragstypen<sup>82</sup> oder Straftatbestände. Anstelle von „Prüfungsformen“ erscheint deshalb eine Oberstruktur von „Prüfungstypen“ sowohl Sinngehalt als auch Erkenntnisinteresse besser zu erfassen.

Dass gegebenenfalls mehrere Prüfungsarten unter einen Oberbegriff, nach hier vertretener Auffassung des „Prüfungstyps“ zu bringen sind, wie das bisher verbreitet vertreten wird, ist dagegen unschädlich und wegen der Kürze und Prägnanz gegenüber anderen, ähnlich geeigneten Begriffen wie „Prüfungsausgestaltung“ auch vorzugswürdig.

79 Oben, Fn. 53.

80 S. oben, Nr. II.

81 *Jeremias*, oben Fn. 44.

82 S. oben, Fn. 48, 51.

## b) Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

Trotz einer verbreiteten definitorischen Zuordnung der Beaufsichtigung zum Begriff der Klausur<sup>83</sup> erscheint die synonyme Setzung der Begriffe Aufsichtsarbeit und Klausur fragwürdig. Ein Blick auf die etymologische Entwicklung des Begriffs „Klausur“ zeigt zunächst, wie weit sich dessen Bedeutung zumindest für Prüfungen<sup>84</sup> von seinem Ursprung entfernt hat. Der ursprünglich essenzielle Teil des Begriffs, die Ableitung aus den lateinischen Wörtern „claudere“ (dt. schließen) und „clausura“ (dt. Verschluss), verdeutlicht die Abgeschlossenheit und Unzugänglichkeit des Klausurgegenstands als das primäre namensgebende Element.

Zudem hat sich gezeigt, dass die strukturelle Erfassung des Prüfungssystems durch die Online-Prüfungen eine Erweiterung erfahren hat. Diese bewirkt, dass andere Abgrenzungskategorien an Bedeutung gewinnen und zunehmend prägend werden. Für die hier relevante Betrachtungsgruppe der schriftlichen Prüfungen mit Ausnahme der Hausarbeit scheint es nunmehr tendenziell auf die Unterscheidung der Prüfung mit und ohne zugelassene Hilfsmittel als auf die Aufsicht anzukommen.

Schließlich spricht auch die gedankliche Gegenprobe eher gegen eine Gleichsetzung der Begriffe. Denn sollte es im Einzelfall vorkommen, dass eine eingeplante Beaufsichtigung – sei es durch Krankheit des Personals oder durch Ausfall der Proctoringsysteme – ganz oder vorübergehend nicht eingesetzt werden kann, so wird es dennoch fernliegend sein, die durchgeführte Prüfung deshalb nicht als Klausur anzusehen oder sogar gerichtlich mit der Begründung einer fehlerhaft durchgeführten Prüfung zu argumentieren.

Wegen der traditionell üblichen Ausübungsform ist eine synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ deshalb eine geeignete begriffliche Annäherung, sollte in rechtsverbindlichen Texten jedoch insbesondere dann nicht verwendet werden, wenn es gerade um die rechtliche Bewertung von Details dieses Prüfungstyps geht.

## c) Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

Die durch die Corona-Situation verstärkt verwendeten IT-basiert durchgeführten Prüfungsformen werden in verschiedener begrifflicher Ausgestaltung verwendet, etwa als „Fernprüfung“, „digitale Prüfung“ oder „Online-Prüfung“. Hierzu soll im Folgenden begrifflich Stellung genommen werden.

Die „Fernprüfung“<sup>85</sup> ist für sich genommen kein genau abgegrenztes Phänomen, sondern kann in vielen verschiedenen Gestaltungen auftreten. Insoweit unterliegt der Begriff auch nach dem Willen seiner Schöpfer noch einem Konkretisierungs- bzw. Konsolidierungsprozess. Dennoch scheint die gedankliche Nähe zum „Fernunterricht“ nach dem FernUSG nicht optimal, um begrifflichen Missverständnissen vorzubeugen. Zwar verwendet das FernUSG selbst den Begriff der „Fernprüfung“ nicht. Es erscheint jedoch durchaus naheliegend, die „Überwachung des Lernerfolgs“ nach absolviertem Fernunterricht im Sinne von § 2 Abs. 1 FernUSG als Fernprüfung zu begreifen. Um dieser Verknüpfung, die keine inhaltliche Entsprechung hätte, zu vermeiden, soll deshalb von der Verwendung des Begriffs „Fernprüfung“ abgeraten werden.

Auch die Verwendung des Begriffs „digitale Prüfung“ scheint den Kern des zu erfassenden Sachverhalts nicht vollständig zu erfassen. „Digital“ bedeutet die Abbildung von Informationen als Zahlenkombinationen.<sup>86</sup> Dies erfasst zwar den Prozess der Informationsübertragung nach beiden Seiten, der sowohl für das Verfahren als auch für die Bewertung der Prüfung wesentlich ist. Den Charakter der neuen Prüfungsarten gerade als Substitut für die nicht mehr durchführbaren Prüfungsarten erfasst diese Bedeutung jedoch in weiten Teilen nicht, etwa die Dimensionen An- oder Abwesenheit oder A/Synchronizität in zeitlicher Hinsicht. Der Begriff „digitale Prüfung“ scheint damit für die Zwecke der vollständigen Einordnung der neuen Prüfungsarten etwas zu kurz zu greifen.

83 So Fischer/ Dieterich, oben Fn. 1, in Abgrenzung zur keine Aufsicht erfordernden Hausarbeit.

84 Die Redewendung „in Klausur gehen“ ist dagegen in anderen Kontexten noch verbreitet, beispielsweise mit Blick auf die all-

jährlichen Klausursitzungen der politischen Parteien.

85 S. BayFEV, oben Fn. 75.

86 Duden | digital | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Bisweilen wird auch das Kürzel „e“ vor der Benennung der einzelnen Prüfungsart verwendet, z. B. als „e-Klausur“. Das Kürzel verweist hierbei auf „electronic“ oder „elektronisch“. Wegen der begrifflichen und gedanklichen Nähe zur elektronischen Form wird auch hier empfohlen, in rechtsverbindlichen Dokumenten darauf zu verzichten.

Auch der Begriff „IT-basiert“ scheint den Wesensgehalt des zu Erfassenden nur unzureichend abzubilden. Denn IT-basiert als „auf Informationstechnologie beruhend“ erfasst auch etablierte Prüfungsarten aus der analogen Welt, beispielsweise die Hausarbeit oder den Essay, die mittlerweile in den allermeisten Fällen auf dem Computer und damit IT-basiert verfasst werden dürften.

Der Erfassung der vielfältigen neuen Gestaltungsformen von Prüfungen am nächsten zu kommen scheint der Begriff „Online-Prüfung“. „Online“ meint hier die aktive Verbindung des die Prüfungsleistung hauptsächlich übertragenden Geräts der Informationstechnologie,<sup>87</sup> etwa von Computer oder Kamera also, zur Informationsverarbeitungsanlage. Dieser Begriff inhäriert bereits die digitale Informationsumwandlung und –übertragung, geht aber bezüglich der Interaktion zwischen prüfender und zu prüfender Person entscheidend darüber hinaus. Dass in Einzelfällen zur Minimierung von Täuschungsrisiken Prüfungen ganz oder teilweise offline, z. B. im Flugmodus, zu absolvieren sind, schadet der begrifflichen Passgenauigkeit von „Online“ nicht, weil der Begriff die Anwendungsfälle dennoch alle abstrakt korrekt erfasst.

Im Ergebnis wird deshalb empfohlen, für die infolge der Corona-Situation aufgekommenen Prüfungstypen bzw. -arten die Bezeichnung „Online-Prüfungen“ zu verwenden.

#### IV. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Es bestehen gute Gründe dafür, die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Bewältigung der Corona-Situation, insbesondere zur Erfassung von Online-Lehre und Online-Prüfungen, in Anwendung der Vorgaben des BVerfG zumindest auch, möglicherweise ausschließlich, am Maßstab von EU-Grundrechten prüfen zu müssen. (oben, II. 2). Dies gilt besonders, wenn die daten-

schutzrechtliche Legitimation der Datenverarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgt (s. oben, II. 3). Den Hochschulen wird deshalb empfohlen, den Maßstab der EU-Grundrechte zu berücksichtigen.

2. Für den Fall, dass eine Anwendbarkeit nationaler Grundrechte neben den EU-Grundrechten angenommen wird, so ist zu beachten, dass die relevanten Grundrechte unterschiedliche Schutzgehalte, Strukturen und Intensitäten aufweisen: Im Rahmen des prüfungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit steht einer traditionell anerkannten und detailliert ausgestalteten deutschen Grundrechtsverbürgung aus Art. 3 Abs. 1 GG eine bestenfalls rudimentär vorhandene EU-rechtliche Grundrechtserfassung gegenüber (s. oben, II. 4 a.). Umgekehrt ist das EU-Grundrecht auf Achtung der Wohnung in Art. 7 GrCh europarechtlich solide entwickelt und strukturell leicht zu erfassen, während die Anwendbarkeit des deutschen Pendantes aus Art. 13 GG infolge fortschreitender Grundrechtskonkurrenzen zunehmend erodiert und zudem strukturell die hiesige Problematik bestenfalls am Rande erfasst (s. oben, II. 4 b.).

3. Die neuartigen Gestaltungen schriftlicher Online-Prüfungen in den Formen der open book Prüfung und der take home Prüfung weisen eigenständige, faktische und rechtliche Charaktermerkmale auf, die sowohl eine Zubilligung als eigenständige Prüfungsarten als auch das Erfordernis einer Erfassung in eigenständigen Rechtsgrundlagen in der Prüfungsordnung rechtfertigen. Die Identifizierung dieser Prüfungsgestaltungen als eigener Prüfungstypus im Sinne einer rechtstheoretisch-rechtsmethodischen Einordnung scheint dagegen vorerst nicht angezeigt (s. oben, III. 2 d aa.)

4. Ebenso sind Online absolvierte, mündliche Prüfungen wegen Art und Intensität ihrer Besonderheit sowohl als eigene Prüfungsart als auch als Gegenstand eigener Regelung in der Prüfungsordnung zu betrachten. Zudem sprechen gute Gründe für ihre Erfassung als eigenständiger Prüfungstypus, vor allem wegen der starken Implikationen des Gebots der Chancengleichheit bei technischen Störungen sowie der erheblichen Erweiterung der grundrechtlichen Relevanz im Datenschutzrecht und im Recht des räumlichen Schutzes der Privatheit. Die weitere Entwicklung wird zeigen, inwieweit sich diese Annahme verifiziert (s. oben, III. 2 d bb.).

5. Statt des Begriffs „Prüfungsform“ wird der Begriff des „Prüfungstyps“ als Oberbegriff für die Erfassung

87 Duden | Online | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

hinreichend gleichartiger Prüfungsformen vorgeschlagen, da die Verwendung von „Form“ im Recht üblicherweise eher einzelne Verfahrenselemente als Gesamtphänomene beschreibt und dieser Begriff der methodischen Herangehensweise der Typenbildung auch näher ist (s. oben, III. 3 a.).

6. Die verbreitete synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ ist als semantische Annäherung gut geeignet, vor allem in methodischen Kontexten jedoch aus etymologischen, aktuellen strukturellen und auch praktischen Erwägungen heraus ungenau (s. oben, III. 3 b.).

7. Für die Bezeichnung von auf der Grundlage von IT-Systemen durchgeführten Prüfungen erscheint der Terminus der „Online-Prüfung“ gegenüber ebenfalls verwendeten Begriffen wie „Fernprüfung“, „digitale Prü-

fung“ oder „e-Prüfung“ vorzugswürdig, weil er die Besonderheiten gerade dieser Kommunikationsstruktur am besten erfasst (s. oben, III. 3 c.).

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar der Ernst-Abbe-Hochschule sowie Referent und Fachautor im Hochschulstudien- bzw. -prüfungsrecht. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wider.



Johannes M. Deutsch  
*Forschung und Lehre am Küchentisch?*  
*Homeoffice und mobiles Arbeiten in Hochschulen*  
*und Forschungseinrichtungen*

Obwohl Homeoffice und mobiles Arbeiten bereits seit einigen Jahren feste Begriffe in der Arbeitswelt sind, erlebt die Thematik neuerdings eine regelrechte Renaissance. Angefangen mit dem Referentenentwurf des BMAS von Oktober 2020<sup>1</sup> und dem Versuch einen allgemeinen Rechtsanspruch zu normieren, bis hin zur jüngsten Corona-ArbSchV, die den Arbeitgeber\* verpflichtet, seinen Beschäftigten anzubieten auch von zu Hause aus zu arbeiten. Die Lager der Befürworter und Kritiker indes scheinen gespaltener denn je zu sein.<sup>2</sup> In den vergangenen Monaten dürfte zumindest statistisch gesehen ein Drittel aller Beschäftigten eigene Erfahrungen mit und im Homeoffice gemacht haben.<sup>3</sup> Als gelegentlich im Homeoffice Beschäftigter ist der Autor auch Teil dieser Statistik. Mannigfaltig wurde in den vergangenen Monaten in der Literatur über Homeoffice und mobiles Arbeiten geschrieben. Wie die Verbreitung hinreichend verdeutlicht, lohnt sich ein Blick, was Homeoffice oder mobile Arbeit ist, welche Erscheinungsformen etabliert sind und in welchen Fällen ein Anspruch oder sogar eine Pflicht zum Homeoffice besteht. Um die Besonderheiten von Forschung und Lehre zu berücksichtigen soll der nachfolgende Aufsatz daher die Einführung von Homeoffice oder mobiler Arbeit in Hochschulen und Forschungseinrichtungen in den Blick nehmen.

## I. Mobile Arbeitsformen

*Telearbeit* ist die einzige Form häuslicher Arbeit die in § 2 Abs. 7 ArbStättV legal definiert ist. Telearbeit ist dem-

gemäß ein vom Arbeitgeber fest eingerichteter Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich der Beschäftigten, über eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und Dauer. Dabei liegt ein Telearbeitsplatz nach Satz 2 nur dann vor, wenn er arbeitsvertraglich oder durch Vereinbarung festgelegt wurde und die Ausstattung mit Mobiliar, Arbeitsmitteln und Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber bereitgestellt und installiert wird. Daher liegt ein Telearbeitsplatz schon nicht mehr vor, wenn der Arbeitstisch dem Arbeitnehmer gehört.<sup>4</sup>

In der Praxis haben sich daher vielfältige Abweichungen von der Telearbeit etabliert.

Arbeitet der Beschäftigte an mindestens zwei Arbeitsstätten im Wechsel, davon eine in seinem privaten häuslichen Umfeld, liegt *alternierende Telearbeit* vor.<sup>5</sup> *Informelle Telearbeit* liegt darüber hinaus vor, wenn der Beschäftigte flexibel zwischen den Arbeitsstätten wählen kann.<sup>6</sup> Liegt die Arbeitsstätte weder im Betrieb noch im häuslichen Umfeld, wird von *mobiler Arbeit* gesprochen.<sup>7</sup> De lege ferenda sollte nach dem Referentenentwurf des BMAS<sup>8</sup> mobile Arbeit gemäß § 111 Abs. 1 S. 2 GewO vorliegen, wenn Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung regelmäßig unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte entweder von einem Ort oder von Orten ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder Orten erbringen.<sup>9</sup>

Allen Formen von Homeoffice und mobiler Arbeit liegt jedenfalls eine Tätigkeit außerhalb der Betriebsstät-

1 BMAS, Mobile Arbeit stärken. Gesetzesinitiative für eine gesetzliche Regelung mobiler Arbeit <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/mobile-arbeit.html>, zuletzt abgerufen am 2.12.2020.

\* Zur besseren Leserlichkeit wird hier und im folgenden nur eine generische Form verwendet. Die gesamte Vielfalt in der Arbeitswelt soll sich nichtsdestotrotz stets angesprochen fühlen.

2 So z.B. *Creutzburg*, „Wenn Homeoffice Bedrohung wird“, FAZ vom 25.11.2020, S. 18.

3 Für Stadtreionen in Baden-Württemberg, Ministerium für Verkehr Baden-Württemberg, Studie zu Corona zeigt: Kurzarbeit und Homeoffice verändern Mobilität, <https://vm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/studie-zu-corona-zeigt-kurzarbeit-und-homeoffice-veraendern-mobilitaet/>, 23.8.2020, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

4 Vgl. *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 15 Rn. 3 f.

5 Vgl. *Hahn*, öAT 2018, 202, 203.

6 *Ebd.*, öAT 2018, 202, 203.

7 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 15 Rn. 4.

8 Der Entwurf des BMAS von Oktober 2020 ist dem Autor freundlicherweise zur Verfügung gestellt worden.

9 Hinsichtlich eines neueren Referentenentwurfs im Dezember 2020 änderte sich wohl, dass die Arbeitsleistung *regelmäßig* anderen Ortes erbracht werden soll; vgl. *Deutzmann, Teigelkötter*, Mobile Arbeit – Referentenentwurf des BMAS für ein Gesetz zur mobilen Arbeit, 1.12.2020, <https://www.mwe.com/de/insights/mobile-arbeit-referentenentwurf-des-bmas-fuer-ein-gesetz-zur-mobilen-arbeit/>, zuletzt abgerufen am 8.12.2020.

te durch (internetgestützte) Informationstechnologie und entsprechende Endgeräte zugrunde. Homeoffice und mobile Arbeit sind weiterhin, nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis, Sammelbegriffe in Abgrenzung zur reinen Präsenzarbeit im Betrieb.

## II. Anspruch des Beschäftigten

### 1. Gesetzliche Regelungen

#### a. Grundsatz

Mangels gesetzlicher Grundlage besteht kein *allgemeiner* Anspruch des Beschäftigten auf Homeoffice oder mobile Arbeit. Anders nach dem Referentenentwurf des BMAS vom Oktober 2020, der gemäß § 111 Abs. 2 S. 1 GewO einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf mobile Arbeit von bis zu 24 Tagen im Jahr vorsah. Ein neuerer Referentenentwurf sieht dagegen nur noch einen Erörterungs- und Begründungsanspruch vor.<sup>10</sup>

#### b. Anspruch nach der Corona-ArbSchV

Im Rahmen der Bewältigungsstrategie der SARS-CoV-2-Pandemie wurde seit den verschärften Maßnahmen ab November 2020 auch immer die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Homeoffice empfohlen.<sup>11</sup> Das BMAS hat am 21.01.2021 aufgrund von § 18 Abs. 3 ArbSchG, § 5 Abs. 1 IfSG eine bis zum 15.3.2021 befristete Corona-ArbSchV erlassen. Neuerdings wurde die Verordnung um Maßnahmen ergänzt und bis zum 30.4.2021 verlängert.<sup>12</sup> Bußgeldbewehrte Verstöße gegen die Verordnung werden wohl empfindlich geahndet.<sup>13</sup>

Nach § 2 Abs. 4 HS 1 Corona-ArbSchV ist der Arbeitgeber verpflichtet seinen Beschäftigten *anzubieten*, in deren Wohnung zu arbeiten, wenn diese Büroarbeiten oder vergleichbare Tätigkeiten ausüben. Davon ausgenommen sind „*entgegenstehende betriebsbedingte Gründe*“, § 2 Abs. 4 HS 2 Corona-ArbSchV. Weder der Verordnungstext noch dessen Begründung definiert welche Tätigkeiten der Verordnungsgeber damit bedacht hat. Das BMAS stellt auf seiner Homepage im Rahmen eines FAQ klar, dass Büroarbeit und vergleich-

bare Tätigkeiten „*in der Regel [...] unter Verwendung von Informationstechnologien von zu Hause aus erledigt werden können*“<sup>14</sup>. Hinsichtlich entgegenstehender betriebsbedingter Gründe stellt das BMAS zudem weiterhin fest, welche Tätigkeiten regelmäßig nicht im Homeoffice durchgeführt werden können. Insbesondere dann nicht, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Beispielhaft werden die Entgegennahme, Bearbeitung und Verteilung von Post genannt. Daneben seien organisatorische oder technische Hindernisse, wie fehlende technische Ausstattung allenfalls ein vorübergehender und kein dauerhafter betriebsbedingter Grund.

Die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen kann daher nicht allgemein beantwortet werden. Vielmehr sind die jeweiligen Umstände abzuwägen. Sollte es zur Aufrechterhaltung des Forschungsbetriebs erforderlich sein, dass das Forschungsteam physisch zusammenkommt, lässt sich über einen betriebsbedingten Hinderungsgrund nachdenken. Auch teure oder einmalige Arbeitsmittel können einem Homeoffice-Angebot entgegenstehen. Dies gilt erst-recht, wenn durch die Überlassung des Arbeitsmittels an ein Teammitglied andere Teammitglieder ihrer Forschungstätigkeit nicht nachgehen können und daher der Betrieb gestört wird. Auch nennt das BMAS den Daten- und Betriebsgeheimnisschutz als entgegenstehenden Grund. Dies kann insbesondere in Bereichen von Grundlagenforschungen oder Forschungsgebieten mit erhöhter Vertraulichkeit einer Beschäftigung im Homeoffice entgegenstehen.

Als grundsätzlicher Maßstab für entgegenstehende Interessen wird hier vorgeschlagen, sich an normierten Maßstäben für Forschung und Lehre zu orientieren. Der Bundesgesetzgeber hat die Besonderheiten von Forschung und Lehre bei Abweichungen von der Arbeitszeit im Blick gehabt, § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG. Damit soll den Belangen der Forschung unter Abwägung des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten Rechnung getragen werden.<sup>15</sup> Zwar müssen dabei die besonderen Belange

10 Vgl. Deutzmann, Teigelkötter, Mobile Arbeit – Referentenentwurf des BMAS für ein Gesetz zur mobilen Arbeit, 1.12.2020, <https://www.mwe.com/de/insights/mobile-arbeit-referentenentwurf-des-bmas-fuer-ein-gesetz-zur-mobilen-arbeit/>, zuletzt abgerufen am 8.12.2020

11 Zu den Corona-Beschlüssen vom 20.1.2021, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-reaktionen-beschluesse-bund-laender-100.html>, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

12 BMAS, Corona-Arbeitsschutzverordnung, 10.3.2021, <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>, zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

13 Creutzburg, Löhr, Corona und Homeoffice. So teuer kann Bürozwang werden, 19.1.2021, FAZ.net, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/neue-corona-regeln-so-teuer-kann-der-homeoffice-zwang-werden-17154410.html>, zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

14 BMAS, Neue Corona-Arbeitsschutzverordnung, <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>, 25.1.2021, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

15 § 14 Abs. 2 a.F.: BT-Drs. 12/5888, S. 9, 31; § 14 Abs. 2 n.F.: BT-Drs. 12/6990, S. 17, 44.

von Forschung und Lehre überwiegen, jedoch sind die Anforderungen hieran gering.<sup>16</sup> Besondere Belange liegen zum Beispiel vor, wenn eine längerdauernde Versuchsreihe durchgeführt wird, ein Experiment nur unter bestimmten Bedingungen zu einer Zeit durchgeführt werden kann oder ein erhöhter Arbeitsaufwand entsteht, der nur von bestimmten qualifizierten Beschäftigten bewältigt werden kann.<sup>17</sup> Zusammenfassend überwiegen dienstliche Belange dann, wenn aufgrund der individuellen Fähigkeiten des Beschäftigten und den äußeren Umständen der Forschungs- oder Lehrtätigkeit eine Beschäftigung im häuslichen Umfeld außer Betracht bleiben muss.

### c. Anspruch nach den Gleichstellungsgesetzen

Öffentliche Arbeitgeber betreffend wird in der Literatur häufig auch von Ansprüchen auf Homeoffice oder mobiler Arbeit nach den Gleichstellungsgesetzen gesprochen. Die Gemengelage unterschiedlicher Regelungen oder Nichtregelungen in den einzelnen Bundesländern verbietet jedoch eine einheitliche Betrachtung.

Zielsetzung der Gleichstellungsgesetze ist zunächst die Gleichstellung der Geschlechter und die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf zu gewährleisten.<sup>18</sup> Zur Zielerreichung werden unterschiedliche Maßnahmen vorgeschlagen. Allen gemeinsam ist mindestens das Angebot von *Rahmenbedingungen*, die Frauen und Männern die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Berufstätigkeit erleichtern, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen. Das kann im Einzelnen die Gewährung von *Telearbeitsplätzen* oder jedenfalls eine Beschäftigung im häuslichen Umfeld bedeuten.

Zunächst müssten Hochschulen und Forschungseinrichtungen in die Geltungsbereiche der jeweiligen Gleichstellungsgesetze fallen. Die Gleichstellungsgesetze unterscheiden sich hier teilweise erheblich. Teilweise umfassen die Gleichstellungsgesetze alle öffentlichen Stellen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, wo-

runter auch (landes-)staatliche Hochschulen und öffentliche Forschungseinrichtungen fallen können.<sup>19</sup> Zum Teil werden Hochschulen und Universitätsklinika auch ausdrücklich eingebunden.<sup>20</sup> Andere Länder schließen hingegen Hochschulen und Universitätsklinika grundsätzlich in den Geltungsbereich ihrer allgemeinen Gleichstellungsgesetze ein, weisen aber auch auf gegebenenfalls bestehende speziellere Regelungen in anderen Gesetzen hin. In Baden-Württemberg sind beispielsweise nach § 3 I 2 Nr. 3 ChancenG BW Hochschulen umfasst, soweit im Landeshochschulgesetz keine abweichenden Regelungen getroffen werden. Allerdings werden außeruniversitäre Forschungseinrichtungen<sup>21</sup> gemäß § 3 I 2 Nr. 2 ChancenG BW ausdrücklich ausgenommen.<sup>22</sup> Mangels eigener Regelungen zur *Telearbeit* in den entsprechenden Landeshochschulgesetzen bleibt es daher bei den allgemeinen Gleichstellungsgesetzen.<sup>23</sup>

Auch die einzelnen Maßnahmen unterscheiden sich in Art und Umfang teilweise erheblich. Hinsichtlich der Art wird in den einzelnen Gesetzen überwiegend von *Telearbeit*, wohl i.S.v. § 2 Abs. 7 ArbStättV, gesprochen.

Einige Länder sehen häusliche und mobile Arbeitsplätze indes nicht als Maßnahme vor und beschränken sich zum Beispiel auf die Förderung von Teilzeitarbeitsplätzen.<sup>24</sup> In anderen Ländern sollen im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten *Telearbeitsplätze* angeboten werden.<sup>25</sup> Mehrheitlich wird dann über die Gewährung von *Telearbeitsplätzen* anhand familiärer Gründe der Beschäftigten und den dienstlichen Möglichkeiten als familiengerechte Arbeitsplätze entschieden.<sup>26</sup> In Mecklenburg-Vorpommern soll Beschäftigten mit Familien- oder Pflegeaufgaben auf Antrag die Möglichkeit von *Telearbeit* bis zur Hälfte ihrer regelmäßigen Arbeitszeit eingeräumt werden, soweit dienstliche Interessen nicht entgegenstehen, § 13 S. 1 GIG M-V. Abweichend von § 2 Abs. 7 ArbStättV begründet dies allerdings keinen Anspruch des Beschäftigten auf Bereitstellung der not-

16 Baeck, Deutsch, Winzer, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG, Rn. 31 f.

17 Ebd., § 14 ArbZG, Rn. 32.

18 Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 LGG NRW.

19 Vgl. Bayern: § 1 Abs. 1 BayGlG, Berlin: § 1 LGG, Brandenburg: § 2 Abs. 1 LGG, Saarland: § 2 LGG.

20 Vgl. Hessen: § 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 HGIG, NRW: § 2 Abs. 1 Nr. 3 LGG, Sachsen: § 3 Abs. 3 S. 1 SächsFFG.

21 Davon umfasst sind jedenfalls die Fraunhofer-Gesellschaft, die Helmholtz-Gemeinschaft, die Leibniz-Gemeinschaft und die Max-Planck-Gesellschaft, vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Organisationen und Einrichtungen in Forschung und Wissenschaft, 2018, S. 9 abrufbar unter [https://www.bmbf.de/upload\\_filestore/pub/BuFi\\_2018\\_Organisationenband.pdf](https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/BuFi_2018_Organisationenband.pdf), zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

22 So auch Thüringen: § 1 aE ThürGleichG, Mecklenburg-Vorpommern: § 2 Abs. 1 Nr. 6 GIG M-V. Ähnlich in Niedersachsen:

§ 2 Abs. 2 S. 1 NGG; dort findet das NGG nur Anwendung, wenn die Vorschriften nicht der Eigenart der Einrichtung entgegenstehen. In Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 2 LGG, wird die Geltung auf nicht wissenschaftliches Personal in den Universitätsklinika beschränkt.

23 Ausnahme: Rheinland-Pfalz, § 4 Abs. 3 S. 5 HS 2, 43 Abs. 4 HochSchG.

24 Bremen: § 8 Abs. 1 LGG, Sachsen: § 10, 11 SächsFFG, Sachsen-Anhalt: § 8 FrFG.

25 Baden-Württemberg: § 30 Abs. 2, 3 ChancenG, Saarland: § 17 Abs. 1, 6 LGG, § 16 Abs. 1 S. 2 BGleiG.

26 Hamburg: § 12 S. 2 HmbGleiG, Thüringen: § 10 Abs. 1 S. 3 ThürGleiG, mit dem Hinweis darauf, dass die Möglichkeiten der Telearbeit verstärkt zu nutzen ist; NRW: § 13 LGG, Niedersachsen: § 4 NGG.



wendigen Technologie, § 13 S. 2 GlG M-V. Im Einzelfall können die Voraussetzungen zur Teilnahme dienststellenintern weitergehend geregelt werden, § 13 S. 3 GlG M-V. In Rheinland-Pfalz erfolgt dagegen zum Beispiel nur der Hinweis, dass die Gewährung von Telearbeit nicht zu beruflichen Nachteilen führen darf.<sup>27</sup>

Einen allgemeinen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit kann man den einzelnen Gleichstellungsgesetzen hingegen wohl nicht entnehmen. Das BVerwG entschied zur Rechtslage nach dem Bundesgleichstellungsgesetz, dessen Regelungszweck im § 16 Abs. 1 S. 2 BGleIG n.F.<sup>28</sup> zumindest mit denen der meisten entsprechenden Landesregelungen verglichen werden kann, dass kein allgemeiner Anspruch des einzelnen Beschäftigten auf Telearbeit besteht.<sup>29</sup> Das BVerwG arbeitete aus der Norm eine 2-Stufen-Systematik heraus. Auf der ersten Stufe wird der öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, Angebote zu schaffen, um dem Vereinbarkeitsziel nachzukommen.<sup>30</sup> Hieraus kann der einzelne Beschäftigte keinen Anspruch ableiten. Vielmehr liegt darin eine objektivrechtliche Pflicht der Dienststelle.<sup>31</sup> Maßstab ist die Schaffung arbeits erleichternder Rahmenbedingungen. Solche müssen dem Wortlaut des § 15 BGleIG nur dann nicht geschaffen werden, wenn *zwingende dienstliche Gründe* entgegenstehen. Der strenge Wortlaut erlaubt daher nur Ausnahmen, wenn nach Schwere und Wahrscheinlichkeit von Nachteilen für den Dienstbetrieb Maßnahmen unerlässlich erscheinen.<sup>32</sup>

Auf der zweiten Stufe hat der öffentliche Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 BGleIG „im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten“ Telearbeitsplätze auf Antrag des Beschäftigten anzubieten. Im Gegensatz zu den Rahmenbedingungen muss eine Versagung nicht von *zwingenden* dienstlichen Gründen getragen werden. Ob und in welchem Umfang Telearbeit eingeführt wird, liegt daher letztlich im pflichtgemäßen Ermessen der Dienststellen.<sup>33</sup> Zwar deutet das Antragsersfordernis des § 16 Abs. 1 S. 1 BGleIG auf ein subjektives Recht hin, die

Vorschrift soll aber nur klarstellen, dass Telearbeitsplätze nicht gegen den Willen des Beschäftigten, sondern nur auf sein Verlangen hin geschaffen werden können.<sup>34</sup> Wird eine Dienstvereinbarung geschlossen, die *grundsätzlich* für bestimmte Beschäftigtengruppen die Teilnahme an häuslichen oder mobilen Arbeitsplätzen ausschließt, ist dies zulässig, wenn diese Arbeitsplätze für diese Arbeitsformen ungeeignet sind.<sup>35</sup> Die Entscheidung muss nur ermessensfehlerfrei sein und plausibel begründet werden.<sup>36</sup>

Entgegenstehende dienstliche Belange sind in Forschungseinrichtungen und Hochschulen jedenfalls auch das Interesse an vollständigen Forschungsteams, insbesondere wenn die einzelnen Mitglieder hochspezialisiert sind und wenn nur dadurch ein Forschungsbetrieb aufrechterhalten werden kann. Weitere Beispiele für wissenschaftsspezifische dienstliche Interessen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die einer Telearbeit ganz oder teilweise entgegenstehen, sind etwa ortsgebundene Arbeitsmittel oder ortsgebundene Lehrtätigkeiten im Rahmen von aktuellen Präsenzveranstaltungen, wie Präparierkursen oder fachpraktischen Veranstaltungen in bestimmten Fachbereichen.<sup>37</sup>

Im Übrigen finden auch hier die Überlegungen zur Corona-ArbschVO Anwendung. (s.o. II 1 b.)

d. Anspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer und diesen Gleichgestellten

Schwerbehinderte Arbeitnehmer und diesen Gleichgestellte haben gemäß § 164 Abs. 4 S. 1 SGB IX einen Anspruch auf behindertengerechte Beschäftigung. Das kann auch die Beschäftigung im Homeoffice einschließen, wenn es dem Arbeitnehmer infolge der Behinderung nicht möglich ist, in den Betrieb zu kommen. Dem kann ein Arbeitgeber nur entgegenhalten, dass die beanspruchten Maßnahmen unzumutbar sind, unverhältnismäßige Aufwendungen zur Folge hätten oder staatliche beziehungsweise berufsgenossenschaftliche Vorschriften diese verhindern.<sup>38</sup>

27 So im Übrigen fast alle Gleichstellungsgesetze auch ausdrücklich.

28 Der Entscheidung liegt der wortgleiche § 13 BGleIG a.F. zugrunde.

29 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, juris.

30 Ebd., Rn. 17 f., juris.

31 Ebd., Rn. 18, juris.

32 Ebd., Rn. 19, juris.

33 Begründung zum RegE, BT-Drs. 14/5679, S. 25 zu § 13 a.F. BGleIG.

34 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 23, mwN, juris.

35 Ebd., Rn. 26, juris; VGH Bayern 9.2.2012 – 6 B 11/417, Rn. 19 ff., BeckRS 2012, 58615, beck-online.

36 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 27, juris.

37 Die Regelungsidee betreffend zum Beispiel auch § 2 Abs. 1 S. 2 CoronaVO Studienbetrieb Baden-Württemberg in der Fassung vom 8.3.2021.

38 Im Einzelnen Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 64 ff. mwN.

## 2. Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis

### a. Rücksichtnahmepflicht

In bestimmten Konstellationen kann sich ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben, nach dem jede Partei des Arbeitsverhältnisses dazu angehalten ist Rücksicht auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter der anderen Partei zu nehmen.<sup>39</sup>

Für einen solchen Anspruch müssen zwei Voraussetzungen vorliegen. Zunächst muss der Arbeitnehmer, die durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO konkret bestimmte Arbeitsleistung *nur* im Homeoffice erbringen können. Es muss also ein *unüberwindbares Hindernis* für die Leistung im Betrieb vorliegen.<sup>40</sup> Ein solches Leistungshindernis kann bestehen, wenn Arbeitnehmer ihre Kinder aufgrund pandemiebedingter Schließung ihrer KiTa betreuen oder nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG in häuslicher Quarantäne verbleiben müssen.<sup>41</sup>

Zum anderen muss der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Beschäftigung im Homeoffice verlangen, das Hindernis mitteilen und einen Lösungsvorschlag für die Ausgestaltung des Homeoffice machen.<sup>42</sup>

### b. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Gruppen von Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage müssen bei Anwendung einer eigenen abstrakten Regel des Arbeitgebers gleichbehandelt werden, daher kann ein Arbeitnehmer bei willkürlicher Ungleichbehandlung auch einen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit haben. Voraussetzung ist, dass eine selbst gewählte abstrakt-generelle Regelung des Arbeitgebers vorliegt, die vergleichbare Arbeitnehmer von einem Anspruch auf Homeoffice sachlich ungerechtfertigt ausschließt.<sup>43</sup> Werden innerhalb einer Laborgemeinschaft Arbeitnehmern aufgrund familiärer Verpflichtungen in der Pandemiezeit die Arbeit vom häuslichen Arbeitsplatz gewährt, den Single-Arbeitnehmern Homeoffice zur Aufrechterhaltung des Betriebs hingegen verwehrt, liegt zur Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund vor.

### c. Betriebliche Übung

Hat der Arbeitgeber durch gleiches und wiederholtes Verhalten hinsichtlich Homeoffice oder mobiler Arbeit

gezeigt, dass er auch in Zukunft daran gebunden sein will, kann auch aufgrund betrieblicher Übung ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit bestehen.<sup>44</sup> Räumt beispielsweise eine Professorin ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern stets und über Jahre hinweg ein, ihren Tätigkeiten auch in der allgemeinen Universitätsbibliothek oder von zuhause aus nachzugehen, kann sie diese Übung nicht grundlos aufgeben, indem sie verlangt, dass nur noch im Institut gearbeitet werden darf.

## III. Einführung kraft Weisungsrechts des Arbeitgebers

### 1. Erweitertes Weisungsrecht

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Verrichtung von Arbeitsleistungen nach einseitiger näherer Bestimmung des Arbeitgebers hinsichtlich des Ortes, der Dauer und des Inhalts, § 106 S. 1 GewO. Damit könnte man meinen, dass der Arbeitgeber seinen Beschäftigten auch anweisen kann von zuhause aus zu arbeiten. Durch das Weisungsrecht kann der Arbeitgeber aber nicht über die grundrechtlich geschützte Wohnung des Arbeitnehmers verfügen, Art. 13 GG.<sup>45</sup> Homeoffice kann daher grundsätzlich nicht durch einseitige Weisung angeordnet werden.<sup>46</sup>

Krisenfälle können allerdings zu einer Erweiterung des Weisungsrechts führen. Aus dem arbeitsvertraglichen Gebot zur Rücksichtnahme aus den §§ 241 Abs. 2, 242 Abs. 1 BGB ergibt sich die Zustimmungspflicht des Arbeitnehmers zur vorübergehenden Leistung auch vertragsfremder Tätigkeiten, um gravierende Schäden abzuwenden.<sup>47</sup> Solche Krisenfälle, zu denen auch eine Pandemie zu zählen ist, können daher auch dazu führen, dass das Weisungsrecht *vorübergehend* auf das häusliche Umfeld des Arbeitnehmers erweitert wird.<sup>48</sup> Das gilt erst recht dann, wenn nur im Homeoffice die Möglichkeit zur Leistungserbringung des Arbeitnehmers besteht.<sup>49</sup> Im Falle einer Pandemie begründet die Gefahr der Infektion anderer Arbeitnehmer die Pflicht von Arbeitnehmern, mit typischen Krankheitssymptomen oder solchen, die aus einem Risikogebiet zurückkehren, von zuhause aus zu arbeiten.<sup>50</sup> Insbesondere ist

39 Oberthür, MDR 2015, 1269.

40 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 98.

41 Fischinger, Hengstberger, JA 2020, 561, 564.

42 Vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 101.

43 Kamanabrou, AR, 9. Aufl., 2019, § 611a BGB Rn 184 f.

44 Im Einzelnen Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis,

2. Aufl., 2020, Rn. 113 ff.

45 Vgl. Rieble, Picker, ZfA 2013, 383, 396.

46 Krieger, Rudnik, Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 474 f.

47 Fischinger, Hengstberger, JA 2020, 561 f.

48 Vgl. BAG 19.5.2010 – 5 AZR 162/09, Rn. 27 f., juris.

49 Vgl. Oberthür, MDR 2015, 1269 mwN.

50 Günther, Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186, 187.

hierbei auch an eine dienstlich veranlasste Forschungsreise oder eine Lehrtätigkeit in Risikogebieten im Ausland zu denken.

## 2. Weisungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

Eine Schranke findet das Weisungsrecht an der verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Aktuell weisen viele Universitäten ihre Dozenten an, statt Präsenzlehre mindestens Onlinelehre anzubieten.<sup>51</sup> Das greift insbesondere in die Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der Lehrfreiheit ein. Aber auch die Wissenschaftsfreiheit findet ihre Grenze an anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern.<sup>52</sup>

Relevant sind, insbesondere in Pandemiezeiten, vor allem die Gesundheit des Lehrpersonals sowie der Studierenden (Art. 2 II GG). Die widerstreitenden Rechtsgüter müssen dann im Einzelfall in Einklang gebracht werden. Kriterien für die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung auf Online-Lehre können die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, das tatsächliche Infektionsrisiko sowie die Möglichkeit und Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen, als auch deren Aufwand sein. Aber auch der Unterschied zwischen der Lehre in den einzelnen Fachbereichen ist zu beachten. So kann die digitale Lehre einen Geisteswissenschaftler mitunter weniger beschweren als einen Naturwissenschaftler, der auf ein Labor und adäquate technische Ausstattung zur Durchführung seiner Lehrveranstaltung angewiesen ist.

## IV. Arbeitsvertragliche Regelung

Häufig wird die Einführung von Homeoffice oder mobiler Arbeit nicht lediglich auf Verlangen einer Partei erfolgen, sondern Ergebnis einer schriftlichen Vereinbarung sein. Hier kann der Arbeitnehmer einer Beschäftigung in seiner Wohnung zustimmen. Die Parteien können auch

den Umfang und die Dauer vereinbaren. Zudem können Kontrollrechte Gegenstand dieser Vereinbarung sein.<sup>53</sup>

## V. Kollektivrechtliche Regelungen

### 1. Tarifverträge

Die Einführung von Homeoffice und mobiler Arbeit kann auch durch tarifvertragliche Regelung erfolgen.<sup>54</sup> Der TVöD als auch der TV-L enthalten keine Regelungen hierzu.<sup>55</sup> Haustarifverträge einzelner Universitäten zur Regelung von Telearbeit oder Homeoffice sind dem Autor nicht bekannt.

### 2. Dienstvereinbarungen

Häufiger finden sich Hochschulen und Forschungseinrichtungen betreffend Dienstvereinbarungen zum Homeoffice oder mobiler Arbeit. Schaut man sich bestehende Dienstvereinbarungen dazu an, so fällt prima facie auf, dass regelmäßig kein Anspruch auf Homeoffice oder mobiles Arbeiten gewährt wird, sondern lediglich die Bedingungen zur Teilnahme an diesen geregelt werden.<sup>56</sup>

Grundsätzlich hat der Personalrat gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG<sup>57</sup> das Recht, Maßnahmen zu beantragen, die der Dienststelle und den dort Beschäftigten dienen. Der Personalrat kann daher anfragen, ob der Arbeitgeber Regelungen zum Homeoffice oder mobiler Arbeit treffen möchte.<sup>58</sup>

Über die Überwachungsrechte gem. § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG<sup>59</sup> kann der Personalrat bei bereits eingeführtem Homeoffice oder mobiler Arbeit auch die Einhaltung von Vorschriften nach den Gleichstellungsgesetzen oder den Datenschutzgesetzen überwachen.<sup>60</sup>

Homeoffice und mobile Arbeit können im Wechsel mit Präsenzarbeit Maßnahmen zur Hebung der Ar-

51 So z.B. auch der Corona-Stufenplan der Universität Freiburg vom 10.11.2020, abrufbar unter <https://uni-freiburg.de/universitaet/wp-content/uploads/sites/3/2020/10/Uni-Freiburg-Corona-Stufenplan.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.12.2020, im Einzelnen dazu *Morgenroth, Wieczorek, OdW* 2021, 7 ff.

52 BeckOK GG, *Kempfen*, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 5, Rn. 199.

53 Im Einzelnen *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 120 ff.

54 Im Einzelnen *Löwisch, Kurz*, BB 2020, 2804 ff.

55 So bereits *Hahn*, öAT 2018, 202.

56 So z.B. § 1 Abs. 5 S. 1 Dienstvereinbarung zur Telearbeit am heimischen Arbeitsplatz der Universität Hohenheim vom 23.01.2017,

abrufbar unter [https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung\\_Telearbeit.pdf](https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung_Telearbeit.pdf), zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

57 Entsprechende Regelungen gelten in den Ländern, vgl. etwa § 70 I Nr. 1 LPVG BW; Art. 69 Abs. 1 lit. a BayPVG; § 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HPVG; vertiefend *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, Synopse 04 zu § 68 Abs. 1 BPersVG.

58 *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 68 Rn. 4.

