

Lothar Zechlin

Wissenschaftsfreiheit und Organisation

Die „Hochschullehrermehrheit“ im Grundrechtsverständnis der autonomen Universität

Übersicht

- I. Thema und Fragestellung
- II. Ziel und Vorgehensweise
- III. Grundrechtsverständnis zwischen Organisation und Person
 - 1. Gelehrtenrepublik
 - 2. Gruppenuniversität
 - 3. Autonome Universität
- IV. Organisation
 - 1. Wissenschaft, Organisation, Person
 - 2. Strukturelle Gefahr und risikobewusstes Handeln
- V. Alternativen
 - 1. Inpersonales Grundrechtsverständnis
 - 2. Eine europäische Perspektive
- VI. Fazit

I. Thema und Fragestellung¹

Im November 2016 hat der baden-württembergische Verfassungsgerichtshof die Bestimmungen des Landeshochschulgesetzes über die Wahl und Abwahl der Hochschulleitungen für verfassungswidrig erklärt, weil sie nicht dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit entsprächen. Entscheidend komme es auf die Gruppe der Hochschullehrer an. Diese müsse sich, so das Gericht, von einem „Mitglied des Leitungsorgans, das ihr Vertrauen nicht mehr genießt, trennen können, ohne im Selbstverwaltungsgremium auf eine Einigung mit Vertretern anderer Gruppen und ohne auf die Zustimmung eines weiteren Organes oder des Staates angewiesen zu sein“.² Auch die Wahl selbst müsse sie verhindern können und dazu im Senat über die Mehrheit der Stimmen verfügen.

Mehr als vierzig Jahre zuvor hatte sich das Bundesverfassungsgericht³ erstmalig mit der Rolle der Hochschullehrer in der Hochschulorganisation befasst. Anlass war die Einführung der sog. Gruppenuniversität, mit der die tradierte Macht der Ordinarien auf paritätisch besetzte Entscheidungsorgane übergang. Das Gericht erklärte zwar das „organisatorische System der ‚Gruppenuniversität‘ als solches“ für verfassungskonform, allerdings mit einer Einschränkung: Bei Entscheidungen, die „unmittelbar“ die Lehre, Forschung oder Berufungen betreffen, müsse der Gruppe der Hochschullehrer ein „maßgeblicher“ oder „ausschlaggebender“ Einfluss, d.h. die Hälfte oder mehr als die Hälfte der Stimmen zukommen. Auch explizit stellte es klar, was ohnehin in dieser Logik lag: Die Professorenmehrheit erstrecke sich nicht auf „das Konzil (der Wahlkonvent)“,⁴ in dem der Rektor oder der Präsident gewählt wurde. Wahl oder Abwahl waren eben Angelegenheiten, die Forschung und Lehre nur mittelbar⁵ tangieren.

Von der Mehrheit oder der Hälfte der Stimmen nur bei unmittelbarem Wissenschaftsbezug zu der Ausweitung dieses Prinzips auch auf die Wahl und Abwahl der Hochschulleitung: Offenbar hat eine Verschiebung in dem Zeitraum stattgefunden, der zwischen diesen beiden Entscheidungen liegt.⁶ Sie wird im Folgenden mit der Art und Weise erklärt, in der die Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit ein für Hochschulen charakteristisches Spannungsverhältnis zwischen *Organisation* und *Person* zu erfassen versucht. Die Universität war einmal eine durch Informalität gekennzeichnete Institution,⁷ die ihre Verände-

1 Der Verfasser dankt Dr. *Michael Breitbach*, Gießen, für die vielen und anregenden Diskussionen, die die Erstellung dieses Beitrages begleitet haben, sowie Frau Prof. Dr. *Sibylle Raasch*, Hamburg, für die kritische Kommentierung einer früheren Fassung des Manuskripts.

2 VerfGH BW, Urteil v. 14.11.2016 – 1 VB 16/15, Juris Leitsatz 5; das Urteil ist besprochen von *Fehling*, Unzureichende Kompetenzen des Senats im reformierten Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg? OdW 2017, 63 ff.

3 BVerfGE 35, 79 ff.

4 BVerfGE 35, 79 ff., 140.

5 So auch *Fehling* (Fn. 2) 65.

6 A.A. *Hufen*, JuS 3 (2017) S. 279 ff., 280 („konsequente Rückkehr zu

den Grundsätzen, die das BVerfG in den 1970er Jahren entwickelt hat“).

7 Der Begriff wird hier nicht als formale rechtliche Struktur im Sinne von „Institutionalisierung“, sondern als Gesamtheit informeller Verhaltenserwartungen verstanden, die als immer schon vorhandene Gewohnheiten, Sitten und Gebräuche auf innerhalb und außerhalb der Universität geteilten Überzeugungen beruhen und als „geronnene“ Organisationskultur das Verhalten oft weit wirksamer beeinflussen als die formalen Regeln. Zu der auch juristischen Relevanz eines solchermaßen informalen „Gebildes“ vgl. *Vesting, Koriath, Augsberg*, Einleitung, in: dies., Grundrechts als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen 2014, S. 1 ff., 6 ff. sowie die weiteren Beiträge dieses Bandes.

rungsimpulse vor allem durch die Selbstkoordination „Unter Professoren“⁸ erhielt. Als Reaktion auf veränderte Anforderungen aus ihrer Umwelt verändert sie sich in Richtung einer auch formal hierarchischen Organisation. Für ihre Leistungsfähigkeit bleiben jedoch weiterhin Personen, vor allem Hochschullehrer, von herausragender Bedeutung. Die Rechtsprechung versucht nun, beide Seiten in einem Grundrechtsverständnis zusammen zu bringen, in dem auch der Bezugspunkt für die Organisation durch personale Elemente, nämlich die „Träger der Wissenschaftsfreiheit“, bestimmt bleibt. Dieser Weg ist an seine Grenzen gelangt. Als Alternative wird ein stärker empirisch gestütztes organisationales Grundrechtsverständnis vorgeschlagen, das neben das personale Verständnis tritt und durch wechselseitige Beobachtung mit ihm verbunden ist.

II. Ziel und Vorgehensweise

Wenn sich die Realität von Hochschulen und Wissenschaft ändert, muss die Rechtsprechung auf diese Änderungen antworten und sich dabei auch selbst weiterentwickeln. Damit steht sie vor einem Spagat.⁹ Einerseits muss sie im Interesse der Rechtssicherheit in sich widerspruchsfrei, d.h. anschlussfähig an schon vorhandene Argumentationslinien bleiben, andererseits darf sie sich nicht von der vor- und außerjuristischen Realität abkoppeln. Verselbständigt sie sich zu einer selbstgenügsamen juristischen Feinmechanik, verliert sie mit dem Kontakt zu ihrem praktischen Gegenstand auch ihre Legitimationskraft, weil sie ihre gesellschaftlichen Gestaltungsaufgaben nicht mehr wahrnehmen kann. Sie wird zu einer Ideologie.¹⁰ Diese beiden Seiten stehen in einem Verhältnis der Wechselwirkung,¹¹ deren gemeinsamer Bezugspunkt in dem normativen Ziel der „Wissenschaftsfreiheit“ liegt. In der Eigenständigkeit und Behar-

rungskraft des Rechts gegenüber der Realität kommt die „Herrschaft des Rechts“ zum Ausdruck, in der Eigensinnigkeit einer sich verändernden Realität kommt deren Anspruch an die funktionale Rolle des Rechts zum Ausdruck. Die Realität kann allerdings nicht aus sich selbst heraus sprechen, sondern nur mittels sozialwissenschaftlicher Forschung zur Sprache gebracht werden. Wer sich mit der Rechtsprechung zu dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit befassen will, muss sich deshalb auch mit den empirisch gestützten Erkenntnissen der Hochschul- und Wissenschaftsforschung befassen.

Eine solche „zweispurige“ Vorgehensweise enthält ein Risiko: Die juristischen Teile können für die Juristen und die sozialwissenschaftlichen Teile für die Sozialwissenschaftler banal sein. Es gleichwohl einzugehen lohnt sich nur, wenn die Chance auf Erkenntnisse besteht, die bei einer isolierten Vorgehensweise nicht zu erwarten sind. Dazu müssten für die Sozialwissenschaftler die juristischen und für die Juristen die sozialwissenschaftlichen Argumentationen Relevanz für die je eigenen Überlegungen gewinnen. Sie müssen aufeinander beziehbar gemacht werden, denn ohne diese wechselseitige Anschlussfähigkeit bleiben sie einander äußerlich, ein bloßes „Rauschen“.¹² Der folgende Beitrag soll hierzu einen ersten Schritt unternehmen, der sich gelohnt hat, wenn er zu spezifischeren Forschungsarbeiten auf beiden Seiten anregt.

Mit dieser Zielsetzung wird das Verhältnis von Organisation und Person zunächst mit dem Fokus auf die Rechtsprechung dargestellt. Es geht um das Grundrechtsverständnis, dessen Veränderungen in dem historischen Kontext der „Organisationswerdung“ der Hochschule nachgezeichnet werden (III.). Anschließend wird eine sozialwissenschaftliche Perspektive eingenommen, in der einige zentrale Annahmen der Rechtsprechung zu diesem Verhältnis in Frage gestellt werden (IV.). Daraus

8 So der Titel des Campusromans, in dem *Willem Frederik Hermans* (Zürich 1986, Neuauflage Berlin 2016) seine jahrzehntelangen Erfahrungen als Lehrender an der Universität Groningen verarbeitet hat.

9 *Volkman*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, 261 ff., spricht von einem „Dilemma“ (263); ähnlich *Fehling* (Fn. 2) S. 72 und in seiner Fn. 78 („Zielkonflikt“).

10 *Habermas*, Technik und Wissenschaft als ‚Ideologie‘, Frankfurt am Main 1968 (dort vor allem der Aufsatz „Verwissenschaftlichte Politik und öffentliche Meinung“ mit den drei Modellen deziisionistischer Politik, technokratischer Wissenschaft und der pragmatischen Vermittlung im Medium öffentlicher Meinung). Vgl. auch *Vesting*, *Korioth*, *Augsberg* (Fn. 7) mit der Gegenüberstellung von „Beobachtung der Selbstorganisation“ und bloßer „Staats- und Gerichtsideologie“ (S. 10); *Augsberg*, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Voigt (Hrsg.), *Freiheit der Wissenschaft*, Berlin 2012, S. 65 ff. spricht von „Verfassungspositivismus“ (S. 69).

