

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2023

## Aufsätze

- Manfred Löwisch und Marie Anselment* Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaaten? **131-138**
- Hannah Schmid-Petri, Steliyana Doseva, Jan Schillmöller und Dirk Heckmann* Interdisziplinäre Forschung als möglicher Impulsgeber für eine evidenzbasierte Regulierung – Programmatische Überlegungen am Beispiel des Urheberrechts im digitalen Zeitalter **139-146**
- A. Katarina Weilert* Ressortforschung. Eine institutionalisierte Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge **147-160**
- Frank Wertheimer* Arbeitszeiterfassungspflicht an privaten Hochschulen – auch für Professorinnen und Professoren? **161-164**
- Anne Paschke* Social Media-Nutzung von Hochschulen vor dem Aus? Verfassungsrechtliche Analyse der Untersagungsverfügung des BfDI gegen das BPA vom 17.02.2023 **165-172**
- Simon Pschorr* Akademisches Höchstalter für die Juniorprofessur  
Zur Einordnung der Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track in das System wissenschaftlicher Qualifizierung **173-180**

**Bericht**

*Antonia Hagedorn* Wissenschaft und Exportkontrolle  
Bericht über die Tagung des Vereins zur  
Förderung des deutschen und internationalen  
Wissenschaftsrechts e.V. am 27. April 2023  
**181-186**

**Ausgegraben**

*Balthasar Gracian* Die Kunst des Ausdrucks besitzen **187-189**

# Manfred Löwisch/Marie Anselment

## *Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaten?*

### I. Die Empfehlungen von Deutscher Forschungsgemeinschaft und Leopoldina

Der von der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina eingerichtete Gemeinsame Ausschuss zum Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung hat mit Stand vom 1. November 2022 Empfehlungen zum verantwortlichen Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung beschlossen.<sup>1</sup> Ziel der Empfehlungen ist die Minimierung des Risikos missbräuchlicher Verwendung von Forschungsergebnissen in sicherheitsrelevanten Bereichen: In nahezu allen Wissenschaftsbereichen bestehe die Gefahr, dass für sich genommen neutrale oder nützliche Ergebnisse der Forschung durch andere Personen zu schädlichen Zwecken missbraucht werden. Herausforderungen bestünden insbesondere bei wissenschaftlichen Arbeiten, bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie Wissen, Produkte oder Technologien hervorbringen, die *unmittelbar* von Dritten missbraucht werden können, um Menschenwürde, Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Umwelt oder ein friedliches Zusammenleben *erheblich* zu schädigen (sog. *besorgniserregende sicherheitsrelevante Forschung- Dual-Use Research of Concern*).

Als Beispiele nennt der Ausschuss die Verteidigungstechnik, in der die Materialforschung und die Nanotechnologie zur Entwicklung von Angriffswaffen führen könne, die Forschung zu autonom agierenden Robotern, die zur Konstruktion intelligenter Kriegerroboter befähigen könne, die Kernenergieforschung, die Forschung zu pathogenen Mikroorganismen und Toxinen, die möglicherweise für neue Biowaffen und für terroristische Anschläge nutzbar seien, die Analysen in der molekularen Pflanzengenetik, die gezielte Angriffe auf Saatgut ermög-

lichen könnten, Forschungen in der Informationstechnologie, die zur umfassenden Überwachung und Repression von Personen genutzt werden könnten, medizinische oder neurobiologische Forschungen, welche die Manipulation von Personen bis hin zu Folter unterstützen könnten, und linguistische Forschungen an Spracherkennungssystemen, die unter Umständen auch für missbräuchliche Kommunikationsüberwachung einsetzbar seien. Letztlich könnten sogar Geistes-, Kultur-, Sozial- und Verhaltenswissenschaften sicherheitsrelevante Ergebnisse hervorbringen.<sup>2</sup>

Die Verpflichtung zur Risikominimierung trifft nach den Empfehlungen nicht nur die Forschenden und die an ihren Projekten mitwirkenden Personen selbst, sondern auch die Einrichtungen, an denen jene tätig sind. Die Einrichtungen sind danach zu Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet und haben bei missbrauchsgefährdeter Forschung Mitarbeitende und Kooperationspartner sorgfältig und unter Berücksichtigung ihrer Verlässlichkeit und ihres Verantwortungsbewusstseins auszuwählen. Dabei sollen Maßnahmen zur Risikominimierung auch darin bestehen können, dass einzelne Forschungen nur in bestimmten Kooperationen durchgeführt werden und unter dem Aspekt der Risikominimierung **auf Partner oder Mitarbeiter aus bestimmten Staaten verzichtet wird**. Wörtlich heißt es dazu in den Empfehlungen:

„Maßnahmen zur Risikominimierung können auch darin bestehen, dass einzelne Forschungen nur in bestimmten Kooperationen durchgeführt werden. Internationale Kooperation ist zwar ein Grundprinzip erfolgreicher Forschung, im Einzelfall kann sich unter dem Aspekt der Risikominimierung gleichwohl eine Einschränkung der Zusammenarbeit oder ein Verzicht auf Partnerinnen oder Partner oder Mitarbeitende aus be-

<sup>1</sup> Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Deutsche Forschungsgemeinschaft (2022): Wissenschaftsfreiheit und Wissenschaftsverantwortung – Empfehlungen zum Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung/Scientific Freedom and Scientific Responsibility – Recommendations for Handling of Security-Relevant Research, 2. Aktualisierte Auflage, abrufbar unter [www.sicherheitsrelevante-forschung.org](http://www.sicherheitsrelevante-forschung.org).

<sup>2</sup> Empfehlungen S. 9 f; hinsichtlich der Informationstechnologie könnte man die Gefahr umfassender systematischer Cyberangriffe hinzufügen, vgl. die Berichte über Hacker-Angriffe aus Nordkorea (siehe etwa Süddeutschen Zeitung vom 07.02.2023 <https://www.sueddeutsche.de/wissen/atom-un-nordkoreas-hacker-stehlen-rekordsummen-kim-ruestet-auf-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230207-99-498851>).

stimmten Staaten oder Institutionen empfehlen. Anhaltspunkte für Staaten, in denen ein Missbrauch bestimmter Forschungsergebnisse zu befürchten ist, können sich aus den nationalen und internationalen Vorschriften oder Listen über Ausfuhrbeschränkungen ergeben“.<sup>3</sup>

Dass der Gemeinsame Ausschuss für den Einzelfall den Verzicht nicht nur auf Partner aus bestimmten Staaten, sondern auch auf Mitarbeiter aus bestimmten Staaten empfiehlt, wirft die Frage nach deren Diskriminierung auf: Ist es zulässig, die Einstellung von Wissenschaftlern deshalb abzulehnen, weil sie Angehörige eines bestimmten Staates sind oder auch, ohne diese Staatsangehörigkeit zu besitzen, aus diesem Staat kommen?

Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

## II. Wissenschaftler aus Staaten der Europäischen Union

### 1. Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet innerhalb der EU die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Nach Absatz 2 der Vorschrift umfasst diese Freizügigkeit die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung. Aus der Vorschrift folgt bei Einstellungen grundsätzlich ein absolutes Differenzierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>4</sup> Wie für alle Beschäftigten gilt das auch für Wissenschaftler.

Das Verbot erfasst dabei nicht nur die unmittelbare Differenzierung wegen der Staatsangehörigkeit, sondern auch jede andere nationale Regelung, die, wenn auch ohne direkte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, geeignet ist, den Gebrauch der Freizügigkeit durch einen Unionbürger zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>5</sup> Das verbietet es im Grundsatz auch, sich bewerbende Unionsbürger deshalb nicht einzustellen, weil sie zuvor in einem anderen Staat tätig gewesen sind.

Adressat des Art. 45 AEUV und damit auch des Differenzierungsverbots bei Einstellungen ist in erster Linie der Mitgliedstaat als Träger öffentlicher Gewalt. Staatliche Regelungen und andere staatliche Maßnahmen dürfen Bürger anderer Unionsstaaten grundsätzlich nicht

schlechter stellen als Deutsche.<sup>6</sup> Erfasst werden damit die staatlichen Hochschulen, aber, soweit sie als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, auch die Universitätsklinika.

Art. 45 AEUV gilt nach der Rechtsprechung des EuGH aber auch für **private Arbeitgeber**, weil diese sonst kraft ihrer Vertragsfreiheit Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aufrichten könnten, die dem Staat verboten wären.<sup>7</sup> Dementsprechend erklärt Art. 7 Abs. 4 der Freizügigkeitsverordnung (VO [EU] 492/2011) Regelungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung für nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Die Folge ist, dass auch privatrechtlich organisierte Forschungseinrichtungen wie die Max-Planck-Gesellschaft, die Fraunhofer Gesellschaft, die Helmholtz Gesellschaften und die Institute der Leibniz Gemeinschaft, die durchweg als eingetragene Vereine organisiert sind, Wissenschaftler aus Unionsstaaten grundsätzlich nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit von einer Beschäftigung ausschließen dürfen.

### 2. Einschränkung wegen Sicherheitsrelevanz

Auch die Freizügigkeit ist nicht schrankenlos gewährleistet.

Eine erste Ausnahme konstituiert Art. 45 AEUV in seinem Absatz 4 selbst. Danach findet die Bestimmung keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Unter öffentlicher Verwaltung versteht das europäische Recht hier wie in anderen Vorschriften freilich nur die Stellen, die unmittelbar oder mittelbar hoheitliche Befugnisse ausüben. Die Mitgliedstaaten dürfen nur konkrete, mit einer bestimmten Funktion verbundene Stellen in der öffentlichen Verwaltung eigenen Staatsangehörigen vorbehalten.<sup>8</sup> Zu diesen zählen in Hochschulen und staatlichen Forschungseinrichtungen möglicherweise Leitungsfunktionen, nicht aber die Wahrnehmung bloßer Lehr- und Forschungstätigkeiten.<sup>9</sup>

Relevanter ist die zweite, in Art. 45 Abs. 3 AEUV enthaltene Ausnahme, nach der die Freizügigkeit in Bezug auf die Beschäftigung unter dem Vorbehalt der aus

<sup>3</sup> Allgemein zur Relevanz solcher Ausfuhrbeschränkungen für die Wissenschaft siehe den Tagungsbereich „Wissenschaft und Exportkontrolle“ von *Antonia Hagedorn* in diesem Heft S. 183 ff.

<sup>4</sup> Callies/Ruffert/Brechmann, EUV/AEUV 6. Aufl. 2022, Art. 45 AEUV Rn 46; Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 45 Rn 27.

<sup>5</sup> EuGH 18.07.2017, C- 566/15, Rn. 33; Callies/Ruffert/Brechmann aaO

Rn 51.

<sup>6</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 54.

<sup>7</sup> EuGH 06.6.2000 C-281/98, Rn 30 ff (Angonese); Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 54; BeckOK Migrations- und Integrationsrecht/Dittrich, 14. Ed. 15.1.2023, AEUV Art. 45 Rn 8.

<sup>8</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 113f.

<sup>9</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 115.

Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen steht. Das Risiko des Missbrauchs sicherheitsrelevanter Forschung ist gewiss Gegenstand der öffentlichen Sicherheit.

Indessen genügt die allgemeine Erwägung, Angehörige bestimmter Risikostaaten könnten sicherheitsrelevante Forschungen auf einem oder auch mehreren Feldern missbrauchen, nicht zur Beschränkung ihrer Freizügigkeit. Nach Art. 27 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG darf bei Maßnahmen, welche die Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beschränken, **ausschließlich das persönliche Verhalten** des Betroffenen ausschlaggebend sein. Nach Art. 27 Abs. 3 muss dieses persönliche Verhalten eine tatsächliche gegenwärtige Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt; vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

Ein allein auf die Staatsangehörigkeit oder die bisherige Tätigkeit in einem bestimmten Staat abstellender Ausschluss der Einstellung von Unionsbürgern lässt sich mit dieser Vorgabe nicht vereinbaren. Zulässig ist ein Ausschluss nur, wenn konkrete Umstände **in der Person** des betreffenden Wissenschaftlers ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen, etwa ihre Veröffentlichungen, ihre bisherige Tätigkeit oder auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisation den Schluss nahelegen, sie neige zu einem unbegrenzten Gebrauch auch missbrauchsanfälliger Forschungsergebnisse.

### 3. Rechtsschutz

Art. 45 AEUV in Verbindung mit Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung (VO [EU] 492/2011) dienen dem Schutz der Unionsbürger auch in Bezug auf ihre Beschäftigung. Sie sollen gewährleisten, dass sie beim Eingehen von Arbeitsverhältnissen nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Als in Deutschland unmittelbar geltende Rechtsnormen kommen ihnen damit Schutzgesetzcharakter im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zu.<sup>10</sup>

Verletzt ein potenzieller Arbeitgeber Art. 45 AEUV, verpflichtet ihn das nach Maßgabe der §§ 249ff BGB

zum Schadensersatz. Dabei gilt nach § 249 Abs. 1 BGB in erster Linie der Grundsatz der Naturalrestitution: Kann ein Bewerber nachweisen, dass er eingestellt worden wäre, wenn sein Recht auf Freizügigkeit beachtet worden wäre, hat der Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags.<sup>11</sup>

Aus § 15 Abs. 6 AGG folgt nichts Anderes. Der dort für die Diskriminierungsfälle des AGG angeordnete Ausschluss eines Anspruchs auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gilt hier entgegen der wohl herrschenden Meinung<sup>12</sup> nicht. § 15 AGG enthält eine ausgewogene Gesamtregelung der schadensrechtlichen Folgen der Verletzung eines Diskriminierungsverbots, die in Absatz 2 insbesondere auch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens umfasst. Aus dieser kann nicht isoliert ein einzelner Teil analog angewandt werden. Eine analoge Anwendung der ganzen Vorschrift und damit auch des Absatzes 2 scheidet aber am Analogieverbot des § 253 Abs. 1 BGB.

### 4. Wissenschaftler aus assoziierten Staaten

Angehörigen von Staaten des **Europäischen Wirtschaftsraums** (neben den Staaten der EU derzeit Island, Norwegen und Liechtenstein) kommt nach Art. 28 des Abkommen über den EWR vom 2.05.1992 und dessen Anhang V vollumfängliche Freizügigkeit iSd. Art. 45 AEUV zu.<sup>13</sup> Für die Beschäftigung von Wissenschaftlern aus diesen Staaten gelten deshalb die gleichen Regeln wie für Wissenschaftler aus Staaten der EU.

Auch **Schweizer Staatsangehörige** genießen aufgrund des Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz vom 21.06.1999 Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>14</sup>, so dass für sie ebenfalls die gleichen Regeln gelten.

Das Assoziationsabkommen zwischen der **Türkei** und der EWG vom 12.09.1963 billigt zusammen mit den konkretisierenden Beschlüssen, die unmittelbar wirken, ein Recht auf weitere Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis zu, wenn die Beschäftigung ein Jahr ordnungsgemäß durchgeführt wurde.<sup>15</sup> In Art. 12 des Assoziierungsabkommens hat die EU mit der Türkei vereinbart, schrittweise die Freizügigkeit der Arbeitnehmer herzustellen. Vom EUGH wird dies so interpretiert, dass die ihm Rahmen von Art. 45 AEUV geltende Grundsätze so weit wie

<sup>10</sup> BeckOGK/Spindler, 1.2.2023, BGB § 823 Rn 256.

<sup>11</sup> Zum Anspruch auf Vertragsschluss als Konsequenz von § 249 Abs. 1 BGB siehe allgemein BGH 6. 6. 1974, II ZR 157/72, DB 1974, 1719; BAG 16. 3. 1989, 2 AZR 325/88, DB 1989, 1728.

<sup>12</sup> Roloff/Lampe, JuS 2007, 354, 355; Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht/Benecke, 5. Auflage 2021, § 32 Rn. 161; für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 6 AGG auf das Maßregelungsverbot des § 612a BGB BAG 21.09.2011, 7 AZR 150/10, juris; dem BAG folgend Horcher, RdA 2014, 93, 99.

<sup>13</sup> Henssler/Willemsen/Kalb/Tillmanns, Arbeitsrecht Kommentar, Art.45 AEUV, Rn 8.

<sup>14</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit.

<sup>15</sup> Henssler/Willemsen/Kalb/Tillmanns, Arbeitsrecht Kommentar, Art.45 AEUV, Rn 8; Erfurter Kommentar/Schlachter, Arbeitsrecht, Art. 45 AEUV Rn 8; AR/Kreber, 10. Auflage 2021 Art. 45 AEUV Rn 10.

möglich auf Arbeitnehmer aus der Türkei zu übertragen sind.<sup>16</sup>

**Andere Assoziierungs- und Kooperationsabkommen** enthalten zwar hinsichtlich der Arbeitsbedingungen Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit, beziehen diese aber nicht auf die Zulassung zur Beschäftigung. Dies gilt etwa für die Abkommen mit den Maghreb-Staaten und die Assoziationsabkommen mit Albanien und der Ukraine.<sup>17</sup>

Für Arbeitnehmer aus dem **Vereinigten Königreich** gilt das Austrittsabkommen Großbritanniens mit der EU, welches die Arbeitnehmerfreizügigkeit zwischen der EU und Großbritannien infolge des Brexit beendet hat.<sup>18</sup> Britische Staatsangehörige, die vor dem 31.12.2020 in der EU ansässig waren, genießen jedoch hinsichtlich der Freizügigkeit Bestandsschutz.<sup>19</sup>

### III. Wissenschaftler aus Drittstaaten

#### 1. Besondere Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung

##### a. Grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung

Nach § 18d Absatz 1 Aufenthaltsgesetz wird einem Ausländer ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung erteilt, wenn er eine wirksame Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag mit einer Forschungseinrichtung abgeschlossen hat, die Forschung betreibt. Die Vorschrift erfasst alle in der Forschung tätigen Wissenschaftler, auch Assistenten, wissenschaftliche Mitarbeiter, Postdoktoranden und Gastwissenschaftler.<sup>20</sup>

Nach § 18 d Abs. 5 Satz 1 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Aufnahme der Forschungstätigkeit bei der in der Aufnahmevereinbarung bezeichneten Forschungseinrichtung und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre. Die Berechtigung umfasst die Aufnahme der entsprechenden Erwerbstätigkeit und damit auch den Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags.<sup>21</sup>

§ 18 d AufenthG setzt für Wissenschaftler die Bestimmungen der Richtlinie 2016/801/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit um. Diese enthält in ihren Artikeln 9 und 10 nähere Richtlinien für die Zulassung von Forschungseinrichtungen und die Ausgestaltung der Aufnahmevereinbarungen.

##### b. Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Sicherheitsbedenken

Das Aufenthaltsgesetz sieht keine Möglichkeit vor, Wissenschaftlern, die Angehörige eines bestimmten Staates sind oder aus einem bestimmten Staat kommen, die Aufenthaltserlaubnis zu verweigern. § 19 f des Gesetzes erlaubt nur die Ablehnung aus den im Einzelnen aufgezählten Gründen. In Betracht kommt lediglich die Bestimmung des § 19 f Abs. 4 Nr. 6, nach der auch der von Forschern gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt werden kann, wenn Beweise oder konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Ausländer den Aufenthalt zu anderen Zwecken nutzen wird als zu jenen, für die er die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis beantragt.

Dass ein Ausländer die ihm mit der Aufenthaltserlaubnis ermöglichte Forschungstätigkeit zum Missbrauch sicherheitsrelevanter Forschungsergebnisse nutzt, ist aufenthaltsrechtlich gewiss zweckwidrig. Die Ablehnung auch wegen dieser Gefahr setzt nach der Vorschrift aber **Beweise oder konkrete Anhaltspunkte** dafür voraus, dass in der Person des betreffenden Forschers eine solche Gefahr besteht.

Aus den Bestimmungen der Richtlinie 2016/801/EU ergibt sich nichts Anderes. Nach deren Art. 7 Abs. 6 ist Drittstaatsangehörigen, die als Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit angesehen werden, die Zulassung zu verweigern. Aber auch das gilt

<sup>16</sup> EuGH, 19.7.2012, C-451/11, juris, Rn 48.

<sup>17</sup> Siehe zu Art. 40 Kooperationsabkommen EWG-Marokko EUGH v.2.03.1999, Rs. C- 416/96, NZA 1999, 533, 537; für die Ukraine siehe Art. 17 des Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Ukraine andererseits; für Albanien siehe Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit Albanien.

<sup>18</sup> Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023,

AEUV Art. 45 Rn. 14.

<sup>19</sup> Näher Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 45 Rn. 15 f.

<sup>20</sup> Schultheiß, Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern, OdW 2018, 3, 4; demnächst auch Castendyk OdW 2023, Heft 4.

<sup>21</sup> Schultheiß, aaO OdW 2018, 3, 6.

wie bei allen Ablehnungsgründen nach Art. 20 Abs. 1 lit. f nur, wenn der Mitgliedstaat Beweise oder ernsthafte und sachliche Anhaltspunkte dafür hat, dass der Drittstaatsangehörige seinen Aufenthalt zu anderen Zwecken nutzen würde als jene, für die er die Zulassung beantragt. Auch muss nach Art. 20 Abs. 4 diese wie jede andere Entscheidung, einen Antrag abzulehnen, die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten.

Auch drittstaatsangehörige Wissenschaftler können deshalb nicht allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat von einer Beschäftigung an einer deutschen Hochschule oder Forschungseinrichtung ausgeschlossen werden. Möglich ist der Ausschluss im Wege der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis nur, wenn konkrete Umstände in ihrer Person ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen.

### c. Rechtsschutz

Die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stellt einen Verwaltungsakt dar, gegen den sich der Betroffene mit den einschlägigen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Mitteln zur Wehr setzen kann. Das Aufenthaltsgesetz enthält hierfür in seinen §§ 77 bis 85 eine Reihe von Sondervorschriften.

## 2. Ablehnung durch Hochschule oder Forschungseinrichtung

### a. Staatliche Hochschulen und öffentlich-rechtliche Einrichtungen

Um eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung in Deutschland zu erhalten, muss der Wissenschaftler nach § 18d Abs. 1 Nr. 1 AufenthG über eine Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag mit einer deutschen Hochschule oder Forschungseinrichtung verfügen.<sup>22</sup> Das führt zu der Frage, ob Hochschulen und Forschungseinrichtungen, den Empfehlun-

gen des Gemeinsamen Ausschusses folgend, selbst die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen allein wegen deren Staatsangehörigkeit oder wegen deren bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat ablehnen können. Die Frage ist zu verneinen.

Lehnten staatlichen Hochschulen, Universitätsklinik oder öffentlich-rechtlich organisierte Forschungseinrichtungen die Beschäftigung drittstaatsangehöriger Wissenschaftler allein aus diesen Gründen ab, verletzte das deren Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 und Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG:

Zwar können sich die drittstaatsangehörigen Wissenschaftler nicht auf die Deutschen vorbehaltenen Grundrechte des gleichen Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG und der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG berufen. Ihnen kommt aber für ihre rechtliche Befugnis, in Deutschland tätig zu werden, der dem Rechtsstaatsprinzip immanente Vorbehalt des Gesetzes zu Gute, dessen Beachtung auch der Ausländer über Art. 2 Abs. 1 GG verlangen kann. Der Vorbehalt des Gesetzes verbietet es, eine so gravierende Beeinträchtigung der Entfaltung der Persönlichkeit wie sie die Verweigerung der Beschäftigung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder wegen der bisherigen Tätigkeit im Ausland darstellt, ohne gesetzliche Grundlage vorzunehmen.<sup>23</sup> Dies gilt für eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ebenso. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt, weil wie dargestellt, das AufenthG eine Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis und damit einer Beschäftigung allein aus diesen Gründen gerade nicht vorsieht.

Auch gehört die Staatsangehörigkeit zwar nicht zu den unzulässigen Differenzierungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG und des AGG.<sup>24</sup> Doch dürfen nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Ausländer wegen der Staatsangehörigkeit nicht willkürlich, das heißt ohne Vorliegen eines legitimen sachlichen Grundes, benachteiligt werden.<sup>25</sup> Ein solcher legitimer Grund fehlt angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Aufenthaltsgesetz selbst zum Ausdruck bringt, dass nur

<sup>22</sup> Schultheiß aaO OdW 2018, 3, 5.

<sup>23</sup> BVerfG 10. 5. 1988, 1 BvR 1166/85, BVerfGE 78, 179, 197.

<sup>24</sup> Allgemein zur Problematik der abschließenden Statuierung von Diskriminierungsmerkmalen jetzt Hülya Erbil, Möglichkeiten und

Grenzen eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts in: Picker/Gräf, Funktionalität und Effektivierung des Antidiskriminierungsrechts, 2023, S. 42 f.

<sup>25</sup> BVerfG 7. 2. 2012, 1 BvL 17/07, Rn 46.

in der betreffenden Person liegende Gründe eine Ablehnung rechtfertigen.

#### b. Privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Als Arbeitgeber genießen privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach § 105 Satz 1 GewO hinsichtlich des Abschlusses von Arbeitsverträgen grundsätzlich Vertragsfreiheit. Das gilt auch für die Einstellung von Wissenschaftlern. Mit welchen Personen sie Arbeitsverträge als Wissenschaftler abschließen, unterliegt grundsätzlich ihrer freien Entscheidung. Diese Freiheit ist zwar durch die Diskriminierungsverbote des AGG gesetzlich eingeschränkt. Zu den Diskriminierungsverboten zählt die unterschiedliche Behandlung wegen einer bestimmten Staatsangehörigkeit oder wegen der vorherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat nicht.

In Rechtsprechung und Literatur ist aber anerkannt, dass die Weigerung, mit bestimmten Personen Verträge abzuschließen eine sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB darstellen kann mit der Folge, dass auch ohne Bestehen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung die Abschlussfreiheit eingeschränkt ist. Voraussetzung dafür ist auf der einen Seite eine besondere Machtposition der den Vertragsschluss verweigernden potenziellen Vertragspartei und auf der anderen Seite ein besonderes Schutzinteresse der den Vertragsschluss begehrenden potenziellen Vertragspartei.<sup>26</sup>

Vom Vorliegen einer besonderen Machtposition wird dabei insbesondere dort ausgegangen, wo Private Leistungen vergeben, welchen ihnen von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden.<sup>27</sup> Ein besonderes Schutzinteresse des abgelehnten Vertragspartners besteht vor allem dort, wo die Abschlussverweigerung ein grundrechtliches Schutzgut betrifft.<sup>28</sup>

Beides kommt hier in Betracht. Die großen privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtungen Max-Planck-Gesellschaft, Fraunhofer Gesellschaft, Helmholtz Gesellschaften und Institute der Leibniz Gemeinschaft erhalten in erheblichem Umfang staatliche Mittel zur Förderung von Wissenschaft und Forschung. Diese dienen auch dem Zweck, Wissenschaftler zu beschäftigen

und sollen so zugleich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG deren persönliche wissenschaftliche Entwicklung fördern. Ihnen den Zugang zu dieser Förderung lediglich wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem anderen Staat zu verweigern, wäre willkürlich. Legitim ist eine solche Verweigerung nur, wenn konkrete in ihrer Person liegende Gründe die Ablehnung rechtfertigen.

Auch hier setzt deshalb die Ablehnung aus Sicherheitsgründen den Nachweis voraus, dass gerade ihre Beschäftigung aus in ihrer Person liegenden Gründen ein sicherheitsrelevantes Risiko darstellt.

#### c. Rechtsschutz

Staatliche Hochschulen und öffentlich-rechtliche Einrichtungen sind unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Werden Bewerber um eine Stelle an einer staatlichen Hochschule, einem öffentlich-rechtlich organisierten Universitätsklinikum oder einer öffentlich-rechtlichen Forschungseinrichtung allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer vorherigen Beschäftigung in einem bestimmten Staat abgelehnt, können sie, gestützt auf die Leistungsfunktion ihrer Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG nach Maßgabe der sonst für die betreffende Stelle zu erfüllenden Voraussetzungen und zu beachtenden Verfahrensschritte Einstellung verlangen und arbeitsgerichtlich durchsetzen.<sup>29</sup>

Bewerbern, welche von einer privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtung oder Hochschule zu Unrecht allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer vorherigen Beschäftigung in einem bestimmten Staat nicht eingestellt worden sind, haben, wie unter b dargelegt, Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 BGB. Auch dieser führt nach § 249 Abs. 1 BGB zum Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags. Auch diesem Anspruch steht § 15 Abs. 6 AGG nicht im Wege (siehe oben unter II 3).

## IV. Ergebnis

Wissenschaftlern aus Sicherheitsgründen die Beschäftigung an staatlichen oder privaten Hochschulen,

<sup>26</sup> BVerfG 05.08.1994, 1 BVR 1402/89 Rn 21 f, juris; mit umfassenden Nachweisen Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn 579 ff; HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 826 Rn 18.

<sup>27</sup> BGH vom 02.12.1974, BGHZ 63,282, 287; Grunewald, Vereinsauf-

nahme und Kontrahierungszwang, AcP 182, 81, 192 ff.

<sup>28</sup> Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 BGB Rn 587.

<sup>29</sup> Zur Leistungsfunktion der Grundrechte siehe Jarass/Pieroth/Jarass, GG 17. Aufl. 2022, Vorbem. vor Art. 1 Rn 4 ff.



an staatlichen oder privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtungen oder an Universitätsklinika allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat zu verweigern, ist rechtlich nicht haltbar.

Bei Wissenschaftlern aus Staaten der EU steht dem die durch Art. 45 AEUV gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegen. Wissenschaftler aus Drittstaaten haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung und können sich gegenüber Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen.

Zulässig ist die Ablehnung eines Wissenschaftlers nur dann, wenn konkrete, in seiner Person liegende Umstände ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen, etwa seine Veröffentlichungen, die bisher ausgeübte Tätigkeit oder auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisation nahelegen, er neige zu einem unbegrenzten Gebrauch auch missbrauchsanfälliger Forschungsergebnisse.

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



Hannah Schmid-Petri, Steliyana Doseva, Jan Schillmüller, Dirk Heckmann

*Interdisziplinäre Forschung als möglicher Impulsgeber für eine evidenzbasierte Regulierung – Programmatische Überlegungen am Beispiel des Urheberrechts im digitalen Zeitalter*

## I. Einleitung

Die Digitalisierung und die damit verbundenen neuen Kommunikations-, Produktions- und Vervielfältigungsmöglichkeiten stellen auch die Wissenschaft vor Herausforderungen. Aufgrund der leicht zugänglichen Fülle an Informationen und der vielfältigen Verarbeitungsmöglichkeiten, haben sich die Rollen von Konsument:innen und Nutzer:innen mit denen der Produzent:innen von Inhalten vermischt: In Online-Umgebungen kann jede/r vergleichsweise einfach Inhalte generieren, neu zusammenstellen und publizieren.<sup>1</sup>

Dies führt dazu, dass sich durch die digitalen Kommunikationsmöglichkeiten traditionelle Prozesse der Wissensgenese, -prüfung und -verbreitung grundlegend verändern.<sup>2</sup> Gerade in der Produktion von neuem Wissen haben urheberrechtliche Fragen eine große Relevanz, die durch neue Praktiken in digitale Umgebungen vor Herausforderungen gestellt werden. Vor allem durch plattformkuratierte Inhalte ergeben sich Fragen dahingehend, wer „Wissen, Wahrheit und Rationalität im öffentlichen Diskurs für sich beanspruchen kann“<sup>3</sup> – was durch die nicht immer eindeutig identifizierbaren Urheber:innen von Kommunikationsprodukten und das Verwischen vormals relativ klar getrennter Rollen in Online-Umgebungen zusätzlich erschwert wird.

Vor diesem Hintergrund sind zahlreiche Herausforderungen für das Urheberrecht entstanden. Insbesondere haben die Rechtsinhaber, zu denen auch Hochschulen

und einzelne Wissenschaftler:innen zählen, in einer Welt, in der Inhalte von jedem ohne große Kosten erstellt, verbreitet und rezipiert werden können, ihre Verfügungsgewalt über die Werke verloren.<sup>4</sup> Hierzu haben nicht nur Filesharing-Dienste beigetragen, deren Geschäftsmodelle die deutsche und europäische Rechtsprechung in den vergangenen Jahren intensiv beschäftigt haben,<sup>5</sup> sondern insbesondere in den letzten Jahren auch die „Plattformisierung“ des Internets. Große Medienintermediäre wie zum Beispiel „Youtube“ spielen nicht nur eine zentrale Rolle bei der Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Inhalten, sie werden gleichsam auch zum Normensetzer für das Urheberrecht. Im Rahmen von privaten Richtlinien und geschützt von Haftungsprivilegien wie sie im US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act, der europäischen E-Commerce-Richtlinie und nun auch im Digital Services Act vorgesehen sind,<sup>6</sup> bestimmen sie den Umfang und die Anwendung des Urheberrechts in einem großen Teil des digitalen Ökosystems.<sup>7</sup> Diese Entwicklungen und auch die Diskussion über die Verantwortlichkeit der Medienintermediäre für die auf ihren Plattformen begangenen Urheberrechtsverletzungen hat dazu geführt, dass das Urheberrecht schon seit den 1990er Jahren die Speerspitze der digitalen Rechtsdurchsetzung bildet.<sup>8</sup> So nimmt die algorithmische Filterung von Inhalten und die automatisierte Suche nach Urheberrechtsverletzungen zu. Probleme bei der algorithmischen Rechtsdurchsetzung – vor allem die mangelnde Fähigkeit der Algorithmen

<sup>1</sup> Bruns, Blogs, Wikipedia, Second Life, and beyond: From production to produsage, Peter Lang, 2008.

<sup>2</sup> Neuberger/Weingart/Fähnrich/Fecher/Schäfer/Schmid-Petri/Wagner, Der digitale Wandel der Wissenschaftskommunikation. Wissenschaftspolitik im Dialog, eine Schriftenreihe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, 2021, Abrufbar unter: [https://www.bbaw.de/files-bbaw/user\\_upload/publikationen/Broschuere-WiD\\_16\\_PDFA-1b.pdf](https://www.bbaw.de/files-bbaw/user_upload/publikationen/Broschuere-WiD_16_PDFA-1b.pdf) (letzter Zugriff: 01.05.2023).

<sup>3</sup> Neuberger/Bartsch/Reinemann/Fröhlich/Hanitzsch/Schindler, Der digitale Wandel der Wissensordnung. Theorierahmen für die Analyse von Wahrheit, Wissen und Rationalität in der öffentlichen Kommunikation, M&K Medien & Kommunikationswissenschaft, 2019, S. 167.

<sup>4</sup> Gray, Google Rules. The history and future of copyright under the

influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 5-6.

<sup>5</sup> Vgl. u. a.: EuGH v. 26.04.2017, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300; BGH v. 11.06.2015, I ZR 19/14, Tauschbörse I; BGH v. 12.07.2012, I ZR 18/11, Alone in the Dark.

<sup>6</sup> Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, dass sie die Haftung des Intermediärs als bloßer Vermittler auf die Haftung nach Kenntnis beschränken und sie somit nicht zu aktiven Überprüfungspflichten, sondern „nur“ zu einem Notice-and-Take-Down-Verfahren verpflichten.

<sup>7</sup> Gray, Google Rules. The history and future of copyright under the influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 130.

