

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2021

Aufsätze

Christian Picker und Sebastian Reif Mein Prof ist ein Nazi — Politischer Extremismus und Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Hochschulen **69-102**

Michael Fehling Ethikkommissionen: Gefahr oder Chance für die Wissenschaftsfreiheit ? **103-116**

Carsten Morgenroth Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen **117-132**

Johannes M. Deutsch Forschung und Lehre am Küchentisch ? Homeoffice und mobiles Arbeiten in Hochschulen und Forschungseinrichtungen **133-140**

Evelina Will Europäische Bildung und Forschung post Brexit **141-144**

Ausgegraben

Heinrich Otto Lehmann Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz **145-146**

Christian Picker und Sebastian Reif

Mein Prof ist ein Nazi — Politischer Extremismus und Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Hochschulen

Übersicht

I. (Hinter-)Grund

II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner
2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft
3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?
4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream
5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz

- a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit
 - b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit
 - c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche
- ##### 2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten
- a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen
 - b) Schranken der Meinungsfreiheit
 - c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit
- ##### 3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

1. Grundsätzliches

- a) Zeithistorischer Überblick
- b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz
- c) Lösung: Funktionale Differenzierung

2. Beamte

- a) Positive Verfassungstreuepflicht
 - aa) Dogmatische Herleitung
 - bb) Verfassungskonformität

[1] Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

[2] Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

[3] Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

[4] Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

cc) Völker- und europarechtliche Konformität

[1] Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

[2] Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

b) Rechtliche Konsequenzen

aa) Zugang

bb) Bestand

[1] Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

[2] Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

3. Arbeitnehmer

a) H. M.: Funktionstheorie

b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

4. Annex: Lehrbeauftragte

V. Zusammenfassung

I. (Hinter-)Grund

Hochschulen sind – verfassungsrechtlich legitimiert und prädestiniert – Horte der Wissenschaftsfreiheit. An ihnen soll möglichst frei geforscht, gelehrt und so um die „richtigen“ Argumente und Ideen gerungen werden – idealerweise im Bewusstsein, dass es keine absoluten Wahrheiten gibt. Traditionell sind Universitäten zudem Orte, an denen Lehrende wie Studierende von ihrer (politischen) Meinungsfreiheit Gebrauch machen; wenn und soweit deren Kommunikation hier nicht als wissenschaftliche durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt ist, ist sie es zumindest durch Art. 5 Abs. 1 GG. Denn möglichst viel freie und offene Diskussion und Information sind sowohl für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn als auch für ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen „schlechthin konstituierend“¹. Die Resolution des Deutschen Hochschulverbands (DHV) zur Debattenkultur an Universitäten muss daher auch für die Meinungsfreiheit gelten: „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung. [...] Wer die Welt der Universitäten betritt, muss akzeptieren, mit Vorstellungen konfrontiert zu werden, die den eigenen zuwiderlaufen.“²

Freilich bestimmt das Grundgesetz auch für diese beiden Grundrechte Grenzen: Wissenschaft und damit Forschung und Lehre sind zwar gem. Art. 5 Abs. 3 GG „frei“ (S. 1), aber die „Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung“ (S. 2); und die „vorbehalt-

1 BVerfG 15.1.1958 –1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

2 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

los“ gewährte Forschungsfreiheit unterliegt verfassungsimmanenten Schranken. Weitergehend können (nicht wissenschaftliche) Meinungsäußerungen nach Art. 5 Abs. 2 GG neben den Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden.

Diese Schranken haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht zuletzt aufgrund ihrer Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus gezogen.³ Auch an den deutschen Universitäten zeigte sich nämlich zwischen 1933-1945, dass akademische Bildung Lehrende wie Studierende weder gegen eine rassistische und antisemitische Ideologie immunisiert noch per se zu „besseren“ Menschen macht und so vor opportunistischem Mitläufertum schützt. Als Rechtswissenschaftler denken wir hier etwa an die Protagonisten der sogenannten Kieler Schule⁴. Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung wurden jüdische und politisch andersdenkende Professoren aufgrund des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7.4.1933⁵ sowie des „Gesetzes über die Entpflichtung und Versetzung von Hochschullehrern aus Anlass des Neuaufbaus des deutschen Hochschulwesens“ vom 21.1.1935⁶ entlassen. Die dadurch frei gewordenen Stellen wurden gezielt mit jungen regimetreuen Rechtswissenschaftlern besetzt – besonders an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, deren juristische Fakultät so zur nationalsozialistischen „Stoßtruppfakultät“ umfunktioniert wurde. Die neuen Lehrstuhlinhaber erwiesen sich dann auch als willige Unterstützer bei der angestrebten nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“.⁷

Nach 1945 wurden die ostdeutschen Universitäten und Hochschulen erneut in den Dienst einer politisch extremen totalitären Ideologie gestellt: Denn auch die DDR benötigte eine ihr politisch treu ergebene akademische Elite, um ihre „Diktatur des Proletariats“ zu errichten; entsprechend wurden Studierende wie Lehrende gezielt ideologisch selektiert, indoktriniert und diszipliniert; nicht die intellektuelle Eignung, sondern das Bekenntnis zum „Sozialismus“ (als Chiffre für die SED) entschied über den universitären Zugang, Verbleib und Erfolg.⁸

Unser freiheitlicher Rechtsstaat bedroht die Wissenschafts- und Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht mehr; vielmehr schützt und gewährleistet er sie überhaupt erst. Mitunter werden Wissenschafts- wie Meinungsfreiheit an unseren Hochschulen heute jedoch durch Personen(-gruppen) gefährdet, die politisch extrem denken, agitieren und handeln. Dazu gehören auch Hochschulbeschäftigte.

Der Frage, ob und wie der Staat auf solche Beschäftigte als Dienstherr bzw. Arbeitgeber (re-)agieren kann und soll, gehen wir in diesem Beitrag nach. Unberücksichtigt bleiben damit zum einen die *privaten* Hochschulen, da hier nicht der Staat Dienstherr bzw. Arbeitgeber ist.⁹ Zum anderen müssen wir (weitgehend) das Problem ausblenden, wie sich Hochschulen gegenüber politisch extremen Studierenden und deren Vertretungen verhalten dürfen und sollen¹⁰, da hier keine beamten- oder arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse bestehen.

Angesprochen ist damit besonders die verfassungsrechtliche Perspektive: Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sind einerseits *Bürger* und können sich als solche gegenüber dem freiheitsverpflichteten Staat unmittelbar auf ihre (politischen) Grundrechte berufen. Andererseits sind sie *als Beschäftigte* „Teil des Staates“ und unterliegen damit besonderen Pflichten. Zu untersuchen ist daher, ob und inwieweit Beschäftigte an staatlichen Hochschulen einer politischen Treuepflicht ihrem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber gegenüber unterliegen, sowie *vice versa*, ob und inwieweit sich diese auf ihre Grundrechte berufen und politische Toleranz und Neutralität vom unmittelbar grundrechtsverpflichteten Staat einfordern können. Der hier aufgezeigte verfassungsimmanente Dualismus des öffentlichen Dienstes – grundrechtlicher Freiheitsschutz versus staatlicher Verfassungsschutz – wird an staatlichen Hochschulen dadurch verkompliziert, dass diese sowohl Grundrechtsverpflichtete als auch Grundrechtsträger sind – und damit eine Zwitterstellung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen staatlicher Freiheitsverpflichtung und privater Freiheitsberechtigung, einnehmen.

3 Vgl. BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47; Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 28.

4 Vgl. dazu etwa Eckert, Was war die Kieler Schule? in: Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 37 ff.; Erdmann, Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, S. 14 ff.

5 RGBl. 1933 I, S. 175.

6 RGBl. 1935 I, S. 23.

7 Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rn. 546 ff.

8 Dazu nur: Jork/Knoblach (Hrsg.), Zwischen Humor und Repression – Studieren in der DDR, 2017, passim;

https://www.deutschlandfunk.de/ddr-studieren-in-einer-diktatur.1310.de.html?dram:article_id=398152 (31.1.2021).

9 Zum Umgang *privater* Arbeitgeber mit politisch extrem agitierenden Arbeitnehmern ausführlich: Chr. Picker, RdA 2021, 33 ff.

10 Vgl. dazu etwa: <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/rechte-an-hochschulen-warum-deutschen-unis-das-engagement-schwerfaellt-a-1224632.html> (31.1.2021); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article166529076/Die-Hochschulen-haben-nicht-den-Mut-durchzugreifen.html> (31.1.2021).

II. Politischer Extremismus: Begriff – Befund – Analyse

Konsens herrscht heute dahingehend, dass der politische Extremismus die zentrale Bedrohung für unseren freiheitlichen Rechtsstaat und unsere offene Gesellschaft ist. Allerdings werden die Gefahren, die von seinen fünf großen Strömungen¹¹ – Rechtsextremismus, „Reichsbürger“ und „Selbstverwalter“, Linksextremismus, Islamismus sowie extremistische Bestrebungen von Ausländern (ohne Islamismus) – ausgehen, politisch sehr unterschiedlich bewertet.¹²

1. Antipluralismus und Intoleranz als gemeinsame Nenner

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) erkennt hingegen als berufener Hüter unserer Verfassung klar, dass jede Form des politischen Extremismus den freiheitlichen Rechtsstaat und die offene Gesellschaft bedroht.¹³ Damit entspricht es seinem gesetzlichen Schutzauftrag nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BVerfSchG, Informationen über sämtliche Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu sammeln und auszuwerten.

Der – in der BRD nach wie vor überwiegend dem völkischen Denken verhaftete – Rechtsextremismus ist zwar (im Gegensatz etwa zum Linksextremismus) schon in seinem ideologischen Kern menschenverachtend; denn er spricht Menschen allein deshalb Menschenwürde und (Grund-)Rechte ab, weil diese so sind, wie sie sind (farbig, jüdisch, behindert), ohne dass sie irgendetwas „dafür“ noch hieran ändern können. Auch geht derzeit vom Rechtsextremismus statistisch die größte Gefahr aus: Rechtsextremisten begingen im Berichtsjahr 2019 mit 781 Fällen nicht nur mehr als doppelt so viele Körperverletzungsdelikte wie Linksextremisten (355 Fälle)¹⁴, sondern auch alle vollendeten Tötungsdelikte im Bereich der politisch motivierten Kriminalität¹⁵.

Dies ist jedoch kein Grund, die quantitativ wie qualitativ zunehmende Bedrohung durch Linksextremisten¹⁶

und Islamisten¹⁷ zu relativieren und zu bagatellisieren.¹⁸ Rechtsextremisten (32.080 Personen), Linksextremisten (33.500 Personen) und Islamisten (28.020 Personen) liegen momentan nämlich nicht nur zahlenmäßig ungefähr gleichauf.¹⁹ Vielmehr eint den politischen Extremismus – bei allen grundsätzlichen ideologischen Unterschieden der einzelnen Strömungen – die menschenfeindliche Intoleranz.²⁰ Alle extremistischen Ideologien basieren – frei und oft entgegen von Fakten – auf einem primitiven Schwarz-Weiß- und kompromisslosen Freund-Feind-Denken; Sündenböcke sind wahlweise und pauschal die Juden, die „Asylanten“, die „Kapitalisten“ oder die „Ungläubigen“.²¹ Gegenwärtig etablieren bzw. reaktivieren zudem – ideologisch wie politisch sehr heterogene – pseudoreligiöse „Coronaleugner“ und Verschwörungstheoretiker mit den internationalen „Eliten“ (vornehmlich als Chiffre für demokratisch legitimierte Regierungen und Politiker) ein weiteres Feindbild.²² Damit erhebt jede dieser Ideologien für sich nicht nur einen – zutiefst wissenschaftsfeindlichen – absoluten Wahrheitsanspruch; vielmehr wird Gewalt grundsätzlich als legitimes Mittel erachtet, um die ideologisch „wahren“ Ziele zu erreichen.²³

2. Grundgesetzlich bestimmt: Aktive Verfassungsfeindschaft

Der Terminus „politischer Extremismus“ ist gesetzlich nicht definiert.²⁴ Einseitig heißt es in der Begründung zum Rechtsextremismusteil-Gesetz (RED-G)²⁵ nur: „Rechtsextremismus ist der Oberbegriff für bestimmte verfassungsfeindliche Bestrebungen, die sich gegen die im Grundgesetz konkretisierte fundamentale Gleichheit der Menschen richten und die universelle Geltung der Menschenrechte ablehnen. Rechtsextremisten sind Feinde des demokratischen Verfassungsstaates“.²⁶ § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG verwendet als Synonym für politischen Extremismus „Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“; entsprechend rechnet das BfV in seinen jährlich erscheinenden Verfassungsschutzberich-

11 So die Einteilung des BfV, Verfassungsschutzbericht 2019, passim, <https://www.verfassungsschutz.de/embed/vsbericht-2019.pdf> (31.1.2021).

12 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 319 ff. m. w. N.

13 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 46 ff., 107 ff., 148 ff., 173 ff., 232 ff.

14 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 25, 32.

15 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 23 ff.

16 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 148 f.

17 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 173 ff.

18 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 320 f.

19 Verfassungsschutzbericht 2019, S. 53, 116, 180.

20 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 321.

21 https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_9000_1.pdf/bbc3b780-9d91-a330-da25-824e02cf62a (31.1.2021).

22 Vgl. <https://www.boeckler.de/de/interviews-17944-Corona-Pandemie-Politische-Unzufriedenheit-Verschwuerungsmymen-28411.htm> (31.1.2021).

23 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 3 f.; 24 ff.

24 Ullrich, JZ 2016, 169, 170 m. w. N.

25 BGBl. I 2012, 1798.

26 BT-Drs. 17/8672, S. 10.

ten Bestrebungen von Personen(-gruppen), die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten, dem politischen Extremismus zu²⁷.

Das Grundgesetz erwähnt und betont diese „freiheitliche demokratische Grundordnung“ als fundamentales verfassungsrechtliches Schutzgut zwar mehrfach (in Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 18 S. 1, 21 Abs. 2, 87a Abs. 4 S. 1 und 91 Abs. 1 GG), definiert sie aber nicht. Das BVerfG beschreibt sie seit 1952 als „eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt.“²⁸ Zu diesen grundlegenden Prinzipien zählt das BVerfG nicht sämtliche Normen und Institutionen des Grundgesetzes, sondern nur dessen Grundprinzipien und damit „mindestens [...] die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“²⁹. Einfachgesetzlich findet sich eine weitgehend identische Auflistung der verfassungsrechtlichen Grundwerte in § 4 Abs. 2 BVerfSchG.

Diese heute allgemein anerkannte Definition³⁰ hat das BVerfG 2017 dahingehend präzisiert, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung nur „wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind“, erfasst; diese ließen sich nicht durch Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG bestimmen.³¹ Zu diesen Grundprinzipien zählen die Menschenwürde, das Demokratieprinzip sowie der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.³² Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist danach „das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt.“³³

Verfassungsrechtlich ist eine extremistische Einstellung allein jedoch nicht ausreichend, um Extremist zu sein. Wie die erwähnten Vorschriften des Grundgesetzes (Art. 9 Abs. 2: „sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung [...] richten“³⁴, Art. 18 S. 1: „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“, Art. 21 Abs. 2: „darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“ und Abs. 3: „darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen“) und auch § 4 Abs. 1 S. 1 c) BVerfSchG („Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“) zeigen, muss sich die extremistische Einstellung kumulativ in aktiven Handlungen gegen diese Grundordnung niederschlagen.³⁵ Verfassungsrechtlich ist damit nur extremistisch, wer die Grundordnung des Grundgesetzes subjektiv ablehnt und diese aktiv bekämpft.³⁶ Politischer Extremismus steht folglich für aktive Verfassungsfeindschaft³⁷.

3. Rechtsstaatlich gebotene Differenzierung: Demokratisch oder extremistisch?

Damit ist eine politische Einstellung aus verfassungsrechtlicher Sicht extremistisch, die die unverzichtbaren „Kernelemente“³⁸ der freiheitlich demokratischen Grundordnung – Menschenwürde, Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit – ablehnt. Eindeutig extremistisch ist es etwa, wenn ein „Führerstaat“ oder eine „Diktatur des Proletariats“ propagiert und so neben dem Rechtsstaats- das grundgesetzliche Demokratieprinzip im Kern negiert wird, welches neben der Volkssouveränität die Verantwortlichkeit der Regierung, ein Mehrparteiensystem, die Chancengleichheit der politischen Parteien sowie das Recht auf Opposition voraussetzt³⁹. Und sicher rechtsextremistisch ist es, wenn Menschen anderen Menschen (Grund-)Rechte allein wegen ihrer biologischen bzw. ethnischen Herkunft gewähren oder verwehren wollen.⁴⁰

27 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/oeffentlichkeitsarbeit/publikationen/verfassungsschutzberichte> (31.1.2021).

28 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

29 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

30 Vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 62.

31 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619.

32 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611, 619 f.

33 BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, NJW 1952, 1407.

34 Die Begriffe freiheitlich demokratische Grundordnung und verfassungsmäßige Ordnung sind nach allgemeiner Ansicht inhaltsgleich, vgl. Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020,

GG Art. 18 Rn. 57.

35 Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

36 So auch Ullrich, JZ 2016, 169, 172; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

37 Insofern stimmen politikwissenschaftlicher und juristischer Begriff überein, vgl. Ullrich, JZ 2016, 169 ff. m. w. N.; Murswiek, NVwZ 2006, 121; Warg, VerwArch 99 (2008), 570, 571; Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079.

38 Maunz/Dürig/Dürig/Klein, 91. EL April 2020, GG Art. 18 Rn. 65.

39 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

40 Vgl. Verfassungsschutzbericht 2019, S. 91.

Nicht extremistisch sind hingegen Forderungen nach der konsequenten Durchsetzung *geltenden* Rechts; deshalb ist es etwa nicht rechtsextremistisch, wenn die konsequente Abschiebung krimineller und vollziehbar ausreisepflichtiger⁴¹ Ausländer verlangt wird. Generell können Ansichten, die zwar dem „Zeitgeist“ und „politischen Grundkonsens“ widersprechen, sich aber innerhalb des geltenden Verfassungsrahmens bewegen, nicht als extremistisch bezeichnet werden.⁴² Und deshalb ist aus Sicht des Grundgesetzes etwa der Rechtsextremismus, bei dem sich völkisches, rassistisches oder nationalistisches Denken zu einer fundamental verfassungswidrigen, weil die Menschenwürde verletzenden Ideologie verdichtet, etwas kategorial Anderes als (Rechts-)Konservatismus, der im Einklang mit der Verfassung für eine stärkere Betonung tradierter Werte eintritt oder die strikte Durchsetzung von „Recht und Ordnung“ propagiert.⁴³ Selbst die Forderung nach einer Verfassungsänderung ist nicht notwendig extremistisch, erachtet Art. 79 GG eine solche unter Beachtung des änderungsfesten Kerns der Verfassung doch ausdrücklich für zulässig.⁴⁴ Vielmehr ist die Grenze zum Extremismus erst überschritten, wenn eine beabsichtigte Verfassungsänderung nicht nur die Abänderung, sondern die Abschaffung solcher zentraler „Grundwerte“ beabsichtigt, die für die freiheitliche demokratische Grundordnung identitätsprägend sind.

Die Unterscheidung, ob eine Äußerung nur sehr links oder rechts oder schon extremistisch ist, kann im Einzelfall schwierig sein. Angesichts der – rechtlich wie tatsächlich – gravierenden Nachteile für Individuum wie Kollektiv, welches öffentlich als „extremistisch“ gebrandmarkt ist, ist die sorgfältige Differenzierung jedoch rechtsstaatlich unverzichtbar.

Verfassungsrechtlich droht extremistischen Individuen die Verwirkung ihrer (politischen) Grundrechte nach Art. 18 GG sowie extremistischen Parteien nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG und Vereinen nach Art. 9 Abs. 2 GG das

Verbot. Weiter bedeutet nicht erst die nachrichtendienstliche Überwachung, sondern bereits die Erwähnung einer Person oder Partei als extremistisch in den frei zugänglichen Verfassungsschutzberichten einen empfindlichen Grundrechtseingriff; denn dem Individuum oder dem Kollektiv wird hier öffentlich vorgeworfen, die Grundprinzipien unserer freiheitlichen Verfassungsordnung bekämpfen und beseitigen zu wollen.⁴⁵ Schließlich sind die *Strafverfolgungsbehörden* aufgrund eines meinungsspezifischen Sonderstrafrechts gegen „rechts“⁴⁶ heute besonders gefordert, verdächtige Äußerungen sorgfältig auszulegen. Nach § 130 StGB sind nämlich nicht mehr nur Volksverhetzung (Abs. 1) und Leugnung des Holocaust (Abs. 3) strafbar; vielmehr ist seit 2005 auch eine die Würde der Opfer verletzende Verherrlichung, Billigung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft (Abs. 4) unter Strafe gestellt. Während die Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 StGB als allgemeines Gesetz Art. 5 Abs. 2 GG genügt und die nach § 130 Abs. 3 StGB strafbare „Auschwitzlüge“ nach zwar nicht unumstrittener⁴⁷, aber h. M.⁴⁸ schon nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst wird, da hier keine Meinung geäußert, sondern eine erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptung aufgestellt wird, sind nach § 130 Abs. 4 StGB Meinungen allein wegen ihres *Inhalts* verboten⁴⁹.

4. Zivilgesellschaft: Privatautonomie und antiradikaler Mainstream

Gravierender noch als die drohenden rechtlichen Konsequenzen sind für Individuum wie Kollektiv aber mitunter die *gesellschaftlichen* Folgen, wenn und weil diese als Extremisten geächtet werden.⁵⁰ Wir leben heute (glücklicherweise!) in einer demokratisch wachen und historisch sensibilisierten medialen Öffentlichkeit, die zumindest rechtsextremistische Aktivitäten entschieden ablehnt.⁵¹ Zum moralisch guten Ton gehört im aufgeklärten Bürgertum die rigorose Intoleranz jedenfalls

41 Vgl. §§ 57 ff., 53 ff., 11, 15 AufenthG, §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 11 S. 1, 12a StAG.

42 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082.

43 *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1081.

44 So auch *Ullrich*, JZ 2016, 169, 172.

45 BVerfG 24.5.2005 – 1 BvR 1072/01, NJW 2005, 2912, 2913 f.; BVerfG 26.6.2013 – 6 C 4/12, NVwZ 2014, 233; VGH München 22.10.2015 – 10 B 15.1609, BeckRS 2015, 55371; *Murswiek*, NVwZ 2006, 121 ff.; *ders.*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, 1021, 1028 ff.; *Wüstenberg*, NVwZ 2008, 1078, 1082; *Gusy*, NVwZ 1986, 6, 7 ff. Zur Eingriffsqualität der Bezeichnung einer Partei als „Prüffall“: VG Köln 26.2.2019 – 13 L 202/19, NVwZ 2019, 1060.

46 *Bickenbach*, DVBl. 2017, 149, 153; *Enders*, JZ 2008, 1092; *Volkmann*, JZ 2010, 209, 213; *ders.*, NJW 2010, 417.

47 Vgl. *Beisel*, NJW 1995, 997, 1000; *Huster*, NJW 1996, 487; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

48 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440; MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

49 Das BVerfG rechtfertigt § 130 Abs. 4 StGB als „Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze“ damit, dass die nationalsozialistische Schreckensherrschaft einzigartig sei und für die BRD „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“ habe, BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

50 Vgl. *Murswiek*, NVwZ 2004, 769, 772 ff.

51 *Gauck*, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 99 ff.

gegenüber rechten Intoleranten: Private sollen daher keine Geschäftsbeziehungen mit „Rechten“ eingehen oder unterhalten, sondern diese meiden oder gar boykottieren.

Rechtlich ist das grundsätzlich zulässig: Die Bürger sind kraft ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie berechtigt, den Vertragsschluss mit Personen aus beliebigen, auch willkürlichen Gründen abzulehnen: *Stat pro ratione voluntas*.⁵²

Einfachgesetzlich verbietet § 19 AGG im allgemeinen Privatrechtsverkehr weder die Benachteiligung wegen der politischen noch wegen der Weltanschauung.⁵³ Und sowohl der allgemeine (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch die speziellen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze wirken hier auch nach Ansicht des BVerfG allenfalls in „spezifischen Konstellationen“⁵⁴ und selbst dann nur mittelbar.⁵⁵ Die Vertragsabschlussfreiheit wird somit nur in wenigen Ausnahmefällen⁵⁶ zugunsten eines Kontrahierungszwangs beschränkt. Selbst die öffentliche Bezeichnung einer Person als „Faschist“⁵⁷ oder „Rechtsextremist“⁵⁸ kann als Werturteil über die politische Anschauung einer Person von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sein, ohne dass die so bezeichnete Person nach (verfassungs-)rechtlichen Maßstäben Extremist sein muss.⁵⁹

Damit ist es Privatleuten grundsätzlich gestattet, (echte wie vermeintliche) Extremisten im allgemeinen Privatrechtsverkehr zu diskriminieren. Gleichwohl sind auch die autonom, weil frei von rechtsstaatlichen (Toleranz-)Pflichten agierenden Bürger gesellschaftspolitisch gut beraten, die (verfassungs-)rechtlich gebotene Unterscheidung zwischen (rechten oder linken) Demokraten einerseits und politischen Extremisten andererseits zu treffen und (im Rahmen des geltenden Rechts) intolerant nur gegenüber echten Extremisten zu sein. Andernfalls droht ein illiberaler Mainstream, der Meinungsvielfalt und -offenheit vernichtet und in eine soziale „Ty-

rannei des vorherrschenden Meinens und Empfindens“⁶⁰ mündet.

Das Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL ist dazu offenbar nicht in der Lage; unter der Überschrift „Wut und Wissenschaft“⁶¹ fragte es kürzlich rhetorisch-polemisch: „Wie rechts sind Deutschlands Wirtschaftsliberale?“ Als Beleg dafür, dass die Professoren der Ökonomie „ziemlich weit nach rechts“ abdriften, wurden dann nicht nur abstruse Verschwörungstheorien eines VWL-Professors zur Corona-Pandemie angeführt, die dieser erkennbar fachfremd als private Meinung äußert, sondern auch die auf eigener Forschung beruhende Kritik namhafter Wirtschaftswissenschaftler an der Euro-Rettungspolitik und deren Forderungen nach mehr Marktwirtschaft und Wettbewerb. Abgesehen davon, dass sich die Äußerungen eines Coronaleugners keiner politischen Richtung zu- und daher nicht als „rechts“ einordnen lassen, wurde hier nicht unterschieden, ob eine Person oder Meinung rechtsextrem oder nur liberal-konservativ ist, sondern pauschal als „rechts“ diffamiert. Zudem wird nicht zwischen Personen unterschieden, die irrational als Fachfremde private Meinungen äußern und solchen, die rational als Fachleute Wissenschaft betreiben.

5. Neu: Rigider Moralismus als Gefahr für Meinungs- wie Wissenschaftsfreiheit

Ein rigider Moralismus, der sich undifferenziert gegen (vermeintlich) „rechte“, unschöne oder politisch unkorrekte Meinungen wendet, ist inzwischen nicht nur in der Zivilgesellschaft⁶², sondern gerade auch an Universitäten zu beobachten⁶³.

Die Grenzen der Debattenkultur sollen nicht mehr nur Grundgesetz und einfaches Recht, sondern – weit vorgelagert – autonome „Werte“ selbsternannter Tugendwächter bestimmen. Entsprechend sollen nicht mehr die – im demokratischen Rechtsstaat ausschließlich hierzu legitimierten und fachlich versierten – staat-

52 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 6.

53 Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 328 f. m. w. N.

54 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

55 BVerfG 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769; BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667. Ausführlich dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 329 m. w. N.

56 Spezialgesetzlich etwa: §§ 18 ff. iVm § 33 GWB, § 36 Abs. 1 EnWG, § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, § 22 PBefG. Daneben durch allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang aus § 826 BGB, dazu MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 218; BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.11.2020, § 826 Rn. 232 f.; Stadler, BGB AT, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 11.

57 VG Meiningen 26.9.2019 – 2 E 1194/19 Me, AfP 2019, 555.

58 LG Rostock 4.4.2012 – 3 O 748/11 (2), 3 O 748/11, AfP 2012, 492

(„Gesinnungsextremistin“); vgl. auch LG Karlsruhe 31.5.2007 – 8 O 279/07, NJW-RR 2008, 63.

59 Näher Wüstenberg, NVwZ 2008, 1078, 1079 f.; vgl. BVerfG 19.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712.

60 John Stuart Mill, Über die Freiheit, 1972, S. 12.

61 DER SPIEGEL Nr. 23 vom 24.12.2020, S. 102 ff.

62 Sehr klar: Schlink, Der Preis der Enge, F.A.Z. vom 31.7.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-der-gesellschaftliche-mainstream-die-rechten-staerkt-16311578.html?premium> (31.1.2021); Gauck, Toleranz – einfach schwer, 2019, S. 96 f., 100, 118 f.

63 Pieroth, Bedrohte Meinungsfreiheit?, F.A.Z. vom 23.9.2019, <https://www.faz.net/aktuell/politik/standpunkt-bedrohte-meinungsfreiheit-16967910.html?premium=ox93040edeb956ee1bf6418ebde39f4ccf&GEPc=s5> (31.1.2021).

lichen Gerichte, sondern politische Aktivisten verbindlich darüber befinden, ob und welche Meinungen ausgrenzend, rassistisch, homophob oder islamophob sind. Jüngstes Beispiel dafür ist die „Stellungnahme der Forschungsstelle für Interkulturelle Studien“ der Universität zu Köln vom August 2020⁶⁴: Auf dem Index der „mensenverachtenden und -feindlichen Äußerungen“ stehen dort Aussagen wie „Der Islam gehört nicht zu Deutschland“ oder „Das Kopftuch ist ein Zeichen für Unterdrückung“. Zwar halten wir diese Aussagen allein schon aufgrund ihrer fehlenden Differenziertheit für unzutreffend. Aber solche Äußerungen dürfen nicht im Rahmen einer selbstanmaßenden „kritischen Rassismus- und Diskriminierungsforschung“ als unsagbar verdammt werden, weil sie (abhängig vom konkreten Kontext) entweder von der Meinungs- oder von der Wissenschaftsfreiheit geschützt und damit verfassungsrechtlich jedenfalls sagbar sind.

Andersdenkende, die gegen die Denk- und Sprechverbote dieser selbsternannten und demokratisch illegitimen Moralapostel verstoßen, werden öffentlich als „mensenfeindlich“ und bestenfalls als „umstritten“ geächtet und sollen vom universitären und öffentlichen Diskurs ausgeschlossen werden. Für diese zwangsweise Exklusion hat sich neudeutsch der Terminus „Cancel Culture“⁶⁵ etabliert: Die störende, weil von der eigenen Meinung abweichende Meinung will man nicht nur entschieden ablehnen und ihr widersprechen (was nicht nur verfassungskonform, sondern gesellschaftlich wie wissenschaftlich gerade erwünscht wäre!), sondern „canceln“, also auslöschen.

So wurden an deutschen Hochschulen in den vergangenen Jahren mehrfach renommierte und politisch „unverdächtige“ Wissenschaftler massiv in ihrer Wissenschaftsfreiheit beeinträchtigt: Erwähnt sei hier nur die Islamwissenschaftlerin *Susanne Schröter*, die im Mai 2019 in Frankfurt die Konferenz „Das islamische Kopftuch – Symbol der Würde oder der Unterdrückung?“ ausrichtete und damit wütende Boykottaufrufe außeruniversitärer Gruppen auslöste. Immerhin: Diese Konferenz fand (dennoch) statt, auch weil sich die Lei-

tung der Goethe-Universität wie der AStA öffentlich zur Professorin und ihrer Konferenz bekannt hatten⁶⁶. Anders war dies aber bei einer weiteren Konferenz von *Susanne Schröter* im Herbst 2017: Hier war als Vortragender der Bundesvorsitzende der Deutschen Polizeigewerkschaft *Rainer Wendt* eingeladen, der kurzfristig wieder ausgeladen werden musste, weil seine Einladung auf scharfen, auch inneruniversitären Protest gestoßen war.⁶⁷ Verwiesen sei ferner auf den Politikwissenschaftler *Herfried Münkler* an der Berliner Humboldt-Universität, dem von (anonymen) Bloggern ohne jeglichen belastbaren Anhaltspunkt vorgeworfen wurde, sich als Lehrender rassistisch, sexistisch und militaristisch zu verhalten.⁶⁸ Zu nennen ist schließlich der Wirtschaftswissenschaftler *Bernd Lucke*, dessen Vorlesungen nach seiner Rückkehr an die Universität Hamburg im Wintersemester 2019/2020 (unter „Beihilfe“ des dortigen AStA) massiv gestört wurden und deshalb abgebrochen werden mussten – seine nachfolgenden Vorlesungen konnten nur unter Polizeischutz stattfinden.⁶⁹

Zwar wurde die Wissenschaftsfreiheit in den genannten Fällen nicht vom Staat und seinen Hochschulen, sondern von *Privaten* bedroht, die als solche nicht grundrechtsverpflichtet sind und deshalb auch nicht das Grundrecht „Wissenschaftsfreiheit“ verletzen können. Aber auch diese privaten Aktivisten hindern Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler daran, von ihrer Wissenschaftsfreiheit individuell Gebrauch zu machen. Und zu diesen Wissenschaftsfeinden zählen eben nicht nur „Verschwörungstheoretiker“, die gegenwärtig Virologinnen und Virologen massiv bedrohen, und Rechte, die Hetzkampagnen gegen Gender- und Diversitätsforscherinnen veranstalten; sondern eben auch linke Moralisten, die (weniger brutal und dafür umso subtiler) die Definitions- und Diskurshegemonie an Hochschulen für sich reklamieren und diese angesichts einer politisch desinteressiert-passiven Mehrheit oft auch durchsetzen können. Das „Meinungsklima an Universitäten“ haben Letztgenannte jedenfalls längst in ihrem Sinne verändert; viele Hochschullehrer empfinden dieses laut einer aktuellen Umfrage als intolerant und einengend.⁷⁰

64 <https://www.hf.uni-koeln.de/data/fi&st/File/Stellungnahme%20final.pdf> (31.1.2021).

65 Näher dazu: <https://www.zeit.de/2020/34/cancel-culture-zensur-usa-meinungsfreiheit-debattenkultur> (31.1.2021).

66 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/wende-in-frankfurter-kopftuchkonferenz-raum-fuer-freie-debatte-16179391.html> (31.1.2021); <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/streit-um-kopftuch-konferenz-in-frankfurt-eskaliert-16157556.html> (31.1.2021).

67 <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/club-der-vernunft-meinungsfreiheit-an-der-uni-15410075.html> (31.1.2021); vgl. zum

offenen Brief diverser Wissenschaftler gegen das Referat: https://www.dpolg.de/fileadmin/user_upload/www_dpolg_de/pdf/2017/Offener_Brief_gegen_Rainer_Wendt.pdf (31.1.2021).

68 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/studenten-kritisieren-herfried-muenkler-anonym-13611258.html> (31.1.2021).

69 <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/causa-bernd-lucke-wir-sind-an-der-grenze-dessen-was-eine-universitaet-leisten-kann-a-1296433.html> (31.1.2021).

70 <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/hoersaal-hochschullehrer-beklagen-meinungsklima-an-universitaeten-16628855.html> (31.1.2021).

Der Staat und seine Hochschulen sind hier dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet⁷¹ und müssen solch illiberalen Tendenzen daher entschieden entgegengetreten. Denn „Universitäten sind Stätten geistiger Auseinandersetzung“⁷² – und keine von einem moralinsauren Konformismus durchtränkte safe spaces; gerade hier müssen andersdenkende Wissenschaftler und deren Meinungen zumindest „ausgehalten“ werden. Denn möglichst viel freie Kommunikation, Diskussion und Information sind nicht nur für eine pluralistische Demokratie und offene Gesellschaft „schlechthin konstituierend“⁷³. Vielmehr sind Meinungsvielfalt und – dieser immanent – Meinungsstreit und Meinungskampf gerade *conditio sine qua non* für echte, weil freie Wissenschaft.⁷⁴ Pointiert hat das VG Berlin dies wie folgt formuliert: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromisslos – ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz – zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“⁷⁵

Wohin die ideologische Engführung der Hochschulen und – damit zwangsläufig verbunden – wissenschaftliche Feigheit, Anpasstheit und Opportunismus führen, haben uns zwei Diktaturen auf deutschem Boden furchtbar eindrucksvoll gelehrt. Ein Sprichwort lautet: „Der Teufel kommt nie zwei Mal durch dieselbe Tür“. Wir fügen hinzu: Aber der extremistische Teufel ist für aufgeklärte Demokraten aufgrund seiner ideologischen Intoleranz doch stets erkennbar. Und daher ist auch ein politisch übermotivierter Moralismus, der für sich einen absoluten Wahrheitsanspruch erhebt und Dritte eigenmächtig daran hindert, ihre Grundrechte wahrzunehmen, extremistisch – egal wie moralisch hehr seine Ziele sind.

III. Prämisse des Grundgesetzes: Freiheitlicher und wehrhafter Rechtsstaat

Unser Verfassungsstaat begegnet der Bedrohung durch den politischen Extremismus freiheitlich *und* wehrhaft: Er gewährt den Bürgern größtmögliche grundrechtliche Freiheiten und verteidigt seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich, wenn diese durch Rechts(guts)verletzungen konkret bedroht sind.

1. Freiheitlich: Umfassender Grundrechtsschutz

Betont liberal und inhaltsneutral sind insbesondere – für unser Thema zentral – die Meinungsfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit ausgestaltet.

a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG weit: Er umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG alle Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind.⁷⁶ Diese unterliegen keinem inhaltlichen Vorbehalt; es kommt also nicht darauf an, „ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden“.⁷⁷ Weitergehend hält das BVerfG fest: „Der Meinungsäußernde ist insbesondere auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen zu teilen, da das Grundgesetz zwar auf die Werteloyalität baut, diese aber nicht erzwingt“.⁷⁸ Damit sind sogar verfassungsfeindliche Meinungen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.⁷⁹ Entsprechend besteht auch keine Verfassungstreupflicht für jedermann.⁸⁰

71 Vgl. Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 269 ff.; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 15 ff. Allgemein zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 65 f.; Canaris AcP 184 (1984), 201, 225 ff. Beide Ansätze zusammenführend: Maunz/Dürig/Langefeld, 92. EL August 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 82.

72 <https://www.hochschulverband.de/pressemitteilung.html> (31.1.2021).

73 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

74 Vgl. Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 20 ff., 31.

75 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/8, NJW 1989, 1688, 1690.

76 BVerfG 17.9.2012 – 1 BvR 2979/10, NJW 2012, 3712; BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273; BVerfG 9.10.1991 –

1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439.

77 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

78 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

79 Maunz/Dürig/Grabenwarter, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68.

80 Zumindest missverständlich: BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268, 1269: „Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, deren Verfassung von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Ordnung erwartet“; ebenso Bezug nehmend darauf BVerwG 27.6.1983 – 1 B 73/83, DVBl. 1983, 1013, 1014. Bei der Schaffung des Grundgesetzes wurde eine Vorschrift über die Pflicht aller Bürger zur Verfassungstreue zwar erwogen, aber verworfen, vgl. Sattler, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982, S. 61 – Fn. 116.

b) Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Noch umfassender ist der Schutz durch die „vorbehalten“ gewährleistete Wissenschaftsfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gesondert⁸¹ normiert ist. Das BVerfG legt den verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff weit aus.⁸² Danach ist Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“⁸³ Geschützt werde keine „bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie“⁸⁴. Dies folge „unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis.“⁸⁵

Und deshalb hängt ihr Schutz auch „weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege“, sie „schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives Vorgehen den Schutz des Grundrechts. Voraussetzung ist nur, daß es sich dabei um Wissenschaft handelt“⁸⁶. Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG ist damit zwar von „der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit“ geprägt, erfordert aber eines „für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs“.⁸⁷ Die wissenschaftliche Betätigung – also das Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe – muss frei sein von staatlicher Ingerenz.⁸⁸

c) Abgrenzung der beiden Schutzbereiche

Für unser Thema zentral ist die Frage, wie die Schutzbereiche der beiden Grundrechte bei Äußerungen von Wissenschaftlern voneinander abzugrenzen sind.

Bei wissenschaftlichen Äußerungen geht die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) gegenüber der allgemeinen Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) als *lex*

specialis vor – und zwar unabhängig, wo und wie diese (etwa in Presse oder Rundfunk) getroffen werden.⁸⁹ Charakteristisch für Wissenschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist, dass Wissen nach den Regeln besonderer Rationalität gewonnen und vermittelt wird oder werden soll.⁹⁰ Entsprechend zeichnet sich wissenschaftliche Kommunikation dadurch aus, dass Aussagen fachlich-rational begründet werden.⁹¹

Demgegenüber schützt die Meinungsfreiheit jede Äußerung, die durch subjektives Dafürhalten geprägt ist – unabhängig von ihrem Inhalt und sei sie noch so irrational. Die Meinungsfreiheit ist „eine Freiheit zur Irrationalität, ein Grundrecht des Emotionalen, des Unreflektierten, des radikalen Relativismus.“⁹² Insbesondere werden keine Anforderungen an wissenschaftlich fundierte Begründungen gestellt.⁹³ Denn: „Teilnehmer am Meinungsstreit kann [...] jeder sein, gleich wie schlecht begründet eine Meinung ist. Demgegenüber hängt die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs von spezifischen Rationalitätsstrukturen der Argumentation ab, die einen hohen Grad an fachlicher Professionalität voraussetzen.“⁹⁴

Folglich ist nicht jede Äußerung eines Wissenschaftlers durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt: Wissenschaft liegt nicht vor, weil sich *Wissenschaftler* äußern, sondern weil sie sich *wissenschaftlich* äußern.⁹⁵ Allgemeine politische Äußerungen von Wissenschaftlern sind typischerweise nicht wissenschaftlich und unterfallen daher (nur) der Meinungsfreiheit.⁹⁶ Umgekehrt verlieren Äußerungen ihren wissenschaftlichen Charakter aber nicht dadurch, dass sie politischen Positionen nahestehen oder solche wissenschaftlich bewerten.⁹⁷

2. Wehrhaft: Grenzen grundrechtlicher Freiheiten

Freilich bekennt sich das Grundgesetz nicht nur positiv zu seiner freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Werteordnung – und ist damit *selbst* antitotalitär und nicht wertneutral.⁹⁸

81 Die normative Unterscheidung des Grundgesetzes zwischen (bloßer) Meinung und wissenschaftlicher Forschung und Lehre war nicht immer selbstverständlich. Im Parlamentarischen Rat stand auf Grundlage des sogenannten *Bergsträsser*-Entwurfs zur Debatte, die Wissenschaftsfreiheit nur als Teil der Meinungsfreiheit, nicht aber als selbstständige Garantie zu schützen. Vgl. dazu Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 8 f.
82 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.
83 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.
84 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.
85 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.
86 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.
87 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1781.
88 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.
89 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3

Rn. 32 m. w. N.
90 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 30.
91 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31; *ders.*, WissR 51 (2018), 5, 19, 23.
92 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 19.
93 Voigt, GS Jellinek, 1955, S. 259, 262.
94 Maunz/Dürig/Gärditz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 31.
95 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 6.
96 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 6.
97 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 8 f.
98 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

a) Grundgesetzliche Schutzmechanismen

Vielmehr trifft unsere Verfassung selbst „Vorkehrungen gegen ihre Bedrohung, sie institutionalisiert besondere Verfahren zur Abwehr von Angriffen auf die verfassungsmäßige Ordnung, sie konstituiert eine wehrhafte Demokratie“⁹⁹. Das Grundgesetz will so sicherstellen: „Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen“¹⁰⁰. Unsere Verfassung ist somit kumulativ freiheitlich und wehrhaft.¹⁰¹

Zum Schutz seiner Grundordnung verpflichtet das Grundgesetz in Art. 1 nicht nur den Staat, diese einfachgesetzlich zu sichern und zu gewährleisten.¹⁰² Vielmehr statuiert es in Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG eigene Schutzmechanismen, um Angriffe auf seine Grundordnung zu vermeiden bzw. abzuwehren. Weiter bestimmt das Grundgesetz für die einzelnen Grundrechte Grenzen und Schranken – so auch für die hier im Mittelpunkt stehende Meinungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit.

b) Schranken der Meinungsfreiheit

Der Schutz durch die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird schon dadurch begrenzt, dass nach h. M. erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich ausgenommen sind.¹⁰³ Aus diesem Grund ist etwa die „Auschwitzlüge“ nicht vom Schutzbereich erfasst.¹⁰⁴ Meinungsäußerungen können neben Gesetzen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre durch allgemeine Gesetze inhaltlich beschränkt werden. Allgemeine Gesetze sind nach der „Kombinationsformel“ des BVerfG nur solche Gesetze, „die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder

gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.¹⁰⁵ Diese „meinungsneutralen“ Gesetze sind ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit zu interpretieren (Wechselwirkungstheorie) und werden so durch die Meinungsfreiheit beschränkt.¹⁰⁶

c) Schranken der Wissenschaftsfreiheit

Auch der grundrechtliche Schutz durch die Wissenschaftsfreiheit ist begrenzt. Er wird – wie bei jedem Freiheitsrecht des Grundgesetzes – durch die Definition des geschützten Bereichs beschränkt: auf die Wissenschaft.¹⁰⁷ Eine besondere und ausdrücklich normierte Grenze enthält Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG für die Lehrfreiheit; denn nach der *Verfassungstreueklausele* in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG entbindet diese „nicht von der Treue zur Verfassung“. Unabhängig von der (umstrittenen) dogmatischen Einordnung¹⁰⁸ ist sie restriktiv auszulegen und verbietet daher nicht jede Kritik an der Verfassung¹⁰⁹. Dies zeigt sich deutlich anhand einer historischen Genese: Bei Entstehung der Wissenschaftsfreiheit war die Verfassungstreue von Hochschullehrern heftig umstritten und eine zentrale Frage im Parlamentarischen Rat.¹¹⁰ Die Sorgen waren historisch begründet: Während der Weimarer Zeit wurde die Lehrfreiheit oft dafür missbraucht, gegen die Republik zu agitieren.¹¹¹ Zum Hauptkritiker der Wissenschaftsfreiheit wurde der hessische Abgeordnete *Ludwig Bergsträsser*. Er fürchtete ein „*Sonderrecht für die Herren Professoren [...], um den Staat zu unterhöheln*“¹¹². Seine Befürchtung war: „*Es ist möglich, daß ein Universitätslehrer seine Vorlesungen dazu benutzt, unter dem Mäntelchen der Wissenschaft den Staat, Organe des Staates und führende Personen des Staates anzugreifen. Bestimmt man in der Verfassung, daß die Wissen-*

99 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

100 BVerfG 17.9.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08, NVwZ 2013, 1468, 1472. Identisch bereits BVerfG 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, NJW 1971, 275, 277.