11 Ablehnend *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungs-

rechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 326 ff. („Sein-Sollen-Fehlschluss“, S. 327); grundsätzliches hierzu bei *Grimm*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer, Hoffmann-Riem, Limbach (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden 1982, S. 39 ff.

12 Für die Systemtheorie ist die System-Umwelt-Beziehung zentral. Generell wirkt die Umwelt auf die Eigenlogik des Systems nur „als Irritation, als Störung, als Rauschen, und sie wird für das System erst sinnvoll, wenn sie auf die Entscheidungszusammenhänge des Systems bezogen werden kann“ (*Luhmann*, *Organisation*, in: Küpper, Ortman [Hrsg.], *Mikropolitik – Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*, Opladen 1988, S. 165 ff., 173). Es geht um „die Differenz von Sinn und Welt als Differenz von Ordnung und Störung, von Information und Rauschen“ (*Luhmann*, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main 1987, S. 122). Unschwer schimmert die juristische Denkweise mit der „Schlüssigkeit“ der Klage und der „Erheblichkeit“ des Bestreitens durch.

ergeben sich Anforderungen an ein stärker empirisch und rechtsvergleichend gestütztes Grundrechtsverständnis (V.). Der Beitrag endet mit einem kurzen Fazit (VI.).

III. Grundrechtsverständnis zwischen Organisation und Person

Historisch lassen sich drei Stadien der sog. „Organisationswerdung“¹³ der Universität unterscheiden, denen jeweils ein spezifisches Grundrechtsverständnis korrespondiert. Dabei entsteht eine gewisse Ambivalenz zwischen Organisation und Person, die in der baden-württembergischen Entscheidung in Richtung Person beseitigt wird.

1. Gelehrtenrepublik¹⁴

Die Universität war jahrhundertlang als „Universitas Magistrorum et Scholarium“ eine Art Genossenschaft ihrer Mitglieder, die sich im Wesentlichen über die informale, auf gemeinsam geteilten Überzeugungen beruhende Selbstorganisation ihrer Professoren verwaltete. Durch die Humboldt'schen Universitätsreformen¹⁵ wurden ihr als Korporation zwar in den „administrativen“ Angelegenheiten (Haushalt, Personal und Organisation) stärkere staatliche Züge eingezogen, in Forschung und Lehre als den sog. „akademischen“ Angelegenheiten blieb es aber bei der professionellen Selbstorganisation der Ordinarien mit dem „Lehrstuhlprinzip“. Sie war keine *Organisation* mit formalen Hierarchien und Entscheidungen, sondern eine *Institution* mit ungeschriebenen Regeln, die sich im Laufe der Jahrhunderte herausgebildet hatten. Fakultäten waren keine Organisationseinheiten, sondern Orte der persönlichen, informellen Abstimmung. Noch heute hat der englische Begriff „faculty“ die Bedeutung von Lehrkörper.

Der starke Personenbezug dieser Entwicklungsphase drückt sich auch in dem Verständnis von der Wissenschaftsfreiheit aus, die Mitte des 19. Jahrhunderts im deutschsprachigen Raum entsteht.¹⁶ In dem Deutschen Bund findet zunächst mit dem Karlsbader Universitätsge-

setz 1819 und dem Bundes-Universitätsgesetz 1834 eine harte politische Unterdrückung liberaler und demokratischer Ideen statt, die „Demagogenverfolgung“, die ihren prominentesten Ausdruck in dem Protest und der nachfolgenden Landesverweisung der „Göttinger Sieben“ fand. Die Anfänge der Wissenschaftsfreiheit bestehen deshalb in der Forderung nach „Lehrfreiheit“ in einem individualistischen Verständnis, die zunächst in dem Offenburger Programm 1847 und einem Beschluss des Frankfurter Vorparlaments 1848 ihren Niederschlag findet. Ihre erste Kodifizierung als Verfassungsbestandteil erfolgte 1849 in der Paulskirchenverfassung und lautete „Die Wissenschaft *und* ihre Lehre ist frei“. Sie wird als ein Recht verstanden, das „Jedermann“ zusteht, der sich wissenschaftlich betätigt, also auch Nichtprofessoren. In dieser Tradition wird auch Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung 1919 „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei“ individualistisch verstanden. Zunächst ist sogar noch ein Verständnis vorherrschend, das Professoren aus dem Schutzbereich ausnimmt, denn diese sind Staatsbeamte, und Grundrechte richten sich gegen den Staat, sollen also nicht Rechte in der Hand seiner Beamten sein. Erst Mitte der Weimarer Republik wird es überwunden, auch beamtete Professoren gelten als Grundrechtsträger. Vertreten wird – angesichts der Differenzierung „Wissenschaft und ihre Lehre“ naheliegend – auch ein „institutionelles Verständnis“, das als „Grundrecht der deutschen Universität“¹⁷ einen korporatistischen Anklang hat oder als „institutionelle Garantie“¹⁸ auf die Bewahrung des Typus der deutschen Universität in seiner überkommenen Gestalt gerichtet ist.

2. Gruppenuniversität

Die Selbstorganisation der Professoren als hauptsächlicher Steuerungsmodus des inneruniversitären Geschehens erwies sich spätestens Ende der 1960er Jahre mit der Expansion des Hochschulbereichs als nicht mehr ausreichend. Zu heterogen waren die Studierenden und der Lehrkörper, zu unterschiedlich die Erwartungen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft an die Nützlichkeit der „Produktivkraft Wissen-

13 *Kehm*, Hochschulen als besondere und unvollständige Organisationen? – Neue Theorien zur ‚Organisation Hochschule‘, in: Wilkesmann, Schmidt (Hrsg.), Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 17 ff.; *Huber*, Die Organisation Universität, in: Apelt, Tacke (Hrsg.), Handbuch Organisationstypen, Wiesbaden 2012, S. 239 ff.

14 Dieser Begriff ist ursprünglich von *Müller-Böling* als „Vorstellungstereotype“ eingeführt worden (Universitäten als Vorstellungstereotypen – Von der Gelehrtenrepublik zum Dienstleistungsunternehmen? CHE Arbeitspapier Nr. 1, April 1994). Er beschreibt deshalb nicht die historische Wirklichkeit, die komplexer und (auch) durch landesfürstlichen Einfluss gekennzeichnet ist, bringt aber ihr typisierendes Merkmal auf den Punkt.

15 Vgl. im einzelnen *Kahl*, Hochschule und Staat, Tübingen 2004, 22 ff.

16 Vgl. im Einzelnen *Löwer*, in: Mertens, Papier (Hrsg.), HGR IV, 2011, § 99 Rn. 4-10; *Fehling*, Bonner Kommentar Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 1-8; *Kahl* (Fn. 15) S. 30 ff.; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 6. Aufl., München 2007, Rn. 243 ff.; die europäische Entwicklung bei *Stichweh*, Akademische Freiheit in europäischen Universitäten. Zur Strukturgeschichte der Universität und des Wissenschaftssystems, in: die hochschule (2) 2016, S. 19 ff.

17 *Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2., erw. Aufl., Berlin 1968, S. 89 ff. (S. 109 „Das Grundrecht (...) einer großen öffentlichen Institution“).

18 *Schmitt*, Verfassungslehre, Berlin 1928, 173; *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 140 ff., 151 f.

schaft“ und zu vielfältig deshalb die Koordinationsaufgaben geworden, als dass sie weiterhin in den vertrauten Konsensmechanismen der „deutschen Mandarine“¹⁹ hätten wahrgenommen werden können. In der Perspektive eines Mehrebenensystems betrachtet verschiebt sich die Koordination von der *Mikroebene* des Professionshandelns in zwei Richtungen. Zum einen wuchs auf der *Makroebene* der Einfluss des Staates, indem erstmals Hochschulgesetze mit Regelungen der akademischen Angelegenheiten, insbesondere der Studienorganisation, verabschiedet wurden. Bis dahin hatten die Universitäten lediglich Satzungen verabschiedet und den Ministerien zur Genehmigung vorgelegt. Den Anfang machte 1966 Hessen,²⁰ der Bund folgte 1976 mit einem Hochschulrahmengesetz, dessen „wesentliches Anliegen (es war), das Hochschulstudium zu organisieren“.²¹ Zum anderen entwickelte sich auf einer erstmals in Erscheinung tretenden *Mesoebene* die Universität selbst in Richtung einer Organisation mit zentralen Entscheidungsgremien. Dadurch, dass in den Gremien der neuen „Gruppenuniversität“ neben den Professoren auch nicht-professorale Wissenschaftler, Studierende und Vertreter der Verwaltung Sitz und Stimme hatten, konnten kollektiv verbindliche Entscheidungen getroffen werden, an die die Universitätsmitglieder auch dann gebunden waren, wenn sie ihnen nicht persönlich zugestimmt oder sie sogar abgelehnt hatten. Der bis dato nur innerhalb des Lehrstuhls bekannte Governancemodus „Hierarchie“ ist schon mit dieser „Demokratisierung“ und nicht erst mit der „Autonomisierung“ in die Universität eingezogen.²² Beide Entwicklungen zusammen führten dazu, dass aus dem „lose gekoppelten“²³ Personenverband ein deutlich enger gekoppeltes System mit einer bislang in dieser Weise nicht bekannten Spannung zwischen Organisation und Person entstand. Ein erster Teilschritt auf dem Weg zur Organisation war begangen.