<sup>8</sup> Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Enforcement: Lessons from Copyright Enforcement by Online Intermediaries, Stanford Technology Law Review 2016, S. 476-477.

kontextsensitive Entscheidungen zu treffen<sup>9</sup> - haben dabei ebenso zu einer Diskussion über die Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber geführt wie die sog. „Value Gap“-Diskussion.<sup>10</sup> Im Rahmen dieser wird kritisiert, dass ein Missverhältnis zwischen den Einnahmen besteht, die die Medienintermediäre durch die, teilweise unberechtigt, auf ihren Plattformen veröffentlichten Werken erzielen, und den Einnahmen der Rechtsinhaber.<sup>11</sup>

Diesen neuen Herausforderungen kann sich die Rechtswissenschaft nur in interdisziplinären Partnerschaften angemessen stellen. Um nicht losgelöst von gesellschaftlichen Debatten und den Bedürfnissen der betroffenen Gruppen zu agieren und um grundlegende politische Werte und Rechtsgüter auch bei der Regulierung von digitalen Medien- und Kommunikationsplattformen zu sichern, ist es unabdingbar, zunächst die gesellschaftlichen Erfordernisse zu eruieren, um davon ausgehend forschungs- und evidenzbasierte Regulierungsoptionen aufzuzeigen. Idealerweise können dann interdisziplinäre Kooperationen, beispielsweise zwischen den Rechts- und Sozialwissenschaften dazu beitragen, die gesellschaftliche Teilhabe von Bürger:innen, die Handlungsfähigkeit von Politik und nicht zuletzt faire Bedingungen in öffentlichen Diskursen und in der Digitalwirtschaft zu sichern.

Wie eine fruchtbare interdisziplinäre Zusammenarbeit gelingen kann, möchten wir im Folgenden am Beispiel eines durch das Bayerische Forschungsinstitut für Digitale Transformation (bidt) geförderten Projekts zeigen, an dem Kommunikations- und Rechtswissenschaft gemeinsam ausgewählte Herausforderungen der Medien- und Plattformregulierung bearbeiten.

## II. Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft

Interdisziplinarität ist ein Schlagwort, das an Hochschulen im Rahmen von Forschungsprojekten, Drittmittelanträgen oder der Konzeption von (neuen) Studiengängen viel diskutiert wird. Auch wenn die Debatte an sich eine längere Tradition hat, ist diese häufig der Beobachtung

geschuldet, dass sich aktuelle gesellschaftliche Problemlagen nicht (mehr) alleine monodisziplinär lösen lassen, sondern vielmehr gemeinsame Bemühungen um Erkenntnisgewinn und hinsichtlich der Implementierung von Lösungen nötig sind.

In der Hochschulpraxis ist unter dem Begriff meist gemeint, dass mindestens eine weitere, „andere“ Disziplin zu einem Studiengang oder im Rahmen eines Forschungsprojekts hinzugezogen wird. An dieser Stelle endet dann häufig die Zusammenarbeit und gestaltet sich eher als freundliches „Nebeneinanderherarbeiten“, bei dem sich die erzielten Erkenntnisse im Idealfall zumindest ergänzen. Die National Academy of Sciences definiert Interdisziplinarität als eine Forschungsform, bei der Informationen, Daten, Methoden, Perspektiven, Konzepte und/oder Theorien aus verschiedenen Disziplinen integriert werden, um gesellschaftliche Probleme zu lösen, deren Reichweite über eine einzelne Disziplin hinaus geht.<sup>12</sup> Diese Integration benötigt eine große Offenheit von den beteiligten Akteuren und setzt zudem eine hohe Kommunikationsbereitschaft voraus, da im Rahmen einer jeden interdisziplinären Kooperation sehr viel Erklärungs-, Übersetzungs- und Verständigungsarbeit nötig ist.

Hilgendorf konstatiert, dass in der Rechtswissenschaft üblicherweise interdisziplinäre Kooperationen nur wenig verbreitet sind.<sup>13</sup> Als Ursache nennt er dafür beispielsweise, dass die Begriffe und Methoden der Rechtswissenschaften häufig sehr speziell sind. Dadurch wird im Rahmen einer Zusammenarbeit der Erklärungsaufwand sehr hoch und der Zugang zu rechtswissenschaftlich akkumuliertem Wissen für andere Disziplinen schwierig. Darüber hinaus neigt die Rechtswissenschaft seiner Ansicht nach zu einer eigenen Begriffsbildung ohne darauf zurückzugreifen, was bereits in anderen Disziplinen zu diesen vorhanden ist. Diese, zumindest partielle, Abgeschlossenheit erschwert interdisziplinäre Kooperationen.

Viele Bereiche der Rechtswissenschaft arbeiten sehr anwendungsorientiert. Gerade diese Anwendungsorientierung macht es nötig, auf Wissen aus verschiedenen

<sup>9</sup> *Perel/Elkin-Koren*, Accountability in Algorithmic Enforcement: Lessons from Copyright Enforcement by Online Intermediaries, *Stanford Technology Law Review* 2016, S. 473

<sup>10</sup> *Spindler*, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act, GRUR 2021, S. 545; *Gray*, Google Rules. The history and future of copyright under the influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 160; *Fenwick/McCahery/Vermeulen*, The End of ‘Corporate’ Governance: Hello ‘Platform’ Governance, European Business Organization

*Law Review*, 2019, S. 196.

<sup>11</sup> *Wimmers/Barudi*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, S. 327.

<sup>12</sup> *National Academy of Sciences, National Academy of Engineering, and Institute of Medicine*, Facilitating Interdisciplinary Research, The National Academies Press, 2005, S. 2

<sup>13</sup> *Hilgendorf*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, *Juristen Zeitung (JZ)*, 2010, S. 913-922.

gesellschaftlichen Bereichen zurückgreifen zu können, um fundierte und begründete Entscheidungen treffen zu können. Dreyer unterscheidet hier zwischen Handlungsvoraussetzungswissen und Handlungswirkungswissen, das das Rechtssystem idealerweise benötigt, um zum einen relevante Regulierungsbereiche zu identifizieren und zum anderen bestehende Normen und/oder getroffene Entscheidungen zu evaluieren.<sup>14</sup> Unter Handlungsvoraussetzungswissen fallen beispielsweise Erkenntnisse oder empirische Daten darüber, welche gesellschaftlichen Probleme oder auch Fehlentwicklungen vorliegen und als wie relevant und persistent diese einzustufen sind. Zum Bereich des Handlungswirkungswissens gehört beispielsweise eine Abschätzung der Wirkungsweise und Effektivität von bestimmten Regulierungsoptionen oder auch eine retrospektive Bewertung dahingehend, ob eine bestimmte Regulierung die gewünschten Effekte erzielt hat (oder nicht).

Für die evidenzbasierte Fundierung bestimmter Rechtsvorschriften kann die Rechtswissenschaft folglich in hohem Maße von den Erkenntnissen aus anderen Disziplinen profitieren. Im Bereich der Medien- und Plattformregulierung ist hier die Kommunikationswissenschaft eine (unter vielen weiteren) sozialwissenschaftliche Disziplin, die relevantes Wissen in Regulierungsprozesse einspeisen kann. Dies möchten wir im Folgenden am Beispiel einer Studie, die im Rahmen der Novellierung des Urheberrechts durchgeführt wurde, verdeutlichen. Ziel dieses Beitrages ist es folglich, exemplarisch darzustellen, wie die interdisziplinäre Forschung besonders wertvolle Erkenntnisse hervorbringen kann, die im politischen Prozess den angemessenen Interessenausgleich bei regulatorischen Vorhaben entscheidend verbessern. Diese können auch dazu beitragen, Regulierungsvorschläge evidenzbasiert zu evaluieren und auf Grundlage der Empirie neue Regulierungsvorschläge zu unterbreiten.

### III. Interdisziplinäre Forschung am Beispiel eines gemeinsamen Projekts zwischen Kommunikations- und Rechtswissenschaft

#### 1. Die EU-Urheberrechtsreform und ihre Umsetzung in Deutschland

Als Reaktion auf die Diskussion über die Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber und der Frage nach einem angemessenen urheberrechtlichen Interessenausgleich sah sich die Europäische Union veranlasst, die Regelungen zum Schutz des Urheberrechts im Binnenmarkt nachzuschärfen. Hierzu wurde die Digital Single Market (DSM)-Richtlinie<sup>15</sup> verabschiedet, die das Urheberrecht an die neuen technischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten des Internets anpassen, den Schutz der Urheber:innen verbessern und den Urheberrechtsschutz im Binnenmarkt harmonisieren soll.<sup>16</sup>

Die bisherigen Regelungen, insbesondere die Haftungsfreistellung der Medienintermediäre für die Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer:innen, solange sie den betreffenden Beitrag nach einem Hinweis der Rechtsinhaber unverzüglich entfernen (Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie von 2000), stammen noch aus der „Anfangszeit“ des Internets und sollte ein innovations- und entwicklungsoffenes regulatorisches Rahmenwerk für das Internet schaffen. Die DSM-RL rückt hiervon ab und regelt eine eigene täterschaftliche Haftung der Plattformbetreiber für die Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer:innen (Art. 17 Abs. 1 DSM-RL). Gleichzeitig schafft die Regel allerdings auch eine neue Exkulpationsmöglichkeit für die Plattformbetreiber: Art. 17 Abs. 4 DSM-RL regelt, dass sie dieser Haftung nicht nur durch den Abschluss von Lizenzen entgehen können, sondern auch indem sie „nach Maßgabe branchenüblicher Standards“ sicherstellen, dass „bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechtsinhaber den

<sup>14</sup> Dreyer, Wissen zum Recht machen, Impulsvortrag im Rahmen des Workshops „Die Kommunikationswissenschaft als Impulsgeber für eine evidenzbasierte Medien- und Plattformregulierung im Online-Zeitalter“ von Schmid-Petri/ Doseva/ Stark/ Schneiders/ Dreyer, Jahrestagung der DGPK, 2022.

<sup>15</sup> RL (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und

RL 2001/29/EG (ABl. 2019 L 130, 92).

<sup>16</sup> Wandtke/Hauck, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“, ZUM 2020; Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“, jM 2019, 442; Gielen/Tissen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019.

Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“. Diese Exkulpation setzt nach einhelliger Meinung allerdings voraus, dass die Medienintermediäre sog. Uploadfilter einsetzen müssen, um diesen „branchenüblichen Standard“ zu erfüllen.<sup>17</sup> Bei Uploadfiltern handelt es sich um „Technologien, die Text-, Video-, Audio- oder andere Dateien beim oder nach dem Upload, in jedem Fall aber noch vor der Veröffentlichung, prüfen und im Falle einer Rechtsverletzung, die Veröffentlichung verhindern, oder diese an bestimmte Maßnahmen, zum Beispiel das Stummschalten einer Audiospur, knüpfen.“<sup>18</sup> Art. 17 Abs. 4 DSM-RL regelt jedoch nicht – wie in der öffentlichen Diskussion oft kolportiert – eine Pflicht zum Einsatz von Uploadfiltern, sondern vielmehr nur eine Uploadfilterobliegenheit.<sup>19</sup> Ihr Einsatz dient lediglich dem Eigeninteresse der Plattformen, nämlich zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, die sich sonst aus der täterschaftlichen Haftung ergeben würden.

Genau die Einführung dieser „Uploadfilterpflicht“ hat zu europaweiten Demonstrationen gegen die Richtlinie geführt und zu Petitionen mit mehr als fünf Millionen Unterschriften. Die Kritiker:innen befürchten, die „Zerstörung des Internets“<sup>20</sup>, warnten vor einer schleichenden Einführung staatlicher Zensurmaßnahmen, und einer Gefährdung der Meinungsfreiheit durch ein sogenanntes „Overblocking“.<sup>21</sup> Dem Gesetzgeber wurde vorgeworfen, das Urheberrecht als Zensurrecht in Stellung zu bringen.<sup>22</sup> Außerdem wurde kritisiert, dass die

DSM-Richtlinie – trotz der Proteste und der kontroversen öffentlichen Diskussion – „hinter verschlossenen Türen“ beschlossen wurde und dass die Forderungen der (oft schwach organisierten) Inhalteproduzent:innen im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigt wurden.<sup>23</sup>

Als Reaktion auf den anhaltenden öffentlichen Diskurs versprach die damalige Bundesregierung, die DSM-RL ohne eine entsprechende Uploadfilterobliegenheit umzusetzen.<sup>24</sup> Das der Umsetzung dienende Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) kommt jedoch nicht ohne eine entsprechende Vorschrift aus. Dennoch wurden im UrhDaG einige über die DSM-RL hinausgehende Mechanismen eingeführt, um die Auswirkungen des Uploadfiltereinsatzes zu begrenzen. Die Rechte der Nutzer:innen sollen durch die Einführung von prozeduralen Mechanismen abgesichert werden (§§ 10, 11 UrhDaG). Außerdem wird ihnen ein neues Beschwerdeverfahren zur Verfügung gestellt (§§ 13-17 UrhDaG).<sup>25</sup>

Die Einführung dieser Mechanismen war jedoch einer ausgiebigen Diskussion der beteiligten Stakeholder ausgesetzt. Diese fand nicht nur im Rahmen des Konsultationsverfahrens zum Referentenentwurf statt, sondern auch darüber hinaus. Insbesondere vor dem Hintergrund der wortlautgetreuen Umsetzung der DSM-RL in Ländern wie Frankreich und Italien, wurde der deutsche Sonderweg sowohl von den Medienintermediären, als auch von den Rechtsinhabern kritisiert, unter anderem weil er gerade dem Ziel der Harmonisierung des Binnenmarktes zuwiderlaufen würde.<sup>26</sup> Auffällig war gleich-

<sup>17</sup> *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 644; *Hastedt*, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures“, *MMR*, 2021, S. 696; *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets?, *JZ* 2019, S. 590; *Ludyga*, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“, *JM*, 2019, S. 444; *Pravermann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *GRUR*, 2019, S. 783; *Romero-Moreno*, ‘Notice and staydown’ and social media: amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, S. 154.

<sup>18</sup> *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/Heckmann*, Content ID vs. „Uploadfilterpflicht“ – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen, in *Schrör/Keiner/Müller/Schumacher* (Hrsg.), *Entscheidungssträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022, S. 21.

<sup>19</sup> *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets? *JZ* 2019, S. 588; *Wandtke/Hauck*, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“, *ZUM* 2020, S. 675; *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 64.

<sup>20</sup> *Gerster*, Die Legende von der Zerstörung des Internets, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 3.4.2019, [https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-](https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-zensur-16116729.html)

[zensur-16116729.html](https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-zensur-16116729.html) (letzter Zugriff am 01.05.2023).

<sup>21</sup> *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW*, 2019, S. 645.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu u.a. auch *Kraetzig*, *Das Urheberrecht als Zensurrecht*, Mohr Siebeck, 2022.

<sup>23</sup> *Sagatz*, *Aufstand der Generation Youtube*. *Der Tagesspiegel* v. 9.3.2019, <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/medien/protest-gegen-uploadfilter-aufstand-der-generation-youtube/24082412.html> (letzter Zugriff am 01.05.2023).

<sup>24</sup> *Bundesministerium der Justiz*, *Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie* v. 15.04.2019, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519\\_Protokollerklaerung\\_Richtlinie\\_Urheberrecht.pdf?sessionId=7D872BBAF20DB4A769A7BE1A7FFDCE21.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?sessionId=7D872BBAF20DB4A769A7BE1A7FFDCE21.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1)

<sup>25</sup> Zur Kritik siehe *Schillmöller/Doseva*, „Chilling effects“ durch YouTube Content ID?, *MMR*, 2022, S. 181

<sup>26</sup> *game – Verband der deutschen Games-Branche*, *Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes* v. 6.11.2020, <https://www.game.de/wp-content/uploads/2020/11/2020-11-06-game-Entwurf-Stellungnahme-Referent-Entwurf-DSM-RL.pdf>.

zeitig auch, dass zum Zeitpunkt des deutschen Gesetzgebungsverfahrens die öffentliche Diskussion um die Einführung von Uploadfiltern abgeebbt ist und es keine Demonstrationen gab, die vergleichbar mit jenem im Jahr 2019 waren.

Wie an diesem Beispiel dargestellt, vollzieht sich die Plattformregulierung oft im Dreiecksverhältnis zwischen Plattformbetreibern, Rechtsinhabern sowie Nutzer:innen, deren Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen. Hochschulen und ihre Mitglieder sind in diesem Spannungsverhältnis sowohl als Inhaber von Urheberrechten an Inhalten, die auf Plattformen hochgeladen oder auch von anderen weiterverarbeitet werden, als auch als Nutzer:innen online verfügbarer Medienprodukte angesprochen. Gleichzeitig können sie im Rahmen der von ihnen bereitgestellten Lerninfrastruktur aber auch in die Rolle des Plattformbetreibers schlüpfen, der die „Infrastruktur“ für die rechtmäßige und rechtswidrige Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke bereitstellt.

## 2. Gesetzgebung im Interessenkonflikt: Nutzer:innen als die leisen Stimmen in der Gesetzgebung?<sup>27</sup>

Um Regulierungen evidenzbasiert an gesellschaftliche Erfordernisse anpassen zu können, ist es von Relevanz, die Positionen, Interessenslagen und mögliche Konfliktlinien der unterschiedlichen beteiligten Stakeholdergruppen zu kennen. Zur systematischen Beantwortung dieser Frage für den vorliegenden Fall der Reform des Urheberrechts haben wir im Rahmen des Projekts zum einen eine qualitative Inhaltsanalyse aller abgegebenen Stellungnahmen (N=107) zum Referentenentwurf vorgenommen. Zum anderen wurden ergänzend 19 aktive Nutzer:innen von Videoplattformen (d.h. Personen, die selbst dort Videos hochladen) zu ihrer Einschätzung im Rahmen von qualitativen Leitfadenterviews befragt. Diese waren im offiziellen Konsultationsverfahren unterrepräsentiert, so dass ihre Perspektive, trotz ihrer großen Betroffenheit von urheberrechtlichen Regulierungen, dort nur unzureichend abgebildet war. Die befragten Nutzer:innen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich

ihres Organisationsgrades (stark organisiert wie Unternehmen, Organisationen und Institutionen, mäßig organisiert wie ein loser Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen, die gemeinsam einen Kanal betreiben und schwach organisiert, z. B. Einzelpersonen), als auch hinsichtlich ihrer Reichweite (hohe Reichweite mit über 5.000 Abonnenten, mittlere Reichweite mit 501 bis 5.000 Abonnenten und geringe Reichweite mit unter 500 Abonnenten).

In den Stellungnahmen zum Referentenentwurf lassen sich zwei gegensätzliche Standpunkte identifizieren, mit den Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften wie der GEMA auf der einen, und den großen Plattformbetreibern wie Twitter oder Facebook, als auch Vertreter:innen der Zivilgesellschaft und einzelnen Nutzer:innen auf der anderen Seite. Während die Rechtsinhaberseite bestrebt ist, Einschränkungen ihrer Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zu verhindern, um möglichst umfangreiche und ungebunden Lizenzen mit den Plattformen vereinbaren zu können und gleichzeitig für eine präventive Sperrung nicht lizenzierter Materials plädiert, möchten die Nutzer:innen, aber auch die Plattformbetreiber möglichst viele Inhalte kostenlos oder gegen eine pauschale Vergütung zugänglich machen. Für die Plattformanbieter ist es insbesondere zentral, keine eigenen urheberrechtlichen Entscheidungen treffen zu müssen, um ihr Haftungsrisiko zu minimieren. Die Uploadfilterobliegenheit wird vonseiten der Plattformen aufgrund ihrer technischen Umsetzbarkeit kritisch hinterfragt. Ähnlich kritisch sehen die Nutzer:innen den Einsatz automatisierter Systeme im urheberrechtlichen Kontext. Grund dafür sei die Gefahr vor Overblocking, also das Löschen und Sperren von Inhalten, die nicht gegen das Urheberrecht verstoßen und auch nicht aus anderen Gründen rechtswidrig sind. Die vom BMJV eingeführten Mechanismen werden von Nutzer:innen als nicht weitreichend genug angesehen, um Overblocking zu vermeiden.

Dies ist insofern von besonderem Interesse, da einige der in den Interviews befragten Nutzer:innen ihre Tätigkeit der Content-Erstellung für Kommunikationsplatt-

<sup>27</sup> Dieses Unterkapitel fasst Ergebnisse aus einem empirischen Projekt zusammen, die im Rahmen folgender Artikel bereits publiziert wurden: *Doseva/Schmid-Petri/Schillmöller/ Heckmann*, Uploaders' perceptions of the German implementation of the EU copyright reform and their preferences for copyright regulation, *Internet Policy Review*, 2022; *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/ Heckmann*, Content ID vs. „Uploadfilterpflicht“ – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen, in *Schrör/ Keiner/ Müller/ Schumacher* (Hrsg.),

Entscheidungsträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung, *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2022, S. 19-44; *Schillmöller/Doseva*, „Chilling effects“ durch YouTube's Content ID?, *MMR*, 2022, S. 181-183; *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/ Heckmann*, Urheberrecht im digitalen Zeitalter – Gesetzgebung im Interessenkonflikt, *bidt-blog*, 2021, <https://www.bidt.digital/urheberrecht-im-digitalen-zeitalter-gesetzgebung-im-interessenkonflikt/>.

formen nicht nur als Hobby betreiben, sondern als Beruf und diese damit eine wichtige finanzielle Einnahmequelle darstellt. Von den Änderungen im Bereich des Urheberrechts sind sie demzufolge direkt finanziell betroffen. Aufgrund ihrer bereits gesammelten Erfahrungen mit dem automatisierten System von YouTube zur Identifikation von Urheberrechtsverletzungen, Content ID, stehen sie der kommenden Uploadfilterobliegenheit eher skeptisch gegenüber. Die Fehleranfälligkeit solcher Erkennungssysteme führt oft dazu, dass die Uploader ihre Videos nicht monetarisieren können, obwohl sie keine Urheberrechtsverletzungen begangen haben. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn es sich bei den hochgeladenen Inhalten um sog. „appropriative content“<sup>28</sup> handelt – d.h. Inhalte, die auf urheberrechtlich geschützten Werken anderer beruhen, aber dennoch neue Werke darstellen und urheberrechtlich zulässig sind, zum Beispiel Remix-Videos, Parodien, Memes und Mashups. Da mögliche Fehler bei der automatischen Erkennung von Urheberrechtsverletzungen die Monetarisierung unterbinden, sehen sich die Uploader benachteiligt. Im Falle einer fehlerhaften Erkennung und darauffolgender Blockierung ihrer Inhalte, fordern die interviewten Uploader, dass zumindest eingereichte Beschwerden von Menschen und nicht von automatisierten Systemen überprüft und bearbeitet werden. Darüber hinaus fordern sie, dass große Plattformen wie YouTube mehr Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern abschließen, um den Einsatz von Uploadfiltern überflüssig zu machen oder zumindest ihren Anwendungsbereich einzuschränken.

Die Einführung von prozeduralen Mechanismen als Absicherung der Rechte von Nutzerinnen und Nutzern wird von den befragten Uploadern ebenfalls kritisiert. Die Uploader betrachten die vorgeschlagenen Mechanismen, wie zum Beispiel die geringfügige Nutzung (sog. Bagatellgrenze, § 10 UrhDaG) als willkürlich und nicht praxistauglich. Weitere Regulierungsmechanismen wie die Möglichkeit, einen Upload als gesetzlich erlaubte Nutzung zu kennzeichnen (sog. Pre-Flagging, § 11 UrhDaG), werden im Allgemeinen positiv und als ein erster Schritt, um Overblocking zu verhindern, bewertet. Verglichen mit den vorgeschlagenen Bagatellgrenzen wird das Pre-Flagging als praxistauglicher wahrgenommen, insbesondere bei Fällen in der Grauzone, in denen eine Einzelfallentscheidung erforderlich ist.

Des Weiteren wünschen sich die befragten Uploader die Möglichkeit, direkt mit den Rechteinhabern in Kontakt zu treten und verhandeln zu können. Zugleich sind einige Uploader der Meinung, dass die Plattformbetreiber mehr Verantwortung übernehmen und damit auch sicherstellen sollen, dass die Interessen der Uploader sowie die Interessen der Rechteinhaber stärker berücksichtigt werden.

#### **IV. Fazit und Ausblick: Evidenzbasierte Regulierung - Chance für einen besseren Interessenausgleich im Gesetzgebungsprozess**

Wie dargestellt, stellen die veränderten Kommunikationsbedingungen in Online-Umgebungen gerade das Urheberrecht vor große Herausforderungen. Dies betrifft auch Hochschulen, da diese sowohl als Urheber:innen, als auch als Nutzer:innen in Kommunikation auf Plattformen eingebunden sind. Darüber machen Herausforderungen dieser Art deutlich, dass es in den meisten Fällen die Perspektiven unterschiedlicher Disziplinen braucht, um einen sinnvollen gesellschaftlichen Umgang mit solchen Transformationsprozessen zu finden.

Das hier vorgestellte Beispiel hat illustriert, wie sich eine fruchtbare Zusammenarbeit – in diesem Fall zwischen Rechts- und Kommunikationswissenschaft – gestalten kann. Die Kommunikations- und auch andere Sozialwissenschaften können einen Beitrag dazu leisten, dass Bedürfnisse unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen Eingang in den Gesetzgebungsprozess finden und/oder geplante oder bestehende Regulierungen evaluiert werden. Vor allem nicht organisierte Gruppen mit wenig Ressourcen laufen Gefahr, im Gesetzgebungsprozess „unterzugehen“ oder nicht gesehen zu werden. Sie verfügen in der Regel über keine organisierte Interessensvertretung und sind in offizielle Verfahren (wie bspw. Konsultationsprozesse) häufig nicht eingebunden.

Darüber hinaus bietet die große Anwendungsorientierung der Rechtswissenschaft vielfältige Anknüpfungspunkte für interdisziplinäre Zusammenarbeit und gerade diese macht es zudem nötig, auf die Erkenntnisse anderer Disziplinen zurückzugreifen, um sicherzustellen, dass sich die Praxis nicht von den gesellschaftlichen Erfordernissen und Realitäten entfernt.

Die hier illustrierte und empfohlene interdisziplinäre Kooperation der Rechtswissenschaft mit anderen (Sozi-

<sup>28</sup> Hilderbrand, Youtube: Where cultural memory and copyright converge, Film Quarterly, 2007, S. 56.



al-)Wissenschaften birgt natürlich nicht nur anwendungsbezogene Potenziale im Sinne verbesserter Wissensgrundlagen für Regulierungsprozesse und die ihnen vorgeschalteten Konsultations- und Deliberationsprozesse. Auch die wissenschaftliche Forschung selbst profitiert im günstigsten Fall von solcher Zusammenarbeit: Für die Rechtswissenschaft werden durch Methoden und Ergebnisse der Sozialwissenschaften die „Betroffenen“ mit ihren Interessen, Erfahrungen und Argumenten greifbarer und für eine systematische Reflexion verfügbar. Für Sozialwissenschaftler:innen wird aus solchen Kooperationen umgekehrt die strukturprägende Rolle von Recht und Regulierung – als eine wesentliche Determinante sozialen Handelns – sehr viel deutlicher erfassbar und kann in Studien wie etwa Interviews oder Inhaltsanalysen gezielt berücksichtigt werden.

Für die Hochschulen haben diese Perspektiven in mehrfacher Hinsicht Bedeutung. Zum einen würden insbesondere große Universitäten von der stärkeren kooperativen Vernetzung der Rechtswissenschaft mit anderen Fachgebieten im oben beschriebenen Sinne profitieren. Sie würden damit auch ihren ‚Impact‘, ihren Beitrag zur Bearbeitung gesellschaftlicher Herausforderungen, noch einmal vergrößern. Zugleich sind Hochschulen und ihre Angehörigen wie eingangs erwähnt aber auch „Betroffene“ in Regulierungsfragen wie etwa der Neufassung von Urheberrechten und dem Digital Services Act, weil die Wissenschaft auch Produzent von Inhalten ist und sich publizistisch betätigt. Digitalisierung und Kommerzialisierung der Wissenschaftspublizistik stellen auch Hochschulen und ihr Personal vor ähnliche Fragen und Sorgen wie jene, die in der vorgestellten Interviewstudie von Video-Uploadern geäußert wurden. Auch Hochschulen und Wissenschaftler:innen sind von der zentralen Stellung digitaler Medienintermediäre abhängig und müssen sich mit den gültigen Regulierungen arrangieren. Die eigenen Interessen in diesem Kontext zu vertreten, erfordert indes ein hohes Maß an Expertise und Engagement – beides würde zweifelsohne von einer aktiv betriebenen interdisziplinären Kooperation innerhalb und zwischen Universitäten erheblich profitieren.

Prof. Dr. Hannah Schmid-Petri ist Inhaberin des Lehrstuhls für Wissenschaftskommunikation an der Universität Passau und leitet die Forschungsgruppe „Wissenschaftskommunikation“ am Fraunhofer-Exzellenzcluster „Integrierte Energiesysteme“ CINES. Außerdem ist sie Mitglied im Direktorium des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und im Bayerischen Sachverständigenrat für Bioökonomie, der das Bayerische Wirtschaftsministerium berät. Ihre Forschungsschwerpunkte sind das Zusammenspiel von Online- und Offline-Kommunikation, Umweltkommunikation, politische Kommunikation und computergestützte Sozialwissenschaften.

Steliana Doseva (M.A.) ist wissenschaftliche Referentin am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorandin an der Universität Passau. Ihre Forschungsinteressen umfassen die Bereiche politische Kommunikation, Medienpolitik und Plattformregulierung.

Jan Schillmöller (M. Jur.) ist wissenschaftlicher Referent am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorand an der School of Social Science and Technology der Technischen Universität München. Sein Forschungsinteresse gilt dem Schutz von Grundrechten durch und gegenüber Plattformen.

Prof. Dr. Dirk Heckmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Sicherheit in der digitalen Transformation an der TU München. Außerdem ist er Mitglied des Direktoriums des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und Richter am Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Er ist ein ausgewiesener Spezialist für das Datenschutzrecht, das IT-Sicherheitsrecht, E-Government und Rechtsinformatik. Seine Forschungsarbeit dient seit vielen Jahren der Rechtsgestaltung für einen menschenwürdigen und dem Gemeinwohl dienenden digitalen Wandel, etwa in den Bereichen Persönlichkeitsschutz im Internet oder Digitalisierung des Gesundheitswesens.



# A. Katarina Weilert

## *Ressortforschung. Eine institutionalisierte Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge*

### I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat der Ressortforschung in mehrfacher Hinsicht zu ungeahnter Aufmerksamkeit verholfen. Zum einen wurden Institutionen der Ressortforschung, darunter das Robert Koch-Institut, funktional-politisch besonders relevant und entfalteten eine medial zuvor nicht gekannte Präsenz, zum anderen wurde die schon in den 1960er Jahren einen ersten Höhepunkt erlebende Frage nach dem angemessenen Verhältnis von wissenschaftlichen Experten und politischen Entscheidern, in deren Rahmen die institutionalisierte Ressortforschung eine Sonderstellung einnimmt, durch die Pandemie wieder in den Fokus gerückt. Die Pandemiebewältigung warf die Frage auf, welchen Einfluss eine Ressortforschungseinrichtung auf die politischen Entscheidungen hat bzw. ob sie auch zu regulatorischen Instrumenten ermächtigt werden sollte und ließ damit die Problematik um die Trennung oder Symbiose von Risikobewertungen und politischen Risikoentscheidungen virulent werden. Bei der gerichtlichen Überprüfung von staatlich verordneten Corona-Maßnahmen stellten sich ganz konkret auch Fragen nach den Einschätzungsspielräumen von Ressortforschungseinrichtungen. Der vorliegende Beitrag soll in die rechtliche Dimension der Ressortforschung einführen,<sup>1</sup> die trotz ihrer weitreichenden Bedeutung in der Praxis noch immer ein gewisses Nischendasein im Wissenschaftsrecht führt<sup>2</sup>.

Die Unsichtbarkeit der Ressortforschung als eigene Forschungssäule liegt in ihrer doppelten Systemzugehörigkeit begründet, aber auch in ihrer heterogenen Struktur als historisch gewachsenes Phänomen, das durch sachliche und politische Notwendigkeiten geformt wurde. Im System der Forschungslandschaft zählen Ressortforschungseinrichtungen zu den außeruniversitären Forschungseinrichtungen, organisatorisch sind sie aber zugleich regelmäßig Teil des nachgeordneten Geschäfts-

bereiches eines Ministeriums. Die Zugehörigkeit zur Ministerialverwaltung im weiteren Sinne wirft die Frage auf, inwieweit Forschung, die per definitionem in ihrem Kern allein wissenschaftlichen und nicht politischen Vorgaben folgen darf, im Rahmen einer Bundesoberbehörde zulässig ist und unter welchen Umständen Ressortforschung geboten sein kann. Politisches Handeln ist auf eine machterhaltende Problemlösung gerichtet und erfragt von der Wissenschaft vor allem Eindeutigkeit und dadurch geschaffene Legitimation der Entscheidungen, wohingegen die Wissenschaft dahin strebt, sich „ernsthaft und planmäßig“ dem Ungewissen zur Erkenntnisgewinnung bzw. der „Ermittlung der Wahrheit“ zu widmen.<sup>3</sup>

Aufgabe und Funktion der Ressortforschung ist es, die Ministerialverwaltung in Wahrnehmung ihrer Aufgaben wissenschaftlich zu unterstützen. Dadurch sollen politische Entscheidungen und das Verwaltungshandeln eine Rückbindung zur Wissenschaft erhalten und den Kriterien rationalen Staatshandelns gerecht werden. Dabei kann das Aufgabenspektrum von der Grundlagenforschung im Sinne einer „Vorlauforschung“ sowie der spezifischen Auftragsforschung einschließlich von Dokumentationen und Datensammlungen als Grundlage politischen Handelns über verschiedene Formen langfristiger und kurzfristiger wissenschaftlicher Politikberatung bis hin zu regulativen Tätigkeiten reichen. Die Ressortforschung begleitet nicht nur konkrete Gesetzesvorhaben und Politiken der Exekutive, sondern soll auch vorausdenkend Themen setzen, die für die jeweiligen Politikfelder in Zukunft wichtig werden können („Antennenfunktion“). Sie entzieht sich durch diese Funktion einer sie prädestinierenden Vereinnahmung durch die Exekutive.

Die Ursprünge der institutionalisierten Ressortforschung der Bundesrepublik Deutschland reichen bereits in die Zeit des Norddeutschen Bundes zurück. So kann

<sup>1</sup> Der Artikel basiert auf den Ergebnissen des DFG-geförderten Forschungsprojekts zur Ressortforschung, das mit der Monographie (Habilitationsschrift) 2022 in der Reihe Jus Publicum im Verlag Mohr Siebeck unter dem Titel „Ressortforschung. Forschung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Bereichs staatlicher und unionsrechtlicher Gesundheitsverantwortung“ seinen vorläufigen Abschluss gefunden hat.

Wortgleiche Zitate aus der vorgenannten Schrift wurden nicht eigens gekennzeichnet.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Gründen für die Dominanz des Hochschulrechts im Wissenschaftsrecht: *Schmidt-Aßmann*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, in: Broemel/Kuhlmann/Pilniok, FS für H.-H. Trute, 2023, S. 3 (4).