59 Vgl. z.B. § 70 I Nr. 2 LPVG BW; Art. 69 Abs. 1 lit. b BayPVG; § 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HPVG.

60 Vgl. *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 68 Rn. 7.

beitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs gem. § 76 Abs. 2 Nr. 5 BPersVG<sup>61</sup> sein.<sup>62</sup> Insbesondere, wenn die Beschäftigten zufriedener gestimmt werden und dadurch die Effizienz gesteigert werden soll.<sup>63</sup>

Weiterhin kann der Personalrat gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 7 BPersVG<sup>64</sup> über die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden mitbestimmen. Eine Arbeitsmethode ist die Konzeption, auf der die Gliederung des Arbeitsablaufs und das Zusammenwirken der einzelnen Arbeitsschritte beruht.<sup>65</sup> Jedenfalls *Telearbeit* ist dabei systematisch unter den Oberbegriff der Arbeitsmethoden zu fassen.<sup>66</sup> Arbeitsmethode umfasst dabei zunächst nicht die Verrichtung der Arbeit von einem bestimmten Ort, sondern die Arbeitsumstände, die sich durch die neue Arbeitsumgebung ergeben. Denkbar erscheint, die Zuweisung eines Laptops mit Zugriff auf das Rechnernetz des Arbeitgebers oder die Installation einer Telefonanlage im Homeoffice.

Auch zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung kommt § 76 Abs. 2 Nr. 10 BPersVG<sup>67</sup>, ähnlich den Regelungszwecken der Gleichstellungsgesetze, in Betracht. Insbesondere können Homeoffice oder mobile Arbeit zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit beitragen.<sup>68</sup>

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG<sup>69</sup> unterliegen der Beginn, die Pausen und das Ende der Arbeitszeit der Mitbestimmung. Davon umfasst sind allerdings nur kollektive Vereinbarungen. Wird Homeoffice individuell vereinbart, kann daher die Mitbestimmung ausgeschlossen sein.<sup>70</sup>

Der Personalrat bestimmt gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG<sup>71</sup> über die Gestaltung der Arbeitsplätze mit. Dabei sind Arbeitsplätze nicht funktional zu verstehen, sondern räumlich, weshalb ein Arbeits-

platz auch das häusliche Umfeld des Beschäftigten umfassen kann.<sup>72</sup> Die Beschäftigten sollen durch die Mitbestimmung des Personalrats vor physischen oder psychischen Gefahren geschützt werden.<sup>73</sup>

Ferner bestimmt der Personalrat hinsichtlich des Datenschutzes nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG<sup>74</sup> über die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.<sup>75</sup> Notwendig ist hierzu, dass der Personalrat umfassend über die Hard- und Software sowie über die Verwendung von personenbezogenen Daten und die Möglichkeiten deren Verknüpfung informiert wird.<sup>76</sup>

Schließlich entgrenzen Homeoffice und mobile Arbeit die Erwerbstätigkeit und Freizeit, daher sind auch Maßnahmen zur Verhütung von Dienstunfällen oder sonstigen Gesundheitsschäden nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG<sup>77</sup> mitbestimmungspflichtig.<sup>78</sup>

Auf Landesebene können darüber hinaus noch weitergehende Personalratsrechte normiert sein. In Baden-Württemberg hat der Personalrat zum Beispiel auf Antrag des Betroffenen ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht über die Ablehnung von Telearbeit nach § 75 Abs. 3 Nr. 4 LPVG (BW). Voraussetzung ist allerdings eine bestehende tarifvertragliche oder andere Vereinbarung zum Homeoffice oder mobiler Arbeit.<sup>79</sup>

Der Personalrat kann zur Einführung von Homeoffice und mobiler Arbeit in Hochschulen und Forschungseinrichtungen Dienstvereinbarungen nur schließen, wenn die jeweiligen in Betracht kommenden Mitbestimmungstatbestände dienstvereinbarungsoffen gestaltet sind, § 73 Abs. 1 BPersVG. Die einzelnen Bundesländer weichen hiervon teilweise ab. Einige Länder, angelehnt an das BetrVG, Dienstvereinbarungen für

61 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 14 LPVG BW; Art. 76 Abs. II Nr. 2 BayPVG; § 74 I 2 HPVG.

62 *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 100.

63 So zum Beispiel in der Präambel zur Dienstvereinbarung über alternierende Telearbeit der Humboldt-Universität zu Berlin vom 26.8.2016, abrufbar unter [https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at\\_download/file](https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at_download/file), zuletzt abgerufen am 9.12.2020.

64 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 15 LPVG BW; Art. 76 Abs. 2 Nr. 1 BayPVG; § 81 Abs. 1 HPVG.

65 *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 118.

66 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 20, juris.

67 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 19 LPVG BW; Art. 76 Abs. 1 Nr. 10 BayPVG; § 77 Abs. 3 HPVG.

68 Vgl. *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 139.

69 Vgl. z.B. § 74 Abs. 2, 4 LPVG BW; Art. 75 Abs. 4 Nr. 1 BayPVG;

§ 74 Abs. 1 Nr. 10 HPVG.

70 Witt, PersR 2018, 16 ff.

71 Vgl. z.B. § 75 Abs. 4 Nr. 12 LPVG BW; Art. 76 Abs. 2 Nr. 3 BayPVG; § 74 Abs. 1 Nr. 16 HPVG.

72 *Berg*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 248 f. mwN.

73 *Ebd.*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 248 ff.

74 Vgl. z.B. § 75 Abs. 4 Nr. 11; Art. 75a Abs. 1 Nr. 1 Bayern; § 74 Abs. 1 Nr. 17 Hessen.

75 *Berg*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 255.

76 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 2 Rn. 80.

77 Vgl. z.B. § 74 Abs. 2 Nr. 7, 8 LPVG BW; Art. 75 IV Nr. 8 Bayern; § 74 I Nr. 6 Hessen.

78 *Reusch*, PersR 2020, 8 ff.

79 *Binder*, LPVG, 4. Aufl., 2019, § 75 Rn. 138.

stets zulässig halten, solange nicht andere Regelungen bereits bestehen.<sup>80</sup> Andere Länder hingegen arbeiten, wie auf Bundesebene, mit enumerativen Mitbestimmungstatbeständen. In Baden-Württemberg kommen daher beispielsweise nur die §§ 74 Abs. 2, 4, 7, 8, 75 Abs. 4 Nr. 11, 12, 14, 15, 19 LPVG, in Bayern die Artt. 75 Abs. 4 Nr. 1, 75a Abs. 1 Nr. 1, 76 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 BayPVG und in Hessen die §§ 74 I Nr. 2, 6, 10, 16, 17 HPVG in Betracht.<sup>81</sup>

In materieller Hinsicht werden, gleichlautend zu den Gleichstellungsgesetzen, Dienstvereinbarungen getroffen, um die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie zu fördern.<sup>82</sup> Regelungsgegenstände sind häufig die Teilnahmevoraussetzungen<sup>83</sup>, die Haftung<sup>84</sup>, die Ausstattung<sup>85</sup> und die Einhaltung des Daten- und Betriebsgeheimnisschutzes<sup>86</sup>. Gerade im letztgenannten Bereich wirkt häufig ein unterschwellige Sorge hinsichtlich der Einführung und Durchführung von Telearbeit.<sup>87</sup> Insbesondere bestehen Bedenken hinsichtlich der Handhabung von datenschutzrechtlich geschützten Informationen im häuslichen Umfeld und die zuverlässige Erreichbarkeit von Kolleginnen und Kollegen im Homeoffice. Jüngere Dienstvereinbarungen haben auch die Risiken der Informationstechnologie genau im Blick. Die Sorgen zur Funktionalität und Stabilität der Erreichbarkeit ist, anders als noch bei älteren Dienstvereinbarungen, kaum noch spürbar.

## VI. Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen:

1. Zurzeit besteht kein allgemeiner Anspruch auf die Einführung von Homeoffice in Hochschulen und Forschungseinrichtungen.<sup>88</sup>
2. Die Corona-ArbSchV begründet im Zweifel keinen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit, wenn dienstliche Interessen entgegenstehen.
3. Die Gleichstellungsgesetze sehen überwiegend in *Telearbeit* eine Möglichkeit zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, regeln jedoch keinen konkreten Anspruch.
4. Im Einzelfall kann sich ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit aus dem Arbeitsverhältnis ergeben.
5. Sollte der Gesetzgeber de lege ferenda einen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit schaffen,<sup>89</sup> müssten jedenfalls die spezifischen Besonderheiten von Forschung und Lehre Berücksichtigung finden. Aus den Wertungen des § 14 II Nr. 2 ArbZG zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Eigenarten von Forschung und Lehre im Blick hat.
6. Um mit den dienstlichen Interessen und einer Beschäftigung im Homeoffice oder vom mobilen Arbeitsplatz aus abzuwägen, könnten sich in der Praxis Wechselmodelle, als Kompromiss zwischen vollständigem Homeoffice und reiner Präsenzarbeit, etablieren.

Johannes M. Deutsch ist wissenschaftliche Hilfskraft in der Forschungsstelle für Hochschulalarbeitsrecht an der Universität Freiburg bei Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

80 So z.B. § 74 Abs. 1 Satz PersVG Berlin, § 62 Abs. 1 S. 2 BPersVG Bremen, § 84 Abs. 1 S. 1 HmbPersVG, § 66 Abs. 1 S. 1 PersVG M-V, § 78 Abs. 1 S. 1 NPersVG, § 70 Abs. 1 S. 1 LPVG NRW; enumerativ zulässige Mitbestimmung, §§ 73 Abs. 1, 85 Abs. 1 LPVG BW; Art. 73 Abs. 1 S. 1, 3 BayPVG, § 113 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 74 Abs. 1, 77 Abs. 2 HPVG, § 76 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 SPersVG; § 84 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 80 Abs. 2, 81 Abs. 2 SaechsPersVG; § 72 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 74 Abs. 2, 75 Abs. 3 ThuerPersVG; vertiefend hier und im Folgenden *Altwater*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 73 Rn. 28 ff.

81 *Altwater*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 73 Rn. 28 mwN.

82 So z.B. Duisburg-Essen, Präambel, Dienstvereinbarung zur Telearbeit, abrufbar unter [https://www.uni-due.de/imperia/md/content/pe\\_oe/organisationsentwicklung/formular\\_und\\_dv\\_tearbeit\\_1-o\\_stand\\_20140228.pdf](https://www.uni-due.de/imperia/md/content/pe_oe/organisationsentwicklung/formular_und_dv_tearbeit_1-o_stand_20140228.pdf), zuletzt abgerufen am 8.12.2020.

83 Dienstvereinbarung über alternierende Telearbeit der Humboldt-Universität zu Berlin vom 26.8.2016, § 3 Teilnahmevoraussetzungen abrufbar unter [https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at\\_download/file](https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at_download/file), zuletzt abgerufen am 9.12.2020.

84 Dienstvereinbarung über alternierende Wohnraum- und Telearbeit an der Universität Regensburg in der Fassung vom 27.09.2019,

§ 8 Haftung abrufbar unter <https://www.uni-regensburg.de/verwaltung/medien/dokumente/telearbeit-dienstvereinbarung.pdf>, 28.2.2021.

85 Dienstvereinbarung zur Telearbeit an der Universität Heidelberg in der Fassung vom 1.7.2017, § 7 Arbeitsmittel abrufbar unter [http://www.zuv.uni-heidelberg.de/md/zuv/personal/entwicklung/telearbeit/telearbeit\\_dienstvereinbarung.pdf](http://www.zuv.uni-heidelberg.de/md/zuv/personal/entwicklung/telearbeit/telearbeit_dienstvereinbarung.pdf), 28.2.2021.

86 § 8 Datenschutz, Dienstvereinbarung zur Telearbeit am heimischen Arbeitsplatz, Universität Hohenheim, 23.1.2017, abrufbar unter [https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung\\_Telearbeit.pdf](https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung_Telearbeit.pdf), zuletzt abgerufen am 8.12.2020;

87 So Punkt 2, 4, 9 der Dienstvereinbarung zwischen der Universität Freiburg und dem Personalrat über die Einführung von „Tele- und Heimarbeit“ an der Universität Freiburg vom 1.1.2010.

88 Vertiefend zur Rechtslage im EU-Ausland, Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Alternierende Telearbeit, Az.: WD 6-3000-112/16, S. 5 ff.

89 Grundlegend hierzu: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, Berlin 2018, S. 41, Zeile 1822 ff: Förderung und Erleichterung von mobiler Arbeit.

# Evelina Will

## *Europäische Bildung und Forschung post Brexit*

### **I. Einleitung**

Am 24. Dezember 2020 erzielten die Europäische Union (EU) und das Vereinigte Königreich (UK) eine Einigung über die Bedingungen ihrer künftigen Zusammenarbeit. Ergebnis der mühsamen Verhandlungen zwischen der EU auf der einen und dem UK auf der anderen Seite ist ein Handels- und Kooperationsabkommen,<sup>1</sup> das – ausweislich der Pressemitteilung der Europäischen Kommission<sup>2</sup> – von drei Hauptsäulen getragen wird: Neben einem Freihandelsabkommen, das der Schaffung einer wirtschaftlichen und sozialen Partnerschaft zwischen der EU und dem UK dienen soll, wurde eine Sicherheitspartnerschaft sowie ein horizontales Abkommen über *Governance* geschaffen. Das Handels- und Kooperationsabkommen ist nach Zustimmung der 27 EU-Mitgliedstaaten am 1. Januar 2021 vorläufig in Kraft getreten. Eine Zustimmung durch das Europäische Parlament steht noch aus.<sup>3</sup>

Schon die Benennung der drei Hauptsäulen in der Pressemitteilung zeigt, dass die Themen Bildung und Forschung in dem Handels- und Kooperationsabkommen allenfalls eine untergeordnete Rolle einnehmen. Gleichwohl sollen – nach einem kurzen Rückblick auf die bisherige Kooperation der EU und des UK auf dem Gebiet der Forschung (II.) – die Perspektiven einer künftigen Zusammenarbeit der EU und des UK auf Grundlage des nunmehr abgeschlossenen Abkommens ausgelotet werden (III.).

### **II. Rückblick – die bisherige Zusammenarbeit der EU und des UK auf den Gebieten der Bildung und Forschung**

Die vielfältigen Verflechtungen der EU und des UK im Bildungs- und Forschungsbereich wurden bereits an

anderer Stelle ausführlich thematisiert.<sup>4</sup> Hierbei wurde herausgearbeitet, dass das UK ein wichtiger Bestandteil des EU-Forschungsraums (vgl. Art. 179 AEUV) war. So konnte die EU bislang uneingeschränkt an der erstklassigen Forschung und dem großen Renommee britischer Universitäten teilhaben. Das UK profitierte seinerseits insbesondere von der europarechtlich gewährleisteten Mobilität von Wissenschaftlern sowie der finanziellen Förderung durch die EU. So partizipierte das UK nicht zuletzt an dem durch die EU aufgelegten Forschungs- und Innovationsprogramm *Horizont 2020*.<sup>5</sup> Durch seine Teilnahme an dem Programm *Erasmus+* machte das UK bislang seine global sehr angesehenen Universitäten Studierenden aus Mitgliedstaaten der EU zu erleichterten Bedingungen zugänglich; Studierenden aus dem UK standen die Türen für ein Studium im EU-Ausland offen.<sup>6</sup>

### **III. Ausblick – die zukünftige Zusammenarbeit der EU und des UK auf den Gebieten der Bildung und Forschung**

Die bislang äußerst fruchtbare Kooperation zwischen EU und UK im Bildungs- und Forschungsbereich ist durch den mittlerweile vollzogenen Brexit und die in dem nunmehr abgeschlossenen Handels- und Kooperationsabkommen niedergelegten Regelungen erfreulicherweise nicht umfassend, sondern nur partiell gravierenden Änderungen unterworfen.

#### 1. Perspektiven der Forschungsk Kooperationen

So ergeben sich im Zusammenhang mit der Beteiligung des UK an dem Programm *Horizont 2020* grundsätzlich keine Änderungen. Einrichtungen aus dem UK bleiben bis zum Programmende und bis zum Ende der Laufzeit der individuellen Projekte teilnahme- und förderfähig.

1 Der vollständige Text des Abkommens findet sich im ABl. EU Nr. L 444/2020, 14 ff.; vgl. dazu *Terhechte*, All's well that ends well? – Das EU/VK-Handels- und Kooperationsabkommen, NJW 2021, 417

2 Die Pressemitteilung findet sich etwa in EuZW 2021, 3.

3 Derzeit prüfen die Europaabgeordneten den Text des Abkommens in den Fachausschüssen des Parlaments, um sodann auf einer Plenartagung darüber abzustimmen, vgl. die Pressemitteilung des *Europäischen Parlaments* zu dem Abkommen vom 8.1.2021 in NZG 2021, 131 f.

4 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU,

OdW 2017, 211 ff.

5 Ausführlich zu diesem Programm *Becker*, Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation, OdW 2014, 97 ff.; vgl. zum Umfang der Partizipation des UK an diesem Programm ferner *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (211 f.).

6 Jenseits des Austauschs von Studierenden ermöglicht das Programm Erasmus+ auch einen Austausch im Bereich der beruflichen Aus- und Weiterbildung, etwa durch Förderung von Praktika im EU-Ausland, vgl. *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

Dies gilt sowohl für Verbund- als auch für Einzelfördermaßnahmen.<sup>7</sup> Allenfalls eine sehr begrenzte Anzahl von Projekten, die den Zugang zu sensiblen, sicherheitsbezogenen Informationen auf EU-Mitgliedstaaten beschränkt, könnte von der EU beendet werden.<sup>8</sup> Darüber hinaus ist laut Handels- und Kooperationsabkommen vorgesehen, dass sich das UK auch in dem neuen Rahmenprogramm der EU für Forschung und Innovation, das den Namen *Horizont Europa* trägt und dessen Laufzeit sich auf den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2021 und dem 31. Dezember 2027 erstreckt, einbringt.<sup>9</sup> Die exakte Ausgestaltung einer Beteiligung des UK an *Horizont Europa* ist freilich einem noch abzuschließenden Assoziierungsabkommen vorbehalten. Die Planungen der politischen Entscheidungsträger sehen vor, dass die Teilnahme von Einrichtungen aus dem UK an dem Programm im Falle des Abschlusses eines solchen Assoziierungsabkommens rückwirkend zum Start des Programms möglich sein soll.<sup>10</sup>

Darüber hinaus ist die Assoziierung zu weiteren Unionsprogrammen – konkret: zum *Copernicus*-Programm als Teil des Raumfahrtprogramms, zum *Euratom*-Programm und zu *ITER* (*International Thermonuclear Experimental Reactor*) – vorgesehen.<sup>11</sup>

## 2. Perspektiven der Austauschprogramme in den Bereichen der Aus- und Weiterbildung

Das Programm *Erasmus+* bleibt in dem Handels- und Kooperationsabkommen unerwähnt. Dies verwundert nicht, hat das UK doch entschieden, an der neuen Generation dieses Programms nicht mehr teilzunehmen. Diese Entscheidung ist wenig überraschend, wenn man die Einlassungen der – damals noch von *Theresa May* geführten – britischen Regierung zur grenzüberschreitenden akademischen Ausbildung in ihrem Weißbuch vom 12. Juli 2018 berücksichtigt.<sup>12</sup> Zwar hob die britische

Regierung in dem auch unter dem Namen *Chequers-Plan* bekannten und kontroverse Debatten (und Rücktritte) innerhalb der damaligen britischen Regierung auslösenden Weißbuch hervor, dass „[t]he UK and the EU should continue to give young people and students the chance to benefit from each other’s world leading universities (...)“; in dem Weißbuch war indes nur sehr vage von der Teilnahme des UK an einem nicht näher beschriebenen Nachfolgeprogramm („successor scheme“) die Rede.<sup>13</sup>

Der vollständige Rückzug des UK aus dem Programm *Erasmus+* wäre nicht zwingend erforderlich gewesen. Denn die Partizipation an diesem Programm steht und fällt gerade nicht mit der Mitgliedschaft in der EU. So können an *Erasmus+* einerseits Programm- und andererseits Partnerländer teilhaben. Zu den Programmländern zählen neben den EU-Mitgliedstaaten auch Norwegen und die Türkei; Partnerländer sind andere Länder außerhalb der EU, die einen Austausch mit EU-Mitgliedsstaaten pflegen.<sup>14</sup>

Weil das UK sich nunmehr gegen jede Form der Teilnahme an *Erasmus+* entschieden hat, sind während des Studiums oder der Ausbildung zu absolvierende Aufenthalte in England, Schottland, Wales und Nordirland fortan grundsätzlich nicht mehr unter Inanspruchnahme der durch dieses Programm gewährten Privilegien möglich. Bereits angetretene Aufenthalte können allerdings fortgesetzt werden.<sup>15</sup> Darüber hinaus bestehen auch nach der Entscheidung des UK gegen *Erasmus+* Möglichkeiten, von dem Programm zu profitieren: Wegen der Corona-Pandemie konnten – jedenfalls an deutschen Universitäten – offenbar nicht alle Mittel aus dem Programm ausgeschöpft werden, sodass die verbleibenden Mittel bis zum Programmende am 31. März 2023 zur Finanzierung von *Erasmus*-Aufenthalten im UK genutzt werden können.<sup>16</sup>

7 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

8 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Brexit – Was nun?, abrufbar unter <https://www.horizont2020.de/einstieg-teilnahme-brexit.htm> (Abrufdatum: 2.2.2021).

9 Vgl. in diesem Zusammenhang die Präambel des Handels- und Kooperationsabkommens, wo es – unter anderem – heißt: „IN DER ERWÄGUNG, dass die Zusammenarbeit in Bereichen von gemeinsamem Interesse wie Wissenschaft, Forschung und Innovation, Nuklearforschung oder Raumfahrt in Form einer Teilnahme des Vereinigten Königreichs an den entsprechenden Programmen der Union unter fairen und angemessenen Bedingungen beiden Vertragsparteien zugutekommen wird (...)“; eine explizite Erwähnung des Programms *Horizont Europa* findet sich im „Anhang UNPRO-1: Umsetzung der finanziellen Bedingungen“, Ziff. 6.

10 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Teilnahme des

Vereinigten Königreichs an *Horizont Europa* und anderen Unionsprogrammen, Meldung v. 11.1.2021, abrufbar unter <https://www.horizont-europa.de/de/Teilnahme-des-Vereinigten-Königreichs-an-Horizont-Europa-und-anderen-Unionsprogrammen-2068.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

11 Ebd.

12 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU – Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen Regierung vom 12. Juli 2018, *OdW* 2018, 305 f.

13 Weißbuch, S. 34, 79.

14 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, *OdW* 2017, 211 (212).

15 *Flachsenberg*, Kann ich trotz Brexit noch in Großbritannien studieren?, *Spiegel Online* v. 6.1.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/start/erasmus-alternative-kann-ich-trotz-brexit-noch-in-grossbritannien-studieren-a-8ac89d05-d67f-47cf-86a4-11d1409ae7e3> (Abrufdatum: 2.2.2021).

16 Ebd.

Für diejenigen, die nicht auf die restlichen Mittel aus der laufenden Programmgeneration zugreifen können, ist die Absolvierung eines Auslandsaufenthalts im UK in Zukunft mit nicht unerheblichen Herausforderungen verbunden. So werden bei Studienaufenthalten im UK künftig nicht mehr die sogenannten *home fees* – also die gleichen Studiengebühren, die auch von Studierenden aus dem UK verlangt werden –, sondern die deutlich teureren *oversea fees* fällig.<sup>17</sup>

Zudem ist bei Aufenthalten, die einen Zeitraum von 90 Tagen überschreiten, ab sofort grundsätzlich ein Visum erforderlich.<sup>18</sup> Das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und dem UK privilegiert ausschließlich Kurzaufenthalte.<sup>19</sup> Aufenthalte im UK, die allein einem Studium dienen, sind allerdings dann von der Visumpflicht befreit, wenn sie kürzer als sechs Monate dauern und das Studium an einer „*accredited institution*“ stattfindet.<sup>20</sup>

Personen – insbesondere Studierende – aus dem UK können nicht länger an *Erasmus+* partizipieren. Auch sie benötigen in Zukunft ein Visum, um Auslandsaufenthalte, die nicht auf 90 Tage beschränkt sind, innerhalb der EU zu absolvieren. Eine Ausnahme gilt in diesem Zusammenhang für nordirische Staatsangehörige: Sie haben weiterhin Zugang zu *Erasmus+*.<sup>21</sup> Weiterhin können Studierende aus dem UK nunmehr von Studiengebühren für internationale Studierende aus Nicht-EU-Ländern betroffen sein.<sup>22</sup> Derartige Gebühren fallen derzeit (ausschließlich) in Baden-Württemberg an (vgl. § 3 I 1 LHGebG BW); sie belaufen sich gemäß § 4 I 1 LHGebG BW auf 1.500 Euro pro Semester. Allerdings greift zugunsten Studierender aus dem UK in bestimmten Konstellationen ein Ausnahmetatbestand ein: Nach § 5 II LHGebG BW können Studierende aus einem Staat, der aus der EU austritt, gebührenfrei in Baden-Württemberg studieren, wenn sie zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Austritts mindestens fünf Semester in einem Studiengang an einer baden-württembergischen Hochschule immatrikuliert waren. Außerdem müssen

Personen aus dem UK, die bereits vor dem 31. Dezember 2020 ihre Freizügigkeitsrechte in Deutschland ausgeübt haben, für die gesamte Dauer ihres Studiums keine höheren Studiengebühren als Deutsche oder andere EU-Bürger zahlen.<sup>23</sup>

Um Personen aus dem UK Auslandsaufenthalte zu Aus- und Weiterbildungszwecken auch im Post-Brexit-Zeitalter zu ermöglichen, hat die britische Regierung das sogenannte *Turing-Programm* aus der Taufe gehoben und in diesem Zusammenhang bereits 100 Millionen Pfund zur Verfügung gestellt. Das Programm soll jährlich etwa 35.000 Personen die Gelegenheit bieten, Auslandsaufenthalte nicht nur in der EU, sondern weltweit zu absolvieren.<sup>24</sup>

Bei allen durch den Brexit ausgelösten Verwerfungen ist hervorzuheben, dass er die wechselseitige Anerkennung von Hochschulabschlüssen nicht berührt, weil das UK Teil des Europäischen Hochschulraums bleibt.<sup>25</sup>

#### IV. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass die Perspektiven für Forschungsk Kooperationen vielversprechend sind. Die Assoziierung des UK zu *Horizont Europa* und weiteren bedeutsamen Unionsprogrammen lässt hoffen, dass die bislang so fruchtbare Zusammenarbeit zwischen Forschern aus dem UK und solchen aus der EU auch in Zukunft stattfindet. Der Rückzug des UK aus *Erasmus+* ist indes eine als negativ zu bewertende Entwicklung. Die Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Aus- und Weiterbildung werden dadurch nicht nur für Personen aus der EU, sondern auch für Personen aus dem UK erschwert.

Evelina Will ist Referendarin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

17 Ebd.

18 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

19 Vgl. Artikel VSTV.1 des Handels- und Kooperationsabkommens.

20 *Flachsenberg*, Kann ich trotz Brexit noch in Großbritannien studieren?, Spiegel Online v. 6.1.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/start/erasmus-alternative-kann-ich-trotz-brexit-noch-in-grossbritannien-studieren-a-8ac89d05-d67f-47cf-86a4-11d1409ae7e3> (Abrufdatum: 2.2.2021).

21 *Campbell*, Brexit: Students in NI can continue in Erasmus scheme, BBC News v. 24.12.2020, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-55442685> (Abrufdatum: 2.2.2021).

22 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

23 Ebd.

24 *Department for Education/The Rt Hon Gavin Williamson CBE MP*, New Turing scheme to support thousands of students to study and work abroad, Pressemitteilung v. 26.12.2020, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/news/new-turing-scheme-to-support-thousands-of-students-to-study-and-work-abroad> (Abrufdatum: 2.2.2021).

25 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).





# Heinrich Otto Lehmann

## *Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz<sup>1</sup>*

Darf man die Durcharbeitung und systematische Erfassung eines Materials, das von der Gesetzgebung bald so bald anders geformt wird, als Wissenschaft bezeichnen?

Kann man von Wissenschaft sprechen, wo kein feststehendes Forschungsgebiet vorhanden zu sein scheint, der Gegenstand der Forschung vielmehr nach menschlicher Willkür sich tausendfach modelt, in jedem einzelnen Staate ein anderer ist und innerhalb des einzelnen Staats keine Ständigkeit besitzt?

[... Insofern wurde] der Rechtswissenschaft der Charakter als eigentliche Wissenschaft abgesprochen. Mit der Pädagogik, der Technologie, der Medizin u.s.w. ist sie in den Kreis der s.g. praktischen Wissenschaften oder Kunstwissenschaften verwiesen, deren Wesen darin beruht, daß sie die Anwendung der theoretischen Erkenntnisse für die praktische Gestaltung der Lebensverhältnisse lehren, während die wahren, die theoretischen Wissenschaften lediglich Erkenntnis der Welt in ihrem logischen und kausalen Zusammenhange zum Gegenstand haben. [...]

In Parallele also zu den Naturgesetzen dürfen wir [die Staatsgesetze] nicht stellen. Vom Standpunkt der Gesamtwissenschaft aus haben sie nicht den Charakter von Gesetzen, sondern den von Erscheinungen an bestimmten Forschungsobjekten, entsprechend etwa den Lebensgewohnheiten der Thiere.

Um deswillen aber ist die Rechtsordnung nichts desto weniger Gegenstand wahrer wissenschaftlicher Forschung.

Denn Ziel der Wissenschaft ist nicht nur, die Gesetze der Weltordnung zu entdecken, sondern auch die Erscheinungen in ihrem Verhältnis zu einander und ihrem Zusammenhang zu ergründen. [...]

Zu diesen Erscheinungen gehört die Rechtsordnung, so gut wie die Sprache: gleich der letzteren ist sie in ihren Hauptzügen wenigstens nicht rein willkürliche Satzung, sondern das nothwendige Produkt geschichtlicher Entwicklung. [...]

Da nun die Lehre von der Geistesthätigkeit des Menschen einen Theil der Lehre vom Geiste des Menschen, diese wieder einen Theil der Lehre vom Menschen, die Lehre vom Menschen einen Theil der Wissenschaft von

der Natur ausmacht, wir ferner von der Existenz geistiger Wesen außerhalb der Körper nichts wissen: so ergibt sich, daß unser ganzes Wissen Wissen von der Natur ist. In diesem Sinne ist alle Wissenschaft Naturwissenschaft; die Geisteswissenschaft nicht der Naturwissenschaft koordinirt, sondern subordinirt, selbst ein Teil der Naturwissenschaft [...] wobei ich übrigens nicht [...] behaupten will, daß die Kenntniss jeder allgemeineren Wissenschaft zur richtigen Erkenntnis der spezielleren nötig wäre, man also z.B. die Physiologie nicht ordentlich erfassen könnte, ohne tüchtig in Astronomie beschlagen zu sein. [...]

Wie stellt sich nun dazu unser akademischer Unterricht, unsere Wissenschaftslehre an der Universität? [...]

Wenn die Aufgabe der Universität darin besteht, die für die Praxis nöthige wissenschaftliche Vorbereitung zu geben, genügt es dann nicht völlig, wenn der juristische Student die Handhabung der Gesetze lernt, die er künftig anzuwenden hat? Wenn er beschlagen ist im Civil- und Handelsrecht, im Strafrecht und Prozeßrecht?

Wozu neben der Einführung in das geltende Recht noch die Rechtsgeschichte? neben dem Privat- und Prozeßrecht noch das öffentliche und gar das Kirchenrecht? wozu neben dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch in Zukunft noch römisches Recht? wozu allgemeinere Vorlesungen, wie Rechtsencyklopädie, Volkswirtschaftslehre und Sozialpolitik?

Sind sie nicht mehr oder weniger unnützer Ballast für den künftigen Richter und Anwalt?

Mit Nichten!

Wir wünschen und verlangen von unsern Praktikern, daß sie nicht nur Buchstabeninterpreten des Gesetzes, nicht Sklaven des Wortlautes sind, sie sollen das Recht nicht nur auslegen können, sondern es beherrschen. [...]

Dazu gehört Kenntniss des praktischen Lebens, Einsicht in die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die unsere Herrn Commilitonen vor Allem durch scharfes Beobachten des Lebens und der Anschauungen ihrer Mitmenschen, durch ein offenes Auge für die Thatfachen des täglichen Lebens, durch eine auf solches Ziel gerichtete Lektüre auch der Zeitungen, durch Unterreden mit Leuten der verschiedensten Berufs- und Ge-

<sup>1</sup> Heinrich Otto Lehmann, Rede gehalten bei der Uebernahme des Rektorates der Universität zu Marburg am 17. Oktober 1897. Abrufbar unter <http://www.historische-kommission-muenchen->

[editionen.de/rektoratsreden/pdf/Marburg\\_1897\\_Lehmann.pdf](http://editionen.de/rektoratsreden/pdf/Marburg_1897_Lehmann.pdf). Hier zitiert S. 6 f., 8, 15 f., 25, 26 f., 29, 31. Ausgegeben, transkribiert und redigiert von Hanjo Hamann, Bonn/Berlin.

sellschaftsklassen, endlich auch durch die Vorlesungen wirtschaftlichen und sozialen Inhalts gewinnen können. [...]

Es ist nur ein Segment gewissermaßen aus dem Kreise des Rechts, das wir in unsrer Lehre darlegen können; aber wie der Botaniker, wenn er *eine* Pflanzenfamilie, wie der Chemiker, wenn er eine Körpergruppe erforscht, Resultate zu erzielen vermag, die auf Allgemeingültigkeit Anspruch erheben dürfen, so ist [...] die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts *einer* Nation im Stande, *einen* Einblick in die Rechtsordnung überhaupt und die Bedingungen ihrer Fortbildung zu gewähren.

So ist es wahre Wissenschaft, was wir auf Universitäten als Jurisprudenz lehren.

Heinrich Otto Lehmann (1852–1904) studierte nach einer abgebrochenen Apothekerlehre Rechtswissenschaften in Greifswald, Heidelberg und Berlin. In seiner Geburtsstadt Kiel wurde er 1877 promoviert und 1882 mit einer rechtshistorischen Arbeit habilitiert. Als ordentlicher Professor zuerst nach Gießen (1888), dann nach Marburg (1889) berufen, wurde er 1897/98 Rektor der Philipps-Universität. 1902 noch als Geheimer Justizrat ausgezeichnet, erlag er wenig später einem jahrelangen Leiden.

# Barbara Wieczorek und Carsten Morgenroth

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

Übersicht

*I. Einleitung*

*II. Grundlagen*

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

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

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

*IV. Ergebnisse*

### **I. Einleitung**

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

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

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

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

### **II. Grundlagen**

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

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

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

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

### 1. Rechtsgrundlagen für Prüfungen

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

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

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

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

### 2. Didaktische Grundbegriffe im Kontext von Prüfungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### a. Objektivität

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

#### b. Transparenz

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

17 S. oben Fußn. 4.

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

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

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

21 Gaus, Handreichung der Prüfungswerkstatt: Kompetenzorien-

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

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

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

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

### c. Reliabilität

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

### 4. Allgemeine Wechselwirkungen zwischen Recht und Didaktik

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

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

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

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

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

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

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

26 § 8 HRG, adaptiert beispielsweise in Bayern in

Art. 55 BayHSchG.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

teilgenommen hatte.

34 Morgenroth, oben Fußn. 32, a.a.O.

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

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

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

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

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

a) Das Erhöhen der Aufgabenzahl im Vergleich zu anderen Jahrgängen

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

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

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

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

37 Stieler, oben Fußn. 9, S. 113.

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

#### b) Das Mischen von Aufgaben

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38 Ulrich, oben Fußn. 31, S. 171.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### f) Praktische Ableitungen

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

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

39 BVerfGE 13, 97 ff. – Handwerksrolle.

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

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

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

### a) Video-Proctoring

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

Folgendes Täuschungspotential liegt in diesem Fall vor:

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

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

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

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

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

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

40 Ulrich, oben Fußn. 31, S. 165.

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

42 So etwa § 47 Abs. 4 ThürHG.

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

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

#### b) Automatisiertes Proctoring

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

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

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

#### c) Software zur Einschränkung der Rechnernutzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### d) Open-Book-Prüfungen

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

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

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

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

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

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

#### e) Mündliche Online-Prüfungen

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

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

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

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

renten teilgenommen haben.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. Ergebnisse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ling unverschuldet aufgetreten ist, bietet sich die Speicherung entsprechender Log-Daten an. Zudem könnte der Prüfling prüfungsrechtlich zu einer unverzüglichen Anzeige der Störung verpflichtet werden.

- Handelt es sich dagegen um eine kollektive Störung, so sind alle Prüflinge gleichermaßen betroffen, so dass der Grundsatz der Chancengleichheit nicht verletzt sein sollte. Die Validität der Prüfung kann je nach Lage, Länge und Gestaltung der Störungen dennoch betroffen sein. Ist zudem die Störung zu einem Zeitpunkt aufgetreten, die den Zweck der Prüfung noch nicht hinreichend erfüllt erscheinen lässt, so ist die Prüfung abubrechen und neu anzusetzen (oben, III 3).

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



# Manfred Löwisch und Marie Anselment

## *Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen*

### I. Anwendung des WissZeitVG auf Fachhochschulen

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

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

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

#### 2. Wissenschaftsbezug der Fachhochschulen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Befristung nach WissZeitVG

### 1. Promotionsbefristung

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

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

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

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

### 2. Qualifizierungsbefristung

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

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

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

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

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

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

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

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

11 Mandler/Meißner aaO OdW 2017, 201.

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

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

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

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

b. Überwiegen des Wissenschaftsbezugs

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

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

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

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

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

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

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



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

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

#### c. Angemessenheit der Befristungsdauer

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

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

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

#### d. Maßgeblichkeit des vereinbarten Vertragsinhalts

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

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

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

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

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

19 Gesetzesbegründung aaO (wie Fn 12).

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

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

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

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

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

### 3. Drittmittelbefristung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Befristung nach dem TzBfG

#### 1. Befristung ohne Sachgrund

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

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

#### 2. Sachgrundbefristung

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

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

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

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

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

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

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

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

### IV. Ergebnisse

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

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

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

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

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

wissenschaftliche Tätigkeit in den Bereichen angewandte Forschung und Entwicklung.

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

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

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

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

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

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

beitsvertrags, nicht die spätere Handhabung.

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

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

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



# Heike Egner und Anke Uhlenwinkel

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

### Übersicht

I. Einleitung: Gelten rechtsstaatliche Prinzipien auch für Universitäten?

II. Fragestellung

III. Verwirrungen: Welches Verfahren für welche Verfehlung?

1. Wissenschaftliches Fehlverhalten

2. „Führungsfehlverhalten“

IV. Zur Rechtsstaatlichkeit der internen Verfahren

1. Wahrnehmung der internen Verfahren durch die betroffenen Professorinnen

2. Mängel der zum Einsatz gekommenen Verfahren

V. Zur Überzeugungskraft der internen Verfahren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Neoliberalisierung deutscher Hochschulpolitik, Westfälisches Dampfboot, 2008, 36.

5 ebd.

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

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

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

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

## II. Fragestellung

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

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

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

che, DHV, 2004, 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19 ebd.

20 ebd., 3

21 Antwort der Bundesregierung, 05.08.2019,

Drucksache 19/12165, 2.



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

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

### 1. Wissenschaftliches Fehlverhalten

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

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

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

### 2. „Führungsfehlverhalten“

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

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

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

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

24 DFG Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten, 2019.

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

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

27 ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34 ebd.

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

36 ebd., 89.

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

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

39 ebd.

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

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

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

#### IV. Zur Rechtsstaatlichkeit der internen Verfahren

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

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

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

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

40 § 27 AngG (Österreich).

41 ebd.

42 § 24 Abs. 4 BDG.

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

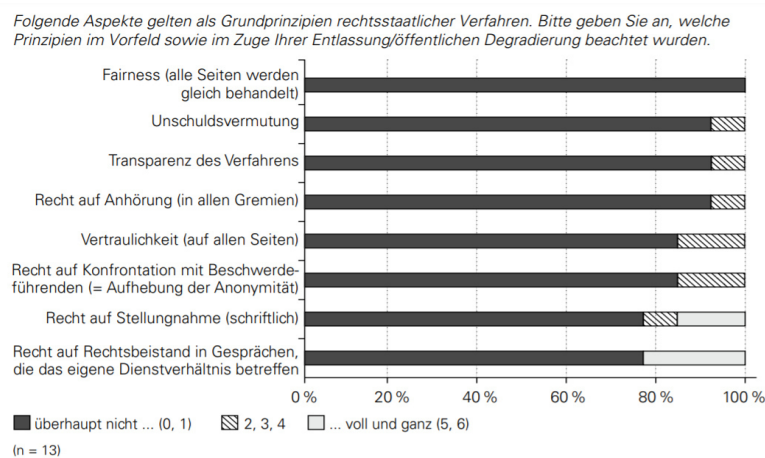
44 Die hier aufgeführten Prinzipien wurden im Rahmen der

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

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

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

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



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

## 2. Mängel der zum Einsatz gekommenen internen Verfahren

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

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

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

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

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

(a) Vorverfahren:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V. Zur Überzeugungskraft interner Verfahren

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

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

52 § 24 Abs. 4 BDG.

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

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

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

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

56 ebd., 63.

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

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

Während sich dieser Typus der Konflikte auf der ver-

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

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

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

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

58 Dies gilt in allen drei Ländern als wissenschaftliches Fehlverhalten.

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

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

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

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

62 ebd.

63 ebd.

64 ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

68 Herrmann, OdW 2020, 65, 74.

69 ebd., 66.

70 ebd.

71 Wertheimer, OdW 2014, 81.

# Lothar Knopp

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

### I. Ausgangslage

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

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

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

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

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

Knopp, NVwZ 2018, 1030 f.

4 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

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

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

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

8 BVerfGE 121, 205 = NVwZ 2008, 873.

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

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

### 1. Regelungsmechanismus

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

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

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

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

gen kann.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 3. „Beamtenverfassungsrecht“ als zentrale Beurteilungsgrundlage

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

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

17 § 67 Abs. 2 Satz 1 BbgHG.

18 Knopp, NVwZ 2018, 1029 f.

19 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

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

21 § 67 Abs. 1 Satz 2 BbgHG.

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

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

24 § 67 Abs. 2 Satz 2 BbgHG.

25 § 67 Abs. 3 Satz 4 BbgHG.

26 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

27 Vgl. auch Knopp, LKV 2015, 308.

28 S. o. Fn. 8.

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

30 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1030.

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

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

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

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

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

31 BVerfG, NVwZ 2018, 1046 Rn. 39.

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

33 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1030.

34 S. o. Fn. 6, 7.

35 Knopp, NVwZ 2018, 1030.

36 Ebd.

37 BVerfG, NVwZ 2018, 1051 Rn. 69.

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

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

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

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

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

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

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

42 BVerwG, 2 C 58/17.

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

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

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

46 DÖV 2018, 970.

47 BVerfGE 136, 338, 365.

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

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

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

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

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

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

53 § 41 Abs. 2 Satz 2 HessHG.

54 § 32 Abs. 2 ThürHG.

55 § 71 Abs. 2 Satz 1 HSG LSA a.F.

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

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

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

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

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

verfassungsrechtliche Relevanz hat, wie das BVerfG verdeutlicht.

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

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

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

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

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

60 Vgl. im Einzelnen § 58 BerlHG.

61 § 58 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BerlHG.

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

63 § 52 Abs. 1 BerlHG.

64 S. o. Fn. 47.

65 BVerfG, NVwZ 2018, 1052 Rn. 74.

66 § 87 Abs. 2 Satz 3 LHG M-V.

67 § 87 Abs. 2 Satz 2 LHG M-V.

68 Art. 23 Abs. 2 Satz 3 BayHSchG.

69 BVerfG, NVwZ 2018, 1054 Rn. 81.

70 Vgl. auch Knopp, NVwZ 2018, 1031.

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

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

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

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

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

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

71 § 67 Abs. 2 Satz 2 BbgHG.

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

73 S. o. Fn. 56.

74 S. o. Fn. 44.

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

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

76 § 79 Abs. 1 HochSchG RLP.

77 § 83 Abs. 1 Satz 2 HochSchG RLP.

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



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

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

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

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

79 § 83 Abs. 3 HochSchG RLP.

80 § 83 Abs. 4 HochSchG RLP.

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

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

83 S. o. Fn. 41.

84 S. o. Fn. 44.

85 § 71 Abs. 2 HSG LSA.

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

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

(o. Fn. 49).

88 § 68 Abs. 1 Nr. 3 HSG LSA.