Diese Machtverschiebung ließ die Interpretation der Wissenschaftsfreiheit nicht unberührt.²⁴ In dem ein-

gangs zitierten grundlegenden Hochschulurteil zu der Gruppenuniversität macht das BVerfG 1973 einen halben, allerdings deshalb auch unvollständigen Schritt in Richtung eines organisationalen Grundrechtsverständnisses.²⁵ Danach erweitert sich der „subjektive“ Abwehranspruch des individuellen Wissenschaftlers gegen Eingriffe in seine wissenschaftliche Betätigung zu einer „objektiven“ Werteordnung, die sich auf die Organisation und Entscheidungsstruktur der Hochschule auswirkt. „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Damit ist nach Wortlaut und Sinngehalt eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm aufgestellt, die neben die in derselben Norm enthaltene Freiheitsverbürgung für den Bereich der Kunst tritt. Zugleich gewährt die Verfassungsbestimmung für jeden, der in diesen Bereichen tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht“.²⁶ Das Gericht findet die Wissenschaftsfreiheit als „objektives Prinzip“²⁷ sogar schon in der Paulskirchenverfassung anerkannt, was im Hinblick auf deren Wortlaut in der Tat nahe liegt. Daraus ergeben sich Folgerungen für die Organisation: Dem Gesetzgeber sei weder „das überlieferte Strukturmodell der deutschen Universität“ noch „überhaupt eine bestimmte Organisationsform des Wissenschaftsbetriebs an Hochschulen“ vorgeschrieben, aus der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft ergäben sich „keine zwingenden ‚wissenschaftseigenen‘ Organisationsprinzipien“.²⁸ Dies alles ist aber noch keine positive Bestimmung eines organisationalen Grundrechtsverständnisses. Für diese Aufgabe gilt: „Kriterium für eine verfassungsgemäße Hochschulorganisation kann nur sein, ob mit ihr ‚freie‘ Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann“.²⁹ Treffe der Gesetzgeber bei der notwendigen Koordination zwischen den einzelnen Wissenschaftlern und zwischen den unterschiedlichen Funktionen der Hochschule für Wissenschaft und Praxis Regelungen, „die auf die freie wissenschaftliche Betäti-

19 Ringer, Die Gelehrten. Der Niedergang der deutschen Mandarine 1890-1993, München 1987.

20 Vgl. Staff, Das Hessische Hochschulgesetz, Neuwied 1967, Vorwort: „Das Hessische Hochschulgesetz hat, auch abgesehen von seinen speziellen Inhalten und Sachlösungen, eine breite Diskussion über die seit langem schwebende Problematik der Reform unserer wissenschaftlichen Hochschulen ausgelöst. (...) Das Gesetz, das den vier wissenschaftlichen Hochschulen des Landes zum ersten Mal eine einheitliche Rechtsgrundlage schafft, dient dem Zweck, Wege für die Hochschulreform und die besonders dringliche Studienreform frei zu machen“ (S. VII.).

21 Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 2. Aufl. Köln 1986, S. Rn. 305.

22 Das verkennen m.E. weite Teile der Kritik an der „Autonomisierung“. Die neue Hierarchisierung war ja gerade einer der Hauptgründe für die Klage der Professorenvertreter gegen die „Gruppenuniversität“.

23 Weick, Educational Organizations as Loosely Coupled Systems“, in: Administrative Science Quarterly Vol. 21, No. 1 (Mar., 1976), pp. 1-19.

24 Einen prägnanten Überblick zu dem damaligen Positionen verschafft Dallinger, Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung, JZ 1971, 665 ff.

25 Vertiefend und differenzierend hierzu Schmidt-Aßmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Becker, Bull, Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werne Thieme, Köln 1993, S. 697 ff.

26 BVerfGE 35, 79 ff., 112, unter Verweis auf eine fast wortgleiche Formulierung zur Kunstfreiheit in der Mephisto-Entscheidung.

27 BVerfGE 35, 79 (119).

28 BVerfGE 35, 79 Leitsatz 4 und (122).

29 BVerfGE 35, 79 (117).

gung der Hochschulangehörigen nicht einwirken“,³⁰ sei er keinen Beschränkungen unterworfen. Das ist aber ohnehin klar und deshalb nicht Ausdruck der Wissenschaftsfreiheit. Geht es jedoch um „Angelegenheiten, die als ‚wissenschaftsrelevant‘ angesehen werden müssen, d.h. die Forschung und Lehre unmittelbar berühren“,³¹ steht nicht mehr die unpersönliche Koordination freier Wissenschaft, sondern die Rolle der Hochschullehrer als freie Wissenschaftler im Vordergrund, denen als „Inhaber der Schlüsselfunktion des wissenschaftlichen Lebens“³² der maßgebende oder ausschlaggebende Einfluss in den Gremien zukomme.

Die Spannung zwischen Organisation und Person kommt gut in dem Leitsatz 7 zum Ausdruck: „Organisationsnormen müssen den Hochschulangehörigen, insbesondere den Hochschullehrern, einen möglichst breiten Raum für freie wissenschaftliche Betätigung sichern; andererseits müssen sie die Funktionsfähigkeit der wissenschaftlichen Hochschule und ihre Organe gewährleisten“. Zwischen diesen beiden Polen verläuft die weitere Entwicklung der Rechtsprechung.

3. Autonome Universität

Die dritte Phase beginnt mit dem Übergang zu der „autonomen“ Universität. Ihr Ausgangspunkt liegt in der abnehmenden Steuerungs- und Planungsfähigkeit der allgemeinen Staatsverwaltung, die in Schlagwörtern wie „Staatsversagen“ oder „Unregierbarkeit“ ihren Ausdruck findet. Im Zuge der „New Public Managementreformen“ soll ihr mit einer Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen bei gleichzeitiger Ergebniskontrolle („Outputsteuerung“) begegnet werden. Das gilt auch für die Hochschulpolitik, in der Parlament und Regierung insbesondere mit Globalbudgets, dem Berufungsrecht, Gehaltsverhandlungen, der Einrichtung und Schließung von Studiengängen u.a.m. Entscheidungskompetenzen auf die Hochschulen delegie-

ren. Die Hochschule *darf* allerdings nicht nur derartige Entscheidungen selbst treffen, sie muss das auch *können* und deshalb ihre Entscheidungsfähigkeit sicherstellen. Aus einem gewissen Misstrauen³³ gegenüber Kollegialorganen wurden die neuen Kompetenzen deshalb mal mehr, mal weniger weitgehend den Rektoraten zugeordnet.

Die Hochschule als Organisation handlungsfähig zu machen, das ist das Programm der „autonomen“ oder „entrepreneurial“ Universität, eine Wortschöpfung des amerikanischen Hochschulforschers *Burton Clark*. Er hatte in den 1980er Jahren nationale Hochschulsysteme in einem Dreieck aus Staat, Markt und Professionsystem auf die Frage hin untersucht, woher sie ihre Steuerungsimpulse erhalten.³⁴ Mit „unternehmerisch“ meint er, dass die Universität in diesem Kräftefeld ihre eigenen Ziele und Schwerpunkte entwickeln und für die Ergebnisse Verantwortung übernehmen soll, eben „etwas unternehmen“ kann. Es ist Unsinn, eine solche Idee nur wegen der Assoziationen, die der Begriff „unternehmerisch“ auch auslöst, als privatnützig und profitorientiert zu diskreditieren. Worum es geht, ist „Die Universität als Akteur“³⁵ aufzustellen und damit als Organisation von den in ihr tätigen Personen zu unterscheiden.

Erst im Zuge dieser Autonomisierung unternahm das BVerfG den ganzen Schritt zu einem personenunabhängigen organisationalen Grundrechtsverständnis, der allerdings nur von kurzer Dauer war. In seiner Entscheidung zu dem Brandenburgischen Hochschulgesetz aus dem Jahr 2004 prüfte es, ob durch die Hochschulorganisation eine „strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit“ (Leitsatz 1) eintrete, wobei „das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge mit seinen unterschiedlichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten in den Blick zu nehmen“ sei.³⁶ Diese Perspektive hat es in der Entscheidung zu dem Hamburgischen Hochschulgesetz im Jahr 2010³⁷ und der medizinischen Hochschule Hannover

30 BVerfGE 35, 79 (122).

31 BVerfGE 35, 79 (123).

32 BVerfGE 35, 79 (127).

33 Vgl. z.B. *Böckenförde*, Erinnerungen an die Kurator-Verfassung, in: Dress u.a. (Hrsg.), *Die humane Universität*. Festschrift für Karl Peter Grottemeyer, Bielefeld 1992, S. 151 ff., 157 f.; *Schimank*, Festgefahrene Gemischtwarenläden – Die deutschen Hochschulen als erfolgreich scheidende Organisationen, in: Stölting, *Schimank* (Hrsg.), *Die Krise der Universitäten*, Leviathan Sonderheft 20/2001, S. 223 ff. mit der häufig zitierten Feststellung, „dass in der hochschulischen Selbstverwaltung in hohem Maße faktische Nichtangriffspakte zwischen Professoren bestehen“ (233); *Thieme*, Organisationsstrukturen der Hochschulen, in: Flämig u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Band 1, S. 813 ff. („Das Problem der Entscheidungsfähigkeit“, 837 f.).

34 „We begin on simplest ground by constructing three ideal types – state system, market system, and professional system – which, in combination, offer two- and three- dimensional spaces for comparing national systems“ (*Clark*, *The Higher Education System: Academic Organization in Cross-National Perspective*, Berkeley 1983, S. 136.).

35 *F. Meier*, *Die Universität als Akteur*. Zum institutionellen Wandel der Hochschulorganisation. Wiesbaden 2009.

36 BVerfGE 111, 333 (355).

37 „Je stärker der Gesetzgeber das Leitungsorgan mit Kompetenzen ausstattet, desto stärker muss er im Gegenzug die direkten oder indirekten Mitwirkungs-, Einfluss-, Informations- und Kontrollrechte der Kollegialorgane ausgestalten“, BVerfGE 127, 87 (117 f.).

