

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

Übersicht

*I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung*

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

2. Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz

*II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit*

1. Einige Begriffsklärungen

2. Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit

a. Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

b. Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

3. Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen

a. Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge

b. Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns

c. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?

d. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?

4. Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers

*III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?*

1. Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?

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

b. Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume

c. Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?

2. Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen

a. Streitstand

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

c. Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?

d. Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?

e. Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts

f. Fazit zum Gefährdungskonzept

3. Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns

a. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?

b. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?

4. Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?

5. Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz

*IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme*

1. Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns

2. Epistemische Organisationsanforderungen

a. Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition

b. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation

3. Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe

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

*V. Zusammenfassung*

Nachdem<sup>1</sup> es längere Zeit relativ still war um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Governance nichtstaatlicher Hochschulen<sup>2</sup>, hat sich dies seit einiger

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

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

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

Zeit geändert. Ausgangspunkt der hochschulpolitischen Diskussion ist eine Novellierung des nordrhein-westfälischen Hochschulgesetzes im Jahre 2019. Nichtstaatliche Hochschulen müssen künftig in Nordrhein-Westfalen nicht mehr gewährleisten, dass ihre Mitglieder an der akademischen Selbstverwaltung in sinngemäßer Anwendung der für staatlich getragene Hochschulen<sup>3</sup> geltenden Grundsätze mitwirken können; erforderlich ist nur noch, dass dies bei der Gestaltung des Studiums der Fall ist.<sup>4</sup> In der Gesetzesbegründung wurde bemerkenswert klar ausgeführt, alles Anderes sei im Lichte der Wissenschaftsfreiheit des Hochschulträgers nicht darstellbar. Obgleich das Land nur zu der jahrzehntelang geltenden Rechtslage des gleichsam gemeindeutschen Hochschulrechts zurückkehrte<sup>5</sup>, hat diese Novellierung bundesweit in der Szene eine gewisse Aufmerksamkeit erlangt.

Denn häufig wird aus einer Schutzpflicht aus Art. 5 Abs. 3 GG objektiv-rechtlich abgeleitet, die Governance im nichtstaatlichen Bereich sei sinngemäß zum staatlichen Bereich zu regeln. Eine tiefer gehende Begründung für diese Annahme fehlt indes zumeist. Umgekehrt wird häufig eine sog. Privathochschulfreiheit angenommen, ohne dass immer klar wird, ob sich diese auf die Hochschule oder ihren Träger bezieht. Wenn sie auf den Träger bezogen wird, wird die Trägerfreiheit dann gleichwohl – bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur<sup>6</sup> – bei der Frage nach der Schutzpflicht wieder ausgeblendet. Vor diesem Hintergrund soll im folgenden Beitrag beleuchtet werden, was es mit der Wissenschaftsfreiheit des Trägers auf sich hat und ob und inwiefern dem Verfassungsrecht Maximen zur Ausgestaltung der Governance<sup>7</sup> der nichtstaatlichen Hochschule entnommen werden können.

## I. Staatliche Anerkennung und institutionelle Akkreditierung

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

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

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

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

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

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

GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 243.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Drei Thesen: Verneinung – Vermittlung – Opulenz

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

Mit dem Wissenschaftsrat<sup>12</sup> soll im Folgenden unter einer Hochschule die faktische, organisatorisch durch ein Mindestmaß an Verfestigung abgrenzbare „Gemeinschaft von Lehrenden und Lernenden“ verstanden werden, unter der Trägereinrichtung dieser Hochschule diejenige Gesellschaft, die als juristische Person für die Hochschule handelt, und unter dem Betreiber einer Hochschule eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, die Anteilseigner der Trägergesellschaft sind. Im Folgenden soll zunächst der Fokus auf den privaten Hochschulträger gelegt werden, der als Dritter innerhalb der durchweg bipolar angelegten Diskussion um den Staat und seine Hochschulen

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

11 BVerfGE 136, 338 (365).

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

zumeist als wissenschaftsfremd konzipiert und als der Hochschule Externer verabsichtigt wird<sup>13</sup> (dazu unter II.). Sodann wird die Frage behandelt, ob die Governance nichtstaatlicher Hochschulen entsprechend der These der Opulenz *in Gänze* sinngemäß zum staatlichen Bereich organisiert gehört (dazu unter III.). Nachdem sich ein derartiger Ansatz als nicht überzeugend erweisen wird, wird die Perspektive auf die These der Vermittlung umgeschwenkt und damit auf den Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation. Während deren Erörterung wird sich zeigen, dass die These der Verneinung als unzureichend zurückgewiesen werden kann (dazu IV.). Am Ende wird ein Resümee gezogen (dazu V.).