<sup>3</sup> BVerfGE 35, 79 (113, juris Rn. 92) – Hochschulurteil.

die damalige in der Norddeutschen Maß- und Gewichtsordnung von 1868 vorgesehene „Normal-Eichungskommission“, die zentrale Leitungs- und Aufsichtsstelle für Maße und Gewichte, als erste wissenschaftliche Bundesbehörde in Form einer Bundesanstalt gelten. Diese wurde dann später als Kaiserliche-Normal-Eichungskommission (1871 bis 1918) fortgeführt. Ein Meilenstein war die Errichtung des Kaiserlichen Gesundheitsamtes durch das Reichshaushaltsgesetz von 1876, dessen Gründung diesbezügliche Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Ländern und dem Reich vorausgingen. Damals wie heute liegt die Zuständigkeit für Forschung bei den Ländern und auch vor diesem Hintergrund sind die Ressortforschungseinrichtungen des Bundes in ihrer Existenz begründungsbedürftig.

Der Begriff der Ressortforschung kann auch auf institutionalisierte politikdienende Forschungsstrukturen des Unionsrechts übertragen werden, da der aus dem Französischen stammende Ausdruck „ressort“ den Zuständigkeits- oder auch Amtsbereich bezeichnet und damit offen ist für eine Beschreibung einer politikdienenden Forschung auch außerhalb der deutschen Ministerial- und Verwaltungsstrukturen.

Im Folgenden soll der zulässige und gebotene Rahmen von Ressortforschung in einigen Eckpunkten markiert werden. Dabei begrenzt sich die hiesige Darstellung auf allgemeine Strukturen der Ressortforschung. Für den Bereich der Gesundheitsressortforschung, an dem diese Strukturen verdeutlicht werden können, wird auf die diesem Beitrag zugrundeliegende Forschungsarbeit verwiesen.<sup>4</sup>

## II. Pflicht zum wissenschaftsbasierten Handeln des Staates und der Europäischen Union

Die Ressortforschung findet ihren Ausgangspunkt in der Notwendigkeit, staatliches Handeln rational, effektiv und zielführend auszurichten.

### 1. Rationalitätsgebot

Eine staatliche Pflicht zum wissenschaftsbasierten politischen Handeln kann aus dem materiellen Gehalt des Rechtsstaatsprinzips abgeleitet werden, das die Rationalität staatlichen Handelns fordert.<sup>5</sup> Der Staat bezieht seine Legitimität neben demokratischer Repräsentation aus wissenschaftlicher Rationalität.<sup>6</sup> „Wissen“ gilt als die Grundlage staatlichen Handelns für den rationalen Staat.<sup>7</sup> Das „Vorhandensein von Wissen“ gehört „zu den Grundlagen, den Voraussetzungen staatlichen Handelns, so wie das staatliche Personal, die Finanzmittel und die Organisation des Staates“; „staatliche Entscheidungen und Handlungen“ müssen „einer Überprüfung am Maßstab ‚vernünftigen‘ Wissens standhalten“. Der Staat muss also sein Handeln, und zwar das exekutive, legislative und judikative, auf entsprechendes Wissen gründen und dieses beibringen. Schwieriger zu beurteilen ist allerdings, in welcher Intensität und auf welche Weise der Staat Zugriff auf Wissen haben bzw. nehmen muss. Im Klimabeschluss des BVerfG<sup>10</sup> räumte das Gericht dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Rationalitätsanforderungen einen weiten Spielraum ein. Eine generelle aus der Verfassung abgeleitete Sachaufklärungspflicht des Gesetzgebers, nach der alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden müssten, bestünde nicht.<sup>11</sup> Frühere Urteile des BVerfG haben prozedurale Mindestanforderungen (wie den Rekurs auf verlässliche Quellen, eine Prognosepflicht, Begründungspflicht und ggf. die Veranlassung einer Datenerhebung in Bezug auf die Wirkungen eines Gesetzes) aufgestellt.<sup>12</sup>

Das Rechtsstaatsprinzip schreibt zwar keine bestimmte Art und Weise der Ausrichtung des staatlichen Handelns an der Wissenschaft vor,<sup>13</sup> jedoch sollte im Sinne eines Untermaßverbotes ein Mindestmaß an Rationalität im Sinne einer Ausrichtung an wissenschaftlichen Grundlagen gefordert werden, womit ein Auftrag zu einer prozeduralen Ausgestaltung und Gewährleistung

<sup>4</sup> Siehe *Weilert* Fn. 1.

<sup>5</sup> Vgl. zu den Rationalitätsanforderungen des Rechtsstaatsprinzips: *Britz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 17; *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 206 ff.; *Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (51 f.); *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: *Hesse/Reicke/Scheuner* (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, FS Rudolf Smend, 1962, S. 71 (83 f.); *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966, S. 58 ff.; *Schulze-Fielitz*, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: *Rodi* (Hrsg.), Staaten und Steuern, FS Klaus Vogel, 2000, S. 311 ff. (insbes. 322); *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 193 ff.; *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher

Steuerung, DVBl 1996, S. 950 (956); *Vofskuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. III, 3. Aufl. 2005 § 43, insbes. Rn. 1.

<sup>6</sup> *Trute*, in: *Weingart/Wagner* (Hrsg.), Wissenschaftliche Politikberatung im Praxistest, 2015, S. 115.

<sup>7</sup> *Fassbender*, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 76.

<sup>8</sup> *Fassbender*, Wissen, Fn. 7, § 76 Rn. 2.

<sup>9</sup> *Fassbender*, Wissen, Fn. 7, § 76 Rn. 3.

<sup>10</sup> BVerfGE 157, 30 (161 f., Rn. 240) – Klimaschutz.

<sup>11</sup> BVerfGE ebd.

<sup>12</sup> Vgl. zur Rspr. des BVerfG nur *Führ*, Rationale Gesetzgebung, 1998, S. 11 ff.

<sup>13</sup> Vgl. für eine mögliche methodische Ausfüllung von allgemeinen Rationalitätsanforderungen an den Gesetzgeber *Führ* Fn. 12, S. 32 ff.

verbunden ist.<sup>14</sup> Dabei sollte gelten, dass der Grad der Wissenschaftsabhängigkeit staatlicher Aufgaben über das Ausmaß der Pflicht zur Beibringung wissenschaftlicher Expertise entscheidet, sei es durch Einholung entsprechender Sachverständiger oder Vorhalten desselben in der Verwaltung. Die institutionalisierte Ressortforschung ist dabei *eine* Möglichkeit des Staates, dem Rationalitätsgebot Rechnung zu tragen.<sup>15</sup>

Im Unionsrecht lässt sich eine solche Rationalitätspflicht aus Art. 114 Abs. 3 AEUV (jedenfalls für binnenmarktpolitisches Handeln) ableiten, aber auch aus dem – ursprünglich dem deutschen Recht entspringenden<sup>16</sup> – Vorsorgeprinzip,<sup>17</sup> das sich, zunächst im Umweltrecht beheimatet, auf Unionsebene mittlerweile fest etabliert hat. Im Kern besagt das unionsrechtliche Vorsorgeprinzip, dass trotz bestehender wissenschaftlicher Unsicherheit das Ergreifen von Vorsorgemaßnahmen möglich ist, auch wenn die Wahrscheinlichkeit für den Risikoeintritt und die Schwere des möglichen Schadensausmaßes noch nicht hinreichend abschätzbar sind. Die Raison für dieses Prinzip liegt darin, dass wissenschaftliche Unsicherheiten bei begründeter Besorgnis für gefährliche Umwelt- oder Gesundheitsschäden dem rechtzeitigen politischen Handeln nicht entgegenstehen sollen. Diese Erlaubnis zu Risikomanagemententscheidungen in einem Bereich wissenschaftlicher Unsicherheiten setzt einen Prozess der Risikobewertung voraus, ohne den derartige politische Entscheidungen willkürlich wären.

Das Rationalitätsgebot verlangt mithin die Verpflichtung und Befähigung zu „informierten“ Entscheidungen und Handlungen einer demokratisch legitimierten Instanz. Informierte Entscheidungen müssen nicht notwendigerweise „richtige“ oder „wahre“ Entscheidungen sein,

aber sie sollten in einem den rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Prozess zustande gekommen sein. Die Rationalitätspflicht des Rechtsstaatsprinzips darf nicht dazu führen, das formale Rechtsstaatsprinzip, das sich vor allem durch die Gesetzesbindung auszeichnet, oder auch das Demokratieprinzip auszuhöhlen. Entscheidungen legitimieren sich im Rechtsstaat nicht in erster Linie durch ihren Wahrheitsgehalt, sondern durch ihre Rechtmäßigkeit.<sup>18</sup>

2. Forschungsaufgaben als Annex zur sachgerechten Wahrnehmung der Verwaltungskompetenzen des Bundes und der unionalen Sachbereichskompetenzen

a) Annex zu Bundeskompetenzen

Eng mit dem Rationalitätsgebot verbunden ist die Begründungslinie der Bundeszuständigkeit für die Forschungsaufgaben der Ressortforschungsbehörden. Diese wird – schon seit *Triepel*<sup>19</sup> – im Wesentlichen aus der Annexzuständigkeit zur sachgerechten Wahrnehmung der jeweiligen (und jeweils zu explizierenden) Bundesverwaltungskompetenz abgeleitet.<sup>20</sup> Die Ministerien sollen in die Lage versetzt werden, ihre Aufgaben entsprechend dem Stand von Wissenschaft und Forschung auszuüben. Die Annexzuständigkeit markiert aber zugleich auch die Grenze der Bundeskompetenz, denn reine Forschung, die keinen ministeriellen Nah- oder Fernzwecken dient, kann nicht mehr mit dem Annexgedanken begründet werden.<sup>21</sup> Insofern Ressortforschungseinrichtungen *verwaltende* Aufgaben (z.B. Zulassungsverfahren) ausführen, ergibt sich eine Bundeszuständigkeit bereits direkt durch die Bundesverwaltungskompetenz selbst, das heißt durch Spezialzuweisungen (vgl.

<sup>14</sup> Vgl. zu einer prozeduralen Bindung des Gesetzgebers: *Gartz* Fn. 5, S. 181.

<sup>15</sup> Vgl. zu den Vor- und Nachteilen einer integrativen Struktur durch die Ressortforschung als Teil der Ministerialverwaltung: *Weilert* Fn. 1, S. 134 ff.

<sup>16</sup> *Scott/Vos*, The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO, in: *Joerges/Dehousse* (Hrsg.), Good Governance in Europe's Integrated Market, 2007, S. 253 (253).

<sup>17</sup> Umfassend zum unionalen Vorsorgeprinzip: *B. Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 69 ff. Erstmals nähere Konturen erhielt das Vorsorgeprinzip in der Europäischen Union durch das Grünbuch der Kommission, Allgemeine Grundsätze des Lebensmittelrechts in der Europäischen Union, KOM (97) 176 endg. sowie durch Mitteilung der Kommission, Gesundheit der Verbraucher und Lebensmittelsicherheit, KOM (97) 183 endg.; weitere (rechtsunverbindliche) Klärungen wurden vorgenommen durch Mitteilung der Kommission, Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg.; weitere Nachweise bei *Weilert* Fn. 1, S. 389 in Anm. 9.

<sup>18</sup> Vgl. *Alber-Malchow/Steigleder*, Definition der Begriffe Wissenschaft und Forschung – Eigengesetzlichkeit von Wissenschaft und Forschung, in: *Wagner* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung, 2015, S. 23 ff. (32).

<sup>19</sup> *Triepel*, Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung, in: *FS Paul Laband*, Bd. II, 1908, S. 303.

<sup>20</sup> *Köttgen*, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung (Berichtszeit: Legislaturperiode des 1. Bundestages), *JÖR* 3 (1954), S. 67 (110 f., allerdings ohne spezifischen Rekurs auf Annexkompetenz); *Meusel*, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, § 6 Rn. 124 und § 14 Rn. 226; *Köstlin*, Ressortforschungseinrichtungen, in: *Flämig et al.* (Hrsg.), *Hdb. Wissenschaftsrecht*, Bd. II, 2. Aufl. 1996, S. 1365 (1370); *Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 136 Rn. 108.; *Weilert* Fn. 1, S. 236 (mit umfangreichen Nachweisen in Anmerkung 320).

<sup>21</sup> *Schmidt-Aßmann*, Die Bundeskompetenzen für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform, in: *Deppenheuer et al.* (Hrsg.), *Staat im Wort*, *FS Josef Isensee*, 2007, S. 405 (419).

Art. 87 Abs. 1 und Art. 87 b GG) oder über die general-klauselartige Ausnahmeermächtigung nach Art. 87 Abs. 3 GG.

#### b) Annex zu Unionskompetenzen

Auch im Unionsrecht lässt sich eine Kompetenz zur Ressortforschung aus dem Annexgedanken herleiten. Dabei darf der unionsrechtliche Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV) nicht untergraben werden. Auch das Subsidiaritätsprinzip findet auf die Ressortforschung und Forschungspolitik der Union Anwendung.<sup>22</sup> In der Terminologie des Unionsrechts wird die Annexkompetenz als *implied powers* gefasst. *Implied powers* werden angenommen, wenn ohne die ungeschriebene Kompetenz eine vorhandene Kompetenz der Union sinnlos werden würde bzw. wenn die vorhandene Vorschrift „nicht in vernünftiger Weise zur Anwendung gelangen“ könnte.<sup>23</sup> *Implied powers* sollen also die vorhandenen Kompetenzen effektuieren, nicht jedoch, wie in der EuGH-Judikatur teils zu finden, eine unionsrechtliche Aufgaben- oder Zielvorgabe zu einer Kompetenz ausweiten. Eine Ressortforschungskompetenz besteht also, insoweit sie notwendig ist, um eine *vorhandene* Kompetenz sachgerecht ausüben zu können. Die Union hat im Rahmen der ihr übertragenen Politiken wissenschaftliche Erkenntnisse einzuholen und einzubeziehen.

### III. Institutionalisierte Ressortforschung

#### 1. Institutionalisierte Ressortforschung als Hybrid: Teil der deutschen Ministerialverwaltung und Säule der außeruniversitären Forschung

##### a) Ressortforschungseinrichtungen als Teil der Ministerialverwaltung

Die institutionalisierte Ressortforschung findet schwerpunktmäßig in Bundeseinrichtungen mit Forschungs- und Entwicklungsaufgaben (FuE) in behördlicher Form statt, daneben bestehen auch institutionalisierte Forschungsk Kooperationen. Eine verwaltungsrechtliche Besonderheit besteht darin, dass Ressortforschungseinrichtungen als Bundesoberbehörden regelmäßig zugleich in der Form nichtrechtsfähiger Anstalten organi-

siert sind. Der Grund für die Wahl dieser Rechtsformen liegt darin, dass die Ressortforschung eine dienende, aber aufgrund ihres Forschungs- und Expertencharakters auch eigenständige Funktion im Rahmen der Staatsverwaltung einnimmt. Bis heute gibt es Unklarheiten darüber, durch welche Kriterien sich eine nichtrechtsfähige Anstalt auszeichnet<sup>24</sup> und welche Rechtsfolgen sich aus ihrer Organisationsform ergeben. Mit der Bezeichnung der Ressortforschungseinrichtungen als nichtrechtsfähige Anstalten soll von ministerieller Seite vor allem zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich hier um verselbstständigte Verwaltungseinheiten<sup>25</sup> handelt. Letztlich ist die Einordnung als nichtrechtsfähige Anstalt teilweise historischer, jedenfalls vornehmlich akademischer Natur, da in erster Linie für die rechtliche Einordnung ausschlaggebend die Tatsache ist, dass es sich bei Ressortforschungseinrichtungen um (selbständige Bundesober-)Behörden handelt.

Die Rechtsform bedingt die Möglichkeiten des staatlichen Einflusses auf die Ressortforschungseinrichtungen. Das Satzungsrecht für die nichtrechtsfähigen Anstalten liegt beim Bund und wird durch die Bundesministerien nach ihrem Ermessen ausgeübt, gleichwie die Ministerien über weitreichende Kompetenzen im Personalnennungsrecht für die Ressortforschungseinrichtungen verfügen. Insbesondere aber steht den Ministerien über ihre Ressortforschungseinrichtungen die Rechts- und Fachaufsicht zu, die jedoch angesichts des Charakters der Einrichtungen als wissenschaftliche Behörden schonend und kooperativ ausgeübt wird. Der rechtlichen Eingebundenheit in das hierarchische System der Ministerialverwaltung steht als faktisches Gegengewicht die besondere Sachkompetenz der Behörden gegenüber, die zu einer größeren Unabhängigkeit von der Ministerialverwaltung führen kann. Die Einbindung in die behördlichen Strukturen bedeutet aber auch, dass Ressortforschungseinrichtungen hoheitliche Tätigkeiten (z.B. im Rahmen von Zulassungsverfahren) übertragen werden können. Aufgrund des Ressortprinzips führen die Ministerien in ihrem Geschäftsbereich die Ressortforschungseinrichtungen im Einzelnen sehr unterschiedlich.

Der Begriff „Ressortforschung“ oder „Ressortforschungseinrichtung“ ist eine ministeriell zugewiesene

<sup>22</sup> von Bogdandy/Westphal, Der rechtliche Rahmen eines autonomen Europäischen Wissenschaftsrates, WissR 37 (2004), S. 224 (234); Glaesner, Außeruniversitäre Forschung in der europäischen Rechtsordnung, in: Flämig et al. (Hrsg.), Hdb. Wissenschaftsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1996, S. 1281 (1285 f.).

<sup>23</sup> So die Rspr. seit Fédéchar, zusammenfassend: Nettesheim, in:

Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 1 AEUV (41. EL Juli 2020) Rn. 14.

<sup>24</sup> Statt vieler: Berg, Die öffentlich-rechtliche Anstalt, NJW 1985, S. 2294 (2297).

<sup>25</sup> Vgl. Gröb, Die rechtsfähige öffentliche Schule, 2014, S. 58.

Klassifizierung, kein normativer Begriff mit klaren rechtlichen Konturen. Dem soll hier eine nach Kriterien definierte Definition entgegengesetzt werden: Als *Ressortforschungseinrichtungen im engeren Sinne* sind danach jene behördlich organisierten Bundeseinrichtungen mit FuE-Aufgaben zu bezeichnen, die in relevantem Umfang Forschung (und nicht nur Forschungsförderung) betreiben, so dass die ministerielle Bezeichnung eines Instituts als Ressortforschungseinrichtung nur als richtungsweisend, nicht aber als konstituierend für die Ressortforschungseigenschaft betrachtet wird. Als *Ressortforschungseinrichtungen im weiteren Sinne* gelten diejenigen Einrichtungen, die durch entsprechende Gremienvertretung von Staatsbediensteten oder auf sonstige Weise durch den Staat gesteuert werden und überwiegend Ressortforschungsaufgaben wahrnehmen, was auf die von der Bundesregierung so bezeichneten FuE-Einrichtungen in kontinuierlicher Zusammenarbeit zutrifft, aber auch für andere Einrichtungen gelten kann, die die genannten Kriterien erfüllen.

#### b) Ressortforschungseinrichtungen als Teil der außeruniversitären Forschung

Die Ressortforschungseinrichtungen bilden neben ihrer ministeriellen Zugehörigkeit eine Säule im Rahmen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Einerseits sind sie durch ihre behördliche Organisation klar von anderen außeruniversitären Forschungseinrichtungen abgegrenzt. Andererseits weichen die Ränder zunehmend auf, da die strikte Versäulung und Domänenaufteilung der deutschen Forschungslandschaft selbst mittlerweile einer fortschreitenden Vernetzung zwischen den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Hochschulen gewichen ist. Die Gründe hierfür liegen in der Europäisierung der Forschungsförderung sowie der deutschen Forschungspolitik, die durch Etablierung einer Konkurrenz um Forschungsmittel und der Anforderung an kooperatives und vernetztes Forschen den Status quo der Forschungslandschaft tiefgreifend verändert hat.

In der Praxis gibt es Überschneidungen, da die Spannbreite zwischen Grundlagenforschung, angewandter Forschung und der Übernahme staatlicher Aufgaben oder spezieller ministerieller Beratung unter den einzelnen Ressortforschungsinstituten variiert und auch in der weiteren öffentlichen außeruniversitären Forschung teils

umfangreiche Zweckforschung und politische Beratung erfolgt.<sup>26</sup> So deckt die Fraunhofer-Gesellschaft entsprechend ihrer Satzung auch Forschungsaufgaben ab, die ihr von Bund und Ländern übertragen werden, und unterhält insbesondere vom Bundesverteidigungsministerium mitfinanzierte wehrwissenschaftlich forschende Institute. Die Helmholtz-Gemeinschaft verfolgt nach ihrem Satzungszweck langfristige Forschungsziele des Staates und der Gesellschaft (staatliche Vorsorgeforschung) und verbindet Grundlagen- mit angewandter Forschung. Auch bei der Leibniz-Gemeinschaft gibt es Überschneidungen in den Forschungsprojekten der Institute zur Ressortforschung. Einzelne ministerielle Ressorts, denen Leibniz-Einrichtungen zugeordnet sind, sehen diese als Teil oder Ergänzung ihrer Ressortforschung. Der staatliche Einfluss auf die Leibniz-Institute erfolgt nicht nur durch Vergabe von entsprechenden Drittmitteln, sondern auch auf institutioneller Ebene durch entsprechende staatliche Gremienvertreter in den Einrichtungen. Im Einzelfall kann daher bei Leibniz-Einrichtungen die Schwelle zu einer Ressortforschungseinrichtung im weiteren Sinne überschritten sein. Obwohl das Ausmaß der staatlichen Aufsicht und Kontrolle nicht notwendigerweise in Korrelation zu der organisatorischen Verfasstheit der Forschungseinrichtung steht, folgt doch aus der privaten oder öffentlichen Organisationsform eine bedeutende Unterscheidung, da die Aufsichtsmittel der klassischen Staatsaufsicht<sup>27</sup> nur bei öffentlich-rechtlich organisierten Forschungseinrichtungen angewendet werden können, während der Staat die privatrechtlich organisierte Forschung über die aus der öffentlichen Finanzierung folgenden Kontrollmechanismen (vor allem in Form von Wirtschaftsplanverhandlungen, Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden und Gremienvertretungen) beaufsichtigt und steuert.<sup>28</sup>

#### 2. Formen einer unionsrechtlichen Ressortforschung

##### a) Ressortforschung im Rahmen der Unionsverwaltung

Die Ausübung der der Europäischen Union übertragenen Politiken und Verwaltungskompetenzen bedarf ebenso wie die Aufgabenwahrnehmung durch die nationalen Ministerien der wissenschaftlichen Beratung und Unterstützung. Zum Teil erhält die Union diese durch die *mitgliedstaatlichen* Ressortforschungsarrangements.

<sup>26</sup> Diese Spannung wird angedeutet bereits von Jakob, *Forschungsfinanzierung durch den Bund*, *Der Staat* 24 (1985), S. 527 (560).

<sup>27</sup> Vgl. zu den Aufsichtsmitteln der Staatsaufsicht: Kahl, *Die Staats-*

*aufsicht*, 2000, S. 505 f.

<sup>28</sup> Vgl. Meusel *Fn.* 20, § 19 Rn. 301.

Der Rekurs der europäischen Gubernative und Verwaltung auf mitgliedstaatliche Informationsbestände ist kennzeichnend für den Verwaltungsverbund, der auch als Informationsverbund charakterisiert worden ist.<sup>29</sup> Die Informationsflüsse vollziehen sich vielfach unsichtbar bzw. über die Verwaltungen vermittelt, indem Ressortforschungsinformationen die nationalen Behörden und Stellen in ihrer Wissenskompetenz stärken und Ressortforschungswissen durch sie auch in die Unionsverwaltung und die gubernativen Unionstätigkeiten einfließt.

Ressortforschung ist ein spezifischer Baustein im Gefüge von wissenschaftlicher Politikberatung und sonstiger Verwaltungsexpertisebeschaffung. Da die Europäische Union als supranationale Gemeinschaft nicht mit dem deutschen Staatsaufbau einschließlich der Behördenorganisation vergleichbar ist, haben sich in der Union eigene Formen unionsrechtlicher Ressortforschung herausgebildet. Während in Deutschland die Verwaltungsbehörden bis hin zu ihrer ministeriellen Spitze über besonderes Fachwissen verfügen, in das sich die Ressortforschungsbehörden als wissenschaftliche Behörden einfügen, kann die Europäische Kommission nicht in gleicher Weise auf einen hierarchischen Unterbau an nachgeordneten Behörden zurückgreifen. Allerdings haben sich andere Formen herausgebildet, die diesen Raum einnehmen, darunter vor allem das wissenschaftliche Ausschusswesen und die Gründung von Unionsagenturen.<sup>30</sup> Eine singuläre Form als Teil der unmittelbaren Kommissionsverwaltung bildet die Gemeinsame Forschungsstelle, die heute eine Generaldirektion (vormals eine Dienststelle) der Kommission ist und als einzige Ressortforschungseinrichtung auch primärrechtlich verankert ist.

Werden Ressortforschungseinrichtungen als Teil der unmittelbaren Unionsverwaltung geschaffen, sind rechtlich verankerte Vorkehrungen notwendig, damit die normalerweise in diesem Rahmen bestehende Wei-

sungsabhängigkeit nicht zu einer politischen Vereinnahmung der Forschung führt. Bei der Gemeinsamen Forschungsstelle hat sich die Kommission durch das Organisationsstatut selbst eine Einschränkung der Weisungsbefugnisse auferlegt (Selbstbindung).

Art. 298 AEUV normiert die Grundsätze der offenen, effizienten und unabhängigen europäischen Verwaltung. Effizienz und Unabhängigkeit bedürfen einer Rationalität, für die Ressortforschungseinrichtungen Garant sein können. Da gerade die Unabhängigkeit der Forschung in Spannung zu einer Verwaltungshierarchie steht, kommt insbesondere dem wissenschaftlichen Ausschusswesen sowie der Gründung von Ressortforschungseinrichtungen in Form von Unionsagenturen große Bedeutung zu. Wissenschaftliche Ausschüsse sind sowohl direkt bei den Generaldirektionen der Europäischen Union als auch – und zwar im Zuge der fortgeschrittenen Ausdifferenzierung der Agenturgründungen – zunehmend bei einzelnen Agenturen angesiedelt. Gerade weil die Agenturen als organisatorisch unabhängige Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit ein gewisses demokratisches Defizit aufweisen, sind an die Übertragung forschungsbezogener *hoheitlicher* Aufgaben wie etwa Regulierungsaufgaben die von der Rechtsprechung in *Meroni*<sup>31</sup> und den nachfolgenden Urteilen herausgearbeiteten Grundsätze<sup>32</sup> in Bezug auf die Begrenzung der Aufgabenübertragung an Agenturen zu beachten. Der Grad der möglichen hoheitlichen Befugnisübertragung und des in diesem Rahmen übertragbaren Ermessens hängt in einer Gesamtabwägung von den Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission und einer nachträglichen Rechtskontrolle ab. Für die eigentliche Forschungstätigkeit besteht das Legitimationsproblem, das in Bezug auf die Unabhängigkeit von Unionseinrichtungen diskutiert wird, nicht, da die Forschungstätigkeit selbst nur die Voraussetzung für rechtswirksame Akte ist und überdies gerade nach einer Struktur verlangt, die eine gewisse Unabhängigkeit gewährleistet.

<sup>29</sup> von Bogdandy, Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 25 Rn. 34 ff.; Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 50 (2011), S. 353 (360, 365, 384 ff.); Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, 2005, S. 1 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zum Wissensmanagement in der Europäischen Union: Kaiser, Wissensmanagement im Mehrebenensystem, in: Schuppert/Voß-

kuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 217 ff.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. 9/56 (Meroni I/Hohe Behörde), Urt. v. 13. Juni 1958, Slg. 1958, 11 (36 ff.); EuGH, Rs. 10/56 (Meroni II/Hohe Behörde), Urt. v. 13. Juni 1958, Slg. 1958, 53 (75 ff.). Eingehend zu der Meroni-Rspr.: Berger, Vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ihre Gründung und die Folgen für Rechtsschutz und Haftung, 1999, S. 76 ff.

<sup>32</sup> Übersichten und Analysen der Rspr. finden sich bei: Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EUV Rn. 47 ff.; Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 235 ff.; Bienert, Europäische Regulierungsagenturen, 2018, S. 111 ff.



## b) Typisierung der unionalen Ressortforschung

Die institutionellen Ressortforschungsarrangements können sich in zwei Formen einteilen lassen, nämlich eine „institutionalisierte unionale Eigenressortforschung“ und eine „institutionalisierte und netzwerkartige Verbundressortforschung“.

## aa) Institutionalisierte unionale Eigenressortforschung

Mit der institutionalisierten unionalen Eigenressortforschung soll die Ressortforschung bezeichnet werden, die sich nicht auf mitgliedstaatlicher Ebene vollzieht bzw. nicht durch mitgliedstaatliche Forschung und Forschungsstätten gestützt wird, sondern originär auf Unionsebene in institutionalisierter Form angesiedelt ist. In ihrer reinen Form trifft dies gegenwärtig nur auf die Gemeinsame Forschungsstelle zu. Die Mitarbeiter der Forschungsstelle sind Bedienstete der Europäischen Union und nicht abgesandte Experten der Mitgliedstaaten. Die Gemeinsame Forschungsstelle ist als einzige Ressortforschungseinrichtung primärrechtlich (Art. 8 EAGV) verankert, jedoch ist die Grundlage im Euratom-Vertrag angesichts des nicht mehr auf die Kernforschung beschränkten Forschungsauftrags heute systemfremd, so dass eine Verankerung im AEUV angezeigt erscheint. Ressortforschung als wissenschaftliche und technische Unterstützung bei der Ausarbeitung und Durchführung der Unionspolitiken und des Unionsrechts findet heute durch die Gemeinsame Forschungsstelle im Rahmen der *direkten* (unmittelbare Aufträge aus den Forschungsprogrammen) und der *indirekten* (wettbewerblich eingeworbene Auftragsforschung aus dem Forschungsrahmenprogramm) Forschung statt.

Die Gemeinsame Forschungsstelle übernimmt insbesondere auch Wissensmanagementaufgaben, die im Hinblick auf die stetig ansteigenden Datenmengen und das wachsende verfügbare Wissen eine zentrale Ressortforschungsaufgabe darstellen. Im Vergleich zu der deutschen Ressortforschung ist die Gemeinsame Forschungsstelle stärker wissenschaftlich ausgerichtet und ist gegenwärtig nicht mit wissenschaftlichen Routinearbeiten beauftragt.

Außerhalb ihrer spezifischen auf die Unionsorgane und Unionseinrichtungen bezogenen Tätigkeiten erstreckt sich die Funktion der Gemeinsamen Forschungsstelle im Verwaltungsverbund primär auf den verbesserten Informationsaustausch zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden sowie zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten (einschließlich der Ressortforschungseinrichtungen) und der Gemeinsamen Forschungsstelle. Ein Ausdruck des Verwaltungsverbundes

liegt auch in dem durch mitgliedstaatliche Experten besetzten Verwaltungsrat. Die Gemeinsame Forschungsstelle übernimmt hingegen keine Funktionen im Rahmen von administrativen Verfahren, etwa der Zulassung im Risikoverwaltungsrecht. Sie erarbeitet keine Beschlussvorlagen oder -entwürfe für die Kommission, wie es für eine Generaldirektion naheliegend gewesen wäre. Ihr sind damit keine Aufgaben im unmittelbaren politischen Risikomanagement zugewiesen, sondern ihre Forschungen und Risikobewertungen dienen als Unterstützung der Politiken (einschließlich der Rechtssetzungsvorbereitung) der Unionsorgane, vornehmlich der Kommission.

## bb) Institutionalisierte und netzwerkartige Verbundressortforschung

Im Gegensatz zur institutionalisierten unionalen Ressortforschung stammen die Expertise und die zugrundeliegenden Forschungen bei der institutionalisierten und netzwerkartigen Verbundressortforschung aus den Mitgliedstaaten, die aber auf Unionsebene in institutionalisierten Formen als Verbundressortforschung eine eigene Dimension gefunden haben. Beispiele für eine solche Verbundressortforschung sind das wissenschaftliche Ausschusswesen, Wissensgenerierungen innerhalb von Informations- und Wissenschaftsagenturen und sekundärrechtlich verfestigte Informationsnetzwerke. Dabei können sich diese Formen miteinander vermengen, so etwa wenn das Ausschusswesen und das Netzwerk unter dem Überbau einer Agentur bestehen oder wenn eine Agentur, so wie es bei der Europäischen Arzneimittel-Agentur der Fall ist, durch die Besetzung ihrer Gremien ein Netzwerk zwischen den nationalen Zulassungsbehörden spannt. Die Verbundressortforschung geht über eine bloße Vernetzung der Ressortforschungen der einzelnen Mitgliedstaaten hinaus und schafft auf der Unionsebene institutionalisierte Arrangements. Diese unionale Verbindung führt nicht nur zu einer Addition des vorhandenen Wissens, sondern auch zu einer Generierung neuen Wissens. Zum einen bedeutet allein schon die Synthese von Wissensbeständen einen über die Kumulation hinausreichenden Wissenszuwachs, da hierdurch Dinge vergleichbar werden, Defizite augenfällig, unterschiedliche Forschungsansätze sichtbar und da darüber hinaus eine Pluralität von Forschung und Wissen eintritt. So wird üblicherweise bereits die Darstellung und Ergründung des Forschungsstandes selbst als Teil wissenschaftlichen Arbeitens gewertet. Vor allem aber reicht die Arbeit wissenschaftlicher Ausschüsse (sei es auf Kommissionsebene oder im Rahmen von Agentu-

ren) über das Zusammentragen vorhandener Forschungsbestände hinaus, und es wird in der Ausschussarbeit durch wissenschaftliche Kommunikation ein neuer Erkenntnisprozess befördert. Die Arbeit wissenschaftlicher Ausschüsse kann daher als eigene Kategorie der Verbundressortforschung gelten. Wissenschaftliche Ausschüsse dienen der Risikoeinschätzung technisch und wissenschaftlich komplexer Sachverhalte und unterstützen die politischen Entscheidungsträger sowohl bei legislativen als auch exekutiven Aufgaben.

Agenturen und wissenschaftliche Ausschüsse können eine spezifische Funktion im Verwaltungsverbund, insbesondere im *Regulierungsverbund*<sup>33</sup>, einnehmen. Werden administrativ-politische Entscheidungen durch das (Regulierungs-)Recht in einer Weise determiniert, dass diese maßgeblich von der Risikobewertung abhängig macht, können die Gutachten und Stellungnahmen von wissenschaftlichen Ausschüssen besonderes administrativ-politisches Gewicht entfalten und die Entscheidungen der formal dazu berufenen politischen Entscheidungsträger faktisch vorgeben. Der Ermessensspielraum der politischen Handlungsträger wird empfindlich, zuweilen sogar gänzlich, reduziert, wenn entsprechende Voten wissenschaftlich hochkarätig besetzter Ausschüsse ergehen, die die zentralen Wissens- und Forschungsbestände unionsweit einbeziehen. Insbesondere wenn die Ausschussmitglieder paritätisch nach Mitgliedstaatenzugehörigkeit besetzt sind oder zugleich als Behördenvertreter der Mitgliedstaaten fungieren (wie beim Humanarzneimittelausschuss der Europäischen Arzneimittel-Agentur), tritt zu der Legitimation kraft Sachverständigen eine spezifische demokratische Legitimation.