(MHH) für die Wahl und Abwahl der Leitungsorgane³⁸ beibehalten und mit der „Je-desto-Formel“ zu einem System gegenseitiger Kontrolle der Gewalten („Checks and Balances“³⁹) weiterentwickelt. Aus einer nachvollziehbaren Befürchtung gegenüber einem technokratischen Top-Down Management heraus war damit die Entscheidungsbildung zwischen Leitungs- und Kollegialorganen verteilt, der für die Gruppenuniversität charakteristische demokratische Zentralismus der Gremien also zugunsten einer Differenzierung von Entscheidung, Entscheidungsvorbereitung und Implementierung aufgehoben.⁴⁰ Diese Interaktion mit verteilten Argumentationslasten und Beschlusskompetenzen findet allerdings – ein wichtiger Unterschied – zwischen *Organen* und nicht wie zu Zeiten der Gelehrtenrepublik zwischen *Personen* in ihren Mitgliedschaftsrollen statt.

Die „Je-desto Formel“ hat sich aber als zu unpräzise erwiesen, um aus ihr konkrete Vorgaben für den Gesetzgeber herzuleiten. Sie ist mehr ein durch Politik und Gesetzgebung konkretisierungsbedürftiges Prinzip als eine verfassungsrechtliche Betriebsanleitung. Diese Offenheit hatte schon früh starke Kritik insbesondere unter den Hochschullehrern ausgelöst,⁴¹ die sich zudem durch den Satz getroffen sahen, der parlamentarische Gesetzgeber sei für die Gestaltung der Hochschulorganisation „besser geeignet als die an speziellen Interessen orientierten Träger der Wissenschaftsfreiheit“.⁴² Der „ganze Schritt“ zu einem organisationalen Verständnis wird deshalb in einem widersprüchlichen Vor und Zurück wieder relativiert:

Zum einen wird die Begrenzung, die mit der Formulierung „unmittelbar Forschung und Lehre berührend“ verbunden ist, unter dem Begriff der „Wissenschaftsrelevanz“

aufgehoben. War dieser Begriff in der Entscheidung zur Gruppenuniversität noch einengend für Agenden vorgesehen, „die Forschung und Lehre unmittelbar berühren“⁴³ und deshalb der Hochschullehrermehrheit unterliegen, wird mit ihm nunmehr das ganze Feld der Selbstverwaltung erfasst. Alle wissenschaftsrelevanten Angelegenheiten, auch solche, die in der früheren Terminologie nicht als „unmittelbar“ berührend oder dem Staat vorbehalten betrachtet worden wären, unterliegen dem Je-desto Prinzip. Das ist der ganze Schritt nach vorne zu der autonomen Universität, die den früheren Dualismus zwischen staatlichen und akademischen Angelegenheiten überwindet und alle Angelegenheiten in ihre Entscheidungskompetenz übernimmt.

Damit würde aber zum anderen der gesamte „Zugewinn“ an Entscheidungskompetenzen, der als Folge der Dezentralisierung vom Staat auf die Hochschulen eingetreten ist, außerhalb des für die Hochschullehrermehrheit reservierten Raumes anlanden. Diese werden deshalb neben oder an Stelle der „Träger der Wissenschaftsfreiheit“ wieder stärker hervor gehoben, meist in der Formulierung des „mit Hochschullehrermehrheit besetzen“ Kollegialorgans. Das geschieht in der Brandenburg-Entscheidung nur am Rande,⁴⁴ in der Entscheidung zu dem Hamburger Hochschulgesetz schon prominenter im 2. Leitsatz⁴⁵ und in der MHH Entscheidung erstaunlicherweise in der Presseberichterstattung,⁴⁶ obwohl diese Gruppe in der Entscheidung selbst nicht besonders hervorgehoben wird, sondern dort nur von den „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern“ die Rede ist. Den Übergang zwischen diesen beiden Prinzipien markiert ein Beschluss aus dem Jahr 2001, mit dem das Gericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die Wahl des Rektorats durch ein viertelparitätisch zusammengesetztes Konsistorium nach dem schleswig-holsteinischen

38 BVerfGE 136, 338, Leitsatz 2: „Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein.“ Man mag sich zwar fragen, welche Befugnisse dem Selbstverwaltungsorgan „entzogen“ worden seien, da es sich hauptsächlich um früher in den Ministerien wahrgenommene staatliche Aufgaben handelt. Zutreffender wäre die Formulierung „vorenthalten“ gewesen. Aber gerade darin, dass die frühere Aufspaltung in staatliche und akademische Angelegenheiten überwunden wird, kommt die Organisationswerdung der Universität zum Ausdruck.

39 Knopp, Zauberformel „Mehr Hochschulautonomie“? – Mit einem Fokus auf Brandenburg, in: Knopp, Peine, Nowacki, Schröder (Hrsg.): Hochschulen im Umbruch. Baden-Baden 2009, S. 15 ff., 22, 26. Bei einem Vergleich mit politischen Regierungssystemen

ist es allerdings kein Präsidialsystem nach US amerikanischem Muster, aus dem der Begriff stammt, da der Präsident unabhängig von dem Parlament gewählt wird. Sofern der Rektor nicht zugleich Vorsitzender des Senats ist, wie z.B. in NRW und Österreich, entspricht es am ehesten einem parlamentarischen System mit starker Regierungsgewalt.

40 Dazu Zechlin, Zwischen Interessenorganisation und Arbeitsorganisation? Wissenschaftsfreiheit, Hierarchie und Partizipation der ‚unternehmerischen‘ Hochschule, in: Wilkesmann/Schmidt, Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 41 ff., 53 ff.

41 Nachweise bei Gärditz, Anmerkungen, JZ 2011, S. 314 ff.

42 BVerfGE 111, 333 (355).

43 BVerfGE 35, 79 (123).

44 BVerfGE 111, 333 (364).

45 BVerfGE 127, 87, Leitsatz 2.

46 Vgl. die Überschriften „Verfassungsrichter geben den Hochschullehrern mehr Macht“ und „Mehr Mitsprache für Professoren“ in der SZ bzw. FAZ v. 25.7.2014.

Hochschulgesetz nicht zur Entscheidung angenommen hatte,⁴⁷ weil die Hochschullehrer anderweitig Einfluss ausüben können.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Das BVerfG hat die Entscheidungsmacht der Kollegialorgane gegenüber den Rektoren und den Hochschulräten gestärkt. Damit ist die *Organisation* angesprochen, deren Funktionsfähigkeit auf freie Wissenschaft als Kommunikations- und Handlungszusammenhang bezogen ist. Durch die verstreuten Hinweise auf die „mit Hochschullehrermehrheit besetzten“ Kollegialorgane entsteht aber parallel dazu eine *personenbezogene* Ausrichtung. Auch wenn sie als lediglich deskriptive Hinweise auf die Gegebenheiten des jeweiligen Falls gelesen werden könnten, bleibt die Ambivalenz zwischen der „Funktionsfähigkeit der Organisation“ und der individuellen Freiheit der „Hochschullehrer“ erhalten.

Der VerfGH Baden-Württemberg beseitigt nun diese Ambivalenz und verschiebt die Gewichte in Richtung Personensystem. Sehr plastisch kommt das darin zum Ausdruck, dass er in seinem Leitsatz 3 die Formulierung zur Wahl und Abwahl aus der MHH-Entscheidung⁴⁸ wörtlich übernimmt, aber an den beiden Stellen, an denen von „Selbstverwaltungsorgan“ die Rede ist, jeweils den Zusatz „und den dort vertretenen Hochschullehrern“⁴⁹ anfügt. Rechtsdogmatisch ist diese Ausdehnung der Professorenmehrheit zwar in keiner Weise zwingend, angesichts der Ambivalenz in der Rechtsprechung aber auch nicht völlig ausgeschlossen. Sie verstellt aber den ganzen Schritt zu einem organisationalen Grundrechtsverständnis und revidiert sogar den halben Schritt, den das BVerfG in seiner Entscheidung zur Gruppenuniversität gegangen ist.

Organisationales und individuelles Grundrechtsverständnis lassen sich offenbar schlecht in der Weise mitei-

einander verbinden, dass aus einer individualistisch gedachten Basis heraus ein organisationales Verständnis entsteht. Es kommt zu keiner stabilen Balance, sondern Ausschlägen⁵⁰ mal zu der organisationalen und mal zu der personale Seite. Wenn es „eng wird“, überwiegt das tradierte individualistische Verständnis.

IV. Organisation

Wie stellt sich das Verhältnis von Organisation und Person in einer sozialwissenschaftliche Perspektive dar? Sozialwissenschaften *beschreiben* nicht einfach die „soziale Faktizität“⁵¹, sondern versuchen sie auf Gesetzmäßigkeiten hin zu *erklären*, sodass Wirkungszusammenhänge deutlich werden. Auf dieser Grundlage entstehen Theorien als Grundlage für zukünftiges Handeln, die durch weitere Empirie falsifizierbar bleiben. Solche Erklärungen sind auch für die Wirkungsannahmen der Rechtswissenschaft wichtig. Eine nur auf ihre interne Widerspruchlosigkeit bedachte Rechtsdogmatik hätte zwar den zitierten Fehlschluss von dem Sein auf das Sollen⁵² vermieden, ihr droht aber der umgekehrte Fehlschluss von dem Sollen auf das Sein. Im Folgenden sollen deshalb zwei zentrale Annahmen der Rechtsprechung problematisiert werden.

1. Wissenschaft, Organisation, Person

Zahlreich sind die Publikationen, die unter Begriffen wie „Loosely coupled systems“ (*Weick*), „Organized Anarchy“ (*March*), „Professional Bureaucracy“ (*Mintzberg*), „Uncomplete Organisation“ (*Brunsson, Sahlin-Andersson*) oder „Specific Organization“ (*Musselin*) den besonderen Charakter der Universität als durch Personen geprägte Organisation betonen.⁵³ Einer der Gründe für diese Besonderheiten liegt genau in der Eigenart, aus der

47 DVBl. 2001, S. 1137 ff. Begründung: „Hinsichtlich der Rektorswahl ergibt sich ein weitgehender Einfluss der Gruppe der Hochschullehrer im Konsistorium bereits daraus, dass die Mitglieder des Rektorats sämtlich auf Vorschlag des Senats gewählt werden“, der wiederum mit Hochschullehrermehrheit besetzt ist. Kurz danach stellt das Gericht fest, „die Aufgaben des Rektorats sind nicht typischerweise unmittelbar wissenschaftsrelevant“ (1139), was den Verweis auf die Hochschullehrermehrheit streng genommen überflüssig macht.