## II. Das ausgeblendete Dritte: Die Privathochschulträgerfreiheit

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

### 1. Einige Begriffsklärungen

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

### 2. Streitstand zur Privathochschulträgerfreiheit

Oftmals wird verneint, dass der Träger einer nichtstaatlichen Hochschule sich hinsichtlich ihrer Gründung und ihres Betriebs auf die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Der grundrechtliche Schutz des Trägers wird vielmehr in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>16</sup>, in einer Analogie zur Privatschulfreiheit aus Art. 7 Abs. 4<sup>17</sup>, bei kirchlicher Gründung in Art. 4 Abs. 1, 2 GG mit Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG<sup>18</sup>, bei

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

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

15 Die nichtstaatliche Hochschule ist gegenüber dem Staat Trägerin

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

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

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

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

mäzenatisch vorgenommener Investition in Art. 14 Abs. 1 GG<sup>19</sup> oder bei erwerbsorientierter Tätigkeit in dem Berufsgrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG<sup>20</sup> verortet. Andere gehen demgegenüber davon aus, dass dem Träger die Privathochschulträgerfreiheit durchaus zur Seite steht.<sup>21</sup> Gegen diese Freiheit wird im Wesentlichen ein systematisches und ein schutzbereichsrechtliches Argument vorgetragen.<sup>22</sup>

#### a. Das systematische Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

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

gegebenen Bedürfnis nach Klarstellung.<sup>25</sup> Der Umkehrschluss ist mithin nicht überzeugend.

#### b. Das schutzbereichsrechtliche Argument gegen die Privathochschulträgerfreiheit

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

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

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

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

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

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

24 Dazu nur Heidtmann, Jürgen, Grundlagen der Privathochschul-

freiheit, 1980, S. 206 ff..

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

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

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

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

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

### 3. Der Schutz von Kontexten der Produktion von Wissen

#### a. Analyse der Motive und der Handlungszusammenhänge

Wissenschaft als ernsthafte und planmäßiger Versuch, die Wahrheit zu ermitteln<sup>30</sup>, ist ein intentionales Verhalten und grenzt sich notwendigerweise durch das tätigkeitsbezogene Motiv dieses epistemisch ausgerichteten „Versuchens“ von anderen Handlungsbereichen ab.<sup>31</sup> Die Motive bzgl. Hochschulgründung und -betrieb sind vielfältig. Wenn der Träger nicht altruistisch aus Mäzenatentum sein Vermögen verzehrend oder kapitalnutzend einsetzen will, muss er sich notgedrungen etwa über den Markt fremdfinanzieren. Er kann zudem das Motiv haben, mit dem Betrieb der Hochschule Gewinn zu erzielen. Die finanzielle Absicherung der Hochschule über eigenes oder fremdfinanziertes Kapital ist mithin

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

#### b. Der grundrechtliche Schutz der Kontexte wissenschaftlichen Handelns

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

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

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

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

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

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

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

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

In der sozialen Wirklichkeit wird der Träger indes durchweg mit dem Betrieb seiner Hochschule ein wissenschaftliches Konzept verfolgen und seinen Mitteleinsatz für wissenschaftlich bestimmte Zwecke ausrichten wollen. Nichts Anderes macht indes auch der wissenschaftlich Tätige selbst.<sup>34</sup> Er entwickelt ein strategisches Programm seiner Forschungsvorhaben, konzeptioniert neben den Inhalten auch die organisatorische Umräumung seiner akademischen Lehre und beplant den Einsatz der ihm zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel. Bei derartigen strategischen Überlegungen, Konzeptentwicklungen und Finanzplanungen stellt sich nicht die Wahrheitsfrage, mögen diese Tätigkeiten auch unzweifelhaft wissenschaftsrelevant sein. Wird nun die Begrifflichkeit des ernsthaften und planmäßigen Versuchs, die Wahrheit zu ermitteln, eng verstanden und würde mithin „ohne eigenes Streben nach neuen Erkenntnissen“ keine Wissenschaft betrieben<sup>35</sup>, würden all diese Tätigkeiten aufgrund ihres mangelnden epistemischen Bezugs nicht dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit unterfallen. Die Planmäßigkeit des Versuchs der Wahrheitsermittlung bezieht sich ja auf diese selbst und damit auf die Methodenfrage<sup>36</sup>, nicht aber auf von der Metho-

denwahl zu unterscheidenden strategische Fragen.

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

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

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

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

35 So BAGE 62, 156, 165.

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

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

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

39 So BVerfGE 43, 242, 282.

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

#### c. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung innerhalb der Hochschule?

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

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

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

#### d. Kontextschutz bei personaler Funktionentrennung außerhalb der Hochschule?

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

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

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

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

43 Für eine Hineinnahme der Forschungs- und Lehrplanung in den

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

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

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

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

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

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

Würde umgekehrt dem Träger der Schutz versagt, wäre bei Lichte betrachtet der staatlich getragene Hochschulbereich sogar doppelt geschützt, weil sich aus der staatlichen Trägerschaft in der Leistungsdimension Ansprüche insbesondere hinsichtlich der Finanzierung und Bereitstellung einer geeigneten Wissenschaftsinfrastruktur destillieren lassen<sup>48</sup>, die es im nichtstaatlichen Bereich schon mit Blick auf das nicht abnehmbare Insolvenzrisiko des Trägers in dieser Weise nicht geben kann – was damit dessen grundrechtlichen Schutz über die Wissenschaftsfreiheit gerade im Bereich des Strategisch-Planerischen aufgrund dessen Finanzwirksamkeit umso erforderlicher macht.<sup>49</sup>

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

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

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

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

47 Dazu oben II.3.b..

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

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

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

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

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

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

Viertes Gegenargument: Über eine Schutzbereichsverstärkung der Berufsfreiheit wäre ein äquivalenter Schutz hinreichend gewährleistet<sup>56</sup>, ergo sei dieser nicht notwendig. Mag auch bei bloßen Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten deren Hinausnahme aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG und eine vorsichtige Schutzbereichsverstärkung bei dem dann einschlägigen anderweitigen Grundrecht sachgerecht sein, da der zu zahlende Preis ansonsten eine Trivialisierung des kollidierenden Verfassungsrechts wäre.<sup>57</sup> Derartige Schwierigkeiten gibt es bei der Privathochschulträgerfreiheit indes gerade nicht, so dass es überzeugender ist, hier um der Klarheit in der Schutzbereichsdogmatik willen auf einen Rückgriff auf die Figur der Schutzbereichsverstärkung zu verzichten.<sup>58</sup> Fazit ist: Gründe, die den vorgenannten materiellen Schutzzusammenhang zerstören könnten, sind nicht ersichtlich.