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

90 § 58 Abs. 1 E i. V. m. § 52 E.

91 § 58 Abs. 3 E.

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

## V. Resümee

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

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

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

92 Vgl. § 58 Abs. 5 Satz 1 E.

93 § 58 Abs. 2 E.

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

95 Vgl. S. 155 der Begründung zur Vorlage.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Rechtliche Würdigung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Wortlaut

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NZA 2016, 257, 259.

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

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

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

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

## 2. Systematik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

### 3. Wille des Gesetzgebers

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

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

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

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

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

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

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

### 4. Sinn und Zweck

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

33 Vgl. zum Rechtsmissbrauch *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 217 ff.; zur Berechnung der Höchstbefristungsgrenze *Mandler/Wegmann*, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff.; juris; *Mandler/Wegmann*, Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19, OdW 2021, 53.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 5. Zur Entscheidung im Übrigen

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

Nur weil ein Beschäftigter eine bestimmte wissen-

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

#### IV. Ausblick

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

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

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

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

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

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



Karoline Haake

## *Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen*

### *Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 15.1.2021*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 So schon in BVerfGE 37, 342.

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

alle Geschlechter mitumfasst.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Datenschutz in Zeiten der Corona-Pandemie

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

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

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

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

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

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

18 Zu diesem Zweck empfohlen die Referenten, eine Bereitschafts-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Diskussion

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

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

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

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

### IV. Resümee und Ausblick

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

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

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

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

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





## Peter Hanau

### *Goethes rechtswissenschaftliches Studium*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kerstin Krieglstein

*Alternativlos*

*Unter dem Hashtag #IchbinHanna wehren sich  
Forschende gegen das Befristen von Arbeitsstellen.  
Zu Recht?<sup>1</sup>*

Forscherinnen und Forscher während und nach der Promotion stehen unter Druck: Sie wehren sich gegen befristete Verträge, sie sind unsicher in ihrer Familienplanung, sie haben Angst vor dem Karriere-Aus – und äußern ihre Sorgen tausendfach unter dem Hashtag #IchbinHanna auf Twitter. Im Zentrum der Kritik, mal wieder: das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, das die Befristung von Stellen im akademischen Mittelbau ermöglicht.

Die Ängste der Forschenden sind real, und sie sind ernst zu nehmen. Doch den Wunsch nach deutlich mehr Lebenszeitstellen vor einer Professur sehe ich als Universitätsrektorin kritisch. Anders als die befristet beschäftigten Forscherinnen und Forscher sehen das Bundesministerium für Bildung und Forschung und die Leitungen von Universitäten und Forschungsinstituten einen großen Vorteil des Gesetzes: Um immer wieder Stellen für Promovierende sowie Postdoktorandinnen und Postdoktoranden anbieten zu können, müssen sie alle drei bis sechs Jahre diese Stellen auch wirklich neu vergeben können. Universitäten sind auch wissenschaftliche Ausbildungseinrichtungen. Die Zahl der vorhandenen Stellen im Wissenschaftssystem ist nicht unerschöpflich – wer heute viele Forscherinnen und Forscher unbefristet anstellt, beraubt später ganze Jahrgänge einer wissenschaftlichen Qualifizierung.

Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler schon während der Promotion oder Habilitation umfassend zu entfristen hätte weitreichende Konsequenzen: Diese Dauerstellen wären dann einmalig für 30 bis 40 Jahre besetzt. Außerdem wäre es notwendig, dass diese mit klaren Vorgaben in einem besonders kompetitiven Verfahren vergeben werden. Viele beginnende wissenschaftli-

che Karrieren – auch von denen, die Entfristungen fordern – würden abrupt enden.

Der Grundgedanke des 2016 novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes ist ein positiver: die bisherige Endlosschleife von Befristungen mit sehr kurzer Dauer zu beenden. Seit der Novellierung läuft eine Stelle so lang wie auch das Forschungsprojekt.

Auch ich habe die eingangs formulierten Sorgen in meiner Laufbahn selbst erleben müssen. Gleichwohl sehe ich keine Alternative zu der großen Zahl befristeter Verträge – und auch nicht zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz. Die Universitäten erhalten einen wesentlichen Teil ihres Budgets aus eingeworbenen Forschungsgeldern, den Drittmitteln; sie sind an Forschungsprojekte gekoppelt und zeitlich begrenzt – wenn ein Projekt nur fünf Jahre läuft, kann man keine Lebenszeitstellen anbieten.

Natürlich betrachte auch ich unbefristete Verträge an sich als etwas Gutes. Ja, wir müssen uns der berechtigten Fragen nach einem guten Verhältnis von Be- und Entfristungen im wissenschaftlichen Mittelbau stellen. Doch das Thema ist zu komplex, um die Diskussion entlang eines einzelnen Gesetzes zu führen. Das wäre zu eindimensional und der Situation nicht angemessen.

Die Debatte zeigt: Das Thema drängt. Auch die Leitungen der Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen wissen, dass sie sich der Sache annehmen müssen. Da keine unbegrenzten Ressourcen vorhanden sind, ist es umso wichtiger, die Karrierewege und zusätzlichen Qualifikationen an den wissenschaftlichen Einrichtungen weiterzuentwickeln.

Meine Zustimmung zu zeitlich befristeten Verträgen für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler bedeutet

1 Dieser Artikel ist erstmals in DIE ZEIT 26/2021 erschienen.

nicht, dass ich die Forschenden in ihrer Qualifizierungsphase für austauschbar halte oder ihre wichtige Arbeit nicht wertschätze. Im Gegenteil: Es ist für mich wieder sichtbar geworden, dass wir überdenken müssen, wie wir miteinander umgehen und miteinander sprechen; zynische Formulierungen in Kampagnen und Stellungnahmen sind deplatziert. Die Institutionen und Vorgesetzten müssen den Forscherinnen und Forschern am Beginn ihrer wissenschaftlichen Laufbahn transparent und ehrlich über die Vertragssituation Auskunft geben – und ihre Position, Chancen und Möglichkeiten im Wissenschaftssystem aufzeigen. Das ist nicht nur eine Frage der Personalentwicklung, sondern des Respekts.

Prof. Dr. Kerstin Kriegelstein ist Rektorin der Universität Freiburg und HRK-Vizepräsidentin für Forschung, Wissenschaftlichen Nachwuchs, Medizin und Gesundheitswissenschaften.

Max-Emanuel Geis

*Das neue bayerische Hochschulinnovationsgesetz*

*Ein symphonischer Werkstattbericht*

## **I. Präludium, oder: Vorspiel auf diversen Bühnen**

Schon 2019 gab es Überlegungen einer umfassenden Reform des bayerischen Hochschulrechts, liegt doch die letzte große Änderung im Jahre 2006 – die durch die Föderalismusreform I verursacht wurde – doch schon eineinhalb Jahrzehnte zurück. Angesichts der seither massiv voranschreitenden Internationalisierung und Globalisierung soll eine weitere Autonomie vor allem durch flexiblere Governancestrukturen, aber auch eine weitere Stärkung der Hochschulleitungen die Voraussetzungen geschaffen werden, um in einer weltweit immer kompetitiveren Hochschulwelt nicht den Anschluss zu verlieren. Immerhin haben es ja auch die verschiedenen Phasen der Exzellenzinitiative/-strategie nicht wirklich geschafft, den deutschen Universitäten in den weltweiten Rankings Riesensprünge nach vorn zu verschaffen, was freilich auch an der „anglophilen“ Rankingmethodik liegen mag.

Die Vorarbeiten zum Gesetzesentwurf dümpelten zunächst etwas vor sich hin, nahmen aber dann Mitte 2020 massiv an Fahrt auf. Anlass war ein Arbeitspapier aus dem Bereich der Technischen Hochschulen, das eine Gleichstellung des Wissens- und Technologietransfers mit den Bereichen Forschung und Lehre forderte, eine deutliche (weitere) Stärkung der Hochschulleitung zu Lasten der kollegialen Selbstverwaltungsorgane verlangte (um angebliche „Blockaden“ der Entscheidungsprozesse zu verhindern) und den Hochschulen durch Einräumung einer weitgehenden Organisationsautonomie die Möglichkeit zu verschaffen, ihre Binnen-Governance auf ihre jeweiligen Bedürfnisse zuzuschneiden. Auch sollten die Hochschulen zu reinen Körperschaften mit Globalhaushalt umgebaut werden. Diese Ideen sind freilich gar nicht so visionär, wie behauptet, wurden sie doch in Baden-Württemberg, in Nordrhein-Westfalen und auch anderen Bundesländern unter dem Siegel „Unternehmerische Hochschule“ schon vor knapp 20 Jahren proklamiert (und zwischenzeitlich in Teilen auch wieder revidiert).

Besagtes Papier wurde in die Bayerische Staatskanzlei lanciert und dort zur „Chefsache“ aufgebaut. Insgesamt blieb der Prozess aber reichlich intransparent: Im Ministerium existierte ein – ständig fortgeschriebenes – Eckpunktepapier, das aber zunächst nur Eingeweihten bekannt war. Es verwundert daher nicht, dass teilweise wüste Gerüchte über die mutmaßlichen Neuregelungen bis hin zum Kahlschlag der Selbstverwaltung kursierten. Dies sorgte zum einen für großen Ärger bei den meisten Hochschulleitungen, die sich nicht als Eingeweihte empfinden durften, zum anderen zu großen Sorgen insbesondere bei den Geisteswissenschaften, die sich schon als Opfer einer neoliberalen Ökonomisierung, eines Vermarktbarkeitsdogmas und als Wissenschaften zweiter Klasse, kurz: eines akademischen Kahlschlags sahen. Zudem wurde bekannt, dass die Staatskanzlei offenbar entschlossen war, das Verfahren in größtmöglicher Schnelle durchzuziehen, idealerweise schon bis zum Jahresende. Diese Unruhe, die sich auch in den Medien abbildete, führte dazu, dass die Opposition im Oktober 2020 eine Sachverständigenanhörung im Wissenschaftsausschuss erwirkte. Diese Anhörung war in mehrfacher Hinsicht grotesk: Zum einen existierte ja noch kein Gesetzesentwurf, das Verfahren bewegte sich gerade einmal noch auf der ministeriellen Referentenebene, so dass die Befassung durch den Wissenschaftsausschuss eigentlich zur Unzeit stattfand. Zum anderen wurde den 10 geladenen Sachverständigen (die mehrheitlich aus Hochschulpräsidenten bestanden) ein Fragenkatalog von 77 Fragen übermittelt, die Zeit der Anhörung war mit gut drei Stunden recht knapp angesetzt. Allerdings konnte man aus der Formulierung der Fragen recht eindeutig sowohl den ungefähren Stand des immer noch apokryphen Eckpunktepapiers als auch der im Hintergrund wirkenden Ideengeber erraten.

In der Anhörung selbst wurde nicht mit Kritik gespart, sowohl am dysfunktionalen Verfahren also auch an den aufgrund der Fragen vermuteten, sich abzeichnenden Inhalte. Es fiel sogar das sarkastisch überhöhte Wort von einer „Einführung des Führerprinzips“ zu

Gunsten der Hochschulleitungen, was auch in der Presse kolportiert wurde und die Gemüter weiter erregte. Kurz nach der Anhörung wurde dann die finale Fassung des Eckpunktepapiers ins Netz gestellt. In den Wochen danach war das Ministerium durch eine vorsorgliche „Charmeoffensive“ erst einmal an einer Deeskalation bemüht. Zwischenzeitlich wurden in Gremien, Verbänden und sonstigen Gruppen wiederum Ziele und rote Linien diskutiert, die von der Gesetzgebung beachtet werden sollten. Zugleich unternahm das bayerische Wissenschaftsministerium eine Charmeoffensive, in der der Minister und hochrangige Ministerialvertreter sowohl in Online-Foren als auch unter Teilnahme an Hochschulratssitzungen für das Projekt warben und den oben geäußerten Gerüchten und Ängsten entgegenwirkten. Zugleich wurde deutlich, dass der anfangs überambitionierte Zeitplan nicht einzuhalten sei.

Mitte Januar 2021 veröffentlichten dann die großen Gruppenverbände (Deutscher Hochschulverband, Hochschullehrerbund, Landesverband Wissenschaftler in Bayern, Landeskonferenz der Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten an bayerischen Hochschulen, LandesAsten-Konferenz) eine gemeinsame Stellungnahme mit folgenden sieben Kernforderungen:

1. Hochschulauftrag ist Forschung und Lehre, dieser muss vollständig staatlich finanziert sein. Hochschulen sollen nur mit Zustimmung ihrer akademischen Kollektivorgane reine Körperschaften werden.
2. Erhalt von selbstverwalteten, fachlichen Einheiten mit eigener selbstgewählter Leitung und Zuständigkeit für Studiengänge; diese haben ein eigenes, selbstgewähltes Kollektivorgan, in dem alle Statusgruppen vertreten sind (berufliche und studentische Heimat).
3. Internes, selbstgewähltes Kollektivorgan, in dem alle Statusgruppen vertreten sind (Senat), das Haushalt und den Stellenplan beschließt sowie die Leitlinien von Forschung und Lehre und der Hochschulentwicklung bestimmt.
4. Beschränkung der Zuständigkeit der Hochschulräte auf Aufsicht und Beratung. Sicherstellung der fachlichen Eignung seiner externen Mitglieder sowie Wahl durch Senat und Vorschlagsrecht aller Statusgruppen.
5. Haushalt mit klarer Mittelzuweisung zu den Aufgaben der Hochschulen und keine Risiken in den Haushalten der Hochschulen, insbesondere einen garantierten Aufwuchs bei Kostensteigerungen.
6. Die Gleichstellung aller Geschlechter und die tatsächliche Gleichstellung der Frauen in der Wissenschaft sind zentrale Querschnittsaufgabe der Hochschulen und deren Leitungen.
7. Es muss ausreichend Zeit für Stellungnahmen der Betroffenen und ihrer Verbände eingeräumt werden. Da eine komplette Neufassung des Gesetzes geplant ist, muss auch allen Hochschulorganen ausreichend Gelegenheit gegeben werden, eine Position zum Gesetzesvorschlag zu entwickeln.

Gerade die letzte Forderung erschien besonders wichtig, war doch schon wieder das Gerücht aufgekommen, dass der neue Zeitplan eine Verabschiedung im Kabinett Anfang März 2021 vorsehe mit einer anschließenden 6-wöchigen Frist für die Verbändeanhörung bis längstens Ende April, so dass das Gesetz noch vor der Sommerpause in Kraft treten könne. Dann wäre aber die leidige (wenngleich nicht unbekannt) Situation eingetreten, dass wegen der in Bayern noch andauernden vorlesungsfreien Zeit eine strukturierte Befassung und Diskussion in den Senaten nahezu unmöglich gewesen wäre. Da hierüber auch in der Regierungskoalition unterschiedliche Auffassungen herrschten, wurde der Zeitplan noch einmal nach hinten verschoben und zwischenzeitlich im Entwurf noch einmal etliche Detailregelungen verändert.

## II. Exposition, oder: der lang erwartete Gesetzesentwurf

Dann war es soweit: Am 18. Mai 2021 billigte das bayerische Kabinett den Gesetzesentwurf, der am 11.6.2021 sodann ins Netz gestellt wurde. Der Leser erlebt ein Gesetz, das die interne Organisation und Governance fast völlig den einzelnen Hochschulen zur Regelung in der Grundordnung überlassen wird. Lediglich die Dreiheit von Hochschulleitung (Präsidium), zentralem Kollektivorgan (nicht zwingend Senat genannt) und Hochschulrat als internem Aufsichtsorgan sind vorgegeben, nicht dagegen eine Untergliederung in Fakultäten. Ob und wie eine Hochschule eine „zweite Ebene“ einzieht, bleibt ihr überlassen: Sie kann das herkömmliche Fakultätssystem wählen, aber auch eine moderne Departementstruktur; auch eine Matrixorganisation ist möglich, in der nur die Forschung in Departements organisiert wird, die Lehre hingegen in einer oder mehreren „Schools“ stattfindet. Die neu zu errichtende *TU Nürnberg* bietet hierzu in ihrem Errichtungsgesetz den Prototyp, der jetzt auch von anderen Hochschulen übernom-

men werde können soll. Etwas kryptisch formuliert das Gesetz, dass eine zweite Selbstverwaltungsebene eine Leitung haben müsse (heiße sie nun Dekan, Dean, Chair oder sonstwie). Allerdings verschweigt das Gesetz, wie diese Leitung ins Amt gelangt; theoretisch könnte das auch ein „von oben“ ohne Wahl eingesetzter Dekan sein. Dass dies keine völlig abwegige Konstruktion ist, beweist die jetzige Rechtslage, bei der ein gewählter Dekan durch die Hochschulleitung bestätigt werden muss. Auch in anderen Bundesländern gab es immer wieder Ansätze, das Durchregieren einer übermächtigen Hochschulleitung zu ermöglichen.

Eine nach wie vor aktuelle Frage ist, wie der Freistaat auf den MHH-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juli 2014 (1 BvR 3217/07) reagieren würde. Danach ist eine Stärkung der Kompetenzen der Hochschulleitung zulässig, wenn im Gegenzug der Senat reziprok die Möglichkeit erhält, diese vorzeitig abzuwählen. Tatsächlich hat Bayern – im Unterschied zu den meisten anderen Bundesländern – bislang keine rechtlichen Konsequenzen aus dieser Entscheidung gezogen. Im jetzt vorliegenden Gesetzentwurf ist neben dem schon bisherigen Abwahlrecht des Hochschulrats auch ein Abwahlrecht durch ein Quorum von 40% der Hochschullehrer und Hochschullehrerinnen selbst vorgesehen. Beide Fälle erfüllen die verfassungsgerichtlichen Vorgaben nicht hinreichend. Zum einen sind nach dem neuen Gesetz – anders als die noch geltende Fassung – die professorale Seite Mitglieder des Hochschulrats nicht mehr automatisch Hochschulratsmitglieder, was die Zuständigkeit des kollektiven Selbstverwaltungsorgans aushöhlt. Zudem hat die professorale Seite auch in diesem Fall keine Mehrheit. Die stattdessen angebotene Abwahlmöglichkeit durch die Professorenschaft ist kaum praktikabel und unrealistisch, da kaum zu erwarten ist, dass die Professorenschaft, die in der Mittelzuweisung letztlich von der Hochschulleitung abhängig sind – v.a. an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften – sich zu einer „Rebellion“ verständigen kann. Außerdem sieht der Entwurf ein außerordentliches Abberufungsrecht des/der Präsidenten/-in durch den Staatsminister/die Staatsministerin vor, wenn diese/r seine/ihre Pflichten gröblich verletzt oder sich eines außerdienstlichen oder wissenschaftlichen Fehlverhaltens schuldig macht. Dieses Abberufungsrecht ist allerdings mit dem System des Beamtenrechts inkompatibel, da jedenfalls bei verbeamteten Präsidenten/Präsidentinnen das in diesen Fällen eigentlich statthafte, strikt formalisierte Disziplinarrecht schlicht umgangen wird.

Eine weitere Änderung des Entwurfs sieht vor, den Hochschulen die Rechtsform einer reinen Körperschaft zu ermöglichen, also den Status einer staatlichen Einrichtung zu canceln. War dies im Vorfeld noch als obligatorische Konstruktion nach dem Vorbild des nordrhein-westfälischen Hochschulfreiheitsgesetzes 2006 geplant worden, wurde dies nach erheblichem Gegenwind im Gesetzesentwurf zu einer Optionsklausel gemacht – freilich verbunden mit der ebenfalls optionalen Entscheidung für einen Globalhaushalt, was dogmatisch auch durchaus Sinn macht. Allerdings wurde – nach massiven Initiativen – eine wesentliche Komponente hiervon ausgenommen, nämlich die Dienstherreneigenschaft: Das professorale Personal verbleibt beim Freistaat Bayern und wird definitiv nicht den Hochschulen als Dienstherren zugeordnet. Hier spiegeln sich Erfahrungen aus der niedersächsischen Hochschulreform 2001, die einen Übergang der Beamten auf die Stiftungsuniversitäten vorsah, was seinerzeit extremen Ärger infolge eines – eher psychologischen – Gefühls der Abgesobbenheit erzeugte. In mehreren Diskussionsrunden wurde daher der ganz überwiegende Wunsch an das Ministerium geäußert, dass der Freistaat Dienstherr bleiben solle. Dies wurde im Gesetzesentwurf auch aufgenommen, freilich mit dem Effekt, dass bei einem Wechsel in die reine Körperschaftsform mit dem Personalsektor ein großer Bereich aus dem Globalhaushalt wieder herausgenommen wird und so die angestrebte Flexibilität verringert wird.

### III. Durchführung, oder: Die Anhörung und ihre Folgen

Nach der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs im Kabinett wurde eine weitere 2-tägige Anhörung im Wissenschaftsausschuss für den 14./15. Juni 2021 (ursprünglich Mai) angesetzt. Diese sprengte die Rekorde: Sie war nicht nur mit zwei vollen Tagen die längste Anhörung in der Geschichte des Bayerischen Landtags, sie stellte auch mit 15 Sachverständigen (!) das bei weitem größten Panel aller Zeiten. Deutlich war aber auch hier wieder das Übergewicht der Funktionsträger und Verbände, die vornehmlich die Gruppeninteressen, erst in zweiter Linie die (verfassungs-) rechtlichen Probleme artikulierten. Zum Teil wurden hier auch wieder die seit den 70er Jahren kursierenden Forderungen aufgefrischt. So monierten die zahlreich vertretenen Hochschulpräsidenten, dass die gleich dreifach gegebene Möglichkeit einer vorzeitigen Abberufung den Stellenwert des Amtes



konterkariere. Die Vertretung des Mittelbaus monierte die prekäre Situation der zeitlich befristeten Beschäftigten, was in der Sache durchaus berechtigt, aber für die große Mehrheit als arbeitsrechtliche Frage gar nicht in die Landeskompetenz fällt. Die Studierendenvertreter der LandesAstenkonferenz forderten routinemäßig die – verfassungsrechtlich nicht begründbare – Viertelparität ein und nahmen die Gelegenheit wahr, über die neuformulierten Hochschulaufgaben der gesellschaftlichen Relevanz und der Nachhaltigkeit einschließlich des Klimaschutzes über die Hintertür ein hochschulrechtliches Mandat in ein allgemeinpolitisches Mandat umzudeuten – ebenfalls ein altbekanntes Déjàvu. Der Verband der Gleichstellungsbeauftragten beschränkte sich auf Gender- und Kaskadenfragen.

Als wirkliches verfassungsrechtliches Problem kristallisierte sich jedoch immer deutlicher die Frage der Wesentlichkeitstheorie heraus: Was muss der Gesetzgeber selbst regeln, was kann er auf die Satzungsebene delegieren? Dieses Grundthema durchzieht letztlich den gesamten Gesetzesentwurf. So sind etwa die Fakultäten, deren Relativierung weitgehend beklagt wurde, keineswegs verfassungsfest. Die renommierte, der französischen ENA nachgebildete *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer* hat von vornherein keine Fakultäten; Matrixorganisationen – wie oben beschrieben – unterliegen dem vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der eben keiner Bindung an eine althergebrachte Organisationsform unterliegt.<sup>1</sup> Anders ist es hingegen mit der Amtszeit des Präsidenten: Nach dem Gesetzesentwurf wird diese durch die Grundordnung festgelegt. Möglich wäre danach auch eine sehr lange Amtsperiode. Dies widerspricht aber dem Prinzip demokratischer Legitimation, deren unverzichtbares Pendant die Kontrolle ist. Eine effektive Kontrolle kann aber nur stattfinden, wenn die Amtsperioden überschaubar sind, da ansonsten die Kontrolle durch das Vergessen und Verblässen überlagert wird. Dies zeigt ein Blick auf vergleichbare Fälle: Die Amtszeiten der ersten Bürgermeister in Gemeinden (ebenfalls Selbstverwaltungskörperschaften) sind in der Regel auf sechs Jahre limitiert, die längste Amtszeit hat der Bürgermeister in Baden-Württemberg mit acht Jahren. Darüber hinaus ist nur noch das Amt eines Bundesverfassungsrichters auf zwölf Jahre befristet, hier gibt es

jedoch keine Wiederwahl als Akt der Kontrolle. Daraus kann man die Lehre ziehen, dass der Gesetzgeber selbst die Länge der Amtsperiode (nicht die Zahl der Amtsperioden!) bestimmen muss, um nicht durch eine „Putin-Klausel“ die Effektivität der periodischen Kontrollen zu unterlaufen.

Zweites verfassungsrechtliches Problem ist das immer noch nicht stimmig gelöste Dreiecksverhältnis zwischen Hochschulleitung, Senat und Hochschulrat. Der Gedanke eines ausgewogenen *system of checks and balances* wird nach wie vor durch die versteckte partielle Zirkellegitimation konterkariert: Die Hochschulleitung sucht die externen Mitglieder des Hochschulrats aus, die anschließend bei der Wahl der Mitglieder des Hochschulrats mitwirken. Dieser – leider bundesweit verbreitete – Geburtsfehler bei der funktionalen Selbstverwaltung wird durch die Zustimmung des Senats und die Bestellung durch den Wissenschaftsminister/die Wissenschaftsministerin zwar abgeschwächt, aber nicht beseitigt.

Kritisiert wurde auch die Möglichkeit, dass die internen Mitglieder des Hochschulrates mit den Senatsmitgliedern nicht mehr automatisch identisch sein müssen – eine der wesentlichen Vorgaben, die den Bayerischen Verfassungsgerichtshof 2008 veranlasste, die damalige Regelung als (gerade noch) verfassungsgemäß zu erklären. Ungeachtet der Frage, ob dies verfassungsrechtlich noch zulässig ist, ist diese Frage unter Governance-Gesichtspunkten höchst zweifelhaft: Es besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass die internen Mitglieder eine Art Gegensenat oder Parallelsenat bilden, der die Entscheidungsabläufe blockiert und die Hochschulleitungen befähigt, beide „Vertretungen“ gegeneinander auszuspielen.

Ganz massiv – allerdings nicht von den präsidentiellen Sachverständigen – wurde gefordert, dass die Leitung der nachgeordneten Selbstverwaltungseinheiten durch Wahl deren Organe erfolgen muss. Es ist genuiner „Job“ eines Dekans, die Interessen einer Fakultät auch einmal gegenüber der zentralen Ebene zu vertreten und vertreten zu müssen. Eine Einsetzung „von oben“ würde dies dysfunktional unterlaufen.

Ein weiterer strittiger Punkt ist die Einräumung eines (begrenzten) Promotionsrechts an qualifizierte Fachhochschulen. Die bayerische Gesetzgebung knüpft hier – unter starkem Lobbydruck – an bereits bestehende Par-

1 Das steht schon unmissverständlich im berühmten „1. Hochschulurteil“ (BVerfGE 35, 79/ 116 ff.) und wurde seitdem gebetsmühenhaft wiederholt

allelvorschriften in Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein an; weitere Bundesländer schicken sich an, zu folgen. Allerdings ist unübersehbar, dass der Gesetzesentwurf die Voraussetzungen für die temporäre Einräumung des Promotionsrechts deutlich abschwächt. Vergleicht man die gesetzlichen Voraussetzungen mit den Anforderungen, die etwa der Wissenschaftsrat an die Verleihung eines Promotionsrechts an private Hochschulen stellt.<sup>2</sup> Zwar haben die Empfehlungen und Leitfäden des Wissenschaftsrats keine unmittelbare normative Wirkung, gleichwohl genießen sie ein erhebliches wissenschaftsrechtliches und -politisches Renommée. Daher hat die Kultusministerkonferenz durch Beschluss vom 13.02.2020 einen Musterparagraphen (KMK-MP) geschaffen, in dem die wesentlichen Vorgaben der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen normativiert wurden.<sup>3</sup> Darin setzt auf der Grundlage der o.g. Kriterien in § 1 Abs. 4 KMK-MP die Verleihung des Promotionsrechts an eine Hochschule als rechtliche Mindestkriterien voraus, dass

- (1) sie auf der Grundlage von Forschungsschwerpunkten ein erkennbares wissenschaftliches Profil entwickelt hat, das an andere Hochschulen anschlussfähig ist,
- (2) die an der Hochschule erbrachten Forschungsleistungen der Professoren sowie die Forschungsbasierung der Studiengänge den für promotionsberechtigte staatlichen Hochschulen geltenden Maßstäben entsprechen und
- (3) die Hochschule über ein geregeltes, transparentes Promotionsverfahren verfügt.

Diese Kriterien werden als unabdingbar gesehen, um die Qualitätssicherung der Promotionsverfahren zu garantieren.

Der Entwurf des BayHIG hat die Regelungen des KMK-MP in Art. 93 Abs. 2 wörtlich übernommen: Als zwingende Voraussetzung verlangt Art. 93 Abs. 4 Satz 1 BayHIG-E eine gutachterliche Stellungnahme des Wissenschaftsrats oder einer vergleichbaren Akkreditierungseinrichtung zur Überprüfung der in Art. 93 Abs. 2 genannten Kriterien. Die Formulierung ist so gewählt, um – auch aus europarechtlichen Gründen – keine Monopolstellung des Wissenschaftsrats zu begründen. Ungeachtet dessen dürfte der Wissenschaftsrat derzeit aufgrund seiner langjährig gewachsenen, institutionalisierten Sachkunde die einzige Einrichtung sein, die eine ent-

sprechende Stellungnahme objektiv und wissenschaftsadäquat abzugeben vermag. Auch ist der wesentliche Inhalt der Stellungnahme im Sinne größtmöglicher Transparenz nach Art. 94 Satz 2 BayHIG-E zu veröffentlichen; ergänzend wird auf Art. 87 Abs. 2 bis 4 HIG verwiesen.

Vergleicht man nun Art. 93 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 7 BayHIG-E, so ist die Diskrepanz zwischen den Anforderungen sofort greifbar: Bei den Hochschulformen für angewandte Wissenschaften (HaW) soll – lediglich – eine „angemessene Forschungsstärke“ und die Einbettung in eine grundständige akademische Lehre ausreichend sein; weder kommt es auf ein erkennbares wissenschaftliches Profil noch auf eine Anschlussfähigkeit der Hochschule an. Die herausragenden Leistungen der Professorinnen und Professoren in der anwendungsbezogenen Lehre sollen nach Art. 80 Abs. 7 Satz 2 Zf. 1 BayHIG-E höchstens fünf Jahre zurückliegen dürfen; das liest sich zunächst achtbar, schließt aber nicht aus, dass eben in den letzten fünf Jahren keine substantiellen Forschungsergebnisse erbracht wurden. Im Falle der nicht-staatlichen Hochschulen wäre das ein K.-o.-Kriterium. Auch die weiteren Maßgaben des Wissenschaftsrats werden nicht hinreichend aufgenommen und durch weit vagere Regelungen ersetzt. Desgleichen sind Aussagen zu dem Begutachtungsverfahren ganz auf die intransparente Rechtsverordnungsebene verschoben. Der Vorsitzende des Wissenschaftsausschusses versuchte dies in der Anhörung damit zu rechtfertigen, dass es ja beim Wissenschaftsrat „immer so lang dauere“. Gleichwohl ist im Sinne der Qualitätssicherung und Gleichbehandlung zu fordern, dass das vorgesehene Begutachtungsverfahren – wie bei den nichtstaatlichen Hochschulen – ebenfalls nur durch den Wissenschaftsrat oder vergleichbare Akkreditierungseinrichtungen (die es – wie erwähnt – derzeit nicht gibt) durchgeführt werden dürfen bzw. sollen, um auszuschließen, dass eine (womöglich adhoc und ergebnisorientiert zusammengestellte) Feld-Wald-und-Wiesen-Kommission das gewünschte Ergebnis „herbeigutachtet“. Diese Anforderungen müssen analog Art. 93 Abs. 4 BayHIG ebenfalls auf der formalgesetzlichen Ebene geregelt werden. Insgesamt zeigt sich hier eine ganz massive Schwachstelle des Gesetzes. Dass sich hier die Fachhochschullobby systematisch in Salamtaktik zum uneingeschränkten Promotionsrecht vorarbeitet, zeigt im Übrigen der Blick nach

2 Wissenschaftsrat, Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen v. 30.1.2015, Drs. 4395-15, sub B V, S. 39 ff.

3 Erhältlich postalisch beim Sekretariat der Ständigen Konferenz

der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Graurheindorfer Str. 157, 53117. Seltsamerweise wurde der Beschluss nicht – wie ansonsten viele andere – auf [www.kmk.org](http://www.kmk.org) oder an einer andere Stelle einsehbar ins Netz gestellt

Hessen, wo gerade stillklammheimlich der Übergang von der temporären Ausnahmeregelung zu einer Verstärkung geplant ist.<sup>4</sup>

#### IV. Coda, oder: Wie geht es weiter?

Eine Zwischenbilanz zeigt: Wesentliche grundsätzliche Vorbehalte gegen das BayHIG konnten in der Tat entschärft werden, es kommt jetzt vornehmlich auf die Feinabstimmung an. Dabei hat die letzte Anhörung durchaus effektiv gewirkt: So sollen dem Vernehmen nach wieder die Senatsmitglieder im Hochschulrat sein. Auch ist das Sonderabberufungsrecht des Ministers im Bezug auf den Präsidenten offenbar wieder gestrichen worden. Zwingend ist es auch, das Gesetz mit den beamtenrechtlichen Normen zu harmonisieren. So sind z.B. die Regelungen über die Forcierung des Wissens- und Technologietransfers weitgehend konterkariert, wenn nicht im gleichen Zug eine fundamentale Liberalisierung insbesondere des beamtenrechtlichen Nebentätigkeitsrechts erfolgt, insbesondere hinsichtlich der Abführungspflicht. Wenn die zahlreichen, bislang unter dem Radar bleibenden, beamtenrechtlichen Regelungen, im

Rahmen dieser Hochschulreform an den Telos des BayHIG-E angepasst würden, hätte dieses tatsächlich die Chance auf einen „großen Wurf“; anderenfalls bringt der kreißende Berg wieder einmal mehr nur ein Mäuschen hervor. Allerdings scheint sich die Endfassung des Gesetzesentwurfs deutlich in den Herbst 2021 zu verlagern. Jedenfalls insofern ist von einem bombastischen Schnellschuss keine Rede mehr. Ungeachtet dessen dürften die Popularklagen vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof erwartbar sein.

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht

Lehrstuhl für Deutschen und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Landesvorsitzender Bayern des Deutschen Hochschulverbandes

4 Vgl. dazu die – natürlich positive – Stellungnahme des CHE als Influencer auf [www.che.de](http://www.che.de) (der derzeitige Chef des CHE, *Frank Ziegele*, ist Professor an einer niedersächsischen Hochschule für angewandte Wissenschaften)..

# Thomas Würtenberger

## Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen

### Überblick

I. Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen durch den von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten Musterparagrafen

II. Staatliche Anerkennung privater Hochschulen keine Ermessensentscheidung

III. „Angemessen“ und „Angemessenheit“ als verfassungskonforme Kriterien für Eingriffe in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG?

1. Zu den Angemessenheitsregelungen im Musterparagrafen
2. Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Angemessenheitsvorbehalten bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten
  - a) Zur Abgrenzung- von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit
  - b) Regelung wesentlicher Fragen und Maßstäbe der Hochschulgestaltung nur durch den Gesetzgeber
  - c) Widerspruch zur Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum
3. Zwischenbemerkung

IV. Verfassungsrechtliche Kritik an Einzelregelungen des Musterparagrafen

1. Weder die Frist staatlicher Anerkennung noch das Verhältnis von Fristen und Kosten verfassungskonform geregelt
2. Zum ausreichenden Zugang zu fachbezogenen Medien
3. Ermöglichung eines wissenschaftlichen Diskurses durch Größe und Ausstattung der Hochschule

V. Vernachlässigung eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren

1. Exkurs zu den Vorgaben für die Organisation und Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat
2. Zu den verfahrensrechtlichen Vorgaben für Verfahren institutioneller Akkreditierung
  - a) Zweifel an der Effektivität wissenschaftsratsinterner Rechtsschutzverfahren
  - b) Defizit an verwaltungsinterner Rechtskontrolle?
  - c) Gesetzliche Regelung des Beschwerdeverfahrens gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates

VI. Schlussbemerkung

Private Hochschulen müssen vor ihrer im jeweiligen Landeshochschulgesetz geregelten staatlichen Anerkennung<sup>1</sup> Verfahren institutioneller (Re-)Akkreditierung durchlaufen. Sowohl die landesrechtlichen Regelungen staatlicher Anerkennung als auch die in aller Regel dem Wissenschaftsrat übertragenen Verfahren der institutionellen Akkreditierung, waren nach Ansicht der Kultusministerkonferenz reformbedürftig. Die Kultusministerkonferenz hat daher im Februar 2020 einen in das Hochschulrecht der Bundesländer umzusetzenden Musterparagrafen für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen beschlossen<sup>2</sup>, was ein Schritt in die richtige Richtung ist. Allerdings wirft dieser unter Ausschluss der Fachöffentlichkeit erarbeitete Musterparagrafen für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen einige Zweifelsfragen auf, denen im Folgenden nachgegangen wird.

### I. Zur Reform der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen durch den von der Kultusministerkonferenz verabschiedeten Musterparagrafen

In dieser Zeitschrift wurden wiederholt Zweifel an der Rechts- und Verfassungskonformität der vom Wissenschaftsrat durchgeführten Verfahren der institutionellen Akkreditierung geäußert.<sup>3</sup> Einer der zentralen Kritikpunkte war, dass *unterschiedliche Maßstäbe* für die staatliche Anerkennung einer privaten Hochschule einerseits und für ihre institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat andererseits bestehen bzw. bestanden haben. Denn im jeweiligen Landeshochschulgesetz waren bislang die Anerkennungsvoraussetzungen relativ

Herrn Alexander Krüger danke ich für eine kritische Durchsicht des Manuskripts.

- 1 So z. B. nach § 70 Abs. 1 S. 5 LHG BW; § 123 Abs. 3 S. 2 Berl HG; § 84 Abs. 2 S. 1 Bbg HG; § 91 Abs. 3 Hess HG; § 64 Abs. 1 S. 2 Nds HG.
- 2 Kultusministerkonferenz NS. 241. AK, 13.2.2020, Berlin; Beratungsunterlage RS Nr. 48/2020 vom 31.1.2020; eine Veröffentlichung dieses die Landesgesetzgebung bestimmenden Musterparagrafen ist, soweit ersichtlich, nicht erfolgt, was die im

demokratischen Staat gebotene Transparenz nicht eben fördert.

- 3 Würtenberger, Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung, OdW 2020, 215 ff.; ders., Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, 15 ff.; Zechlin, Institutionelle Akkreditierung von Privathochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2018, 253 ff.

kurz und präzise geregelt. Demgegenüber hat der Wissenschaftsrat die ihm von den zuständigen Landesministerien übertragene institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen sehr ausführlich und ohne Rücksicht auf eventuell bestehende landesgesetzliche Regelungen in seinem „Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“<sup>4</sup> geregelt. Nach diesem Leitfaden ist die vom Wissenschaftsrat eigenständig entwickelte und in keinem Hochschulgesetz als Begriff oder Maßstab genannte *Hochschulförmigkeit* Voraussetzung für eine institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen.

Diese *Differenz im Maßstab* für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat hatte bisweilen zur Folge: Privaten Hochschulen musste wegen Beachtung der gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen die staatliche Anerkennung erteilt werden, obgleich der Wissenschaftsrat ihnen die institutionelle Akkreditierung mangels hinreichender Hochschulförmigkeit verweigert hatte. Erschwerend kam für diese staatlich anerkannten privaten Hochschulen hinzu, dass der Wissenschaftsrat seine *Ablehnung der institutionellen Akkreditierung*, ohne die betroffene Hochschule zuvor anzuhören, im *Internet veröffentlicht* hatte. Da der Blick in das Internet für Viele eine wichtige Entscheidungshilfe ist, führte die Internetveröffentlichung, sofort von Wikipedia auf der Infoseite zu der betroffenen Hochschule übernommen, zu einer erheblichen Rufschädigung der staatlich anerkannten Hochschule. Denn Privathochschulen sind, wie vom Bundesverfassungsgericht bemerkt, „wegen der Akzeptanz der von ihnen angebotenen Ausbildung auf dem Arbeitsmarkt auf Akkreditierung angewiesen“.<sup>5</sup> Studierende an einer der betroffenen Hochschulen brachen ihr Studium wegen der vom Wissenschaftsrat publizierten negativen Akkreditierungsgutachten ab oder zogen ihre Einschreibung zurück. Privaten Hochschulen, denen die Reputation institutioneller Anerkennung verweigert wird, erleiden eben erhebliche finanzielle Verluste.

Es ist unbestritten, dass sich die Reform der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Programmakkreditierung zu orientieren hat.<sup>6</sup> Ebenso wie die Qualitätssicherungsverfahren im Bereich der Studiengänge müssen auch die hochschulbezogenen Qualitätssicherungsverfahren gesetzlich geregelt werden. Denn auch mit diesen Verfahren wird in die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Forschungs- und Lehrfreiheit der Hochschulen und ihres wissenschaftlichen Personals sowie auch ihrer Träger- und Betreibergesellschaften eingegriffen.

In dem von der Kultusministerkonferenz beschlossenen Musterparagrafen werden nicht nur einige Regelungen getroffen, die bereits in der Akkreditierungspraxis des Wissenschaftsrates zur Anwendung kamen, sondern auch Regelungen, die zur *rechtsstaatskonformen Verfahrensgestaltung* beitragen sollen. Erwartet wird, dass dieser Musterparagraf bei Novellierungen des Landeshochschulrechts in das Landesrecht umgesetzt wird.<sup>7</sup> Eine Publikation dieses Musterparagrafen mit seiner Begründung ist nicht ersichtlich, ein bedauerlicher Verstoß gegen das Gebot demokratischer Transparenz. Bei entsprechenden Änderungen der Landeshochschulgesetze wird bisweilen freilich auf diesen Musterparagrafen verwiesen.

Mit dem Musterparagrafen wird ein „länderübergreifendes Gesamtgefüge der institutionellen Qualitätssicherung bei nichtstaatlichen Hochschulen auch zur Gewährleistung gleicher Standards bei der staatlichen Anerkennung nichtstaatlicher Hochschulen“ auf den Weg gebracht.<sup>8</sup> Ziel ist dabei, das Lehr- und Forschungsniveau der nichtstaatlichen dem der staatlichen Hochschulen anzugleichen. Zu diesem Zweck regelt § 1 Musterparagraf ländergemeinsame Kriterien für die staatliche Anerkennung und für die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen. § 2 Musterparagraf normiert ebenfalls zur ländereinheitlichen Umsetzung die Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat.

4 Wiss Rat Drs. 4395-15.

5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 51.

6 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 1 ff.; *Stucke*, Der Wissenschaftsrat, in Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, 47. Aktualisierung September 2017, Rn. 14; *Geis*, Das BVerfG zur Akkreditierung, OdW 2016, 193, 201; BeckOK HochschulR NRW/Birnbaum, 19. Ed. 1. 6. 2021, HG § 73 Rn. 9; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 77 mit ausführlicher Begründung.

7 Was in einigen Bundesländern bereits geschehen ist: Baden-Württemberg: Landeshochschulgesetz in der Fassung vom

17.12.2020, GBl. S. 1204 mit erst später in Kraft tretenden Regelungen; Nordrhein-Westfalen: § 73 NRW HG. Vor dem Abschluss: Hessen ([https://wissenschaft.hessen.de/sites/default/files/media/hmwk/210507\\_hhg\\_volltext\\_ressortabstimmung\\_kabinett\\_i\\_final.pdf](https://wissenschaft.hessen.de/sites/default/files/media/hmwk/210507_hhg_volltext_ressortabstimmung_kabinett_i_final.pdf), abgerufen am 28.6.2021); Bayern (Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz, [https://www.stmwk.bayern.de/download/21063\\_HIG-Begr%C3%BCndung.pdf](https://www.stmwk.bayern.de/download/21063_HIG-Begr%C3%BCndung.pdf), abgerufen am 28. 6. 2021); Sa-Anh LT-Drs. 7/6675, S. 13 f.; Nds LT-Drs. 18/9392, S. 37; S-H LT-Drs. 19/289, S. 88.

8 Musterparagraf (Fn. 2), S. 7.

Die landesgesetzliche Umsetzung dieses Musterparagraphen trägt zur erforderlichen Verrechtlichung der Verfahren staatlicher Anerkennung und institutionellen Akkreditierung privater Hochschulen bei. Gleichwohl besteht Anlass, auf verfassungsrechtliche Defizite der Neuregelung der Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren hinzuweisen. Diese betreffen das aus älteren Schichten des Hochschulrechts stammende Ermessen des zuständigen Ministeriums bei der Anerkennung privater Hochschulen (II.), die weites Ermessen eröffnende „Angemessenheit“ als Voraussetzung für Eingriffe in die Freiheit von Forschung und Lehre (III.), einige verfassungsrechtlich zweifelhafte Einzelregelungen (IV.) sowie mangelhafte Verfahrensregelungen (V.).