101 BVerfG 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, NJW 1956, 1393; BVerfG 18.2.1970 – 2 BvR 531/68, NJW 1970, 1268. Ausführlich dazu: *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 sowie *Becker*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 167.

102 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, BVerfGE 40, 287, 292: „Auftrag, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren und zu verteidigen.“

103 BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; kritisch insoweit und für Rechtfertigungslösung: *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 25 Rn. 8.

104 H. M., BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440;

MüKoStGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 77.

105 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 und 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303; BVerfG 14.1.1998 – 1 BvR 1861/93, NJW 1998, 1381; BVerfG 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04, NJW 2004, 2814, 2815.

106 BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257, 258 – Lüth.

107 Gärditz, WissR 51 (2018), 5.

108 Näher dazu v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18.

109 *T. Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 145 Rn. 32.; v. *Coelln*, WissR 52 (2019), 3, 18; *Manssen*, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, § 17 Rn. 437.

110 Vgl. *Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

111 *Maunz/Dürig/Gärditz*, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 9.

112 *Abg. Bergsträsser* in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundsatfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 54 f.

schaft, die Kunst und ihre Lehre frei sind, kann man sich darauf stützen.“¹¹³ Deshalb wurde als Reaktion auf das Verhalten der Hochschullehrer in der Weimarer Republik Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschaffen.¹¹⁴

Sinn und Zweck der Norm ist damit, die „Zweckentfremdung“ des Hörsaals zur politischen Agitation zu verhindern.¹¹⁵ Dies zeigt auch die häufig zitierte Begründung von Carlo Schmid im Parlamentarischen Rat: „Es soll verhindert werden, daß unter dem Vorwand einer wissenschaftlichen Kritik ein Mann auf dem Katheder nichts anderes treibt als hinterhältige Politik, indem er die Demokratie und ihre Einrichtungen nicht kritisiert, sondern verächtlich macht [...]. Aber mir scheint es sehr nützlich zu sein, eine eindringliche Warnung auszusprechen, eine Warnung an solche, die versuchen sollten, die Republik ‚wissenschaftlich‘ zu unterlaufen. Die Leute, die solches etwa vorhaben sollen, sollen genau wissen, daß die Republik entschlossen ist, sich auch gegen Hinterhältigkeiten zu verteidigen!“¹¹⁶

Darüber hinaus wird die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zwar vorbehaltlos gewährleistet. Gleichwohl ist der durch sie gewährleistete Schutz nicht grenzenlos: Art. 5 Abs. 2 GG ist wegen der Spezialität des Art. 5 Abs. 3 GG im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 GG nicht anwendbar.¹¹⁷ Allerdings ergeben sich Schranken der Wissenschaftsfreiheit aus der Verfassung selbst, namentlich in Grundrechten Dritter oder sonstigen Verfassungsgütern.¹¹⁸ Der Konflikt zwischen grundrechtlich geschützter Wissenschaftsfreiheit und anderen Verfassungsgütern muss „nach Berücksichtigung der Einheit dieses Wertesystems durch Verfassungsauslegung gelöst werden“¹¹⁹, wobei der Wissenschaftsfreiheit „nicht schlechthin Vorrang“¹²⁰ zukommt. Daher wird die Wissenschaftsfreiheit etwa sicher bei wissenschaftlichen Versuchen an Strafgefangenen gegen deren Willen durch die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt.¹²¹

3. Fazit: Verfassungsimmanenter Dualismus und gebotene Synthese

Unsere – notwendig skizzenhaften und unvollständigen – Ausführungen sollten dies verdeutlichen: Die grundgesetzliche Entscheidung für einen freiheitlichen und wehrhaften Rechtsstaat ist so richtig wie alternativlos.¹²² Unser Rechtsstaat befindet sich wegen des verfassungsimmanenten Dualismus von Grundrechts- und Verfassungsschutz bei der Bekämpfung des politischen Extremismus jedoch stets in einem Dilemma.¹²³ Sowohl zu viel grundrechtliche Freiheit als auch zu viel Freiheitsbegrenzung kann zum Verlust der grundgesetzlichen Freiheit führen.¹²⁴ Der Rechtsstaat muss daher immer und immer wieder neu abwägen, wie tolerant er sich politischen Extremisten gegenüber verhalten muss und wie repressiv er diese bekämpfen darf.

Grundsätzlich muss er den Bürgern so viel Freiheit wie möglich gewähren; denn gerade weil die nationalsozialistische Schreckensherrschaft für die grundgesetzliche Ordnung „eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“¹²⁵ hat, ist diese so freiheitlich.¹²⁶ Der Rechtsstaat muss daher grundsätzlich „auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinanderzusetzen und sie dadurch abzuwehren“¹²⁷ vertrauen. Erst wenn und weil Extremisten die freiheitlich demokratische Grundordnung konkret gefährden, darf er diese verteidigen – und auch dann nur rechtsstaatlich.

Deshalb sind auch die verfassungsrechtlichen Schutzinstrumente der wehrhaften Demokratie liberal konzipiert. So zählt das Grundgesetz seine Schutzmechanismen in den Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2, 18, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3, 91 und 98 Abs. 2 GG nicht nur abschließend auf.¹²⁸ Der Staat darf daher „keine weitergehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten [ableiten]“ und

113 Abg. Bergsträsser in der 3. Sitzung des Ausschusses für Grundgesetzfragen v. 21.9.1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 55.

114 Löwer, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band IV, 1. Aufl. 2011, § 99 Rn. 64; Kahl, Hochschule und Staat, 2004, S. 62.

115 Vgl. Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020 Rn. 72, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 m. w. N.

116 Abg. Schmid in der 9. Sitzung des Plenums v. 6.5.1949, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, S. 449.

117 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1621.

118 Siehe nur Maunz/Dürig/Gärdtitz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 151, 170 m. w. N.

119 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622.

120 BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 174, 178, 191/71; 333/75, NJW 1978, 1621, 1622; Epping, ZBR 1997, 383, 392.

121 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 29.

122 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2020, 317, 322 f.

123 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324. Vgl. Schliesky, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 277 Rn. 26: „Dem Prinzip wehrhafter Demokratie ist eine gewisse Widersprüchlichkeit immanent.“; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 97 f.

124 Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 98.

125 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

126 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

127 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

128 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

kann sich nicht „auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ berufen.¹²⁹ Vielmehr gelten für diese Schutzmechanismen auch hohe prozedurale wie materielle Hürden: So können etwa nach Art. 18 GG nur die enumerativ aufgezählten Grundrechte (S. 1) verwirkt werden¹³⁰ und Verwirkung und Ausmaß dürfen ausschließlich vom BVerfG ausgesprochen werden (S. 2). Die praktische Bedeutung von Art. 18 GG geht denn auch gegen null¹³¹: Jedes der bislang vier eingeleiteten Verfahren wurde (nach jeweils mehrjähriger Verfahrensdauer) vom BVerfG abgewiesen. Entsprechendes gilt für das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG, „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“¹³² und konzeptionell das „Hauptinstrument“¹³³ der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes. Auch über das Verbot einer Partei darf nur das BVerfG befinden (Art. 21 Abs. 4 GG), und dieses hat die materiellen Anforderungen an ein Verbot im zweiten NPD-Verbotsverfahren 2017 weiter verschärft: Ausreichend ist nunmehr nicht schon der rechtsstaatlich korrekte Nachweis, dass die fragliche Partei verfassungsfeindlich ist, wobei die Partei sich dafür nicht nur programmatisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richten, sondern diese auch aktiv bekämpfen muss; es bedarf nunmehr weitergehend „konkreter Anhaltspunkte von Gewicht, die einen Erfolg des gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handelns zumindest möglich erscheinen lassen“.¹³⁴ Entsprechendes gilt für den 2017 neu eingeführten Art. 21 Abs. 3 GG: Zwar können danach verfassungsfeindliche Parteien (zeitweise) von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossen werden, allerdings nicht verboten und damit nicht gleich effektiv bekämpft werden.

IV. Konsequenzen für das Hochschulpersonal

Die grundgesetzliche Entscheidung für den freiheitlichen und wehrhaften Verfassungsstaat determiniert die

Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen.

1. Grundsätzliches

Der Staat steht hier als Dienstherr bzw. Arbeitgeber immer schon vor der Frage, wie er die Kollision der beiden Grundwerte des Grundgesetzes – freiheitlich und wehrhaft – (auf-)löst.

a) Zeithistorischer Überblick

Politischer Extremismus im öffentlichen Dienst und – daraus resultierend – die Gefahr der „Unterwanderung“ des freiheitlichen Rechtsstaats durch seine Feinde und dessen Zerstörung „von innen heraus“, ist ein zeitlos zentrales Problem.¹³⁵

Bereits die Weimarer Republik schuf gegen diese Bedrohung „von innen“ Vorkehrungen.¹³⁶ Durch das „Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik“ vom 21.7.1922¹³⁷ wurde in das damalige Reichsbeamtengesetz ein § 10a neu eingefügt. Danach war der Reichsbeamte verpflichtet, „in seiner amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsgewalt einzutreten“ und „alles zu unterlassen, was mit seiner Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinbaren ist“. Da aber Art. 130 Abs. 2 WRV den Beamten „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit“ gewährleistete, waren Inhalt und Grenzen der Treuepflicht gegenüber der Republik umstritten.¹³⁸

Im Jahr 1930 beschloss das preußische Staatsministerium, „die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei und die Kommunistische Partei Deutschlands [...] als Organisationen anzusehen, deren Ziel der gewaltsame Umsturz der bestehenden Staatsordnung ist“. Hieraus folgte es: „Ein Beamter, der an einer solchen Organisation teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt, verletzt dadurch die aus seinem Beamtenverhältnis sich ergebende besondere Treueverpflichtung gegenüber dem Staate und macht sich eines Dienstvergehens schuldig.“¹³⁹ Dieser Beschluss wurde hinsichtlich der NSDAP nach dem sogenannten Preußenschlag wieder aufgehoben.

129 BVerfG 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069.

130 H. M., vgl. BVerfG 6.10.1959 – 1 BvL 118/53, NJW 1960, 29; BVerfG 15.1.1969 – 1 BvR 438/65, NJW 1969, 742; BVerfG 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 38 m. w. N.

131 Volkman, JZ 2010, 209, 210: „ineffektiv“; Wittrek, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 29: „Netto-Kampfwert gegen Null“.

132 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

133 Volkman, JZ 2010, 209, 210.

134 BVerfG 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611.

135 Es handelt sich auch nicht um ein nationales Problem. Vielmehr besteht diese Gefahr bei jedem freiheitlich demokratisch organisierten Gemeinwesen, welches seine Grundwerte nicht nur

nach außen (Dritten gegenüber), sondern gerade auch nach innen verteidigen muss, vgl. Böckenförde, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG, 1981, S. 10.

136 Näher hierzu Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

137 RGBl. 1922 I, S. 590.

138 Vgl. Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11. Näher Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 214 f.

139 Allgemeinverfügung des Preußischen Justizministers vom 9.7.1930 – I 10 237, Preußisches Justizministerialblatt 1930, S. 220.

Nach dem „Adenauer-Erlass“¹⁴⁰ von 1950 verletzte seine Dienstpflicht, wer „als Beamter, Angestellter oder Arbeiter im Bundesdienst an Organisationen oder Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Staatsordnung teilnimmt, sich für sie betätigt oder sie sonst unterstützt“. Nicht abschließend wurden 13 Organisationen aufgezählt, in denen man als Staatsbediensteter nicht Mitglied sein durfte. Anlass hierfür war, dass die „Gegner der Bundesrepublik ihre Bemühungen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu untergraben“, verstärkten.

In den 1970er Jahren stand die Bekämpfung des Linksextremismus im Mittelpunkt der sicherheitspolitischen Agenda der damals noch jungen BRD – was angesichts der abstrakten Bedrohung durch den kommunistischen Ostblock und des sehr konkreten Terrors der RAF nachvollziehbar war. Die Regierungschefs von Bund und Ländern befürchteten, dass der öffentliche Dienst durch (Links-)Extremisten „unterwandert“ wird und erließen daher am 28.1.1972 einen gemeinsamen Beschluss¹⁴¹, der der Öffentlichkeit als „Radikalenerlass“ oder „Extremistenbeschluss“ bekannt wurde. Dieser Beschluss war auch eine Reaktion der Exekutive auf zunehmende kommunistische und sozialistische Aktivitäten an Universitäten.¹⁴² Er betonte die Pflicht zur Verfassungstreue als Pflicht, sich positiv zur Verfassung zu bekennen, sodass verfassungsfeindliche Bestrebungen eine Verletzung der Dienstpflichten bedeuteten. Begründete Zweifel an der positiven Verfassungstreue von Bewerbern rechtfertigten deshalb im Regelfall deren Ablehnung.¹⁴³

Besonders umstritten war – neben der Frage, ob die Mitgliedschaft eines Staatsbediensteten in einer Partei, welche nicht vom BVerfG verboten ist, dessen Ablehnung oder Entlassung rechtfertigen konnte – das Verfah-

ren der Regelanfragen bei den Verfassungsschutzämtern¹⁴⁴: Auf Grund dieser Regelanfrage wurden im Zeitraum von 1972 bis 1992 rund 3,5 Millionen Bewerber für den öffentlichen Dienst überprüft. Es kam in ca. 11.000 Fällen zu Verfahren, wobei 1.250 Personen nicht eingestellt wurden.¹⁴⁵ Darüber hinaus wurden rund 260 Beamte und Angestellte im genannten Zeitraum entlassen; besonders betroffen waren neben Lehrern (etwa 80 %) auch Hochschullehrer (etwa 10 %).¹⁴⁶

Das Verfahren der Regelanfrage wurde von den einzelnen Ländern sukzessive aufgehoben und verlor so an Bedeutung.¹⁴⁷ Zuletzt gab es 1991 auch der Freistaat Bayern auf¹⁴⁸, der jedoch an dessen Stelle ein neues, eigenes Verfahren einführte, um die Verfassungstreue im öffentlichen Dienst zu prüfen¹⁴⁹. Danach muss nunmehr jeder Bewerber in einem „Fragebogen zur Prüfung der Verfassungstreue“ ausdrücklich beantworten, ob er Mitglied oder Unterstützer einer oder mehrerer als extremistisch oder extremistisch beeinflusster Organisation war oder ist; die „wichtigsten extremistischen oder extremistisch beeinflussten Organisationen“ sind dabei (nicht abschließend) in einem Verzeichnis¹⁵⁰ aufgezählt.

Gegenwärtig ringen Bund und Länder wieder verstärkt mit dem Problem, wie sie den öffentlichen Dienst frei von Verfassungsfeinden halten können. Wie unverändert real und akut die Bedrohung durch diese ist, zeigen nämlich zahlreiche (rechts-)extremistische Vorfälle in den Sicherheitsbehörden im vergangenen Jahr.¹⁵¹ Der Freistaat Sachsen versucht dieser Gefahr mit einer neu geschaffenen Koordinierungsstelle für interne Extremismusabwehr und -prävention zu begegnen; deren Ziel ist es, extremistische Bestrebungen von Bediensteten des Innenministeriums wie nachgeordneter Behörden aufzuspüren.¹⁵²

140 Beschluss der Bundesregierung zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung vom 19.9.1950, in: Gemeinsames Ministerialblatt vom 20.9.1950, S. 93. Näher hierzu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 217 ff.

141 Gemeinsamer Beschluss des Bundeskanzlers und der Ministerpräsidenten der Länder zu Grundsätzen über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisationen, bekanntgegeben in: Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29.2.1972, S. 342. Näher dazu *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

142 *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 34; *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 220.

143 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219.

144 *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 219 ff.

145 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

146 *Mühdorfer*, Radikalenerlass, publiziert am 16.6.2014, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Radikalenerlass> (31.1.2021).

147 Näher *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 221 f.

148 Vgl. *Kathke*, ZBR 1992, 344, 345. Näher zur Entwicklung der Prüfung der Verfassungstreue seit 1980: *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 222 ff.

149 Bekanntmachung über die Pflicht zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst (Verfassungstreue-Bekanntmachung – VerftöDBek) der Bayerischen Staatsregierung vom 3.12.1991 (AllMBL. S. 895, StAnz. Nr. 49), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 27.9.2016 (AllMBL. S. 2138).

150 Verzeichnis extremistischer oder extremistisch beeinflusster Organisationen (nicht abschließend), IMBek vom 29.11.2007.

151 Vgl. etwa <https://www.sueddeutsche.de/politik/nrw-polizeirechtsextremismus-chat-1.5034926> (31.1.2021).

152 <https://www.mdr.de/sachsen/koordinierungsstelle-extremismus-abwehr-sachsen-100.html> (31.1.2021).

Der (zeit-)geschichtliche Rückblick macht deutlich: Politischer Extremismus ist eine offenbar nicht auszurotende verfassungsfeindliche Einstellung von Menschen und damit ein *zeitloses* Phänomen nicht nur generell in Staat und Gesellschaft, sondern auch im öffentlichen Dienst der staatlichen Hochschulen; denn Letztere sind mit ihren vielen Studierenden und Beschäftigten stets Abbild unserer Lebenswirklichkeit: Mit der Zahl der Studierenden (1975: 836.002; 2019: 2.891.049¹⁵³) ist die Zahl ihrer Beschäftigten deutlich gestiegen. Beschäftigten die Hochschulen im Jahr 2010 noch 601.682 Personen¹⁵⁴, so waren es 2019 bereits 737.762; davon sind 406.659 dem wissenschaftlichen (und künstlerischen) Personal und 331.103 dem nichtwissenschaftlichen (verwaltungstechnischen und sonstigen) Personal zuzurechnen.¹⁵⁵ Dabei überwiegt das Personal der Universitäten mit 578.569 Beschäftigten gegenüber dem der Kunst-, Fach- und Verwaltungshochschulen klar.¹⁵⁶ Diese Zahlen beziehen sich zwar auf alle Hochschulen unabhängig von deren Trägerschaft, schließen also private Hochschulen mit ein. Deren Beschäftigte machen allerdings nur einen sehr geringen Teil aus: Im Jahr 2018 waren an privaten Hochschulen insgesamt lediglich 18.283 Personen beschäftigt, davon 8.147 im wissenschaftlichen und künstlerischen Bereich, 10.136 als Verwaltungs-, technisches und sonstiges Personal.¹⁵⁷ Die Beschäftigten an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen bilden so mit gut 15% einen beachtlichen Teil der rund 4,9 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst.¹⁵⁸

b) Konflikt: Verfassungsschutz versus Grundrechtsschutz

Der Staat befindet sich bei der Bekämpfung von politischem Extremismus *stets* in einem Dilemma – und besonders als Dienstherr und Arbeitgeber im öffentlichen Dienst: Einerseits verpflichtet das Grundgesetz ihn als wehrhafte Demokratie, seine Grundwerte zu erhalten und zu schützen. Und dazu wäre der Staat nicht in der Lage, wenn seine Bediensteten ihn und seine Grundordnung „von innen heraus“ ablehnen und bekämpfen.

Zutreffend stellte das BVerfG daher bereits 1975 fest: „Der freiheitliche demokratische Rechtsstaat kann und darf sich nicht in die Hand seiner Zerstörer geben.“¹⁵⁹ Andererseits ist der wehrhafte Staat zugleich ein liberaler, die Grundrechte aller Bürger achtender und schützender Rechtsstaat. Und diese Grundrechte gelten im Rechtsstaat grundsätzlich auch für die Feinde der Freiheit.¹⁶⁰

Dieser verfassungsimmanente Grundkonflikt – die Kollision der staatlichen Pflicht zum Verfassungsschutz mit der Pflicht, den Bürgern möglichst umfassend grundrechtliche Freiheit zu gewähren – prägt die Beschäftigungsverhältnisse an staatlichen Universitäten und anderen Hochschulen. Auch hier muss der Staat seine Grundordnung einerseits vor Verfassungsfeinden schützen und verteidigen, andererseits aber umfassend grundrechtliche Freiheiten – und hier ganz besonders die Wissenschaftsfreiheit – achten und schützen.

Besonders klar zeigt sich diese Ambivalenz bei den Beamten; das BVerfG beschreibt sie wie folgt: „Der Beamte genießt Grundrechtsschutz. Er steht zwar ‚im Staat‘ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet, die ihm dem Staat gegenüber obliegen, er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann. In ihm stoßen sich also zwei Grundentscheidungen des Grundgesetzes: Die Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung bejahenden Beamtenkörpers [...] und die Garantie der individuellen Freiheitsrechte“¹⁶¹.

Für den verbeamteten Hochschullehrer folgt aus diesem verfassungsimmanenten Konflikt spezifisch: Er ist als *Beamter* Staatsdiener, sodass ihn beamtenrechtliche Pflichten treffen; zugleich genießt er nicht nur allgemein als *Bürger* Grundrechtsschutz, vielmehr ist seine *wissenschaftliche* Tätigkeit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG besonders (umfassend) geschützt.

153 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Tabellen/lrbilo1.html> (31.1.2021).

154 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile (31.1.2021).

155 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 14.

156 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Personal an Hochschulen 2019, 2020, S. 15.

157 Statistisches Bundesamt, Bildung und Kultur – Private Hochschulen 2018, 2020, S. 14, 115 f.; https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Publikationen/Downloads-Hochschulen/personal-hochschulen-2110440197004.pdf;jsessionid=4DB1A130F514083ACD0293304A21451E.internet8731?__blob=publicationFile (31.1.2021).

158 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentlicher-Dienst/Tabellen/beschaeftigte-aufgaben.html> (31.1.2021).

159 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

160 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 322 f.

161 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647; ferner BVerfG 20.9.2007 – 2 BvR 1047/06, NVwZ 2008, 416.

c) Lösung: Funktionale Differenzierung

Wie ist dieses Dilemma – Verfassungsschutz und Grundrechtsschutz – verfassungskonform aufzulösen? Zwar spricht Vieles auf den ersten Blick dafür, dass der Selbstschutz des wehrhaften Verfassungsstaates vorrangig ist¹⁶² und damit eine positive Verfassungstreuepflicht für *alle* Beschäftigte an Universitäten und anderen Hochschulen gelten muss – unabhängig davon, welche konkrete Stellung diese innehaben und welche konkreten Aufgaben diese ausüben.

Eine derart umfassende politische Treuepflicht *aller* Hochschulbeschäftigten würde deren Grundrechte aber auch dann einschränken, wenn ein Funktions- oder Ansehensverlust des Staates gerade nicht zu befürchten ist. Denn nicht jeder Beschäftigte des öffentlichen Dienstes übt hoheitliche Tätigkeiten aus und repräsentiert und vertritt so den Staat. Eine positive politische Treuepflicht, die schematisch für den gesamten öffentlichen Dienst gilt, ist daher weder geboten noch verhältnismäßig.¹⁶³

Gerade weil unser Rechtsstaat kein einseitig wehrhafter, sondern kumulativ liberaler *und* wehrhafter ist, hat er die Grundrechte seiner Beschäftigten möglichst weitgehend zu respektieren. Verfassungsrechtlich notwendig ist es daher, an staatlichen Universitäten und Hochschulen zwischen Beamten und Arbeitnehmern zu differenzieren.

2. Beamte

Für die staatlichen Funktionsträger, denen hoheitliche Aufgaben und Befugnisse übertragen sind, gelten beson-

dere politische Treuepflichten. Zu diesen zählen Beamte, Richter und Soldaten.¹⁶⁴ An den Hochschulen unterliegt daher das verbeamtete Personal einer spezifischen Verfassungstreuepflicht¹⁶⁵ – und dazu gehören insbesondere die ganz überwiegend¹⁶⁶ nach § 46 HRG bzw. § 49 Abs. 1 LHG¹⁶⁷ verbeamteten Professorinnen und Professoren.

a) Positive Verfassungstreuepflicht

Beamte müssen sich nach Ansicht des BVerfG¹⁶⁸ und der h. M.¹⁶⁹ eindeutig zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, sich mit dieser identifizieren und bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Diese sogenannte positive Treuepflicht gilt für sie umfassend: Dienstlich wie außerdienstlich¹⁷⁰ sowie unabhängig von der Art des Beamtenverhältnisses (auf Lebenszeit, Zeit oder Probe) und den konkreten dienstlichen Aufgaben.¹⁷¹

Einfachgesetzlich ist diese Pflicht für Bundesbeamte in § 60 Abs. 1 S. 3 BBG und für Landesbeamte wortlautidentisch in § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG positiviert: „*Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.*“

aa) Dogmatische Herleitung

BVerfG¹⁷² und BVerwG¹⁷³ betrachten diese besondere politische Treuepflicht als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums und leiten sie damit unmit-

162 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

163 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 324.

164 Siems, DÖV 2014, 338, 339.

165 BVerfGE 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683; BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837; BVerwG 28.11.1980 – 2 C 24/78, NJW 1981, 1390; BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374; VG Berlin 29.10.2012 – VG 80 K 23.12 OL, BeckRS 2012, 60858.

166 Nach Epping, ZBR 1997, 383, 385 – Fn. 34 waren im Jahr 1997 rund 98 % der Professoren Beamte.

167 Soweit landesrechtliche Vorschriften zitiert werden, handelt es sich um solche des Landes Baden-Württemberg.

168 Grundlegend: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641. Vgl. etwa auch BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

169 Maunz/Dürig/Badura, 92. EL August 2020, GG Art. 33 Rn. 60 m. w. N. Jüngst dazu Lorse, ZBR 2021, 1 ff.

170 BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; VGH Kassel

7.5.1988 – 24 DH 2498-96, NVwZ 1999, 904.

171 H. M., vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135; BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1386; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/80 (BDiszG), NVwZ 1982, 191; VGH Mannheim 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149; ebenso Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 23; zur Praxis: Runderlass des BMI v. 4.2.1993 D I 3-210 152/7; Kathke ZBR 1992, 344. A. A. und für funktionsbezogene Bestimmung der beamtenrechtlichen Verfassungstreuepflicht: Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 33 Rn. 107; Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12, jedenfalls zweifelnd BeckOK BeamtenR Bund/Schwarz, 20. Ed. 1.10.2020, BBG § 7 Rn. 14.1.

172 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

173 BVerwG 6.2.1975 – II C 68/73, NJW 1975, 1135.

telbar aus Art. 33 Abs. 5 GG her. Zu diesen hergebrachten Grundsätzen zählt das BVerfG den „Kernbestand von Strukturprinzipien [...], die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“¹⁷⁴.

Danach ist sicher die *allgemeine* Treuepflicht der Beamten ein tradiertter Grundsatz des Berufsbeamten-tums.¹⁷⁵ Ob dazu jedoch historisch auch die *besondere* positive Verfassungstreuepflicht zählt, ist angesichts der grundlegenden Staats- und Verfassungsumbrüche in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts zweifelhaft.¹⁷⁶ Sicher kann die personenbezogene Treuepflicht der Beamten gegenüber dem Führer während der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft¹⁷⁷ nicht zur Begründung einer Verfassungstradition herangezogen werden. Diese Pflicht war zwar auch eine besondere, aber eben eine besonders pervertierte. Ob zumindest die Weimarer Reichsverfassung eine entsprechende Verfassungstradition begründet hat, ist zweifelhaft¹⁷⁸, weil gerade umstritten war, inwieweit diese Verfassung eine politische Treuepflicht für die Beamten statuierte. Art. 130 Abs. 2 WRV garantierte den Beamten nämlich auch „die Freiheit ihrer politischen Gesinnung“, sodass Inhalt und Grenzen der Treuepflicht umstritten waren.¹⁷⁹

Allerdings geht es bei der hier fraglichen *politischen* Treuepflicht einzig um die Treue zum Grundgesetz. Ihr Inhalt und Umfang lassen sich deshalb nicht aus der Genese zuvor geltender Verfassungen, sondern allein aus dem Grundgesetz selbst bestimmen.¹⁸⁰ Folglich muss sich eine entsprechende Treuepflicht *originär* aus und mit dem Grundgesetz begründen lassen.

Zur Begründung der *positiven* Verfassungstreuepflicht von Beamten bemüht das BVerfG weiter das Verfassungsprinzip der wehrhaften bzw. streitbaren Demokratie. Dies überzeugt indes nur bedingt, setzt dieses

Prinzip doch gerade eine *aktive* Verfassungsfeindschaft voraus¹⁸¹, sodass sich mit ihm lediglich eine *negative*, aber gerade keine *positive* Verfassungstreuepflicht begründen lässt. Erfasst wären mithin nur solche (seltenen) Fälle, in denen Beamte aktiv „kämpferisch“ gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung opponieren, nicht aber die Fälle, in denen Beamte diese nur (passiv) ablehnen, was etwa anzunehmen ist, wenn diese bloß Mitglied einer verfassungsfeindlichen Partei oder Organisation sind.¹⁸² Unabhängig davon gilt das Verbot, sich aggressiv-kämpferisch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu betätigen, für alle Bürger – und nicht spezifisch nur für Beamte.

Überzeugend lässt sich die Verfassungstreuepflicht von Beamten mit der *Funktion des Berufsbeamtentums* begründen.¹⁸³ Unser Verfassungsstaat geht mit seiner Entscheidung für die wehrhafte Demokratie eine Selbstverpflichtung ein, seine Grundordnung zu schützen und zu erhalten. Da er aber selbst nicht handlungsfähig ist, ist er zwingend auf seine Beamten als ihn Repräsentierende und für ihn Handelnde angewiesen; diesen überträgt er insbesondere das Recht, (für ihn) hoheitliche Gewalt und so seine „Kernfunktion“ auszuüben, Art. 33 Abs. 4 GG.¹⁸⁴ Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung verbietet es zwingend, „*dass der Staat, dessen verfassungsmäßiges Funktionieren auch von der freien inneren Bindung seiner Amtsträger an die geltende Verfassung abhängt, zur Ausübung von Staatsgewalt Bewerber zulässt und in (Ehren-)Ämtern, die mit der Ausübung staatlicher Gewalt verbunden sind, Bürger belässt, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnen und bekämpfen*“¹⁸⁵. Für die Verfassungstreue beim Zugang zum Beamtenverhältnis bietet entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt.¹⁸⁶

174 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189; BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15, NVwZ 2018, 1121, 1123 m. w. N.

175 BVerfG 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1396; BVerfG 15.12.1976 – 2 BvR 841/73, NJW 1977, 1189; BVerfG 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, NJW 1954, 21; Brosius-Gersdorf in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 186 m. w. N. Ausführlich zur historischen Entwicklung der beamtenrechtlichen Treuepflicht: Laubinger, FS Ule, 1977, 89 ff.

176 Im Einzelnen Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 10 f.; ebenso Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 232 f.

177 Näher dazu: Laubinger, FS Ule, 1977, S. 89, 105 ff.; Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 215 ff.

178 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11: „keine tragfähige Grundlage zur Herleitung der politischen Treuepflicht“; dem zustimmend Lorse, ZBR 2021, 1, 5; ferner Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

179 Näher Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 11.

180 Vgl. Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 401.

181 Siehe oben II.2.

182 Richtig Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12.

183 Ebenso Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12; Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 106 f.

184 Vgl. Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 107.

185 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568, 2569.

186 Darauf stellt maßgeblich Lorse, ZBR 2021, 1, 6 ab. Vgl. zur Verfassungstreue als Eignungsmerkmal: Maunz/Dürig/Badura, 91. EL April 2020, GG Art. 33 Rn. 33; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

bb) Verfassungskonformität

Das BVerfG hält die politische Treuepflicht der Beamten für verfassungskonform.¹⁸⁷ Zwar können sich auch Beamte auf ihre Grundrechte berufen¹⁸⁸, insbesondere auf das Verbot der Benachteiligung wegen der politischen Anschauung (Art. 3 Abs. 3 GG), die auch durch Art. 33 Abs. 3 GG geschützte Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), sowie die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Aber sie können ihre Grundrechte wegen der „*Garantie eines für den Staat unentbehrlichen, ihn tragenden, verlässlichen, die freiheitliche demokratische Grundordnung behandelnden Beamtenkörpers*“ nur verfassungskonform ausüben.¹⁸⁹ Der Grundrechtsschutz darf die politische Treuepflicht nicht zugunsten von Verfassungsfeinden relativieren.

(1) Politische Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG

Das BVerfG legt in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1975 das Merkmal der „politischen Anschauung“ äußerst restriktiv aus: Art. 3 Abs. 3 GG soll nur das „Haben“, nicht aber das Äußern und Betätigen einer politischen Überzeugung schützen.¹⁹⁰ Denn die Betätigung der politischen Gesinnung sei „eindeutig“ durch besondere Grundrechte geschützt. Weiter gelte das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht „absolut“.¹⁹¹ Verboten sei nur die gezielte Benachteiligung (oder Bevorzugung) wegen der politischen Einstellung, nicht aber ein Nachteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist. Schließlich müsse Art. 3 Abs. 3 GG „aus dem Kontext der Verfassung“ heraus ausgelegt werden; diese konstituiere eine „wehrhafte Demokratie“, die über Art. 3 Abs. 3 GG nicht ihren Feinden ausgeliefert werden dürfe.

Die beiden erstgenannten Argumente des BVerfG überzeugen nicht: Wollte man den Schutzbereich des

Art. 3 Abs. 3 GG auf das bloße Haben einer politischen Überzeugung beschränken, so wäre die Norm weitestgehend sinnlos. Abgesehen davon, dass sich innere (politische) Einstellungen von Menschen kaum rechtssicher feststellen lassen, kann das bloße „Haben“ einer Überzeugung in einem freiheitlichen Rechtsstaat niemals verboten sein; vielmehr sind die Gedanken hier umfassend „frei“¹⁹². Daher muss gerade auch die Manifestation von politischen Anschauungen nach außen – entgegen der Ansicht des BVerfG¹⁹³ – von Art. 3 Abs. 3 GG geschützt sein.¹⁹⁴ Der Verweis, dass die politische Betätigung nur von den besonderen Grundrechten geschützt sei, schafft ein – systematisch nicht begründbares und grundrechtsdogmatisch verfehltes – Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 3 GG und den (vermeintlich besonderen) Grundrechten.¹⁹⁵ Vielmehr ist Telos des Art. 3 Abs. 3 GG, Diskriminierungen *wegen* der politischen Anschauung zu verbieten – was inzwischen auch das BVerfG anerkennt¹⁹⁶. Und da die Ablehnung eines Bewerbers bzw. die Entlassung eines Beamten gerade *wegen* dessen (extremer) politischer Anschauung erfolgt, ist Art. 3 Abs. 3 GG hier einschlägig.¹⁹⁷

Freilich ist diese Ungleichbehandlung von Extremisten wegen Art. 33 Abs. 5 GG grundsätzlich gerechtfertigt.¹⁹⁸ Art. 3 Abs. 3 GG muss nämlich (wie jede andere Verfassungsnorm auch) im Kontext der Verfassung ausgelegt werden; und ein „*Staat, der sich nicht selbst aufgeben will, [...] muß sicherstellen, daß in den Beamtenapparat nicht Verfassungsfeinde eindringen.*“¹⁹⁹ Denn der Staat ist nur dauerhaft funktionstüchtig und seinen Bürgern gegenüber nach außen glaubwürdig, wenn er zumindest in seinem hoheitlichen *Kernbereich* von Amtsträgern repräsentiert wird, die jederzeit vorbehaltlos für ihn eintreten. Die Benachteiligung ist auch verhältnismäßig, da Extremisten (fast) jeden Beruf *außerhalb* der Beamtenschaft ergreifen können.²⁰⁰

187 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

188 Insbesondere setzt die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis die Geltung der Grundsätze nicht außer Kraft, vgl. BVerfG 14.3.1972 – 2 BvR 41/71, NJW 1972, 811; vgl. auch *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 23 f.

189 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

190 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648. Dem folgend BAG 12.3.1986 – 7 AZR 20/83, NJW 1987, 1100, 1101 und BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 88.

191 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

192 *Volkman*, NJW 2010, 417, 419.

193 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; relativierend BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47.

194 So auch *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 84;

ErfK/Schmidt, 21. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 74; s. ferner Sondervotum *Simon*, BVerfG 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266, 304. Inzwischen wohl auch BVerfG 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049, 1056 Rn. 116.

195 Vgl. *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 19; *Stern/Becker*, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 162.

196 BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, NJW 1992, 964, 965.

197 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

198 Ebenso *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 70.

199 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1648.

200 *Chr. Picker*, RdA 2020, 317, 325.

(2) Parteienprivileg, Art. 21 Abs. 2, 4 GG

Nach Ansicht des BVerfG²⁰¹ hindert auch das Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG den öffentlichen Dienstherrn nicht, die Mitgliedschaft in einer politischen Partei, die er für verfassungsfeindlich hält, vom BVerfG aber nicht für verfassungswidrig erklärt wurde, als Einstellungshindernis oder Dienstvergehen zu werten.²⁰² Vor bloß faktischen Nachteilen, die einer betroffenen Partei dadurch entstehen, schütze Art. 21 Abs. 2, 4 GG nicht. Es sei funktional zu differenzieren: Während Art. 21 GG die freie politische Betätigung des Bürgers schütze, liege „die ratio des verfassungsrechtlichen Grundsatzes, daß dem Beamten gegenüber dem freiheitlichen demokratischen Staat, zu dem er in ein besonders enges Verhältnis getreten ist, eine politische Treuepflicht obliegt, in einem anderen rechtlichen Zusammenhang“²⁰³.

Diese Argumentation überzeugt ebenfalls nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Nach ganz h. M. darf der Staat die politischen Ziele einer Partei auch ohne konstitutive Verbotsentscheidung des BVerfG als verfassungsfeindlich bezeichnen und die Mitgliedschaft in einer solchen Partei als wesentliches Indiz dafür heranziehen, dass die erforderliche Verfassungstreue fehlt.²⁰⁴ Zwar ist dadurch – entgegen der Ansicht des BVerfG²⁰⁵ und BVerwG²⁰⁶ – der Schutzbereich des Art. 21 Abs. 2, 4 GG sehr wohl berührt, wonach der Staat eine nicht vom BVerfG verbotene Partei (und insbesondere deren Funktionäre, Mitglieder und Anhänger) nicht in ihrer politischen Tätigkeit stören oder behindern darf.²⁰⁷ In den Schutzbereich ist auch eingegriffen, weil Art. 21 GG entweder – entgegen der h. M.²⁰⁸ – auch vor faktischen Nachteilen schützt²⁰⁹ oder ein rechtlicher Nachteil anzunehmen ist, wenn der Staat Bewerber we-

gen ihrer Parteimitgliedschaft ablehnt bzw. Beamte deshalb entlässt.²¹⁰ Denn die Parteimitgliedschaft ist hier wesentliches Indiz für die Beurteilung der Verfassungstreue, sodass der Bewerber/Beamte gerade auch „wegen seiner Zugehörigkeit“ zu dieser und nicht nur wegen seines Gesamtverhaltens benachteiligt wird.²¹¹ Ferner „existieren“ Parteien nur mit und durch ihr personales Substrat. Sie sind existentiell auf ihre Funktionäre wie Mitglieder angewiesen, sodass sie erheblich in ihrer Betätigungsfreiheit beeinträchtigt werden, wenn Personen ihnen nur deshalb fernbleiben, weil ihnen wegen der Mitgliedschaft Berufe verwehrt sind.²¹²

Aber auch hier gilt: Zumindest in seinem Kernbereich ist der Staat auf verfassungstreue Beamte zwingend angewiesen, weshalb die verfassungsrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit der Parteien und deren Mitglieder und Funktionäre diese unverzichtbare Prüfung der Verfassungstreue nicht konterkarieren darf. Denn der Staat bedarf „in seiner freiheitlichen demokratischen Verfaßtheit [...], wenn er sich nicht selbst in Frage stellen will, eines Beamtenkörpers, der für ihn und die geltende verfassungsmäßige Ordnung eintritt, in Krisen und Loyalitätskonflikten ihn verteidigt, indem er die ihm übertragenen Aufgaben getreu in Einklang mit dem Geist der Verfassung, mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und Geboten und den geltenden Gesetzen erfüllt.“²¹³ Und der Eingriff in deren Betätigungsfreiheit ist insofern erträglich, als nur einem verhältnismäßig kleinen Teil der Bürger, den Beamten, verwehrt wird, sich für sie zu betätigen. Folglich geht Art. 33 Abs. 5 GG dem Parteienprivileg nach Art. 21 Abs. 2, 4 GG als verfassungsimmanente Schranke vor.²¹⁴

Die Parteimitgliedschaft ist freilich immer nur ein Indiz und befreit den Staat nicht davon, die Verfassungs-

201 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

202 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

203 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

204 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779; BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709; Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 219.

205 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

206 BVerwG 7.7.2004 – 6 C 17/03, NJW 2005, 85, 87; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81, NJW 1982, 779. Nach Ansicht des BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710 ist das Parteienprivileg nur in seiner „Randzone berührt“.

207 Ebenso Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 109; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412 ff.; a.A. Lindner, ZBR 2006, 402, 410 ff.

208 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BVerfG 29.10.1975 – 2 BvE 1/75, JZ 1976, 63; BVerfG 25.3.1981 – 2 BvE 1/79, NJW 1981, 1359; BVerwG 6.2.1975 – II C 68.73, NJW 1975, 1135.

209 So Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, GG Art. 21 Rn. 218 ff. m. w. N. Siehe ferner Menger, VerwArch 67 (1976), 105, 108 f.; Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; dies., ZBR 2006, 412, 413.

210 So bereits Sondervotum Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1650: „Was anderes aber als ein [...] rechtliches Geltendmachen der Verfassungswidrigkeit ist es, wenn die Einstellungsbehörde die Zugehörigkeit des Bewerbers zu einer nicht verbotenen Partei zu seinem Nachteil wertet?“, Rudolf, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 209, 234 ff.; Dreier, in: GS Klein, 1977, S. 86, 82.

211 A. A. freilich das BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645: „Es geht nicht darum, daß der Beamte wegen seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei benachteiligt wird.“

212 Kortz/Lubig, ZBR 2006, 397, 400; Maurer, NJW 1972, 601, 603.

213 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1645.

214 BeckOK GG/Kluth, 44. Ed. 15.8.2020, Art. 21 Rn. 184.

treue des Bewerbers oder Beamten umfassend zu prüfen.²¹⁵ Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.²¹⁶ Und aus der Verfassungsfeindlichkeit des Kollektivs kann und darf nicht automatisch auf die fehlende Verfassungstreue des Individuums geschlossen werden; es gibt insofern keinen „Kollektivzurechnungsverdacht“²¹⁷. Entsprechend muss der Dienstherr personenbezogen weitere Umstände darlegen und beweisen, wonach dem Individuum selbst die Verfassungstreue fehlt – und umgekehrt nicht der Beschäftigte den durch seine Parteimitgliedschaft begründeten Verdacht der fehlenden Verfassungstreue entkräften.²¹⁸

(3) Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

Zentral für unser Thema ist die Frage, ob und inwiefern die positive Verfassungstreuepflicht für Beamte an Hochschulen mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar ist.

Weder der persönliche noch der sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit ist zwar institutionell auf Universitäten und andere Hochschulen beschränkt; vielmehr schützt die Wissenschaftsfreiheit *jeden*, der wissenschaftlich tätig ist.²¹⁹ Aber ihr Schutzbereich ist an Hochschulen typischerweise eröffnet – persönlich besonders für Universitätsprofessoren als „Inhaber der Schlüsselfunktionen des wissenschaftlichen Lebens“²²⁰, nach Ansicht des BVerfG aber auch für Fachhochschulprofessoren²²¹.

Die Treuepflicht eines verbeamteten Wissenschaftlers konfliktiert dann nicht mit der Wissenschaftsfreiheit, wenn deren (sachlicher) Schutzbereich nicht eröffnet ist. Nach der oben erwähnten Definition des BVerfG ist Wissenschaft „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“²²²

Insbesondere bei politischen Äußerungen eines Wissenschaftlers ist daher zu differenzieren, ob diese (schon oder noch) unter den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit oder (nur) der Meinungsfreiheit fallen.²²³ Ein erstes Indiz ist die äußere Form der Äußerung – vor allem wo und wie diese getätigt wird. Veröffentlicht etwa ein Universitätsprofessor Beiträge auf seinem privaten Social-Media-Account, so spricht dies prima facie dafür, dass dieser (nur) seine persönliche Meinung wiedergibt. Anderes ist bei fachlichen Stellungnahmen auf der Internetseite seines Lehrstuhls anzunehmen. Ein weiteres Indiz dafür, dass die fragliche Äußerung eines Wissenschaftlers eine wissenschaftliche ist, ist, dass diese sein Fachgebiet betrifft.²²⁴ Äußert sich ein Wissenschaftler zu (politischen) Themen *außerhalb* seines Fachgebietes, fehlt es hingegen regelmäßig an methodisch-disziplinärer Argumentation und damit an einem konstitutiven Beitrag zum *wissenschaftlichen* Diskurs.²²⁵ Solche öffentlich geäußerten Ansichten sind keine Wissenschaft, sondern allgemeine Meinungsäußerungen im *politischen* Diskurs.²²⁶ Sie unterfallen auch nicht der Lehrfreiheit²²⁷, sondern nur der Meinungsfreiheit²²⁸. Danach ist die Wissenschaftsfreiheit in vielen der öffentlich diskutierten Fällen, in denen sich Wissenschaftler zu politischen Themen geäußert haben, überhaupt nicht betroffen, sondern nur deren Meinungsfreiheit.²²⁹

Die Wissenschaftsfreiheit ist auch dann nicht einschlägig, wenn der Anspruch von Wissenschaftlichkeit systematisch verfehlt wird²³⁰: „Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Aktivitäten des betroffenen Hochschullehrers nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet sind, sondern vorgefaßten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung und Nachweislichkeit verleihen“²³¹. Denn dann ist Ziel der Äußerung nicht der wissenschaftliche Erkenntnisgewinn, son-

215 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710; Siegel/Hartwig, NVwZ 2017, 590, 597. Eine solche Einzelfallprüfung sah auch der viel kritisierte „Radikalenerlass“ von 1972 vor. Näher dazu: v. Münch, NJW 2001, 728, 729.

216 Mauer, NJW 1972, 601, 604. Insofern trägt auch der Einwand von Rupp zu BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1651 nicht, dass „jeder Dienstherr – möglicherweise, wie die Praxis zeigt, auch noch von Land zu Land verschieden – nach seinem Ermessen bis zur Grenze der Willkür in jedem einzelnen Fall inzidenter darüber entscheidet, ob eine politische Partei nach ihren Zielen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.“

217 Rieble, RdA 2012, 241, 242.

218 Für die Mitgliedschaft in der DKP: BAG 28.9.1989 – 2 AZR 317/86, NJW 1990, 1196. Für die Mitgliedschaft in der NPD: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

219 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

220 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176, 1180.

221 BVerfG 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, NVwZ 2010, 1285.

222 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

223 Siehe oben III.1.c). Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837.

224 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31; v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 13. Vgl. auch BVerwG 22.4.1977 – VII C 17/74, NJW 1977, 1837: „Nicht das Lehren wissenschaftlicher Theorie, sondern die praktische politische Betätigung steht dabei zur Debatte“. Diese „praktische politische Betätigung fällt nicht unter Art. 5 III GG“.