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

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

52 Siehe unten III.1.a..

53 Siehe unten III.1.c..

54 Siehe unten III.1.a..

55 Siehe unten IV.

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

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

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

#### 4. Ergebnis: Schutz der strategischen Entfaltung des Hochschulträgers

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

Strategie ist dabei denkbar weit zu verstehen und erfasst auch Fragen der internen Organisation des hochschulischen Betriebs von Lehre und Forschung. Denn das Erreichen strategischer Ziele und das Ausrichten der Hochschule auf eine bestimmte wissenschaftspolitische Leitidee ist untrennbar verbunden mit den Foren und Formen der hochschulinternen Willensbildung. Die Implementierung der Leitidee gelingt nur dann, wenn innerhalb der Hochschule diese Ziele und Leitidee in der Gremienarbeit kleingearbeitet werden, die daher bezogen auf die Umsetzung der Strategie organisierbar sein muss. Noch klarer wird die Notwendigkeit einer auf die Regelung der Organisation umfassenden Begrifflichkeit von Strategie, wenn die zuvor herausgearbeiteten Handlungszusammenhänge in den Blick kommen. Wenn im Lichte dieser Zusammenhänge der Hochschulträger sich insbesondere der professoral Beschäftigten als Hilfspersonen bedient, um mit ihrer Hilfe unter Beachtung ihres Rechts auf freie Forschung und Lehre<sup>60</sup> seine wissenschaftlichen Ziele zu erreichen, muss der Träger in der Organisation dieser Zielerreichung geschützt sein. Mit Blick auf diese Handlungszusammenhänge ist die Entfaltung des strategischen Moments durch den Träger Ausdruck seiner Wissenschaftsfreiheit, die eben *generell* all dasjenige umfasst, welches in einem „unmittelbar objektiv-funktionellen Handlungszusammenhang mit Wissenschaft steht und auch subjektiv wissenschaftlichen Zwecken dient“.<sup>61</sup>

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

#### III. Wissenschaftsfreiheit als Gebot organisatorischer Opulenz?

Mit Blick auf die Privathochschulträgerfreiheit des Hochschulträgers könnte dieser mithin versuchen, die Binnenorganisation seiner Hochschule nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Entsprechend der These organisatorischer Opulenz<sup>62</sup> nimmt die staatsrechtliche Literatur hingegen gegenüber einem derartigen Ansinnen an, dass *sämtliche* Anforderungen des staatlichen Bereichs sinngemäß zur Ausgestaltung ihrer Binnenorganisation herangezogen werden müssen. Die Privathochschulträgerfreiheit wäre mithin deutlich eingeschränkt. Begründet wird dies auf zwei verschiedene Arten. Zum einen werden dem Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtliche Schutzpflichten sowohl im Verhältnis des einzelnen Wissenschaftlers zu seiner Hochschule als auch im Verhältnis der einzelnen Hochschule zu ihrem Träger als Folge einer nicht hinnehmbaren Gefährdungslage der in der Hochschule wissenschaftlich Tätigen entnommen (dazu 2.). Zum anderen wird eine dem staatlichen Bereich sinngemäße Organisationsstruktur mit dem Gebot folgerichtigen Handelns zu begründen versucht (dazu 3.). Es wird sich zeigen lassen, dass beide Wege nicht zielführend sind. Abgerundet wird das Ganze durch – erfolglose – Versuche, die These organisatorischer Opulenz mittels eines Verweises auf den Gleichheitssatz zu retten (dazu 4.). Zuvor sollen die Beziehungen zwischen den professoral Tätigen und dem Hochschulträger beleuchtet werden. Denn die objektivrechtlichen Gehalte der Wissenschaftsfreiheit sind herrschender Meinung nach aus den grundrechtlichen Individualgarantien abgeleitet und damit an diese Garantien dienend rückgebunden.<sup>63</sup> Es bietet sich daher an, zunächst diese individuellen Grundrechtspositionen auszuloten (dazu 1.).