Die Ressortforschung als Mixtum zwischen Forschung und Politik zeichnet sich in diesen Fällen zusätzlich durch die hybride Struktur unionalen und mitgliedstaatlichen Entscheidens aus, die gerade für Agenturen als Akteuren im Verwaltungsverbund typisch ist. Die Struktur und Organisation von Unionsagenturen, die eine Schnittmenge unionaler und mitgliedstaatlicher Verwaltung darstellen, „eine Zwischenform zentralisierter und dezentralisierter Integration“<sup>34</sup> bilden und in einer Spannung zwischen verwaltungsrechtlichem Eingebundensein und verwaltungsrechtlicher Unabhängigkeit stehen, stellen eine geeignete Form für die Verbundressortforschung dar, die noch ausbaufähig ist.

Eine über den Regulierungsverbund hinausweisende Funktion kann die Verbundressortforschung im sogenannten *Informationsverbund* einnehmen. Hier geht es

um eine breitere Verwendung von Wissen jenseits klar definierter Regulierungsverfahren. Wissensaustausch- und Wissensakkumulation sowie Datensammlungen dienen als Grundlage für weniger klar vorgezeichnete politisch-administrative Entscheidungen sowohl durch Unionsorgane als auch die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Regierungen. Es geht um Bereiche, in denen, wie bei Fragen der Infektionsabwehr, präventive Maßnahmen zum Schutze der Bevölkerung (oder im Umweltbereich der natürlichen Lebensgrundlagen) ergriffen werden sollen, aber verschiedene politische Handlungsmöglichkeiten in Konkurrenz zueinander stehen. Die zu ergreifenden Maßnahmen sind hier nicht nur Teil eines rechtlich vorbestimmten Verwaltungsverfahrens, sondern des politischen Auslotens von gubernativen Entscheidungen.

Hier bereitet Ressortforschung, vor allem in Form von Netzwerken zur Daten- und Informationssammlung, den Nährboden, um informierte politische Entscheidungen treffen zu können. Die Aufgabe der Experten ist die Sachinformation und die Exploration von Risiken, während die Nutzen-Risiko-Abwägung einschließlich der daraus zu ergreifenden konkreten Maßnahmen aufgrund ihrer weitreichenden politischen Tragweite (etwa für die Wirtschaft eines Landes oder den europäischen Binnenmarkt) durch die Experten nicht vorgegeben werden kann. In jenen Politikbereichen, in denen die Europäische Union lediglich über koordinierende, unterstützende und ergänzende Kompetenzen verfügt, ist eine *Verbundressortforschung* (anstelle einer institutionalisierten unionalen Eigenressortforschung) schon kompetenzrechtlich geboten, da eine Forschungs-Annexkompetenz der sachbereichsspezifischen Unionskompetenz auch in ihrem Umfang folgt.

#### IV. Ressortforschung und Wissenschaftsfreiheit

1. Ressortforschungsfreiheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit der objektivrechtlichen Garantie der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit

Die Freiheit der Wissenschaft und Forschung nach Art. 5 Abs. 3 GG genießt dank der nur durch verfassungsimmanente Schranken möglichen Begrenzung einen besonderen verfassungsrechtlichen Status und ist prägend für das gesamte Wissenschaftsrecht.<sup>35</sup> Der Grund für diese herausgehobene Stellung liegt darin, dass sie nicht nur die Wissenschaftler selbst schützt und

<sup>33</sup> Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund, Fn. 29, S. 363.

<sup>34</sup> Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund, Fn. 29, S. 358.

<sup>35</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, Forschung, Fn. 2, S. 6; Schulze-Fielitz,

in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Hdb. des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 27 Rn. 24.

den staatlichen Universitäten eine entsprechende Selbstverwaltung garantiert, sondern dass in Art. 5 Abs. 3 GG auch eine Garantie der freien Wissenschaft zum Wohle der Gesellschaft verbürgt ist. Problematisch ist jedoch die Wissenschaftsfreiheit in Bezug auf staatliche Ressortforschungsrichtungen und die hier tätigen Wissenschaftler, da für die Ressortforschung als Teil der Ministerialverwaltung innerhalb der behördlichen Hierarchie in Bezug auf die Aufgabenerfüllung grundsätzlich keine Staatsfreiheit eingefordert werden kann. Ausgangspunkt einer Argumentation hat jedoch die Überlegung zu sein, dass Forschung sich in einem Kernbereich dadurch konstituiert, dass sie staatsfrei ist und nur ihrer Eigengesetzlichkeit unterliegt. Damit geht es weniger um die grundrechtlich sonst im Vordergrund stehende individuelle Entfaltungsfreiheit, als vielmehr um die Gewährleistung des Versprechens selbst, dass Ressortforschung auch Forschung enthält. Den Forschungscharakter verliert die Ressortforschung weder durch ihre Zweckgebundenheit noch automatisch durch die Einbindung in den Verwaltungsapparat. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Forschung und Verwaltungstätigkeit ist das Streben nach neuen Erkenntnissen unter Einsatz einer wissenschaftlichen, d.h. der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft folgenden, Methodik. Damit ist die Ressortforschung, jedenfalls in ihren tatsächlich forschungsbezogenen Aufgaben, ein potentielles Schutzgut im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>36</sup>

Um die Frage nach der Geltung der Wissenschaftsfreiheit im Rahmen der Ressortforschung einer angemessenen Lösung zuzuführen, ist an die objektivrechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit<sup>37</sup> anzuknüpfen, die besonders für dogmatische Weiterentwicklungen offen ist<sup>38</sup>, und diese in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Verfassungsbindung der Staatsgewalten) dahingehend auszulegen, dass der Staat auch die Ressortforschung in bestimmten Grundparametern freiheitlich auszugestalten und eine diesen Mindestanforderungen

genügende Ressortforschung strukturell zu gewährleisten hat. Im Hochschulurteil von 1973 führt das BVerfG die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende „objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm“ näher aus<sup>39</sup> und betont die „Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft [...] auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt“.<sup>40</sup>

Auch wenn sich die Postulate, die das BVerfG im vorgenannten Hochschulurteil als Leitplanken eingeschlagen hat, nicht unmittelbar auf die Ressortforschung beziehen lassen,<sup>41</sup> so kann immerhin festgehalten werden, dass Art. 5 Abs. 3 GG in objektivrechtlicher Hinsicht ein Interesse an einer freien, mithin nicht durch den Staat verformten, Wissenschaft verbürgt. Diese objektivrechtliche Begrenzung staatlichen Handelns besteht nicht nur zur Verstärkung individualrechtlicher Positionen, sondern auch im gesamtgesellschaftlichen Interesse.<sup>42</sup> Gleichfalls gilt nach dem Rationalitätsgebot des Rechtsstaatsprinzips, dass der Staat sein Handeln nicht auf nur vermeintliche wissenschaftliche Kenntnisse stützen darf und dass er diejenige Forschung, auf die er sich zu stützen vorgibt, auch ermöglichen muss. Das Gemeinwesen hat ein berechtigtes Interesse an wissenschaftlichen Ergebnissen, die im Rahmen der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft vorgebracht wurden, gerade auch dann, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse zur Grundlage staatlichen Handelns gemacht werden.

Dogmatisch lassen sich hier verschiedene Wege beschreiten: Möglich ist es, den objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit als jenseits subjektiver Rechte bestehendes Rechtsprinzip zu verstehen, auf das durch Art. 20 Abs. 3 GG, der zentralen Norm des Rechtsstaatsprinzips,<sup>43</sup> Bezug genommen wird. Damit würde die Wissenschaftsfreiheit im Kontext der Ressortforschung nicht direkt, sondern über Art. 20 Abs. 3 GG vermittelt gelten. Denkbar wäre aber auch, die Anforderungen an die Ausgestaltung der Ressortforschung als Teil des Rati-

<sup>36</sup> Eingehend zur Frage, ob Ressortforschung als Forschung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG gelten kann: *Weilert* Fn. 1, S. 217 ff., S. 224 ff. (mit umfangreichen Nachweisen) sowie *Britz* Fn. 5, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 22 („[a]uch bei der staatlichen Ressortforschung kann begrifflich durchaus Forschungstätigkeit vorliegen“), Rn. 24: („solange der Methode nach autonome wissenschaftliche Arbeit gegeben ist.“); *Trute*, *Wissenschaft und Technik*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 88 Rn. 25; *Trute*, *Forschung*, Fn. 5, S. 102.

<sup>37</sup> Eingehend zur objektivrechtlichen Funktion der Wissenschaftsfreiheit: *Weilert* Fn. 1, S. 228 ff.

<sup>38</sup> *Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 185 Rn. 80..

<sup>39</sup> BVerfGE 35, 79 (112, juris Rn. 91) – Hochschulurteil.

<sup>40</sup> BVerfGE 35, 79 (114, juris Rn. 95).

<sup>41</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 232 f.

<sup>42</sup> Vgl. ausführlich und mit weiteren Nachweisen zur Verhältnisbestimmung von objektivrechtlichem Gehalt und subjektivem Recht *Weilert* Fn. 1, S. 233 ff. sowie *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, 1988, § 69 VI, S. 978 (bes. auch S. 988 f.).

<sup>43</sup> Vgl. zur Verfassungshistorie *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 19; zur „vornehmlichen Verankerung“ des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, *GG*, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 37; zu den verfassungsrechtlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips in anderen Grundrechts- und Verfassungsbestimmungen siehe *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 9. Aufl. 2021, Rn. 77.

onalitätsgebotes des Rechtsstaatsprinzips zu begreifen und die für die Forschungsfreiheit entwickelten Gehalte nur als Orientierungspunkte im Rahmen des Rationalitätsgebots des Rechtsstaatsprinzips zu betrachten. Letzteres würde aber, da der Begriff der Rationalität als Verfassungsbegriff unterbestimmt ist, die Gefahr einer beliebigen Rechtsauslegung mit sich bringen.

Das sich aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit und dem Rechtsstaatsprinzip ableitende Verbot einer Legitimationsforschung<sup>44</sup> bedeutet, dass nicht nur ein Anschein von Rationalität erzeugt werden darf. Die Legitimationsforschung ist in mehrfacher Hinsicht problematisch, *erstens* durch das Täuschen über die Grundlagen der politischen Entscheidungen,<sup>45</sup> *zweitens* aufgrund der fehlenden Rationalität des Exekutivhandelns dort, wo sie ihr Handeln hätte auf Forschung stützen müssen, dies aber nicht getan hat, und *drittens* durch die politische Vereinnahmung von Forschung in einer Weise, die in den Forschungsprozess eingreift und aufgrund der bestehenden Forschungskommunikationsbeziehungen die außerstaatliche Forschung zu beeinflussen geeignet ist.

Forschungsmethoden und Ergebnisinterpretation dürfen staatlich nicht vorgegeben oder beeinflusst werden, da solche Reglementierungen den Forschungscharakter selbst untergraben. Das BVerfG hat auf die Bedeutung der Beziehung von Organisation und Grundrechtsverwirklichung hingewiesen.<sup>46</sup> Die innerbetrieblichen Anforderungen für die Organisation von Wissenschaftseinrichtungen bemäßen sich danach, „daß das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich“<sup>47</sup> ist. Dies kann auch individualrechtliche Positionen einschließen, um dem „Interesse des Gemeinwesens an einem funktionierenden Wissenschaftsbetrieb“<sup>48</sup> gerecht zu werden. Der die Forschung

ausmachende Kerngehalt der Forschungsfreiheit ist organisationsrechtlich durch gesetzliche und untergesetzliche Vorschriften abzusichern, insbesondere auch durch Vorgaben für die Ausübung der ministeriellen Aufsichtsrechte.<sup>49</sup> Dies gilt insbesondere für Elemente der steuernden oder auch „präventiven“ Fachaufsicht.<sup>50</sup> Es sind gesicherte Strukturen zu schaffen, in denen nicht nur die ministeriellen Belange ausschlaggebend sind, sondern auch die Ideen der beteiligten Forscher zum Tragen kommen. Die Einbindung der Forscher in die *scientific community* ist entscheidend für die Forschungsqualität und Vermeidung einer Degeneration zur bloßen Verwaltungseinheit. Allgemeine Verwaltungsvorschriften, Weisungen im Einzelfall und Genehmigungsvorbehalte etwa für Forschungsprogramme müssen sich jeweils an den hier dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen.

Die Effektivierung dieser Kerngehalte der Forschungsfreiheit bedarf der prozessualen Absicherung, die über die partikulare Zuerkennung subjektiver Rechte erfolgen kann, die ihrerseits ganz im Dienste der objektivrechtlichen Verpflichtung des Staates stehen, keine Legitimationsforschung zu betreiben, und hierdurch auch ihre Begrenzung erfahren. Im Einzelnen tangiert die Frage nach dem Umfang subjektiver Rechte der Ressortforscher zwei Problemfelder, nämlich die Anwendbarkeit der Wissenschaftsfreiheit innerhalb der behördlichen Ressortforschung und die Problematik der Reichweite der Grundrechtsgeltung innerhalb der heute so genannten *Sonderstatusverhältnisse*.<sup>51</sup> Weisungen, die auf die Art und Ausführung der Dienstaufgaben zielen, betreffen den Bediensteten zunächst nur als Teil der Staatsverwaltung.<sup>52</sup> Eine Grundrechtsgeltung im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis setzt eine persönliche Betroffenheit voraus. Doch ist diese hier fraglich, da es sich beim Ansinnen eines Beschäftigten einer Ressortforschungsbehörde, ein anderes Thema zu verfolgen oder andere Methoden zu wählen, nicht in erster Linie um ein

<sup>44</sup> Den Begriff der Legitimationsforschung führt bereits *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 351, ein.

<sup>45</sup> Vgl. *Gärditz*, Politisierte Wissenschaft als Machttechnik – Besprechung von Caspar Hirschi, Skandalexperten – Expertenskandale, *WissR* 2018, S. 244 (247).

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 79 (115, juris Rn. 96 f.) – Hochschulurteil. Zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren: früh schon *K. Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, *EuGRZ* 1978, S. 427 (434 ff.). Aus dem jüngeren Schrifttum: *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 105 f; *Schmidt-Aßmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: *Becker/Bull/Seewald* (Hrsg.), *FS Werner Thieme*, 1993, S. 697 ff.

<sup>47</sup> BVerfGE 35, 79 (115, juris Rn. 97) – Hochschulurteil.

<sup>48</sup> BVerfGE 35, 79 (115 f., juris Rn. 97).

<sup>49</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 254 ff.

<sup>50</sup> Vgl. zur Fachaufsicht *Weilert* Fn. 1, S. 54; zur Unterscheidung zwischen Lenkung und Kontrolle sowie der Einordnung von Genehmigungsvorbehalten siehe *Groß*, Was bedeutet „Fachaufsicht“?, *DVBl* 2002, S. 793 (797 ff.).

<sup>51</sup> *Graf von Kielmansegg*, Das Sonderstatusverhältnis, *JA* 2012, S. 881 ff.; *Loschelder*, Grundrechte im Sonderstatus, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 202; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 298.

<sup>52</sup> So auch *Graf von Kielmansegg* Fn. 51, S. 885.

freiheitsrechtliches Begehren, sondern ein leistungsrechtliches handelt. Es geht zunächst nur um einen bestimmten Dienstauftrag, der außerhalb des Forschungskontextes auch weitgehend unproblematisch wäre. Heikel ist hier nicht der Dienstauftrag selbst, sondern die Causa der unzulässigen Legitimationsforschung. Um das Verbot dieser Legitimationsforschung zu effektuieren sollte vergleichbar der „im Interesse der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums“<sup>53</sup> im Einzelfall möglichen subjektivrechtlichen Durchsetzung „hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums“, auch hier ein prozessualer Weg nicht gänzlich versperrt bleiben. Es scheint dabei ausreichend und angemessen, diese Effektuierungsfunktion auf die leitenden Forscher der Einrichtungsleitung zu begrenzen.<sup>54</sup>

Ob den *Ressortforschungseinrichtungen* selbst ein subjektives Recht zukommt, ist in Abhängigkeit von ihrer Organisationsform zu bestimmen. Den – so der Normalfall – als nichtrechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Ressortforschungseinrichtungen in Form von Bundesoberbehörden kommt kein Recht auf Einforderung der Forschungsfreiheit zu. Auch die wenigen (teil-)rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts können sich nicht auf ein Individualrecht berufen, da sie sich nicht in einer hierfür erforderlichen grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden.<sup>55</sup>

Darüber hinaus bleibt es allen Ressortforschungseinrichtungen unbenommen, auf politischem Wege die über das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den objektivrechtlichen Gehalten der Wissenschaftsfreiheit geltenden Anforderungen an die Ausgestaltung der Ressortforschung einzufordern.

Schließlich ist anzumerken, dass aufgrund der zentralen Bedeutung der freien Forschung für eine Gesellschaft aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit auch eine Subsidiarität der Staatsforschung abzuleiten ist. Institutionalisierte Ressortforschung ist damit nur legitim, wenn sie zur ministeriellen Aufgabenerfüllung im weiteren Sinne notwendig und erforderlich ist, mithin keine anderen gleich effektiven Möglichkeiten für die Ministerialverwaltung zur Verfügung stehen.

## 2. Verbot der Legitimationsforschung auf der Ebene der Europäischen Union

Die Eruierung der Wissenschaftsfreiheit unionaler Ressortforschung wirft ähnliche Fragen auf wie die bereits im grundrechtlichen Kontext erörterten, hat aber zu beachten, dass eine unreflektierte Gleichstellung von Grundrechtsdogmatik und Unionsgrundrechtssystematik die Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung negieren würde. Die Europäische Union ist bei Ausübung ihrer Kompetenzen an die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh gebunden, die Teil des Primärrechts ist. Die einzig relevante Judikatur im Fall *Kley* umgeht die Klärung der Forschungsfreiheit innerhalb der hier als Ressortforschungseinrichtung eingeordneten Gemeinsamen Forschungsstelle.<sup>56</sup> In der Sache ging es um die Veränderung der Organisationsstruktur und dadurch bedingte Neuausrichtung der Arbeit des Klägers weg von einer forschungsausgerichteten Tätigkeit in der experimentellen Physik hin zu einer mit vielen Verwaltungsaufgaben verbundenen Verantwortung für den Reaktor Ispra I. Der EuGH umging jegliche Ausführungen zur Wissenschaftsfreiheit. Der Generalanwalt führte aus: „Die Freiheit der Wissenschaft schließt nicht aus, daß dem Wissenschaftler auch auf organisatorischem Gebiet Aufgaben gestellt sind. Euratom ist auch eine rechtliche Organisation mit ihren praktischen und funktionellen Erfordernissen, aus denen sich zwangsläufig Einschränkungen für die Freiheit der wissenschaftlichen Beamten in der Wahl ihrer jeweiligen Tätigkeit und für das Interesse ihrer persönlichen Forschungen ergeben müssen. Ihre Arbeitsstätten sind keine Akademien und haben auch nicht die reine Forschung zum Gegenstand, wie es vielleicht in einem Universitätslaboratorium denkbar ist.“<sup>57</sup> Die Ausführungen des Generalanwaltes sind selbst keine dogmatischen Klärungen, sondern deuten nur auf dogmatisch noch zu durchdringende Problemlagen hin.

Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Ressortforschung unter den Forschungsbegriff des Art. 13 GRCh fällt.<sup>58</sup> Da die Rechte der Grundrechte-Charta nicht mittels eines Individualbeschwerdeverfahrens subjektivrechtlich einklagbar sind,<sup>59</sup> liegt es nahe,

<sup>53</sup> von Münch/Mager, Staatsrecht I, 9. Aufl. 2021, Rn. 512.; Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 358, 362.

<sup>54</sup> Die Komplexität der rechtlichen Situation im Hinblick auf den einzelnen Ressortforscher kann hier nicht abgebildet werden, insofern wird auf Weilert Fn. 1, S. 258 ff. verwiesen.

<sup>55</sup> Für weitere Einzelheiten siehe Weilert Fn. 1, S. 266 ff.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. 35/72 (*Kley/Kommission*), Urt. v. 27. Juni 1973, Slg. 1973, 679.

<sup>57</sup> GA Trabucchini, Schlussantr. Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (702).

<sup>58</sup> Ausführlich Weilert Fn. 1, S. 566 ff., insbes. 568 ff.; siehe auch Thiele, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Hdb. der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 30 Rn. 29.

<sup>59</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtstraditionen subjektiv einklagbarer Rechte und objektivrechtlicher Konzepte: Kadelbach, European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration, in: Joerges/Dehousse (Hrsg.), Good Governance in Europe's Integrated Market, 2007, S. 167 (186 f.).

ihre Wirkungskraft zu verstärken, indem die Idee objektivrechtlicher Gehalte im Sinne von „Rechtsprinzipien“ bzw. „Rechtsgrundsätzen“ auch auf Unionsebene verfolgt wird; dies gilt umso mehr als der EuGH ursprünglich die Grundrechtsgeltung über die allgemeinen Grundsätze in das Unionsrecht eingebracht hat (vgl. die Weitergeltung in Art. 6 Abs. 3 EUV) und überdies umstritten ist, ob Art. 13 GRCh ein subjektives Recht verbürgt.<sup>60</sup> Noch ist das Unionsrecht im Hinblick auf die Dogmatik der Charta-Grundrechte und die Frage einer objektivrechtlichen Grundrechtsgeltung nicht ausgereift. *Ruffert* betont unter Bezug auf das Hochschulurteil des BVerfG von 1973, dass die „Schlüsselfunktion freier Wissenschaft für die gesellschaftliche Entwicklung“ auch für die Europäische Union gelte.<sup>61</sup> Er unterstreicht, dass Forschung für das Gemeinwesen notwendig sei, aber nur freie Forschung diesen Zweck erfüllen kann.<sup>62</sup> Es lassen sich mithin gute Gründe ausmachen, auch den Unionsgrundrechten durch Zuerkennung eines objektivrechtlichen Gehalts zu größerer Wirksamkeit zu verhelfen. Jedenfalls bedarf auch die unionale Ressortforschung eines Mindestmaßes an Freiheit, um ihrer Funktion gerecht zu werden.

Neben einer im Kern aus dem Gebot der Wissenschaftsfreiheit geltenden Freiheitlichkeit der Ressortforschung kann auch aus dem unionalen Rechtsstaatsprinzip das Verbot einer Legitimationsforschung abgeleitet werden.<sup>63</sup> Auch hier dürfen die Gehalte des deutschen Rechtsstaatsprinzips jedoch nicht unbesehen auf das unionale übertragen werden, zumal die Europäische Union als supranationale Organisation auch anderen Konstitutionsbedingungen und Anforderungen unterliegt als der deutsche Bundesstaat. Welche Elemente das

Rechtsstaatsprinzip im Einzelnen umfasst, ist durch den EuGH erst teilweise entwickelt worden und vom Gerichtshof nicht immer in klare Zuordnung zum Rechtsstaatsprinzip gestellt worden.<sup>64</sup> Schon bei einem rein formalen Verständnis des Rechtsstaatsprinzips, aus dem sich die Verfassungs- und Gesetzesbindung ableiten lässt, würde die Befolgung der Grundrechtecharta und der in ihr verbürgten Wissenschaftsfreiheit verstärkt.<sup>65</sup> Das unionale Rechtsstaatsprinzip umfasst aber darüber hinaus als Gegenkonzept zur Willkür auch Rationalitätsanforderungen an das Recht. In diese Richtung weist auch das Recht auf eine neutrale, unparteiische und gerechte Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 GRCh), das nur zu verwirklichen ist, wenn Entscheidungen rückgebunden an das zur Verfügung stehende Wissen getroffen werden und Experten nicht von Fremdinteressen geleitet werden. Anerkannt als Teil des unionsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips ist weiterhin das Rechtmäßigkeitsprinzip, das einen „transparenten, rechenschaftspflichtigen, demokratischen und pluralistischen Gesetzgebungsprozess impliziert“.<sup>66</sup> Teil eines transparenten Verfahrens ist es, dass ersichtlich wird, auf welcher Grundlage welches Expertenwissen eingebracht wird. Mit dem vorstehend skizzierten Gehalt kann also auch aus dem unionalen Rechtsstaatsprinzip ein Verbot der Legitimationsforschung abgeleitet werden.

## V. Beurteilungsspielraum (ressort-)forschungsgestützter Entscheidungen

Eine spezifische Frage im Rahmen der Spannung von Kooperation und Trennung zwischen Wissenschaft und Entscheidung betrifft den Beurteilungsspielraum (res-

<sup>60</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 5; *Sayers*, in: Peers et al. (Hrsg.), The Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2014, Art. 13 Rn. 13.40; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 13 GRCh Rn. 3. Zieht man die Verfassungsbestimmungen der einzelnen Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe heran, so ergibt sich ebenfalls kein einheitliches Bild: In manchen Mitgliedstaaten ist die Wissenschaftsfreiheit verfassungsrechtlich als subjektives Abwehrrecht verbürgt, in anderen nur einfachgesetzlich, in wieder anderen wird kein solches subjektives Recht gewährt (siehe *Pelzer*, Die Kompetenzen der EG im Bereich Forschung, 2004, S. 155 f., sowie zuvor bereits *Groß*, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1992, S. 36 ff.).

<sup>61</sup> *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-GRCh Rn. 7, unter Bezugnahme auf BVerfGE 35, 79 (113) - Hochschulurteil.

<sup>62</sup> *Ruffert* Fn. 61, Art. 13 EU-GRCh Rn. 7.

<sup>63</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 572 ff.

<sup>64</sup> So hat der EuGH die Grundsätze des Vertrauensschutzes, des

Rückwirkungsverbots, der Rechtssicherheit, des Bestimmtheitsgrundsatzes, der Verhältnismäßigkeit und einer Rechtsschutzgarantie entwickelt; siehe *Calliess* Fn. 32, Art. 2 EUV Rn. 26 sowie *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 2 EUV Rn. 6, jeweils mit Nachweisen aus der Rspr.; Analyse der Rspr. bei Classen, Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union - Vertragsrechtliche Grundlagen und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte, EuR 2008, Beiheft 3, S. (18 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. auch A. *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, S. 145.

<sup>66</sup> Mitteilung der Kommission, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM/2014/158 final, S. 4 sowie ähnlich im Anhang I (Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union), S. 4; siehe auch *von Danwitz*, The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ, Fordham International Law Journal 2014, S. 1310 (1346); *Schmahl*, Rechtsstaatlichkeit, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht. Hdb. für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 4 u. Rn. 20 ff.

sort-)forschungsgestützter Entscheidungen. Beurteilungsspielräume sind dabei – klassisch – unmittelbar aber auch mittelbar (entscheidungsvorbereitend) denkbar.<sup>67</sup>

Die Rechtsprechung hat einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Bewertung von komplexen und dynamischen Bereichen (Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen) zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe unter Verweis auf die engere Sachnähe der Verwaltung und die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung anerkannt.<sup>68</sup> Dabei folgt das Gericht der normativen Ermächtigungslehre, wonach der Beurteilungsspielraum „normativ angelegt“ sein müsse. Im Hintergrund stehen zwei verschiedene Argumentationslinien, nämlich einerseits die Funktionsgrenze der Rechtsprechung und andererseits die höhere Sachnähe der Exekutive. Das Schrifttum hat die Lehre vom Beurteilungsspielraum weiter ausdifferenziert und sich teilweise großzügiger in der Annahme verwaltungsrechtlicher Beurteilungsspielräume gezeigt.<sup>69</sup> Argumentativ wird teils ein ausbalanciertes Verständnis der Gewaltenteilung bemüht<sup>70</sup> oder eher pragmatisch auf eine sachnähere und damit „bessere“ Entscheidung durch die Behörde abgestellt<sup>71</sup>.

Mit dem Rotmilan-Beschluss (Oktober 2018) hat das BVerfG neben dem Beurteilungsspielraum eine weitere Kategorie eingeschränkt gerichtlicher Überprüfungen gebildet, nämlich die der außerrechtlichen Erkenntnisdefizite.<sup>72</sup> Es handele sich bei objektiven Erkenntnisgrenzen um eine Situation, in der es „am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch“ fehle.<sup>73</sup> Diese „faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“ sei keine „gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit“<sup>74</sup> und daher vom Beurteilungsspielraum zu unterscheiden. Die Kontrolle des Gerichts reduziere sich hier auf eine Vertretbarkeitskontrolle, d.h. ob die Behörde *vertretbare* fachliche Maßstäbe und Methoden herangezogen habe. Während es hier also um den Fall wissenschaftlich nicht aufklärbarer Tatsachenfeststellungen

geht, könne sich ein Beurteilungsspielraum nur auf normative Bewertungen beziehen, etwa darauf, ob eine Risikoerhöhung „signifikant“ ist.<sup>75</sup>

Bislang fehlt in der Rechtsprechung eine klare Auseinandersetzung über die Maßstäbe eines Beurteilungsspielraums bei fachlich besonders ausgewiesenen (Ressortforschungs-)Behörden.<sup>76</sup> Nur punktuell lassen sich Hinweise auf die besondere Sachkompetenz im Vergleich zur sonstigen Exekutive ausmachen. Im Rahmen der Corona-Rechtsprechung finden sich immerhin Hinweise auf die Anerkennung der entscheidungsvorbereitenden besonderen Sachkunde von Ressortforschungseinrichtungen. Hier geht es um die gerichtliche Überprüfung von Maßnahmen der Exekutive bzw. des Erlasses von Rechtsverordnungen nach dem Infektionsschutzgesetz, bei denen die Exekutive ihrer Handlung die Einschätzung etwa des Robert Koch-Instituts zugrunde gelegt hatte. So befand der VGH Baden-Württemberg, dass der Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers nicht überschritten sei, wenn er sich auf die Einschätzung des Robert Koch-Instituts, welches „gemäß § 4 IfSG unter anderem zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen und dahingehender Analysen und Forschungen“ berufen sei, gestützt hat und keine wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, die es „rechtfertigen würden“, von dieser Einschätzung abzuweichen.<sup>77</sup> Im Ergebnis wurde der Exekutive ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, den diese legitim durch die Übernahme der Einschätzung einer Ressortforschungsbehörde ausfüllen durfte. Der hier grundlegende Gedanke der besonderen Sachkompetenz von Ressortforschungsbehörden ist als Element der Lehre vom Beurteilungsspielraum weiter auszubauen. Die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums kann sich nicht allein an pauschalieren Annahmen über eine sachnähere Verwaltung festmachen, sondern hat die Besonderheiten der entscheidenden Behörde zu würdigen. Zeichnet sich die Behörde aufgrund ihres (gesetzlichen) Auftrags und ihrer

<sup>67</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch *Gärditz/Linzbach*, Gesundheitswissen aus Behördenhand, 2022, S. 155 ff.

<sup>68</sup> Ausführliche Nachweise bei *Weilert* Fn. 1, S. 368 ff.

<sup>69</sup> *Bachof* entwickelte 1955 die Lehre vom „Beurteilungsspielraum“ (*Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.). Ihm folgten viele Stimmen in der Literatur, teils mit eigenen Akzenten (vgl. „Vertretbarkeitslehre“ nach *Ule*, Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch 76 [1985], S. 1 [9 ff.]); ausführliche Nachweise: *Weilert* Fn. 1, S. 367 (dort Anmerkung 396); eingehend für den Bereich des Arzneimittelrechts: *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 265 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 79; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 357.

<sup>71</sup> In diese Richtung tendierend *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und

Risikodogmatik, 2010, S. 217 ff.

<sup>72</sup> BVerfGE 149, 407 (415, Rn. 23) – Rotmilan.

<sup>73</sup> BVerfGE ebd.

<sup>74</sup> BVerfGE ebd.

<sup>75</sup> *Eichberger*, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, 1560 (1563 f.).

<sup>76</sup> Ausführlich mit weiteren Nachweisen *Weilert* Fn. 1, S. 374 ff.

<sup>77</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 29. Apr. 2021 – 1 S 1204/21 –, Rn. 79 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 12. Aug. 2021 – 1 S 2315/21 –, Rn. 41 ff. (Gericht prüft hier nur cursorisch, auf welche Grundlagen sich das Robert Koch-Institut gestützt hat und betont abermals die besondere Berufung des Instituts nach § 4 Abs. 1 S. 1 IfSG).

Struktur, wie dies für die Ressortforschungsbehörden gilt, durch eine besondere Kompetenz zur Risikobewertung und Prognoseeinschätzung aus, hat sich dies in der Bewertung der Dichte der gerichtlichen Überprüfung abzubilden. Damit hängt der Beurteilungsspielraum nicht nur von der tatbestandlichen Fassung der Norm (Ermächtigungsgrundlage bzw. Befugnisnorm) ab, sondern auch von der jeweiligen Behördenkompetenz, die (soweit es hierüber keine gesetzlichen Festlegungen in Form von Beurteilungsspielräumen gibt) durch das Gericht festzustellen ist. Eine gerichtliche Kontrolle von Beurteilungsfehlern bleibt bei alledem unangetastet. Fruchtbar gemacht werden kann hier auch die „Plausibilitätsprüfung“ bei außerrechtlichen Erkenntnisdefiziten (Rotmilan-Beschluss), die bei objektiven Erkenntnisgrenzen die behördliche Einschätzung nur auf ihre Vertretbarkeit hin prüfen lässt und sie nicht einfach durch eine andere (gerichtliche) Entscheidung ersetzt, die ihrerseits auf einer beigezogenen (und nicht über alle Zweifel erhabenen) Expertise beruht. Als Hybridform zwischen Wissenschaft und Verwaltung ist die wissenschaftliche Einschätzung der Ressortforschungsbehörde im Gegensatz zu einem reinen Sachverständigengutachten demokratisch legitimiert, was insbesondere dann ins Gewicht fällt, wenn es um Fragen geht, die wissenschaftlich nicht eindeutig zu beantworten sind. Eine Entscheidung nur durch eine andere zu ersetzen, ohne dass es hinreichende Gründe dafür gibt, dass die ersetzende Entscheidung „richtiger“ oder demokratisch legitimer bzw. rechtsstaatlich gebotener ist als die ersetzte, wäre kein Gebot rechtsstaatlicher Kontrolle, sondern willkürlich.

Mit einer solchen Rechtsentwicklung nähert sich das deutsche Recht dem Unionsrecht an, innerhalb dessen ein Beurteilungsspielraum bezüglich von Normen, die zu einer komplexen, wissenschaftlich-technischen Einschätzung Anlass geben, weitreichend anerkannt ist. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich hier lediglich auf formale Kriterien und Schlüssigkeit. Auch hier ließe sich allerdings die Dogmatik weiterentwickeln, indem der Beurteilungsspielraum auch davon abhängig gemacht wird, wie die Expertise zustande gekommen ist. Wurden im Rahmen der Verbundressortforschung wissenschaftliche Behörden der Mitgliedstaaten eingebunden, so begründet sich in dem wissenschaftlichen Konsens der Mitgliedstaaten nicht nur eine erhöhte fachliche Expertise, sondern auch eine gewisse demokratische Legitimation.