225 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

226 Vgl. Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 31.

227 Stern/Becker, GG, 3. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 281; Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 119.

228 v. Coelln, WissR 52 (2019), 3, 6.

229 Siehe IV.2.a)bb)[4].

230 BVerfG 11.1.1994 – 1 BvR 434/87, NJW 1994, 1781, 1782.

231 BVerwG 11.12.1996 – 6 C 5/95, NJW 1997, 1996, 1997.

dern die Durchsetzung politischer Ziele.²³² Deren Motiv ist mithin nicht das wissenschaftliche Streben nach Wahrheit, sondern die Teilnahme am politischen Meinungskampf.²³³

Außerhalb von Forschung und Lehre steht Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG daher – neben anderen beamtenrechtlichen Pflichten – der positiven Verfassungstreuepflicht von Beamten an Universitäten und anderen Hochschulen nicht entgegen. Denn insoweit entspricht die grundrechtliche Stellung deren der übrigen Beamten.²³⁴ Das BVerfG urteilte daher zutreffend, dass die Entlassung eines Hochschullehrers, der hochrangiger Funktionär und Landtagsabgeordneter der NPD war und damit gegen seine politische Treuepflicht verstoßen hatte, „nicht in Widerspruch mit der in Art. 5 III 1 GG garantierten Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre [steht]; denn die Wissenschaftsfreiheit, die selbst unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Verfassungstreue steht (Art. 5 III 2 GG), entbindet den Hochschullehrer nicht von der durch Art. 33 V GG von allen Beamten geforderten politischen Treuepflicht.“²³⁵

Ist der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit allerdings eröffnet, so genießt der Wissenschaftler beim Auffinden von wissenschaftlichen Erkenntnissen, deren Deutung und Weitergabe umfassende Freiheit.²³⁶ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt ihn hier auch, wenn er politische Überzeugungen äußert, sofern diese mit seiner wissenschaftlichen Aussage untrennbar verbunden sind.²³⁷ Richtigerweise ging daher 1988 auch das VG Berlin²³⁸ davon aus, dass ein „Wissenschaftler-Interview“ vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG umfasst ist. Dort gab ein verbeamteter Fachhochschulprofessor, der in Personalunion Privatdozent an einer Universität war, ein Interview zu rechtspolitisch umstrittenen Sicherheitsgesetzen. Nachdem sich dieser Professor im Interview dahingehend geäußert hatte, dass man sich gegen ein „Abdriften der Bundesrepublik Deutschland in den totalitären Polizei- und Überwachungsstaat notfalls auch mit der Knarre wehren“ könne, wurde gegen ihn ein Disziplinar-

verfahren eingeleitet. Seine Äußerung unterfiel als wissenschaftliche dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, da sich das Thema des Interviews auf seine wissenschaftliche Arbeit bezog, er in seiner Funktion als Wissenschaftler befragt wurde und sich als solcher geäußert hatte. Dass seine Äußerungen politisch scharf, überspitzt und provozierend waren, erachtete das VG Berlin zurecht als unschädlich: Auch „engagierte“ Wissenschaft ist frei.²³⁹

Innerhalb von Forschung und Lehre kann Art. 33 Abs. 5 GG als verfassungsimmanente Schranke die Wissenschaftsfreiheit einschränken, sodass die politische Treuepflicht grundsätzlich auch für verbeamtetes Hochschulpersonal gilt.²⁴⁰ Freilich ist zu unterscheiden: Im Bereich der Lehrfreiheit modifiziert Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG die allgemeine beamtenrechtliche Verfassungstreuepflicht. Die Norm geht Art. 33 Abs. 5 GG als *lex specialis* vor und konkretisiert insoweit die politische Treuepflicht.²⁴¹ Verboten ist danach (lediglich) die Zweckentfremdung der Lehre (bildlich gesprochen: des Hörsaals) zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung²⁴² – und damit regelmäßig ein Verhalten, das schon nicht unter ihren Schutzbereich fällt.²⁴³ Von der Lehrfreiheit geschützt bleibt aber wissenschaftliche Kritik an der Verfassung.²⁴⁴ Da der Umfang der nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG geschuldeten Treuepflicht wesentlich hinter der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht zurückbleibt²⁴⁵, privilegiert sie Hochschullehrer gezielt im Funktionsbereich der Lehre. Beamtenrechtliche Sanktionen, die unmittelbar an (vermeintlich) verfassungsfeindliche Lehre anknüpfen, können erst dann ergriffen werden, wenn die Grenze des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überschritten ist.²⁴⁶

Zudem verdrängt die Wissenschaftsfreiheit Art. 33 Abs. 5 GG, soweit spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten von verbeamtetem Hochschulpersonal betroffen sind²⁴⁷, insbesondere von Hochschullehrern.²⁴⁸ Inhalte wissenschaftlicher Tätigkeit können danach keinen Verstoß gegen die beamtenrechtliche Verfassungstreue-

232 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

233 Thieme, Hochschulrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 115.

234 Vgl. Voigt, GS Jellinek, 1955, S. 259, 263.

235 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684.

236 BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 427/71 u. 325/72, NJW 1973, 1176.

237 Entsprechend zur Wissenschaftsfreiheit: BVerfG 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, NJW 1985, 261 (262). Was für die Kunstfreiheit gilt, muss für die verfassungsrechtlich nebeneinandergestellte Wissenschaftsfreiheit gelten, vgl. BVerwG 7.12.1966 – V C 47/64, NJW 1967, 1483, 1486.

238 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

239 So ausdrücklich VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1689.

240 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683, 2684; BVerwG 25.2.1971 – II C 11/70, NJW 1971, 1229; Maunz/Dürig/Gärditz, 91.

EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

241 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189.

242 Siehe oben III.2.c).

243 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 32.

244 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 190 f.; Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

245 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177, 189; ders., WissR 51 (2018), 5, 36.

246 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 177.

247 Gärditz, WissR 51 (2018), 5, 36.

248 BAG 20.2.1975 – 2 AZR 534/73, DöD 1975, 213; Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 176.

pflicht begründen. Anderenfalls könnten nämlich unangenehme oder unerwünschte wissenschaftliche Inhalte durch Disziplinarmaßnahmen gezielt „ausgeschaltet“ werden. Freie Wissenschaft lebt aber von „trial and error“ und zahllose „Lehrsätze, die gestern als wissenschaftlich galten, sind heute als Irrtum erwiesen.“²⁴⁹ Das VG Berlin erkannte daher schon damals zutreffend: „Es wäre für die Freiheit der Wissenschaft verhängnisvoll, wenn wissenschaftliche Überzeugungen von Hochschullehrern in Disziplinarverfahren durch die Disziplinargerichte vom Richtertisch aus für richtig oder falsch erklärt werden könnten.“²⁵⁰

Entsprechend unterliegen Hochschullehrer bei ihrer Forschung keiner beamtenrechtlichen Mäßigungspflicht (§ 60 Abs. 2 BBG, § 33 Abs. 2 BeamStG).²⁵¹ Auch hier erkannte das VG Berlin klar: „Eine gemäßigte Wissenschaft könnte allzuleicht in eine mäßige Wissenschaft umschlagen. Es gehört zur Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft, die unteilbare Wahrheit kompromißlos - ohne Rücksicht auf gesellschaftliche oder politische Akzeptanz - zu erforschen und unverfälscht auszusprechen.“²⁵² Und daher war im Fall des VG Berlin auch disziplinarrechtlich kein Dienstvergehen anzunehmen.

(4) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Politische Meinungsäußerungen von Beamten sind durch die allgemeine Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Wie oben dargelegt²⁵³, geht das BVerfG von einem weiten und inhaltsoffenen Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus, sodass selbst verfassungsfeindliche Meinungen unter ihn fallen.²⁵⁴ Allerdings kann die Meinungsfreiheit der Beamten verfassungsrechtlich zulässig durch Disziplinarmaßnahmen beschränkt werden²⁵⁵: Keine Schranke der Meinungsfreiheit ist nach Wortlaut und Systematik zwar Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG.²⁵⁶ Aber die Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts (zur Verfassungstreue) sind allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit einschränken können.²⁵⁷ Sie sind wiederum im Lichte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auszulegen.²⁵⁸

Zudem müssen die Disziplinarmaßnahmen im Einzelfall verhältnismäßig sein.

Immer schon sind politische Äußerungen von Hochschullehrern Gegenstand erregter öffentlicher Diskussion: So kommentierte ein renommierter Juraprofessor an der Universität Leipzig, der sich schon zuvor mit der islamfeindlichen Pegida-Bewegung solidarisch gezeigt hatte, einen Aufmarsch polnischer Rechtsextremer auf seinem privaten Twitter-Account 2017 mit: „Polen: ‚Ein weißes Europa brüderlicher Nationen.‘ Für mich ist das ein wunderbares Ziel“²⁵⁹. Am folgenden Tag twitterte er erneut privat: „Wir schulden den Afrikanern und Arabern nichts. Sie haben ihre Kontinente durch Korruption, Schlendrian, ungehemmte Vermehrung und Stammes- und Religionskriege zerstört und nehmen uns nun weg, was wir mit Fleiß aufgebaut haben.“

Wir halten diese Aussagen zwar für rechtsextrem und rassistisch, weil hier Menschen nicht nur biologisch als „schwarz“ und „weiß“, „Afrikaner“ und „Araber“ typisiert und klassifiziert werden, sondern weil hiermit vor allem auch eine Überlegenheit der weißen (europäischen) Rasse insinuiert wird. Auch ist das Bekenntnis zum Ethnopluralismus als zentrales (hier: „wunderbares“) Ziel rechtsextremistisch, weil es – im Sinne der vom BfV als „gesichert rechtsextremistisch“ eingestuft²⁶⁰ Identitären Bewegung – den Erhalt der ethnischen „Reinheit“ propagiert.

Dennoch sind diese Äußerungen grundrechtlich geschützt: Sie sind zwar sicher nicht von der Wissenschaftsfreiheit erfasst, da sie nicht nur erkennbar privat, sondern vor allem weder wissenschaftlich fundiert noch fachkundig sind. Es ist mithin keine spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit des Hochschullehrers betroffen, sodass dieser hier seiner – auch außerdienstlich geltenden – politischen Treuepflicht und Mäßigungspflicht als Beamter unterliegt. Allerdings sind die fraglichen Äußerungen von der Meinungsfreiheit geschützt, da nach Ansicht des BVerfG auch extremistische Äußerungen unter ihren Schutzbereich fallen.²⁶¹ Die einschränkenden Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts rechtferti-

249 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

250 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688.

251 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 179; ders., WissR 51 (2018), 5, 39 f.

252 VG Berlin 16.9.1988 – VG Disz. 12/88, NJW 1989, 1688, 1690.

253 Siehe oben III.1.a).

254 BVerfG 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, NJW 2012, 1273.

255 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NJW 2008, 2568.

256 Maunz/Dürig/Gärditz, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

257 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647;

BeckOK GG/Schemmer, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 136.

258 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1647.

259 Vgl. etwa <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest> (31.1.2021).

260 Vgl. <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-rechts-extremismus/zahlen-und-fakten-rechtsextremismus/identitaere-bewegung-deutschland-2019> (31.1.2021); zur Rechtmäßigkeit: VG Berlin 12.11.2020 – 1 K 606.17, BeckRS 2020, 34341.

261 BVerfG 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47, 48 f.; dem beipflichtend: Maunz/Dürig/Grabenwarter, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 68, 73.

gen als allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG Eingriffe in die Meinungsfreiheit und gelten auch für Meinungsäußerungen über elektronische Kommunikationsmedien.²⁶²

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die hier fraglichen Äußerungen außerhalb des Dienstes und erkennbar privat getätigt wurden und die Meinungsfreiheit deshalb weiter reicht – der Beamte ist insoweit nicht Teil des Staates, sondern Bürger.²⁶³ Und die absolute Abwägungsgrenze der Menschenwürde²⁶⁴ ist hier nicht erreicht, da Äußerungen nach der „meinungsfreundlichen“ Rechtsprechung des BVerfG²⁶⁵ unter Berücksichtigung des (politischen) Kontexts und sonstigen Umständen grundrechtsschonend auszulegen sind. Der twitternde Juraprofessor fühlte sich denn auch „falsch verstanden“; der Terminus „weißes Europa“ sei für ihn nur „eine verständliche Chiffre für die durch Christentum, europäische Kultur und Tradition und, ja, auch dies, Menschen weißer Hautfarbe geprägte europäische Identität“.²⁶⁶ Seine Äußerungen lassen sich auch (noch) so auslegen: Kulturbezogen und nicht biologistisch. Damit gilt für sie die Vermutung zugunsten der freien Rede²⁶⁷. Folglich sind seine Äußerungen insgesamt von der Meinungsfreiheit gedeckt – wovon offenbar auch das sächsische Wissenschaftsministerium ausgegangen ist, welches von (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen abgesehen hat.

Ein weiterer, schon oben kurz angesprochener, aktueller Fall ist dieser: Ein wissenschaftlich angesehener Professor der Volkswirtschaftslehre an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover leugnet öffentlich die Gefährlichkeit von Covid-19, bezeichnet die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Coronapandemie als totalitär und vergleicht sie mit der nationalsozialistischen Machtergreifung („Das hier ist 1933“).²⁶⁸

Zwar ist es nicht nur grotesk, sondern dumm und gefährlich, wenn man vorübergehende und pandemiebe-

dingte Restriktionen in der freiheitlichen BRD mit den totalitären Maßnahmen der nationalsozialistischen Machtergreifung gleichsetzt und so das Unrecht der NS-Diktatur relativiert. Gleichwohl sind solche Vergleiche nicht extremistisch und als Werturteile (und damit als Meinungen und nicht etwa unwahre Tatsachenbehauptungen) von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Unabhängig davon dürfte die „Entschuldigung“ des fraglichen Hochschullehrers nicht zu widerlegen sein, er habe „niemals Parallelen zur nationalsozialistischen Diktatur gezogen“, sondern sich auf „Gefahren wie in der Spätphase der Weimarer Republik“²⁶⁹ bezogen. Somit konnten auch hier von Senat, Präsidium und Hochschulrat der Leibniz Universität Hannover keine (disziplinar-)rechtlichen Maßnahmen ergriffen werden.²⁷⁰

cc) Völker- und europarechtliche Konformität

Beschäftigungsverhältnisse werden zunehmend durch internationales und europäisches Recht überlagert, sodass sich die Frage stellt, ob die aktive Verfassungstreuepflicht von Beamten völker- und europarechtskonform ist. Nicht nachgegangen wird der Vereinbarkeit mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.²⁷¹

(1) Meinungsfreiheit, Art. 10, 14 EMRK

Anders als private Arbeitgeber ist der Staat unmittelbar an die Vorgaben der EMRK gebunden; die Angehörigen des öffentlichen Diensts können sich darauf auch persönlich berufen.²⁷² Art. 10 Abs. 1 EMRK schützt das Recht auf freie Meinungsäußerung. Den Begriff der Meinung legt der EGMR – ähnlich wie das BVerfG – weit aus und schränkt diesen weder aufgrund des Inhalts der Äußerung noch aufgrund deren Modalitäten ein.²⁷³

Gleichwohl verneinte der EGMR 1986 in zwei Entscheidungen einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 EMRK: In seiner *Glaserapp*-Entscheidung²⁷⁴ meinte er, dass die Entlassung einer Gymnasiallehrerin als Beamtin auf

262 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 155.

263 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 98; BeckOK GG/*Schemmer*, 45. Ed. 15.11.2020, Art. 5 Rn. 142.

264 Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 158.

265 Ständige Rspr., BVerfG 24.1.2018 – 1 BvR 2465/13, NJW 2018, 770, 771; BVerfG 28.3.2017 – 1 BvR 1384/16, NJW-RR 2017, 1001; BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92 u. 1 BvR 221/92, NJW 1995, 3303.

266 Zitiert nach <https://www.zeit.de/2017/49/leipziger-jura-professor-twitter-rassismus-protest/> (31.1.2021).

267 Ständige Rechtsprechung seit BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – Lüth, vgl. Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, 90. EL Februar 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 52.

268 Vgl. etwa <https://www.spiegel.de/start/stefan-homburg-studie->

[rende-in-hannover-wehren-sich-gegen-corona-aeusserungen-a-14536fib-2182-45d8-ae96-55684coof844](https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681) (31.1.2021); <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

269 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/professor-homburg-leibniz-universitaet-hannover-corona-1.4917681> (31.1.2021).

270 Vgl. <https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/online-aktuell/details/news/gemeinsame-stellungnahme-des-senates-des-praesidiums-und-des-hochschulrates-der-gottfried-wilhelm-le/> (31.1.2021).

271 BGBl. II 1962, 97 ff. Ausführlich zu dieser Frage: *Rudolf*, in: *Thiel* (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 239 ff.

272 *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 4 m. w. N.

273 Vgl. *EuArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 6.

274 EGMR 28.8.1986 – 4/1984/76/120 – *Glaserapp*, NJW 1986, 3005.

Probe wegen ihrer politischen Aktivitäten für die DKP nicht deren nach Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte Meinungsfreiheit berühre, sondern lediglich den von der Konvention nicht geschützten Zugang zum öffentlichen Dienst betreffe. Entsprechend urteilte der EGMR in seiner *Kosiek*-Entscheidung²⁷⁵: Dort war ein Fachhochschuldozent für Mathematik trotz achtjähriger Tätigkeit für die NPD zunächst zum Beamten auf Probe ernannt worden, nach Prüfung seiner Verfassungstreue im Zuge seiner Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit aber ein Jahr später entlassen worden. Auch hier meinte der EGMR, dass die staatliche Maßnahme nur die (nicht geschützte) Einstellung in den öffentlichen Dienst betreffe. Diese formalistische Abgrenzung des EGMR überzeugt nicht, erfolgten doch in beiden Fällen beamtenrechtliche Repressionen gerade *wegen* der politischen Meinung der Beamten.²⁷⁶

Zutreffend anders entschied der EGMR 1995 im Fall *Vogt*²⁷⁷: Dort war eine auf Lebenszeit verbeamtete Lehrerin aufgrund ihrer außerdienstlichen Tätigkeiten für die DKP und ihrer Weigerung, sich von dieser zu distanzieren, entlassen worden. Hier bejahte der EGMR einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK, da es – anders als in den beiden vorgenannten Fällen – nicht um den Zugang zum öffentlichen Dienst gehe.²⁷⁸ Die Entlassung sei schwerpunktmäßig wegen der politischen Meinung der Beamtin erfolgt – daher sei nicht (nur) deren Berufs-, sondern vor allem deren Meinungsfreiheit betroffen.

Ein solcher Eingriff kann aber grundsätzlich nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein. Die beamtenrechtlichen Vorschriften, welche die politische Treuepflicht statuieren sowie die gefestigte Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG, stellen nämlich eine hinreichend gesetzliche Grundlage dar.²⁷⁹ Weiter erkennt auch der EGMR die politische Treuepflicht von Beamten als legitimes Ziel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK an.²⁸⁰ Er begründet dies mit den historischen Erfahrungen Deutschlands in der Weimarer Republik, der NS-Herr-

schaft²⁸¹ und der DDR²⁸². Schließlich ist die Maßnahme (hier: Entlassung) zur Gewährleistung der Verfassungstreuepflicht in einer demokratischen Gesellschaft regelmäßig unentbehrlich – also verhältnismäßig. Im konkreten Fall hielt der EGMR die Entlassung der Gymnasiallehrerin zwar für unverhältnismäßig, weil von ihr als Deutsch- und Französischlehrerin keine gesteigerten Sicherheitsrisiken ausgingen. Notwendig waren vielmehr konkrete Pflichtverletzungen (etwa die politische Indoktrination der Schüler) – und diese lagen nicht vor.²⁸³ Richtigerweise erachtete der EGMR aber die Entlassung eines Gymnasiallehrers wegen ehrenamtlicher und hauptamtlicher Aktivitäten in der SED gerade deshalb für verhältnismäßig, weil dieser einen seiner Schüler gezielt zur Bespitzelung politisch Andersdenkender missbraucht hatte.²⁸⁴

Auch ein Eingriff in die nach Art. 11 EMRK geschützte Vereinigungsfreiheit ist gerechtfertigt, wenn ein Beamter wegen seiner Parteimitgliedschaft entlassen wird: Hier gelten die Erwägungen zur Meinungsfreiheit entsprechend, da Art. 11 Abs. 2 EMRK nahezu identische Rechtfertigungsanforderungen wie Art. 10 Abs. 2 EMRK konstituiert.²⁸⁵ Schließlich ist auch das (vom EGMR nur selten geprüfte²⁸⁶) akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK (i.V.m. Art. 10 oder Art. 11 EMRK) nicht verletzt. Zwar schließt die fehlende Verletzung der Freiheitsrechte nach Art. 10 oder Art. 11 EMRK das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK nicht aus.²⁸⁷ Allerdings ist die Ungleichbehandlung von Extremisten entsprechend gerechtfertigt.

Die Wissenschaftsfreiheit wird hingegen von der EMRK nicht eigens geschützt; vielmehr wird sie, die das Recht zur wissenschaftlichen Publikation und Lehre umfasst²⁸⁸, von Art. 10 EMRK ungeschrieben mitgeschützt.

(2) Politische Anschauung, Art. 21 Abs. 1 GRCh

Der politischen Treuepflicht von Beamten steht auch Art. 21 Abs. 1 GRCh nicht entgegen.²⁸⁹ Die Norm verbietet nach ihrem Wortlaut zwar Diskriminierungen (neben

275 EGMR 28.8.1986 – 5/1984/77/121 – *Kosiek*, NJW 1986, 3007.

276 Zutreffend *Rudolf*, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003, S. 209, 246.

277 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

278 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

279 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

280 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375; vgl.

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 23 Rn. 31. Aufgrund der Singularität der Rechtslage in Deutschland künftig zweifelnd: *Lorse*, ZBR 2021, 1, 5.

281 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

282 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087.

283 EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535 – *Vogt*, NJW 1996, 375.

284 EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*,

NJW 2002, 3087.

285 Entsprechend stellte der EGMR im Fall *Vogt* (EGMR 26.9.1995 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375) fest, dass neben Art. 10 EMRK auch Art. 11 EGMR verletzt sei. Umgekehrt rechtfertigte die Mitgliedschaft und vor allem Tätigkeiten in der SED (EGMR 22.11.2001 – 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, NJW 2002, 3087) den Eingriff in Art. 10 EMRK und damit auch in Art. 11 EMRK.

286 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 26 Rn. 2.

287 EGMR 20.5.1999 – 25390/94 – *Rekvényi/Ungarn*, NVwZ 2000, 421.

288 *EuArbBRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, EMRK Art. 10 Rn. 13.

289 Vgl. *VGH Mannheim* 13.3.2007 – 4 S 1805/06, NVwZ-RR 2008, 149, 150.

fast allem!) insbesondere wegen der politischen Anschauung. Fraglich ist aber, inwiefern der Staat als Dienstherr bei der politischen Treuepflicht seiner Beamten daran gebunden ist. Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedsstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Nach der umstrittenen, vom BVerfG scharf kritisierten²⁹⁰ Åkerberg Fransson-Entscheidung des EuGH soll es ausreichen, dass „eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt“²⁹¹. Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist maßgeblich, ob eine mitgliedstaatliche Regelung die Durchführung von Unionsrecht bezweckt und ob es für diesen Bereich eine unionsrechtliche Regelung gibt, die spezifisch ist oder diesen beeinflussen kann.²⁹² Bei den beamtenrechtlichen Vorschriften zur aktiven Verfassungstreuepflicht wird kein Unionsrecht durchgeführt. Die BRD handelt insoweit nicht funktionell für die Union, was unter anderem ein Grund der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist.²⁹³

Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst ist der Anwendungsbereich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh zwar eröffnet, da das Individualarbeitsrecht weitgehend durch Richtlinien unionsrechtlich determiniert ist.²⁹⁴ Jedoch ist fraglich, ob Art. 21 Abs. 1 GRCh ein eigenständiges Diskriminierungsverbot wegen der politischen Anschauung für Arbeitsverhältnisse begründen kann. Dem widerspricht Art. 19 Abs. 1 AEUV, der keinen generellen, sondern lediglich einen punktuellen und differenzierten Diskriminierungsschutz vorsieht und die politische Anschauung dabei bewusst ausnimmt. Diesen primärrechtlichen Vorgaben ist auch der Richtliniengeber gefolgt, der ein weiteres auf die „politische Anschauung“ bezogenes Diskriminierungsverbot (im Gegensatz zur Weltanschauung) für das europäische Sekundärrecht bewusst abgelehnt hat.²⁹⁵

Will man für den öffentlichen Dienst anders entscheiden und öffentliche Arbeitgeber unmittelbar an die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote des Art. 21 Abs. 1 GRCh binden, so können diese jedenfalls nicht absolut gelten; vielmehr kann die Ungleichbehandlung von extremistischen Beamten und Arbeitnehmern nach

Art. 52 Abs. 1 GRCh (und damit entsprechend zu unseren Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 EMRK) gerechtfertigt sein.

b) Rechtliche Konsequenzen

Im Folgenden sollen die rechtlichen Konsequenzen aufgezeigt werden, wenn Beamte ihre – auch einfachgesetzlich positivierten – Verfassungstreuepflicht verletzen.

aa) Zugang

Die Verfassungstreue des Bewerbers ist zwingende Voraussetzung für den Zugang zu *jedem* Beamtenverhältnis – also auch für Beamtenverhältnisse auf Widerruf, Probe oder Zeit. § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG bestimmt für Bundesbeamte und § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG wortgleich für Landesbeamte, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, „wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“²⁹⁶.

Dies gilt auch für die Ernennung zum Beamten an Hochschulen – insbesondere für die Verbeamtung von Professoren (§ 44 HRG und § 47 Abs. 1 LHG)²⁹⁷, die im Regelfall zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden (§ 49 Abs. 1 LHG); ferner für die Verbeamtung von Juniorprofessoren (§ 51 Abs. 2 S. 1 LHG) und für die von – seit 2018 neu geschaffenen²⁹⁸ – Tenure-Track-Professoren (§ 51b LHG), die regelmäßig zu Beamten auf Zeit ernannt werden (§ 51 Abs. 7 S. 1 LHG). Positive Verfassungstreue schulden schließlich die akademischen Mitarbeiter, soweit diese zum Beamten (auf Zeit) ernannt werden (§ 52 Abs. 1, 4 LHG).

Die Einstellungsbehörde muss deshalb bei der Einstellung eines Bewerbers prognostisch entscheiden, ob dieser bis zum Ende seines Beamtenverhältnisses seiner Pflicht zur Verfassungstreue gerecht werden wird.²⁹⁹ Ein Verstoß gegen die einfachgesetzliche Verfassungstreuepflicht führt nicht dazu, dass die Ernennung zum Beamten unwirksam ist. Diese muss zurückgenommen werden, wenn bei der Einstellung arglistig über die Verfassungstreue getäuscht wurde, §§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BBG, 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG³⁰⁰; dies ist etwa der Fall, wenn der

290 BVerfG 24.3.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499; vgl. ferner Thym, NVwZ 2013, 889 ff.

291 EuGH 26.2.2013 – C-617/10 Rn. 21 – Åkerberg Fransson.

292 Ruffert/Grischek/Schramm, JuS 2020, 1022, 1023 m. w. N.

293 Kainer, NZA 2018, 894, 898.

294 Vgl. Hartmann, EuZA 2019, 24, 35; Kainer, NZA 2018, 894, 899.

295 Näher dazu Chr. Picker, RdA 2021, 33, 41 f.

296 Gleiche Anforderungen gelten für die Berufung in das Richter-verhältnis (§ 9 Nr. 2 DRiG) und in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 SG).

297 Die Normen verknüpfen die besonderen mit den allgemeinen dienstrechtlichen Einstellungsvoraussetzungen deshalb, da § 45 LHG, der zwar die allgemeinen geltenden Normen für anwendbar erklärt, sich lediglich auf bereits eingestellte bzw. ernannte Hochschullehrer bezieht, BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 47 Rn. 6.

298 Gesetz zur Weiterentwicklung des Hochschulrechts vom 13.3.2018, GBl. vom 29.3.2018, S. 85.

299 BVerwG 27.11.1980 – 2 C 38/79, NJW 1981, 1368.

300 Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rn. 29.

Bewerber die – bei Beamten generell zulässige³⁰¹ – Frage nach der Mitgliedschaft in (einer bestimmten³⁰²) extremistischen Partei oder Organisation oder sonstigen Verbindung zu solchen vorsätzlich wahrheitswidrig beantwortet.

bb) Bestand

Die politische Treuepflicht besteht als Dienstpflicht während der Dauer des Beamtenverhältnisses fort, was § 60 Abs. 1 S. 3 BBG für Bundesbeamte und § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG für Landesbeamte einfachgesetzlich bestimmt. Ein Beamter, der gegen die politische Treuepflicht verstößt, verletzt deshalb seine Dienstpflicht³⁰³. Das Dienstvergehen wird nach den Disziplingesetzen verfolgt. Diese Dienstpflicht trifft auch verbeamtetes Hochschulpersonal, worauf § 45 Abs. 1 LHG deklaratorisch³⁰⁴ hinweist.

(1) Schwacher Bestandsschutz: Beamte auf Widerruf und Probe

Kaum Bestandsschutz genießen *Beamte auf Widerruf*: Diese können jederzeit aus sachlichem Grund entlassen werden (§ 37 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 4 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Für einen solchen sachlichen Grund bedarf es nicht des konkreten Nachweises, dass der Beamte gegen die politische Treuepflicht schuldhaft verstoßen hat.³⁰⁵ Es genügt vielmehr die berechnete *Überzeugung* des Dienstherrn, dass der Beamte nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten.³⁰⁶

Diese Überzeugung sollte vom Dienstherrn aufgrund einer *aktiven* Betätigung des Beamten für eine verfassungsfeindliche Partei gewonnen werden. Ob allein die (passive) Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei als (sachlicher) Grund ausreicht, ist fraglich: *Dafür* spricht, dass der Bestandsschutz beim Beamten auf Widerruf bewusst schwach ausgestaltet und seine Entlassung hier nicht willkürlich ist, da sie auf dem begründeten Verdacht seiner extremistischen Einstellung und daraus resultierend berechtigten Zweifeln an seiner Ver-

fassungstreue beruht. *Dagegen* spricht, dass die Parteimitgliedschaft immer nur *ein* Indiz ist und den Staat nicht davon befreit, die Verfassungstreue jedes Beamten selbst zu prüfen. Denn es kommt allein auf dessen Verfassungstreue an – und nicht auf die der Partei.³⁰⁷

Nur schwachen Bestandsschutz genießen zudem *Beamte auf Probe*. Zu solchen können etwa Professoren im Fall der Erstberufung ernannt werden (§ 50 Abs. 1 LHG). Beamte auf Probe können (neben den allgemeinen Entlassungstatbeständen) vor allem entlassen werden, wenn sie sich in der Probezeit (etwa wegen Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung) nicht bewährt haben (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BeamStG für Landesbeamte).³⁰⁸ Zur erforderlichen Bewährung zählt die Gewähr der Verfassungstreue.³⁰⁹ Bei der Entscheidung über die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit muss sich die Bewährungsbeurteilung des Beamten auf Probe daher auch darauf erstrecken, ob dieser die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten³¹⁰, was ausschließlich anhand seines Verhaltens während der laufbahnrechtlichen Probezeit festzustellen ist.³¹¹

Im Rahmen dieser individuell vorzunehmenden Eignungsbeurteilung ist insbesondere die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen, aber vom BVerfG (noch) nicht verbotenen Partei ein *Indiz* dafür, dass es an der erforderlichen Verfassungstreue fehlt.³¹² Nicht bewährt haben sich jedenfalls Beamte auf Probe, die sich *aktiv* für eine solche Partei betätigen: Entlassen werden konnte deshalb ein Fachhochschulprofessor, der sich als hochrangiger Funktionär und Mitglied der NPD von dieser „*nicht nur nicht distanziert, seine Parteimitgliedschaft auch nicht nur als passive Zugehörigkeit aufgefasst*“, sondern „*sich mit der hier angesprochenen, rechtlich bedeutsamen ‚Parteilinie‘ vielmehr identifiziert*“³¹³ hatte. Insgesamt gilt damit, was das BVerfG bereits 1975 festgestellt hatte: „*Bei Beamten auf Probe und bei Beamten auf Widerruf rechtfertigt ein solches Dienstvergehen regelmäßig die Entlassung aus dem Amt.*“³¹⁴

301 VGH München 24.11.2005 – 15 BV 03.3017, BeckRS 2005, 17706.

302 Rieble, RdA 2012, 241.

303 So ausdrücklich: BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1642.

304 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 17. Ed. 1.11.2019, LHG § 45 Rn. 7.

305 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

306 BVerwG 9.6.1981 – 2 C 48.78, ZBR 1982, 81.

307 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

308 Entsprechendes gilt auch für Richter nach § 22 DRiG.

309 BVerwG 28.4.1983 – 2 C 89/81, BeckRS 1983, 2883; BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BeamStG § 23 Rn. 57; Schick, NVwZ 1982, 161, 165.

310 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

311 BeckOK BeamtenR Bund/Sauerland, 20. Ed. 1.4.2020, BBG § 34 Rn. 18 m. w. N.

312 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

313 BVerfG 31.7.1981 – 2 BvR 321/81, NJW 1981, 2683.

314 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

Unabhängig von der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ist die Gewähr der Verfassungstreue bei Beamten auf Probe relevant, da diese auch wegen eines Dienstvergehens entlassen werden können, das bei Beamten auf Lebenszeit mindestens zur Kürzung der Dienstbezüge geführt hätte (§ 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG i.V.m. § 8 BDG für Bundesbeamte, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BeamStG i.V.m. § 29 LDG für Landesbeamte).³¹⁵ Es bedarf eines schuldhaft begangenen, schwerwiegenden Dienstvergehens, was wir bei den Lebenszeitbeamten näher erörtern.

(2) Starker Bestandsschutz: Beamte auf (Lebens-)Zeit

Starken Bestandsschutz genießen *Beamte auf Lebenszeit*. Insbesondere Professoren an Universitäten und Hochschulen werden im Regelfall auf Lebenszeit ernannt. Diesen Schutz haben auch *Beamte auf Zeit* (§ 6 Abs. 2 BBG, § 6 BeamStG) – beispielweise Juniorprofessoren, Tenure-Track-Professoren und solche Professoren, die in Ausnahmefällen zu Beamten auf Zeit ernannt wurden (§ 50 Abs. 2 LHG).

Beamte auf (Lebens-)Zeit können aus dem Beamtenverhältnis nur dann entfernt werden, wenn sie ein Dienstvergehen begangen haben, also schuldhaft eine *konkrete* Pflicht verletzt haben (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG für Landesbeamte). Die politische Treuepflicht ist eine Amtspflicht der Beamten.³¹⁶ Daher besteht die Pflichtverletzung nicht in der mangelnden Verfassungsgewähr, sondern in der nachgewiesenen schuldhaften Verletzung der Verfassungstreuepflicht.³¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BVerfG deckt sich die disziplinarrechtlich zu ahndende Treuepflichtverletzung inhaltlich nicht mit der verfassungsrechtlichen Treuepflicht, da erstere „*ein Minimum an Gewicht und an Evidenz der Pflichtverletzung*“³¹⁸ voraussetzt; die Pflichtverletzung kann ferner nicht nur in einem Handeln, sondern auch in einem Unterlassen liegen, etwa „*wenn der Vorgesetzte oder Dienstvorgesetzte verfassungsfeindliche Umtriebe innerhalb seines Verantwortungsbereichs geflissentlich übersieht und geschehen läßt*“³¹⁹.

Dagegen ist das „*bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, [...] niemals eine Verletzung der Treuepflicht*“, sondern erst dann,

wenn „*der Beamte aus seiner politischen Überzeugung Folgerungen für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung zieht*.“³²⁰

Da die politische Treuepflicht des Beamten funktional die Grundlage des Beamtenverhältnisses betrifft, ist sie nach Ansicht der Rechtsprechung *stets* eine innerdienstliche Pflichtverletzung (§ 77 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG); auf die besonderen Voraussetzungen, unter denen ein außerdienstliches Fehlverhalten eine Pflichtverletzung darstellt (§ 77 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. § 47 Abs. 1 S. 2 BeamStG), kommt es daher nicht an.³²¹

Soweit die Verfassungstreuepflicht schuldhaft verletzt wurde, liegt ein Dienstvergehen vor, das nach den Disziplargesetzen geahndet wird (§ 77 Abs. 3 BBG i.V.m. den Regeln des BDG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 3 BeamStG i.V.m. den Regeln des LDG für Landesbeamte). Mögliche Disziplinarmaßnahmen sind nach § 5 BDG bzw. § 25 LDG Verweis, Geldbuße, Kürzung der Bezüge, Zurückstufung und Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Die Entfernung kommt nur bei schweren Dienstvergehen in Betracht (§ 13 Abs. 2 BDG, § 26 Abs. 2 LDG).

Die Rechtsprechung hat einen Pflichtverstoß bei solchen Beamten angenommen und deren Entfernung als disziplinarrechtliche Höchstmaßnahme für verhältnismäßig erachtet, die sich *aktiv* für eine Organisation (hier: DKP) eingesetzt haben, deren Ziele mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind, *und* diese Pflichtverletzung beharrlich fortsetzen wollten.³²² Denn hier fehlt es an der – für die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses konstitutiven – Vertrauensgrundlage, stellt der Beamte doch seine Treue zu einer verfassungsfeindlichen Partei beharrlich über die von ihm geschuldete Treue zur Verfassung. Das Beamtenverhältnis endet dann mit der Entfernung aus dem Dienst als Ergebnis des Disziplinarverfahrens (§ 10 Abs. 1 S. 1 BDG bzw. § 31 Abs. 1 LDG). Eine *passive* Mitgliedschaft eines Lebenszeitbeamten in einer verfassungsfeindlichen Partei ist zwar ein Indiz für die fehlende Verfassungstreue³²³, rechtfertigt jedoch für sich allein keine Entlassung.

315 Vgl. *Schick*, NVwZ 1982, 161, 165.

316 *Grigoleit*, in: *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 77 Rn. 13.

317 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 965 f.; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641.

318 BVerfG 6.5.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962, 966; BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

319 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

320 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

321 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779, 784.

322 BVerwG 1.2.1989 – 1 D 2/86 (BDiszG), NJW 1989, 2554; BVerwG 29.10.1981 – 1 D 50/81 (BDiszG), NJW 1982, 779.

323 Siehe oben IV.2.a)bb)[2].

Das Beamtenverhältnis (aller Beamten) endet darüber hinaus kraft Gesetzes – also *ohne* Disziplinarverfahren –, sofern ein Beamter seine Beamtenrechte verliert (§ 41 BBG für Bundesbeamte, § 24 BeamStG für Landesbeamte). Dies ist neben der kaum relevanten Grundrechtsverwirkung der Fall, wenn ein Beamter wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder staatsgefährdenden Straftaten³²⁴ zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten strafrechtlich verurteilt wird.

Frühere Beamte bzw. *Ruhestandsbeamte* treffen zwar keine Dienstpflichten mehr. Dennoch wird bei Ruhestandsbeamten oder früheren Beamten mit Versorgungsbezügen ein Dienstvergehen *fingiert* („gilt es als Dienstvergehen“, § 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 1 BeamStG, für Landesbeamte), wenn sie sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigen oder an Bestrebungen teilnehmen, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik zu beeinträchtigen. Nach Ansicht des BVerfG³²⁵ sind dafür feindselige Aktivitäten erforderlich; insbesondere „*Meinungsäußerungen können, müssen aber nicht in jedem Fall den Charakter von solchen Aktivitäten feindseliger Art haben. Solange sie sich darin erschöpfen, im Vertrauen auf die Überzeugungskraft des Arguments Kritik an bestehenden Zuständen zu üben oder bestehende rechtliche Regelungen in Gesetzen oder in der Verfassung in dem dafür vorgesehenen verfassungsrechtlichen Verfahren zu ändern, erfüllen sie nicht die genannten Tatbestände eines Dienstvergehens. [...] Dagegen stellen Agitationen, die die freiheitliche demokratische Grundordnung herabsetzen, verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und Institutionen diffamieren und zum Bruch geltender Gesetze auffordern, Betätigungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung dar.*“ Das ist verfassungsrechtlich geboten: Frühere Beamte bzw. Ruhestandsbeamte sind nicht mehr für den Staat „aktiv“ tätig, sodass deren Grundrechte stärker wiegen. Sanktioniert werden kann ein Dienstvergehen bei Ruhestandsbeamten (nur noch) mit der Kürzung oder vollständigen Aberkennung des Ruhegehalts (§ 5 Abs. 2 BDG bzw. § 25 Abs. 2 LDG).

Bei *sonstigen* früheren Beamten gibt es diese Fiktion nicht, da die einschlägigen Normen diese nicht nennen (§ 77 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BBG für Bundesbeamte, § 47 Abs. 2 S. 2 BeamStG für Landesbeamte).

cc) Fazit: Abgestuftes Schutzniveau

Die verfassungsrechtlich geforderte politische Treuepflicht ist einfachgesetzlich konkretisiert und als solche zwingende Voraussetzung für den *Zugang* zum Beamtenverhältnis – auch für Beamte an Hochschulen. Die einschlägigen Regelungen setzen hierfür zwingend die Verfassungstreue der Bewerber voraus, weil für die Beendigung des Beamtenverhältnisses regelmäßig hohe Hürden bestehen.³²⁶ Das Beamtenrecht stellt durch die hohen Zulassungsanforderungen für alle Beamtenverhältnisse die Verfassungstreue der Bewerber sicher und beschränkt sich nicht darauf, repressiv die Verletzung durch Beamte disziplinarisch zu ahnden.

Unsere Ausführungen zur *Beendigung* des Beamtenverhältnisses nach den einschlägigen Normen des Beamtenrechts bleiben notwendigerweise skizzenhaft und unvollständig. Sie zeigen aber dies: Das Beamtenrecht verfolgt ein abgestuftes Schutzkonzept und trägt auf diese Weise einfachgesetzlich den Grundrechten und besonders dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Dadurch wird auch die Frage um die – von der h. M. abgelehnte – funktionsbezogenen Verfassungstreuepflicht für Beamte relativiert. Denn der Bestandsschutz der Beamten wird umso stärker, je länger das Beamtenverhältnis besteht und ist von der Art des Beamtenverhältnisses abhängig: Stark ist der Bestandsschutz für Beamte auf Lebenszeit (oder Zeit) ausgestaltet, die nur aufgrund eines *konkret* begangenen Dienstvergehens aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden können. Schwach ist er hingegen für Beamte auf Probe: Diese können entlassen werden, wenn sie sich mangels Verfassungstreue nicht bewährt haben. Kaum Schutz genießen schließlich Beamte auf Widerruf: Sie können jederzeit entlassen werden. Als sachlicher Grund reicht bereits die *Überzeugung* des Dienstherrn aus, dass der Beamte nicht die Gewähr der Verfassungstreue bietet.

3. Arbeitnehmer

Das BVerfG bemerkte in seiner Grundsatzentscheidung von 1975 obiter dictum, dass auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst politische Loyalität schulden: „*Auch sie dürfen nicht den Staat, in dessen Dienst sie stehen, und seine Verfassungsordnung angreifen.*“³²⁷

324 Ausführlich zu staatsgefährdenden Straftaten: Reich BeamStG, 3. Aufl. 2018, BeamStG § 24 Rn. 5 ff.

325 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

326 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

327 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1643.

a) H. M.: Funktionstheorie

Daher sehen die einschlägigen Tarifverträge eine politische Treuepflicht auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst vor: So müssen sich nach § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (sowie nach dem mittlerweile aufgehobenen³²⁸ § 8 Abs. 1 S. 2 BAT) alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“ Diese tarifvertragliche Pflicht gilt auch für Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen (§ 3 Abs. 1 S. 2 TV-L i.V.m. der Sonderregelung Nr. 2 für Beschäftigte an Hochschulen und Forschungseinrichtungen); die Arbeitsverträge nehmen darauf Bezug. Funktional differenzierend bestimmt hingegen § 41 S. 2 TVöD BT-V: „Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen.“

Fraglich sind jedoch *Inhalt* und *Umfang* der geschuldeten Verfassungstreue. Nach h. M. gilt die positive Verfassungstreuepflicht von Beamten nicht für alle anderen Angehörigen des öffentlichen Diensts. Vielmehr folgt sie der sogenannten Funktionstheorie des BAG, welches in ständiger Rechtsprechung³²⁹ das Maß der politischen Treuepflicht *funktional* nach Stellung und Aufgabenkreis des jeweiligen Angestellten im öffentlichen Dienst bestimmt: Geschuldet ist „diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist.“³³⁰ Die Arbeitnehmer an Hochschulen schulden daher funktionsbezogen Treue – abhängig von ihrer Stellung und ihren arbeitsvertraglichen Aufgaben.³³¹

Diese politische Treuepflicht für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst kann nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG begründet werden, da dieser nur für Beamte gilt. Vielmehr

ist die politische Treuepflicht aus der erforderlichen „Eignung“ nach Art. 33 Abs. 2 GG herzuleiten.³³² Dies ist auch dann verfassungskonform, wenn das „Höchstmaß“ an Verfassungstreue geschuldet wird: Funktional „staatstragende“ Arbeitnehmer können sich zwar auch auf ihre Grundrechte berufen; diese werden aber durch ihre besondere Verfassungstreuepflicht begrenzt. Der Exklusion extremistischer Arbeitnehmer stehen weder der spezielle Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 3 GG noch deren Freiheitsrechte nach Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 21 Abs. 2, 4 GG noch Art. 10, 11 EMRK³³³ entgegen. Die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei ist allerdings auch hier nur ein Indiz für fehlende Verfassungstreue, welches für sich allein regelmäßig noch keinen Eignungsmangel begründen kann.³³⁴

Die im Wege praktischer Konkordanz bestimmte „Eignung“ im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG determiniert die Auslegung der genannten Tarifbestimmungen: Während § 41 S. 2 TVöD BTV verfassungskonform innerhalb der Arbeitnehmerschaft des öffentlichen Diensts differenziert (soweit „in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden“), verlangt § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L (wie der frühere, wortlautidentische § 8 Abs. 1 S. 2 BAT), dass sich *alle* Beschäftigten „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen“ müssen. Dieser zu weite Wortlaut ist verfassungskonform im Sinne der Funktionstheorie zu reduzieren.³³⁵

b) Beschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben: Positive Verfassungstreuepflicht

Arbeitnehmer schulden somit *positive* Verfassungstreue, wenn sie nach ihrer Stellung und ihren Aufgaben beamtengleich hoheitlich tätig sind. Zwar besteht zwischen solchen Beschäftigten und dem Staat kein besonderes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis, son-

328 Er wurde für Angestellte des Bundes und der Kommunen zum 1.10.2005 durch den TVöD ersetzt, für Angestellte der Länder zum 1.11.2006 durch den TV-L. Er gilt nunmehr auch nicht mehr in Hessen, denn dort findet seit dem 1.1.2010 der Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst des Landes Hessen Anwendung. Entsprechendes gilt für Berlin: Dort wurde der TV-L bis Januar 2011 sukzessive eingeführt.