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

60 Zu diesen Recht unten III.1.b.

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

62 Zu dieser These siehe oben I.2..

63 Siehe oben Fn. 51.

## 1. Opulenz I: Organisatorische Rahmung individueller Rechte?

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

Unstreitig können sich die an der nichtstaatlichen Hochschule beschäftigten Professorinnen und Professoren gegenüber dem Staat auf das Individualgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit zumindest dann berufen, wenn und soweit sie arbeitsvertraglich einen hinreichenden Freiraum für eigenverantwortliche Entscheidungen in Forschung und Lehre besitzen und daher wissenschaftlich tätig sind.<sup>64</sup> Im arbeitsrechtlichen Verhältnis der an der nichtstaatlichen Hochschule tätigen Professorinnen und Professoren zum Hochschulträger<sup>65</sup> gelten die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion hingegen nicht. Das alles ist nicht neu. Grundrechtsadressat auch der Wissenschaftsfreiheit sind die in Art. 1 Abs. 3 GG Genannten. Zu diesen rechnet der Träger der nichtstaatlichen Hochschule nicht, und zwar auch nicht deshalb, weil er als juristische Person des Privatrechts mit Hoheitsgewalt beliehen wäre. Denn richtigerweise begründet die staatliche Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule keine umfassende Beleihung.<sup>66</sup> Und selbst wenn eine Beleihung im Bereich des Prüfungsgeschehens unterstellt würde<sup>67</sup>, würde sie sich in ihrer Wirkung eben auf diesen Bereich beschränken und das arbeitsvertragliche Rechtsverhältnis zwischen den professoral Beschäftigten und deren Arbeitgeber

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

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

### b. Das Erfordernis arbeitsvertraglich gewährleisteter Freiräume

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

keine Wissenschaft sein, wenn im Rechtsverkehr aufgrund der Verleihung des Gütesiegels der Anerkennung die Erwartung geweckt wird, hochschulintern entspreche die Produktion von Wissen in der Person des Tätigen den im staatlichen Bereich vorfindlichen Gegebenheiten – und das sind solche der Freiheit.<sup>72</sup> Die Landeshochschulgesetze ordnen deshalb als Voraussetzung der staatlichen Anerkennung einer Bildungseinrichtung als Hochschule durchweg an, dass ihr Lehr- und Forschungsgeschehen epistemisch offen und in der Hochschule die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre sichergestellt ist.<sup>73</sup> Damit ist ein freies Direktionsrecht des Hochschulträger-Arbeitgebers im Bereich hochschulischer Lehre und Forschung unvereinbar. Vielmehr müssen die professoralen Anstellungsverträge Freiheit in Forschung und Lehre garantieren<sup>74</sup> – und zwar angesichts des vorgenannten Schutzes berechtigten Vertrauens zumindest solange unwiderruflich ausgestaltet, als die betreffende Person professorale Aufgaben in der Hochschule wahrnimmt.<sup>75</sup>

c. Folgen arbeitsvertraglich eingeräumter Freiräume für die Governance?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

78 Siehe oben III.1.a.

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

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

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

## 2. Opulenz II: Schutzpflicht aufgrund Gefährdungslagen

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

### a. Streitstand

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

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

Das Schutzniveau im bipolaren Verhältnis der zwei gleichgeordneten und mit Wissenschaftsfreiheit ausgestatteten Rechtssubjekte (Hochschulträger auf der einen, wissenschaftlich tätige Person/abgeleitete Hochschule auf der anderen Seite) wird einseitig zu Lasten des Trägers ausgeformt, in dessen Wissenschaftsfreiheit<sup>84</sup> daher eingegriffen wird. Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt (dazu b.). Zweitens wird das selbst dann nicht anders, wenn auf arrivierte Konzepte „inpersonaler Freiheit“ abgestellt würde (dazu c.). Drittens schließlich aktiviert der Rekurs auf Gefährdungslagen nur ein individualzentriertes Bild der Produktion von Wissen. Das auf Gefahrvermeidung gegründete Schutzmodell kann daher zumindest in einer nichtstaatlichen Hochschule selbst wieder wissenschaftsgefährdend sein (dazu d.). Viertens schließlich zehrt das Gefährdungskonzept von der vermeintlichen Autorität universell vorfindlicher Wissenschaftsstrukturen, obwohl es selbst nur regional angelegt ist. Folge ist, dass die argumentative Architektur des Schutzkonzepts notwendigerweise brüchig wird (dazu e.). Als Ergebnis wird notiert werden können, dass ein gefährdungsgegründetes Schutzpflichtkonzept nicht überzeugt (dazu f.).

80 Siehe unter ad IV.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

mentiert sehen möchte.<sup>87</sup> Diese freiwillige<sup>88</sup> Unterwerfung ist zunächst nichts anderes als Ausdruck persönlicher Freiheit der wissenschaftlich Tätigen. Die Unterwerfung kann nur dann schutzpflichtrechtlich gegen den Träger gewendet werden, wenn sich dies im Wertungsabgleich mit denjenigen Maßstäben ergibt, die auch sonst für konfligierende individuelle Interessen in Ungleichgewichtslagen entwickelt worden sind. Der Punkt, an dem eine durch freiwillige Unterwerfung möglicherweise geschaffene Gefahr für die Wissenschaftsausübung des sich Unterwerfenden umschlägt in eine nicht hinnehmbare strukturelle Gefährdung derselben, darf sich daher nicht allzu weit von den hergebrachten Fallgestaltungen gestörter Vertragsparität oder struktureller Ungleichgewichtslagen bei Austauschverträgen entfernen. Zwar sind die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Träger und wissenschaftlich Tätigen dauerschuldvertraglich. Hinsichtlich des Wertungsabgleichs bei Ungleichgewichtslagen knüpft die arbeitsrechtliche Dogmatik aber zu Recht an austauschvertragliche Diskussionen an.<sup>89</sup> Die Dogmatik der Kontrolle von Austauschverträgen eignet sich daher nach wie vor vorzüglich dazu aufzuzeigen, welche *erhebliche* Schwelle überschritten sein muss, damit in Privatautonomie zur Sicherung derselben als Gewährleistung rechtlicher Selbstbestimmung eingegriffen werden darf.<sup>90</sup> Es geht mithin um die Frage, ob die arbeitsvertragliche Unterwerfung unter die trägerseitige Governance bei formularmäßiger Verwendung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam oder, im Falle einer Individualabrede, nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig<sup>91</sup> ist oder ob – falls eine solche Vertragsklausel fehlt – die auf die Implementierung der Governance bezogene Ausübung des nach Maßgabe billigen Ermessens auszu-