## II. Staatliche Anerkennung privater Hochschulen keine Ermessensentscheidung

Nach dem Hochschulrecht der Bundesländer steht die staatliche Anerkennung im *Ermessen des zuständigen Landesministeriums*. Ein Anerkennungsermessen besteht selbst dann, wenn alle Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind. § 1 Abs. 3 S. 1 Musterparagraph lässt es offen, ob im Landesrecht ein Anerkennungsermessen geregelt wird: „Die staatliche Anerkennung muss / soll / kann erfolgen, wenn“ die dort im Einzelnen geregelten Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit bislang das Landesrecht gemäß dem Musterparagraphen reformiert wurde, ist die Variante des Anerkennungsermessens gewählt worden.<sup>9</sup> Verfassungsrechtliche Zweifel bei Grundrechtseingriffen nach Ermessen bestehen offensichtlich weder bei der Kultusministerkonferenz noch beim Landesgesetzgeber.

Im Musterparagraphen werden *keine Ermessensgründe* genannt, die die Verweigerung der staatlichen Anerkennung trotz Erfüllens der Anerkennungsvoraussetzungen rechtfertigen könnten. Wozu also soll dieser Ermessensspielraum dienen? Soll es etwa statthaft sein, regulierend in den Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Hochschulen um die Immatrikulation von Studierenden einzugreifen? Oder soll eine regionale Steuerung des Hochschulangebots erfolgen? Sollen staatliche

Anerkennungen verweigert werden dürfen, weil der lokale Markt nach Ansicht des zuständigen Ministeriums bereits eine derartige Kapazität an Studienplätzen erreicht habe, dass die Neugründung einer privaten Hochschule in diesem Bildungssegment *keine hinreichende Studierendenzahl* erreiche, um sich *finanziell* zu tragen? Derartige Ermessenserwägungen würden an eine Bedarfsprüfung erinnern, die das Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts beendet hat.<sup>10</sup>

Die in § 1 Abs. 3 S. 1 Musterparagraph vorgesehene Ermessensregel verstößt gegen den Schutz der Wissenschafts- und Lehrfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Dessen Freiheitsbereich lässt sich nur in Konkretisierung seiner *verfassungsimmanenten Schranken* begrenzen. Diese Begrenzung kann *verfassungskonform* nur durch den Gesetzgeber und auf Grund gesetzlicher Regelung, aber nicht durch die Verwaltung erfolgen. Denn „die mit der Qualitätssicherung verbundenen Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit bedürfen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage“. Dafür streiten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot. Sie verpflichten den *Gesetzgeber* dazu, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen *selbst* ausdifferenzieren.<sup>11</sup> Muss der Gesetzgeber regeln, unter welchen Voraussetzungen eine private Hochschule anzuerkennen ist, so folgt: Eine private Hochschule ist immer dann staatlich anzuerkennen, wenn sie die gesetzlich geregelten Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt.

Dabei ist von zweierlei auszugehen:

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt zum Einen nicht allein den Hochschulbereich, sondern auch die „privatrechtlich organisierte Wissenschaft“. <sup>12</sup> *Die Gründungsiniciativen juristischer Personen in privatrechtlicher Rechtsform*, also etwa eines Vereins, einer GmbH, einer Aktiengesellschaft oder Stiftung, können sich ebenso wie private Hochschulen auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen. Für eine Hochschulgründerin, zum Beispiel in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, ist, ebenso wie für die von ihr zu gründende Hochschule, der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet.<sup>13</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn, wie in den meisten Fällen, mit der Hochschulgründung

9 Zum Beispiel § 73 Abs. 2 S. 1 NRW HG.

10 BVerfGE 7, 377.

11 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 59.

12 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 48; *Fehling*, in: BK Art. 5 Abs. 3 Rn. 132; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 73.

13 Zum Schutz von Gründungsiniciativen durch Art. 5 Abs. 3 GG: *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 19 mit Nachw.; zum Schutz der Forschungs- und Lehrorganisation durch juristische Personen des Privatrechts: *Kempen*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2020, Art. 5 GG Rn. 185.

besondere wissenschaftspolitische Gestaltungsformen, besondere Konzepte von Lehre oder besondere Forschungszwecke verfolgt werden.

Da Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zum Anderen zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten gehört, unterliegt die lehr- und wissenschaftsaffine Privathochschulfreiheit nur *verfassungsimmanenten Schranken*. In deren Wissenschafts- und Lehrfreiheit kann nur „mit Rücksicht auf kollidierendes Verfassungsrecht eingegriffen werden“. Dies gilt ebenfalls für den Schutz der Gründungsinitiative, die vom Träger der Hochschule ausgeht.<sup>14</sup>

Eingriffe in die die privaten Hochschulen schützende Wissenschafts- und Lehrfreiheit sind nur aus Gründen „der Erhaltung und Förderung der Hochschulen“ selbst „sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger“ statthaft. Statthaft sind gesetzliche Regelungen<sup>15</sup>, die einen Raum freier Forschung und Lehre, ohne die Qualitätssicherung<sup>16</sup> zu vernachlässigen, sowie freier Hochschulselbstverwaltung normieren. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber, wie von *Gärditz* zusammengefasst, die individuelle Freiheit in Forschung und Lehre unter anderem durch „Ausschluss von Weisungsrechten gegenüber Hochschullehrerinnen und -lehrern im wissenschaftlichen Erkenntnis- und Erkenntnisvermittlungsprozess“ zu sichern; die gesetzliche Vorgabe für die Organisationsstruktur muss „einen hinreichenden Einfluss der in Forschung und Lehre Tätigen auf die wissenschaftsrelevante Willensbildung“ sicherstellen; arbeitsrechtlich ist zu unterbinden, dass die Weiterbeschäftigung des hauptberuflich tätigen wissenschaftlichen Personals vom Wohlwollen des Arbeitgebers abhängt.<sup>17</sup> Zu berücksichtigen ist zudem der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte *Grundrechtsschutz der Studierenden*, da die privaten Hochschulen für angewandte Wissenschaften als Ausbildungsstätten für bestimmte Berufsfelder den Studierenden jenes – auch im Interesse künftiger Arbeitgeber – zu bieten haben, was eine entsprechende staatliche Hochschulausbildung zu leisten hat.

Vom Landesgesetzgeber wird das Anerkennungsermessens bisweilen als eine besondere Form der Abwägung zwischen kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zu rechtfertigen versucht. So soll die Ermessensentscheidung des § 70 Abs. 2 LHG BW

nach der Begründung der Landesregierung zur Neuregelung des LHG BW Folgendem Rechnung tragen:

„Die bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eröffnete Ermessensentscheidung hat den durch Artikel 5 Absatz 3 Satz 1, Artikel 12 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 des Grundgesetzes geschützten Belangen von Hochschule, Trägern und Betreibern, aber auch der objektiven Wertentscheidung des Grundgesetzes für eine Wissenschaftsfreiheit und eine qualitätsgeleitete Wissenschaft sowie eine anschlussfähige Hochschulausbildung Rechnung zu tragen.“<sup>18</sup>

Mit diesen Ermessensleitlinien versucht der Landesgesetzgeber, die ministerielle Ermessensentscheidung verfassungsrechtlich einzuhegen. Der verfassungsrechtlich gebotene Grundrechtsschutz von Hochschule, Studierenden sowie Trägern und Betreibern soll nach *ministeriellem Ermessen* aus Gründen der Wissenschaftsfreiheit, einer qualitätsgeleiteten Wissenschaft und einer anschlussfähigen Hochschulbildung eingeschränkt werden können.

Der Gesetzgeber kann natürlich die Privathochschulfreiheit aus *Gründen der Qualitätssicherung* oder zur *Sicherung der Funktionsfähigkeit als wissenschaftliche Hochschule* in ihre verfassungslegitimen Schranken verweisen, - wobei sich die einzelnen gesetzlichen Regelungen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf ihre Verfassungskonformität stellen müssen. Es ist jedoch *verfassungswidrig*, wenn die Ministerialverwaltung vom Gesetzgeber den Auftrag erhält, durch *eigenständige*, nicht durch gesetzliche Regelungen determinierte (Ermessens-) Entscheidungen die verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu bestimmen.

Die Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken der Privathochschulfreiheit erfolgt nicht nach Ermessen des zuständigen Ministeriums, sondern *allein durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber*, der durch gesetzliche Regelung nach Abwägung mit gegenläufigen Verfassungswerten den Umfang der Privathochschulfreiheit bestimmt. Festzuhalten ist, dass Ermessensentscheidungen Eingriffe der Verwaltung in die grundrechtlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre einer privaten Hochschule nicht rechtfertigen können.<sup>19</sup>

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

15 Zum Erfordernis gesetzlicher Regelungen VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 81.

16 Zur Qualitätssicherung der Lehre als verfassungsimmanente Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 80.

17 Zu diesen Kriterien der zu sichernden Wissenschaftsadäquanz privater Hochschulen: *Gärditz*, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 273 mit Nachweisen.

18 BW LT Drs. 16/1990, S. 97.

19 Anders allerdings ohne Diskussion der Statthaftigkeit von Grundrechtseingriffen nach Verwaltungsermessens: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 97, 105.

Soweit sich der Träger der privaten Hochschule zum Schutz seiner beruflichen Tätigkeit auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, gilt der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>20</sup> Auch insoweit bedürfen Eingriffe einer gesetzlichen Grundlage und sind Eingriffe nach Ermessen verfassungswidrig.

III. „Angemessen“ und „Angemessenheit“ als verfassungskonforme Kriterien für Eingriffe in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG?

Im Musterparagrafen werden wichtige Bereiche der Hochschulorganisation und Hochschulselbstverwaltung unter einen *Angemessenheitsvorbehalt* gestellt. Nur wenn die Grundordnung oder weiteres Satzungsrecht der privaten Hochschule „angemessene“ Regelungen trifft, erfüllt sie die Voraussetzungen staatlicher Anerkennung und einer institutionellen Akkreditierung.

1. Zu den Angemessenheitsregelungen im Musterparagrafen

Die im Musterparagrafen und durch Landesrecht umzusetzenden Angemessenheitsregelungen sind von *generalklauselartiger Weite*, so dass sie *Willkür* bei der Erarbeitung von Akkreditierungsstellungen und bei staatlicher Anerkennung nicht ausschließen. Einige dieser Regeln sind zudem inhaltlich nicht haltbar:

(1.) Die „akademische Selbstverwaltung (ist) unter angemessener Berücksichtigung der verschiedenen Beteiligten eigenverantwortlich“ zu organisieren und zu regeln.<sup>21</sup> Zu fragen wäre zum Beispiel: Wer sind die verschiedenen Beteiligten an der akademischen Selbstverwaltung, etwa auch die Doktoranden? Soll die Einbeziehung der Doktoranden in die akademische Selbstverwaltung „angemessen“ und damit *verpflichtend* sein? Außerdem ist unklar, was „Berücksichtigung“ bedeutet bzw. fordert.

Diese Leerformel gibt keine Antwort für die Lösung konkreter Organisationsfragen – und ist damit fast schon ein Freifahrtschein für Auflagen in Anerkennungs- und Akkreditierungsverfahren oder auch für eine Verweigerung staatlicher Anerkennung oder Ablehnung institutioneller Akkreditierung.

(2.) „Die Inhaber akademischer Leitungsämter (werden) in angemessenen Zeiträumen neu benannt“.<sup>22</sup>

Diese Regelung legt nicht fest, wie weit die Spanne der angemessenen Zeiträume reichen kann. Wie diese Frist in verfassungskonformer Weise festzulegen ist, wird auch bei der gesetzlichen Regelung anderer Wahlverfahren, insbesondere bei Parlaments- und Präsidentschaftswahlen sowie bei Kommunalwahlen, diskutiert und im Ergebnis klar geregelt.<sup>23</sup> Zwar bestehen zwischen demokratischen und universitären Wahlverfahren erhebliche Unterschiede. Gleichwohl besteht die Möglichkeit, bei Abwägung zwischen der binnendemokratisch zu legitimierenden Verantwortung und der erforderlichen Zeitspanne zu effektiver Hochschulgestaltung für einzelne Gremien und Ämter *Mindest- und Höchstfristen* zu begründen und gesetzlich vorzuschreiben. Ausgeschlossen muss sein, dass in Verfahren staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung von Hochschule zu Hochschule unterschiedlich bestimmt werden kann, was der angemessene Zeitraum für die Ausübung eines akademischen Leitungsamtes ist.<sup>24</sup>

Die im Musterparagrafen getroffene Angemessenheitsregelung ist zudem *innovationsfeindlich*: Welche Hochschule wagt es, an den Rand noch vertretbarer kurzer oder langer Amtszeiten zu gehen, wenn dies nach Einschätzung der Akkreditierungsinstitution ein Grund für die Nichtakkreditierung sein kann? Derzeit betragen die Amtszeiten von Rektoren und Präsidenten in der Regel zwischen 4 und 6 Jahren. Wäre eine Amtszeit eines Rektors oder Präsidenten von 8 Jahren nicht mehr akkreditierungs- oder genehmigungsfähig?

Die Bestimmung der „angemessenen Amtszeiten“ der Leitungsebene einer Hochschule ist ein *erheblicher Eingriff in deren Recht auf akademische Selbstverwaltung*.<sup>25</sup> Nicht das zuständige Ministerium oder der Wissenschaftsrat dürfen bestimmen, was für die einzelne Hochschule angemessen ist, sondern nur der Gesetzgeber kann diesen *Gestaltungsspielraum für private Hochschulen* regeln.

(3.) Es ist sicherzustellen, „dass nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts ihre Lehrangebote von einem dem Hochschultyp angemessenen Anteil von Hochschullehrern, die mit einem mindestens hälfti-

20 Zu diesem Gesetzesvorbehalt *Mann*, in Sachs (Hg.), Grundgesetz, Art. 12 GG Rn. 106 ff., 109 (zur Klarheit und Bestimmtheit berufsregelnder Gesetze).

21 § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. e Musterparagrafen (Fn. 2).

22 § 1 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 lit. b Musterparagrafen (Fn. 2).

23 Zu den Anforderungen des Demokratieprinzips an die Ge-

staltung der Wahlperiode: *Zippelius/Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 10 Rn. 23.

24 So auch *Geis*, in diesem Heft, OdW 2021, 211-216

25 Vgl. dazu exemplarisch: *von Coelln* in: ders./Haug, BeckOK Hochschulrecht BW, 20. Edition 1.6.21, § 8 Rn. 17 f.



gen Anteil ihrer Arbeitskraft an der Hochschule beschäftigt sind, sowie von einem dem Hochschultyp angemessen Anteil von nichtprofessoralem Lehrpersonal erbracht werden“.<sup>26</sup> Hierzu präzisiert die Begründung: „Die Angemessenheit richtet sich nach Hochschultyp und fachlichem Profil der jeweiligen Hochschule. Aus dieser Anforderung folgt auch, dass an einer nichtstaatlichen Hochschule eine Mindestzahl an angemessen qualifizierten Hochschullehrern beschäftigt sein muss“.<sup>27</sup>

Diese Regelung wirft die Frage auf: Welches ist ein dem *Hochschultyp angemessener Anteil* von Hochschullehrern, die die Hochschullehre zu erbringen haben? Welche *Unterschiede* gibt es insoweit zwischen Universitäten, Hochschulen für angewandte Wissenschaften oder Dualen Hochschulen? Und weiter: Bei welcher Zahl von akkreditierten Studiengängen, die von der Hochschule angeboten werden, ist welche Mindestzahl an Hochschullehrern angemessen? Hierzu finden sich nirgends durch demokratisch legitimierte Organe gesetzte Richtwerte oder konkretere Voraussetzungen, auch nicht in der Begründung des Musterparagraphen. Dies ist schwer verständlich. Denn in der Vergangenheit hat gerade ein Defizit an Hochschullehrer-Stellen immer wieder zur Ablehnung der institutionellen Akkreditierung geführt.<sup>28</sup> Die Mindestzahl von Hochschullehrern, die eine Akkreditierung und staatliche Anerkennung voraussetzt, kann nicht mit „Angemessenheitserwägungen“ im Einzelfall festgelegt werden. Eine derart nicht voraussehbare Anforderung an die Ausstattung privater Hochschulen mit Lehrpersonal verstößt auch darum gegen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, weil Eingriffe in Grundrechte voraussehbar sein müssen.

Gleiches gilt für die Forderung nach *Einsatz von nichtprofessoralem Lehrpersonal*. Welcher Einsatz ist hier vom Hochschultyp her vorzusehen und damit angemessen? Mit dieser Regelung könnten private Hochschulen sogar gezwungen werden, wegen ihres Hochschultyps nichtprofessorales Lehrpersonal einzusetzen. Dabei bleibt die Freiheit der Hochschule auf der Strecke, ihren Studierenden nach Möglichkeit nur professorale Lehre anzubieten. Es ist verfassungsrechtlich nicht begründbar, dass Hochschulen

dazu gezwungen werden können, einen Teil ihrer Lehre durch nicht professorales Lehrpersonal anzubieten.

- (4.) Die Hochschule muss „über eine Anzahl von Hochschullehrern verfüg(en), die eine angemessene Erfüllung der Aufgaben der Hochschule ermöglicht“.<sup>29</sup> Die Zielrichtung dieser Angemessenheitsregelung ist unklar. Zum einen ist die Hochschule, blickt man auf die bisherigen Regelungen, in der Regel verpflichtet, mehr als die Hälfte ihrer Lehre durch ihre Professorenschaft zu erfüllen. Sie ist zudem verpflichtet, Stellen für ihre Hochschulleitung vorzusehen. Hier lässt sich auch mit Blick auf das zu leistende Lehrangebot genau berechnen, wie viele Professoren und weiteres Lehrpersonal bei welcher Zahl von Studiengängen erforderlich sind. Warum bedarf es dann noch der unklaren Regelung, die Anzahl der Hochschullehrer müsse die angemessene Erfüllung der Aufgaben der Hochschule gestatten? Gründe für diesen Rückschritt hinter bislang klarere rechtliche Regelungen sind nicht ersichtlich.
- (5.) Die Hochschule ermöglicht „nach ihren strukturellen Rahmenbedingungen und ihrer Mindestausstattung eine der Wahrnehmung der Aufgaben nach Nummer 1 angemessene und auf Dauer angelegte Gestaltung und Durchführung des Lehr- und Studienbetriebs sowie von Forschung, Kunstausübung und Verwaltung ...; dazu gehört insbesondere der ausreichende Zugang zu fachbezogenen Medien“.<sup>30</sup> Auch hier stellt sich die Frage: Was sind die Kriterien dieser Angemessenheitsprüfung?
- (6.) Die gutachterliche Stellungnahme der Akkreditierungseinrichtung „kann die Akkreditierung oder Reakkreditierung von der Behebung von Mängeln innerhalb von angemessenen Fristen abhängig machen“.<sup>31</sup> Nicht klar ist, wer darüber entscheidet, welche Frist angemessen ist und ob gerügte Mängel in angemessener Frist erfolgreich behoben wurden. Soll diese Entscheidung in der alleinigen Kompetenz des Wissenschaftsrates liegen, ohne dass ein internes Kontrollverfahren, wie nunmehr für die Akkreditierungsstellungen geregelt, vorgesehen ist?

26 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. a Musterparagraph (Fn. 2).

27 Musterparagraph (Fn. 2), S. 11.

28 Wiss Rat Drs. 6816 – 18, S. 13 ff., 53; Wiss Rat Drs. 8071-19, S. 17, 37: Akkreditierung unter Auflagen trotz „eindeutiger Verfehlung“

der erforderlichen Zahl hauptamtlichen Lehrpersonals.

29 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. b Musterparagraph (Fn. 2).

30 § 1 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 lit. d Musterparagraph (Fn. 2).

31 § 2 Abs. 3 S. 3 Musterparagraph (Fn. 2).

2. Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Angemessenheitsvorbehalten bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten

Grundrechtseingriffe, wie durch die Regelungen des Musterparagrafen, unter den Vorbehalt ihrer Angemessenheit zu stellen, ist keine gerade häufig anzutreffende legitime Gestaltung. Man kann nur vermuten, dass diese zahlreichen Angemessenheitsregelungen eine Kontinuität der Akkreditierungsverfahren durch den Wissenschaftsrat sichern möchten. Was dort bislang in dessen Akkreditierungsleitlinien in rechtlich zweifelhafter Weise unter „Hochschulförmigkeit“<sup>32</sup> subsumiert wurde, ist nun Gegenstand einer nach wie vor rechtlich nicht kontrollierbaren Angemessenheitsprüfung. Denn zwischen der vom Musterparagrafen geregelten Angemessenheitsprüfung und einer rechtsstaatlich geordneten Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen erhebliche Unterschiede.

a) Zur Abgrenzung von Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit

In einem ersten Zugriff wird daher zwischen der klassischen Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen und einer angemessenen Ausgestaltung grundrechtlicher Freiheit abgegrenzt.

In vielen Bereichen grundrechtlich geschützter Freiheit geht es um die *angemessene gesetzliche Gestaltung des grundrechtlichen Freiheit erst ermöglichenden Rechts*.<sup>33</sup> Dies gilt etwa bei der angemessenen Ausgestaltung der Eigentumsordnung, des Vereins- und Versammlungsrechts oder der formalen Organisation der Lehre an Hochschulen.<sup>34</sup> Bei dieser sog. *Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit* muss der Gesetzgeber, nicht aber die Verwaltung, die für oder gegen eine rechtliche Regelung sprechenden Belange ermitteln, gewichten, abwägen und zwischen ihnen einen *angemessenen Ausgleich* herstellen. Diese Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit ist mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht identisch.

Dieses gelangt immer dann zur Anwendung, wenn grundrechtliche Freiheit *nicht nur ausgestaltet, sondern in grundrechtliche Freiheit eingegriffen wird*.

Die verfassungsrechtliche Würdigung der im Musterparagrafen geregelten und vom Landesgesetzgeber umzusetzenden Angemessenheitsvorbehalte ergibt, dass der Landesgesetzgeber nicht allein eine angemessene Privathochschulfreiheit gestaltet, sondern in teilweise ganz erheblicher Weise in diesen Freiheitsbereich eingreift. Es handelt sich nicht um eine angemessene gesetzliche Ausgestaltung der Privathochschulfreiheit, sondern es ist davon auszugehen, dass „der mit der Pflicht zur Akkreditierung verbundene Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit ... schwer“ wiegt.<sup>35</sup> Will man diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zur Akkreditierung von Studiengängen auf die institutionelle Akkreditierung von Hochschulen übertragen<sup>36</sup> und *gewichten*, so regelt der Musterparagraf eine präventive Vollkontrolle von Forschung und Lehre an einer *privaten Hochschule*, was der *schwerstmögliche Eingriff* in die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschafts- und Lehrfreiheit ist.<sup>37</sup> Wird doch das gesamte Forschungs- und Lehrprofil einer Hochschule einer rechtlichen Kontrolle unterworfen, kann mit Auflagen in die Forschungs- und Lehrfreiheit eingegriffen werden, wird die Amtszeit der Leitungsorgane bestimmt, wird die erforderliche Zahl von Professuren festgelegt und werden bei Nichterfüllung die institutionelle Akkreditierung und staatliche Anerkennung abgelehnt. Der Zwang zur staatlichen Anerkennung und institutionellen Akkreditierung der Hochschule beschränkt deren Freiheit, über die Organisation ihrer Lehrveranstaltungen, über ihre Formen akademischer Selbstverwaltung, über die Einstellung von Hochschulpersonal oder über ihre Literaturversorgung zu bestimmen. Ein derartiger Genehmigungs- und „Akkreditierungsvorbehalt ist auch ein Eingriff in die Rechte der Lehrenden und der Fakultäten oder Fachbereiche“.<sup>38</sup>

b) Regelung wesentlicher Fragen und Maßstäbe der Hochschulgestaltung nur durch den Gesetzgeber

Derart schwerwiegende Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Forschungs- und Lehrfreiheit können nicht mit Angemessenheitsvorbehalten gerechtfertigt werden. Denn *wesentliche Entscheidungen* in Akkreditierungsverfahren muss der Gesetzgeber „unter

32 Zur Kritik an diesem Begriff vgl. Würtenberger, Die institutionelle Akkreditierung privater Hochschulen durch den Wissenschaftsrat: Probleme demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung, OdW 2020, 215, 216.

33 Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 454 und passim; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 20 f. mit Nachw.

34 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 55.

35 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 -

1 BvL 8/10 -, Rn. 50, 53.

36 So zum Beispiel: Otting/Ziegler, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Akkreditierung im Hochschulwesen, NVwZ 2016, 1064, 1066 f.

37 Mann/Immer, Rechtsprobleme der Akkreditierung von Studiengängen, RdJB 2007, 334, 349, die das Akkreditierungswesen zu Belangen zählen, die dem „Kernbereich“ universitärer Wissenschaft und Lehre zuzuordnen sind.

38 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 52.

Beachtung der Eigenrationalität der Wissenschaft selbst treffen“.<sup>39</sup> Was wesentliche Entscheidungen und Entscheidungsmaßstäbe in Verfahren der institutionellen Akkreditierung sind, ist bereichsspezifisch zu klären. Bei der Bestimmung des Wesentlichen sind das Gewicht des vom Grundgesetz intendierten Freiheitsschutzes, die Eigenart des Regelungsgegenstandes und die Besonderheiten des zu regelnden Sachbereichs von Bedeutung.

Je wesentlicher Entscheidungen und Entscheidungsmaßstäbe für die staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung sind, desto höher sind die *Anforderungen an die Normenklarheit*. Die Bestimmtheitsanforderungen „sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage ... die Betätigung von Grundrechten erschwert“.<sup>40</sup> Insbesondere müssen Eingriffsermächtigungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so bestimmt sein, dass die *Eingriffe nachprüfbar* und soweit möglich für den Betroffenen *voraussehbar* und berechenbar werden. Das folgt aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Gewaltenteilung und aus der Forderung nach einem möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Eingriffe.<sup>41</sup>

Generalklauseln sowie durch Rechtsnormen eingeräumte Gestaltungs- und Ermessensspielräume, etwa durch Angemessenheitsregelungen, stehen dem Gebot der Rechtssicherheit zwar nicht generell entgegen.<sup>42</sup> Einer zu weit getriebenen Vergesetzlichung steht das Bedürfnis gegenüber, die verfassungsrechtlich garantierte Eigenständigkeit der Exekutive und die notwendige Flexibilität des Verwaltungshandelns zu erhalten. So hat der Wissenschaftsrat als Sachverständigenausschuss bei seinen Stellungnahmen zur institutionellen Akkreditierung einen wissenschaftsaffinen Einschätzungsspielraum. Seine spezifisch wissenschaftsorientierten Bewertungen müssen *nachvollziehbar* sein, unterliegen darüber hinaus aber keiner weitergehenden rechtlichen Kontrolle. Allerdings will die jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts derartige Rücknahmen des Rechtsschutzes nun nicht mehr anerkennen.<sup>43</sup>

Entscheidungen von Gremien, wie dem Wissenschaftsrat, müssen sich an gesetzlichen Vorgaben orientieren. Bei dieser gesetzlichen Rahmensetzung sind die Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit umso höher, je stärker die Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingreift. Bei dieser Bestimmung im-

manenter Grundrechtsschranken müssen die gebotenen gesetzlichen Regelungen und muss die gesetzliche Vorbestimmung der Entscheidungen und damit auch die gerichtliche Kontrollmöglichkeit in einer Art von „Gleitformel“ umso dichter sein, je stärker ein Grundrecht durch einen Eingriff betroffen wird und je fundamentaler das betroffene Grundrecht ist. Je belastender Grundrechtseingriffe sind, desto stärker müssen u.a. Beurteilungsspielräume<sup>44</sup> oder das Verwaltungsermessen<sup>45</sup> eingeschränkt sein (Je-desto-Formel).

Nun mag man einwenden, die Beurteilung von wissenschaftlicher Qualität, vom Niveau akademischer Lehre und von wissenschaftsadäquater Organisation einer Hochschule lasse sich gesetzlich nicht näher regeln, so dass mit Angemessenheitsregelungen gearbeitet werden müsse. Vergleichen wir ein anderes Regelungsgefüge in dem uns interessierenden Bereich: Die Art. 2 und 3 des Studienakkreditierungsstaatsvertrags regeln präzise normative Vorgaben und das Verfahren der Akkreditierung von Studiengängen. Dies kann ein Modell für die Regelung staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung privater Hochschulen sein.

### c) Widerspruch zur Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum

Die hier erörterten Angemessenheitsregelungen für Eingriffe in die Privathochschulfreiheit sind nicht vereinbar mit den „Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), verabschiedet von der Konferenz der Bildungsministerinnen und Bildungsminister in Eriwan (14./15. Mai 2015)“.<sup>46</sup> Nach diesen Standards und Leitlinien müssen Qualitätssicherungsmaßnahmen im Hochschulbereich auf „eindeutigen, vorab definierten und veröffentlichten Kriterien, die konsistent angewendet werden“, beruhen.<sup>46</sup> In den Gesetzgebungsverfahren der Bundesländer werden diese Vorgaben allerdings nicht hinreichend berücksichtigt.

### 3. Zwischenbemerkung

Die Angemessenheitsregelungen des Musterparagrafen und des diesen umsetzenden Hochschulrechts verstoßen gegen den Vorbehalt gesetzlicher Grundlage für Eingriffe in die Forschungs- und Lehrfreiheit. Es handelt sich nicht um die angemessene Gestaltung grundrechtli-

39 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Leitsatz, Rn. 59.

40 BVerfGE 108, 52, 75.

41 BVerfGE 8, 274, 325 f.

42 Zum Folgenden *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 64 und Rn. 41 mit Nachw.

43 BVerwG NVwZ 2020, 233, 238; kritisch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 25 Rn. 38.

44 BVerfGE 83, 130, 142, 145.

45 BVerfGE 49, 89, 126 f., 145 f.

46 [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 32.

cher Freiheit durch den Gesetzgeber, sondern insbesondere mit Blick auf die Folgen eines Verstoßes gegen diese Angemessenheitsregelungen um schwere und tiefe Eingriffe in die verfassungsrechtlich garantierte Privathochschulfreiheit.

#### IV. Verfassungsrechtliche Kritik an Einzelregelungen des Musterparagraphen

„Eingriffe in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit können zur Verfolgung eines Zieles mit Verfassungsrang gerechtfertigt sein“.<sup>47</sup> Diesem zentralen Grundsatz der Grundrechtsdogmatik sowie der damit verbundenen Abwägungsdogmatik widersprechen einige Regelungen des Musterparagraphen.

1. Weder die Frist staatlicher Anerkennung noch das Verhältnis von Fristen und Kosten verfassungskonform geregelt

Nach dem Musterparagraphen kann das zuständige Ministerium „in regelmäßigen Abständen eine gutachterliche Stellungnahme einer Akkreditierungseinrichtung einholen, mit der das Vorliegen der in § 1 Abs. 3 genannten Kriterien bei staatlich anerkannten nicht-staatlichen Hochschulen überprüft wird (institutionelle Akkreditierung, Reakkreditierung)“.<sup>48</sup> Für die Akkreditierungseinrichtung sieht der Musterparagraph allerdings eine *andere Befristung für institutionelle Akkreditierungen vor*: „Akkreditierungen und Reakkreditierungen werden in der Regel auf mindestens fünf Jahre befristet“.<sup>49</sup> Bei diesen Regelungen besteht die Gefahr, dass die Fristen der staatlichen Anerkennung und der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat divergieren. Gravierender als diese legistische Ungereimtheit ist: Für die Geltung der staatlichen Anerkennung werden keine Fristen genannt: Nach Ermessen bestimmt das zuständige Ministerium, wie kurz oder wie lange die regelmäßigen Akkreditierungsabstände sein sollen.

Wenn die staatliche Anerkennung von privaten Hochschulen zeitlich begrenzt werden soll, muss der Gesetzgeber Mindestfristen und kann gegebenenfalls auch Höchstfristen vorsehen. Denn die Fristsetzung für Neubeartragungen staatlicher Anerkennung ist ein tiefer Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Privathochschulfreiheit. Die Hochschule muss einen umfangreichen Bericht verfassen, der die Arbeitszeit der Professorenschaft über Monate hinweg bindet. Derartige Kos-

ten für die Akkreditierung von Studiengängen beziffert das BVerfG unter Auswertung einschlägiger Unterlagen auf 30.000 bis 38.000 € für einen *einzigsten Studiengang*. Die weitaus arbeitsaufwändigere institutionelle Akkreditierung einer privaten Hochschule verursacht deutlich höhere interne Kosten. Mindestens 50.000 € dürften nicht zu hoch geschätzt sein. Für die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat muss man mit Kosten von etwa 30.000 € rechnen. Bezieht man die Kosten der staatlichen Anerkennung mit ein, so kosten die institutionelle Akkreditierung und die staatliche Anerkennung zwischen 80.000 und 90.000 €. Geht man von fünfjährigen Akkreditierungsfristen aus, so muss die Hochschule innerhalb von 10 Jahren etwa 270.000 € für ihre institutionelle Akkreditierung und staatliche Anerkennung aufwenden. Hinzu kommen *beträchtliche Kosten für die Akkreditierung ihrer Studiengänge*.

Wegen der tiefen Grundrechtseingriffe durch kurze Befristungen von staatlicher Anerkennung und institutioneller Akkreditierung einerseits und den damit verursachten immensen Verfahrenskosten andererseits ist zu fordern: Ähnlich wie bei der Festlegung von Fristen bei der Akkreditierung von Studiengängen durch Gesetz oder durch Rechtsverordnung sind die Anerkennungs- und Akkreditierungsfristen rechtlich zu regeln. Bei dieser Regelung ist zu berücksichtigen, dass das zuständige Ministerium Abweichungen vom Anerkennungsbescheid mit *Auflagen oder Widerruf* der Anerkennung rechtsaufsichtlich sanktionieren kann.

2. Zum ausreichenden Zugang zu fachbezogenen Medien

§ 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. d Musterparagraph verlangt einen „ausreichende(n) Zugang zu fachbezogenen Medien“. Hiergegen ist nichts zu erinnern. Eine etwas ausführlichere Regelung der Versorgung mit elektronisch zugänglicher und Print-Literatur war vom Wissenschaftsrat bereits in seinem Leitfaden für die institutionelle Akkreditierung getroffen worden: Die Hochschule „verfügt über einen ihrem institutionellen Anspruch und Profil sowie den vertretenen Disziplinen angemessenen und zeitgemäßen Bestand an wissenschaftlicher Fachliteratur (elektronisch und/oder Printversion)“.<sup>50</sup> Die Akkreditierungsstellen kritisieren fast durchgehend die Bibliotheksausstattung der zu akkreditierenden privaten Hochschule.<sup>51</sup> Gerügt werden der Umfang der bestehenden Bibliothek, zu gering bemessene Bibliotheksmittel, kein hinreichender Zugang zu Internetzeitschriften und

47 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17.2.2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 58 mit Rechtsprechungsnachweisen.

48 § 2 Abs. 1 S. 2 Musterparagraph (Fn. 2).

49 § 2 Abs. 3 S. 4 Musterparagraph (Fn. 2).

50 Wiss Rat Drs. 4395-15, S. 38.

51 Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 37; Drs. 4399-15, 40; Drs. 6172-17, S. 64 f.; Drs. 8256-20, S. 53; Drs. 5423-16, S. 50; Drs. 4877-15, S. 54; Drs. 7836-19, S. 55.

-publikationen sowie einen fehlenden, für die Bibliothek zuständigen Bibliothekar bzw. eine entsprechende Stelle mit zu geringem Deputat.<sup>52</sup>

Nicht alle Bewertungen der Literaturversorgung wurden von den Hochschulen geteilt. Um nur einige Kritikpunkte an den Akkreditierungsstellungen zu nennen: Es ist nicht ersichtlich, warum die Betreuung zum Beispiel der Online-Bibliothek nicht in der Verantwortung eines Professors der Hochschule liegen darf.<sup>53</sup> Das durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Organisationsermessen der Hochschule gestattet es, auch einen Professor mit der Betreuung der Online-Bibliothek zu betrauen. Denn ein Professor an einer privaten Hochschule für angewandte Wissenschaften ist besser als jeder Bibliothekar in der Lage, eigenständig darüber zu bestimmen, welcher Online-Medien und Bücher es in seinem Bereich oder seiner Hochschule für Forschung und Lehre bedarf.

Soweit die Stellungnahmen des Wissenschaftsrates von den privaten Hochschulen erwarten, mit *beträchtlichen Bibliotheksmitteln* eine eigene Bibliothek aufzubauen<sup>54</sup>, lässt sich darauf verweisen, dass die Studierenden Zugang zu in der Nähe liegenden Universitätsbibliotheken sowie anderen staatlichen oder kommunalen Bibliotheken haben, was vom Wissenschaftsrat nicht immer hinreichend bedacht wird. Für die Studierenden an privaten Hochschulen sollten die gleichen Zugangsrechte, auch gesicherter Zugang, wie für die Studierenden an öffentlichen Hochschulen gewährleistet sein. Diese *Gleichheit bei der Nutzung der Bibliotheksinfrastruktur* mag man damit rechtfertigen, dass die privaten Hochschulen mit ihren Studienplätzen den Staat im Bereich seiner Hochschulfinanzierung entlasten.

### 3. Ermöglichung eines wissenschaftlichen Diskurses durch Größe und Ausstattung der Hochschule

§ 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. c Musterparagraph verlangt für die Erfüllung der den privaten Hochschulen obliegenden Aufgaben, dass „die Hochschule von ihrer Größe und Ausstattung her wissenschaftlichen ... Diskurs ermöglicht“. Dass wissenschaftliche Hochschulen einen wissenschaftlichen Diskurs zwischen ihren Studierenden sowie zwischen den Studierenden und akademischen

Lehrern ermöglichen sollen, ist eine Binsenwahrheit. Der wissenschaftliche Diskurs ist eben nicht hinterfragbarer Bestandteil der Wissenschaftlichkeit von Hochschulen.

Ob überhaupt, zu welchen Themen, in welchen Formen und in welcher Tiefe der wissenschaftliche Diskurs stattfindet, lässt sich nur begrenzt *normativ regeln*. Und ob ein wissenschaftlicher Diskurs stattfindet, lässt sich auch *kaum überprüfen*. Vor allem muss der Versuch fehlen, Hochschulen besonders determinierte Professuren oder Professuren zusätzlich zur ausreichenden Abdeckung des Lehrangebotes aufzuzwingen, damit der wissenschaftliche Diskurs zwischen der Professorenschaft auf *mehr Köpfe* zählen kann. Bietet eine private Hochschule nur zwei Studiengänge mit dem dafür erforderlichen Lehrpersonal an, kann nicht gefordert werden, zur Abrundung des wissenschaftlichen Profils und Erweiterung der Möglichkeiten hochschulinterner wissenschaftlichen Diskussion weitere Hochschullehrer einzustellen.<sup>55</sup> Ein möglicherweise begrenzter hochschulinterner wissenschaftlicher Diskurs kann durch Teilnahme an wissenschaftlichen Tagungen, durch Forschungs Kooperationen, durch Teilnahme an Drittmittelprojekten und anderes mehr ausgeglichen werden.

Vor allem bei privaten Hochschulen mit Fernstudiengängen hat der Wissenschaftsrat wiederholt kritisiert, dass der Verzicht auf Präsenzlehre den Kontakt der Studierenden untereinander verhindere, den akademischen Austausch zwischen Lehrenden und Lernenden erheblich erschwere und einem hochschulinternen Diskurs entgegen stehe.<sup>56</sup> Bei dieser Kritik wird nicht hinreichend gewürdigt, dass auch bei Fernstudiengängen alle Studierenden die Möglichkeit haben, sich auf den zur Kommunikation zur Verfügung stehenden Wegen an ihre Dozenten zu wenden. Von dieser *Möglichkeit zu wissenschaftlicher Interaktion*, etwa durch E-Mail oder Telefon, wird von den Studierenden, so berichten diese Hochschulen, rege Gebrauch gemacht, insbesondere bei der Anfertigung von Seminar- und Abschlussarbeiten. Mit den guten Möglichkeiten einer zeitgemäßen Online-Kommunikation und -Lehre, die durch die Hochschulen intensiv genutzt werden können, wird eine besondere Form von Online-Präsenzlehrveranstaltungen, etwa ein

52 Wiss Rat Drs. 7497-19, S. 51.

53 Anders Wiss Rat Drs. 8257-20, S. 54.

54 Wiss Rat Drs. 7849-19, S. 32; Wiss Rat Drs. 8518-20, S. 37: Zugang zur am gleichen Ort befindlichen Universitätsbibliothek keine hinreichende „Bibliotheksversorgung“ der Studierenden.

55 Anders aber der „Leitfaden der institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen, Wiss Rat 4395-15, S. 32: „Der akademische Kern einer Hochschule, die ausschließlich Bachelorangebote vorhält, umfasst hauptberufliche Professuren im Umfang von grundsätzlich mindestens sechs Vollzeitäquivalenten (VZÄ)

zuzüglich Hochschulleitung“. Eine derartige einschneidende Vorgabe für die Gestaltung einer privaten Hochschule bedarf einer klaren gesetzlichen Grundlage.

56 So wurde etwa in der Akkreditierung der europäischen Fachhochschule Hamburg (Euro-FH) die Empfehlung ausgesprochen, den Präsenzanteil im Masterstudium zu erhöhen, „um den wissenschaftlichen Diskurs und eine notwendige kritische Auseinandersetzung mit dem Stand der Forschung in den Master-Studiengängen (...) zu verstärken“ (Wiss Rat Drs. 3002-13, S. 13).

Seminar in Form einer Video-Konferenz, ermöglicht.<sup>57</sup> Hinzu kommt, dass den Studierenden in Fernstudien-gängen die Möglichkeit eröffnet wird, sich in Chats oder anderen Räumen digitaler Kommunikation zu treffen. Dies ist zwar kein voller Ersatz für die Kommunikation der Studierenden untereinander anlässlich von Präsenz-lehre. Immerhin werden jedoch die der jungen Genera-tion geläufigen Formen der Kommunikation in den Hochschulbereich eingebracht.

## V. Vernachlässigung eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren

Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren ist geboten, wenn Verwaltungsbehörden ein hohes Maß an Verfahrensverantwortung bei Entscheidungen erhalten, die für die Grundrechtsausübung bedeutsame Fragen betreffen. Durch Organisation und Verfahrensgestaltung ist die Effektivität des gebotenen Grundrechtsschutzes<sup>58</sup> zu sichern, wenn, wie vorliegend, hochschul- und wissenschaftsaffiner Sachverstand in Genehmigungs- und Akkreditierungsverfahren eingebracht werden muss. So müssen die gesetzlich geregelten Kriterien wissenschaftlicher Qualität oder wissenschafts-affiner Hochschulorganisation Raum für wissenschafts-eigene Beurteilungen lassen. Soweit die Eigengesetzlich-keit von Forschung und Lehre zur Eröffnung von Beurteilungsspielräumen zwingt, bedarf es organisatorischer und prozeduraler Verfahrenssicherungen.<sup>59</sup> Diese grundrechtsschützende Organisation mitsamt dem Ver-fahren ist vom Gesetzgeber und nicht durch Innenrecht der Exekutive zu regeln.<sup>60</sup>

Die Musterparagraph-Regelungen von Organisation und Verfahren des Wissenschaftsrates widersprechen sowohl Vorgaben aus dem Bereich der Europäischen Union als auch des Grundgesetzes.

### 1. Exkurs zu den Vorgaben für die Organisation und Verfahren der institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat

Der Wissenschaftsrat wurde durch das Verwaltungsab-kommen, nicht durch Staatsvertrag, zwischen Bund und Ländern vom 5. September 1957 gegründet.<sup>61</sup> Nach die-

sem Verwaltungsabkommen wird die Behörde Wissen-schaftsrat von den Bundesländern und dem Bund als *öffentlich-rechtlichen Körperschaften*, vertreten durch ihre Regierungen, getragen. Hier lässt sich von einer *hybriden Organisationsform* im Bereich der Bund-Län-der Kooperation sprechen: Der Wissenschaftsrat ist eine gemeinsam von Bund und Ländern getragene Behörde, die in Akkreditierungsverfahren in verbindlicher Weise und mit Information an die Öffentlichkeit die Qualität von Hochschulen bewertet, dabei aber keiner Rechts-kontrolle unterliegt.