## VI. Ausblick

An dieser Stelle konnten nur einige grobe Pflöcke zur Darstellung und rechtlichen Analyse der Ressortforschung als institutionalisierter Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union eingeschlagen werden. Die Heterogenität der einzelnen deutschen Ressortforschungseinrichtungen und die verschiedenen Ressortkulturen, in denen sie verortet sind, ihre jeweilige historische Gründungsgeschichte und die Spannung zwischen einer Eingebundenheit in eine Ministerialverwaltung bei gleichzeitigem Anerkenntnis eines Forschungsfreiraums, führen zu einer Reihe an juristisch-dogmatischen Problemen, die auch in Zukunft noch weiter – und zunehmend auf europäischer Ebene – zu ventilieren sind. Es zeigt sich, dass ein reines Trennungsmodell zwischen Wissenschaft und politischer Entscheidung nicht der deutschen Ressortforschungspraxis entspricht und auch auf europäischer Ebene nicht in Reinform vorfindlich ist.<sup>78</sup> So sind die Fragen zum Zusammenspiel und der Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement, die national und unionsrechtlich durchaus unterschiedlich bewertet werden, in Zukunft immer wieder neu zu justieren. Auch wird man die direkten und indirekten Entscheidungsspielräume wissenschaftlicher Behörden dogmatisch noch weiter anhand der künftigen Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu klären haben und hierfür auch in nähere Vernetzung zur unionsrechtlichen Entwicklung treten müssen. Die Coronapandemie hat die diesbezügliche Rechtsentwicklung herausgefordert und beschleunigt und es wird sich zeigen, welche weiteren (rechts-)politischen Konsequenzen hieraus für die Ressortforschung auf deutscher und europäischer Ebene gezogen werden.

Priv.-Doz. Dr. A. Katarina Weilert ist wissenschaftliche Referentin an der Forschungsstätte der Ev. Studiengemeinschaft e.V. - Institut für interdisziplinäre Forschung. Sie lehrt als Privatdozentin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit einer *Venia Legendi* für die Fächer Öffentliches Recht, Gesundheitsrecht, Völker- und Europarecht.

<sup>78</sup> Vgl. hier auch Gärditz/Linzbach Fn. 67, S. 97 ff.



# Frank Wertheimer

## *Arbeitszeiterfassungspflicht an privaten Hochschulen – auch für Professorinnen und Professoren?*

### I. Einleitung

Seit dem Beschluss des BAG vom 13.9.2022<sup>1</sup>, mit dem das Gericht den Standpunkt eingenommen hat, Arbeitgeber seien verpflichtet, ein System einzuführen, das Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer erfasst, ist über die weiteren Konsequenzen dieser Entscheidung viel diskutiert worden.<sup>2</sup> Klarheit besteht darüber, dass sich die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht nur auf den privatwirtschaftlichen Bereich beschränkt, auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind davon betroffen, da auch dort neben Beamten Arbeitnehmer beschäftigt werden.

*Caspers* hat sich in der Vorausausgabe mit der Frage befasst, welche Auswirkungen der Beschluss des BAG für die Arbeitszeiterfassung an Hochschulen hat.<sup>3</sup> Überzeugend wurde hier dargelegt, dass sich die Zeiterfassungspflicht auf die (nichtprofessoralen) wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erstreckt, die Arbeitszeiterfassung demgegenüber aber nicht für die an den Hochschulen tätigen Professorinnen und Professoren gilt. Soweit diese in einem Beamtenverhältnis stehen, gelten ohnehin weder die Bestimmungen des Arbeitsschutz- noch des Arbeitszeitgesetzes<sup>4</sup>. Beamtete Professoren sind nach den einschlägigen Bestimmungen der Hochschulgesetze der Länder<sup>5</sup> von den Arbeitszeitbestimmungen der Landesbeamtengesetze ausgenommen, z.T. finden sich derartige Regelungen auch in den Beamtengesetzen der Länder.<sup>6</sup> Soweit Professorinnen und Professoren in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen tätig sind, sind sie ebenfalls von den Arbeitszeitbestimmungen ausgenommen. Wenn etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW bestimmt, dass die Vorschriften über die Arbeitszeit auf „Hochschullehrer“ nicht anzuwenden sind, meint er damit auch die nicht beamteten Hochschullehrer und nutzt für diese die Ermächtigung in § 19 ArbZG.<sup>7</sup>

Der Beitrag von *Caspers* konzentriert sich auf Professorinnen und Professoren, die an den staatlichen, demnach öffentlich-rechtlich verfassten, Hochschulen tätig sind. Ob die hierzu vertretene Auffassung auch für die an privaten Hochschulen tätigen Hochschullehrer gilt, wird nicht explizit untersucht. Dieser Frage nachzugehen, ist Aufgabe dieses Beitrags. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der letzten OdW-Ausgabe, die den Beitrag von *Caspers* enthält, lag auch der Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 27.3.2023 noch nicht vor. Welche Auswirkungen dieser für die Erfassungspflicht der Arbeitszeiten von an Privathochschulen tätigen Professorinnen und Professoren hat, wird im Folgenden in den Blick genommen.

### II. Arbeitszeiterfassungspflicht gem. § 16 Abs. 2 – 8 ArbZG RefE

#### 1. Allgemeines

Das BAG hat die Zeiterfassungspflicht – durchaus überraschend – aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitet. Der Referentenentwurf vom 27.3.2023 regelt die Thematik im Arbeitszeitgesetz, wo sie auch hingehört. Während die Entscheidung des BAG vom 13.9.2022 noch offen ließ, wie die Zeiterfassung, demnach deren Modalitäten, zu erfolgen habe, legt die Neufassung von § 16 Abs. 2 S. 1 gem. des Referentenentwurfs fest, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Die neu hinzugefügten Absätze 3 – 8 enthalten sodann Spezifikationen, wobei Abs. 7 Nr. 3 Ausnahmen der Aufzeichnungspflicht für bestimmte Arbeitnehmer zulässt, wenn dies in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zugelassen wird.

<sup>1</sup> 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616

<sup>2</sup> Siehe z.B. *Schulze/Wetzel*, AiB 2022, Nr. 11, S. 47; *Spitz*, jurisPR-ITR 2/2023 Anm. 4; *Düwell*, jurisPR-ArbR 17/2023 Anm. 1; *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52-54; *Fuhlrott/Fischer*, ArbR 2023, 1-5.

<sup>3</sup> *Caspers*, Arbeitszeiterfassung an Hochschulen – Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 -, OdW 2023, 99.

<sup>4</sup> AR/Krauss, 10. Aufl. 2021, § 2 ArbZG Rn. 15.

<sup>5</sup> Vgl. etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW; § 60 Abs. 1 S. 1 BayHIG oder § 77 Abs. 1 Sächsisches HG.

<sup>6</sup> Z.B. § 123 Abs. 1 S. 1 LBG NRW.

<sup>7</sup> *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11, Rn. 72.

## 2. Erfasster Personenkreis

Wenn § 16 Abs. 2 ArbZG RefE allgemein von der „täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer“ spricht, gilt der Arbeitnehmerbegriff in § 2 Abs. 2 ArbZG, d.h. erfasst werden alle Arbeiter und Angestellten sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Auszugehen ist damit vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff in § 611a Abs. 1 BGB, wonach Arbeitnehmer alle Personen sind, die im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind.

### a) Professorinnen und Professoren

Professoren an privaten Hochschulen stehen regelmäßig in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis, weshalb das in den Landeshochschul- oder Landesbeamten-gesetzen geregelte Privileg für Beamte, nicht unter das Arbeitszeitrecht zu fallen, für sie nicht gilt. Auch § 19 ArbZG hilft hier nicht weiter, weil es an einer hoheitlichen Tätigkeit im öffentlichen Dienst fehlt. Dass sich die Tätigkeit von Hochschullehrern an privaten Hochschulen inhaltlich nicht von der Tätigkeit eines Hochschullehrers an einer staatlichen Hochschule unterscheidet, ändert daran nichts.

Keine Verpflichtung zur Erfassung ihrer Arbeitszeit bestünde, wenn Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen leitende Angestellte wären, es würde dann die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG greifen. Maßgeblich sind für den Begriff des leitenden Angestellten die Definitionen in § 5 Abs. 3 BetrVG. Ob sie erfüllt sind, lässt sich nicht pauschal beantworten, es bedarf dazu jeweils einer Einzelfallbetrachtung. Voraussetzung ist zunächst, dass ein Angestellter sowohl nach seinem Arbeitsvertrag als auch nach seiner Stellung im Unternehmen oder Betrieb leitender Angestellter ist, d.h. er muss einerseits zu den leitenden Funktionen nach Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3 rechtlich befugt sein, andererseits muss er sie auch tatsächlich ausüben.<sup>8</sup> Schließlich muss die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausmachen und seine Stellung im Unternehmen oder Betrieb damit prägen.<sup>9</sup>

Von den Kategorien des § 5 Abs. 3 BetrVG kommt für das professorale Lehrpersonal nur die Nr. 1 in Betracht, d.h. Professoren müssten zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsab-

teilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sein. An privaten Hochschulen fehlt es – wie auch an den staatlichen Hochschulen – zumeist schon an der arbeitsvertraglichen Berechtigung, Entscheidungen über Einstellung und Entlassung eigenverantwortlich treffen zu dürfen. Diese rechtliche Befugnis wird regelmäßig bei der Leitung der Personalabteilung liegen. Professoren wählen zwar die in ihren Bereichen tätigen wissenschaftlichen Mitarbeiter und idR auch die nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter selbst aus und geben zudem den maßgeblichen Anstoß für eine Kündigung. Die Entscheidung selbst sowie der Vollzug von Einstellung und Entlassung liegt aber im Regelfall nicht in ihren Händen. Selbst dann, wenn der mit ihnen geschlossene Arbeitsvertrag diese Befugnis einräumen würde oder sie dort als leitende Angestellte bezeichnet wären, würde das noch nicht ausreichen. Die formale Befugnis des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG begründet den Status als leitender Angestellter nur, wenn sie von erheblicher unternehmerischer Bedeutung ist.<sup>10</sup> Angenommen wird dies, wenn sich die Einstellungs- und Entlassungsberechtigung auf eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern erstreckt oder einen qualitativ bedeutsamen Personenkreis erfasst.<sup>11</sup> Diese Voraussetzungen sind im Normalfall nicht erfüllt, der Status als leitender Angestellter wird im Professorenbereich eher bei Leiterinnen oder Leitern von größeren Forschungseinrichtungen anzunehmen sein.<sup>12</sup>

Der Referentenentwurf des Ministeriums für Arbeit und Soziales sieht für die Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG eine Ausnahme für Arbeitnehmer vor, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. In der Begründung<sup>13</sup> wird ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmeregelung bei Führungskräften, herausgehobenen Experten oder Wissenschaftlern gegeben sein können, die nicht verpflichtet sind, zu festgesetzten Zeiten am Arbeitsplatz anwesend zu sein, sondern über den Umfang und die Einteilung ihrer Arbeitszeit selbst entscheiden können. Dieser Gedanke trifft auf Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen zu. Ebenso wie bei Hochschulleh-

<sup>8</sup> Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, BetrVG (Bd. 1), 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 23 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>9</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 24 mwN.

<sup>10</sup> Vgl. BAG v. 16.4.2002, 1 ABR 23/01, BB 2002, 2387; Löwisch/Kai-

ser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 mwN.

<sup>11</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 und 30.

<sup>12</sup> Wertheimer/Meißner, a.a.O., Rn. 78.

<sup>13</sup> S. 14.

rern an staatlichen Hochschulen trägt er dem Umstand Rechnung, dass Zeitsouveränität eine wesentliche Voraussetzung für wissenschaftliches Arbeiten ist, es geht darum, die für das wissenschaftliche Arbeiten erforderliche Kreativität zu wahren und zu fördern.<sup>14</sup> Gedeckt ist diese Ausnahmeregelung von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG.<sup>15</sup>

Der Referentenentwurf verlangt allerdings, dass die Herausnahme der in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG genannten Arbeitnehmer von der Aufzeichnungspflicht in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung (oder Dienstvereinbarung) zugelassen ist. Damit läuft die Norm für private Hochschulen ins Leere, da Tarifverträge dort bislang keine Rolle spielen. Ganz abgesehen davon würde ein Tarifvertrag für private Hochschulen vornehmlich auch die nichtwissenschaftlichen sowie die nachgeordneten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Blickfeld haben, wie dies auch im staatlichen Bereich der Fall ist. Dort sind Professoren gem. § 1 Abs. 3 lit. a) aus dem Geltungsbereich des TV-L ausgenommen.

Dass die im Referentenentwurf vorgesehene Ausnahmeregelung für die Aufzeichnungspflicht eine Regelung in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung voraussetzt, bedeutet eine weitere Privilegierung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse. Derartige Privilegierungen findet man beispielsweise bei der Arbeitnehmerüberlassung: Tarifgebundene Arbeitgeber können die dort vorgesehene Höchstdauer der Überlassung ausdehnen, nicht tarifgebundenen Arbeitgebern ist das nur bis zur Höchstdauer von 24 Monaten gestattet und auch nur dann, wenn tariflich entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vorgesehen sind.<sup>16</sup> In die gleiche Richtung geht § 9a Abs. 6 TzBfG zur sog. Brückenteilzeit, nach der durch einen Tarifvertrag der Rahmen für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung abweichend von § 9a Abs. 1 S. 2 TzBfG auch zuungunsten des Arbeitnehmers geregelt werden kann. Verfassungsrechtlich sind derartige Bestimmungen und damit auch die Regelung des Referentenentwurfs in § 16 Abs. 7 nicht haltbar. Versagt der Gesetzgeber den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern eine Regelung, die er den tarifgebundenen eigens erlaubt, liegt darin eine Diskriminierung, welche der ne-

gativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zuwiderläuft.<sup>17</sup> Dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Ausnahmeregelung in § 16 Abs. 7 des Referentenentwurfs dafür einsetzen möchte, mehr Tarifbindung zu erreichen, liegt auf der Hand.

Eine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung bei Professoren an privaten Hochschulen begegnet im Übrigen auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG Bedenken.<sup>18</sup> Auch mit Art. 3 Abs. 1 GG wäre sie nicht vereinbar, da kein sachlicher Grund ersichtlich ist, Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen arbeitszeitrechtlich anders zu behandeln als deren Kolleginnen und Kollegen an staatlichen Hochschulen.

Wie *Caspers*<sup>19</sup> zuletzt aufgezeigt hat, ist die Herausnahme von Professoren aus dem Arbeitszeitschutz unionsrechtlich zulässig. Somit wäre eine Erweiterung der Bereichsausnahmen in § 18 Abs. 1 ArbZG, die das BAG in seinem Beschluss vom 13.9.2022 als zulässige Ausnahmeregelung iSd Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG sieht, auf Professorinnen und Professoren, die an privaten Hochschulen tätig sind, möglich und auch der richtige Weg. Die Ergänzung um diesen Personenkreis würde dort auch systematisch hineinpassen. Außerhalb der leitenden Angestellten nennt § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG Chefärzte. Auch wenn sie in den Krankenhäusern eine herausgehobene Funktion einnehmen, sind sie in aller Regel keine leitenden Angestellten.<sup>20</sup> Der Regelungsgehalt von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG trifft auf sie aber in gleichem Maße zu wie auf Hochschullehrer, mögen auch die Gründe, weshalb das Arbeitszeitrecht auf Chefärzte und Hochschullehrer nicht passt, unterschiedlich ausgeprägt sein.

Bedenkt man, dass aktuell an 113 Privaten Hochschulen in Deutschland über 350.000 Studierende von einer großen Anzahl an privatrechtlich angestellten Professorinnen und Professoren auf ihren akademischen Abschluss vorbereitet werden, täte der Gesetzgeber gut daran, bei der jetzt anstehenden Anpassung des Arbeitszeitgesetzes klare Verhältnisse zu schaffen und die Professoren aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitschutzes herauszunehmen. Blicke es bei der Regelung im Referentenentwurf vom 27.3.2023 und einer daraus folgenden Aufzeichnungspflicht, wird eine Verfassungsbeschwerde nicht lange auf sich warten lassen. Das ist vermeidbar.

<sup>14</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4, Rn. 209; Caspers, OdW 2023, 102.

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Caspers*, a.a.O., S. 102.

<sup>16</sup> Löwisch, BB 47.2018, Die erste Seite; ders., Diskriminierung nicht tarifgebundener Arbeitgeber im neuen AÜG, DB Rechtsboard, 15.05.2017.

<sup>17</sup> Löwisch, a.a.O.

<sup>18</sup> Grzeszick, in: Geis, Hochschulrecht in Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3, Rn. 235; Caspers, OdW 2023, 102.

<sup>19</sup> OdW 2023, 102.

<sup>20</sup> BAG v. 5.5.2010, 7 ABR 97/08, AP Nr. 74 zu § 5 BetrVG 1972; LAG Nürnberg v. 24.8.2016, 2 Sa 201/16, juris; *Wertheimer/Meißner*, a.a.O., Kapitel 11, Rn. 80.

b) Wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Mitarbeiter

Ohne dies weiter vertiefen zu müssen, fallen die wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter privater Hochschulen unter den Arbeitnehmerbegriff von § 2 Abs. 2 ArbZG und § 611a BGB. Deren Arbeitszeit ist zukünftig ebenso zu erfassen ist wie bei den entsprechenden Mitarbeitergruppen an staatlichen Hochschulen, unabhängig davon, ob es sich um staatliche Universitäten, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, Pädagogische Hochschulen oder Kunst- und Musikhochschulen handelt.

c) Organmitglieder

Private Hochschulen werden in den Rechtsformen der GmbH, gGmbH, des Vereins (e. V.), der Aktiengesellschaft (AG) oder als Stiftungshochschule geführt. Deren Organe, etwa die Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder die Vorstände eines Vereins sind keine Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 2 ArbZG, deren Arbeitszeit ist demnach nach § 16 Abs. 2 ArbZG RefE nicht zu erfassen. Dass der EuGH z.T. Richtlinien auch auf Organe einer Gesellschaft anwendet<sup>21</sup>, hat für den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitszeitgesetzes keine Außenwirkungen.

d) Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder

Ebenfalls nicht zu erfassen ist die Arbeitszeit der Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule. Diese fallen als leitende Angestellte unter die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG, auf die das Arbeitszeitgesetz insgesamt nicht anwendbar ist. Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule erfüllen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2, da sie einerseits zu ihrer leitenden Funktion rechtlich befugt sind, diese andererseits auch tatsächlich ausüben. Schließlich macht die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil ihrer

Tätigkeit aus und prägt ihre Stellung in der Hochschule.<sup>22</sup> Regelmäßig einschlägig sein wird bei ihnen § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG: Leitender Angestellter ist danach, wer regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. Voraussetzung dafür ist, dass die dem Arbeitnehmer übertragene Aufgabe ein solches Gewicht hat, dass sie sich von den Aufgaben abhebt, die eine normale Angestellten-Tätigkeit ausmacht.<sup>23</sup> Das ist der Fall, wenn die betreffende Person maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische oder wissenschaftliche Leitung des Unternehmens oder Betriebs hat, sich demnach in einer Schlüsselposition befindet.<sup>24</sup> In einer derartigen Verantwortung stehen die Mitglieder der Leitung einer privaten Hochschule. Eines Zugriffs auf den Hilfstatbestand des § 5 Abs. 4 BetrVG bedarf es daher nicht. Richtig dürfte es auch sein, Dekane oder Fachbereichsleiter einer privaten Hochschule unter den Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG zu subsumieren, auf die die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG dann ebenfalls anzuwenden ist. Auch deren Arbeitszeiten müssten somit nicht erfasst werden.

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

<sup>21</sup> z.B. EuGH v. 11.11.2010, C-232/09, DB 2011, 2270 – Danosa.

<sup>22</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 24 mwN.

<sup>23</sup> BAG v. 5.3.1974, 1 ABR 19/73, BB 1974, 553.

<sup>24</sup> Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 36.

# Anne Paschke

## *Social Media-Nutzung von Hochschulen vor dem Aus? Verfassungsrechtliche Analyse der Untersagungsverfügung des BfDI gegen das BPA vom 17.02.2023*

Soziale Medien oder soziale Netzwerke wie Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, TikTok oder YouTube gehören zu den meistgenutzten Diensten im Internet.<sup>1</sup> Seit fast nunmehr 20 Jahren haben sie eine Verbreitung gefunden, dass durchschnittlich fast die Hälfte der Weltbevölkerung eines oder mehrere dieser Medien zumindest gelegentlich nutzt.<sup>2</sup> Ihre erhebliche Bedeutung für Information und Kommunikation ist unbestritten. Vielfach wird bereits konstatiert, dass der Rückgang der Nutzerzahlen bei „klassischen Medien“ wie Zeitungen, Rundfunk und (linearem) Fernsehen auch mit dem Aufkommen der sozialen Medien als Ort moderner Information und Kommunikation zusammenhängt.<sup>3</sup>

Auch wenn der überwiegende Anteil die private Kommunikation betreffen mag, ist die Nutzung sozialer Medien durch Einrichtungen des öffentlichen Sektors doch signifikant.<sup>4</sup> So sind fast alle Bundesministerien und viele Landesministerien, aber genauso die Europäische Kommission<sup>5</sup> sowie zahlreiche Kommunen auf Facebook vertreten. Sie informieren dort über ihre Tätigkeit und treten somit in Kontakt mit jenen, deren Interessen diese Behörden (aber auch viele Parlamente oder Gerichte) vertreten: die Öffentlichkeit, die Bevölkerung, Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen oder Vereini-

gungen aller Art. Soziale Netzwerke sind ein Ort des öffentlichen Lebens.

Das betrifft gleichermaßen auch die Hochschulen und alle relevanten Forschungseinrichtungen. „Fanpages“ auf Facebook haben neben den Technischen Universitäten<sup>6</sup> auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft<sup>7</sup>, die Max-Planck-Gesellschaft<sup>8</sup>, die Fraunhofer-Gesellschaft<sup>9</sup> und natürlich auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung<sup>10</sup>. Daneben sind auch zahlreiche Lehrstühle, Institute und Forschungsstellen auf Facebook, Instagram, Twitter oder LinkedIn vertreten, zum Teil mit eigenen Seiten für einzelne Vorlesungen oder Seminare.

So relevant die sozialen Medien und Netzwerke also für die Öffentlichkeitsarbeit auch im Wissenschaftsbereich sind, so sehr stellt sich aktuell (im Frühjahr 2023) die Frage: Stehen all diese Internetpräsenzen mit zusammen vielen Millionen Nutzerinnen und Nutzern vor dem Aus? Anlass für diese Frage gibt eine Verfügung des Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI), mit der dieser am 17.2.2023 dem Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (BPA) den Betrieb der „Facebook-Fanpage“ der Bundesregierung untersagt hat.<sup>11</sup> Sollte dessen Rechtmäßigkeit in dem der-

<sup>1</sup> Vgl. *We are Social, Hootsuite, DataReportal*, 2023, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach Anzahl der Nutzer im Januar 2023 (in Millionen), abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessen-social-networks-nach-anzahl-der-user/>, sowie Statista, 2022, Ranking der wichtigsten sozialen Netzwerke in Deutschland nach Markenbekanntheit im Jahr 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1309960/umfrage/bekannteste-soziale-netzwerke-in-deutschland/> (sämtliche Online-Quellen wurden am 29.05.2023 abgerufen).

<sup>2</sup> Alleine Facebook zählt nach eigenen Angaben derzeit 2,9 Mrd. monatlich aktive Nutzer, *Meta Platforms*, 2023, Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 4. Quartal 2022 (in Millionen), <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>.

<sup>3</sup> Aus dem Reuters Institute Digital News Report von 2020 geht hervor, dass soziale Medien zu Informationszwecken über das Tagesgeschehen zunehmende Bedeutung erlangen, <https://www.digitalnewsreport.org/survey/2020/overview-key-findings-2020/>.

<sup>4</sup> So nutzen bspw. Bundesministerien (exemplarisch: <https://www.facebook.com/bmdv>, <https://www.facebook.com/bmbf.de>, <https://www.facebook.com/BMWK>), regionale Behörden (exemplarisch: <https://www.facebook.com/stadtbraunschweig>, <https://www.facebook.com/stadt.koeln50>, <https://www.facebook.com/Stadt.Muenchen>) oder auch Polizeibehörden (exemplarisch: <https://www.facebook.com/PolizeiHannover>, <https://www.facebook.com/PolizeiBerlin>) soziale Medien, um über ihre Inhalte zu berichten.

<sup>5</sup> <https://www.facebook.com/eu.kommission>.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. die Fanpage der TU9, <https://www.facebook.com/TU9.de>.

<sup>7</sup> <https://www.facebook.com/Deutsche-Forschungsgemeinschaft>.

<sup>8</sup> <https://www.facebook.com/maxplanckgesellschaft>.

<sup>9</sup> <https://www.facebook.com/fraunhofer.de>.

<sup>10</sup> <https://www.facebook.com/bmbf.de/>.

<sup>11</sup> Der Bescheid ist abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Dokumente-allg/2023/Bescheid-Facebook-Fanpage.html>.

zeit anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren<sup>12</sup> bestätigt werden, ist davon auszugehen, dass auch der Betrieb von allen weiteren „Fanpages“ untersagt wird, mithin auch jene im Bereich von Hochschulen und Wissenschaft.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Rechtmäßigkeit dieser Untersagungsverfügung und zeigt mögliche Konsequenzen für die digitale Information und Kommunikation im Wissenschaftsbereich auf.

## I. Vorgeschichte: Untersagungsverfügung gegen das BPA

Das BPA ist für die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung zuständig. Während in der Vergangenheit die Pressekonferenz das klassische Medium der Öffentlichkeitsarbeit einer Bundesregierung war und sich Menschen anschließend über die Texte, die Journalistinnen und Journalisten auf dieser Grundlage geschaffen haben, informieren konnten, nutzt die Bundesregierung über das BPA inzwischen soziale Medien, um Bürgerinnen und Bürger unmittelbar zu informieren.

Daher betreibt das BPA wie viele anderen Behörden verschiedene Webseiten in sozialen Medien. Eine dieser Webseiten ist eine Fanpage für die Bundesregierung auf der Plattform Facebook.<sup>13</sup> Bereits 2019 hatte der BfDI die obersten Bundesbehörden angeschrieben und mitgeteilt, dass eine datenschutzkonforme Nutzung von Facebook nicht möglich sei.<sup>14</sup> Mit Bescheid vom 17.2.2023 wurde der Betrieb nunmehr durch den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit untersagt.<sup>15</sup>

Der BfDI untersagt dem BPA also den Betrieb seiner Bundesregierungs-Fanpage auf Facebook, der über eine Million Menschen folgen. Gleichzeitig erkennt der BfDI jedoch an, dass eine entsprechende Fanpage für das BPA deshalb von großem Interesse ist, weil sich viele Menschen ihre Informationen vorrangig über das Netzwerk Facebook beschaffen.<sup>16</sup> Wird diese Fanpage abgeschaltet,

geht der BfDI selbst davon aus, dass Informationen der Bundesregierung von bestimmten Nutzerkreisen nicht mehr wahrgenommen werden.<sup>17</sup> Diesem Risiko zum Trotz ist die Untersagungsverfügung ergangen. Darüber hinaus wurde das BPA in verschiedenen weiteren Punkten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Facebook-Fanpage verwarnet.<sup>18</sup>

Diese Reaktion des BfDI ist insofern bemerkenswert, als der Leiter dieser obersten Bundesbehörde und frühere Staatssekretär im seinerzeitigen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in seinen fast 35.000 Tweets gegenüber ebenso vielen Followern auf Twitter kommuniziert und damit selbst als Abgeordneter, Staatssekretär und eben Beauftragter für den Datenschutz Öffentlichkeitsarbeit betrieben hat – jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, als er Twitter Ende 2022 verlassen hat. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, der jahrelang das soziale Netzwerk eines US-amerikanischen Tech-Konzerns als Kommunikationskanal genutzt hat<sup>19</sup>, verbietet nun dem BPA die Nutzung von Facebook für dessen Öffentlichkeitsarbeit.

## II. Rechtsfragen im Umgang mit der Untersagungsverfügung vom 17.2.2023

Die zentralen Rechtsfragen, die sich in Bezug auf die Untersagungsverfügung ergeben, sind:

- Liegt tatsächlich ein Datenschutzverstoß durch das Betreiben von Facebook-Fanpages vor (II.1)?
- Welche Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Öffentlichkeitsauftrag des Staates (II.2)?
- Wie wirkt sich dieser Ausgangsfall auf die Social Media-Praxis der Hochschulen aus (III.)?

1. Verstößt der Betrieb einer Facebook-Fanpage gegen die DSGVO?

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Datenschutzverstoß vorliegt. Es ist wohl unstrittig, dass die Datenverarbeitung durch die Facebook Plattform, die

<sup>12</sup> Die Klage ist am 16.03.2023 beim VG Köln eingegangen und wird dort unter dem Aktenzeichen 13 K 1419/23 geführt, <https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/press/Interessante-Verfahren/index.php>.

<sup>13</sup> <https://www.facebook.com/Bundesregierung/>.

<sup>14</sup> Vgl. Rundschreiben des BfDI an die behördlichen Datenschutzbeauftragten der obersten Bundesbehörden v. 20.05.2019, abrufbar unter: [https://www.bfdi.bund.de/DE/DerBfDI/Dokumente/Rundschreiben/Allgemein/Rundschreiben\\_allg-node.html](https://www.bfdi.bund.de/DE/DerBfDI/Dokumente/Rundschreiben/Allgemein/Rundschreiben_allg-node.html).

<sup>15</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 1, abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Dokumente-allg/2023/Bescheid-Facebook-Fanpage.html>.

<sup>16</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 20.

<sup>17</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 20.

<sup>18</sup> Auf dieses Datenschutzinstrument soll hier nicht näher eingegangen werden, vgl. hierzu Nguyen, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DSGVO – BDSG, 3. Auflage 2022, Art. 58 DS-GVO Rn. 14.

<sup>19</sup> Vgl. Mitteilung auf der Website des BfDI v. 09.11.2022, [https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Kurzmitteilungen/DE/2022/20\\_bfdi-loescht-Twitter-Account.html?nn=251928](https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Kurzmitteilungen/DE/2022/20_bfdi-loescht-Twitter-Account.html?nn=251928).

inzwischen vom Meta Konzern betrieben wird, teilweise datenschutzrechtswidrig erfolgt.<sup>20</sup> Die Hauptvorwürfe sind vorliegend das rechtswidrige Setzen von Cookies und das Fehlen einer wirksamen Vereinbarung in Bezug auf eine gemeinsame Verantwortlichkeit.<sup>21</sup>

Eine Datenverarbeitung auch mit Hilfe von Cookies<sup>22</sup> ist aufgrund des datenschutzrechtlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nur zulässig, wenn der Nutzer in diese Datenverarbeitung eingewilligt hat oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt, vgl. Art. 6 DSGVO. Da Meta nicht hinreichend transparent über die verwendeten Cookies und darüber informiert, welche personenbezogenen Daten hierüber erfasst werden, kann darin ein Datenschutzverstoß gesehen werden.<sup>23</sup> Es fehlt mangels wirksamer Einwilligung somit an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die Datenverarbeitung.<sup>24</sup>

Auch weitere rechtliche Ermächtigungsgrundlagen sind nicht ersichtlich: Meta nutzt nämlich Cookies, um Nutzerprofile anzulegen und auf dieser Grundlage Werbung auszuspielen. Die so adressierte Werbung ist Teil des Geschäftsmodells von Facebook, welches vorliegend das eigentliche Problem darstellt. Es besteht somit für die Datenverarbeitung mithilfe von Cookies zumeist keine technische, sondern lediglich eine ökonomische Notwendigkeit, für welche teilweise keine Ermächtigungsgrundlage ersichtlich ist.

Darüber hinaus werden die Anforderungen des Art. 26 DSGVO an die Vereinbarung bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit<sup>25</sup> nicht eingehalten. Facebook übernimmt zwar in seinen Seiten zu Page Insights-Ergänzungen (das sog. Page Insights Addendum) die Verantwortung für die Datenverarbeitung auf der Plattform<sup>26</sup>, legt jedoch die Datenverarbeitungsschritte, die

Facebook mit den erfassten personenbezogenen Daten seiner Nutzerinnen und Nutzer im Einzelnen vollzieht, nicht offen. Dieser Text ist damit nicht als hinreichende Vereinbarung i.S.d. Art. 26 DSGVO anzusehen.<sup>27</sup>

Wie sind diese Datenschutzverstöße von Meta nun aber dem BPA zuzurechnen?

Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit müssen die Verantwortlichen die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen, vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dabei ist auf die tatsächliche jeweilige Funktion bei der Verarbeitung abzustellen.<sup>28</sup> Eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist bei einem tatsächlichen Einfluss auf die Entscheidung der Verarbeitung anzunehmen.<sup>29</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>30</sup> und den Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses<sup>31</sup> kommt es darauf an, ob die Beiträge der Verantwortlichen mitursächlich für die Datenverarbeitung sind. Der BfDI wertet das Betreiben der Fanpage durch eine Bundesbehörde als das Setzen der primären Ursache, die es Meta erst ermöglicht, Daten über Besucherinnen und Besucher der Fanpage zu erheben. Zudem profitieren sowohl Meta als auch das BPA von der Datenverarbeitung. Das BPA erhöht als Fanpage-Betreiber die Reichweite seiner Öffentlichkeitsarbeit und Meta profitiert insoweit, als es mithilfe der über die Fanpage gewonnenen Daten die auf dem Netzwerk bereitgestellte Werbung optimieren kann. Somit ist von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO auszugehen.<sup>32</sup>

Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung zu Fanpages von 2018<sup>33</sup> festgestellt, dass Facebook und Betreiber einer Fanpage auf dieser Plattform in Bezug auf die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Besu-

<sup>20</sup> Zur datenschutzrechtlichen Diskussion um Facebook vgl. etwa *Hoffmann/Schmidt*, GRUR 2021, 679; Lohse, NZKart 2020, 292; Schweda, ZD-Aktuell 2015, 04659; Solmecke, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 21.1 Social Media, Rn. 43 ff. Auch gerichtlich wurde das Verhalten von Facebook bereits datenschutzrechtlich beanstandet, vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18 = NJW 2020, 414.

<sup>21</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, abrufbar unter [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/weitere\\_dokumente/DSK\\_Kurzzutachten\\_Facebook-Fanpages\\_V1\\_18.03.2022.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/weitere_dokumente/DSK_Kurzzutachten_Facebook-Fanpages_V1_18.03.2022.pdf).

<sup>22</sup> EuGH, MMR 2019, 732 – „Planet49“; vgl. hierzu auch: *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349.

<sup>23</sup> Unter Verweis auf Erwägungsgrund 42 der DS-GVO auch Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 31 ff.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Möller*, VuR 2022, 449, 453 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, S. 19.

<sup>26</sup> [https://www.facebook.com/legal/terms/page\\_controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum). Vgl. auch [https://www.facebook.com/legal/controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/controller_addendum).

<sup>27</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, S. 19.

<sup>28</sup> *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 26 DS-GVO Rn. 13.