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

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

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

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

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

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

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

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

Bei den einschlägigen Bürgschaftsfällen bspw. musste vieles zusammenkommen, damit das Bürgschaftsgeschäft schutzpflichtrechtlich motiviert sittenwidrig und damit nichtig war.<sup>93</sup> Dem störenden Teil – also die bürgschaftsbegehrende Bank – mangelte es an einem relevanten Eigeninteresse an der Kreditsicherung. Das geschäftlich offensichtlich unerfahrene, gleichwohl aus Gründen personaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner bürgende Familienmitglied war absehbar hinreichend vermögens- und einkommenslos mit der Folge, dass es das Kreditrisiko des Hauptschuldners auch nicht annähernd hätte absichern können. Realisierte sich das Bürgschaftsrisiko, wäre der bürgende Teil schlicht und einfach ruiniert. Das ökonomische Interesse der Bank hätte dann in Gänze jene Normen sabotiert, die als Ausdruck familiärer Solidarität und wechselseitiger Opferbereitschaft den Binnenraum der Familie bestimmen. Ein familiärer Funktionenschutz war daher unabdingbar; ins Werk gesetzt über das Sittenwidrigkeitsverdict.<sup>94</sup> Auch in anderen Fallkonstellationen lassen sich ähnliche Spuren einer existentiellen Dramatik finden, verwiesen sei etwa auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen<sup>95</sup> oder auf die Problematik des Fehlens eines auch nur annähernden Kräftegleichgewichts bei Handelsvertretungen<sup>96</sup>. Im Wege der Fallgruppenbildung lassen sich als Einsatzpunkte der Schutzpflicht<sup>97</sup> die ungewöhnliche

wirtschaftliche Belastung bei zugleich Angewiesenheit auf die Leistung, die psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit sowie die situativ sich aus der Art und Weise des Vertragsschlusses folgende Unterlegenheit destillieren<sup>98</sup> – alles „Fälle exzeptionellen Charakters [...], bei denen eine gravierende Paritätsstörung vorliegt und wo die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit einen besonders hohen Intensitätsgrad erreicht“<sup>99</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

100 Siehe oben II.3.a..

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

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

103 Siehe oben III.1.b..

in den meisten Fallgruppen einer zivilistischen Ungleichgewichtslage – eine Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und handeln auch in diesem Schatten.<sup>104</sup> Zudem – so viel sei vorweggenommen<sup>105</sup> – wird sich zeigen lassen, dass auch im nichtstaatlichen Bereich die engeren akademischen Belange schutzpflichtrechtlich nach den Prinzipien von Kollegialität und Selbstverwaltung organisiert gehören, womit sich die Gefährungsdiagnose stark relativiert.

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

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

traglich gesicherter Freiraum der wissenschaftlich Tätigen, (3) Mitbestimmung und Mitwirkung bei den engeren akademischen Belangen, (4) der Zusammenhang von Wirtschaftlichkeit und hochschulischer Produktion – bleibt nach all dem unerfindlich, wieso ein wirtschaftlich handelnder und eben deshalb zugleich am Erhalt der staatlichen Anerkennung eigeninteressierter Hochschulträger die Binnenorganisation seiner Hochschule typischerweise und damit strukturell ab ovo so ausgestalten sollte, dass die einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler nicht mehr frei ihre Forschung und Lehre betreiben können, obwohl er ihnen genau dies arbeitsvertraglich schuldet und obwohl er genau dies auch will, weil ansonsten die staatliche Anerkennung entfällt. Der unterstellte Tatsachenbefund, der die Grundlage für eine Schutzpflichtdebatte bildet<sup>109</sup>, ist daher erkennbar *unplausibel*.<sup>110</sup>

Es gibt insgesamt gesehen mithin keine plausibel begründete Schutzlücke, die Anlass für schutzpflichtmotivierte Maßnahmen sein könnte. Alles in allem lässt sich eine auf die Governance bezogene staatliche Schutzpflicht mithin zumindest dann nicht begründen, wenn sie mit der Gefährdung des wissenschaftlichen Personals und damit individualistisch aufgezäumt wird. Umgekehrt würde der Rekurs auf Schutzpflichten in dieser Situation bedeuten, erstens sowohl in die Privatautonomie des Trägers *als auch* der sich unter die Governance unterwerfenden wissenschaftlich Tätigen unzulässig einzugreifen<sup>111</sup>, zweitens aufgrund des unvermittelten „Zustoßens“ verfassungsrechtlicher Wertungen in das Privatrecht das Vertrauen in die erprobten Rechtsformen formaler Gleichheit im Privatrechtsverkehr nachhaltig zu beschädigen<sup>112</sup> und drittens einen Lebensbereich – näm-

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

105 Siehe unten IV.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

### c. Ausweg in Konzepten „inpersonaler“ Grundrechte?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

119 Siehe unten III.2.e..

d. Gefährdungen aufgrund des Schutzes vor Gefährdungen?