Diese Konstruktion der Behörde Wissenschaftsrat lässt sich mit dem *organisationsrechtlichen Gesetzesvor-behalt*<sup>62</sup> nicht vereinbaren. Denn es bedarf immer dann eines demokratisch legitimierten Gesetzes, wenn eine Behörde errichtet werden soll, die durch ihr Handeln nach außen in Grundrechte, hier von privaten Hoch-schulen und deren Träger, eingreift. Da es an dem erforderlichen Errichtungsgesetz fehlt, fehlen auch gesetzli-che Regelungen der Rechtsaufsicht und des Rechtsschut-zes gegen nach außen wirkende Maßnahmen des Wis-senschaftsrates. Hinzu kommt, dass der Wissenschaftsrat als Verwaltungsbehörde nicht berechtigt ist, Normen zu erlassen, die sein Akkreditierungsverfahren regeln, das in grundrechtliche Freiheit eingreift.

Zweifelhaft ist zudem, ob die Mitwirkung des Wis-senschaftsrates an Akkreditierungsverfahren von der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes getragen ist. Das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung („Mischverwaltung“) schließt sich nach dem den kooperativen Föderalismus regelnden Nor-mengefüge der Art. 83 ff., 91a und 91b GG grundsätzlich aus.<sup>63</sup> Die in vorliegendem Zusammenhang interessie-rende Gemeinschaftsaufgabe der Forschungsförderung und der Feststellung der Leistungsfähigkeit des deut-schen Bildungswesens im internationalen Vergleich ist in Art. 91b GG geregelt. Ein Zusammenwirken zwischen Bund und Ländern bei der institutionellen Akkreditie-rung von privaten Hochschulen ist vom Wortlaut des Art. 91b Abs. 1 oder Abs. 2 GG wohl kaum noch gedeckt. Allerdings soll nach jüngerer Rechtsprechung des Bun-desverfassungsgerichts ein Zusammenwirken von Bund und Ländern auch ohne verfassungsrechtliche Ermäch-

57 Vgl. dazu auch unter Hinweis auf die Wissenschaftlichkeit der Online-Lehre anlässlich der Covid-Pandemie *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2021, 137, 140 ff.

58 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 41 f. mit Nachw.

59 VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82

60 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 42; VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82.

61 [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

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

63 Vgl. *Maunz/Dürig/Schwarz*, Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 91b GG Rn. 9; *Maunz/Dürig/Ibler*, Grundgesetz, 94. EL Januar 2021, Art. 87 GG Rn. 195 jeweils mit Nachweisen.

tigung unter zwei Voraussetzungen zulässig sein: Es muss ein „besonderer sachlicher Grund“ vorliegen und sich um eine „eng umgrenzte Verwaltungsagenda“ handeln.<sup>64</sup> Beides mag man bei der institutionellen Akkreditierung von privaten Hochschulen durch den Wissenschaftsrat bejahen können.

Die Organisation des Wissenschaftsrates steht allerdings kaum in Einklang mit den Vorgaben der „Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG)“.<sup>65</sup> Hier wird eine *strikte Unabhängigkeit* der Akkreditierungsinstitutionen, unter anderem von den staatlichen Regierungen, gefordert. Eine Akkreditierungsinstitution, die von Bund und Ländern, jeweils repräsentiert von ihren Regierungen, getragen ist und deren Mitglieder zum Teil von den Regierungen des Bundes und der Länder entsandt bzw. auf deren Vorschlag berufen werden<sup>66</sup>, dürfte kaum die geforderte organisatorische Distanz zum staatlichen Bereich besitzen.

Die Aufgabe des Wissenschaftsrates, die Leistungen privater Hochschule im Rahmen der Akkreditierung zu evaluieren, führt zu der in allen Evaluierungsverfahren gestellten Frage: Wer evaluiert die Evaluierenden? Dies kann eine Fremd- und Selbstevaluation sein. Eine Evaluierung der Tätigkeit des Wissenschaftsrates hat über lange Zeit hinweg nicht mehr stattgefunden. Auch dies widerspricht den Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG). Die dortigen Vorgaben fordern, dass der Wissenschaftsrat sich selbst evaluiert. Er muss Verfahren für seine interne Qualitätssicherung regeln, auf seiner Website veröffentlichen und praktizieren.<sup>67</sup> Wenn der Wissenschaftsrat die von der Europäischen Union näher geregelten Anforderungen an seine interne Qualitätssicherung umsetzen würde, wäre dies ein wichtiger Beitrag zu einer grundrechtsschonenden Gestaltung dessen Akkreditierungsverfahren. Nicht unerwähnt kann bleiben, dass sich der Wissenschaftsrat nach den Vorgaben der Europäischen Union alle fünf Jahre einer Fremdevaluation unterziehen soll.<sup>68</sup>

2. Zu den verfahrensrechtlichen Vorgaben für Verfahren institutioneller Akkreditierung

In seiner Akkreditierungsentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht präzise vorgeschrieben, wie Akkreditierungsverfahren im Bereich von Forschung und Lehre an Hochschulen zu gestalten sind. Es geht davon aus, dass der Gesetzgeber zur Qualitätssicherung von Forschung und Lehre keine detaillierten Vorgaben machen könne.<sup>69</sup> Denn der Gesetzgeber dürfe nicht in die grundrechtlich geschützte Eigenständigkeit und Eigenrationalität von Forschung und Lehre eingreifen.

„Kriterien der Bewertung wissenschaftlicher Qualität, an die der Gesetzgeber Folgen knüpft, müssen (daher, vom Verfasser ergänzt) Raum für wissenschaftseigene Orientierungen lassen. Daher ist die Wissenschaftsfreiheit durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle jedenfalls prozedural und organisatorisch zu sichern; neben dem Abwehrrecht gegen punktuelle und personenbezogene Eingriffe steht auch hier eine Garantie hinreichender Teilhabe der Wissenschaft selbst, die vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen sowohl innerhalb der Hochschulen wie auch durch Dritte, im Wissenschaftssystem mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattete Akteure schützt“.

Die damit geforderte Prozeduralisierung des Schutzes von Forschung und Lehre ist folgenreich. Vom Bundesverfassungsgericht wird gefordert:

- (1.) Bei „wertenden grundrechtsrelevanten Entscheidungen“ muss durch Gesetz geregelt werden, „wer diese zu treffen hat und wie das Verfahren ausgestaltet ist“.
- (2.) Für die Qualitätssicherung muss gesetzlich ein Gesamtgefüge geschaffen werden, „in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle so ausgestaltet sind“, dass Gefahren für die Freiheit der Lehre auszuschließen sind.
- (3.) „Zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Steuerungspotentiale ist eine angemessene Beteiligung

64 BVerfGE 119, 331, 366; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 188 ff., 194.

65 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 36 f.

66 [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 9. 7. 2021), Art. 4 Abs. 2 und 3.

67 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Euro-

päischen Hochschulraum (ESG), [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 39.

68 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 9. 7. 2021), S. 40.

69 Die folgenden Zitate aus BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Februar 2016 - 1 BvL 8/10 -, Rn. 60 mit Nachw. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

der Wissenschaft insbesondere an der Festlegung der Bewertungskriterien unabdingbar. Das gilt erst recht, wenn Bewertungskriterien hochschulextern festgesetzt werden, da damit ein erhöhtes Risiko der Vernachlässigung wissenschaftsadäquater Belange einhergeht, und wenn die Hochschulangehörigen auf die externe Bewertung angewiesen sind<sup>70</sup>.

(4.) Dass die Bewertungskriterien in den verschiedenen Disziplinen differieren können und müssen, muss in Akkreditierungsverfahren beachtet werden. Auch sind Öffnungs- und Experimentierklauseln für innovative Gestaltungen von Forschung und Lehre vorzusehen.

Der Musterparagraph ist insofern ein Schritt in die richtige Richtung, als das bislang rechtsstaatlich problematische Akkreditierungsverfahren des Wissenschaftsrates jedenfalls zum Teil reformiert wird.

#### a) Zweifel an der Effektivität wissenschaftsratsinterner Rechtsschutzverfahren

Nachdem bislang das Verfahren der institutionellen Akkreditierung vom Wissenschaftsrat ohne jegliche Rechtsgrundlage durchgeführt wurde, regelt nun § 2 Abs. 2 Musterparagraph einige Eckpunkte für das Verfahren institutioneller Akkreditierung. Der Antrag auf institutionelle Akkreditierung wird nicht von der Hochschule, sondern von dem für die staatliche Anerkennung zuständigen Ministerium gestellt. Dieses entscheidet nach Ermessen darüber, welche Einrichtung mit der Akkreditierung betraut wird. Die vom zuständigen Ministerium beauftragte Akkreditierungseinrichtung setzt eine Gutachterkommission ein, die „mehrheitlich mit externen, unabhängigen, fachlich einschlägig qualifizierten Hochschullehrern besetzt sein (muss), darunter mindestens ein professorales Mitglied einer nichtstaatlichen Hochschule, sowie mit einem studentischen Mitglied (S. 3). Zu dem von der Akkreditierungseinrichtung vorgelegten Gutachten können die nichtstaatliche Hochschule, ihre Trägereinrichtung, ihr Betreiber sowie das Land, welches das Gutachten einholt, Stellung nehmen. Dieses den Hochschulen und ihren Betreibern sowie Trägern bislang vom Wissenschaftsrat nicht eingeräumte Recht zur Stellungnahme ist vom Rechtsstaatsprinzip

und auch nach den Leitlinien der Europäischen Union<sup>71</sup> geboten. Sie erfolgt bereits vor der abschließenden Entscheidung über die Akkreditierung (S. 4).

Für etwaige Streitfälle richtet die Akkreditierungseinrichtung eine interne Beschwerdestelle ein, die mit drei externen Wissenschaftlern besetzt ist. Außerdem regelt die Akkreditierungseinrichtung das Verfahren und die Fristen (S. 5). Nicht geregelt ist die *Qualifikation* der drei externen Wissenschaftler. Um im Bereich des Wissenschaftsrates das nötige Mindestmaß an rechtsstaatlichem Verfahren, wie es in Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzt wird<sup>72</sup>, zu gewährleisten, muss ein Rechtswissenschaftler mit der Befähigung zum Richteramt und mit Erfahrung im Hochschulrecht an den internen Beschwerdeverfahren beteiligt sein.

Verfassungsrechtlich zweifelhaft ist, die Regelung des Verfahrens völlig in die Hand der Akkreditierungseinrichtung zu legen. Soll es wirklich statthaft sein, eine Verhandlung in mündlicher Form über die Einwände der Hochschule auszuschließen? Dient die *Anhörung* doch dem Schutz subjektiver Rechte und ist Ausprägung des verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutzes.<sup>73</sup> Um nur ein Beispiel zu nennen: Soweit der Landesgesetzgeber Verfahren vor den Stadt- oder Kreisrechtsausschüssen geregelt hat<sup>74</sup>, ist aus *Gründen effektiven Rechtsschutzes* eine mündliche Verhandlung vorgesehen.

Nach § 2 Abs. 2 S. 6 Musterparagraph setzt „die abschließende Entscheidung über die Akkreditierung ... die Zustimmung zumindest eines mehrheitlich mit externen Hochschullehrern besetzten Gremiums der Akkreditierungseinrichtung voraus“. Welches Gremium mit dieser abschließenden Entscheidung betraut wird, ist nicht vorgeschrieben. Ist dies ein neues Gremium, über dessen Zusammensetzung der Wissenschaftsrat nach Ermessen entscheidet?

Außerdem muss die kritische Frage gestellt werden: Hat die Entscheidung der internen Beschwerdestelle *keine Bindungswirkung für die abschließende Entscheidung* über die institutionelle Akkreditierung? Kann das interne Beschwerdeverfahren nichts weiter als ein Verfahrensbaustein sein, der nicht präjudiziell für die abschließende Entscheidung ist?

70 Zur angemessenen Beteiligung der Wissenschaft an der Festlegung der Bewertungskriterien: VG Düsseldorf BeckRS 2020, 22454, Rn. 82.

71 Standards und Leitlinien für die Qualitätssicherung im Europäischen Hochschulraum (ESG), [https://www.hrk.de/uploads/media/ESG\\_German\\_and\\_English\\_2015.pdf](https://www.hrk.de/uploads/media/ESG_German_and_English_2015.pdf) (abgerufen am 9.7.2021), S. 33: „Es erhöht die sachliche Richtigkeit des Berichts, wenn die Hochschule vor dessen Fertigstellung Gelegenheit erhält, auf sachliche Fehler hinzuweisen“, eine Aufforderung, die

vom Wissenschaftsrat bislang negiert wurde. Gleiches gilt für die Vorgaben für Beschwerdeverfahren (aaO S. 34), die vom Wissenschaftsrat ebenfalls nicht beachtet wurden.

72 Vgl. zu den Anforderungen nur *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 49 ff. mit Nachweisen.

73 *Schoch/Schneider/Schneider*, VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 28 Rn. 5 mit Nachweisen.

74 Vgl. § 16 Abs. 2 RP Landesgesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO).



## b) Defizit an verwaltungsinterner Rechtskontrolle?

Der Musterparagraf lässt es offen, wer über *Rechtsbeihilfe* gegen Akkreditierungsstellungen des Wissenschaftsrates entscheidet. Der normale Beschwerdeweg geht an den Rechtsträger, der die Rechts- oder Fachaufsicht über den Wissenschaftsrat führt. Für die Behörde Wissenschaftsrat sind jedoch weder rechts- noch fachaufsichtliche Regelungen ersichtlich.<sup>75</sup> Dies widerspricht an sich dem Verfassungsprinzip, dass das Verwaltungshandeln grundsätzlich einer Rechtsaufsicht unterliegt. Nur so kann die rechtliche Bindung der Verwaltung, wie vom Rechtsstaatsprinzip geboten, gesichert werden. Außerdem wird bei einem Verzicht auf die Rechtsaufsicht „die parlamentarische Lenkungs- und Kontrollmöglichkeit sowie die Verantwortlichkeit und somit die *Effektivität der demokratischen Legitimation reduziert*“.<sup>76</sup> Man kann allerdings keine ausnahmslose Staatsaufsicht über alle dezentralen Verwaltungsträger einfordern.<sup>77</sup> Soweit es, wie bei Akkreditierungsverfahren, um wissenschaftsaffine Stellungnahmen in Verfahren der Entscheidungsfindung geht, lassen sich Ausnahmen von der Rechtsaufsicht rechtfertigen. Da die Ablehnung der institutionellen Akkreditierung *nicht präjudiziell* für die Verweigerung der staatlichen Anerkennung ist, mag man es für verfassungsrechtlich statthaft erachten, den Wissenschaftsrat in einem aufsichts- und damit ministerialfreien Raum<sup>78</sup> zu belassen.

Bei aufsichts- und ministerialfreien Räumen sind die hierdurch entstandenen Rechtsstaats- und Demokratie-defizite nach Möglichkeit zu kompensieren<sup>79</sup>, was durch *Verfahren effektiver interner Rechtskontrolle* gelingen kann. Zudem sollte Rechtssicherheit durch eine Regelung gestiftet werden, ob Klagen gegen den Wissenschaftsrat als Behörde oder gegen dessen Rechtsträger Bund und Länder zu richten sind. Naheliegend ist, wie in Art. 3 Abs. 7 Studiengangskkreditierungsstaatsvertrag<sup>80</sup>, eine explizite Regelung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

## c) Gesetzliche Regelung des Beschwerdeverfahrens gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates

Bei der landesgesetzlichen Umsetzung des Musterparagrafen gibt es zwei Modelle der Regelung von Beschwerdeverfahren gegen Akkreditierungsentscheidungen des Wissenschaftsrates: Zum einen wird der diesbezügliche Text des Musterparagrafen ohne weitere verfahrensrechtliche Sicherungen in das Landesrecht übernommen. Zum anderen wird das Beschwerdeverfahren im Wissenschaftsrecht eigenständig durch landesrechtliche Verordnung geregelt. Eine solche Verordnungsermächtigung findet sich in § 72 Abs. 4 NRW HG:

„Zur Sicherung der Qualität in Studium, Forschung und Lehre sowie der Grundrechte des Trägers der Hochschule, deren staatliche Anerkennung beantragt ist oder die staatlich anerkannt ist, regelt das Ministerium das Nähere zum Verfahren der Konzeptprüfung, der institutionellen Akkreditierung ... durch Rechtsverordnung. In der Rechtsverordnung sind insbesondere Regelungen zu treffen über

1. die Mitwirkung des Trägers der Hochschule in den Verfahren nach Satz 1,
2. die mehrheitlich mit externen, unabhängigen, fachlich einschlägig qualifizierten Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern besetzte Gutachterkommission des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium benannten Einrichtung,
3. die Rechte der Hochschule und ihres Trägers betreffend die Gelegenheit, vor der abschließenden Entscheidung in den Verfahren nach Satz 1 Stellung zu nehmen,
4. die Einrichtung einer der Beilegung von Streitfällen dienenden internen Beschwerdestelle des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium benannten Einrichtung,
5. die Zustimmung zumindest eines mehrheitlich mit externen Hochschullehrerinnen und Hochschulleh-

75 Im Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern über die Errichtung eines Wissenschaftsrates in der ab 1.1.2008 geltenden Fassung finden sich keine Regelungen der Rechtsaufsicht.

76 Grzeszick, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 20 GG Rn. 198.

77 Krebs, Verwaltungsorganisation, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 46; Schröder, Grundfragen der Aufsicht in der öffentlichen Verwaltung, JuS 1986, 371 ff.; Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S.

472 ff.

78 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 42 Rn. 12 ff. mit Nachw.

79 Grzeszick, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 20 GG Rn. 200.

80 <https://www.akkreditierungsrat.de/sites/default/files/downloads/2019/Studienakkreditierungsstaatsvertrag.pdf> (abgerufen am 9. 7. 2021).

ern besetzen Gremiums des Wissenschaftsrates oder der vergleichbaren, vom Ministerium Einrichtung als Voraussetzung für die abschließende Entscheidung in den Verfahren nach Satz 1. ....“.

Durch diese Regelung wird den Anforderungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen, dass, wie soeben zitiert, die „Wissenschaftsfreiheit durch den Gesetzgeber in Systemen der Qualitätskontrolle jedenfalls prozedural und organisatorisch zu sichern“ sei. Bemerkenswert an dieser Regelung ist, dass der Landesgesetzgeber nunmehr für sich die Kompetenz in Anspruch nimmt, das Verfahren der Bund-Länder-Behörde Wissenschaftsrat in allen Einzelheiten zu regeln.

## VI. Schlussbemerkung

Trotz bisweilen geäußelter Detailkritik ist es eine bemerkenswerte und gewichtige Leistung des Wissenschaftsrates, den wachsenden Markt der privaten Hochschulen auf die Achtung der Werte und Leitideen einer wissen-

schaftsorientierten Hochschulorganisation zu verpflichten. Dass dabei „aufsichtlich“ zu handeln ist, gehört zu den Selbstverständlichkeiten von Marktregulierungen. Für das Verhältnis von Staat zu Hochschule wird allerdings auch ein *hochschulfreundliches Verhalten* gefordert.<sup>81</sup> Dass der Musterparagraph Anreize für ein hochschulfreundliches Verhalten des Wissenschaftsrates oder der zuständigen Ministerien geben würde, kann man kaum sehen. Wünschenswert wäre die Institutionalisierung eines Dialogs mit den Hochschulen, der auf eine *Optimierung ihrer Fähigkeiten in Forschung und Lehre* zielt.

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

81 Gärditz, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 156



# Nikolaus Blum<sup>1</sup>

## *Juristische Aspekte des Umgangs mit den Missbrauchsfällen in der Evangelischen Kirche*

Die Fälle von Missbrauch und sexualisierter Gewalt im kirchlichen Umfeld beschäftigen zur Zeit Politik, Medien und Öffentlichkeit. Dieses Thema hat in den vergangenen Jahren die Menschen aufgewühlt, das Vertrauen in die Institution und die Glaubwürdigkeit der Kirchen ausgehöhlt und die Mitgliedszahlen einbrechen lassen. Das liegt unbestritten auch an den großen Schwierigkeiten, die die Kirchen und ihre hochrangigen Vertreter\*innen haben, einen offenen und angemessenen Umgang mit dieser Thematik zu finden. Sie darauf zu verkürzen, hieße aber die äußerst vielschichtige Problematik von sexuellem Missbrauch und seiner Aufarbeitung zu verkennen. Neben den konflikträchtigen Fragen des Umgangs zwischen Betroffenen, Tätern<sup>2</sup> und den Vertretern\*innen der Institutionen stehen komplexe Rechts- und Verfahrensfragen im Raum, die den Bereich der reinen Rechtsanwendung überschreiten und die Grenzen des Handelns in juristisch abgesicherten Kategorien aufzeigen.

Um keine Zweifel aufkommen zu lassen: Alle Taten sexualisierter Gewalt stehen in einem eklatanten Missverhältnis zum kirchlichen Auftrag und den ethischen Werten, für die Kirchen stehen wollen. Eine größere moralische Fallhöhe als die der Kirchen in den Missbrauchsfällen ist kaum vorstellbar. Das Verdrängen und Vertuschen solcher Taten im kirchlichen Raum wirkt daher ebenso toxisch wie die Taten selber. In allen diesen Fällen erwarten Kirchenmitglieder und Öffentlichkeit zu Recht die Bestrafung der Täter, Gerechtigkeit für die vom Missbrauch Betroffenen und die notwendigen organisatorischen Konsequenzen von Seiten der Kirchenleitungen. Diese Erwartungen werden in einem rechtsstaatlichen System in der Regel durch Einsatz des zur Verfügung stehenden juristischen Instrumentariums er-

füllt. In den nunmehr aufgedeckten Fällen sexualisierter Gewalt, die überwiegend Jahrzehnte zurückliegen, können die heutigen Erwartungen an einen angemessenen Umgang mit dem bestehenden juristischen Instrumentarium nicht erfüllt werden. Politik und Gesellschaft fordern von den Kirchen die Aufarbeitung der Vorkommnisse. Dieser Forderung versuchen die Kirchen nachzukommen.<sup>3</sup>

Begleitet werden die Versuche der Aufarbeitung von einer nicht allein an juristischen oder wissenschaftlichen Standards orientierten öffentlichen Berichterstattung. In vielfältigen Äußerungen von unterschiedlichsten Seiten finden sich zum Teil nachvollziehbare Bestrebungen der Emotionalisierung und Moralisierung, aber auch die Verfolgung von Individualinteressen sowie politischer und gesellschaftlicher Zielsetzungen, die insgesamt eine Vielzahl von schwer zu durchdringenden Argumentationsebenen schaffen. Sich in diesem Geflecht zurechtzufinden und den Überblick zu behalten ist auch für die Kirchen und ihre Vertreter\*innen eine große Herausforderung.

Der vorliegende Beitrag möchte aus der Perspektive der Evangelischen Kirche<sup>4</sup> die juristischen Rahmenbedingungen des Umgangs mit sexualisierter Gewalt herausarbeiten und aufzeigen, warum auf diesem Wege keine befriedigenden und befriedenden Ergebnisse zu erreichen sind. Im Anschluss daran wird untersucht, ob ein Aufarbeitungsprozess, wie er von Politik und Gesellschaft gefordert wird, diese Ziele erreichen kann und ob er die Defizite des bestehenden juristischen Instrumentariums ausgleicht. Die Relevanz dieser Überlegungen dürfte über den rein kirchlichen Bereich hinausgehen, weil der Umgang mit sexualisierter Gewalt eine gesellschaftliche Herausforderung ist und es nicht verwun-

1 In dem Artikel kommt ausschließlich die persönliche Sichtweise des Autors zum Ausdruck. Es können keine Rückschlüsse auf Positionen offizieller kirchlicher Organe oder Gremien gezogen werden.

2 In den Fällen aus dem Bereich der Evangelischen Kirche handelt es sich bei den Tätern überwiegend um männliche Personen. Es gibt auch Taten von Frauen, insbesondere im Zusammenhang mit Kindererziehung. Sie stellen jedoch die Ausnahme dar. Mit der Verwendung der männlichen Form Täter wird der Regelfall in den Vordergrund gestellt.

3 Für die Evangelische Kirche siehe z.B. die Zusammenstellung von Aufarbeitungsstudien unter <https://www.ekd.de/sammlung-aufarbeitungsstudien-projekten-und-berichten-64545.htm>

(4.9.2021).

4 Unter diesem Begriff wird hier die Gesamtheit der in der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) zusammengeschlossenen Evangelischen Landeskirchen verstanden. Es ist zu beachten, dass die 20 Gliedkirchen der EKD autonome Körperschaften sind, die ihre Rechtsverhältnisse selbständig regeln, sofern sie nicht Regelungsbefugnisse auf die EKD übertragen haben. Dazu z.B. P. Unruh, Handbuch des evangelischen Kirchenrechts (HvKR), 2016, § 9 Rn. 50 ff; C. Heckel, HvKR § 11 Rn 1 ff; H. Claessen, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, Kommentar, 2006, S 197 ff; Grundordnung der EKD Art. 1, Art 9 – 10b.

dern würde, wenn in den kommenden Jahren noch andere öffentliche Institutionen in die Situation kämen, sich mit Missbrauchsfällen aus der Vergangenheit auseinandersetzen zu müssen.<sup>5</sup>

### I. Die Tatbestände und die aktuelle Rechtslage in der Evangelischen Kirche

Zunächst einmal ist zu klären, welche Tatbestände unter Missbrauch und sexualisierte Gewalt fallen. Denn unter der Überschrift Missbrauch und sexualisierte Gewalt werden in der öffentlichen Diskussion eine Vielzahl von Fallkonstellationen behandelt, die von strafrechtlichen Verbrechen über minderschwere Straftaten bis hin zu Belästigungen und Grenzüberschreitungen mit sexuell motiviertem Hintergrund reichen. Im Zentrum stehen die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176 – 176 d, 182 StGB). Darüber hinaus werden im allgemeinen Sprachgebrauch alle Straftaten, die die sexuelle Selbstbestimmung verletzen und in einem kirchlichen Kontext geschehen, als Missbrauch bezeichnet, auch wenn sie zwischen Erwachsenen oder zwischen Jugendlichen und Kindern vorkommen. Schließlich werden auch Belästigungen, Übergriffigkeiten und Grenzverletzungen oft als Missbrauch bezeichnet, die die Schwelle zu einer Straftat noch nicht überschritten haben.<sup>6</sup>

Die undifferenzierte Verwendung der Bezeichnung Missbrauch führt zu Verzerrungen in der Wahrnehmung von individuellen Fallkonstellationen. Einerseits ist zu beobachten, dass weniger schwerwiegende Taten und Grenzverletzungen auf diese Weise medial aufgewertet und tendenziell übersteigert werden. Andererseits ist nochmals festzuhalten, dass jede Art von sexualisierter Gewalt zu verurteilen<sup>7</sup> ist und in einem kirchlichen Umfeld nicht hingenommen werden kann. Die umfangreichen Diskussionen waren für die in der EKD zusammengeschlossenen Evangelischen Landeskirchen daher Anlass, generell den Begriff der sexualisierten Ge-

walt im kirchlichen Bereich zu verwenden und ihn näher zu bestimmen, damit eine verlässliche Grundlage besteht, um alle Erscheinungsformen konsequent und wirksam zu unterbinden. Gerade im Bereich unterhalb der Schwelle der normierten Straftatbestände mangelte es an einer hinreichend klaren und belastbaren Definition, um das Vorliegen sexualisierter Gewalt rechtssicher feststellen und wirksam darauf reagieren zu können. Die Richtlinie der EKD zum Schutz vor sexualisierter Gewalt vom 18. Oktober 2019 qualifiziert eine Verhaltensweise als sexualisierte Gewalt, „wenn ein unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der Person verletzt wird“. Es wird klarstellend ergänzt: „Sexualisierte Gewalt kann verbal, nonverbal, durch Aufforderung oder durch Tätlichkeit geschehen. Sie kann auch in Form des Unterlassens geschehen, wenn die Täterin oder der Täter für deren Abwendung einzustehen hat“.<sup>8</sup> Die Richtlinie findet unmittelbare Anwendung in allen Einrichtungen der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihres Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung e.V. Für die Landeskirchen ist sie verbindlicher Maßstab und enthält die Aufforderung, entsprechende landeskirchliche Regelungen zu erlassen. Dieser Aufforderung kommen die Landeskirchen durch den Erlass entsprechender Präventions- oder Gewaltschutzgesetze nach.

Damit ist unmissverständlich klargestellt, dass in allen kirchlichen und diakonischen Einrichtungen für alle Mitarbeitenden jegliches Verhalten untersagt ist, das als Ausübung sexualisierter Gewalt qualifiziert werden kann. Dieses Verbot gilt für Geistliche genauso wie für Kirchenmusiker, für pädagogisches Personal wie für Verwaltungspersonal, für Hauptamtliche wie für Ehrenamtliche. Konsequenterweise erfassen sowohl die Aufarbeitung als auch die Berichterstattung der Evangelischen Kirche alle Fälle sexualisierter Gewalt in Kirche und Diakonie. Sie sind nicht auf Missbrauchstatbestände des geistlichen Personals gegenüber Kindern und Jugendlichen beschränkt.<sup>9</sup>

5 Siehe dazu den Artikel von R. Bauch und S. Andresen, „Tatort Schule“, in FAZ vom 10.08.2021.

6 Auch wenn keine dieser Taten hingenommen werden kann, muss eine Differenzierung stattfinden. Verbale Übergriffe beispielsweise sind anders zu bewerten als jahrelanger sexueller Missbrauch von Kindern.

7 Jede Art von sexualisierter Gewalt kann bei betroffenen Personen Verletzungen und langfristige Schäden verursachen, auch z.B. abfällige Bemerkungen aus sexueller Motivation oder unerwünschte körperliche Kontakte.

8 § 2 Absatz 1 der Gewaltschutzrichtlinie der EKD vom 18. Oktober 2019 (Abl. EKD 2019, S. 270; Abl. EKD 2020, S. 25; <https://www.uek.recht.de/document/44830> (8.9.21))

9 Der EKD sind aus ihren 20 Landeskirchen knapp 900 Fälle seit 1950 bekannt (<https://www.ekd.de/haeufige-fragen-zu-sexualisierter-gewalt-64520.htm> (04.09.2021)), in denen es zu sexualisierter Gewalt und Missbrauch kam. Die große Mehrheit, fast zwei Drittel, dieser Fälle stammen aus der Heimerziehung (Diakonie und kirchliche Schulen) und fanden überwiegend vor der großen Reform der Jugendhilfe von 1975 statt. Der andere Teil der Fälle stammt aus dem Bereich der verfassten Kirche. In ihm sind die Taten aller kirchlichen Berufsgruppen enthalten (neben Pfarrern auch Diakone, Pädagogen, Sozialarbeiter und Kirchenmusiker), weiterhin ehrenamtlicher Mitarbeiter und die Taten, die sich Kinder und Jugendliche innerhalb ihrer Peergroups antun.

## II. Die juristischen Verfahren

Die zur Verfügung stehenden rechtlichen Verfahren für den Umgang mit sexualisierter Gewalt sind klar und stellen in systematischer Hinsicht keine besonderen Herausforderungen dar. Die Taten sind zunächst in strafrechtlicher Hinsicht aufzuklären und zu bewerten. Bei Verdacht von Straftaten sind Polizei und Staatsanwaltschaft einzuschalten. Sie agieren als Ermittlungsbehörden mit besonderen Ermittlungsrechten. Für Straftaten, die in einem institutionellen Kontext geschehen, ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche Strafrecht nur die Strafbarkeit von natürlichen Personen kennt, nicht von Organisationen.<sup>10</sup> Wurden Taten vertuscht oder Überwachungspflichten verletzt, so sind auch diesbezüglich die handelnden oder verantwortlichen natürlichen Personen zu ermitteln und zur Verantwortung zu ziehen. Die Aufklärung der Straftaten ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden.

Weiterhin können Geschädigte auf zivilrechtlichem Wege ihre Ansprüche gegen Täter und beteiligte Organisationen aus deliktischem Handeln vor den Zivilgerichten geltend machen und Schadenersatz und Schmerzensgeld einklagen. Sind die zugrundeliegenden Taten in strafrechtlicher Hinsicht verjährt, so ergeben sich Schwierigkeiten. Die Verjährung stellt ein Verfolgungshindernis dar.<sup>11</sup> Die Strafverfolgungsbehörden werden dann in aller Regel nicht mehr tätig und stellen die Verfahren ein. Die strafrechtliche Verjährung verhindert zwar nicht die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche, erschwert sie jedoch erheblich, da die Beweislast für die Taten alleine den Geschädigten obliegt und sie keine Unterstützung durch die Ermittlungsbehörden mit ihren besonderen Ermittlungsrechten haben.

Ergänzend zu den Verfahren vor den staatlichen Gerichten gibt es noch die innerkirchlichen Disziplinarverfahren<sup>12</sup> für Pfarrer und Kirchenbeamte, in denen die Täter wegen Verstößen gegen das Dienstrecht von ihren jeweiligen Landeskirchen zur Verantwortung gezogen werden. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Handlungen sexualisierter Gewalt sind immer auch als Verstöße gegen die dienstrechtlichen Verpflichtungen

zu werten.<sup>13</sup> Disziplinarverfahren können zwar auch bei weit zurückliegenden Taten durchgeführt werden, die in strafrechtlicher Hinsicht verjährt sind. Allerdings bestehen ebenfalls erschwerte Bedingungen, denn es gibt keine Unterstützung durch die staatlichen Ermittlungsbehörden. Auch in den Disziplinarverfahren müssen die zugrundeliegenden Sachverhalte und Taten nach rechtsstaatlichen Standards zweifelsfrei festgestellt werden. Besondere Ermittlungsrechte stehen den kirchlichen Dienststellen nicht zu, so dass sie zur zweifelsfreien Aufklärung der Sachverhalte auf die freiwillige Mitwirkung der Beteiligten angewiesen sind.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass Personen, die Opfer von Gewalttaten wurden, Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz beantragen und beziehen können. In Fällen von sexuellem Missbrauch ist dies unter Umständen auch dann möglich, wenn die betroffenen Personen keine Strafanzeige gestellt haben und die Taten verjährt sind.

## III. Die Perspektive des evangelischen Kirchenrechts

Ein besonderer Blick muss im Kontext der Missbrauchsthematik auf das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht geworfen werden. Dieses Verhältnis hat sich in der deutschen und europäischen Rechtsgeschichte über Jahrhunderte entwickelt und zu tiefgreifenden Auseinandersetzungen geführt.<sup>14</sup> Für Deutschland gelten über Art. 140 GG die institutionellen Garantien der Weimarer Reichsverfassung fort. Seit über hundert Jahren besteht ein modifiziertes Trennungsmodell<sup>15</sup>, das den Kirchen als öffentlich-rechtlichen Körperschaften ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht in den eigenen Angelegenheiten zugesteht. Sie dürfen innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes ihre Angelegenheiten selbständig ordnen und verwalten.<sup>16</sup> Die Frage, was unter den eigenen Angelegenheiten zu verstehen ist und welchen Einfluss die Glaubensinhalte auf die Bestimmung der eigenen Angelegenheiten haben, ist in Literatur und Rechtsprechung umfangreich behandelt worden. Im Hinblick auf Straftaten bleibt allerdings festzuhalten, dass die strafrechtlichen Nor-

10 Anders im Ordnungswidrigkeitsrecht.

11 § 78 StGB.

12 Bei den Disziplinarverfahren sind Besonderheiten zu beachten. Es handelt sich nicht um innerkirchliches Strafrecht (s.u. III.). Dem Disziplinarrecht unterliegen nur die beamteten Beschäftigten. Bei Angestellten werden entsprechende arbeitsrechtliche Maßnahmen ergriffen.

13 Bei geringeren Verstößen, die als Akte sexualisierter Gewalt zu qualifizieren sind, ist das jetzt durch die Gewaltschutzrichtlinie

der EKD und die landeskirchlichen Präventionsgesetze zweifelsfrei festgestellt

14 Dazu z.B. A. Thier, HevKR § 2 Rn. 12 ff und M. Otto, HevKR § 3 Rn. 8 ff. Weiterführende Literatur zum deutschen Staatskirchenrecht auch bei de Wall/German, HevKR, § 1 Fn. 7.

15 Hübner, Evangelisches Kirchenrecht in Bayern, 2020, S. 104 ff. mit weiterführenden Literaturhinweisen auf S. 115

16 Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

men des Staates für alle geltende Gesetze sind, die das kirchliche Selbstbestimmungsrecht begrenzen. Die Kirchen und ihre Mitarbeitenden unterliegen uneingeschränkt dem materiellen und prozessualen staatlichen Strafrecht.

Das ist für die Evangelische Kirche und ihr kirchenrechtliches Verständnis keine besondere Herausforderung. Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts sind von Luthers Lehre von den zwei Reichen und den zwei Regimenten<sup>17</sup> sowie von der historischen Erscheinungsform des landes- und stadtherrlichen Kirchenregiments bestimmt. Das Kirchenregiment umfasste das Recht der Obrigkeit, das Kirchenwesen im Herrschaftsgebiet zu regeln, einschließlich der Organisationsstrukturen und des Finanzwesens. Die weltlichen Herrschaftsautoritäten erließen entsprechende Kirchenordnungen. Für die weitere Entwicklung des evangelischen Kirchenrechts bedeutete dies, dass eine enge Verflechtung der staatlichen und kirchlichen Ordnungen entstand<sup>18</sup> und sich das rein kirchlich gesetzte Recht auf ein enges Feld bekenntnisorientierter Normen konzentrierte. So ist es in den Evangelischen Kirchen nie zur Entwicklung eines kirchlichen Strafrechts gekommen.<sup>19</sup>

Konkret bedeutet das für alle strafrechtlich relevanten Taten, die von kirchlichen Mitarbeitenden begangen werden oder die sich im kirchlichen Bereich ereignen, dass die staatliche Straf- und Verfolgungsgewalt völlig außer Frage steht. Die Taten sind zur Anzeige zu bringen und die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, also mit Polizei und Staatsanwaltschaft, ist aus kirchlicher Sicht geboten.<sup>20</sup> Im Zusammenhang mit den Missbrauchsfällen ist dies von vielen Kirchenleitungen nochmal explizit betont und bekannt gemacht worden.<sup>21</sup>

Als innerkirchliches Verfahren kann in Grenzen auch das bereits angesprochene kirchliche Disziplinarverfahren angesehen werden. Das geltende Disziplinarrecht der EKD ist stark an das Disziplinarrecht der staat-

lichen Beamten angelehnt, wobei den Besonderheiten des kirchlichen Dienstes und speziell des Pfarrdienstes Rechnung getragen wird. Zweck der Disziplinarverfahren ist, das Ansehen der Kirche, die Funktionsfähigkeit ihres Dienstes, eine auftragsgemäße Amtsführung und das Vertrauen in das Handeln der in der Kirche Mitarbeitenden Menschen zu sichern.<sup>22</sup> Damit steht nicht der Grundgedanke einer Bestrafung für das dienstliche Vergehen im Vordergrund, sondern die Integrität und die Funktionsfähigkeit des kirchlichen Dienstes<sup>23</sup>, also der Institution Kirche. Im Gegensatz zum Strafrecht formuliert das Disziplinarrecht nicht bestimmte Tatbestände, an die dann unterschiedliche Sanktionen geknüpft werden. Es gibt nur den einheitlichen Begriff der Amtspflichtverletzung.

Aufgrund dieser, dem rechtlichen Laien in der Regel unbekanntem Ausrichtung des Disziplinarrechts haben die Verfahren in den Fällen, in denen sie wegen strafrechtlich verjährter Missbrauchsvorwürfe eingeleitet wurden, bei den Betroffenen große Enttäuschung und Frustration ausgelöst. Die Erwartungen der Betroffenen gingen regelmäßig dahin, dass mit der Entfernung aus dem Dienst<sup>24</sup> gegen die Täter die schärfste Disziplinarmaßnahme verhängt würde. Wegen unzureichender Tatsachenfeststellungen, mangelnder Beweislage<sup>25</sup> im Hinblick auf die vorgeworfenen Handlungen und langem Zeitablauf<sup>26</sup> konnten Disziplinarmaßnahmen nach vielen Jahren nur in sehr seltenen Fällen verhängt werden. Viele Verfahren endeten mangels Beweisbarkeit der erhobenen Vorwürfe mit Abweisung der Disziplinaranzeige. Eine weitere Enttäuschung der Betroffenen ergab sich aus der Verfahrensbeteiligung: Sie treten nur als Zeugen auf, können das gesamte Verfahren nur mit großen Einschränkungen verfolgen und die Urteilsfindung nicht nachvollziehen. Die Unmöglichkeit am Verfahren teilzuhaben und die als viel zu milde empfundenen Maßnahmen lösten bei den Betroffenen erneut Ohnmachtsge-

17 Siehe *M. Heckel*, Martin Luthers Reformation und das Recht, 2016, S. 591 ff.

18 *A. Thier* in HevKR, § 2 Rn. 32, 33.

19 Anders in der Römisch-Katholischen Kirche: Der Codex Juris Canonici enthält eigene Strafrechtsnormen.

20 Siehe dazu das explizite Kooperationsgebot mit den staatlichen Strafverfolgungsbehörden in § 6 Abs. 1 Disziplinargesetz.EKD.

21 So auch der Leitfaden „Hinschauen – Helfen – Handeln“ der EKD für den Umgang mit Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, 2012, S. 16, 19, 21 ([https://www.hinschauen-helfen-handeln.de/media/2012-08-28\\_broschuere\\_hinschauen\\_helfen\\_handeln.pdf](https://www.hinschauen-helfen-handeln.de/media/2012-08-28_broschuere_hinschauen_helfen_handeln.pdf) (06.09.2021)).

22 Siehe § 1 Abs. 3 Disziplinargesetz der EKD (DG.EKD).

23 *De Wall* in HevKR, § 6 Rn.78.

24 Materiell bedeutet die Entfernung aus dem Dienst auch den Verlust der Bezüge und der Versorgung. Bei Pfarrern kann sie darüber hinaus auch mit dem Verlust der Rechte aus der Ordination verbunden sein.

25 Es gibt keine besonderen kirchlichen Ermittlungsrechte. Wenn die Taten abgestritten werden und keine weiteren Zeugen vorhanden sind, was bei sexuellen Übergriffen der Regelfall ist, ist eine gesicherte Grundlage für Disziplinarmaßnahmen kaum zu erreichen.

26 Ein langer Zeitablauf und keine weiteren einschlägigen Vorkommnisse erschweren die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen; siehe auch § 22 DG.EKD.

fühle gegenüber dem Täter und dem „System Kirche“ aus, die häufig zu einer Retraumatisierung führten. Darauf hat die EKD mit einer Änderung des Disziplinarrechts reagiert.<sup>27</sup>

Auch wenn es nicht Ziel sein kann, das Disziplinarverfahren in ein innerkirchliches Strafverfahren umzuwandeln, so ist doch ersichtlich, dass in den vergangenen Jahren zumindest im Zusammenhang mit den Missbrauchsfällen unzutreffende Maßstäbe angelegt und zweifelhafte Ziele<sup>28</sup> verfolgt wurden. Der Vorwurf, dass auch im Disziplinarrecht Täterschutz stattfand, entbehrt nicht konkreter Grundlagen. Manche Entscheidungen sind schlicht nicht akzeptabel.<sup>29</sup> Maßstab für die Verhängung disziplinarischer Maßnahmen ist die Schwere der Amtspflichtverletzung.<sup>30</sup> Durch die Enthüllungen in den vergangenen Jahren und den Mut einiger Betroffener, über ihre Erlebnisse zu berichten, sind die Leiden und die lebenslangen Schädigungen offenkundig geworden, die mit sexuellem Missbrauch verbunden sein können. Die Folgen für das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Kirche sind verheerend. Deshalb müssen die Maßstäbe, mit denen damit einhergehende Amtspflichtverletzungen bewertet werden, dringend angepasst werden. Es gibt kaum schlimmere Pflichtverletzung im kirchlichen Dienst als sexuellen Missbrauch, insbesondere, wenn er Kinder und Jugendliche betrifft. Diese veränderten Maßstäbe dürfen nicht zu einer Vorverurteilung oder Aufweichung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die Beweiswürdigung führen. Aber es müssen auch von den Disziplinarverfahren klare Signale ausgehen, dass sexualisierte Gewalt in der Kirche nicht toleriert wird und schwerwiegende Konsequenzen hat. Die Klarheit, die die Gewaltschutzrichtlinie der EKD geschaffen hat, muss sich in Zukunft auch in der Praxis auswirken.<sup>31</sup>

Das betrifft auch die Personalführung. Der Umgang mit und der dienstliche Einsatz von Personen, die sich Übergriffe haben zuschulden kommen lassen – oder bei denen ein begründeter Verdacht besteht –, muss kritisch hinterfragt werden. Hier haben die kirchlichen Dienstgeber die herausfordernde Aufgabe, ohne unhaltbare

Vorverurteilung die notwendigen arbeits- oder dienstrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, um entsprechende Vorfälle in Zukunft auszuschließen (Prävention) und keine Zweifel an der kirchlichen Arbeitsweise aufkommen zu lassen.