<sup>29</sup> EuGH, NJW 2018, 2537, Rn. 31 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, MMR 2019, 579 – „Fashion ID“ wonach das Kriterium der gemeinsamen Verantwortlichkeit zum wirksamen Schutz von Betroffenen weit auszulegen ist; ansonsten: EuGH NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>31</sup> Leitlinien 07/2020 des European Data Protection Board zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO.

<sup>32</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 14 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>33</sup> EuGH, NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

cherinnen und Besucher dieser Fanpage grundsätzlich als gemeinsame Verantwortliche zu werten sind. Daran ändert nach h.M. auch der Umstand nichts, dass Meta die Verantwortung für die Datenverarbeitung auf der eigenen Plattform übernimmt.<sup>34</sup> Dennoch müssen wir uns fragen: Darf eine Datenschutzaufsichtsbehörde trotz dieser Verantwortungsübernahme durch Meta einfach gegen das BPA vorgehen, obwohl die Datenschutzverstöße durch Meta erfolgen? Der BfDI kann selbst nicht gegen Facebook vorgehen, da für dieses Unternehmen die irische Datenschutzaufsichtsbehörde zuständig ist.<sup>35</sup>

In diesem Zusammenhang hat sich das Bundesverwaltungsgericht 2019 bereits eindeutig positioniert<sup>36</sup>: Mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit geht eine „Gesamt-schuld“ einher, so dass Aufsichtsmaßnahmen auch gegenüber dem Fanpagebetreiber möglich sind, obwohl dieser kaum Möglichkeiten hat, auf die technische Gestaltung Einfluss zu nehmen.<sup>37</sup> Zwar kann das BPA gewisse Einstellungen treffen und sich Statistiken beim Betreiben der Fanpage ausblenden lassen; hierdurch werden jedoch Datenschutzverstöße durch das Unternehmen Meta nicht verhindert.

Der BfDI als zuständige Aufsichtsbehörde zur Ahndung von Datenschutzverstößen durch öffentliche Stellen des Bundes kann nach § 9 Abs. 1 BDSG bzw. § 29 Abs. 2 TTDSG bei der Wahl des Maßnahmegegners eine „Störerauswahl“ treffen.

Nach geltender Rechtsprechung haftet das BPA damit auch für Datenschutzverstöße durch den Konzern Meta, dem Betreiber des sozialen Netzwerks Facebook.<sup>38</sup> Der BfDI nimmt das BPA vorliegend aus prozessökonomischen Gründen in Anspruch. Eine Inanspruchnahme von Meta wäre schwieriger, zumal hierfür die irische Datenschutzaufsicht zuständig ist. Faktisch adressiert der BfDI ein (durchaus fragwürdiges) Geschäftsmodell von Meta, beschränkt sich aber (inkonsequenterweise) auf eine einzige Fanpage, statt den Betrieb sämtlicher Fanpages in seinem Zuständigkeitsbereich zu untersagen.

## 2. Die Rolle des Öffentlichkeitsauftrags des Staates

Geht man von einem Verstoß gegen die DSGVO und das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) aus, stellt sich als zweites die Frage, welche Rolle der Öffentlichkeitsauftrag des Staates in diesem Fall spielt.

Datenschutzaufsichtsmaßnahmen müssen nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen werden.<sup>39</sup> Ist dieser verfassungs- bzw. europarechtliche Grundsatz nicht hinreichend bei der Abwägung berücksichtigt worden, kann die Untersagung/Abschaltung der Facebook-Fanpage die verfassungsrechtliche Pflicht der Bundesregierung zur Öffentlichkeitsarbeit beeinträchtigen.

Dabei müssen wir uns zunächst die Frage stellen: Ist der Öffentlichkeitsauftrag eine Pflicht aus der Verfassung bzw. aus dem EU-Primärrecht? Dies ist im Ergebnis zu bejahen. Die Meinungs-, Presse-, Informations- und Versammlungsfreiheit ist schlechthin konstituierend in einer Demokratie.<sup>40</sup> Das verfassungsrechtliche Gebot der Öffentlichkeitsarbeit wird durch das Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip, d.h. aus Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet und hat die Aufgabe, demokratische Teilhabe und gleichzeitig demokratische Kontrolle zu sichern.<sup>41</sup> Der Staat muss nicht nur seine Bürgerinnen und Bürger informieren, sondern es besteht eine generelle Pflicht zur Transparenz staatlichen Handelns.<sup>42</sup>

Demokratiethoretisch ist die rein repräsentative Demokratie nicht mehr die aktuell gelebte Erwartungshaltung des Volkes. Es genügt dem mündigen Souverän somit nicht mehr, sich nur alle vier Jahre zur Wahl in den politischen Diskurs einbringen zu können.<sup>43</sup> Vielmehr lebt die Demokratie von der Kommunikation und Interaktion des Staates mit seinen Bürgerinnen und Bürgern. Über Meinungsbilder und Korrekturen bzw. die Anpassung der Politik auf dieser Grundlage werden Erwartungen von Bürgerinnen und Bürgern in den politischen Diskurs eingebracht.<sup>44</sup> Das Fehlen von staatlicher Kom-

<sup>34</sup> [https://www.facebook.com/legal/terms/page\\_controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum); [https://www.facebook.com/legal/controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/controller_addendum).

<sup>35</sup> Zur Zuständigkeit allgemein *Eichler/Matzke*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 43. Edition, Art. 55 DSGVO.

<sup>36</sup> BVerwG, NJW 2020, 414.

<sup>37</sup> BVerwG, NJW 2020, 414, 417.

<sup>38</sup> EuGH, NJW 2018, 2537.

<sup>39</sup> Vgl. *Nguyen*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2022, Art. 58 DS-GVO Rn. 17; Selmayr, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 58 Rn. 18. Zur Berücksichtigung weiterer Grundrechte vgl. Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage

2022, Bd. I § 103 Rn. 120.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198.

<sup>41</sup> BVerfG, NJW 1977, 751. *Horn* spricht von der „Öffentlichkeit als Lebensgesetz der Demokratie“ in VVDStRL 68 (2009), 413, 418.

<sup>42</sup> *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, S. 148. Hierzu auch *Grezzick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 99. EL September 2022, Art. 20 Rn. 22; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 15 f.

<sup>43</sup> Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn. 10.

<sup>44</sup> Hierzu allgemein: *Emmer*, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 57-80.



munikation bedingt heute mehr denn je das Risiko von Desinformationskampagnen und ist in der Folge demokratiegefährdend.<sup>45</sup> Wenn der Staat Desinformation oder Akzeptanzdefizite ignoriert, werden die Grundfesten des demokratischen Rechtsstaates brüchig. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Öffentlichkeitsarbeit einer Regierung und gesetzgebenden Körperschaften auch notwendig ist, um den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig zu erhalten.<sup>46</sup> Somit übernimmt die Öffentlichkeitsarbeit eine wichtige verfassungsrechtliche Aufgabe.<sup>47</sup>

Die Herstellung von Öffentlichkeit ist auch über eine Präsenz in sozialen Netzwerken möglich. Öffentlichkeitsarbeit ist nämlich nicht auf ein bestimmtes Medium beschränkt. Insbesondere besteht keine Begrenzung auf „klassische Medien“ wie Rundfunk und Presse. Diese werden von vielen Personengruppen immer weniger konsumiert.<sup>48</sup> Im Gegenteil: Die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung muss sich an neue Medien und Kommunikationsräume anpassen.<sup>49</sup> Durch die sozialen Medien und die diesen immanente Schaffung neuer Kommunikationsräume manifestiert sich ein Kulturwandel.<sup>50</sup> Diesen darf der Staat nicht ignorieren.

Es besteht verfassungsrechtlich auch keine Beschränkung auf bestimmte alternative Kommunikationskanäle. Soziale Netzwerke sind nicht durch Rundfunk und Presse zu ersetzen. Der Staat darf und sollte dort sein, wo sich seine Bürgerinnen und Bürger aufhalten. Die Kommunikation hat sich gewandelt. Auch der BfDI erkennt an, dass Fanpages geeignet sind, ein gewisses Zielpublikum zu erreichen.<sup>51</sup> Zudem sind Soziale Medien der einzige Ort, an dem eine dialogorientierte Öffentlichkeitsarbeit erfolgen kann, und eine unmittelbare Reaktion des Adressaten möglich ist. Die Kommunikation mit

dem Staat über diese sogenannten neuen Medien erhöht deren Wirkmacht gegenüber einer eindimensionalen Information über den Staat, wie dies für klassische Medien üblich ist.

Der Wandel der Kommunikationskultur durch digitale Interaktion hat sich in den letzten 15 Jahren vollzogen, seit das Internet mit dem web 2.0 sog. „user generated content“<sup>52</sup> über Plattformen ermöglicht.<sup>53</sup> Die überraschende Bedeutung für den Staat ergibt sich nicht nur für dessen Information, sondern auch wegen der Unterbindung von Desinformation. Dem kann man nur durch eine Moderation und einen permanenten Diskurs gesteuern. Plattformbetreiber sind die neuen Intermediäre in der Kommunikation.<sup>54</sup>

Die Untersagung des Betriebes einer Fanpage hat der BfDI nach § 29 Abs. 3 TTDSG iVm Art. 58 Abs. 2 lit. f) der DSGVO verhängt. Dem müsste jedoch eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § 40 VwVfG zugrundeliegen. Genau diese kann jedoch bezweifelt werden. Hierfür hätte es einer Folgenabschätzung im Sinne einer „Belastungsgesamtrechnung“<sup>55</sup> bedurft. Denn nicht nur das BPA hat den Betrieb seiner Fanpage einzustellen. Wenn man der Rechtsauffassung des BfDI folgt, müssten tatsächlich alle (!) Behörden Facebook fernbleiben. Zudem gilt dies nicht nur für eine Präsenz auf Facebook, sondern auch für Instagram, Twitter, TikTok, Youtube, etc. Alle Behördenseiten bei den großen amerikanischen und chinesischen Diensteanbietern müssten danach wegen Datenschutzbedenken geschlossen werden.<sup>56</sup>

Damit würde ein Großteil der Öffentlichkeitsarbeit in der heutigen Zeit wegbrechen bzw. auf den Stand vor 2005, also zur alten Pressekonferenz, zurückgeworfen. Dies ist insoweit als kritisch anzusehen, da die Presse aufgrund des wirtschaftlichen Drucks durch das digitale

<sup>45</sup> Hierzu u.a. *Emmer*, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 63.

<sup>46</sup> BVerfG, NJW 1977, 751, 753.

<sup>47</sup> Vgl. auch *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, S. 96 ff., 148.

<sup>48</sup> *Brandt*, 2023, Print-Reichweite schrumpft, <https://de.statista.com/infografik/29857/umfrage-zur-nutzung-von-verlagsmedien-in-deutschland/>.

<sup>49</sup> So BVerfG, NVwZ 2015, 2019, 212 unter Verweis auf BVerfG, NJW 2002, 2621.

<sup>50</sup> Allgemein zum Kulturwandel im Prozess der digitalen Transformation Videomitschnitt des Leopoldina-Symposiums „Die Digitalisierung und ihre Auswirkungen auf Mensch und Gesellschaft“, <https://www.leopoldina.org/veranstaltungen/veranstaltung/event/2464/>. Zur Grundrechtsverwirklichung im Kontext der Digitalisierung vgl. *Heckmann/Paschke*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn. 1 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Informationszusammenstellung des BfDI über den Betrieb von Facebook-Fanpages auf der eigenen Website, <https://www.bfdi.bund.de/DE/Fachthemen/Inhalte/Telemedien/FacebookFanpages.html>.

<sup>52</sup> Hierzu etwa *Roggenkamp*, in: Barzsch/Briner (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2010, 197.

<sup>53</sup> *Heckmann/Paschke*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn.4.

<sup>54</sup> Zum Begriff der Medienintermediäre vgl. *Ory*, ZUM 2021, 472, 475. Zur Plattformökonomie unter rechtlichen Aspekten vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, WD 6-3000-058/17, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/532608/.../wd-6-058-17-pdf-data.pdf>.

<sup>55</sup> Hier angelehnt an die Überwachungsgesamtrechnung von *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 ff.; eine ähnliche Anleihe im Sinne einer Determinierungsgesamtrechnung findet sich auch bei *Paschke*, MMR 2019, 563, 567.

<sup>56</sup> Diese Überlegung folgt der Annahme, dass weder die USA, noch China ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten. Vgl. hierzu eine Analyse der deutschen Datenschutzbehörden und des Europäischen Datenschutzausschusses, <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/02/where-is-data-processing-still-possible>.

Konsumverhalten der Bürgerinnen und Bürger immer weniger feste Journalistinnen und Journalisten beschäftigt.<sup>57</sup> Zudem könnten Bürgerinnen und Bürger staatliche Informationen nicht mehr kostenfrei erhalten, sondern müssten entweder Presseerzeugnisse erwerben oder auf den Webseiten der Presseverlage in die Verarbeitung und Weitergabe von personenbezogenen Daten auch an Drittunternehmen einwilligen. Die Presseverlage und Medienhäuser haben sich im Zuge der Verhandlungen zur ePrivacy-Verordnung in einem offenen Brief für die aktuell geltende seitenindividuelle Cookiepraxis und gegen eine datenschutzfreundlichere browserbasierte Regelung zu trackingbasierter Werbung ausgesprochen.<sup>58</sup> Auch für die sogenannten klassischen Medien sind die auf Basis von Trackingdiensten erzielten Werbeeinnahmen ein wichtiges neues Geschäftsmodell geworden.

Insofern erscheint es widersprüchlich, wenn der BfDI beklagt, dass Behörden mittelbar Profilbildung für Werbezwecke auf Facebook durch ihre Fanpages unterstützen, obwohl dies nicht vom Öffentlichkeitsauftrag gedeckt sei – um dann wiederum auf andere Kommunikationskanäle, etwa die Presseberichterstattung, zu verweisen, auf deren Online-Präsenzen nichts Anderes stattfindet.

Gerade für Hochschulen, aber auch viele weitere Behörden würde mit dieser Entscheidung eine wichtige Quelle für Recruiting-Kampagnen wegfallen. Über soziale Medien werden nämlich junge Menschen adressiert, die sich potentiell für ein Studium oder eine Ausbildung begeistern können. Über Fernsehspots und Pressekonferenzen werden ganze Generationen kaum mehr erreicht.<sup>59</sup> Und ein breit genutztes europäisches soziales Netzwerk zur privaten Kommunikation gibt es seit der Abschaltung von StudiVZ nicht mehr.<sup>60</sup>

Legt man dementsprechend die Rechtsauffassung des BfDI zugrunde, dürfte eigentlich keine (Bundes-)Behörde irgendein Angebot in den sozialen Medien nutzen. Insofern erscheint es willkürlich, wenn der BfDI eine einzige Seite einer einzigen Behörde in einem einzigen Netzwerk untersagt – alles andere aber bestehen lässt. Das erinnert auch an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Störerauswahl im Gefahrenabwehrrecht<sup>61</sup>: Wenn bei einem Festival hunderte Autos illegal geparkt wurden, wäre es willkürlich, ein hervorstechendes Auto herauszugreifen und nur dieses abzuschleppen, wenn dadurch die bestehende Gefahrenlage nicht effektiv beseitigt wird. Dem Einwand, es könnten ja nicht alle Fahrzeuge gleichzeitig abgeschleppt werden, ist zu entgegenen, dass die Effektivität der Gefahrenabwehr ein belastbares Konzept fordert. So könnten die Fahrzeuge zum Beispiel von vorne nach hinten konsequent abgeschleppt werden, um so den rechtswidrigen Zustand effektiv zu beseitigen. Ein solches transparentes Konzept, welche Webseite und welche Social Media-Nutzung als nächstes untersagt werden, fehlt vorliegend.

In seiner Abwägung unterschlägt der BfDI, dass er eigentlich gegenüber allen Bundesbehörden vorgehen müsste und alle Fanpages auf allen sozialen Netzwerken faktisch mit seinen Überlegungen abschalten möchte. Diese Annahme unterstützt auch die Ausführung des BfDI, wonach „alle Behörden in der Verantwortung stehen, sich vorbildlich an Recht und Gesetz zu halten“.<sup>62</sup> Die Hoffnung auf eine entsprechende Signalwirkung des vorliegenden Verfahrens hat der BfDI bereits öffentlich anklingen lassen.<sup>63</sup>

Zudem verweist der BfDI nur für die Facebook-Fanpage-Problematik auf Alternativen.<sup>64</sup> Es ist aber davon auszugehen, dass bei einer Verlagerung der Öffentlichkeitsarbeit auf TikTok oder Instagram auch diese Kanäle

<sup>57</sup> Vgl. F.A.Z.-Interview mit dem Leiter der Deutschen Journalistenschule, Jörg Sadrozinski, wonach nur noch rund 30 Prozent der Journalisten eine Festanstellung erhalten, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/buero-co/journalisten-beruf-in-der-krise-nur-30-prozent-mit-fester-stelle-12162566.html>. Allgemein zum Verhältnis von sozialen Medien zu Journalismus: Neuberger, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 81-102.

<sup>58</sup> Mitteilung auf der Website des Medienverband der freien Presse v. 07.03.2018, <https://www.mvfp.de/nachricht/artikel/offener-brief-europa-darf-die-datenrevolution-nicht-verpassen/>.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu Egger/Gattringer/Kupferschmitt, Media Perspektiven 5/2021, 270, 270.

<sup>60</sup> Unter den meistgenutzten sozialen Netzwerken befindet sich kein europäisches Netzwerk, *We are Social, Hootsuite, DataReportal*, 2023, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach Anzahl der Nutzer im Januar 2023 (in Millionen), <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessten-social-networks-nach-anzahl-der-user/>. Die in Deutschland betriebene Plattform Xing wird primär im deutsch-

sprachigen Raum aber vorrangig als Berufsnetzwerkplattform verwendet, vgl. hierzu SimilarWeb, 2023, Anteil des Desktop-Traffics von xing.com nach Herkunftsland im März 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/501513/umfrage/laender-mit-dem-hoechsten-anteil-am-traffic-von-xing/>.

<sup>61</sup> Hierzu etwa VG Karlsruhe, BeckRS 2005, 24209, VG Bremen, BeckRS 2014, 55577. Allgemein zur er-messensfehlerfreien Störerauswahl *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Auflage 2017, Rn. 358 ff.

<sup>62</sup> Pressemitteilung 6/2023 des BfDI, <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/06-Untersagung-Betrieb-Fanpage-BReg.html>.

<sup>63</sup> Vgl. Reply auf dem Mastodon-Account des BfDI (@bfdi@social.bund.de) vom 27.2.2023 „Wir stecken unsere Energie jetzt gerade erstmal in dieses Verfahren. In ein paar Wochen wissen wir, ob das Bundespresseamt gegen unseren Bescheid klagt oder nicht. Dann sehen wir weiter. Aber selbstverständlich hoffen wir auf eine gewisse Signalwirkung dieses „Muster“-Verfahrens.“ [https://social.bund.de/@bfdi/with\\_replies](https://social.bund.de/@bfdi/with_replies).

<sup>64</sup> Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 43.

sehr schnell datenschutzrechtlich in Frage gestellt werden. Das angegebene Tool Mastodon ist eben keine adäquate Alternative, da sich dort Menschen nicht in einem Netzwerk aufhalten.<sup>65</sup> Zudem nutzen dieses Tool nur sehr wenige Bürgerinnen und Bürger.<sup>66</sup>

Es wurde damit die Dimension, die diese Rechtsauffassung auch für den demokratischen Rechtsstaat hat, in der getroffenen Abwägung nicht erkannt. Insbesondere fehlen empirische Daten zur Anzahl der Behörden auf Facebook, wieviel Kommunikation dort stattfindet, und eine Wirksamkeitsmessung, welche Informationen über welchen Kanal wie rezipiert werden.

Vor diesem Hintergrund hätte sich der BfDI vorab ausführlich mit der Frage auseinandersetzen müssen, welche Rolle der Öffentlichkeitsauftrag des Staates in diesem Zusammenhang spielt. Will er den Vorwurf der Willkür vermeiden, müsste er sämtliche datenschutzwidrigen Aktivitäten auf sozialen Netzwerken untersagen, nicht nur jene des BPA auf Facebook. Dann aber wird eine (entscheidungs-)erhebliche Beeinträchtigung staatlicher Öffentlichkeitsarbeit herbeigeführt. Diese ist (einschließlich empirischer Daten) in den Abwägungsprozess der Datenschutzaufsicht einzubringen; aktuell ist daher davon auszugehen, dass ein Abwägungsdefizit vorliegt.

### III. Auswirkungen der Entscheidung des BfDI auf die Hochschulen

Natürlich kann man derzeit noch nicht absehen, wie das Verwaltungsgericht Köln und mögliche weitere Instanzgerichte im Fall BfDI vs. BPA entscheiden werden. Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung, müsste die Untersagungsverfügung des BfDI wegen des Abwägungsdefizits wohl aufgehoben werden. Je nachdem, wie die Entscheidung im Detail begründet wird und welcher Stellenwert den Datenschutzrisiken einerseits und dem Öffentlichkeitsauftrag des Staates andererseits zugemessen wird, könnte ein Verbleib staatlicher Behörden in sozialen Netzwerken kurz- oder langfristig möglich sein.

Was nach derzeitigem Kenntnis- und Verfahrensstand aber sicher ist: Die Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die Hochschulen und wissenschaftlichen Einrichtungen. Wie eingangs geschildert, sind diese vielfach mit Facebook-Fanpages, Instagram- und

Twitter-Accounts oder gar auf TikTok vertreten. Auch sie betreiben Öffentlichkeitsarbeit in diesen sozialen Medien, um insbesondere Schülerinnen und Schüler oder Studierende dort zu erreichen, wo diese sich vielfach aufhalten. Zwar sind die Möglichkeiten zur Öffentlichkeitsarbeit der Hochschulen keineswegs auf soziale Medien beschränkt. Diese spielen aber eine durchaus wesentliche Rolle, wenn man sich nur exemplarisch die Facebook-Fanpages von Hochschulen anschaut. So informiert etwa die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau ihre mehr als 18.000 Follower mehrfach in der Woche über aktuelle Ereignisse, Forschungserkenntnisse oder studentische Belange. Das gilt in ähnlicher Weise für die Technische Universität München mit 104.000 Followern auf Facebook. Es sind aber nicht nur solche empirischen Zahlen, die die Relevanz von sozialen Medien in der öffentlichen Kommunikation von Hochschulen belegen. Öffentlichkeitsarbeit zumindest bei den staatlichen Hochschulen hat einen vergleichbaren verfassungsrechtlichen Hintergrund wie jene der Bundesregierung oder Bundesverwaltung. Sie lässt sich gleichermaßen verfassungsrechtlich auf das Demokratieprinzip zurückführen. Man könnte auch so weit gehen und eine Verbindung zum Prinzip der responsiven Demokratie<sup>67</sup> herstellen. Will der Staat mit seinen Einrichtungen (wie eben auch den Hochschulen) im 21. Jahrhundert sein „Ohr am Puls der Zeit“ halten, muss er die Befindlichkeiten, Erwartungen und Aktivitäten seiner Bürgerinnen und Bürger dort erkunden, wo diese sich befinden: in den sozialen Medien. Dies stärkt auch Akzeptanz und Vertrauen des Staates, nicht zuletzt durch die partizipativen Elemente.<sup>68</sup>

Auch das Hochschulrecht erkennt die Bedeutung öffentlicher Kommunikation der Hochschulen an. So unterrichten die Hochschulen gem. § 2 Abs. 9 LHG (Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg) „die Öffentlichkeit regelmäßig über die Erfüllung ihrer Aufgaben und die dabei erzielten Ergebnisse.“ Auch nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 NGH (Niedersächsisches Hochschulgesetz) ist die Öffentlichkeit durch die Hochschulen über die Erfüllung ihrer Aufgaben sowie über ihre Veranstaltungen zu unterrichten. Ergänzend wird die Kontaktpflege mit ehemaligen Mitgliedern der Hochschule als Aufgabe definiert (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 NGH). Eine solche Kontaktpflege erfolgt insbesondere auch in

<sup>65</sup> <https://mastodon.help/de>.

<sup>66</sup> YouGov, 2022, Bekanntheit der Twitter-Alternative Mastodon in Deutschland insgesamt und nach Altersgruppen im Jahr 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1346383/umfrage/bekanntheit-von-mastodon-in-deutschland/>.

<sup>67</sup> Hierzu bereits Uppendahl, ZParl. 1981, 123 ff.; vgl. auch Rommelfanger, Das konsultative Referendum, 1988, S. 103 ff.; Zittel, Mehr

Responsivität durch digitale Medien?, 2010; sowie Würtenberger, Politik und Kultur, 1985, S. 51 ff., 59 ff.

<sup>68</sup> Allgemein zur Bedeutung von Akzeptanz Würtenberger, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996; vgl. auch Drefs, Die Öffentlichkeitsarbeit des Staates und die Akzeptanz seiner Entscheidungen, 2019.

sozialen Medien. Bemerkenswert ist auch § 2 Abs. 2 BayHIG (Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz): Danach wirken die Hochschulen als offene und dynamische Bildungseinrichtungen in die Gesellschaft hinein. Sie betreiben und fördern den Wissens- und Technologietransfer für die soziale, ökologische und ökonomische Entwicklung. Durch eine kontinuierliche Wissenschaftskommunikation und künstlerischen Austausch setzen sich die Hochschulen für ein besseres Verständnis von Wissenschaft und Kunst ein, befähigen im öffentlichen Diskurs zur Einbringung wissenschaftlich geprüfter Fakten und zur Aufdeckung manipulativer Fehlinformationen. Sie nutzen und unterstützen den Fortschritt durch Digitalisierung in allen Bereichen. Um all diese Aufgaben zu erfüllen, bedarf es eines umfassenden Systems der öffentlichen Kommunikation, Plattformen für die öffentliche Debatte und einer Feedbackstruktur, die den einzelnen erreicht, um ihn zu informieren, vor Desinformation zu bewahren und gleichzeitig aufnimmt, wie diese Personen sich äußern, wie sie agieren und wie sie sich zu diesen Informationen verhalten. Konventionelle Pressekongresse, das lineare Fernsehen oder Printmedien erreichen diese Form der unmittelbaren Kommunikation nicht.

So gesehen müssten die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden ähnliche wie die hier angestellten Abwägungen vornehmen, bevor sie die Nutzung sozialer Medien durch die Hochschulen untersagen. Es ist allemal empfohlen, dass die Hochschulen und ihre Interessenverbände den Rechtsstreit vor dem VG Köln beobachten und zu gegebener Zeit auf diese Entwicklung reagieren bzw. sich für vergleichbare Verfahren wappnen.

#### IV. Fazit: Von Köln nach Europa und wieder zurück

Die datenschutzrechtliche Situation in Europa ist paradox. Derzeit betreibt selbst die EU-Kommission als Hüterin der Verträge und der Einhaltung des Europarechts eine Präsenz auf Facebook und die irische Datenschutzaufsichtsbehörde, die für die Aufsicht gegenüber Meta und anderen großen internationalen Digitalkonzernen zuständig ist, da diese in Irland ihren europäischen Sitz haben, sieht sie selbst keinen Bedarf, in diesem Zusammenhang gegen die Datenverarbeitung bzw. die teilweise unvollständige Bereitstellung von Informa-

tionen zur Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Plattform Facebook vorzugehen. Diese Entscheidung ist ebenfalls kritisch zu hinterfragen. Es zeigt zumindest, dass wir von dem Ziel der DSGVO der europäischen Harmonisierung der Datenschutzstandards in der Praxis noch weit entfernt sind.

Der derzeit vor dem VG Köln geführte Rechtsstreit zwischen zwei deutschen Bundesbehörden ist geeignet, auch Auswirkung auf das europäische Verständnis der DSGVO zu haben. Es bleibt dennoch zu hoffen, dass die Entscheidung den Instanzenzug beschreitet und die Justiz über den Einzelfall hinausgehend die dahinterliegende komplexe demokratische und kommunikative Herausforderung in ihre Überlegungen einbezieht.

Wir erleben aktuell einen Kulturwandel durch die Digitalisierung der Kommunikation. Dieser kann nicht durch die Abschaltung einer einzelnen Fanpage auf einer Plattform durch eine Behörde gelöst werden. Gleichsam stellt ein kollektives Verbot für Behörden, soziale Medien zu nutzen und damit diesen Kommunikationsraum zu verlassen, keine adäquate Lösung dar. Übertragen stellen sich diese Herausforderungen nämlich in vielen weiteren Zusammenhängen, insbesondere auch bei allen Softwareangeboten von amerikanischen und chinesischen Anbietern, die über eine Cloud betrieben werden<sup>69</sup>, allen anderen sozialen Netzwerken und natürlich bei Videokonferenzsystemen, was in der Datenschutzpraxis bereits die verschiedensten Blüten getrieben hat.<sup>70</sup>

Die nationale und europäische Justiz kann zwar dabei helfen, eine einheitliche Datenschutzpraxis in Europa zu formen, es wäre jedoch wünschenswert, wenn die Datenschutzaufsichtsbehörden statt nationaler Alleingänge die praktischen und rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen, um auf eine einheitliche europäische Datenschutzpraxis hinzuwirken.

Prof. Dr. Anne Paschke ist Direktorin des Instituts für Rechtswissenschaften und Professorin für Öffentliches Recht, Technikrecht und Recht der Digitalisierung an der Technischen Universität Braunschweig.

<sup>69</sup> Eine Analyse der deutschen Datenschutzbehörden und des Europäischen Datenschutzausschusses hat ergeben, dass das Datenschutzniveau in den USA, Indien, China und Russland als nicht angemessen zu beurteilen sei, hierzu: <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/02/where-is-data-processing-still-possible>.

<sup>70</sup> Vgl. etwa Hinweise und Orientierungshilfen der Datenschutzaufsichtsbehörden zu datenschutzkonformen Videokonferenzsystemen, exemplarisch: <https://www.bfdi.bund.de/DE/Fachthemen/Inhalte/Telefon-Internet/Datenschutzpraxis/Videokonferenzsysteme.html>.

Simon Pschorr

## *Akademisches Höchstalter für die Juniorprofessur Zur Einordnung der Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track in das System wissenschaftlicher Qualifizierung*

Wie lange ist man eigentlich Nachwuchs?<sup>1</sup> Diese Frage wirft die Debatte rund um die Neugestaltung der Arbeitsbedingungen des wissenschaftlichen Mittelbaus regelmäßig auf. Hochschulen und Forschungseinrichtungen beschäftigen Forschende und Lehrende regelmäßig als „akademischen Nachwuchs“ bis Mitte 40<sup>2</sup> befristet. 2021 mussten sich das VG Freiburg<sup>3</sup> und der VGH Mannheim<sup>4</sup> mit dieser Problematik aus rechtlicher Sicht befassen. Der Antragssteller begehrte, der Antragsgegnerin, einer Universität, zu untersagen, eine Tenure-Track-Professur ‚Neuere Deutsche Literatur mit dem Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft‘ zu besetzen. Die Auswahlkommission der Universität hielt den promovierten, zunächst noch nicht habilitierten Antragssteller nicht mehr für einen „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“.<sup>5</sup>

Der vorliegende Beitrag will der Frage nachgehen, wie lange man auf Juniorprofessuren mit und ohne Tenure-Track berufen werden kann. Hierzu lohnt sich ein Blick zurück: Wie hat sich die Juniorprofessur entwickelt (I)? Die Tenure-Track-Professur sollte wesentliche Defizite der Juniorprofessur ausgleichen. Hier muss die gesetzgeberische Intention näher betrachtet werden (II). Dabei werden ein Konflikt der Juniorprofessur mit und

ohne Tenure-Track mit wesentlichen Wertungen des WissZeitVG und eine Disparität der landesrechtlichen Konzeptionen sichtbar. Mit den Folgen hatten auch die beiden Verwaltungsgerichte zu kämpfen (III). Die Reform des WissZeitVG könnte womöglich dazu beitragen, diese Wertungswidersprüche aufzulösen (IV).

### **I. Entwicklung der Juniorprofessur**

Will man das akademische Höchstalter zur Berufung auf eine Juniorprofessur bestimmen, muss man ihre Wurzeln verstehen. Die Juniorprofessur ist Teil einer intendierten umfassenden Umgestaltung der Hochschullandschaft.<sup>6</sup> Es wird sich zeigen: Diese umfassende Umgestaltung hat nicht stattgefunden.

#### **1. Die Vorstellungen des Bundesgesetzgebers**

Die Juniorprofessur ist eine Erfindung des Bundes. Mit dem Fünften Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes und anderer Vorschriften (5. HRGÄndG) vom 16.02.2002 sollte ein „neuer Weg zur Professur an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen“ geschaffen werden.<sup>7</sup> Der daraus resultierenden neuen Personalkategorie sollte ein Recht zu selbständiger For-

<sup>1</sup> Die Formulierung „wissenschaftlicher Nachwuchs“ beschreibt Forschende und Lehrende, die nicht auf eine Professur berufen wurden. Er wird noch immer weithin verwendet, vgl. etwa § 72 SHSG; § 33 BbgHG; <https://www.bmbf.de/bmbf/de/forschung/wissenschaftlicher-nachwuchs/wissenschaftlicher-nachwuchs.html>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023; BeckOK Hochschulrecht Niedersachsen/Pautsch § 4 NHG Rn. 15; Epping/Epping § 24 NHG Rn. 45; Barnstedt, Die Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs, OdW 2018, 223, 224 ff.; Sieweke, Die Rechte des wissenschaftlichen Nachwuchses im Rahmen der Promotion, JuS 2009, 283. Der Bundesbericht wissenschaftlicher Nachwuchs selbst kritisiert dabei die Begrifflichkeit, vgl. BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 62; siehe auch BuWin 2017, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2017.pdf>, S. 65; zuletzt abgerufen am 06.04.2023; Döring, Wollen wir wirklich BeStI(e)n sein? Ein Plädoyer an und gegen „den wissenschaftlichen Nachwuchs“, abrufbar unter <https://mittelalter.hypotheses.org/9774>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023; Wilms, Wer

wächst wohin? Zum Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses, abrufbar unter <https://www.praefaktisch.de/wissenschaftlicher-nachwuchs/wer-waechst-wohin-zum-begriff-des-wissenschaftlichen-nachwuchses/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023. Im Folgenden wird für die Statusgruppe der Beschäftigten unterhalb der Professur deshalb der neutralere Terminus „wissenschaftlicher Mittelbau“ verwendet.

<sup>2</sup> Vgl. BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 196; <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2023069>

<sup>3</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384.

<sup>4</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932.

<sup>5</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 63.

<sup>6</sup> Zur Konzeption Hoins, Die Juniorprofessur als Zentralfigur der Personalstrukturreform an den Hochschulen, NVwZ 2003, 1343.

