

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2022

Manfred Löwisch zum 85. Geburtstag

Aufsätze

Joachim Goebel Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Governance nichtstaatlicher Hochschulen – zugleich ein Beitrag zur Privathochschulfreiheit und zur Reichweite objektiv-rechtlicher Schutzpflichten im einschlägigen Hochschulorganisationsrecht – **75-103**

Daniel Becker Die Wissenschaftsprivilegierung in der DSGVO **103-114**

Simon Pschorr Die Wechselwirkung von § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG – Zur Betreuungsverlängerung und Anrechenbarkeit von Unterbrechungszeiten bei Drittmittelbefristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG **115-120**

Urteilsbesprechungen

Frank Wertheimer Weiterbeschäftigungsanspruch nach negativer Tenure-Evaluierung? VG München v. 16.9.2021 – M 3 E 21.4116 versus BayVGH v. 25.10.2021 – 7 CE 21.2503 **121-128**

Tobias Mandler und Katharina Schindler Berücksichtigung vergangener Befristungen gem. WissZeitVG bei der Rechtsmissbrauchskontrolle einer Befristung gem. TzBfG? – Anmerkung zum Arbeitsgericht Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 **129-134**

Bericht

Christoph Pinsdorf Haben gemeinsame Berufungen Zukunft?
Bericht über die Tagung des Vereins zur
Förderung des deutschen und internationalen
Wissenschaftsrechts e.V. am 11. und 12. De-
zember 2021 **135-142**

Buchbesprechung

Matthias Bode Carsten Morgenroth, Hochschulstudienrecht
und Hochschulprüfungsrecht, Nomos, 3. Auf-
lage 2021, 228 Seiten, ISBN 978-3-8487-7036-6
143-144

Ausgegraben

Ausgegraben Zensurvorschriften im Vormärz **145-146**

Manfred Löwisch zum 85. Geburtstag

Am 8. März 2022 wurde *Manfred Löwisch* 85 Jahre alt. Die letzten 53 Jahre verbrachte er in Freiburg, nicht nur als Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht, auch als Prorektor und Rektor der Freiburger Universität sowie als stellvertretender Vorsitzender des Universitätsrates. Seit seiner Emeritierung leitet er an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät die Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Es ist wohl einmalig, dass ein Emeritus fast 10 Jahre nach seiner Emeritierung die modernen Herausforderungen aufgreift und eine Internet-Zeitschrift mit open access gründet. Würden jüngere Kollegen selbiges, wohlgehemmt ohne äußere Unterstützung, unternehmen, wäre die open-access-Problematik ein Stück weit gelöst. Manfred Löwisch war und ist der spiritus rector unserer „Ordnung der Wissenschaft“. Deren Orientierung ist seine Handschrift: Ihr wissenschaftliches Profil folgt der „Freiburger Tradition des Ordnungsdenkens“, eine Aufforderung, regulierende Prinzipien bei einer Wissenschaftsrechtsdogmatik und –politik im Geist der Freiheit mitzudenken. Dementsprechend ist der thematische Zugriff der „Ordnung der Wissenschaft“ weit gespannt. Sie ist keine schwerpunktmäßig Dogmatik-Zeitschrift, sondern ein Publikationsmedium, welches großen Wert auf aktuellen Praxisbezug legt und neben wissenschaftspolitischen auch ethische, historische und publizistische

Fragen mit einbezieht. Eine beträchtliche Zahl der Beiträge stammt aus der Feder von Manfred Löwisch, zuletzt etwa zur steuerlichen Gemeinnützigkeit von Konfuzius-Instituten, der viel Zustimmung erfahren hat. Seinen Blick auf die Praxis schöpft der Jubilar auch aus seiner fortwährenden anwaltlichen Tätigkeit als Of Counsel einer in der Freiburger Region verorteten Anwaltskanzlei, die neben einem arbeitsrechtlichen auch einen hochschulrechtlichen Schwerpunkt aufweist. Oft sind seine Beiträge mitverfasst von Mitarbeitern der Forschungsstelle, die im Dialog mit ihm, meist am Vormittag in der Forschungsstelle, die Texte diskutieren, ein Arbeitsstil, den ich 1970 als Hilfskraft an seinem Lehrstuhl kennen und schätzen lernte.

Ein herzliches und langwährendes ad multos annos wünscht auch im Namen des Freiburger Herausgeber- und Redaktionsteams

Thomas Würtenberger

Joachim Goebel
*Verfassungsrechtliche Anforderungen
an die Governance nichtstaatlicher Hochschulen
– zugleich ein Beitrag zur Privathochschulfreiheit
und zur Reichweite objektiv-rechtlicher Schutzpflichten
im einschlägigen Hochschulorganisationsrecht –*

Übersicht

I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung

1. Die institutionellen Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat: Hochschulorganisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich

2. Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz

II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit

1. Einige Begriffsklärungen

2. Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit

a. Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

b. Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

3. Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen

a. Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge

b. Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns

c. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?

d. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?

4. Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers

III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?

1. Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?

a. Abwehrrecht gegenüber dem Staat – auch gegenüber dem Träger?

b. Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume

c. Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?

2. Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen

a. Streitstand

b. Fehlende Ermittlung der Gefährdungslage und fehlende Bestimmung des hinnehmbaren Maßes einer Gefahr

c. Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?

d. Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?

e. Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts

f. Fazit zum Gefährdungskonzept

3. Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns

a. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?

b. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?

4. Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?

5. Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz

IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme

1. Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns

2. Epistemische Organisationsanforderungen

a. Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition

b. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation

3. Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe

4. Organisationsprinzipien im nichtstaatlichen Bereich: Epistemische Adäquanz – epistemische Relevanz – Selbstbezüglichkeit

V. Zusammenfassung

Nachdem¹ es längere Zeit relativ still war um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Governance nichtstaatlicher Hochschulen², hat sich dies seit einiger

1 Der Beitrag beruht in seinem Kern auf einem Vortrag des Verfassers auf einer Tagung des Wissenschaftsrates zum Thema „Governance im privaten Hochschulsektor – Akademische Selbstverwaltung als Merkmal der Hochschulformigkeit?“ am 17. November 2021.

2 Unter dem Begriff nichtstaatliche Hochschule werden hier und im Folgenden all jene Bildungseinrichtungen verstanden, die zum einen als Hochschule staatlich anerkannt und zum anderen nicht staatlich und auch nicht vom Staat – auch nicht mittelbar über Stiftungen – als Einrichtungen mittelbarer Staatsverwaltung getragen sind. Damit rechnen auch kirchliche Hochschulen und die Bundeshochschulen (die beiden Bundeswehrhochschulen und die

Hochschulen des Bundes für die Bundesverwaltung) zum Bereich nichtstaatlicher Hochschulen, nicht hingegen die Hochschulen für den öffentlichen Dienst einschließlich der Deutschen Hochschule der Polizei, da diese jeweils durch Landeserrichtungsgesetze errichtet worden sind. Bei Gründungen aus dem Ausland bleiben Fragen der europarechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten im Folgenden ebenso außer Betracht, wie die Frage der Grundrechtsgeltung für ausländische Personen. Siehe zur Begrifflichkeit ansonsten nur *Steinkemper, Ursula*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 18 ff.

Zeit geändert. Ausgangspunkt der hochschulpolitischen Diskussion ist eine Novellierung des nordrhein-westfälischen Hochschulgesetzes im Jahre 2019. Nichtstaatliche Hochschulen müssen künftig in Nordrhein-Westfalen nicht mehr gewährleisten, dass ihre Mitglieder an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung der für staatlich getragene Hochschulen³ geltenden Grundsätze mitwirken können; erforderlich ist nur noch, dass dies bei der Gestaltung des Studiums der Fall ist.⁴ In der Gesetzesbegründung wurde bemerkenswert klar ausgeführt, alles Anderes sei im Lichte der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers nicht darstellbar. Obgleich das Land nur zu der jahrzehntelang geltenden Rechtslage des gleichsam gemeindeutschen Hochschulrechts zurückkehrte⁵, hat diese Novellierung bundesweit in der Szene eine gewisse Aufmerksamkeit erlangt.

Denn häufig wird aus einer Schutzpflicht aus Art. 5 Abs. 3 GG objektiv-rechtlich abgeleitet, die Governance im nichtstaatlichen Bereich sei sinngemäß zum staatlichen Bereich zu regeln. Eine tiefer gehende Begründung für diese Annahme fehlt indes zumeist. Umgekehrt wird häufig eine sog. Privathochschulfreiheit angenommen, ohne dass immer klar wird, ob sich diese auf die Hochschule oder ihren Träger bezieht. Wenn sie auf den Träger bezogen wird, wird die Trägerfreiheit dann gleichwohl – bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur⁶ – bei der Frage nach der Schutzpflicht wieder ausgeblendet. Vor diesem Hintergrund soll im folgenden Beitrag beleuchtet werden, was es mit der Wissenschaftsfreiheit des Trägers auf sich hat und ob und inwiefern dem Verfassungsrecht Maximen zur Ausgestaltung der Governance⁷ der nichtstaatlichen Hochschule entnommen werden können.

I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung

1. Die institutionelle Akkreditierung durch den Wissenschaftsrat: Hochschulorganisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich

Für die Erteilung der staatlichen Anerkennung ist in Nordrhein-Westfalen mithin die Frage negativ beantwortet worden, ob die Strukturen der Governance nichtstaatlicher Hochschulen jenen im staatlichen Bereich *in Gänze* und damit *unabhängig* von der Frage sinngemäß entsprechen müssen, ob die Sicherung hochschulischer Qualität eine derartige umfängliche Sinngemäßheit erfordert. Anderes gilt in den Verfahren der institutionellen Akkreditierung und Reakkreditierung, die vom Wissenschaftsrat betrieben werden. Der Wissenschaftsrat legt seiner Prüfung einen Leitfaden als Maßstab zugrunde.⁸ Danach soll Ziel der Akkreditierungsverfahren die „umfassende Überprüfung der Hochschulformigkeit“ der Bildungseinrichtung sein.⁹ Der Grundsatz ist: Ohne Hochschulformigkeit keine Akkreditierung. Voraussetzung für die Annahme einer Hochschulformigkeit ist, dass erstens die professoral Beschäftigten mit Blick auf ihre verfassungsrechtlichen Rechte weisungsfrei in Lehre und Forschung handeln dürfen, dass zweitens Leitung und Organisation der Hochschule diese Wissenschaftsfreiheit unter Beteiligung der Hochschulmitglieder sicherstellen – also bei professoral Beschäftigten über eine strukturelle Mehrheit im zentralen Selbstverwaltungsorgan der Hochschule –, dass drittens der Träger dies respektiere und dass viertens schließlich sich all dies in einer wissenschaftsadäquaten Organisations-

3 Im Weiteren werden die Begriffe „staatliche Hochschule“ und „staatlich getragene Hochschule“ weitgehend synonym und primär nach Kriterien sprachlicher Ästhetik verwendet, da diese Unterscheidung für die Zwecke der hiesigen Untersuchung unerheblich ist.

4 Gesetz vom 12. Juli 2019 (GV. NRW. S. 425, ber. S. 593), in Kraft getreten am 1. Oktober 2019.

5 Im Zeitpunkt der Gesetzesnovelle im Jahre 2019 bestand in den Ländern Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen der seitdem auch wieder in Nordrhein-Westfalen geltende Rechtszustand. Das Erfordernis einer sinngemäßen Mitwirkung an der akademischen Selbstverwaltung war erst im Jahre 2014 in das nordrhein-westfälische Hochschulgesetz eingeführt worden.

6 Etwa bei *Würtenberger, Thomas*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leistungsebene?, in: *OdW* 2019, 15, 22 ff.; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3

GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 243.

7 Soweit in diesem Beitrag der Begriff der Governance einer Hochschule verwendet wird, soll damit nicht etwa Anklang an Neuerungen der Verwaltungsrechtswissenschaft genommen, sondern der hergebrachte, etwas aus der Mode gekommene Begriff der „Hochschulverfassung“ mit einem vermeintlich „moderner“, aber mittlerweile geläufigen Synonym belegt werden. Es geht also um die „ewigen Fragen“ nach den Organen und Gremien der Hochschule sowie deren Zuschnitt, Aufgaben und Befugnisse.

8 Der derzeit gültige Leitfaden stammt aus Januar 2015, siehe „Leitfaden der Institutionellen Akkreditierung nichtstaatlicher Hochschulen“, *Wissenschaftsrat* Drs. 4395-15.

9 Dazu und zum Folgenden *Wissenschaftsrat* Drs. 4395-15, S. 6, 10 f., 15 (dort das Zitat), 25, 29 ff.. Zu den Hintergründen und der Einbettung in die Diskussionslinien des Wissenschaftsrates siehe *Behrenbeck, Sabine*, „Wat is'n Dampfmaschin?“, Oder: Wie der Wissenschaftsrat eine Hochschule definiert, in: *Das Hochschulwesen* 2018, S. 82 ff. (Teil I), 127 ff. (Teil II).

struktur widerspiegeln. Auch die Bestellung und Abberufung der mit akademischen Angelegenheiten betrauten Mitglieder der Hochschulleitung und Leitungsämter nachgeordneter Funktionsebenen müssten unter maßgeblicher Mitwirkung des einschlägigen Selbstverwaltungsorgans der Hochschule erfolgen.

Der Leitfaden hält den Träger der nichtstaatlichen Hochschule daher dazu an, *in Gänze* eine dem staatlichen Bereich sinnngemäße Hochschulorganisation zu implementieren, widrigenfalls die institutionelle Akkreditierung versagt werden wird. Die verfassungsrechtlichen Prämissen sind dabei:

(1) Die akademischen Belange situieren ausschließlich in der Hochschule und nicht zugleich auch beim Träger der Hochschule.

(2) Die in der nichtstaatlichen Hochschule tätigen Professorinnen und Professoren können sich sowohl gegenüber dem Träger als auch gegenüber dem Betreiber der Hochschule auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen.

(3) Es gibt so etwas wie akademische Freiheitsrechte innerhalb der Hochschule, die zudem hochschulintern durch eine wissenschaftsadäquate Organisation über sachgerechte Mitbestimmungsbefugnisse der rechttragenden Personen gesichert sein müssen, insbesondere durch eine strukturelle professorale Mehrheit in dem zentralen Selbstverwaltungsgremium der Hochschule.

Die Anforderungen des Leitfadens lesen sich wie eine Übernahme der leitenden Prinzipien der Rechtsprechung des BVerfG zur Organisation staatlicher Hochschulen, also der Prinzipien organisatorischer Wissenschaftsadäquanz und der Vermeidung einer strukturellen Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit. Nach dieser Rechtsprechung ist der Staat gehalten, durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Funktionsfähigkeit der Institutionen eines freien Wissenschaftsbetriebs zu sichern und den wissenschaftlich Tätigen die Teilhabe an diesem Betrieb zu ermöglichen. Es gelte zur Vermeidung wissenschaftsinadäquater Entscheidungen ein organisatorisches Gesamtgefüge zu implementieren, in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so austariert sind, dass eine strukturelle Gefährdung für die Freiheit von Forschung und Lehre

vermieden wird.¹⁰ In einer Gesamtschau auf das organisatorische Gesamtgefüge müsse festgestellt werden, ob den wissenschaftlich Tätigen im Lichte ihrer fachlichen Kompetenz ein hinreichendes Maß an Mitwirkung bei wissenschaftsrelevanten Fragen eingeräumt wird. Je mehr Kompetenzen dabei der Hochschulleitung zuwachsen, desto stärker müssen die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Kollegialorgane, insbesondere mit Blick auf die Abwahl der Leitung, ausgestaltet sein.¹¹

2. Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz

Das dogmatische Feld, innerhalb dessen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen angesiedelt ist, lässt sich innerhalb eines Kontinuums abstecken. Dessen Anfang wird markiert durch die Position, es gäbe keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich dieser Binnenorganisation – *These der Verneinung*. Dessen Ende wird markiert durch die Position, die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen sei *in Gänze sinnngemäß* zu jener im staatlichen Hochschulbereich zu verfassen – im Weiteren etwas pointiert *These organisatorischer Opulenz* genannt. Nach der vermittelnden Position muss die Organisation nichtstaatlicher Hochschulen zumindest in den akademischen Belangen sinnngemäß zum staatlichen Bereich strukturiert sein – *These der Vermittlung*. Es wird sich zeigen lassen, dass weder in der Verneinung noch in der Opulenz, sondern – wie so häufig – in der Vermittlung der sachgerechte Weg gefunden werden kann, das verfassungsrechtliche Feld im Bereich der Binnenorganisation aufzuzäumen.

Mit dem Wissenschaftsrat¹² soll im Folgenden unter einer Hochschule die faktische, organisatorisch durch ein Mindestmaß an Verfestigung abgrenzbare „Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden“ verstanden werden, unter der Trägereinrichtung dieser Hochschule diejenige Gesellschaft, die als juristische Person für die Hochschule handelt, und unter dem Betreiber einer Hochschule eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, die Anteilseigner der Trägergesellschaft sind. Im Folgenden soll zunächst der Fokus auf den privaten Hochschulträger gelegt werden, der als Dritter innerhalb der durchweg bipolar angelegten Diskussion um den Staat und seine Hochschulen

10 BVerfGE 139, 148, 173 – BTU Cottbus; 136, 338, 363 – MHH; BVerfGE 127, 87, 116 ff. – Hamburgisches Hochschulgesetz.

11 BVerfGE 136, 338 (365).

12 Wissenschaftsrat Drs. 4395-15, S. 29 Fn. 47.

zumeist als wissenschaftsfremd konzipiert und als der Hochschule Externer verabsichtigt wird¹³ (dazu unter II.). Sodann wird die Frage behandelt, ob die Governance nichtstaatlicher Hochschulen entsprechend der These der Opulenz *in Gänze* sinngemäß zum staatlichen Bereich organisiert gehört (dazu unter III.). Nachdem sich ein derartiger Ansatz als nicht überzeugend erweisen wird, wird die Perspektive auf die These der Vermittlung umgeschwenkt und damit auf den Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation. Während deren Erörterung wird sich zeigen, dass die These der Verneinung als unzureichend zurückgewiesen werden kann (dazu IV.). Am Ende wird ein Resümee gezogen (dazu V.).

II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit

Wenn dem Träger der Hochschule beim Gründungsakt und beim Betrieb seiner Hochschule das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG zur Seite stünde, könnte die von ihm erdachte hochschulische Governance zugleich Ausdruck seiner Wissenschaftsfreiheit sein. Es wäre dann schwierig, die auf die Hochschulorganisation bezogenen Trägerinteressen von vornherein als wissenschaftsfremde, externe Interessen der in der Hochschule versammelten Wissenschaftsfreiheit – so diese besteht – gegenüber und sodann in Gänze hintenanzustellen. Beide Wissenschaftsfreiheiten müssten vielmehr verhältnismäßig einander im Wege praktischer Konkordanz zugeordnet werden.

1. Einige Begriffsklärungen

Häufig ist von der „Privathochschulfreiheit“ die Rede. Diese Begrifflichkeit ist unklar. Unstrittig unterfällt es dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, wenn sich wissenschaftlich Tätige ohne einen Dritten zu einer Hochschule zusammenschließen.¹⁴ Unstreitig ist auch eine private, hinreichend abgrenzbare Organisation der wissenschaftlich Forschenden, Lehrenden und Lernenden Trägerin dieses Grundrechts.¹⁵ In diesen beiden Fällen kann völlig zu Recht von der „Privathochschulfreiheit“ gesprochen werden. Umstritten ist hingegen, ob Art. 5 Abs. 3 GG für einen in seiner Person *nicht selbst* forschenden und lehrenden Dritten (Hochschulträger) greift, welcher wissenschaftlich Tätige zum Zwecke der Lehre und Forschung zusammenruft (Hochschulgründung) und dies sodann mehr und mehr verstetigt (Hochschulbetrieb). Die Freiheit des Dritten, die hier in Rede steht, soll im Rahmen dieser Untersuchung als „Privathochschulträgerfreiheit“ bezeichnet werden.

2. Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit

Oftmals wird verneint, dass der Träger einer nichtstaatlichen Hochschule sich hinsichtlich ihrer Gründung und ihres Betriebs auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Der grundrechtliche Schutz des Trägers wird vielmehr in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁶, in einer Analogie zur Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4¹⁷, bei kirchlicher Gründung in Art. 4 Abs. 1, 2 GG mit Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG¹⁸, bei

13 Christoph Möllers hat jüngst zu Recht darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Dogmatik der Wissenschaftsfreiheit zwar nicht nur, aber doch maßgeblich ein staatliches Wissenschaftssystem geschützt wird mit der Folge, dass sich „alle interessanten Rechtsfragen und alle großen Fälle“ primär auf dieses System beziehen, siehe ders., Funktionsgrenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Grimm, Dieter u. a. (Hrsg.) Wissenschaftsfreiheit in Deutschland, 2021, S. 35. Es verwundert daher nicht, dass die Wissenschaftsfreiheit des Trägers bislang noch eher am Rande dogmatischen Interesses liegt.

14 Richtigerweise unterfällt dies zwar dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG, siehe nur Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140 (die Gründung und der Betrieb einer privaten Hochschule als gesellschaftsrechtliche Konstruktion, die der praktischen Organisation grundrechtlicher Freiheitseinfaltung der selbst Lehrenden und Forschenden dient); Penßel, in: von Coelln/Lindner, BeckOK Hochschulrecht Bayern, 23. Lf. 01.11.2021, Vorbem. zu Art. 76-85 BayHSchG Rn. 4, spielt aber für das hiesige Thema ersichtlich keine Rolle.

15 Die nichtstaatliche Hochschule ist gegenüber dem Staat Trägerin

des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit zumindest dann, wenn sie Wissenschaft zu betreiben befähigt ist und ein Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung erreicht hat, siehe nur BVerfGE 141, 143, 164; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 108, 115 f.; Gärditz, Hochschulorganisation, S. 377.

16 Lorenz, Dieter, Privathochschulfreiheit und Bundesrecht, WissR 20 (1987), 22, 33 ff.; ders., Privathochschulen, in: Flämig u. a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 1157, 1163 f.; Karpen, Ulrich, Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität, WissR 23 (1990), 123, 129; Becker, Stefan, Rechtsfragen zu Gründung und Betrieb privater Universitäten, DVBl. 2002, 92, 94. Art. 2 Abs. 1 GG ist auch dann einschlägig, wenn gemeinnütziges Handeln – und damit auch das eines gemeinnützigem Trägers – nicht unter Art. 12 Abs. 1 GG subsumiert wird, so etwa Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Abs. 1 Rn. 41.

17 So Thieme, Werner, Privathochschulen in Deutschland, Göttingen, 1988, S. 19; ablehnend BVerfGE 37, 313, 320.

18 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140 m. w. Nachw. in Fn. 5.

mäzenatisch vorgenommener Investition in Art. 14 Abs. 1 GG¹⁹ oder bei erwerbsorientierter Tätigkeit in dem Berufsgrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG²⁰ verortet. Andere gehen demgegenüber davon aus, dass dem Träger die Privathochschulträgerfreiheit durchaus zur Seite steht.²¹ Gegen diese Freiheit wird im Wesentlichen ein systematisches und ein schutzbereichsrechtliches Argument vorgetragen.²²

a. Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

Während Art. 7 Abs. 4 GG das Recht zur Errichtung privater Schulen eigens gewährleistet, fehlt eine entsprechende Gewährleistung in Art. 5 Abs. 3 GG. Aus diesem Umstand wird vereinzelt im Wege des Umkehrschlusses geschlossen, die Gründung und der Betrieb privater Hochschulen könne nicht der Wissenschaftsfreiheit unterfallen.²³ Ein derartiger Umkehrschluss trägt indes nicht. Schon entstehungsgeschichtlich überzeugt er nicht.²⁴ Implizit setzt das Argument zudem – zu Unrecht – voraus, allein der Staat sei Träger des Hochschulwesens. Denn nur dann kann die Erwartung berechtigt sein, es hätte Anlass bestanden, die Privathochschulfreiheit explizit zu regeln. Art. 7 Abs. 4 GG erklärt sich vielmehr mit Blick auf die im Wissenschaftsbereich nicht gegebene staatsorganisationsrechtliche Regelung des Art. 7 Abs. 1 GG und dem damit für den Schulbereich

gegebenen Bedürfnis nach Klarstellung.²⁵ Der Umkehrschluss ist mithin nicht überzeugend.

b. Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

Schutzbereichlich wird gegen die Privathochschulträgerfreiheit vorgetragen, die „investive Hochschulgründung zu Erwerbszwecken (oder aus Mäzenatentum)“ sei nicht von Art. 5 Abs. 3 GG erfasst, weil die „Absicht, mit fremder Forschung und Lehre Erwerbseinnahmen zu erzielen (oder kulturelles Leben zu fördern), nicht den Tatbestand des wissenschaftlichen Forschens und Lehrens erfüll(e)“; der weitere „Wirkbereich“ der Wissenschaftsfreiheit sei mithin nicht durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.²⁶ Ersichtlich gründet diese Ansicht in der Unterscheidung eines von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Werkbereichs derjenigen Personen, die mit eigenem Erkenntnisinteresse und in eigener Person Lehre und Forschung betreiben, und eines von diesem Grundrecht nicht geschützten Wirkbereichs solcher Personen, die ohne eigene Erkenntnisziele fremde Forschungs- und Lehrtätigkeiten unterstützen oder ermöglichen (wie etwa die Literaturbeschaffung durch das Bibliothekspersonal) oder lediglich instrumentell verwalten (wie etwa die Wissenschaftsverwaltung) oder managen (wie etwa die Hochschulleitung).²⁷ Der Träger ermögliche zwar instrumentell-managerial eine vom Staat distanzierte

19 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140.

20 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 140; Krausnick, Daniel, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 347.

21 Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 132, 243; Wendt, in: von Münch/ Kunig, Grundgesetz Kommentar, 1. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 164; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 488, 532; Thürmer, in: von Coelln/Thürmer (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht Hessen, 20. Aufl., 2020, § 91 vor Rn. 1; Würtenberger, OdW 2019, 15, 16 f.; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 111, 116 f.; Classen, Claus Dieter, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 110 f..

22 Das Argument, es gäbe ein verfassungsrechtliches Monopol des Staates, Hochschulen zu gründen und zu betreiben, wird gegen die Trägerhochschulfreiheit ersichtlich nicht mehr eingewandt, siehe zum fehlenden staatlichen Hochschulmonopol nur Krausnick, Staat und Hochschule, S. 86 ff.. Auf die Tragfähigkeit dieses Arguments wird daher im Weiteren nicht mehr eingegangen.

23 So Max-Emanuel Geis, Universität Erlangen-Nürnberg, mündlich auf der eingangs genannten Tagung des Wissenschaftsrates.

24 Dazu nur Heidtmann, Jürgen, Grundlagen der Privathochschul-

freiheit, 1980, S. 206 ff..

25 So schon Lorenz, WissR 20 (1987), 22, 28 ff.; im Übrigen nur Krausnick, Staat und Hochschule, S. 344 f.; Steinkemper, Privathochschulfreiheit, S. 95 ff..

26 Paradigmatisch für diese Auffassung sei hier nur Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 135, 137 ff., 140 (dort auch die Zitate), angeführt; ähnlich Britz, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 27. Das BVerwG hat zwar obiter erkennen lassen, dass Art. 5 Abs. 3 GG nur den Eigenbereich der Wissenschaft garantiere, ansonsten aber offengelassen, ob der geschützte Bereich abschließend umschrieben sei und möglicherweise auch die Gründung privater Wissenschaftseinrichtungen umfasse, siehe BVerwG, DÖV 1979, 750; DVBl. 1994, 1366.

27 So deutlich Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 137 f.; ders, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 379, 536 ff.. Kritisch gegen die Begrifflichkeit von Werk/Wirkbereich ebenfalls deutlich Trute, Hans-Heinrich, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 146.

freie Lehre und Forschung. Das in der Trägerperson tätige Personal verwirkliche indes keine persönlichen Wissenschaftsfreiheitsrechte mit der Folge, dass die juristische Person des Trägers auch nicht als personales Substrat einer nach Art. 19 Abs. 3 GG abgeleiteten Grundrechtsberechtigung in Betracht käme.²⁸

Andere widerstreiten dieser Engführung wissenschaftsfreiheitsrechtlichen Schutzes auf die unmittelbar erkenntnisleitend Handelnden und unterstellen die Gründung einer nichtstaatlichen Hochschule durch einen ihr externen Träger zumindest dann der Wissenschaftsfreiheit, soweit mit der Gründung ein besonderes wissenschaftliches Konzept verfolgt und damit nicht ausschließlich erwerbswirtschaftlich gehandelt wird.²⁹ Diese Meinung überzeugt. Um dies zu zeigen, soll im Weiteren zunächst der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit analysiert (dazu 3.) und abschließend ein Fazit gezogen werden (dazu 4.).

3. Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen

a. Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge

Wissenschaft als ernsthafte und planmäßiger Versuch, die Wahrheit zu ermitteln³⁰, ist ein intentionales Verhalten und grenzt sich notwendigerweise durch das tätigkeitsbezogene Motiv dieses epistemisch ausgerichteten „Versuchens“ von anderen Handlungsbereichen ab.³¹ Die Motive bzgl. Hochschulgründung und -betrieb sind vielfältig. Wenn der Träger nicht altruistisch aus Mäzenatentum sein Vermögen verzehrend oder kapitalnutzend einsetzen will, muss er sich notgedrungen etwa über den Markt fremdfinanzieren. Er kann zudem das Motiv haben, mit dem Betrieb der Hochschule Gewinn zu erzielen. Die finanzielle Absicherung der Hochschule über eigenes oder fremdfinanziertes Kapital ist mithin

notwendiges Motiv, die Gewinnerzielungsabsicht *fakultatives* Motiv des Hochschulbetriebs. Ebenfalls *notwendiges* Trägermotiv ist auch, in der Hochschule fortlaufend freie Wissenschaft betreiben zu lassen. Denn ohne einen derartigen Betrieb würde die staatliche Anerkennung entweder schon nicht ausgesprochen oder späterhin wieder aufgehoben. Der Hochschulträger selbst muss daher die Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse durch Dritte betreiben und darauf seine Handlung intentional ausrichten. Es gibt also einen Zusammenhang im sozialen Handeln der selbst wissenschaftlich Tätigen und des Trägers, der durch die Motive identifizierbar ist, Wissenschaft selbst zu betreiben und Wissenschaft durch Dritte betreiben zu lassen. Die entscheidende Frage ist mithin, welche Handlungen, die Teil eines derartigen Handlungszusammenhangs sind, unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen.

b. Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns

Wenn der Hochschulträger einen kausalen Beitrag zur Produktion von Wissen ausschließlich in der Bereitstellung eigener oder der Sicherstellung fremder finanzieller Mittel setzt, ohne dass er darüber hinaus das Konzept seiner Hochschule strategisch beplant und seine Hochschule in eine besondere wissenschaftliche Ausrichtung bringen will und hierauf den Mitteleinsatz einzusetzen gedenkt, setzt der Träger keinen anderen Beitrag als ein beliebiger Drittmittelgeber. Dieser kann sich hinsichtlich seiner Mittelhingabe auf die Wissenschaftsfreiheit selbst dann nicht berufen, wenn die Förderung des Betriebens von Wissenschaft für ihn notwendiges Motiv ist wie bspw. bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft.³² Hier wie dort ist dieses Motiv zwar notwendig, gleich-

28 Siehe ebenfalls deutlich Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 138.

29 So Württemberg, OdW 2019, 15, 17; siehe ansonsten ohne diese Beschränkung auf konzeptionelle Planungen die Nachw. oben Fn. 21.

30 So die mittlerweile klassisch gewordene Definition des BVerfG im Hochschulurteil, siehe BVerfGE 35, 79, 113. Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 64, weist angesichts richterlicher Erkenntnis zu Recht auf die Schwierigkeiten eines allein an der Wahrheitsermittlung ansetzenden Wissenschaftsbegriffs hin und stellt auf die „Generierung von Wissen“ ab. In dieser Untersuchung ist bisweilen auch von „Produktion von Wissen“ die Rede.

31 Unbestritten ist der Wissenschaftsbegriff modal und damit tätigkeitsbezogen. Aber als Versuch der Wahrheitsermittlung kann

diese Tätigkeit nur dann aus dem Gesamt der erkennbaren Handlungen eines Menschen als Versuch der Wahrheitsermittlung extrahiert werden, wenn ein subjektives Moment hinzukommt. Hier soll daher keineswegs versucht werden, etwa Auftragsforschung aus den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG herauszunehmen, wenn das praktische Verwertungsinteresse so im Vordergrund steht, dass das wissenschaftliche Erkenntnisinteresse sekundär ist, so aber Gärditz, Klaus Ferdinand, Universitäre Industriekooperation, Informationszugang und Freiheit der Wissenschaft, in: WissR Beih. 25 (2019), 64. Wenn die Methodenwahl und die Erkenntnisoperationen den Regeln des Faches entsprechen, ist die Motivlage unerheblich.

32 So zu Recht Gärditz, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 138; ders., in: WissR Beih. 25 (2019), S. 8.

wohl aber nur ein rechtlich unerheblicher Zweck am Rande des Wissenschaftsgeschehens, der bei der weiteren Schutzbereichsanalyse ohne Belang ist.³³

In der sozialen Wirklichkeit wird der Träger indes durchweg mit dem Betrieb seiner Hochschule ein wissenschaftliches Konzept verfolgen und seinen Mitteleinsatz für wissenschaftlich bestimmte Zwecke ausrichten wollen. Nichts Anderes macht indes auch der wissenschaftlich Tätige selbst.³⁴ Er entwickelt ein strategisches Programm seiner Forschungsvorhaben, konzeptioniert neben den Inhalten auch die organisatorische Umräumung seiner akademischen Lehre und beplant den Einsatz der ihm zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel. Bei derartigen strategischen Überlegungen, Konzeptentwicklungen und Finanzplanungen stellt sich nicht die Wahrheitsfrage, mögen diese Tätigkeiten auch unzweifelhaft wissenschaftsrelevant sein. Wird nun die Begrifflichkeit des ernsthaften und planmäßigen Versuchs, die Wahrheit zu ermitteln, eng verstanden und würde mithin „ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen“ keine Wissenschaft betrieben³⁵, würden all diese Tätigkeiten aufgrund ihres mangelnden epistemischen Bezugs nicht dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit unterfallen. Die Planmäßigkeit des Versuchs der Wahrheitsermittlung bezieht sich ja auf diese selbst und damit auf die Methodenfrage³⁶, nicht aber auf von der Metho-

denwahl zu unterscheidenden strategische Fragen.

Offensichtlich überzeugt ein derartig enger Begriff der wissenschaftlichen Tätigkeit nicht, da der Schutzbereich des Grundrechts unangemessen verengt würde und zumindest mittelbar auch der Prozess der Wahrheitsuche selbst beschädigt werden könnte. Dass diese These richtig ist, zeigt sich vor allem, wenn Eingriffsfragen in Rede stehen. Boykottaufrufe bspw. sollen Eingriffe darstellen,³⁷ obwohl sich der Boykott auf das selbst der Wahrheitsfrage nicht verpflichtete kommunikative Handeln Anderer richtet. Ein nicht wahrheitsfähiger Kontext wird dem Schutzbereich ebenfalls dann zugeschlagen, wenn die Organisation der staatlichen Hochschule wissenschaftsinadäquat ist.³⁸ Derartige Organisationsfragen sind keine Wahrheitsfragen; sie sind Freiheitsfragen. Des Weiteren kontextual wird vorgegangen, wenn die Entscheidung der einzelnen forschenden Person über die Verwendung der ihr zugewiesenen sachlichen und personellen Mittel mit Blick auf die Modalitäten des „modernen Wissenschaftsbetriebs“ generell unter den Schutz der Wissenschaftsfreiheit gestellt wird.³⁹ Auch Mittelverwendungs- und die mit ihr verbundenen strategischen Fragen evozieren keine Wahrheitsfragen, sondern werden von Zweckmäßigkeit und instrumenteller Sinnhaftigkeit regiert. Daher werden zu Recht auch kontextuale Flankierungen des Suchens nach Wahrheit vom

33 Anders gesagt: Bei mangelnder Motiverfüllung würde der Drittmittelgeber eben nicht fördern. So betrachtet fördert auch der strategie- und konzeptlose Hochschulträger Wissenschaft nicht, sondern investiert in Wissenschaft bloß so, wie er auch in andere Investments investieren würde, wenn sie gewinnversprechend sind. Für den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist ausschließlich investives Handeln unerheblich.

34 Häufig wird angenommen, hochschulische Wissenschaft sei eher rein von Gewinnstreben. Für das wissenschaftlich auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages tätige Personal – und nur dieses gibt es in der nichtstaatlichen Hochschule – kann dies in dieser Pauschalität indes nicht richtig sein. Hilfreich sind hier die Analyseinstrumente des Privatrechts, namentlich die *causa*-Lehren. Dann wird deutlich, dass arbeitsvertraglich der rechtlich erhebliche Zweck des wissenschaftlich Handelnden nicht etwa dieses Handeln, sondern die Erreichung der Gegenleistung des Arbeitgebers und damit die Vereinnahmung des Gehaltes ist. Es gibt im Nexus des arbeitsrechtlichen Gegenseitigkeitsverhältnisses auch nicht so etwas wie angestaffelte, auf das Betreiben von Wissenschaft gerichtete Zwecke, die das wissenschaftliche Personal als zusätzlicher Zweck im Sinne eines rechtlich geschützten Motivs betreibt. Umgekehrt richtet sich die Leistungserwartung des Arbeitgebers und damit hier des Hochschulträgers auf das Betreiben von Wissenschaft; dies ist dessen rechtlich erheblicher Zweck. Siehe zur Unterscheidung von rechtlich erheblichem Zweck und unerheblichem Motiv einer Leistung nur *Kress, Hugo*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 35 ff.; *Westermann, Harm Peter*, Die *causa* im französischen und deutschen Zivilrecht, 1964; *Ehmann, Horst*, Die Gesamtschuld, 1972; *Kegel*,

Gerhard, Verpflichtung und Verfügung, in: *Festschrift für F. A. Mann*, 1977, 57; *Klinke, Ulrich*, *Causa* und genetisches Synallagma, 1983; *Bremkamp, Till*, *Causa*, Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, 2008, S. 278 ff.. Richtigerweise werden diese Umstände grundrechtlich über die Differenzierung in unterschiedliche Schutzbereiche eingefangen; der Entgelt nexus wird typischerweise nicht in der Wissenschaftsfreiheit, sondern im Berufsgrundrecht abgearbeitet. Gleichwohl wird ebenso richtigerweise bei in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen nicht bestritten, dass ihr Handeln trotz ihres primär erwerbswirtschaftlichen Motivs von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist; der Entgelt nexus affiziert hier nicht den Schutzbereich der wissenschaftlichen Tätigkeit. Beim Hochschulträger ist arbeitsvertraglich der rechtlich relevante Zweck seines Handelns – zudem unabhängig davon niedergelegt im Gesellschaftszweck – indes gerade nicht der Entgelt nexus, sondern das Betreiben(lassen) von Wissenschaft durch den Vertragspartner und damit der Hochschulbetrieb. Beim Träger wird gleichwohl dessen erwerbswirtschaftliches Motiv zum Anlass genommen, ihn als Wissenschaft externen Dritten zu konstruieren, obwohl der von ihm verfolgte rechtlich erhebliche Zweck gerade umgekehrt darin liegt, Wissenschaft betreiben zu lassen.

35 So BAGE 62, 156, 165.

36 Siehe nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 65, 76 ff..

37 So *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 144.

38 So die in Fn. 10 bereits zitierte Rspr. des BVerfG zur Wissenschaftsadäquanz hochschulischer Organisation.

39 So BVerfGE 43, 242, 282.

Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG erfasst – zumindest dann, wenn die wahrheitssuchende Person selber die diesem Kontext zuzurechnenden Tätigkeiten vornimmt.

c. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?

Nun ist die Hochschule als Organisation mehr als die Summe ihrer Mitglieder. Hochschulen bilden durch die Formen kollektiver Willensbildung und managerialer Entscheidung Foren aus, in denen durch die Transformationsleistungen der Organisation die Kompatibilität divergierender Interessen hergestellt, abweichendes Verhalten über binnenadministrative Verständigungsprozesse umstrukturiert und insofern abnehmbar gemacht und sodann die verbindliche Entscheidung innerhalb eines Konzerts divergierender Positionen koordinierend ermöglicht wird. Obgleich etwa die Ausarbeitung des und der Beschluss über den Hochschulentwicklungsplan eindeutig nicht der Wahrheitsfrage unterliegt und aufgrund der vorgenannten Leistungen der Organisation auch nicht als Ergebnis einer kollektiven Willensbildung aller wissenschaftlich Tätigen begriffen werden kann, unterfällt er im staatlichen Hochschulbereich dem staatsgerichteten Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG ebenso wie die anderen strategisch-planenden Tätigkeiten der Hochschulleitung.⁴⁰ Die Hochschulleitung handelt hier zwar nicht aus eigenem Recht, sondern in Wahrnehmung einer wissenschaftsgegründeten Selbstverwaltungsaufgabe.⁴¹ Das ändert aber nichts daran, dass gegenüber dem Staat die Ausformulierung der Strategie und der Planung nach Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützt sein muss.

Das kann verallgemeinert werden: Der Mehrwert organisationalen Handelns, der in der Organisation zur Sicherung der Freiheitsverwirklichung ihrer Mitglieder verwirklicht wird, ist zwar mangels epistemischer Funk-

tion kein Teil von Wissenschaft.⁴² Dieser Mehrwert bedarf aber gleichwohl als Kontext von Wissenschaft des Schutzes der Wissenschaftsfreiheit, da ansonsten eine untragbare Schutzlücke entstanden und der Freiheitschutz der Hochschule am unterkomplexen Leitbild der Gelehrtenrepublik organisiert wäre. Es handelt sich hier nicht einfach um „Wissenschaftsmanagement“, sondern um den Schutz der Kontexte komplex organisierter Wissenschaft, welche sich selbst als arbeitsteilig und vernetzt ausdifferenziert und daher dem Problem ausgeliefert hat, dass diese Arbeitsteilung und Vernetzung im Niveau des grundrechtlichen Schutzes angemessen abgebildet gehört.⁴³ In die Figur des Wissenschaftsmanagements muss daher die Unterscheidung Wissenschaft/Nichtwissenschaft selbst wiedereingeführt werden. Eine Handlung kann daher zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems auch dann unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen, wenn sie aufgrund mangelnder epistemischer Funktion selbst keine Wissenschaft ist, sondern häufig als Wissenschaftsmanagement begriffen wird.⁴⁴ Allfällige staatliche Ingerenzrechte werden dann erst auf der Ebene des Eingriffs zu verhandeln sein.

d. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?

Bei einer nichtstaatlichen Hochschule erfolgt die Hochschulentwicklungsplanung und die Verteilung der sächlichen und persönlichen Mittel durchweg durch den Hochschulträger. Dieser nimmt funktional mithin jene Stelle ein, die strategisch-planerisch bei staatlichen Hochschulen zumeist das Rektorat besetzt. Wenn indes die strategisch-planerischen Aufgaben des Rektorates staatlich getragener Hochschulen unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fallen, kann nichts Anderes gelten für den funktional äquivalent handelnden

40 Als Ausprägung der auf die Organisation der Hochschule bezogenen objektiv-rechtlichen Dimension der Wissenschaftsfreiheit siehe nur *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 27.

41 *Gärditz*, Hochschulorganisation S. 539 f.; *Geis, Max-Emmanuel*, Universitäten im Wettbewerb, in: VVDStRL 69 (2010), 364, 398 f.

42 Hochschulorgane sind „selbst nicht unmittelbar Akteure des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses“, so *Gärditz*, Hochschulorganisation, 451.