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

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

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

nichtstaatlichen Hochschule Tätigen verloren geht, weil es dem Hochschulträger nicht gelungen ist, die auch strategischen Kosten einer wissenschaftsadäquaten Organisationsstruktur finanziell aufzufangen, wäre zwar der Raum hochschulischer Organisation „rein“ gehalten. Der Preis wäre eine Gefährdung der wissenschaftlichen Tätigkeit der Einzelnen. Diese wollten *diese* Gefährdung *nicht*, da sie in die Unterwerfung unter die Governance des Trägers in Ausübung privatautonomer Freiheit eingewilligt haben. Gerade dies zeigt, dass der Eingriff des Verfassungsrechts in das Privatrechtsverhältnis auf eklatante Fallgestaltungen beschränkt gehört.<sup>123</sup> Nur so kann das privatrechtsgesellschaftliche Informationsbeschaffungsmodell als Kern der gesellschaftlich-epistemischen Leistungen der Privatautonomie<sup>124</sup> und die erwartungsstabilisierenden, vertrauensschützenden und risikoverteilenden Funktionen des Vertrages<sup>125</sup> bewahrt bleiben. Gegen dieses die Gefährdungsdiagnose gleichsam gegen sich selbst wendende Gefährdungsargument kann auch nicht eingewendet werden, mit dessen Gesamtanlage seien sachgerechte Ordnungsmodelle gefährdeter Lebensbereiche nicht mehr darstellbar. Es kommt vielmehr darauf an, das richtige Ordnungsmodell und daher nur ein solches zu wählen, welches zum einen die wohlverstandenen Interessen des Trägers und zugleich jene der wissenschaftlich Tätigen berücksichtigt und genau deshalb zum anderen so angelegt ist, dass es die o. g. Informationsbeschaffungsleistungen und vertraglichen Funktionen nicht beschädigt.<sup>126</sup>

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

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

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

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

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

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

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

126 Zu einem derartigen Ordnungsmodell siehe unten IV.

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

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

e. Bloße Regionalität des auf Universalisierung angelegten Gefährdungskonzepts

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

es gibt international in der Güte ihrer epistemischen Funktion hoch reputierliche Hochschulen, bei denen die Academia nur eine beratende Funktion bei Entscheidungen hat, die nach bundesdeutscher Tradition kollegial mitentscheidend organisiert gehören. Das beste Beispiel hierfür ist die ETH Zürich.<sup>128</sup> Die Selbstverwaltungsgremien haben dort einfachgesetzlich nur Beratungsbefugnisse gegenüber der Hochschulleitung, die ihre Legitimation nicht einem korporationsrechtlichen Wahlakt, sondern einem demokratischen Ernennungsakt durch den von der schweizerischen Bundesregierung ernannten ETH-Rat verdankt. Das Ganze geht soweit, dass die Präsidentin oder der Präsident auch ohne Beteiligung des Kollegiums Professorinnen und Professoren berufen darf.<sup>129</sup> Auch in anderen Hochschulen, etwa der ebenfalls hoch reputierlichen Stanford University in den USA, werden die Berufungsverfahren nicht durch die Prinzipien von Selbstverwaltung und Kollegialität regiert.<sup>130</sup> Und die Hochschulorganisationsrechte anderer rechtsstaatlich verfasster Staaten zeigen, dass es zur Absicherung der Leistungen des Wissenschaftssystems keineswegs notwendig ist, der Hochschullehrerschaft eine maßgebliche Mitwirkung in akademischen Fragen einzuräumen<sup>131</sup>; man denke etwa an die Neuberufung professoraler Nachwuchskräfte mittels eines zentralstaatlich und hochschulübergreifend organisierten „concours“ in Frankreich.<sup>132</sup> Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz schließen sich eben gerade nicht aus.<sup>133</sup> Es gibt keinen untrennbaren, gleichsam naturwüchsig-universellen Nexus zwischen der Produktion von Wissen und deren organisationsrechtlicher Abbildung in Prinzipien der Kollegialität und der Selbstverwaltung. Was bleibt, ist eine fragile Regionalität des Gefährdungskonzepts. Das Konzept scheint eher regional verbreiteten sozialen Erwartungen an die Organisation hochschulischer Wissenschaft und den in ihnen

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

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

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

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

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

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

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

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

#### f. Fazit zum Gefährdungskonzept

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

### 3. Opulenz III: Das Gebot konsequenten Handelns

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

#### a. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Anerkennung?

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

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

Hochschule sei jener des staatlichen Bereichs gleichwertig<sup>137</sup>, ergo sei auch die Binnenorganisation sinngemäß zum staatlichen Bereich zu strukturieren, so trägt dies nicht zugleich die Übernahme der weit verstandenen Gewährleistungsverantwortung auch im Organisatorischen. Denn der Rechtsverkehr kann nur dann die Binnenorganisation der nichtstaatlichen Hochschule mit Qualität in Lehre und Forschung verbinden, wenn es ohne eine sinngemäß dem staatlichen Bereich strukturierte Binnenorganisation Gefahren für Lehre und Forschung geben sollte. Dies ist aber nicht der Fall.<sup>138</sup> Und wenn das Argument so verstanden werden sollte, Konsequenz der Anerkennung sei der Umstand, dass dann Gleiches – der Hochschulbetrieb – auch in der Organisation desselben gleich behandelt werden müsse, so verfährt auch dies nicht. Denn der Grund für die Organisationsstrukturen im staatlichen Bereich ist ja gerade nicht der Hochschulbetrieb, sondern der Schutz staatsgerichteter Individualinteressen.<sup>139</sup> Insofern gibt es gerade kein Gleiches, welches als Konsequenz der Anerkennung eine organisatorische Sinngemäßheit zum staatlichen Bereich generieren könnte.