48 Oben Fn. 38.

49 In der ersten der beiden Stellen wird allerdings die Konjunktion „und“ durch die Formulierung „und damit den dort vertretenen Hochschullehrern“ (kursiv durch LZ) wieder relativiert.

50 „Zickzackkurs der Rechtsprechung“, so *Groß*, Kollegialprinzip und Hochschulselbstverwaltung, DÖV (11) 2016, S. 449 ff., 450.

51 In diese Richtung aber *Gärditz* (Fn. 11) S. 326.

52 Siehe oben Fn. 11.

53 *Weick*, (Fn. 23); *Cohen, March & Olsen*: A Garbage Can Model of Organizational Choice, in: Administrative Science Quarterly 17 (1972) 1-25; *Mintzberg*, The Professional Bureaucracy, in:

ders., (Ed.), The Structuring of Organizations. A Synthesis of the Research, 1979; *Brunsson, Sahlin-Andersson*, Constructing Organizations: The Example of Public Sector Reform, in: Organization Studies 21 (2000), S. 721-746; *Musselin*, Are Universities Specific Organisations?, in: Krücken, Kosmützky, Torka (Eds.), Towards a Multiversity? Bielefeld 2007, S. 63-84. Anregende deutschsprachige Überblicke geben z.B. *Engels*, Eine Annäherung an die Universität aus organisationssoziologischer Sicht, in: die hochschule. journal für wissenschaft und bildung, (1) 2004, S. 12 ff.; *Nickel*, Dezentralisierte Zentralisierung. Die Suche nach neuen Organisations- und Leitungsstrukturen für Fakultäten und Fachbereiche, ebenda, S. 87 ff.; *Kehm* (Fn. 13); *Huber* (Fn.13); *Hüther/Krücken*, Wissenschaftliche Karriere und Beschäftigungsbedingungen. Organisationssoziologische Überlegungen zu den Grenzen neuer Steuerungsmodelle an deutschen Hochschulen in: Soziale Welt, 62 (2011) 3, S. 305-325; *Minssen, Wilkesmann*, Lassen Hochschulen sich steuern?, in: Soziale Welt 54 (2003), S. 123-141; *Hanft*, Bildungs- und Wissenschaftsmanagement, München 2008, S. 66 ff.

heraus die Hochschullehrer in der Rechtsprechung als „Inhaber der Schlüsselfunktion“⁵⁴ bezeichnet werden: Hochschulen sind Wissensorganisationen, das Wissen ist ihr eigentliches „Kapital“⁵⁵ aber es „gehört“ nicht der Organisation, sondern Personen. Die Leistungsfähigkeit der Organisation hängt von diesen Personen ab, die sich als Juristen, Mediziner, Natur- oder Geisteswissenschaftler u.a. aber eher an ihren Professionsystemen oder wissenschaftlichen Communities⁵⁶ orientieren als an ihrer Universität. Dort erfolgt die Anerkennung als Experte, die sich in einer entsprechenden Reputation in der Öffentlichkeit ausdrückt, in dieser Spannung zwischen Organisation und dem Fachsystem der Profession findet die Organisationswerdung deshalb ihre Grenze. Das bedeutet, dass die Führung und das Management der Universität sie in besonderer Weise in die Entscheidungsbildung einbeziehen müssen, keine Universität kann gegen ihre Professoren „regiert“ werden; es bedeutet aber nicht, dass ihnen die Führung oder das Management „maßgebend“ oder „ausschlaggebend“ überlassen bleiben müsste.⁵⁷

Da Personen nicht Teil der Organisation sind, Organisationen aber ohne Personen ihre Aufgaben nicht erfüllen können, bedarf es einer Verbindung. Die erfolgt über den soziologischen Rollenbegriff.⁵⁸ Er vermeidet die totale Vereinnahmung der Person und ermöglicht es, sie lediglich in bestimmten Ausschnitten zu integrieren, die zu der jeweiligen Position und Funktion in der Orga-

nisation passen. Auf diese Weise kann dieselbe Person in mehreren Funktionen angesprochen sein. Hochschullehrer sind z.B. als Wissenschaftler tätig, können aber auch in Leitungs- oder Kollegialorganen über die Organisation von Wissenschaft entscheiden. Beide Rollen sind aber zu unterscheiden.⁵⁹ Wissenschaft ist auf *Wahrheit* ausgerichtet. Wahrheit ist nicht substantiell „gegeben“, sondern wird in der Scientific Community in kontroversen Diskussionen zeitlich begrenzt hergestellt und immer wieder in Frage gestellt. Es kann Jahre, sogar Generationen dauern, bis eine einigermaßen gefestigte Auffassung von dem, was als wahr angesehen werden soll, entstanden ist, und selbst dann bleibt sie ein falsifizierbarer *Wahrheitsanspruch*.⁶⁰ Deshalb muss das Funktionssystem Wissenschaft frei sein und seiner Eigengesetzlichkeit folgen. Organisationen sind hingegen auf *Entscheidungen* angewiesen, die jetzt getroffen werden müssen und nicht endlos verschoben oder immer wieder in Frage gestellt werden können. Globalbudgets wollen verteilt, Berufungsvorschläge entschieden und Studiengänge unterstützt, geschlossen oder neu eingerichtet werden. Gremienentscheidungen beruhen deshalb auf *Mehrheit*, nicht auf *Wahrheit*,⁶¹ es geht um praktische Vernunft, nicht um Wissenschaft. Diese Unterscheidung ist wichtig. Wer in einer Mehrheitsentscheidung unterliegt, kann trotzdem Recht haben,⁶² sie aber – sofern sie in einem fairen Verfahren getroffen worden ist – akzep-

54 BVerfGE 35, 79 (127).

55 Grossmann, Pellert, Gotwald, Krankenhaus, Schule, Universität: Charakteristika und Optimierungspotentiale, in: Grossmann, (Hrsg.), Besser Billiger Mehr. Zur Reform der Expertenorganisationen Krankenhaus, Schule, Universität, iff Texte, Wien 1997, S. 24 ff., 25.

56 Stichweh, Neue Steuerungsformen der Universität und die akademische Selbstverwaltung. Die Universität als Organisation, in: Sieg, Korsch (Hrsg.), Die Idee der Universität heute, München 2005, S. 123 ff.

57 Das zeigt auch ein Blick auf andere Wissens- oder Expertenorganisationen wie Krankenhäuser (mit den Chefarzten), Werbeagenturen (mit den Textern und Graphikern) oder Schulen (mit den Lehrern), selbst wenn Grundrechte im Spiel sind wie bei Zeitungen und Rundfunkanstalten (mit den Redakteuren) oder Opernhäuser, Orchester und Theater (mit Diven, Ersten Geigern und Schauspielstars). Die Beispiele zeigen, dass es eher um die Garantie der Selbstverwaltung als um die Grundrechte aus Art. 5 GG geht; vgl. auch Groß, Das Selbstverwaltungsrecht der Universitäten – Zusätzliches zur Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2006, S. 721 ff. sowie ders., (Fn. 50); Fehling, Neue Herausforderungen an die Selbstverwaltung in Hochschule und Wissenschaft, Die Verwaltung 35 (2002), S. 399 ff.

58 Immer noch grundlegend, klar und zeitlos aktuell Mayntz, Soziologie der Organisation, Reinbek bei Hamburg 1963, S. 81 ff.; vgl. auch Seliger, Das Dschungelbuch der Führung, Heidelberg 2008, S. 73 ff.

59 Vgl. hierzu Fangmann, Gelehrtenrepublik und staatliche Anstalt – Verfassungsrechtliche Grundlagen und systemischer Kontext, in: Wilkesmann, Schmidt (Hrsg.), Hochschule als Organisation, Wiesbaden 2012, S. 61 ff.; Hochschulangehörigen dürfte die

vergleichbare Unterscheidung zwischen Fachwissenschaft und der Organisation des fachwissenschaftlichen Unterrichts geläufiger sein: Die besten Mathematiker, Historiker etc. sind nicht zugleich die besten Mathematik-, Geschichts- etc. Lehrer. Das Gleiche lässt sich auch für die Führungskräfte selbst sagen, die nicht zu den Top-Wissenschaftlern gehören müssen, was wiederum Anlass für satirische Darstellungen bietet, vgl. Zechlin, „Er ist als Wissenschaftler eine Nieme und hat sich deshalb der Universitätspolitik verschrieben“. Der Campus, in: Heidi Möller, Thomas Giernalczyk (Hrsg.), Organisationskulturen im Spielfilm. Von Banken, Klöstern & der Mafia: 29 Film- & Firmenanalysen. Berlin, Heidelberg 2017, S. 205–218.

60 Löwer (Fn. 16) Rn. 11, 12.

61 Sie sind als organisationspolitische Entscheidungen „arbiträr“ (Zintl, Politisches Wissen und Wissen in der Politik, in: Engel, Halfmann, Schulte (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 93 ff., 94); vgl. demgegenüber Starck, der die Hochschullehrermehrheit mit der „Richtigkeit wissenschaftsrelevanter Entscheidungen“ rechtfertigt (Mangoldt/Klein, Art. 5 Abs. 3 Rn. 392); Blankenagel, Partizipation von Wissenschaftlern in der Wissenschaftspolitik, KritV 1989, S. 247 ff., schlägt abgestufte Beteiligungsmodi (263) in einem „viereckigen Orientierungsmuster“ (271) als Aufgabe der Politik vor.

62 Anders der Rousseau'sche Gemeinwille, der – ähnlich wie Moral und Ethik – „offenbar“ ist und nur zur Not durch Abstimmung ermittelt wird: „Wenn mithin meine Ansicht der entgegengesetzten unterliegt, so beweist dies nichts anderes, als dass ich mich geirrt hatte, und dasjenige, was ich für den allgemeinen Willen hielt, es nicht war“ (Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1966, S. 154, IV/2).

tieren, wer sich hingegen auf die Wahrheitssuche macht, wird auf dem Unterschied von „richtig“ und „falsch“ beharren und dabei keine Mehrheitsentscheidungen akzeptieren.