43 Für eine Hineinnahme der Forschungs- und Lehrplanung in den

staatsgerichteten Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 bspw. *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 528; *Trute*, Forschung, S. 299.

44 In Rede steht hier Art. 5 Abs. 3 GG gegenüber dem Staat. Hochschulintern kann sich das Rektorat gegenüber den Hochschulmitgliedern selbstverständlich als bloßer Sachwalter der Selbstverwaltungsinteressen nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen. Seine planerischen Befugnisse müssen sich vielmehr in das Konzert organisatorischer Wissenschaftsadäquanz einreihen.

Hochschulträger, mag diese Funktion nun auch nicht mehr einem Hochschulorgan, sondern einer der Hochschule externen juristischen Person des privaten Rechts zugeordnet sein.⁴⁵

Denn die oben dargelegte, durch das Motiv des Trägers gestiftete Verkettung von Handlungen gebiert einen in sich geschlossenen, formal nur auf verschiedene Einheiten verteilten, ansonsten aber unveränderten *Handlungszusammenhang in der Organisation der Produktion von Wissen*. Wenn diese nur formal anders ausgestaltete Verteilung auch in der materiellen Wertung dazu führen würde, dass sie auf die Zuteilung grundrechtlichen Schutzes durchschlägt, wäre der identische Lebenssachverhalt – nämlich die Organisation von Lehre und Forschen innerhalb eines arbeitsteilig arbeitenden und in sich vernetzten Handlungszusammenhangs – in seiner strategischen und planerischen Funktion je nach privater oder staatlicher Trägerschaft unterschiedlich stark geschützt. Das wäre nur dann hinnehmbar, wenn der vorgenannte materielle Handlungszusammenhang aufgrund der formalen Trennung durchgetrennt wäre. Vier Argumente könnten dazu vorgetragen werden; keines ist durchschlagend:

Erstes Gegenargument: Die Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Interessen durch den Hochschulträger lasse die Notwendigkeit wissenschaftsfreiheitsrechtlichen Schutzes entfallen. Nun würde eine erwerbswirtschaftliche Interessenverfolgung in der Person des selbst Lehrenden und Forschenden nichts trennen.⁴⁶ Wieso dies aber bei dem vorgenannten Handlungszusammenhang anders sein soll, bliebe unerfindlich. Bei Lichte betrachtet besagt dieses Argument nur, dass eine erwerbswirtschaftliche Interessenverfolgung nicht unter Art. 5 Abs. 3 GG subsumiert gehört. Es begründet daher nicht, sondern setzt sein Ergebnis als Argument. Bei einem erwerbswirtschaftlich handelnden Träger wird vielmehr nur dann der vorgenannte Handlungszusammenhang

zerstört, wenn er *ausschließlich* erwerbswirtschaftlich handelt und mit dem Betrieb seiner Hochschule keine eigene konzeptionell-strategische Positionierung verfolgt. Doch genau diese Fälle stehen hier gerade nicht in Rede.⁴⁷

Würde umgekehrt dem Träger der Schutz versagt, wäre bei Lichte betrachtet der staatlich getragene Hochschulbereich sogar doppelt geschützt, weil sich aus der staatlichen Trägerschaft in der Leistungsdimension Ansprüche insbesondere hinsichtlich der Finanzierung und Bereitstellung einer geeigneten Wissenschaftsinfrastruktur destillieren lassen⁴⁸, die es im nichtstaatlichen Bereich schon mit Blick auf das nicht abnehmbare Insolvenzrisiko des Trägers in dieser Weise nicht geben kann – was damit dessen grundrechtlichen Schutz über die Wissenschaftsfreiheit gerade im Bereich des Strategisch-Planerischen aufgrund dessen Finanzwirksamkeit umso erforderlicher macht.⁴⁹

Zweites Gegenargument: Bei staatlichen Hochschulen leite sich das strategisch-planerische Handeln des Rektorates zum einen durch Wahl von den Hochschulmitgliedern ab und sei zum anderen durch gefährdungsvermeidende Organisationsnormen flankiert; beides sei bei dem privaten Hochschulträger gerade nicht der Fall. Auch dieses Argument greift nicht. Zwar kann der Hochschulträger offensichtlich keine Zurechnung seines Handelns auf die Hochschulmitglieder qua Repräsentation beanspruchen. Das ist aber unerheblich. Wäre dies anders, würden wissenschaftsrelevante Handlungszusammenhänge in ihrer Gänze nur dann als schützenswert angesehen, wenn sie komplett im Binnenraum der Hochschule angesiedelt wären – dann wäre das Argument aber erkennbar zirkulär. Und wenn es heißt, die strategische Planung gehöre nur dann zum geschützten Kontext der Wissenschaftsfreiheit, wenn sie in einem wissenschaftsadäquat organisierten Umfeld situiert, würde dies voraussetzen, dieses Organisationsgebot

45 *Steinkemper*, Privathochschulfreiheit, S. 111, 116 f., begründet demgegenüber die Privathochschulträgerfreiheit mittels einer „unmittelbaren Verknüpfung“ des Trägerhandelns mit der wissenschaftlichen Tätigkeit, ohne den Begriff der Unmittelbarkeit selbst näher zu entfalten. Auch *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, Lief Mai 1977, Art. 5 Abs. III Rn. 126, subsumiert Verwaltungstätigkeiten dann dem Wissenschaftsgrundrecht, wenn sie „als Wissenschaftsbetrieb unmittelbar der autonomen Ausübung individueller Wissenschaftsfreiheiten dienen“. Als Konzept trägt „Unmittelbarkeit“ indes nicht weit, wenn es nicht entfaltet wird. Bei Lichte betrachtet ist die oben dargestellte Analyse der Motivlagen und der Handlungszusammenhänge einher mit dem Wertungsabgleich grundrechtlich geschützter Handlungen der Modus, mit dem das Konzept der Unmittelbarkeit mit Leben gefüllt werden kann.

46 Fallen erwerbswirtschaftliche und zugleich wissenschaftliche Tätigkeit bei einer Person zusammen, wird das Konkurrenzver-

hältnis zumeist so gelöst, dass entweder Art. 12 Abs. 1 GG für allgemeine, nicht wissenschaftsspezifische Regelungen greift und Art. 5 Abs. 3 GG dann relevant wird, wenn die Produktion von Wissen in Rede steht, so etwa *Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 283. Oder – bei einem Arbeitsverhältnis – wird der Wissenschaftsfreiheit auf der Ebene der Eingriffsrechtfertigung in das Berufsgrundrecht Rechnung getragen, so BVerfGE 85, 360, 381. Auf jeden Fall bleibt die Wissenschaftsfreiheit relevant, obwohl beim wissenschaftlich in der Hochschule Tätigen notwendigerweise immer ein Bündel des Verfolgens wissenschaftlicher und zugleich erwerbswirtschaftlicher Interessen vorliegt, siehe auch oben Fn. 34.

47 Dazu oben II.3.b..

48 Dazu nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259 m. w. Nachw. zur Rspr. des BVerfG, sowie Rn. 261 ff. zu Fragen der Grundausstattung etc..

49 Zur prekären Lage des Trägers siehe auch unten III.2.d..

könne auch im Bereich nichtstaatlicher Hochschulen begründet werden. Dies ist aber nicht der Fall.⁵⁰

Und selbst wenn *ceteris paribus* die nichtstaatliche Hochschule sinngemäß wissenschaftsadäquat organisiert werden müsste, zerbricht dies nicht den o. g. Handlungszusammenhang. Wäre dies anders, könnten die wissenschaftlich in der Hochschule Tätigen über die objektiv-rechtliche Komponente des Grundrechts gleichsam darauf hinwirken, dass einem Dritten, nämlich dem Hochschulträger, das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 versagt wird – das Gebot wissenschaftsadäquater Organisation ist als objektiv-rechtliche Komponente der Wissenschaftsfreiheit ja Derivat staatsgerichteter Individualgrundrechte und steht resubjektiviert den einzelnen wissenschaftlich Tätigen zur Seite.⁵¹ Eine derartige, auf Schutzbereichsversagung eines Dritten gerichtete Grundrechtswirkung wäre aber im Ergebnis nichts anderes als eine über die Schutzbereichsversagung vermittelte unmittelbare Grundrechtswirkung. Die Grundrechte der in der nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätigen greifen aber nicht unmittelbar gegen den Träger.⁵² Um den Handlungszusammenhang zu durchbrechen, müsste das Gebot einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation daher eine selbstzweckhafte objektive Ordnung errichten, die von den Grundrechten der in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen losgelöst ist. Das lässt sich aber nicht begründen.⁵³

Drittes Gegenargument: Im staatlichen Bereich kann sich die Hochschule gegenüber dem Staat bei der rektoratsseitig vorgenommenen strategischen Planung auf Art. 5 Abs. 3 GG, nicht aber das planende Rektorat hochschulintern in gleicher Weise gegenüber den Hochschulmitgliedern berufen, ergo könne das planerisch-strategi-

sche Handeln des Trägers keine Wissenschaftsfreiheit gegenüber der Hochschule begründen. Dies ist kein Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit. Denn das Verhältnis zwischen dem Träger und seiner Hochschule ist von privatrechtlicher Natur, vermittelt über die Anstellungsverträge mit den in den Betrieb eingegliederten Hochschulmitgliedern.⁵⁴ Hier stellen sich keine unmittelbaren Grundrechtsfragen. Ob und inwiefern dem Träger objektiv-rechtliche Aspekte der Wissenschaftsfreiheit entgegengehalten werden können, wird noch zu klären sein,⁵⁵ hat aber mit der Frage nach der wissenschaftsfreiheitlichen Grundrechtsträgerschaft des Hochschulträgers gegenüber dem Staat nichts zu tun und würde auch hier wieder nur verkappte unmittelbare Grundrechtswirkungen erzeugen.

Viertes Gegenargument: Über eine Schutzbereichsverstärkung der Berufsfreiheit wäre ein äquivalenter Schutz hinreichend gewährleistet⁵⁶, ergo sei dieser nicht notwendig. Mag auch bei bloßen Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten deren Hinausnahme aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG und eine vorsichtige Schutzbereichsverstärkung bei dem dann einschlägigen anderweitigen Grundrecht sachgerecht sein, da der zu zahlende Preis ansonsten eine Trivialisierung des kollidierenden Verfassungsrechts wäre.⁵⁷ Derartige Schwierigkeiten gibt es bei der Privathochschulträgerfreiheit indes gerade nicht, so dass es überzeugender ist, hier um der Klarheit in der Schutzbereichsdogmatik willen auf einen Rückgriff auf die Figur der Schutzbereichsverstärkung zu verzichten.⁵⁸ Fazit ist: Gründe, die den vorgenannten materiellen Schutzzusammenhang zerstören könnten, sind nicht ersichtlich.

50 Dazu siehe unten III.2. bis 4..

51 Siehe zum von ihren Mitgliedern abgeleiteten Freiheitsschutz der Hochschule nur *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 172; ders., *Hochschulorganisation*, 329 ff., 331, dort das Zitat; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 124; *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 97 m. w. Nachw. in Fn. 77.

52 Siehe unten III.1.a..

53 Siehe unten III.1.c..

54 Siehe unten III.1.a..

55 Siehe unten IV.

56 Zur Schutzbereichsverstärkung siehe *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 149 ff., 348 ff. (dort speziell für den Bereich privater Hochschulen); *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 69, im Gefolge des Schächt-Urteils des BVerfG, BVerfGE 104, 337, 346.

57 *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 69 f., nennt als Beispiel die baurechtlichen Anforderungen an die Errichtung eines Labors.

58 Zumal dogmatisch auch mit einer intensiveren Verhältnismäßigkeitsprüfung gearbeitet werden könnte, ohne die Schutzbereiche der Grundrechte aufzulösen und zu rekombinieren. Siehe zur Kritik an der Figur der Schutzbereichsverstärkung nur *Dreier*, in: ders., *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Vorbem. vor Art. 1 Rn. 156 ff.; Art. 2 Abs. 1 Rn. 40 f. m. w. Nachw. in Fn. 187; sowie *Augsberg, Ino, Steffen*, *Kombinationsgrundrechte*, AöR 132 (2007), 539, 548 ff., 552 ff., 560 ff., 575 ff. Allg. *Breckwoldt, Maike*, *Grundrechtskombinationen*, 2015, S. 47 ff., 98 ff., die selbst aber versucht, ein eigenständiges dogmatisches Modell grundrechtlicher Kombinatorik zu entwickeln (ebda., insbes. S. 206 ff.), was hier auf sich beruhen muss.

4. Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers

Als Ergebnis kann notiert werden, dass nur um des Preises erheblicher Wertungswidersprüche in der grundrechtlichen Verfasstheit des staatlich organisierten gegenüber dem privat organisierten Hochschulbereich es zugänglich wäre, das auf die Strategie und die Mittelverteilung bezogene Handeln des Hochschulträgers nicht dem Schutz aus Art. 5 Abs. 3 GG zuzuordnen. Sie stehen daher unter dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit.⁵⁹

Strategie ist dabei denkbar weit zu verstehen und erfasst auch Fragen der internen Organisation des hochschulischen Betriebs von Lehre und Forschung. Denn das Erreichen strategischer Ziele und das Ausrichten der Hochschule auf eine bestimmte wissenschaftspolitische Leitidee ist untrennbar verbunden mit den Foren und Formen der hochschulinternen Willensbildung. Die Implementierung der Leitidee gelingt nur dann, wenn innerhalb der Hochschule diese Ziele und Leitidee in der Gremienarbeit kleingearbeitet werden, die daher bezogen auf die Umsetzung der Strategie organisierbar sein muss. Noch klarer wird die Notwendigkeit einer auf die Regelung der Organisation umfassenden Begrifflichkeit von Strategie, wenn die zuvor herausgearbeiteten Handlungszusammenhänge in den Blick kommen. Wenn im Lichte dieser Zusammenhänge der Hochschulträger sich insbesondere der professoral Beschäftigten als Hilfspersonen bedient, um mit ihrer Hilfe unter Beachtung ihres Rechts auf freie Forschung und Lehre⁶⁰ seine wissenschaftlichen Ziele zu erreichen, muss der Träger in der Organisation dieser Zielerreichung geschützt sein. Mit Blick auf diese Handlungszusammenhänge ist die Entfaltung des strategischen Moments durch den Träger Ausdruck seiner Wissenschaftsfreiheit, die eben *generell* all dasjenige umfasst, welches in einem „unmittelbar objektiv-funktionellen Handlungszusammenhang mit Wissenschaft steht und auch subjektiv wissenschaftlichen Zwecken dient“.⁶¹

59 Mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG schlägt es dabei nicht, dass der Träger eine juristische Person des privaten Rechts ist, die ihrerseits in den Formen des Gesellschaftsrechts, also über das Halten gesellschaftsrechtlicher Anteile, durch den Betreiber als natürliche Person oder als eine juristische Person des privaten Rechts getragen wird. Letztlich verbergen sich in derartigen Staffellungen organisationsrechtlicher Zurechnung nur Substrate individuellen Handelns der Gesellschafter der Betreibergesellschaft oder des Betreibers als natürliche Person. Diese haben indes – vermittelt über den trügergesellschaftlichen Gesellschaftszweck des Betriebs einer Hochschule – an dem vorgenannten Handlungszusammenhang, Wissenschaft zu betreiben, indem Wissenschaft durch Dritte betrieben wird, ebenfalls teil. Folge ist, dass der Trägergesellschaft selbst dann grundrechtlicher Schutz zu gewähren ist,

III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?

Mit Blick auf die Privathochschulträgerfreiheit des Hochschulträgers könnte dieser mithin versuchen, die Binnenorganisation seiner Hochschule nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Entsprechend der These organisatorischer Opulenz⁶² nimmt die staatsrechtliche Literatur hingegen gegenüber einem derartigen Ansinnen an, dass *sämtliche* Anforderungen des staatlichen Bereichs sinngemäß zur Ausgestaltung ihrer Binnenorganisation herangezogen werden müssen. Die Privathochschulträgerfreiheit wäre mithin deutlich eingeschränkt. Begründet wird dies auf zwei verschiedene Arten. Zum einen werden dem Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtliche Schutzpflichten sowohl im Verhältnis des einzelnen Wissenschaftlers zu seiner Hochschule als auch im Verhältnis der einzelnen Hochschule zu ihrem Träger als Folge einer nicht hinnehmbaren Gefährdungslage der in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen entnommen (dazu 2.). Zum anderen wird eine dem staatlichen Bereich sinngemäße Organisationsstruktur mit dem Gebot folgerichtigen Handelns zu begründen versucht (dazu 3.). Es wird sich zeigen lassen, dass beide Wege nicht zielführend sind. Abgerundet wird das Ganze durch – erfolglose – Versuche, die These organisatorischer Opulenz mittels eines Verweises auf den Gleichheitssatz zu retten (dazu 4.). Zuvor sollen die Beziehungen zwischen den professoral Tätigen und dem Hochschulträger beleuchtet werden. Denn die objektivrechtlichen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit sind herrschender Meinung nach aus den grundrechtlichen Individualgarantien abgeleitet und damit an diese Garantien dienend rückgebunden.⁶³ Es bietet sich daher an, zunächst diese individuellen Grundrechtspositionen auszuloten (dazu 1.).

wenn das telos des Art. 19 Abs. 3 GG nur in einer Unterstützung eines am Individuum orientierten anthropozentrischen Grundrechtsschutzes gesehen werden sollte, der die durch den Verband mediatisierte Freiheitsentfaltung natürlicher Personen schütze. Zu den unterschiedlichen Sichtweisen auf Art. 19 Abs. 3 GG siehe nur *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 95. EL 2021, Art. 19 Abs. 3 Rn. 26 ff.

60 Zu diesen Recht unten III.1.b.

61 *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 68 (dort das Zitat); *Losch, Bernhard*, *Wissenschaftsfreiheit*, *Wissenschaftsschranken*, *Wissenschaftsverantwortung*, 1993, S. 115 ff.

62 Zu dieser These siehe oben I.2..

63 Siehe oben Fn. 51.

1. Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?

a. Abwehrrecht gegenüber dem Staat – auch gegenüber dem Träger?

Unstreitig können sich die an der nichtstaatlichen Hochschule beschäftigten Professorinnen und Professoren gegenüber dem Staat auf das Individualgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit zumindest dann berufen, wenn und soweit sie arbeitsvertraglich einen hinreichenden Freiraum für eigenverantwortliche Entscheidungen in Forschung und Lehre besitzen und daher wissenschaftlich tätig sind.⁶⁴ Im arbeitsrechtlichen Verhältnis der an der nichtstaatlichen Hochschule tätigen Professorinnen und Professoren zum Hochschulträger⁶⁵ gelten die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion hingegen nicht. Das alles ist nicht neu. Grundrechtsadressat auch der Wissenschaftsfreiheit sind die in Art. 1 Abs. 3 GG Genannten. Zu diesen rechnet der Träger der nichtstaatlichen Hochschule nicht, und zwar auch nicht deshalb, weil er als juristische Person des Privatrechts mit Hoheitsgewalt beliehen wäre. Denn richtigerweise begründet die staatliche Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule keine umfassende Beleihung.⁶⁶ Und selbst wenn eine Beleihung im Bereich des Prüfungsgeschehens unterstellt würde⁶⁷, würde sie sich in ihrer Wirkung eben auf diesen Bereich beschränken und das arbeitsvertragliche Rechtsverhältnis zwischen den professoral Beschäftigten und deren Arbeitgeber

ber nicht berühren.⁶⁸ Auch die staatliche Anerkennung der Bildungseinrichtung als Hochschule verändert den Rechtsstatus dieser Hochschule nicht und inkorporiert sie nicht in den staatlichen Bereich als Adressaten staatlicher Pflichten.⁶⁹

Die in einer nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätigen können mithin gegenüber ihrem Träger-Arbeitgeber keinen *grundrechtlich* gesicherten Anspruch auf wissenschaftlichen Freiraum geltend machen.⁷⁰ Es herrscht vielmehr Vertragsfreiheit. Das Eingehen einer arbeitsvertraglichen Bindung beispielsweise im Hinblick auf Gegenstand und Rahmenbedingungen der akademischen Lehre ist damit Ausdruck grundrechtlicher Freiheit der Professorin oder des Professors.⁷¹

b. Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume

Aus diesem grundrechtlichen Befund folgt nun allerdings nicht, dass es einfachrechtlich in das Belieben des Hochschulträger-Arbeitgebers gestellt wäre, seinen professoral Beschäftigten Weisungen beispielsweise hinsichtlich ihrer Forschungsmethoden oder hinsichtlich der Details ihrer Lehrinhalte geben zu dürfen. Denn Wissenschaft setzt Freiheit zumindest in der Methodewahl und der Durchführung der Erkenntnisoperationen den Regeln des Faches entsprechend voraus. Ohne epistemische Offenheit im Gestus des sozialen Handelns, ohne einen hinreichenden Grad an Selbständigkeit und Unabhängigkeit kann dieses Handeln zumindest dann

64 Unstrittig, siehe nur *Steinkemper*, Privathochschulfreiheit, S. 97, 108, jew. m. w. Nachw..

65 Dieses Beschäftigungsverhältnis ist ein Arbeitsvertrag, siehe nur BAG, BeckRS 2000, 30788683, und wird auch nicht deshalb zu einem Dienstvertrag, weil keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich Forschung und Lehre besteht, zur fehlenden Weisungsgebundenheit siehe sogleich. Denn eine Weisungsgebundenheit besteht sehr wohl bspw. hinsichtlich der Sicherstellung des Lehrangebotes, wie dies auch beim professoralen Personal staatlicher Hochschulen der Fall ist, siehe etwa § 27 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 HG NRW. Siehe zum Ganzen allg. nur *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 91 ff.

66 Siehe dazu und zum Folgenden BAG, NZA-RR 2011, 216, 220; Krausnick, Staat und Hochschule, S. 100 f.; *Kübler-Kreß, Alexander*, Die Hochschullehrermehrheit an privaten Hochschulen – Pflicht oder Kür?, in: *OdW* 2019, 111, 112; *Steinkemper*, Privathochschule, S. 124.

67 Für Beleihung im Prüfungswesen je nach Landesrecht auch über den Bereich staatlicher Prüfungen hinaus und zum Teil konzipiert als Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben OVG des Saarlandes, Beschluss vom 18. September 1995 – 1 W 6/95; OVG Münster, Beschluss vom 22. April 2009 – 14 E 336/09; Beschluss vom 29. Mai 2013 – 14 E 401/13; Beschluss vom 26. Oktober 2017 – 14 E 817/17; OVG Hamburg, Beschluss vom 4. Juni 2021 –

3 Bs 130/21; VGH Mannheim, Beschluss vom 15.10.2019 – 9 S 1676/19. Nach § 115 Abs. 6 Satz 1 hessisches Hochschulgesetz findet der Prüfungsbetrieb ausdrücklich auf privatrechtlicher Grundlage statt, woraus der Hessische VGH, Beschluss vom 13. Januar 2016 – 9 E 2338/15, zu Recht folgert, eine Beleihung käme nicht in Betracht.

68 So auch *Krausnick*, Staat und Hochschule, S. 100 f..

69 Deutlich BAG, NZA-RR 2011, 216, 220.

70 Die Rechtslage ist hier daher gleich zu jener bei der Presse, bei der das BVerfG den Journalisten gegenüber dem Verleger nicht die Pressefreiheit zur Seite stellt, da dieser als subjektives Recht keine der Staatsgerichtetheit entsprechende Wirkung im Sinne einer „Dritt-Gerichtetheit“ entnommen werden könne, siehe BVerfGE 66, 116, 135, dort auch das Zitat. Zu Recht können sich auch die Mitarbeitenden des privaten Rundfunkbetreibers gegenüber ihrem Arbeitgeber subjektivrechtlich nicht auf die Rundfunkfreiheit berufen, siehe nur *Bethge*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 111. Davon zu unterscheiden sind naturgemäß die objektiv-rechtlichen Funktionen der Pressefreiheit, dazu nur *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 95. EL 2021, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 353 ff..

71 Siehe nur *Bonner Kommentar-Fehling*, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 55, 138; *Würtenberger*, *OdW* 2019, 15, 21.

keine Wissenschaft sein, wenn im Rechtsverkehr aufgrund der Verleihung des Gütesiegels der Anerkennung die Erwartung geweckt wird, hochschulintern entspreche die Produktion von Wissen in der Person des Tätigen den im staatlichen Bereich vorfindlichen Gegebenheiten – und das sind solche der Freiheit.⁷² Die Landeshochschulgesetze ordnen deshalb als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule durchweg an, dass ihr Lehr- und Forschungsgeschehen epistemisch offen und in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sichergestellt ist.⁷³ Damit ist ein freies Direktionsrecht des Hochschulträger-Arbeitgebers im Bereich hochschulischer Lehre und Forschung unvereinbar. Vielmehr müssen die professoralen Anstellungsverträge Freiheit in Forschung und Lehre garantieren⁷⁴ – und zwar angesichts des vorgenannten Schutzes berechtigten Vertrauens zumindest solange unwiderruflich ausgestaltet, als die betreffende Person professorale Aufgaben in der Hochschule wahrnimmt.⁷⁵

c. Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?

Angesichts dessen könnte versucht werden auszuführen, für die Frage wissenschaftsadäquater Organisation könne es nicht darauf ankommen, ob der Freiraum wissenschaftlicher Betätigung in der Hochschule verfassungsrechtlich, einfachgesetzlich oder einzelvertraglich gewährleistet sei. Relevant sei vielmehr nur, dass es solche Freiräume *wie auch immer rechtlich gesichert* gäbe mit der Folge, dass auch bei nichtstaatlichen Hochschulen eine Wissenschaftsadäquanz ihrer Organisation in Gänze sinngemäß zum staatlichen Bereich von Nöten sei.

Ein derartiges Argument ginge indes fehl. Denn die organisatorischen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit entfalten keine *selbstzweckhafte* objektive Ordnung, die immer schon dann zu errichten ist, wenn in einer Hochschule wissenschaftlich Tätige aus welchen Gründen auch immer insofern frei handeln dürfen. Die objektive Ordnung ist nicht losgelöst von dem Umstand, dass *der Staat* Institutionen freier Wissenschaft bereitstellt und damit seiner Gewährleistungsverantwortung nachkommt.⁷⁶ Sie ist vielmehr Folge der in staatlichen Verantwortungs- und Einflussräumen aufscheinenden spezifischen Gefährdungslagen innerhalb eines staatlich institutionalisierten, staatlich finanzierten und staatlich verantworteten Hochschulgeschehens.⁷⁷ Die organisationsrechtliche Schutzpflichtmatrix ist mithin Reflex der systemischen, weit überwiegend staatlich gestalteten Makroebene, auf der in Deutschland das Hochschulwesen angesiedelt ist. Diese Matrix ist keine Reaktion auf die Mikroebene der *irgendwo* wissenschaftlich frei Tätigen oder auf die Mesoebene *irgendeiner* Hochschule als *irgendwie* strukturierte Organisation. Voraussetzung des Organisationsgebots ist mithin die Staatsgerichtetheit individueller Grundrechte, als deren Derivat die objektiv-rechtlichen Gehalte begriffen werden, und damit die staatliche Trägerschaft der Hochschule. Die nichtstaatliche Hochschule ist indes weder über eine etwaige Beileihung noch über ihre Anerkennung ein Teil mittelbarer Staatsverwaltung geworden.⁷⁸ Dem Hochschulträger kann auch nicht einfach unterstellt werden, er würde unumwunden seine wirtschaftlichen Interessen gegen wissenschaftliche Autonomieräume ausspielen mit der Folge, dass die strukturelle Gefährdungslage hier sogar noch größer wäre als jene im staatlichen Bereich.⁷⁹

72 Britz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 24; Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 55 ff.; ders., in: WissR Beih 25 (2019), S. 31 f.. Aufgrund dieses Anknüpfens an die schutzwürdigen Erwartungen des Rechtsverkehrs muss nicht auf die Frage eingegangen werden, ob und inwiefern eine epistemisch gegründete Tätigkeit, die innerhalb einer hierarchisch angelegten Organisationsstruktur stattfindet, den Begriff „Wissenschaft“ erfüllt. Bejahend für den Fall eigenständiger Erkenntnisoperationen und Methodenwahl etwa Britz, ebda., Rn. 20; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 477. Zumindest im Hochschulbereich ist individuelle Freiheitlichkeit demgegenüber nach wie vor essentiell aufgrund der in den Rechtsverkehr eingeführten Erwartungen.

73 Siehe nur § 72 Abs. 2 Satz 1 Nummer 1 und 2 HG NRW. Soweit dies nicht explizit geregelt sein sollte, folgt dieses Erfordernis dann implizit aus der Anerkennungsvoraussetzung, äquivalent zum staatlichen Bereich Aufgaben in Forschung und Lehre wahrzunehmen.

74 Dazu nur Fehling, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art.

5 Rn. 532; Classen, Wissenschaftsfreiheit, S. 152; ähnlich Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 158.

75 So im Ergebnis auch Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 273; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 497, 532.

76 Zu Letzterer Britz, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 68, 72.

77 Bezeichnend insofern Trute, Forschung, S. 293 f., 296 ff.; Gärditz, Hochschulorganisation, S. 339; ders., WissR Beih. 25 (2019), S. 76 ff.. Das Erfordernis einer wissenschaftsadäquaten Organisation hat das BVerfG im Hochschulurteil auf den „Bereich des mit öffentlichen Mitteln eingerichteten und unterhaltenen Wissenschaftsbetriebs“ und damit explizit auf den Bereich der „Leistungsverwaltung“ bezogen, siehe BVerfGE 35, 79, 115, dort die beiden Zitate. Auf den Umstand, dass sich Art. 5 Abs. 3 GG nur für den Bereich der „staatliche[n] Wissenschaftspflege“ eine organisatorische Aussage entnehmen lässt, weist auch Lorenz, WissR 20 (1987), S. 22, 35, 38, hin.

78 Siehe oben III.1.a.

79 So Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 142.

Es wird noch weiter unten gezeigt werden, dass dieses Argument in Gänze nicht überzeugt.⁸⁰

Würde allein schon die Freiheitlichkeit des wissenschaftlichen Tätigkeitsfeldes ungeachtet seiner staatlichen Einbettung organisatorische Imperative generieren, müssten zudem auch die Forschungsabteilungen großer Unternehmen zumindest dann wissenschaftsadäquat und damit kollegial und selbstverwaltend verfasst sein, wenn der Unternehmensinhaber den Forschenden arbeitsvertraglich oder aufgrund betrieblicher Übung Freiräume eingeräumt haben sollte.⁸¹ Ein derartiges Organisationsgebot wäre nicht nur absurd und würde tendenziell dazu beitragen, dass derartige Freiräume füglich vermieden würden. Es würde auch elementaren Grundsätzen des Gesellschaftsrechts widerstreiten, welches wissenschaftsadäquate Binnenstrukturen praktisch ausschließt.⁸² Das Organisationsgebot würde damit gerade umgekehrt dazu beitragen, dass die Gewährung von Freiheitsräumen in Forschung betreibenden Unternehmen einfachgesetzlich untersagt wäre. Unter der Hand würde eine objektiv-rechtlich motivierte Freiheitsumhegung dann in eine individuelle Freiheitsverhinderung umschlagen, es sei denn, man nimmt insoweit eine Verfassungswidrigkeit des Gesellschaftsrechts an, was aber noch niemand behauptet hat und was auch nicht zu begründen wäre.

2. Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen

Lassen sich der arbeitsvertraglichen Gründung freier Forschung und Lehre mithin keine Hinweise auf die Ausgestaltung der Governance entnehmen, bleibt nur ein Rückgriff auf die tradierten schutzpflichtrechtlichen Konzepte:

a. Streitstand

Des Öfteren wird dem Staat eine Schutzpflicht adressiert, die Freiheit von Forschung und Lehre auch gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Hochschulträgers oder dessen Betreibers zu schützen, weil in nichtstaatlichen Einrichtungen aufgrund der fehlenden Grundrechtsbindung zwischen Privaten die individuelle Wissenschaftsfreiheit strukturell schutzbedürftiger sei als im staatlichen Bereich mit der Folge, dass auch die Binnen-

organisation nichtstaatlicher Hochschulen zumindest anhand der „Beurteilungsmatrix“ des Mindeststandards im staatlichen Bereich auszugestalten sei.⁸³ Das Argument hat die Form eines Dreischritts: (1) Der in der nichtstaatlichen Hochschule wissenschaftlich Tätige ist Träger der Wissenschaftsfreiheit. (2) Im nichtstaatlichen Bereich gibt es zum einen eine Gefährdung dieser Freiheit, die zum anderen nicht hinnehmbar ist. (3) Ergo müsse diese Gefährdung aufgefangen werden durch organisationsrechtliche Sicherungen nicht nur der innerhalb der Hochschule wahrgenommenen epistemischen Funktion, sondern *auch* deren Kontexte. Weder wird indes die Gefährdung begründet noch wird – *ceteris paribus* sei eine Gefährdung vorhanden – dargelegt, dass diese nicht hinnehmbar ist – Einwand gegen Schritt (2). Auch wird in keiner Weise begründet, dass die Rechtsfolge in ihrer Breite (also wissenschaftsadäquate Organisation der epistemischen Funktion *und* deren Kontexte) erforderlich ist – Einwand gegen Schritt (3). Denn:

Das Schutzniveau im bipolaren Verhältnis der zwei gleichgeordneten und mit Wissenschaftsfreiheit ausgestatteten Rechtssubjekte (Hochschulträger auf der einen, wissenschaftlich tätige Person/abgeleitete Hochschule auf der anderen Seite) wird einseitig zu Lasten des Trägers ausgeformt, in dessen Wissenschaftsfreiheit⁸⁴ daher eingegriffen wird. Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt (dazu b.). Zweitens wird das selbst dann nicht anders, wenn auf arrivierte Konzepte „inpersonaler Freiheit“ abgestellt würde (dazu c.). Drittens schließlich aktiviert der Rekurs auf Gefährdungslagen nur ein individualzentriertes Bild der Produktion von Wissen. Das auf Gefahrvermeidung gegründete Schutzmodell kann daher zumindest in einer nichtstaatlichen Hochschule selbst wieder wissenschaftsgefährdend sein (dazu d.). Viertens schließlich zehrt das Gefährdungskonzept von der vermeintlichen Autorität universell vorfindlicher Wissenschaftsstrukturen, obwohl es selbst nur regional angelegt ist. Folge ist, dass die argumentative Architektur des Schutzkonzepts notwendigerweise brüchig wird (dazu e.). Als Ergebnis wird notiert werden können, dass ein gefährdungsgegründetes Schutzpflichtkonzept nicht überzeugt (dazu f.).

80 Siehe unter ad IV.2.

81 Darauf weist auch *Bumke, Christian*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 407, 441.

82 *Gärditz*, Hochschulorganisation, S. 574 f.; ders., in: *WissR Beih.* 25 (2019), S. 89 f., 100; ders., in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 136.

83 Paradigmatisch für eine derartige Argumentation wiederum *Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 135, 142; ansons-

ten siehe auch *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 28; *Kempen*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 49. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 193; *Krausnick*, *Staat und Hochschule*, S. 129 ff.

84 Diejenigen, die die Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers bestreiten, würden hier auf dessen Privatautonomie und damit auf seine Wirtschaftsgrundrechte rekurrieren mit der Folge, dass die Problemanalyse äquivalent bliebe.

b. Fehlende Ermittlung der Gefährdungslage und fehlende Bestimmung des hinnehmbaren Maßes einer Gefahr

An der Schutzpflichtfigur war schon immer problematisch, dass der Maßstab für die Diagnose des Kräfteungleichgewichts und der Gefährdungslage eher im Unklar-Mäandrierenden blieb und bleibt.⁸⁵ Sinnvollerweise markiert die Figur der Schutzpflicht nur eine „äußerste Grenze“⁸⁶, bei deren Überschreiten ein Eingreifen in privatautonome Verhältnisse zulässig ist. Diese Grenze wird vorliegend nicht überschritten. Anders gesagt: Der relevante Einsatzpunkt, an dem das Verfassungsrecht in das Privatrecht vorstoßen kann, wird eher unterstellt, denn ausgelotet. Im Einzelnen:

Dass es Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit geben mag, ist zunächst irrelevant. Denn Gefahrenlagen sind dem Privatrechtsverkehr immanent. Dieser konnte noch nie sinnvoll als ein risikofreier Raum innerhalb einer Begegnungsidylle sich autonom begegnender, faktisch gleichgeordneter und einander in Respekt und Wohlwollen zugewandter Individuen konzeptionell erfasst werden. Dies allein aktiviert noch keine Schutzpflicht. Es muss um der Freiheitlichkeit des Privatrechtsverhältnisses willen mehr hinzukommen. Es kommt auf die Intensität einer nachgewiesenen Freiheitsgefährdung an, welche in ein Verhältnis gesetzt werden muss zu deren Kontexten und zu den Freiheiten, die gefahrbegründend sind und darüber hinaus noch gefährdet werden können. *Ceteris paribus* habe der Träger sich von den einzelnen wissenschaftlich Tätigen arbeitsvertraglich zu sichern lassen, sie würden sich derjenigen Governance unterwerfen, die der Träger in die Hochschule imple-

mentiert sehen möchte.⁸⁷ Diese freiwillige⁸⁸ Unterwerfung ist zunächst nichts anderes als Ausdruck persönlicher Freiheit der wissenschaftlich Tätigen. Die Unterwerfung kann nur dann schutzpflichtrechtlich gegen den Träger gewendet werden, wenn sich dies im Wertungsabgleich mit denjenigen Maßstäben ergibt, die auch sonst für konfligierende individuelle Interessen in Ungleichgewichtslagen entwickelt worden sind. Der Punkt, an dem eine durch freiwillige Unterwerfung möglicherweise geschaffene Gefahr für die Wissenschaftsausübung des sich Unterwerfenden umschlägt in eine nicht hinnehmbare strukturelle Gefährdung derselben, darf sich daher nicht allzu weit von den hergebrachten Fallgestaltungen gestörter Vertragsparität oder struktureller Ungleichgewichtslagen bei Austauschverträgen entfernen. Zwar sind die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Träger und wissenschaftlich Tätigen dauerschuldvertraglich. Hinsichtlich des Wertungsabgleichs bei Ungleichgewichtslagen knüpft die arbeitsrechtliche Dogmatik aber zu Recht an austauschvertragliche Diskussionen an.⁸⁹ Die Dogmatik der Kontrolle von Austauschverträgen eignet sich daher nach wie vor vorzüglich dazu aufzuzeigen, welche *erhebliche* Schwelle überschritten sein muss, damit in Privatautonomie zur Sicherung derselben als Gewährleistung rechtlicher Selbstbestimmung eingegriffen werden darf.⁹⁰ Es geht mithin um die Frage, ob die arbeitsvertragliche Unterwerfung unter die trägerseitige Governance bei formularmäßiger Verwendung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam oder, im Falle einer Individualabrede, nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig⁹¹ ist oder ob – falls eine solche Vertragsklausel fehlt – die auf die Implementierung der Governance bezogene Ausübung des nach Maßgabe billigen Ermessens auszu-

85 Siehe dazu zu jüngeren Entwicklungen nur jüngst *Becker, Florian*, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 2019, 1385, 1390; und die grundlegende Kritik bei *Christensen, Ralph, Fischer-Lescano, Andreas*, Das Ganze des Rechts, Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, 2007, insbes. S. 199 ff., 297 ff.

86 *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 150.

87 Auch die hochschulinterne Bindung der Hochschulmitglieder an die Grundordnung und Ordnungen gilt ja nicht schon aufgrund einer Mitgliedschaft. Denn eine solche liegt gesellschaftsrechtlich mangels eigener Rechtssubjektivität der Hochschule nicht vor. Die Bindung kann nur erzeugt werden über arbeitsrechtliche Instrumente, namentlich über einen Einbezug in den jeweiligen Arbeitsvertrag oder ggfls. durch Einordnung in den Betrieb.

88 Da der wissenschaftliche Freiraum der sich unterwerfenden Person gleichwohl gewahrt bleibt und Gegenstand der Unterwerfung die Bindung an die Governance ist, kann keine Rede davon sein, die Unterwerfung sei nicht freiwillig. Zu den Maßstäben von Unfreiwilligkeit siehe etwa BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 6 C 23/02, BVerwGE 119, 123 (127), und umfassend *Gutmann, Thomas*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München, 2001.

89 Jedenfalls bei arbeitsvertraglichen Individualvereinbarungen wird der Schulterchluss in der Wertung zu den Bürgschaftsfällen und weiteren austauschvertraglichen Gestaltungen (dazu sogleich) gesucht, siehe nur *Thüsing*, in: Westphalen, Graf von/ders., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 47. EL 2021, Arbeitsverträge Rn. 21 ff. Ansonsten ist die Rspr. insbes. des BAG aufgrund der besonderen Gefährdungslagen abhängig Beschäftigter zwar bereit, stärker die materiellen Faktoren der arbeitsvertraglichen Vertragsgerechtigkeit zu modellieren, dazu nur *Spinner, Günter*, in: Säcker, Franz Jürgen u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 5. Band, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 57 ff. Bei professoral Beschäftigten privater Hochschulen, die weisungsfrei lehren und forschen, spielen die einschlägig der Rspr. entnehmbaren Fallgestaltungen indes erkennbar keine Rolle.

90 Dazu nur jüngst aus der Fülle *Wendland, Matthias*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, insbes. S. 374 ff..

91 Siehe zum Ausbau des § 138 Abs. 1 BGB als Einflussfaktor einer Materialisierung des Vertrages nur jüngst *Jakl, Bernhard*, Handlungshoheit, Die normative Struktur der bestehenden Dogmatik und ihrer Materialisierung im deutschen und europäischen Schuldvertragsrecht, 2019, S. 138 ff.

übenden (§ 106 GewO) arbeitgeberlichen Direktionsrechts und die damit verbundene Eingliederung in die Betriebsorganisation beanstandungsfähig ist.⁹²

Bei den einschlägigen Bürgschaftsfällen bspw. musste vieles zusammenkommen, damit das Bürgschaftsgeschäft schutzpflichtrechtlich motiviert sittenwidrig und damit nichtig war.⁹³ Dem störenden Teil – also die bürgschaftsbegehrende Bank – mangelte es an einem relevanten Eigeninteresse an der Kreditsicherung. Das geschäftlich offensichtlich unerfahrene, gleichwohl aus Gründen personaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner bürgende Familienmitglied war absehbar hinreichend vermögens- und einkommenslos mit der Folge, dass es das Kreditrisiko des Hauptschuldners auch nicht annähernd hätte absichern können. Realisierte sich das Bürgschaftsrisiko, wäre der bürgende Teil schlicht und einfach ruiniert. Das ökonomische Interesse der Bank hätte dann in Gänze jene Normen sabotiert, die als Ausdruck familiärer Solidarität und wechselseitiger Opferbereitschaft den Binnenraum der Familie bestimmen. Ein familiärer Funktionenschutz war daher unabdingbar; ins Werk gesetzt über das Sittenwidrigkeitsverdict.⁹⁴ Auch in anderen Fallkonstellationen lassen sich ähnliche Spuren einer existentiellen Dramatik finden, verwiesen sei etwa auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen⁹⁵ oder auf die Problematik des Fehlens eines auch nur annähernden Kräftegleichgewichts bei Handelsvertretungen⁹⁶. Im Wege der Fallgruppenbildung lassen sich als Einsatzpunkte der Schutzpflicht⁹⁷ die ungewöhnliche

wirtschaftliche Belastung bei zugleich Angewiesenheit auf die Leistung, die psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit sowie die situativ sich aus der Art und Weise des Vertragsschlusses folgende Unterlegenheit destillieren⁹⁸ – alles „Fälle exzeptionellen Charakters [...], bei denen eine gravierende Paritätsstörung vorliegt und wo die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit einen besonders hohen Intensitätsgrad erreicht“⁹⁹.