#### b. In der Rechtsfolge umfassendes Konsequenzgebot qua Gleichheit?

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

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

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

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

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

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

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

138 Siehe oben ad III.2..

139 Siehe oben II.2.b..

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

#### 4. Opulenz IV: Organisationsanforderungen qua Gleichheit?

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

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

#### 5. Fazit: Verwerfung der These organisatorischer Opulenz

Das ernüchternde Fazit ist: Weder aufgrund einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit, weder aufgrund eines Gebots der Folgerichtigkeit noch aufgrund eines Gleichheitsansinnens ist die These organisatorischer Opulenz<sup>146</sup> verfassungsrechtlich geboten. Damit hat sich zugleich die gesamte Rechtsprechung zur Wissenschaftsadäquanz und zur strukturellen Gefährdung für die Governancefrage im nichtstaatlichen Hochschulbereich erkennbar als nicht einschlägig erwiesen.

### IV. Vermittlung: Organisationsrechtliche Sicherung der Episteme

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

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

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

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

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

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

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

146 Zu dieser These oben I.2..

## 1. Erwartungsschutz als Gebot konsequenten Handelns

Wenn der Staat private Bildungseinrichtungen als den staatlichen Hochschulen gleichwertig anerkennt und damit insofern berechnete Erwartungen an die dortige Tragfähigkeit epistemischen Handelns in den Rechtsverkehr einführt<sup>147</sup>, ist er konsequenterweise gehalten, in der hochschulischen Binnenorganisation wissenschaftlichen Handelns solche Bedingungen zu gewährleisten, die die Qualität von Forschung und Lehre auf dem Niveau staatlicher Hochschulen sichern. Die Perspektive ist gegenüber dem vorgenannten gefährdungsrechtlichen Ansatz dann freilich eine gänzlich andere: Es geht nicht mehr um den Zusammenhang von Freiheit und Organisation, sondern um jenen zwischen Episteme und Organisation. Der Blick wird auf die Frage gelenkt, welche Leistungen eine Organisation erbringen muss, damit in ihr die Produktion von Wissen qualitativ nach den Eigengesetzlichkeiten des Wissenschaftssystems erfolgen kann. In der Tat wird sich zeigen lassen (dazu 2.), dass die nichtstaatliche Hochschule und die in ihr professoral Tätigen gegenüber dem Staat auf die Gewährleistung einer die Episteme sichernden Organisation pochen können.<sup>148</sup>

## 2. Epistemische Organisationsanforderungen

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

organisationsrechtlich die epistemischen Funktionen der Hochschule mithin ausschließlich auf der Fachbereichsebene abbildbar<sup>150</sup> und nicht auf der Zentralebene der Hochschulleitung und des Senats.<sup>151</sup>

### a. Verneinung: Universalisierung versus regionale Tradition

Es gilt mithin zu untersuchen, ob und inwieweit es auf der Ebene der Fachbereiche einen Zusammenhang zwischen Organisation und Episteme geben kann. Nun wurde oben<sup>152</sup> schon dargelegt, dass es in der Produktion von Wissen reputierliche Einrichtungen gibt, die den Anforderungen organisatorischer Wissenschaftsäquanz keineswegs entsprechen. Die Behauptung, es gäbe einen belastbaren Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation, scheint damit logisch entkräftet zu sein mit der Folge, dass die eingangs vorgestellte These der Verneinung<sup>153</sup> jeglicher verfassungsrechtlicher Vorgaben für die hochschulische Binnenorganisation umgekehrt bestätigt zu sein scheint. Das wäre freilich vorschnell. Es reicht vielmehr hin, nicht universalistisch und damit aussichtslos nach diesem Zusammenhang zu suchen, sondern regional anzusetzen, indem auf den vorfindlichen organisationsrechtlichen Setzungen des geltenden Hochschulrechts und damit auf den im regionalen Traditionsbestand akademischer Selbstbezüglichkeit verborgenen Zusammenhängen zwischen Episteme und Organisation aufgebaut wird.

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

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

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

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

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

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

152 III.2.e..

153 Siehe oben I.2..

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

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

#### b. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation

Leitmaßstab muss sein, dass durch Organisation innerhalb der Hochschule eine Offenheit in der perspektivischen Vielfalt innerhalb von Forschung und Lehre gesichert sein muss.<sup>156</sup> Denn die Sicherung perspektivischer Vielfalt ist Voraussetzung freier Methoden- und Gegenstandswahl und damit Grundlage freier Episteme. Die fachbereichliche Organisationsstruktur nichtstaatlicher Hochschulen muss diese Offenheit sichern. Wenn davon ausgegangen werden darf, dass durch Governance der emergente Mehrwert der Organisation abgebildet und durch Entscheidung eine Koordination konfligierender Standpunkte erreicht werden muss, ist für die Sicherung dieser epistemischen Offenheit entscheidend, dass sich in dem Gremium, welches eine episteme-relevante Entscheidung trifft, perspektivische Vielfalt widerspiegelt. Dies wiederum setzt voraus, dass dieses Gremium nach Kollegialität und Selbstverwaltung plural verfasst ist<sup>157</sup> – wenigstens solange Zurückhaltung im fachlichen Detail dort geübt wird, wo sie aus anderen Gründen erforderlich ist.<sup>158</sup> Es gilt daher zu identifizieren, welche Beschlussgegenstände diesem Gremium zwingend anzuvertrauen sind.