<sup>7</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 1.

schung und Lehre<sup>8</sup> zukommen, um „die im internationalen Vergleich unzureichende Selbständigkeit der Postdoktorandinnen und Postdoktoranden zu beseitigen“.<sup>9</sup> Darüber hinaus sollte sie ein Instrument gegen die „lange Qualifikationsdauer des wissenschaftlichen Nachwuchses“ und „das hohe Erstberufungsalter von Professorinnen und Professoren“ sein.<sup>10</sup> In Abkehr vom klassischen Habilitationsmodell<sup>11</sup> sollte die Juniorprofessur als neue „Bewährungsphase für eine Lebenszeitprofessur“ etabliert werden.<sup>12</sup> Die Juniorprofessur sollte nach Vorstellung des Bundesgesetzgebers in möglichst zeitnahe Anschluss an die Promotion angetreten werden, wobei die Länge der Promotions- und Beschäftigungsphase vor der Juniorprofessur insgesamt nicht mehr als sechs Jahre betragen sollte.<sup>13</sup> Jedoch war keine gesetzliche Altersgrenze vorgesehen.<sup>14</sup> Diese (Vor-)Beschäftigungszeit in der Wissenschaft soll im Folgenden als akademisches Alter bezeichnet werden.<sup>15</sup> Nach einer Zwischenevaluierung im Rahmen der Juniorprofessur nach drei Jahren und nach Ablauf von vier bis höchstens sechs Jahren sollte eine Bewerbung auf eine Lebenszeitprofessur<sup>16</sup> erfolgen.<sup>17</sup> Im gleichen Gesetz wurde der Grundstein für das Befristungsrecht des akademischen Mittelbaus gelegt: §§ 57a – 57b HRG aF,<sup>18</sup> die im Regelungskern weitgehend unmodifiziert in das WissZeitVG übernommen wurden.<sup>19</sup>

Doch die Konzeption des Bundesgesetzgebers hielt vor dem Bundesverfassungsgericht nicht stand. Es erklärte die Juniorprofessur<sup>20</sup> für mit dem Grundgesetz unvereinbar.<sup>21</sup> Zwar stand dem Bund zu diesem Zeitpunkt (noch) die Rahmengesetzgebungskompetenz zur Normierung der allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens gem. Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a GG aF zu. Doch überschritt der Bund diesen Kompetenztitel, weil er nicht nur eine Rahmenvorgabe setzte, sondern den Ländern die Möglichkeit entzog, die Sachmaterie entsprechend den besonderen Verhältnissen des Landes zu regeln.<sup>22</sup> Mit seiner detaillierten Regelung des neuen Hochschulpersonalmodells überschritt er zugleich Art. 75 Abs. 2 GG aF.<sup>23</sup> Das Dienstrecht erwies sich für den Bundesgesetzgeber als verfassungswidriges Mittel, um die personelle Organisation der Hochschulen und damit das Hochschulwesen insgesamt grundlegend umzugestalten.<sup>24</sup> Die Literatur erkannte umgehend, dass der Spruch des Bundesverfassungsgerichts die grundlegende Umstrukturierung der Hochschullandschaft beendete, jedoch die Juniorprofessur nicht beerdigte.<sup>25</sup>

Dies besiegelte spätestens das „Reparaturgesetz“<sup>26</sup> zur Änderung dienst- und arbeitsrechtlicher Vorschriften im Hochschulbereich vom 27.12.2004. Mit diesem rettete der Bund das Konzept der Juniorprofessur,<sup>27</sup> indem er in den §§ 42 S. 1, 47 f. HRG nur noch die Personalkategorie

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 1; zu den praktischen Folgen im Lehrdeputat vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.06.2004 - 2 NB 859/04 = NJOZ 2004, 3095, 3096.

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 14.

<sup>10</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 14.

<sup>11</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 15, 18 f.

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 16.

<sup>13</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 16.

<sup>14</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 17.

<sup>15</sup> Dem Verfasser ist bewusst, dass die Berufungspraxis den Begriff geringfügig anders verwendet. Das akademische Alter wird in Berufungsverfahren als Kenngröße der wissenschaftlichen Leistungen relativ zur Lebenszeit bzw. aktiven Publikationszeit genutzt. Siehe hierzu etwa OVG Münster, Beschluss vom 17.01.2022 – 6 B 1512/21 = BeckRS 2022, 294 Rn. 20 ff.; VG Minden, Beschluss vom 31.08.2021 – 4 L 265/21 = BeckRS 2021, 46261 Rn. 23; BeckOK Hochschulrecht Bayern/*Jaburek* Art. 18 BayHSchPG Rn. 56; [https://gb.uni-koeln.de/e2106/e2113/e37146/Handreichung\\_akad\\_Alter\\_UzK\\_ger.pdf](https://gb.uni-koeln.de/e2106/e2113/e37146/Handreichung_akad_Alter_UzK_ger.pdf); [https://www.ufz.de/export/data/2/272592\\_262666\\_Infoblatt\\_Akademisches%20Alter.pdf](https://www.ufz.de/export/data/2/272592_262666_Infoblatt_Akademisches%20Alter.pdf); <https://www.tu-berlin/stabbk/berufungen/berufungsverfahren/akademisches-alter>; [https://www.uni-frankfurt.de/83947891/FAQ\\_de\\_2020.pdf](https://www.uni-frankfurt.de/83947891/FAQ_de_2020.pdf); <https://www.uni-konstanz.de/forschen/akademische-karriereentwicklung/konstanzer-kodex/>; <https://tu-dresden.de/tu-dresden/universitaetskultur/diversitaet-inklusion/ressourcen/dateien/gleichstellung/berufungen/chancengleichheit-in-berufungsverfahren?lang=de>, S. 2, jeweils zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>16</sup> Mit der Terminologie des Bundesgesetzgebers wird im Folgenden die originäre Professur auf Lebenszeit als Lebenszeitprofessur

bezeichnet.

<sup>17</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 17.

<sup>18</sup> Dazu näher BT-Drs. 14/6853, S. 20 ff.

<sup>19</sup> *Geis/Krause* WissZeitVG Einf. Rn. 4, 7; *ErfKomm/Müller-Glöge* § 1 WissZeitVG Rn. 4; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* § 1 WissZeitVG Rn. 3; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke* § 1 WissZeitVG Rn. 1; anders aber *NomosKomm-BR/Jousen* § 1 Rn. 3; *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479; zu den Modifikationen des Anwendungsbereichs auch *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, OdW 2016, 181, 184.

<sup>20</sup> Zu den Folgen für das Befristungsrecht der §§ 57a ff. HRG siehe *Löwisch*, Befristungen im Hochschulbereich - Rechtslage nach dem Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur, NZA 2004, 1065 und *Dieterich/Preis*, Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungsfalle! - Erwiderung auf Löwisch, NZA 2004, 1065 ff., NZA 2004, 1241.

<sup>21</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803.

<sup>22</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2804.

<sup>23</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2804 f.

<sup>24</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2807.

<sup>25</sup> *Janz*, Aus für die Juniorprofessur?, JuS 2004, 852, 855.

<sup>26</sup> Zur Terminologie vgl. *Löwisch*, Die gesetzliche Reparatur des Hochschulbefristungsrechts, NZA 2005, 321.

<sup>27</sup> Bezeichnet als Beseitigung von Rechtsunsicherheiten, vgl. BT-Drs. 15/4132, S. 1; [becklink 129957](https://becklink.129957).

als solche und wenige Berufungsvoraussetzungen normierte.<sup>28</sup> Dennoch schien er das umfassende Reformvorhaben nicht aufgegeben zu haben. Das zeigt sich, wenn man die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zum Regelungszweck näher betrachtet: Erneut wird die späte Berufung auf die Lebenszeitprofessur betont.<sup>29</sup> Neuerlich wird ein erheblicher Verlust kluger Köpfe an den ausländischen Wissenschaftsarbetsmarkt beklagt.<sup>30</sup> Anders als 2002 wurde nunmehr sogar das akademische Höchstalter von sechs Jahren als Soll-Regelung in § 47 S. 2 HRG aufgenommen. Dies sei durch das „Ziel der früheren Selbständigkeit des wissenschaftlichen Nachwuchses in Forschung und Lehre gerechtfertigt“.<sup>31</sup> Als Ausnahme wurde auf neue Regelungen zur familien- und behindertenpolitischen Komponente verwiesen (heute § 2 Abs. 5 WissZeitVG).

Die zuständige Bundesbildungsministerin *Buhlmann* erklärte die Juniorprofessur zum Erfolgsmodell.<sup>32</sup> Doch wurden bis 2018 nur 1304 Juniorprofessuren ohne Tenure-Track<sup>33</sup> bundesweit etabliert – die Zahl ist rückläufig.<sup>34</sup> In den unterschiedlichen Fachrichtungen wird unterschiedlich oft auf die Juniorprofessur zurückgegriffen.<sup>35</sup>

## 2. Die Konzeption der Länder

Die Bundesländer haben die Juniorprofessur in ihre Landeshochschulgesetze aufgenommen.<sup>36</sup> Mit der Föderalismusreform II verlor der Bundesgesetzgeber seine Regelungskompetenz des Hochschulrechts völlig, sodass die Landesnormen gem. Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG fortgeltendes Bundesrecht ablösten. Das neue Hessische Hochschulgesetz bildet insoweit die Ausnahme. Hier ist in § 70 Abs. 3 ff. HessHG eine sog. Qualifikationsprofessur

vorgesehen, die nur ausnahmsweise<sup>37</sup> (§ 70 Abs. 5 S. 1 HessHG) ohne eine sog. Entwicklungszusage gem. § 70 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 HessGH begründet werden darf. Obschon andere Begrifflichkeiten verwendet werden,<sup>38</sup> handelt es sich inhaltlich um Juniorprofessuren mit und ohne Tenure-Track.

Aufgabe der Juniorprofessur ist es, sich durch die selbstständige Wahrnehmung der ihrer Universität obliegenden Aufgaben in Forschung, Kunst, Lehre und Weiterbildung für die Berufung auf eine Professur<sup>39</sup> an einer Universität zu qualifizieren. So formuliert es § 35 Abs. 4 S. 2 NRWHG ausdrücklich.<sup>40</sup> In anderen Bundesländern, beispielsweise Sachsen-Anhalt, ergibt sich dies implizit aus den Berufungsvoraussetzungen auf eine Lebenszeitprofessur (§ 35 Abs. 3 S. 1 LSAHSG).<sup>41</sup> In allen Bundesländern kann man sich auf eine Lebenszeitprofessur bewerben, auch wenn man zuvor keine Juniorprofessur bekleidete. Dem Grunde nach haben somit alle Bundesländer das Regelungskonzept des Bundes, auf dem die Juniorprofessur basiert, übernommen.

Spannend wird es allerdings, wenn man die landesrechtlichen Regelungen zum akademischen Höchstalter betrachtet. Trotz identischer Grundkonzeption normieren die Länder unterschiedliche Höchstvorbeschäftigungszeiten in der Wissenschaft. In Baden-Württemberg etwa soll<sup>42</sup> eine Berufung auf eine Juniorprofessur nur erfolgen, wenn aufsummierte Beschäftigungszeiten<sup>43</sup> an deutschen Hochschulen oder wissenschaftlichen Einrichtungen (vgl. den Verweis in § 51 Abs. 3 S. 3 BWLHG auf § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG) vor und nach der Promotion sechs Jahre nicht überschreiten.<sup>44</sup> Diese zeitliche Begrenzung leitet Frenzel aus der Funktion als Qualifikati-

<sup>28</sup> Näher BT-Drs. 15/4132, S. 13 ff.

<sup>29</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 14.

<sup>30</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 14.

<sup>31</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 15.

<sup>32</sup> becklink 143916.

<sup>33</sup> 2018 waren 276 von insgesamt 1580 Juniorprofessuren Teil des Tenure-Track-Programms, siehe BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 93.

<sup>34</sup> Statistisches Bundesamt, Anzahl der Juniorprofessorinnen und -Professoren nach Geschlecht in Deutschland in den Jahren von 2005 bis 2018, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1244537/umfrage/juniorprofessorinnen-und-professoren-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>35</sup> Näher sowie zum hohen Frauenanteil siehe BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 88 ff.

<sup>36</sup> Die maßgeblichen Normen sind § 51 BWLHG; § 54 RPFHocSchG; § 42 SHSG; § 30 NHG; Art. 14 ff. BayHSchPersG aF bzw. Art. 63 ff. BayHIG nF; §§ 45 f. BbgHG; § 64 S-HHSG; §§ 101, 102a f. BerlHG; § 89 ThürHG; §§ 18 f. HmbHG; § 62 M-VLHG; § 63 SächsHSFG;

§§ 40 f. LSAHSG; §§ 17 f. BremHG; §§ 36, 39 Abs. 5 f. NRWHG.

<sup>37</sup> Diese Ausnahme soll als Überbrückungsmöglichkeit bei negativer Evaluation dienen, vgl. BeckOK Hochschulrecht Hessen/*Globuschütz* § 70 HessHG Rn. 2. Hierfür ist sie disfunktional – ist bei Evaluation ja bereits eine Qualifikationsprofessur begründet.

<sup>38</sup> Der Begriff der Juniorprofessur wurde aufgrund der Stigmatisierungswirkung vermieden, vgl. BeckOK Hochschulrecht Hessen/*Globuschütz* § 70 HessHG Rn. 2.

<sup>39</sup> Auch hier ist die Lebenszeitprofessur gemeint. Das Gesetz soll jedoch wörtlich wiedergegeben werden.

<sup>40</sup> So auch § 51 Abs. 1 S. 1 BWLHG; § 42 Abs. 1 SHSG; § 30 Abs. 1 S. 1 NHG; Art. 63 Abs. 6 S. 1 BayPersHG; § 64 Abs. 1 SHSG; § 89 Abs. 1 S. 1 ThürHG.

<sup>41</sup> So auch § 49 Abs. 2 S. 1 RPFHocSchG; § 41 Abs. 2 S. 1 BbgHG; § 100 Abs. 2 S. 1 BerlHG; § 15 Abs. 2 HmbHG.

<sup>42</sup> Näher Hartmer/Detmer/*Hartmer* Kap. 5 Rn. 115.

<sup>43</sup> Zu den anrechnungsfähigen Zeiten vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 06.07.2005 - 1 Bs 190/05 = NVwZ-RR 2006, 186, 187.

<sup>44</sup> So auch § 42 Abs. 4 SHSG; § 102a S. 4 BerlHG; § 89 Abs. 3 S. 1 ThürHG; § 18 Abs. 4 S. 1 HmbHG; § 63 Abs. 3 S. 1 SächsHSFG.

onsstelle ab.<sup>45</sup> In Schleswig-Holstein (sieben Jahre)<sup>46</sup> und in Mecklenburg-Vorpommern (neun Jahre)<sup>47</sup> wurden höhere Grenzen gewählt.

Bayern hat kürzlich eine vergleichbare Vorschrift (Art. 14 S. 3 BayHSchPersG) abgeschafft und durch Art. 63 Abs. 1 S. 5 BayHIG ersetzt. Hiernach soll auf eine Juniorprofessur berufen werden, wessen Promotion zum Ende der Ausschreibungspflicht nicht mehr als vier Jahre zurückliegt.<sup>48</sup> Auch dies wird mit der Eigenschaft der Juniorprofessur als Qualifikationsstelle begründet.<sup>49</sup> Hier wird also nicht auf das gesamte akademische Alter, sondern nur auf die Länge der Postdoc-Phase zurückgegriffen. In Rheinland-Pfalz können gem. § 54 Abs. 1 S. 4 RPFHochSchG sogar sechs Jahre<sup>50</sup> seit der Promotion vergangen sein.<sup>51</sup>

Schließlich hat Hessen ein Zwittermodell normiert. Dort soll gem. § 70 Abs. 3 S. 3, Abs. 5 S. 2 HessHG eine Berufung nur bis zu einem akademischen Gesamthöchstalter von 9 Jahren und einer Postdoc-Phase von bis zu vier Jahren erfolgen. Nur Bremen (§ 18 Abs. 4 BremHG), Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen haben keine ausdrückliche Regelung.

Alle Bundesländer mit akademischer Höchstaltersbegrenzung berücksichtigen Kindererziehungszeiten explizit.<sup>52</sup> Einschränkungen durch Behinderung bzw. lange Krankheit werden in einigen Landesgesetzen durch Bezugnahme auf das WissZeitVG explizit Rechnung getragen<sup>53</sup> und können ansonsten als Ausnahmekonstellation in der „Soll-Regelung“ verortet werden. Schließlich bringen einige Bundesländer auch Wehrdienst- und Gremienzeiten in Abzug.<sup>54</sup> Dadurch entsteht ein sog. bereinigtes akademisches Alter.

3. Vergleich der landesgesetzlichen Konzeption mit dem WissZeitVG

Unter der Lupe der Regelungsziele des Bundesgesetzgebers 2002 und 2004 wirkt das Regelungsmodell des akademischen Höchstalters von sechs Jahren kohärent: Wie oben skizziert sollte der Weg zur Professur umgestaltet werden und die Juniorprofessur an die Stelle der Habilitation treten. Die Habilitationsschrift wurde regelmäßig während einer Beschäftigung als Postdoc auf einer Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter angefertigt. Für diese Tätigkeit sollte ein zeitlicher Höchststrahmen von sechs Jahren gesetzt werden (sog. Qualifikationsphase).<sup>55</sup> Die sechsjährige Juniorprofessur sollte der bevorzugte Qualifikationsweg für zukünftige Lebenszeitprofessuren sein. Damit wird ein dreistufiger Karriereaufbau vorgezeichnet: Promotionsphase (R<sub>1</sub>), Qualifikationsphase als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder Juniorprofessor (R<sub>2</sub>), Lebenszeitphase (R<sub>3</sub>).

Diejenigen Länder,<sup>56</sup> welche sich vom akademischen Gesamthöchstalter gelöst haben und nur noch oder auch die Postdoc-Phase betrachten, folgen einem anderen Regelungsmodell: Sie orientieren sich<sup>57</sup> an einem vierstufigen Karriereaufbau, den der Wissenschaftsrat 2014 bewarb.<sup>58</sup> Auf die Promotionsphase (R<sub>1</sub>) sollte eine Postdoc-Phase (R<sub>2</sub>) folgen, die die Evaluationsphase (R<sub>3</sub>) vorbereitet, die schließlich in der Lebenszeitphase (R<sub>4</sub>) enden soll. Die Juniorprofessur wird so zum Baustein der Evaluationsphase (R<sub>3</sub>). Statt also nach der Vorstellung des Bundesgesetzgebers von 2002 bzw. 2004 die Laufzeit bis zur Lebenszeitprofessur zu verkürzen, verlängert dieses System den wissenschaftlichen Karriereweg um vier bis sechs Jahre.

<sup>45</sup> BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg/Frenzel § 51 Rn. 14.

<sup>46</sup> § 64 Abs. 3 S. 1 S-HHSG.

<sup>47</sup> § 62 Abs. 1 S. 4 M-VLHG.

<sup>48</sup> So auch § 45 Abs. 2 S. 1 BbgHG.

<sup>49</sup> BayLT-Drs. 18/22504, S. 119.

<sup>50</sup> In der Medizin neun Jahre.

<sup>51</sup> So auch § 40 S. 2 LSAHSG.

<sup>52</sup> § 70 Abs. 3 S. 3 Hs. 2, Abs. 4 S. 2 HessHG; § 45 Abs. 2 S. 3 BbgHG; Art. 63 Abs. 1 S. 7 BayHIG; § 102a S. 4 Hs. 2 BerlHG; § 51 Abs. 3 S. 2 BWLHG, § 89 Abs. 3 S. 2 ThürHG, § 18 Abs. 4 S. 2 HmbHG, § 62 Abs. 1 S. 5 M-VLHG, § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG und § 64 Abs. 3 S. 2 S-HHSG jeweils i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3 WissZeitVG.

<sup>53</sup> § 42 Abs. 4 S. 2 SHSG und § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 WissZeitVG

<sup>54</sup> § 51 Abs. 3 S. 2 BWLHG, § 64 Abs. 3 S. 2 SH-HSG,

§ 89 Abs. 3 S. 2 ThürHG, § 18 Abs. 4 S. 2 HmbHG,

§ 62 Abs. 1 S. 5 M-VLHG, § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG und

§ 42 Abs. 4 S. 2 SHSG jeweils i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 4, 5 WissZeitVG.

<sup>55</sup> Geis/Krause WissZeitVG Einf. Rn. 4.

<sup>56</sup> Mecklenburg-Vorpommern hat dieses System im Wesentlichen übernommen, da auch bei Ausschöpfung der Höchstbefristungsdauer in der Promotionsphase nach § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG noch drei Jahre Postdoc-Phase verbleiben, bevor die Bewerbung auf die Juniorprofessur regelweise gesperrt ist.

<sup>57</sup> Siehe explizit BeckOK Hochschulrecht Hessen/Globuschütz § 70 Rn. 2.

<sup>58</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 400 9 -14, abrufbar unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?blob=publicationFile&v=2>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 18.



## II. Der Tenure-Track als „Juniorprofessur Plus“

Dieser vierstufige Karriereaufbau des Wissenschaftsrats von 2014 sieht jedoch in der Evaluationsphase (R3) eine weitere Modifikation vor: Den Tenure-Track. Dieser sollte eine konzeptionelle Weiterentwicklung der Juniorprofessur sein.<sup>59</sup> Die rechtliche Regelungsstruktur dieser Beschäftigungsform wird im Folgenden betrachtet.

### 1. Konzeption des Tenure-Track-Programms

Auch das Instrument des Tenure-Tracks wurde durch den Bund initiiert, allerdings mangels Kompetenz nicht als Gesetzgeber, sondern mit dem Tenure-Track-Programm des Bundesministeriums für Bildung und Forschung 2016.<sup>60</sup> Hiermit fördert der Bund die Einrichtung von insgesamt 1000 sog. Tenure-Track-Professuren für insgesamt 15 Jahre. Auch dieses Programm zielt auf einen „Kulturwandel an den deutschen Universitäten“ ab und soll „ein[en] zusätzliche[n] Karriereweg zur Professur“ etablieren.<sup>61</sup> Daneben spielt nunmehr aber auch die mangelnde Sicherheit der Karriereentwicklung eine Rolle.<sup>62</sup> Bund und Länder haben hinsichtlich der Details des Programms eine Verwaltungsvereinbarung gem. Art. 91b Abs. 1 GG getroffen.<sup>63</sup> Sog. „jungen“ Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern sollte nach der Präambel dieser Vereinbarung früher als bisher eine Entscheidung über den dauerhaften Verbleib im Wissenschaftssystem ermöglicht werden. Die Tenure-Track-Professur sollte als eigenständiger Karriereweg neben dem herkömmlichen Berufungsverfahren auf eine Professur an deutschen Universitäten stärker etabliert werden.

Die Idee lautete also scheinbar: Die Tenure-Track-Professur sollte neben die bereits eingeführten Instru-

mente Postdoc-Phase im gem. § 2 Abs. 1 S. 2 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnis und Juniorprofessur ohne Tenure-Track treten. Dies deutete darauf hin, die Tenure-Track-Professur sei der Qualifikationsphase (R2) in einem dreistufigen Karriereaufbau zuzuordnen. In eine andere Richtung weist jedoch bereits § 4 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung, die ein Hausberufungsverbot als Soll-Vorschrift regelt. Demnach sollen Beschäftigte die Universität wechseln oder zwei Jahre außerhalb der Promotionshochschule tätig gewesen sein, bevor sie sich auf eine hiesige Tenure-Track-Professur bewerben. Ansonsten ist im fünften Spiegelstrich von § 4 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung nur von einer „frühen Karrierephase“ die Rede. Des Weiteren sollten gem. § 4 Abs. 2 S. 1 der Verwaltungsvereinbarung Beschäftigte berücksichtigt werden, die bereits auf einem anderen Qualifizierungspfad unterwegs seien. Blickt man in den vorbildgebenden Bericht des Wissenschaftsrats, wird die Tenure-Track-Professur der Evaluationsphase (R3) zugeordnet und soll auf eine bis zu vierjährige<sup>64</sup> Postdoc-Phase (R2) folgen.<sup>65</sup> An dieser Karrierestruktur orientiert sich auch das Emmy-Noether-Programm der DFG.<sup>66</sup> Das heißt im Ergebnis: bis zu 6+4+6 = 16 Jahre bis zur Berufung auf die Lebenszeitprofessur;<sup>67</sup> deutlich länger als der Bundesgesetzgeber 2002 und 2004 zu normieren beabsichtigte.

### 2. Landesrechtliche Umsetzung

Bundesgesetzlich oder in einer Verwaltungsvereinbarung verankert ist diese Karrierestruktur nicht.<sup>68</sup> Ein Blick in die Landesgesetze zeigt: Die Konzeption bildet sich im Recht nur teilweise ab. Zwar ist die Tenure-Track-Professur in allen Landeshochschulgesetzen geregelt<sup>69</sup> – in Hessen unter dem Namen Qualifikationspro-

<sup>59</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 4009-14, abrufbar unter [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 11.

<sup>60</sup> Näheres siehe <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/das-bund-laender-programm>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>61</sup> <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/das-bund-laender-programm>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>62</sup> <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/die-tenure-track-professur>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>63</sup> Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Absatz 1 des Grundgesetzes über ein Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 19.10.2016, abrufbar unter <https://www.tenuretrack.de/de/dateien/tenure-track/verwaltungsvereinbarung-wissenschaftlicher-nachwuchs-2016.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>64</sup> Zum internationalen Vorbild *Kauhaus*, Postdoc Forever: Ist das Wissenschaftszeitvertragsgesetz zu großzügig?, <https://www.alma-meta.de/postdoc-forever-ist-das-wissenschaftszeitvertragsgesetz->

[zu-grosszuegig/](https://www.alma-meta.de/postdoc-forever-ist-das-wissenschaftszeitvertragsgesetz-), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>65</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 4009-14, abrufbar unter [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 11.

<sup>66</sup> [https://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/emmy\\_noether/index.html](https://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/emmy_noether/index.html), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>67</sup> In Baden-Württemberg liegt das Erstberufungsalter auf eine Lebenszeitprofessur aktuell bei durchschnittlich 42 Jahren, siehe unter <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2023069>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>68</sup> Siehe auch VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 6.

<sup>69</sup> § 51b BWLHG; § 43 Abs. 2 S. 8 SHSG; § 55 Abs. 1 RPFHochSchG; § 30 Abs. 4 S. 4 NHG; Art. 63 Abs. 4 S. 1 BayHIG; § 62a Abs. 1 S. 1 S-HHSG; § 45 Abs. 2 S. 1 BbgHG; § 102c BerlHG; § 85 Abs. 1 S. 4 Nr. 4 ThürHG; § 14 Abs. 6 Nr. 3 HmbHG; § 62a Abs. 1 S. 1 M-VLHG; § 59 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SächsHS-FG; § 36 Abs. 2 S. 4 Nr. 2 LSAHSG; § 18a BremHG; § 38a Abs. 1 NRWG.

fessur gem. § 70 Abs. 3 HessHG. Allerdings hat das akademische Höchstalter für die Tenure-Track-Professur nur in Brandenburg eine Sonderregelung gefunden. Hier kann man sich gem. § 45 Abs. 2 S. 2 BbgHG bis zu sechs Beschäftigungsjahre, also zwei Jahre länger als nach der Konzeption des Wissenschaftsrats, nach der Promotion auf eine solche Stelle bewerben.

In den anderen Bundesländern sind Tenure-Track-Professuren im Regelfall<sup>70</sup> Juniorprofessuren mit Zusage einer späteren Übernahme auf eine Lebenszeitprofessur, sofern eine Evaluation positiv ausfällt. In Baden-Württemberg wird in § 51b Abs. 1 S. 1 BWLHG dezidiert auf § 51 LHG verwiesen. In Rheinland-Pfalz wird ausdrücklich das akademische Höchstalter für Juniorprofessuren gem. § 54 Abs. 1 S. 4 RPFHochSchG in Bezug genommen.<sup>71</sup> Das bedeutet: Das akademische Höchstalter der Juniorprofessur begrenzt unmittelbar auch den Bewerberkreis der Tenure-Track-Professur.<sup>72</sup> In Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz korrespondiert dieses mit dem vierstufigen Karrieremodell.<sup>73</sup> In den anderen Bundesländern nicht. Mithin hat sich dort das Konzept des Wissenschaftsrats nicht normativ niedergeschlagen. Vielmehr wird ein dem Grundsatz dreistufiger Karriereaufbau und zugleich das Tenure-Track-Modell verfolgt, wobei letzteres der Logik des vierstufigen Karriereaufbaus folgt.

### III. Akademisches Höchstalter zur Berufung auf die Tenure-Track-Professur nach der verwaltungsrechtlichen Judikatur

Das VG Freiburg<sup>74</sup> musste in Anwendung dieses widersprüchlichen Landesrechts über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eines erfolglosen Bewerbers um eine Tenure-Track-Professur an der Universität Freiburg entscheiden. Der Antrag hatte erstinstanzlich Erfolg.

Der Bewerber blickte zum Entscheidungszeitpunkt<sup>75</sup> auf eine Vorbeschäftigungszeit von 11 Jahren zurück, wobei das Gericht offen lassen konnte, ob dieses akademische Alter nach § 51 Abs. 3 S. 2, 3 BWLHG i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3-5 WissZeitVG zu korrigieren war.<sup>76</sup> Jedenfalls überschritt der Bewerber das akademische Höchstalter von sechs Jahren deutlich. Dennoch hielt das Gericht den Bewerber nicht grundsätzlich für ungeeignet. Das Gericht nahm an, das Tenure-Track-Verfahren sei als systemische Ausnahme von der Soll-Regelung des akademischen Höchstalters anzusehen.<sup>77</sup>

Dem ist nicht zu folgen. Wie gezeigt, hat Baden-Württemberg zwar das Tenure-Track-Programm, jedoch nicht die Wertungen des Wissenschaftsrats in das Gesetz implementiert. Stattdessen verweist die Sonderregelung des § 51b Abs. 1 S. 1 BWLHG dezidiert auf § 51 LHG. Hätte der Landesgesetzgeber für das Tenure-Track-Verfahren ein von § 51 BWLHG abweichendes akademisches Höchstalter regeln wollen, so hätte er dies in § 51b BWLHG verankert oder jedenfalls den Verweis eingegrenzt. Dies ist nicht der Fall. Durch die Verankerung der Tenure-Track-Professur im Gesetz kann auch nicht von einer Ausnahmekonstellation gesprochen werden – vielmehr handelt es sich um einen Standardfall der Besetzung einer Juniorprofessur. Schließlich bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Landesgesetzgeber die Regelungsproblematik übersehen hat, es sich mithin um eine planwidrige überschießende Regelung handelte.<sup>78</sup>

Sodann fragte sich das Verwaltungsgericht, ob der Bewerber habe ausscheiden müssen, weil er kein „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ sei.<sup>79</sup> Aus diesem Grunde hatte die Berufungskommission den zunächst auf Platz eins eingeordneten Bewerber formal ausgeschieden.<sup>80</sup> Dabei war dieses Kriterium nicht Teil des Ausschreibungstextes gewesen – dort war nur von „hochqualifizierten Nachwuchswissenschaftle-

<sup>70</sup> Ausnahmsweise W2-Professuren, zB gem. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RPFHochSchG in Rheinland-Pfalz und gem. § 62a Abs. 1 S. 1 S-HHSG in Schleswig-Holstein.

<sup>71</sup> So auch § 18a Abs. 3 BremHG.

<sup>72</sup> Zur Übertragung der Voraussetzungen der Juniorprofessur auf die Tenure-Track-Professur auch BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen/Pernice-Warnke § 36 Rn. 24; offen lassend Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>73</sup> Zu den fehlenden Regelungen in Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen s.o.

<sup>74</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384.

<sup>75</sup> Wobei das akademische Alter des Bewerbers während des langwierigen Besetzungsverfahrens deutlich angewachsen war VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 57.

<sup>76</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 49.

<sup>77</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 51.

<sup>78</sup> Siehe BWLT-Drs. 16/3248, S. 41.

<sup>79</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 30.

<sup>80</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 6 f.

rinnen und -wissenschaftlern“ die Rede.<sup>81</sup> Auch auf die Verwaltungsvereinbarung zum Bund-Länder-Programm war nicht verwiesen worden.<sup>82</sup> Das Verwaltungsgericht hielt dieses Kriterium schließlich nicht für geeignet, weil die daraus resultierenden Anforderungen an die Bewerbung nicht konkretisierbar seien.<sup>83</sup>

Insofern ist dem Gericht zuzustimmen. Wie lange die „frühe Karrierephase“ dauert, ist mangels gesetzlicher Konzipierung einer Karrierephase vor der Tenure-Track-Professur (R2) in Baden-Württemberg nicht aufgrund eines konturierten Gesetzgeberwillens bestimmbar. Die Überlegungen des Wissenschaftsrats können mangels demokratischer Legitimation nicht herangezogen werden, zumal es an einem gesetzlichen Anker fehlt, zu dessen Auslegung sie herangezogen werden könnten.

Schließlich konstatierte das Verwaltungsgericht, auch der Begriff des „Nachwuchswissenschaftlers“ könne nicht bestimmt werden, sodass auch dieser nicht als formales Ausschlusskriterium geeignet sei.<sup>84</sup> Dem allerdings widersprach der Verwaltungsgerichtshof. Dieser stellte fest, dass der Bewerber wegen seiner zwischenzeitlichen Habilitation nicht mehr im Rahmen des Tenure-Track-Programms förderfähig und nicht mehr „auf dem Karriereweg zur Professur“ i.S.d. § 4 Abs. 2 der Verwaltungsvereinbarung zum Bund-Länder-Programm war, sondern diesen vielmehr abgeschlossen habe.<sup>85</sup> Mit der Berufungsfähigkeit sei der Bewerber kein Adressat des Tenure-Track-Programms mehr.<sup>86</sup> Dies werde dadurch bestätigt, dass die Tenure-Track-Professur landesrechtlich eine Juniorprofessur sei, zu deren Aufgaben es gehöre, sich zu qualifizieren.<sup>87</sup> Deshalb musste sich der Verwaltungsgerichtshof zur Anwendung des § 51 Abs. 3 S. 1 LHG nicht äußern.

Während das erstere Argument des Verwaltungsgerichtshofs mangels klarer Verankerung der Anforderungen des Tenure-Track-Programms in der Ausschreibung nicht verfangt, greift der zweite Begründungsansatz. Die Juniorprofessur ist nach der Konzeption des Gesetzge-

bers Baustein der Qualifikationsphase (R2). Die Juniorprofessur auch für die Lebenszeitphase im dreistufigen Karriereaufbau (R3) zu öffnen, widerspricht diesem Gesetzgeberwillen. Durch das Qualifizierungsziel findet dieser Gesetzgeberwille auch einen Anker im Gesetzestext. Mithin scheiden habilitierte Personen aus dem Bewerberkreis um die Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track aus.<sup>88</sup> Gleiches gilt für Personen, die habilitationsäquivalente Leistungen erbracht haben. Dies ist allerdings dahingehend unglücklich, als bei der Bewertung, ob solche vorliegen, einer Berufungskommission ein erheblicher Einschätzungsspielraum zukommt.<sup>89</sup> Um Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen, können deswegen nur evident berufungsfähige Personen ausscheiden.<sup>90</sup> Habilitierende sind noch auf dem Karriereweg zur Professur und deshalb geeignete Bewerber.<sup>91</sup>

#### IV. Vereinheitlichungsimpuls durch die Reform des WissZeitVG

Wie gezeigt korrespondiert die landesrechtliche Ausgestaltung der Juniorprofessur mit Tenure-Track in vielen Bundesländern nicht mit dem zugrundeliegenden vierstufigen Karriereaufbau. Dies verursacht Auslegungskonflikte und Rechtsunsicherheit in Berufungsverfahren. In den Bundesländern, die diese Problematik adressierten, passt die Juniorprofessur ohne Tenure-Track jedoch nicht mehr zum dreistufigen Karriereaufbau, der den befristungsrechtlichen Regelungen des WissZeitVG zugrundeliegt. Die Juniorprofessur schafft mithin in allen Bundesländern Friktionen im Karriereaufbau. Angesichts dessen zeichnet sich eine Tendenz an den Hochschulen ab, die Regelungen zum akademischen Gesamthöchstalter oder zur Beschäftigungsdauer nach der Promotion schlicht zu ignorieren und die Juniorprofessur als Karriereoption nach Ausschöpfung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 S. 2 WissZeitVG zu sehen. Das führt entgegen des Gesetzgeberwillens

<sup>81</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 4.