Dass die Kirchen als Dienstgeber heute eine aktive Rolle bei der Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Aufarbeitung einnehmen, zeigt eine aktuelle Neuerung im kirchlichen Datenschutzrecht. Das EKD-Datenschutzgesetz wurde so angepasst, dass Schriftgut einschließlich Personalakten ohne Vorlage einer expliziten Einwilligung der betroffenen Personen für die wissenschaftliche Aufarbeitung von sexualisierter Gewalt verwendet werden darf.<sup>32</sup> Damit ist auch datenschutzrechtlich eine sichere Grundlage für die transparente, konsequente und umfassende Aufarbeitung geschaffen.

#### IV. Die Problematik der Verjährung

Es bleibt die Frage, wie mit den bekannt gewordenen Fällen aus der Vergangenheit umzugehen ist. Durch den Eintritt der strafrechtlichen Verjährung ist eine angemessene juristische Behandlung dieser Fälle nicht mehr möglich. In den Verfahren, die das staatliche Rechtssystem und das kirchliche Recht vorsehen, lassen sich keine Ergebnisse erzielen, die aus heutiger Sicht eine adäquate Antwort auf die Taten und die einschneidenden Folgen für die Betroffenen geben. Dass solche Taten für Täter wie beteiligte Institutionen durch Zeitablauf folgenlos bleiben, die Betroffenen aber unter Umständen mit lebenslangen Beeinträchtigungen zu kämpfen haben, wird heute allgemein als ungerecht und gesellschaftlich nicht tolerabel empfunden. Zu der veränderten Wertung haben mehrere Faktoren beigetragen:

##### 1. Tatort Kirche

Die Empörung der Öffentlichkeit über die Missbrauchsfälle in den Kirchen beruht völlig zu Recht auf der Wahrnehmung, dass diese Taten in diametralem Gegensatz zum Auftrag und zur Verkündigung der Kirchen stehen.

27 Aufgrund dieser Erfahrungen wurde das Disziplinargesetz der EKD am 12. November 2014 geändert (Amtsblatt EKD 2014 S. 342). Die Rechtsstellung der Betroffenen, die nach wie vor als Zeugen im Disziplinarverfahren auftreten, wurde gestärkt, z.B. durch Recht auf einen Zeugenbeistand, Übernahme der Kosten des Zeugenbeistands, Teilnahmerechten an nichtöffentlichen Verhandlungen, Möglichkeit zum Ausschluss der Öffentlichkeit bei Zeugenaussagen etc.

28 Verständnis des Disziplinarverfahrens als „Tor zur Versöhnung“. Dazu *de Wall*, *HevKR*, § 6 Rn. 76 m.w.N.

29 Besonders kritisch: Entscheidung des Disziplinarhofes der EKD vom 13.2.2013 (DH.EKD 0125/1-11), *ZevKR* 58, 406 ff. Siehe

dazu die Anmerkungen von *Gansen*, Dürfen schwere Amtspflichtverletzungen folgenlos bleiben?, *ZevKR* 58, 368 ff.

30 § 20 Abs. 1 Satz 2 Disziplinargesetz.EKD.

31 Erfreulich klar ist z.B. das Urteil des Kirchengerichtshofs der EKD vom 04.06.2021 (I-0125/1-2018) (<https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/48626> (06.09.2021)), das feststellt, dass das Eingehen –einer-auch einvernehmlichen – sexuellen Beziehung neben einer bestehenden seelsorgerlichen Beziehung immer einen eindeutigen Verstoß gegen die Amtspflichten von Pfarrerinnen und Pfarrern darstellt.

32 Einfügung des § 50a Datenschutzgesetz EKD.



Hier wurden nicht nur Taten begangen, die allen kirchlichen Lehren und Handlungsmaximen entgegenstehen. Vielmehr nutzen diese Taten die besonderen Schutz- und Vertrauensräume aus, die die Kirchen benachteiligten und verletzlichen Individuen bieten möchten. Als weiteres Unrecht ist hinzugekommen, dass nach Bekanntwerden von Taten die Menschen im kirchlichen Umfeld in vielen Fällen nicht angemessen reagiert haben. Den Betroffenen wurde nicht geglaubt, das Geschehene wurde verharmlost oder auch sogar gezielt vertuscht. Es ist nicht hinnehmbar, dass solches Unrecht durch die Berufung auf Verjährungsvorschriften faktisch ohne Folgen für Täter und ihr Umfeld bleibt.

## 2. Gesellschaftliche Wertung

Die gesellschaftliche Wertung sexueller Selbstbestimmung und Integrität hat sich in den vergangenen Jahrzehnten grundlegend verändert. In den frühen Jahren der Bundesrepublik gab es diesbezüglich eine weitgehend tabuisierte Privatsphäre. Veränderungen im öffentlichen Umgang mit der sexuellen Selbstbestimmung zeigten sich Anfang der siebziger Jahre in den Debatten über die Strafbarkeit der Abtreibung oder in den achtziger und neunziger Jahren in den Auseinandersetzungen zur Vergewaltigung in der Ehe. Die verschiedenen Reformen des Sexualstrafrechts, aber auch des Ehe- und Familienrechts oder die Entwicklung der Sexualpädagogik geben von diesem Wertewandel Zeugnis. Handlungen, die die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, werden heute viel sensibler und kritischer wahrgenommen. Die veränderte Wertung erstreckt sich auch auf die Vorfälle der Vergangenheit. Die aus heutiger Sicht viel zu kurzen Verjährungsfristen der Missbrauchsdelikte wurden allerdings erst im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2013 neugestaltet und erheblich verlängert<sup>33</sup>, wobei zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung bereits verjährte Straftaten verjährt bleiben. Die kurzen Verjährungsfristen haben sich faktisch als Täterschutz ausgewirkt. Die Besonderheit der Missbrauchsdelikte besteht gerade darin, dass sie im Verborgenen stattfinden und auch die Opfer aus Ohnmacht oder Scham die Aufklärung vermeiden. Oft bringen sie erst im Erwachsenenalter die Kraft auf, sich mit dem Erlebten auseinanderzusetzen. Dem wurde durch eine weitere Reform in 2015 Rechnung getragen, bei der festgelegt wurde, dass

die Verjährung von Missbrauchstaten erst mit Vervollendung des 30. Lebensjahres der Opfer zu laufen beginnt.<sup>34</sup>

## 3. Missbrauch als gesellschaftliche Herausforderung

Auch vor 20 oder 30 Jahren wurden bereits einzelne Missbrauchsfälle bekannt und in die Öffentlichkeit gebracht. Sie wurden aber als Einzelfälle wahrgenommen und führten nicht zu größeren gesellschaftlichen oder politischen Reaktionen. Erst im Jahr 2010 rückten Umfang und Ausmaß des Missbrauchs nachhaltig in das öffentliche Bewusstsein, nicht zuletzt durch die Enthüllung der Vorgänge am Berliner Canisius-Kolleg und in der Odenwaldschule. Die Politik reagierte mit der Einrichtung eines Runden Tisches „Sexueller Missbrauch“ und der Ernennung einer Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des Missbrauchsgeschehens und als Anlaufstelle für Betroffene. Das war der Auslöser für umfangreiche Untersuchungen und Anhörungen, die deutlich machten, dass Missbrauch und sexualisierte Gewalt ein über Jahrzehnte verdrängtes und tabuisiertes Problem der Gesellschaft darstellen, das in institutionellen Kontexten, insbesondere in Kirchen, im Sport, in Schulen und Heimen, aber vor allem in Familien und im engsten Privatbereich in erschreckendem Ausmaß auftritt. Ein besonders wichtiger und wirksamer Schritt bestand darin, dass den Betroffenen ein geschützter Rahmen geboten wurde, ihre Geschichte zu erzählen. Erst dadurch wurden das persönliche Leid und die langfristigen Schäden und Beeinträchtigungen sichtbar, die mit Missbrauch verbunden sind.

## V. Aufarbeitung als neues Verfahren der Bewältigung?

Der Runde Tisch Sexueller Kindesmissbrauch hat in seinem Abschlussbericht<sup>35</sup> den damals aktuellen Stand des Umgangs mit diesen Untaten festgehalten und eine Vielzahl von Maßnahmen und Gesetzesvorhaben angestoßen. Die Einrichtungen und Institutionen wurden aufgefordert, Verantwortung wahrzunehmen und die Vorgänge aufzuarbeiten.<sup>36</sup> Der von der Bundesregierung eingesetzte Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM) hat sich seinem Auftrag entsprechend intensiv mit der Frage beschäftigt, welcher Handlungsbedarf für die Aufarbeitung der Missbrauchsfälle besteht. Durch den engen Austausch

33 Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 29. Juni 2013 (BGBl I 2013, 1805).

34 § 78 b Abs.1 Nr. 1 StGB.

35 <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinforma->

[tionen/Abschlussbericht\\_RTKM.html](#) (2.9.2021).

36 Abschlussbericht Runder Tisch „Sexueller Kindesmissbrauch“ (Fn 35), S. 19 ff.

mit Betroffenen und mit wissenschaftlicher Begleitung sind die Anforderungen an Aufarbeitung kontinuierlich ausgestaltet und erweitert worden.

Was bedeutet Aufarbeitung nach dem heutigen Verständnis? Die Unabhängige Kommission spricht von gesellschaftlicher Aufarbeitung, die über die juristische Aufklärung der Straftat und die individuelle Therapie zur Verarbeitung des Traumas hinausgeht. Die Aufarbeitung soll die Umstände und Strukturen in Institutionen aufdecken, unter denen der Missbrauch möglich wurde, und zielt auf die Anerkennung des Leids und auf die Rechte und die Unterstützung Betroffener ab. Die Aufarbeitung ist ein öffentlicher Prozess, bei dem alle Schritte und Ergebnisse kommuniziert und veröffentlicht werden.<sup>37</sup> Bei der Durchführung wird zwischen dem institutionellen Aufarbeitungsprozess und der individuellen Bearbeitung differenziert.<sup>38</sup> Während die institutionelle Aufarbeitung eher die Offenlegung der organisatorischen und kulturellen Schwachstellen betrifft, die den Missbrauch überhaupt erst ermöglicht haben, zielt die individuelle Bearbeitung auf die Anerkennung des erlittenen Leides und geht auf die individuellen Bedürfnisse der Betroffenen im konkreten Einzelfall ein. Für beide Teile des Aufarbeitungsprozesses ist die Beteiligung der Betroffenen unabdingbare Voraussetzung. Konkret wird für den kirchlichen Bereich die Errichtung von Unabhängigen Aufarbeitungskommissionen gefordert, in denen Betroffene, „neutrale“ Personen des öffentlichen Lebens und Vertreter\*innen der kirchlichen Institution vertreten sind. Die kirchlichen Vertreter\*innen dürfen keine Mehrheit haben.

Aus diesen grob skizzierten Eckpunkten wird deutlich, dass Aufarbeitung weit mehr Ziele verfolgt als offene rechtliche Fragen zu beantworten. Es geht um die Aufdeckung von Machtverhältnissen, die Korrektur von Verhaltensmustern, die Anerkennung und Linderung von Leid, die Stärkung von Betroffenen und Erhöhung ihres Einflusses. In allen diesen Punkten sind juristische Elemente enthalten. Es bleibt aber festzuhalten, dass es sich bei der Aufarbeitung nicht um einen klar definierten juristischen Begriff handelt. Bei näherer Befassung mit seinen unterschiedlichen Aspekten bleiben große Unsicherheiten, unter welchen Bedingungen und mit

Einsatz welcher Mittel die Ziele der Aufarbeitung erreicht werden können.

Damit ist keine Bewertung verbunden, dass ein so verstandener Prozess der Aufarbeitung nicht einen großen Beitrag zur Bewältigung der verjährten Fälle aus der fernerer Vergangenheit leisten kann. Im Gegenteil: es ist klar, dass die desaströsen Folgen im Lichte des eben Ausgeführten nicht allein auf juristischem Weg bewältigt werden können. Weiterhin ist klar, dass Ansehen und Glaubwürdigkeit von Kirchen nicht durch juristische Formalakte wieder aufgebaut werden. Deshalb tun alle kirchlichen Organisationseinheiten, in denen entsprechende Fälle aufgetreten sind, gut daran, sich auf Aufarbeitungsprozesse unter Beteiligung der Betroffenen einzulassen.

Es muss jedoch erlaubt sein, das derzeit vom UBSKM verfolgte Aufarbeitungskonzept unter juristischen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unter die Lupe zu nehmen. Zum einen, weil mit dem UBSKM eine Stelle der Bundesregierung gestaltend in ein gesellschaftliches Problemfeld eingreift, zum anderen, weil es gerade veraltete Rechtsnormen waren, die eine angemessene juristische Bearbeitung aus heutiger Sicht verhinderten. Es sollte daher der Anspruch bestehen, dass neue Prozesse, die politisch initiiert werden, neben der Verfolgung weiterer Ziele zumindest auch bewirken, dass unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten juristisch vertretbare und befriedende Ergebnisse erreicht werden. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Bemerkungen zu verstehen.

#### 1. Einordnung des Aufarbeitungsprozesses unter rechtlichen Gesichtspunkten

Die Aufarbeitung, die heute von der Kirche gefordert wird, ist ein Prozess, der weder materiell noch prozessual dem geltenden Recht unterliegt. Er ist eher als ein notwendiger Erkenntnis- und Verständigungsprozess zu qualifizieren, der neben dem staatlichen Recht und über dieses hinaus stattfindet. Das ist deshalb wichtig zu betonen, weil in der Debatte um die Aufarbeitung immer wieder Forderungen eingebracht werden, die auf das geltende Recht Bezug nehmen. Dies trifft insbesondere Forderungen nach Schadensersatz und Schmerzensgeld.<sup>39</sup>

37 Eine (unvollständige) Liste von Aufarbeitungsstudien im Bereich der EKD findet sich unter <https://www.ekd.de/sammlung-aufarbeitungsstudien-projekten-und-berichten-64545.htm> (6.9.2021).

38 Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, Rechte und Pflichten: Aufarbeitungsprozesse in Institutionen – Empfehlungen zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, Stand 2020, S. 8 und 9, <https://www.aufarbeitungskommission.de/service-presse/service/meldungen/>

kommission-empfehlungen-aufarbeitung-sexueller-kindesmissbrauch-institutionen/ (3.9.2021).

39 So z.B. die Empfehlungen der Unabhängigen Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung des Verfahrens zur Anerkennung des Leids“ vom 10. September 2019, S. 6 ff. ([https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse\\_downloads/dossiers\\_2019/2019-09-24\\_Anerkennung-Empfehlungen-Unabhaengige\\_Arbeitsgruppe\\_10.09.2019-final.pdf](https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2019/2019-09-24_Anerkennung-Empfehlungen-Unabhaengige_Arbeitsgruppe_10.09.2019-final.pdf) (6.9.2021)).

Oder die Forderung nach „Bestrafung“ der Täter. Solche Ansprüche und Forderungen gehören in das staatliche Rechtssystem und sind an die dort geltenden Regeln gebunden. Zu diesen Regeln gehören auch die Verjährungsvorschriften, die Grundsätze der Beweislastverteilung und die Unschuldsvermutung.

Mit diesem Hinweis soll in erster Linie eine eindeutige und unmissverständliche Begrifflichkeit im Kontext der Aufarbeitung erreicht werden. Schadensersatz und Schmerzensgeld sind nicht Gegenstand der Aufarbeitung. Das bedeutet allerdings nicht, dass es keine Zahlungen und Unterstützungen an Betroffene gibt. Im Gegenteil: in den Evangelischen Landeskirchen sind Kommissionen eingerichtet, die Betroffenen Anerkennungs- und Unterstützungsleistungen zusprechen.<sup>40</sup> Die Kriterien und Maßstäbe für die Gewährung der Leistungen werden innerhalb der EKD schrittweise angeglichen. Für die Feststellung der zum Teil weit in der Vergangenheit liegenden Taten reicht es in aller Regel, dass sie von den Betroffenen plausibel und glaubhaft dargestellt werden. Damit wird im Interesse der Betroffenen von den in Prozessordnungen geltenden Anforderungen an den Beweis als Grundlage für finanzielle Forderungen abgewichen. Die Anerkennungs- und Unterstützungsleistungen sind ein wichtiger Bestandteil der individuellen Bearbeitung und Ausdruck der kirchlichen Bereitschaft, die Betroffenen in ihrer jeweiligen persönlichen Situation wahrzunehmen. In rechtlicher Hinsicht handelt es sich um freiwillige Leistungen, nicht um Schadensersatz oder Schmerzensgeld.

## 2. Beteiligung der Betroffenen

Ein zentraler Bestandteil des Aufarbeitungsprozesses ist die Beteiligung der Betroffenen. Sie ist unverzichtbares Element, stellt aber gleichzeitig alle Beteiligten vor die größten Herausforderungen. Unverzichtbar ist die Betroffenenbeteiligung wegen der spezifischen Tatkonstellationen in den Fällen sexualisierter Gewalt. Nur mit Hilfe der Betroffenen können die Mechanismen und Zusammenhänge, die die Taten ermöglicht haben, aufgedeckt und wirksame Interventions- und Präventionsmaßnahmen in die Wege geleitet werden. Beteiligung der Betroffenen ist auch für die gelingende individuelle Bearbeitung, die Linderung des zugefügten Leids und die Anerkennung ihrer individuellen Bedürfnisse unverzichtbar.

Ungeklärt ist jedoch die Frage, was Beteiligung über die Einbeziehung einzelner Personen hinaus ganz kon-

kret heißt, wie sie institutionalisiert werden kann und wie Betroffene in Entscheidungsprozesse einbezogen werden können. Politisch wird derzeit ganz klar eine institutionalisierte Beteiligung in Form von Betroffenenbeiräten und die aktive Mitwirkung der Betroffenen in Entscheidungsprozessen der Kirchen gefordert. Die Erfahrungen, die bislang mit der Einrichtung von Betroffenenbeiräten gemacht wurden, sind überaus zwiespältig, auch aus Sicht von Betroffenen – ein Dilemma, aus dem es bislang keinen Königsweg gibt. In der Beteiligung an Entscheidungsprozessen steckt die Gefahr der Instrumentalisierung der Betroffenen, auf die insbesondere Klaus Mertes aufmerksam gemacht hat.<sup>41</sup> Jede Form der Instrumentalisierung ist jedoch den Zielen der Aufarbeitung abträglich.

## 3. Rollenkonflikte

Der Aufarbeitungsprozess, so wie er derzeit angelegt ist, führt zu erheblichen Rollenkonflikten. Sie treten nicht nur auf Seiten der Betroffenen auf (sind sie unabhängige Berater\*innen mit Expertenwissen, Vertreter\*innen der eigenen Sache, einer Interessensgruppe oder gar Mitentscheider\*innen kirchlichen Handelns?), sondern genauso auf Seiten der Kirchen und ihrer Vertreter. Die Kirchen werden im Aufarbeitungsprozess zur Partei. Es stehen sich nicht mehr Täter und Opfer gegenüber, sondern Kirche und Betroffene. Hat die Kirche in der ersten Konstellation noch die Rolle, quasi als „Dritter“ zur Aufklärung der Taten beizutragen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen (z.B. Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, Durchführung von Disziplinarverfahren, Einleitung von Maßnahmen der Intervention und zur Prävention etc), ist sie in der zweiten Konstellation direkt Konfliktbeteiligte und befindet sich aus öffentlicher Sicht eindeutig auf der Täterseite und der Anklagebank. Das ist aufgrund des institutionellen Versagens, das in vielen Fällen eine Rolle gespielt hat, nicht völlig unberechtigt. Allerdings gerät damit alles, was die Kirche tut und äußert, in das Zwielicht des Selbstschutzes, der Rechtfertigung oder der Beschwichtigung.

In dieser polarisierten öffentlichen Auseinandersetzung zwischen den Kirchen und den Betroffenen gibt es keine neutrale dritte Instanz, die das Verfahren leitet (wie z.B. Richter\*innen, Mediatoren, Schlichter\*innen etc.). Der UBSKM kann eine solche Rolle nicht ausüben, da er seinem Auftrag entsprechend als Fürsprecher der Betroffenen auftritt und ihnen eine starke Stimme verleiht. Der Verlauf des Aufarbeitungsprozesses und die

40 11-Punkte Plan der EKD Synode und seine Realisierung: Berichte an die Synode von 2019 (<https://www.ekd.de/bericht-beauftragtenrat-sexualisierte-gewalt-synode-2019-51487.htm> (3.9.2021)) und 2020 ([https://www.ekd.de/ekd\\_de/ds\\_doc/03-TOP-III-](https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/03-TOP-III-)

[Bericht-des-Beauftragtenrates.pdf](#) 3.9.2021)).

41 K. Mertes, Gastbeitrag in FAZ vom 17.2.2021 „Gerechtigkeit statt Harmonie“; K. Mertes, Den Kreislauf des Scheiterns durchbrechen, 2021, S. 43 ff.

Bewertung der Ergebnisse sind dem freien Spiel der Kräfte in der öffentlichen Auseinandersetzung überlassen. Spätestens hier wird deutlich, dass Aufarbeitung in diesem Sinne ein politischer und kein juristischer Prozess ist. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass in letzter Zeit die Rufe nach der Einrichtung einer parlamentarischen „Wahrheitskommission“ laut wurden.<sup>42</sup>

#### 4. Ungewünschte Konsequenzen

Die beschriebene Rollenveränderung wirkt sich zwangsläufig auch belastend auf das Verhältnis der Kirchen zu den Betroffenen aus. Die heutigen Vertreter der Kirchen im Aufarbeitungsprozess werden von den Betroffenen nicht selten an die Stelle der Täter von gestern gesetzt, insbesondere, wenn letztere verstorben oder nicht mehr im Dienst sind. Psychologen und Traumatherapeuten betonen immer wieder, wie wichtig es ist, dass die Vertreter\*innen der Kirche den Betroffenen gegenüber mit Empathie und Verständnis auftreten und ihren Berichten uneingeschränkt Glauben schenken. Genau dies wird durch die polarisierte Rollenverteilung im Aufarbeitungsprozess erheblich erschwert. Wer als Gegenspieler wahrgenommen wird, kann nicht gleichzeitig die Rolle des offenen, zuhörenden und empathischen Unterstützers übernehmen.

Eine weitere Nebenfolge dieser Polarisierung könnte auch sein, dass die Kirchen bei der Verhängung von dienstrechtlichen Disziplinarmaßnahmen in Schwierigkeiten geraten. Solche Maßnahmen müssen objektiv und nach rechtsstaatlichen Kriterien beschlossen werden. Sie unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. Je stärker die Kirchen unter äußerem Handlungsdruck stehen, desto angreifbarer werden die Maßnahmen. In anderer Hinsicht besteht eine gewisse Diskrepanz bereits jetzt, wenn einerseits gegen einen (potentiellen) Täter wegen Verjährung oder mangelnder Beweisbarkeit der vorgeworfenen Taten keine straf- oder disziplinarrechtlichen Maßnahmen verhängt werden können, andererseits Betroffene aufgrund der geringeren Darlegungsanforderungen für eben diese Taten Anerkennungs- oder Unterstützungsleistungen erhalten.

#### 5. Aufarbeitung als Perspektive für die gesellschaftliche Herausforderung?

Der derzeit verfolgte politische Aufarbeitungsprozess ist im Hinblick auf seinen Verlauf und seine Ergebnisse

nicht vorhersehbar. Nicht nur, dass die zwei Unterprozesse der Aufarbeitung, die institutionelle Aufarbeitung und die individuelle Bearbeitung, getrennt voneinander ablaufen. Der Aufwand und der Zeitablauf ist für beide Teilprozesse nicht kalkulierbar. Insbesondere die individuelle Bearbeitung kann sich in einzelnen Fällen als eine lebenslange Aufgabe erweisen.<sup>43</sup> Die Kirchen haben sich in den Gesprächen mit dem UBSKM auf diesen Weg eingelassen und haben bzw. werden dies in gemeinsamen Erklärungen dokumentieren. Das ist aus politischer Sicht und aus der Verantwortung heraus, die die Kirchen tragen, zu begrüßen.

Es darf allerdings bezweifelt werden, dass dieser Weg für andere gesellschaftliche Gruppen und Institutionen einen Vorbildcharakter hat und sie ermutigt, in ihrem Bereich einen Aufarbeitungsprozess zu starten. Die Erfahrungen, die mit Aufarbeitung im Bereich der Kirchen gemacht wurden, lassen eher befürchten, dass es zu massiven Polarisierungen kommt und es nicht gelingt, in überschaubarer Zeit Ergebnisse zu erzielen, die von Betroffenen und der Öffentlichkeit akzeptiert werden. Deshalb werden noch viele weitere Anstrengungen nötig sein, um Kindesmissbrauch und sexualisierte Gewalt als gesamtgesellschaftliches Phänomen einzudämmen und in den Griff zu bekommen.

Aus juristischer Perspektive bleibt als Ergebnis dieser Untersuchungen das Gefühl der Unzufriedenheit. Einerseits gelingt es nicht, mit den Mitteln des Rechtsstaats den heute bekannten und ungeahndet gebliebenen Fällen von Missbrauch und sexualisierter Gewalt in der Evangelischen Kirche beizukommen. Die viel zu schnelle strafrechtliche Verjährung in der Vergangenheit verhindert wirksame Schritte. Andererseits ist es bislang weder Kirchen noch Staat gelungen, außerhalb des staatlichen Rechtsschutzes wirksame Aufarbeitungsprozesse zu etablieren, die auf individueller Ebene die Bedürfnisse der Betroffenen aufgreifen und Ergebnisse erzielen, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als gerecht und angemessen empfunden werden. Der aktuell diskutierte und verfolgte Prozess ist ein politischer, der die Vorgänge auf eine öffentliche Bühne holt, aber als solcher nicht in der Lage ist, in absehbarer Zeit Lösungen für Betroffene und beteiligte Institutionen zu erzielen. So bleibt es weiterhin Aufgabe der Evangelischen Kirchen, in ihrem Wirkungsbereich die Aufarbeitung aus eigenem Antrieb und mit Unterstützung unabhängiger

42 Katsch, Bauer, Haucke in Zeit, Christ & Welt, 18.2.2021, „Die Kirche kann es nicht allein“.

43 Unabhängige Kommission, Empfehlungen (s.o. Fn. 38), S. 9.

Fachleute entschlossen fortzuführen, die bereits etablierten kirchlichen Maßnahmen zu verstärken und sich den Betroffenen mit ideellen und materiellen Unterstützungsangeboten zuzuwenden. Sie sollten dies nicht mit der Zielsetzung tun, in der Öffentlichkeit möglichst schnell wieder als angesehene und moralisch einwandfreie Institution dazustehen.<sup>44</sup> Sie sollten es tun mit dem Ziel, in möglichst vielen Einzelfällen einen Beitrag zur Linderung des in ihrem Schutzbereich begangenen Unrechts zu leisten, die eigenen Schwächen und Unzulänglichkeiten zu erkennen und ein wirksames Bündel an Interventions- und Präventionsmaßnahmen zu erlassen, um Kindern, Jugendlichen und anderen Schutzbedürftigen ein sicheres Umfeld zu bieten.

Der Verfasser ist Leiter des Landeskirchenamts der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern und Mitglied des Beauftragtenrats zum Schutz vor sexualisierter Gewalt der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD).

44 Hierzu sehr eindrücklich *K. Mertes*, Den Kreislauf des Scheiterns durchbrechen, 2021, S. 22 ff.

Frank Zeiler  
*Juristenlehranstalt oder „Forschungsfakultät“?  
Zur Rolle der universitären Forschungsorientierung  
in juristischen Fakultäten zur Zeit des  
Deutschen Kaiserreichs am Beispiel der Freiburger  
Rechtsfakultät*

## I. Ausgangspunkt

Die Ära des Deutschen Kaiserreichs sah die endgültige deutschlandweite Etablierung des in seinen Ursprüngen bis zu den Universitäten Halle (gegr. 1694) und Göttingen (gegr. 1737) zurückreichenden Modells der Forschungsuniversität, d. h. einer Bildungseinrichtung, in der die Weitergabe von Wissen wesensmäßig mit der Produktion neuen Wissens vereint ist. Diese Vereinigung unterscheidet die moderne von der vormodernen Universität, deren Lehrkräfte zwar neues Wissen hervorbringen konnten, es aber nicht mussten und in der Regel auch nicht taten. Sie erfüllten die Rollenerwartung mit der Bewahrung, Ordnung und Vermittlung von tradiertem Wissen,<sup>1</sup> weshalb die wesentlichste Voraussetzung für ihr Amt eine gediegene Gelehrsamkeit war. Erst mit der allmählichen Durchsetzung des Forschungsimperativs, der sich gegen Ende des 18. Jahrhunderts in Preußen herauszubilden begann,<sup>2</sup> sahen sich Universitätsdozenten im Verlauf des 19. Jahrhunderts der Erwartung ausgesetzt, sich nicht nur ihrer traditionellen Funktion als Vermittler überkommenen Wissens zu widmen, sondern sich darüber hinaus an der „Produktion spezialisierter neuen Wissens im Rahmen einer wissenschaftlichen Disziplin“<sup>3</sup> zu beteiligen.<sup>4</sup>

Mit der alten Aufgabe der Weitergabe von Wissen sollte die neue Aufgabe, „selbst an der Wissenschaft zu ar-

beiten“, dem Ideal nach dahingehend verbunden sein, dass die Professoren mit ihrer auf dem aktuellen Wissensstand ihres Faches aufbauenden Lehrtätigkeit in der Lage waren, ihre „Schüler zum wissenschaftlichen Denken anzuleiten [und] wenn möglich auch zur Mitarbeit an der wissenschaftlichen Forschung heranzuziehen“, wie es der Berliner Pädagoge und Philosoph Friedrich Paulsen im Jahr 1898 formulierte.<sup>5</sup>

Als Ort der Verwirklichung dieses Ideals einer Lehre, in der „nicht die blosse Tradition, sondern die Anleitung zur selbständigen Hervorbringung der Erkenntnis“ das Ziel ist,<sup>6</sup> galt (und gilt) in erster Linie die sich um 1800 von ihrer ursprünglichen propädeutischen Funktion emanzipierende philosophische Fakultät. In dieser im 19. Jahrhundert sowohl Geistes- als auch Naturwissenschaften umfassenden Fakultät trat nach Ansicht von Paulsen der Charakter der „deutschen Universität“ als „Pflanzschule der wissenschaftlichen Forschung“ vorzugsweise zutage, während in den drei auf die Ausbildung von Praktikern gerichteten Fakultäten für Theologie, Recht und Medizin „naturgemäß [...] die Überlieferung und Einprägung von Wissen, das für die technische Ausstattung des Berufs erforderlich ist“, die größere Rolle spielte.<sup>7</sup> Deshalb werde in diesen Fakultäten auf die Lehrbegabung der Professoren „erheblich größerer Nachdruck“ gelegt als in den philosophischen, wo nicht der Lehrerfolg, sondern die wissenschaftliche Leistung das Kriterium

1 Siehe zu den unterschiedlichen Rollen von Professoren im Lauf der Geschichte Moraw, Der deutsche Professor vom 14. bis zum 20. Jahrhundert, in: ders., Gesammelte Beiträge zur deutschen und europäischen Universitätsgeschichte, Leiden/Boston 2008, S. 353 ff.  
2 Vgl. hierzu etwa Turner, The Prussian Professoriate and the Research Imperative 1790-1840, in: Jahnke/Otte (Hg.), Epistemological and Social Problems of the Sciences in the Early Nineteenth Century, Dordrecht/Boston/London 1981, S. 109 ff.  
3 Lundgreen, Mythos Humboldt in der Gegenwart, in: Ash (Hg.), Mythos Humboldt. Vergangenheit und Zukunft der deutschen Universität, Wien/Köln/Weimar 1999, S. 157.  
4 Vgl. zum Prozess des Rollenwandels des Professors von einem sich durch umfassende Gelehrsamkeit auszeichnenden Lehrer zum

spezialisierten Wissenschaftler, der durch die aktive Teilnahme am Prozess der Wissensgenerierung in seiner Disziplin charakterisiert ist, z. B. Baumgarten, Professoren und Universitätsprofile im Humboldt'schen Modell 1810-1914, in: Schwings (Hg.), Humboldt International. Der Export des deutschen Universitätsmodells im 19. und 20. Jahrhundert, Basel 2001, S. 107 f.  
5 Paulsen, Die akademische Lehrfreiheit und ihre Grenzen, in: Preussische Jahrbücher, Bd. 91 (1898), S. 515.  
6 Paulsen, Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium, Berlin 1902, S. 204.  
7 Paulsen, Wesen und geschichtliche Entwicklung der deutschen Universität, in: Lexis (Hg.), Die deutschen Universitäten, 1. Bd., Berlin 1893, S. 39.

für die Auswahl der Lehrkräfte sei.<sup>8</sup> Mithin stand für Paulsen zwar nicht in Zweifel, dass auch die Dozenten der juristischen Fakultät entsprechend der Doppelfunktion der Universität als „*Unterrichtsanstalt und als Werkstätte der wissenschaftlichen Forschung*“ sowohl Lehrer als auch Forscher zu sein hatten, er ging aber davon aus, dass hier die Aufgabe der Weitergabe von Wissen gegenüber jener der Wissenserzeugung eindeutig den Vorrang genieße. Auch nahm er an, dass die Vermittlung der Fähigkeit, wissenschaftlich zu arbeiten, in der juristischen Fakultät am schwersten zu erreichen sei, weil die „*Last des eigentlichen Lernens [...] nirgends so gross*“ sei wie dort.<sup>9</sup> Demnach war die juristische Fakultät in Paulsens Einschätzung eher eine „*Unterrichtsanstalt*“ denn eine „*Forschungswerkstatt*“, wie er sie, urteilt man nach seinen Beschreibungen, in der philosophischen Fakultät in Reinform verwirklicht sah.

Im Folgenden soll diese – im Hinblick auf die philosophische Fakultät zweifellos idealisierende – zeitgenössische Charakterisierung des Zustandes der deutschen Universitäten und ihrer Rechtsfakultäten zum Ausgangspunkt genommen werden, um einen kleinen Beitrag zur „*Rekonstruktion der ‚Realgestalt‘ der deutschen Universität*“<sup>10</sup> im Hinblick auf die universitätshistoriographisch wenig beachteten juristischen Fakultäten zu leisten, indem anhand der Freiburger Rechtsfakultät untersucht wird, welches Gewicht dem Forschungsimpetus bei der Besetzung vakanter Professuren zukam (II.), inwieweit er die Lehre beeinflusste (III.) und ob durch ihn studentische Wissensproduktion angeregt wurde (IV.).<sup>11</sup>

## II. Zur Rolle der Forschungsorientierung bei der Besetzung juristischer Professuren

Die in der Einleitung beschriebene Doppelfunktion des Professors wurde in der Ära des Kaiserreichs von keiner der an den Besetzungsverfahren für die Lehrstühle der Freiburger Rechtsfakultät beteiligten Stellen zu irgendeiner Zeit in Frage gestellt – nicht vom badischen Kultusministerium, das bereits 1870 an dem Fakultätsvorschlag für die Nachfolge des Kanonisten *Emil Friedberg* bemängelte, dass der als Kandidat ins Auge gefasste *Alfred Boretius* auf kirchenrechtlichem Gebiet – dem Hauptfach der

Professur – noch nicht publiziert habe, ebenso wenig vom akademischen Senat, der 1872 bei der Nachfolge für den Strafrechtler *Karl Binding* unter Hinweis auf die Bedeutung wissenschaftlicher Leistungen die Nennung eines in dieser Hinsicht nicht ausgewiesenen Rechtsanwalts als Kandidaten monierte, und auch nicht innerhalb der Fakultät, bei deren Kandidatensuche sich in diesem Fall – wie aus dem Briefwechsel von *Binding* mit dem zuständigen Referenten im badischen Kultusministerium *Wilhelm Nokk* entnommen werden kann – alles um die „*wissenschaftliche Produktivität*“ der in Frage kommenden Dozenten drehte. Auch sonst behandelten die Ordinarien in ihren Berufungsgutachten – soweit diese überliefert sind – mit Ausnahme des international renommierten und damit über eine Begutachtung erhabenen Römischrechtlers *Otto Lenel* stets die Publikationstätigkeit der in Aussicht genommenen Kandidaten, wogegen die Lehrbefähigung bisweilen gar nicht thematisiert wurde. Wurde sie thematisiert, umfasste die Beurteilung oft nur einen pauschal auf Lehrerfolge hinweisenden Satz, was indes nicht bedeutet, dass die Fakultät das Kriterium der didaktischen Fähigkeiten gering schätzte. Soweit bei wissenschaftlich ähnlich bewerteten Kandidaten die Lehrgabe des einen erwiesenermaßen größer war als die des anderen, kam ihr ohnehin das entscheidende Gewicht zu, und im Fall des 1902 vor allem für die Abhaltung von Übungen eingerichteten Extraordinariats für bürgerliches Recht stellte die Lehrbefähigung sogar das erstrangige Auswahlkriterium dar. Aber auch bei der Besetzung von ordentlichen Professuren gab sich die Fakultät wiederholt Mühe, diesbezügliche Kenntnisse zu erlangen. Bei der Besetzung des Lehrstuhls für bürgerliches Recht und Kirchenrecht im Jahr 1896 sowie des Lehrstuhls für Straf- und Prozessrecht im Jahr 1913 reisten gar eigens zwei Emissäre in das benachbarte Basel, um die Lehrfähigkeit des Kandidaten *Ulrich Stutz* bzw. des Kandidaten *Johannes Nagler* in Augenschein zu nehmen, was sich dann in vergleichsweise ausführlichen Thematisierungen dieses Kriteriums in den beiden Berufungsgutachten niederschlug.

Gleichwohl muss die wissenschaftliche Leistung als das für die Fakultät entscheidende Kriterium angesehen werden. Denn sie wurde im Gegensatz zu den didakti-

8 Ebd., S. 66 f.

9 Paulsen, Die deutsche Universität als Unterrichtsanstalt und als Werkstätte der wissenschaftlichen Forschung, in: ders., *Gesammelte Pädagogische Abhandlungen*, Stuttgart/Berlin 1912, S. 93 f.

10 Paletschek, Die permanente Erfindung einer Tradition. Die Universität Tübingen im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, 2001, S. 9.

11 Die folgenden Ausführungen basieren auf Zeiler, Statik und

Wandel. Die Freiburger Rechtsfakultät im universitären Expansionsprozess des Deutschen Kaiserreichs, Freiburg/München 2009; dort finden sich detaillierte Nachweise sowohl der archivalischen Quellen als auch der Sekundärliteratur. Für biographische Angaben zu den im Text erwähnten Freiburger Dozenten wird verwiesen auf: Zeiler, Biographische Skizzen zum Lehrkörper der Freiburger Rechtsfakultät, 2008, URN: urn:nbn:de:bsz:25opus58711.

schen Fertigkeiten in den Berufungsgutachten (mit der erwähnten Ausnahme von *Lenel*) stets angesprochen und überdies fast immer zuerst abgehandelt, so dass die Ausführungen zur Lehrbefähigung oft nur als ein Anhängsel an die bisweilen recht ausführlichen Darlegungen zu den Publikationen des Kandidaten erscheinen. Dieser Umstand wurde von keiner der an den Berufungsverfahren beteiligten Stellen jemals gerügt. Vielmehr wurde zumindest in der Endphase des Kaiserreichs augenscheinlich die wissenschaftliche Leistung allenthalben für so ausschlaggebend gehalten, dass sich die Fakultät im Jahr 1914 bei der erstmaligen (letztlich erst 1919 mit einem anderen Kandidaten vollzogenen) Besetzung der Stiftungsprofessur für Staats- und Völkerrecht (sog. Schleiden-Professur) zur Rechtfertigung der kleinen Zahl der von ihr vorgeschlagenen Kandidaten zu dem Hinweis genötigt sah, sie habe schließlich „pflichtgemäß“ neben der wissenschaftlichen Arbeit „auch“ die Lehrgabe in Betracht ziehen müssen; gleichzeitig setzte sie den 31-jährigen Extraordinarius *Fritz Marschall von Bieberstein* trotz einer positiven Charakterisierung seiner Lehrtätigkeit ausdrücklich nur als Füllkandidaten auf die Berufsliste, weil er „derzeit“ mangels eines „überzeugenden *Oeuvres*“ nur zu „Hoffnungen“ berechtige.

Diese Einschätzung wurde im großherzoglichen Kultusministerium allem Anschein nach uneingeschränkt geteilt. Es gibt keinerlei Hinweise darauf, dass die Berufung des wissenschaftlich bislang nur mit seiner (wenn auch verschiedentlich gelobten) Habilitationsschrift zur Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn hervorgetretenen *Marschall von Bieberstein* dort jemals erwogen wurde, obwohl die Anstellung einer besoldungstechnisch „billigen“ Nachwuchskraft die einzige Möglichkeit gewesen wäre, die Besetzung des Lehrstuhls mit den vergleichsweise geringen Erträgen der *Schleiden-Stiftung*<sup>12</sup> zu finanzieren. Ganz im Gegenteil ließen die Verantwortlichen in Karlsruhe nichts unversucht, um mit dem von der Freiburger Fakultät favorisierten 57-jährigen Würzburger Ordinarius *Christian Meurer* einen Professor zu gewinnen, der sich als einer der führenden Staatskirchenrechtler seiner Zeit und einer Autorität auf verschiedenen Gebieten des Völkerrechts eines mehr als „überzeugenden

*Oeuvres*“ rühmen konnte, und sie waren dabei auch wiederholt zu finanziellen Zugeständnissen bereit. Damit kann davon ausgegangen werden, dass die im Jahr 1914 von dem Historiker *Ernst Fabricius* als Vertreter der Albert-Ludwigs-Universität in der ersten Kammer der badischen Landstände getätigte Aussage, wonach der „oberste Grundsatz“ für die Auswahl von Professoren stets sei, nur die „wissenschaftlich beste Kraft“ zu berufen<sup>13</sup>, zumindest zu diesem Zeitpunkt auch für die juristische Fakultät als uneingeschränkt gültig angesehen wurde.

### III. Zur Rolle der Forschungsorientierung in der juristischen Lehre

Der Ort, an dem sich die Verbindung von Forschung und Lehre an den Universitäten des Kaiserreichs vorzugsweise realisierte, waren die Seminare und Institute, die geradezu als eine Institutionalisierung dieses Prinzips gelten. Die Einrichtung von Seminaren setzte sich an deutschen Universitäten erstmals in den 1870er Jahren in breiterem Umfang durch. Zuvor waren sie außerhalb der klassischen Philologie, die hier die Vorreiterrolle innehatte, lediglich sporadisch zu finden. Die philologischen Seminare dienten ursprünglich der Lehrerausbildung, doch diese Funktion wurde im Laufe der Zeit durch eine fachwissenschaftliche Ausrichtung verdrängt, deren Ziel es war, die Studenten zu selbständigem Denken zu erziehen und sie durch die Abfassung eigener, im Seminar zu diskutierender philologischer Arbeiten methodisch zu schulen.

Diese Forschungsorientierung wurde im juristischen Bereich nur selten übernommen. Hier stand im Zeichen der stets virulenten Diskussion um die Verbesserung der als mangelhaft empfundenen Ausbildung der Studenten für die juristische Praxis von Anbeginn die Berufsbildungsfunktion im Vordergrund. Deshalb blieben forschungsorientierte Seminare in juristischen Fakultäten eine seltene Ausnahme. Hier dominierten allgemeine Fakultätsseminare, an denen im Unterschied zu den in philosophischen Fakultäten vorherrschenden spezialisierten „*Einmann-Seminaren*“ alle Professoren und Fächer beteiligt waren. Sie zielten vor allem auf die Hebung des Ausbildungsstandes zukünftiger juristischer Prakti-

12 Das Kapital dieser Stiftung bestand aus dem Vermögen des von 1874 bis zu seinem Tod im Jahr 1895 in Freiburg lebenden schleswig-holsteinischen Verwaltungsbeamten, Diplomaten und Abgeordneten *Rudolf Schleiden*. Zweck der Stiftung war die Förderung der wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiet des Völkerrechts und der Staatswissenschaften durch die alljährliche Ausschreibung

einer Preisaufgabe sowie die Errichtung einer ordentlichen Professur für Völkerrecht und Staatswissenschaften an der Universität Freiburg, sobald die Erträge des Stiftungskapitals hierfür ausreichten.