Die Konstellation Träger – Hochschule ist mit den vorgenannten Fallgruppen in ihrer Dramatik auch nicht annähernd vergleichbar. Der Träger mag ein wirtschaftliches Eigeninteresse haben. Er verfolgt aber als Motivbündel notwendigerweise zugleich das Interesse, eine dem staatlichen Bereich in Forschung und Lehre gleichwertige Hochschule vorzuhalten.¹⁰⁰ Er wird mithin schon eigenmotiviert einen Raum freier Forschung und Lehre schützen wollen und müssen. Der Grad eines strukturellen Ungleichgewichts ist mit Blick auf diese handlungsleitenden Motive erkennbar abgesenkt.¹⁰¹ Den in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen, die typischerweise nicht geschäftsunerfahren und geschäftsungewandt sind und zu deren Lasten auch keine Informationsasymmetrie diagnostiziert werden kann,¹⁰² steht als wirksamer Schutzwall gegen Überwältigungstendenzen des Hochschulträgers wiederum ihr individuelles, einfachgesetzlich abgesichertes und arbeitsvertraglich auf Dauer gestelltes Recht auf Freiheit in Forschung und Lehre zur Seite.¹⁰³ Die Akteure haben daher – anders als

92 Nichts würde sich am Kern dieser Konzeptionalisierung ändern, wenn anstelle des Wegs über die Vertragskontrolle der Weg über eine den Gesetzgeber adressierende Schutzpflicht gewählt würde. Von der Konstruktion können keine Wertungen abhängen.

93 Siehe zu den Bürgschaftsfällen die treffliche Darlegung – auch zu den vorausgegangenen Streitigkeiten zwischen dem IX. und dem XI. Zivilsenat des BGH – bei *Christensen, Ralph, Andreas Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, S. 288 ff..

94 Zivilrechtlich ausgearbeitet wurden derartige Gedanken erstmals durch *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption?, in: *KritV* 2000, 388 ff., auf der Grundlage einer systemtheoretisch und rechtssoziologisch informierten Analyse der zivilistischen Imparitätsdogmatik in diesem Bereich der Systemreferenzen Familie und Wirtschaft.

95 Dazu nur *Goebel, Joachim*, In guten, nicht in schlechten Tagen?, Sechs Thesen zur richterlichen Kontrolle von Unterhaltsverträgen, in: *FamRZ* 2003, S. 1513 ff..

96 Grundlegend die Handelsvertreterentscheidung BVerfG 81, 242, 255. Grundlegend aus der Literatur etwa *Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.

97 Ob das BVerfG in den Fällen horizontaler Grundrechtswirkung mit dem Schutzpflichtkonzept arbeitet oder nicht, ist dabei unerheblich, siehe zur Analyse nur jüngst *Kulick*, Horizontalwirkung, S. 105 f..

98 Siehe die Analyse der einzelnen Entscheidungen des BVerfG beginnend mit der Handelsvertreterentscheidung, der Bürg-

schaftsentscheidung und der Unterhaltsverzichtsentscheidung über die Zahnarztthonorarentscheidung, die Überschussbeteiligungsgutsentscheidung und der Rückkaufwertentscheidung bis hin zu weiteren Entscheidungen *Wendland*, Vertragsfreiheit, S. 379 ff., sowie die anschließende Fallgruppenbildung bei dems., ebda., S. 403 ff.; und die Übersicht bei *Schmolke, Ulrich Klaus*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 77 ff..

99 So treffend *Schmolke*, Grenzen, S. 80.

100 Siehe oben II.3.a..

101 Das BVerfG sieht arbeitnehmerseitig durchweg eine Situation „struktureller Unterlegenheit“, siehe BVerfGE 92, 365, 395; 84, 212, 229. Aber eben nur „typischerweise“, siehe BVerfGE 85, 191, 213 – zumal diese Diagnose das BVerfG nicht dazu bewogen hat, jemals in Richtung einer zwingenden gesetzlichen Vertragsanpassung zu judizieren; es hat vielmehr den Schutzauftrag immer an die Judikative zurückgegeben, siehe *Schneider, Angie*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis, 2016, S. 44. Beim professoralen Anstellungsverhältnis stellt sich demgegenüber wohl eher die Frage, ob hier nicht umgekehrt „typischerweise“ ein Verhandlungsgleichgewicht oder sogar eher ein Verhandlungsungleichgewicht zu Lasten des berufungswilligen Arbeitgebers gegeben ist.

102 Siehe zur Bedeutung einer Informationsasymmetrie im Vertragsrecht nur *Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Privatrecht, 2000.

103 Siehe oben III.1.b..

in den meisten Fallgruppen einer zivilistischen Ungleichgewichtslage – eine Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und handeln auch in diesem Schatten.¹⁰⁴ Zudem – so viel sei vorweggenommen¹⁰⁵ – wird sich zeigen lassen, dass auch im nichtstaatlichen Bereich die engeren akademischen Belange schutzpflichtrechtlich nach den Prinzipien von Kollegialität und Selbstverwaltung organisiert gehören, womit sich die Gefährungsdiagnose stark relativiert.

Schließlich und endlich ist es viel zu abstrakt, spezifische Gefährdungslagen für Forschung und Lehre mit Blick auf Wirtschaftsinteressen des Trägers zu begründen. Der Aufbau wissenschaftlicher Reputation ist ein wichtiges Outputsignal, um die Hochschule am Bildungsmarkt überhaupt positionieren zu können.¹⁰⁶ Werden nichtstaatliche Hochschulen nach wissenschaftsbestimmten, portfoliobestimmten, gewinnbestimmten sowie zwischen diesen Bestimmungen gemischten Hochschulen geclustert und sodann danach untersucht, ob und inwiefern die trägerseitige Gewinnorientierung den Eigensinn hochschulischen Handelns untergräbt, kann nicht festgestellt werden, dass dieses Handeln durch das Gewinnstreben des Trägers in eine Schieflage gerät.¹⁰⁷ Zudem werden die Studierenden nichtstaatlicher Hochschulen schon im Lichte ihrer Erwartungen hinsichtlich ihrer Bildungsrendite und ihrem angestrebten Reputationserwerb auf dem Arbeitsmarkt über kurz oder lang sehr wohl Signale in Richtung hochschulischer Qualität aussenden,¹⁰⁸ so dass mittelfristig gesehen gute Lehre und Forschung selbst ein wirtschaftliches Kriterium ist.

Angesichts einer Gesamtschau – (1) auf Wissenschaft gerichtetes Eigeninteresse des Trägers, (2) arbeitsver-

traglich gesicherter Freiraum der wissenschaftlich Tätigen, (3) Mitbestimmung und Mitwirkung bei den engeren akademischen Belangen, (4) der Zusammenhang von Wirtschaftlichkeit und hochschulischer Produktion – bleibt nach all dem unerfindlich, wieso ein wirtschaftlich handelnder und eben deshalb zugleich am Erhalt der staatlichen Anerkennung eigeninteressierter Hochschulträger die Binnenorganisation seiner Hochschule typischerweise und damit strukturell ab ovo so ausgestalten sollte, dass die einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler nicht mehr frei ihre Forschung und Lehre betreiben können, obwohl er ihnen genau dies arbeitsvertraglich schuldet und obwohl er genau dies auch will, weil ansonsten die staatliche Anerkennung entfällt. Der unterstellte Tatsachenbefund, der die Grundlage für eine Schutzpflichtdebatte bildet¹⁰⁹, ist daher erkennbar *unplausibel*.¹¹⁰

Es gibt insgesamt gesehen mithin keine plausibel begründete Schutzlücke, die Anlass für schutzpflichtmotivierte Maßnahmen sein könnte. Alles in allem lässt sich eine auf die Governance bezogene staatliche Schutzpflicht mithin zumindest dann nicht begründen, wenn sie mit der Gefährdung des wissenschaftlichen Personals und damit individualistisch aufgezäumt wird. Umgekehrt würde der Rekurs auf Schutzpflichten in dieser Situation bedeuten, erstens sowohl in die Privatautonomie des Trägers *als auch* der sich unter die Governance unterwerfenden wissenschaftlich Tätigen unzulässig einzugreifen¹¹¹, zweitens aufgrund des unvermittelten „Zustoßens“ verfassungsrechtlicher Wertungen in das Privatrecht das Vertrauen in die erprobten Rechtsformen formaler Gleichheit im Privatrechtsverkehr nachhaltig zu beschädigen¹¹² und drittens einen Lebensbereich – näm-

104 Zum Handeln „im Schatten des Rechts“ wegweisend und klassisch *Mnookin, Robert H., Kornhauser, Lewis*: Bargaining in the Shadow of the Law, in: *The Yale Law Journal* 88 (1979), S. 950 ff.

105 Siehe unten IV.2.

106 Dazu und zum Folgenden *Brockhoff, Klaus*, Erfolgsfaktoren privater Hochschulen, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 2011, 5, 17 ff., 23 ff.

107 Siehe *Sperlich, Andrea*, Theorie und Praxis erfolgreichen Managements privater Hochschulen in Deutschland, diss. oec. Mannheim, 2007, S. 147 ff.

108 Dazu *Sperlich*, Theorie, S. 146 f., 158.

109 Dazu klassisch *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, in: *AcP* 184 (1984), 201 (225 ff.); ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 74 ff.

110 Das gilt auch dann, wenn anstelle einer Sittenwidrigkeitsprüfung die Unwirksamkeit der Unterwerfungsklausel aufgrund unangemessener Benachteiligung und damit ein gegenüber der Sittenwidrigkeitskontrolle herabgesetzter Prüfmaßstab in Rede steht. Für die hier allein entscheidende, auf der Ebene des Verfassungsrechts verhandelte Frage ist die einfachgesetzliche, konstruktive Frage belanglos, ob dessen Wertungen über § 138 Abs. 1 BGB oder über § 307 Abs. 1 BGB in das Privatrechtsverhältnis transportiert werden.

111 Es darf nicht vergessen werden, dass mit der Schutzpflicht zugleich auch in die Privatautonomie des vermeintlich Geschützten, nämlich des wissenschaftlich Tätigen, eingegriffen würde – und zwar unabhängig von der Frage, ob der Grund der privatautonom ins Werk gesetzten vertraglichen Bindung willens- oder vertrauens-theoretisch erklärt wird. Wird richtigerweise vertrauens-theoretisch angesetzt (klassisch hierzu *Köndgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981), wird der Eingriff plausibel: Die schutzpflichtrechtlich motivierte Lösung von der vertraglichen Bindung enttäuscht das Vertrauen des einen Teils – hier des Hochschulträgers – auf Bestand der vertraglichen Unterwerfungsklausel, während Sinn der Ausübung der Privatautonomie des anderen Teils – hier des wissenschaftlich Tätigen – es ist, genau dieses Vertrauen durch die ihm zurechenbare Abgabe seiner Willenserklärung nicht zu enttäuschen.

112 Eindringlich insoweit siehe nur *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, 95. EL 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 108. Andererseits ist das Zivilrecht seinerseits aufgerufen, seine ihm zugewachsene gesellschaftliche Funktion mit angemessenen Instrumenten wahrzunehmen, dazu aus der Fülle im Rahmen der Schutzpflichtdebatte *Wielsch, Dan*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Zivilrecht, *AcP* 213 (2013), 718, 728 ff., 734 ff.

lich hochschulisch betriebene Wissenschaft – gegenüber anderen, nicht weniger wichtigen Lebensbereichen grundlos zu privilegieren.

c. Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?

Der Grund, warum der soeben analysierte Gefährdungsansatz nicht greift, liegt offensichtlich an dessen individualistischer Gesamtanlage. Wenn diese verlassen wird, wäre Analyseobjekt die Organisation Hochschule und ihre „die einzelne Grundrechtsbetätigung überschießende transsubjektive ‚Eigenverfassung‘ eines selbstorganisierten Prozesses innerhalb des Funktionssystems ‚Wissenschaft‘“¹¹³. Die konfliktbearbeitende Funktion hochschulischer Organisation innerhalb einer ausdifferenzierten Gesellschaft käme in den Blick.¹¹⁴ Dieser emergente Mehrwert lässt sich aus Abwehrrechten organisationstheoretisch nicht abbilden, sondern ergibt sich „aus einer nichtindividualisierbaren Strukturentscheidung zugunsten der freiheitlichen Verfassung eines bestimmten Sachbereichs“.¹¹⁵ Die Wissenschaftsfreiheit geriete zu einem Modus, Dauerkonflikte zwischen der Eigenlogik gesellschaftlicher Subsysteme zu bearbeiten und einen bestimmten Stand gesellschaftlicher Ausdifferenzierung gegen eine Entdifferenzierung zu schützen.¹¹⁶ Indes wäre der für eine derartige Untersuchungsanlage aus

Sicht herkömmlicher Grundrechtsdogmatik zu zahlende Preis sicherlich zu hoch: Dogmatik wäre gehalten, in Konzepten von „inpersonaler Freiheit“ zu denken. Innerhalb der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich dies nicht mehr abbilden.

Letztlich kann all dies dahin gestellt bleiben. Denn auch bei Zugrundelegung eines entindividualisierten Ansatzes lässt sich keine Gefährdungslage begründen. Die interne Eigenlogik hochschulischer Kommunikation kann aufgrund der vorgenannten Motivlage des Trägers, notwendig hochschulintern Freiheit respektieren zu wollen und zu müssen, zumindest nicht in dem hier allein interessierenden Bereich der Governance im Wege eines Dauerkonflikts so gestört sein, dass sie unrettbar beschädigt wäre.¹¹⁷ Auch besteht keine Gefahr subsystemischer Entdifferenzierung. In der Literatur ist mit Blick auf die nicht kollegial, sondern streng hierarchisch geführten Forschungsabteilungen von Unternehmen nämlich zu Recht darauf hingewiesen worden, dass „kein Gegensatz zwischen Hierarchie und wissenschaftlicher Exzellenz“¹¹⁸ besteht – zumal noch gezeigt werden wird, dass wissenschaftsinadäquat organisierte Hochschulen in ihrer Eigenrationalität und ihren epistemischen Routinen keineswegs beschädigt werden.¹¹⁹

113 *Ladeur, Karl-Heinz*, Die Wissenschaftsfreiheit der „entfesselten Hochschule“, in: DÖV 2005, 753, 759.

114 Dazu und zum Folgenden *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 92. Fluchtpunkt der Organisation ist mithin ein gedachtes aggregiertes gemeinsames Interesse der wissenschaftlich Tätigen.

115 So zu Recht *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, Tübingen, 2021, S. 184 ff.; *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 440 f., sowie *Trute*, Forschung, S. 287 (dort das Zitat, bezogen auf die Rundfunkfreiheit).

116 Klassisch dazu *Teubner, Gunther*, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 123 ff., 130 ff., 140 ff.; sowie zuletzt *ders.*, Von „Wirtschaftsverfassung I, II“ zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht“, in: Kritische Justiz 2019, 601, 614 ff.; aus der Fülle siehe ansonsten nur *Ladeur, Karl-Heinz*, Recht – Wissen – Kultur: Die fragmentierte Ordnung, 2016, 134 ff.; *Wielsch, Dan*, Die Zukunft des Rechts, in: Grimm, Dieter, Anne Peters, *ders.*, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, 1, 7 ff.; *Augsberg*, Theorien, S. 118 ff., 127 ff., bezogen auf die Wissenschaftsfreiheit 130 f.. Zu den gerechtigkeits-theoretischen Hintergründen siehe nur *ders.*, Gerechtigkeit als Transzendenzformel, in: Viellechner (Hrsg.), Verfassung ohne Staat, S. 81 ff.

117 Die Hochschule rechnet nicht zu nur einem gesellschaftlichen Subsystem, sondern kann als „Treffraum“ von Funktionssystemen beschrieben werden, indem sie strukturell Wissenschaft und Erziehung koppelt, siehe *Luhmann, Niklas*, Die Wissenschaft

der Gesellschaft, 1990, 676; allg. *Lieckweg, Tania*, Strukturelle Kopplung von Funktionssystemen „über“ Organisationen, in: Soziale Systeme 7 (2001), 267 ff.. Der hiesige Bezug allein auf das Wissenschaftssystem ist damit eine verengende, gleichwohl für das Weitere lässliche Zu-spitzung.

118 *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 440. Das Argument lautet daher, Wissenschaft sei auch mit Hierarchie zu haben. Denn die Produktion von Wissen nach den Kriterien der Wissenschaft ist unabhängig von der organisatorischen Einrahmung dieser Produktion immer schon dann Wissenschaft, wenn und soweit Wissenschaft interaktiv an diese Produktion als Wissenschaft anschließt, damit Selbstbezüglichkeit herstellt und so eine Kommunikation nach der Eigenrationalität des Wissenschaftssystems eben diesem zuordnet – und nur das ist entscheidend, siehe zur Bedeutung des Urteils der scientific community nur *Britz*, in: Dreier, Grundgesetz Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 18 m. w. Nachw.. Die Frage, ob schutzbereichseinengend einer Organisation und den in ihr wissenschaftlich Tätigen nur dann die Wissenschaftsfreiheit zugebilligt werden kann, wenn sie in den Binnenstrukturen Autonomie und Mitbestimmung in Forschungsfragen ermögliche, so *Gärditz*, in: WissR Beih. 25 (2019), 65, bzgl. forschenden Unternehmen; ebenso *Dähne, Harald*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 429 f., ist daher für das hiesige Argument ohne Belang.

119 Siehe unten III.2.e..

d. Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?

Drittens spricht gegen die These organisatorischer Opulenz der Umstand, dass wissenschaftlich Tätige sicherlich gut einschätzen können, wie sich bspw. strategische oder finanzwirksame Entscheidungen auf die Rahmenbedingungen ihrer Produktion von Wissen auswirken.¹²⁰ Unerklärlich bleibt indes, warum sich aus diesem Wissensvorsprung und dieser Fachlichkeit Beteiligungsrechte ableiten sollten.¹²¹ Für die Beurteilung nichtepistemischer Allokationsentscheidungen kann das Wissenschaftssystem selbst ja keinen Referenzwert bereitstellen.¹²²

Im staatlichen Hochschulbereich ließen sich Beteiligungsrechte ggfls. noch begründen unter Hinweis auf die Grundsätze kollegialer Repräsentanz grundrechtsgeschützter Individuen. Ob diese Grundsätze im nichtstaatlichen Bereich auch gelten, ist aber noch zu begründen; der Verweis auf diese Grundsätze sind daher kein Argument. Ein Argument ist aber, dass derartige Beteiligungsrechte die Strategiefähigkeit der Organisation und ihre Perpetuierung über extern eingeworbene Finanzmittel erheblich beeinträchtigen können. Beständen im nichtstaatlichen Bereich Beteiligungsrechte, träfe die selbstorganisierte Abstimmung der wissenschaftlich Tätigen auf das Erfordernis, die Organisation sowohl gegenüber den Trägerinteressen als auch gegenüber externen heterogenen Interessen in Geltung zu bringen, ohne dazu zu tendieren, gleichzeitig ausschließlich statusquo-Interessen zu stabilisieren oder die Eigeninteressen der Organisation gegenüber ihren Träger durchsetzen zu wollen. Das ist fast ein Ding der Unmöglichkeit.

Besonders prekär wird es, wenn nicht der Staat, sondern ein auf die Einwerbung externer Mittel angewiesener Träger versuchen muss, finanziell-sichernd die Hochschule in der Zeit zu perpetuieren und dabei auf hinreichende Reagibilität im Strategischen angewiesen zu sein. Derartige für den Bestand der Hochschule existentiellen Anforderungen müssten sich dann aber auch in der Hochschulorganisation wiederfinden. Organisationsfragen sind auch, wenngleich nicht nur, Kostenfragen. Wenn der Arbeitsplatz der wissenschaftlich in der

nichtstaatlichen Hochschule Tätigen verloren geht, weil es dem Hochschulträger nicht gelungen ist, die auch strategischen Kosten einer wissenschaftsadäquaten Organisationsstruktur finanziell aufzufangen, wäre zwar der Raum hochschulischer Organisation „rein“ gehalten. Der Preis wäre eine Gefährdung der wissenschaftlichen Tätigkeit der Einzelnen. Diese wollten *diese* Gefährdung *nicht*, da sie in die Unterwerfung unter die Governance des Trägers in Ausübung privatautonomer Freiheit eingewilligt haben. Gerade dies zeigt, dass der Eingriff des Verfassungsrechts in das Privatrechtsverhältnis auf eklatante Fallgestaltungen beschränkt gehört.¹²³ Nur so kann das privatrechtsgesellschaftliche Informationsbeschaffungsmodell als Kern der gesellschaftlich-epistemischen Leistungen der Privatautonomie¹²⁴ und die erwartungsstabilisierenden, vertrauensschützenden und risikoverteilenden Funktionen des Vertrages¹²⁵ bewahrt bleiben. Gegen dieses die Gefährdungsdia gnose gleichsam gegen sich selbst wendende Gefährdungsargument kann auch nicht eingewendet werden, mit dessen Gesamtanlage seien sachgerechte Ordnungsmodelle gefährdeter Lebensbereiche nicht mehr darstellbar. Es kommt vielmehr darauf an, das richtige Ordnungsmodell und daher nur ein solches zu wählen, welches zum einen die wohlverstandenen Interessen des Trägers und zugleich jene der wissenschaftlich Tätigen berücksichtigt und genau deshalb zum anderen so angelegt ist, dass es die o. g. Informationsbeschaffungsleistungen und vertraglichen Funktionen nicht beschädigt.¹²⁶

Bei der Schutzpflichtdebatte bleibt mithin nicht nur außer Betracht, dass diese selbst geeignet ist, den Bestand einzelner nichtstaatlicher Hochschule und damit die Ausübung wissenschaftlicher Tätigkeit ebendort zu gefährden. Vielmehr drängt sie in ihrer Stoßrichtung aufgrund ihres Absehens von Fragen sachgerechter Mittelallokation dazu, die Institution der nichtstaatlichen Hochschule in Gänze in Frage zu stellen. Die Schutzpflichtdebatte wirkt gleichsam wie der Versuch eines Monopolschutzes für den staatlichen Hochschulbereich. Es geht nicht an, die Gefahren für den Bestand der Hochschule, die bei der Abbildung kollektiver Effekte in individualistisch abgeleitete organisationsrechtliche Vorgaben auftreten können, von vornherein allein deshalb

120 Obgleich gerade bei finanzwirksamen Entscheidungen nicht immer die „notwendige Distanz zum Entscheidungsgegenstand“ gegeben ist, *Fehling, Michael*, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, in: *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 405.

121 Siehe dazu und zum Folgenden *Broemel*, Grundrechtstheorie, S. 183 ff..

122 *Fangmann, Helmut*, Gelehrtenrepublik und staatliche Anstalt, in: *Wilkesmann, Uwe, Schmid, Christian J.* (Hrsg.), *Hochschule als Organisation*, 2012, S. 61, 64 f..

123 Auf das Erfordernis, dass rechtspaternalistische Maßnahmen auch Effizienzgesichtspunkte einbeziehen müssen, weist eindringlich *Schmolke*, *Grenzen*, S. 266 ff., hin.

124 Aus der Fülle nur *Ladeur, Karl-Heinz*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004, insbes. S. 31 ff., 58 ff.; *Wielsch, Dan*, *Zugangsregeln*, 2008, S. 83 ff..

125 Zu diesen aus der Fülle nur *Lomfeld, Bertram*, *Die Gründe des Vertrages*, 2015, S. 108 ff., 140 ff..

126 Zu einem derartigen Ordnungsmodell siehe unten IV.

auszublenden, weil das dogmatische Feld ausschließlich individualistisch aufgezäumt wird und damit notgedrungen nicht in der Lage ist, die kommunikativen Anschlusszwänge sowohl des wissenschaftlichen als auch des strategischen Handelns angemessen abzubilden.¹²⁷

Die Stoßrichtung der Schutzpflichtdebatte wird eigentlich nur verständlich, wenn von den Schwierigkeiten hinreichender Finanzierung und der mit ihr zusammenhängenden Strategiefrage abgesehen wird – nicht verwunderlich, wenn Dreh- und Angelpunkt der Organisationsdiskussion im Hochschulbereich nach wie vor der Staat als Hochschulträger ist. Mit Mut zu polemisch-spekulativer Zuspitzung scheint die Vermutung gar nicht so abwegig zu sein, dass gerade das schutzpflichtrechtlich motivierte Insistieren auf eine dem staatlichen Bereich sinngemäße Hochschulorganisation den Träger veranlassen muss, umso stärker auf die Relevanz wirtschaftlicher Fragen zu drängen, was dann wiederum dogmatisch als wirtschaftliches Eigeninteresse rekonstruiert wird, vor dessen Durchschlagen die Hochschule in ihrer Organisation wissenschaftsadäquat per Schutzpflicht geschützt gehört, obwohl doch gerade genau dies Anlass beim Träger war, wirtschaftliche Interessen so sehr nach vorne zu drängen – abyssus abyssum invocat.

e. Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts

Der tiefere Grund für die bisher aufgezeigten Ungeheimtheiten dürfte – viertes Argument – darin liegen, dass das Gefährdungskonzept vorgibt, universalistisch zu sein, obwohl es bei Lichte betrachtet nur regional angelegt ist. Es wird gleichsam so getan, als ob freie Wissenschaft in einer Hochschule nur bei Vermeidung struktureller Gefährdung und nur bei Implementierung einer wissenschaftsadäquaten Organisation funktionieren könne. Diese Annahme ist indes unplausibel. Denn

es gibt international in der Güte ihrer epistemischen Funktion hoch reputierliche Hochschulen, bei denen die Academia nur eine beratende Funktion bei Entscheidungen hat, die nach bundesdeutscher Tradition kollegial mitentscheidend organisiert gehören. Das beste Beispiel hierfür ist die ETH Zürich.¹²⁸ Die Selbstverwaltungsgremien haben dort einfachgesetzlich nur Beratungsbefugnisse gegenüber der Hochschulleitung, die ihre Legitimation nicht einem korporationsrechtlichen Wahlakt, sondern einem demokratischen Ernennungsakt durch den von der schweizerischen Bundesregierung ernannten ETH-Rat verdankt. Das Ganze geht soweit, dass die Präsidentin oder der Präsident auch ohne Beteiligung des Kollegiums Professorinnen und Professoren berufen darf.¹²⁹ Auch in anderen Hochschulen, etwa der ebenfalls hoch reputierlichen Stanford University in den USA, werden die Berufungsverfahren nicht durch die Prinzipien von Selbstverwaltung und Kollegialität regiert.¹³⁰ Und die Hochschulorganisationsrechte anderer rechtsstaatlich verfasster Staaten zeigen, dass es zur Absicherung der Leistungen des Wissenschaftssystems keineswegs notwendig ist, der Hochschullehrerschaft eine maßgebliche Mitwirkung in akademischen Fragen einzuräumen¹³¹; man denke etwa an die Neuberufung professoraler Nachwuchskräfte mittels eines zentralstaatlich und hochschulübergreifend organisierten „concours“ in Frankreich.¹³² Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz schließen sich eben gerade nicht aus.¹³³ Es gibt keinen untrennbaren, gleichsam naturwüchsig-universellen Nexus zwischen der Produktion von Wissen und deren organisationsrechtlicher Abbildung in Prinzipien der Kollegialität und der Selbstverwaltung. Was bleibt, ist eine fragile Regionalität des Gefährdungskonzepts. Das Konzept scheint eher regional verbreiteten sozialen Erwartungen an die Organisation hochschulischer Wissenschaft und den in ihnen

127 In einer ähnlichen Richtung die Kritik bei *Broemel*, Grundrechtstheorie, S. 186 f.. Zur Kritik zudem schon oben ad III.2.c..

128 Siehe Artt. 24, 25, 28 Abs. 1, 30 Abs. 1 Satz 2, 31 des ETH-Gesetzes (AS 1993 210), insbes. Artt. 4 bis 6 der Verordnung ETH-Bereich (AS 2004 305) sowie insgesamt die Professorenverordnung ETH (AS 2003 5033).

129 Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 3 der Professorenverordnung ETH setzt die Präsidentin oder der Präsident zur Vorbereitung des an den ETH-Rat gerichteten Berufungsantrags in der Regel eine Berufungskommission ein, wenn er nicht ausnahmsweise dem ETH-Rat unmittelbar einen eigenen Berufungsantrag unterbreitet, Art. 7 Abs. 2 Satz 4 der Professorenverordnung ETH. Zum Berufungsverfahren bei der ETH siehe ansonsten *Schmitt, Tassilo, Nina Arnhold, Magnus Rüde*, Berufungsverfahren im internationalen Vergleich, Arbeitspapier Centrum für Hochschulentwicklung, 2004, S. 35 ff.

130 Auf Stanford hat *Kühler-Kreß*, in: *OdW* 2019, 111, 117, hingewiesen. Ansonsten siehe zur Pluralität der Governance innerhalb der selbst pluralen Hochschullandschaft der USA und den Umstand, dass akademische Funktionen an einigen amerikanischen Hochschulen auch strikt hierarchisch und damit gerade nicht kollegial und selbstverwaltend erfüllt werden, nur *Kühler, Larissa-Leonore*, Die Orientierung der Reformen im deutschen Hochschulsystem seit 1998 am Vorbild des amerikanischen Hochschulwesens, 2005, S. 388 ff..

131 Zur internationalen Vielfalt siehe den Überblick bei *Locke, William* u. a. (Hrsg.), *Changing Governance and Management in Higher Education*, 2011.

132 *Schmitt, Tassilo, Nina Arnhold, Magnus Rüde*, Berufungsverfahren, S. 46 ff..

133 *Bumke*, *VVDStRL* 69 (2010), 407, 440.

institutionalisierten Werteorientierungen zu entsprechen als auf eine empirisch fundierte Beziehung zwischen Gefährdung und Freiheitsschutz pochen zu wollen.¹³⁴

f. Fazit zum Gefährdungskonzept

Das Fazit nach all dem ist ernüchternd: Jedenfalls soweit versucht wird, die Schutzpflicht über individuelle Gefährdungslagen zu begründen, kann dieser Weg nicht überzeugen.

3. Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns

Der zweite Ansatz, die These organisatorischer Opulenz zu begründen, ist ein Rückgriff auf die Prämisse, Art. 5 Abs. 3 GG zwingt in seiner objektiv-rechtlichen Funktion den Staat dazu, bei der Regulierung des Hochschulbereichs dem rechtsstaatlichen Gebot der Folgerichtigkeit und konsequenten Verhaltens zu folgen.¹³⁵

a. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?

Folgerichtigkeit würde in dieser Perspektive zunächst bedeuten, dass der Staat mit seiner Anerkennung zugleich eine Gewährleistungsverantwortung für wissenschaftsadäquate Binnenstrukturen an der anerkannten Hochschule übernommen habe mit der Folge, dass innerhalb derselben diese Strukturen über die ganze Breite der akademischen Mitbestimmungsrechte sinngemäß zum staatlichen Bereich organisiert gehörten.¹³⁶

Überzeugend ist dies indes nicht. Es ist schon unklar, warum Konsequenz der Anerkennung die Übernahme einer derartig weit verstandenen Gewährleistungsverantwortung sein soll. Wenn damit gemeint sein sollte, mit der Anerkennung würde im Rechtsverkehr die Erwartung geweckt, die Qualität des Lehr- und Forschungsgeschehens innerhalb der nichtstaatlichen

Hochschule sei jener des staatlichen Bereichs gleichwertig¹³⁷, ergo sei auch die Binnenorganisation sinngemäß zum staatlichen Bereich zu strukturieren, so trägt dies nicht zugleich die Übernahme der weit verstandenen Gewährleistungsverantwortung auch im Organisatorischen. Denn der Rechtsverkehr kann nur dann die Binnenorganisation der nichtstaatlichen Hochschule mit Qualität in Lehre und Forschung verbinden, wenn es ohne eine sinngemäß dem staatlichen Bereich strukturierte Binnenorganisation Gefahren für Lehre und Forschung geben sollte. Dies ist aber nicht der Fall.¹³⁸ Und wenn das Argument so verstanden werden sollte, Konsequenz der Anerkennung sei der Umstand, dass dann Gleiches – der Hochschulbetrieb – auch in der Organisation desselben gleich behandelt werden müsse, so verfährt auch dies nicht. Denn der Grund für die Organisationsstrukturen im staatlichen Bereich ist ja gerade nicht der Hochschulbetrieb, sondern der Schutz staatsgerichteter Individualinteressen.¹³⁹ Insofern gibt es gerade kein Gleiches, welches als Konsequenz der Anerkennung eine organisatorische Sinngemäßheit zum staatlichen Bereich generieren könnte.

b. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?

Das Konsequenzgebot muss daher anders ansetzen. Hier kommt die epistemische Funktion in den Blick. Konsequenz würde dann bedeuten, dass die Organisation der nichtstaatlichen Hochschule zum Schutz der in ihr wahrgenommenen epistemischen Funktionen gleichwohl *in Gänze* sinngemäß dem staatlichen Bereich implementiert werden müsse, weil der Staat Gleiches eben auch im staatlichen Bereich bewerkstellige.

Aber auch dieser Ansatz würde nicht überzeugen. Denn das Gebot, eine wissenschaftsadäquate Organisation zu errichten, hat innerhalb der staatlichen Hochschu-

134 Aus einem institutionstheoretischen Blickwinkel heraus wäre Hochschule eine kognitive Institution, also eine sozial geteilte Konzeption von Welt und ihren Mechanismen (Scott, *William Richard*, *Institutions and organizations*, 2. Aufl. 2001, S. 57), innerhalb derer die vorgenannte Erwartung konzeptionell gebildet und tradiert und sodann dem Recht adressiert wird, welches diese wiederum als regionale Selbstbeschreibung von Wissenschaft und Ausdruck ihrer Eigenrationalität in die systeminterne Kommunikation des selbst ebenfalls ja regional angelegten nationalen Rechts einbindet.

135 Dazu siehe *Trute*, *Forschung*, S. 289 ff., insbes. 292 f. (Konsequenzgebot bezogen auf die staatliche Institutionalisierung wissenschaftlicher Einrichtungen); *Gärditz*, *Hochschulorganisation*, S. 361; *Britz*, in: Dreier, *Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 83; *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Art. 5 Rn. 419; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 131, 244; *ders.*, *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 422; bezogen auf Homogenität als Existenzbedingung einer nichtstaatlichen

Hochschule *Karpen, Ulrich*, *Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität*, in: *WissR* 23 (1990), 123, 130 f..

136 So *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246; *ders.*, *Die Verwaltung* 35 (2002), 399, 422.

137 *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 246, nimmt bei nicht staatlich anerkannten privaten Hochschulen an, hier schreibe „die Wissenschaftsfreiheit keinerlei Selbstverwaltung vor“, mag auch in der Hochschule Wissenschaft betrieben werden. Erklärbar wird dies nur, wenn die objektiv-rechtlichen Gehalte nicht die epistemische Funktion der Wissenschaft schützen wollen – denn dann würden sie auch im Bereich nicht staatlich anerkannter Hochschulen zumindest dann gelten müssen, wenn diese Wissenschaft betreiben. In den Vordergrund objektiv-rechtlichen Schutzes geraten dann vielmehr die durch die staatliche Anerkennung genährten Erwartungen.

138 Siehe oben ad III.2..

139 Siehe oben II.2.b..

le nicht nur eine epistemische, sondern eine weit darüber hinausreichende Funktion, nämlich die Herstellung von Entscheidungen und die Bearbeitung von Konflikten. Nicht jede Entscheidung und erst recht nicht jeder Konflikt ist indes epistemisch angelegt, sondern kann auch im Kontext der Episteme gründen und zudem Ausdruck personaler Darstellung und der Verfolgung partikularer status-quo-Interessen sein.¹⁴⁰ In das Organisationsrecht selbst müsste mithin unterschieden werden nach epistemisch relevant/epistemisch nichtrelevant.¹⁴¹ Das geschieht aber innerhalb der konsequenzgegründeten These organisatorischer Opulenz nicht mit der Folge, dass sich diese These nicht auf dem Gedanken der Folgerichtigkeit gründen lässt.

4. Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?

Als letztes bleibt ein bislang in der wissenschaftsrechtlichen Literatur nicht ausgeloteter, allerdings auch wenig tragfähiger Begründungsstrang, um zu einer in Gänze dem staatlichen Bereich sinngemäßen Governance nichtstaatlicher Hochschulen zu gelangen. In jüngerer Zeit hat das BVerfG vermehrt auf eine unmittelbare Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrechtsverhältnis zurückgegriffen.¹⁴² Analog dazu könnte vorliegend vorgetragen werden, die Freiheit des Hochschulträgers müsse zurückstehen, „wenn der Ausschluss [von einer dem staatlich Bereich sinngemäßen Governance] für die Betroffenen in erheblichen Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen [hier dann: am hochschulischen] Leben entscheidet“¹⁴³. Die im staatlichen Bereich tradierte Organisation hochschulischer Willensbildung ist aber gerade nicht die einzig mögliche Art der Teilnahme am wissenschaftlich-hochschulischen Leben. Auch ansonsten führen gleichheitsrechtliche

Erwägungen nicht weiter. Ungeachtet dessen, wie der einzelne zu einer derartigen Fortentwicklung grundrechtlicher Geltung stehen mag,¹⁴⁴ kann nämlich aus dem Umstand, der Staat organisiere seine Hochschule in einer bestimmten Weise, gerade nicht gefolgert werden, ergo müsse Gleiches dann auch für den nichtstaatlichen Bereich gelten. Denn das Gebot einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation ist Frucht staatsgefährdeter Freiheit und gerade nicht unverbrüchlicher Wesenskern einer gleichsam in neoplatonischer Manier ontologisierten Idee von Hochschule.¹⁴⁵ Solange das Gefährdungspotential im nichtstaatlichen Bereich nicht identisch ist – und das ist es nicht, siehe oben –, besteht kein Anlass, die Gleichbehandlungsfrage zu stellen.

5. Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz

Das ernüchternde Fazit ist: Weder aufgrund einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit, weder aufgrund eines Gebots der Folgerichtigkeit noch aufgrund eines Gleichheitsansinnens ist die These organisatorischer Opulenz¹⁴⁶ verfassungsrechtlich geboten. Damit hat sich zugleich die gesamte Rechtsprechung zur Wissenschaftsadäquanz und zur strukturellen Gefährdung für die Governancefrage im nichtstaatlichen Hochschulbereich erkennbar als nicht einschlägig erwiesen.

IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme

Mit den bisherigen Überlegungen ist freilich der Ansatz am Konsequenzgebot nicht in Gänze ins Leere gefallen. Es muss nur versucht werden, ihn anders auszubuchstabieren – und zwar konsequent zur Seite epistemischer Relevanz.

140 Das BVerfG betont in seiner Brandenburg-Entscheidung innerhalb hochschulischer Selbstverwaltung die Gefahr der Verfestigung hochschulinterner status quo-Interessen, siehe BVerfGE 111, 333, 356.

141 Nicht überzeugend ist es daher, wenn ein verfassungsrechtlicher Nexus zwischen der Sicherung einer freien Wissenschaft und der staatlichen Schutzpflicht mit Blick auf den hochschulinternen Konflikt gestiftet wird, wie dies bspw. bei *Kämmerer, Axel*, Regulierung staatlicher und privater Hochschulen, in: *ders./Rawert* (Hrsg.), Hochschulstandort Deutschland, 2003, 119, 125; *Fehling*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 247, der Fall ist.

142 Siehe die Stadionverbots-Entscheidung BVerfGE 148, 267, sowie die facebook-account-Entscheidung BVerfG, NJW 2019, 1935, 1936; sowie zuvor bereits in ähnlicher Tendenz BVerfGE 81, 242; 89, 241; 128, 226; 138, 377; BVerfG, NJW 2015, 2485.

143 BVerfGE 148, 267, 284 – Ls. 2 und Rn. 41 mit dem Begriff „Teilnahme“. Zusätze durch den Verfasser.

144 Befürwortend etwa *Jobst, Simon*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 ff.; *Kulick*, Horizontalwirkung, S. 208 ff.; eher kritisch *Michl, Fabian*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 ff.; *Neuner, Jörg*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 ff.. Umfassend allg. zur dogmatischen Frage von Gleichheit und Freiheit im Zivilrecht *Grünberger, Michael*, Personale Gleichheit, 2013; sowie jüngst die Beiträge in dem Sammelband Grundmann, *Stefan, Thiessen* (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, insbes. die Beiträge von *Marietta Auer*, ebda., 68, insbes. 81 ff..

145 *Bumke*, VVDStRL 69 (2010), 407, 414 f., 431 ff., 444, versucht demgegenüber, über einen an Maurice Hauriou und seiner Theorie der Institution orientierten Rückgriff auf die „Idee der Universität“ die „Unumgänglichkeit einer partizipativen Ordnung“ zu begründen.

146 Zu dieser These oben I.2..

1. Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns

Wenn der Staat private Bildungseinrichtungen als den staatlichen Hochschulen gleichwertig anerkennt und damit insofern berechnete Erwartungen an die dortige Tragfähigkeit epistemischen Handelns in den Rechtsverkehr einführt¹⁴⁷, ist er konsequenterweise gehalten, in der hochschulischen Binnenorganisation wissenschaftlichen Handelns solche Bedingungen zu gewährleisten, die die Qualität von Forschung und Lehre auf dem Niveau staatlicher Hochschulen sichern. Die Perspektive ist gegenüber dem vorgenannten gefährdungsrechtlichen Ansatz dann freilich eine gänzlich andere: Es geht nicht mehr um den Zusammenhang von Freiheit und Organisation, sondern um jenen zwischen Episteme und Organisation. Der Blick wird auf die Frage gelenkt, welche Leistungen eine Organisation erbringen muss, damit in ihr die Produktion von Wissen qualitativ nach den Eigengesetzlichkeiten des Wissenschaftssystems erfolgen kann. In der Tat wird sich zeigen lassen (dazu 2.), dass die nichtstaatliche Hochschule und die in ihr professoral Tätigen gegenüber dem Staat auf die Gewährleistung einer die Episteme sichernden Organisation pochen können.¹⁴⁸

2. Epistemische Organisationsanforderungen

Die Hochschule selbst lehrt und forscht nicht. Die hierauf bezogenen Hochschulaufgaben werden vielmehr bei staatlichen Hochschulen durch die Hochschulmitglieder auf der Ebene des Fachbereichs wahrgenommen, der „für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule“ insofern erfüllt.¹⁴⁹ Für die häufig anders organisierten nichtstaatlichen Hochschule treten an die Stelle des Fachbereichs diejenigen Organisationseinheiten, die funktional in Aufgaben und Befugnissen den Fachbereichen staatlicher Hochschulen entsprechen. Aufgrund dieses rechtlichen Befunds sind

organisationsrechtlich die epistemischen Funktionen der Hochschule mithin ausschließlich auf der Fachbereichsebene abbildbar¹⁵⁰ und nicht auf der Zentralebene der Hochschulleitung und des Senats.¹⁵¹

a. Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition

Es gilt mithin zu untersuchen, ob und inwieweit es auf der Ebene der Fachbereiche einen Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme geben kann. Nun wurde oben¹⁵² schon dargelegt, dass es in der Produktion von Wissen reputierliche Einrichtungen gibt, die den Anforderungen organisatorischer Wissenschaftsäquanz keineswegs entsprechen. Die Behauptung, es gäbe einen belastbaren Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation, scheint damit logisch entkräftet zu sein mit der Folge, dass die eingangs vorgestellte These der Verneinung¹⁵³ jeglicher verfassungsrechtlicher Vorgaben für die hochschulische Binnenorganisation umgekehrt bestätigt zu sein scheint. Das wäre freilich vorschnell. Es reicht vielmehr hin, nicht universalistisch und damit aussichtslos nach diesem Zusammenhang zu suchen, sondern regional anzusetzen, indem auf den vorfindlichen organisationsrechtlichen Setzungen des geltenden Hochschulrechts und damit auf den im regionalen Traditionsbestand akademischer Selbstbezüglichkeit verborgenen Zusammenhängen zwischen Episteme und Organisation aufgebaut wird.