<sup>82</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 33.

<sup>83</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 42.

<sup>84</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 45.

<sup>85</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 9.

<sup>86</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 9 f.

<sup>87</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 11.

<sup>88</sup> aA Herrmann, Kein Tenure Track wegen „Überqualifikation“, *Forschung & Lehre* 2020, 218, 219 f., verkennend, dass der Wissenschaftsrat nur aktuell qualifizierenden, nicht aber qualifizierten Wissenschaftlern einen zusätzlichen Weg zur Professur eröffnen wollte – ungeachtet der Nicht-Berücksichtigungsfähigkeit dieser Wertungen mangels Umsetzungswille des Gesetzgebers. So wohl auch BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen/Pernice-Warne § 36 Rn. 18; widersprüchlich Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>89</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 01.07.2022 – 4 S 483/22 = BeckRS 2022, 17418 Rn. 5, bezugnehmend auf BVerfG, Beschluss vom 05.02.2020 – 1 BvR 1586/14 = NVwZ 2020, 1829, 1831 Rn. 23.

<sup>90</sup> In diese Richtung auch Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>91</sup> Nicht aufgelöst bei Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

nicht zu einer schnelleren und transparenteren Wissenschaftskarriere, sondern zur Zuordnung von Wissenschaftlern zum Mittelbau bis in das fünften Lebensjahrzehnt.

Möglicherweise könnte die Reform des WissZeitVG<sup>92</sup> einen Impuls zur Vereinheitlichung der Karrierewege in allen Bundesländern setzen. Hier ist das sog. Anschlusszusagemodell in Diskussion.<sup>93</sup> Dieses sieht in seiner Variante als „Drei-Phasen-Modell“ eine maximal zweijährige Orientierungsphase vor. Hierauf soll eine Entwicklungsphase folgen, die (wie die Tenure-Track-Professur) bei positiver Evaluation anhand einer Ziel- und Leistungsvereinbarung auf eine unbefristete Beschäftigung führen soll. Unterschied: Hier wird eine Beschäftigung im akademischen Mittelbau angestrebt, während die Tenure-Track-Professur auf eine Lebenszeitprofessur führt. Mit diesem Modell wird ein verlässlicher Karrierepfad nach der Promotion angestrebt, um die nachhaltige Prekarisierung Promovierter durch Kettenbefristungen zu bekämpfen. Dasselbe Ziel verfolgt die Tenure-Track-Professur.

Anschlusszusagemodell, sowie Juniorprofessur ohne und mit Tenure-Track können in einem kohärenten Karrieremodell vereinbart werden: Versteht man die Orientierungsphase i.S.d. Anschlusszusagemodells als Postdoc-Phase (R2), könnte die Tenure-Track-Professur der „schnelle“ Weg zur Lebenszeitprofessur (Evaluationsphase R3) für risikobereite Bewerber darstellen, während das Durchlaufen der Entwicklungsphase (i.S.d. Evaluationsphase R3) von denjenigen favorisiert werden könnte, die nicht unbedingt eine Professur anstreben oder den Weg der klassischen Habilitation beschreiten wollen. Die

Juniorprofessur ohne Tenure-Track könnte schließlich für diejenigen verbleiben, die erwarten, eine Habilitation<sup>94</sup> oder habilitationsäquivalente Leistungen in sechs Jahren erbringen zu können bzw. keine dauerhafte Beschäftigung in der Wissenschaft anstreben. Es ergäbe sich mithin ein „Drei-Pfade-Karrieremodell“ nach der Promotion.

Schlüssig wird dieses „Drei-Pfade-Karrieremodell“, wenn die Landesgesetzgeber das akademische Höchstalter zur Bewerbung auf eine Juniorprofessur parallel zu den Phasen des Anschlusszusagemodells normierten.<sup>95</sup> Das bedeutete: Auf eine Juniorprofessur solle sich bewerben können, wer ein bereinigtes akademisches Höchstalter von maximal acht Jahren aufweist. Nach der Orientierungsphase stehen sodann drei Wege offen: Von der Juniorprofessur (1) mit und (2) ohne Tenure-Track unmittelbar auf die Lebenszeitprofessur („up or out“) und (3) über die Entwicklungsphase auf eine entfristete Stelle im akademischen Mittelbau, von der aus man sich auf eine Führungsposition in Wissenschaft und Forschung – einschließlich der Lebenszeitprofessur – bewerben kann. Dieses neue Karrieremodell würde eine Selbstverständlichkeit des allgemeinen Arbeitsmarkts auch im Wissenschaftssystem etablieren: Nicht alle wollen Führungskraft werden und trotzdem auf sicherer Beschäftigungsgrundlage mit ihrem Fleiß und ihrem Know-How zum Erfolg des Arbeitgebers beitragen.

Simon Pschorr ist Staatsanwalt und Abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er lehrt und promoviert im Strafrecht. Darüber hinaus forscht er im Hochschulrechtsrecht.

<sup>92</sup> Vgl. zu den Eckpunkten der bisher geplanten Reform [https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2023/230317-wisszeitvg.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2023/230317-wisszeitvg.pdf?__blob=publicationFile&v=1), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>93</sup> Siehe hierzu *Pschorr*, Ein Kompromiss, der seinen Namen verdient, abrufbar unter <https://www.jmwiarda.de/2023/03/28/einkompromiss-der-seinen-namen-verdient/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>94</sup> Zwar wird nicht übersehen, dass die Juniorprofessur als Alternative zur Habilitation konzipiert war. In der Berufungspraxis wird das erfolgreich evaluierte Durchlaufen der Juniorprofessur

jedoch noch nicht allgemein als habilitationsäquivalente Leistung anerkannt, weshalb noch immer „zur Sicherheit“ in dieser Phase habilitiert wird.

<sup>95</sup> Darüber hinaus könnte angedacht werden, auch ein akademisches Höchstalter für die Bewerbung auf die Entwicklungsphase zu normieren, um Bewerbungen aus dem Ausland bzw. von Postdocs, die nach einer die Orientierungsphase überschreitenden Auslandsphase mit Wettbewerbsvorteilen zurückkehren. Dies kann allerdings Auswirkungen auf die Durchlässigkeit der Karrierepfade untereinander haben. Insoweit ist Beschäftigtenflexibilität gegen Egalität bei der Stellenbesetzung abzuwägen.

Antonia Hagedorn  
*Wissenschaft und Exportkontrolle*  
*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung*  
*des deutschen und internationalen*  
*Wissenschaftsrechts e. V. am 27. April 2023*

Prof. Dr. Volker Epping, Präsident der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität und Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts, stellte einleitend die Bedeutung der Exportkontrolle für die Wissenschaft dar. Durch diese Regelungen erführen die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 GG verankerte Wissenschaftsfreiheit ebenso wie die verfassungsrechtlich abgesicherte Außenwirtschaftsfreiheit<sup>1</sup> ihre Schranken.

Relevant werde die Exportkontrolle in jedem Bereich der Wissenschaft, was für die Betroffenen nicht immer intuitiv erkennbar sei. Verstöße gegen das Exportkontrollrecht führten im Einzelfall zu strafrechtlichen Sanktionen, weshalb gute Kenntnisse in diesem Bereich speziell für die jeweilige Institutsleitung als Ausfuhrverantwortliche<sup>2</sup> unentbehrlich seien. Epping erklärte als Ziel der Veranstaltung, Einblicke in die Grundzüge des Exportkontrollrechts zu vermitteln und anhand praktischer Beispiele Hilfestellungen für den Umgang mit dem Regime zu geben.

## **I. Grundlagen des deutschen und europäischen Exportkontrollrechts**

Einführend betonte Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang, Direktor des Instituts für Zoll- und Außenwirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, die Notwendigkeit der Etablierung eines Exportkontrollmechanismus in wissenschaftlichen Einrichtungen. Stets bestünde die Möglichkeit einer Außenwirtschaftsprüfung, es drohten Straf- oder Bußgeldverfahren sowie Reputationsschäden. Zugleich gingen mit der Exportkontrolle aber auch Sicherheitsaspekte einher, indem Wissen und Technologie vor Missbrauch geschützt wer-

den würden. Anschließend stellte Wolfgang die wesentlichen Strukturen des Exportkontrollrechts auf europäischer und deutscher Ebene dar.

### **1. Ziele und Rechtsrahmen der Exportkontrolle**

Die Exportkontrolle verfolge unterschiedliche Ziele: Mit der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und konventionellen Rüstungsgütern werde die Wahrung nationaler Sicherheitsinteressen sowie die Gewährleistung der Sicherheit der Europäischen Union einschließlich ihrer Mitgliedstaaten und Bürger bezweckt. Im Rahmen der Zusammenarbeit mit anderen Universitäten müsse etwa berücksichtigt werden, dass nicht all diese in einer Weise wie die deutschen Einrichtungen abgesichert seien. Ferner solle das friedliche Zusammenleben der Völker ebenso wie der Zweck erreicht werden, Konfliktstärkung in Krisengebieten zu verhindern. Die Exportkontrolle diene ferner dem Schutz vor Terrorismus, der Einhaltung von Menschenrechten und letztlich auch der Durchsetzung politischer und ökonomischer Ziele.

Diese Ziele könnten durch Bedrohungslagen insbesondere im Bereich von Waffen und der Trägertechnologie sowie im Bereich des Terrorismus konterkariert werden. Entsprechende Bedrohungen ergäben sich speziell unter Berücksichtigung der großen Reichweite russischer Raketen sowie der zahlreichen aktuellen Kriege und Konflikte weltweit, wie dem russischen Angriff auf die Ukraine<sup>3</sup>. Bedrohungen gingen auch von Chinas deklariertem Anspruch auf Taiwan<sup>4</sup> aus, wobei sich entsprechende Konflikte vom regionalen auf weltweite Bereiche ausweiten könnten.

Angesichts dieser Hintergründe verdeutlichte Wolfgang die Relevanz der Zusammenarbeit im Exportkont-

<sup>1</sup> Grundlegend Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, Tübingen 1998.

<sup>2</sup> Vgl. aktuell auch Ossenkopp/Wien, Der Ausfuhrverantwortliche in der Wissenschaft, Eigenschaft des Ausfuhrverantwortlichen in außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Hochschulen, AW-Prax 2023, 157 (157 ff.).

<sup>3</sup> S. aktuell im Kontext der Sanktionen gegenüber Russland Schöffski, Sanktionen gegenüber Russland und Belarus: Ist der

„Ausfuhrverantwortliche“ auch für die Einhaltung von import- und einkaufsrelevanten Sanktionen verantwortlich?, CCZ 2023, 115 (115 ff.).

<sup>4</sup> Hierzu s. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Kurzinformation, Zum Herrschaftsanspruch der Volksrepublik China über Taiwan, WD 2 – 3000 – 063/22 (30.8.2022), <https://www.bundestag.de/resource/blob/913192/5449ed870b974dd3543e235bda193df5/WD-2-063-22-pdf-data.pdf> (zul. aufg. am 1.5.2023).

rollrecht, die sich in einer Gemengelage von Regelungen auf drei Ebenen äußerte: Auf internationaler Ebene veröffentlichte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen<sup>5</sup> Beschlüsse wie die Anordnung von Embargos etwa gegen den Iran<sup>6</sup>. Ferner seien die UN-Resolution 1540 zum Kampf gegen Terror<sup>7</sup> ebenso wie Terroristenlisten zu berücksichtigen. Hierneben seien internationale Verträge wie etwa der Vertrag über die Nichtverbreitung von Atomwaffen, das Chemie- und das Biowaffenübereinkommen relevant. Außerdem finde eine internationale Zusammenarbeit mit Soft-Law Regimen wie der Nuclear Suppliers Group, der Australia Group, dem Missile Technology Control Regime und dem Wassenaar Arrangement statt. Schließlich sei im internationalen Bereich auch die Weltzollorganisation von Bedeutung.

Auf Europäischer Unionsebene kämen Verordnungen wie insbesondere die EU-Dual-Use-VO zur Anwendung; im nationalen Recht finde die Exportkontrolle ihren Ausdruck im deutschen KrwaffKontrG, dem AWG und der AWV. All jene Vorschriften enthielten als Ausnahmen zur Außenwirtschaftsfreiheit Verbote und Genehmigungsvorbehalte; als mögliche Rechtsfolgen kämen im Einzelnen eine Zulässigkeit der beabsichtigten Aktivität (mit Genehmigung) sowie ein Verbot in Betracht.

In Bezug auf außenwirtschaftliche Beschränkungen auf nationaler Ebene nannte *Wolffgang* als aktuelles Beispiel den beabsichtigten Verkauf des Kerngeschäfts Wärmepumpen des Energieherstellerunternehmens Viessmann an das US-amerikanische Unternehmen Carrier<sup>8</sup>, der auf Grundlage der in AWG und AWV verankerten Regelungen durch das BMWK geprüft wird.<sup>9</sup>

## 2. Anknüpfungspunkte der Exportkontrolle

Sodann stellte *Wolffgang* die zahlreichen Anknüpfungspunkte der Exportkontrolle dar. Entscheidend sei zunächst die Frage, welche Güter betroffen sind. Hier wür-

de zwischen verkörpertten Waren sowie einer jeweils in Speichermedien verkörpertten Technologie und Software unterschieden. Maßgeblich für die Exportkontrolle seien insbesondere Kriegswaffen, Rüstungs- und Dual-Use-Güter. Während erstere beide lediglich national gelistet seien, erführen Dual-Use-Güter auch eine Listung auf Europäischer Unionsebene. Außerdem werde auf Unionsebene an einzelne Länder angeknüpft, indem einerseits gegen bestimmte Länder ein Total-, Teil- oder ein Waffenembargo erlassen werde. Als Waffenembargoländer seien insbesondere China, der Iran und Russland<sup>10</sup> beachtlich. Andererseits würden bestimmte Länder auch als sensitiv gem. Art. 4 Dual-Use-VO eingestuft. Seien Dual-Use-Güter nicht bereits in einer Liste aufgeführt, dann finde eine verwendungsbezogene Kontrolle in Bezug auf militärische Zwecke statt, sofern die Güter in bestimmte Länder gem. Art. 4 EU-Dual-Use-VO i.V.m. Länderlisten oder gem. § 9 AWV ausgeführt werden sollen. In diesem Fall werde eine Kenntnis des Ausführers von der spezifischen Verwendungsabsicht verlangt (sog. Verwendungsbezug).

Weiterer Anknüpfungspunkt der Exportkontrolle seien Technologien, also spezifisches technisches Wissen, welches für die Entwicklung, Herstellung und Verwendung von Gütern notwendig sei. Entwicklung meine hierbei alle Stufen der Serienfertigung und Herstellung all jene der Fabrikation, wohingegen Verwendung die Bereiche Betrieb, Wartung, Reparatur, Überholung und Wiederaufbereitung bedeute. Der untersuchte Technologietransfer erfasse technische Unterlagen, die in Schriftform oder auf einem sonstigen Medium verkörpert sind. Die Ausfuhr dieser Unterlagen unterliege der Güterkontrolle. Bedeutsam sei daneben aber auch der Transfer technischer Unterstützung, worunter geistige oder manuelle Dienstleistungen gem. Art. 2 Nr. 9 EU-Dual-Use-VO, § 2 Abs. 16 AWG gefasst werden. Hiervon würde die Ausbildung, Beratung und Weiterga-

<sup>5</sup> Vgl. *Kloke*, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen als Weltgesetzgeber – eine kritische Betrachtung aus völkerrechtlicher Sicht, Berlin 2016.

<sup>6</sup> Diesbezüglich vgl. die näheren Informationen des BAFA, Informationen zum Embargo gegen die Islamische Republik Iran, [https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Iran/iran\\_node.html](https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Iran/iran_node.html) (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>7</sup> S. *Zimmermann/Elberling*, Grenzen der Legislativbefugnisse des Sicherheitsrats, Resolution 1540 und abstrakte Bedrohung des Weltfriedens, Vereinte Nationen 3/2004, 71 (71 ff.).

<sup>8</sup> *Krapp/et al.*, Das bleibt von Viessmann nach dem Verkauf an den US-Konzern, Handelsblatt v. 28.4.2023, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/familienunternehmer/waermepumpen-deal-das-bleibt-von-viessmann-nach-verkauf-an-den-us-konzern/29113834.html> (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>9</sup> S. zur Prüfungsankündigung *Habecks Olk*, Habeck kündigt Prüfung von Viessmann-Verkauf an, Handelsblatt v. 26.4.2023, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/waermepumpen-deal-habeck-kuendigt-pruefung-von-viessmann-verkauf-an/29115556.html> sowie zur Stellungnahme des Bundeskanzlers *Scholz Welt v. 26.4.2023*, <https://www.welt.de/wirtschaft/article245005826/Kanzler-Scholz-sieht-Verkauf-von-Viessmann-Heizungssparte-grundsätzlich-positiv.html> (jew. zul. aufg. am 1.5.2023). Anwendung findet hier das sog. sektorübergreifende Investitionsprüfverfahren gem. §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 4a, 5 Abs. 2 AWG i.V.m. §§ 55 ff. AWV (vgl. weiterführend *Hagedorn*, Die Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen in sicherheitsrelevante zivile Unternehmen, Berlin 2023 [im Erscheinen]; *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, AWR-Kommentar, Stand: 2022).

<sup>10</sup> Vgl. zur Verlängerung der unionalen Sanktionen jüngst *Redaktion AW-Prax*, Sanktionen gegen Russland I, EU verlängert Beschluss zu den Restriktionen gegenüber den russisch kontrollierten Gebieten in der Ukraine, AW-Prax 2023, 87 (87) m.w.N.

be von Informationen unabhängig von der Frage betroffen, ob sie mündlich, fernmündlich oder elektronisch erfolge. *Wolfgang* betonte, dass somit unter Umständen auch der alltägliche E-Mail-Verkehr betroffen sein kann.

Die Weitergabe technologischer Informationen sei grundsätzlich immer dann genehmigungspflichtig, wenn auch ein vergleichbarer Güterexport genehmigungspflichtig wäre. Dies veranschaulichte *Wolfgang* am Beispiel eines Panzerexports: Sei seine Ausfuhr nicht erlaubt, so dürfe man auch keine Informationen bezüglich dessen Entwicklung und Herstellung weitergeben. Als Ausnahme seien allerdings allgemein zugängliche Informationen sowie Fragen der wissenschaftlichen Grundlagenforschung vom Verbot ausgenommen. Letztlich unterstrich *Wolfgang* nochmals, dass der Ort der technischen Unterstützung unerheblich ist. Die Beschränkungen der Exportkontrolle fänden demnach für Deutsche weltweit Anwendung, wenn sie Gebietsfremde außerhalb Deutschlands oder der Europäischen Union unterstützten.

Zuletzt knüpfte die Exportkontrolle an bestimmte Personen und Organisationen an. Es erfolge eine Listung durch die Vereinten Nationen, die mit unionsrechtlichen Verordnungen umgesetzt werden, oder allein eine Listung der Europäischen Union. Gelistet würden insbesondere Kriegsverbrecher, Terroristen und politisch Verantwortliche. In der Rechtsfolge würden Gelder und wirtschaftliche Ressourcen dieser Personen oder Organisationen eingefroren, ihnen dürften also weder direkt noch indirekt Gelder zur Verfügung gestellt werden. In diesem Bereich entfalteten die Kontrollvorschriften eine unionsweite Geltung, sodass in der Wissenschaft etwa keine Aufträge von diesen Personen angenommen werden dürften.

## II. Praxisbeispiele zum Themenfeld „Exportkontrolle und Wissenschaft (Academia)“

*Volker Anders*, Unterabteilungsleiter im Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), und *Dr. Marius Siebers*, Technisches Referat im BAFA, stellten in ihrem nachfolgenden Impulsvortrag aus der behördlichen Sicht die Bedeutung der Exportkontrolle für die Wirtschaft dar.<sup>11</sup> Zu berücksichtigen sei für die Wissenschaft insbesondere, dass auch die zivile Ausrichtung der Forschungs- und Tätigkeitsbereiche nicht die Exportkontrolle ausschließt; allein das objektive Miss-

brauchspotenzial sei entscheidend. Der Kontrollmechanismus greife demnach auch, wenn mit der Forschung ein „hehres“ Ziel, beispielsweise die Entwicklung eines Impfstoffs, verfolgt werde.

Im Rahmen einzelner Forschungsbereiche sei beachtlich, dass jedem ein eigenes Missbrauchspotenzial immanent ist. So führte *Anders* für den Bereich der Biotechnologie etwa die Vogelgrippe und für den Bereich der Luft- und Raumfahrttechnik die Zusammenarbeit mit ausländischen Forschern, die selbst im Rüstungsbereich tätig sind, auf.

### 1. Anwendungsbereich der Exportkontrolle und Listung

*Anders* nahm die Ausfuhr eines in Anhang I der EU-Dual-Use-VO gelisteten Prototyps zum Anlass für ein praktisches Beispiel der Exportkontrolle gem. Art. 3 Abs. 1 EU-Dual-Use-VO. Relevant sei, dass der Prototyp aus technischer Sicht von einer Position des Anhang I der E-U-Dual-Use-VO erfasst ist und dass dieser in ein Land außerhalb der EU mitgenommen wird. Damit liege eine genehmigungspflichtige Ausfuhr vor. Auf Zweck und Dauer der Ausfuhr komme es nicht an.

Als weiteres Beispiel nannte *Anders* die Übersendung einer E-Mail an einen Wissenschaftler in einem Land außerhalb der EU, in der ausführlich die Forschung zu einer in Anhang I der EU-Dual-Use-VO genannten Technologie erläutert wird. Hier liege ebenfalls eine genehmigungspflichtige Ausfuhr vor, weil wie in Beispiel 1 ein gelistetes Gut in ein Drittland ausgeführt würde. Irrelevant sei, in welcher Art und Weise die Technologie übermittelt wird. Die Übertragung von Technologien mittels elektronischer Medien bzw. das Einräumen von Zugriffsmöglichkeiten auf Server sei der Ausfuhr in körperlicher Form gleichgestellt.

Sodann erläuterte *Siebers* die Listung bestimmter Güter und ihre Struktur im Rahmen des Anhangs I der EU-Dual-Use-VO am Exempel der Fließdruckmaschine (Listung: 2B009). Diese Listung setze sich aus der Kategorie (2: Werkstoffbearbeitung), der Gattung (B: Prüf-, Test- und Herstellungsausrüstung) und der Kennung (0xx: Wassenaar Arrangement [WA]) zusammen.

### 2. Anwendungsbereich konkret im Rahmen der Technologiekontrolle

*Siebers* fuhr in seinem Impulsvortrag mit einer näheren Erläuterung der Technologiekontrolle fort. In diesem Bereich sei das weite Spektrum von offensichtlich nicht

<sup>11</sup> Vgl. auch das Handbuch der BAFA, Exportkontrolle und Academia, 2. Auflage, Berlin 2022. S. weiterführend dass., Exportkontrolle in Forschung und und Wissenschaft, <https://www.bafa.de/>

SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\_aca\_broschüre\_awareness.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=5 (zul. aufg. am 1.5.2023).

kontrollierter und offensichtlich kontrollierter Technologie maßgeblich. Erstere liege etwa vor bei einem Bachelorstudiengang in nicht technischen oder mathematischen Fachrichtungen. Eine offensichtlich kontrollierte Technologie sei gegeben, wenn an einem Forschungsvorhaben gearbeitet werde, in dem gelistete Güter weiterentwickelt werden.

Zwischen den beiden eindeutig bestimmbareren Bereichen befände sich eine Grauzone. Diesbezüglich habe im Einzelfall eine genauere Abgrenzung zu erfolgen, bei der zunächst eine Vorprüfung dahingehend erforderlich sei, ob eine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie vorliegt. Wäre dies abzulehnen, dann erfolge eine Abgrenzung zu offensichtlich kontrollierten Technologien anhand folgender Kriterien: Maßgeblich sei insoweit der Bezug der Technologie zur Güterliste, die Detailtiefe des zum Transfer beabsichtigten Wissens und das Vorliegen einer Grundlagenforschung. Sofern ein Bezug zu den Güterlisten bestünde, keine wissenschaftliche Grundlagenforschung vorliege und die Arbeiten nicht umfassend veröffentlicht seien, sollte ein Dialog mit dem BAFA angestrebt werden, um die Exportkontrollrelevanz zu klären.

In diesem Kontext nannte *Siebers* als erstes Praxisbeispiel den vorübergehenden Export einer Multicopter-Drohne nach Südafrika, um dort Agrar-Projekte vor Ort bei ihren Luftaufnahmen zu unterstützen. Als technische Daten hat die Drohne ein Gewicht von 907 g, maximale Flugzeit von 31 Minuten, maximalen Windwiderstand von 29-38 km/h, sie kann autonom fliegen und ist im Einzelhandel erhältlich. Hier handele es sich um keine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie. Die Drohne weise keinen Bezug zur Güterliste, insbesondere nicht zu 9A012 Anhang I EU-Dual-Use-VO auf, da ihr Windwiderstand zu gering ist. Ebenso seien die Merkmale von 9A112 Anhang I EU-Dual-Use-VO nicht erfüllt. Demnach handele es sich um keine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie.

Als zweites Praxisbeispiel erläuterte *Siebers* die Weiterentwicklung einer Virus-Kultivierungsmethode. Ein Forscher aus Deutschland arbeitet mit einem Forscher aus Indien zusammen an der Entwicklung einer neuen Kultivierungsmethode für das Nipah-Virus. In diesem Kontext übersendet er seine Forschungsergebnisse an den indischen Forscher per E-Mail. Eine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie liege nicht vor. Das Ni-

pah-Virus werde speziell in 1C351 a) Nr. 35 Anhang I EU-Dual-Use-VO und die Technologie in 1E001 Anhang I EU-Dual-Use-VO gelistet. Da die Forschungsergebnisse nicht allgemein zugänglich oder Teil der Grundlagenforschung seien, werde gem. Art. 3 Abs. 1 EU-Dual-Use-VO eine Genehmigung benötigt. Folglich sei das BAFA zu kontaktieren.

### 3. Internal Compliance Programme<sup>12</sup>

Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass ein Internal Compliance Programme (ICP) im Bereich der Exportkontrolle einzurichten ist. Dieses könne in das Compliance-Management-System (CMS) der wissenschaftlichen Einrichtung eingebettet werden. In diesem Programm müsse die Sonderverantwortung des Ausführverantwortlichen berücksichtigt werden, der für die Einhaltung der Exportkontrollvorschriften und die Etablierung eines ICP persönlich verantwortlich sei.<sup>13</sup>

## III. Best-Practice-Beispiele

Auf Grundlage der vorstehenden theoretischen Grundlagen der Exportkontrolle konnte diese im zweiten Teil der Veranstaltung aus praktischer Sichtweise ihrer Handhabung an zwei wissenschaftlichen Einrichtungen näher erläutert werden. Neben der personellen Organisation des jeweiligen Exportkontrollmechanismus wurde auch ihre fachliche Strukturierung intensiv behandelt.

### 1. Exportkontrolle an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen

*Nicolas Lunz*, Sachgebietsleiter Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrollbeauftragter der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen, hat das ICP an seiner Hochschule entwickelt, mit aufgebaut und hat hier bislang zwei Außenwirtschaftsprüfungen miterlebt. *Lunz* stellte die Beobachtung auf, dass die Exportkontrolle neben den bereits genannten Gefahren für die wissenschaftliche Einrichtung auch positive Aspekte mit sich bringen kann, denn ein gutes internes Konzept sei geeignet, Marketingeffekte für Drittmittelgeber zu implizieren.

*Lunz* erläuterte sodann die nähere Ausgestaltung des ICP der RWTH Aachen. Personell sei die Exportkontrolle dergestalt aufgebaut, dass ein Ausführverantwortli-

<sup>12</sup> Vgl. auch BAFA, Merkblatt Firmeninterne Exportkontrolle (ICP), 3. Aufl. 2022, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.html) (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>13</sup> S. weiterführend *Urso*, Step-by-step: Erstellung und innerbetriebliche Implementierung eines Internal Compliance Programme

(ICP) im Bereich Zoll- und Exportkontrolle, CB 2016, 344 (344 ff.); *Wolfgang/Witte*, Compliance in der Exportkontrolle, Herausforderungen für Unternehmen und Verantwortliche im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, CB 2015, 138 (138 ff.).



cher an der Spitze und darunter ein Exportkontrollbeauftragter in der Zentralen Hochschulverwaltung steht. Aufgaben des Exportkontrollbeauftragten seien im Einzelnen Information, Schulung, Beratung, Service, Organisation und auch die Exportkontrolle als rechtliche Prüfung konkreter Sachverhalte wie etwa von Verträgen mit Vertragspartnern aus Drittstaaten.

Beachtung finde hier vordergründig die besondere Sensibilisierung der einzelnen Mitarbeiter. Es sei unmöglich, jeden einzelnen als exportkontrollrechtlich eventuell relevanten Vorgang zu untersuchen. Vielmehr würden Hinweise in Bezug auf relevante Vorgänge, insbesondere betreffend die Versendung von Gütern und speziell Rüstungsgütern in Drittländer, die Mitnahme von Gütern im Reisegepäck sowie die digitale Übertragung gelisteter Software bzw. Technologie in Drittländer, erteilt. Die Sensibilisierung erfolge auf unterschiedliche Art und Weise anhand von Erklärvideos, Merkblättern, internen Schulungen oder Onboarding-Gesprächen mit neuen Dozenten. Für Lehrstühle mit einer besonders hohen Exportkontrollrelevanz, etwa demjenigen für Luft- und Raumfahrt, werden individuelle Institutsschulungen angeboten. Eine vorherige Kontrolle werde hingegen vornehmlich bei besonders kritischen Aktivitäten wie der Versendung von Gütern in Drittstaaten Prüfung vorgenommen. Hierfür werde ein bestimmtes Formular bereitgestellt, das im Einzelfall auszufüllen sei.

Schließlich betonte *Lunz* das Zusammenspiel von Exportkontrolle und Due-Diligence-Prüfung. In der RWTH sei es üblich, dass nach einer Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit in Bezug auf das Exportkontrollrecht auch die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den politischen und ethisch-moralischen Vorstellungen der Hochschule geprüft werde.

## 2. Exportkontrolle am Forschungszentrum Jülich

*Jochen Kuck*, Rechtsanwalt und Beschäftigter im Forschungszentrum Jülich, beschrieb einleitend die langjährige große Bedeutung des Außenwirtschaftsrechts für seine Einrichtung. Diese sei eine ehemalige Kernforschungsanlage mit den Forschungsschwerpunkten In-

formation, Energie und Bioökonomie. Er nahm noch einmal näher auf die Eingliederung der Exportkontrolle in die Struktur des Risikomanagements Bezug, der neben den Bereichen der Informationssicherheit, der geschäftspolitisch-strategischen Ebene sowie der Ethik eine erhebliche Relevanz zukomme.

Im Forschungszentrum Jülich sei dessen administrativer Geschäftsführer Ausführungsverantwortlicher i.S.d. Exportkontrolle. Darunter untergliedere sich die personelle Zuständigkeit in zwei Säulen: Dem Ausführungsverantwortlichen sei der Geschäftsbereich Rechte und Patente unterstellt, der den Fachbereich Recht impliziert. Hier werden Fragen des Personals, der Kooperation, Publikation und speziell des US-Rechts bearbeitet. Als zweite Säule unterliege der Geschäftsbereich Materialwirtschaft und Einkauf seiner Aufsicht. Letzterer Geschäftsbereich betreffe insbesondere die Warenausfuhr. Die Säulenaufteilung sei von einem gegenseitigen Austausch geprägt. Diese wiederum hätten gegenüber den wissenschaftlichen Instituten und der Verwaltung ein Stopp- und Weisungsrecht. Prioritär innerhalb dieser Bereiche sind nach *Kucks* Einschätzung die Warenausfuhr, das Personal und die Kooperation.

Die Exportkontrolle beginne im Forschungszentrum regelmäßig mit einem Prozessauslöser wie etwa der Einstellung eines ausländischen Wissenschaftlers. In die exportkontrollrechtliche Prüfung werde auch hier ein geschäftspolitischer Prozess integriert, der konkret einen china-spezifischen Prüfprozess sowie eine Chancen-Risiken Abwägung beinhaltet. Sodann werde weiteres Input des Instituts angefordert, auf dessen Grundlage die exportkontrollrechtliche Prüfung erfolgen könne.

## IV. Resümee und Ausblick

Schlussfolgernd gewinnt die Exportkontrolle allgemein und speziell im Bereich der Wissenschaft zunehmend an Bedeutung. Jede wissenschaftliche Institution sollte ihre Expertise im komplexen Bereich der Exportkontrolle auf- bzw. ausbauen. Dieser Komplexität kann mit formalisierten Prozessen begegnet werden, um dem steigen-

den Aufwand der exportkontrollrechtlichen Fragestellungen gewachsen zu sein. Hierbei stellt insbesondere die Sensibilisierung einzelner Wissenschaftler eine geeignete Hilfestellung dar. Daneben ist ein Austausch mit anderen Einrichtungen anzustreben.

Mit dem Widerstreit des für die Wissenschaft elementaren Austauschs einerseits und der notwendigen Kontrolle von Exporten andererseits geht eine Herausforderung einher. Es gilt jedoch auch zu berücksichtigen,

dass von der Exportkontrolle Chancen ausgehen, indem eine wissenschaftliche Einrichtung mit einem sicher etablierten Exportkontrollkonzept beispielsweise werben kann, um Drittmittel zu erhalten.

Dr. Antonia Hagedorn ist Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht München. Sie hat im Außenwirtschaftsrecht promoviert.

## Balthasar Gracian

### *Die Kunst des Ausdrucks besitzen:*<sup>1</sup>

Sie besteht nicht nur in der Deutlichkeit, sondern auch in der Lebendigkeit des Vortrags. Einige haben eine glückliche Empfängnis, aber eine schwere Geburt; ohne Klarheit können die Kinder des Geistes, die Gedanken und Beschlüsse, nicht wohl zur Welt gebracht werden. Manche gleichen in ihrer Fassungskraft jenen Gefäßen, die zwar viel fassen, aber wenig von sich geben. Andere wieder sagen sogar mehr, als sie gedacht haben. Was für den Willen die Entschlossenheit, ist für den Verstand die Gabe des Vortrages: zwei hohe Vorzüge.

<sup>1</sup> Balthasar Gracians Handorakel: Die Kunst der Weltklugheit, deutsch von Arthur Schopenhauer, neu herausgegeben von Hans Tabarelli, Wien und Berlin o. J., Nr. 216, S. 153.