Der Rechtsprechung scheint nun eine Verwechslung der beiden Rollen zugrunde zu liegen. So argumentiert das BVerfG, wenn es die Hochschullehrermehrheit damit begründet, es müsse verhindert werden, dass „wissenschaftlicher Sachverstand ... in dem Beschlussorgan der Wissenschaftsverwaltung überspielt wird“.⁶³ Es kommt aber nicht auf den wissenschaftlichen Sachverstand der Gremienmitglieder sondern ihre Sachnähe zur Wissenschaft und ihren organisatorisch-praktischen Sachverstand an. *Helmut Willke* bringt den Unterschied zwischen klugen Mitgliedern und kluger Organisation gut auf dem Punkt: „Die europäischen Universitäten sind ein Hauptbeispiel für dumme Organisationen, in denen – so sollte man annehmen können – leidlich intelligente Menschen arbeiten. Dumm sind sie, weil ihre organisatorische Intelligenz bestenfalls auf der Stufe der Humboldt'schen Reformen stehen geblieben ist. Sie schaffen es nach wie vor nicht, institutionelle Regelsysteme, Anreizsysteme und organisationale Karrieremuster zu etablieren, welche aus der Summe konkurrierender Einzelkämpfer, isolierter Individuen und ‚einsamer‘ Forscher vernetzte Gemeinschaften, kooperierende Gruppen, Teams oder Projekte bilden würden. (...) Dagegen sind etwa die Parlamente alter, entwickelter Demokratien herausragende Beispiele für intelligente Organisationen, die sehr gut mit durchschnittlichen Mitgliedern auskommen. (...) Insgesamt führt dies bei allen verbleibenden Schwächen zu einer institutionellen Weisheit, welche die für den demokratischen Prozess kennzeichnende Mittelmäßigkeit der Mitglieder der Parlamente zu kompensieren in der Lage ist“.⁶⁴

Unter Organisationsgesichtspunkten spricht also nichts dafür, die Professorenmehrheit derart zu verfestigen, dass sie in Verfassungsrang erhoben wird.⁶⁵ Auch andere Universitätsangehörige haben eine Sachnähe zur Wissenschaft. Die hohe Bedeutung der Professoren ist Bestandteil der informellen Organisationskultur, deren Verfestigung in formale Organisationsstruktur immer problematisch ist.⁶⁶ 1973 stellte sie einen pragmatischen Kompromiss des BVerfG in einer Zeit dar, in der die tradierte *institutionelle* Prägung der Hochschule stark weiterwirkte und der ganze Schritt zu einem *organisationalen* Grundrechtsverständnis noch zu groß gewesen wäre. Darin liegt der Grund dafür, dass das Minderheitenvotum nicht mehrheitsfähig war, nicht in der „richtigeren“ Rechtsauffassung der Mehrheit.

2. Strukturelle Gefahr und risikobewusstes Handeln

Burton Clark hat die Organisationswerdung als Chance für selbstbestimmtes Handeln gesehen, die Rechtsprechung betrachtet sie als Gefahr.⁶⁷ Schon in dem Urteil zur Gruppenuniversität erklärt das BVerfG, Art. 5 Abs. 3 GG verbiete dem Gesetzgeber eine Organisationsgestaltung, bei der „die Gefahr der Funktionsunfähigkeit oder der Beeinträchtigung des für die wissenschaftliche Betätigung der Mitglieder erforderlichen Freiheitsraumes herbeigeführt wird“.⁶⁸ Es soll nicht erst abgewartet werden, bis ein „Eingriff“ in die individuelle Freiheit vorliegt, sondern schon präventiv dafür gesorgt werden, dass eine solche Grundrechtsverletzung unterbleibt. In dem klassischen rechtsstaatlichen Instrumentarium des Polizeirechts, bei dem hier Anleihen gemacht werden, wird der Gefahrenbegriff präzise definiert, damit die Freiheit gegenüber vorhandenen Gefahren geschützt und nicht durch paternalistische Vorsorge gegenüber der potentiellen Entstehung künftiger Gefahren erstickt wird. Eine Gefahr droht erst „wenn eine Sachlage

63 BVerfGE 35, 130; vgl. dazu schon das Minderheitenvotum mit seiner Feststellung, „dass der fachwissenschaftliche Sachverstand selbst hervorragender Gelehrter nicht mit einer besonderen Qualifikation für die Wissenschaftsverwaltung identisch ist. Entspricht es zudem nicht gerade dem Wesen freier Wissenschaft, dass sich Qualifikation durch das sachliche Gewicht von Argumenten ausweist und nicht eine formalisierte Entscheidungsposition beansprucht, durch welche alle übrigen in eine permanente Minderheitenposition verwiesen werden?“ (S. 161).

64 *Willke*, Dumme Universitäten, intelligente Parlamente. Wie es kommt, dass intelligente Personen in dummen Organisationen operieren können, und umgekehrt. In: Grossmann (Hrsg.), *Wie wird Wissen wirksam?* Wien 1997, S. 107 ff.

65 Schon *Wilhelm von Humboldt* schrieb in einem Brief an seine Frau Caroline: „Mit wieviel Schwierigkeiten ich bei alledem zu kämpfen habe, wie die Gelehrten, die unbändigste und am schwersten zu befriedigende Menschenklasse – mit ihren ewig sich durchkreuzenden Interessen, ihrer Eifersucht, ihrem Neid, ihrer Lust zu regieren, ihren einseitigen Ansichten, wo jede

meint, dass nur sein Fach Unterstützung und Beförderung verdient, mich umlagern, ... davon haßt du keinen Begriff“; zitiert nach *Kahl* 2004, (Fn. 13) S. 26; *Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit*. 2., um einen ‚Nachtrag 1970‘ erweiterte Auflage, Düsseldorf 1971, S. 119.

66 Beide Seiten müssen unterscheidbar bleiben, aber zusammenwirken, vgl. *Kühl*, *Organisationen*. Eine sehr kurze Einführung, Wiesbaden 2011, S. 88 ff.; *Schreyögg*, *Organisation*, Wiesbaden 2008, S. 343 ff.

67 Hierzu treffend und unter dem schönen Titel „Die Hochschule als Gefahr für die Wissenschaftsfreiheit“ *Sieweke*, *DÖV* 2011, S. 472 ff.; vgl. zu der Gegenüberstellung auch *Eifert*, *Wissenschaftsfreiheit und Rundfunkfreiheit*. Grundrechte mit spezifischem Organisationsgehalt im Vergleich, in: *Britz* (Hrsg.), *Forschung in Freiheit und Risiko*, Tübingen 2012, S. 17 ff., S. 23 mwN.; *Trute*, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen 1994, S. 330 f. („Ambivalenz organisierter Freiheit“).

68 BVerfGE 35, 79 (124).

oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird“.⁶⁹

Die Rechtsprechung zur Wissenschaftsfreiheit weitet demgegenüber die *Abwehr* von Gefahren zu einer schon im Vorfeld der Gefahr angesiedelten *Vermeidung* von Gefährdungen aus, die zudem mit keinerlei empirischer Evidenz unterlegt wird. Es kommt hier auf sprachliche Nuancen an, was sich schon in dem oben zitierten Hochschulurteil ausdrückt („herbeigeführt wird“). Die Brandenburg-Entscheidung 2004 stellt einerseits darauf ab, ob durch die Organisationsnormen die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährdet „werden“, andererseits darauf, ob eine Regelung Strukturen schafft, die sich gefährdend auswirken „können“. Aufkommende Zweifel, ob damit die sog. *Gefahrenvorsorge* gemeint sein könnte, beseitigt sie allerdings durch die Klarstellung, dass „eine nur hypothetische Gefährdung nicht aus(reicht)“.⁷⁰ Die Hamburger Entscheidung wiederholt 2010 die Formulierung aus der Brandenburg Entscheidung,⁷¹ wohingegen die MHH Entscheidung 2014 davon spricht, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung „vermieden“ werden.⁷² Eine klare Grenzziehung⁷³ zwischen der Abwehr vorhandener und der Vermeidung möglicherweise entstehender künftiger Gefahren unterbleibt.

Vermeiden ist jedoch keine Lösung, wie ein Vergleich zeigt: Bergsteigen ist mit der Gefahr des Abstürzens verbunden. Wer diese Gefahr vermeiden will, verzichtet am besten auf diese Freizeitbeschäftigung. Wer dennoch nicht darauf verzichten will, wird trotzdem nicht blind gegenüber den Gefahren sein, sondern versuchen, sie durch Achtsamkeit im Handeln zu beherrschen. Die Kehrseite der juristischen Gefahrenabwehr ist deshalb der sozialwissenschaftliche Risikobegriff.⁷⁴ In den Worten eines Grenzgängers zwischen Rechtswissenschaft

und Soziologie geht es „um Fälle, in denen ein möglicher Schaden *leicht* (...) *vermeidbar* ist, da man einfach zu Hause bleiben kann, es aber trotzdem zu empfehlen ist, *die Möglichkeit eines Schadens aktiv herbeizuführen*“.⁷⁵ Gefahrenabwehr verspricht Sicherheit, der Risikobegriff hält dies für eine Überforderung, denn „es gibt keine risikofreie Sicherheit“.⁷⁶ Entscheidungen absorbieren zwar Unsicherheit, aber sie beseitigen sie nicht. Sie erfordern auf der Zeitachse weitere Entscheidungen und stellen damit die Unsicherheitsabsorption auf eine kontinuierliche Basis, einen ständigen Kreislauf von Beobachtung, Bewertung und Entscheidung.⁷⁷ Die große „Einmalentscheidung“ (dazu gehören auch Grundsatzurteile der Verfassungsrechtsprechung zu der Leitungs- und Entscheidungsstruktur von Universitäten) schafft keine dauerhafte Sicherheit, sie führt eher zu der Illusion davon und trägt dadurch zu der Verdrängung von Risiken bei. Die Verfassungsrechtsprechung selbst kann aber nicht ständig beobachten und neu entscheiden, sondern das ist Aufgabe der Politik,⁷⁸ die deshalb „einspringen muss. Man wird, und man sollte vielleicht auch, den Mechanismus kollektiv bindender Entscheidung benutzen, um das zu entscheiden, was weder richtig noch falsch entschieden werden kann“.⁷⁹

Politik besteht einer geläufigen Definition nach aus der Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen. Das geschieht nicht nur auf der Makroebene des Staates, sondern auch der Mesoebene der Hochschule und ist das schon erwähnte Organisieren, das sich von der Wissenschaft selbst unterscheidet. Es erfordert *Risikobewusstsein* und *Handeln*, nämlich die kontinuierliche und situative Vorbereitung, Herstellung und Umsetzung von Entscheidungen, die Beobachtung ihrer Auswirkungen und das Nutzen dieser Beobachtungen für das Herstellen von Anschlussentscheidungen. Die Rechtsprechung befasst sich aber nur mit der Leitungs- und Entscheidungs-

69 BVerwG 45, 51 (57).

70 Alle Zitate BVerfGE 111, 333 (355).

71 BVerfGE 127, 87 (116).

72 Juris Rn. 57; der VerfGH BW referiert die MHH-Entscheidung, nach der Gefahren „vermieden werden“ sollen und setzt bei der Darstellung seiner eigenen Maßstäbe „abwehren“ und „vermieden“ in zwei aufeinanderfolgenden Sätzen unkommentiert nebeneinander (Juris Rn. 84).