Denn die berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs, von denen die Konsequenzgegründete Argumentation ausgeht, sind ebenfalls in diese regionale Tradition eingebettet und daher auf die im gemeindeutschen Hochschulrecht vorfindliche organisationsrechtliche Einhegung der Produktion von Wissen gerichtet. Diese Einhegung kann damit als unhinterfragter Fluchtpunkt rechtlicher Konsequenz verwendet werden.¹⁵⁴ Die These

147 Die Anerkennung wirkt als „Gewährleistungsfunktion“, siehe *Steinkemper*, Privathochschule, 124.

148 Der Hochschule wird es so ermöglicht, die Funktionsbedingungen organisierter Forschung und Lehre als subjektives Recht des Verbandes selbständig auch dort nach außen durchzusetzen, wo eine individuelle Zurechnung der epistemischen Funktion auf die einzeln wissenschaftlich handelnde Person nicht möglich ist, da sich organisationsinterne Komplexität auf diese nicht reduzieren lässt.

149 Siehe exemplarisch bspw. § 26 Abs. 2 Satz 1 HG NRW.

150 Soweit hochschulgesetzlich als Anerkennungsvoraussetzung angeordnet ist, dass die Mitglieder der nichtstaatlichen Hochschule an der Gestaltung des Studiums sinngemäß zum staatlichen Bereich und damit nicht nur auf der Ebene des Fachbereichs, sondern auf allen Organisationsebenen mitwirken müssen (so bspw. § 72 Absatz 2 Satz 1 Nummer 8 HG NRW), ist dieses Gebot nicht epistemisch, sondern freiheitssichernd mit Blick auf die Berufungsrechte der Studierenden gegründet und kann daher für die Zwecke des Weiteren außen vor bleiben.

151 Deshalb bestand im nordrhein-westfälischen Hochschulgesetz bis zum Jahre 2014 ein gesetzliches Verbot, dass der Senat über die Berufungsvorschläge der Fachbereiche in irgendeiner Weise mitbestimmen, ja sogar nur beraten darf. Seit dem Jahr 2014 ist gesetzlich eine derartige Mitbestimmungsbefugnis dem Senat nur eingeräumt, wenn und soweit die Grundordnung vorsieht, dass der fachbereichliche Berufungsvorschlag zur Besetzung einer Professur der Zustimmung des Senats bedarf, siehe § 22 Absatz 1 Satz 3 HG NRW.

152 III.2.e..

153 Siehe oben I.2..

154 Mit diesem Rückgriff auf Tradition wird zudem gesichert, dass die hergebrachten Handlungsroutinen fachlicher Konfliktbewältigung, korporationsinterner Konsensbildung und akademischer Perpetuierung, die in diese Tradition eingebettet und im Habitus professoralen Handelns verfestigt sind, in der Abfolge der Zeit nicht so beschädigt werden, dass diese Beschädigung auf die epistemische Produktion des Wissens selbst durchschlägt.

der Verneinung wäre in diesem Fall nur noch dann begründet, wenn der Ansatz am Konsequenzgebot als solcher nicht überzeugend wäre. Das ist aber nicht der Fall. Denn da das hiesige Gebot folgerichtigen Handelns auf den Schutz berechtigter Erwartungen gründet, ist es konzeptionell hinsichtlich seiner Rationalitätserwartungen weniger anspruchsvoll als ein Konzept gesetzgeberischer Folgerichtigkeit; Konsequenz staatlichen Handelns ist zumindest hier daher ohne Beschädigung des demokratischen Prozesses einlösbar.¹⁵⁵ Nach all dem kann die These der Verneinung nicht überzeugen. Es bleibt die eingangs genannte These der Vermittlung.

b. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation

Leitmaßstab muss sein, dass durch Organisation innerhalb der Hochschule eine Offenheit in der perspektivischen Vielfalt innerhalb von Forschung und Lehre gesichert sein muss.¹⁵⁶ Denn die Sicherung perspektivischer Vielfalt ist Voraussetzung freier Methoden- und Gegenstandswahl und damit Grundlage freier Episteme. Die fachbereichliche Organisationsstruktur nichtstaatlicher Hochschulen muss diese Offenheit sichern. Wenn davon ausgegangen werden darf, dass durch Governance der emergente Mehrwert der Organisation abgebildet und durch Entscheidung eine Koordination konfligierender Standpunkte erreicht werden muss, ist für die Sicherung dieser epistemischen Offenheit entscheidend, dass sich in dem Gremium, welches eine episteme-relevante Entscheidung trifft, perspektivische Vielfalt widerspiegelt. Dies wiederum setzt voraus, dass dieses Gremium nach Kollegialität und Selbstverwaltung plural verfasst ist¹⁵⁷ – wenigstens solange Zurückhaltung im fachlichen Detail dort geübt wird, wo sie aus anderen Gründen erforderlich ist.¹⁵⁸ Es gilt daher zu identifizieren, welche Beschlussgegenstände diesem Gremium zwingend anzuvertrauen sind.

Diese Beschlussgegenstände können nicht identisch sein mit jenen, die nach der Rechtsprechung als wissenschaftsrelevant ausgezeichnet werden. Wissenschaftsrelevant ist vieles und die Unterscheidung nach Relevanz/Nichtrelevanz gründet in Erwägungen staatsgerichteten

Freiheitsschutzes und das sind häufig, aber eben auch *nicht immer zugleich* Erwägungen des Schutzes epistemischer Funktionen. Insbesondere die fachbereichlichen Verfahren zur Vorbereitung der Berufungsvorschläge, zum Beschluss über Promotionen und Habilitationen, zum Erlass von Prüfungs- und Evaluationsordnungen sowie planerische Beschlüsse zur Ausgestaltung der curricula der einzelnen Studiengänge gehören indes unzweifelhaft in die Befugnisse eines kollegial verfassten Selbstverwaltungsgremiums. In ihnen scheinen im Lichte der Tradition genau jene Verbindungen auf, die Organisation und Episteme miteinander verklammern. Die in den vorgenannten Verfahren auffindbare Kommunikationen würden entweder – falls die einzelne wissenschaftlich tätige Person selbst kommuniziert hätte – selbstverständlich zum epistemischen Kern der Wissenschaftsfreiheit rechnen, wie etwa die Entwicklung eines curricula bei einem Privatgelehrten. Oder die Kommunikationen führen dazu, dass der Beitrag eines Gremienmitglieds anhand *wissenschaftlicher* Kriterien durch nachfolgende Beiträge eingeordnet und verwertet wird mit der Folge, dass eine wissenschaftliche Entwicklungsoffenheit gewährleistet ist¹⁵⁹ – und das sind Gegenstände, die sich *selbstbezüglich* auf Wissenschaft beziehen, wie die individualistische Perpetuierung von Wissenschaft durch Wissenschaft anhand der Foren personaler Selbstergänzung qua Promotion, Habilitation und Berufung oder in denen sich Wissenschaft auf Wissenschaft bezieht durch Evaluation. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation wird freilich nicht deshalb durch die vorgenannten Beschlussgegenstände gestiftet, weil nur so den Eigengesetzlichkeiten der Wissenschaft Rechnung getragen würde. Es war schon die Rede davon, dass sich Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz nicht ausschließen¹⁶⁰ und daher Kollegialität und Selbstverwaltung nicht unverbrüchlich zu den Eigengesetzlichkeiten der Produktion von Wissen gehören. Der Zusammenhang wird vielmehr bei nichtstaatlichen Hochschulen deshalb gestiftet, weil diese mit Blick auf die einfachgesetzlich gewährten und arbeitsvertraglich auf Dauer gestellten Freiheiten der wissenschaftlich Tätigen als *hierarchiefreier* Raum begriffen werden müs-

155 Zumindest eine derartige Folgerichtigkeit mittlerer Reichweite rechnet zu den Gerechtigkeitsversprechen der republikanischen Idee. Mit diesem eingeschränkten Folgerichtigkeitsgebot stellen sich hier mithin nicht die gewichtigen verfassungsrechtlichen Fragen, wie es um die Offenheit des politischen Prozesses bestellt ist, wenn dieser trotz der Notwendigkeit politischer Kompromissbildung zugleich immer versprechen müsste, die Wertungseinheitlichkeit der Rechtsordnung aufgrund des Gebots folgerichtigen Handelns zu wahren, dazu siehe nur O'Hara, *Laurence*, Konsistenz und Konsens, Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Folgerichtigkeit der Gesetze, 2018, S. 5. f, 7 ff., 51 f., 53 ff

156 So auch Gärditz, in: *WissR Beih.* 25 (2019), 85.

157 Ebenso Gärditz, in: *WissR Beih.* 25 (2019), 85.

158 Die in einem Selbstverwaltungsgremium gegebene fachliche Breite wird bspw. bei Habilitationsverfahren bekanntlich in der Breite der Fachlichkeit formal gewahrt, da jedes professorale Gremienmitglied stimmberechtigt bleibt, materiell aber aus Gründen zumeist des Berufsgrundrechtsschutzes über die Bindungswirkungen an Verlautbarungen der peers auf die engere Fachlichkeit wieder beschränkt, siehe BVerwGE 95, 237 ff..

159 Dazu siehe Broemel, *Grundrechtstheorie*, S. 175 ff., 183 ff.; Trute, *Forschung*, S. 59 ff..

160 Siehe oben III.2.c..

sen. Bei Episteme-nahen Fragen, die in der Organisation thematisiert werden, muss daher Hierarchie notwendigerweise durch Kollegialität und Selbstverwaltung ersetzt werden – was ja auch zugleich Ausdruck der vorgeannten traditionellen Strukturen des gemeindeutschen Hochschulrechts und der auf diese gerichteten Erwartungen des Rechtsverkehrs ist.

Wird der Schutzbereich der organisatorischen Umgestaltung der Episteme insofern interaktionsbezogen als selbstbezüglicher Definitionsprozess bestimmt, gehören umgekehrt zu derartigen Beschlussgegenständen nicht die Wahl der Leitungsorgane (weder auf Zentral- noch auf Fachbereichsebene), die daher ohne weiteres vom Träger in Ausübung seiner Privathochschulträgerfreiheit bestellt und abberufen werden können, Entscheidungen über die Mittelverteilung, Fragen der allgemeinen strategischen Ausrichtung der Hochschule und der Fachbereiche, Fragen der internen Untergliederung der Hochschule und Ähnliches. Hier bezieht sich Wissenschaft in ihrer Interaktion eben gerade nicht auf Wissenschaft. Weitere Fragen, die gemeinhin auf der Zentralebene verhandelt werden, sind eingangs schon als unerheblich gekennzeichnet worden. Es obliegt daher der Entscheidung des Hochschulträgers, ob er einen beratenden oder auch mitentscheidenden Senat oder ob er überhaupt einen akademischen Senat einrichten möchte, solange der Senat keine epistemischen Funktionen wahrnimmt. Der Träger wird sich dabei von Effizienzgesichtspunkten leiten lassen und genau prüfen, inwiefern die Einrichtung derartiger Kollegialgremien die Leistungsfähigkeit seiner Organisation erhöht. Darüber hinaus sind auch hochschulinterne finanzwirksame Entscheidungen nicht verpflichtend, auch nicht im Wege der Mitbestimmung, in Selbstverwaltungsgremien anzusiedeln, mag es auch manchmal sachdienlich sein, genau dies zu tun, um die spezifischen, aber eben auch nicht umfassenden Wissensressourcen der peers zu aktivieren. Finanzfragen sind nun einmal keine epistemische Kategorie – zumal auch im staatlichen Bereich der Hochschule keine Finanzautonomie verfassungsrechtlich zur Seite steht.¹⁶¹

Es kann mithin notiert werden, dass als Gebot der Folgerichtigkeit der Gesetzgeber gehalten ist, den Träger einer staatlich anerkannten nichtstaatlichen Hochschule darauf zu verpflichten, in ihr eine fachbereichliche Organisation zu verwirklichen, die diesen Anforderungen an

eine Organisation epistemischer Offenheit Rechnung trägt. Da die staatliche Anerkennung nur dann ausgesprochen werden darf, wenn Forschung und Lehre der nichtstaatlichen Hochschule gleichwertig sind mit jener im staatlichen Bereich, wird im Lichte der vorgenannten Verklammerung von Episteme und Organisation anerkennungsrechtlich zugleich vorausgesetzt, dass die hochschulische Organisation die o. g. Anforderungen erfüllt. Leitmotiv der Organisation der nichtstaatlichen Hochschule ist damit nicht mehr – wie im staatlichen Hochschulbereich – ihre Wissenschaftsadäquanz, sondern ihre *epistemische Adäquanz*. Und die Zuordnung der Beschlussgegenstände zu den Modi von Kollegialität und Selbstverwaltung richtet sich nicht mehr danach, ob diese Gegenstände wissenschaftsrelevant sind, sondern danach, ob sie *epistemisch relevant* sind. Epistemisch relevant sind sie wiederum, wenn sie Ausdruck der *Selbstbezüglichkeit* von Wissenschaft auf Wissenschaft sind.

Die Privathochschulträgerfreiheit kann gegen all dem nicht eingewendet werden. Denn notwendiges Motiv des Hochschulträgers ist es, eine dem staatlichen Bereich gleichwertige Forschung und Lehre organisieren zu wollen.¹⁶² Wenn das Eine nicht ohne das Andere geht, wäre es ein Verstoß gegen das venire-Verbot, wenn nur das Eine, nicht aber zugleich auch das mit dem Einen untrennbar zusammengehörende Andere für sich reklamiert wird.

3. Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe

Welche Gebote zur Organisation epistemischer Offenheit im Genaueren erforderlich sind, wäre Aufgabe einer eigenen Untersuchung. Die bisherigen Überlegungen basieren auf Befunde ins Selbstverständliche abgesunkener Tradition. Der Preis ist eine gewisse Unschärfe. Der Verweis auf Tradition verdeckt ja eher, dass der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation eine Wirklichkeitskonstruktion darstellt, die wie eine jede derartige Konstruktion Wissen über das *soziale* Phänomen einer organisierten Wissenschaft voraussetzt. Tradition fungiert als Chiffre, anhand derer versucht werden kann, „außerjuridische Beschreibungen der Wissenschaft in die rechtliche Konzeption zu integrieren, ohne dabei den Inhalt der außerjuridischen Beschreibung näher exemplifizieren zu müssen“¹⁶³. Wenn der Rekurs auf Tradition

161 Dazu siehe nur Gärditz, Hochschulorganisation, S. 397 f., 581 ff.

162 Siehe oben II.3.a..

163 Broemel, Grundrechtstheorie, S. 172.

nicht überzeugt, bleibt die Notwendigkeit, sich das juristisch relevante Wissen zu beschaffen, mithin weiterhin aufzugeben, wenngleich hier nicht einlösbar.¹⁶⁴

Falls der Hochschulträger daher belastbar aufzeigen kann, dass eine in der Tradition verankerte Organisationsfigur hinsichtlich des Erfordernisses, epistemische Offenheit zu sichern, ersichtlich neutral ist, wird der dann begründete Zweifel zumindest dazu führen müssen, dass das Bezugsfeld rechtlicher Wertung in ein Abwägungsfeld umgewandelt wird. Denn kann der Verweis auf Tradition den Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation nicht mehr belastbar stiften, stehen sich die Wissenschaftsfreiheit der Hochschule und die Privathochschulträgerfreiheit, die sich dann nicht mehr einem *venire*-Vorwurf stellen muss, hinsichtlich der Beurteilung des sachgerechten Maßes an epistemisch gegründeten Organisationserwartungen gegenüber. Dieser Konflikt sollte nach allgemeinen Kollisionsregeln der praktischen Konkordanz aufgelöst werden.

4. Organisationsprinzipien im nichtstaatlichen Bereich: Epistemische Adäquanz – epistemische Relevanz – Selbstbezüglichkeit

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass die Kriterien der Wissenschaftsadäquanz und der Wissenschaftsrelevanz für den Bereich nichtstaatlicher Hochschulen verabschiedet werden können. Die Organisation ebendort folgt vielmehr den Prinzipien epistemischer Adäquanz und Relevanz, identifiziert jeweils durch die Selbstbezüglichkeit von Wissenschaft auf Wissenschaft. Lässt sich nach all dem nur ein Gebot einer der Produktion von Wissen erforderlichen Organisation nach den Maßstäben epistemischer Adäquanz und Relevanz aufzeigen, bedeutet dies zum einen, dass die eingangs vorgestellten These der Vermittlung¹⁶⁵ als einzige der drei vorgestellten Thesen begründet werden kann. Folge ist zugleich zum anderen, dass all das, was nicht organisationsrechtlich unter dieses Gebot fällt, qua Privathochschulträgerfreiheit in die Regelungskompetenz des Hochschulträgers fällt. Der Gesetzgeber darf in dessen Freiheit regulatorisch nicht eingreifen. Denn dies würde voraussetzen, dass ihm gleichrangige Verfassungsgüter

zur Seite stünden, die indes hier im Grundsatz nicht ersichtlich sind. Denn die in Frage kommenden sonstigen Verfassungsgüter sind entweder bereits im o. g. Gebot epistemegerechter Organisation abgebildet oder werden – wie bei der Berufsfreiheit der Studierenden – über das in den Landeshochschulgesetzen durchweg verankerte Gebot erfasst, alle Mitgliedergruppen sinngemäß zum staatlichen Bereich an der Gestaltung des Studiums mitwirken zu lassen.

Soweit Landeshochschulgesetze daher vorsehen, Voraussetzung staatlicher Anerkennung sei, die Mitglieder der nichtstaatlichen Hochschule müssten an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze und damit überschießend zum Gebot epistemegerechter Organisation mitwirken dürfen, begegnet dies durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die eingangs vorgestellte Novellierung des Hochschulgesetzes in Nordrhein-Westfalen war daher unumgänglich – worauf der Gesetzgeber dann auch selbst in der Begründung hingewiesen hat.

Zudem konnte gezeigt werden, dass die richtigerweise dem Hochschulträger zuzuordnende Wissenschaftsfreiheit zwar eine hinreichende, keineswegs aber eine notwendige Bedingung ist, um das Erfordernis einer dem staatlichen Bereich in Gänze sinngemäßen Governance zu bestreiten. Selbst wenn die Privathochschulträgerfreiheit daher negiert würde, bliebe die Governance nichtstaatlicher Hochschulen gleichwohl nach den Grundsätzen epistemischer Adäquanz und Relevanz zu organisieren. Und wenn umgekehrt die schutzpflichtrechtlich motivierten Ergebnisse des Abschnitts III. nicht überzeugend sein sollten, wohl aber von einer Privathochschulträgerfreiheit ausgegangen würde, wäre das Ergebnis mit Blick auf das Erfordernis praktischer Konkordanz bis auf Abweichungen im Detail praktisch das gleiche, welches hier in Abschnitt IV. aufgezeigt wurde.¹⁶⁶ Anders wäre die Lage nur, wenn sowohl die Argumentationen des Abschnitts III. als auch jene des Abschnitts IV. abgelehnt würden. Diese Argumentationslast muss aber erst noch eingelöst werden.

164 Broemel, Grundrechtstheorie, S. 174, weist richtigerweise gegen Gärditz, Hochschulorganisation, S. 100 ff., 286 ff., 326 ff., darauf hin, dass Rechtsdogmatik interdisziplinär nicht abstinieren darf, sondern auf Beschreibungen anderer Wissenschaften angewiesen bleibt. Das von Gärditz ebda. bemühte Argument, der Rückgriff auf die Erkenntnisse empirischer Wissenschaften würde die Eigenrationalität des Rechts und dessen Wertungen untergraben, ist ein jahrzehntelang in immer wieder neuer Einkleidung vorgetragenes Argument gegen den Einbezug insbes. rechtssoziologischer Erkenntnisse in rechtsdogmatische Überlegungen. Dazu und zur Konstruktion von Wirklichkeit durch Recht siehe

nur Mahlmann, Matthias, Widerständige Gerechtigkeit, 2018; Augsberg, Ino, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, in: Der Staat 51 (2012), 117 ff.; ders., Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben, in: Rechtstheorie 46 (2015), 71 ff.; zur Verschränkung von Faktum und Normativität siehe ders., Die Normalität der Normativität, JZ 2020, 425 ff.; bezogen auf die Lösung konkreter Fälle die Beiträge in Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017.

165 Siehe oben I.2.

166 Siehe etwa die Ergebnisse hinsichtlich der Herbeiführung praktischer Konkordanz bei Württemberg, OdW 2019, 15, 22 ff..

V. Zusammenfassung

Folgendes kann als Ergebnis notiert werden:

1) Die erkenntnisleitenden Thesen lauten wie folgt: Nach der *These der Verneinung* gibt es keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen. Nach der *These organisatorischer Opulenz* muss diese Binnenorganisation in Gänze sinngemäß zu jener im staatlichen Hochschulbereich verfasst werden. Nach der *These der Vermittlung* gehört diese Organisation zumindest in den akademischen Belangen sinngemäß zum staatlichen Bereich strukturiert (I.2.).

2) Der Hochschulträger kann sich zur Vermeidung untragbarer Wertungswidersprüche zwischen dem nichtstaatlichen und dem staatlichen Bereich hinsichtlich seiner konzeptionell-planerischen Aktivitäten auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen. Zu dieser Privathochschulträgerfreiheit zählt auch, die Governance der Hochschule zu entwerfen und in die Hochschule zu implementieren (II.4.).

3) Die Professorinnen und Professoren können sich gegenüber dem Hochschulträger nicht auf das abwehrrechtliche Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen (III.1.a.). Allerdings ist der Träger aufgrund der staatlichen Anerkennung der Hochschule und der mit dieser Anerkennung verbundenen Qualitätsanforderungen gehalten, den professoral Tätigen seiner Hochschule arbeitsvertraglich Freiheit in Forschung und Lehre für die Dauer ihrer Beschäftigung einzuräumen (III.1.b.). Aus diesem vertraglich gesicherten Freiraum lassen sich indes keine Folgerungen für die Binnenorganisation der Hochschule ableiten (III.1.c.).

4) Die individualistisch gegründete staatliche Schutzpflicht, der Staat sei gehalten, nicht hinnehmbare Gefährdungen für freie Forschung und Lehre des Einzelnen abzuwehren und diese Freiheit nach Maßgabe der These organisatorischer Opulenz zu schützen, greift im Bereich nichtstaatlicher Hochschulen schon tatbestandlich nicht ein. Denn die nicht hinnehmbare Gefährdungslage liegt nicht vor. Weder lässt sich ermitteln, dass eine Gefährdung besteht. Noch wäre diese – ceteris paribus sie bestünde – im Wertungsabgleich in ihrer Intensität mit anerkannten Fallgruppen nicht hinnehmbarer Gefährdungen im Privatrechtsverkehr gleich (III.2.b.). Dem individualistisch gegründeten Gefährdungsgedanken lässt sich mithin keine Schutzpflicht betreffend die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen entnehmen. Das wird auch dann nicht anders, wenn die individualistische Gründung verlassen und der Schutzpflichtgedan-

ke auf die Organisation Hochschule bezogen wird (III.2.c.). Letztlich kann die gefährdungsgegründete Schutzpflicht umgekehrt in eine Gefährdung der Hochschule selbst umschlagen (III.2.d.). Durch den Hinweis auf den fehlenden Universalismus der Gefährdungsdiagnose erweist sich der gefährdungsgegründete Schutzpflichtgedanke schließlich als bloß regional angelegtes Konstrukt mit der Folge, dass die Figur der Gefährdung insgesamt in der Überzeugungskraft ihrer internen Konfiguration zerbricht (III.2.e.).

5) Auch der Versuch, die These organisatorischer Opulenz nicht mehr gefährdungsbezogen, sondern auf dem Gebot konsequenten Handelns mit Blick auf die staatliche Anerkennung und den daraus folgenden Umstand zu gründen, die auf die Organisation bezogenen Rechte der wissenschaftlich Tätigen seien wie im staatlichen auch im privaten Bereich zu wahren, führt nicht zu einer Pflicht, den Binnenraum der nichtstaatlichen Hochschule in Gänze sinngemäß dem staatlichen Bereich organisieren zu müssen (III.3.a., b.).

6) Auch neuere Bestrebungen, unter gewissen Voraussetzungen eine unmittelbare Horizontalwirkung des Gleichheitssatzes ins Werk zu setzen, führen organisati- onsrechtlich nicht weiter (III.4.).

7) Als Zwischenfazit kann notiert werden, dass die These organisatorischer Opulenz und damit auch die Grundsätze der Wissenschaftsadäquanz und der Wissenschaftsrelevanz, die für die hochschulische Organisation im staatlichen Bereich gelten, für den Bereich nichtstaatlicher Hochschulen keine Geltung beanspruchen können (III.5.).

8) Weiterführend ist hingegen, das Konsequenzgebot auf die durch die staatliche Anerkennung erzeugten Erwartungen des Rechtsverkehrs zu beziehen und sodann diese Erwartungen nach Maßgabe der These der Vermittlung auszubuchstabieren. Diese Erwartungen richten sich darauf, dass in der nichtstaatlichen Hochschule eine Qualität in Lehre und Forschung äquivalent zu jener im staatlichen Bereich vorgehalten wird. In dieser Perspektive muss dann auch die Organisation im nichtstaatlichen Bereich jener im staatlichen Bereich äquivalent sein, wenn diese Organisation qualitätssichernd ist. Die Perspektive wechselt dann von einem gefährdungsgegründeten oder consequenzgebotenen Freiheitsschutz hin zu dem objektiven Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme (IV.1.).

9) Mit Blick auf den Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme kann im Lichte der vorfindlichen organisationsrechtlichen Setzungen des gemeindeutschen Hochschulrechts, auf deren Bestand sich die vor-

genannten Erwartungen des Rechtsverkehrs beziehen, hergeleitet werden, dass die hergebrachten ureigenen akademischen Angelegenheiten in die Entscheidungsbezugnis eines nach den Prinzipien von Kollegialität und Selbstverwaltung verfassten akademischen Gremiums gehören. Zu diesen Angelegenheiten gehören indes nicht strategische Fragen, Fragen der Mittelverteilung und die Bestellung und Abberufung der Leitungsorgane aller Ebenen. Dies sind Angelegenheiten des Trägers (IV.2.). Bestehen Unsicherheiten in dem genauen Zuschnitt der akademischen Belange, wechselt das Feld rechtlicher Wertung in ein solches der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Privathochschulträgerfreiheit und den Wissenschaftsgrundrechten der wissenschaftlich Tätigen (IV.3.). Zugleich konnte gezeigt werden, dass die These der Verneinung nicht überzeugt (IV.2.a.).

10) Die Binnenorganisation nichtstaatlicher Hochschulen wird durch die Prinzipien der epistemischen Adäquanz und Relevanz regiert, identifiziert jeweils durch die Selbstbezüglichkeit von Wissenschaft auf Wissenschaft (IV.4.).

11) Es hat sich zudem gezeigt, dass sich das Erfordernis einer epistemeadäquaten Binnenorganisation der nichtstaatlichen Hochschule ohne Rückgriff auf die Privathochschulträgerfreiheit begründen lässt. Wird diese Freiheit bestritten, ändert dies mithin nichts daran, dass die nichtstaatliche Hochschule nicht wissenschaftsadäquat sinngemäß zum Freiheitsschutz im staatlichen Bereich, sondern epistemeadäquat sinngemäß zu den regi-

onalen Traditionen des Zusammenhangs zwischen der Hochschulorganisation und der Produktion von Wissen organisiert gehört. Ein im wesentlichen gleiches Ergebnis wird erzielt, wenn der hergebrachte Ansatz der Wissenschaftsadäquanz in eine praktische Konkordanz zur Privathochschulträgerfreiheit gebracht wird (IV.4.).

Insgesamt gesehen konnte gezeigt werden, dass weder mit Verneinung, noch mit Opulenz, sondern allein mit Vermittlung¹⁶⁷ eine Aufbereitung der komplexen trilateralen Grundrechtskomposition im nichtstaatlichen Hochschulbereich gelingt, die weder einseitig die berechtigten Belange des Hochschulträgers verabsichtigt, noch dessen Belange zu stark in den Vordergrund stellt. Die nichtstaatliche Hochschule folgt auch in ihrer Organisation ihren eigenen Logiken. Es sollten zumindest nicht unbesehen jene des staatlichen Bereichs sein.

Joachim Goebel ist Beamter im Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen und außerplanmäßiger Professor für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Universität Regensburg. Dieser Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

167 Zu diesen drei Thesen siehe oben I.2..

Daniel Becker

Die Wissenschaftsprivilegierung in der DS-GVO

Übersicht

I. Einleitung

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

2. Verarbeitung von Daten

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

c) Die Einwilligung

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

V. Die Forschungsfreiheit

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

VII. Fazit

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹ im Mai 2017 haben sich die Möglichkeiten für die Nutzung von Forschungsdaten grundlegend gewandelt. Der Regelungsansatz der DS-GVO ist dabei innovationsoffen und forschungsfreundlich ausgestaltet und enthält einen umfangreichen Katalog an Privilegierungen zugunsten der wissenschaftlichen Forschung. Diesen Privilegierungen stehen dabei Garantien und Maßnahmen gegenüber, die von Forschenden zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen gewahrt werden müssen. Im Folgenden wird zunächst die Bedeutung personenbezogener Daten für Forschende exemp-

larisch dargestellt. Im Weiteren werden das Regelungskonzept der DS-GVO knapp beleuchtet und die forschungsprivilegierenden Normen herausgearbeitet. Aufbauend auf einer Analyse der zugrundeliegenden grundrechtlichen Spannungslagen zwischen dem Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten und der Wissenschaftsfreiheit wird abschließend die zentrale Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO beleuchtet. Hierbei wird zum einen das Verhältnis zu Art. 6 DSGVO bestimmt, zum zweiten wird auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ das relevante Grundrechtregime bestimmt, also die Frage geklärt, ob die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)² oder die des Grundgesetzes (GG)³ relevanter Maßstab der Auslegung sind. Es wird dabei insbesondere auch auf die in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO verankerte Öffnungsklausel für mitgliedstaatliche Regelungen eingegangen und das Verhältnis zur bundesrechtlichen Umsetzung in § 27 Abs. 2 BDSG⁴ sowie zu den landesrechtlichen Umsetzungen dargestellt.

II. Personenbezogene Daten in der Forschung

Personenbezogene Daten finden in vielen Bereichen wissenschaftlicher Forschung Anwendung. Forschungsfelder, die auf die Verwendung personenbezogener Daten angewiesen sind, sind solche, bei denen Menschen im Zentrum der Forschung stehen.⁵ Hierzu gehören u. a. die Humanmedizin, die Psychologie, die Soziologie oder die Erziehungswissenschaften. Personenbezogene Daten werden dabei im Rahmen von Studien und Interviews, aber auch mittels neuer und herkömmlicher Technologien, wie z. B. der Computertomografie erhoben. Neben diesen Forschungsfeldern ist die Verwendung personenbezogener Daten auch in Forschungsbereichen gegeben, bei denen eine Nutzung personenbezogener Daten nicht offensichtlich ist, wie z. B. den

1 Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/92).

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100 1, veröffentlichten

bereinigten Fassung, das durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) zuletzt geändert worden ist.

4 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), das durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist.

5 *Roßnagel*, Datenschutz in der Forschung, ZD 2019, 157.

Geo- und Umweltwissenschaften.⁶ Das Voranschreiten von Datenauswertungstechniken im Rahmen von Big Data⁷ sowie die vermehrte Nutzung künstlicher Intelligenz (KI)⁸ treibt die Datennutzung zu Forschungszwecken weiter voran. Gute wissenschaftliche Forschung wird, auch wegen des fortschreitenden Einsatzes von KI im Bereich der Forschung, zukünftig noch mehr von der Nutzung personenbezogener Daten, deren Qualität abgesichert ist, abhängig sein. Um der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung von Forschung für das Gemeinwohl gerecht zu werden, ist es mithin erforderlich, dass dieser ein hinreichender Spielraum hinsichtlich der Verwendung dieser Daten eingeräumt wird.

III. Der Forschungsbegriff der Datenschutzgrundverordnung

Die DS-GVO beinhaltet eine Reihe von Vorschriften, die der Privilegierung der „wissenschaftlichen Forschung“ dienen. Eine Definition des Begriffs der „wissenschaftlichen Forschung“ ist in der DS-GVO, trotz des umfangreichen Katalogs von Legaldefinitionen in Art. 4 DS-GVO, jedoch nicht enthalten.⁹ Als Ausgangspunkt wird daher im Folgenden der Begriff der Forschung in der Auslegung des BVerfG als *Orientierungshilfe* herangezogen.¹⁰ Demnach ist Forschung die „Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer

Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.¹¹ Ausweislich des ErwG 159 S. 2 zur DS-GVO ist der Forschungsbegriff weit auszulegen und umfasst die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung sowie explizit die privat finanzierte Forschung.¹² Zwar handelt es sich bei Erwägungsgründen nicht um rechtlich bindende Normen unionaler Rechtsakte, sie sind aber als Auslegungshilfen von zentraler Bedeutung anerkannt.¹³ Im Rahmen von privat finanzierter Forschung ist es – aus Sicht der Literatur – unerheblich, ob diese auf die Generierung eines ökonomisch verwertbaren Forschungsergebnisses gerichtet ist oder auf ein im öffentlichen Interesse stehendes Forschungsziel.¹⁴ Dies ist überzeugend, da sich dies aus Art. 179 Abs. 1 AEUV ergibt,¹⁵ auf den der ErwG 159 S. 3 verweist.¹⁶ Der weite Forschungsbegriff der DS-GVO ist indes dahingehend einzuschränken, dass nur unabhängige Forschungstätigkeit erfasst ist.¹⁷ Daraus ergibt sich, dass eine direktive Beeinflussung durch Dritte auf den Prozess der Erkenntnisgewinnung ausgeschlossen sein muss.¹⁸ Auch darf sich die wissenschaftliche Forschung nicht wirtschaftlichen oder anderen Interessen unterordnen.¹⁹ Darüber hinaus ist vom Forschungsbegriff nicht die bloße Anwendung bereits bekannter Erkenntnisse umfasst.²⁰ Ebenso sind auch statistische Verarbeitungen, deren Ergebnis zwar *neue* Erkenntnisse darstellen, aber keine *neuartigen* Erkenntnisse, nicht vom Begriff der Forschung umfasst.²¹ Einen

6 Hartmann, Personenbezogene Forschungsdaten in unverdächtigen Forschungsdisziplinen, LIBREAS. Library Ideas (36) 2019, 1f.

7 Big Data bezeichnet Technologien, die zur Erhebung und Analyse großer Datenmengen genutzt werden. Ausführlich zum Big Data-Begriff: Holthausen, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19.

8 Der aktuelle Entwurf für eine KI-Verordnung definiert KI-Systeme in seinem Art. 3 als „Software, die mittels einer oder mehrerer Techniken oder Konzepte aus Anhang I entwickelt werden und für eine gegebene Reihe an vom Menschen definierten Zielen Ausgabewerte generieren kann, die aus Inhalten, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen bestehen können, die die Umgebung beeinflussen, mit der sie interagieren“, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence and Amending Certain Union Legislative Acts, COM (2021) 206 final.

9 Weichert, Die Forschungsprivilegierung in der DS-GVO, ZD 2020, 18.

10 So auch: Werkmeister/Schwaab, Auswirkungen und Reichweite des datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegs, CR 2019, 85; Landesdatenschutzbeauftragter Niedersachsen, Forschung und Datenschutz, <https://www.lfd.niedersachsen.de/themen/forschung/datenschutz-und-forschung-56093.html> (zuletzt abgerufen am 2.12.2021).

11 BVerfG Urteil vom 29.5.1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973,

1176.

12 ErwG 159 S. 2: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung sollte *weit* ausgelegt werden und die Verarbeitung für beispielsweise die technologische Entwicklung und die Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die privat finanzierte Forschung einschließen.“

13 Wegener in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 19 EUV, Rn. 16; siehe auch: Paal/Pauly in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Einleitung, Rn. 10 sowie GA Colomer, Schlussanträge EuGH Rs. C-267/06.

14 Geminn, Wissenschaftliche Forschung und Datenschutz, DuD 2018, 640, 643; Werkmeister/Schwaab (Fn. 10), 86; zum Wissenschaftsbegriff der GRCh siehe auch: Teetzmann, Schutz vor Wissen?, 2020, 276, 277.

15 Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 179 AEUV, Rn. 1.

16 Hornung/Hoffmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 2017, 4.

17 Weichert (Fn. 9), 19.

18 Weichert (Fn. 9), 19.

19 Geminn (Fn. 14), 643.

20 Ibid.

21 Johannes/Richter, Privilegierte Verarbeitung im BDSG-E, DuD 2017, 300, 301.

Grenzfall bildet die Markt- und Meinungsforschung.²² Zusammenfassend kann aus Sicht der Literatur eine Vielzahl von Begriffen unter den Forschungsbegriff der DS-GVO gefasst werden. Prima facie kann daher als Kernbestand des Forschungsbegriffs der DS-GVO für die folgende Abhandlung davon ausgegangen werden, dass er neben der öffentlichen auch die private wissenschaftliche Forschung erfasst, solange diese unabhängig, also frei von direkter Einflussnahme ist, und einem Mindestmaß an wissenschaftlichen Standards genügt.

IV. Regulierung vs. Privilegierung der Nutzung personenbezogener Daten in der Forschung durch die DS-GVO

Soweit eine Tätigkeit dem Forschungsbegriff der DS-GVO unterfällt, ist das Spannungsfeld von Regulierung der Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere durch das Erfordernis einer Verarbeitungsgrundlage, und der Privilegierung der Nutzung dieser Daten zu Forschungszwecken zu untersuchen.

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

Der Schutzgegenstand der DS-GVO sind personenbezogene Daten. Personenbezogenen Daten werden in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legal definiert als:

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als *identifizierbar* wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, ..., identifiziert werden kann.“²³

Umstritten ist insbesondere die Reichweite der Identifizierbarkeit.²⁴ Überzeugend ist die Annahme des sog. relativen Personenbezugs, der das Wissen Dritter, auf das der Verantwortliche zugreifen kann, berücksichtigt.²⁵ Identifizierbar i. S. d. Norm ist eine Person somit dann, wenn Daten unter Berücksichtigung sowohl des Wissens des Verantwortlichen als auch des Wissens Dritter, auf das der Verantwortliche mit angemessenem Auf-

wand zugreifen kann, die Identifikation möglich machen.²⁶ Zu weitgehend ist der absolute Personenbezugsbegriff, nach dem sämtliches Wissen Dritter, einschließlich solcher, die sich nur auf illegalem Wege Zugriff zu den Daten verschaffen könnten, in die Betrachtung einzufließen haben.²⁷

Der Umfang der Daten, die als personenbezogene Daten einzustufen sind, ist damit maßgeblich davon abhängig, wer im konkreten Einzelfall als Verantwortlicher einzustufen ist. Bei Forschenden, die an Universitäten tätig sind, ist im Regelfall die Universität die Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.²⁸ Werden Forschende für Unternehmen tätig, sind letztere als Verantwortliche anzusehen.²⁹ Werden Forschende ausschließlich selbst tätig, sind sie selbst Verantwortliche i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.³⁰ Abhängig von dem zur Verfügung stehenden Wissen und den Ressourcen des Verantwortlichen ist mithin für jedes Datum zu prüfen, ob es als personenbezogenes Datum zu qualifizieren ist.

2. Verarbeitung von Daten

Die Verarbeitung von Daten ist in der DS-GVO an das Vorliegen einer Verarbeitungsgrundlage geknüpft. Die möglichen Verarbeitungsgrundlagen werden in Art. 6 DS-GVO enumerativ benannt. Soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden, muss eine der Verarbeitungsgrundlagen vorliegen.³¹ Zentral auch für Forschungszwecke sind einerseits die Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DS-GVO und andererseits die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO. Demnach ist eine Verarbeitung zulässig, wenn dies für die Interessen des Verarbeitenden erforderlich ist und die Rechte der betroffenen Personen nicht überwiegen. Für die Forschung an Hochschulen und anderen öffentlichen Einrichtungen sind demgegenüber die Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO sowie Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DS-GVO maßgeblich.³² Für diese

22 Dafür, dass im Einzelfall auch Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Forschungszwecke i. S. d. DS-GVO einzustufen sind argumentieren: *Hornung/Hoffmann* (Fn. 16), *Geminn* (Fn. 14), 643; dagegen argumentiert für den Fall rein oder vorrangig kommerzieller Marktforschung: *Weichert* (Fn. 8), 20; insgesamt einer Einordnung von Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftlichen Zweck ablehnend gegenüberstehend: *Johannes/Richter* (Fn. 21).

23 Hervorhebung durch den Verfasser.

24 Ausführlich zum Streitstand *Arning/Rothkegel* in Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO, Rn. 33ff.

25 *Dies.* (Fn. 24), m. w. N., Rn. 38.

26 *Dies.* (Fn. 24), Rn. 34.

27 Für diesen aber eintretend *Dregelies*, *Wohin laufen meine Daten?*, VuR 2017, 256, 257.

28 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

29 *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen, ZD 2019, 143.

30 *Rofsnagel* (Fn. 5), 157.

31 *Frenzel* in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 6 DS-GVO, Rn. 7.

32 Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c DS-GVO legitimiert die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für Verpflichtungen des Verantwortlichen notwendig ist. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. e DSGVO regelt die Verarbeitung personenbezogener Daten im öffentlichen Interesse.

eröffnen Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO den Mitgliedsstaaten umfangreiche Spielräume bei der Ausgestaltung der Regelungen für die öffentlichen Stellen.³³

Aus diesem Grund ist bei der universitären Forschung nicht ausschließlich auf die Regelungen der DS-GVO abzustellen, sondern vielmehr eine Gesamtbeurteilung von DS-GVO und mitgliedstaatlichen Regelungen vorzunehmen.³⁴ In Deutschland sind neben der DS-GVO die Datenschutzgesetze der Länder heranzuziehen. Exemplarisch wird vorliegend auf das Landesdatenschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg (LDSG BW)³⁵ abgestellt. Aufgrund der unionsrechtlichen Öffnungsklausel ist im Bereich der Forschung nicht allein die DS-GVO maßgebend, sondern auch auf die entsprechenden Umsetzungsregeln. Die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und den Datenschutzgesetzen der Bundesländer ist vom handelnden Akteur abhängig.³⁶ Soweit die Forschung durch öffentliche Stellen der Länder betrieben wird, sind die Datenschutzgesetze der Länder einschlägig.³⁷ In anderen Fällen ist das BDSG anzuwenden.³⁸ Weitere Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO besonders geschützten Daten. Der Artikel benennt enumerativ verschiedene Gruppen von Daten, die als besonders schutzwürdig angesehen werden, wie beispielsweise Gesundheitsdaten sowie genetische und biometrische Daten, und verbietet grundsätzlich deren Verarbeitung.³⁹ Dieses Verbot wird jedoch durch einen Katalog von Ausnahmen, die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO festgeschrieben werden, durchbrochen.⁴⁰ Dieser benennt abschließend verschiedene Verarbeitungsvoraussetzungen, die alternativ für eine rechtskonforme Verarbeitung vorliegen müssen.⁴¹ Für Forschungszwecke ist in diesem Rahmen, d. h. als Grundlage für eine Verarbeitung selbst von geschützten Daten nach Art. 9 DS-GVO, einerseits die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO und andererseits die Forschungsausnahme nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO von besonderer Relevanz.