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

Freiheitsschutzes und das sind häufig, aber eben auch *nicht immer zugleich* Erwägungen des Schutzes epistemischer Funktionen. Insbesondere die fachbereichlichen Verfahren zur Vorbereitung der Berufungsvorschläge, zum Beschluss über Promotionen und Habilitationen, zum Erlass von Prüfungs- und Evaluationsordnungen sowie planerische Beschlüsse zur Ausgestaltung der curricula der einzelnen Studiengänge gehören indes unzweifelhaft in die Befugnisse eines kollegial verfassten Selbstverwaltungsgremiums. In ihnen scheinen im Lichte der Tradition genau jene Verbindungen auf, die Organisation und Episteme miteinander verklammern. Die in den vorgenannten Verfahren auffindbare Kommunikationen würden entweder – falls die einzelne wissenschaftlich tätige Person selbst kommuniziert hätte – selbstverständlich zum epistemischen Kern der Wissenschaftsfreiheit rechnen, wie etwa die Entwicklung eines curricula bei einem Privatgelehrten. Oder die Kommunikationen führen dazu, dass der Beitrag eines Gremienmitglieds anhand *wissenschaftlicher* Kriterien durch nachfolgende Beiträge eingeordnet und verwertet wird mit der Folge, dass eine wissenschaftliche Entwicklungsoffenheit gewährleistet ist<sup>159</sup> – und das sind Gegenstände, die sich *selbstbezüglich* auf Wissenschaft beziehen, wie die individualistische Perpetuierung von Wissenschaft durch Wissenschaft anhand der Foren personaler Selbstergänzung qua Promotion, Habilitation und Berufung oder in denen sich Wissenschaft auf Wissenschaft bezieht durch Evaluation. Der Zusammenhang zwischen Episteme und Organisation wird freilich nicht deshalb durch die vorgenannten Beschlussgegenstände gestiftet, weil nur so den Eigengesetzlichkeiten der Wissenschaft Rechnung getragen würde. Es war schon die Rede davon, dass sich Hierarchie und wissenschaftliche Exzellenz nicht ausschließen<sup>160</sup> und daher Kollegialität und Selbstverwaltung nicht unverbrüchlich zu den Eigengesetzlichkeiten der Produktion von Wissen gehören. Der Zusammenhang wird vielmehr bei nichtstaatlichen Hochschulen deshalb gestiftet, weil diese mit Blick auf die einfachgesetzlich gewährten und arbeitsvertraglich auf Dauer gestellten Freiheiten der wissenschaftlich Tätigen als *hierarchiefreier* Raum begriffen werden müs-

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

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

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

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

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

160 Siehe oben III.2.c..

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

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

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

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

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

### 3. Praktische Konkordanz bei verbleibender kognitiver Unschärfe

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

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

162 Siehe oben II.3.a..

163 Broemel, Grundrechtstheorie, S. 172.

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

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

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

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass die Kriterien der Wissenschaftsadäquanz und der Wissenschaftsrelevanz für den Bereich nichtstaatlicher Hochschulen verabschiedet werden können. Die Organisation ebendort folgt vielmehr den Prinzipien epistemischer Adäquanz und Relevanz, identifiziert jeweils durch die Selbstbezüglichkeit von Wissenschaft auf Wissenschaft. Lässt sich nach all dem nur ein Gebot einer der Produktion von Wissen erforderlichen Organisation nach den Maßstäben epistemischer Adäquanz und Relevanz aufzeigen, bedeutet dies zum einen, dass die eingangs vorgestellte These der Vermittlung<sup>165</sup> als einzige der drei vorgestellten Thesen begründet werden kann. Folge ist zugleich zum anderen, dass all das, was nicht organisationsrechtlich unter dieses Gebot fällt, qua Privathochschulträgerfreiheit in die Regelungskompetenz des Hochschulträgers fällt. Der Gesetzgeber darf in dessen Freiheit regulatorisch nicht eingreifen. Denn dies würde voraussetzen, dass ihm gleichrangige Verfassungsgüter

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

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

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

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

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

165 Siehe oben I.2.

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

## V. Zusammenfassung

Folgendes kann als Ergebnis notiert werden:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Insgesamt gesehen konnte gezeigt werden, dass weder mit Verneinung, noch mit Opulenz, sondern allein mit Vermittlung<sup>167</sup> eine Aufbereitung der komplexen trilateralen Grundrechtskomposition im nichtstaatlichen Hochschulbereich gelingt, die weder einseitig die berechtigten Belange des Hochschulträgers verabsichtigt, noch dessen Belange zu stark in den Vordergrund stellt. Die nichtstaatliche Hochschule folgt auch in ihrer Organisation ihren eigenen Logiken. Es sollten zumindest nicht unbesehen jene des staatlichen Bereichs sein.

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

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