329 Vgl. nur BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Rechtsvergleichend stimmt die Funktionstheorie des BAG mit der überwiegenden Ansicht im vergleichbaren Ausland überein, vgl. *Tomuschat*, in: Böckenförde/Tomuschat/Umbach (Hrsg.), *Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG*, 1981, S. 647 ff.

330 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43. Die Funktions-

theorie überträgt das BAG auf das Fragerecht des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst. Fragen nach der Verfassungstreue eines Bewerbers sind nur zulässig, soweit den Bewerber künftig eine solche politische Treuepflicht funktional trifft, vgl. BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris. Vgl. zum Fragerecht des privaten Arbeitgebers zur politischen Anschauung: *Chr. Picker*, RdA 2021, 33, 40.

331 Vgl. BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

332 BVerfG 17.12.1953 – 1 BVR 323/51, NJW 1954, 27; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

333 EGMR 22.11.2001 – 39799/98, NJW 2002, 3087; EGMR 26.9.1993 – 7/1994/454/535, NJW 1996, 375.

334 BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1710.

335 Entsprechend zur Vorläuferregelung des § 8 Abs. 1 S. 2 BAT: BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

dern (nur) ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis. Gleichwohl kann die – aufgrund des beamtenverfassungsrechtlichen Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG ohnehin zweifelhafte – „Flucht ins private Arbeitsrecht“ das Maß an geschuldeter politischer Treue nicht herabsetzen.³³⁶ Denn das Treuepflichtmaß bestimmt sich gerade nicht statusbezogen (als Beamter oder Arbeitnehmer), sondern funktionsbezogen nach Stellung und Aufgaben.

Positive Verfassungstreue schulden folglich solche Beschäftigte an Hochschulen, die beamtenäquä tütig werden, also hoheitlich handeln und in dieser Funktion den Staat repräsentieren. Auch bei ihnen ist die Mitgliedschaft in einer Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, ein Indiz, dass sie die politische Treuepflicht nicht erfüllen können.³³⁷ Für privatrechtlich beschäftigte Hochschullehrer normiert dies § 49 Abs. 2 S. 4 LHG, der die beamtenrechtlichen Normen zur Verfassungstreue (§§ 7 Abs. 1 Nr. 2, 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG) für entsprechend anwendbar erklärt.

Dieser Gleichlauf an politischer Treuepflicht muss vor allem für *alle Hochschullehrer* gelten – unabhängig davon, ob diese Beamte oder Arbeitnehmer sind. Positive Verfassungstreue schulden daher auch Juniorprofessoren, wenn diese nicht zum Beamten ernannt werden (§ 51 Abs. 8 LHG). Hochschullehrer üben ständig hoheitliche Befugnisse aus³³⁸: Ihnen obliegen zunächst Prüfungsbefugnisse. Zu nennen sind Hochschulprüfungen, etwa Vor- und Zwischenprüfungen, Bachelor und Masterarbeiten, aber auch Promotionen und Habilitationen. Sie entscheiden dabei meist über die Prüfungsform und die Prüfungsaufgaben.³³⁹ Daneben wirken Hochschullehrer regelmäßig als Prüfer in Staatsprüfungen (z.B. Erste juristische Prüfung) mit.³⁴⁰ Die Bewertung dieser Prüfungsleistungen durch einen Hochschullehrer hat Auswirkungen auf den Studienverlauf, den Zugang zur Staatsprüfung oder Berufseinstieg, bei Promotionsleistungen nicht zuletzt aufgrund des erlangten akademischen Titels, dessen Missbrauch nach § 132a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar ist. Diese Befugnisse sind vor allem im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Ausbildungsinteressen der Studierenden relevant; unabhängig davon, ob diese durch Art. 12 GG³⁴¹ oder Art. 5 Abs. 3 GG³⁴² geschützt sind. Insbesondere durch berufsbezogene Prüfungen ist Art. 12 GG in besonderem Maße berührt.³⁴³

Die beamtengleiche hoheitliche Tätigkeit lässt sich allerdings nicht nur an Prüfungsbefugnissen festmachen. Vielmehr ist sie auch mit der Lehrtätigkeit als hoheitlicher Tätigkeit zu begründen.³⁴⁴ Zumindest faktisch besteht in der BRD für viele Bereiche ein Ausbildungsmonopol des Staates. Studierende müssen Lehrveranstaltungen von Hochschullehrern besuchen und sind diesen so „ausgeliefert“. Und diese bestimmen (kraft ihrer Lehrfreiheit), welchen Lehrstoff sie vortragen und welcher prüfungsrelevant ist.³⁴⁵ Diese gestalten damit unmittelbar die Ausbildung der Studierenden und damit auch deren (berufliche) Zukunft.³⁴⁶ Wegen ihrer Prüfungsbefugnis und Lehrtätigkeit werden angestellte Hochschullehrer beamtengleich hoheitlich tätig.

Positive Verfassungstreue schulden ferner *wissenschaftliche Mitarbeiter*, wenn und weil diese hoheitlich tätig werden.³⁴⁷ So nahm das BAG³⁴⁸ 1982 an, dass an die politische Treuepflicht eines wissenschaftlichen Mitarbeiters, zu dessen Dienstaufgaben auch Lehrtätigkeiten gehörten, die gleichen Anforderungen wie an einen Beamten zu stellen sind. Das Gericht begründete dies maßgeblich mit einem Vergleich zu Lehrern: Studierende seien zwar nicht in gleichem Maß politisch beeinflussbar wie Schüler, gleichwohl sei deren Persönlichkeitsbildung keineswegs abgeschlossen. Sie neigen – so das BAG – „zu emotionaler, unkontrollierter Übernahme politischer Verhaltensmuster und sind in verstärktem Maße Milieu- und Gruppeneinflüssen ausgesetzt“³⁴⁹. Diese Begründung überzeugt: Regelmäßig gehört zu den wissenschaftlichen Dienstleistungen von wissenschaftlichen Mitarbeitern auch die selbstständige³⁵⁰ Wahrnehmung von Aufgaben in der Lehre (§ 52 Abs. 1 S. 2 LHG).

Allerdings gilt hier entsprechend: Die *wissenschaftliche* Tätigkeit von angestellten Beschäftigten an Hochschulen ist durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich besonders geschützt. Diese ist zwar nicht mit Art. 33 Abs. 5 GG, dafür aber mit Art. 33 Abs. 2 GG im Wege

336 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

337 Vgl. BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

338 Vgl. Epping, ZBR 1997, 383, 386; Thieme, DÖV 2000, 502, 503; Hartmer, WissR 31 (1998), 152 ff.

339 Thieme, DÖV 2000, 502.

340 Vgl. Thieme, DÖV 2000, 502.

341 H. M., vgl. etwa Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 109 ff.

342 So etwa Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 208.

343 Vgl. BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83, NJW 1991, 2005; BVerfG 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008.

344 Thieme, DÖV 2000, 502, 503. A.A. Hartmer, WissR 31 (1998), 152, 161; Fink, DÖV 1999, 980, 982.

345 Thieme, DÖV 2000, 502, 503.

346 Determann, NVwZ 2000, 1346, 1348.

347 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris; für wissenschaftliche Assistenten: LAG Berlin 16.1.1978 – 9 Sa 77/77, AP Nr. 4 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

348 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

349 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 3/80 –, juris.

350 BeckOK HochschulR BW/Frenzel, 18. Ed. 1.11.2019, LHG § 52 Rn. 13.

praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Unseres Erachtens müssen für Hochschulbeschäftigte mit hoheitlichen Aufgaben die für Beamten geltenden Grundsätze erst recht gelten; denn sie befinden sich in keinem Beamtenverhältnis, sondern nur in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Soweit Beschäftigte selbstständig als Lehrende tätig werden und sich auf die Lehrfreiheit berufen können, muss auch für sie die Privilegierung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG gelten. Die Verfassungstreueklausel ist deshalb nicht nur für privatrechtlich angestellte Hochschullehrer einschlägig³⁵¹, sondern auch für sonstige angestellte Beschäftigte, die eigenständig lehren. Und weiter muss im Übrigen ebenso gelten: Spezifisch wissenschaftliche Tätigkeit kann niemals einen Treuepflichtverstoß begründen.

c) Beschäftigte ohne hoheitliche Aufgaben: Negative Loyalitätspflicht

Beschäftigte an Hochschulen (etwa studentische Hilfskräfte) *ohne* hoheitliche Aufgaben schulden hingegen nur *einfache* politische Treue³⁵²: Sie müssen sich *nicht* positiv zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen, *nicht* mit dieser identifizieren und entsprechend *nicht* bereit sein, für diese jederzeit aktiv einzutreten. Vielmehr erfüllen sie ihre einfache Verfassungstreuepflicht regelmäßig schon dadurch, dass sie „die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht aktiv bekämpfen“ – also weder selbst aktiv verfassungsfeindliche Ziele verfolgen noch darauf abzielen, Verfassung und Staat „zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen.“³⁵³ Die einfache politische Treuepflicht lässt sich folglich auch als *negative* Treuepflicht bezeichnen: Geschuldet ist nur das „Fehlen“ verfassungsfeindlicher Betätigung, dies allerdings auch außerdienstlich.³⁵⁴

Dieser Befund ist so rechtspolitisch überzeugend wie verfassungsrechtlich geboten: Zwar ist es aus Sicht des Staats erstrebenswert, dass er *insgesamt* nur über Beschäftigte verfügt, die seine Werte uneingeschränkt teilen und dafür vorbehaltlos auch aktiv eintreten. Denn dadurch wird seine Funktionsfähigkeit und Glaubwür-

digkeit nach außen gestärkt – auch an Universitäten und Hochschulen. Zudem machen Arbeitnehmer mit rund 60 % der Beschäftigten im öffentlichen Dienst den Großteil aus.³⁵⁵ Das würde jedoch den Grundrechten der Beschäftigten nicht gerecht, denn diese würden so „unnötig und unverhältnismäßig eingeschränkt.“³⁵⁶ Solche Arbeitnehmer, die gegenüber dem Staat nicht nur in einem privatrechtlichen Austauschverhältnis und damit in keinem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sondern vor allem auch keine hoheitlichen Tätigkeiten wahrnehmen, handeln nämlich funktional weder für den Staat noch repräsentieren sie diesen.³⁵⁷ Und die von ihnen ausgehende Gefahr ist regelmäßig insoweit überschaubar, als dass sie – anders als Beamte oder beamtengleich tätige Arbeitnehmer – mangels entsprechender hoheitlicher Aufgaben oder Stellung kaum Gelegenheit haben, die Integrität des Staates nachhaltig zu beschädigen.

d) Kündigungsrechtliche Konsequenzen

Verfügen Arbeitnehmer nicht über die jeweils erforderliche – positive oder negative – Verfassungstreue, können sie entlassen werden³⁵⁸. Der Arbeitgeber kann solchen Arbeitnehmern personen- oder verhaltensbedingt kündigen.³⁵⁹ Dabei setzt eine *verhaltensbedingte* Kündigung nach ständiger Rechtsprechung des BAG eine *konkrete* Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus, d.h. eine erhebliche Störung im Leistungs- und Vertrauensbereich oder innerhalb der Betriebsgemeinschaft, und diese muss dem Arbeitnehmer zudem individuell vorwerfbar sein.³⁶⁰ Eine *personenbedingte* Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, um die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.³⁶¹

Beide Kündigungsgründe müssen voneinander unterschieden und abgegrenzt werden, wenn ein Arbeitnehmer wegen (angeblich) fehlender Verfassungstreue gekündigt wird. Regelmäßig handelt es sich dabei um eine verhaltensbedingte Kündigung; denn dem Arbeitnehmer wird wegen einer – erwiesenen und nicht etwa

351 Maunz/Dürig/Gärdtitz, 92. EL August 2020, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 189.

352 BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

353 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43, 45. Zuvor schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641; BAG 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79, NJW 1983, 779.

354 Näher zu Inhalt und Umfang der Pflicht zu „einfacher“ Verfassungstreue zwei jüngere Urteile des BAG: BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441. Eingehend dazu: Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

355 <https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst> (31.1.2021).

situation-in-deutschland/61714/oeffentlicher-dienst (31.1.2021).

356 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43; BAG 31.3.1976 – 5 AZR 104/74, NJW 1976, 1708, 1709.

357 Chr. Picker, RdA 2020, 317, 326.

358 So schon BVerfG 22.5.1975 – 2 BvL 13/73, NJW 1975, 1641, 1644.

359 BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43.

360 BAG 6.9.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441; BAG 12.5.2011 – 2 AZR 479/09, NZA-RR 2012, 43 m. w. N.

361 BAG 21.4.2016 – 2 AZR 609/15, NZA 2016, 941; BAG 10.4.2014 – 2 AZR 812/12, NZA 2014, 653; ErfK/Oetker, 21. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 98 ff.

nur vermuteten – vorwerfbaren Treuepflichtverletzung gekündigt, was eindeutig als verhaltensbedingt einzuordnen ist.³⁶² Zu klären ist dann, ob bei einem außerdienstlichen Verhalten eine konkrete Störung im personalen Vertrauensbereich vorliegen muss oder ob es ausreichend ist, dass eine solche nur wahrscheinlich ist.³⁶³ Eine personenbedingte Kündigung aufgrund eines Eignungsmangels kommt hingegen in Betracht, wenn begründete Zweifel an der (jeweils erforderlichen positiven oder negativen!) Verfassungstreue des Arbeitnehmers bestehen.³⁶⁴

Diese Abgrenzung veranschaulicht eine neuere Entscheidung des LAG Thüringen³⁶⁵: Der Arbeitnehmer war als Schichtleiter in der autorisierten Stelle beim Landeskriminalamt beschäftigt. Im Rahmen privater Beiträge in sozialen Medien im Internet äußerte er sich fremdenfeindlich und beleidigte andere „Diskussionsteilnehmer“. Deshalb kündigte das Land ihm fristlos. Wegen der rassistischen und beleidigenden Äußerungen im Internet kam eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, da es sich insoweit um eine vorwerfbare Pflichtverletzung des Arbeitnehmers handelt. Diese wäre im konkreten Fall aber vom Arbeitgeber abzumachen gewesen. Da der Arbeitnehmer aber bei einem IT-Dauerdienst arbeitete, der vor allem für alle IT-Systeme der Polizei tätig war, kam im konkreten Fall *auch* eine personenbedingte Kündigung in Frage; diese aber nicht wegen der „Diskussionsbeiträge“ auf Facebook, sondern wegen seiner rassistischen *Einstellung*, die ihn – angesichts der Verfügungsmacht über sicherheitspolitisch hochsensible Daten – als Schichtleiter des IT-Dauerdienstes *ungeeignet* machte.

4. Annex: Lehrbeauftragte

Lehrbeauftragte stehen regelmäßig in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis mit dem Land.³⁶⁶ Auch wenn privatrechtliche Rechtsverhältnisse geschlossen werden, sind Lehrbeauftragte nur ganz ausnahmsweise Arbeitnehmer.³⁶⁷ Fraglich ist, welche politische Treue von diesen geschuldet ist.

Der 7. Senat des BVerwG folgte der Funktionstheorie des BAG für Lehrbeauftragte an Hochschulen zunächst nicht. Denn von Lehrbeauftragten sei „*das gleiche Maß an Verfassungstreue*“ zu verlangen, „*wie es von einem Beamten zu fordern ist.*“³⁶⁸ Die Gleichstellung *aller* Lehrbeauftragten mit Beamten sei mit deren Aufgaben zu begründen: Die Lehrtätigkeit entspreche der des hauptamtlichen Hochschullehrers; der Sache nach gehe „*es beim Lehrbeauftragten wie bei dem beamteten Hochschullehrer um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.*“³⁶⁹ Aufgrund der für einen Lehrbeauftragten geforderten Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG könnten die beamtenrechtlichen Vorschriften zur Verfassungstreue auf Lehrbeauftragte entsprechend angewandt werden.³⁷⁰

Im Jahr 1989 schwenkte der 7. Senat des BVerwG aber auf die Linie des BAG ein: Die „*für Beamtenverhältnisse zwingende Forderung nach Verfassungstreue unterschiedlos auf alle Lehrauftragsverhältnisse*“ auszudehnen, verletze Art. 33 Abs. 2 GG.³⁷¹ Hierauf könnten sich Lehrbeauftragte berufen, unabhängig davon, ob der Lehrauftrag landesrechtlich als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vollzogen wird, da sich die Lehraufträge selbst dann in einem öffentlichen Amt vollziehen, wenn keine hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.³⁷² Überspannt würden die Eignungsvoraussetzungen nach Art. 33 Abs. 2 GG bei einer Gleichsetzung *aller* Lehrbeauftragten mit den verbeamteten Hochschullehrern aus zwei Gründen: Erstens seien Begründung und Beendigung der Rechtsverhältnisse nicht vergleichbar; Lehraufträge würden nämlich nur semesterweise erteilt und begründeten deshalb keine dem Beamtenverhältnis vergleichbaren Bindungen. Zweitens seien Lehraufträge „*zu unterschiedlich und zu vielgestaltig, als daß sie hinsichtlich der politischen Eignung von Lehrauftragsbewerbern stets nur demjenigen zu übertragen wären, der in seiner Person den gesteigerten Anforderungen des Beamtenrechts entspricht.*“³⁷³ Im Ergebnis lasse sich das „*abstrahierende Verlangen nach beamtengleicher Verfassungstreue aller Lehrbeauftragten [...] nicht länger mit der Begründung rechtfertigen, die Institution*

362 Näher Chr. Picker, RdA 2020, 317, 327.

363 Dazu Preis/Stoffels, RdA 1996, 210, 221.

364 BAG 20.7.1989 – 2 AZR 114/87, NJW 1990, 597.

365 LAG Thüringen 14.11.2018 – 6 Sa 204/18, BeckRS 2018, 44972. Diese wurde vom BAG bestätigt, BAG 27.6.2019 – 2 AZR 28/19, NZA 2019, 1343.

366 So insbesondere in Baden-Württemberg, vgl. § 56 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 LHG. Es handelt sich dabei zwischenzeitlich um den Regelfall, Löwisch/Wertheimer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 3. Aufl. 2017, S. 564.

367 Etwa wenn Unterrichtsgegenstand und Arbeitszeit im Einzelnen vorgegeben werden, vgl. BAG 19.11.1997 – 5 AZR 21/97, NZA 1998, 595.

367 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837; ebenso unter Berufung darauf OVG Berlin 18.9.1980 – 3 B 6.79 –, juris.

369 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

370 BVerwG 22.4.1977 – VII C 17.74, NJW 1977, 1837.

371 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

372 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

373 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

des Lehrbeauftragten diene im Lehrbetrieb der Hochschulen wesentlich der Ergänzung des hauptamtlich erteilten Unterrichts durch den beamteten Hochschullehrer, so daß sich dessen gesteigerte Verfassungstreuepflicht auch auf den Lehrbeauftragten erstrecke.³⁷⁴

Insbesondere das zuletzt genannte Argument überzeugt: Lehraufträge, die zur Ergänzung des Lehrangebots erteilt werden (§ 56 Abs. 1 S. 1 LHG), sind im Einzelfall sehr unterschiedlich ausgestaltet. Sie können in den grundrechtssensiblen Bereich der Studierenden weit hineinreichen, soweit mit ihnen die Bewertung von Prüfungsleistung einhergeht – müssen dies aber nicht.³⁷⁵ Lehrbeauftragte können nach Aufgaben und Funktion nicht nur auf den weiteren Studienverlauf oder die Staatsprüfung Einfluss nehmen (etwa weil die Bewertung einer Abschlussklausur zur Beendigung des Studiums führt), sondern auch für den Berufseinstieg. Sie nehmen hoheitliche Aufgaben aber nicht als ständige Aufgabe wahr.³⁷⁶ Nur dann (und nicht generell!) werden Lehrbeauftragte adäquat zu Hochschullehrern tätig und handeln so funktionell für den Staat.

Im Ergebnis gilt für Lehrbeauftragte an Universitäten und anderen Hochschulen die Formel des BAG entsprechend: Geschuldet ist nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Ausübung des erteilten Lehrauftrags unverzichtbar ist.

V. Zusammenfassung

1. Politischer Extremismus bedeutet aktive Verfassungsfeindschaft. Als zeitloses Übel prägt er unsere Vergangenheit und bedroht unsere freiheitlich verfasste Rechts- und Gesellschaftsordnung der Gegenwart – auch an Hochschulen.

2. Unser Verfassungsstaat steckt aufgrund der grundgesetzlichen Entscheidung, freiheitlich und wehrhaft zu sein, bei der Bekämpfung des politischen Extremismus stets in einem Dilemma: Einerseits muss er die Grundrechte der Bürger umfassend schützen; andererseits ist er verfassungsrechtlich verpflichtet, seine freiheitliche demokratische Grundordnung zu erhalten und zu schützen. Dieser Dualismus ist dahingehend aufzulösen, dass der Staat den Bürgern möglichst umfassende grund-

rechtliche Freiheit gewährt und seine Grundwerte erst und auch dann nur rechtsstaatlich verteidigt, wenn diese konkret bedroht sind.

3. Dieser verfassungsimmanente Dualismus determiniert die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst – und damit auch die an staatlichen Hochschulen. Grundrechtsfreundlich ist er hier dahingehend aufzulösen, dass der Staat von seinen Beschäftigten zwar grundsätzlich Verfassungstreue verlangen kann, aber nicht von allen in gleichem Maß.

4. Zu positiver Verfassungstreue sind Beamte an Hochschulen verpflichtet – dienstlich wie außerdienstlich und unabhängig von ihrer Aufgabe und Funktion. Das ist nicht nur verfassungskonform, sondern auch völker- und europarechtlich zulässig. Dem steht insbesondere die Wissenschaftsfreiheit nicht entgegen: Regelmäßig sind (politisch motivierte) extremistische Äußerungen schon verfassungsrechtlich keine Wissenschaft und (nur) von der allgemeinen Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

5. Innerhalb des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit wird die beamtenrechtliche politische Treuepflicht im Funktionsbereich der Lehre durch die Verfassungstreueklausele nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG überlagert. Verboten ist danach (nur), den Hörsaal zur politischen Agitation zu missbrauchen. Erst wenn und weil ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG vorliegt, kann dies Grundlage beamtenrechtlicher Disziplinarmaßnahmen sein. Im Übrigen kann Art. 33 Abs. 5 GG die Wissenschaftsfreiheit als verfassungsimmanente Schranke zwar begrenzen. Kein Verstoß gegen die positive Verfassungstreuepflicht (und auch nicht gegen die Mäßigungspflicht) liegt jedoch vor, wenn spezifisch wissenschaftliche Tätigkeiten betroffen sind. So kann etwa ein verbeamteter Hochschullehrer nicht wegen der Inhalte oder Ergebnisse seiner Forschung disziplinarrechtlich verfolgt werden.

6. Daneben schulden auch Arbeitnehmer an staatlichen Hochschulen dem Staat politische Treue jedoch nur diejenige politische Loyalität, die für die funktionsgerechte Amtsausübung unverzichtbar ist. Funktionsbezogen muss daher differenziert werden: Wissenschaftliches Personal, das beamtengleich hoheitlich tätig wird, insbe-

374 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

375 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374, 1375.

376 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

377 BVerwG 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374.

378 Vgl. *Kimminich*, JZ 1989, 439, 440.

379 BVerwG 29.8.1975 – VII C 60/72, NJW 1976, 437; BAG 15.4.1982 – 2 AZR 1111/79, NVwZ 1983, 248.

sondere vergleichbar zu Hochschullehrern, trifft wie die Beamten die Pflicht zur *positiven* Verfassungstreue. Beschäftigte, die keine hoheitlichen Befugnisse und Aufgaben ausüben, trifft hingegen (nur) die Pflicht zur einfachen politischen Treue. Sie genügen dieser *negativ* bereits dadurch, dass sie sich *nicht aktiv* verfassungsfeindlich betätigen.

Prof. Dr. Christian Picker ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht an der Universität Konstanz, Sebastian Reif ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.

Michael Fehling*

Ethikkommissionen: Gefahr oder Chance für die Wissenschaftsfreiheit?

ÜBERSICHT**

I. Einführung: Der Siegeszug der Ethikkommissionen und ihre grundrechtliche Problematik

II. Große Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse von Ethikkommissionen

1. Unterschiedliche Zusammensetzung und Trägerschaft
2. Verknüpfung mit unterschiedlichen (Verwaltungs-)Aufgaben und Entscheidungen
3. Unterschiedlich weitreichende Bindungswirkung ihres Votums
4. Der Beurteilungsmaßstab: rechtlich und/oder ethisch?

III. Vereinbarkeit der Einschaltung einer Ethikkommission mit der Forschungsfreiheit

1. Gemengelage deutschen und europäischen Grundrechtsschutzes
2. Unterschiedlich intensiver Eingriff in die Forschungsfreiheit
3. Besonderheiten beim Einsatz von Ethikkommissionen in der Forschungsförderung
4. Rechtfertigungsmöglichkeit durch kollidierende deutsche bzw. Unions-Grundrechte
5. Herstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs kollidierender Verfassungspositionen als zentrales Problem

a) Grundlagen

b) Bewältigungsstrategien des Gesetzgebers

6. Konsequenzen für die Auslegung und Handhabung der einschlägigen Normen

IV. Gewisser Nutzen der Einschaltung einer Ethikkommission auch für die Forschungsfreiheit

1. Verbesserte Rechtssicherheit für die beteiligten Forscher

2. Partielle Entlastung von Verantwortung?

3. Reduzierte gerichtliche Kontrolldichte zwischen Gefährdung und Schutz der Wissenschaftsfreiheit

V. Fazit

I. Einführung: Der Siegeszug der Ethikkommissionen und ihre grundrechtliche Problematik

Ausgehend von den USA,¹ haben sich Ethikkommissionen seit den 1980er-Jahren auch in Europa zur Beurteilung von Forschungsvorhaben immer mehr etabliert. Ausgangs- und Mittelpunkt war und ist die klinische Arzneimittelforschung, die im Spannungsverhältnis zwischen Forschungsinteressen (und davon erhofftem Ertrag für die künftige Gesundheitsversorgung) einerseits sowie Patienten- bzw. Probandenschutz andererseits besonders handgreifliche ethische Probleme aufwirft. Die Richtlinie 2001/20/EG „über die gute klinische Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen von Humanarzneimitteln“² und die Nachfolgeverordnung (EU) 2014/536 – wohl erst 2020 vollumfänglich anwendbar – enthalten zwar nur Teilregelungen, haben aber auch darüber hinaus eine Annäherung des Rechtsrahmens in den verschiedenen Mitgliedstaaten bewirkt.⁴ In Deutschland sind §§ 40 Abs. 1 Satz 2, 42, 42a AMG⁵ nebst der GCP-Rechtsverordnung⁶ einschlägig. Ethik-

* Zum Gedenken an meinen akademischen Lehrer, Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger (5. April 1930 – 23. Januar 2021), der 22 Jahre (!) ehrenamtlich als Rechtsberater des Rektors der Universität Freiburg tätig war.

** Umgearbeitete Fassung eines englischsprachigen Vortrags vom 25.9.2020 auf der deutsch-italienischen Tagung „Academic Freedom under Pressure“ (Tagungsband im Erscheinen); dort stand die rechtsvergleichende Betrachtung im Vordergrund, während hier der Schwerpunkt auf der deutschen Rechtsdogmatik liegt. – Meinem wiss. Mitarbeiter Vincent Mittag danke ich für wertvolle Hilfe insb. bei den Nachweisen.

- 1 Aus deutscher Sicht *Deutsch*, Das neue Bild der Ethikkommission, MedR 2006, S. 411; für die Vereinigten Staaten *Bork*, Ethik-Kommissionen in den USA, NJW 1983, S. 2056.
- 2 Richtlinie 2001/20/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 4. April 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanmedizin, ABL L 121 vom 1.5.2001, S. 34.
- 3 Verordnung (EU) 2014/536 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfungen mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/

EG, ABL L 158 vom 27.5.2014, S. 1; siehe im Überblick *Lanzerath*, Europäische Ethikkommissionen im Wandel: Herausforderungen durch neue Rahmenbedingungen, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitschutz – Gesundheitsforschung 2019, S. 697, 700.

- 4 Vgl. zur Ablösung nationaler Bestimmungen allgemein *Lippert*, Klinische Prüfung von Tierarzneimitteln unter der Verordnung (EU) 2019/6, PharmR 2019, S. 278; zurückhaltender, was eine Harmonisierung betrifft, *Lanzerath* (Fn. 3), Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitschutz – Gesundheitsforschung 2019, S. 697, 701 f.; die Tendenz von Bestrebungen einheitlicher Regelungen auf europäischer Ebene betonend bereits *Doppelfeld*, Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen, MedR 2008, S. 645, 646 f. und 649 zur damaligen Rechtslage.
- 5 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, BGBl. I S. 3394 zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.12.2020, BGBl. I S. 2870.
- 6 Verordnung über die Anwendung der Guten Klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen (GCP-Verordnung – GCP-V) vom 9. August 2004, BGBl. I S. 2081, zuletzt geändert durch Verordnung vom 20.12.2016, BGBl. I S. 3048.

kommissionen zur Begutachtung von Forschungsvorhaben finden sich darüber in Deutschland aber auch in immer weiteren Rechtsgebieten, etwa im Medizinproduktegesetz⁷ (§§ 20, 22 MPG), im Stammzellengesetz⁸ (§§ 5, 6, 9 StZG), in der Röntgenverordnung RöV und in der Strahlenschutzverordnung⁹ (§§ 31, 36 StrlSchV).¹⁰ Mittlerweile gibt es solche Kommissionen sogar außerhalb der Forschung am Menschen für Tierversuche im Tierschutzgesetz¹¹ (§ 15 Abs. 1 Satz 2 TSchG).

Die am Beispiel der Arzneimittelstudien beschriebene ethische Konfliktlage spiegelt sich in einem grundrechtlichen Spannungsverhältnis wider, nämlich zwischen Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG bzw. Art. 13 Satz 1 GrCh) einerseits sowie Persönlichkeitsrechten einschließlich informationeller Selbstbestimmung¹² (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 7, 8 GrCh) und Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG bzw. Art. 3 GrCh) der Probanden/Patienten andererseits. Soweit Forschungsvorhaben in der einen oder anderen Form von der vorherigen Befassung einer Ethikkommission abhängig gemacht werden, liegt darin zunächst einmal eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung und im Sinne unseres Themas Gefährdung der Forschungsfreiheit (unten III.). Bei genauerem Hinsehen lassen sich aber auch gewisse Vorteile für die betroffenen Forscher und auch für die Forschungsfreiheit identifizieren, namentlich durch verbesserte Rechtssicherheit und möglicherweise sogar eine partielle Entlastung von Verantwortung; auch die – reduzierte – verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte könnte sich tendenziell eher freiheitsschonend auswirken (IV.).

Bei alledem handelt es sich zwar primär um übergeordnete grundrechtliche Fragestellungen, in erster Linie auf Verfassungsebene, teilweise aber auch auf unionaler Ebene.¹³ Aus zwei Gründen lassen sich dennoch die einfachgesetzlichen Grundlagen bei unserem Thema nicht komplett ausblenden. Zum einen sind die Befugnisse

von Ethikkommissionen bereichsspezifisch höchst unterschiedlich geregelt, was wiederum die grundrechtliche Prüfung und Abwägung prägt. Zum anderen wirkt die Grundrechtslage potenziell auf die Auslegung des einfachen Rechts zurück; die maßgeblichen Bestimmungen müssen gegebenenfalls verfassungs- bzw. unionsrechtskonform so ausgelegt und gehandhabt werden, dass die kollidierenden Verfassungspositionen im Sinne praktischer Konkordanz möglichst weitreichend zur Geltung kommen. Dementsprechend soll zunächst die Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse solcher Ethikkommissionen im geltenden Recht skizziert werden (sogleich II.).

II. Große Bandbreite der Erscheinungsformen und Befugnisse von Ethikkommissionen

1. Unterschiedliche Zusammensetzung und Trägerschaft

Eine Ethikkommission ist schon begriffsnotwendig ein unabhängiges Gremium aus Experten verschiedener Fachrichtungen, die zusammen (gegebenenfalls mit Mehrheitsentscheidung)¹⁴ eine Stellungnahme abgeben. Dies bildete den Kern der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 2 Ziff. 11 der VO (EU) 2014/536 (ähnlich in Art. 2 (k) der früheren EG-Richtlinie) und kann auch für Ethikkommissionen außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung als Leitvorstellung dienen. Welche Gruppen über die jeweils relevanten medizinischen Fachrichtungen hinaus vertreten sind – neben einem Juristen z.B. Ethiker, Geistliche oder auch „einfache“ Bürger¹⁵ –, ist von Kommission zu Kommission unterschiedlich, ebenso die Zahl der Mitglieder. Insoweit handelt es sich nur partiell um *Peer Review*.¹⁶ Näheres divergiert nicht nur zwischen den europäischen Staaten,¹⁷ sondern auch innerhalb Deutschlands. Für die Zusammensetzung und Arbeitsweise der Ethikkommissionen gilt nämlich größtenteils Landesrecht, namentlich in den Heilberufskam-

7 Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. August 2002, BGBl. I S. 3146 zuletzt geändert durch Verordnung vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1328.

8 Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellengesetz – StZG) vom 28. Juni 2002, BGBl. I S. 2277 zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.3.2017, BGBl. I 2277.

9 Verordnung zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 29. November 2018, BGBl. I, S. 2036 zuletzt geändert durch Verordnung vom 27.3.2020, BGBl. I S. 748.

10 Gesetz zum Schutz vor der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlung (Strahlenschutzgesetz – StrlSchG) vom 27. Juni 2017, BGBl. I S. 1966 zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.10.2020, BGBl. I S. 2232

11 Tierschutzgesetz vom 18. Mai 2006, BGBl. I, S. 1206 zuletzt geän-

dert durch Verordnung vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1328.

12 Siehe nur BVerfGE 35, S. 202, 219 ff.

13 Zur Abgrenzung unten III. 1.

14 *Albers*, Die Institutionalisierung von Ethik-Kommissionen: Zur Renaissance der Ethik im Recht, *KritV* 2003, S. 410, 435.

15 *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411, 413.

16 Von einer Annäherung an *peer review* gehen insoweit wohl aus *Just*, Die Professionalisierung der Ethik-Kommissionen, einer Einrichtung der Selbstkontrolle der Wissenschaft, *MedR* 2008, S. 640, 643; *Gramm*, Ethikkommissionen: Sicherung oder Begrenzung der Wissenschaftsfreiheit?, *WissR* 1999, S. 209, 217. Dazu auch unten III. 5. b. sowie IV. 3.

17 Ähnliche Einschätzung *Lanzerath* Fn.(3), *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsschutz – Gesundheitsforschung* 2019, S. 697, 702 f.; Vereinheitlichungsbedarf hervorhebend *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411, 416.

mergesetzt.¹⁸ Die Kommissionsmitglieder arbeiten regelmäßig ehrenamtlich; die immer wieder geforderte Professionalisierung¹⁹ schlägt sich im Wesentlichen in der Zuarbeit durch eine Geschäftsstelle oder Ähnlichem nieder.²⁰

Organisatorisch sind Ethikkommissionen, die projektbezogene Einschätzungen abgeben, meist entweder bei den Ärztekammern oder den Universitäten angesiedelt, gelegentlich aber auch bei Fachinstituten.²¹ Private Ethikkommissionen spielen außerhalb des reinen Berufs-Standesrechts keine bedeutende Rolle mehr.²²

2. Verknüpfung mit unterschiedlichen (Verwaltungs-) Aufgaben und Entscheidungen

Im Zentrum unseres Themas steht die Beteiligung von Ethikkommissionen an der Entscheidung über die Genehmigung bestimmter Forschungsprojekte, namentlich klinischer (Arzneimittel-)Studien. Darauf bezogen sich die zuvor genannten gesetzlichen Beispiele. Daneben ist ein zustimmendes Votum solch einer Kommission verbreitet Voraussetzung für die Gewährung von Forschungsförderung, auch und gerade auf EU-Ebene im Forschungsrahmenprogramm „Horizon 2020“ und dem Nachfolgeprogramm „Horizon Europe“.²³ Schließlich machen entsprechende Fachzeitschriften die Publikation oftmals ebenfalls von einer solchen positiven Stellungnahme abhängig.²⁴ Dies ist freilich regelmäßig nicht mehr dem Staat zurechenbar und deshalb nicht unmittelbar grundrechtlich relevant – es sei denn, eine semistaatliche und deshalb grundrechtsgebundene Forschungsorganisation²⁵ (wie die Deutsche Forschungsge-

meinschaft) hatte eine diesbezügliche Auflage bereits in ihre Förderbedingungen aufgenommen.

Über solche projektbezogenen Voten hinaus werden Ethikkommissionen – wie beispielsweise der Deutsche Ethikrat – allgemein zur Politikberatung eingesetzt, sei es strategisch oder bei konkreten Gesetzesvorhaben.²⁶ Da diese abstrakt-generelle Politikberatung jedoch weit im Vorfeld konkreter Gesetzgebungs- oder sonstiger rechtserheblicher Maßnahmen angesiedelt ist und daher die Forschungsfreiheit noch nicht berührt,²⁷ bleibt sie im Folgenden ausgeklammert.

3. Unterschiedlich weitreichende Bindungswirkung ihres Votums

Ursprünglich hatten Ethikkommissionen, auch im deutschen Arzneimittelrecht, meist nur beratende Funktion; die zuständige Behörde war bei ihrer Genehmigungsentcheidung an deren Votum nicht gebunden. Dies ist heute jedoch die Ausnahme,²⁸ eine solche Regelung findet sich etwa in Hessen an medizinischen Fachbereichen, soweit es um die Durchführung klinischer Versuche an Menschen geht, die nicht dem AMG unterliegen, oder bei epidemiologischen Forschungen mit personenbezogenen Daten (vgl. § 53 HHG).

Bei Arzneimittelstudien bestimmt seit 2004 § 40 Abs. 1 Satz 2 AMG, dass die klinische Prüfung eines Arzneimittels nur begonnen werden darf, wenn neben der behördlichen Genehmigung der Studie²⁹ kumulativ auch ein zustimmendes Votum der Ethikkommission vorliegt. Diese bindende Wirkung einer Ablehnung durch die Ethikkommission ist seit 2001 auch EU-recht-

18 Beispiele bei Kern, Standortbestimmung: Ethikkommissionen – auf welchen Gebieten werden sie tätig?, MedR 2008, S. 631, 634 f.; siehe für Berufsordnungen Deutsch (Fn. 1), MedR 2006, S. 411, 412.

19 So z. B. Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640 ff.

20 Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640, 642 und 644.

21 Doppelfeld (Fn. 4), MedR 2008, S. 645, 646.

22 Früher hatten private Ethikkommissionen noch im Anwendungsbereich des Medizinproduktegesetzes sowie der Röntgen- und Strahlenschutzverordnung Bedeutung, vgl. Kern (Fn. 18), MedR 2008, S. 631, 634.

23 Siehe für „Horizon 2020“ insbesondere Art. 14 Verordnung (EU) 1290/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über die Regeln für die Beteiligung am Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont 2020“ (2014-2020) sowie für die Verbreitung der Ergebnisse und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1906/2006, ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 81; Art. 19 Verordnung (EU) 1291/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation Horizon 2020 (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1982/2006/EG, ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 104; erwähnt auch

von Lanzerath (Fn. 3), S. 697, 701. Siehe für „Horizon Europe“ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizont Europa“ sowie über die Regeln für die Beteiligung und die Verbreitung der Ergebnisse COM (2018) 435 final vom 7. Juni 2018 insbesondere Art. 15.

24 Doppelfeld (Fn. 4), MedR 2008, S. 645.

25 Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, S. 179, 193; allgemein auch Britz, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs.3, Rn. 61.

26 Siehe zu den Aufgaben des Deutschen Ethikrates § 2 EthRG; vgl. ferner Lindner, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis?, ZRP 2017, S. 148, 149.

27 Hufen, Wissenschaft zwischen Freiheit und Kontrolle, NVwZ 2017, S. 1265.

28 Siehe zu dieser Entwicklung Doppelfeld (Fn. 4), S. 645; Just (Fn. 16), MedR 2008, S. 640 ff.

29 Diese Genehmigung (abzugrenzen von der Zulassung eines Arzneimittels, worum es in diesem Beitrag nicht geht) ist stets gemeint, wenn im Folgenden verkürzend nur von „Genehmigung“ oder „Zulassung“ die Rede ist.

lich vorgeschrieben (heute Art. 4 VO (EU) 536/2014). Dadurch haben sich die Ethikkommissionen immer mehr von ethischen und berufsrechtlichen Beratungsgremien zur rechtsanwendenden Patientenschutz Einrichtung mit Behördencharakter entwickelt.

Einen Zwischenweg beschreitet etwa das Stammzellengesetz (§ 6 Abs. 5 StZG). Hier ist das Votum der Ethikkommission „zu berücksichtigen“, bindet aber die Behörde nicht. Wenn diese jedoch von dem Votum abweichen will, hat sie die Gründe hierfür schriftlich darzulegen („comply or explain“).

4. Der Beurteilungsmaßstab: rechtlich und/oder ethisch?

Welchen Beurteilungsmaßstab die Ethikkommission bei ihrem Votum zugrunde zu legen hat, richtet sich nach dem jeweiligen Fachgesetz. Dies wirft die Frage auf, welche Rolle ethische Gesichtspunkte, die ja für diese Kommissionen namensgebend sind, dabei eigentlich noch spielen können.

Vordergründig ist die Sache klar: Vorrang (Art. 20 Abs. 3 GG) und Vorbehalt des Gesetzes lassen jenseits des gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs kaum mehr Raum für die Prüfung der ethischen Vertretbarkeit jedenfalls dort, wo das Kommissionsvotum mehr ist als nur ein Appell an die persönliche Verantwortung des Forschers. Man muss kein Anhänger der Systemtheorie³⁰ sein, um zu betonen, dass es gerade und ausschließlich die Funktion des Rechts ist, gesellschaftliche Konflikte verbindlich zu entscheiden und dadurch normative Erwartungen zu stabilisieren.³¹ Die Trennung von Ethik und Recht ist eine zentrale Errungenschaft der Moderne. Im Ausgangspunkt bleibt damit die Entscheidung einer Ethikkommission, sofern sie Rechtswirkungen auslöst, konsequenterweise ausschließlich Rechtsanwendung.³²

Allerdings kann das anzuwendende Gesetzesrecht auf außerrechtliche Maßstäbe, einschließlich ethisch-moralischer, verweisen, sei es in unbestimmten Rechtsbegriffen oder in Abwägungsaufträgen.³³ Im hiesigen

Kontext liegt dies vor allem dort nahe, wo das Gesetz – wie etwa für klinische Arzneimittelstudien in § 42 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 Nr. 2 AMG – explizit oder implizit auf eine Risiko-Nutzen-Abwägung verweist. Unbestimmte (Schleusen-)Begriffe wie „(Un-)Vertretbarkeit“ – z.B. in § 40 Abs. 1 Nr. 2a AMG: „unvertretbare schädliche Auswirkungen [...]“ – können bei der Anwendung im Einzelfall ebenfalls zu ethischen Bewertungen führen. Auch in solchen Konstellationen bleibt die Abwägung bzw. Beurteilung im Kern jedoch eine rechtliche, weil in beide Richtungen (d.h. zum Schutz der Forschungsfreiheit wie der Probandenrechte) grundrechtsgebunden und -gesteuert.³⁴ Die allermeisten gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für die Ethikkommissionen sind ohnehin eher formaler Natur – etwa Versicherungsschutz oder Qualifikation der beteiligten Forscher sowie Aufklärung der Probanden betreffend³⁵ –, so dass dort die ethische Vertretbarkeit der projektierten Studie von vornherein keine Rolle spielen kann.³⁶

Macht vor diesem Hintergrund der Name „Ethikkommission“ überhaupt noch Sinn? Jedenfalls aus soziologischer Perspektive dient diese Ausflagung wohl in erster Linie dazu, die Verständigung zwischen den unterschiedlichen Fachrichtungen in der Kommission zu erleichtern. Mediziner und andere Fachwissenschaftler müssen sich nicht auf einen genuin juristischen Diskurs einlassen, sondern können sich mit ihren fachlichen Argumenten gleichsam auf dem gemeinsamen „neutralen“ Grund der Ethik treffen.³⁷

III. Vereinbarkeit der Einschaltung einer Ethikkommission mit der Forschungsfreiheit

1. Gemengelage deutschen und europäischen Grundrechtsschutzes

Die Forschungsfreiheit ist nicht nur im Grundgesetz (Art. 5 Abs. 3 GG), sondern auch in der EU-Grundrechtecharta (Art. 13 Satz 1 GrCh) mit wohl ähnlichem Gehalt gewährleistet.³⁸ Unionsgrundrechte sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh zum einen anwendbar, wenn

30 Zur im Text genannten Funktion des Rechts insb. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124 ff.

31 Auf *Luhmann* in diesem Zusammenhang hinweisend, *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 426, Fußnoten 32 und 33; *Fateh-Moghadam/Atzeni*, Ethisch vertretbar im Sinne des Gesetzes – Zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungs-Ethikkommissionen, in: *Vöney/Hagedorn/Clados/von Achenbach* (Hrsg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht – Interdisziplinäre Untersuchungen*, 2009, S. 115 mit dortiger Fn. 1 sowie S. 119 mit dortigen Fn. 14 u.15.

32 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 115 ff.; *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 426 ff. mit einigen (nicht ganz klaren) Modifikationen auf S. 430 ff.

33 Dazu allgemein statt vieler *Fehling*, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: *Trute et al.* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 461, 467 ff. m.w.N.

34 Dazu näher unten III. 6.

35 *Deutsch*, Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa, *MedR* 2008, S. 650, 653 f.

36 *Kern* (Fn. 18), *MedR* 2008, S. 631, 635 f.

37 *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 115, 141 f.