3. Privilegierungen zu Gunsten der Wissenschaftsfreiheit

Neben der Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage enthält die DS-GVO eine Vielzahl weiterer Anforderungen an die rechtskonforme Verarbeitung von Daten. Die Verarbeitung zum Zwecke der Forschung ist nicht nur durch Verarbeitungsgrundlagen privilegiert, sondern auch durch forschungsspezifische Lockerungen.

a) Der Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO)

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO dürfen personenbezogene Daten nur für zuvor festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke verarbeitet werden. Der enge Zweckbindungsgrundsatz trägt der Rolle des Verarbeitungszwecks als zentralem Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten im grundrechtlichen Spannungsfeld Rechnung.⁴² Die Verpflichtung, die Zwecke der Verarbeitung zuvor abschließend festzulegen, ermöglicht eine umfassende Abwägung der Belange im Vorhinein. Vom Zweckbindungsgrundsatz ist auch die Weiterverarbeitung der personenbezogenen Daten umfasst.⁴³ Bei Forschungsvorhaben können sich im Fortlauf des Projekts indes weitere Verwendungsmöglichkeiten für bereits verarbeitete personenbezogene Daten ergeben. Dieser Tatsache wird in der DS-GVO durch eine Privilegierung der Forschung bei der Sekundärverarbeitung⁴⁴ Rechnung getragen. In Übereinstimmung mit dem Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine solche (nur) ausgeschlossen, wenn sie mit dem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist. Dies betrifft insoweit auch die Weiterverarbeitung durch andere Personen als den ursprünglichen Verarbeiter.⁴⁵ Bei wissenschaftlichen und historischen Forschungszwecken, sowie für statistische Zwecke, gilt daneben die widerlegbare Vermutung, dass die Weiterverarbeitung zu diesen Zwecken „nicht unvereinbar“ mit den ursprünglichen

33 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 56.

34 Roßnagel (Fn. 5).

35 Landesdatenschutzgesetz vom 12. Juni 2018, GBl. 2018, 173.

36 Klar/Kühling in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, § 2 BDSG, Rn. 1.

37 Dies., Rn. 10f.

38 Dies., Rn. 2ff.

39 Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition 2021, Art. 9 DSGVO, Rn. 46.

40 Weichert in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 9 DS-GVO, Rn. 7.

41 Ders., Rn. 45.

42 Frenzel in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 5, Rn. 23. Zur Verankerung des Zweckbindungsgrundsatzes im Primärrecht der EU: Sobotta in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 37. Ergänzungslieferung 2021, Art. 16 AEUV, Rn. 37 f.

43 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

44 Unter Sekundärverarbeitung wird jede weitere Verarbeitung der Daten verstanden, die nach der ursprünglich geplanten Verarbeitung erfolgt.

45 Frenzel (Fn. 42), Rn. 29.

Zwecken ist.⁴⁶ Die negative Formulierung in Form der doppelten Verneinung wird als Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Sekundärverarbeitenden ausgelegt.⁴⁷ Dies bedeutet konkret, dass die betroffene Person dem Verantwortlichen nachweisen muss, dass die Verarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar war. Eine rechtmäßige Verarbeitung ist indes nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO an die Einhaltung von „geeigneten Garantien“ nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO geknüpft. Geeignete Garantien können bspw. Anonymisierung und Pseudonymisierung sowie Maßnahmen wie Verschlüsselung der Daten, Kontrolle des Zugangs auf die Daten sowie Geheimhaltungspflichten und Vertraulichkeitsvereinbarungen sein.⁴⁸

Die Fokussierung auf die Notwendigkeit geeigneter Garantien wird als Hinweis auf eine enge Auslegung der auf Art. 89 Abs. 1 DS-GVO verweisenden Vorschriften verstanden.⁴⁹ Dies überzeugt, da die weitreichende Privilegierung der Forschung nur dann als gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn sie an strenge Vorgaben geknüpft ist.⁵⁰

Weiter wird durch Art. 89 Abs. 1 DS-GVO der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO als Gegengewicht zur Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes etabliert.⁵¹ Der Grundsatz der Datenminimierung besagt, dass nur die personenbezogenen Daten verarbeitet werden dürfen, die für die Erreichung des angegebenen Zwecks erheblich, angemessen und notwendig sind.⁵² Direkte Folge der Pflicht zur Datensparsamkeit ist die Notwendigkeit der unmittelbaren Anonymisierung der erhobenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 Satz 4 DSGVO. Diese Anonymisierung steht aber wiederum unter dem Vorbehalt, dass eine solche nur dann erfolgen muss, wenn dies den verfolgten Zwecken nicht entgegensteht. Die praktischen Notwendigkeiten der wissenschaftlichen Forschung, die beispielsweise bei Langzeitstudien nicht auf anonymisierte Daten zurückgreifen kann, werden damit berücksichtigt.⁵³

Betrachtet man die Umsetzung nach deutschem Recht, so wurde dem unionsrechtlichen Erfordernis geeigneter Garantien im BDSG durch § 22 Abs. 2 BDSG entsprochen.⁵⁴ Dieser benennt einen nicht abgeschlossenen Katalog von Maßnahmen, die unter „Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten“ sowie „der Art des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung“ getroffen werden müssen. Im Bereich des LDSG BW wird dem Erfordernis geeigneter Garantien durch § 3 Abs. 1 LDSG BW entsprochen. Dieser entspricht im Wesentlichen § 22 Abs. 2 BDSG. Ergänzt wird er durch die Anforderung der Anonymisierung, sobald dies mit den Zwecken des Forschungsvorhabens vereinbar ist, nach § 13 Abs. 2 LDSG BW.

b) Der Grundsatz der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO)

Denselben Regulierungsgedanken wie die Forschungsprivilegierung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO beinhaltet die Privilegierung der Forschung im Rahmen der Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO. Er knüpft unmittelbar an den Zweckbindungsgrundsatz an und erweitert diesen um das Erfordernis des Aufhebens der Verknüpfung zu der betroffenen Person, sobald diese für den Verarbeitungszweck nicht mehr erforderlich ist.⁵⁵ Der Grundsatz der Speicherbegrenzung erfordert, dass der Verantwortliche den Personenbezug der verarbeiteten Daten aufhebt, sobald dieser nicht mehr für den verfolgten Zweck erforderlich ist.⁵⁶ Dies kann durch Anonymisierung oder Löschung erfolgen.⁵⁷ Ausgeschlossen ist von ihm das Anlegen einer Vorratsdatenbank für eine spätere Verwendung zu einem noch unbestimmten Zweck.⁵⁸ Aufgebrochen wird der Grundsatz der Speicherbegrenzung zudem durch Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DSGVO, demzufolge zeitlich längere Speicherzeiträume für Zwecke wissenschaftlicher Forschung zulässig sind. Eine genaue Zeitspanne wird von Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO nicht benannt. Als gute wissenschaftliche Praxis ist ein Zeitraum von 10 Jahren

46 Breyer/Jonas, *Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht* nach Art. 5 DS-GVO, DuD 2018, 312, 313.

47 Frenzel (Fn. 42), Rn. 30.

48 Spindler/Horváth in Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Auflage 2019, Art. 89 DSGVO, Rn. 10.

49 Eichler in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 89 DS-GVO, Rn. 12.

50 Ders., Rn. 13.

51 Ders., Rn. 12.

52 Zu den Begriffen im Einzelnen: Schantz in Wolff/Brink, *BeckOK Datenschutzrecht*, 37. Edition 2021, Art. 5 DSGVO, Rn. 24 ff.

53 Schaar, *DS-GVO: Geänderte Vorgaben für die Wissenschaft – Was sind die neuen Rahmenbedingungen und welche Fragen bleiben offen?*, ZD 2016, 224, 225.

54 Rose in Taeger/Gabel, *DSGVO BDSG*, 3. Auflage, 2019, § 22 BDSG, Rn. 4.

55 Frenzel (Fn. 42), Rn. 43.

56 Herbst in Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 3. Auflage 2020, Art. 5 DSGVO, Rn. 64.

57 Frenzel (Fn. 42), Rn. 45.

58 Schantz (Fn. 52), Rn. 33. Eine Vorratsdatenbank ist eine Sammlung personenbezogener Daten zur späteren Verarbeitung.

anerkannt.⁵⁹ Auch ist der Verantwortliche nach Art. 5 Abs. 1 lit. e Hs. 2 DS-GVO verpflichtet, geeignete Garantien für den Schutz der betroffenen Daten nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO zu treffen. Weitergehend bleibt auch die Anonymisierungspflicht für den Fall der fehlenden Notwendigkeit der Nutzung nicht anonymisierter Daten bestehen. Daraus lässt sich schließen, dass die Privilegierung im Rahmen der Speicherbegrenzung nur zu einer Verschiebung des Maßstabs zugunsten der Forschenden führt. Das heißt, dass Forschenden ein größerer Spielraum bei der Speicherdauer gewährt wird, während die Pflicht zur fortlaufenden Prüfung der Notwendigkeit der Speicherung nicht entfällt.

c) Die Einwilligung

Auch im Rahmen der Einwilligung berücksichtigt die DS-GVO die besonderen Anforderungen wissenschaftlicher Forschung. Die Einwilligung in die Verarbeitung der eigenen Daten muss nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO durch eine freiwillige, unmissverständliche, in informierter Weise abgegebene Willenserklärung von der betroffenen Person für den konkreten Einzelfall erfolgen. Die Festlegung auf einen bestimmten Fall ist umso spezifischer vorzunehmen, desto stärker der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen wiegt.⁶⁰ Da im Rahmen von Forschungsvorhaben regelmäßig bei Erhebung der personenbezogenen Daten noch nicht vorhergesehen werden kann, in welchem Umfang eine Verarbeitung den Zwecken des Forschungsvorhabens dient, oder ob Daten später für weitere Forschungszwecke weiter sinnvoll genutzt werden könnten, ist das Kriterium der Bestimmtheit ein besonderes Hindernis für eine Verarbeitung für Forschungszwecke auf der Grundlage von Einwilligungen. Dies gilt insbesondere bei besonders sensiblen Daten, wie z. B. genetischen Daten und Gesundheitsdaten, wenngleich diese auch von besonderem Interesse für die Wissenschaft sind.

Dieses Problem wird von ErwG 33 aufgegriffen. Nach diesem sollen Betroffene auch in die Verarbeitung ihrer Daten in bestimmten Forschungsbereichen, also nicht nur für einzelne Forschungsvorhaben, einwilligen können.⁶¹ Voraussetzung hierfür ist die „Einhaltung anerkannter ethischer Standards“ durch die Forschenden.⁶² Konkretisiert wird dies durch ErwG 33 S. 3, nach dem auch eine Einwilligung in Teilprojekte eines Forschungs-

bereiches möglich sein soll.

Danach gibt es gute Gründe, das Bestimmtheitserfordernis im Rahmen wissenschaftlicher Forschung großzügiger auszulegen. Es ist überzeugend, den einwilligenden Personen, die Möglichkeit zuzugestehen, ihren Konsens auf bestimmte Forschungsbereiche, wie z. B. die Krebsforschung, zu erstrecken. Daneben wird so auch Forschenden eine praxistaugliche Verwendung der Einwilligung ermöglicht, ohne die Betroffenen schutzlos zu stellen.

So verstanden kann die Einwilligung des Betroffenen im Bereich wissenschaftlicher Forschung eine sinnvolle und auch praktikable Verarbeitungsgrundlage darstellen. Da die Einwilligung als direkter Ausdruck des Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh eine Verarbeitung ohne Eingriff in das Recht der Betroffenen ermöglicht (vgl. Art. 8 Abs. 2 GRCh), sollten Forschende stets zunächst prüfen, ob eine Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage für das jeweilige Vorhaben vorliegt und hinreichend ist.

d) Einschränkung der Betroffenenrechte

Neben der Bevorzugung durch weitergehende Rechte im Rahmen der Verarbeitung wird die Forschung auch durch die Möglichkeit der Einschränkung der Betroffenenrechte privilegiert. Art. 89 Abs. 2 DS-GVO enthält eine unionsrechtliche Öffnungsklausel, die es den Mitgliedsstaaten erlaubt, die Rechte der Betroffenen zum Schutz ihrer Daten zum Zwecke der Forschung einzuschränken. Dies ist dann zulässig, wenn die Geltendmachung der Datenschutzrechte die Verwirklichung der Forschungszwecke unmöglich machen oder erheblich erschweren würde. Auf Basis der Öffnungsklausel können Mitgliedsstaaten folgende vier Rechte beschränken: das Auskunftsrecht der Betroffenen nach Art. 15 DS-GVO, das Recht auf Berichtigung aus Art. 16 DS-GVO, das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DS-GVO, das Recht auf Widerspruch aus Art. 21 DS-GVO sowie die Mitteilungspflicht aus Art. 19 DSGVO. Die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO wurde in Deutschland durch § 27 Abs. 2 BDSG sowie durch § 13 Abs. 4 LDSG BW umgesetzt.

Beschränkbar ist weiter das Recht auf Datenübertragung aus Art. 20 DS-GVO, wobei dieses bei der Verar-

59 DFG, Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis – Empfehlungen der Kommission „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“, 2013, 21: Empfehlung Nr. 7 zur Sicherung und Aufbewahrung von Primärdaten; DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 2019, 22: Leitlinie 17: Archivierung.

60 Ernst in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 4 DS-GVO, Rn. 78.

61 Denkbar wäre insoweit z.B. eine Einwilligung der Verwendung der personenbezogenen Daten für die Zwecke der Krebsforschung.

62 Siehe Erwägungsgrund 33 S. 2.: „Daher sollte es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht.“

beitung von Daten im öffentlichen Interesse oder durch öffentliche Gewalt ohnehin nicht anwendbar ist nach Art. 20 Abs. 3 DS-GVO. Hierdurch ist dieses Recht bei der Forschung durch öffentliche Stellen auch ohne die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DS-GVO bereits von vornherein ausgeschlossen.⁶³ Auch das Recht auf Löschung aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO ist nicht anwendbar, soweit die Verarbeitung zu Forschungszwecken erforderlich ist nach Art. 17 Abs. 3 lit. d DS-GVO.

Diese weitreichenden Einschränkungen sind dabei durch die Rückkopplung an strenge Bedingungen gut vertretbar. Es ist dabei zu beachten, dass diese Einschränkungen ohnehin nur die Rechte betreffen, die sich nach dem Vorliegen einer legitimen Verarbeitungsgrundlage seitens des Betroffenen ergeben. Das Erfordernis der Verarbeitungsgrundlage wird durch sie nicht berührt. Vorsicht ist indes bei der Auslegung des „unverhältnismäßigen Aufwands“ geboten, der nach § 27 Abs. 2 BDSG bzw. § 13 Abs. 4 LDSG BW eine Einschränkung des Auskunftsrechts begründet. Um dem Sinn der Norm gerecht zu werden sollte dabei ein „unverhältnismäßiger Aufwand“ nur in gut begründeten Ausnahmefällen angenommen werden.

V. Die Wissenschaftsfreiheit

Die Forschungsprivilegierungen der DS-GVO, die oben dargelegt wurden, sind am europäischen Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 13 GRCh zu messen.⁶⁴ Dieses steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV. Auch im Rahmen der GRCh ist der Begriff der Forschung nicht definiert. Zum Teil wird vor dem Hintergrund, dass Art. 13 GRCh als maßgeblich durch Art. 5 Abs. 3 GG inspiriert gilt,⁶⁵ die Definition des BVerfG als *Orientierungsmaßstab* herangezogen.⁶⁶ Dies erscheint aber zweifelhaft, weil der Grundrechtsschutz auf EU-Ebene sich an den Verfas-

sungsüberlieferungen aller Mitgliedstaaten orientiert und die Stellung der Forschungsfreiheit in der Verfassung des GG außergewöhnlich ist, sowohl im europäischen Vergleich als auch mit Blick auf den Schutz durch die EMRK.⁶⁷ Nach wohl überwiegender Ansicht ist sowohl die private als auch die öffentliche Forschung vom Schutzbereich erfasst.⁶⁸ Es besteht weiter – nach der Literatur – keine Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschungstätigkeit.⁶⁹

Neben der terminologischen Unschärfe des Forschungsbegriffs hat sich bzgl. der Reichweite des Schutzbereiches bisher kein umfassender Konsens in der Literatur gebildet.⁷⁰ Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wurde die Wissenschaftsfreiheit bisher nicht vertieft diskutiert.⁷¹ Einen ersten Ansatzpunkt, um den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu skizzieren, bietet die historische Auslegung von Art. 13 GRCh. Bei den Verhandlungen war die Verankerung eines eigenständigen Wissenschaftsrechts umstritten und Teile des Grundrechtekonvents sahen die Wissenschaftsfreiheit, wie in den meisten Mitgliedstaaten und der EMRK, als vom Recht auf Meinungsfreiheit hinreichend geschützt an.⁷² Die Verbindung von Wissenschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit ist auch für die Auslegung der finalen Fassung von Art. 13 GRCh erhalten geblieben. Dies ergibt sich direkt aus den Erläuterungen zu Art. 13 GRCh.⁷³ Nach diesen sind die Einschränkungen, die bei der Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK bestehen, auf die Wissenschaftsfreiheit anzuwenden. Der Bezug zu Art. 10 EMRK macht deutlich, dass die Wissenschaftsfreiheit, als Teil der in Art. 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit, den nach Art. 52 Abs. 3 GRCh relevanten Mindestschutzgehalt von Art. 13 GRCh beinhaltet.⁷⁴ Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh sind zudem Charta-grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben, im Einklang mit diesen auszulegen. Die Wissenschaftsfreiheit ist aber nicht in allen Verfassungen der Mitglieds-

63 Roßnagel (Fn. 5), 163.

64 Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 13 GRCh umfasst die Freiheit von Forschung und akademischer Lehre (Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 7).

65 Weichert (Fn. 9), 19; Roßnagel (Fn. 5), 159.

66 Dies.

67 Vgl. Ruffert in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 13 GRCh, Rn. 6.

68 Roßnagel (Fn. 5), 159; Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 13 GRCh, Rn. 8.

69 Augsberg in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 13 GRC, Rn. 5.

70 Vgl. Sayers, in Peers/Hervey/Kenner/Ward, The EU Charter of

Fundamental Rights, 2014, Art. 13 GRC, Rn. 13, 41.

71 M.w.N.: Bernsdorff in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 13 GRCh, Rn. 5.

72 Ders., Rn. 7.

73 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02); dort heißt es zu Art. 13 GRCh: „Dieses Recht leitet sich in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung ab“. Es ist insoweit zu beachten, dass die Erläuterungen nicht rechtsverbindlich sind, aber eine der zentralen Rechtskenntnisquellen der Charta bildet; Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der Mitgliedsstaaten, EuR 2005, 162, 185.

74 Schwerdtfeger in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019, Art. 51 GRCh, Rn. 66.

staaten enthalten.⁷⁵ Dies ist für die Annahme einer gemeinsamen Tradition zwar nicht erforderlich,⁷⁶ lässt in Verbindung mit den Verhandlungen dennoch darauf schließen, dass der Schutzzumfang von Art. 13 GRCh nicht dem hohen Schutzniveau des Vorbilds aus Art. 5 Abs. 3 GG entspricht.⁷⁷ Ob Art. 13 GRCh neben einer abwehrrechtlichen auch eine organisationsrechtliche Dimension zukommt, ist zudem nicht abschließend geklärt.⁷⁸ Die Freiheitsgarantie der Forschungsfreiheit ist durch eine Beschränkung der freien Datennutzung durch Forschende jedenfalls betroffen, soweit Forschende nicht in vollem Umfang die für ihre Forschung nötigen Daten erheben können oder bei dem Erhebungsprozess eingeschränkt sind.

VI. Das Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO und seine nationale Umsetzung

Eine zentrale Möglichkeit von Forschenden, Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Personen zu erheben, bildet die Ausnahmvorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO. Die Vorschrift stellt dies unter die Voraussetzung einer Abwägung der Interessen der Forschenden und des Betroffenen. Die Verarbeitung ist dabei legitim, soweit die Verarbeitung für die Forschungszwecke erforderlich ist, das Forschungsziel in angemessenen Verhältnis zum Datenschutz der betroffenen Person steht und geeignete Garantien nach Art. 89 Abs. 1 DS-GVO getroffen werden.

1. Die Konstruktion von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO

Die Nutzung besonderer Kategorien von Daten nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Uneinigkeit besteht in der Frage, ob die in Art. 9 Abs. 2 DSGVO benannten Ausnahmen, wie die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder die Forschungsausnahme aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, eine selbstständige Verarbeitungsgrundlage darstellen oder ob kumulativ eine der Verarbeitungsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DSGVO, also bspw. eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO oder die Not-

wendigkeit der Verarbeitung für die Wahrung lebenswichtiger Interessen für die betroffene Person nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. d, vorliegen muss. Für eine eigenständige Verarbeitungsgrundlage wird vorgebracht, dass die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO benannten Voraussetzungen alle Elemente einer Verarbeitungsgrundlage enthalten.⁷⁹ Weiter seien die in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO gefassten Ausnahmen enger als die in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO benannten Verarbeitungsgrundlagen.⁸⁰ Das Erfordernis einer kumulativen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO würde somit zur reinen Formalität verkommen.⁸¹

Gegen diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 DS-GVO: Demnach führt das Vorliegen einer der Verarbeitungsvoraussetzungen nur dazu, dass das generelle Verarbeitungsverbot aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO nicht gilt.⁸² Daraus ergibt sich noch keine Schutzlosigkeit der Daten, sondern vielmehr sind diese wie personenbezogene Daten zu behandeln.⁸³ Dennoch werden im Regelfall bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO auch die Voraussetzungen der Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO miterfüllt sein. Die Überlagerung von Art. 6 DS-GVO durch Art. 9 DS-GVO steht dabei der Annahme einer parallelen Wirkung nicht entgegen, wenngleich das Bedürfnis einer doppelten Prüfung beider Tatbestände entfällt.⁸⁴ Eine doppelte Prüfung ist aufgrund der höheren Anforderungen von Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO gegenüber Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 DS-GVO obsolet.

Vom Erfordernis einer parallel notwendigen Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist ausweichlich der Gesetzesbegründung zu § 27 BDSG auch der Bund beim Erlass des BDSG ausgegangen.⁸⁵ Der bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bestehenden Öffnungsklausel wurde durch § 27 Abs. 1 BDSG Rechnung getragen. § 27 Abs. 1 BDSG beinhaltet dabei – im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 1 DS-GVO – die Wertung, dass das Recht der Betroffenen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten bevorzugt wird. So muss nach § 27 Abs. 1 BDSG das Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen das der

75 Keine Garantie der Wissenschaftsfreiheit beinhalten die Verfassungen von Dänemark, Irland, Malta, Schweden und den Niederlanden.

76 Jarass in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 52 GRCh, Rn. 67.

77 Kritisch zur Übertragung der Wertungen des Art. 5 Abs. 3 GG auch: Ruffert (Fn. 67), Rn. 6.

78 Bernsdorff (Fn. 71), Rn. 15.

79 Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner (Hrsg), DS-GVO-BDSG-TTDSG, 3. Auflage 2020, § 27 BDSG, Rn. 8; Meßer in Taeger/Gabel (Hrsg), DSGVO BDSunG, 3. Auflage 2019 Art. 9 DS-GVO, Rn. 1.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Auch die englische („Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies“), spanische („El apartado 1 no será de aplicación cuando concorra una de las circunstancias siguientes“) und französische Sprachfassung („Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie“) sprechen nicht von einer Verarbeitungsgrundlage, sondern nur vom Entfall des Verbots aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO.

83 Pauly in Paal/Pauly (Hrsg), Datenschutz-, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage 2021, § 27 BDSG, Rn. 2.

84 Vgl. Schiff in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9 DS-GVO, Rn. 32.

85 BT-Drs. 18/11325, 99.

betroffenen Personen „erheblich überwiegen“. Im Rahmen der für Hochschulen in Baden-Württemberg relevanten Regelung des § 13 Abs. 1 LDSG BW ist demgegenüber bereits ein „Überwiegen“ ausreichend, während bei Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO bereits ein „angemessenes Verhältnis“ der gegenüberstehenden Interessen von Verantwortlichem und Betroffenen ausreicht. Die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO und ihre Umsetzungen beinhalten mithin eine Möglichkeit für Forschende, personenbezogene Daten zu verarbeiten, ohne die Betroffenen unangemessen zu benachteiligen.

2. Grundrechtlicher Maßstab im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“

Die Vorschriften des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO sowie des § 27 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG kodifizieren eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner personenbezogenen Daten einerseits und dem Recht der Forschenden auf Nutzung dieser zu Forschungszwecken andererseits. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu untersuchen, ob hierbei auf die Unionsgrundrechte oder auf die Grundrechte des GG abzustellen ist. Das Verhältnis von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten wurde durch die Beschlüsse des BVerfG zu „Recht auf Vergessen I“⁸⁶ und „Recht auf Vergessen II“⁸⁷ neu geordnet. Hiernach ist bei der Auslegung von Vorschriften, die Unionsrecht umsetzen oder auf unionsrechtlichen Öffnungsklauseln beruhen, entscheidend, ob sich die Vorschrift in einem vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich des Rechts befindet.⁸⁸ Hiernach richtet es sich, ob die nationalen Grundrechte oder die der Grundrechtecharta Anwendung finden.⁸⁹

Soweit es sich um einen *nicht vollständig determinierten* Bereich handelt, sind dem Grunde nach sowohl die Grundrechte der Charta als auch die Grundrechte des GG anwendbar.⁹⁰ Dabei gilt die widerlegbare Vermutung, dass die Chartagrundrechte durch die Grundrechte des GG mitgewährleistet sind.⁹¹ Die Grundrechtecharta bildet damit im Bereich der Regelungen der LDSG und des BDSG das Mindestmaß an Schutz für die Grundrechte der betroffenen Personen. In der Praxis wird dies aufgrund des hohen Schutzniveaus der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie des Rechts

auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nur in seltenen Fällen relevant werden.

Liegt dagegen eine Vorschrift vor, welche durch das Unionsrecht *vollständig determiniert* ist, sind allein die Chartagrundrechte Maßstab der Grundrechtsprüfung.⁹² Es ist somit zunächst abzugrenzen, ob sich die Regelungen des § 27 Abs. 2 BDSG und des § 13 Abs. 1 LDSG BW im vollständig durch das Unionsrecht determinierten Bereich befinden. Entscheidend ist insoweit, dass die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO einen hinreichenden Spielraum für die Anwendung nationaler Grundrechte belässt. Aus der Tatsache, dass bei der DS-GVO die Rechtsform der Verordnung gewählt wurde, kann nicht geschlossen werden, dass es sich zwangsläufig um einen Bereich des vollständig durch das Unionsrecht determinierten Rechts handelt.⁹³ In Anbetracht der sehr weiten Handlungsspielräume, die die DS-GVO den Mitgliedsstaaten im Rahmen der Forschung durch öffentliche Stellen überlässt, ist dahingehend ein *nicht vollständig determinierter* Bereich anzunehmen. Mithin ist bei § 13 Abs. 1 LDSG BW, sowie anderen die Forschung durch öffentliche Stellen betreffenden landesrechtlichen Regelungen, primär auf die nationalen Grundrechte abzustellen. In Unterscheidung zu § 27 Abs. 1 BDSG kann § 13 Abs. 1 LDSG BW aufgrund der Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO zudem als selbstständige Verarbeitungsgrundlage angesehen werden. Gegenüber der privaten Forschung besteht für die Mitgliedsstaaten hierbei nämlich die Möglichkeit, auch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO eigene Regelungen zu erlassen.

Demgegenüber ist den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Regulierung privater Forschung ein kleinerer Handlungsspielraum belassen worden, da für diese die Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO gerade keine Anwendung finden. Es ist insoweit fraglich, ob dieser Handlungsspielraum für die Annahme eines *nicht vollständig determinierten* Bereiches dennoch ausreicht. Dagegen spricht, dass Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO nach der hier vertretenen Ansicht gerade keine selbstständige Verarbeitungsgrundlage ist und auch nicht zum Erlass einer solchen durch die Mitgliedsstaaten berechtigt. Es könnte daher angenommen werden, dass der notwendige Rückgriff auf die Verarbeitungsgrundlagen des Art. 6 DS-GVO *keinen* Platz für die Anwendung natio-

86 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300.

87 BVerfG, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314.

88 BVerfG (Fn. 86), Rn. 44; BVerfG (Fn. 87), Rn. 43 ff.

89 Ibid.

90 Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG –

November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275, 279.

91 Ders., 277.

92 BVerfG (Fn. 87), Rn. 42.

93 BVerfG (Fn. 87), Rn. 78.

naler Grundrechte belässt. Hiergegen spricht jedoch, dass eine Öffnungsklausel im Rahmen einer Vorschrift, deren Kern eine Abwägung bildet, auch für die Anwendung nationaler Grundrechte offen sein sollte. Andernfalls würde eine mitgliedstaatliche Ausgestaltung nur kosmetischer Natur sein. Dass die kumulativ notwendige Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO dabei im Bereich der privaten Forschung in Ermangelung einer entsprechenden Öffnungsklausel an den Chartagrundrechten zu messen ist, steht einer Anwendung der nationalen Grundrechte bei der Umsetzungsregel nicht entgegen. Dies gilt insbesondere, da die Verarbeitungsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO bereits in Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO inkorporiert ist.⁹⁴ Soweit der Mindeststandard der Unionsgrundrechte dabei nicht unterschritten wird, steht die Notwendigkeit einer Verarbeitungsgrundlage aus Art. 6 DS-GVO der Anwendung nationaler Grundrechte nicht entgegen. Dies entspricht auch dem vom BVerfG vertretenen Verhältnis von GG und GRCh im nicht vollständig-determinierten Bereich.⁹⁵ Auch § 27 Abs. 1 BDSG ist mithin an den nationalen Grundrechten des GG zu messen, ebenso wie § 13 Abs. 1 LDSG BW. Private Forschung richtet sich dabei nach der Regelung des § 27 Abs. 1 BDSG. Die Norm unterscheidet dabei nicht zwischen privater und öffentlicher Forschung, soweit die private Forschung den oben beschriebenen Kriterien entspricht. Im Rahmen privater Forschungsvorhaben ist aber kritisch zu hinterfragen, ob die Interessen der Forschenden in diesen Fällen erheblich die der Betroffenen überwiegen. Soweit sich die Forschungsinteressen nur auf die Steigerung der Profite des Unternehmens richtet, kann dies ausgeschlossen werden.

3. Schlussfolgerungen für die Auslegung

Dem Charakter der Normen als Ausnahmenvorschriften folgend, sind § 27 Abs. 1 BDSG und § 13 Abs. 1 LDSG zunächst eng auszulegen.⁹⁶ Dies wird bei § 27 Abs. 1 BDSG noch durch den Wortlaut der Norm verstärkt, die, wie oben zitiert, ein „erhebliches Überwiegen“ des Interesses am Forschungsvorhaben fordert. Hierbei ist zugunsten des Forschungsvorhabens jedoch

nicht allein auf die Rechte des Forschenden zu rekurrieren. Vielmehr sind auch die Ziele des Forschungsvorhabens als solche, wie beispielsweise hochrangige Gemeinwohlzwecke wie der Schutz der Gesundheit oder der Umwelt,⁹⁷ in den Blick zu nehmen. Soweit ein Forschungsvorhaben auch den Schutz oder die Förderung anderer Interessen und Grundrechte für sich geltend machen kann, können diese zu einem „erheblichen Überwiegen“ i. S. d. § 27 Abs. 1 BDSG beitragen. Anwendungsfälle, in denen ein erhebliches Überwiegen regelmäßig vorliegt, sind Forschungsvorhaben, die beispielsweise erhebliche Vorteile für die Gesundheit der Bevölkerung mit sich bringen.⁹⁸ Gleiches gilt für Forschungsvorhaben, die der sozialen Sicherung⁹⁹ oder dem Umweltschutz¹⁰⁰ erheblich dienen.

Auch im Rahmen der Forschung zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist ein Abstellen auf § 27 Abs. 1 BDSG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DS-GVO möglich. Forschungsvorhaben in diesem Bereich können zunächst erhebliche Vorteile für die öffentliche Gesundheit und die öffentliche Gesundheitsversorgung mit sich bringen. Daneben können sie auch dem Schutz der Fortbewegungsfreiheit dienen, indem sie Kontaktbeschränkungsmaßnahmen und Lockdowns verhindern. Die Forschungsvorhaben greifen damit, wenn sie nicht anonymisierte Personendaten nutzen, zwar in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, können aber für sich u. a. den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für sich geltend machen.

Ein weiterer Anwendungsbereich für das Forschungsprivileg ergibt sich im Rahmen der Forschung zur Kontrolle von KI. KI bildet eine Schlüsseltechnologie des 21. Jahrhunderts. Ein diskriminierungsfreier Einsatz dieser Technologien kann dabei, nach einer vordringenden Ansicht, nur bei hinreichender Erklärbarkeit und Transparenz des KI-Systems erreicht werden.¹⁰¹ Dementsprechend ist auch die Forschung an der Verwirklichung von Transparenz und Erklärbarkeit von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung.¹⁰² Die Forschung anhand personenbezogener Daten erfordert dabei zwar,

94 Vgl. *Pauly* (Fn. 83), Rn 2

95 BVerfG (Fn. 87).

96 *Weichert* (Fn. 40), Rn. 48.

97 Der Schutz der Umwelt ist zwar kein Grundrecht, wird aber als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG benannt. Der Umweltschutz ist damit bei Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann auch als Rechtfertigung bei Grundrechtseingriffen herangezogen werden. Siehe hierzu: *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edition 2021, Art. 20a GG, Rn. 7f. Der Schutz der Umwelt im Sinne des Klimaschutzes hat zudem eine freiheitsrechtliche Dimension, die das BVerfG in seinem Klimaurteil herausgearbeitet hat, BVerfG, Klimabeschluss vom

24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723.

98 *Buchner/Tinnefeld* (Fn. 79), Rn. 12.

99 *Ibid.*

100 Siehe Fn 97.

101 *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, 333 ff.

102 *Specht-Riemenschneider/Wagner*, KI kann kontrolliert werden, wenn der Staat nur will, FAZ Einspruch vom 23.11.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-irg-ai5h> (zuletzt abgerufen am: 2.12.2021)

wenn keine Einwilligung vorliegt, einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dient aber auch dessen Schutz beim zukünftigen Einsatz von künstlicher Intelligenz. Die Ausnahmegesetze, die auf Basis des Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO erlassen sind, finden somit auf die Forschung in diesem Bereich Anwendung. Dies gilt auch bei der landesrechtlichen Vorschrift des § 13 LDSG BW, wobei bei diesem bereits ein einfaches Überwiegen der Forschungsinteressen ausreicht. Die Anknüpfung an das Forschungsvorhaben ist dabei sowohl bei privat als auch bei öffentlich finanzierter Forschung zu beachten. Wenngleich die DS-GVO auch privat finanzierte Forschung grundsätzlich privilegiert, so ist im Rahmen derselben dennoch kritisch zu prüfen, ob die Forschungsinteressen erheblich überwiegen. Dies kann insbesondere dann ausgeschlossen werden, wenn Forschungsvorhaben dem öffentlichen Interesse sogar entgegenstehen.¹⁰³

VII. Fazit

Die DS-GVO weist grundsätzlich eine ausgewogene Balance zwischen den Interessen wissenschaftlicher Forschung und den Interessen Betroffener am Schutz ihrer personenbezogenen Daten auf. Dies ist der Fall, da sie die Privilegierung der Forschung stets an die Notwendigkeit der Verarbeitung für den Forschungszweck sowie an die Angemessenheit gegenüber den Interessen der Betroffenen bindet.

Insgesamt wird den Mitgliedsstaaten durch die DS-GVO zwar einerseits ein umfangreicher regulatorischer Spielraum eingeräumt, jedoch nicht ohne diese andererseits auf den Mindeststandard zu verpflichten: Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sollten Forschende zunächst stets prüfen, ob die vorgesehene Verarbeitung auch mit anonymisierten Daten erfolgen kann. Dies ist vorzuzugswürdig, da die Verarbeitung so ohne Eingriff in das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten erfolgen kann. Auch ist die Einholung der Einwilligung durch den Betroffenen, soweit sie für das gegebene Forschungsvorhaben möglich ist, grundsätzlich vorzuzugswürdig, um die Rechte Betroffener zu wahren.

Soweit eine Einwilligung nicht erfolgen kann oder für das jeweilige Forschungsvorhaben nicht praktikabel

ist, können Forschende – abhängig davon, für wen sie tätig werden – ihre Forschungsvorhaben auf § 27 Abs. 1 BDSG oder auf die jeweilige landesrechtliche Vorschrift i. V. m. Art. 6 Abs. 1 DSGVO stützen. Hier ist eine Auslegung der Vorschriften im Lichte des GG zwar erforderlich, aber auch ausreichend. Danach ist die Nutzung personenbezogener Daten für die Forschung selbst ohne Einwilligung insbesondere bei solchen Forschungen verfassungskonform und unionsrechtskonform möglich, die auch dem Schutz anderer grundrechtsrelevanter Interessen oder Gemeinwohlziele, wie dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung oder der Umwelt dienen. Wird dagegen von privaten Akteuren nur im Eigeninteresse geforscht, wie im Falle der Forschung zu Marketingzwecken, kann jedenfalls nicht auf das Forschungsprivileg abgestellt werden. Bei dieser sind Forschende auf die Einwilligung der betroffenen Personen angewiesen.

Der Autor ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht (Abt II: Völkerrecht, Rechtsvergleichung) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er ist dort tätig im Teilprojekt „Legal Provisions for Access and Use of Health-Related Data for Research Purposes“ (Sprecherin: Prof. Dr. Silja Vöneky) des BMBF Projektes „Data Access and Data Use in Health Settings“ (Sprecher: PD Dr. Joachim Boldt). Er promoviert bei Prof. Dr. Silja Vöneky zum Thema „Die Verarbeitung von Daten durch Consumer Health Applikationen und Wearables zu Forschungszwecken: Eine datenschutzrechtliche und wissenschaftsrechtliche Betrachtung“.

¹⁰³ Ein Beispiel für ein solches Forschungsvorhaben kann die Marketing-Forschung von Cambridge Analytica zur Beeinflussung von Wahlen sein (siehe hierzu: Kolb, Die schmierigen Geschäfte von Cambridge Analytica, SZ Online vom 23.3.18. <https://www.sued->

[deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaefte-von-cambridge-analytica-1.3915057](https://www.sued-deutsche.de/politik/datenmissbrauch-bei-facebook-die-schmierigen-geschaefte-von-cambridge-analytica-1.3915057), zuletzt abgerufen am 2.12.21).

Simon Pschorr

*Die Wechselwirkung von § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG
und § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG –
Zur Betreuungsverlängerung und Anrechenbarkeit
von Unterbrechungszeiten bei Drittmittelbefristung
gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG*

I. Einleitung

Gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG ist die Laufzeit aller befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG anzurechnen. Anrechnungsfähig sind nur Arbeitsverhältnisse mit einer deutschen Hochschule.¹ Nach allg. Meinung werden weiterhin nur Arbeitsverhältnisse angerechnet, die die Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen gem. § 1 Abs. 1 WissZeitVG zum Gegenstand haben.²

Zu diesen befristeten Arbeitsverhältnissen zählen unter anderem befristete Arbeitsverhältnisse auf Grundlage des § 2 Abs. 2 WissZeitVG (sog. Drittmittelbefristungen).³ Weil Bund und Länder die Hochschulfinanzierung immer stärker von einer soliden Grundfinanzierung hin zu einer Projektfinanzierung über Förderfonds u.ä. verschieben, steigt die Zahl drittmittelbefristeter Beschäftigter stark an. So folgen bei denselben Beschäftigten nicht selten mehrere Drittmittelbefristungen aufeinander und bilden die Lebensgrundlage in einem Lebensalter, in dem die Familiengründung ansteht.

Zum Ausgleich der Härten, die damit einhergehen, Kinder und Qualifikation miteinander vereinbaren zu müssen⁴, sieht § 2 Abs. 1 S. 4, 5, Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3 WissZeitVG verschiedene Ausgleichsmechanismen vor. Doch ist fraglich, ob diese Ausgleichsmechanismen in jedem Fall ihre vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung entfalten können: § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG könnte diese Mechanismen unterlaufen.

II. Fallkonstellation

Zur Veranschaulichung der Problemstellung dient folgende Fallkonstellation:

Arbeitnehmer A ist erstmals wissenschaftlicher Mitarbeiter an der deutschen Hochschule X. Er ist zur Erbringung wissenschaftlicher Dienstleistungen im Drittmittelprojekt „Thinktank Mecklenburgische Seenplatte“ beschäftigt. Sein Arbeitsvertrag ist wirksam aufgrund § 2 Abs. 2 WissZeitVG befristet. Als vertragliche Arbeitszeit sind 35 Stunden/Woche vereinbart. A wird nach sechs Monaten Beschäftigungszeit Vater und nimmt zur Betreuung seines Kindes ein Jahr Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz in Anspruch. Mit Ablauf der Elternzeit endet die vereinbarte Vertragslaufzeit mit der Hochschule X. A beabsichtigt, seine Forschung nunmehr im Rahmen einer auf Grundlage von § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG befristeten Beschäftigung fortzusetzen und fragt sich, wie lang die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG noch ist.

Abwandlung: Was ist, wenn A vor Begründung des gegenständlichen Arbeitsverhältnisses bereits vier Jahre und sechs Monate mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit an einer deutschen Hochschule beschäftigt war?

III. Ausgangspunkt: Verlängerung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG

Gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG beträgt die Höchstbefristungsdauer der sachgrundlosen⁵ Befristung zur Qua-

1 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 85.

2 BGH AP WissZeitVG § 2 Nr. 10 Rn. 30 ff.; BGH NZA 2020, 42, 46 Rn. 42; BGH NZA 2021, 786, 790 Rn. 34; Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 88.

3 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

4 BT-Drs. 16/3438, S. 9; BT-Drs. 18/6489, S. 8.

5 BT-Drs. 18/6489, S. 10; Maschmann/Konertz, Das Hochschulbefristungsrecht in der Reform: Die Novelle des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, NZA 2016, 257, 259; Staudinger/Preis, § 620 Rn. 282b; Pschorr, Qualifikation durch Beschäftigung?, RdA 2021, 237, 238.

lifikation grundsätzlich sechs Jahre bis zum Abschluss der Promotion. Gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG wird die Höchstbefristungsdauer um zwei Jahre je betreutem Kind unter 18 Jahren verlängert. Diese Verlängerung erweitert die Gesamthöchstbefristungsdauer⁶, verlängert also die maximal mögliche Gesamtbefristungsdauer bei einem betreuten Kind von 12 Jahren vor und nach der Promotion auf 14 Jahre.⁷ Kann die Promotion angesichts der Kinderbetreuung z.B. erst nach 7 Jahren statt 6 Jahren abgeschlossen werden, kann nach der Promotion höchstens für weitere 7 Jahre befristet beschäftigt werden.

1. Zusammenhang zwischen Befristungszeit und Kinderbetreuung

Umstritten ist, ob es eines Zusammenhangs zwischen Befristungszeit und Kinderbetreuung bedarf. Anders gesagt: Verlängert sich die Höchstbefristungsdauer nur dann, wenn das Kind während der Vertragslaufzeit eines Arbeitsverhältnisses zur Qualifikation gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG betreut wird?