73 Die „Gefahrenschwelle“, vgl. dazu *Sieweke* (Fn. 67) S. 473 f.

74 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994, S. 52 ff.; *Scherzberg*, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht. In: Engel, Halfmann, Schulte (Fn. 61) S. 113 ff., Fn. 122; *Britz*, Wagnisse moderner Hochschulverfassung, in: dies. (Fn. 67) S. 31 ff.; *Kaufhold*, Systemaufsicht. Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht. Tübingen 2016.

75 *Luhmann*, Gefahr und Risiko, in: *Soziologische Aufklärung*.

Konstruktivistische Perspektiven, 4. Aufl., S. 126 ff., 127.

76 *Luhmann*, (Fn. 75) S. 152, wir leben eben in einer „Risikogesellschaft“ (*Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986).

77 „Für uns liegt das Besondere des Risikos darin, dass es aus der unbegrenzten Fülle von Handlungen, die mit Unsicherheit und möglichen Schäden verknüpft sein können – also aus dem Schattenbereich der Gefahr – herausgeholt wurde, dass es durch gesellschaftliche Diskurse thematisiert und benennbar wurde, abgrenzbar und letztlich abwägbar“ (Adalbert Evers, Helga Nowotny, zitiert nach *Luhmann*, S. 129). *Beck* (Fn. 76) hat hierfür den Begriff „Reflexive Modernisierung“ entwickelt.

78 „in der Politik gewinnen Risikothesen im Vergleich zu Normthesen (Rechtsetzung) und Verteilungsthesen an Bedeutung“ (*Luhmann*, S. 138); vgl. dazu insgesamt auch *Willke*, Supervision des Staates, Frankfurt am Main 1997.

79 *Luhmann*, (Fn. 75) S. 156.

struktur. Sie vernachlässigt damit das Handeln und seine Wechselwirkung⁸⁰ mit der Struktur. Risikobewusstes (Führungs-)handeln⁸¹ benötigt dafür einen gewissen Freiraum. Damit ist zwar wiederum ein Risiko verbunden, nämlich das schlechter Führung. Dieses Risiko muss aber hingenommen werden,⁸² wenn man nicht „zu Hause bleiben“ will, denn die Einbetonierung des Führungshandelns in immer feiner gestrickte Strukturvorgaben stellt das größere Risiko dar. Mit der Wahl von Führungskräften wird eben „die Möglichkeit eines Schadens aktiv herbeigeführt“. Ob ein Schaden tatsächlich eintritt, hängt dann von den Führungspersonen ab, die aber auch selber wissen, dass eine Universität nicht gegen ihre Professoren regiert werden kann. Wenn er eintritt, kann das durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden, die auf diese Weise zu einer empirischen Basis für die Beurteilung auch der Struktur beitragen. Wirkliche Gefahren drohen erst, wenn das Spannungsverhältnis von Struktur und Handeln in eine der beiden Richtungen hin aufgelöst wird.

Wegen der Interdependenz wird auch die „Passung“ zwischen Struktur und Person⁸³ wichtig. Unter den Bedingungen offener Diskussion in Selbstverwaltungsorganen werden Personen mit Mut⁸⁴ zur Klarheit benötigt, die Unterschiede verdeutlichen und dazu beitragen, dass Kontroversen nicht unter den Teppich gekehrt werden. Man kann auf eine offene Streitkultur und die integrierende Kraft vernünftig ausgetragener Konflikte setzen.⁸⁵ Unter den Bedingungen der Hochschullehrermehrheit werden hingegen geschmeidige Hinterzimmerdiplomaten gefragt, die geräuschlos Kompromisse herbeiführen und dadurch kontroversen Diskussionen in den Gremi-

en vorbeugen. Drohte in der Anfangsphase der „Autonomen Hochschule“ die öffentliche Kommunikation durch die Entscheidungsmacht der Leitung erstickt zu werden, tritt nunmehr derselbe Effekt durch die Macht der Hochschullehrer ein. Die Gremien mögen zwar noch abstimmen, aber eher als Staffage. Die eigentlichen Weichenstellungen sind schon in den Vorbesprechungen des „Professorium“ erfolgt.

V. Alternativen

Auch bei einer sozialwissenschaftlichen Betrachtung kommt es nicht zu einer harmonischen Einheit von Organisation und Person. Ganz im Gegenteil treten die *Unterschiede* beider Seiten klarer hervor. Wenn man diesen Befund wieder in das Grundrechtsverständnis „rückübersetzt“, gelangt man auch dort statt einer Synthetisierung zu einer deutlicheren Trennung. Auf dieser Grundlage wird eine andere Art von Verbindung möglich.

1. Inpersonales Grundrechtsverständnis

Helmut Ridder hat 1975 die Wissenschaftsfreiheit als „ein ‚inpersonales‘ Grundrecht“⁸⁶ bezeichnet. Ähnlich wie für die Presse⁸⁷ spreche das Grundgesetz „von der Freiheit der Wissenschaft, nicht von der Freiheit der Wissenschaftler“.⁸⁸ Dieser durch eine grammatikalische Interpretation gewonnene Befund wird für eine Reihe von Landesverfassungen auch durch eine systematische Interpretation gestützt. Art. 20 der baden-württembergischen Landesverfassung z.B. lautet nicht nur „Die Hochschule ist frei“ (also nicht „der Wissenschaftler“ oder gar

80 Vgl. aus einer akteurstheoretischen Perspektive *Schimank*, Handeln und Strukturen. Weinheim und München, 2. Aufl. 2002, S. 14 ff.; in diesem Gedanken liegt der Kern der Governanceansätze: Governance ist „Management von Interdependenz“

(*Mayntz*, Governance im modernen Staat, in: Benz, Dose (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, Wiesbaden 2010, S. 37 ff., 43); *Zechlin*, Governance als Führungshandeln, in: Luzia Truniger (Hrsg.), Führen in Hochschulen. Anregungen und Reflexionen aus Wissenschaft und Praxis. Wiesbaden 2017, S.33ff.

81 „Risikomanagement statt Gefahrenabwehr und -vorsorge“, so prägnant *Scherzberg* (Fn. 74) S. 135; Beispiele für Risikobearbeitung, die zeigen, dass die Sache auch schief gehen kann, bei *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 102, die aber auf Struktur als Gegenmittel setzt.

82 *Britz* (Fn. 74) S. 43: „Es bleiben nicht unbeachtliche Restrisiken mächtige Hochschulleitungen, die verfassungsrechtlich hinzunehmen sind“.

83 *Löschper*, Es kommt auch auf Personen an, in: Hochschulmanagement, 4 (2016) S. 104-110.

84 Das bezieht sich nicht nur auf Rektoren. Mut kann auch von Senaten, die sich bei der Wahl der Rektoren nicht durch die Hochschulräte unter Druck setzen lassen (z.B. in Siegen, Saarbrücken, Leipzig), von einzelnen Hochschulangehörigen (vgl. die Thematik

„Political correctness versus Freiheit der Wissenschaft?“ der DHV-Jahrestagung 2017) oder Dekanen, denen von dem Präsidium Pressekontakte untersagt werden (Hamburg), bewiesen werden. Vgl. auch *Imboden*, Deutschen Unis fehlt es an Mut, in: ZEIT v. 4.2.2016; *Schmoll*, Wo bleibt der Mut? FAZ v. 1.4.2017 und *dies.*, Der Hochschulverband verteidigt die Wissenschaftsfreiheit. FAZ v. 12.4.2017.

85 *Dubiel*, Integration durch Konflikt?, KZfS 1999, Sonderheft (H. 39) S. 132 ff.

86 *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975, S. 134; vgl. dazu auch *Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 1999 (2), S. 281 ff.

87 „Der prinzipielle Fehler liegt überall wieder darin, dass von dem Wortlaut des Grundrechts gar keine Notiz mehr genommen wird: Das Grundgesetz sagt doch unmissverständlich, dass es auf die Freiheit der Presse, nicht aber auf die Verlegerfreiheit usw. ankommt“ (*Ridder* (Fn. 86) S. 87).

88 Fn. 86, S. 136 f.; dort auch eine deutliche Kritik an der „Hochschullehrermehrheit“ als verfassungsrechtlicher Vorgabe mit dem Ergebnis: „Das ist falsch (wenn man auch die Meinung vertreten kann, dass es sinnvoll sei)“.