38 S. für einen Überblick *Bernsdorff*, in: *Meyer/Hölscheidt* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 14 f.; *Jarass*, *EU-Grundrechte-Charta*, 4. Aufl. 2021, Art. 13 Rn. 7 ff.

die EU-Kommission für die europäische Forschungsförderung die Einschaltung einer Ethikkommission verlangt. Zum anderen ist die europäische Forschungsfreiheit maßgeblich, wenn das Unions-Sekundärrecht³⁹ wie für klinische Arzneimittelstudien (dort mit einer „hinkenden“ EU-Verordnung⁴⁰) eine Teilregelung enthält. Richtigerweise bleibt in dieser Konstellation daneben aber auch die nationale Wissenschaftsfreiheit anwendbar, soweit auf nationaler Ebene – wie im genannten Beispiel der Arzneimittelforschung – noch ein Spielraum für ergänzende Regelungen besteht.⁴¹

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die deutsche Grundrechtsordnung, weil dort angesichts vieler Lücken im EU-rechtlichen Rahmen immer noch der Schwerpunkt der Prüfung liegt und die dogmatischen Konturen im nationalen Verfassungsrecht klarer sind. Vergleichend wird jedoch immer zumindest kurz auf die Grundrechtecharta und eventuelle Abweichungen hingewiesen.

2. Unterschiedlich intensiver Eingriff in die Forschungsfreiheit

Das Recht, Forschungsprojekte unabhängig von staatlichen Vorgaben frei wählen, konzipieren und durchführen zu können, ist ein Kern der Wissenschaftsfreiheit.⁴² Allerdings gewährt Art. 5 Abs. 3 GG von vornherein keine Befugnis, bei der Forschung in Rechte Dritter einzugreifen. Dies muss, unabhängig von der allgemeinen Kontroverse um eine enge oder weitere Auslegung grundrechtlicher Schutzbereiche⁴³ und dem Streit um die Verallgemeinerungsfähigkeit der Kammerentschei-

dung des Bundesverfassungsgerichts zum „Sprayer von Zürich“,⁴⁴ jedenfalls dann gelten, wenn final in die körperliche Integrität Dritter eingegriffen wird;⁴⁵ eine Abwägungslösung auf Schrankenebene würde der fundamentalen Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 GG jedenfalls in dieser Konstellation nicht gerecht. Bei klinischen Studien beeinträchtigt es deshalb die Wissenschaftsfreiheit nicht, wenn die Einwilligung der beteiligten Probanden/Patienten verlangt wird. Auf die Forschung mit Stammzellen lässt sich diese Überlegung indes nicht übertragen, denn dort ist kein eigenes Rechtssubjekt betroffen. Insoweit handelt es sich in vollem Umfang um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Forschungsfreiheit.

Das Vorliegen eines Eingriffs hängt als solches nicht davon ab, wie weit die Bindungswirkung des Votums der Ethikkommission reicht. Nicht erst dann, wenn die Forschung nur bei Zustimmung durch die Ethikkommission durchgeführt werden darf (wie im Arzneimittelrecht), ist ein Eingriff in die Forschungsfreiheit gegeben, sondern auch schon bei der Verpflichtung der staatlichen Genehmigungsbehörde zu „comply or explain“ wie im Stammzellengesetz. Denn in Grundrechte kann bekanntlich nicht nur durch Befehl und Zwang eingegriffen werden; die Eingriffsschwelle ist vielmehr bereits dann überschritten, wenn rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die dem Grundrechtsträger die Ausübung des Grundrechts faktisch erheblich erschweren.⁴⁶ Die Intensität des Eingriffs ist dann allerdings geringer. Wird eine Ethikkommission dagegen rein beratend tätig, ohne dass daran irgendwelche Rechtsfolgen –

39 Siehe allgemein EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-617/10 ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 16 ff. *Åklagaren vs. Åkerberg Fransson*; EuGH, Urt. v. 6.3.2014, C-206/13 ECLI:EU:2014:126 Rn. 16 ff. *Siragusa v. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*.

40 Zu „hinkenden“ EU-Verordnungen, die nur eine Teilregelung enthalten und deshalb auf ergänzendes (nicht: umsetzendes) nationales Recht angewiesen sind, siehe allgemein Ruffert, in: Calliess, Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21.

41 In diese Richtung allgemein EuGH, Urt. v. 24.9.2019 C-507/17 ECLI:EU:C:2019:722 Rn. 67 *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*; im Überblick zu dieser im Detail umstrittenen Frage *Bäcker*, Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015, S. 389, 391 ff. m.w.N.

42 Grundlegend BVerfGE 35, S. 79, 114; aus neuerer Zeit BVerfGE 141, S. 143, 165.

43 Für ein enges Verständnis etwa *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2004), S. 165, 185 f.; *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2003), 203 ff.; speziell zur Wissenschaftsfreiheit grundlegend *Wahl*, Freiburger Univ.-Bl. 95 (3/1987), S. 32 ff.; kritisch etwa *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt – Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), S. 167,

184 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 11 ff.; grundlegend zur Abwägungslösung *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, insb. S. 290 ff.; für die Wissenschaftsfreiheit etwa auch *Losch/Radau*, Forschungsverantwortung als Verfahrensaufgabe, NVwZ 2003, S. 392 f.; *Würtenberger/Tanneberger*, Biosicherheit und Forschungsfreiheit, OdW 2014, S. 1, 5 ff.

44 BVerfG NJW 1984, S. 1293, 1294 wonach die Beeinträchtigung fremden Eigentums nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst ist. Zur Kontroverse über die Trag- und Verallgemeinerungsfähigkeit vgl. für die Forschungsfreiheit nur *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 18. Aufl. 2002, Rn. 524 ff. (in *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, so nicht mehr enthalten); und *Lerche*, Verfassungsfragen der Gentechnologie, in: Lukes/Scholz (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S. 91 ff. einerseits, *Waechter*, Forschungsfreiheit und Forschungsvertrauen, Der Staat 30 (1991), S. 44 f., andererseits.

45 Angedeutet bei *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 147; *Dähne*, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit, 2007, S. 308; in diese Richtung auch *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 5 f., allerdings mit etwas weitergehender Tendenz, den Beschluss zum „Sprayer von Zürich“ zu verallgemeinern.

46 Dazu allgemein statt vieler nur BVerfGE 13, S. 181, 185 f.; *Dreier*, in: ders. (Fn. 25), Vorbemerkungen vor Art. 1, Rn. 125 ff.

und sei es auch nur die Pflicht einer staatlichen Behörde oder der Forscher selbst, eine Abweichung zu begründen – geknüpft sind, so verkürzt dies in der Sache die Wissenschaftsfreiheit noch nicht.⁴⁷ Denn der Forscher ist durch die bloße Beratung weder rechtlich noch faktisch in irgendeiner Form gebunden. Allerdings stellt schon allein die Tatsache, dass ein Forscher vor einer Ethikkommission Unterlagen einreichen und gleichsam Rechenschaft ablegen muss, wegen des damit verbundenen Aufwands unabhängig von der inhaltlichen (Bindungs-) Wirkung des Votums der Kommission einen prozeduralen Grundrechtseingriff⁴⁸ dar.⁴⁹ Dessen Intensität ist indes nicht allzu hoch.

3. Besonderheiten beim Einsatz von Ethikkommissionen in der Forschungsförderung

Macht eine semi-staatliche und als solche ebenfalls grundrechtsgebundene⁵⁰ Forschungsförderungsorganisation wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft die Gewährung von Fördermitteln vom Votum einer Ethikkommission abhängig, so ist nicht die Abwehr-, sondern die Teilhabefunktion der Wissenschaftsfreiheit betroffen.⁵¹ Auch insoweit besteht ein, wenn auch etwas schwächerer, Grundrechtsschutz.⁵² Allerdings reicht hier der Vorbehalt des Gesetzes weniger weit.⁵³ Ob deshalb für die Einschaltung der Ethikkommission allein interne Förderrichtlinien ausreichen, erscheint angesichts der Grundrechtswesentlichkeit dennoch zweifelhaft. Zwar ist die Teilhabefunktion der Grundrechte allgemein schwächer ausgeprägt als deren Abwehrfunktion.⁵⁴ Denn bei bloßer Teilhabegewährleistung existiert kein Anspruch auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen, sondern nur ein Anspruch auf chancengleichen Zugang.

Dieser Gleichbehandlungsanspruch ist dann allerdings klarer konturiert als ein originäres Leistungsrecht,⁵⁵ wie es verfassungsrechtlich fast durchweg allenfalls dem Grunde nach, ohne konkreten Inhalt, anerkannt wird.

Diesem Recht auf chancengleiche Teilhabe an semi-staatlichen Fördermitteln muss wie allgemein⁵⁶ dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Chancengleichheit sicherndes und im Aufwand zumutbares Vergabeverfahren auch bezüglich der Einschaltung einer Ethikkommission etabliert wird.

Allerdings ist auf europäischer Ebene noch weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit die Chartagrundrechte auch Teilhaberechte enthalten.⁵⁷ Davon hängt ab, inwieweit die (europäische) Forschungsfreiheit auch bei der Vergabe von Forschungsmitteln durch die europäische Kommission mit Einschaltung einer Ethikkommission Bedeutung erlangt.

4. Rechtfertigungsmöglichkeit durch kollidierende deutsche bzw. Unions-Grundrechte

Die Wissenschaftsfreiheit ist in Art. 5 Abs. 3 GG ohne ausdrückliche Schranken gewährleistet und damit nur durch andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang einschränkbar (verfassungsimmanente Schranken).⁵⁸ Hier sind als kollidierendes Verfassungsrecht die Selbstbestimmung der Probanden/Patienten als Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie deren Grundrecht auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zu beachten.

Für das Unionsrecht gilt letztlich wohl nichts anderes, wenngleich die genauen dogmatischen Konturen noch wenig geklärt sind. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GrCh ver-

47 So wohl *Hufen* (Fn. 27), NVwZ 2017, S. 1265, 1268; weniger eindeutig *Gramm* (Fn. 16), WissR 1999, S. 209, 216 f.

48 Dieser Begriff ist zwar anscheinend wenig verbreitet, die Tatsache als solche aber anerkannt.

49 *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 37; *Hufen* (Fn. 27), NVwZ 2017, S. 1265, 1268.

50 Siehe *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 193 ff.; allgemein auch *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 61.

51 Vgl. *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 194.

52 *Britz*, in: Dreier (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 80 ff.; *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 92. Lfg. 2020, Art. 5 Abs. 3 Rn. 259 ff.

53 Vgl. *Fehling* (Fn. 25), OdW 2014, S. 179, 199 f.; für die Grundrechte im Allgemeinen *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, S. 318 ff.

54 So zur Teilhabefunktion der Grundrechte allgemein BVerfGE 147, S. 253, 305 ff.; angedeutet auch von *Fehling*, Die Verteilung

des Mangels – Zum neuen Numerus Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2018, S. 100, 102; zurückhaltender wohl *Jarass*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 33.

55 Vgl. freilich auf einem teilweise abweichenden dogmatischen Grundkonzept fußend, *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 79.

56 Zur Prozeduralisierung bei Teilhaberechten allgemein Kingreen/Poscher (Fn. 44), Rn. 155; *Murswiek* (Fn. 55), Rn. 21.

57 Für die Wissenschaftsfreiheit I. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2015 Art. 13 GrCh Rn. 9; *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, 4. Aufl. 2021, Art. 13 Rn. 12. Zu den Problemen, die sich insoweit aus der begrenzten Zuständigkeit der Union ergeben *Jarass*, *ebd.*, Art. 51 Rn. 6; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 38), Art. 51 Rn. 93.

58 Statt aller BVerfGE 141, S. 143, 169.

weist für die Einschränkung der Chartagrundrechte ausdrücklich auf die „Rechte und Freiheiten anderer“ (hier namentlich Art. 3 GrCh).⁵⁹

5. Herstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs kollidierender Verfassungspositionen als zentrales Problem

a) Grundlagen

Letztlich dürfen die Verfassungsfragen jedoch nicht einseitig allein aus der Perspektive der Forschungsfreiheit und der dabei bestehenden Rechtfertigungsnotwendigkeiten betrachtet werden. Da prima facie gleichrangige Verfassungsgüter betroffen sind, muss vielmehr ein schonender Ausgleich nach allen Seiten – oder anders ausgedrückt: praktische Konkordanz⁶⁰ – angestrebt werden. In §§ 42 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 Nr. 2 AMG spiegelt sich dies für klinische Arzneimittelstudien im Auftrag zu einer Nutzen-Risiko-Abwägung durch die Ethikkommission wider. Diese Aufgabe wird zusätzlich dadurch kompliziert, dass über die bereits genannten Grundrechte hinaus noch weitere Verfassungsgüter involviert sind: Auf der einen Seite der Waage geht es nicht nur um die individuelle Freiheit der beteiligten Forscher (als Abwehrrecht), sondern auch um den Nutzen der Forschung für die Gesellschaft – und im medizinischen Bereich letztlich für die Gesundheit der Menschen allgemein. Auf der anderen Seite sind ebenfalls nicht nur individuelle Grundrechte (in ihrer Schutzpflichtdimension) betroffen, sondern gleichermaßen die Folgen für die Gesellschaft (keine Instrumentalisierung von Menschen zu Versuchszwecken) und dabei letzten Endes die Menschenwürde zu bedenken.⁶¹ Gerade in dieser überindividuellen, auf grundlegende Verfassungswerte verweisenden Dimension des Konflikts spiegelt sich dessen ethischer Hintergrund besonders wider.

In die erforderliche Gesamtabwägung sind, ganz abstrakt betrachtet, drei Parameter einzustellen: die Intensität des Eingriffs in die Forschungsfreiheit, das Gewicht der verfolgten Gemeinwohl- und Drittinteressen und

schließlich die jeweilige Wahrscheinlichkeit der Rechtsbegründung der Beeinträchtigung.⁶² Scheinbar wiegen insoweit die grundrechtlich geschützten Interessen der Probanden bei der Zustimmungsentscheidung der Ethikkommission weniger schwer, wenn diese Drittinteressen auch noch durch die behördliche Genehmigungsentscheidung geschützt werden. Jedenfalls im Arzneimittelrecht ist eine Nutzen-Risiko-Abwägung bei Genehmigungs- wie Zustimmungsentscheidung vorzunehmen. In der Tat zwingen grundrechtliche Schutzpflichten nicht zu einem doppelten Schutz mit einer zusätzlichen eigenständigen Zustimmungsbedürftigkeit durch eine Ethikkommission. Wenn aber solch eine zweite Überprüfung wie im Arzneimittelrecht gesetzlich vorgeschrieben ist, so drohte ein wechselseitiges „Hin- und Herschieben“ der Schutzaufgabe diese letztlich in beiden Verfahren zu untergraben. Umgekehrt ließe sich theoretisch nämlich auch bei der Behördenentscheidung darauf verweisen, dass hinreichender Grundrechtsschutz der Probandeninteressen bereits durch die ebenfalls bindende Ablehnungsmöglichkeit der Ethikkommission gewährleistet sei. Zwar mag man argumentieren, die (Arzneimittel-) Behörde sei „staatsnäher“ als die weisungsunabhängige Ethikkommission und damit primär in der Verantwortung. Umgekehrt kann aber auch darauf verwiesen werden, dass die Ethikkommission aufgrund ihrer spezifischen pluralen Zusammensetzung einen besonderen Mehrwert bei der zu treffenden Abwägung und damit auch bei der Erfüllung der Schutzpflichten verkörpert. Daher überzeugt es schon auf Verfassungsebene nicht, die Schutzaufgabe vorrangig der (Arzneimittel-) Behörde zuzuweisen, mit entsprechender „Entlastung“ der Ethikkommission. Vor allem aber hat der Gesetzgeber selbst im Rahmen seiner Schutz-Konkretisierungsaufgabe unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Probandeninteressen wie auch die Forschungsfreiheit in beiden Verfahren gleichermaßen und ohne Abstriche in der Abwägung Berücksichtigung finden müssen.

59 Jarass (Fn. 57), Art. 13 Rn. 15; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 38), Art. 52 Rn. 36. Teilweise wird auch auf Art. 52 Abs. 3 GrCh abgestellt, so etwa *Bernsdorff* (Fn. 37) Rn. 12, aber das überzeugt nicht, weil Art. 10 EMRK die Wissenschaftsfreiheit nicht ausdrücklich gewährleistet.

60 Zum schonenden Ausgleich grundlegend *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 153; zur praktischen Konkordanz grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der

Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 317 f., aufgegriffen zuletzt von BVerfGE 152, S. 152, 185 mit Rn. 76.

61 Informationen der Organe und Einrichtungen der Europäischen Union vom 14. Dezember 2007 zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABL C 303 vom 14.12.2007, S. 22.

62 Ähnlich in einem ähnlichen Kontext (Forschungsfreiheit und Biosicherheit) *Württemberg/Tannenberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 7.

Auf höchster Abstraktionsebene könnte man bei unserem Thema die – ganz allgemein umstrittene⁶³ – Frage aufwerfen, ob ein prima facie-Vorrang des Abwehrrechts (hier der Forschungsfreiheit) vor der „bloßen“ Schutzpflicht (für die Probanden/Patienten) besteht. Solch abstrakte Überlegungen helfen jedoch in konkreten Grundrechtskonflikten, bei denen die betroffenen Rechtspositionen für den spezifischen Konfliktfall⁶⁴ gewichtet und abgewogen werden müssen, wenig weiter. Im Übrigen lässt sich die beschriebene komplexe Konflikt- und Gemengelage rechtlich geschützter Interessen gerade nicht auf eine solche Dichotomie Abwehrrecht/Schutzpflicht reduzieren.⁶⁵

Des Weiteren lässt sich die Schutzaufgabe bei klinischen (Arzneimittel-)Studien auch nicht von vornherein deswegen abwerten, weil die Probanden/Patienten mit ihrer Einwilligung gleichsam zumindest teilweise auf Schutz verzichtet hätten. Denn auch bei bestmöglicher vorheriger Information, wie sie Voraussetzung schon für die Wirksamkeit der Einwilligung ist, können die Probanden eventuell verbleibende Risiken für ihre Gesundheit als Laien kaum voll eigenständig abschätzen und bleiben daher schutzbedürftig.

Den Grundrechtskonflikt verschärfend kommt hinzu, dass eine Nutzen-Risiko-Einschätzung durch die Ethikkommission – nicht anders als durch eine eventuell zusätzlich involvierte staatliche Genehmigungsbehörde – unter erheblicher (Prognose-)Unsicherheit getroffen

werden muss.⁶⁶ Inwieweit sich ein zu testendes Medikament tatsächlich als wirksam erweist, ob auf dem Prüfstand stehende Medizinprodukte eine verbesserte Gesundheitsversorgung ermöglichen werden oder inwieweit eine bestimmte Stammzellenforschung in der Zukunft zu neuen und verbesserte Therapiemöglichkeiten führen wird – all dies lässt sich vor Beginn der klinischen Studien anhand des bloßen Studiendesigns kaum sicher vorhersagen. Ebenfalls unsicher bleibt vorab, allein auf Basis der vorklinischen Forschungen, die Frage nach etwaigen Nebenwirkungen und deren Schwere bei den Probanden oder umgekehrt der individuelle Gesundheitsnutzen für die in die Studie einbezogenen Patienten. Man kann sogar von einer Risikoentscheidung sprechen, was die Notwendigkeit eines Vorsorge-Sicherheitspuffers impliziert.⁶⁷ Anders als im Umweltrecht⁶⁸ verstärkt der Vorsorgegedanke bei unserem Thema jedoch nicht einseitig die Schutzpflicht (hier für die Gesundheit der Probanden) im potenziellen Konflikt mit dem Abwehrrecht (hier der Wissenschaftler gegen Forschungsbeschränkungen). Vielmehr ist Vorsorge (jedenfalls in einem weiteren Sinne) auch für die Genesungsinteressen künftiger Patienten geboten, was eine Beschleunigung der Forschung weitgehend im Gleichklang mit den Interessen der Forschenden (und damit in der Abwägung den Schutz der Forschungsfreiheit verstärkend⁶⁹) impliziert.⁷⁰

63 Grundsätzlich für einen solchen prima facie-Vorrang wohl *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017; Rn. 534, 759; *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1991, S. 553, 559; in diese Richtung lässt sich auch BVerfGE 115, S. 118, 151 ff., zum LuftSG deuten (freilich mit Besonderheiten wegen der absolut gewährleisteten Menschenwürde), vgl. dazu auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Fn. 55), § 191 Rn. 296 und 311; ferner lassen sich in diesen Zusammenhang die Entscheidungen einordnen, die dem Gesetzgeber eine sehr weite Einschätzungsprärogative bei der Erfüllung von grundrechtlichen Schutzpflichten einräumen, z. B. BVerfGE 77, S. 170, 229 ff.; grundsätzlich auch von *Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie – Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47 (2008), S. 1, 26 ff.; für die Wissenschaftsfreiheit in etwas anderem anderem Zusammenhang BVerfGE 47, S. 327, 369. Kritisch gegenüber dem als herrschend eingestuften Vorrang des Abwehrrechts *Kingreen/Poscher* (Fn. 44), Rn. 137 wegen des Risikos, dass dazu traditionelle soziale Ungleichheiten grundrechtlich verstärkt werden, vgl. auch *Callies*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321, 325; dagegen allgemein *Isensee*, ebd., Rn. 28 und Rn. 297; *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen – Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, AöR 133 (2008), S. 346 ff.

64 Zur Notwendigkeit des Bewertens und Abwägens „mit Blick auf den zu entscheidenden Fall“ *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 43), § 7 Rn. 48; ähnlich *Vofskuhle*, Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, FS *Würtenberger*, 2013, S. 1101, 1111 ff. m.w.N.

65 Vgl. allgemein für das Abwägungsgebot im staatlichen Umgang mit Risiken *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 25: „multipolare

Abwägung“, die „gesamgesellschaftliche Interessenkonflikte auszugleichen versucht“.

66 Die Unsicherheit bei Entscheidungsprozessen unter Einbindung einer Ethikkommission allgemein hervorhebend *Deutsch* (Fn. 1), MedR 2006, S. 411, 415; vgl. zur Risikoermittlung von Ethikkommissionen nach dem AMG *Delhey*, Staatliche Risikoentscheidungen - Organisation, Verfahren und Kontrolle, 2014, S. 371 f.; zur teilweise vergleichbaren Konstellation einer Einschränkung der Forschungsfreiheit zwecks Biosicherheit betont auch von *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 7 f.

67 Dazu allgemein etwa *Delhey* (Fn. 66), S. 76 ff.; zur Verknüpfung mit Risiken bei der Forschung *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), S. 142, 194 ff., dort allerdings ohne Akzentuierung des Vorsorgeprinzips; zum Arzneimittelrecht, allerdings ohne Bezug auf Arzneimittelforschung und Ethikkommissionen, *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 178 ff.; *Fuerst*, Arzneimittel, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 55 Rn. 21 f.

68 Zur Konstellation im Umweltrecht im Überblick *Appel*, Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 138; speziell zu Freisetzungsversuchen mit genveränderten Pflanzen BVerfGE 128, S. 1, 39 ff., 57 f., 67 f., 85 ff.

69 Für die Virenforschung hervorgehoben von *Würtenberger/Tanneberger* (Fn. 43), OdW 2014, S. 1, 8.

70 In diese Richtung deutend *Delhey* (Fn. 66), S. 293 ff.: „Nutzen für ärztliche Heilkunde“ auch im „zukünftige(n) individuelle(n) Patientennutzen“ (Hervorh. im Orig.).

b) Bewältigungsstrategien des Gesetzgebers

Vor diesem Hintergrund muss die Einschaltung von Ethikkommissionen als „Flucht ins Verfahren“ – oder freundlicher ausgedrückt: als Versuch des Grundrechtsschutzes durch Verfahren – verstanden werden.⁷¹ Dies ist bekanntlich auch in anderen Rechtsbereichen eine verbreitete Strategie dort, wo materiell-rechtliche Entscheidungsgrundlagen wegen komplexer Konfliktlagen und massiver Unsicherheit defizitär bleiben.⁷² Die sachverständig-plurale Zusammensetzung der Ethikkommissionen verbessert immerhin die Chancen, dass alle relevanten Aspekte und fachlichen Blickwinkel Berücksichtigung finden.⁷³ Die maßgebliche Beteiligung entsprechender Fachwissenschaftler in den Kommissionen nähern das Verfahren zudem ein Stück weit einem *Peer Review* an, obgleich es angesichts der Beteiligung auch von Vertretern anderer Disziplinen und teilweise sogar Laien zu weit ginge, von einer reinen Selbstkontrolle der (Fach-)Wissenschaft zu sprechen. Diese Annäherung an *Peer Review* vermag die Eingriffsintensität in die Wissenschaftsfreiheit wenigstens abzumildern.⁷⁴

Neben der Prozeduralisierung verfolgt der Gesetzgeber noch eine andere, mit der erstgenannten nicht voll kompatible Strategie. Die Unsicherheiten sollen so weit wie möglich aus dem Prüfprogramm herausgehalten werden, indem die Ethikkommissionen in weitem Umfang eher formale Rahmenbedingungen des Studiendesigns zu beurteilen haben.⁷⁵ Hilfskriterien wie beispielsweise die Qualifikation der an der projektierten Studie beteiligten Wissenschaftler treten an die Stelle inhaltlicher und damit die Forschungsfreiheit stärker beschränkender Bewertungskriterien. Die Ethikkommissionen haben gerade nicht den wissenschaftlichen Wert der Forschungsprojekte als solchen einzuschätzen. Je formaler aber die gesetzlichen Maßstäbe der Ethikkommissionen werden, umso geringeren Eigenwert besitzt

ihre zusätzliche Einschaltung neben einer normalen staatlichen (Genehmigungs-)Behörde.⁷⁶ Um nur zu prüfen, ob eine hinreichende Versicherung für etwaige Schäden bei Probanden/Patienten vorliegt (so z.B. allgemein § 40 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 und im Besonderen § 42a Abs. 4a Nr. 2 AMG), ist eine solche Kommission kaum erforderlich.

Letztlich führt die Komplexität der zu treffenden Einschätzungen zu einem recht weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund erscheinen die gesetzlichen Regelungen zu den Ethikkommissionen als eine vertretbare Auflösung des Konfliktes zwischen den betroffenen Verfassungspositionen.⁷⁸

6. Konsequenzen für die Auslegung und Handhabung der einschlägigen Normen

Aus diesen grundrechtlichen Anforderungen ergeben sich Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts. Sie können hier nur allgemein angedeutet werden; im Einzelnen kommt es für Möglichkeiten und Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung selbstverständlich auf die konkreten Vorschriften an.⁷⁹

Wie oben ausgeführt,⁸⁰ gebieten Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes eine Orientierung ausschließlich an den gesetzlichen Beurteilungsmaßstäben und verbieten es, zusätzliche ethische Maßstäbe anzulegen. Genuin ethische Kriterien dürfen auch für eine Ethikkommission nur eine Rolle spielen, soweit sie sich durch Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Abwägungsklauseln aus dem Gesetz herleiten lassen.

Die Prüfung und Beurteilung des wissenschaftlichen Werts eines Forschungsprojekts bleibt einer Ethikkommission verwehrt, denn dies berührt den Kern der Forschungsfreiheit.⁸¹ Auch bei Nutzen-Risiko-Abwägungen darf nur antragsimmanent geprüft werden, ob die Prog-

71 Siehe *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 225; *Mager*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 34; allgemeiner für die Wissenschaftsfreiheit *Britz*, in: *Dreier* (Fn. 25), Art. 5 Abs. 3 Rn. 104.

72 Siehe allgemein z. B. *Kloepfer*, *Verfassungsrecht II*, 2010, S. 33 ff.

73 In diese Richtung *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 434 f.

74 *Fehling*, in: *Bk* (Fn. 45), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn.165; vgl. auch *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 218; *Schulze-Fielitz*, in: *Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 31; *Schmidt-Aßmann*, in: *Balaguer/Morlok/Häberle* (Hrsg.), *Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Gestaltungsformen (staatlicher) Aufgabenwahrnehmung: Das Beispiel des Wissenschaftsrechts*, 2001, S. 31 f.

75 Siehe zum Arzneimittelrecht *Deutsch* (Fn. 1), *MedR* 2006, S. 411,

414 f.

76 Vgl. *Dähne* (Fn. 45), S. 326: „rein kosmetische Geste“.

77 Siehe *Kleindiek*, *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft*, 1998, S. 311; *Würtenberger*, *Schranken der Forschungsfreiheit und staatliche Schutzpflichten, Anhörung vor dem Deutschen Ethikrat*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/anhoeung-25-04-2013-wuertenerberger.pdf>, S. 8; allgemein auch *BVerfGE* 128, S. 1 (38 f.).

78 In diese Richtung *Löwer*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 29; *Fehling*, in: *Bk* (Fn. 45), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 165.

79 Vgl. allgemein *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 133 ff.; *Kloepfer* (Fn. 53), S. 34 f.

80 Siehe oben II. 4.

81 Etwas allgemeiner *Dähne* (Fn. 45), S. 309.

nosen der Antragsteller hinsichtlich des erwartbaren Nutzens plausibel und vertretbar sind; die Forscher besitzen insoweit gegenüber der Kommission – wie auch gegenüber einer Genehmigungsbehörde namentlich im Arzneimittelrecht – einen Einschätzungsspielraum.⁸²

Massive verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegenüber der wohl teilweise anzutreffenden Praxis von Ethikkommissionen, die Zustimmung mit Bedingungen zu versehen oder den Wissenschaftlern Auflagen zu machen.⁸³ Rechtstechnisch sind dies Nebenbestimmungen gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG, sofern es sich (wie im Arzneimittelrecht) bei der Zustimmung der Ethikkommission um einen eigenständigen Verwaltungsakt und nicht bloß um einen verwaltungsinternen Mitwirkungsakt zur Behördenentscheidung handelt. Auch die Freiheit der Methodenwahl und damit die autonome Konzeption einer klinischen Studie gehört zum Kern der Wissenschaftsfreiheit. Deshalb ist es nicht Aufgabe einer Ethikkommission, aktiv eigene „Verbesserungswünsche“ beim Forschungsprojekt durchzusetzen; sie bleibt strikt auf eine nachvollziehende Prüfung des – gegebenenfalls geänderten – Antrags beschränkt.⁸⁴

IV. Gewisser Nutzen der Einschaltung einer Ethikkommission auch für die Forschungsfreiheit

Gewiss stehen bei unserem Thema aus dem Blickwinkel der Forschungsfreiheit potentielle Gefährdungen im Vordergrund, der Nutzen von Ethikkommissionen liegt primär im Schutz anderer Rechtsgüter. Dennoch lässt sich unter drei Aspekten erwägen, ob die Einschaltung einer Ethikkommission jedenfalls indirekt die Forschungsfreiheit der Beteiligten auch ein Stück weit schützen und fördern kann.

1. Verbesserte Rechtssicherheit für die beteiligten Forscher

Wie Verwaltungsentscheidungen allgemein, so schafft auch die Zustimmung einer Ethikkommission, zusam-

men mit der behördlichen Genehmigung, für die beteiligten Forscher erst einmal Rechtssicherheit und einen gewissen Vertrauensschutz. Handelt es sich wie im Arzneimittelrecht um einen eigenständigen Verwaltungsakt, so kann die Zustimmung nur aus den gesetzlichen Rücknahme- und Widerrufsgründen (z.B. § 42a Abs. 4a AMG; bei fehlender spezialgesetzlicher Regelung §§ 48, 49 VwVfG) nachträglich aufgehoben werden. Wo die Zustimmung der Ethikkommission dagegen nur einen verwaltungsinternen Mitwirkungsakt ohne Außenwirkung darstellt, gibt es nach allgemeinem Verwaltungsrecht für diesen internen Akt selbst wohl keine eigenständige nachträgliche Abänderungsmöglichkeit;⁸⁵ allerdings ist eventuell die außenwirksame behördliche Genehmigung aufhebbar, aber dies wiederum nur im Rahmen einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung. Die behördliche Genehmigung der (klinischen) Studie kann zwar (jedenfalls nach § 42a Abs. 1, 2 AMG) ohne Rücksicht auf den Fortbestand der Zustimmung der Ethikkommission zurückgenommen oder widerrufen werden, was zur Unzulässigkeit des (Arzneimittel-) Forschungsvorhabens führt. Zumindest wird von der Behörde bei Ausübung ihres Aufhebungsermessens jedoch zu fordern sein, dass sie sich auch mit den Argumenten aus der Zustimmung der Ethikkommission – soweit sich beides im Prüfprogramm überschneidet, namentlich bei der Nutzen-Risiko-Abwägung – auseinandersetzt. So erlangt die Zustimmung der Ethikkommission mittelbar einen wenn auch geringen Vertrauensschutzwert sogar bei der Entscheidung der Behörde über die nachträgliche Aufhebung ihrer Genehmigung der Studie.

Der Vorbehalt des Gesetzes führt außerdem dazu, dass der Ethikkommission ein begleitendes Monitoring bei Durchführung der Studie, mit turnusmäßigen Berichterstattungspflichten der Studienleitung und Kontrollen der Ethikkommission, nur gestattet ist, wenn und soweit dies gesetzlich vorgesehen ist.⁸⁶ Solche Bestimmungen scheinen indes nicht zu existieren.⁸⁷ Andern-

82 Zum Einschätzungsspielraum des Forschers allgemeiner Löwer (Fn. 78), Rn. 24; einen Einschätzungsspielraum andeutend auch BVerfG NVwZ 1994, S. 894, 895. – Dieser dem Wissenschaftler zukommende Spielraum ist nicht zu verwechseln mit dem Beurteilungsspielraum der Ethikkommission bei gerichtlicher Kontrolle und ist diesem vorgelagert; dazu unten IV. 3.

83 In diese Richtung Meuser/Platter, Die Bewertung der klinischen Prüfung von Arzneimitteln durch die Ethikkommission – eine Verwaltungsentscheidung besonderer Art?, PharmR 2005, S. 395, 401 f.; Doppelfeld (Fn. 4), S. 645, 648.

84 Es ist rechtlich jederzeit möglich, einen geänderten Antrag zu stellen, siehe Meuser/Platter (Fn. 83), PharmR 2005, S. 395, 398.

85 Vgl. zur Unanwendbarkeit von § 48 VwVfG für einen Einzelfall, aber wohl verallgemeinerungsfähig, BVerwGE 122, 58, 59; Kaschner, in: Fehling/Kaschner/Störmer (Hrsg.), Handkommentar

Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 21.

86 Das Erfordernis einer rechtlichen Grundlage etwas allgemeiner betonend Gramm (Fn. 16), WissR 1999, S. 209, 223 ff. Anders, aber ohne nähere Begründung, Lippert, Die zustimmende Bewertung einer Ethikkommission bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln nach dem novellierten Arzneimittelgesetz und der GCP-Verordnung, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora: Medizin - Recht - Geschichte, FS Laufs, 2006, S. 937, 982.

87 Jedenfalls im Arzneimittelrecht dürfte das Fehlen solcher Bestimmungen damit zu erklären sein, dass nach Auffassung des Gesetzgebers „die Infrastruktur der Ethik-Kommission nicht so beschaffen sein kann, dass sie [...] ein Monitoring der klinischen Prüfung betreibt.“ BT-Drucks. 16/12256, S. 51.

falls müsste es bei der punktuellen Vorabprüfung bleiben. Die internationale Deklaration von Helsinki⁸⁸ spricht sich zwar für ein solches Monitoring aus (Allgemeines Prinzip Nr. 23), genügt aber dem Vorbehalt des Gesetzes nicht, weil sie selbst rechtlich unverbindlich bloße ethische Grundsätze enthält⁸⁹ und auch kein Parlamentsgesetz darauf verweist. Allerdings scheint die Praxis in Deutschland sich doch an der Deklaration zu orientieren. Namentlich § 53 Abs. 2 HHG deutet auf eine Praxis hin, Regelungen zu einem Follow-Up-Monitoring durch Innenrecht ausreichen zu lassen. Die VO (EU) 536/2014 wiederum geht in Art. 78 i.V. m. Art. 2 Nr. 31 anscheinend davon aus, dass zumindest künftig die zuständige Behörde die klinische Studie im Rahmen ihrer Verantwortung weiterverfolgt und nicht die Ethikkommission.

Im Übrigen reicht der Vertrauensschutz aus Verfassungsgründen letztlich nicht allzu weit. Für den Fall, dass sich nachträglich herausstellt, dass die grundrechtlich geschützte Gesundheit der Probanden/Patienten durch eine klinische Studie entgegen der ursprünglichen Annahme doch erheblich gefährdet ist, muss das Gesetz wegen Art. 2 Abs. 2 GG eine nachträgliche Aufhebung der Genehmigung bzw. Zustimmung ermöglichen. Dies ist wohl auch durchgehend gesetzlich so vorgesehen (z.B. § 42a Abs. 4a i.V.m. § 40 Abs. 1 Satz 7 Nr. 2a AMG). Der behördliche Zulassungsverwaltungsakt darf die Studienleitung dazu verpflichten, im Verlauf der (Arzneimittel-) Studie auftauchende Anhaltspunkte für solch eine Gefährdung mitzuteilen, ohne dass es allein dafür – weil unterhalb der Schwelle eines „echten“ studienbegleitenden Monitoring bleibend – einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfte.

2. Partielle Entlastung von Verantwortung?

Der – ohnehin begrenzte – Schutz des Vertrauens in die Bestandskraft der Zustimmung der Ethikkommission bewirkt keinerlei Entlastung der Antragsteller und der

beteiligten Forscher von ihrer rechtlichen und erst recht ethischen Verantwortung. Sie müssen bei der Durchführung der Studie weiterhin uneingeschränkt selbst für die Rechtskonformität und gesundheitliche Unbedenklichkeit⁹⁰ sorgen, dabei gegebenenfalls auch durch Modifizierungen der Studie oder gar deren Abbruch auf unvorhergesehene Risiken reagieren. Die Forscher und nicht die Ethikkommission bleiben, etwa als Ärzte, auch berufsrechtlich voll verantwortlich.⁹¹ Deren zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung für (Gesundheits-)Schäden bleibt nach Art. 95 VO (EU) 2014/536 ausdrücklich „unberührt“.

Dies entspricht auch dem Verständnis der Wissenschaftsfreiheit. Denn darin ist mit der Freiheit des Forschers untrennbar auch dessen ethische und rechtliche Verantwortung verbunden.⁹²

3. Reduzierte gerichtliche Kontrolldichte zwischen Gefährdung und Schutz der Wissenschaftsfreiheit

Gegen ein rechtserhebliches ablehnendes Votum einer Ethikkommission steht dem Antragsteller der Rechtsweg in Form der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1, 2. Alt VwGO) auf Zustimmung offen. Nach allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hat das kontrollierende Gericht dabei einen gewissen Beurteilungsspielraum der Ethikkommission zu respektieren.⁹³ Denn die Etablierung solch einer pluralistisch-sachverständigen Kommission ist im Sinne der normativen Ermächtigungslehre (hergeleitet aus Art. 19 Abs. 4 GG)⁹⁴ ein entscheidendes Indiz dafür, dass der Gesetzgeber der Kommissionsentscheidung auch gegenüber dem Gericht eine höhere Bedeutung zuweisen wollte.⁹⁵ Allerdings zwingt die hohe Grundrechtsrelevanz der Entscheidung einer Ethikkommission zu einer engen Konturierung eines solchen Spielraums. Man wird teilweise die Grundsätze übertragen können, die das Bundesverwaltungsgericht für die Kontrolle von Indizierungsentscheidungen der sachverständig-plura-

88 WMA Deklaration von Helsinki - Ethische Grundsätze für die medizinische Forschung am Menschen, siehe: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/International/Deklaration_von_Helsinki_2013_20190905.pdf (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

89 Vgl. *Straßburger*, Die Inkorporation der Deklaration von Helsinki in das ärztliche Berufs- und Standesrecht, *MedR* 2006, S. 462 ff. Unscharf *Schulte*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, *VVDStRL* 65 (2006), S. 110, 139, wonach sich in der Helsinki-Deklaration „internationale verbindliche Standards der Wissenschaftsethik herausgebildet“ hätten, die in Einzelfallentscheidungen auch von Ethikkommissionen zu „konkretisier(en)“ seien.

90 Siehe für den Gesundheitsschutz der Probanden insbesondere Art. 48 Verordnung (EU) 2014/536, (Fn. 3).

91 Vgl. allgemeines Prinzip Nr. 10 der Deklaration von Helsinki (Fn. 88) mit freilich nur deklaratorischer Bedeutung.

92 *Özmen*, Wissenschaft. Freiheit. Verantwortung, *OdW* 2015, S. 65, 71.

93 Siehe *Fateh-Moghadam/Atzeni* (Fn. 31), S. 127 ff.; in diese Richtung wohl auch *Gramm* (Fn. 16), *WissR* 1999, S. 209, 225; *Albers* (Fn. 14), *KritV* 2003, S. 410, 434.

94 *BVerfGE* 129, S. 1, 21 f.; 84, 34, 49 f.; begriffsprägend *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 52), Art. 19 IV GG Rn. 186.

95 Zu dieser Fallgruppe *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 45. Zum Verständnis des in Art. 19 IV GG angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis als Argumentationslaßregel *Fehling*, Die Konkurrentenklage bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter, 1994, S. 190.

len Prüfstelle für jugendgefährdende Medien entwickelt hat.⁹⁶

Daran anknüpfend muss man die Entscheidung der Ethikkommission und die daran anknüpfende Gerichtskontrolle als einen zweistufigen Prozess verstehen. Die erste Stufe betrifft die isolierte Bewertung der Kommission von Forschungsnutzen einerseits und Risiko für Probanden/Patienten andererseits. Solche Entscheidungen der Kommission besitzen nur den Status eines antizipierten Sachverständigengutachtens. Die zweite Stufe betrifft die Nutzen-Risiko-Abwägung. Erst auf dieser Ebene kommt der Kommission eine echte Einschätzungsprärogative zu.

Aus Perspektive der Forschungsfreiheit ist diese Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte ambivalent. Einerseits wird damit die Möglichkeit beschnitten, ungerechtfertigte Eingriffe der Ethikkommission in die Wissenschaftsfreiheit im Rechtswege korrigieren zu lassen. Andererseits ist eine Ethikkommission mit Annäherungen an „Peer Review“ immerhin noch wissenschaftsnäher als ein staatliches Gericht.⁹⁷ Zudem ist ja dem Beurteilungsspielraum der Kommission gegenüber dem Gericht bereits ein Einschätzungsspielraum des Antragstellers gegenüber der Ethikkommission vorgelagert.⁹⁸ Im Übrigen hat das Gericht die Entscheidung der Ethikkommission gegebenenfalls auf Beurteilungsfehler einschließlich der Wahrung verfassungsrechtlicher Grenzen zu kontrollieren. Dementsprechend muss weiterhin voll geprüft werden, ob die Forschungsfreiheit von der Ethikkommission in ihrer Tragweite verkannt worden ist. Bei einer Gesamtbetrachtung spricht somit viel dafür, dass der Beurteilungsspielraum in seiner engen Konturierung die Forschungsfreiheit eher schützt als gefährdet.

V. Fazit

Im Ausgangspunkt ist die Rechtspflicht, eine Ethikkommission einzuschalten, eine potentielle Gefahr für die

Freiheit der Forschung. Denn diese Kommissionen haben mehr oder weniger verbindlich über Fragen zu entscheiden, die teilweise – namentlich bei Risiko-Nutzen-Abwägungen vor klinischen Studien – zentrale Bestandteile der Wissenschaftsfreiheit betreffen. Allerdings sind die damit verbundenen Beschränkungen der akademischen Freiheit (im nationalen Recht durch verfassungsimmanente Schranken) zugunsten der Grundrechte von Probanden/Patienten zu rechtfertigen. Die einschlägigen Vorschriften lassen sich verfassungskonform so auslegen und handhaben, dass ein nach beiden Seiten hin schonender Ausgleich zwischen kollidierenden Verfassungspositionen gelingen kann. Dies gilt letzten Endes auch, soweit betroffen, auf der Ebene der Chartagrundrechte der Europäischen Union.

Bei näherem Hinsehen bietet die Einschaltung einer Ethikkommission allerdings auch kleine Vorteile für die Verwirklichung der Forschungsfreiheit. Namentlich schafft deren positives Votum, gegebenenfalls zusammen mit der behördlichen Genehmigung der Studie, für die Forscher erst einmal Rechtssicherheit und einen gewissen – wenn auch beschränkten – Vertrauensschutz. Der Vorbehalt des Gesetzes schützt vor gesetzesfremden Maßstäben; namentlich die ethische Vertretbarkeit kann nur insoweit als Beurteilungsmaßstab dienen, wie sich entsprechende Kriterien durch Gesetzesauslegung aus den maßgeblichen Rechtsvorschriften ergeben. Schließlich lässt sich auch der Beurteilungsspielraum, der den Ethikkommissionen zukommt, bei richtiger enger Konturierung und in Kombination mit einem vorgelagerten Einschätzungsspielraum der Forscher eher als Förderung denn als Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit einordnen.

Allerdings sind Ethikkommissionen kein Allheilmittel, um durch „Flucht ins Verfahren“ ethische Grundkonflikte gleichsam „auszulagern“. Ihre Einschaltung sollte daher auf besonders sensible Bereiche beschränkt und nicht auf immer mehr Wissenschaftsfelder ausgedehnt werden. Denn schon die Durchführung eines sol-

96 Insb. BVerwG NJW 1993, S. 1491 ff. Opus Pistorum; für einen Überblick siehe Maurer/Waldhoff (Fn. 95), § 7 Rn. 40.

97 Angedeutet von Fateh-Moghadam/Atzeni (Fn. 31), S. 115, 128.

98 Siehe oben Fn. 82.

chen Verfahrens kostet Zeit und Geld und stellt einen prozeduralen Grundrechtseingriff in die Forschungsfreiheit (sowie durch die damit verbundene Verzögerung gegebenenfalls auch in die Berufsfreiheit von finanzierenden Unternehmen) dar. Darüber hinaus sind namentlich in der Arzneimittelforschung – einschließlich der klinischen Studien für (weitere) Impfstoffe gegen Covid 19⁹⁹ – Menschen oftmals dringend auf die beschleunigte Marktreife von Arzneimitteln und Impfstoffen angewiesen.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School, Hamburg, und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

99 Vgl. dort zu Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung klinischer Studien (wobei freilich nicht die Einschaltung einer Ethikkommission im Fokus steht) *Oetzel*, Lichtblick mRNA-Impfstoffe? – Mit Erbinformationen gegen Corona, DAZ v. 28.5.2020, S. 30.

Carsten Morgenroth

Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen

Übersicht

I. Einleitung

II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

a. Gebot der Chancengleichheit

b. Unverletzlichkeit der Wohnung

5. Ergebnisse

III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

1. Grundlagen der Strukturbildung

2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

a. Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

b. Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

c. Einordnung in das geltende rechtliche Regime

d. Ergebnisse

3. Begriffliche Fragen

a. Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

b. Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

c. Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

IV. Ergebnisse

I. Einleitung

Nach einer vorübergehenden Entspannung über den Sommer 2020 hat sich die Situation im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie über den Winter 2020/21 wieder drastisch verschärft. Infektionszahlen haben sich erheblich gesteigert und zu einem zweiten sog. Lockdown geführt. Diese Lage lässt Prüfungen im anstehenden Prüfungszeitraum zwar nicht gänzlich unmöglich erscheinen. Eine Umstellung auf IT-basierte Prüfungen (Online-Prüfungen) scheint aber nahezu unausweichlich zu sein, um dem Anspruch der Studierenden auf die Durchführung genügen zu können.¹ Das Recht der Online-Prüfungen ist deshalb ebenso relevant wie volatil

und wurde folgerichtig bereits von einigen namhaften Autoren adressiert.²

Gleichzeitig steht zu erwarten, dass Online-Prüfungen auch nach dem Abebben der Pandemie zumindest zu einem gewissen Grad Bestandteil der modernen deutschen Hochschullandschaft bleiben werden. Erfahrungen, Judikate und Netzwerke werden das Recht der Online-Prüfungen erweitern und verfeinern, es wird jedoch nicht verschwinden.