In Literatur und Rechtsprechung besteht Einigkeit, Betreuungszeiten vor Beginn der wissenschaftlichen Tätigkeit seien nicht zu berücksichtigen.⁸ Kinderbetreuungszeiten nach Ende der Höchstbefristungsdauer begründen eine Ausweitung nach § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG ebenfalls nicht.⁹ Dies ist angesichts des Normwortlauts nachvollziehbar: „Bei Betreuung“ impliziert, dass eine Betreuung gerade stattfinden muss, nicht stattgefunden hat oder stattfinden wird. Auch der Gesetzgeber will eine Verlängerung der Höchstbefristungszeit für beide Elternteile nur gewähren, wenn sie selbst betreuen.¹⁰ Die Doppelbelastung von Kinderbetreuung und Qualifikation, die mit der Vorschrift kompensiert werden soll, kann auch nur eintreten, wenn die Betreuung während eines Beschäftigungsverhältnisses erfolgt.¹¹

Betreuungszeiten nach Beginn der wissenschaftlichen Tätigkeit werden kontrovers diskutiert. Teilweise wird vertreten, sofern die Betreuung nur während eines Zeitraums stattfindet, in dem eine Vertragsverlängerung nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG in Anspruch genommen würde, fände § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG keine Anwendung.¹² Diese Ansicht tendiert dazu, Betreuungsstunden zu zählen und widerspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG von § 2 Abs. 5 WissZeitVG unabhängig betrachtet wissen will.¹³ Bei nur kurzer Doppelbelastung mit Qualifikation und Kinderbetreuung, z. B. bei frühzeitigem Tod des Kindes, verlängere sich nach einer weiteren Ansicht die Höchstbefristungsdauer nur um den Zeitraum der tatsächlichen Doppelbelastung.¹⁴ Schließlich wird vertreten, § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG käme nur bei einer Kinderbetreuung während der Arbeitswoche, nicht bei „Wochenendkindern“ zur Anwendung.¹⁵ Das *Bundesarbeitsgericht* wendet § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG zutreffenderweise entsprechend seinem Wortlaut als pauschalen¹⁶ Verlängerungstatbestand an: Ungeachtet der noch übrigen Höchstbefristungsdauer bei Eintritt der Kinderbetreuung¹⁷ oder des tatsächlichen Betreuungsbedarfs¹⁸ verlängert sich die Höchstbefristungsdauer automatisch¹⁹ um zwei Jahre. Das *Bundesarbeitsgericht* weist zu Recht darauf hin, dass das Gesetz keine nur anteilige Verlängerung der Höchstbefristungsdauer vorsieht.²⁰

Bei Abschluss des Vertrages können Kinderbetreuungszeiten während der Vertragslaufzeit bei konkreten Anhaltspunkten antizipiert werden – beispielsweise bei einer fortgeschrittenen Schwangerschaft.²¹ Die Höchstbefristungsdauer verlängert sich dann bereits vor Eintritt der Kinderbetreuung um zwei Jahre. Auch dies erfüllt den Zweck des Gesetzes zur Familienförderung; es wäre künstlich, die Verlängerung erst bei Geburt des

6 Zum Begriff *Pschorr*, Corona und Höchstbefristungszeiten im Wissenschaftszeitvertragsrecht, COVuR 2020, 573, 574.

7 BT-Drs. 16/3438, S. 13.

8 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27; Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 46; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 11.

9 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 26; BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 53; LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 36.

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

11 Vgl. auch BAG NZA 2018, 1135, 1137 Rn. 29; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27.

12 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 45.

13 BT-Drs. 16/3438, S. 13.

14 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 45; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; so wohl auch Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 483 („nicht

ganz unerheblicher Zeitraum“).

15 ArbG Halle BeckRS 2018, 54487 Rn. 54; ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a; a.A. wohl LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 41 Betreuung „oft nur an Wochenenden“.

16 Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 12.

17 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 34; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 26; BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 52; so auch Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 8.

18 BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 54; BGH NZA 2017, 189, 192 Rn. 27; so auch Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 8; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 12.

19 BGH NZA 2018, 1135, 1138 Rn. 33; LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2020, 31213 Rn. 42; so auch Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke § 2 WissZeitVG Rn. 16.

20 BAG NZA 2016, 954, 959 Rn. 53.

21 Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke § 2 WissZeitVG Rn. 15; Laux/Schlachter/Schlachter § 2 WissZeitVG Rn. 11; a.A. wohl ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 6a.

Kindes eintreten zu lassen, denn dann drohten Kurzzeitbefristungen bis zum Geburtstermin entgegen des Gesetzgeberwillens.²²

2. Verlängerung der Höchstbefristungsdauer nur bei Qualifikationsbeschäftigung?

Fraglich ist schließlich, ob die Betreuung während einer befristeten Beschäftigung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG erfolgen muss. Das *Bundesarbeitsgericht* wendet § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG an, wenn Kinder während einer anrechnungsfähigen Beschäftigung betreut werden.²³ Das Gericht wendet die Vorschrift mithin auf alle Beschäftigungsverhältnisse i.S.d. § 2 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 WissZeitVG an. Leider begründet es dies nicht gesondert. Der Normwortlaut ist für eine Anwendung auf anrechnungsfähige Beschäftigungsverhältnisse offen, deutet aber nicht darauf hin. Die Normsystematik spricht dagegen: § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG steht im systematischen Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 S. 1, 2 WissZeitVG und nicht mit § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG. Für die Auslegung des *Bundesarbeitsgerichts* streitet aber klar der Normzweck: Eine kompensationsfähige Doppelbelastung mit Arbeit und Kinderbetreuung ist unabhängig vom Befristungsgrund. Regelmäßig findet auch in drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnissen Qualifikation statt, sodass der Gesetzgeberwille zur Familienförderung nur dann effektiv erreicht wird, wenn § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG durch Kinderbetreuung während jeder Form wissenschaftlicher Beschäftigung ausgelöst wird.

3. Anwendung auf die Fallkonstellation

In der Ausgangsfallkonstellation wird A während eines drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnisses Vater. Die Laufzeit des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsdauer anrechenbar. Deshalb verlängert sich die Höchstbefristungsdauer von sechs auf acht Jahre.

Gleiches gilt in der Abwandlung: Zwar kann A hier zu Beginn der Kinderbetreuung nur noch maximal ein Jahr gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG befristet beschäftigt werden: Er war vor Begründung des Arbeitsverhältnisses vier Jahre und sechs Monate beschäftigt und das bestehende Arbeitsverhältnis dauert zum Zeitpunkt der Vaterschaft weitere sechs Monate an. Somit verbliebe grundsätzlich nur ein Jahr zur sachgrundlosen Befris-

tung gem. § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG. Dennoch verlängert sich seine Höchstbefristungsdauer pauschal um zwei Jahre, die vollständig oder teilweise vor Abschluss der Promotion ausgeschöpft werden können.

IV. Anrechenbarkeit von Elternzeit und Mutterschutz

Auf die Höchstbefristungszeit könnte schließlich gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG die Elternzeit von einem Jahr anzurechnen sein.

1. Anrechnungsfähiges Arbeitsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG

Das wäre der Fall, wenn während der Elternzeit ein anrechnungsfähiges Arbeitsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG bestünde. Nach dem Normwortlaut sind alle „befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 abgeschlossen wurden“ anzurechnen. Dies ist hier in zweierlei Hinsicht fraglich: Besteht überhaupt ein Arbeitsverhältnis (fort) und hat dies einen anrechnungsfähigen Umfang?

Ein befristetes Arbeitsverhältnis wurde vorliegend abgeschlossen. Die Tätigkeit des A erfolgte nicht allein aufgrund eines (nicht anrechnungsfähigen) Stipendiums.²⁴ Dieses ist durch Inanspruchnahme der Elternzeit auch nicht aufgehoben worden. Rechtsfolge der Inanspruchnahme der Elternzeit ist (nur) das Ruhen der Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses.²⁵ Gleiches gilt für Zeiten des Mutterschutzes bzw. für Tätigkeitsverbote gem. § 16 Abs. 1 MuSchG.²⁶

Allerdings könnte der Umfang des Arbeitsverhältnisses nicht mehr ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.d. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG betragen.

Dabei ist genauer in den Blick zu nehmen, worauf die Vorschrift abstellt: Nach dem Normwortlaut kommt es auf Arbeitsverhältnisse an, die mit deutschen Hochschulen „abgeschlossen“ wurden. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG stellt seinem Normwortlaut nach auf das vereinbarte, nicht auf das gelebte Arbeitsverhältnis ab. Das *Bundesarbeitsgericht* legt § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG so aus, dass die „Arbeitszeitverpflichtung“ maßgeblich dafür ist, ob das Arbeitsverhältnis anrechnungsfähig ist.²⁷ Deshalb kommt es allein auf die vereinbarte Arbeitszeit und nicht

22 Vgl. BT-Drs. 18/6489, S. .

23 BGH NZA 2018, 1135, 1137 Rn. 34.

24 Geis/Krause § 2 WissZeitVG Rn. 89.

25 Grobys/Panzer-Heemeier/Fohrmann Elternzeit Rn. 18; Rancke, Mutterschutz – Elterngeld – Elternzeit – Betreuungsgeld, 5. Auf-

lage 2018, § 15 BEEG Rn. 50; vgl. auch § 22 S. 1 MuSchG.

26 BT-Drs. 18/11782, S. 36; BeckOK ArbR/Dahm § 3 MuSchG Rn. 7.

27 BAG AP WissZeitVG § 2 Nr. 10 Rn. 19; BAG NZA 2020, 42, 46 Rn. 41.

auf den Umfang tatsächlich erbrachter wissenschaftlicher Arbeitsaufgaben an.²⁸ Demnach ist die Laufzeit ruhender Arbeitsverhältnisse grundsätzlich ebenfalls gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG anrechenbar; dass die tatsächliche Arbeitszeit null Stunden beträgt, steht dem nicht entgegen.

2. Anrechnungssperre nach § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG

Allerdings könnte § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG einer Anrechnung entgegenstehen. Hiernach werden Zeiten nach § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 bis 6 WissZeitVG in dem Umfang, in dem sie zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können, nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG zulässige Befristungsdauer angerechnet. Elternzeit, Mutterschutz und Beschäftigungsverbote nach § 16 Abs. 1 MuSchG unterfallen § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 WissZeitVG.

Problematisch ist allerdings, ob § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG auf Unterbrechungszeiten i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG Anwendung findet, die während eines drittmittelbefristeten Arbeitsverhältnisses eintreten. Hiergegen spricht die Normsystematik: § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG a.A. führt nach dem Normwortlaut (nur) zur Verlängerung von Arbeitsverhältnissen nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG. Nachdem § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG an Zeiten nach § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG anknüpft, liegt es nahe, dass nur Unterbrechungszeiten während Qualifikationsbeschäftigungen erfasst werden. Auch der Gesetzgeberwille deutet auf eine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nur auf Verhinderungen während der Qualifikationsbefristung hin: § 2 Abs. 5 WissZeitVG soll eine Anrechnung von Eltern- und Mutterschutzzeit auf die Laufzeit eines konkreten Vertrages verhindern.²⁹ Diese Wirkung hat der Gesetzgeber bewusst auf Arbeitsverhältnisse nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG beschränkt und Arbeitsverhältnisse nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Die Gesetzesgeschichte steht dieser Auslegung jedoch entgegen. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG hat seine Wurzeln in § 57b Abs. 4 S. 2 HRG a.F.³⁰ Der Normwortlaut der geltenden Regelung ist jedoch mit § 57b Abs. 4 S. 2 HRG a.F. nicht mehr identisch. Nach der nicht mehr geltenden Norm waren „Verlängerung[en]“ gem. § 57b Abs. 4 S. 1 WissZeitVG nicht auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen. Dies wurde zunächst in

§ 2 Abs. 5 S. 2 WissZeitVG a.F. übernommen. 2016 änderte der Gesetzgeber den Normwortlaut. Mittlerweile sind „Zeiten nach Satz 1 Nummer 1 bis 6 [...] in dem Umfang, in dem sie zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können“ nicht anrechnungsfähig. Das Erfordernis einer tatsächlichen Verlängerung fiel weg. Diese Gesetzesänderung erfolgte, um Arbeitnehmerinnen nicht zu benachteiligen, die auf eine Vertragsverlängerung aus privaten Gründen, beispielsweise wegen eines beabsichtigten Umzugs, verzichteten.³¹ Allerdings sperrt der Wortlaut der jetzigen Normfassung eine Anwendung von § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG auf Fälle des § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG: Ausdrücklich soll § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nur auf solche Zeiten (in dem Umfang) Anwendung finden, die zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen können. Zeiten außerhalb von Qualifikationsbeschäftigungen können aber angesichts § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG a.A. (vollumfänglich) nicht zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages führen. Die Einschränkung, die eigentlich nur zur Übertragung der quantitativen Beschränkung des § 2 Abs. 5 S. 2 WissZeitVG auf die Nichtanrechnung gem. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG gedacht war³², steht der Normanwendung nunmehr ausdrücklich entgegen.

3. Teleologische Extension

Auf das Fallbeispiel angewandt hieße dies: Die Elternzeit des A würde gem. § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG vollumfänglich auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet. Dies hieße, dass A im Ausgangsfall noch sechs Jahre und sechs Monate Höchstbefristungsdauer, in der Abwandlung zwei Jahre Höchstbefristungsdauer verblieben. Wäre A nicht in einem Drittmittelprojekt, sondern zur Qualifikation beschäftigt worden, betrüge seine Höchstbefristungsdauer im Ausgangsfall sieben Jahre und sechs Monate bzw. in der Abwandlung drei Jahre. Im Ergebnis werden Arbeitnehmer auf Drittmittelstellen somit bei der Berechnung der Höchstbefristungsdauer anders behandelt als zur Qualifikation befristete Arbeitnehmer.

Dies widerspricht dem Gesetzgeberwillen. Dieser beabsichtigte mit § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG zu verhindern, dass die Befristungshöchstgrenzen durch Wechsel des Befristungsgrundes mehrfach ausgeschöpft würden.³³ § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG sollte also eine Gleichbehandlung verschiedener Befristungsgründe erreichen. § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG dient nach dem Gesetzge-

28 BAG NZA 2021, 786, 790 Rn. 33; so auch ErfKomm/Müller-Glöge § 2 WissZeitVG Rn. 13b.

29 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

30 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

31 BT-Drs. 18/6489, S. 13; Boecken/Joussen/Joussen § 2 WissZeitVG Rn. 20.

32 BT-Drs. 18/6489, S. 13.

33 BT-Drs. 16/3438, S. 15.

berwillen dazu, dass die gesamte Qualifikationsphase ausgeschöpft werden kann.³⁴ Dem Gesetzgeberwillen kann nur Rechnung getragen werden, wenn § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG in entsprechender Anwendung auch die Anrechnung von Unterbrechungszeiten i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 WissZeitVG vermittelt § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG sperrt. Diese analoge Anwendung der Vorschrift ist schließlich verfassungsrechtlich geboten, nachdem es an einem Sachgrund zur Ungleichbehandlung der beiden wesentlich gleichen Fallkonstellationen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG fehlt.

V. Endergebnis

Im Ausgangsfall verlängert sich die Höchstbefristungsdauer des A von sechs Jahren durch Kinderbetreuung gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG auf acht Jahre. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG verlängert die Höchstbefristungsdauer auch dann, wenn die Kinderbetreuung in einem befristeten wissenschaftlichen Arbeitsverhältnis eintritt, das nicht gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristet ist. Auf diese Höchstbefristungsdauer ist nur die Beschäftigungszeit von sechs Monaten bis zur Elternzeit gem. § 2 Abs. 3 S. 1

WissZeitVG anrechenbar. Der Zeitraum der Elternzeit ist entsprechend § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG nicht auf die Höchstbefristungsdauer anzurechnen. Ihm verbleiben deshalb noch sieben Jahre und sechs Monate Höchstbefristungsdauer. In der Abwandlung wird die Höchstbefristungsdauer genauso gem. § 2 Abs. 1 S. 4 WissZeitVG um volle zwei Jahre verlängert, obschon bei Beginn der Kinderbetreuung nur noch ein Jahr Höchstbefristungsdauer verblieben war. Nach analoger Anwendung des § 2 Abs. 5 S. 3 WissZeitVG verbleiben A hier noch drei Jahre Höchstbefristungsdauer.

Simon Pschorr ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Konstanz und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er kommentiert §§ 53 ff. HRG in Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern.

Frank Wertheimer

*Weiterbeschäftigungsanspruch nach negativer Tenure-Evaluierung? **

*VG München v. 16.9.2021 – M 3 E 21.4116 versus
BayVGH v. 25.10.2021 – 7 CE 21.2503*

I. Einleitung

§ 44 HRG regelt die Einstellungsvoraussetzungen für Hochschullehrer in einem weiter gesteckten Rahmen, Konkretisierungen hierfür finden sich in den Hochschulgesetzen der Länder.¹ Die für eine Einstellung erforderliche wissenschaftliche Qualifikation kann im Wege der klassischen Habilitation erworben werden, aber auch durch gleichwertige wissenschaftliche Leistungen, die auch außerhalb der Hochschule oder im Rahmen einer Juniorprofessur erbracht worden sein können. Die für Bayern einschlägige Regelung findet sich in Art. 7 Abs. 1 HSchPG. Einen besonderen Qualifikationsweg stellt das sog. Tenure-Track-Verfahren² dar. Hierbei erfolgt eine Berufung auf eine befristete W2 (Junior)Professur, die mit einer Ernennung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit³, idR für sechs Jahre, einhergeht. Vor Ablauf der Befristungszeit erfolgt eine Evaluierung, bei der die bis dahin erbrachten Leistungen in Forschung und Lehre, zumeist auch das in die akademische Selbstverwaltung eingebrachte Engagement gewürdigt werden und eine Entscheidung getroffen wird, ob eine Umwandlung der Zeitprofessur in ein Lebensbeamtenverhältnis⁴ auf Basis einer W3 Professur erfolgt. Die Landeshochschulgesetze sehen in dieser Konstellation vor, dass es keiner Ausschreibung dieser W3 Professur bedarf.⁵ Die einzelnen Verfahrensschritte für den Tenure-Track legen die Hochschulen per Satzung fest. Dort finden sich u.a. Bestimmungen über die Durchführung des Evaluationsverfahrens, die dafür zuständigen Gremien, Evaluationskriterien- und Maßstäbe, Ausschreibungsmodalitäten, Mentoring oder Regelungen zur Zwischen- und Abschlussevaluation.⁶

Die am Verfahrenbeteiligte Universität hat im Rahmen ihres Berufungs- und Karrieresystems den Tenure-Track in ihrer Satzung zum Faculty Tenure Track, die zum 1.11.2018 in Kraft getreten ist, näher ausgestaltet.⁷ Diese Satzung enthält in Teil 1 Allgemeine Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem und regelt in Teil 2 den Karriereaufstieg vom Assistent Professor zum Associate Professor (Tenure-Verfahren). Teil 3 der Satzung regelt schließlich den Aufstieg zum Full Professor.

Die Entscheidung über den Karriereaufstieg zum Associate Professor – also einer W3 Professur – trifft nach dieser Satzung (§ 9 Abs. 6) das Hochschulpräsidium auf Grundlage der Voten der Evaluierungskommission (deren Besetzung im Einzelnen in der Satzung näher geregelt ist) sowie des Appointment und Tenure Board. Bewertungskategorien sind gem. § 10 Abs. 1 der Satzung „Forschung & Entwicklung“, „Akademische Lehre“ und „Akademisches Engagement“. Eine positive Evaluierung setzt nach § 10 Abs. 2 der Satzung voraus, dass exzellente Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich zum Spitzenfeld zählen, sowie sehr gute Leistungen in der Akademischen Lehre, die über gewöhnliche Leistungen hinaus gehen, oder exzellente Leistungen in der Akademischen Lehre sowie sehr gute Leistungen in Forschung & Entwicklung, die im internationalen Vergleich über gewöhnliche Leistungen signifikant hinausgehen, bescheinigt werden. Im Fall einer positiven Entscheidung des Hochschulpräsidiums über den Karriereaufstieg wird der Assistent Professor zum Associate Professor (unbefristete W3 Professur) ernannt. Im Falle eines negativen Evaluierungsergebnisses sieht § 9 Abs. 9 der Satzung die Gewährung einer 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“) vor. Mit Been-

* Gewidmet meinem verehrten Lehrer, jetzigen Anwaltskollegen und vertrauten Freund *Manfred Löwisch* zu seinem 85. Geburtstag im März 2022

1 In diesem Beitrag verwendete Personalbegriffe – unabhängig ob in männlicher oder weiblicher Form – sind jeweils geschlechtsneutral zu verstehen.
2 Vgl. dazu allgemein: *Hartmer*, in *Hartmer/Detmer*, HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, 5. Kapitel, Rn. 120 ff.
3 Möglich ist auch der Abschluss eines auf sechs Jahre befristeten Arbeitsvertrages, vgl. Art. 7 Abs. 3 HSchPG; ebenso §§ 51b Abs. 1, 51 Abs. 8 LHG.

4 Bzw. der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages für eine Professur im Angestelltenverhältnis.

5 Z.B. Art. 18 Abs. 3 S. 3 BayHSchPG; siehe auch § 48 Abs. 1 S. 4 LHG BW.

6 Vgl. etwa Satzung und Qualitätssicherungskonzept der Universität Freiburg für Juniorprofessuren und Tenure-Track-Professuren vom 26.9.2018, siehe <https://uni-freiburg.de/zuv/service/tenure/>.

7 Satzung aufgrund § 13 Abs. 1 S. 2 BayHSchG v. 23.5.2006 in der Fassung vom 10.7.2018, aktualisierte Satzung nunmehr vom 15.2.2022.

digung dieser Auslaufphase scheidet der negativ evaluierte Hochschullehrer aus der Universität aus. Das Verfahren zeigt, dass das Tenure-Track Modell letztlich nur eine ungesicherte Exspektanz bedeutet.⁸

Hochschullehrer im Tenure-Track haben einen Anspruch auf ein formell und materiell rechtmäßiges Evaluierungsverfahren.⁹ Im Rahmen von Tenure-Track Evaluierungen sind Verfahrensfehler ebenso möglich wie in normalen Berufungsverfahren. Zu denken ist etwa an die Mitwirkung befangener Mitglieder in der Evaluierungskommission oder sonstige Besetzungen, die mit den satzungsmäßigen Vorgaben nicht korrespondieren. Unterlaufen der Evaluierungskommission Verfahrensfehler, die rechtserheblich sind und zur Rechtswidrigkeit des Votums führen, kann der betroffene Hochschullehrer eine Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlangen, ggfs. muss er diese nach vorgeschaltetem Widerspruchsverfahren gerichtlich erstreiten. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Hochschullehrer, dessen Professorenverhältnis, sei es in einem zeitbefristeten Beamtenverhältnis oder in einem befristeten Anstellungsvertrag, endet oder er bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Evaluierungsverfahren wiederholt worden ist, Weiterbeschäftigung verlangen kann. Diese Frage kann auch dann relevant werden, wenn die Hochschule nicht sicherstellt, dass das Evaluierungsverfahren innerhalb der Tenure-Befristung abgeschlossen wird.

II. Beschluss des VG München vom 16.9.2021¹⁰

1. Sachverhalt

Über einen Fall, der die eingangs beschriebene Problematik zum Gegenstand hat, hatte das Verwaltungsgericht München zu entscheiden. Es ging dort um eine Hochschullehrerin, die auf eine W2 Professur auf Zeit berufen wurde, die Tenure-Phase umfasste sechs Jahre und endete am 30.9.2020. Im Jahr 2020 erfolgte die vorgesehene Evaluierung des Karriereaufstiegs zum Associate Professor (W3 Professur). Das Votum der 9-köpfigen Evaluierungskommission zum Karriereaufstieg fiel mit 4 Stimmen zu 5 Enthaltungen negativ aus, da die Professorin im Bereich Forschung & Entwicklung und in der Akademischen Lehre „nur“ mit jeweils „sehr gut“, aber nicht mit „exzellent“ in mindestens einem der beiden Bereiche bewertet wurde. Nachdem auch das Appointment und Tenure Board die Ablehnung des Tenure-Vorschlags empfahl und eine entsprechende Beschlussvorlage an das Präsidium formulierte, befand das Präsidium der Universität im Juli 2020 negativ über

den Karriereaufstieg. Hierbei blieb das Präsidium auch nach Anhörung der Professorin und stellte im September 2020 erneut die negative Tenure-Evaluierung fest. Der von der Professorin eingelegte Widerspruch wurde mit Bescheid vom 5.3.2021 zurückgewiesen. Ab dem 1.10.2020 befand sich die Professorin sodann in der 12-monatigen Auslaufphase („connecting package“). In dieser Phase erfolgte Ihre Beschäftigung auf Basis einer Beamtenstelle als Akademische Oberrätin, auf die sie für ein Jahr bis zum 30.9.2021 ernannt worden war.

Im April 2021 hatte die Professorin gegen die negative Tenure-Evaluierung Klage beim Verwaltungsgericht München mit dem Antrag erhoben, das Evaluierungsverfahren zu wiederholen. Begründet wurde dies vor allem mit Verfahrensfehlern, die Professorin äußerte ferner Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der Evaluierung. In dieser Phase versuchte sie mit der Universität eine Einigung dahingehend zu erzielen, dass ihr Dienstverhältnis jedenfalls bis zur Wiederholung des Evaluierungsverfahrens verlängert werde, weil das verwaltungsgerichtliche Verfahren bis Ende September 2021 nicht abgeschlossen sein würde und ihr im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein erheblicher Karriereschaden drohe. Die Universität lehnte eine Weiterbeschäftigung ab, worauf die Professorin Anfang August 2021 einen Eilantrag gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO beim Verwaltungsgericht München einreichte, der Universität vorläufig im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, sie ab dem 1.10.2021 weiterzubeschäftigen. Der Hauptantrag ging dahin, eine Weiterbeschäftigung im Angestelltenverhältnis als W2 Professorin zu erreichen, dieser war von Hilfsanträgen begleitet, eine Weiterbeschäftigung als Beamtin auf Zeit (A 14) bzw. als Angestellte nach der Entgeltgruppe E 15 TV-L zu ermöglichen.

2 Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Mit Beschluss vom 16.9.2021 verpflichtete das VG München die Universität vorläufig im Wege der einstweiligen Anordnung, die Professorin unter Beibehaltung ihres Rechts, den Titel „Professorin“ zu führen und aller damit verbundenen Rechte bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens in ihrem Fachgebiet weiterzubeschäftigen.

Das VG ging davon aus, dass die Professorin im Hinblick auf ihr unmittelbar bevorstehendes Ausscheiden aus der Universität und des damit einhergehenden Verlustes des Titels „Professorin“ und der damit einhergehenden Statusrechte einen Anordnungsgrund in Form

⁸ Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 122.

⁹ BayVG vom 25.10.2021, 7 CE 21.2503, juris.

¹⁰ M 3 E 21.4116, siehe <https://openjur.de/u/2361767.ppdf>.

der besonderen Dringlichkeit der begehrten einstweiligen Anordnung glaubhaft gemacht habe.

Im Rahmen der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ging das Verwaltungsgericht ferner auch von einem Anordnungsanspruch aus: Nach Erkenntnis des Gerichts leide das Tenure-Verfahren an durchschlagenden formellen Fehlern, so dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Erfolg der Klage im Hauptsacheverfahren auszugehen sei.

a) Prüfungsmaßstab

Das Verwaltungsgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass es sich bei einem Tenure Verfahren um eine Entfristung verbunden mit einem Karriereaufstieg (Berufung) von einer auf 6 Jahre befristeten W2 Professur auf eine unbefristete W3 Professur handelt. Rechtsgrundlage hierfür sei Art. 18 BayHSchPG über die Berufung von Professoren, Professorinnen, Juniorprofessoren und Juniorprofessorinnen, was das Gericht unter Darlegung der Berufungs-Systematik im BayHSchPG sowie der Regelungen der Satzung zum Tenure Faculty Track begründet. Insbesondere gestalte die Tenure-Satzung der Universität das in Art. 18 BayHSchPG geregelte Berufungsverfahren näher aus.

b) Verfahrensfehler

Einen hauptsächlichen Verfahrensfehler sah das VG darin, dass sich 5 von 9 Mitgliedern der Evaluierungskommission bei der Abstimmung über das Tenure-Votum enthalten haben. Bei der von der Kommission zu treffenden Entscheidung handle es sich um eine Prüfungsentcheidung, bei der Stimmenthaltungen nicht zulässig sind; hierbei rekurrierte das Gericht auf eine ältere Entscheidung des OVG Schleswig, das von der Unzulässigkeit einer Stimmenthaltung bei der Abstimmung in einem Habilitationsverfahren ausgegangen war.¹¹ Dieser Fehler, so das VG, sei auch beachtlich, da nicht das absolute Mehr der Kommissionsmitglieder für ein negatives Tenure-Votum gestimmt habe. Weitere Verfahrensfehler sah das Verwaltungsgericht darin, dass entgegen der Tenure-Satzung einem fakultäts- und damit fachfremden Professor der Kommissionsvorsitz übertragen wurde. Schließlich habe entgegen Art. 18 Abs. 5 S. 1 BayHSchPG nicht der Senat zum Tenure-Votum Stellung genommen, hinsichtlich der Beteiligung des sog. Appointment und Tenure Board am Berufungsverfahren

äußerte das VG Bedenken, weil sich hierfür keine gesetzliche Grundlage finde.

c) Weiterbeschäftigung der Professorin

Vor dem Hintergrund der festgestellten Verfahrensfehler nahm das VG eine Interessenabwägung vor, die zugunsten der Hochschullehrerin ausfiel: Durch ein Ausscheiden aus der Universität würde ihre wissenschaftliche Karriere einen nicht mehr zu behebenden Schaden u.a. durch den Verlust von Fördermitteln, den Abbruch von Kooperationen, den Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft und die fehlende Kontinuität der Forschung nehmen. Demgegenüber entstünde der Universität der nur vergleichsweise geringe Nachteil, eine von ihr als sehr gut bewertete Professorin weiterzubeschäftigen.

Zur Sicherung des status quo der Hochschullehrerin hielt das Verwaltungsgericht eine „wie auch immer geardete“ Weiterbeschäftigung in ihrem Fachgebiet und deren Statuserhalt als Professorin mit allen damit verbundenen Rechten für ausreichend. Eine Weiterbeschäftigung in einem befristeten Beamtenverhältnis lehnte das Gericht ab, weil die Gefahr der Begründung eines Lebenszeitbeamtenverhältnisses dadurch entstehe und dies einer Vorwegnahme der Hauptsache gleichkomme. Mit möglichen Rechtsgrundlagen für die angeordnete Weiterbeschäftigung befasste sich das Verwaltungsgericht nur ansatzweise und verwies hierbei auf die Regelung in Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, über die eine begrenzte Weiterbeschäftigung auf 12 Monate durchaus möglich sei.

3. Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25.10.2021¹²

Auf die Beschwerde der Universität hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof den Beschluss des VG München abgeändert und den Antrag der Professorin auf vorläufige Weiterbeschäftigung abgelehnt. Selbst im Falle einer Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung, zu der sich der VGH in der Entscheidung selbst nicht äußert, folge daraus kein Anordnungsanspruch auf Weiterbeschäftigung, eine solche sei auch aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

a) Kein Anordnungsgrund für eine Weiterbeschäftigung

Der Verwaltungsgerichtshof hebt in seiner Entscheidung darauf ab, dass im Tenure Track Verfahren eine Beru-

11 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 443.

12 7 CE 21.2503, juris.

fung zum Assistant Professor der Besoldungsgruppe W2 in einem Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von 6 Jahren erfolge. Wie das Verwaltungsgericht orientiert sich der Verwaltungsgerichtshof dabei an Art. 18 BayHSchPG. Für die Evaluierung seien die in diesen 6 Jahren erbrachten Leistungen relevant. Daraus schließt das Gericht, dass eine Weiterbeschäftigung auch im Falle einer zu wiederholenden Tenure-Evaluierung nicht geboten und von den Regelungen des Tenure Track Verfahrens weder direkt noch nach deren Sinn und Zweck vorgesehen sei.

b) Fehlende Rechtsgrundlage für eine Weiterbeschäftigung

Der VGH weist ferner darauf hin, dass der Anordnungsanspruch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich identisch sei mit dem materiellen Anspruch, der im Hauptsacheverfahren geltend gemacht wird. Zwar sei es gem. § 123 Abs. 1 VwGO iVm § 938 Abs. 1 ZPO in das freie Ermessen des Gerichts gestellt, welche Anordnungen zur Erreichen des Zwecks, d.h. zur Sicherung/Regelung des Rechts iSd § 123 Abs. 1 VwGO getroffen werden können, die Anordnung dürfe aber dem materiellen Recht nicht widersprechen. Nach Auffassung des VGH wäre das jedoch der Fall, wenn das Gericht die Universität zur beantragten Weiterbeschäftigung verpflichten würde.

Zur Begründung führt der VGH an, dass die beamten- und hochschulrechtlichen Bestimmungen ein Verlängerungsverbot der Beschäftigung als Professorin beinhalten. Die Tenure Track-Befristung ende automatisch nach 6 Jahren, Ausnahmen seien nur im Falle des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG (u.a. bei Unterbrechung durch Elternzeit, wegen eines Stipendiums oder einer Freistellung zur Wahrnehmung von Aufgaben einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung oder einer Frauenbeauftragten) möglich. Hierbei merkt der VGH an, dass schon die einjährige Verlängerung im Rahmen des „connecting package“ mit Art. 8 Abs. 2 BayHSchPG unvereinbar gewesen sei. Auch eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin über den 30.9.2021 hinaus komme nicht in Betracht, dem stehe Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 2 BayHSchPG entgegen. Danach sei eine Verlängerung des Dienstverhältnisses einer nach Art. 22 Abs. 5 S. 2 Halbs. 1 ernannten Akad. Oberrätin abgesehen von den Fällen des Art. 17 Abs. 2 und 3 BayHSchPG oder einer erneuten Ernennung nicht zulässig.

Auch mit Art. 8 Abs. 3a BayHSchPG, auf den das

Verwaltungsgericht in seinem Beschluss hingewiesen habe, sei eine Weiterbeschäftigung nicht begründbar. Die Vorschrift trage Einschränkungen durch die Corona-Pandemie Rechnung und sei auf die hiesige Fallgestaltung nach Sinn und Zweck nicht anwendbar.

Schließlich hält der Verwaltungsgerichtshof auch eine Weiterbeschäftigung in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis nicht für möglich. Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG komme nur in besonderen Ausnahmefällen als Grundlage in Betracht, etwa für eine befristete Beschäftigung, um damit kurzfristig das Studienangebot sichern zu können. Voraussetzung sei damit grundsätzlich ein sich aufgrund besonderer Notwendigkeiten des Studienbetriebs ergebender Grund, der die ausnahmsweise Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses rechtfertigt. Dieser ergebe sich vorliegend weder aus dem für das Tenure Track Verfahren maßgeblichen Bayerischen Hochschulpersonalgesetz noch aus der Tenure Satzung der Universität. Im Übrigen stehe einer Weiterbeschäftigung als Professorin in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis nach Art. 8 Abs. 3 der Rechtsgedanke des Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG entgegen, der umgangen würde, wenn die Professorin über die höchst mögliche Befristungsdauer von 6 Jahren weiterbeschäftigt würde.

4. Bewertung der Entscheidungen

a) Rechtswidrigkeit der Tenure-Evaluierung

aa) Unzulässige Stimmenthaltung

Dem Verwaltungsgericht München ist darin zuzustimmen, dass es das negative Tenure-Votum deshalb als verfahrensfehlerhaft erachtet hat, weil sich 5 von 9 Kommissionsmitglieder der Stimme enthalten haben. Soweit ersichtlich, war die Frage des Abstimmungsverhaltens in einer Tenure-Evaluierungskommission zuvor noch nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Bei der in der einschlägigen Tenure Track Satzung der Universität genannten Evaluierungskommission handelt es sich um einen Ausschuss gem. Art. 88 BayVwVfG. Deren Beschlüsse werden gem. Art. 91 S. 1 BayVwVfG mit Stimmenmehrheit gefasst. Dass bzgl. des Tenure Votums eine Abstimmung erforderlich ist, belegt § 9 Abs. 3 S. 3 der Satzung, wenn dort von stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern die Rede ist. Grundsätzlich ist bei Abstimmungen in Aus-

schüssen eine Stimmenthaltung zulässig, es sei denn, ein Ausschussverfahren ist so weitgehend einem gerichtlichen Verfahren angeglichen, dass wie dort Stimmenthaltung nicht in Betracht kommt. Eine solche Fallgestaltung liegt hier nicht vor. Die Unzulässigkeit von Stimmenthaltungen wird aber auch für Prüfungs- und Leistungsbewertungen angenommen, sofern nichts anderes durch Rechtsvorschrift geregelt ist.¹³

aaa) In mehreren Entscheidungen hat die Rechtsprechung Stimmenthaltungen in Habilitationsverfahren für unzulässig erachtet mit der Folge, dass Beschlüsse des Habilitationsausschusses, bei denen sich einzelne Mitglieder enthalten haben, als rechtswidrig eingestuft wurden. In diesem Zusammenhang wurde etwa ausgeführt, dass es sich bei der Habilitationsprüfung, bei der der entsprechende Kandidat die Fähigkeit zur selbständigen Forschung und Lehre im Rahmen einer Hochschule förmlich nachweist, um eine Berufszulassungsprüfung handelt. In diesem Rahmen sind erbrachte Leistungen des Kandidaten vom Habilitationsausschuss zu beurteilen. Der somit vom Ausschuss zu fassende Beschluss ist nur dann rechtmäßig, wenn er sich an den besonderen Grundsätzen des Prüfungsrechts orientiert. Im Prüfungsrecht ist eine Stimmenthaltung aber nicht zulässig. Soweit nur ein Prüfer bestellt ist, könnte bei einer Stimmenthaltung keine positive Prüfungsentscheidung gefällt werden. Nichts anderes gilt dann, wenn mehrere Prüfer bestellt sind. Der einer Mehrzahl von Prüfern erteilte Auftrag, ein Urteil über die Leistungen des Prüflings abzugeben, unterscheidet sich nicht von dem Auftrag eines Alleinprüfers. Durch die Bestellung mehrerer Prüfer soll nicht die Möglichkeit eröffnet werden, sich der Stimme zu enthalten, weshalb jedes einzelne Prüfungsmitglied an der Meinungsbildung mitzuwirken hat und sich nicht der Stimme enthalten darf.¹⁴

bbb) Diese Rechtsprechung ist auch bei Abstimmungen in den in den Hochschulgesetzen der Länder verankerten Tenure Track-Verfahren zu beachten. Die befristete Professur im Tenure Track stellt in den Landeshochschulgesetzen, so auch in Bayern, einen Qualifikationsweg dar, der zu einer Lebenszeitprofessur führen kann und neben der klassischen Qualifikation, nämlich der Habilitation, steht. So wie es sich bei einer Zwischenevaluation, der sich ein Juniorprofessor (ohne Tenure Track) unterziehen muss, um eine gesetzlich angeordnete Leis-

tungsüberprüfung eines Stelleninhabers handelt,¹⁵ liegt es bei der abschließenden Evaluation eines Stelleninhabers, dessen Professur in einem Tenure Track Verfahren ausgestaltet ist, ebenfalls um eine Leistungsbewertung im Sinne einer Hochschulprüfung. Die Parallele zum Habilitationsverfahren zeigt sich bereits daran, dass der Leistungsbewertung ein hochschulöffentlicher wissenschaftlicher Vortrag mit anschließendem persönlichen Interview vorausgeht.

Dass der Karriereaufstieg von einer Leistungsbewertung – und damit einer Prüfung – abhängig ist, belegt die hier einschlägige Satzung an mehreren Stellen. Von einer Leistungsbewertung ist nicht nur in deren § 9 Abs. 1 („Die Kommission bewertet die Leistungen des Assistant Professors ...“) die Rede, § 9 Abs. 3 S. 1 benennt für die Leistungsbewertung auch verschiedene Kategorien, die bewertet werden sollen, was in § 10 Abs. 1 der Satzung weiter aufgegriffen wird. Die Satzung differenziert unmissverständlich: Während Teil 1, der die allgemeinen Bestimmungen zum Berufungs- und Karrieresystem enthält, dort u.a. das Berufungsverfahren regelt, bestimmt Teil 2 der Satzung den Karriereaufstieg zum Associate Professor. Dieser ist gem. § 10 Abs. 2 der Satzung von einer positiven Leistungsbewertung unter Vorgabe konkreter Bewertungsstufen („exzellent“ in Verbindung mit „sehr gut“ in den Kategorien von Forschung & Entwicklung bzw. in der Akademischen Lehre) abhängig, für die damit ein Mitwirken aller stimmberechtigten Mitglieder der Evaluierungskommission zwingend ist.

ccc) In seiner Entscheidung vom 9.2.1996 hatte das OVG Schleswig hinsichtlich des Stimmenthaltungsverbots als Charakteristikum des materiellen Prüfungsrechts auf die im Bundesland geltende Landesverordnung über die Ordnung des Vorbereitungsdienstes und die zweite Staatsprüfung für Lehrkräfte hingewiesen. Eine entsprechende Bestimmung enthält die bayerische Lehramtsprüfungsordnung II (LPO II) vom 28.10.2004.¹⁶ § 3 Abs. 6 S. 2 dieser Prüfungsordnung erklärt Stimmenthaltungen in Prüfungen für unzulässig, so dass dieser Grundsatz auch dem bayerischen Prüfungsrecht immanent ist. Ausnahmen vom Stimmenthaltungsverbot sind möglich, wenn diese durch Rechtsvorschrift geregelt sind. Weder nach der universitären Satzung zum Faculty Tenure Track ist das der Fall noch ist für eine solche Ausnahme eine andere Vorschrift ersichtlich.

13 Vgl. Nachweise bei Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Hecker, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 91 Rn. 5 mwN.

14 OVG Schleswig vom 9.2.1996, 3 L 79/95, NVwZ-RR 1996, 433; OVG Saarlouis v. 28.10.1987, KMK-HSchR 1988, 316; OVG Münster vom 21.11.1980, KMK-HSchR 1981, 421; OVG Münster vom 8.9.2005, 14 A 3934/03, juris; vgl. auch VG Düsseldorf vom

11.11.2014, 27 K 1801/11, juris Rn. 74.

15 Dazu Hartmer, a.a.O., 5. Kapitel, Rn. 116; Grzeszick, in Geis: Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, 3. Kapitel, Rn. 178.