13 Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden, Protokolle der ersten Kammer, 1913/14, Karlsruhe 1914, S. 523.



ker, weshalb die seminaristischen Lehrveranstaltungen, die sich in den juristischen Fakultäten vor allem nach 1900 verstärkt etablierten, ihren Schwerpunkt in Übungen hatten, deren Zielsetzung gerade nicht die Anleitung zu „selbständiger wissenschaftlicher Forschung“ war, sondern in der auf praktische Verwertbarkeit abgestellten Bearbeitung von Rechtsfällen lag. So zeigte sich für den Zeitgenossen Paulsen auch gerade hier am deutlichsten der Unterschied zwischen der juristischen und der philosophischen Fakultät, weil in Letzterer die seminaristischen Lehrveranstaltungen einen „Charakter von Schulen der wissenschaftlichen Forschung“ aufweisen würden.<sup>14</sup> Derart weitreichend konnte die Verbindung von Forschung und Lehre in der juristischen Fakultät angesichts ihrer unzweifelhaft vorherrschenden Funktion der Ausbildung juristischer Praktiker freilich nicht gelten, doch das Prinzip richtete sich ohnehin in erster Linie an den wissenschaftlichen Nachwuchs. Und zumindest für ihn gab es auch in den Rechtsfakultäten seminaristische Lehrveranstaltungen, die der „Förderung der eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit“ dienten und „eigenes Forschen und wissenschaftliche Produktion“ anregen sollten.<sup>15</sup>

In Freiburg lässt sich eine derartige Lehrveranstaltung erstmals Ende der 1880er Jahre identifizieren. Damals wurde durch den Privatdozenten *Lassa Oppenheim* eine als „Anleitung zu wissenschaftlichen Arbeiten auf dem Gebiet des Kriminalrechts“ bezeichnete Lehrveranstaltung angeboten, deren Titel in die genannte Richtung weist. Überdies scheint der Adressatenkreis in fortgeschrittenen Studenten bestanden zu haben, denn die Veranstaltung fand, obwohl sich Interessenten meldeten, letzten Endes nicht statt, weil die Kenntnisse der Bewerber als zu gering angesehen wurden. Danach findet sich in den Vorlesungsverzeichnissen längere Zeit keine Lehrveranstaltung mit einer ähnlichen Bezeichnung, wobei sich der Charakter der angebotenen Übungen u. Ä. aus den Ankündigungen nicht immer klar erkennen lässt. So hat beispielsweise der seit 1875 in Freiburg als Professor für deutsches Recht wirkende *Karl von Amira* Anfang der 1890er Jahre zweimal eine „germanistische Übung“ angeboten, die dem Titel nach zu einem Typus gehört, dem der Berliner Rechtshisto-

riker *Heinrich Brunner* im Jahr 1893 den Zweck zuschrieb, eine kleine Zahl von Studenten in das selbständige Studium der Rechtsquellen einzuführen und zur Forschung anzuregen.<sup>16</sup> Eindeutiger wird die Sache erst Ende der 1890er Jahre, als der Kirchenrechtshistoriker *Ulrich Stutz* seine besonderen wissenschaftlichen Interessen durch mehrere als „kirchenrechtliche Seminare“ betitelte Quellenübungen in den seminaristischen Unterricht einbrachte. Da *Stutz*, wie weiter unten gezeigt wird, als Anreger kirchenrechtlicher Arbeiten hervortrat, kann wohl angenommen werden, dass ihm diese Lehrveranstaltungen auch als Plattform für den Kontakt mit fortgeschrittenen und wissenschaftlich interessierten Studenten dienten. Ähnliches könnte für den Privatdozenten *Hermann Kantorowicz* gelten, der seine Beschäftigung mit der mittelalterlichen Rechtswissenschaft in die Lehre einfließen ließ, indem er entsprechende Übungen anbot, die sich mit ihrem ungewöhnlichen Gegenstand ebenfalls kaum an die bloß examensorientierten Durchschnittsstudenten gewandt haben dürften. Darüber hinaus hat *Kantorowicz* im Wintersemester 1909/10 eine als „rechtsphilosophisches Seminar, für Juristen und Philosophen“ betitelte Lehrveranstaltung abgehalten, bei der es sich vielleicht erstmals um ein Seminar im heute geläufigen Sinne des Wortes handelte. Der zum Wintersemester 1911/12 nach Freiburg gekommene Römischrechtler *Joseph Partsch* bot dann ebenfalls als „Seminare“ bezeichnete Lehrveranstaltungen für „Vorgeschickte“ sowie auf den Methoden der Interpolationenforschung basierende Quellenexegesen an, bei denen es sich um wissenschaftliche Lehrveranstaltungen im oben genannten Sinn handelte. Aber auch die nicht rechtsfall- oder examensorientierten Übungen anderer Professoren wie diejenigen des Straf- und Prozessrechtlers *Richard Schmidt* oder des Rechtshistorikers und Kirchenrechtlers *Alfred Schultze* werden wohl in die wissenschaftliche Arbeit eingeführt haben, da auch bei ihnen Lehrer-Schüler-Verhältnisse und Anregungen zur Abfassung von Dissertationen identifizierbar sind, so dass es mindestens seit der Jahrhundertwende auch in der juristischen Fakultät verstärkt Unterweisungen in die Methodik der wissenschaftlichen Arbeit gab.

14 *Paulsen*, Unterrichtsanstalt (Fn. 9), S. 155.

15 So die Formulierung von *Fischer*, Rechtsforschung und Rechtsstudium im allgemeinen, in: *Lexis*, Universitäten (Fn. 7), S. 296.

16 *Brunner*, Deutsches Recht, in: *Lexis*, Universitäten (Fn. 7), S. 323.

#### IV. Zur Anregung studentischer Wissensproduktion

Mit der allmählichen Etablierung eines Typus von Lehrveranstaltungen, „in denen eigentlich wissenschaftliche Studien getrieben werden“,<sup>17</sup> erlangte auch das dritte Element der universitären Forschungsorientierung, die Wissensproduktion durch Studenten, eine größere Bedeutung. Über die in den angesprochenen Lehrveranstaltungen verfassten Studienarbeiten zu Übungszwecken lässt sich freilich nichts aussagen, so dass die studentische Wissensproduktion nur in Bezug auf Dissertationen und die Bearbeitung von Preisaufgaben genauer untersucht werden kann. Letzteres war ein im 19. Jahrhundert recht verbreitetes Mittel, um Studenten zur Anfertigung wissenschaftlicher Arbeiten anzuregen, indem für die beste Bearbeitung eines von einer Fakultät gestellten Themas ein Preisgeld ausgelobt wurde. An der Universität Freiburg existierte zu diesem Zweck die sog. Jubiläumsstiftung der Stadt Freiburg, aus deren Erträgen jedes Jahr 160 RM als Preis für eine im turnusmäßigen Wechsel von einer der vier Fakultäten gestellten Aufgabe verwendet wurden. Daneben kam die juristische Fakultät nach der Errichtung der Schleiden-Stiftung im Jahr 1896 in den Genuss einer eigenen, mit 1.000 RM dotierten Preisaufgabe, die thematisch allerdings auf völkerrechtliche und staatswissenschaftliche Studien beschränkt war. Ein großer Erfolg war derartigen Preisaufgaben indes nicht beschieden, denn es sind sowohl für die Jubiläums- als auch für die Schleiden-Stiftung Fälle nachweisbar, in denen überhaupt keine oder nur eine einzige Bearbeitung des gestellten Themas einging, und bisweilen waren die eingereichten Arbeiten von einer so schlechten Qualität, dass kein Preis vergeben wurde. Erfolgreicher war dagegen ein 1903 von Ulrich Stutz initiiertes Kirchenrechtspreis, der freilich auf seine Person zugeschnitten war und daher einer anderen Konzeption folgte als die Preisausschreiben der Jubiläums- und der Schleiden-Stiftung. Diese wandten sich undifferenziert an die Gesamtheit der Studierenden, während der stets als Anreger kirchenrechtlicher Studien auftretende Stutz seinen Preis gezielt für die Förderung eigener Studenten einsetzte. Dazu bot sich ihm erstmals 1901 eine Möglichkeit, als die Fakultät ihm für das Preisausschreiben der Jubiläumsstiftung die Stellung einer Auf-

gabe zum Kirchenpatronatsrecht in Baden zubilligte. Diese führte nach Stutz' eigenem Bekunden zu einem außergewöhnlichen Erfolg, weil die eingereichten Studien nicht lediglich das Niveau studentischer Arbeiten, sondern das echter wissenschaftlicher Untersuchungen erreicht hätten. Deshalb wollte er ein Jahr später erneut ein bereits ins Auge gefasstes Thema aus dem badischen Kirchenrecht im Rahmen einer Preisaufgabe bearbeiten lassen. Die Fakultät unterstützte dieses Vorhaben und erklärte sich bereit, das Preisausschreiben in ihrem Namen durchzuführen und im Falle einer Promotion auf der Grundlage der siegreichen Preisarbeit auf die sonst üblichen Promotionsgebühren zu verzichten. Nachdem auch der Senat sein Placet zu dem geplanten Vorhaben gegeben hatte, stellte das Kultusministerium schließlich „ausnahmsweise“ 150 RM als Preis zur Verfügung. Dieser wurde 1903 dem 1880 in Gerolsheim geborenen cand. jur. Fritz Geier für seine Arbeit über die Durchführung der kirchlichen Reformen *Josephs II.* im vorderösterreichischen Breisgau verliehen. Die Arbeit wurde später von der Fakultät als Dissertation angenommen und 1905 in der Reihe „Kirchenrechtliche Abhandlungen“ veröffentlicht. Ein Jahr darauf beantragte Stutz nach dem von ihm behaupteten erneuten großen Erfolg des Preisausschreibens noch einmal 150 RM, um wieder „junge badische Juristen dazu [zu bringen], dem heimatlichen Kirchenrecht Aufmerksamkeit zu schenken“, und auch diesem Antrag wurde vom Kultusministerium stattgegeben. Stutz stellte daraufhin das Thema „Die kirchliche Rechtspersönlichkeit im Großherzogtum Baden“ zur Bearbeitung. Der Preis ging 1904 vermutlich an die von Fritz Amann aus Bruchsal verfasste Schrift „Die kirchliche Rechtspersönlichkeit im Großherzogtum Baden (nach Rechtsgrund, Trägerschaft und Inhalt)“, die vier Jahre später von der Fakultät als Dissertation angenommen und im Jahr 1909 als 24. Band des Archivs für öffentliches Recht publiziert wurde.

Mit dem Ausscheiden von Stutz im Jahr 1904 entfiel diese besondere Anregung zur Abfassung von Dissertationen wieder, doch an Promotionswilligen bestand insbesondere in der titelseligen Wilhelminischen Periode nicht gerade ein Mangel. Allerdings war die Qualität der üblicherweise fertig von außerhalb der Universität eingereichten juristischen Doktorarbeiten notorisch

17 So die Formulierung von Paulsen, Geschichte des gelehrten Unterrichts auf den deutschen Schulen und Universitäten, Bd. 2, 2. Aufl., Leipzig 1897, S. 259, der an dieser Stelle erklärt, dass derartige Lehrveranstaltungen nunmehr auch in der juristischen Fakultät existieren würden.

schlecht, was während der gesamten Zeit des Kaiserreichs ein Gegenstand immer wiederkehrender Kritik war. Es gab damals sogar ausgesprochene „Doktorfabriken“, in denen quasi industriemäßig alljährlich Hunderte junger Juristen, die bisweilen lediglich ihre binnen Sechswochenfrist verfassten preußischen Referendararbeiten als Dissertationen vorlegten, promoviert wurden. Das war in Freiburg zwar nicht möglich, aber auch hier waren die Anforderungen für die Annahme einer Dissertation zumindest bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht besonders hoch. Im Grundsatz ließ die Fakultät die Vorlage eines *specimen eruditionis* genügen, wodurch der ursprüngliche Charakter der Promotion als Studienabschlussexamen noch deutlich zum Ausdruck kommt: Das primäre Ziel bestand nicht in der Erbringung des Nachweises einer besonderen wissenschaftlichen Befähigung in einem bestimmten Fachgebiet, sondern in der Darbietung des Beweises einer vielseitigen Fachbildung. Mit anderen Worten war nicht der Aspekt der Generierung neuen Wissens, sondern die kunstgerechte Bearbeitung bekannter Themen das (zumindest für die Annahme der Dissertation) entscheidende Kriterium. Aus diesem Grund legte die Fakultät anfangs auch großes Gewicht auf die „Selbständigkeit“ der eingereichten Arbeit sowohl im Hinblick auf ihre Fertigstellung als auch in Bezug auf die Auswahl des Themas. Das heißt, die Kandidaten sollten schon durch das Erkennen eines geeigneten Dissertationsgegenstandes ihre umfassende Beherrschung des Stoffes nachweisen und die Arbeit dann ohne jede Hilfestellung durch die Fakultät oder durch eines ihrer Mitglieder bearbeiten. Besonders *Karl von Amira* war ein entschiedener Vertreter dieser Position. Deshalb protestierte er 1888 gegen ein Votum *Heinrich Rosins*, in dem dieser die Annahme einer von ihm begutachteten Doktorarbeit von detaillierten Änderungsvorgaben abhängig machte. Auch musste nach Meinung von *Amiras* das Thema vom Kandidaten selbst gefunden werden, weil, wie er es ein Vierteljahrhundert später ausdrückte, „ein wissenschaftlich tiefer gebildeter Mann vor allem sein Arbeitsthema selber finden sollte“<sup>18</sup>. Grundsätzlich war die Fakultät mit ihm bis in die 1890er Jahre hinein darin auch einer Meinung, denn Anfragen zur Stellung von Dissertationsthemen wurden wiederholt abschlägig beschieden. Allerdings ging zumindest *Rosin* bereits Ende der 1880er Jahre dazu über, die Anfertigung von Doktorarbeiten anzuregen, indem er 1887 einem Studenten ein öffentlich-rechtliches Thema zur

Ausarbeitung empfahl und 1894 eine in einer Übung zum badischen Gemeinderecht entstandene Studienarbeit zur Dissertation ausbauen ließ. Damit bahnte sich hier ein Funktionswandel der Doktorarbeit an, der sich im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts immer stärker bemerkbar machte. Nunmehr wurden Dissertationen von vielen Dozenten ganz offen als Mittel verwendet, um von ihnen erkannte Forschungsdesiderate bearbeiten zu lassen. Das war neben dem genannten *Rosin* und dem bereits weiter oben als Anreger kirchenrechtlicher Studien behandelten *Stutz* vor allem bei *Richard Schmidt* der Fall, für den zwischen 1901 und 1913 mehrere Themenstellungen nachweisbar sind. Aber auch andere Professoren wie *Alfred Schultze* traten als Initiatoren und Betreuer von Studien hervor, und in der ersten Hälfte der zweiten Dekade des 20. Jahrhunderts war die Anregung von Dissertationen durch Dozenten augenscheinlich so selbstverständlich, dass die Fakultät eine entsprechend umfangreiche Tätigkeit auf diesem Gebiet zweimal gegenüber dem Kultusministerium zur positiven Charakterisierung von Professoren-Kandidaten heranzog.

Da der konstatierte Anstieg in der Zahl der nicht von außen fertig eingereichten, sondern intern vergebenen Doktorarbeiten zeitlich mit der Intensivierung des seminaristischen Unterrichts zusammenfällt, kann angenommen werden, dass ungefähr ab der Jahrhundertwende auch in der juristischen Fakultät zunehmend die bereits aus der philosophischen Fakultät bekannte Erscheinung Platz griff, dass Dissertationen „mit eigentlichem wissenschaftlichen Charakter“ vorzugsweise aus Seminaren hervorzugehen pflegten.<sup>19</sup> In diesen Rahmen passt auch, dass in einer Neufassung der Promotionsordnung aus dem Jahr 1904 erstmals der Passus Eingang fand, die Dissertation müsse „wissenschaftlich beachtenswert“ sein und die Fähigkeit des Bewerbers dartun, „selbständig wissenschaftlich zu arbeiten“. Inwieweit diese Klausel, die im Übrigen auch durch die seit dem Ende des 19. Jahrhundert stark steigenden Promotionszahlen veranlasst worden sein könnte, wirklich zu einer Erhöhung der Qualität von Durchschnittsdissertationen führte, muss dahingestellt bleiben; jedenfalls drückt sich in dem erwähnten Paragraphen der fortschreitende Wandel des Charakters der Dissertation von einer bloßen Studienabschlussarbeit zu einer wissenschaftsfördernden Studie aus, die zur damaligen Zeit verstärkt als Voraussetzung für eine erfolgreiche Promotion gefordert wurde.

18 *Von Amira*, Reform der Doktorpromotion, in: Akademische Rundschau, Jg. 1912/13, S. 572.

19 So die Formulierung von *Paulsen*, Unterrichtsanstalt (Fn. 9), S. 155.

## V. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass die drei von *Paulsen* formulierten Elemente der „*deutschen Universität*“ – die Arbeit von Dozenten „*an der Wissenschaft*“, die Anleitung von „*Schüler[n] zum wissenschaftlichen Denken*“ und die Heranziehung von Studenten „*zur Mitarbeit an der wissenschaftlichen Forschung*“ – auch in der Freiburger juristischen Fakultät zum Tragen kamen. Für die beiden letztgenannten Elemente galt dies allerdings erst ab dem Ende des 19. Jahrhunderts und nur in Bezug auf einen kleinen Kreis von Studenten. Dagegen wurde der Grundsatz, dass sich Universitätslehrer nicht nur als Vermittler, sondern auch als Mehrer wissenschaftlicher Erkenntnisse zu betätigen hatten, wesentlich früher umgesetzt. Im Hinblick auf die Professoren etablierte er sich endgültig in den 1860er Jahren, nachdem am Anfang dieser Dekade mit dem Hofgerichtsrat *Wilhelm Behagel* letztmals ein wissenschaftlich gänzlich unausgewiesener Praktiker zum Ordinarius ernannt worden war.<sup>20</sup> Nach ihm gelangten nur noch Personen auf einen Lehrstuhl der Fakultät, die zum Zeitpunkt ihrer Berufung mindestens zwei Monographien und meist noch mehrere kleinere Schriften aus dem Fachbereich der jeweiligen Professur publiziert hatten. Im Hinblick auf Privatdozenten

etablierte sich das Prinzip im Jahr 1873. Damals wurde durch den Erlass einer juristischen Habilitationsordnung im Grundsatz die heute bekannte Form der Habilitation eingeführt, so dass die Lehrbefugnis zur Zeit des Kaiserreichs nur unter Vorlage einer (regelmäßig monographischen) Spezialstudie über einen Gegenstand aus dem Fachgebiet, für das die *venia legendi* beantragt wurde, erlangt werden konnte. Damit waren alle seit dem Ende der 1860er Jahre ernannten Professoren und Privatdozenten „*Forscher*“ im Sinne von aktiv am Prozess der Wissensgenerierung in einer Disziplin beteiligten Personen, die in den rund fünf Dekaden des Kaiserreichs eine zuvor ungesehene Zahl an Schriften publizierten und auf diese Weise die juristische Fakultät in Freiburg zumindest in dieser Hinsicht unzweifelhaft zu einer „*Forschungsfakultät*“ machten.

Dr. Frank Zeiler ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit dem Aufbau einer Medaillendatenbank zum Thema Recht und Gerechtigkeit befasst.

<sup>20</sup> Der Fall des verdienten badischen Verwaltungsbeamten *Albert Gebhard*, für den 1890 mit der Einrichtung einer ebenso singulären wie überflüssigen Professur für Reichszivilrecht (die er faktisch nur rund sechs Monate versah) eine Art Sinekure geschaffen worden war, bleibt als völlig atypisch außer Betracht.



# Carsten Morgenroth

## *Wiederholung einer Online-Prüfung bei fehlender Identitätskontrolle und Aufsicht? – Eine Analyse des Beschlusses des VG Frankfurt/Oder vom 11. Mai 2021*

### I. Einleitung

### II. Darstellung der wesentlichen Gründe der Entscheidung

### III. Analyse

#### 1. Besonderheiten durch den Charakter als Online-Prüfung

##### a. Datenschutzrechtliche Aspekte

##### b. Klausur ohne Beaufsichtigung als Hausarbeit?

#### 2. Allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte

##### a. Einzelfallgerechtigkeit

##### b. Wirksames Einverständnis mit von Prüfungsordnung abweichender Durchführung?

### IV. Fazit

## I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hält auch mit Blick auf Entscheidungen zu Online-Prüfungen zunehmend Einzug in die gerichtlichen Entscheidungssammlungen. Nach den vorläufigen Beschlüssen des OVG Schleswig<sup>2</sup> und des OVG Münster<sup>3</sup> in Normenkontrollverfahren, die beide bereits ausführlich besprochen wurden,<sup>4</sup> liegt nunmehr eine weitere Entscheidung zum Thema vom *VG Frankfurt/Oder* vor. Anders als die beiden vorangegangenen Entscheidungen betrachtet der Beschluss des *VG Frankfurt/Oder* aber nicht eine Prüfungsordnung an sich, sondern bestimmt, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO die hochschulseitig angeordnete sofortige Vollziehbarkeit aufrechterhalten wird, dem Widerspruch einer Studierenden damit keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Nicht nur wegen dieses andersgearteten Settings<sup>5</sup> enthält diese Entscheidung einige Besonderheiten, die es wert erscheinen lassen, den Beschluss einer näheren Analyse zu unterziehen. Hierfür wird die Entscheidung zur besseren Nachverfolgbarkeit der Leserschaft zunächst in ihren tragenden sachlichen und rechtlichen

Dimensionen dargestellt (II.). Darauf aufbauend lassen sich dann besonders besprechungswürdige Aspekte ausführen (III.). Ein Fazit (IV.) rundet die Darstellung ab.

## II. Darstellung der wesentlichen Gründe der Entscheidung

Gegenstand des Beschlusses ist eine Klausurprüfung in Form der elektronischen Prüfung im Pflichtfach „Wirtschaftsinformatik“ im Bachelorstudiengang „Internationale Betriebswirtschaftslehre“ der Hochschule am 26. Februar 2021. Infolge einer schriftlichen Empfehlung der Landesbeauftragten für den Datenschutz unterblieb hierbei eine Prüfungsaufsicht, dafür war die Prüfung unter Zulassung aller sachlichen Hilfsmittel (sog. Open Book Klausur) ausgelegt, allerdings mit dem nach wie vor bestehenden Verbot eines persönlichen Kontakts zu anderen Personen. Eine Identitätskontrolle fand ebenfalls nicht statt. Als sich im Rahmen der Prüfungsbewertung herausstellte, dass von „*diversen Studierenden teilweise identische Lösungen*“ eingereicht wurden, hob die Hochschule am 15. März 2021 die Prüfung gegenüber den teilnehmenden Studierenden auf, ordnete die Nichtbewertung der Prüfung an und erklärte die Wiederholung für erforderlich. Zugleich ordnete die Hochschule die sofortige Vollziehung der Entscheidung an, ohne diese jedoch zu begründen.

Dagegen wandte sich die Antragstellerin in ihrem Widerspruch vom 23. März 2021 sowie in einem weiteren Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz vom 1. April 2021. Darin machte sie geltend, dass sie selbst keine Täuschung begangen habe, die Entscheidung deshalb einer „*Sippenhaft*“ gleichkomme. Zudem trug sie vor, eine Wiederholung der Prüfung sei ihr unzumutbar, weil sie für die Betreuung ihrer im gleichen Haushalt lebenden Mutter zuständig sei und die Wiederholung einen erneuten Lern-

1 Az. 1 L 124/21.

2 Beschluss vom 3. März 2021, Az. 3 MR 7/21.

3 Beschluss vom 4. März 2021, Az. 14 B 278/21.NE.

4 *Birnbaum*, NJW 2021, 1356 ff.; *Dieterich*, NVwZ 2021, 551 ff.

5 Ebenfalls in einer individuellen Konstellation entschied das VG Gießen am 5. März zum Anspruch auf Durchführung einer Prüfung als Online-Prüfung wegen weiten Anreisewegs, s. Az. 9 L 491/21.GI.

aufwand für sie bedeutete. Zudem setze eine Präsenzprüfung sie dem Risiko einer Covid-Erkrankung aus.

Die Vorsitzende des Prüfungsausschusses teilte mit Schreiben vom 25. März 2021 mit, dass für alle betroffenen Studierenden die Regelungen über den Freiversuch nach § 22 Abs. 3 des Landeshochschulgesetzes Brandenburg anzuwenden sind.

Das Gericht wies den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung im Ergebnis ab. Denn es lägen rechtserhebliche Verfahrensfehler vor, die nach den Regelungen der Prüfungsordnung zwingend eine Wiederholung bedingen. Zunächst sei für die Durchführungsart als Fernprüfung keine Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung vorhanden. Selbst wenn man diese unterstellte, lägen mit der fehlenden Identitätskontrolle und der nicht vorhandenen Beaufsichtigung des zu unterbleibenden Kontakts zu anderen Personen erhebliche Verfahrensfehler vor. Deshalb sei das Vorbringen der Antragstellerin unerheblich, auch könne die Wiederholung nicht auf die von den vermeintlichen Täuschungen betroffenen Aufgaben beschränkt, sondern müsse vollständig durchgeführt werden. Soweit weitere Teile der Begründung erheblich für die Analyse der Entscheidung sind, werden diese bei den betreffenden Punkten gesondert dargestellt.

### III. Analyse

Auf den ersten Blick erscheint das Ergebnis einleuchtend. Mit der nichtvorhandenen Identitätskontrolle und Beaufsichtigung fehlen gleich zwei Kernbestandteile der erforderlichen Maßnahmen einer Hochschule, um für prüfungsrechtliche Chancengleichheit zu sorgen. Mit der zeitnah angeordneten Neuprüfung für alle Beteiligten wird zudem eine schnelle und praktikable Lösung etabliert.

Dennoch enthält die Entscheidungsbegründung Besonderheiten, die einen näheren Blick als sinnvoll erscheinen lassen. Diese betreffen sowohl Besonderheiten gerade infolge der Durchführung als Online-Prüfung (1.) als auch allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte (2.). Diese sollen deshalb näher beleuchtet werden, in der Hoffnung, Erkenntnisgewinn und Rechtssicherheit für

Wissenschaft, Forensik und Hochschulpraxis zu befördern.

#### 1. Besonderheiten durch den Charakter als Online-Prüfung

Besonderheiten gerade durch den Charakter der Prüfung als Online-Prüfung sind datenschutzrechtliche Aspekte (a.) sowie der Bezug des Gerichts auf den Charakter der Prüfung als Hausarbeit (b.).

##### a. Datenschutzrechtliche Aspekte

Leider hat das *VG Frankfurt/Oder* in seiner Entscheidung datenschutzrechtliche Aspekte ganz ausgelassen. Das überrascht aus zwei Gründen. Erstens haben sich die beiden Leitentscheidungen des *OVG Schleswig* und des *OVG Münster* zum Thema trotz jeweils vorläufiger Entscheidungen mit dem Datenschutz beschäftigt<sup>6</sup> und sogar bereits erste allgemeine Erwägungen abgeleitet.<sup>7</sup> Und zweitens hatte im hiesigen Fall eine Empfehlung der Landesdatenschutzbeauftragten zur Nichtdurchführung einer Beaufsichtigung geführt – es hätte also durchaus Grund gegeben, das Datenschutzrecht zumindest flankierend einzubeziehen.

Konkret hätte sich das Gericht mit der Frage befassen können, ob das prüfungsrechtliche Gebot, aus Gründen der Chancengleichheit eine Beaufsichtigung bei Klausuren einzurichten, zu einer entsprechenden datenschutzrechtlichen Verpflichtung führt, entsprechende Beaufsichtigungsdaten auch zu verarbeiten. In diesem Kontext könnte dann interessant sein, welchen Charakter das Gericht der Empfehlung der Landesdatenschutzbeauftragten beigemessen hätte. Gegebenenfalls hätte ein datenschutzrechtlicher Verstoß dann nicht in einem Übermaß an Datenverarbeitung, sondern umgekehrt in dessen Unterlassen liegen können. Diese Thematik hätte dann durch die Frage abgerundet werden können, inwieweit datenschutzrechtliche Verstöße geeignet sind, in beachtlicher Weise, § 46 LVwVfG, auf das Prüfungsverfahren einzuwirken.<sup>8</sup>

##### b. Klausur ohne Beaufsichtigung als Hausarbeit?

Das *VG Frankfurt/Oder* erwähnt im Rahmen seiner Argumentation zur Erforderlichkeit einer Beaufsichtigung bei Klausuren abrundend, die Prüfung trüge dann

6 *Birnbaum*, oben Fußnote 4.

7 *Dieterich*, oben Fußnote 4.

8 Tendenziell in Richtung einer Unbeachtlichkeit *Dieterich*, oben

Fußnote 4, S. 516 ff.; differenzierend nach durchführungsnahen und durchführungsfernen datenschutzrechtlichen Verstößen *Morgenroth/Wieczorek*, *OdW* 2021, 148, 153.

(ohne Beaufsichtigung) den Charakter einer Hausarbeit. Diese Einlassung wirft ebenfalls eine Reihe ungeklärter Fragen auf.

Zunächst wäre zu überprüfen, ob es diesbezügliche Regelungen in der Prüfungsordnung gegeben hat, weil mit Blick auf die Gestaltung des Prüfungsverfahrens die Prüfungsordnung Vorrang vor allgemeinen Erwägungen hat.<sup>9</sup>

Ist dies nicht der Fall, so fragt sich systematisch, ob dies zwingend der Fall sein muss. Dann das würde nichts Anderes bedeuten, als dass die Hausarbeit negativ definiert würde als Klausur ohne Beaufsichtigung, ohne Rücksicht auf weitere Aspekte. Rein rechtsmethodisch scheint dies bereits vor dem Hintergrund zweifelhaft zu sein, als dies eine abschließende Dualität der Unterfallgruppenbildung im Prüfungstyp<sup>10</sup> „*schriftliche Prüfung*“ suggerieren würde, etwa im Sinne eines „*was von den schriftlichen Prüfungen nicht Klausur ist, ist Hausarbeit*“. Dem Gestaltungsermessens der Hochschule, Prüfungstypen wie die schriftliche Prüfung mit Unterformen, sog. Prüfungsarten, auszugestalten, sind jedoch keine Grenzen gesetzt. Es sind neben Klausur und Hausarbeit viele weitere Arten der schriftlichen Prüfung denkbar, welche diese gedankliche Dualität von Klausur und Hausarbeit unterbrechen und eine andere, positive Form der Typenbildung bzw. Definitionsfindung auch für die Hausarbeit erforderlich werden lassen.<sup>11</sup>

Diese positive Abgrenzung lässt sich sinnvollerweise nach den abzuprüfenden Lernzielen erreichen.<sup>12</sup> Andere Lernziele oder ähnliche Lernziele in einer anderen Intensitätsstufe erfassen zu können als mit einer Klausur, ist Ausdruck effektiv umgesetzter Freiheit der Lehre nach Art. 5 Abs. 3 GG. Denn da eine Prüfung Mittel zum Zweck ist, eingelegte Kompetenzen bewertend zu erfassen,<sup>13</sup> ist es sinnvoll, eher ein breites Spektrum an Prüfungsarten vorzuhalten als eine enge Bandbreite einzurichten, um in der zugrunde liegenden Lehrveranstaltung möglichst viele Lernziele und in möglichst umfassender Form einlegen zu können. Neben der Verantwortung der Hochschule für ein funktionierendes Wissenschaftssystem, zu dem Lehre und Prüfung zählen, ist es deshalb auch ein Gebot effektiver Grundrechtsdurchsetzung der Lehrfreiheit des Lehrenden, Prüfungsarten breit aufzustellen, um alle Möglichkeiten für die Lehre vorzuhalten. Dem aus Art. 12 GG folgenden Ge-

bot, die Studierenden hinreichend auf die mit dem verfolgten berufsqualifizierenden Abschluss verbundenen typischen Berufsbilder vorzubereiten,<sup>14</sup> wird dadurch ebenfalls Rechnung getragen.

Schließlich ist es auch prüfungsdidaktisch vorzuzug, eine Hausarbeit hinsichtlich der erfassten Lernziele andersartig einzurichten als eine Klausur. Ein möglichst passgenaues kompetenzielles Streamlining von Lehrveranstaltung und zugehöriger Prüfung, sog. Constructive Alignment,<sup>15</sup> ist neben den soeben beschriebenen verfassungsrechtlichen Implikationen auch didaktisch ein Qualitätskriterium.

Diese Aspekte sind selbstverständlich auch in Prüfungen relevant, die nicht als Online-Prüfung durchgeführt werden. Da dem hiesigen Fall aber eine für Online-Prüfungen typische Durchführungsart der Open Book Klausur gewählt wurde und diese Frage erkennbar erst während der Corona-Pandemie aufkam, sollen sie hier als Besonderheit des Corona-Prüfungsrechts behandelt werden.

## 2. Allgemeine prüfungsrechtliche Aspekte

Aus der Entscheidung erwachsende allgemeine prüfungsrechtliche Fragestellungen sind die von der Antragstellerin angemahnte Einzelfallgerechtigkeit (a.) und die Thematik, ob im Wege eines Einverständnisses von den Vorgaben der Prüfungsordnung abgewichen werden kann (b.).

### a. Einzelfallgerechtigkeit

Die Antragstellerin hatte zur Begründung ihres Widerspruchs unter Anderem vorgebracht, sie habe die Prüfung regelkonform durchgeführt. Die aufgetretenen Unregelmäßigkeiten betrafen sie nicht. Deshalb widerspreche die Annullierung ihrer Prüfungsleistung dem Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit. Das Gericht führt in seiner Entscheidung dazu aus, „*mangels Aufsicht sei nicht gewährleistet, dass die Fernklausur überhaupt durch die hierfür angemeldeten Studierenden in Person abgeleistet wurde, geschweige denn, dass den jeweiligen Prüfungsleistungen keine verdeckte Gruppenarbeit zugrunde liegt (vgl. § 16 Abs. 3 ASPO)*“ und „*[a]ngesichts des Vorstehenden bedarf es im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit des Prüfungsverfahrens keines näheren Eingehens auf die von der Antragsgegnerin zur Begründung der Annullierung*

9 BVerwG, Beschluss vom 25.04.1996, Az. 6 B 49/95.

10 Dieser Begriff wird von Morgenroth, OdW 2021, 117, 123 ff. abgeleitet und vorgeschlagen, in der Praxis auch als „Prüfungsform“ bekannt.

11 Allgemein zu Erwägungen der Typenbildung von Prüfungen gerade vor dem Hintergrund der Entwicklungen infolge des Corona-

Rechts Morgenroth, OdW 2021, 117, 122 ff.

12 OVG Schleswig, oben Fußnote 2, Rn.50.

13 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, Rn. 360.

14 BVerfGE 13, 97 ff. – Handwerksrolle.

15 S. hierzu Morgenroth/Wieczorek, oben Fußnote 8, S. 149.



der Prüfungsleistung der Antragstellerin vorgebrachten Unregelmäßigkeiten... Es ist dabei unerheblich, wenn ein Verfahrensmangel – wie hier – im Verantwortungsbereich der Prüfungsbehörde liegt, wenn es um die Wahrung der Chancengleichheit der Prüflinge insgesamt geht (vgl. Niehues/Fischer/Jeremias, a. a. O., 487, 501). Der Mangel der fehlenden Aufsicht betrifft die Prüfung insgesamt, sodass eine nur teilweise Wiederholung einzelner Prüfungsaufgaben als gebotene ‚*schonende Fehlerbeseitigung*‘ nicht in Betracht kommt.“ Diese Darstellung des Gerichts wirft sowohl inhaltlich als auch mit Bezug auf die Begründung einige Fragen auf.

Inhaltlich hat sich das Gericht mit der Frage der Einzelfallgerechtigkeit erkennbar gar nicht auseinandergesetzt. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass das Gericht dies nicht an einer fehlenden Glaubhaftmachung rechtmäßigen Handelns der Antragstellerin scheitern ließ, selbst deshalb also offenbar hinreichend davon überzeugt war, dass die Antragstellerin die Chancengleichheit der anderen Prüflinge nicht verletzt hat. Damit kann das Gericht diesen Umstand nur für nicht aufklärungsbedürftig gehalten haben. Im Rahmen der summarischen Prüfung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren hängt es stark von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von Komplexität, Eilerfordernissen und Schwere der Belastung für den Antragsteller, ab, ob und gegebenenfalls inwieweit ein vollständige oder eine summarische Prüfung durchgeführt wird.<sup>16</sup> Dem Rechtsschutzinteresse eines Antragstellers, also der Aufklärungspflicht zu seinen Gunsten, ist dabei umso mehr Gewicht beizumessen, je schwerer die ihm auferlegte Belastung wiegt.<sup>17</sup> Hierbei ist zugunsten der Hochschule sicherlich zu berücksichtigen, dass eine Wiederholung der Klausur bereits im April, also ca. 6 bis 7 Wochen nach der Ausgangsprüfung, eine angesichts vielfältiger anderer Aufgaben sehr schnelle Aufarbeitung der Thematik darstellt und den Studierenden bestmöglich entgegenkommt. Dennoch stellt sich die Frage, ob nach den Erkenntnissen zur Vergessenskurve insbesondere von Detailwissen auch angesichts der relativ kurzen verstrichenen Zeit eine erneute umfangreiche, möglicherweise sogar vollständig neue Prüfungsvorbereitung erforderlich wird. Im Zusammenspiel mit der ebenfalls geltend gemachten und gerichtlich offenbar akzeptierten Zusatzbelastung

der Antragstellerin durch die Betreuung von Familienmitgliedern lässt sich mit guten Gründen fragen, ob das Gericht auf diesen Umstand stärker hätte eingehen können bzw. müssen.

Unterstützend wirken die Grundsätze des sog. Beweis des ersten Anscheins. Im Bereich von Hochschulprüfungen wird der Anscheinsbeweis bislang für die Verbindung einer starken Übereinstimmung einer Musterlösung mit den Antworten der Prüflinge und einer damit zusammenhängenden Täuschung angewendet.<sup>18</sup> Selbst beweis erleichternde Instrumente wie der Anscheinsbeweis wirken damit aber lediglich individuell, nicht aber kollektiv. Von der tatsächlichen Grundlage „*diverser gleichlautender Ergebnisse*“ ließe sich auch im Wege des Anscheinsbeweises nicht schließen, dass alle Beteiligten, hier auch die Antragstellerin, getäuscht hätten. Die Antragstellerin war nach dem bekannten Sachverhalt nicht von den „*diversen gleichlautenden Sachverhalten*“ betroffen. Dies ist ein Grund mehr, bei ihr etwas näher hinzuschauen. Ob das Gericht angesichts der Umstände verpflichtet gewesen wäre, der Antragstellerin eine individuelle Täuschung nachzuweisen, kann offen bleiben. Jedenfalls ist die Befassung mit diesen Fragen leider unterblieben.

Auch der Hinweis des Gerichts auf die Fundstelle im Standardwerk zum Prüfungsrecht Niehues/ Fischer/ Jeremias greift im Kontext dieses Falles möglicherweise etwas zu kurz. Denn dort wurde an der zitierten Stelle (Rn. 501) als Beispielfall für einen den Prüfling begünstigenden, dennoch erheblichen Verfahrensfehler die versehentliche Ausgabe von Lösungen beschrieben, welche die Prüfung zu einer reinen Abschreibleistung werden lassen. Da dies dann offenbar für alle Prüflinge der Fall ist, liegt nahe, dass sich tatsächlich auch alle Prüflinge dieser Hilfe bedient und getäuscht haben. Im hiesigen Fall liegen aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor, die eine Täuschung der Antragstellerin nahelegen. Insbesondere scheint sie auch bei den „*diversen gleichlautenden Ergebnissen*“ nicht dabei zu sein. Unterstützt wird dieser Gedankengang durch eine Passage gleich auf Rn. 502 des Lehrbuchs von Niehues/ Fischer/ Jeremias, die lautet: „*Ist dagegen eine sachgerechte Prüfung trotz des gestörten Prüfungsverlaufs objektiv möglich, so kann es dem Prüfling nicht verwehrt werden, auf eine Rüge zu verzich-*

16 BVerwG NJW 2002, 2225 f.

17 BVerfGE 35, 382, 402.

18 Für schriftliche Prüfungen BVerwG, Beschl. V. 20.02.1984, Az. 7 B

109/83; für mündliche Prüfungen OVG Rheinland-Pfalz NVwZ-RR 2012, 476 ff.

ten, so dass die Prüfung mit der Bewertung der erbrachten Leistungen seinen gewöhnlichen Fortgang nimmt.“ Ist es angesichts des Umstands, dass die Antragstellerin offenbar keine gleichlautenden Ergebnisse abgegeben hat, wirklich von vornherein ausgeschlossen, dass eine sachgerechte Bewertung ihrer Prüfung möglich war? Auch hier sei die Beantwortung dieser Frage der geschätzten Leserschaft überlassen. Wenigstens die Fragestellung ist allerdings nicht so fernliegend, als dass man sie guten Gewissens vollständig ignorieren sollte, wenn nicht besondere Umstände der Eilbedürftigkeit, die hier nicht dargelegt wurden, eine verkürzte Prüfungstiefe rechtfertigen.

Hinzu kommen diverse offene Fragen im Hinblick auf die Begründung der Entscheidung. So benennt das Gericht zunächst den entscheidungserheblichen Verfahrensverstoß („*mangels Aufsicht*“), unterzieht ihn aber keiner Bewertung hinsichtlich dessen Erheblichkeit oder Intensität. Damit ist weder inhaltlich schlüssig noch aus der Begründung ersichtlich, ob das Gericht gerade wegen einer besonderen Schwere des Verfahrensverstößes auf eine Prüfung der individuellen Täuschung der Antragstellerin verzichtet hat. Außerdem suggeriert die Begründung, dass neben einer ggf. vorliegenden besonderen Schwere des Verstoßes auch Erwägungen der Verwaltungseffizienz entscheidungsleitend gewesen sind – immerhin hatte die Hochschule geplant, die Neuprüfung möglichst schnell danach wieder durchzuführen. Überlegungen der Verwaltungseffizienz sind allerdings ebenfalls nicht in der Begründung enthalten. Schließlich weist das Gericht darauf hin, die entscheidungserhebliche Norm in der Prüfungsordnung gewähre kein Ermessen, um dann wenige Sätze später aufzuzeigen, die Belegung gerade auch der Antragstellerin mit der Pflicht zur Wiederholung der Prüfung sei nicht ermessensfehlerhaft.

#### b. Wirksames Einverständnis mit von Prüfungsordnung abweichender Durchführung?

Das *VG Frankfurt/Oder* deutet an, dass eine von der Prüfungsordnung abweichende Durchführung der Prüfung rechtskonform sein kann, wenn ein wirksames Einverständnis aller Prüfling vorliegt (Rn. 28). Damit übernimmt es eine Argumentationslinie der renommierten

Richterkollegen im Prüfungsrecht *Fischer* und *Dieterich*.<sup>19</sup> Dies ist ein für die Hochschulpraxis prinzipiell begrüßenswertes Signal, dass die Richterschaft gerade in Verfahrensfragen auch Flexibilität fördert und eine gewisse Praktikabilität der Handhabung akzeptiert.<sup>20</sup>

Nicht als Gegenrede, sondern ausschließlich zur Relativierung dessen seien dennoch einige Gedanken angeführt. Zunächst hat Autor *Fischer* diesen Ansatz selbst in diversen Webinaren der vergangenen Monate zum Recht der Online-Prüfungen in der Corona-Zeit als innerhalb der Richterschaft umstritten dargestellt.<sup>21</sup> Es sei also der Eindruck vermieden, es handele sich um eine gefestigte Praxis, unabhängig davon, wie man deren Richtigkeit bewertet. Außerdem scheint der Rückgriff auf eine derartige Struktur individueller Willensbildung anstelle von gesetzlicher Geltung gerade für die Corona-Sonderzeit nicht erforderlich. Denn es hat erkennbar flächendeckend Sonderregelungen staatlichen Rechts, insbesondere in Corona-Schutzverordnungen der Länder<sup>22</sup> oder sogar Corona-Sondergesetzen<sup>23</sup> gegeben, die es den Hochschulen ermöglicht haben, ihre Regelungen zu Prüfungen schnell und effektiv<sup>24</sup> anzupassen. Dies suggeriert zweierlei: Erstens war diese Verfahrensflexibilisierung bereits während der Corona-Zeit zwar willkommen, aber nicht erforderlich. Und zweitens lässt sich deshalb mit guten Gründen fragen, ob und gegebenenfalls inwieweit derartige Strukturen nach Sondersituationen wie der Corona-Pandemie noch gebraucht werden. Auch hier möge sich jede Leserin bzw. jeder Leser eine eigene Meinung bilden, auf der Grundlage der für sie bzw. ihn jeweils geltenden Rahmenbedingungen. Schließlich sei auch vor einer überschießenden Akzeptanz dieser Flexibilisierung gewarnt. Es besteht eine in einigem Ausmaß verbreitete Praxis an den Hochschulen, dass Studierende unter mehreren Prüfungsordnungen, die für einen Studiengang parallel gelten, etwa in der Form verschiedener Studien- bzw. Prüfungspläne für verschiedene Matrikel, eine ihnen genehme Ordnung durch „Einschreibung“ in diese wählen können. Dies ist nicht nur ein tendenzieller Verstoß gegen den in der jeweiligen Satzung beschriebenen personellen Geltungsbereich, sondern stellt die gesetzliche Struktur der abstrakt-generellen Geltung einer Prüfungssatzung als Gesetz im materiellen Sinne ernsthaft in Frage. Ein Einverständnis in bestimmte Prü-

19 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661.

