

Manfred Löwisch/Marie Anselment

Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaten?

I. Die Empfehlungen von Deutscher Forschungsgemeinschaft und Leopoldina

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

II. Wissenschaftler aus Staaten der Europäischen Union

1. Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit

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

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

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

schlechter stellen als Deutsche.⁶ Erfasst werden damit die staatlichen Hochschulen, aber, soweit sie als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, auch die Universitätsklinik.

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

2. Einschränkung wegen Sicherheitsrelevanz

Auch die Freizügigkeit ist nicht schrankenlos gewährleistet.

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

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

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

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

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

Rn 51.

⁶ Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 54.

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

⁸ Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 113f.

⁹ Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 115.

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

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

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

3. Rechtsschutz

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

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

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

Aus § 15 Abs. 6 AGG folgt nichts Anderes. Der dort für die Diskriminierungsfälle des AGG angeordnete Ausschluss eines Anspruchs auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gilt hier entgegen der wohl herrschenden Meinung¹² nicht. § 15 AGG enthält eine ausgewogene Gesamtregelung der schadensrechtlichen Folgen der Verletzung eines Diskriminierungsverbots, die in Absatz 2 insbesondere auch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens umfasst. Aus dieser kann nicht isoliert ein einzelner Teil analog angewandt werden. Eine analoge Anwendung der ganzen Vorschrift und damit auch des Absatzes 2 scheidet aber am Analogieverbot des § 253 Abs. 1 BGB.

4. Wissenschaftler aus assoziierten Staaten

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

Auch **Schweizer Staatsangehörige** genießen aufgrund des Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz vom 21.06.1999 Arbeitnehmerfreizügigkeit¹⁴, so dass für sie ebenfalls die gleichen Regeln gelten.

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

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

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

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

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

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

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

möglich auf Arbeitnehmer aus der Türkei zu übertragen sind.¹⁶

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

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

III. Wissenschaftler aus Drittstaaten

1. Besondere Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung

a. Grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung

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

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

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

b. Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Sicherheitsbedenken

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

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

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

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

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

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

AEUV Art. 45 Rn. 14.

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

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

²¹ Schultheiß, aaO OdW 2018, 3, 6.

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

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

c. Rechtsschutz

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

2. Ablehnung durch Hochschule oder Forschungseinrichtung

a. Staatliche Hochschulen und öffentlich-rechtliche Einrichtungen

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

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

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

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

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

²² Schultheiß aaO OdW 2018, 3, 5.

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

²⁴ Allgemein zur Problematik der abschließenden Statuierung von Diskriminierungsmerkmalen jetzt Hülya Erbil, Möglichkeiten und

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

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

in der betreffenden Person liegende Gründe eine Ablehnung rechtfertigen.

b. Privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen

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

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

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

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

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

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

c. Rechtsschutz

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

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

IV. Ergebnis

Wissenschaftlern aus Sicherheitsgründen die Beschäftigung an staatlichen oder privaten Hochschulen,

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

²⁷ BGH vom 02.12.1974, BGHZ 63,282, 287; Grunewald, Vereinsauf-

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

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

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

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

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

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

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