16 GVBl. S. 428, BayRS 2038-3-4-8-11-K, zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 26.2.2021, GVBl. S. 86.

§ 30 Abs. 5 S. 1¹⁷ der Grundordnung der Universität vom 21.7.2007 in der Fassung der Dreizehnten Änderungsatzung vom 2.9.2021 ist jedenfalls, wie das VG München zurecht ausgeführt hat, erkennbar allgemein gefasst und nicht spezifisch für das Tenure Track Verfahren gedacht.

ddd) Auf Stimmenthaltungen beruhende Verfahrensfehler sind erheblich, wenn das Ergebnis der Prüfung hiervon beeinflusst wird (vgl. § 46 BayLVwVfG).¹⁸ Das war vorliegend der Fall. Vorstellbar ist nämlich, dass die Kommissionsmitglieder, die sich ihrer Stimme enthalten haben, für eine positive Tenure-Evaluierung gestimmt hätten, womit insgesamt ein positives Tenure Votum zustande gekommen wäre.

eee) Dass gem. § 9 Abs. 6 der universitären Satzung das Präsidium über den Karriereaufstieg entscheidet, steht der Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 22.9.2020 sowie des Widerspruchsbescheids vom 5.3.2021 nicht entgegen. Da das rechtswidrige Votum der Evaluierungskommission Grundlage für die Beschlüsse des Appointment und Tenure Board sowie des Präsidiums war (vgl. § 9 Abs. 6 der Satzung), war es als Grundlage für den Beschluss des Präsidiums nicht verwertbar.¹⁹ Das rechtswidrige Tenure-Votum der Evaluierungskommission hat folglich die Beschlüsse des Präsidiums „infiiziert“. Wäre es, was im Bereich des Möglichen liegt, zu einem positiven Votum der Kommission gekommen, wäre auch ein Beschluss des Präsidiums, der den Karriereaufstieg der Professorin bestätigte, durchaus möglich, wenn nicht sogar wahrscheinlich gewesen.

bb) Fehlerhafte Besetzung des Kommissionssitzes: Dem VG München ist ferner darin zuzustimmen, dass das Tenure Verfahren auch deshalb verfahrenfehlerhaft ist, weil die Evaluierungskommission entgegen der eigenen Satzungsvorgabe (§ 8 Abs. 2) mit einem Vorsitzenden aus einer anderen Fakultät besetzt worden ist. Die Formulierung in der Satzung ist eindeutig: mit „Professorin oder Professor der Fakultät“²⁰ kann in Zusammenhang mit Abs. 1 nur eine Professorin oder ein Professor gemeint sein, der der Fakultät angehört, in der die zu evaluierende Professur angesiedelt ist. Soweit im Widerspruchsbescheid argumentiert wurde, Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG enthalte keine Vorgabe, dass der Kommissionsvorsitzende zwingend Mitglied der Fakultät sein muss, verfängt das nicht. Dass Art. 18 Abs. 4 BayHSchPG das nicht zwingend vorgibt, führt nicht daran vorbei, dass sich die Universität in § 8 Abs. 2 ihrer Satzung darauf festgelegt hat, den Kommissionsvorsitz einem Hoch-

schullehrer der jeweils betroffenen Fakultät zu übertragen. Mit dem Klammerzusatz (Fach-/Strukturkompetenz) macht die Satzung auch deutlich, dass der Vorsitzende jedenfalls über entsprechende Fachkompetenz verfügen soll. Wenn der Kommissionsvorsitzende aus einer anderen Fakultät stammte, war nicht sichergestellt, dass er über Fachkompetenz im Bereich der Professur, deren Evaluierung anstand, verfügte. Auch dieser Verfahrensfehler konnte sich somit auf das negative Votum auswirken.

b) Zum Weiterbeschäftigungsanspruch

Dass das VG München in seinem Beschluss vom 16.9.2021 die Universität zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Hochschullehrerin verpflichtet hat, war in der besonderen Situation, die dem Gericht zur Entscheidung vorlag, richtig und zu begrüßen.

aa) Hinsichtlich des nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsgrundes hat das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt, dass der betroffenen Hochschullehrerin im Falle eines Ausscheidens aus der Universität ein nahezu irreversibler Karriereschaden droht. Bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren über die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens entscheidet, dürften zumindest einige Monate, wenn nicht gar längere Zeit vergehen, orientiert man sich an der durchschnittlichen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren. Einzukalkulieren ist ferner eine etwaige zweite Instanz in der Hauptsache, womit die Wiederholung des Evaluierungsverfahrens, welches selbst auch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, in noch weitere Entfernung rücken kann. In dieser – mitunter länger andauernden – Interimsphase ist die Professorin mit schwerwiegenden Nachteilen belastet, die das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss angeführt hat (u.a. Verlust von Fördermitteln, Abbruch von Kooperationen, Reputationsverlust in der wissenschaftlichen Gemeinschaft, fehlende Kontinuität der Forschung; Verlust der Lehrmöglichkeit). Diese berechtigten Erwägungen kommen in der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs deutlich zu kurz bzw. fallen letztlich gar nicht erst ins Gewicht. Rein formal gesehen ist es zwar richtig, dass sich die für den Karriereaufstieg durchzuführende Evaluierung nach der gesetzlichen Ausgestaltung nur auf den 6-Jahres-Zeitraum bezieht, auf den die Tenure-Phase befristet war. Wissenschaftliche Leistungen in Forschung und Lehre, die nach diesem Zeitraum erbracht werden, spielen somit im Regelfall für die Evaluierung zwar Rolle mehr.

17 Mehrheitsprinzip bei Abstimmungen, Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegeben Stimmen.

18 OVG Schleswig vom 9.2.1996, a.a.O.; OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O.

19 Siehe hierzu OVG Münster vom 8.9.2005, a.a.O. unter I. 6 der Entscheidungsgründe.

20 In der aktuellen Satzung vom 15.2.2022 ist das geändert.

Der Verwaltungsgerichtshof blendet in seiner Entscheidung aber aus, dass die Unwirksamkeit der Tenure-Evaluierung durch die Organe der Universität dazu geführt hat, dass die Übertragung einer Lebenszeitprofessur nicht schon zum 1.10.2020 erfolgt ist und dieser von der Universität herbeigeführte Schwebezustand bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zu Lasten der Hochschullehrerin gehen darf.

Dem ließe sich entgegen halten, dass einer Universität die greifbare Gefahr einer im Eilverfahren erstrittenen vorläufigen Weiterbeschäftigung stets droht, wenn die Tenure-Evaluierung negativ ausfällt. Aus Universitäts-sicht ist das kein unbeachtlicher Einwand, insbesondere wenn zahlreiche Professuren im Tenure Track besetzt worden sind, wie das bei vielen Universitäten der Fall ist.²¹ Ist die negative Tenure Evaluierung allerdings in einem formell rechtmäßigen Verfahren zustande gekommen, steht nur die in engen Grenzen nachprüfbare inhaltliche Prüfungsentscheidung in Rede; in dieser Situation ist – ungeachtet der Frage, ob ein Anordnungsanspruch gegeben ist – regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass eine einstweilige Anordnung mit einer Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung erlassen wird.²² Die Universitäten haben es im Übrigen selbst in der Hand, eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung zu vermeiden. Wird das Evaluierungsverfahren formell rechtmäßig durchgeführt, muss zwar im Falle eines negativen Tenure-Votums mit einer gerichtlichen Überprüfung gerechnet werden, eine vorläufige Weiterbeschäftigung kann in diesen Fällen aber nicht erstritten werden.

Das Verwaltungsgericht ist somit – in Anbetracht der singulären Ausnahmesituation aufgrund der festgestellten formellen Rechtswidrigkeit des Evaluierungsverfahrens – mit gut vertretbarer Argumentation von einem glaubhaft gemachten Anordnungsgrund ausgegangen. Die Betrachtungsweise des Verwaltungsgerichtshofs mag zwar, da auf die 6 Jahre befristete Tenure-Phase bezogen, abstrakt richtig gewesen sein, wurde aber den Besonderheiten der hier gegebenen Fallgestaltung nicht gerecht. Ein weiterer Aspekt darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt gelassen werden. Wird die Tenure-Evaluierung wiederholt, was im hier entschiedenen Fall durchaus erst zwei Jahre nach Ablauf der Tenure-Phase der Fall sein kann, wirft eine Beschränkung des Evaluierungszeitraums auf die 6 Jahre Probleme auf. Was die Hochschullehrerin gegebenfalls in der Zwi-

schenzeit an Forschungsleistungen erbracht und publiziert hat, müsste von den zu beauftragenden Gutachtern und den Mitgliedern der Evaluierungskommission ausgeblendet werden. Auch wäre die Professorin gezwungen, neue Forschungsrichtungen und -erkenntnisse in ihrem hochschulöffentlichen Vortrag, der auch Teil der zu wiederholenden Tenure-Evaluierung ist, unberücksichtigt zu lassen. Die Sinnhaftigkeit einer solchen Evaluierung darf berechtigterweise in Frage gestellt werden. Das lässt sich zuspitzen: Soll bzw. will die Universität am Ende einer Tenure-Track Professorin, die nach aktuellem Stand die Voraussetzungen für den Karriereaufstieg zur Associate Professorin erfüllen würde, diesen Aufstieg nicht gewähren, weil diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der formal rechtswidrigen Erstevaluation vermeintlich nicht vorlagen?

bb) Kritisch hinterfragen lässt sich auch, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.10.2021 bzgl. der beantragten vorläufigen Weiterbeschäftigung der Professorin einen Anordnungsanspruch verneint hat. Dem bayerischen HSChPG hätte eine vorläufige Weiterbeschäftigung nämlich in der vorliegenden Fallkonstellation nicht widersprochen.

Dass das Gericht wegen Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSChPG eine Verlängerung der auf 6 Jahre befristeten Professur im Beamtenverhältnis als Rechtsgrundlage für eine vorläufige Weiterbeschäftigung ablehnt, ist hinzunehmen. Die Professorin hatte eine vorläufige Weiterbeschäftigung in einem W2-Beamtenverhältnis aber auch gar nicht beantragt. Nachvollziehbar ist auch die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass eine Weiterbeschäftigung nicht auf Art. 8 Abs. 3a HSChPG gestützt werden könne. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Ausnahmemöglichkeit, mit der der Landesgesetzgeber im April 2021 auf Einschränkungen, die aufgrund der Coronapandemie eingetreten sind, reagiert hat. Dem VGH ist daher zuzustimmen, dass die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck auf die hier vorliegende Tenure-Situation nicht übertragbar ist.

Ein Anordnungsanspruch hätte sich aber auf Art. 8 Abs. 3 BayHSChPG stützen lassen. Hiernach kann in besonderen Fällen, insbesondere wenn eine befristete Tätigkeit vorgesehen ist, ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründen werden. Dass das Gericht den Ausnahmecharakter der Vorschrift hervorhebt, ist angesichts deren Wortlauts („in besonderen Fällen“) gewiss

21 Basis hierfür ist vorallem das Tenure Track Programm des Bundes und der Länder.

22 Vgl. hierzu die Sachverhalte in OVG Schleswig-Holstein vom

16.11.2018, 2 MB 11/18, juris oder OVG Thüringen vom 30.7.2021, 2 EO 445/21, juris.

zutreffend. In der weiteren Begründung wird beispielhaft auf Art. 18 Abs. 8 S. 1 BayHSchPG verwiesen, der eine befristete Beschäftigung von Professoren im privatrechtlichen Dienstverhältnis gestattet, um die Zeit bis zur beabsichtigten Besetzung der Stelle zu überbrücken. Bereits der Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 BayHSchP verlangt aber nicht, dass eine übergangsweise (Weiter)Beschäftigung nur in den Fällen möglich ist, in denen das HSchPG dies vorsieht – der Gesetzgeber hätte sonst auf den Zusatz „insbesondere“ verzichtet. Mithin gestattet Art. 8 Abs. 3 BayHSchPG auch eine befristete (Weiter) Beschäftigung, wenn ein sonstiger besonderer Ausnahmefall vorliegt. Auch zwingt der Wortlaut der Norm nicht dazu, von einem besonderen Fall nur dann auszugehen, wenn das Interesse der Universität betroffen ist. Die besondere Fallkonstellation, in der sich die Hochschullehrerin vorliegend durch die diversen Verfahrensfehler bei der Tenure-Evaluierung befand, hätte daher eine vorläufige Weiterbeschäftigung gerechtfertigt, letztlich wegen des erheblichen Schadenspotenzials, das der Professorin droht, sogar erfordert. Wäre diese Weiterbeschäftigung in einem nach TV-L ausgestalteten Angestelltenverhältnis unter Wahrung der Statusrechte der Professorin ausgestaltet worden – was diese höchst hilfsweise beantragt hatte – hätte dies auch über die vom Verwaltungsgerichtshof gesehene Hürde des Verlängerungsverbots gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayHSchPG hinweggeholfen.

Soweit der Verwaltungsgerichtshof eine Weiterbeschäftigung als Akademische Oberrätin wegen Art. 22 Abs. 5 S. 2 2. HS BayHSchPG verneint hat, erscheint auch das nicht zwingend und hätte dem Gericht eine Option eingeräumt. Systematisch ist das befristete Weiterbeschäftigungsverbot hinter den Regelungen über die Höchstbefristungszeiten für Akademische Räte sowie Akademische Oberräte platziert. Da die Hochschullehrerin im sog. „connecting package“ lediglich eine Dienstzeit von einem Jahr als Akademische Oberrätin hinter sich hatte, war die Höchstbefristungszeit bei Weitem nicht ausgeschöpft.

Vor diesem Hintergrund hätte sich ein Anordnungsanspruch begründen lassen. Hätte der Verwaltungsgerichtshof die vom Verwaltungsgericht getroffene Anordnung in Form einer vorläufigen Weiterbeschäftigung gehalten, hätte dies auch rein praktisch einen nicht zu unterschätzenden Effekt nach sich gezogen. Die Tenure-Evaluierung wäre vermutlich rasch wiederholt

worden, womit für beide Seiten nach einem überschaubaren Zeitraum Klarheit bestanden hätte, ob der Karriereaufstieg auf eine W3 Professur erfolgt oder die Hochschullehrerin im Falle einer erneut negativen Evaluierung aus der Hochschule ausscheidet. Nunmehr hängen beide Seiten in der „Warteschleife“, bis das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren entschieden hat, wobei die Nachteile eindeutig bei der Professorin liegen. Der unsichere Zustand bringt aber auch einen Nachteil für die Universität mit sich: Der Verwaltungsgerichtshof hat am Ende seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Universität im Falle des Obsiegens der Professorin sicherstellen muss, dass eine haushaltsrechtliche Planstelle zur Verfügung steht, um darauf gegebenenfalls die begehrte W3 Professur führen zu können.

5. Fazit

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München bedeutet insoweit Neuland, als sie – wenn auch vorab erst im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – klarstellt, dass es sich bei Tenure-Evaluierungen um Prüfungsentscheidungen handelt, auf die die Grundsätze des materiellen Prüfungsrechts anwendbar sind. Stimmenthaltungen sind danach unzulässig und führen zur formellen Rechtswidrigkeit des Votums, wenn sich die Enthaltungen tatsächlich auswirken.

Mit der vom Verwaltungsgerichtshof abgelehnten vorläufigen Weiterbeschäftigung nach einer negativen Tenure-Evaluierung stärkt das Gericht die Position der Universitäten, dem vorliegenden, sicherlich extremen, Einzelfall wird aber die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München besser gerecht. Die Auseinandersetzung mit der Entscheidung zeigt auch, dass letztlich die jeweiligen Bestimmungen der Landeshochschulgesetze einer genauen Analyse bedürfen, ob sie bei einer solchen oder vergleichenden Konstellation eine vorläufige Weiterbeschäftigung materiellrechtlich überhaupt zulassen.

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 Katharina Schindler
Berücksichtigung vergangener Befristungen gem. WissZeitVG bei der Rechtsmissbrauchskontrolle einer Befristung gem. TzBfG? – Anmerkung zum Arbeitsgericht Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21

Die rechtfertigende Wirkung von Befristungen gem. WissZeitVG innerhalb von gemischten Kettenbefristungen ist weithin ungeklärt. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Gera vom 27. Oktober 2021 gibt insofern besonderen Anlass zur vertieften Auseinandersetzung, da sich die Befristungstatbestände des WissZeitVG und TzBfG im zugrundeliegenden Fall nicht nur abgewechselt, sondern auch überlappt haben und das Arbeitsgericht hieraus auf die Unerheblichkeit der Befristungszeiten gem. WissZeitVG geschlossen hat.

Die Ausführungen gliedern sich hierzu in eine kurze Zusammenfassung der Entscheidung (I.), rechtliche Würdigung (II.) und einen anschließenden Praxishinweis (III.).

I. Entscheidung des Arbeitsgerichts

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts Gera¹ liegt die Entfristungsklage einer Literaturwissenschaftlerin (Magistra Artium) zugrunde, die von der arbeitgebenden Hochschule wie folgt befristet beschäftigt wurde:

Befristung				
Nr.	von	bis	Tage	Grund
0	23.08.2010	31.12.2010	131	§ 14 Abs. 1 TzBfG
1	01.01.2011	31.12.2011	365	
2	01.01.2012	30.06.2013	547	§ 2 Abs. 2 WissZeitVG
3	16.04.2012	31.12.2016	1721	
4	01.01.2017	31.12.2020	1461	§ 14 Abs. 1 TzBfG
5	19.05.2014	31.12.2014	227	§ 2 Abs. 1 WissZeitVG
6	01.01.2015	31.12.2015	365	
7	01.01.2016	31.12.2016	366	§ 14 Abs. 1 TzBfG
8	01.02.2017	31.12.2017	334	
9	01.02.2018	31.12.2020	1065	

Die Verlängerungen 1-4 sollen dazu auf das sog. „große Arbeitsverhältnis“ (10 Jahre 4 Monate; Entgeltgruppe 12 TV-L) entfallen, für dessen letzte Befristung ein Rechtsmissbrauch aufgrund der Vertragslaufzeit indiziert und mangels besonderer Umstände als unwirksam erkannt wurde. Dass das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit nach dem WissZeitVG befristet wurde, spiele demgegenüber keine Rolle. Die Beklagte hätte erkennen müssen, dass die Klägerin mit der zuletzt abgeschlossenen Verlängerung „für mehr als 10 Jahre ununterbrochen befristet beschäftigt werden sollte“.²

Die Verlängerungen 5-9 seien hingegen hiervon „rechtlich zu unterscheiden“ und einem sog. „kleinen Arbeitsverhältnis“ (6 Jahre 5 Monate; Entgeltgruppen 13, 12 & 11 TV-L) zuzuordnen, für das eine Rechtsmissbrauchskontrolle schon angesichts der Dauer oder Anzahl der Verlängerungen nicht angezeigt sei.³

II. Würdigung

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts ist nicht zuzustimmen. Sie berücksichtigt die in der Vergangenheit liegenden Befristungen gem. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WissZeitVG nicht hinreichend und verkürzt damit die darin liegende Wissenschaftsfreiheit der arbeitgebenden Hochschule unzulässig.

Werden die in diesen Zeiten liegenden „besonderen Umstände“ entsprechend gewürdigt, scheidet ein Rechtsmissbrauch aus. Im Einzelnen:

1. Zum Maßstab und maßgeblichen Arbeitsverhältnis

Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Arbeitsgericht von der „Befristungsampel“ des Bundesarbeitsgerichts

¹ ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris; die Berufung ist anhängig beim LAG Thüringen unter dem Az. 2 Sa 277/21. Mit einer Entscheidung dürfte Ende des Jahres bzw. Anfang nächsten Jahres zu rechnen sein.

² ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37.

³ ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 3 f., 42.

aus und prüft – dem punktuellen Streitgegenstandsbe-
griff entsprechend – die zuletzt abgeschlossene Befristung.

In seiner Prüfung geht das Gericht allerdings – ohne dies näher zu begründen – unzutreffend davon aus, dass zwischen dem „großen“ und „kleinen Arbeitsverhältnis“ unterschieden werden müsse.⁴ Die Klägerin wurde aber – soweit erkennbar – nach dem TV-L beschäftigt, weshalb die Annahme zweier verschiedener Arbeitsverhältnisse nur nach den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Satz 1 TV-L in Betracht kommen kann.⁵

Dafür, dass zwischen den Befristungen im Rahmen des „großen“ und „kleinen“ Arbeitsverhältnis kein unmittelbarer Sachzusammenhang besteht, liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor. Insbesondere wurde die Klägerin sowohl im Rahmen des „großen“ als auch des „kleinen Arbeitsverhältnisses“ – im selben Zeitraum – mehrfach nach dem WissZeitVG befristet, wodurch sich ein unmittelbarer Sachzusammenhang zwischen den beiden Verhältnissen ergeben dürfte. Hieran sollten auch die unterschiedlichen Befristungsgründe gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG (eigene Qualifizierung) und § 2 Abs. 2 WissZeitVG (Projekt: „Flexibilisierung individueller Studienverläufe“) nichts ändern. Beide Tätigkeiten sind auf die Durchführung bzw. Unterstützung der Forschung und / oder Lehre der arbeitgebenden Hochschule gerichtet. Die Zuständigkeit verschiedener Dekanate oder Abteilungen oder die – nachträgliche – Umgruppierung beseitigt den Sachzusammenhang nicht.⁶ Selbiges dürfte für die Befristungen gem. § 14 Abs. 1 TzBfG gelten, die zwar gegenüber dem „großen Arbeitsverhältnis“ Befristungslücken ausweisen aber zu keinem Zeitpunkt über dessen jeweiliges Befristungsende hinausgingen und zuletzt auch am selben Tag endeten.⁷

Die Befristungen im Rahmen des „kleinen Arbeitsverhältnisses“ werden daher für die hiesigen Zwecke – und

vorbehaltlich abweichender Feststellungen im Berufungsverfahren – als Teil des „großen Arbeitsverhältnisses“ im Sinne einer zeitweisen Befristung eines erhöhten Beschäftigungsumfangs zugrunde gelegt.⁸ Von der Wirksamkeit dieser Befristungen ist – ebenso wie für die übrigen nicht angegriffenen Befristungen – gem. § 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG auszugehen.

Der Entfristungsklage liegt daher *ein* befristetes Arbeitsverhältnis zugrunde, das über einen Zeitraum von 10 Jahren 4 Monaten bestand und dessen Befristung insgesamt *viermal* verlängert wurde. Aus dieser Befristungsdauer (23. August 2010 bis 31. Dezember 2020) folgt damit – wie auch das Arbeitsgericht für das große Arbeitsverhältnis erkannt hat – ein indizierter Rechtsmissbrauch („Rot“), der die Prüfung „besondere Umstände“ erfordert. Im Unterschied zum Arbeitsgericht ist allerdings auch das „kleine Arbeitsverhältnis“ betroffen und somit keiner eigenständigen Rechtsmissbrauchskontrolle zu unterziehen.

2. Zu den besonderen Umständen gem. WissZeitVG

Das Arbeitsgericht misst den Befristungen nach dem WissZeitVG keinerlei Bedeutung zu, da die beklagte Hochschule beim Abschluss der zuletzt abgeschlossenen Befristung hätte erkennen müssen, dass die Klägerin mehr als 10 Jahre beschäftigt war.⁹ Dem ist nicht zuzustimmen.

Anerkanntermaßen verkörpern gerade die Befristungstatbestände in § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 WissZeitVG die grundgesetzlich und europarechtlich verbürgte Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 13 GRCh) und bilden damit im Grundsatz einen „besonderen Umstand“, der im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung nicht übergangen werden darf.¹⁰

„Daneben können grundrechtlich gewährleistete Freiheiten von Bedeutung sein (BAG, NZA 2015, 928 = NJW

4 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 42.

5 § 2 Abs. 2 TV-L: „Mehrere Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber dürfen nur begründet werden, wenn die jeweils übertragenen Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen. Andernfalls gelten sie als ein Arbeitsverhältnis“.

6 Vgl. zu einem ganz analogen Fall: BAG NZA 2016, 824 Rn. 18 ff. zu § 2 II 1 TV-H.

7 Allenfalls denkbar wäre eine Trennung der Beschäftigungsverhältnisse nach dem Befristungsgrund, der insoweit Anhaltspunkt für das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines Sachzusammenhangs geben könnte. Hierzu ist dem Urteil aber nichts Stichhaltiges zu entnehmen.

8 Vgl. hierzu etwa BAG NZA 2016, 814 Rn. 34; BAG NZA 2018, 1061 Rn. 36; Müller-Glöge in ErfK, 22. Aufl. 2022, TzBfG § 3 Rn. 18.

9 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37. Die Überlegung des Arbeitsgerichts, dass die Beklagte „ihrer Vorbildfunktion als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber nicht gerecht werde“ (ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 38 aE), ist für die Rechtsmissbrauchskontrolle unerheblich und bedenklich, zumal hierdurch rechtlich irrelevante Gesichtspunkte in die Gesamtbetrachtung eingestellt werden und die Entscheidung hierauf beruht. Die Prüfung des Arbeitsgerichts dürfte daher schon aus diesem Grund angreifbar sein.

10 Vgl. BAG NZA 2016, 1463 Rn. 33, 37; BAG NZA 2016, 552; BAG NZA 2012, 385, 389; BAG NZA 2018, 1399; vgl. auch Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15, 30; Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, S. 221 ff.; Maschmann, Missbrauch im Recht der Hochschulbefristung, Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts 2021, 839 ff.; Rambach in Arnold/Gräfl, TzBfG, § 2 Rn. 6.

2016, 185 Rn. 25; NZA 2015, 301 Rn. 38; NZA-RR 2014, 408 Rn. 36 = NZA 2014, 1296 Ls.; BAGE 142, 308 = NZA 2012, 1351 = NJW 2013, 1254 Rn. 47) ...

Die den Befristungen zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen des „Sonderbefristungsrechts“ der vormaligen §§ 57 a ff. HRG dienten ebenso wie die genannten Bestimmungen des Sächsischen Hochschulgesetzes einem angemessenen Ausgleich der Interessen der Hochschule, welche die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 III GG für sich in Anspruch nehmen kann und deren wissenschaftlichem Personal (vgl. BAG, NZA 2016, 758 Rn. 36). Auch § 2 I WissZeitVG ermöglicht seit seinem Inkrafttreten am 18.4.2007 langjährige sachgrundlose Befristungen zur wissenschaftlichen Qualifikation. In diesen Regelungen ist eine Höchstbefristungsdauer festgelegt, was den Anforderungen von § 5 Nr. 1 Buchst. b der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der RL 1999/70/EG genügt (BAGE 139, 109 = NZA 2012, 385 Rn. 35). § 2 I WissZeitVG lässt daher für wissenschaftliches Personal an Hochschulen in weitaus größerem Umfang sachgrundlose Befristungen zu als § 14 II TzBfG. Dabei wirkt die am Qualifikationsziel orientierte Maximalbefristungsdauer der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Befristungsmöglichkeit entgegen.“

Die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG unterliegt als *lex specialis* ihren eigenen Regeln und ermöglicht auch ohne die Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 3, 5¹¹ WissZeitVG zulässige Befristungen von 12 bzw. 15 Jahren. Für die Sachgrundbefristung in § 2 Abs. 2 WissZeitVG, die an sich keinen Höchstbefristungsgrenzen unterliegt, ist das zwar prinzipiell anders, aber jedenfalls solange im Rahmen der Rechtsmissbrauchskontrolle unbedenklich, wie die konkreten Höchstbefristungsgrenzen – des Wissenschaftlers¹² –

gem. § 2 Abs. 1, 3, 5 WissZeitVG nicht überschritten wurden. Die Befristungstatbestände stehen der Hochschule, den Universitätsklinik und den außeruniversitären Forschungseinrichtungen alternativ zur Verfügung¹³, wobei die Befristungszeiten gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG gem. § 2 Abs. 3 Satz 2 WissZeitVG auf die Höchstbefristungsgrenzen anzurechnen sind.¹⁴

Die insoweit vorliegenden „besonderen Umstände“ werden auch nicht – wie das Arbeitsgericht meint¹⁵ – dadurch entwertet, dass die zuletzt erfolgte Befristung nicht mehr nach dem WissZeitVG, sondern nach dem TzBfG erfolgt ist.

Zwar ist es richtig, dass der Rechtsmissbrauch für die zuletzt vereinbarte Befristung indiziert wird, dies führt aber nicht dazu, dass die für vergangene Befristungen gegebenen besonderen Umstände rückwirkend wieder entfallen oder unerheblich werden.

Erforderlich ist eine *rückschauende Gesamtbetrachtung*, die dem *lex specialis* Verhältnis zwischen WissZeitVG und TzBfG und der daraus folgenden Sperrwirkung des WissZeitVG Rechnung trägt.¹⁶ Das WissZeitVG ist allein für die Befristung wissenschaftlichen Personals zur wissenschaftlichen Qualifizierung maßgeblich und bestimmt infolgedessen auch im Zusammenhang mit einer anschließenden TzBfG-Befristung weiterhin den Bezugspunkt für die Rechtsmissbrauchsprüfung dieser Zeiten.¹⁷ WissZeitVG und TzBfG liegen – insbesondere auch wegen des neu eingefügten Angemessenheitskriteriums in § 2 Abs. 1 WissZeitVG¹⁸ oder den gesetzlichen Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 3, 5 WissZeitVG – unterschiedlichen Voraussetzungen und unterschiedliche Vorstellungen über die zulässigen Befristungslängen zugrunde. Einer Anwendung der Rechtsmissbrauchsgrundsätze des TzBfG für Wiss-

11 Vgl. BAG NZA 2016, 552; Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221; siehe auch Graue, Verlängerungen im Hochschulbereich, PersR 2021, Nr 2, 33-37.

12 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 223; vgl. hierzu auch Löwisch/Anselment, Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen, OdW 2021, 165.

13 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. BAG NZA 2016, 552; Müller-Glöge in ErfK, 21. Aufl. 2021, WissZeitVG § 2 Rn. 15.

14 Mandler, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 222; vgl. BAG, Urteil vom 18. Juli

2012 – 7 AZR 443/09 – juris Rn. 41, 48.

15 ArbG Gera, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 1 Ca 19/21 –, juris Rn. 37.

16 Vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 533/14 = NZA 2016, 1276; BAG, Urteil vom 8. Juni 2016 – 7 AZR 259/14 = BeckRS 2016, 73446; BAG, Urteil vom 28. September 2016 – 7 AZR 549/14 = NZA 2017, 249; dazu Mandler/Wegmann, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201 ff.

17 Vgl. hierzu Mandler/Wegmann, Der Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG im Anwendungsbereich des WissZeitVG, OdW 2018, 201 ff.

18 Vgl. BAG NZA 2021, 786; Maschmann, Befristung - Hochschule - Anrechnung auf die Höchstdauer – angemessene Befristungsdauer, AP Nr 18 zu § 2 WissZeitVG; Boemke, jurisPR-ArbR 39/2021 Anm. 3; Mandler/Meißner, Die Angemessenheit der Befristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199 ff.; Mandler/Meißner, Entwurfsdiskussion WissZeitVG – Möglichkeiten, Einschränkungen, Verbesserungspotential, OdW 2016 S. 40 f.

ZeitVG-Befristungen – für die das TzBfG gar nicht anwendbar wäre – muss daher durch die Anerkennung der „besonderen Umstände“ im Rahmen der Gesamtbetrachtung vorgebeugt werden.

Im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung sind daher vergangene WissZeitVG-Befristungen¹⁹ bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs der letzten TzBfG-Befristung nicht einzupreisen, sofern die konkreten Höchstbefristungsgrenzen gem. WissZeitVG noch nicht überschritten waren.²⁰ In diesem Fall ist nicht von einer rechtsmissbräuchlichen Befristung für einen dauerhaften, nicht-wissenschaftsbezogenen Bedarf, sondern von einer zulässigen Befristung zur wissenschaftlichen Qualifizierung auszugehen. Die Wirksamkeit der zurückliegenden WissZeitVG-Befristung wird gem. § 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG vorausgesetzt.²¹ Dies gilt entsprechend auch für Befristungen von Wissenschaftlern gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, solange es sich um die Befristung eines Wissenschaftlers handelt und die Höchstbefristungsgrenzen für eine sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG noch nicht überschritten waren.²²

Darüber hinaus muss die WissZeitVG-Befristung im Rahmen der Missbrauchsprüfung gleich einer (gerechtfertigten) Unterbrechung der TzBfG-Befristung wirken, wenn hierdurch zwei TzBfG-Befristungen so weit voneinander getrennt werden, dass zwischen diesen ein längerer Zeitraum wissenschaftlicher Qualifizierung liegt. In diesem Fall besteht zwischen den TzBfG-Befristungen kein erkennbarer Zusammenhang mehr, aus dem ein indizierter Rechtsmissbrauch durch Zeitablauf oder ein vorwerfbarer, dauerhafter Beschäftigungsbedarf folgen könnte. Von einer entsprechenden Unterbrechungswirkung dürfte – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – jedenfalls dann auszugehen sein, wenn die WissZeitVG-Befristung für mehr als zwei Jahre erfolgt ist²³ und zwischen den

TzBfG-Befristungen somit ein durch besondere Umstände „gerechtfertigter“ Zeitraum von mehr als zwei Jahren liegt. So liegen die Dinge hier.

Auf die WissZeitVG-Befristungen (Nr. 3, 5 & 6) entfallen – unter Berücksichtigung ihrer Überlappung – 4 Jahre und 8 Monate. Die Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG wurde daher eingehalten, sodass sich für die gem. dem WissZeitVG erfolgten Befristungszeiträume besondere, rechtfertigende Umstände ergeben, die für sich einen Rechtsmissbrauch ausschließen.

Der Zeitraum wirkt zudem im vorliegenden Fall auch im Sinne einer Unterbrechung der TzBfG-Befristungen soweit er sich nicht mit der TzBfG-Befristung (Nr. 2, 7) überschneidet, mithin für 2 Jahre und 6 Monate. Die zurückliegenden TzBfG-Befristungen (Nr. 0-2,) können daher für eine Missbrauchsprüfung nicht mehr herangezogen werden. Es verbleibt damit ein zu prüfender Befristungszeitraum von rund 5 Jahren (Nr. 4, 7, 8, 9), dessen Befristungsdauer die Grenzen des Rechtsmissbrauchs weder in Bezug auf den Befristungsumfang noch die Anzahl der – hier nicht gegebenen – Verlängerungen überschreitet.²⁴

III. Praxishinweis & Ausblick

Der vorliegende Fall zeigt anschaulich, welche prozessualen Risiken für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen in Befristungen gem. TzBfG liegen können, die auf langjährige Befristungen gem. WissZeitVG folgen.

Es ist daher anzuraten auf eine derartige Kombination von Befristungen gem. WissZeitVG und TzBfG – jedenfalls innerhalb der Befristungsampel – soweit wie möglich zu verzichten, um den Gerichten erst gar keinen Anlass zur Beanstandung zu geben. Sollte eine Befristung aber dennoch erforderlich sein, ist anzuraten je-

19 § 2 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 WissZeitVG und § 6 WissZeitVG, vgl. zu letzterem BAG NZA 2021, 1483; Bader, jurisPR-ArbR 47/2021 Anm. 2.

20 Zur Berechnung der Höchstbefristungsgrenze siehe jüngst BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19; vgl. *Mandler/Wegmann*, Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG, OdW 2020, 53 ff.; *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.

21 Vgl. bspw. BAG NZA 2016, 1463, 1468 Rn. 38.

22 *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015 S. 217 ff.; vgl. LAG Sachsen, Urteil vom 6. März 2014 – 6 Sa 676/13; LAG Hessen, Urteil vom 6. August 2015 – 2 Sa 1210/14; LAG Köln, Urteil vom 6. November 2013 – 11 Sa 226/13; ArbG Aachen, Urteil vom 29. Januar 2013 – 5 Ca

3759/12; LAG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 2016 – 7 Sa 1208/15 = BeckRS 2016, 74885.

23 Vgl. BAG NZA 2018, 858; BAG NZA 2017, 706.

24 Die Beklagte hat offenbar die „Verlängerung“ der Rechtsmissbrauchsgrenzen durch die WissZeitVG-Zeiten vertreten. Das ist sicherlich auch ein gangbarer Weg und führt im Kern zum selben Ergebnis. Allerdings kann hierdurch die zeitliche und inhaltliche Zäsur zwischen den TzBfG-Befristungen nicht hinreichend berücksichtigt werden, die durch die dazwischenliegenden WissZeitVG-Befristungen entsteht und den Missbrauchsvorwurf gegenüber weit zurückliegenden TzBfG abschneidet. Ohne Unterbrechung beträgt die Befristungsdauer knapp über 8 Jahre und führt somit gleichwohl zur Missbrauchsprüfung („gelb“) – freilich unter Umkehrung der Darlegungslast. Fehlt es an entsprechenden Einlassungen der Klägerin, kann die Frage der Unterbrechung dahinstehen.

denfalls nicht in den „roten“ Bereich der Befristungssampel zu gelangen, um zumindest die prozessualen Risiken entsprechender Darlegungen zum Rechtsmissbrauch auf den Arbeitnehmer zu verlagern. Schließlich kann eine Lösung auch darin liegen, bereits bestehende Verträge auf eine mögliche (sachgrundlose) Neubefristung gem. WissZeitVG zu überprüfen, um damit ggf. auf die noch nicht erreichten Höchstbefristungsgrenzen zurückgreifen zu können. Erfolgt die letzte Befristung nach dem WissZeitVG und innerhalb der Höchstbefristungsgrenzen ist das Vorliegen „besonderer Umstände“ nicht bestreitbar.

Ob dieser „Tausch“ günstig wäre, ist aber sorgfältig zu überdenken. Schließlich sind die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Befristung gem. WissZeitVG hoch und die darin liegenden Risiken durch Erfordernis eines zwingenden Beschäftigungsumfangs von mehr als

einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit durch das Bundesarbeitsgericht²⁵, der Berechnung von Promotionszeiten²⁶ oder die Annahme weiterer Tatbestandsmerkmale²⁷ nicht geringer geworden. Von der bei Einführung des WissZeitVG noch beabsichtigten einfachen und rechtssicheren Handhabung der Befristungen gem. § 2 WissZeitVG zum Schutze der Wissenschaftsfreiheit und zur Entlastung der Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen ist nicht mehr viel zu erkennen.

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

25 BAG, Urteil vom 20. Januar 2021 – 7 AZR 193/20 = NZA 2021, 786; bei Misch Tätigkeiten muss die wissenschaftliche Tätigkeit überwiegen, vgl. Müller-Glöge, ErfK, 21. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn. 2b; Boemke, jurisPR-ArbR 39/2021 Anm. 3.

26 Vgl. BAG, Urteil vom 23. März 2016 – 7 AZR 70/14, BAG Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14; BAG Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 563/17; dazu Mandler/Banerjee, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 261 ff.; siehe auch BAG NZA 2012, 385; zum Ausschluss

der Verlängerung nach Ausschöpfung der Promotionszeit vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. März 2021 – 8 Sa 160/20 –, juris.

27 Vgl. LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 5 Sa 451/20; dazu Pschorr, Qualifikation durch Beschäftigung?, RdA 2021, 237 ff.; Mandler/Banerjee, Die Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung als Tatbestandsmerkmal der sachgrundlosen Befristungen gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG?, OdW 2021 S. 193 ff.

Christoph Pinsdorf

Haben gemeinsame Berufungen Zukunft?

*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung
des deutschen und internationalen Wissenschafts-
rechts e.V. am 11. und 12. Dezember 2021*

Kooperationen zwischen Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen prägen die deutsche Wissenschaftslandschaft. Gemeinsame Berufungen und die adäquate Ausgestaltung der sie begleitenden Berufungsverfahren sind bei diesen Kooperationen ebenso unentbehrlich wie komplex. Zur Umsetzung gemeinsamer Berufungen haben sich Modelle für die Bereitstellung und Besetzung von Professuren etabliert, die allerdings – abhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung – unterschiedliche und zahlreiche Rechtsprobleme aufwerfen.

Angesichts dieser Ausgangslage befasste sich der Verein zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts in einer zweitägigen Online-Veranstaltung am 11. und 12. Dezember 2021 mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das System der gemeinsamen Berufungen noch zukunftsfähig ist. Die ReferentInnen erörterten grundsätzliche strategische und rechtliche Fragestellungen, beleuchteten allgemeine und spezielle wichtige Probleme gemeinsamer Berufungen und Berufungsverfahren ebenso wie die Notwendigkeit und Möglichkeiten der Entwicklung und Erprobung neuer Modelle gemeinsamer Berufungen, um die Zukunftsfähigkeit des Systems gemeinsamer Forschungs Kooperationen gewährleisten zu können.¹

I. Warum gemeinsame Berufungen?

Prof. Dr.-Ing. Matthias Kleiner, Präsident der Leibniz-Gemeinschaft, führte zu Beginn seines Vortrages aus, seit Einführung des Karlsruher Modells der gemeinsamen Berufungen sei eine umfassende Kooperation zwischen Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen erblüht, die für alle Beteiligten einen Mehrwert biete, der mehr als die Summe der einzelnen Teile („Steigerung der Attraktivität der jeweiligen Hochschule“ auf der einen und „Spezialisierung der außeruniversitären Forschungseinrichtung“ auf der anderen Seite) sei. Dies werde auch im internationalen Kontext anerkannt. Zwar kennen viele Staaten gemeinsame Beru-

fungen nicht, diese Staaten erkennen jedoch die Notwendigkeit, die „Versäulung ihres Wissenschaftssystems“ aufzubrechen.

Zusammenfassend widmete sich *Kleiner* der Frage, was das System der gemeinsamen Berufungen attraktiv mache. In der Leibniz Gemeinschaft werden gemeinsame Berufungen als „Nukleus profilierter Wissenschaftsstandorte und als Instrumente verstanden, um Leuchtturmprojekte von internationaler Sichtbarkeit“ zu entwickeln. Hochschulen können durch gemeinsame Berufungen ihr Lehrangebot erweitern, Zugang zu speziellen Forschungsinfrastrukturen und zu besonderer wissenschaftlicher Expertise erhalten und dadurch ihr Forschungsprofil weiter schärfen. Außeruniversitäre Forschungseinrichtungen gewinnen mittels gemeinsamer Berufungen frühen Kontakt zu jungen WissenschaftlerInnen, ermöglichen den eigenen WissenschaftlerInnen eine Qualifikation in der Lehre und erhalten die Möglichkeit zur internationalen Vernetzung sowie zur Betreuung von Promotionen. Im Ergebnis sei daher jede gemeinsame Berufung ein Gewinn.

Es müsse allerdings auch der Blick auf die Hürden und Hemmnisse gemeinsamer Berufungen gerichtet werden. Die zu beobachtende „gewisse Müdigkeit“ seitens der Hochschulen zur Umsetzung gemeinsamer Berufungen habe vielfältige Ursachen: Eine gemeinsame Berufung rechne sich aus finanzieller Sicht der Universität scheinbar nicht. Auch die Angst der Hochschulen vor der Besetzung „normaler“ Professuren durch außeruniversitäre ForscherInnen sei zu erkennen. Dieser Befürchtung könne aber durch eine gute Vernetzung und Einbindung wirksam begegnet werden.

Wenn die Erfolgsfaktoren (Beachtung der Schnittmenge strategischer Interessen, gemeinsames Verständnis wissenschaftlicher Qualität, Klarheit über die jeweiligen Interessen, Zuweisung von Rollen und Handlungsspielräumen durch klare Regeln sowie die Herstellung von Transparenz) und einige praktische Regeln beachtet werden, lohne sich jede gemeinsame Berufung.

¹ Eine ausführliche Version des Tagungsberichts ist auf der Internetseite des Vereins zur Förderung des deutschen & internatio-

naln Wissenschaftsrechts e.V. unter folgendem Link zu finden: <https://www.verein-wissenschaftsrecht.de/publikationen.html>.

Gemeinsame Berufungen seien systemrelevant. Die engen, durch Forscherpersönlichkeiten getragenen Verbindungen seien ein wichtiger Baustein dafür, die Attraktivität und Zukunftsfähigkeit des Wissenschaftsstandorts Deutschland zu erhalten und einen wichtigen Beitrag zur Lösung der gewaltigen Herausforderungen unserer Zeit zu leisten.

II. Gemeinsame Berufungen als Standortfrage

Prof. Oliver Günther, Ph.D., Präsident der Universität Potsdam, stellte zu Beginn seines Vortrages einige Fakten zur Universität Potsdam dar: Dem Anstieg der Studierendenanzahl um 10 % seit dem Jahr 2012 stehe ein Personalzuwachs von 30 % gegenüber. Hervorzuheben sei insbesondere die von 60 im Jahr 2012 auf gegenwärtig 110 gestiegene Zahl der gemeinsam berufenen ProfessorInnen.

In der Folge richtete *Günther* den Fokus auf die 110 gemeinsam berufenen WissenschaftlerInnen an der Universität Potsdam, die an 31 außeruniversitären Instituten tätig seien. Herauszustellen sei das Hasso-Plattner-Institut, auf das 29 der 110 gemeinsamen Berufungen besonderer Prägung entfallen. Im Ergebnis habe die Universität Potsdam bis auf wenige Ausnahmen durchweg positive Erfahrungen mit dem Institut der gemeinsamen Berufungen gemacht. Die Kooperation mit den außeruniversitären Partnern habe einen wesentlichen Teil zum Erfolg der Universität beigetragen.

Im Folgenden ging *Günther* näher auf das innovative Modell der Gründung der Digital Engineering Fakultät ein, die gemeinsam vom Hasso-Plattner-Institut und der Universität Potsdam getragen werde. Möglich sei die Gründung dieser Fakultät erst aufgrund des deutschlandweit einzigartigen § 71 Abs. 4 des Brandenburgischen Hochschulgesetzes (BbgHG) geworden.