20 Insbesondere wegen des gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Bewertungsspielraums des Prüfers lässt sich bisweilen die gegenläufige Tendenz beobachten, dass Entscheidungen oft auf diffizilen Verfahrensfragen beruhen.

21 Beispielsweise am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins für deutsches und europäisches Wissenschaftsrecht, an dem der Autor teilgenommen hat.

22 S. etwa die Corona-Epidemie-Hochschulverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17.04.2020 (GVBl. S. 297).

23 Beispielsweise das Thüringer Hochschul-Pandemie-Gesetz (ThürCorPanG), zuletzt geändert am 23.03.2021 (GVBl. S. 115).

24 So sah die Regelung in NRW Beschlüsse des Rektorats anstelle von Satzungen vor. Die Sondersatzungen nach dem ThürCorPanG konnten ohne Genehmigung des Ministeriums von den Hochschulen allein behandelt werden.

fungsabläufe *praeter legem* könnte diesen Praxi und Strukturen tendenziell Vorschub leisten – auch hier wieder sei die Leserschaft eingeladen, die Folgen für Ihre jeweiligen Häuser selbst abzuschätzen.

#### IV. Fazit

Das VG *Frankfurt/Oder* hat mit dieser Entscheidung Neuland betreten und einen wertvollen Beitrag zur Erfassung der prüfungsrechtlichen Situation für Online-Prüfungen geleistet. Dafür sowie für die fundierte Aufarbeitung der relevanten Themen gebührt ihm Respekt und Dank. Gerade, weil es sich bei Online-Prüfungen für viele Hochschulen um eine unbekannte Thematik handelt und Erfahrungswerte weitgehend fehlen, sei

jedoch angeregt, die Prüfungstiefe auch im vorläufigen Rechtsschutz – bei allem Verständnis für Corona-bedingten Zusatzaufwand und Eilbedürftigkeit – nicht zu gering anzusetzen und Begründungen von Entscheidungen ausführlich und konsistent abzubilden. Dies wäre eine große Hilfestellung für die Hochschulpraxis, die sich stark an Entscheidungen wie der vorliegenden orientiert.

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers 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.

Karoline Haake

*Meinungs- und Lehrfreiheit – Was müssen Hochschulen aushalten? Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e. V. am 24.06.2021*

Die Meinungs- und Lehrfreiheit waren in den letzten Jahren oft Konflikttherd an vielen deutschen Hochschulen. Um dies verfassungsrechtlich, dienstrechtlich sowie wissenschaftspolitisch zu erörtern und vertiefen, veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 24.06.2021 eine online stattfindende Tagung.

Zunächst begrüßte Prof. Dr. Volker Epping, Präsident der Leibniz Universität Hannover und Vorstandsmitglied des Vereins, die knapp 60 Teilnehmenden. Die Meinungs- und Lehrfreiheit sowie ihre Ausübung und Grenzen stellen in den letzten Jahren fast jede Hochschule vor Herausforderungen und Konflikte. Auch an der Leibniz Universität Hannover haben sich in dem Zusammenhang Schwierigkeiten ergeben. Epping plädierte daher für einen offenen, vielgestaltigen Diskurs an der Hochschule, der alles, was den Boden der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht verlässt, aushalten muss.

**I. Freie Rede und Diskurs einer Hochschule - was fordert das Verfassungsrecht?**

Prof. Dr. Bernd Kempen, Präsident des Deutschen Hochschulverbandes und Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln, ging der Frage nach, welche Anforderungen das Verfassungsrecht an die freie Rede und den Diskurs in einer Hochschule stellt.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Wissenschaftsfreiheit, welche durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt wird, und der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Meinungsfreiheit.

Die Wissenschaftsfreiheit wird vom Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 GG als vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht geschützt. Das BVerfG definiert Wissenschaft als

„den nach Inhalt und Form ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit.“<sup>1</sup> Planmäßig ist der Versuch, wenn eine rationale und methodengeleitete Vorgehensweise an den Tag gelegt wird, die nur dann als ernsthaft betrachtet werden kann, wenn sie sich mit dem bisherigen gesicherten Erkenntnisstand hinreichend auseinandersetzt.

Krude Verschwörungstheorien fielen daher schon aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit heraus und könnten höchstens noch unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehen. Ansonsten seien die inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit weit zu ziehen, solange ein ernsthafter und planmäßiger Versuch des Erkenntnisgewinns vorliege. Der Ausschluss anderer aus dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit und Bezeichnung der Forschung anderer als „Nichtwissenschaft“ würde zu einer Verengung der Wissenschaftspluralität führen und letztendlich auch einer wissenschaftlichen Diskussion über das unliebsame Thema den Boden entziehen.

Nicht jede Äußerung eines Wissenschaftlers<sup>2</sup> müsse jedoch per se in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zählen. Zu unterscheiden sei hier, wenn dazwischen auch oft nur ein schmaler Grat liege, zwischen einer wissenschaftlich fundierten These und einer außerwissenschaftlichen Meinungsäußerung.<sup>3</sup> Letztere werde höchstens durch die Meinungsfreiheit geschützt, wenn keine erwiesenen oder bewusst unwahren Tatsachen behauptet werden, falle jedoch nicht in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit.

Die Wissenschaftsfreiheit wird anders als die Meinungsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet und unterliegt daher nur den für jede grundrechtlich geschützte Freiheit geltenden verfassungsimmanenten Schranken. Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG normierte Pflicht zur Verfassungstreue stelle insoweit keine zusätzliche Begrenzung, sondern vielmehr eine Privilegierung der Wissenschafts-

1 BVerfGE 35, 79 (112).

2 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

3 Eine außerwissenschaftliche Meinungsäußerung liege regelmäßig wissenschaftlich-kompetenziell außerhalb des Fachgebiets

des Wissenschaftlers und entbehre einer wissenschaftlichen Grundlage, wie etwa die Behauptung eines Physikprofessors, den Ursprung des Coronavirus' in einem Labor in Wuhan gefunden zu haben, dabei aber methodisch-rationale Standards der Virologie verfehlt („Laborunfall“-These).

freiheit gegenüber der beamtenrechtlichen Loyalitätspflicht dar: Von sonstigen Beamten werde aufgrund der in den Beamtenengesetzen verankerten Loyalitätspflicht ein aktives Eintreten für die Verfassung verlangt, während Hochschullehrende durch Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG lediglich daran gehindert seien, gegen die Verfassung zu agitieren.

Politische Äußerungen von Hochschullehrenden im Hörsaal seien nicht per se verboten, solange sie sich nicht in plumpem parteipolitischen Werben erschöpfen. Meinungsäußerungen im inneren Zusammenhang mit dem Lehrbetrieb seien erlaubt.

Das beamtenrechtliche Mäßigungsgebot sei jedoch insbesondere in der Lehre einzuhalten. Grundrechtlich geschützte Rechtspositionen anderer, insbesondere Studierender, seien zu achten und Verstöße gegen diese seien nicht durch die Wissenschaftsfreiheit geschützt, sondern disziplinarrechtlich zu ahndende Dienstvergehen. Zu beachten sei jedoch, dass die Universität als Ort der Konfrontation zu verstehen und es zumutbar sei, dort den Freiheitsgebrauch anderer Grundrechtsträger ertragen zu müssen, solange keine eigenen Grundrechte verletzt werden.

Art. 5 Abs. 3 GG gebiete es als „Grundrecht der deutschen Universität“<sup>4</sup>, die Hochschulen als Stätten freier Grundrechtsausübung und freien Diskurses zu konstruieren. Als offener Diskursraum müsse in den Grenzen des geltenden Rechts jeder Diskursbeitrag zulässig sein. Daher dürften Diskursteilnehmende auch nicht ohne gesetzliche Grundlage ausgeschlossen werden. Selbstverständlich dürfe die Hochschule nicht zur Bühne strafbarer, volksverhetzender Parolen werden. Sei zu erwarten, dass voraussichtlich gegen Strafvorschriften verstoßen werde, müssen die Personen vom Diskurs ausgeschlossen werden. In der Praxis betreffe dies insbesondere Gastdozierende oder Politiker, die für Vorträge eingeladen werden. Solange kein Gesetzesverstoß drohe, sei dies grundsätzlich für Politiker aller Parteien möglich. *Kempfen* sah es gar als Chance an, in der Hochschule zwischen Wissenschaft und Politik auszutauschen und abzugleichen. Manche „populistische Verirrung“ hätte so durch wissenschaftliche Aufklärung vielleicht vermieden werden können.

Die Hochschulleitung müsse sich vor Hochschulangehörige stellen, die in ihrer Freiheitsausübung von dritter Seite eingeschränkt werden. Dies sei ihr aufgrund ihrer grundrechtlichen Schutzpflicht sowie der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht geboten.

Die Wissenschaftsfreiheit sieht *Kempfen* derzeit in besonderer Art und Weise bedroht, jedoch nicht durch staatliche Akteure, sondern durch die Akteure des Wissenschaftssystems selbst. Besonders kritisch in diesem Zusammenhang sieht er die sog. *Cancel Culture* und dadurch die Engführung des wissenschaftlichen Diskurses. Er beobachtet als Präsident des Deutschen Hochschulverbands eine signifikante Häufung von Fällen, in denen Wissenschaftler sich durch *Political Correctness* in ihrer Wissenschaftsfreiheit eingeschränkt fühlen.<sup>5</sup> Dies führe zu einem schleichenden Aushöhlungsprozess der Wissenschafts- und Meinungsfreiheit. Die verfassungsrechtlichen Garantien helfen dabei nur begrenzt. Stattdessen müsse dem selbstverschuldeten Verlust der Wissenschafts- und Meinungsfreiheit mit wissenschaftlicher Aufklärung und Lehr- und Meinungsvielfalt entgegengetreten werden.

## II. Krisenmanagement einer Hochschulleitung

Als nächstes referierte *Prof. Dr. Birgitta Wolff*, ehemalige Präsidentin der Goethe-Universität Frankfurt am Main, dazu, wie sie als Hochschulpräsidentin mit konkreten Vorgängen und Disputen um die Lehr- und Meinungsfreiheit umging, und sprach Empfehlungen zum diesbezüglichen Krisenmanagement aus.

Die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit sah auch *Wolff* aktuell in einem Spannungsverhältnis zur *Cancel Culture*.

Angesichts der steigenden Verbreitung von *Fake News* und „alternativen Fakten“ müsse der wissenschaftsgeleitete Diskurs an den Hochschulen kultiviert und Spielregeln des Diskurses etabliert werden. Nur so könne es zum „zwanglosen Zwang des Besseren, nicht des lauterer Arguments“<sup>6</sup> kommen. Und nur durch das Plausibilisieren der eigenen Meinung mittels Argumenten und das Sich-Stellen gegenüber Gegenargumenten könne durch Diskurs wissenschaftlicher Fortschritt erzielt werden. Die Hochschule nehme insofern eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe wahr.

Die tiefere Krise, mit welcher die Hochschulen umzugehen haben, sei insbesondere die Negation von wissenschaftlichem Diskurs. Die Hochschulen müssen daher kommunikative Instrumente schaffen, um den freien, offenen Diskurs nach wissenschaftlichen Spielregeln zu ermöglichen.

*Wolff* berichtete von Fällen an der *Goethe-Universität*, bei denen Krisenmanagement in Zusammenhang mit

4 *Köttgen*, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959.

5 *Petersen*, Forschung und Lehre 2017, 974 ff.

6 *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981.

Lehr- und Wissenschaftsfreiheit nötig war. So sei es zu empfehlen, bei im Vorfeld bekannten stark kontroversen Themen, die öffentlichkeitswirksam adressiert werden sollen, die Hochschulleitung oder Pressestelle zu involvieren, anstelle mit öffentlicher Kritik und Protest dezentral umzugehen. Die Hochschulleitung könne in solchen Fällen durch umfangreiche Erfahrung und Methoden bezüglich Kommunikation und Sicherheit hilfreich zur Seite stehen. Auf Seiten der Hochschulleitung sei es zu empfehlen, einen Krisenstab einzurichten, der im Umgang mit öffentlicher Kritik und medienwirksamen Protestaktionen erfahren sei.

Eine persönliche Involvierung der Hochschulleitung sei grundsätzlich empfehlenswert. Nach eindeutiger Positionierung könne die Hochschulleitung das Krisenmanagement anschließend im Einzelfall delegieren. Nicht zuletzt bleibe dann die Hochschulleitung noch als höhere Eskalationsstufe bestehen.

Insbesondere bei kontroversen Veranstaltungen oder Einladung kontroverser Dozierender komme es immer wieder zu öffentlichem Protest, Forderungen nach Absagen, Ausladungen oder gar Entlassungen. Um solche sich oft hochschaukelnden Situationen zu entschärfen oder aufzulösen, müsse es sich die Hochschule zur Aufgabe machen, der Debatte in geregelter Form eine Plattform zu bieten. Diskurs sei schließlich erwünscht, solange er geordnet und nach klaren wissenschaftlichen Spielregeln ablaufe. Betont werden müsse dabei ebenfalls immer die Bedeutung der grundrechtlich geschützten Wissenschafts- und Meinungsfreiheit. Jeder dürfe im Rahmen der Regeln wissenschaftsgeleiteter Diskurse an der Hochschule sprechen, solange keine eindeutigen verfassungsfeindlichen oder strafbaren Positionen vertreten werden oder zu erwarten seien. Vermieden werden müsse „Moral statt Argument“ oder Angriffe auf Person anstelle von Gegenargumentation.

Eine Lösung in solchen Situationen könne beispielsweise das Organisieren einer öffentlichen Podiumsdiskussion bieten, um einen geordneten Diskurs zu initiieren und den gegenläufigen Positionen in systematischer und ausgewogener Form eine Plattform zu geben.<sup>7</sup> So könne verhindert werden, dass die Debatte aus dem Ruder läuft. Notwendig sei dabei das Einhalten wissenschaftsgeleiteter Spielregeln: Kein „Niederbrüllen“ der Gegenposition, Raum für unterschiedliche Positionen und Argumente sowie eine starke Moderation. Selbstverständlich sollte ein solches Podium mit Vertretern di-

verser inhaltlicher Positionen besetzt werden und jedem Interessierten die Möglichkeit zur Teilnahme geboten werden.

Bei starken Protesten und Hetzkampagnen gegen Veranstaltungen oder Dozierende sei es zudem wichtig, sich als Hochschulleitung vor seine Hochschulangehörigen zu stellen, um deren Wissenschaftsfreiheit zu schützen.<sup>8</sup> Als effektiv erwiesen habe sich in solchen Fällen eine schnelle Reaktion und klare Positionierung. Insbesondere was die Pressearbeit angeht, müsse die Hochschule nicht bloß defensiv auf Anschuldigungen reagieren, sondern dürfe auch ruhig aktiv und offensiv kommunizieren.

Auch zu denken sei in solchen Fällen an eine Verstärkung und Instruktion des Sicherheitsdienstes, um die Veranstaltung selbst als auch Veranstaltungsteilnehmende zu schützen. Aus demselben Grund könnten ebenfalls Absprachen mit der Polizei notwendig sein.

In solchen Fällen, in denen im Vorfeld eine sehr hitzige und überregionale Debatte entsteht, könne durch Übertragung der Veranstaltung im Internet oder auf dem Campus die Teilnahme möglichst vieler Interessierter am Diskurs sichergestellt werden. Durch die Raumplanung könne jedoch die Sicherheit der Veranstaltung gewährleistet bleiben: Anstelle die Veranstaltung aufgrund ihrer Kontroversität und des großen Andrangs immer größer werden zu lassen, könne man durch das Abhalten der Veranstaltung in einem Raum mit begrenzter Kapazität bei gleichzeitigem Streaming dafür sorgen, dass die Veranstaltung nicht eskaliert.

Offenen wissenschaftlichen Diskurs zu ermöglichen, sei zwar wichtige Aufgabe der Hochschulen. Gleichzeitig müssten Diskurs, Protest und Meinungsaustausch jedoch in rechtlichen Grenzen ablaufen. Diese müsse die Hochschule ebenfalls klar kommunizieren.

Auch bei der Vermietung von Räumen der Hochschule für externe Veranstaltungen könne es Probleme geben, wenn es sich um eine kontroverse Veranstaltung handelt.<sup>9</sup> Hier müssen die Hochschulen verstärkt darauf achten, dass auch bei externen Veranstaltungen akademische Standards sichergestellt werden. Denn hier könne der Kontext der Hochschule eine vermeintliche Wissenschaftlichkeit vermitteln, die möglicherweise so nicht gegeben sei. Um weniger Überraschungen beim Vermieten von Räumen für externe Veranstaltungen zu erleben, biete es sich daher an, den internen Prozess zur Vergabe von Mietverträgen klar zu definieren und für das Achten

7 Thiel, FAZ v. 22.01.2018.

8 Kehler/Davydov, FAZ v. 08.05.2019.

9 Schmidt, FNP v. 07.04.2018.

auf wissenschaftlich fragwürdige Veranstaltungen zu sensibilisieren. Insbesondere fachwissenschaftliche Bedenken könnten im Vorfeld besser überprüft werden.

Bei einem öffentlichen *Shitstorm* gegen Dozierende wegen Äußerungen in der Presse müsse diesen die Möglichkeit gegeben werden, zur Sache Stellung zu nehmen und in einem wissenschaftsgeleiteten Dialog gegebenenfalls Missverständnisse auszuräumen.<sup>10</sup> Für die Auswahl der Lehrbeauftragten und Dozierenden und Gestaltung der Lehrprogramme seien jedoch nicht die Hochschulleitung, sondern die jeweiligen Fachbereiche zuständig. Die Vermittlung zwischen dem Lehrbeauftragten und dem Fachbereich delegierte *Wolff* an eine verantwortliche Ansprechperson.

All die von *Wolff* aufgezeigten Instrumente seien solche zur Ermöglichung des Diskurses und zum Krisenmanagement kommunikativer Art. Ein Rückfall auf rechtliche Handlungsoptionen bleibe als *Ultima Ratio* übrig, aber oft seien kommunikative, nicht rechtliche Lösungen für Probleme der Hochschulleitung rund um die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit notwendig.

Hilfreich dabei empfand sie die Sitzungen der einschlägigen Gremien für die Kommunikation innerhalb der Hochschule, den Einsatz lösungsorientierter Kommunikation anstelle von Schuldzuweisungen und den professionellen Einsatz von Medienarbeit.

### III. Rechtliche Handlungsoptionen einer Hochschulleitung

In einem dritten Beitrag zeigte *Prof. Dr. Max-Emanuel Geis*, Mitglied des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, Direktor der Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht und Lehrstuhlinhaber für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg, auf, welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten einer Hochschulleitung im Einzelnen zur Verfügung stehen und welche Ausübungen der Meinungs- und Lehrfreiheit Hochschulleitungen aushalten müssen.

Rechtliche Instrumente seien eher als „restriktive Rückfalloptionen“ anzusehen, in der Praxis würden vordergründig kommunikative Mittel zur Lösung eines Konfliktes gewählt. Gerade bei der Forderung nach der Absage einer Veranstaltung, der Ausladung eines Dozie-

renden oder gar der Entlassung eines Hochschulangehörigen seien die rechtlichen Handlungsoptionen der Hochschulleitung nur begrenzt.

Handlungsmöglichkeiten der Hochschulleitung bestehen zum einen im Erteilen von dienstrechtlichen Weisungen, daneben in der Weigerung, Räume zur Verfügung zu stellen sowie in der Weigerung, personelle und finanzielle Ressourcen bereitzustellen.

Zuständig für dienstrechtliche Weisungen, etwa die Weisung an einen Hochschullehrenden, Vorträge oder Veranstaltungen abzusagen oder Gastredende auszuladen, sei der Vorgesetzte des Beamten i.S.d. § 3 Abs. 3 BeamtStG. Der Präsident der Hochschule sei zwar Dienstvorgesetzter des Hochschullehrenden i.S.d. § 3 Abs. 2 BeamtStG, egal, ob die Hochschule oder das jeweilige Bundesland Dienstherr oder Dienstherrin ist.<sup>11</sup> Allerdings haben Hochschullehrende keinen Vorgesetzten nach § 3 Abs. 3 BeamtStG, da diese ihr Amt nach § 43 HRG bzw. den entsprechenden Landeshochschulgesetzen selbstständig und daher grundsätzlich weisungsfrei ausüben.<sup>12</sup> Punktuelle Ausnahmen von der Weisungsfreiheit müssten gesetzlich geregelt sein und bestehen nur im Bereich staatlicher Aufgaben oder zur Sicherstellung des Lehrangebots, wie etwa in der Weisung an den Hochschullehrenden, eine Vorlesung zu halten.

Der gesetzliche Ausschluss der Weisungsrechte gelte auch für den Dienstvorgesetzten. Die Hochschulleitung sei daher grundsätzlich nicht zu inhaltlichen Weisungen berechtigt, die in die durch die Wissenschaftsfreiheit geschützte Forschung und Lehre des Hochschullehrenden eingreifen. Dienstrechtliche Maßnahmen der Hochschulleitung gegenüber Hochschullehrenden seien beschränkt auf statusverändernde Maßnahmen wie die Ernennung, Versetzung, Zuweisung oder das Einleiten eines Disziplinarverfahrens.

Die Behandlung brisanter, politisch aufgeladener Themen sowie die Einladung von auswärtigen Wissenschaftlern oder Politikern, die umstrittenen Einrichtungen oder Parteien angehören, um mit ihnen einen – unter Umständen auch hochkontroversen – wissenschaftsgeleiteten Diskurs zu führen, seien Aufgabe der Hochschulen und der einzelnen Wissenschaftler, und daher grundsätzlich dem Zugriff durch den dienstvorgesetzten Präsidenten ausgeschlossen. Dies sei nur dann nicht der Fall, wenn zu erwarten sei, dass durch die Einladung

10 *Zoske*, FAZ v. 02.04.2019; dazu erschien ein Dialog zwischen dem betroffenen Lehrbeauftragten und einer Professorin desselben Fachbereichs, *Wie lässt sich Flüchtlingspolitik humaner gestalten?*, UniReport Goethe-Universität Frankfurt am Main Nr. 3/2019 v. 29.05.2019, 4 f.

11 *Battis*, in Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwal-*

*tungsrecht – Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 87 Rn. 55.

12 *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, Rn. 701; *Epping*, ZBR 1997, 383 (392); *Grzeszick*, in: *Geis* (Hrsg.), HSR-BY, Kap. 3 Rn. 194 f.; *Detmer*, in: *Hartmer/Detmer* (Hrsg.), *Hochschulrecht*, Kap. 4 Rn. 158.

oder den eigenen Vortrag ein Dienstvergehen begangen werde.<sup>13</sup> Eine Weisung in Form eines präventiven Verbots der Veranstaltung sei dann dienstrechtlich möglich. Dies sei jedoch im Gleichklang zur Schranke des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG nur dann der Fall, wenn die Veranstaltung oder der Vortrag selbst verfassungsfeindliche Inhalte verbreite, nicht aber, wenn der Vortrag verfassungsfeindliche Inhalte lediglich thematisiere und sich mit diesen auseinandergesetzt werde oder auch „problematische“ Redner eingeladen werden, um ihnen argumentativ und wissenschaftsbasiert Paroli zu bieten.

Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Dienstherrn gebiete, dass der Präsident sich vor die Hochschullehrenden zu stellen habe. Diese Pflicht werde verletzt, wenn der Präsident sich nicht bloß inhaltlich vom Hochschullehrenden oder dessen Aussagen distanzieren, sondern diesem öffentlich seine Loyalität abspricht. Als Grundsatz des Berufsbeamtentums genieße die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 33 Abs. 5 GG und könne dazu führen, dass die Hochschulleitung zum Schutz seiner Hochschullehrenden zur Heranziehung der Polizei verpflichtet sei.<sup>14</sup>

Für angestellte Hochschullehrende gelte die Selbstständigkeitsgarantie gleichermaßen, das Direktionsrechts des Arbeitgebers (je nach Landeshochschulrecht entweder das Land oder die Hochschule) sei gleichermaßen eingeschränkt wie das dienstrechtliche Weisungsrecht für Beamte.

Wollen Hochschullehrende gegen eine dienstrechtliche Weisung vorgehen, sei dagegen nach § 54 BeamStG entweder ein Widerspruch oder eine Anfechtungsklage statthaft. Angestellte müssen gegen eine arbeitsrechtliche Weisung mit einer zivilrechtlichen Leistungs- oder Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht vorgehen.

Eine weitere Handlungsmöglichkeit der Hochschulleitung gegen eine Veranstaltung oder Einladung eines Gastredners wäre die Weigerung, bestimmte Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Diese Möglichkeit folge aus dem Hausrecht des Präsidenten. Die Rechtsgrundlage für dieses ergebe sich entweder schon aus dem Hochschulgesetz des Landes (z.B. § 17 Abs. 8 LHG BW) oder werde zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich hergeleitet. Zivilrechtliche Rechtsgrundlage für das Hausrecht kön-

ne die (ggf. analoge) Anwendung der Besitzstörungsansprüche (§§ 1004, 903 BGB) sein. Öffentlich-rechtlich werde das Hausrecht aus der Anstaltsgewalt des Behördenleiters hergeleitet.<sup>15</sup>

Die Ausübung des Hausrechts durch den Präsidenten müsse jedoch zweckgebunden erfolgen, um Forschung und Lehre zu ermöglichen: Es müsse eine Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Allein die geistige Auseinandersetzung mit radikalen oder umstrittenen Meinungen sei – zumal im Zentrum einer Hochschule – keine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne, da kein unmittelbarer Schadenseintritt zu erwarten sei. Anders sei dies lediglich, wenn zu erwarten sei, dass die Veranstaltung Gewalt in Form von Tumulten und Schlägereien auslöse und daher unfriedlich zu werden droht. Eine Gefahr könne im Einzelfall auch bestehen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass der Redner durch seinen Auftritt oder Äußerungen Straftaten begeht.

Aus der Erfüllung hochschulischer Aufgaben der Wissenschaftler (z.B. Vorträge und Diskussionen zu veranstalten) folge im Gegenzug auch ein Anspruch auf Nutzung der vorhandenen Räume im Rahmen der Verfügbarkeit.<sup>16</sup> Solange ein Raum frei sei und keine anderen Gründe entgegenstehen, müsse die Nutzung der Räumlichkeit daher gewährt werden. Eine Verweigerung der Zurverfügungstellung aus politischen Gründen oder zur Wahrung des guten Rufs sei nicht zulässig.

Weiterhin könne die Hochschulleitung als Kollegium versuchen, kontroverse Veranstaltungen zu verhindern, indem deren Finanzierung verweigert wird. Regelmäßig liege die Kompetenz zum Vollzug des Haushaltsplans der Universität bei der Hochschulleitung. In diese Kompetenz sei ebenfalls die Finanzierung von Veranstaltung erfasst sowie die Möglichkeit, die Dekanate oder Fakultäten anzuweisen, keine Mittel für eine Veranstaltung vorzusehen.

Entstehen durch die Veranstaltung jedoch gar keine Kosten für die Hochschule, könne deren Finanzierung selbstverständlich auch nicht verweigert werden. Ebenfalls keine Durchsetzungskraft habe die Verweigerung der Finanzierung zudem, wenn die Hochschule bereits im Vorfeld rechtswirksame (Honorar-)Verträge beispielsweise mit Gastrednern abgeschlossen habe, die als rechtswirksame Verpflichtungen einzuhalten seien.

13 *Geis* bezeichnet dies als die „sehenden-Augen-Theorie“, wonach die Hochschulleitung nicht „sehenden Auges“ ein Vergehen abwarten müsse, um einzuschreiten.

14 Z.B. im Fall der Wiederaufnahme des Lehrbetriebs durch *Bernd Lucke* an der Universität Hamburg.

15 Als Behördenleiter sei demnach der Präsident für die Abwehr

von Gefahren für die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt zuständig, VGH Mannheim, DÖV 1974, 751; OVG Lüneburg, NJW 1975, 136; *Thieme*, Hochschulrecht, Rn. 583; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 32 Rn. 31; Sandberger, LHG BW, § 17 Rn. 8.

16 Den Anspruch verglich *Geis* mit dem Anspruch auf Nutzung kommunaler Einrichtungen.



#### IV. Podiumsdiskussion

An der am Nachmittag stattfindenden Podiumsdiskussion nahmen *Prof. Dr. Jörg Baberowski*, Lehrstuhlinhaber für die Geschichte Osteuropas an der Humboldt-Universität zu Berlin, *Prof. Dr. Susanne Menzel-Riedl*, Präsidentin der Universität Osnabrück, *Dr. Oliver Grundei*, Staatssekretär für Wissenschaft und Kultur im Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur des Landes Schleswig-Holstein und *Prof. Dr. Andreas Fisahn*, Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bielefeld teil. Moderiert wurde die Diskussion von *Heike Schmoll*, Redakteurin der FAZ im gesamten Bereich der Bildungs- und Schulpolitik.

Zunächst berichtete *Prof. Dr. Susanne Menzel-Riedl* von einem Konflikt an der Universität Osnabrück nach der Einladung eines kontroversen Gastredners im Historischen Seminar. In diesem Rahmen wurden mehrere Forderungen – sowohl durch den AstA, Teile der Studierendenschaft als auch Teile des historischen Kollegiums – an die Hochschulleitung nach der Absage der Veranstaltung und Ausladung des Gastredners herangetragen. Gleichzeitig sei im Kollegium ebenfalls ein Konflikt entstanden. Den Absageforderungen sei sie als Präsidentin der Universität entgegengetreten. Die Schwierigkeit habe zudem darin bestanden, dass der Konflikt hauptsächlich über das Internet und soziale Medien ausgetragen worden sei und kaum persönlichen Ansprache oder Kommunikation stattgefunden haben.

*Menzel-Riedl* betonte in diesem Rahmen, dass die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit zu achten seien und eine Absage nur bei Missachtung der Verfassung oder strafrechtlich relevanten Aussagen in Betracht komme. Eine Verstrickung in fachliche Details sei als Hochschulleitung auch nicht notwendig. Sie habe dabei ähnlich wie *Prof. Dr. Birgitta Wolff* auf klare Kommunikation nach außen und klare Absprachen innerhalb der Hochschulleitung Wert gelegt. Wichtig sei dabei als Hochschulleitung die Differenzierung zwischen interner Kommunikation und der Kommunikation nach außen.

*Prof. Dr. Andreas Fisahn* merkte an, dass Proteste gegen Veranstaltungen durch Studierende oder Kollegen sowie die Organisation von Gegenveranstaltungen grundsätzlich nicht problematisch sein müssen, sondern gerade als Ausdruck der Wissenschafts- bzw. Meinungsfreiheit einen grundsätzlich wünschenswerten wissenschaftlichen Diskurs herbeiführen können. Dies sei jedoch nicht der Fall beim Unterdrücken oder Verweigern

abweichender Meinungen, Forschung oder Lehre wie etwa das Verbannen von Büchern aus der Universität.

*Prof. Dr. Jörg Baberowski* berichtete von den wiederholten Angriffen auf seine Forschung, Lehre und sein Privatleben durch eine studentische Splittergruppe an der Universität. So wurden aufgrund seiner Forschung zu osteuropäischen Diktaturen immer wieder Boykottaufrufe und Falschinformationen in Umlauf gebracht, Projekte und Vorträge sabotiert, sogar Mordaufrufe im Internet sowie durch Plakate und Flugblätter in Berlin verbreitet. Eine tatsächliche Auseinandersetzung mit seiner Forschung erfolge jedoch kaum. Andere Wissenschaftler distanzieren sich jedoch ebenfalls, um nicht ebenfalls Ziel ähnlicher Angriffe zu werden. Nach einer Weile bleibe auf diese Weise „etwas hängen“. Die Hochschulleitung habe sich dabei jedoch nicht vor *Baberowski* gestellt und diesen öffentlich verteidigt.

*Dr. Oliver Grundei* äußerte dazu seine Einschätzung aus Sicht eines Wissenschaftsministeriums als Aufsichtsbehörde der Hochschulleitung. Die Hochschulautonomie sei zwar von großer Bedeutung, sodass ein Einschreiten des Wissenschaftsministeriums bei „Cancel“-Forderungen (nach Entlassungen, Absagen, Ausladungen) nur bei einem hohen Eskalationsgrad in Betracht käme. Im Falle *Baberowskis* könne das zuständige Ministerium jedoch zumindest einen Hinweis an die Hochschulleitung über die Bedeutung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht und die Rechtsauffassung des Landes geben, um auf diesem informellen Weg keine Aufsichtsmaßnahme ergreifen zu müssen. Viele Hochschulleitungen seien durch „Cancel“-Forderungen überfordert und müssten sich klar machen, welche Pflichten sie als Hochschulleitung trifft sowie welche Reichweite die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrenden zukommt, um diese verteidigen können.

*Baberowski* nannte zudem die sozialen Medien als zentrales Problem des Konflikts. Ohne soziale Medien müssten Angriffe persönlich stattfinden. Im Internet könnten Angriffe und Hetzkampagnen jedoch anonym ausgeführt werden. So könnten Personen mobilisiert und erreicht werden, die ihn und seine Auffassungen, Forschung und Lehre nicht kennen. Ohne persönlichen Kontakt bestehe mehr Eskalationspotential und weniger Mäßigung.

Laut *Menzel-Riedl* könne sich ein Konflikt in den sozialen Medien schneller hochschaukeln und eine Eigendynamik entwickeln. Dadurch ginge es oft mehr um Frontenbildung als um die Fortführung eines wissenschaftlichen Diskurses.

*Fisahn* sah soziale Medien nicht als Sonderproblem der Hochschulen, sondern als allgemeines Problem der Strafverfolgung anonymer Beleidigungen oder strafbaren Handlungen im Internet an. Zunächst sei es erstmal nicht schlecht, wenn Studierenden mehr Möglichkeiten geboten werden, sich auszutauschen und zu organisieren. „Cancel“-Forderungen und damit die Weigerung, sich mit gegenläufigen Auffassungen auseinanderzusetzen, seien zudem kein neues Phänomen an den Hochschulen. Das Internet und die sozialen Medien bieten lediglich mehr Möglichkeiten dazu.

Dem widersprach *Kempen*, dass die sozialen Medien ganz neue Möglichkeiten des Meinungskampfes bieten, aber eben auch ein „Hinrichten“ Anderer in der Öffentlichkeit ohne rechtliche Mittel zur Gegenwehr ermöglichen. Dem sei ein Entgegenreten mittels Regulation des Internets nicht möglich, sondern nur mit Bildung und Aufklärung. *Fisahn* erkannte an, dass Missbrauchsmöglichkeiten für Hetzkampagnen und Diskriminierungen im Internet bestehen.

*Baberowski* betonte, dass die Wirkung der sozialen Medien nicht zu unterschätzen sei und eine andere Dimension als beispielsweise negative Berichterstattung in der Presse habe, da Beiträge im Internet nie in Vergessenheit gerieten.

*Fisahn* stellte die Frage nach den Grenzen des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit. Er fragte sich, ob die Grenzen der Meinungsfreiheit – erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen wie etwa die Leugnung des Holocaust – als „Unwahrheit“ auch auf den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu übertragen seien.

*Prof. Dr. Christian von Coelln*, Lehrstuhlinhaber für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht an der Universität Köln, merkte an, dass bereits die Eingrenzung der Meinungsfreiheit auf Schutzbereichsebene nicht unumstritten sei. Er habe Bedenken, ob es angesichts der strukturellen Unabgeschlossenheit des wissenschaftlichen Prozesses überhaupt etwas erwiesenermaßen falsches geben könne, das nicht immer wieder neu ergründet, in Frage gestellt und so zum Zentrum der Forschung und Lehre gemacht werden dürfe. Zumindest sollte eine Eingrenzung des Schutzbereichs und damit das Absprechen der Wissenschaftlichkeit sehr restriktiv erfolgen.

*Geis* ergänzte, es sei für den Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit nicht entscheidend, ob falsche Tatsachen zu Grunde gelegt werden, da diese nur ein Stein auf dem

Weg zur wissenschaftlichen Erkenntnis seien, sondern nur relevant, ob wider besseren Wissens „Fake News“ als Basis der Forschung und Lehre genutzt werden, um falsch in den wissenschaftlichen Diskurs einzugreifen und diesen zu beschädigen.

## V. Resümee

Auch wenn privat jedem frei steht, sich mit anderen Meinungen als der eigenen nicht beschäftigen zu wollen, ist die Verweigerung der Auseinandersetzung mit missliebiger Forschung und Lehre in der Wissenschaft, insbesondere im Kontext der Hochschule nicht möglich. Alle Tagungsmitglieder waren sich einig, dass die Universität stattdessen Stätte für freien und offenen Diskurs sein muss und sachlichen, wissenschaftsgeleiteten Diskurs nicht scheuen darf.

Auch die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit bestehen jedoch nicht grenzenlos. Den Boden des verfassungsrechtlichen Schutzes verlassen insbesondere verfassungsfeindliche oder strafrechtlich relevante Äußerungen. Höchstens in solchen Fällen käme auch das Absagen einer Veranstaltung oder Ausladen eines Gastredners in Betracht, wobei den Hochschulleitungen jedoch rechtlich begrenzte Mittel zur Verfügung stehen.

Insbesondere für Hochschulleitungen, die regelmäßig mit Absage- oder gar Entlassungsforderungen konfrontiert werden, ist es hilfreich, den rechtlichen Handlungsrahmen sowie die rechtlichen Verpflichtungen ihres Amtes zu kennen. Zudem konnte die Tagung Kommunikationsstrategien vermitteln, um Eskalationen zu vermeiden und einen geregelten wissenschaftlichen Diskurs zu ermöglichen.

Wo viele Forschung und Lehre betreiben und Personen mit vielen verschiedenen Meinungen aufeinandertreffen, werden immer wieder Konflikte entstehen. Die Problematik wird Hochschulen daher auch in Zukunft noch beschäftigen, wobei ihnen die Ergebnisse der Tagung und Erfahrungen der Referenten als Anleitung dienen können.

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



## Marie Anselment

### *Ein aktueller Überblick zur Kommentierung des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*

In OdW 2018, 41 f. hat Evelina Will bereits einen Überblick über die Kommentierung zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz, welches 2016 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetz modifiziert worden ist, veröffentlicht.<sup>1</sup>

Die nachfolgende Übersicht ergänzt den von Will veröffentlichten Überblick mit seither neu erschienener und neu aufgelegter Kommentarliteratur zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz.

Marie Anselment ist wissenschaftliche Hilfskraft der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch

<b>Herausgeber</b>	<b>Kommentar</b>	<b>Auflage</b>	<b>Bearbeiter</b>	<b>Umfang</b>
Arnold/Gräfl	Teilzeit- und Befristungsgesetz: Praxiskommentar zum TzBfG und zu angrenzenden Vorschriften	5. Auflage (2021)	Rambach	S. 737-819
Ascheid/Preis/ Schmidt/Linck	Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendi- gung von Arbeits- verhältnissen	6. Auflage (2021)	Schmidt	S. 2659-2708
Boecken/Joussen	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz Handkommentar	6. Auflage (2019)	Joussen	S.577-605

<sup>1</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom 11.03.2016, BGBl I, 422.

Dornbusch/ Krumbiegel/Lö- wisch	AR-Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht	10. Auflage (2021)	Löwisch	S.2923-2935
Bader et Al.	KR- Gemein- schaftskommentar zum Kündigung- schutzgesetz und zu sonstigen kün- digungsschutz- rechtlichen Vor- schriften	11. Auflage (2016)	Treber	S. 3011-3078
Groeger	Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst	3. Auflage 2020, Juris Online	Groeger	Rn. 22.138-22.164
Henssler/Willem- sen/Kalb	Arbeitsrecht Kommentar	9. Auflage (2020)	Rennpferdt	S. 3240-3241
Joussen	Nomos Bun- desrecht Er- läuterungen Wissenschaftszeit- vertragsgesetz	2. Online Auflage (2018), beck- online	Joussen	
Däubler/Deinert/ Zwanziger	KSchR Kündi- gungsschutzrecht	11. Auflage (2020)	Däubler	S. 2039-2102
Moll	Münchener An- waltshandbuch Arbeitsrecht	5. Auflage 2021, beck-online	Plum	§ 41 Rn. 177-194

Müller-Glöge/ Preis/Schmidt	Erfurter Kom- mentar zum Ar- beitsrecht	21. Auflage 2021	Müller-Glöge	S.3054-3078
Oetker/Preis/ Rolf	Staudinger BGB Buch 2, §§ 620- 630 Beendigung von Dienstver- hältnissen	Neubearbeitung 2019	Preis	S. 294-301
Preis/Ulber	WissZeitVG- Wissenschaftszeit- vertragsgesetz	2. Auflage (2017)	Preis/Ulber	S.1-278
Schaub	Arbeitsrechts- Handbuch	18. Auflage (2019)	Koch	S.326-330
Sievers	TzBfG- Kommen- tar zum Teilzeit- und Befristungs- gesetz	6. Auflage, 2018	Sievers	S. 621-653
Tschöpe	Arbeitsrecht Handbuch	12. Auflage (2021), Juris On- line	Sasse	Rn. 200-215



# Helmut Engler

## *Die Scheu vor Individualentscheidungen*<sup>1</sup>

Daneben gibt es aber auch eine Schwäche, die weit verbreitet ist und eine bestimmte Art von Bürokratie im tadelnswerten Sinne geradezu kennzeichnet: Mancher Beamte hat eine große Scheu vor Individualentscheidungen, die ihn die volle Last der Verantwortung spüren lassen, ihm wohl auch zusätzliche Arbeit machen und ihn insbesondere nötigen, eine spezielle Begründung zu geben, also beispielsweise zu sagen, warum er den Bau eines Hauses mit Flachdach in einer bestimmten Lage ablehnt, obwohl er den Bau eines gleichen Hauses in einem benachbarten Quartier genehmigt hat. Sicher ist es einfacher, Richtlinien zu erlassen und dann nur noch alle vorkommenden Einzelfälle darunter zu „subsumieren“. Die Entscheidungen, die so zustandekommen, sind aber in ihrer Gesamtheit sehr wahrscheinlich schlechter als ein entsprechendes Bündel von Individualentscheidungen.

Ich weiß, daß ich damit eines der Kernprobleme des heutigen Verwaltungshandelns berühre. Ich will und kann in diesen Betrachtungen keinen Beitrag zur Lösung des uralten Konflikts zwischen den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit im Einzelfall leisten. Fälle, die in den wesentlichen, d. h. in den für die anzuwendende Regelung relevanten Merkmalen gleich sind, müssen gleich und dürfen nicht nach Willkür entschieden werden. Welche Merkmale relevant sind, läßt sich nicht immer eindeutig aus dem Gesetz ablesen. Eine Individualentscheidung darf aber nicht voreilig mit der

Begründung abgelehnt werden, daß bestimmte formale Kriterien gegeben sind und die maßgebenden Rechtsnormen auf die Gründe, die der Antragsteller ins Treffen führt, nicht ausdrücklich abstellen. Oder, um es anders, vielleicht ein wenig grob auszudrücken: Eine sachgerechte Lösung darf nicht aus Bequemlichkeit, aus Scheu vor der Verantwortung, aus Furcht vor dem für die Behörde ungünstigen Ausgang einer gerichtlichen Nachprüfung abgelehnt werden, wenn der zur Entscheidung berufene Beamte diese Lösung „eigentlich“ für richtig hält und nicht feststeht, daß sich der Gesetzgeber für eine bestimmte andere Lösung entschieden und dabei in Kauf genommen hat, daß ein Teil der betroffenen Fälle so nicht am besten gelöst werden kann. Ein Beamter, auch ein Ministerium, sollte sein Ermessen nicht weiter binden, als es das Gesetz vorsieht, sofern nicht gewichtige Gründe dies gebieten. Den Mut zur Differenzierung, zur Unterscheidung halte ich für ein vortreffliches Mittel zur Bekämpfung der Bürokratie.

Helmut Engler (1926-2015) war Professor für Bürgerliches Recht an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät und wurde 1978 der erste Wissenschaftsminister in Baden-Württemberg.

1 *Helmut Engler, Vertrauen und Verantwortung*, hrsg vom Ministerium für Wissenschaft und Kunst Baden-Württemberg, 1980, S. 15 f