Dieser Entwicklung entsprechend wird sich Teil 2 dieses Praxisberichts mit allgemeinen Fragen des Rechts der Online-Prüfungen befassen. Zunächst soll hierbei die Anwendbarkeit des EU-Rechts im Rahmen der IT-basierten Überwachung beleuchtet werden (II.). Es schließen sich einige begriffliche und typologische Erwägungen im Zusammenhang mit Prüfungen an (III.). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV.) rundet die Darstellung ab. Teil 3 gestaltet diese Fragestellungen dann konkret aus stellt diese in Verbindung mit Aspekten der Prüfungsdidaktik interdisziplinär dar.

II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

Die weitgehende Schließung der Hochschulen für den Studienbetrieb während der Corona-Zeit hat es erforderlich werden lassen, Prüfungen in der Form abzuhalten, dass die zu prüfende Person in ihrer Privatwohnung verbleibt. Um das Gebot der Chancengleichheit aller zu prüfenden Personen nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG sicherstellen zu können, kam hierbei der Bedarf auf, über eine IT-basierte Beaufsichtigung der zu prüfenden Person über Kameras nachzudenken (sog. Proctoring). Damit stellen sich neue datenschutzrechtliche, aber auch persönlichkeitsrechtliche Fragestellungen, war doch der private Rückzugsort der Studierenden bislang nicht Bestandteil der organisatorischen und rechtlichen Betrachtung durch die Hochschulen.

1 *Fischer/Dieterich*, Referat zum Prüfungsrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.

2 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 ff.; *Fehling*, OdW 2020, 137 ff.; *Sandberger*, OdW, 2020, 155 ff.; *Botta*, Grundrechtseingriffe durch

Online-Proctoring, abrufbar unter Grundrechtseingriffe durch Online-Proctoring – Verfassungsblog; aus Sicht eines Rechtsanwalts *Heinze*, <https://www.heinze-pruefungsanfechtung.de/pruefungsrecht-corona/>, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Kamerabedingte Wahrnehmungen von Details der Wohnung der Studierenden durch Personal oder Beauftragte der Hochschule sind nicht nur als personenbezogene Daten relevant und damit dem Datenschutzrecht zugehörig; diese Wahrnehmungen haben gleichzeitig auch Bezug zum verfassungsrechtlichen Schutz der Wohnung.³

Bislang ist dabei erkennbar jedoch von einem Schutz ausschließlich durch das Datenschutzrecht⁴ oder durch den Schutz aus den deutschen Grundrechten aus Art. 13 GG⁵ sowie aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG⁶ ausgegangen worden. Weil sich das Datenschutzrecht jedoch nach der unmittelbar anwendbaren EU-Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend DSGVO) bestimmt, ist fraglich, ob die darin enthaltene Abwägung der Rechte und Interessen nicht EU-rechtlich zu geschehen hat.

Die Frage nach der Anwendbarkeit nationaler Grundrechte im Rahmen der Prüfung von EU-Recht durch das *BVerfG* ist nicht neu, sondern bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des *BVerfG*, der sog. „Solange-Entscheidungen“, gewesen.⁷ Im Jahre 2019 hatte das *BVerfG* nun Bedarf und Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu präzisieren. Die Vorreiter der rechtlichen Aufarbeitung des Corona-Hochschulrechts sind hierzu in erster Annäherung davon ausgegangen, dass die deutschen Grundrechte das Niveau der europäischen Grundrechte bereits inkludieren.⁸ Diese Filterung war im damaligen Erkenntnis-Zeit-Kontinuum klug und sinnvoll. Möglicherweise lohnt sich jedoch mittlerweile ein näherer Blick auf die Thematik. Die beiden Entscheidungen des *BVerfG* zum „Recht auf Vergessen“⁹ vermitteln zusammengefasst eine etwas differenzierte Struktur. Wenden deutsche Stellen EU-Recht an, ohne dass ihnen dabei ein Gestaltungsspielraum obliegt, dann gebietet die Integrationsverantwortung aus Art. 23 Abs. 1 GG, dass diese Maßnahmen am Maßstab der EU-Grundrechte gemessen werden.¹⁰ Steht den deutschen staatlichen Stellen jedoch ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des EU-Rechts zu, dann misst das *BVerfG* diese Maßnahmen am Maßstab der nationalen Grundrechte, gegebenenfalls im Lichte einer Interpretation der GrCh.¹¹ Für den hiesi-

gen Anwendungsbereich stellen sich damit auf mehreren Ebenen Fragen. Bedeutet eine landes- oder satzungrechtliche Ausgestaltung der Online-Prüfungsdurchführung eine Ausübung eines Gestaltungsspielraumes, die den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte eröffnet? Ist ein Abs. ellen auf eine Einwilligung dagegen die reine Ausübung von Unionsrecht, wo ausschließlich die EU-Grundrechte gelten würden? Und selbst wenn eine Prüfung durch nationale Grundrechte angezeigt ist, kann tatsächlich von einer hinreichenden Niveauekongruenz EU-rechtlicher und nationaler Grundrechte im Sinne des *BVerfG* gesprochen werden?

2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

Auf der ersten Ebene ist zu klären, ob überhaupt ein Gestaltungsspielraum angenommen werden kann.

In Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e EU-DSGVO spricht zunächst der Wortlaut „spezifischere Bestimmungen“, der sich sowohl in Art. 6 Abs. 2 EU-DSGVO als auch in dessen Absatz 3 findet, für einen Gestaltungsspielraum. Weil das Verhältnis zwischen Art. 6 Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO noch offen ist, empfiehlt es sich, die Voraussetzungen beider Absätze kumulativ zu beachten.¹² In die andere Richtung deutet jedoch die Entstehungsgeschichte der Norm, denn im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde der ursprünglich angedachte Begriff „strengere Bestimmungen“ durch „spezifischere Bestimmungen“ ersetzt, um dem Gebot der Vollharmonisierung der EU-DSGVO Vorschub zu leisten.¹³ Dies könnte gegen einen wirklichen inhaltlichen Gestaltungsspielraum sprechen. Hinsichtlich der insbesondere in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO benannten Dimensionen, etwa der verarbeiteten Daten, besteht auch streng genommen kein Spielraum, weil die Hochschule hier die faktische Situation exakt abzubilden hat und nichts dazu erfinden kann. Hinsichtlich des Erfordernisses in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO, die Zwecke der Verarbeitung in der spezifischen Bestimmung zu benennen, dürfte jedoch ein gewisser Gestaltungsspielraum der Hochschulen bestehen, je nach organisatorischer und struktureller Ausgangslage. Ob etwa eine Konferenz- bzw. Prüfungssoftware nur für eine Selbstverwaltungseinheit oder für die gesamte

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

4 Ausführlich hierzu *Fehling*, oben Fn. 2, S. 145 ff.

5 *Schwartzmann*, oben Fn. Fn. 63.

6 *Botta*, oben Fn. 2.

7 Näher hierzu *Halter*, *Europarecht*, Band II, 3. Auflage, 2017, § 10, Rn. 1092 ff.

8 *Hoeren/Fischer/Albrecht*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen bei Online-Klausuren, Juni 2020, Rn. 47; <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/>

RiDHnrw_11.06.20_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf.

9 Beschlüsse, Az. 1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17, jeweils vom 6.11.2019.

10 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 41, 59.

11 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 16/13, Rn. 43.

12 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO, BDSG*, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 6 Rn. 196 m.w.N.

13 *Gola*, *Datenschutzgrundverordnung*, Kommentar, 2017, Art. 6 Rn. 175.

Hochschule verwendbar sein soll, verändert die Ressourcenausrichtung im Haus mindestens spürbar, möglicherweise sogar erheblich. Aber auch diese faktische Offenheit geht nicht mit einem genuinen Gestaltungsspielraum einher, weil auch insoweit die tatsächliche Situation zu berücksichtigen und rechtlich zu bewerten ist. Ob die auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e in Verbindung mit Abs. 2 und 3 EU-DSGVO basierenden spezifischen Bestimmungen deshalb einen hinreichenden Gestaltungsspielraum aufweisen, der den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte auch im Bereich der Anwendung der EU-DSGVO eröffnen würde, darf in erster Annäherung tendenziell eher bezweifelt werden.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die nationale Regelung, sei es ein Gesetz,¹⁴ eine Rechtsverordnung¹⁵ oder auch eine Hochschulsatzung,¹⁶ die Datenverarbeitung mit Blick auf die Online-Lehre bzw. Online-Prüfungen inhaltlich konform zur EU-DSGVO regelt,¹⁷ ergeben sich bislang erkennbar ungeklärte Folgefragen. Denn für den Bereich der Wissenschaft bestehen in der EU-DSGVO an mehreren Stellen explizite Öffnungsklauseln.¹⁸ Ob die hier relevanten Regelungen des deutschen Hochschuldatenschutzrechts im Lichte dieses Maßstabs geeignet sind, die grundsätzlich attestierte Vollharmonisierung der EU-DSGVO auszuschließen und damit den Bereich der nationalen Grundrechte wieder zu eröffnen, ist zweifelhaft. Denn es ist derzeit noch nicht eindeutig zu bestimmen, ob die hier angesprochenen Ausgestaltungen der Datenverarbeitung von Online-Lehre bzw. Online-Prüfung tatsächlich unter den privilegierten Bereich von Art. 85, 89 EU-DSGVO fallen. Das Wissenschaftsprivileg in Art. 85 EU-DSGVO zielt in erster Linie auf einen erleichterten Informationszugang im Rahmen wissenschaftlicher Betätigung ab.¹⁹ Art. 89 EU-DSGVO spricht von „wissenschaftlichen bzw. historischen Forschungszwecken“. Erwägungsgrund 159 erfasst diesen Begriff zwar denkbar weit und lässt viele Ar-

ten der Forschung genügen. Lehrveranstaltungen und Prüfungen mit Bezug zu Forschung werden jedoch die Ausnahme sein, beispielsweise im Zusammenhang mit Abschlussarbeiten. Selbst wenn man die wissenschaftliche Lehre als privilegierbar²⁰ ansehen sollte,²¹ fragt sich aber weiterhin, ob die hier in Rede stehenden Regelungen in ihrem Kern wissenschafts- bzw. lehrspezifisch sind. Denn die Dimensionen der Regelung wären identisch für eine innerhalb oder außerhalb des Hochschulbereichs liegende Prüfung, beispielsweise im Bereich der beruflichen Weiterbildung oder einer Prüfung im Bereich der staatlichen Berufsabschlüsse.²²

Spannend dürfte in diesem Zusammenhang sein, nach welchen Kriterien die Zuordnung vorgenommen wird. So könnte auf das Regelungssystem abgestellt und die betreffende Rechtsgrundlage – als formal dem Hochschulrecht zugehörig – auch inhaltlich als Ausdruck des wissenschaftlichen Gestaltungsspielraums gesehen werden, den Art. 85, 89 EU-DSGVO belassen. Mit ebenso guten Gründen ist es jedoch auch denkbar, diese etwas schablonenhafte Sicht zu verlassen und stattdessen auf die Regelungssubstanz abzustellen. Hier läge es konsequenterweise näher, eine inhaltliche Parallele zu Prüfungen auch außerhalb des Wissenschaftsbereichs zu sehen und eine Wissenschaftsspezifität und damit einen nationalen Gestaltungsspielraum gerade abzulehnen.

3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

Nicht anders sieht dies für die andere Erlaubnisstruktur im Datenschutzrecht, nämlich die Einwilligung nach Art. 7 EU-DSGVO, aus. Hier besteht zunächst kein der Hochschule zugewiesener originärer Gestaltungsspielraum im Bereich der Formulierung, weil die Einwilligung seitens der einwilligenden Person formuliert wird. Der vom *BVerfG* beschriebene Gestaltungsspielraum könnte sich für die Hochschule hier lediglich aus der Prüfung vorgegebener Einwilligungstexte bzw. für die Dokumentation mündlich oder konkludent gegebener

14 Erwägungsgrund 1 zur EU-DSGVO.

15 *Gola* (Fn. 13), Art. 6 Rn. 173.

16 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12) lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

17 Hierfür ist nach *BVerfGE* 61, 1 ff. eine durch formelles Gesetz erfolgte Ermächtigungsgrundlage sowie die Einhaltung des Wesentlichkeitsgrundsatzes erforderlich; vgl. auch *Kühling/Martini*, Die EU-DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 28.

18 Neben der Anwendbarkeit der allgemeinen Konkretisierungsermächtigung in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO sind die Art. 85 und Art. 89 EU-DSGVO relevant.

19 *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, 2018, Art. 85 Rn. 9.

20 In diese Richtung *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12),

Art. 89, Rn. 13 a.

21 Für Prüfungen wäre daneben – in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 GG – die rechtliche Zuordnung zur wissenschaftlichen Lehre erforderlich, s. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 3, Rn. 140.

22 Insoweit könnte das – auf der Vorgängerregelung der EU-DSGVO basierende – Urteil des *EuGH* zu datenschutzrechtlicher Relevanz von Anmerkungen der Prüfungen bei einer Bewertung einer staatlichen Prüfung zum Wirtschaftsprüfer/Steuerberater wichtige Hinweise für die Übertragung der dortigen Gedanken in den Hochschulbereich sein, s. *EuGH*, Urteil vom 20.12.2017, Az. C 434-16 – Nowak; zur Übertragung ins deutsche Recht, allerdings für die staatliche Prüfung des zweiten juristischen Staatsexamens *VG Gelsenkirchen*, Urteil vom 27.4.2020, Az. 20 K 6392/18.

Einwilligungen²³ ergeben. Um die Einwilligung an ihren zwingenden Vorgaben der Unmissverständlichkeit, der informierten Weise und der Freiwilligkeit nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO messen zu können,²⁴ wird es je nach konkreter Verarbeitungssituation inhaltlich eine erhebliche Vielfalt einzelner Formulierungen, Aufklärungsmaßnahmen und Abläufe geben. Damit ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, ob dies vom Gestaltungsspielraum im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts (hier der EU-DSGVO) im Sinne des BVerfG erfasst ist. Dafür spricht die Dispositionsverantwortung und -befugnis der Hochschulen bei der Vorbereitung und Behandlungen von Einwilligungen. Dagegen sprechen jedoch die im Wege der Harmonisierung des EU-Datenschutzrechts erfolgte Angleichung der internationalen Rechtsstandards mit Bezug zur Einwilligung²⁵ oder die Zuweisung der Verantwortung für Konturierung und Konkretisierung an die Rechtsprechung statt an den Regelungsgeber.²⁶ Schließlich sprechen auch systematische Gründe dagegen, denn in Art. 7 EU-DSGVO ist – anders als in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO – gerade keine gesetzliche Ermächtigung für ausgestaltende nationale Regelungen enthalten. Die besseren Gründe sprechen damit wohl dafür, dass für die Datenverarbeitung infolge einer Einwilligung ein nationalrechtlicher Gestaltungsspielraum nicht eröffnet wird, die Maßnahme deshalb ausschließlich anhand der EU-Grundrechtecharta geprüft zu werden hat.

4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

Im Folgenden soll weiterhin von den Ergebnissen aus Nr. 2 abgewichen und angenommen werden, dass eine Prüfung des Proctorings am Maßstab der nationalen Grundrechte möglich ist. Hierbei ergeben sich interessante Stufungen des deutschen und des EU-rechtlichen Grundrechtsschutzes mindestens in zweierlei Hinsicht.

a) Gebot der Chancengleichheit

Seitens der Hochschule ist hierbei das Gebot der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren in zentraler Weise relevant. Dieser Grundsatz prägt das Prüfungsverfahren

bereits in der analogen Welt bestimmend und dient auch in den bisherigen Verlautbarungen für Online-Prüfungen als zentrales Kriterium im Kanon der Legitimationsgrundlagen und Handlungsspielräume der Hochschule.²⁷ Die verfassungsrechtliche Herleitung des Gebots der Chancengleichheit erfolgt entweder ausschließlich aus dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG²⁸ oder aus dessen Verbindung mit der Berufsfreiheit der Studierenden nach Art. 12 Abs. 1 GG.²⁹ Aus dem Gebot der Chancengleichheit werden mehr oder weniger unmittelbar aus den genannten Grundrechten diverse Verpflichtungen der Beteiligten zueinander abgeleitet. Die Hochschule hat daraus etwa für zumutbare äußere Prüfungsbedingungen zu sorgen, Prüfungsformen, –arten und –zeiten gleich zu handhaben und Nachteilsausgleiche bzw. Prüfungsrücktritte bei entsprechender Gefahr für die Leistungsfähigkeit der Studierenden zu gewähren. Zu den wesentlichen Ableitungen für die Studierenden zählen die Verpflichtung, eigenständige Prüfungsleistungen nur unter Verwendung der zugelassenen Hilfsmittel abzuliefern sowie die Obliegenheit, unzumutbare Störungen im Zusammenhang mit der Leistungsermittlung, beispielsweise Baulärm, die eigene Prüfungsunfähigkeit oder die Befangenheit des Prüfers, selbst und unverzüglich anzuzeigen.³⁰ Dagegen fällt die Aufarbeitung des EU-rechtlichen Pendant weniger differenziert aus. So ist bereits offen, inwieweit prüfungsrechtliche Erwägungen überhaupt vom Anwendungsbereich des EU-Grundrechts auf „akademische Freiheit“ nach Art. 13 Satz 2 GrCh erfasst sind.³¹ Dass die Freiheit der Lehre mit ihren aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Dimensionen und Implikationen erfasst sein dürfte, ist weitgehend konsensual.³² Jedoch ist es auch nach deutschem Verfassungsverständnis keinesfalls selbstverständlich, die Gestaltungsfreiheiten von Lehrenden bzw. Prüfungen aus der Freiheit der Lehre auch für Prüfungen heranzuziehen.³³ Erst Recht bleibt dies in der Konkretisierung des EU-Grundrechts offen. Wie soll also mit dem Fall umgegangen werden, dass ein deutsches Grundrecht weiter gefasst ist als das entsprechende EU-Grundrecht?

23 Selzer, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2018, S. 137.

24 Plath, BDSG, DSGVO, Kommentar, 2. Auflage, 2016, Art. 7 Rn. 1.

25 Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 7 Rn. 10.

26 Schantz, NJW 2916, 1841, 1844.

27 Fischer/Dieterich, oben Fn. 2.

28 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Auflage, 2018, Rn. 4.

29 BVerwG, NVwZ-RR 2015, 858 ff.

30 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2. Aufl., 2020, *passim*.

31 Jarass erfasst ausschließlich die wissenschaftsbezogene Lehre

und grenzt sie zum Unterricht an Schulen ab; s. Jarass, GrCh, 3. Auflage, 2016, Art. 13, Rn. 8. Stern/Sachs erfassen Prüfungen ebenfalls nicht im Rahmen der Besprechung der „akademischen Freiheit“ in Art. 13 Satz 2 GrCh; s. Kempen, in: Stern/Sachs GrCh, Kommentar, 2016, Art. 13 Rn. 17.

32 S. Fn. 33.

33 Scholz, in: Maunz/Dürig Fn. 21), erwähnt Prüfungen immerhin implizit im Rahmen der „Studien- und Prüfungsordnungen“ (Rn. 140) oder der Anforderungen an die prüfende Person (Rn. 157). Bethge, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, erwähnt Prüfungen dagegen nicht.

b) Unverletzlichkeit der Wohnung

Spiegelbildlich wird seitens der Studierenden deren Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG diskutiert, wenn Prüfungen im privaten Wohnbereich der Studierenden am Heimat- oder Studienort stattfinden müssen.³⁴ Eine nähere Betrachtung wirft dabei bereits Zweifel an der Einschlägigkeit des nationalen Grundrechts auf. Denn das Grundrecht aus Art. 13 GG unterliegt auf mehreren Ebenen Besonderheiten, die für diese Konstellation relevant werden. Auf der Ebene des Schutzbereichs hat Art. 13 GG in der Vergangenheit eine Reihe von Beschränkungen erfahren, die zu einer „Abwanderung“ bestimmter, traditionell mit Art. 13 GG verbundener Schutzgehalte in andere Grundrechte geführt haben.³⁵ Vor diesem Hintergrund ließe sich bereits fragen, ob die Abbildungen der Privatsphäre der Studierenden durch die Kameraführung während der Prüfungen neben dem informationellen Selbstbestimmungsgehalt überhaupt eine weitere Schutzsubstanz beanspruchen oder ob hier nicht ausschließlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, das nach deutschem Verfassungsverständnis den grundrechtlichen Datenschutz vermittelt,³⁶ allein aktiv ist. Ein Blick auf die Ebene des Grundrechtseingriffs untermauert diese These. Denn die Struktur von Art. 13 GG regelt derartige Maßnahmen nicht unmittelbar. Besonders eingriffsintensive oder typische Maßnahmen, beispielsweise Lauschgriffe zu Zwecken der Strafverfolgung, werden in Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG erfasst. Die Auffangklausel von Art. 13 Abs. 7 GG setzt das Vorliegen einer Gefahr von enger Intensität voraus,³⁷ die im Rahmen regulärer Durchführung von Hochschulbildung erkennbar nicht vorliegt. Das EU-rechtliche Pendant, Art. 7 GrCh, wird demgegenüber von einer Reihe abweichender Strukturen und Erwägungen getragen. Zunächst weicht der Wortlaut voneinander ab: EU-rechtlich wird nicht die „Unverletzlichkeit“, sondern die „Achtung“ der Wohnung erfasst. Entsprechend universeller ist das Eingriffsverständnis – er kann

bei jeder beliebigen Maßnahme vorliegen, welche die Privatheit der geschützten Räume beeinträchtigt.³⁸ Außerdem ist der Schutz der Wohnung in Anlehnung an Art. 8 EMRK³⁹ strukturell anders geprägt und erfasst auch eigentumsrechtliche⁴⁰ und umweltbezogene⁴¹ Belange, die Art. 13 GG fremd sind. In dieser Konstellation scheinen wir also – anders als oben zum Gebot der Chancengleichheit – von einem extensiven EU-Grundrecht im Vergleich zu seinem deutschen Pendant sprechen zu können.

Diese komplexe Gemengelage kann wegen der Vielfalt möglicher Gestaltungsformen weder entschieden noch in diesem Rahmen strukturell aufbereitet werden.⁴² Den Hochschulen wird deshalb bis zur Generierung weiterer belastbarer Erkenntnisse und Erfahrungen empfohlen, bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit des Proctorings und bei der Ausgestaltung ihrer entsprechenden Regelungen die EU-Grundrechte mit einzubeziehen. Insoweit darf eine EU-rechtliche Aufarbeitung der Thematik mit Spannung erwartet werden – derzeit ist eine geplante optische bzw. akustische Überwachung in der Eingriffsdogmatik von Art. 7 GrCh erkennbar nicht vorgesehen.⁴³

5. Ergebnisse

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass gute Gründe dafür sprechen, einen Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte nach den Vorgaben des *BVerfG* für die datenschutzrechtliche Behandlung von Online-Lehre und Online-Prüfung nicht eröffnet zu haben bzw. unterschiedliche Hochschulpraxis für Verarbeitungen auf gesetzlicher Grundlage und mittels Einwilligung einzurichten. Selbst wenn der Anwendungsbereich für nationale Grundrechte gesehen werden sollte, so ergeben sich mehrere Inkongruenzen im rechtlichen Maßstab von Grundgesetz und EU-Grundrechtecharta, mindestens mit Blick auf das prüfungsrechtliche Gebot der Chancengleichheit und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

34 S. oben. Fn. 6.

35 Kühne, in: Sachs (Fn. 33), Art. 13, Rn. 13 m.w.N.

36 *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.) – *Volkszählung*.

37 Erfasst werden erhöhte individuelle Gefahren, etwa die Lebensgefahr von Personen, oder allgemeine Gefahren, z. B. die Raumnot, s. Art. 13 Abs. 7 GG.

38 Jarass (Fn. 31), Art. 7, Rn. 30.

39 Näher dazu Weber, in: Stern/Sachs (Fn. 31), Art. 7 Rn. 42.

40 *EGMR* Nr. 9063/80, Series A 190, Rn. 47.

41 *EGMR* NVwZ 2004, 1465.

42 Zu einer anderen gelungenen strukturellen Aufbereitung rechtlicher Fragestellungen mit Blick auf Online-Prüfungen s. Fn. 10.

43 So lässt sich diese Konstellation des Proctorings unter das Sammelbecken der möglichen Eingriffe bringen; etwa beschreibt

Bernsdorff dieses als „jede Art des Eindringens oder Verweilens gegen den Willen des Wohnungsinhabers“, s. *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 22. *Jarass* sieht optische bzw. akustische Überwachungen aber nur dann als Eingriff an, sofern mit der Überwachungsmaßnahme eine vorgesehene Abs. hirmung überwunden wird, s. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 30. Wesentliche Ausgestaltungen eines Eingriffs in Art. 7 GrCh ist nach *Weber* außerdem das Betreten, Einschränken oder Zerstören der Wohnung ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers, nicht dagegen eine im Rahmen des Proctorings vorgefundene Abbildung von Merkmalen der Wohnungsgestaltung in einer planmäßigen Prüfungssituation, s. *Weber*, in: Stern/Sachs (Fn. 31) Art. 7, Rn. 44.

III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

Hochschulprüfungen werden derzeit überwiegend in Prüfungsformen und Prüfungsarten unterteilt. Der Begriff der Prüfungsform stellt dabei den Oberbegriff dar, unter den sich dann verschiedene Prüfungsarten bringen lassen. Als Prüfungsoberkategorien weitgehend unstrittig anerkannt sind die schriftliche Prüfung, die mündliche Prüfung und die praktische Prüfung, während dies für die neuartige Form der elektronischen Prüfung unterschiedlich beurteilt wird.⁴⁴ Prüfungsrechtliche Relevanz hat dies für die Frage, ob die betreffende Prüfungsform eine eigenständige Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erfordert, was für Prüfungsformen, nicht aber für Prüfungsarten angenommen wird.

Durch das Hinzutreten der Online-Dimension werden aber nicht nur die bekannten analogen Formen und Arten von Prüfungen eben IT-basiert durchgeführt. Hinzu kommen daneben weitere, bisher in Deutschland weitgehend unbekannte Prüfungsgestaltungen, so etwa die sog. open book Prüfung oder die sog. take home Prüfung. Beiden neuen Gestaltungen ist gemeinsam, dass sie – mit Abweichungen im Detail – fachliche Hilfsmittel in der Form allgemeiner Informationsquellen oder Studienmaterialien zulassen, was für Klausuren nicht zulässig ist. Die Online-Welt der Prüfungen bewirkt damit daneben auch eine erhebliche Auffächerung der ohnehin bereits reichhaltigen Gestaltungsvielfalt.

Welche Auswirkungen hat diese Bereicherung für die faktische Struktur der Prüfungslandschaft an deutschen Hochschulen? Und ergeben sich daraus Erkenntnisse für die rechtliche Erfassung oder für die operative Gestaltung von Prüfungen? Diesen Fragen widmet sich dieser Abschnitt. Nach einer Aufbereitung der wesentlichen rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Fragen zur Strukturbildung (1.) wird die erweiterte faktische Gestaltungsvielfalt speziell mit Blick auf Online-Prüfungen einer Betrachtung unterzogen (2.). Infolge dessen ergeben sich weitere interessante begriffliche Konsequenzen (3.).

1. Grundlagen der Strukturbildung

Strukturbildung ist kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Sie dient dazu, die einzelnen in der Rechts-

wirklichkeit vorfindbaren Varianten trennscharf voneinander abgrenzen und die aus ihrer faktischen Spezifik erwachsenden Risikopotenziale ordnungsgemäß erfassen zu können. Im Laufe der Zeit lässt sich dabei eine gewisse Entwicklungslinie erkennen, Ableitungen aus immer durchlässigeren Strukturen zu ermöglichen. War die vollständige Erfassung der Rechtswirklichkeit in einem geschlossenen System von aufeinander bezogenen Begriffen noch das Ideal des 19. Jahrhunderts,⁴⁵ so hat sich die Legitimität mehr und mehr unbestimmter Begriffe als taugliches Erfassungsobjekt von Strukturen im Recht etabliert.⁴⁶ Mittlerweile erlaubt die moderne Logik, auf der auch die Rechtstheorie und –methodik aufbaut, sogar Entscheidungen auf der Grundlage nicht vollständiger oder ungenauer Informationen, etwa in der Form der fuzzy logic.⁴⁷ Strukturbildung im modernen Recht darf deshalb durchaus auch etwas weniger dezidiert sein und annähernde oder zuordnende Elemente enthalten.

Speziell für die Landschaft deutscher Hochschulprüfungen ist dies ebenso passend wie nötig. Denn es besteht eine kaum überschaubare Vielzahl an Möglichkeiten, Prüfungen auszugestalten. Je nach zu erfassenden Lernzielen und Kompetenzen, Prüfungsfunktionen gemäß der Lehrdidaktik und Fachdisziplin sind der Ausgestaltung von Prüfungen nahezu keine Grenzen gesetzt. Strukturbildung ist damit geradezu gezwungen, annähernd zu arbeiten und Öffnungen bzw. Entwicklungstendenzen in ihre Arbeitsweise einzubeziehen.

Eine für genau diese aufgefacherten, diversifizierten Situationen passende Methode der Strukturbildung in der Rechtstechnik und -praxis ist die Bildung von Typen. Typen im Recht sind Phänomene, die sich dadurch auszeichnen, dass Anzahl, Ausgestaltung und Intensität der sie prägenden Elemente nicht fest stehen. Häufig vorkommenden gemeinsamen oder den Typus sogar prägenden Aspekten des Typus stehen auch Facetten gegenüber, die nicht in jeder Ausgestaltung des Typus vorhanden sein werden und sich sogar wechselseitig vertreten können.⁴⁸ Die Typenbildung ist stark an Wittgensteins philosophisches Modell der Familienähnlichkeit angelehnt, wonach bei hinreichend vorhandenen und intensiven Ähnlichkeiten mehrerer Gestaltungsformen ein

44 Ausführlich *Jeremias*, jM 2018, 25 ff.

45 Sog. Begriffsjurisprudenz, s. *Meyer-Ladewig*, DRiZ 1963, 255 ff.

46 Diese Entwicklungslinie nachzeichnend *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.

47 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung

für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, 2013, Rn. 230.

48 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, S. 303.

gemeinsames Merkmal sogar gänzlich fehlen kann.⁴⁹ Überwiegend⁵⁰ wird der Typus im Recht als Verbindung zwischen Sein und Sollen aufgefasst, also mit faktischen und zugleich normativen Elementen.⁵¹ Weiterentwicklung von Typenbildung baut sowohl auf faktischen als auch auf bestehenden rechtlichen Strukturen auf – dies darf für die Erfassung der Online-Prüfungen ebenfalls erwartet werden. Die Arbeitsweise der Typenbildung muss deshalb zum Ziel haben, gerade auch die Verbindung von Tatbestandserfassung als rechtlicher Abbildung sozialer Sachverhalte und der normativen Regelungsanordnung als sachgerecht und angemessen⁵² zu legitimieren. Dies geschieht insbesondere durch die Behandlung von Parallelentscheidungen, Fallabwandlungen und verwandten Fällen.⁵³ In diesem Sinne werden nun die wesentlichen neuen Online-Prüfungsgestaltungen einer typologischen Analyse unterzogen.

2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

Will man die Diversität vorhandener Prüfungsgestaltungen an deutschen Hochschulen im Sinne der Typenlehre strukturell erfassen, so bietet sich eine Herangehensweise in drei Schritten an. Der erste Schritt soll der faktischen Erfassung der Prüfungslandschaft im Sinne der Typenlehre dienen (a). Ob diese faktischen Prüfungsstrukturen jedoch einer eigenständigen Regelung zugeführt werden müssen, bestimmt sich primär nach rechtlichen Merkmalen, deren Erarbeitung der zweite Schritt dient (b). Schließlich wird bestimmt, ob die vorgefundenen faktischen Strukturen unter die aktuellen rechtlichen Regelungen passen (c).

a) Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

Der Herausarbeitung faktischer Prüfungstypen dienen vorwiegend sachliche Dimensionen wie Häufigkeit oder organisatorische Regelmäßigkeit hinsichtlich der Vorbereitung, Durchführung und Bewertung der Prüfung.

aa) Vorbereitung

Die Vorbereitung betrachtend, bestehen für Präsenzprüfungen und Online-Prüfungen einige Gemeinsamkeiten. Die kommunikative Übertragung über IT-basierte Systeme hat für sich genommen noch keinen Einfluss auf die Dauer und den Schwierigkeitsgrad der Prüfung. Es steht deshalb nicht zu erwarten, dass die Vorbereitung auf die Prüfung in inhaltlicher Hinsicht weniger zeit- und arbeitsintensiv wäre als bei Präsenzprüfungen.⁵⁴ Andererseits bietet die Online-Situation hinreichend Anlass für veränderte oder zusätzliche organisatorische Vorbereitungsmaßnahmen der Studierenden wie beispielsweise einen Technik-Check oder die bewusste Wahl der Prüfungsumgebung.⁵⁵ Seitens der Hochschule bietet die Vorbereitung der Prüfung eine Reihe von Veränderungen im Vergleich zu Präsenzprüfungen: Statt Prüfungsräumen sind virtuelle Räume zu organisieren, gegebenenfalls sind den bedürftigen Studierenden technische Leihgeräte zur Verfügung zu stellen, Fragestellungen für Online-Klausuren sind gegebenenfalls in einem didaktisch etwas anderen Format vorzubereiten. Diese faktischen Abweichungen von den Gegebenheiten einer Präsenzprüfung sind erheblich und für die Betrachtung faktischer Typologien von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Da die Prüfungsvorbereitung aber keinen Einfluss auf ihre prüfungsrechtliche Erfassung hat, spielen diese Erwägungen eher eine flankierende Rolle.

Etwas anders könnte dies allerdings für das Datenschutzrecht aussehen.⁵⁶ Denn sehr bedeutsam ist der Wechsel der Datenverarbeitung in die virtuelle Welt im zeitlich unmittelbaren Vorfeld der Prüfung, also bei der Anmeldung bzw. der Einwahl der Studierenden im Prüfungssystem oder die Identitätskontrolle der Studierenden. Liegen die datenschutzrechtlichen Erlaubnisse hierfür nicht vor, so steht die Prüfung in der Gefahr, einem Verfahrensfehler nach § 46 LVwVfG⁵⁷ zu unterliegen.⁵⁸ Insofern haben diese faktischen Veränderungen durchaus Relevanz für die rechtliche Erfassung der Prüfung.

49 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1953, S. 66 f.

Einer der gedanklichen Ausgangspunkte Wittgensteins für seine Untersuchungen zur Familienähnlichkeit war dabei die Gefahr, aus einem gemeinsamen Begriff vorschnell Schlüsse auf vermeintliche gemeinsame Merkmale zu ziehen: „We are inclined to think that there must be something in common to all games, say, and that this common property is the justification for applying the term „game“ to the various games, s. Wittgenstein, The Blue Book, 1965, S. 17.

50 Von einer rein faktischen Relevanz des Typus ausgehend Rütters/Fischer/Birk, Rechtsstheorie, 11. Auflage, 2020, Rn. 933.

51 Larenz, oben Fn. 48, Müller/Christensen, oben Fn. 47, Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, 1999, Rn. 149.

52 Larenz, oben Fn. 48.

53 Pawlowski, oben Fn. 51, Rn. 152.

54 10 Tipps für deine erfolgreiche Online Klausur (uniturm.de), s. Punkt 1.

55 Gut vorbereitet in die mündliche Online-Prüfung - univie bloggt.

56 Schwartzmann, Referat zum Datenschutzrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.

57 Bitte beachten Sie abweichende Nummerierungen für die Länder Berlin und Schleswig-Holstein.

58 Fischer/Dieterich, oben Fn. 1.

Ob sie jedoch geeignet sind, entscheidenden Einfluss auf die prüfungsrechtliche Typologie zu haben, bleibt für den Moment offen.

Eine weitere wesentliche Neuerung im Rahmen der Vorbereitung und Organisation der Online-Prüfungen ist die Verantwortung der Hochschule, für Möglichkeiten zu sorgen, wie die Studierenden eine Online-Prüfung absolvieren können, die nicht über das entsprechende technische Equipment verfügen.⁵⁹ Neben der Bereitstellung von räumlichen Ersatzkapazitäten in der Hochschule kommt hier vor allem in Betracht, den Studierenden entsprechende Leihgeräte zur Verfügung zu stellen. Das ist nicht nur mit organisatorischem Aufwand, sondern auch mit finanziellem Einsatz für deren Beschaffung und personellen Ressourcen zum Nachhalten von Rücklauf, Reparatur etc. verbunden, was bislang so nicht bestand.

bb) Durchführung

Hinsichtlich der Durchführung der Prüfung bestehen einige faktische Besonderheiten.

Einer der wesentlichen Unterschiede zur Präsenzprüfung ist die Durchführung der Prüfung mit Hilfe einer technisch-visuellen Überwachung, sog. Proctoring.⁶⁰ Hierfür werden bei den Beteiligten Webcams eingesetzt, die eine effektive Prüfungsaufsicht ersetzen und die ordnungsgemäße Absolvierung der Prüfung sicherstellen sollen. Das Proctoring kann in vielen verschiedenen Ausgestaltungen vorkommen, etwa mit oder ohne Wahrnehmung der Geräusche im Prüfungsraum. All dies ist nicht nur mit neuen technischen Gegebenheiten und Risikopotenzialen, sondern auch bisher unbekannt Dimensionen von Datenverarbeitungsvorgängen verbunden.

So ist es beispielsweise beim hauptsächlich vertretenen Pendant zur analogen Klausur, der sog. open book Prüfung, erlaubt und üblich, inhaltliche Hilfsmittel zuzulassen.⁶¹ Dies verändert auf nahe liegende Weise tragende Pfeiler der schriftlichen Klausurarbeit, werden doch nicht nur das qualitative Potenzial der Leistung, sondern auch das Recherche-Performance-Verhältnis

und damit die Herangehensweise an die Bearbeitung auf fundamentale Weise verändert. Eine gewisse Differenzierung wird innerhalb dessen durch eine Begrenzung der Hilfsmittel erreicht.⁶² Dadurch stellt sich automatisch die Folgefrage, ob die verwendeten Quellen als fremde Gedanken anzuzeigen sind.⁶³ Dafür spricht sicherlich die strukturelle Nähe zur Hausarbeit und das Lernziel, die Gebote der guten wissenschaftlichen Praxis einzuüben; dagegen spricht möglicherweise die verfügbare Zeit.

Eine weitere faktische Unterscheidung bei open book Prüfungen ist die Differenzierung zwischen der freien Bearbeitung und der Bearbeitung direkt im Prüfungssystem.⁶⁴ Erstere Variante beinhaltet das Herunterladen der Prüfungsaufgaben aus dem Prüfungssystem und das spätere Hochladen der bearbeiteten Prüfung durch die Studierenden.⁶⁵ Das Hochladen involviert dabei in einigen Fällen die Verwendung eigener technischer Geräte der Studierenden, etwa das Smartphone für den Scan der Prüfungsdatei.⁶⁶ Speziell Letzteres trägt neben den faktischen Neuerungen auch rechtliche Implikationen, denn in der analogen Welt mussten Papier und Stift der Studierenden funktionsfähig sein, während nun auch die technische und gegebenenfalls datenschutzrechtliche Integrität der Geräte in den regulären Prüfungsablauf fällt. Im Rahmen der freien Bearbeitung kann sogar noch dahingehend differenziert werden, dass die Prüfung selbst dann am technischen Endgerät oder handschriftlich angefertigt wird, was sich beispielsweise für Prüfungen im Zusammenhang mit Formeln oder Zeichnungen anbieten könnte. Auch für all dies wird zu zeigen sein, inwieweit sich dies rechtlich und speziell prüfungsrechtlich auswirkt.

Eine derartig intensive Veränderung der faktischen Strukturen ist dagegen bei mündlichen Prüfungen nicht zu verzeichnen. Der reguläre Ablauf der Prüfung erfolgt wie in der Präsenzgestaltung auch, nur eben auf einem technisch gestützten Übertragungsweg. Allerdings kann die Durchführung von vielfältigen technischen Störungen begleitet sein, die das Verständnis für die Aufgabenstellung, die Leistungserbringung und insgesamt die

59 Informationen für Studierende (<https://www.uni-jena.de/digitalesprüfen/informationenstudierende>).

60 Online-Proctoring - Beaufsichtigung digitaler Prüfungen (<https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring>).

61 Open-Book-Klausuren und was sich dahinter verbirgt – @LLZ (<https://blog.llz.uni-halle.de/2021/01/open-book-klausuren-und-was-sich-dahinter-verbirgt/>).

62 Frölich-Steffen, Handreichung zur Online-Lehre, Stand: Wintersemester 2020/21, S. 12 (https://www.profil.uni-muenchen.de/profil-start/profil_hands-on-lehre_pruefung.pdf).

63 Open Book Prüfungen Juridicum: Tipps, Tricks & Survivalpackages - LexisNexis Österreich ([https://www.lexisnexis.at/blog-](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/)

[post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/))

64 Open Book Klausuren - Universität Bielefeld (<https://www.uni-bielefeld.de/einrichtungen/bits/elearningmedien/lernplattformen/e-pruefungen/openbook/>).

65 Open Book Take-Home Exam Download and Upload Quick Guide (https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Klement/Quick_Guide_fu_r_Download_und_Upload.pdf).

66 Wintersemester 2020/2021 | Universität des Saarlandes (<https://tu-dresden.de/tu-dresden/organisation/rektorat/prorektor-bildung/zill/e-learning/corona/digitale-pruefungen>).

Kommunikation stark beeinflussen können. Die mündliche Online-Prüfung würde zudem erlauben, dass die Prüfung aufgezeichnet wird, um gegebenenfalls verhinderten Prüfenden eine spätere Anschauung und Bewertung zu ermöglichen.

cc) Bewertung

Die Bewertung vor allem schriftlicher Prüfungen ist durch die IT-basierte Einsendung auch innerhalb des technischen Systems möglich. Zudem besteht nunmehr die soeben angesprochene Möglichkeit einer späteren Bewertung, wo sonst die tatsächliche Anwesenheit und Anschauung zwingend erforderlich war.

dd) Abgrenzung zu bestehenden Strukturen

In Anwendung des ersten Schritts der Vorüberlegungen lässt sich deshalb Folgendes konstatieren.

1. Es bestehen gute Gründe, den gängigen neuen Online-Prüfungsgestaltungen open book Prüfung und take home Prüfung eigene faktische Typusmerkmale im Vergleich zur Klausur und der Hausarbeit zuzubilligen:

a. Open book Prüfung und take home Prüfung unterscheiden sich von der analog absolvierten Klausur in Anwesenheit erheblich. Denn erstens sind inhaltliche Hilfsmittel zugelassen, was die Möglichkeiten, aber auch die Arbeitsweise der zu prüfenden Personen erheblich verändert. Und zweitens entfällt wegen der Arbeit in Abwesenheit die Möglichkeit und das Erfordernis einer Beaufsichtigung durch die Hochschule, was organisatorische Veränderungen für die Hochschule in Sachen Prüfungsplanung und Fragestellungen für die zu prüfenden Personen bei der Prüfungsvorbereitung nach sich zieht.

b. Eine Zuordnung von open book Prüfung und take home Prüfung zur anderen hauptsächlichen Spielart der schriftlichen Prüfung, der Hausarbeit, ergibt dagegen gewisse Übereinstimmungen. Hier wie dort sind die Fragestellungen der Prüfung in einer vorgegebenen Zeit selbstständig und mit allen verfügbaren Hilfsmitteln zu bearbeiten.

c. Open book Prüfung und take home Prüfung teilen andererseits auch einige Gemeinsamkeiten mit der Klausur. Denn wegen der begrenzten Bearbeitungszeit sind abzurufende Kompetenzen oder die Inhalte der Prüfung nach Breite und Tiefe eher mit einer Klausur vergleichbar als mit denen einer Hausarbeit. Ebenso sind die begleitenden Anforderungen, etwa an Inhaltsver-

zeichnis, Gliederung oder Quellenverzeichnis, eher der Klausur ähnlich als der Hausarbeit.