In seiner Schlussbetrachtung betonte *Günther*, das von der Universität Potsdam „sehr intensiv und sehr gerne“ genutzte Institut der gemeinsamen Berufungen als Strukturmodell habe geholfen, als größte und forschungsstärkste Universität des Landes Brandenburg noch sichtbarer zu werden. Ein starker externer Partner seien *Prof. Hasso Plattner* und seine Stiftung, die die Einrichtung eines international sichtbaren Schwerpunkts ermöglichen.

Nicht verschweigen dürfe man allerdings auch die Herausforderungen bei gemeinsamen Berufungen: So sei zu beklagen, dass es immer noch zahlreiche wissen-

schaftliche Publikationen aus den außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit gemeinsam berufenen WissenschaftlerInnen gebe, auf denen die Universität nicht als Affiliation aufgeführt sei. Weiterhin sei das Problem der Rückfälle zu benennen. Auch das Tenure-Track-Modell stelle eine Herausforderung, insbesondere im Bereich der arbeitsvertraglichen Unterlegung und Ausgestaltung des jeweils gewählten Berufungsmodells, dar.

III. Modelle gemeinsamer Berufungen

Manfred Nettekoven, Kanzler der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen (RWTH Aachen), stellte in seinem Vortrag die Modelle der gemeinsamen Berufungen vor. Eingangs beschrieb er die zentrale Strategie der RWTH Aachen, bis zum Jahr 2030 qualitatives Wachstum zu erzeugen. An der RWTH Aachen werde bereits fünf Jahre vor der Neubesetzung einer Professur geplant, welcher – auch interdisziplinären – Strukturen es bedarf, um die frei werdende Professur möglichst sinnvoll zu besetzen. Dabei gehe man von vier Gruppen von Berufungen aus: den „Leuchtturm-Berufungen“, den „Nachwuchs-Tenure-Berufungen“, den „Gemeinsamen Berufungen mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen“ und den „Fakultätsübergreifenden Berufungen ohne Planungen“.

Sodann lenkte *Nettekoven* den Blick auf die einzelnen, von der RWTH Aachen bei der Umsetzung der vorstehenden Strategie eingesetzten Berufungsmodelle. Zunächst beschrieb er ausführlich die Strukturen, Merkmale und Unterschiede des Jülicher, Berliner und Karlsruher Modells.

Ausschlaggebend für die künftig vermehrte Anwendung des sogenannten Aachener Modells an der RWTH Aachen sei auch die Problematik der drohenden Umsatzbesteuerung im Berliner Modell. Das Aachener Modell beruhe auf § 39b Abs. 3 des Hochschulgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW). Hiernach könne die Hochschule im Rahmen einer gemeinsamen Berufung die HochschullehrerInnen ohne Bezüge beurlauben. Die Beurlaubung könne auch – das unterscheidet das Aachener vom Jülicher Modell – in geringerem Maße als dem vollen Umfang erfolgen.² Auch bei der Teilbeurlaubung behalten die Berufenen die vollen universitären Rechte und Pflichten. Die Vergütung erfolge durch die Universität entsprechend dem jeweiligen Stelenumfang. Die teilbeurlaubten ProfessorInnen werden

2 Eine Teilbeurlaubung von BeamtInnen ist nicht in allen Bundesländern möglich.

im Umfang der Beurlaubung für eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig. Die außeruniversitäre Forschungseinrichtung übernehme nicht nur die Vergütung für die an ihr geleistete Tätigkeit, sondern zahle auch einen Versorgungszuschlag. Im Regelfall stelle zukünftig eine Berufung in Nebentätigkeit oder verstärkt nach dem Aachener Modell im Vergleich zu einer Berufung im Jülicher Modell die bessere Lösung dar, um die Berufenen stärker an die Universität zu binden.

Aufwändiger als im Jülicher Modell gestalte sich eine gemeinsame Berufung im Aachener Modell allerdings hinsichtlich der Gewährung der Ausstattung: Dabei könne sowohl eine eigene Ausstattung an der Universität (dem Stellenanteil entsprechend) als auch eine eigene Ausstattung an der außeruniversitären Forschungseinrichtung vereinbart werden. Zwar sei eine Anbindung an beide Institutionen teurer, die Hochschule gewinne aber an Profil.

Nettekoven äußerte die Auffassung, es werde auch weiterhin Berufungen nach dem Karlsruher Modell geben. Das Karlsruher Modell leide jedoch an der Schwierigkeit, begründen zu können, dass sich die Leitung eines Forschungsinstituts in Nebentätigkeit meistern lasse. Hier biete sich zur Lösung des geschilderten Problems die Einführung eines Co-Leistungsmodells an. Die RWTH Aachen wolle in Zukunft nicht mehr nach dem in der Praxis aufwändig umzusetzenden Berliner Modell gemeinsam berufen, sondern auf das Aachener Modell zurückgreifen, mit dem man – wie beim Berliner Modell – gewährleisten könne, dass den Berufenen Rechte und Pflichten sowohl an der Universität als auch an der außeruniversitären Forschungseinrichtung eingeräumt bzw. auferlegt werden.

IV. Gestaltung gemeinsamer Berufungsverfahren (Teil I)

Prof. Dr. Klaus Herrmann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei Dombert Rechtsanwälte, berichtete über die Mühen der Ebene der komplexen und an manchen Stellen überkomplexen gemeinsamen Berufungen. Er machte klar, dass überall dort, wo öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse begründet werden, der Dienstherr ein Auswahlverfahren eröffnen müsse, das den Bewerbungsverfahrenanspruch der Bewerber verfahrensmäßig absichere.³ Mithin seien die staatlichen Hochschulen an die Pflicht zur Ausschreibung der zu vergebenden Stellen und an das Gebot der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG gebunden.

Am Beispiel des § 38 Abs. 1 des HG NRW stellte *Herrmann* anschließend heraus, dass die Stellen für ProfessorInnen im Hochschulbereich regelmäßig öffentlich auszuschreiben seien. Auf die Ausschreibung könne lediglich in den abschließend geregelten – von *Herrmann* näher beleuchteten – Ausnahmefällen des § 38 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 - 5 HG NRW verzichtet werden.

Fraglich sei, ob die Aufgaben, die gemeinsam Berufenen neben ihren gesetzlichen universitären Aufgaben an außeruniversitären Forschungseinrichtungen wahrnehmen, ihrerseits gesetzlich verankert werden müssen. Entsprechende Bemühungen zu Verankerungen finden sich nunmehr in § 50 Abs. 11 des Hochschulgesetzes Rheinland-Pfalz (HochSchG RP), § 39b HG NRW und § 97 Abs. 2 des Berliner Hochschulgesetzes (BerIHG). Ohne eine gesetzliche Verankerung im vorgenannten Sinne reiche ein bloßer Hinweis im Ausschreibungstext, dass die Möglichkeit bestehe, neben den gesetzlichen Dienstaufgaben auch Fach- und Führungsaufgaben an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung wahrzunehmen, nicht aus, um Rechte und Pflichten zur Wahrnehmung der Fach- und Führungsaufgaben zu begründen.

Sodann setzte sich *Herrmann* mit den Voraussetzungen der Rufentscheidung auseinander. Es sei zumindest fraglich, ob die Ernennung unter die Bedingung gestellt werden dürfe, dass sich die BewerberInnen und die außeruniversitären Forschungseinrichtung einig werden. Es müsse dringend eine gesetzliche Regelung für die Folgen eines Scheiterns der Berufungsverhandlungen der BewerberInnen mit den außeruniversitären Forschungseinrichtungen geschaffen werden.

Problematisch sei insbesondere die Frage, wie die Hochschulen und außeruniversitären Forschungseinrichtungen bei Entscheidungen über die Evaluierung von lediglich befristet eingestellten Bewerbern zusammenwirken, wenn man bedenke, dass sich eine Hochschule regelmäßig nur schwer ein Bild von den zu Evaluierenden machen könne, die fast die gesamte Befristungszeit vornehmlich an der außeruniversitären Forschungseinrichtung tätig geworden seien. Insgesamt sei – vor allem um dem Bewerbungsverfahrenanspruch der BewerberInnen auf eine diskriminierungsfreie Entscheidung gerecht zu werden – an der Ausgestaltung gemeinsamer Berufungsverfahren manches verbesserungswürdig und -fähig.

In den Berufungsverfahren sei ein Vergleich der Leistungen der BewerberInnen anzustellen, bei dem die in einem Berufungsverfahren für eine ausgeschriebene Professur geltenden Anforderungen zu Grunde zu legen

3 OVG Münster, Urteil vom 17.06.2019 – 6 A 1134/17, Rn. 77.

seien. Daher dürfe auch in gemeinsamen Berufungsverfahren nicht ausschließlich auf diejenigen Anforderungen abgestellt werden, die für die Leitung einer außeruniversitären Forschungseinrichtung notwendig seien.

Zunehmend rücken auch die gemeinsamen Berufungskommissionen in den Fokus der Gerichte. Finde sich im Landesrecht keine dem § 40 Abs. 9 des BbgHG entsprechende Regelung bzw. keine Regelung, nach der der Fakultätsrat die durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung bestimmten Mitglieder der Berufungskommission bestätige, müsse die jeweilige Hochschule die richtige Zusammensetzung der Berufungskommissionen sicherstellen und etwa die Zuordnung externer Mitglieder zu den Hochschulgruppen beachten.

V. Gestaltung gemeinsamer Berufungen (Teil II)

Prof. Dr. Max-Emanuel Geis, Lehrstuhlinhaber an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg und Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, fokussierte sich auf das Problemfeld der Gestaltung von Berufungsverfahren im Bereich der Zusammensetzung von Berufungsausschüssen mit Schwerpunkt auf die Problematik der Befangenheit der Ausschussmitglieder.

Geis stellte zunächst die für die Zusammensetzung und das Verfahren von Berufungsausschüssen anwendbaren Rechtsquellen dar. Regelmäßig sei das gemeinsame Berufungsverfahren ein Verwaltungsverfahren. Mit hin finde das (Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) des Sitzlandes der ernennenden Hochschule Anwendung. Die Hinweise der Deutschen Forschungsgemeinschaft⁴, in welchen Fällen Entscheidungen im Hochschulbereich wegen Befangenheit anfechtbar seien, entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung. Sie seien als Empfehlungen zu verstehen. Die jeweiligen Hochschulsatzungen, insbesondere die Berufsordnungen, seien allerdings als ergänzende Rechtsquellen heranzuziehen.

Da es sich bei Berufungsausschüssen um Ausschüsse gem. § 88 VwVfG handle, finde subsidiär das in den §§ 88 - 93 VwVfG geregelte Recht der Ausschüsse Anwendung, soweit Rechtsvorschriften nichts Abweichendes bestimmen. Die Landeshochschulgesetze (bzw. im Rahmen einer Ermächtigung die Grundordnungen)

können z. B. – auch für gemeinsame Berufungen – abweichende Sonderregelungen hinsichtlich der Wahl des Vorsitzenden, der Beschlussfähigkeit von Berufungsschüssen⁵ oder des Inhalts der anzufertigenden Niederschriften der Ergebnisse von Ausschusssitzungen vorsehen.

Sodann stellte *Geis* den abschließenden Katalog der Gründe für einen Ausschluss vom Verwaltungsverfahren kraft Gesetzes gem. § 20 Abs. 1, 5 VwVfG dar. Hier nach seien insbesondere die in § 20 Abs. 5 VwVfG aufgeführten Angehörigen, Geschiedene, Pflegeeltern und -kinder auch im Fall des Erlöschens der Verwandtschaftsverhältnisse nach einer Adoption kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die DFG-Hinweise 10.201 – 4/10 können lediglich als Auslegungshilfe bei der Einschätzung der Frage herangezogen werden, ob ein Grund vorliege, der geeignet sei, Misstrauen gegen die unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen.

Anschließend machte *Geis* auf zahlreiche Einzelfallgestaltungen aufmerksam, in denen unter den besonderen Umständen der jeweiligen „Scientific Community“ ein die Besorgnis der Befangenheit begründendes (besonderes) Näheverhältnis angenommen werden könne bzw. ein solches abzulehnen sei.⁶ Insbesondere die Auffassung, nach der ehemalige Betreuende als externe Gutachterinnen und Gutachter zuzulassen seien, weil sie vertiefte Kenntnis der Kandidatinnen und Kandidaten haben,⁷ sei im Sinne der akademischen „Hygiene“ eindeutig abzulehnen.

Wenn der Grund für die Besorgnis der Befangenheit im Laufe des Berufungsverfahrens wieder weg falle, spreche § 20 Abs. 4 S. 4 VwVfG dafür, dass ein Ausschluss für das gesamte Verfahren gelte, wenn dieser einmal festgestellt worden sei.⁸ Vermute ein Bewerber bzw. eine Bewerberin die Besorgnis der Befangenheit, rüge dies aber nicht, so verwirke der Bewerber bzw. die Bewerberin entgegen der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung⁹ sein bzw. ihr Rügerecht nicht analog § 71 Abs. 3 VwVfG. Sei ein Ausschluss wegen der Besorgnis einer Befangenheit nicht erfolgt, führe das Tätigwerden der Befangenen an den Beratungen und offenen Abstimmungen stets zur Rechtswidrigkeit. Eine Heilung dieses Fehlers sei lediglich durch eine Nachnominierung, eine neue Sitzung und erneute Beschlussfassung möglich.¹⁰ Sei hingegen ein Ausschluss erfolgt, der unbegründet ge-

4 DFG-Hinweise 10.201 – 4/10.

5 Sog. „doppelte Mehrheit“ (vgl. Art. 18 Abs. 4 S. 2 BayHSchPG); vgl. auch BVerfG, Urteil vom 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79 ff. (Hochschulurteil).

6 Vgl. etwa VG Hannover, Beschluss vom 19.06.2003 – 6 B 2398/03 oder HmbOVG, Beschluss vom 09.10.1998 – 1 Bs 214/98.

7 OVG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2007 – 2 B 10825/07, unter

Berufung auf *Krüger/Leuze* in: Geis (Hg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Bd. 1, 2000, § 45 HRG Rn. 22.

8 BVerfG, Urteil vom 30.05.1984 – 4 C 58.81; VG Düsseldorf, Urteil vom 03.12.2015 – 15 K 7734/13.

9 OVG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2007 – 2 E 1024/07; OVG Greifswald, Beschluss vom 21.04.2010 – 2 M 4/10.

10 Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG.

wesen sei, so führe dieser Ausschluss nicht zu einer Rechtswidrigkeit der Entscheidung, da sich keine Beeinträchtigung der Objektivität der verbliebenen Ausschussmitglieder und der Entscheidungsfindung feststellen lassen könne.

VI. Gemeinsame Berufungen – Ausgewählte Problemstellungen der Besoldung, Vergütung, Versorgung

Dr. Vanessa Adam, Rechtsanwältin und Justitiarin beim Deutschen Hochschulverband, lenkte den Fokus auf gemeinsame Berufungen aus Sicht der Rechtspraxis.

Adam begann mit der Analyse ausgewählter Praxisprobleme im Jülicher Modell. Die besoldungs-, versorgungs-, aber auch beihilferechtlichen Probleme des Jülicher Modells verdeutlichte sie anhand der Vertragsverhältnisse im Dreiecksverhältnis zwischen

- der Hochschule und den ProfessorInnen (Berufungsvereinbarung),
- den ProfessorInnen und der außeruniversitären Forschungseinrichtung (Abschluss eines Angestelltenvertrages) sowie
- der außeruniversitären Forschungseinrichtung und der Hochschule (Kooperationsvertrag zur gemeinsamen Berufung).

In der Praxis zeige sich häufig ein Auseinanderlaufen der Besoldung in der Berufsvereinbarung und der Vergütung durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung. Ideal sei es daher, bei gemeinsamen Berufungen gleichlaufende Angebote zumindest hinsichtlich der Gesamtsumme der Besoldung bzw. Vergütung zu unterbreiten.

Adam stellte anschließend die versorgungsrechtliche Situation der im Jülicher Modell Berufenen dar: Ruhegehaltfähig sei die Zeit der Beurlaubung ohne Dienstbezüge nur, wenn unter anderem ein Versorgungszuschlag für die Dauer der Beurlaubung gezahlt werde.¹¹ Ein für die Ruhegehaltfähigkeit von Leistungsbezügen vorausgesetzter Bezug von unbefristeten Leistungsbezügen bedarf einer Gewährung durch den beamtenrechtlichen Dienstherrn und nicht durch die außeruniversitäre Forschungseinrichtung. Dieses Problem habe inzwischen eine Vielzahl von Ländern erkannt und explizit geregelt,

dass von der Hochschule festgesetzte Leistungsbezüge im Falle von gemeinsamen Berufungen mit einer außeruniversitären Forschungseinrichtung bei einer Beurlaubung ohne Dienstbezüge ruhegehaltfähig seien, soweit dafür ein entsprechender Versorgungszuschlag entrichtet werde.¹²

Beurlaubte ProfessorInnen seien nicht automatisch alleine aufgrund des Bestehens eines Beamtenverhältnisses von der Sozialversicherungspflicht befreit. Eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht in der Beschäftigung beim außeruniversitären Forschungsinstitut könne durch einen Gewährleistungsbescheid seitens des beurlaubenden Dienstherrn erwirkt werden.¹³ Insbesondere solle darüber nachgedacht werden, dem Beispiel Nordrhein-Westfalens folgend, in den „großen Gewährleistungsbescheid“ eine Rücknahmeerklärung des Dienstherrn mitaufzunehmen, um eine unabgesicherte Situation für die beurlaubten BeamtenInnen zu vermeiden.¹⁴

Praxisrelevant sei im Berliner Modell insbesondere die Frage, wie man sicher bewerten könne, dass die für eine Weitergewährung besonderer Leistungsbezüge vorausgesetzten besonderen Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Im Idealfall sollten daher nicht nur klarstellende Regelungen im Kooperationsvertrag zwischen Hochschule und außeruniversitärer Forschungseinrichtung, sondern auch im Satzungsrecht der Hochschule getroffen werden, nach denen dem außeruniversitären Forschungsinstitut das Recht der Mitwirkung zur Bewertung der Leistungen zugestanden werde.

Die Gewährung von Funktionsleistungsbezügen sei in vielen Ländern nicht für die Wahrnehmung von Funktionen in außeruniversitären Forschungseinrichtungen möglich. Diesem Problem könne durch weiter gefasste Regelungen, wie sie in Hessen (§ 5 Abs. 1 S. 2 HessBesG), Berlin (§ 3 Abs. 8 S. 5 LBesG Berlin) oder Sachsen (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 SächsBesG) zu finden seien, entgegengewirkt werden.

Das Landesrecht fordere regelmäßig für die Gewährung von Forschungs- und Lehrzulagen die Einwerbung von Mitteln privater Dritter für Forschungsvorhaben der Hochschule, nicht aber für Forschungsvorhaben außerhalb der Hochschule. Als ideal zur Lösung dieses Problems stufte *Adam* die in Berlin in § 3 Abs. 7 S. 2 LBesG

11 Vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 BeamtVG.

12 Vgl. § 38 Abs. 9 LBesG BW, § 2 Abs. 4 LBesG Berlin, § 35 Abs. 5 BbgBesG, § 78 Abs. 1 S. 7 HmbBesG, Art. 13 Abs. 1 S. 4 BayBeamtVG; ohne Regelung bisher z. B. Bremen und Thüringen.

13 Zum „kleinen bzw. großen erweiterten Gewährleistungsbe-

scheid“: vgl. RdErl. d. Finanzministeriums NRW - B 6028 - 3.4 IV - v. 16.11.2012.

14 Vgl. RdErl. d. Finanzministeriums NRW - B 6028 - 3.4 IV - v. 16.11.2012 Anlage II (Muster für eine große erweiternde Gewährleistungsentscheidung).

normierte Ausnahme ein.

Schließlich richtete *Adam* das Augenmerk auf ausgewählte Praxisprobleme im Karlsruher Modell. Das Karlsruher Modell stoße an die Grenzen dessen, was das Nebentätigkeitsrecht der Länder zulasse. Problematisch sei insbesondere, dass im Nebentätigkeitsrecht die sogenannte Fünftelvermutung gelte. Da die Fünftelvermutung aber eine Regelvermutung sei, seien sachlich begründete Ausnahmen zulässig. Zudem unterliegen die Einkünfte aus Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst oder im diesem gleich gestellten Dienst regelmäßig einer Ablieferungspflicht an den Dienstherrn, wenn die Einkünfte eine bestimmte Höchstgrenze übersteigen. Im Nebentätigkeitsrecht sei regelmäßig keine Ausnahme von der Ablieferungspflicht für Einkünfte aus einer Leistungstätigkeit an einem außerordentlichen Forschungsinstitut normiert.¹⁵

VII. Gemeinsame Berufungen und steuerrechtliche Auswirkungen

Christine von Vangerow, Vizepräsidentin für Personal und Recht am Karlsruher Institut für Technologie (KIT), beleuchtete in ihrem Vortrag die gemeinsamen Berufungen vor allem aus dem Blickwinkel des Umsatzsteuerrechts. Zunächst stellte sie unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) die Definition des BMF zum Begriff der gemeinsamen Berufungen dar. Diese Definition unterscheide sich signifikant von der Sichtweise der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz.¹⁶ Die unterschiedlichen Blickwinkel des BMF und der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz auf gemeinsame Berufungen bieten Anlass zu einer unterschiedlichen steuerrechtlichen Bewertung.

Die Finanzämter nehmen vor allem bei gemeinsamen Berufungen im Berliner Modell eine Umsatzsteuerpflicht an. Das Steuerrecht streue zunehmend Sand in das Getriebe einer Verzahnung der Wissenschaftssysteme. Es sei daher sehr herausfordernd für die Forschungspartner, die Risiken gemeinsamer Berufungen zu erkennen und die Verträge rechtssicher zu gestalten.

Nach der aktuellen Rechtslage seien Universitäten als juristische Personen des öffentlichen Rechts steuerpflichtig, wenn sie unternehmerisch tätig seien. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts sei grundsätz-

lich als Unternehmer anzusehen, wenn sie selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen (wirtschaftliche Tätigkeit) oder diese Tätigkeit im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art (BgA) ausübe. Sei die außeruniversitäre Forschungseinrichtung, bei der das Personal eingesetzt werde, privatrechtlich organisiert, so müsse es – anders als im Einzelfall bei einer öffentlich-rechtlich organisierten außeruniversitären Forschungseinrichtung – als irrelevant betrachtet werden, in welchem Bereich das Personal eingesetzt werde: Es liege stets ein umsatzsteuerrechtlich relevanter Leistungsaustausch vor. Mit Ablauf der bis zum 31.12.2022 geltenden Übergangsfrist bewirke der ab dem 01.01.2023 anzuwendende § 2b UStG allerdings eine deutliche Veränderung der umsatzsteuerrechtlichen Situation.

Die im Jülicher Modell an die Universitäten zu zahlenden Versorgungszuschläge seien von den Betriebsprüfern als ein umsatzsteuerbarer und umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch zwischen der Hochschule und der außeruniversitären Forschungseinrichtung qualifiziert worden. Das BMF habe im Jahr 2020 einen Lösungsansatz skizziert,¹⁷ nach dem der gezahlte Versorgungszuschlag dann eine Leistung der außeruniversitären Forschungseinrichtungen an die gemeinsam Berufenen sei, mithin nicht als umsatzsteuerrechtlich relevante Zahlung an die Hochschule oder das Land zu bewerten sei, wenn sich insbesondere im Arbeitsvertrag der Berufenen mit der außeruniversitären Forschungseinrichtung die Vereinbarung finde, das Gehalt der Berufenen „zuzüglich des Versorgungszuschlages zu bezahlen“.

Anschließend widmete sich *von Vangerow* der Frage der Umsatzsteuerpflicht von Universitäten, wenn die gemeinsamen Berufungen nach dem Berliner Modell ausgestaltet sind. Eingehend stellte sie zunächst die Argumente der Allianz der Wissenschaftsorganisationen vor. In seinem Antwortschreiben habe sich das BMF mit diesen Argumenten detailliert auseinandergesetzt, diese aber als unbeachtlich qualifiziert. Im Ergebnis liege im Fall der Gestellung von HochschullehrerInnen gegen eine Personalkostenerstattung eine Unternehmereigenschaft vor, da ein Leistungsaustausch gegen Entgelt stattfinde. Das BMF habe darauf hingewiesen, dass es mit der Anwendung des § 2b UStG nicht mehr darauf ankomme, ob die Personalgestellung im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art erfolge und daher empfohlen, ein ge-

15 Vgl. aber z. B. § 8 Abs. 1 Nr. 5 Hochschulnebenberufungsverordnung Nordrhein-Westfalen (HNtV).

16 Ad-hoc-Arbeitsgruppe "Gemeinsame Berufungen" des Ausschusses der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz, Gemeinsame Berufungen von leitenden Wissenschaftlerinnen und

Wissenschaftlern durch Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen – Bericht und Empfehlungen – Fortschreibung – vom 04.02.2014, Heft 37.

17 BMF-Schreiben an das Sekretariat der Kultusministerkonferenz vom 26.11.2020, III C 2 – S 7107/19/10005 :015.

meinsames Berufungsmodell zu wählen, das sich steuerrechtlich nicht auswirke.

Im Einzelfall müsse aufgrund der dargestellten steuerrechtlichen Situation stets eruiert werden, wie durch eine gemeinsame Berufung ein Mehrwert generiert werden könne, ohne rechtlichen Unsicherheiten ausgesetzt zu sein. Möglicherweise sei ein Weg einzuschlagen, bei dem wissenschaftliche Kooperation verstärkt über die Einrichtung von außerplanmäßigen Professuren stattfinde.

VIII. Gemeinsame Berufungen – Vom Titular-Instrument zum strategisch-inhaltlichen Konnektiv

Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Marquardt, Vorstandsvorsitzender des Forschungszentrums Jülich sowie Vize-Präsident und Koordinator des Forschungsbereichs Information der Helmholtz Gemeinschaft, stellte im letzten Vortrag der Tagung die Perspektiven gemeinsamer Berufungen dar.

Aus wissenschaftspolitischer Sicht gelte es als gemeinsames Ziel, der Fragmentierung des föderalen Wissenschaftssystems entgegenzuwirken und die Vorteile sowohl der universitären als auch der außeruniversitären Sphäre produktiv und synergetisch zu vereinen. Gemeinsame Berufungen bündeln das Beste aus beiden funktionalen Sphären in personenbezogener Kooperation, um international konkurrenzfähige Voraussetzungen für Spitzenforschung zu schaffen und nicht zuletzt attraktive Entwicklungs- und Karriereperspektiven für NachwuchswissenschaftlerInnen zu gewährleisten.

Wesentlich seien vor allem die Fragen,

- ob gemeinsame Berufungen tatsächlich ein zielführendes Instrument zur Stärkung der Kooperation zwischen den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und den Universitäten seien oder lediglich als Vehikel genutzt werden, um den außeruniversitären Forschungseinrichtungen einen Zugang zu den Funktionalitäten einer Professur zu verschaffen,
- auf welchem Hierarchie- bzw. Karriereniveau gemeinsame Berufungen sinnvoll und zielführend seien, insbesondere mit Blick auf die unterschiedlichen Zielbilder der Stufen der W-Besoldung, und
- mit welchen Rahmenbedingungen und Erfolgsfaktoren sich gemeinsame Berufungen vom Titular zum wirksamen Kooperationsinstrument entwickeln lassen.

Aus der Perspektive der Wissenschaftspolitik müsse eine ausgewogene Interessenbalance zwischen den Interessen der Universitäten und der außeruniversitären Forschungseinrichtungen hergestellt werden. Der Wissenschaftsrat habe daher im Jahr 2013 die Empfehlungen und Leitbedingungen für gemeinsame Berufungen zur Förderung vielfältiger partnerschaftlicher Kooperationen entwickelt. In diesen schlage er vor, gemeinsame Berufungen als „Doppelberufungen“ auszugestalten.¹⁸ Leitbedingung für Doppelberufungen sei vor allem eine echte Doppelzugehörigkeit der berufenen Person zu beiden Einrichtungen, inklusive aller damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Weitere Leitbedingungen seien die Gewährung einer den spezifischen Aufgaben angemessenen institutionellen Ausstattung an beiden Einrichtungen sowie nicht zuletzt eine Zurechnung der erbrachten Leistungen auf die Einrichtungen, an denen sie tatsächlich erbracht werden.

Bei der Umsetzung der Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Herstellung der Interessenbalance müsse darauf geachtet werden, einen breiten Auflagepunkt durch die Verständigung auf verbindliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Besonders geeignet, die anvisierte Balance herbeizuführen, seien die hybriden Modelle gemeinsamer Berufungen (hybrides Berliner Modell in Gestalt eines Teilerstattungsmodells, Aachener Modell als Teilbeurlaubungsmodell und Karlsruher Modell als Nebentätigkeitsmodell). Attraktiv bei den hybriden Modellen sei insbesondere der Umstand, dass auf beiden Seiten eine Ausstattung vorhanden sei. Vielversprechend sei vor allem das Aachener Modell nach § 39b HG NRW (Teilbeurlaubungsmodell), dessen Wirksamkeit es auszutesten gelte, bevor in eine Diskussion über neue Modelle gemeinsamer Berufungen eingestiegen werde. Neuer Modelle bedürfe es daher nicht.

Da man sich für die richtige Umsetzung einer erfolgreichen gemeinsamen Berufung mit dem Ziel, die „besten Köpfe gemeinsam zu gewinnen und zu halten“, der unterschiedlichen Ausgestaltung der „W-Stufen“ in der W-Besoldung bewusst werden müsse, gab *Marquardt* einen detaillierten Überblick über die Zielbilder sowie die strategische Bedeutung der drei „W-Stufen“. Im Ergebnis seien vor allem W₃-Professuren profilbildend und von höchster strategischer Bedeutung. Vor allem diese Berufungen schaffen den Wert für eine Profilierung nicht nur der Universität und der außeruniversitären Forschungseinrichtung, sondern auch des jeweiligen regionalen Standorts. Bei der gemeinsamen Berufung der „Top-

18 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven des deutschen Wissenschaftssystems, Drs. 3228 – 13, S. 15, Braunschweig, 12.07.2013.

WissenschaftlerInnen“ sah *Marquardt* die hybriden (Teilbeurlaubungs-)Modelle als Mittel der Wahl an. Bei den gemeinsamen Berufungen auf W2-Professuren verbleibe allerdings wenig Raum für die Anwendung der hybriden Modelle. Hier sei eher das „klassische Jülicher Modell“ geeignet. Auch bei den W1-Berufungen, deren strategische Bedeutung nicht unterschätzt werden dürfe, erkannte er keinen Raum für die Etablierung der hybriden Modelle.

Marquardt machte eine Vielzahl von Vorteilen hybrider (Teilbeurlaubungs-)Modelle bei gemeinsamen Tenure-Track-Berufungen aus: Hierdurch könne man nicht nur eine echte Alternative zu „up or out“ etablieren, sondern vor allem auch Flexibilität für die Berufenen und die berufenden Institutionen schaffen, indem auf den möglicherweise geänderten Bedarf der Universität und der Berufenen eingegangen werden könne.

Eine Vielfalt an Berufungsmodellen sei grundsätzlich funktional, auch wenn nicht alle Modelle gleichermaßen

notwendig sein mögen. Die derzeit angewandten Modelle müssen daher von Wissenschaft und Politik weiter erprobt und fortentwickelt werden. In diesem Entwicklungsprozess versprechen insbesondere die hybriden (Teilbeurlaubungs-)Modelle, mit deren Anwendung jedoch weitere Erfahrungen gewonnen werden müssen, ein Agieren der Partner auf Augenhöhe und das Erreichen eines Interessenausgleichs.

Christoph Pinsdorf ist bei der Generalzolldirektion im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen und beim Deutschen Hochschulverband als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig.

Matthias Bode
*Carsten Morgenroth, Hochschulstudienrecht und
Hochschulprüfungsrecht,
Nomos, 3. Auflage 2021, 228 Seiten, ISBN 978-3-
8487-7036-6*

Mit seinem „Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht“ legt *Carsten Morgenroth* eine sehr verständliche und übersichtliche Darstellung der wesentlichen Rahmenbedingungen ausgewählter Bereiche des Hochschulrechts vor. Der Verfasser wählt den Aufbau eines Lehrbuches und füllt damit eine Lücke in der Landschaft hochschulrechtlicher Literatur. Hier sind einerseits sehr umfassende Handbuch-artige Monographien¹ anzutreffen und andererseits Kommentierungen der jeweiligen Landeshochschulgesetze und sonstigen landesrechtlichen Vorschriften.² Seinem Charakter als Lehrbuch trägt das Werk auch dadurch Rechnung, dass die wichtigsten Rechtsvorschriften auszugsweise im Anhang wiedergegeben werden – abgesehen von den hierfür zu umfangreichen Hochschul- und Hochschulzulassungsgesetzen.

Morgenroth schildert zunächst die „Grundlagen“ des Hochschulsystems, S. 15 ff., und erläutert dabei unter anderem die „Doppelnatur staatlicher Hochschulen“ als Vollzugsorgan staatlichen Rechts und Schöpfer eigenen Rechts, S. 17 f. Dies ist zentral, da hiermit der Eindruck der Hochschule als bloß „nachgeordnete Behörde“ von vornherein vermieden wird. Die Erörterung der relevanten Grundrechte fokussiert auf Art. 12, Art. 3 und Art. 5 GG. Mit dieser Reihenfolge greift der Verfasser bereits die Außensicht des Hochschulrechts auf, nämlich ihre Funktion als Ort der berufsvorbereitenden Bildung. Es gelingt ihm, die Grundlagen komprimiert und ein-

leuchtend zu schildern, ohne sich in Details zu verlieren. Grafische Darstellungen unterstreichen die wesentlichen Aussagen. Eine „Zusammenfassung“ greift die wesentlichen Erkenntnisse auf – dem Lehrbuchcharakter entsprechend wären diese allerdings auch am Ende der weiteren Kapitel wünschenswert. Auf der einfachgesetzlichen Ebene geht der Verfasser unter anderem auf die internationalen Vorgaben ein, etwa die Lissabon-Konvention, deren Einfluss auf das Hochschulrecht nicht zu unterschätzen ist. Zu erwähnen wären hier wohl auch noch die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das allgemeine Diskriminierungsverbot nach AEUV.

Das „Recht des Hochschulstudiums“, S. 65 ff., greift die Aspekte des Zugangs, der Zulassung sowie der Immatrikulation auf. Erwähnung finden auch Zugang und Zulassung zum Master, ebenso wie das Kapazitätsrecht. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Werk hier überblicksartig bleiben muss. Spätestens nach der der Numerus clausus III-Entscheidung und der Anpassung der Zulassungsgesetze hat sich die Vielgestaltigkeit der Zulassungsregelungen deutlich ausgeweitet.³ Vor diesem Hintergrund erläutert der Verfasser die entscheidenden Aspekte verständlich und unter Verweis auf weitführende Literatur.

Im Kapitel „Hochschulprüfungsrecht“, S. 119 ff., unterscheidet *Morgenroth* zwischen dem Leistungsermittlungsverfahren, dem Leistungsbewertungsverfahren

1 Vgl. etwa Hartmer, Michael/Detmer, Hubert (Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., 2017; Pautsch, Arne/Dillenburger, Anja, Kompendium zum Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 2. Aufl., 2016. In vielen Punkten überholt, aber dennoch lesenswert sind die „Klassiker“ Thieme, Werner, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl., 2004, und Flämig, Christian (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl., 1996.

2 Vgl. etwa Haug, Volker M. (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl., 2020; von Coelln, Christian/Haug, Volker M. (Hrsg.), Hochschulrecht Baden-Württemberg, 2020; Geis, Max-Emanuel (Hrsg.), Das Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl., 2017; von Coelln, Christian/Lindner, Josef-Franz

(Hrsg.), Hochschulrecht Bayern, 2020; Knopp, Lothar/Peine, Topel (Hrsg.), Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl., 2018; Neukirchen/Reußow/Schomburg (Hrsg.), Hamburgisches Hochschulgesetz, 2. Aufl., 2016; von Coelln, Christian/Thürmer, Monika (Hrsg.), Hochschulrecht Hessen, 2020; Epping, Volker (Hrsg.), Niedersächsisches Hochschulgesetz, 2016; von Coelln, Christian/Pautsch, Arne (Hrsg.), Hochschulrecht Niedersachsen, 2020; von Coelln, Christian/Schemmer, Franz (Hrsg.), Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, 2020.

3 Vgl. Bode, Matthias, Hochschulzugang und Hochschulzulassung, in: Geis, Max-Emanuel, Hochschulrecht in Bund und Ländern, 2021.

und dem Rechtsschutz. Hier sind die landesrechtlichen Spielräume etwas kleiner als im Bereich des Zulassungsrechts; mit der Erfahrung eines langjährigen Hochschuljustitiars gelingt es ihm, sowohl die Grundlagen als auch neuere Aspekte, etwa die Bekanntgabe von Prüfungsergebnisse in Portalen, oder Online-Prüfungen verständlich und pointiert zu erläutern. Ebenso wird der in der Praxis relevante Rechtsschutz in einer Form dargestellt, die auch Nicht-Juristen viele hilfreiche Erkenntnisse einbringen wird.

Mit dem Thema „Anerkennung von Leistungen“, S. 183 ff., greift *Morgenroth* schließlich ein Thema auf, das in der Praxis angesichts innerdeutscher, innereuropäischer und weltweiter Bildungsmigration zunehmend an Bedeutung gewinnt. Gegenübergestellt wird die „Anrechnung“ gleichwertiger Leistungen, die – prozessual bedeutsam – im Unterschied zur „Anerkennung“ die Beweislast beim Studierenden belässt.

Besonders hervorzuheben ist, dass der Verfasser mit dem „Corona-Recht: Recht der Online-Lehre“, S. 103 ff., ein sehr aktuelles und für Hochschulen wie Bewerber relevantes Thema aufgreift: Hier ist das Datenschutzrecht ebenso betroffen wie das Urheberrecht durch Einbindung fremder Inhalte. Auch die Verlängerung von Studienzeiten lässt er nicht unbeachtet. Im Bereich des Hochschulprüfungsrechts führt das Lehrbuch in alle wesentlichen Aspekte der Corona-Pandemie ein und unterlegt sie mit Anwendungsfällen bzw. aktueller weiterführender Literatur.

Insgesamt gelingt es *Morgenroth* souverän, die Vielfalt der hochschulrechtlichen Normen zusammenfassend zu erläutern und eine Einführung zu bieten. Je nachdem, in welches spezielle Fachgebiet sich der Leser vertiefen möchte – oder muss – werden Vertiefungshinwei-

se geboten; häufig in Richtung der Rechtsprechung, vielfach auch in die Literatur. So wird des dem Betreffenden gelingen, die Besonderheiten der jeweiligen landes- und hochschulrechtlichen Gegebenheiten herauszuarbeiten.

Dem Werk ist eine weite Verbreitung zu wünschen. Es ist ein wegweisender Schritt in Richtung der Etablierung eines Bildungsverwaltungsrechts als Lehrfach. Zugleich ist es jedem Neueinsteiger am Arbeitsplatz in der Hochschule zu empfehlen. Für die Zukunft wünschenswert wäre freilich die inhaltliche Erweiterung um zusätzliche Aspekte, etwa das Recht der Akkreditierung von Studiengängen. Da die Neuauflage erkennbar eine „Corona-Novellierung“ ist, bestehen angesichts der literarischen Aktivität und Aktualität von *Morgenroth* – siehe insoweit z. B. seine Publikationen in der *OdW* 2021⁴ – jedoch kaum Zweifel, dass eine sich anschließende Neuauflage auch mit anderen relevanten inhaltlichen Themen des Hochschulstudienrechts und Hochschulprüfungsrechts befassen wird.

Der Autor ist Professor für Staats- und Europarecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung (HSPV) NRW.

Zensurvorschriften im Vormärz ¹

Folgende Grundsätze sind bey Censurierung der Bücher und Handschriften handzuhaben. Bey der Beurtheilung der Bücher und Handschriften muß vor Allem genau unterschieden werden:

A. Zwischen Werken, welche ihr Inhalt und die Behandlung des Gegenstandes, nur für Gelehrte und den Wissenschaften sich widmende Menschen bestimmt; und

B. Zwischen Broschüren, Volksschriften, Unterhaltungsbüchern und den Erzeugnissen des Witzes.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für gedruckte Schriften und Werke, sondern auch für Handschriften. Auch hat die Censur jedes zugelassene Werk vor einer neuen Auflage, worüber erst die Bewilligung zum Drucke angesucht wird, zu behandeln, und das Reimprimatur nur in dem Falle zu ertheilen, wenn ein solches Buch in Rücksicht auf die Zeiten und Umstände, und die verschärften Censur-Vorschriften keinem Anstande unterliegt.

Zu einem so genannten gelehrten Werk qualifiziert nicht der Umfang des Buches, sondern die Wichtigkeit und Beschaffenheit des behandelten Gegenstandes, und die Art der Behandlung.

Die gelehrten Werke theilen sich in zwei Classen:

a) In die erste Classe gehören jene Schriften, welche durch neue Entdeckungen, durch eine bündige und lichtvolle Darstellung, durch die Auffindung neuer Ansichten und so weiter sich auszeichnen.

b) In die zweyte, die saft- und marklosen Compilationen und Wiederholungen des hundertmahl Gesagten u. dgl.

Die Werke der ersten Art sollen mit der größten Nachsicht behandelt, und ohne äußerst wichtigen Gründen nicht verbothen werden. Ist eine Beschränkung nöthig, so soll man selbe nicht öffentlich ankündigen.

Werke, in denen die Staatsverwaltung im Ganzen oder in einzelnen Zweigen gewürdigt, die Fehler und Mißgriffe aufgedeckt, Verbesserungen angedeutet, Mittel und Wege zur Erringung eines Vortheils angezeigt, vergangene Ereignisse aufgehellet werden u.s.w. sollen, ohne hinglängliche andere Gründe nicht verbothen werden, wären auch die Grundsätze und Ansichten des Autors nicht jene der Staatsverwaltung.

Nur müssen Schriften der Art mit Würde und Bescheidenheit, und mit Vermeidung aller eigentlichen und anzüglichen Persönlichkeiten, abgefaßt seyn, auch sonst nichts gegen Religion, nichts Sitten- und Staatsverderbliches enthalten.

Schriften, welche das höchste Staatsoberhaupt und dessen Dynastie oder auch fremde Staatsverwaltungen angreifen, deren Tendenz dahin geht, Mißvergnügen und Unruhen zu verbreiten, das Band zwischen Unterthanen und Fürsten locker zu machen, die christliche, oder vorzüglich die katholische Religion zu untergraben, die Sittlichkeit zu verderben, den Aberglauben zu befördern, Bücher, welche den Socinianismus, Deismus, Materialismus predigen, endlich Schmähschriften aller Art, sind so wenig geeignet, das Glück Einzelner und das Wohl des Ganzen zu erhöhen, als sie selbes vielmehr vom Grunde aus zerstören, und können daher so wenig auf Nachsicht, als Meuchelmord auf Duldung, Anspruch machen. Sie sind nach der Strenge der bisher bestehenden Vorschriften zu behandeln.

Alle Schriften, welche öffentliche ... Gesetze und Anordnungen kritisieren und tadeln, sind ganz dem Verbothe zu unterziehen; weil durch Verbreitung solcher Schriften die Folgsamkeit des Unterthans geschwächt, und die Vollziehung der ... Verordnungen erschwert wird.

¹ *Graf von Barth-Barthenheim*, System der österreichischen administrativen Polizey, 1. Band 1829, S. 102 f.