2. Die mündliche Prüfung im persönlichen Gespräch und in IT-basiert durchgeführter Form sind hinsichtlich ihrer faktischen Typizität weitgehend vergleichbar, was Vorbereitung, Durchführung und Bewertung angeht. Dass sich bei der IT-basiert durchgeführten mündlichen Prüfung durch den nur bedingt für die Hochschule einsehbaren Prüfungsraum andere, erweiterte Täuschungspotenziale ergeben, ist auf dieser gedanklichen Ebene noch nicht zu betrachten. Als Zwischenergebnis sind also diese beiden Ausgestaltungen unter einen faktischen Prüfungstyp „mündliche Prüfung“ zu bringen.

b) Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

Diese faktischen Besonderheiten sollen nun in das bestehende rechtliche Gefüge eingeordnet und auf ihre Passfähigkeit innerhalb dessen überprüft werden.

aa) Art. 12 Abs. 1 GG - Qualitätsanforderungen

Erster hauptsächlicher rechtlicher Maßstab für die Erfassung von Prüfungen ist dabei die Ausrichtung der Prüfung an den qualitativen Anforderungen der Gesellschaft im Hinblick auf die mit der konkreten Ausbildung verfolgten typischen Berufsbilder.⁶⁷ Dieser Maßstab scheint zunächst indifferent zu wirken, da die Art der kommunikativen Übertragung einer Prüfungsleistung gedanklich unabhängig von den inhaltlichen Anforderungen an die Prüfung ist. Allerdings besetzt speziell für open book Prüfungen eine gewisse Verbindung zwischen technischer Übertragung und inhaltlicher Ausgestaltung. Denn durch die Zulässigkeit von Hilfsmitteln tritt eine reelle Möglichkeit der Abfrage von Wissenskompetenzen weitgehend in den Hintergrund. Stattdessen werden Fragestellungen, die auf Transfer- bzw. Synthesekompetenzen einwirken, wichtiger.⁶⁸ Jedoch ist diese Auffächerung von Prüfungsgestaltungen auch ohne die Betrachtung von Online-Prüfungen bereits vorhanden und in der Hochschullandschaft verbreitet. Die digitalen Übertragungswege der Online-Prüfungen und die damit verbundenen Neugestaltungen von Prüfungsfragen werden diesen Prozess der Auffächerung und Diversifizierung sicherlich weiter modifizieren und voranbringen. Ob sie allerdings eine Intensität erreichen, die zu der Annahme verleitet, der Qualitätsmaßstab aus

67 BVerfGE 13, 97 ff.

68 Frölich-Steffen, oben Fn. 62, D. 9.

Art. 12 GG sei nicht mehr hinreichend für die prüfungsrechtliche Erfassung der inhaltlichen Anforderungen an eine Prüfung, darf bezweifelt werden.

bb) Art. 3 Abs. 1 GG – Gebot der Chancengleichheit

Der zweite bedeutsame, eher auf das Prüfungsverfahren einwirkende rechtliche Maßstab ist das Gebot prüfungsrechtlicher Chancengleichheit. Dieser wird aus Art. 3 Abs. 1 GG,⁶⁹ teilweise in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG,⁷⁰ abgeleitet und beinhaltet das Erfordernis weitgehend gleicher Prüfungsbedingungen und Bewertungsmaßstäbe für vergleichbare Prüfungen.⁷¹ Hierbei ist zu differenzieren. Soweit die organisatorische Durchführung für alle Prüflinge einer Prüfungskampagne nach gleichen äußeren Bedingungen arbeitet, sollte der administrative Anteil der Chancengleichheit auch bei Online-Prüfungen gewahrt werden können. Inhaltlicher Ausfluss des Gebots der Chancengleichheit ist allerdings auch, dass keine unzulässigen Hilfsmittel verwendet werden dürfen. Hierzu zählt auch die Erbringung der Leistung in eigener Person sowie ohne fremde persönliche Hilfe.⁷² Ein Abgleich der soeben herausgearbeiteten faktischen Besonderheiten am Maßstab der Chancengleichheit, speziell mit Blick auf die vorhandenen Täuschungspotenziale, ergibt dabei die nachfolgenden Betrachtungen:

1. Die stark veränderte Organisation und Vorbereitung der Prüfung hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Chancengleichheit, soweit sie für alle beteiligten Studierenden gleichermaßen angewendet werden.

2. Auch die Pflicht der Hochschule, technische Ersatzgeräte zur Verfügung zu stellen, trägt keine Auffälligkeiten im Hinblick auf die Chancengleichheit in sich, zumindest so lange nicht, wie die erforderlichen (Grund-)Funktionalitäten für die Prüfung bei den Endgeräten vorhanden sind.

3. Die technische Überwachung (Proctoring) der Prüfung birgt neue, bisher ungeahnte Möglichkeiten für die Prüflinge, unerlaubte Hilfsmittel zu verwenden. Der geringe Überwachungswinkel der Webcam lässt Möglichkeiten, in anderen Zimmern als dem eigentlichen Prüfungsraum, im Prüfungsraum selbst oder sogar am Arbeitsplatz unerlaubte Hilfsmittel aufzubewahren und zu verwenden. Diese Möglichkeiten bestanden bisher in inhaltlicher Hinsicht ebenfalls, etwa in Kleidungsstücken oder in Taschen, werden bei Online-Prüfungen

aber nicht unerheblich erweitert. Die Möglichkeit, unerlaubte persönliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist außerdem insbesondere bei Proctoringsystemen ohne Audiofunktion erheblich gestiegen.

4. Die Zulassung von Hilfsmitteln verändert die Anforderungen an die Sicherstellung der Chancengleichheit ebenfalls gravierend. Denn im gleichen Maße ist die Hochschule von einer entsprechenden Beweislast im Streitfall befreit, was zum Wegfall der Notwendigkeit für entsprechende Überwachungsmaßnahmen führt. Gleichzeitig wird das Täuschungspotenzial und damit die Gefährdungslage für die Chancengleichheit während der Prüfung herabgesenkt.

5. Die Einführung der Kennzeichnungspflicht fremder Gedanken bei Online-Prüfungsformaten hat Auswirkungen auf die Qualität der Arbeit und ist damit eher für den Maßstab der Qualitätserwartungen relevant als für die Chancengleichheit aller Prüflinge im Verfahren.

6. Die Verwendungspflicht eigener technischer Geräte im Rahmen der freien Bearbeitung birgt zwar kein näheres Gefährdungspotenzial für Täuschungen. Eine funktionale Minder- oder Fehlfunktion dieser Geräte während der Prüfung kann jedoch einen anderen Aspekt der Chancengleichheit aktivieren, nämlich die Pflicht zum Ausgleich unverschuldeter Nachteile der Prüflinge in deren Darstellung der Prüfungsleistung, sog. Nachteilsausgleich.⁷³ Diese Fallgruppe von Nachteilsausgleichen während der Prüfung, insbesondere in der Form der Verlängerung der Prüfungsdauer, ist zwar nicht unbekannt aus der analogen Welt, denkt man etwa an vorübergehenden Lärm im Umfeld des Prüfungsraums.⁷⁴ Hier wären jedoch nicht nur die Ebene der Gewährung verschieden - individuell statt generell, sondern auch die Wahrnehmungs- und Aufklärungsstruktur anders. Nachteilsausgleiche durch technische Störungen, insgesamt und speziell mit Blick auf die studentischen Endgeräte bei der freien Bearbeitung, tragen deshalb eher die Struktur der üblichen, vor Beginn der Prüfung gewährten individuellen Nachteilsausgleiche als von solchen während der Prüfung.

69 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

70 BVerwG DVBl. 2020, 125 ff.

71 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

72 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 45 ff.

73 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 259.

74 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 441.

cc) Datenschutzrecht

Durch die IT-basierte Übertragung weitgehender Informationen bzw. Daten mit Bezug zur Prüfung haben sich neue Bereiche datenschutzrechtlicher Betrachtung ergeben.⁷⁵ Dazu zählen nicht nur Verarbeitung bekannter Datenkategorien in neuen, IT-basierten Kontexten, etwa von Name oder Matrikelnummer in IT-Systemen statt einer Papier-Teilnehmerliste. Daneben bestehen auch und vor allem komplett neue Datenkategorien, etwa IP-Adressen oder biometrische Daten wie Gesicht oder Stimme,⁷⁶ wobei letztere zusätzlich noch besonders zu schützen sind, Art. 9, 35 EU-DSGVO.⁷⁷ Schließlich stellen sich auch neue Fragen der Intensität der Verarbeitung personenbezogener Daten, etwa räumlich – Erfassung des kompletten (privaten) Prüfungsraums oder von Teilen dessen, zeitlich – Frequenz der Proctoring-Aufnahmen – oder inhaltlich – Proctoring mit oder ohne Audiofunktion.

All dies eröffnet nicht nur neue rechtliche Welten im Zusammenhang mit dem Datenschutz. Die datenschutzrechtlich gesetzten Grenzen wirken daneben auch auf die Gestaltung der Prüfung ein und prägen die faktischen Prüfungstypen und –strukturen gleichzeitig mit. Das Absolvieren der Prüfung im ansonsten vor Einblicken der Hochschule geschützten privaten Prüfungsraum, Verkürzungen von Wahrnehmung der Prüfungsinhalte oder Nachteile bei Leistungserbringung (mündliche Online-Prüfung) oder Übertragung (schriftliche Online-Prüfung) wirken auf Inhalt und Verfahren der Prüfung ein.

c) Einordnung in das geltende rechtliche Regime

Welche Folgerungen für die rechtliche Erfassung der Typologie von Online-Hochschulprüfungen können aus den erarbeiteten Erkenntnissen abgeleitet werden?

1. Die open book Prüfung unterscheidet sich von der Präsenzklausur faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung und Durchführung, dabei vor allem mit Blick auf die Zulässigkeit von Hilfsmitteln. In rechtlicher Hinsicht bedeutsam sind die neue datenschutzrechtliche Erfassung der Prüfungsleistung, bei vorgeschalteter IT-basierter Identitätskontrolle zusätzlich von Kategorien wie Prüfungsraum, IP-Adresse oder biometrischer Daten, die Bedeutsamkeit der Kennzeichnung fremder Gedanken für die inhaltliche Qualität der Arbeit, das abgesenkte Täuschungspotenzial durch die zugelassenen Hilfsmittel

sowie die neue Dimension des individuellen Nachteilsausgleichs während der Prüfung.

2. Es bestehen auch Differenzierungsmöglichkeiten der open book Prüfung zur Hausarbeit. Die hier wie dort verwendbaren Hilfsmittel lassen zwar Aufsichtsmaßnahmen gleichermaßen entfallen. Abzuprüfende Kompetenzen und Begleitleistungen sind jedoch wegen der stark abweichenden Prüfungsdauer verschieden. Bedeutsame rechtliche Abweichungen, abgesehen von den datenschutzrechtlichen Implikationen bei Identitätskontrolle im Rahmen der open book Prüfung, bestehen dagegen nicht.

3. Diese beiden Aussagen gelten entsprechend für die take home Prüfung mit der Besonderheit, dass eine Identitätskontrolle hier in aller Regel nicht stattfindet und die entsprechenden datenschutzrechtlichen Implikationen nicht typusprägend sind.

4. Die mündliche Online-Prüfung unterscheidet sich von der mündlichen Präsenzprüfung faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung, dagegen kaum in ihrer Durchführung. Rechtlich bedeutsam ist dagegen sowohl die stark veränderte, durchgängige datenschutzrechtliche Erfassung als auch die neue individualisierte Form des Nachteilsausgleichs während der Prüfung infolge von technischer Störungen.

d) Ergebnisse

Aus diesen Ableitungen lassen sich folgende Ergebnisse extrahieren.

aa) Open book Prüfung und take home Prüfung

Open book Prüfung und take home Prüfung stehen in ihrer faktischen Ausgestaltung und rechtlichen Erfassung zwischen Klausur und Hausarbeit. Sie verdienen deshalb jedenfalls eine Anerkennung als jeweils eigenständige Prüfungsart innerhalb des Typus der schriftlichen Prüfungen.

Das rechtstheoretisch-rechtsmethodische Erfordernis, einen neuen Prüfungstypus abzuleiten, scheint dagegen für open book Prüfung und take home Prüfung noch nicht gegeben zu sein. Die prüfungsrechtlichen Maßstäbe sind im Vergleich zu Klausur und Hausarbeit zwar modifiziert. Die Abweichungen lassen eine Erfassung unter dem Typus der schriftlichen Prüfungen jedoch weder als unangemessen im Sinne von *Larenz*⁷⁸ erscheinen, noch lässt sich die Verbindung von Tatbestand und (prüfungsrechtlicher) Rechtsfolge im Sinne von

75 Die Bayrische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) vom 16.9.2020 erfasst als erkennbar erste integrierte staatliche Regelung die verschiedenen Aspekte des Datenschutzes bei Online-Prüfungen; *Sandberger*, oben Fn. 2, S. 157 f.

76 *Fehling*, oben Fn. 2, S. 146.

77 *Morgenroth/ Wiczorek*, *OdW* 2021, 7, 10.

78 Oben, Fn. 52.

*Pawlowski*⁷⁹ nicht mehr plausibel erklären. Zwar besteht insoweit die Möglichkeit einer Einwirkung datenschutzrechtlicher Verkürzungen auf die Prüfung nach § 46 LV-wVfG. Es wird aber weiterer faktischer Verdichtung, praktischer Erfahrung und vor allem wissenschaftlicher und forensischer Aufarbeitung bedürfen, um belastbare, anderslautende typologische Erkenntnisse zu generieren. Bis dahin wird hier davon ausgegangen, dass open book Prüfung und take home Prüfung, weder einzeln noch in ihrer Zusammenschau, einen eigenständigen Prüfungstypus bilden.

Die vor allem durch das Datenschutzrecht bedingten abweichenden faktischen Strukturen legen jedoch in jedem Falle eine eigenständige Erfassung in der Prüfungsordnung durch eigene Regelungen nahe. Denn es bestehen hinreichende, faktisch und rechtlich bedingte Risikopotenziale, die es durch Regelung zu steuern gilt.

bb) Mündliche Online-Prüfungen

Die faktischen und rechtlichen Abweichungen der mündlichen Prüfung in der Online-Variante im Vergleich zur Präsenzprüfung fallen dagegen stärker aus. Die IT-Dimension bewirkt sowohl für die Vorbereitung als auch für die Durchführung erhebliche Modifizierungen im Vergleich zur mündlichen Präsenzprüfung mit Wirkung für Nachteilsausgleiche und Performance. Zudem besteht hier auch noch die faktische Möglichkeit der späteren Bewertung einer aufgezeichneten Prüfung, der rechtlich entsprechend zu begegnen ist. All dies führt sicher zu einer Anerkennung als eigenständige Prüfungsart und auch zum Erfordernis einer eigenständigen Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung.

Ob eine Anerkennung der mündlichen Online-Prüfung als eigenständiger Prüfungstypus gerechtfertigt ist, kann noch nicht abschließend beantwortet werden, liegt nach Lage der Dinge aber deutlich näher als für open book Prüfung oder take home Prüfung. Denn die visuelle Überwachung bewirkt nicht nur das Erfordernis der Betrachtung neuer datenschutzrechtlicher Aspekte, sondern auch von Grundrechten mit Bezug zum Schutz der Wohnung.⁸⁰ Vieles wird des Weiteren davon abhängen, welchen Einfluss die prüfungsrechtlichen Beteiligten in den Gerichten, in der Wissenschaft und aus der Hochschulpraxis den datenschutzrechtlichen Gegebenheiten beimessen. Auf den ersten Blick scheinen die Abweichungen zur mündlichen Präsenzprüfung nicht geringer

zu sein als etwa diejenigen einer elektronischen Prüfung zu einer schriftlichen Prüfung, die anerkanntermaßen als verschiedene Prüfungsformen bestehen.⁸¹ Auch hier darf die weitere Entwicklung und Aufarbeitung mit Spannung abgewartet und begleitet werden.

3. Begriffliche Fragen

Impulse für Veränderungen der verwendeten Begrifflichkeiten gibt es aus dem Vorgesagten für die Verwendung des Oberbegriffs „Prüfungsform“ (a), für die synonym verwendete Bezeichnung „Aufsichtsarbeit“ für die Klausur (b), und für die Benennung der Online durchgeführten Prüfungen als „Fernprüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder Online Prüfungen“ (c).

a) Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

Aus zwei Gründen erscheint der Begriff „Prüfungstyp“ gegenüber dem Terminus „Prüfungsform“ treffender und mit weniger Missverständnispotential behaftet zu sein. Denn erstens ist – unabhängig von den soeben angestellten typologischen Betrachtungen – die Form im Recht ihrerseits eines von vielen Verfahrensbestandteilen, nicht aber eine Oberkategorie selbst. Für die Schriftform (§§ 125 f. BGB) und für die elektronische Form (§ 126 BGB) gibt es dezidierte rechtliche Vorgaben, die jedoch mit der Einhaltung dieser Formen auf Elemente des Verfahrens abzielen, ohne das Gesamtphänomen zu erfassen, in das diese Formen eingebettet sind. Der Begriff „Form“ ist im Recht deshalb traditionell anders besetzt, seine Verwendung für Oberkategorien kontraintuitiv. Und zweitens ist die begriffliche Verknüpfung von Typus und Regelungsbedarf im Recht bereits sehr verbreitet, denkt man beispielsweise an Vertragstypen⁸² oder Straftatbestände. Anstelle von „Prüfungsformen“ erscheint deshalb eine Oberstruktur von „Prüfungstypen“ sowohl Sinngehalt als auch Erkenntnisinteresse besser zu erfassen.

Dass gegebenenfalls mehrere Prüfungsarten unter einen Oberbegriff, nach hier vertretener Auffassung des „Prüfungstyps“ zu bringen sind, wie das bisher verbreitet vertreten wird, ist dagegen unschädlich und wegen der Kürze und Prägnanz gegenüber anderen, ähnlich geeigneten Begriffen wie „Prüfungsausgestaltung“ auch vorzugswürdig.

79 Oben, Fn. 53.

80 S. oben, Nr. II.

81 *Jeremias*, oben Fn. 44.

82 S. oben, Fn. 48, 51.

b) Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

Trotz einer verbreiteten definitiven Zuordnung der Beaufsichtigung zum Begriff der Klausur⁸³ erscheint die synonyme Setzung der Begriffe Aufsichtsarbeit und Klausur fragwürdig. Ein Blick auf die etymologische Entwicklung des Begriffs „Klausur“ zeigt zunächst, wie weit sich dessen Bedeutung zumindest für Prüfungen⁸⁴ von seinem Ursprung entfernt hat. Der ursprünglich essenzielle Teil des Begriffs, die Ableitung aus den lateinischen Wörtern „claudere“ (dt. schließen) und „clausura“ (dt. Verschluss), verdeutlicht die Abgeschlossenheit und Unzugänglichkeit des Klausurgegenstands als das primäre namensgebende Element.

Zudem hat sich gezeigt, dass die strukturelle Erfassung des Prüfungssystems durch die Online-Prüfungen eine Erweiterung erfahren hat. Diese bewirkt, dass andere Abgrenzungskategorien an Bedeutung gewinnen und zunehmend prägend werden. Für die hier relevante Betrachtungsgruppe der schriftlichen Prüfungen mit Ausnahme der Hausarbeit scheint es nunmehr tendenziell auf die Unterscheidung der Prüfung mit und ohne zugelassene Hilfsmittel als auf die Aufsicht anzukommen.

Schließlich spricht auch die gedankliche Gegenprobe eher gegen eine Gleichsetzung der Begriffe. Denn sollte es im Einzelfall vorkommen, dass eine eingeplante Beaufsichtigung – sei es durch Krankheit des Personals oder durch Ausfall der Proctoringsysteme – ganz oder vorübergehend nicht eingesetzt werden kann, so wird es dennoch fernliegend sein, die durchgeführte Prüfung deshalb nicht als Klausur anzusehen oder sogar gerichtlich mit der Begründung einer fehlerhaft durchgeführten Prüfung zu argumentieren.

Wegen der traditionell üblichen Ausübungsform ist eine synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ deshalb eine geeignete begriffliche Annäherung, sollte in rechtsverbindlichen Texten jedoch insbesondere dann nicht verwendet werden, wenn es gerade um die rechtliche Bewertung von Details dieses Prüfungstyps geht.

c) Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

Die durch die Corona-Situation verstärkt verwendeten IT-basiert durchgeführten Prüfungsformen werden in verschiedener begrifflicher Ausgestaltung verwendet, etwa als „Fernprüfung“, „digitale Prüfung“ oder „Online-Prüfung“. Hierzu soll im Folgenden begrifflich Stellung genommen werden.

Die „Fernprüfung“⁸⁵ ist für sich genommen kein genau abgegrenztes Phänomen, sondern kann in vielen verschiedenen Gestaltungen auftreten. Insoweit unterliegt der Begriff auch nach dem Willen seiner Schöpfer noch einem Konkretisierungs- bzw. Konsolidierungsprozess. Dennoch scheint die gedankliche Nähe zum „Fernunterricht“ nach dem FernUSG nicht optimal, um begrifflichen Missverständnissen vorzubeugen. Zwar verwendet das FernUSG selbst den Begriff der „Fernprüfung“ nicht. Es erscheint jedoch durchaus naheliegend, die „Überwachung des Lernerfolgs“ nach absolviertem Fernunterricht im Sinne von § 2 Abs. 1 FernUSG als Fernprüfung zu bezeichnen. Um dieser Verknüpfung, die keine inhaltliche Entsprechung hätte, zu vermeiden, soll deshalb von der Verwendung des Begriffs „Fernprüfung“ abgeraten werden.

Auch die Verwendung des Begriffs „digitale Prüfung“ scheint den Kern des zu erfassenden Sachverhalts nicht vollständig zu erfassen. „Digital“ bedeutet die Abbildung von Informationen als Zahlenkombinationen.⁸⁶ Dies erfasst zwar den Prozess der Informationsübertragung nach beiden Seiten, der sowohl für das Verfahren als auch für die Bewertung der Prüfung wesentlich ist. Den Charakter der neuen Prüfungsarten gerade als Substitut für die nicht mehr durchführbaren Prüfungsarten erfasst diese Bedeutung jedoch in weiten Teilen nicht, etwa die Dimensionen An- oder Abwesenheit oder A/Synchronizität in zeitlicher Hinsicht. Der Begriff „digitale Prüfung“ scheint damit für die Zwecke der vollständigen Einordnung der neuen Prüfungsarten etwas zu kurz zu greifen.

83 So Fischer/ Dieterich, oben Fn. 1, in Abgrenzung zur keine Aufsicht erfordernden Hausarbeit.

84 Die Redewendung „in Klausur gehen“ ist dagegen in anderen Kontexten noch verbreitet, beispielsweise mit Blick auf die all-

jährlichen Klausursitzungen der politischen Parteien.

85 S. BayFEV, oben Fn. 75.

86 Duden | digital | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Bisweilen wird auch das Kürzel „e“ vor der Benennung der einzelnen Prüfungsart verwendet, z. B. als „e-Klausur“. Das Kürzel verweist hierbei auf „electronic“ oder „elektronisch“. Wegen der begrifflichen und gedanklichen Nähe zur elektronischen Form wird auch hier empfohlen, in rechtsverbindlichen Dokumenten darauf zu verzichten.

Auch der Begriff „IT-basiert“ scheint den Wesensgehalt des zu Erfassenden nur unzureichend abzubilden. Denn IT-basiert als „auf Informationstechnologie beruhend“ erfasst auch etablierte Prüfungsarten aus der analogen Welt, beispielsweise die Hausarbeit oder den Essay, die mittlerweile in den allermeisten Fällen auf dem Computer und damit IT-basiert verfasst werden dürften.

Der Erfassung der vielfältigen neuen Gestaltungsformen von Prüfungen am nächsten zu kommen scheint der Begriff „Online-Prüfung“. „Online“ meint hier die aktive Verbindung des die Prüfungsleistung hauptsächlich übertragenden Geräts der Informationstechnologie,⁸⁷ etwa von Computer oder Kamera also, zur Informationsverarbeitungsanlage. Dieser Begriff inhäriert bereits die digitale Informationsumwandlung und –übertragung, geht aber bezüglich der Interaktion zwischen prüfender und zu prüfender Person entscheidend darüber hinaus. Dass in Einzelfällen zur Minimierung von Täuschungsrisiken Prüfungen ganz oder teilweise offline, z. B. im Flugmodus, zu absolvieren sind, schadet der begrifflichen Passgenauigkeit von „Online“ nicht, weil der Begriff die Anwendungsfälle dennoch alle abstrakt korrekt erfasst.

Im Ergebnis wird deshalb empfohlen, für die infolge der Corona-Situation aufgekommenen Prüfungstypen bzw. -arten die Bezeichnung „Online-Prüfungen“ zu verwenden.

IV. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Es bestehen gute Gründe dafür, die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Bewältigung der Corona-Situation, insbesondere zur Erfassung von Online-Lehre und Online-Prüfungen, in Anwendung der Vorgaben des BVerfG zumindest auch, möglicherweise ausschließlich, am Maßstab von EU-Grundrechten prüfen zu müssen. (oben, II. 2). Dies gilt besonders, wenn die daten-

schutzrechtliche Legitimation der Datenverarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgt (s. oben, II. 3). Den Hochschulen wird deshalb empfohlen, den Maßstab der EU-Grundrechte zu berücksichtigen.

2. Für den Fall, dass eine Anwendbarkeit nationaler Grundrechte neben den EU-Grundrechten angenommen wird, so ist zu beachten, dass die relevanten Grundrechte unterschiedliche Schutzgehalte, Strukturen und Intensitäten aufweisen: Im Rahmen des prüfungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit steht einer traditionell anerkannten und detailliert ausgestalteten deutschen Grundrechtsverbürgung aus Art. 3 Abs. 1 GG eine bestenfalls rudimentär vorhandene EU-rechtliche Grundrechtserfassung gegenüber (s. oben, II. 4 a.). Umgekehrt ist das EU-Grundrecht auf Achtung der Wohnung in Art. 7 GrCh europarechtlich solide entwickelt und strukturell leicht zu erfassen, während die Anwendbarkeit des deutschen Pendantes aus Art. 13 GG infolge fortschreitender Grundrechtskonkurrenzen zunehmend erodiert und zudem strukturell die hiesige Problematik bestenfalls am Rande erfasst (s. oben, II. 4 b.).

3. Die neuartigen Gestaltungen schriftlicher Online-Prüfungen in den Formen der open book Prüfung und der take home Prüfung weisen eigenständige, faktische und rechtliche Charaktermerkmale auf, die sowohl eine Zubilligung als eigenständige Prüfungsarten als auch das Erfordernis einer Erfassung in eigenständigen Rechtsgrundlagen in der Prüfungsordnung rechtfertigen. Die Identifizierung dieser Prüfungsgestaltungen als eigener Prüfungstypus im Sinne einer rechtstheoretisch-rechtsmethodischen Einordnung scheint dagegen vorerst nicht angezeigt (s. oben, III. 2 d aa.)

4. Ebenso sind Online absolvierte, mündliche Prüfungen wegen Art und Intensität ihrer Besonderheit sowohl als eigene Prüfungsart als auch als Gegenstand eigener Regelung in der Prüfungsordnung zu betrachten. Zudem sprechen gute Gründe für ihre Erfassung als eigenständiger Prüfungstypus, vor allem wegen der starken Implikationen des Gebots der Chancengleichheit bei technischen Störungen sowie der erheblichen Erweiterung der grundrechtlichen Relevanz im Datenschutzrecht und im Recht des räumlichen Schutzes der Privatheit. Die weitere Entwicklung wird zeigen, inwieweit sich diese Annahme verifiziert (s. oben, III. 2 d bb.).

5. Statt des Begriffs „Prüfungsform“ wird der Begriff des „Prüfungstyps“ als Oberbegriff für die Erfassung

87 Duden | Online | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

hinreichend gleichartiger Prüfungsformen vorgeschlagen, da die Verwendung von „Form“ im Recht üblicherweise eher einzelne Verfahrenselemente als Gesamtphänomene beschreibt und dieser Begriff der methodischen Herangehensweise der Typenbildung auch näher ist (s. oben, III. 3 a.).

6. Die verbreitete synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ ist als semantische Annäherung gut geeignet, vor allem in methodischen Kontexten jedoch aus etymologischen, aktuellen strukturellen und auch praktischen Erwägungen heraus ungenau (s. oben, III. 3 b.).

7. Für die Bezeichnung von auf der Grundlage von IT-Systemen durchgeführten Prüfungen erscheint der Terminus der „Online-Prüfung“ gegenüber ebenfalls verwendeten Begriffen wie „Fernprüfung“, „digitale Prü-

fung“ oder „e-Prüfung“ vorzugswürdig, weil er die Besonderheiten gerade dieser Kommunikationsstruktur am besten erfasst (s. oben, III. 3 c.).

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar der Ernst-Abbe-Hochschule sowie Referent und Fachautor im Hochschulstudien- bzw. -prüfungsrecht. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wider.

Johannes M. Deutsch

Forschung und Lehre am Küchentisch?

Homeoffice und mobiles Arbeiten in Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Obwohl Homeoffice und mobiles Arbeiten bereits seit einigen Jahren feste Begriffe in der Arbeitswelt sind, erlebt die Thematik neuerdings eine regelrechte Renaissance. Angefangen mit dem Referentenentwurf des BMAS von Oktober 2020¹ und dem Versuch einen allgemeinen Rechtsanspruch zu normieren, bis hin zur jüngsten Corona-ArbSchV, die den Arbeitgeber* verpflichtet, seinen Beschäftigten anzubieten auch von zu Hause aus zu arbeiten. Die Lager der Befürworter und Kritiker indes scheinen gespaltener denn je zu sein.² In den vergangenen Monaten dürfte zumindest statistisch gesehen ein Drittel aller Beschäftigten eigene Erfahrungen mit und im Homeoffice gemacht haben.³ Als gelegentlich im Homeoffice Beschäftigter ist der Autor auch Teil dieser Statistik. Mannigfaltig wurde in den vergangenen Monaten in der Literatur über Homeoffice und mobiles Arbeiten geschrieben. Wie die Verbreitung hinreichend verdeutlicht, lohnt sich ein Blick, was Homeoffice oder mobile Arbeit ist, welche Erscheinungsformen etabliert sind und in welchen Fällen ein Anspruch oder sogar eine Pflicht zum Homeoffice besteht. Um die Besonderheiten von Forschung und Lehre zu berücksichtigen soll der nachfolgende Aufsatz daher die Einführung von Homeoffice oder mobiler Arbeit in Hochschulen und Forschungseinrichtungen in den Blick nehmen.

I. Mobile Arbeitsformen

Telearbeit ist die einzige Form häuslicher Arbeit die in § 2 Abs. 7 ArbStättV legal definiert ist. Telearbeit ist dem-

gemäß ein vom Arbeitgeber fest eingerichteter Bildschirmarbeitsplatz im Privatbereich der Beschäftigten, über eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und Dauer. Dabei liegt ein Telearbeitsplatz nach Satz 2 nur dann vor, wenn er arbeitsvertraglich oder durch Vereinbarung festgelegt wurde und die Ausstattung mit Mobiliar, Arbeitsmitteln und Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber bereitgestellt und installiert wird. Daher liegt ein Telearbeitsplatz schon nicht mehr vor, wenn der Arbeitstisch dem Arbeitnehmer gehört.⁴

In der Praxis haben sich daher vielfältige Abweichungen von der Telearbeit etabliert.

Arbeitet der Beschäftigte an mindestens zwei Arbeitsstätten im Wechsel, davon eine in seinem privaten häuslichen Umfeld, liegt *alternierende Telearbeit* vor.⁵ *Informelle Telearbeit* liegt darüber hinaus vor, wenn der Beschäftigte flexibel zwischen den Arbeitsstätten wählen kann.⁶ Liegt die Arbeitsstätte weder im Betrieb noch im häuslichen Umfeld, wird von *mobiler Arbeit* gesprochen.⁷ De lege ferenda sollte nach dem Referentenentwurf des BMAS⁸ mobile Arbeit gemäß § 111 Abs. 1 S. 2 GewO vorliegen, wenn Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung regelmäßig unter Verwendung von Informationstechnologie außerhalb der Betriebsstätte entweder von einem Ort oder von Orten ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder Orten erbringen.⁹

Allen Formen von Homeoffice und mobiler Arbeit liegt jedenfalls eine Tätigkeit außerhalb der Betriebsstät-

1 BMAS, Mobile Arbeit stärken. Gesetzesinitiative für eine gesetzliche Regelung mobiler Arbeit <https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/mobile-arbeit.html>, zuletzt abgerufen am 2.12.2020.

* Zur besseren Leserlichkeit wird hier und im folgenden nur eine generische Form verwendet. Die gesamte Vielfalt in der Arbeitswelt soll sich nichtsdestotrotz stets angesprochen fühlen.

2 So z.B. *Creutzburg*, „Wenn Homeoffice Bedrohung wird“, FAZ vom 25.11.2020, S. 18.

3 Für Stadtreionen in Baden-Württemberg, Ministerium für Verkehr Baden-Württemberg, Studie zu Corona zeigt: Kurzarbeit und Homeoffice verändern Mobilität, <https://vm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/studie-zu-corona-zeigt-kurzarbeit-und-homeoffice-veraendern-mobilitaet/>, 23.8.2020, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

4 Vgl. *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 15 Rn. 3 f.

5 Vgl. *Hahn*, öAT 2018, 202, 203.

6 *Ebd.*, öAT 2018, 202, 203.

7 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 15 Rn. 4.

8 Der Entwurf des BMAS von Oktober 2020 ist dem Autor freundlicherweise zur Verfügung gestellt worden.

9 Hinsichtlich eines neueren Referentenentwurfs im Dezember 2020 änderte sich wohl, dass die Arbeitsleistung *regelmäßig* anderen Ortes erbracht werden soll; vgl. *Deutzmann, Teigelkötter*, Mobile Arbeit – Referentenentwurf des BMAS für ein Gesetz zur mobilen Arbeit, 1.12.2020, <https://www.mwe.com/de/insights/mobile-arbeit-referentenentwurf-des-bmas-fuer-ein-gesetz-zur-mobilen-arbeit/>, zuletzt abgerufen am 8.12.2020.

te durch (internetgestützte) Informationstechnologie und entsprechende Endgeräte zugrunde. Homeoffice und mobile Arbeit sind weiterhin, nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis, Sammelbegriffe in Abgrenzung zur reinen Präsenzarbeit im Betrieb.

II. Anspruch des Beschäftigten

1. Gesetzliche Regelungen

a. Grundsatz

Mangels gesetzlicher Grundlage besteht kein *allgemeiner* Anspruch des Beschäftigten auf Homeoffice oder mobile Arbeit. Anders nach dem Referentenentwurf des BMAS vom Oktober 2020, der gemäß § 111 Abs. 2 S. 1 GewO einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf mobile Arbeit von bis zu 24 Tagen im Jahr vorsah. Ein neuerer Referentenentwurf sieht dagegen nur noch einen Erörterungs- und Begründungsanspruch vor.¹⁰

b. Anspruch nach der Corona-ArbSchV

Im Rahmen der Bewältigungsstrategie der SARS-CoV-2-Pandemie wurde seit den verschärften Maßnahmen ab November 2020 auch immer die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Homeoffice empfohlen.¹¹ Das BMAS hat am 21.01.2021 aufgrund von § 18 Abs. 3 ArbSchG, § 5 Abs. 1 IfSG eine bis zum 15.3.2021 befristete Corona-ArbSchV erlassen. Neuerdings wurde die Verordnung um Maßnahmen ergänzt und bis zum 30.4.2021 verlängert.¹² Bußgeldbewehrte Verstöße gegen die Verordnung werden wohl empfindlich geahndet.¹³

Nach § 2 Abs. 4 HS 1 Corona-ArbSchV ist der Arbeitgeber verpflichtet seinen Beschäftigten *anzubieten*, in deren Wohnung zu arbeiten, wenn diese Büroarbeiten oder vergleichbare Tätigkeiten ausüben. Davon ausgenommen sind „*entgegenstehende betriebsbedingte Gründe*“, § 2 Abs. 4 HS 2 Corona-ArbSchV. Weder der Verordnungstext noch dessen Begründung definiert welche Tätigkeiten der Verordnungsgeber damit bedacht hat. Das BMAS stellt auf seiner Homepage im Rahmen eines FAQ klar, dass Büroarbeit und vergleich-

bare Tätigkeiten „*in der Regel [...] unter Verwendung von Informationstechnologien von zu Hause aus erledigt werden können*“¹⁴. Hinsichtlich entgegenstehender betriebsbedingter Gründe stellt das BMAS zudem weiterhin fest, welche Tätigkeiten regelmäßig nicht im Homeoffice durchgeführt werden können. Insbesondere dann nicht, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Beispielhaft werden die Entgegennahme, Bearbeitung und Verteilung von Post genannt. Daneben seien organisatorische oder technische Hindernisse, wie fehlende technische Ausstattung allenfalls ein vorübergehender und kein dauerhafter betriebsbedingter Grund.

Die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen kann daher nicht allgemein beantwortet werden. Vielmehr sind die jeweiligen Umstände abzuwägen. Sollte es zur Aufrechterhaltung des Forschungsbetriebs erforderlich sein, dass das Forschungsteam physisch zusammenkommt, lässt sich über einen betriebsbedingten Hinderungsgrund nachdenken. Auch teure oder einmalige Arbeitsmittel können einem Homeoffice-Angebot entgegenstehen. Dies gilt erst-recht, wenn durch die Überlassung des Arbeitsmittels an ein Teammitglied andere Teammitglieder ihrer Forschungstätigkeit nicht nachgehen können und daher der Betrieb gestört wird. Auch nennt das BMAS den Daten- und Betriebsgeheimnisschutz als entgegenstehenden Grund. Dies kann insbesondere in Bereichen von Grundlagenforschungen oder Forschungsgebieten mit erhöhter Vertraulichkeit einer Beschäftigung im Homeoffice entgegenstehen.

Als grundsätzlicher Maßstab für entgegenstehende Interessen wird hier vorgeschlagen, sich an normierten Maßstäben für Forschung und Lehre zu orientieren. Der Bundesgesetzgeber hat die Besonderheiten von Forschung und Lehre bei Abweichungen von der Arbeitszeit im Blick gehabt, § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG. Damit soll den Belangen der Forschung unter Abwägung des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten Rechnung getragen werden.¹⁵ Zwar müssen dabei die besonderen Belange

10 Vgl. Deutzmann, Teigelkötter, Mobile Arbeit – Referentenentwurf des BMAS für ein Gesetz zur mobilen Arbeit, 1.12.2020, <https://www.mwe.com/de/insights/mobile-arbeit-referentenentwurf-des-bmas-fuer-ein-gesetz-zur-mobilen-arbeit/>, zuletzt abgerufen am 8.12.2020

11 Zu den Corona-Beschlüssen vom 20.1.2021, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-reaktionen-beschluesse-bund-laender-100.html>, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

12 BMAS, Corona-Arbeitsschutzverordnung, 10.3.2021, <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>, zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

13 Creutzburg, Löhr, Corona und Homeoffice. So teuer kann Bürozwang werden, 19.1.2021, FAZ.net, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/neue-corona-regeln-so-teuer-kann-der-homeoffice-zwang-werden-17154410.html>, zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

14 BMAS, Neue Corona-Arbeitsschutzverordnung, <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>, 25.1.2021, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

15 § 14 Abs. 2 a.F.: BT-Drs. 12/5888, S. 9, 31; § 14 Abs. 2 n.F.: BT-Drs. 12/6990, S. 17, 44.

von Forschung und Lehre überwiegen, jedoch sind die Anforderungen hieran gering.¹⁶ Besondere Belange liegen zum Beispiel vor, wenn eine längerdauernde Versuchsreihe durchgeführt wird, ein Experiment nur unter bestimmten Bedingungen zu einer Zeit durchgeführt werden kann oder ein erhöhter Arbeitsaufwand entsteht, der nur von bestimmten qualifizierten Beschäftigten bewältigt werden kann.¹⁷ Zusammenfassend überwiegen dienstliche Belange dann, wenn aufgrund der individuellen Fähigkeiten des Beschäftigten und den äußeren Umständen der Forschungs- oder Lehrtätigkeit eine Beschäftigung im häuslichen Umfeld außer Betracht bleiben muss.

c. Anspruch nach den Gleichstellungsgesetzen

Öffentliche Arbeitgeber betreffend wird in der Literatur häufig auch von Ansprüchen auf Homeoffice oder mobiler Arbeit nach den Gleichstellungsgesetzen gesprochen. Die Gemengelage unterschiedlicher Regelungen oder Nichtregelungen in den einzelnen Bundesländern verbietet jedoch eine einheitliche Betrachtung.

Zielsetzung der Gleichstellungsgesetze ist zunächst die Gleichstellung der Geschlechter und die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf zu gewährleisten.¹⁸ Zur Zielerreichung werden unterschiedliche Maßnahmen vorgeschlagen. Allen gemeinsam ist mindestens das Angebot von *Rahmenbedingungen*, die Frauen und Männern die Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Berufstätigkeit erleichtern, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen. Das kann im Einzelnen die Gewährung von *Telearbeitsplätzen* oder jedenfalls eine Beschäftigung im häuslichen Umfeld bedeuten.

Zunächst müssten Hochschulen und Forschungseinrichtungen in die Geltungsbereiche der jeweiligen Gleichstellungsgesetze fallen. Die Gleichstellungsgesetze unterscheiden sich hier teilweise erheblich. Teilweise umfassen die Gleichstellungsgesetze alle öffentlichen Stellen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, wo-

runter auch (landes-)staatliche Hochschulen und öffentliche Forschungseinrichtungen fallen können.¹⁹ Zum Teil werden Hochschulen und Universitätsklinika auch ausdrücklich eingebunden.²⁰ Andere Länder schließen hingegen Hochschulen und Universitätsklinika grundsätzlich in den Geltungsbereich ihrer allgemeinen Gleichstellungsgesetze ein, weisen aber auch auf gegebenenfalls bestehende speziellere Regelungen in anderen Gesetzen hin. In Baden-Württemberg sind beispielsweise nach § 3 I 2 Nr. 3 ChancenG BW Hochschulen umfasst, soweit im Landeshochschulgesetz keine abweichenden Regelungen getroffen werden. Allerdings werden außeruniversitäre Forschungseinrichtungen²¹ gemäß § 3 I 2 Nr. 2 ChancenG BW ausdrücklich ausgenommen.²² Mangels eigener Regelungen zur *Telearbeit* in den entsprechenden Landeshochschulgesetzen bleibt es daher bei den allgemeinen Gleichstellungsgesetzen.²³

Auch die einzelnen Maßnahmen unterscheiden sich in Art und Umfang teilweise erheblich. Hinsichtlich der Art wird in den einzelnen Gesetzen überwiegend von *Telearbeit*, wohl i.S.v. § 2 Abs. 7 ArbStättV, gesprochen.

Einige Länder sehen häusliche und mobile Arbeitsplätze indes nicht als Maßnahme vor und beschränken sich zum Beispiel auf die Förderung von Teilzeitarbeitsplätzen.²⁴ In anderen Ländern sollen im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten *Telearbeitsplätze* angeboten werden.²⁵ Mehrheitlich wird dann über die Gewährung von *Telearbeitsplätzen* anhand familiärer Gründe der Beschäftigten und den dienstlichen Möglichkeiten als familiengerechte Arbeitsplätze entschieden.²⁶ In Mecklenburg-Vorpommern soll Beschäftigten mit Familien- oder Pflegeaufgaben auf Antrag die Möglichkeit von *Telearbeit* bis zur Hälfte ihrer regelmäßigen Arbeitszeit eingeräumt werden, soweit dienstliche Interessen nicht entgegenstehen, § 13 S. 1 GlG M-V. Abweichend von § 2 Abs. 7 ArbStättV begründet dies allerdings keinen Anspruch des Beschäftigten auf Bereitstellung der not-

16 Baeck, Deutsch, Winzer, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG, Rn. 31 f.

17 Ebd., § 14 ArbZG, Rn. 32.

18 Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 LGG NRW.

19 Vgl. Bayern: § 1 Abs. 1 BayGlG, Berlin: § 1 LGG, Brandenburg: § 2 Abs. 1 LGG, Saarland: § 2 LGG.

20 Vgl. Hessen: § 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 HGIG, NRW: § 2 Abs. 1 Nr. 3 LGG, Sachsen: § 3 Abs. 3 S. 1 SächsFFG.

21 Davon umfasst sind jedenfalls die Fraunhofer-Gesellschaft, die Helmholtz-Gemeinschaft, die Leibniz-Gemeinschaft und die Max-Planck-Gesellschaft, vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), Organisationen und Einrichtungen in Forschung und Wissenschaft, 2018, S. 9 abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/BuFi_2018_Organisationenband.pdf, zuletzt abgerufen am 28.2.2021.

22 So auch Thüringen: § 1 aE ThürGleichG, Mecklenburg-Vorpommern: § 2 Abs. 1 Nr. 6 GlG M-V. Ähnlich in Niedersachsen:

§ 2 Abs. 2 S. 1 NGG; dort findet das NGG nur Anwendung, wenn die Vorschriften nicht der Eigenart der Einrichtung entgegenstehen. In Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 2 LGG, wird die Geltung auf nicht wissenschaftliches Personal in den Universitätsklinika beschränkt.

23 Ausnahme: Rheinland-Pfalz, § 4 Abs. 3 S. 5 HS 2, 43 Abs. 4 HochSchG.

24 Bremen: § 8 Abs. 1 LGG, Sachsen: § 10, 11 SächsFFG, Sachsen-Anhalt: § 8 FrFG.

25 Baden-Württemberg: § 30 Abs. 2, 3 ChancenG, Saarland: § 17 Abs. 1, 6 LGG, § 16 Abs. 1 S. 2 BGleiG.

26 Hamburg: § 12 S. 2 HmbGleiG, Thüringen: § 10 Abs. 1 S. 3 ThürGleiG, mit dem Hinweis darauf, dass die Möglichkeiten der Telearbeit verstärkt zu nutzen ist; NRW: § 13 LGG, Niedersachsen: § 4 NGG.

wendigen Technologie, § 13 S. 2 GlG M-V. Im Einzelfall können die Voraussetzungen zur Teilnahme dienststellenintern weitergehend geregelt werden, § 13 S. 3 GlG M-V. In Rheinland-Pfalz erfolgt dagegen zum Beispiel nur der Hinweis, dass die Gewährung von Telearbeit nicht zu beruflichen Nachteilen führen darf.²⁷

Einen allgemeinen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit kann man den einzelnen Gleichstellungsgesetzen hingegen wohl nicht entnehmen. Das BVerwG entschied zur Rechtslage nach dem Bundesgleichstellungsgesetz, dessen Regelungszweck im § 16 Abs. 1 S. 2 BGleIG n.F.²⁸ zumindest mit denen der meisten entsprechenden Landesregelungen verglichen werden kann, dass kein allgemeiner Anspruch des einzelnen Beschäftigten auf Telearbeit besteht.²⁹ Das BVerwG arbeitete aus der Norm eine 2-Stufen-Systematik heraus. Auf der ersten Stufe wird der öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, Angebote zu schaffen, um dem Vereinbarkeitsziel nachzukommen.³⁰ Hieraus kann der einzelne Beschäftigte keinen Anspruch ableiten. Vielmehr liegt darin eine objektivrechtliche Pflicht der Dienststelle.³¹ Maßstab ist die Schaffung arbeits erleichternder Rahmenbedingungen. Solche müssen dem Wortlaut des § 15 BGleIG nur dann nicht geschaffen werden, wenn *zwingende dienstliche Gründe* entgegenstehen. Der strenge Wortlaut erlaubt daher nur Ausnahmen, wenn nach Schwere und Wahrscheinlichkeit von Nachteilen für den Dienstbetrieb Maßnahmen unerlässlich erscheinen.³²

Auf der zweiten Stufe hat der öffentliche Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 BGleIG „im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten“ Telearbeitsplätze auf Antrag des Beschäftigten anzubieten. Im Gegensatz zu den Rahmenbedingungen muss eine Versagung nicht von *zwingenden* dienstlichen Gründen getragen werden. Ob und in welchem Umfang Telearbeit eingeführt wird, liegt daher letztlich im pflichtgemäßen Ermessen der Dienststellen.³³ Zwar deutet das Antragsersfordernis des § 16 Abs. 1 S. 1 BGleIG auf ein subjektives Recht hin, die

Vorschrift soll aber nur klarstellen, dass Telearbeitsplätze nicht gegen den Willen des Beschäftigten, sondern nur auf sein Verlangen hin geschaffen werden können.³⁴ Wird eine Dienstvereinbarung geschlossen, die *grundsätzlich* für bestimmte Beschäftigtengruppen die Teilnahme an häuslichen oder mobilen Arbeitsplätzen ausschließt, ist dies zulässig, wenn diese Arbeitsplätze für diese Arbeitsformen ungeeignet sind.³⁵ Die Entscheidung muss nur ermessensfehlerfrei sein und plausibel begründet werden.³⁶

Entgegenstehende dienstliche Belange sind in Forschungseinrichtungen und Hochschulen jedenfalls auch das Interesse an vollständigen Forschungsteams, insbesondere wenn die einzelnen Mitglieder hochspezialisiert sind und wenn nur dadurch ein Forschungsbetrieb aufrechterhalten werden kann. Weitere Beispiele für wissenschaftsspezifische dienstliche Interessen der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die einer Telearbeit ganz oder teilweise entgegenstehen, sind etwa ortsgebundene Arbeitsmittel oder ortsgebundene Lehrtätigkeiten im Rahmen von aktuellen Präsenznotveranstaltungen, wie Präparierkursen oder fachpraktischen Veranstaltungen in bestimmten Fachbereichen.³⁷

Im Übrigen finden auch hier die Überlegungen zur Corona-ArbSchVO Anwendung. (s.o. II 1 b.)

d. Anspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer und diesen Gleichgestellten

Schwerbehinderte Arbeitnehmer und diesen Gleichgestellte haben gemäß § 164 Abs. 4 S. 1 SGB IX einen Anspruch auf behindertengerechte Beschäftigung. Das kann auch die Beschäftigung im Homeoffice einschließen, wenn es dem Arbeitnehmer infolge der Behinderung nicht möglich ist, in den Betrieb zu kommen. Dem kann ein Arbeitgeber nur entgegenhalten, dass die beanspruchten Maßnahmen unzumutbar sind, unverhältnismäßige Aufwendungen zur Folge hätten oder staatliche beziehungsweise berufsgenossenschaftliche Vorschriften diese verhindern.³⁸

27 So im Übrigen fast alle Gleichstellungsgesetze auch ausdrücklich.

28 Der Entscheidung liegt der wortgleiche § 13 BGleIG a.F. zugrunde.

29 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, juris.

30 Ebd., Rn. 17 f., juris.

31 Ebd., Rn. 18, juris.

32 Ebd., Rn. 19, juris.

33 Begründung zum RegE, BT-Drs. 14/5679, S. 25 zu § 13 a.F. BGleIG.

34 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 23, mwN, juris.

35 Ebd., Rn. 26, juris; VGH Bayern 9.2.2012 – 6 B 11/417, Rn. 19 ff., BeckRS 2012, 58615, beck-online.

36 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 27, juris.

37 Die Regelungsidee betreffend zum Beispiel auch § 2 Abs. 1 S. 2 CoronaVO Studienbetrieb Baden-Württemberg in der Fassung vom 8.3.2021.

38 Im Einzelnen Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 64 ff. mwN.

2. Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis

a. Rücksichtnahmepflicht

In bestimmten Konstellationen kann sich ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben, nach dem jede Partei des Arbeitsverhältnisses dazu angehalten ist Rücksicht auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter der anderen Partei zu nehmen.³⁹

Für einen solchen Anspruch müssen zwei Voraussetzungen vorliegen. Zunächst muss der Arbeitnehmer, die durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO konkret bestimmte Arbeitsleistung *nur* im Homeoffice erbringen können. Es muss also ein *unüberwindbares Hindernis* für die Leistung im Betrieb vorliegen.⁴⁰ Ein solches Leistungshindernis kann bestehen, wenn Arbeitnehmer ihre Kinder aufgrund pandemiebedingter Schließung ihrer KiTa betreuen oder nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG in häuslicher Quarantäne verbleiben müssen.⁴¹

Zum anderen muss der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Beschäftigung im Homeoffice verlangen, das Hindernis mitteilen und einen Lösungsvorschlag für die Ausgestaltung des Homeoffice machen.⁴²

b. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Gruppen von Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage müssen bei Anwendung einer eigenen abstrakten Regel des Arbeitgebers gleichbehandelt werden, daher kann ein Arbeitnehmer bei willkürlicher Ungleichbehandlung auch einen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit haben. Voraussetzung ist, dass eine selbst gewählte abstrakt-generelle Regelung des Arbeitgebers vorliegt, die vergleichbare Arbeitnehmer von einem Anspruch auf Homeoffice sachlich ungerechtfertigt ausschließt.⁴³ Werden innerhalb einer Laborgemeinschaft Arbeitnehmern aufgrund familiärer Verpflichtungen in der Pandemiezeit die Arbeit vom häuslichen Arbeitsplatz gewährt, den Single-Arbeitnehmern Homeoffice zur Aufrechterhaltung des Betriebs hingegen verwehrt, liegt zur Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund vor.

c. Betriebliche Übung

Hat der Arbeitgeber durch gleiches und wiederholtes Verhalten hinsichtlich Homeoffice oder mobiler Arbeit

gezeigt, dass er auch in Zukunft daran gebunden sein will, kann auch aufgrund betrieblicher Übung ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit bestehen.⁴⁴ Räumt beispielsweise eine Professorin ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern stets und über Jahre hinweg ein, ihren Tätigkeiten auch in der allgemeinen Universitätsbibliothek oder von zuhause aus nachzugehen, kann sie diese Übung nicht grundlos aufgeben, indem sie verlangt, dass nur noch im Institut gearbeitet werden darf.

III. Einführung kraft Weisungsrechts des Arbeitgebers

1. Erweitertes Weisungsrecht

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Verrichtung von Arbeitsleistungen nach einseitiger näherer Bestimmung des Arbeitgebers hinsichtlich des Ortes, der Dauer und des Inhalts, § 106 S. 1 GewO. Damit könnte man meinen, dass der Arbeitgeber seinen Beschäftigten auch anweisen kann von zuhause aus zu arbeiten. Durch das Weisungsrecht kann der Arbeitgeber aber nicht über die grundrechtlich geschützte Wohnung des Arbeitnehmers verfügen, Art. 13 GG.⁴⁵ Homeoffice kann daher grundsätzlich nicht durch einseitige Weisung angeordnet werden.⁴⁶

Krisenfälle können allerdings zu einer Erweiterung des Weisungsrechts führen. Aus dem arbeitsvertraglichen Gebot zur Rücksichtnahme aus den §§ 241 Abs. 2, 242 Abs. 1 BGB ergibt sich die Zustimmungspflicht des Arbeitnehmers zur vorübergehenden Leistung auch vertragsfremder Tätigkeiten, um gravierende Schäden abzuwenden.⁴⁷ Solche Krisenfälle, zu denen auch eine Pandemie zu zählen ist, können daher auch dazu führen, dass das Weisungsrecht *vorübergehend* auf das häusliche Umfeld des Arbeitnehmers erweitert wird.⁴⁸ Das gilt erst recht dann, wenn nur im Homeoffice die Möglichkeit zur Leistungserbringung des Arbeitnehmers besteht.⁴⁹ Im Falle einer Pandemie begründet die Gefahr der Infektion anderer Arbeitnehmer die Pflicht von Arbeitnehmern, mit typischen Krankheitssymptomen oder solchen, die aus einem Risikogebiet zurückkehren, von zuhause aus zu arbeiten.⁵⁰ Insbesondere ist

39 Oberthür, MDR 2015, 1269.

40 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 98.

41 Fischinger, Hengstberger, JA 2020, 561, 564.

42 Vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 101.

43 Kamanabrou, AR, 9. Aufl., 2019, § 611a BGB Rn 184 f.

44 Im Einzelnen Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis,

2. Aufl., 2020, Rn. 113 ff.

45 Vgl. Rieble, Picker, ZfA 2013, 383, 396.

46 Krieger, Rudnik, Povedano Peramato, NZA 2020, 473, 474 f.

47 Fischinger, Hengstberger, JA 2020, 561 f.

48 Vgl. BAG 19.5.2010 – 5 AZR 162/09, Rn. 27 f., juris.

49 Vgl. Oberthür, MDR 2015, 1269 mwN.

50 Günther, Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186, 187.

hierbei auch an eine dienstlich veranlasste Forschungsreise oder eine Lehrtätigkeit in Risikogebieten im Ausland zu denken.

2. Weisungsrecht und Wissenschaftsfreiheit

Eine Schranke findet das Weisungsrecht an der verfassungsrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Aktuell weisen viele Universitäten ihre Dozenten an, statt Präsenzlehre mindestens Onlinelehre anzubieten.⁵¹ Das greift insbesondere in die Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der Lehrfreiheit ein. Aber auch die Wissenschaftsfreiheit findet ihre Grenze an anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern.⁵²

Relevant sind, insbesondere in Pandemiezeiten, vor allem die Gesundheit des Lehrpersonals sowie der Studierenden (Art. 2 II GG). Die widerstreitenden Rechtsgüter müssen dann im Einzelfall in Einklang gebracht werden. Kriterien für die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung auf Online-Lehre können die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, das tatsächliche Infektionsrisiko sowie die Möglichkeit und Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen, als auch deren Aufwand sein. Aber auch der Unterschied zwischen der Lehre in den einzelnen Fachbereichen ist zu beachten. So kann die digitale Lehre einen Geisteswissenschaftler mitunter weniger beschweren als einen Naturwissenschaftler, der auf ein Labor und adäquate technische Ausstattung zur Durchführung seiner Lehrveranstaltung angewiesen ist.

IV. Arbeitsvertragliche Regelung

Häufig wird die Einführung von Homeoffice oder mobiler Arbeit nicht lediglich auf Verlangen einer Partei erfolgen, sondern Ergebnis einer schriftlichen Vereinbarung sein. Hier kann der Arbeitnehmer einer Beschäftigung in seiner Wohnung zustimmen. Die Parteien können auch

den Umfang und die Dauer vereinbaren. Zudem können Kontrollrechte Gegenstand dieser Vereinbarung sein.⁵³

V. Kollektivrechtliche Regelungen

1. Tarifverträge

Die Einführung von Homeoffice und mobiler Arbeit kann auch durch tarifvertragliche Regelung erfolgen.⁵⁴ Der TVöD als auch der TV-L enthalten keine Regelungen hierzu.⁵⁵ Haustarifverträge einzelner Universitäten zur Regelung von Telearbeit oder Homeoffice sind dem Autor nicht bekannt.

2. Dienstvereinbarungen

Häufiger finden sich Hochschulen und Forschungseinrichtungen betreffend Dienstvereinbarungen zum Homeoffice oder mobiler Arbeit. Schaut man sich bestehende Dienstvereinbarungen dazu an, so fällt prima facie auf, dass regelmäßig kein Anspruch auf Homeoffice oder mobiles Arbeiten gewährt wird, sondern lediglich die Bedingungen zur Teilnahme an diesen geregelt werden.⁵⁶

Grundsätzlich hat der Personalrat gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG⁵⁷ das Recht, Maßnahmen zu beantragen, die der Dienststelle und den dort Beschäftigten dienen. Der Personalrat kann daher anfragen, ob der Arbeitgeber Regelungen zum Homeoffice oder mobiler Arbeit treffen möchte.⁵⁸

Über die Überwachungsrechte gem. § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG⁵⁹ kann der Personalrat bei bereits eingeführtem Homeoffice oder mobiler Arbeit auch die Einhaltung von Vorschriften nach den Gleichstellungsgesetzen oder den Datenschutzgesetzen überwachen.⁶⁰

Homeoffice und mobile Arbeit können im Wechsel mit Präsenzarbeit Maßnahmen zur Hebung der Ar-

51 So z.B. auch der Corona-Stufenplan der Universität Freiburg vom 10.11.2020, abrufbar unter <https://uni-freiburg.de/universitaet/wp-content/uploads/sites/3/2020/10/Uni-Freiburg-Corona-Stufenplan.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.12.2020, im Einzelnen dazu *Morgenroth, Wieczorek*, *OdW* 2021, 7 ff.

52 BeckOK GG, *Kempfen*, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 5, Rn. 199.

53 Im Einzelnen *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2020, Rn. 120 ff.

54 Im Einzelnen *Löwisch, Kurz*, BB 2020, 2804 ff.

55 So bereits *Hahn*, *öAT* 2018, 202.

56 So z.B. § 1 Abs. 5 S. 1 Dienstvereinbarung zur Telearbeit am heimischen Arbeitsplatz der Universität Hohenheim vom 23.01.2017,

abrufbar unter https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung_Telearbeit.pdf, zuletzt abgerufen am 14.3.2021.

57 Entsprechende Regelungen gelten in den Ländern, vgl. etwa § 70 I Nr. 1 LPVG BW; Art. 69 Abs. 1 lit. a BayPVG; § 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HPVG; vertiefend *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, Synopse 04 zu § 68 Abs. 1 BPersVG.

58 *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 68 Rn. 4.

59 Vgl. z.B. § 70 I Nr. 2 LPVG BW; Art. 69 Abs. 1 lit. b BayPVG; § 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HPVG.

60 Vgl. *Herget*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 68 Rn. 7.

beitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs gem. § 76 Abs. 2 Nr. 5 BPersVG⁶¹ sein.⁶² Insbesondere, wenn die Beschäftigten zufriedener gestimmt werden und dadurch die Effizienz gesteigert werden soll.⁶³

Weiterhin kann der Personalrat gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 7 BPersVG⁶⁴ über die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden mitbestimmen. Eine Arbeitsmethode ist die Konzeption, auf der die Gliederung des Arbeitsablaufs und das Zusammenwirken der einzelnen Arbeitsschritte beruht.⁶⁵ Jedenfalls *Telearbeit* ist dabei systematisch unter den Oberbegriff der Arbeitsmethoden zu fassen.⁶⁶ Arbeitsmethode umfasst dabei zunächst nicht die Verrichtung der Arbeit von einem bestimmten Ort, sondern die Arbeitsumstände, die sich durch die neue Arbeitsumgebung ergeben. Denkbar erscheint, die Zuweisung eines Laptops mit Zugriff auf das Rechnernetz des Arbeitgebers oder die Installation einer Telefonanlage im Homeoffice.

Auch zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung kommt § 76 Abs. 2 Nr. 10 BPersVG⁶⁷, ähnlich den Regelungszwecken der Gleichstellungsgesetze, in Betracht. Insbesondere können Homeoffice oder mobile Arbeit zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit beitragen.⁶⁸

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG⁶⁹ unterliegen der Beginn, die Pausen und das Ende der Arbeitszeit der Mitbestimmung. Davon umfasst sind allerdings nur kollektive Vereinbarungen. Wird Homeoffice individuell vereinbart, kann daher die Mitbestimmung ausgeschlossen sein.⁷⁰

Der Personalrat bestimmt gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 16 BPersVG⁷¹ über die Gestaltung der Arbeitsplätze mit. Dabei sind Arbeitsplätze nicht funktional zu verstehen, sondern räumlich, weshalb ein Arbeits-

platz auch das häusliche Umfeld des Beschäftigten umfassen kann.⁷² Die Beschäftigten sollen durch die Mitbestimmung des Personalrats vor physischen oder psychischen Gefahren geschützt werden.⁷³

Ferner bestimmt der Personalrat hinsichtlich des Datenschutzes nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG⁷⁴ über die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.⁷⁵ Notwendig ist hierzu, dass der Personalrat umfassend über die Hard- und Software sowie über die Verwendung von personenbezogenen Daten und die Möglichkeiten deren Verknüpfung informiert wird.⁷⁶

Schließlich entgrenzen Homeoffice und mobile Arbeit die Erwerbstätigkeit und Freizeit, daher sind auch Maßnahmen zur Verhütung von Dienstunfällen oder sonstigen Gesundheitsschäden nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG⁷⁷ mitbestimmungspflichtig.⁷⁸

Auf Landesebene können darüber hinaus noch weitergehende Personalratsrechte normiert sein. In Baden-Württemberg hat der Personalrat zum Beispiel auf Antrag des Betroffenen ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht über die Ablehnung von Telearbeit nach § 75 Abs. 3 Nr. 4 LPVG (BW). Voraussetzung ist allerdings eine bestehende tarifvertragliche oder andere Vereinbarung zum Homeoffice oder mobiler Arbeit.⁷⁹

Der Personalrat kann zur Einführung von Homeoffice und mobiler Arbeit in Hochschulen und Forschungseinrichtungen Dienstvereinbarungen nur schließen, wenn die jeweiligen in Betracht kommenden Mitbestimmungstatbestände dienstvereinbarungsoffen gestaltet sind, § 73 Abs. 1 BPersVG. Die einzelnen Bundesländer weichen hiervon teilweise ab. Einige Länder, angelehnt an das BetrVG, Dienstvereinbarungen für

61 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 14 LPVG BW; Art. 76 Abs. II Nr. 2 BayPVG; § 74 I 2 HPVG.

62 *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 100.

63 So zum Beispiel in der Präambel zur Dienstvereinbarung über alternierende Telearbeit der Humboldt-Universität zu Berlin vom 26.8.2016, abrufbar unter https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at_download/file, zuletzt abgerufen am 9.12.2020.

64 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 15 LPVG BW; Art. 76 Abs. 2 Nr. 1 BayPVG; § 81 Abs. 1 HPVG.

65 *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 118.

66 BVerwG 31.1.2008 – 2 C 31/06, Rn. 20, juris.

67 Vgl. z.B. § 75 IV Nr. 19 LPVG BW; Art. 76 Abs. 1 Nr. 10 BayPVG; § 77 Abs. 3 HPVG.

68 Vgl. *Baden*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 76 Rn. 139.

69 Vgl. z.B. § 74 Abs. 2, 4 LPVG BW; Art. 75 Abs. 4 Nr. 1 BayPVG;

§ 74 Abs. 1 Nr. 10 HPVG.

70 Witt, PersR 2018, 16 ff.

71 Vgl. z.B. § 75 Abs. 4 Nr. 12 LPVG BW; Art. 76 Abs. 2 Nr. 3 BayPVG; § 74 Abs. 1 Nr. 16 HPVG.

72 *Berg*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 248 f. mwN.

73 *Ebd.*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 248 ff.

74 Vgl. z.B. § 75 Abs. 4 Nr. 11; Art. 75a Abs. 1 Nr. 1 Bayern; § 74 Abs. 1 Nr. 17 Hessen.

75 *Berg*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 75 Rn. 255.

76 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2018, § 2 Rn. 80.

77 Vgl. z.B. § 74 Abs. 2 Nr. 7, 8 LPVG BW; Art. 75 IV Nr. 8 Bayern; § 74 I Nr. 6 Hessen.

78 *Reusch*, PersR 2020, 8 ff.

79 *Binder*, LPVG, 4. Aufl., 2019, § 75 Rn. 138.

stets zulässig halten, solange nicht andere Regelungen bereits bestehen.⁸⁰ Andere Länder hingegen arbeiten, wie auf Bundesebene, mit enumerativen Mitbestimmungstatbeständen. In Baden-Württemberg kommen daher beispielsweise nur die §§ 74 Abs. 2, 4, 7, 8, 75 Abs. 4 Nr. 11, 12, 14, 15, 19 LPVG, in Bayern die Artt. 75 Abs. 4 Nr. 1, 75a Abs. 1 Nr. 1, 76 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 BayPVG und in Hessen die §§ 74 I Nr. 2, 6, 10, 16, 17 HPVG in Betracht.⁸¹

In materieller Hinsicht werden, gleichlautend zu den Gleichstellungsgesetzen, Dienstvereinbarungen getroffen, um die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie zu fördern.⁸² Regelungsgegenstände sind häufig die Teilnahmevoraussetzungen⁸³, die Haftung⁸⁴, die Ausstattung⁸⁵ und die Einhaltung des Daten- und Betriebsgeheimnisschutzes⁸⁶. Gerade im letztgenannten Bereich wirkt häufig ein unterschwellige Sorge hinsichtlich der Einführung und Durchführung von Telearbeit.⁸⁷ Insbesondere bestehen Bedenken hinsichtlich der Handhabung von datenschutzrechtlich geschützten Informationen im häuslichen Umfeld und die zuverlässige Erreichbarkeit von Kolleginnen und Kollegen im Homeoffice. Jüngere Dienstvereinbarungen haben auch die Risiken der Informationstechnologie genau im Blick. Die Sorgen zur Funktionalität und Stabilität der Erreichbarkeit ist, anders als noch bei älteren Dienstvereinbarungen, kaum noch spürbar.

VI. Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen:

1. Zurzeit besteht kein allgemeiner Anspruch auf die Einführung von Homeoffice in Hochschulen und Forschungseinrichtungen.⁸⁸
2. Die Corona-ArbSchV begründet im Zweifel keinen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit, wenn dienstliche Interessen entgegenstehen.
3. Die Gleichstellungsgesetze sehen überwiegend in *Telearbeit* eine Möglichkeit zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, regeln jedoch keinen konkreten Anspruch.
4. Im Einzelfall kann sich ein Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit aus dem Arbeitsverhältnis ergeben.
5. Sollte der Gesetzgeber de lege ferenda einen Anspruch auf Homeoffice oder mobile Arbeit schaffen,⁸⁹ müssten jedenfalls die spezifischen Besonderheiten von Forschung und Lehre Berücksichtigung finden. Aus den Wertungen des § 14 II Nr. 2 ArbZG zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Eigenarten von Forschung und Lehre im Blick hat.
6. Um mit den dienstlichen Interessen und einer Beschäftigung im Homeoffice oder vom mobilen Arbeitsplatz aus abzuwägen, könnten sich in der Praxis Wechselmodelle, als Kompromiss zwischen vollständigem Homeoffice und reiner Präsenzarbeit, etablieren.

Johannes M. Deutsch ist wissenschaftliche Hilfskraft in der Forschungsstelle für Hochschulalarbeitsrecht an der Universität Freiburg bei Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch.

80 So z.B. § 74 Abs. 1 Satz PersVG Berlin, § 62 Abs. 1 S. 2 BPersVG Bremen, § 84 Abs. 1 S. 1 HmbPersVG, § 66 Abs. 1 S. 1 PersVG M-V, § 78 Abs. 1 S. 1 NPersVG, § 70 Abs. 1 S. 1 LPVG NRW; enumerativ zulässige Mitbestimmung, §§ 73 Abs. 1, 85 Abs. 1 LPVG BW; Art. 73 Abs. 1 S. 1, 3 BayPVG, § 113 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 74 Abs. 1, 77 Abs. 2 HPVG, § 76 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 78 Abs. 1 SPersVG; § 84 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 80 Abs. 2, 81 Abs. 2 SaechsPersVG; § 72 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 74 Abs. 2, 75 Abs. 3 ThuerPersVG; vertiefend hier und im Folgenden *Altwater*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 73 Rn. 28 ff.

81 *Altwater*, BPersVG, 10. Aufl., 2019, § 73 Rn. 28 mwN.

82 So z.B. Duisburg-Essen, Präambel, Dienstvereinbarung zur Telearbeit, abrufbar unter https://www.uni-due.de/imperia/md/content/pe_oe/organisationsentwicklung/formular_und_dv_tearbeit_1-o_stand_20140228.pdf, zuletzt abgerufen am 8.12.2020.

83 Dienstvereinbarung über alternierende Telearbeit der Humboldt-Universität zu Berlin vom 26.8.2016, § 3 Teilnahmevoraussetzungen abrufbar unter https://vertretungen.hu-berlin.de/de/gpr/dienstvereinbarungen/dv-telearbeit.pdf/at_download/file, zuletzt abgerufen am 9.12.2020.

84 Dienstvereinbarung über alternierende Wohnraum- und Telearbeit an der Universität Regensburg in der Fassung vom 27.09.2019,

§ 8 Haftung abrufbar unter <https://www.uni-regensburg.de/verwaltung/medien/dokumente/telearbeit-dienstvereinbarung.pdf>, 28.2.2021.

85 Dienstvereinbarung zur Telearbeit an der Universität Heidelberg in der Fassung vom 1.7.2017, § 7 Arbeitsmittel abrufbar unter http://www.zuv.uni-heidelberg.de/md/zuv/personal/entwicklung/telearbeit/telearbeit_dienstvereinbarung.pdf, 28.2.2021.

86 § 8 Datenschutz, Dienstvereinbarung zur Telearbeit am heimischen Arbeitsplatz, Universität Hohenheim, 23.1.2017, abrufbar unter https://personalrat.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/personalrat/pdf-dateien/Dienstvereinbarung_Telearbeit.pdf, zuletzt abgerufen am 8.12.2020;

87 So Punkt 2, 4, 9 der Dienstvereinbarung zwischen der Universität Freiburg und dem Personalrat über die Einführung von „Tele- und Heimarbeit“ an der Universität Freiburg vom 1.1.2010.

88 Vertiefend zur Rechtslage im EU-Ausland, Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Alternierende Telearbeit, Az.: WD 6-3000-112/16, S. 5 ff.

89 Grundlegend hierzu: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, Berlin 2018, S. 41, Zeile 1822 ff: Förderung und Erleichterung von mobiler Arbeit.

Evelina Will

Europäische Bildung und Forschung post Brexit

I. Einleitung

Am 24. Dezember 2020 erzielten die Europäische Union (EU) und das Vereinigte Königreich (UK) eine Einigung über die Bedingungen ihrer künftigen Zusammenarbeit. Ergebnis der mühsamen Verhandlungen zwischen der EU auf der einen und dem UK auf der anderen Seite ist ein Handels- und Kooperationsabkommen,¹ das – ausweislich der Pressemitteilung der Europäischen Kommission² – von drei Hauptsäulen getragen wird: Neben einem Freihandelsabkommen, das der Schaffung einer wirtschaftlichen und sozialen Partnerschaft zwischen der EU und dem UK dienen soll, wurde eine Sicherheitspartnerschaft sowie ein horizontales Abkommen über *Governance* geschaffen. Das Handels- und Kooperationsabkommen ist nach Zustimmung der 27 EU-Mitgliedstaaten am 1. Januar 2021 vorläufig in Kraft getreten. Eine Zustimmung durch das Europäische Parlament steht noch aus.³

Schon die Benennung der drei Hauptsäulen in der Pressemitteilung zeigt, dass die Themen Bildung und Forschung in dem Handels- und Kooperationsabkommen allenfalls eine untergeordnete Rolle einnehmen. Gleichwohl sollen – nach einem kurzen Rückblick auf die bisherige Kooperation der EU und des UK auf dem Gebiet der Forschung (II.) – die Perspektiven einer künftigen Zusammenarbeit der EU und des UK auf Grundlage des nunmehr abgeschlossenen Abkommens ausgelotet werden (III.).

II. Rückblick – die bisherige Zusammenarbeit der EU und des UK auf den Gebieten der Bildung und Forschung

Die vielfältigen Verflechtungen der EU und des UK im Bildungs- und Forschungsbereich wurden bereits an

anderer Stelle ausführlich thematisiert.⁴ Hierbei wurde herausgearbeitet, dass das UK ein wichtiger Bestandteil des EU-Forschungsraums (vgl. Art. 179 AEUV) war. So konnte die EU bislang uneingeschränkt an der erstklassigen Forschung und dem großen Renommee britischer Universitäten teilhaben. Das UK profitierte seinerseits insbesondere von der europarechtlich gewährleisteten Mobilität von Wissenschaftlern sowie der finanziellen Förderung durch die EU. So partizipierte das UK nicht zuletzt an dem durch die EU aufgelegten Forschungs- und Innovationsprogramm *Horizont 2020*.⁵ Durch seine Teilnahme an dem Programm *Erasmus+* machte das UK bislang seine global sehr angesehenen Universitäten Studierenden aus Mitgliedstaaten der EU zu erleichterten Bedingungen zugänglich; Studierenden aus dem UK standen die Türen für ein Studium im EU-Ausland offen.⁶

III. Ausblick – die zukünftige Zusammenarbeit der EU und des UK auf den Gebieten der Bildung und Forschung

Die bislang äußerst fruchtbare Kooperation zwischen EU und UK im Bildungs- und Forschungsbereich ist durch den mittlerweile vollzogenen Brexit und die in dem nunmehr abgeschlossenen Handels- und Kooperationsabkommen niedergelegten Regelungen erfreulicherweise nicht umfassend, sondern nur partiell gravierenden Änderungen unterworfen.

1. Perspektiven der Forschungsk Kooperationen

So ergeben sich im Zusammenhang mit der Beteiligung des UK an dem Programm *Horizont 2020* grundsätzlich keine Änderungen. Einrichtungen aus dem UK bleiben bis zum Programmende und bis zum Ende der Laufzeit der individuellen Projekte teilnahme- und förderfähig.

1 Der vollständige Text des Abkommens findet sich im ABl. EU Nr. L 444/2020, 14 ff.; vgl. dazu *Terhechte*, All's well that ends well? – Das EU/VK-Handels- und Kooperationsabkommen, NJW 2021, 417

2 Die Pressemitteilung findet sich etwa in EuZW 2021, 3.

3 Derzeit prüfen die Europaabgeordneten den Text des Abkommens in den Fachausschüssen des Parlaments, um sodann auf einer Plenartagung darüber abzustimmen, vgl. die Pressemitteilung des *Europäischen Parlaments* zu dem Abkommen vom 8.1.2021 in NZG 2021, 131 f.

4 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU,

OdW 2017, 211 ff.

5 Ausführlich zu diesem Programm *Becker*, Horizont 2020 – Das Rahmenprogramm der Europäischen Union für Forschung und Innovation, OdW 2014, 97 ff.; vgl. zum Umfang der Partizipation des UK an diesem Programm ferner *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (211 f.).

6 Jenseits des Austauschs von Studierenden ermöglicht das Programm Erasmus+ auch einen Austausch im Bereich der beruflichen Aus- und Weiterbildung, etwa durch Förderung von Praktika im EU-Ausland, vgl. *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, OdW 2017, 211 (212).

Dies gilt sowohl für Verbund- als auch für Einzelfördermaßnahmen.⁷ Allenfalls eine sehr begrenzte Anzahl von Projekten, die den Zugang zu sensiblen, sicherheitsbezogenen Informationen auf EU-Mitgliedstaaten beschränkt, könnte von der EU beendet werden.⁸ Darüber hinaus ist laut Handels- und Kooperationsabkommen vorgesehen, dass sich das UK auch in dem neuen Rahmenprogramm der EU für Forschung und Innovation, das den Namen *Horizont Europa* trägt und dessen Laufzeit sich auf den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2021 und dem 31. Dezember 2027 erstreckt, einbringt.⁹ Die exakte Ausgestaltung einer Beteiligung des UK an *Horizont Europa* ist freilich einem noch abzuschließenden Assoziierungsabkommen vorbehalten. Die Planungen der politischen Entscheidungsträger sehen vor, dass die Teilnahme von Einrichtungen aus dem UK an dem Programm im Falle des Abschlusses eines solchen Assoziierungsabkommens rückwirkend zum Start des Programms möglich sein soll.¹⁰

Darüber hinaus ist die Assoziierung zu weiteren Unionsprogrammen – konkret: zum *Copernicus*-Programm als Teil des Raumfahrtprogramms, zum *Euratom*-Programm und zu *ITER* (*International Thermonuclear Experimental Reactor*) – vorgesehen.¹¹

2. Perspektiven der Austauschprogramme in den Bereichen der Aus- und Weiterbildung

Das Programm *Erasmus+* bleibt in dem Handels- und Kooperationsabkommen unerwähnt. Dies verwundert nicht, hat das UK doch entschieden, an der neuen Generation dieses Programms nicht mehr teilzunehmen. Diese Entscheidung ist wenig überraschend, wenn man die Einlassungen der – damals noch von *Theresa May* geführten – britischen Regierung zur grenzüberschreitenden akademischen Ausbildung in ihrem Weißbuch vom 12. Juli 2018 berücksichtigt.¹² Zwar hob die britische

Regierung in dem auch unter dem Namen *Chequers-Plan* bekannten und kontroverse Debatten (und Rücktritte) innerhalb der damaligen britischen Regierung auslösenden Weißbuch hervor, dass „[t]he UK and the EU should continue to give young people and students the chance to benefit from each other’s world leading universities (...)“; in dem Weißbuch war indes nur sehr vage von der Teilnahme des UK an einem nicht näher beschriebenen Nachfolgeprogramm („successor scheme“) die Rede.¹³

Der vollständige Rückzug des UK aus dem Programm *Erasmus+* wäre nicht zwingend erforderlich gewesen. Denn die Partizipation an diesem Programm steht und fällt gerade nicht mit der Mitgliedschaft in der EU. So können an *Erasmus+* einerseits Programm- und andererseits Partnerländer teilhaben. Zu den Programmländern zählen neben den EU-Mitgliedstaaten auch Norwegen und die Türkei; Partnerländer sind andere Länder außerhalb der EU, die einen Austausch mit EU-Mitgliedsstaaten pflegen.¹⁴

Weil das UK sich nunmehr gegen jede Form der Teilnahme an *Erasmus+* entschieden hat, sind während des Studiums oder der Ausbildung zu absolvierende Aufenthalte in England, Schottland, Wales und Nordirland fortan grundsätzlich nicht mehr unter Inanspruchnahme der durch dieses Programm gewährten Privilegien möglich. Bereits angetretene Aufenthalte können allerdings fortgesetzt werden.¹⁵ Darüber hinaus bestehen auch nach der Entscheidung des UK gegen *Erasmus+* Möglichkeiten, von dem Programm zu profitieren: Wegen der Corona-Pandemie konnten – jedenfalls an deutschen Universitäten – offenbar nicht alle Mittel aus dem Programm ausgeschöpft werden, sodass die verbleibenden Mittel bis zum Programmende am 31. März 2023 zur Finanzierung von Erasmus-Aufenthalten im UK genutzt werden können.¹⁶

7 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

8 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Brexit – Was nun?, abrufbar unter <https://www.horizont2020.de/einstieg-teilnahme-brexit.htm> (Abrufdatum: 2.2.2021).

9 Vgl. in diesem Zusammenhang die Präambel des Handels- und Kooperationsabkommens, wo es – unter anderem – heißt: „IN DER ERWÄGUNG, dass die Zusammenarbeit in Bereichen von gemeinsamem Interesse wie Wissenschaft, Forschung und Innovation, Nuklearforschung oder Raumfahrt in Form einer Teilnahme des Vereinigten Königreichs an den entsprechenden Programmen der Union unter fairen und angemessenen Bedingungen beiden Vertragsparteien zugutekommen wird (...)“; eine explizite Erwähnung des Programms *Horizont Europa* findet sich im „Anhang UNPRO-1: Umsetzung der finanziellen Bedingungen“, Ziff. 6.

10 Bundesministerium für Bildung und Forschung, Teilnahme des

Vereinigten Königreichs an *Horizont Europa* und anderen Unionsprogrammen, Meldung v. 11.1.2021, abrufbar unter <https://www.horizont-europa.de/de/Teilnahme-des-Vereinigten-Königreichs-an-Horizont-Europa-und-anderen-Unionsprogrammen-2068.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

11 Ebd.

12 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU – Ein Update anlässlich des Weißbuchs der britischen Regierung vom 12. Juli 2018, *OdW* 2018, 305 f.

13 Weißbuch, S. 34, 79.

14 Vgl. dazu *Will*, Der Brexit und die Forschung in der EU, *OdW* 2017, 211 (212).

15 *Flachsenberg*, Kann ich trotz Brexit noch in Großbritannien studieren?, *Spiegel Online* v. 6.1.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/start/erasmus-alternative-kann-ich-trotz-brexit-noch-in-grossbritannien-studieren-a-8ac89d05-d67f-47cf-86a4-11d1409ae7e3> (Abrufdatum: 2.2.2021).

16 Ebd.

Für diejenigen, die nicht auf die restlichen Mittel aus der laufenden Programmgeneration zugreifen können, ist die Absolvierung eines Auslandsaufenthalts im UK in Zukunft mit nicht unerheblichen Herausforderungen verbunden. So werden bei Studienaufenthalten im UK künftig nicht mehr die sogenannten *home fees* – also die gleichen Studiengebühren, die auch von Studierenden aus dem UK verlangt werden –, sondern die deutlich teureren *oversea fees* fällig.¹⁷

Zudem ist bei Aufenthalten, die einen Zeitraum von 90 Tagen überschreiten, ab sofort grundsätzlich ein Visum erforderlich.¹⁸ Das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und dem UK privilegiert ausschließlich Kurzaufenthalte.¹⁹ Aufenthalte im UK, die allein einem Studium dienen, sind allerdings dann von der Visumpflicht befreit, wenn sie kürzer als sechs Monate dauern und das Studium an einer „*accredited institution*“ stattfindet.²⁰

Personen – insbesondere Studierende – aus dem UK können nicht länger an *Erasmus+* partizipieren. Auch sie benötigen in Zukunft ein Visum, um Auslandsaufenthalte, die nicht auf 90 Tage beschränkt sind, innerhalb der EU zu absolvieren. Eine Ausnahme gilt in diesem Zusammenhang für nordirische Staatsangehörige: Sie haben weiterhin Zugang zu *Erasmus+*.²¹ Weiterhin können Studierende aus dem UK nunmehr von Studiengebühren für internationale Studierende aus Nicht-EU-Ländern betroffen sein.²² Derartige Gebühren fallen derzeit (ausschließlich) in Baden-Württemberg an (vgl. § 3 I 1 LHGebG BW); sie belaufen sich gemäß § 4 I 1 LHGebG BW auf 1.500 Euro pro Semester. Allerdings greift zugunsten Studierender aus dem UK in bestimmten Konstellationen ein Ausnahmetatbestand ein: Nach § 5 II LHGebG BW können Studierende aus einem Staat, der aus der EU austritt, gebührenfrei in Baden-Württemberg studieren, wenn sie zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Austritts mindestens fünf Semester in einem Studiengang an einer baden-württembergischen Hochschule immatrikuliert waren. Außerdem müssen

Personen aus dem UK, die bereits vor dem 31. Dezember 2020 ihre Freizügigkeitsrechte in Deutschland ausgeübt haben, für die gesamte Dauer ihres Studiums keine höheren Studiengebühren als Deutsche oder andere EU-Bürger zahlen.²³

Um Personen aus dem UK Auslandsaufenthalte zu Aus- und Weiterbildungszwecken auch im Post-Brexit-Zeitalter zu ermöglichen, hat die britische Regierung das sogenannte *Turing-Programm* aus der Taufe gehoben und in diesem Zusammenhang bereits 100 Millionen Pfund zur Verfügung gestellt. Das Programm soll jährlich etwa 35.000 Personen die Gelegenheit bieten, Auslandsaufenthalte nicht nur in der EU, sondern weltweit zu absolvieren.²⁴

Bei allen durch den Brexit ausgelösten Verwerfungen ist hervorzuheben, dass er die wechselseitige Anerkennung von Hochschulabschlüssen nicht berührt, weil das UK Teil des Europäischen Hochschulraums bleibt.²⁵

IV. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass die Perspektiven für Forschungsk Kooperationen vielversprechend sind. Die Assoziierung des UK zu *Horizont Europa* und weiteren bedeutsamen Unionsprogrammen lässt hoffen, dass die bislang so fruchtbare Zusammenarbeit zwischen Forschern aus dem UK und solchen aus der EU auch in Zukunft stattfindet. Der Rückzug des UK aus *Erasmus+* ist indes eine als negativ zu bewertende Entwicklung. Die Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Aus- und Weiterbildung werden dadurch nicht nur für Personen aus der EU, sondern auch für Personen aus dem UK erschwert.

Evelina Will ist Referendarin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

17 Ebd.

18 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

19 Vgl. Artikel VSTV.1 des Handels- und Kooperationsabkommens.

20 *Flachsenberg*, Kann ich trotz Brexit noch in Großbritannien studieren?, Spiegel Online v. 6.1.2021, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/start/erasmus-alternative-kann-ich-trotz-brexit-noch-in-grossbritannien-studieren-a-8ac89d05-d67f-47cf-86a4-11d1409ae7e3> (Abrufdatum: 2.2.2021).

21 *Campbell*, Brexit: Students in NI can continue in Erasmus scheme, BBC News v. 24.12.2020, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-55442685> (Abrufdatum: 2.2.2021).

22 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

23 Ebd.

24 *Department for Education/The Rt Hon Gavin Williamson CBE MP*, New Turing scheme to support thousands of students to study and work abroad, Pressemitteilung v. 26.12.2020, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/news/new-turing-scheme-to-support-thousands-of-students-to-study-and-work-abroad> (Abrufdatum: 2.2.2021).

25 *Bundesministerium für Bildung und Forschung*, Übersicht: Was bedeutet der Brexit für Bildung und Forschung?, abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/faq-was-bedeutet-der-austritt-fuer-bildung-und-forschung-10776.html> (Abrufdatum: 2.2.2021).

Heinrich Otto Lehmann

Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz¹

Darf man die Durcharbeitung und systematische Erfassung eines Materials, das von der Gesetzgebung bald so bald anders geformt wird, als Wissenschaft bezeichnen?

Kann man von Wissenschaft sprechen, wo kein feststehendes Forschungsgebiet vorhanden zu sein scheint, der Gegenstand der Forschung vielmehr nach menschlicher Willkür sich tausendfach modelt, in jedem einzelnen Staate ein anderer ist und innerhalb des einzelnen Staats keine Ständigkeit besitzt?

[... Insofern wurde] der Rechtswissenschaft der Charakter als eigentliche Wissenschaft abgesprochen. Mit der Pädagogik, der Technologie, der Medizin u.s.w. ist sie in den Kreis der s.g. praktischen Wissenschaften oder Kunstwissenschaften verwiesen, deren Wesen darin beruht, daß sie die Anwendung der theoretischen Erkenntnisse für die praktische Gestaltung der Lebensverhältnisse lehren, während die wahren, die theoretischen Wissenschaften lediglich Erkenntnis der Welt in ihrem logischen und kausalen Zusammenhange zum Gegenstand haben. [...]

In Parallele also zu den Naturgesetzen dürfen wir [die Staatsgesetze] nicht stellen. Vom Standpunkt der Gesamtwissenschaft aus haben sie nicht den Charakter von Gesetzen, sondern den von Erscheinungen an bestimmten Forschungsobjekten, entsprechend etwa den Lebensgewohnheiten der Thiere.

Um deswillen aber ist die Rechtsordnung nichts desto weniger Gegenstand wahrer wissenschaftlicher Forschung.

Denn Ziel der Wissenschaft ist nicht nur, die Gesetze der Weltordnung zu entdecken, sondern auch die Erscheinungen in ihrem Verhältnis zu einander und ihrem Zusammenhang zu ergründen. [...]

Zu diesen Erscheinungen gehört die Rechtsordnung, so gut wie die Sprache: gleich der letzteren ist sie in ihren Hauptzügen wenigstens nicht rein willkürliche Satzung, sondern das nothwendige Produkt geschichtlicher Entwicklung. [...]

Da nun die Lehre von der Geistesthätigkeit des Menschen einen Theil der Lehre vom Geiste des Menschen, diese wieder einen Theil der Lehre vom Menschen, die Lehre vom Menschen einen Theil der Wissenschaft von

der Natur ausmacht, wir ferner von der Existenz geistiger Wesen außerhalb der Körper nichts wissen: so ergibt sich, daß unser ganzes Wissen Wissen von der Natur ist. In diesem Sinne ist alle Wissenschaft Naturwissenschaft; die Geisteswissenschaft nicht der Naturwissenschaft koordinirt, sondern subordinirt, selbst ein Teil der Naturwissenschaft [...] wobei ich übrigens nicht [...] behaupten will, daß die Kenntniss jeder allgemeineren Wissenschaft zur richtigen Erkenntnis der spezielleren nötig wäre, man also z.B. die Physiologie nicht ordentlich erfassen könnte, ohne tüchtig in Astronomie beschlagen zu sein. [...]

Wie stellt sich nun dazu unser akademischer Unterricht, unsere Wissenschaftslehre an der Universität? [...]

Wenn die Aufgabe der Universität darin besteht, die für die Praxis nöthige wissenschaftliche Vorbereitung zu geben, genügt es dann nicht völlig, wenn der juristische Student die Handhabung der Gesetze lernt, die er künftig anzuwenden hat? Wenn er beschlagen ist im Civil- und Handelsrecht, im Strafrecht und Prozeßrecht?

Wozu neben der Einführung in das geltende Recht noch die Rechtsgeschichte? neben dem Privat- und Prozeßrecht noch das öffentliche und gar das Kirchenrecht? wozu neben dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch in Zukunft noch römisches Recht? wozu allgemeinere Vorlesungen, wie Rechtsencyklopädie, Volkswirtschaftslehre und Sozialpolitik?

Sind sie nicht mehr oder weniger unnützer Ballast für den künftigen Richter und Anwalt?

Mit Nichten!

Wir wünschen und verlangen von unsern Praktikern, daß sie nicht nur Buchstabeninterpreten des Gesetzes, nicht Sklaven des Wortlautes sind, sie sollen das Recht nicht nur auslegen können, sondern es beherrschen. [...]

Dazu gehört Kenntniss des praktischen Lebens, Einsicht in die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die unsere Herrn Commilitonen vor Allem durch scharfes Beobachten des Lebens und der Anschauungen ihrer Mitmenschen, durch ein offenes Auge für die Thatfachen des täglichen Lebens, durch eine auf solches Ziel gerichtete Lektüre auch der Zeitungen, durch Unterreden mit Leuten der verschiedensten Berufs- und Ge-

¹ Heinrich Otto Lehmann, Rede gehalten bei der Uebernahme des Rektorates der Universität zu Marburg am 17. Oktober 1897. Abrufbar unter <http://www.historische-kommission-muenchen->

editionen.de/rektoratsreden/pdf/Marburg_1897_Lehmann.pdf. Hier zitiert S. 6 f., 8, 15 f., 25, 26 f., 29, 31. Ausgegeben, transkribiert und redigiert von Hanjo Hamann, Bonn/Berlin.

sellschaftsklassen, endlich auch durch die Vorlesungen wirtschaftlichen und sozialen Inhalts gewinnen können. [...]

Es ist nur ein Segment gewissermaßen aus dem Kreise des Rechts, das wir in unsrer Lehre darlegen können; aber wie der Botaniker, wenn er *eine* Pflanzenfamilie, wie der Chemiker, wenn er eine Körpergruppe erforscht, Resultate zu erzielen vermag, die auf Allgemeingültigkeit Anspruch erheben dürfen, so ist [...] die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts *einer* Nation im Stande, *einen* Einblick in die Rechtsordnung überhaupt und die Bedingungen ihrer Fortbildung zu gewähren.

So ist es wahre Wissenschaft, was wir auf Universitäten als Jurisprudenz lehren.

Heinrich Otto Lehmann (1852–1904) studierte nach einer abgebrochenen Apothekerlehre Rechtswissenschaften in Greifswald, Heidelberg und Berlin. In seiner Geburtsstadt Kiel wurde er 1877 promoviert und 1882 mit einer rechtshistorischen Arbeit habilitiert. Als ordentlicher Professor zuerst nach Gießen (1888), dann nach Marburg (1889) berufen, wurde er 1897/98 Rektor der Philipps-Universität. 1902 noch als Geheimer Justizrat ausgezeichnet, erlag er wenig später einem jahrelangen Leiden.