„der Hochschullehrer“), sondern er befindet sich auch in einem mit „Erziehung und Unterricht“ überschriebenen Abschnitt, der einen Sachbereich, aber keine Grundrechte regelt.⁸⁹ Auch wenn die Dogmatik der Inpersonalität bei *Ridder* nicht genauer ausgearbeitet wird, zielt er doch entsprechend dem Charakter der Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht auf eine eigenständige Sphäre des Öffentlichen in einer demokratischen Gesellschaft, „die konkrete Freiheit eines sozialen Feldes durch dessen Organisation“.⁹⁰ Eine solche Vorstellung kommt der objektivrechtlichen Interpretation des BVerfG zwar nahe, wird im Unterschied hierzu aber nicht als Fernwirkung des individuell verstandenen Abwehrrechts unter den heutigen Bedingungen einer „Organisationsgesellschaft“, sondern unabhängig davon als Funktionsbereich Wissenschaft konzipiert, der sich nach seinen Eigengesetzlichkeiten entwickelt.⁹¹

Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit liegt in einer solchen Vorstellung nicht in der Gefahrenabwehr durch die alles entscheidende Struktur, sondern der kontinuierlichen Beobachtung der empirischen Auswirkungen, die in der Interdependenz von Struktur und Handeln erzeugt werden. Das kann aber nicht Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung selbst sein. Es überfordert sie, die Einhaltung der „objektiven Werteordnung“ jeweils abstrakt ex ante auf Gefährdungen hin zu beurteilen und die Beurteilung zu verändern, wenn auf der einen Seite der Abwägung 10 Gramm

Macht mit dem Gewichtungsfaktor x zugegeben oder auf der anderen Seite 20 Gramm mit dem Gewichtungsfaktor y entfernt werden.⁹² Stattdessen ist es Pflicht des Gesetzgebers, die empirischen Auswirkungen zu beobachten, über die Ergebnisse der Beobachtung zu berichten und daraus Konsequenzen für die Gesetzgebung ziehen und zu verantworten.⁹³ Empirische Erkenntnisse zu dem Thema Macht und dem tatsächlichen Verhalten der Leitungskräfte liegen zwar mittlerweile in wachsendem Umfang vor,⁹⁴ werden jedoch in der Rechtsprechung nicht herangezogen, weil sie nicht in ihrem abstrakt auf die Struktur gerichteten Suchraster liegen. In dem Verfahren vor dem VerfGH BW ist z.B. gutachtlich auf die zentrale Bedeutung der *Praxis* abgestellt und vorgetragen worden, „*dass und wie die hochschulrechtlichen Vorschriften in Baden-Württemberg in verfassungskonformer Weise praktiziert und vollzogen werden*“.⁹⁵ Folgerungen in der Argumentation des Urteils sind jedoch nicht ersichtlich. Erst auf der Grundlage solcher Informationen ließe sich aber, u.a. durch Verwaltungsgerichte, beurteilen, ob Beeinträchtigungen für die Wissenschaftsfreiheit eingetreten *sind* und auch zukünftig *drohen*.

Das BVerfG hat in vielen Bereichen die Relevanz von Empirie für die Rechtsprechung hervorgehoben.⁹⁶ Es „verpflichtet“ auch den Hochschulgesetzgeber dazu, „bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren“.⁹⁷ Als Vorbild könnte die schweizerische Bundesverfassung dienen, die weit über die Hoch-

89 Ähnlich Art. 60 Hess. Verf. und Art. 16, 18 Verf. NRW; dieses systematische Argument verwendet schon *Smend* (Fn. 17).

90 Fn. 86, S. 91; insgesamt vertiefend und weiterführend hierzu *Augsberg* (Fn. 10).

91 *Laddeur* (Fn. 86) zufolge hat *Ridder* sein Konzept der „Institution“, mit dem er zeitweilig gearbeitet hat, wegen der Nähe zu der Auffassung *Carl Schmitts* (Fn. 18) aufgegeben, obwohl es „eigentlich nicht missverständlich war“ (286 f.). Es geht nicht um den Typus Universität als institutioneller „Garantie des Hergebrachten“, sondern um den „eigensinnige[n] Kommunikations- und Handlungszusammenhang der Wissenschaft“, so *Trute* (Fn. 67) S. 275. Vgl. auch *Grimm*, Wissenschaftsfreiheit vor neuen Grenzen? Göttingen 2007, der in Abgrenzung von den „personalen Grundrechten“ wie der Meinungsfreiheit, der Gewissensfreiheit, dem Recht auf körperliche Unversehrtheit etc. von der Wissenschaftsfreiheit als „Funktionsgrundrecht“ spricht (S. 26).

92 Zu einem solchen Modell tendiert aber der VerfGH BW (Fn. 2), indem er sachliche und personelle Entscheidungskompetenzen miteinander verrechnet (Juris Rn. 169). Wäre alles wieder ganz anders, wenn – wie in Österreich und NRW – der Rektor nicht Senatsvorsitzender ist?

93 Dazu *Laddeur*, Die Wissenschaftsfreiheit der „entfesselten Hochschule“, DÖV 2005, S. 753 ff., 761 ff.; in diesem Sinne auch *Groß*, Wissenschaftsadäquates Wissenschaftsrecht, WissR 2002, 307 ff., 318; ablehnend *Gärditz* (Fn. 11) S. 362 ff. („kein empirisches Problem“).

94 Vgl. nur die umfangreichen und theoretisch fundierten Untersuchungen von *Kleimann*, Universitätsorganisation und präsidiale Leitung. Führungspraktiken in einer multiplen Hybridorganisation, Wiesbaden 2016 und *Hüther*, Von der Kollegialität zur Hier-

archie? Eine Analyse des New Managerialism in den Landeshochschulgesetzen, Wiesbaden 2010; ferner *Hüther/Krücken* (Fn. 53) mit der Unterscheidung von Organisations- und Personalmacht; *Minssen/Wilkesmann* (Fn. 53); *Woiwode, Frost, Hattke*, Hochschulleitungen zwischen Repräsentation und Ergebnisorientierung – Handlungs(un)fähigkeiten und Vermittlungstaktiken. Vorgesehen für: Scherm (Hrsg.), Strategische Entscheidungen in Universitäten. Themenheft 6 (2017) Betriebswirtschaftlichen Forschung und Praxis.

95 *Württemberg*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1 ff., 5; *Hagmann* (BeckOK BW LHG/Hagmann § 15 Rn. 9a) kritisiert das Fehlen empirischer Belege für die Gefährdungen und benennt eine Reihe alternativer Gefahren, die umgekehrt mit dem Regime der Hochschullehrermehrheit entstehen können; schon *Hüther* (Fn. 94) unterscheidet zwischen dem politischen „Diskurs“, seiner „gesetzliche Umsetzung“ (das eigentliche Thema seines Buches) und den „Praktiken der bzw. in der Organisation“ (S. 26 Fn. 9).

96 Vgl. jüngst *Bieback*, Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Vortrag auf der Tagung „Herausforderungen der Gesetzesevaluation und Rechtswirkungsforschung“ des Wissenschaftszentrum Berlin v. 30/31.3.2017, Publikation vorgesehen in der Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2017 Heft 2, sowie *I. Augsberg*, S. *Augsberg*, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Verwaltungsarchiv, 98 (2007), S. 290 ff.

97 BVerfGE 111, 333 (356, 360) unter Verweis auf BVerfGE 35, 79 (117) und 95, 267 (314).

schulgesetzgebung hinaus in Art. 170 bestimmt „Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Maßnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden“. Die individuelle Wissenschaftsfreiheit wird dabei nicht geschwächt oder gar ersetzt,⁹⁸ sondern ihre Verletzung gehört zu der empirischen Grundlage der Beobachtung. Organisation und individuelle Freiheit bleiben eigenständig, kommunizieren aber miteinander. In dem Kreislauf von Beobachtung, Diskussion und Entscheidung wäre die Organisationsgestaltung nicht ex ante juristisch formalisiert, sondern bildete sich erst allmählich in einem öffentlichen Diskurs heraus, der zu einer stärker verwissenschaftlichten⁹⁹ (so jedenfalls die Hoffnung) und weniger verrechtlichten Politik beitrüge.

2. Eine europäische Perspektive

Wechselseitig Beobachtung, das wäre auch ein gutes Motto für einen rechtsvergleichenden Blick auf Europa.¹⁰⁰ Die Wissenschaftsfreiheit ist schließlich keine rein deutsche Erfindung,¹⁰¹ sondern gilt als Teil der westlichen Wertegemeinschaft auch in anderen Ländern, so z.B. Österreich¹⁰² und der Schweiz.¹⁰³ Dort gilt aber keine Professorenmehrheit bei der Wahl der Hochschulleitung. § 23 Abs. 3 des österreichischen Universitätsgesetzes 2002¹⁰⁴ hatte für die Professoren zunächst die Mehrheit der Sitze im Senat vorgesehen, schreibt seit 2009 aber nur noch die Hälfte vor. Wahl und Abwahl der Rektoratsmitglieder erfolgt in dem extern zusammengesetzten Universitätsrat, der bei der Wahl lediglich an einen drei Personen umfassenden Vorschlag des Senats gebunden ist und die Abwahl auch alleine vornehmen kann. Auch in der Schweiz (§ 29 Abs. 5 Ziff. 7 iVm. § 30 Abs. 2 UniG) kommt es nicht auf einen Professo-

renmehrheit an. Gibt es dort also keine Wissenschaftsfreiheit?¹⁰⁵

Mit der Überlegung, dass Europa schließlich von seiner Vielfalt lebt und solche Unterschiede deshalb zu begrüßen seien, kann sich die Rechtsprechung nicht zufrieden geben. Nach Art. 23 des Grundgesetzes wirkt die Bundesrepublik an einer europäischen Integration mit, die „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“. Dieser Satz bindet auch die Rechtsprechung. In Österreich hat es der Verfassungsgerichtshof aber schon im Jahr 1977¹⁰⁶ abgelehnt, für die entscheidungsberechtigten drittelparitätischen Studienkommissionen professorale Mehrheiten aus Art. 17 des Staatsgrundgesetzes „abzuleiten“. Er interpretiert die Wissenschaftsfreiheit klassisch liberal als subjektives Abwehrrecht, mit dem „jedermann, der wissenschaftlich forscht und lehrt“, gegenüber Staatseingriffen geschützt sei. Die Vorstellung, diese Vorschrift verpflichte den Staat dazu, „den Hochschullehrern zur Sicherung dieses Grundrechts eine maßgebende Mitwirkung an der unmittelbaren Wissenschaftsverwaltung einzuräumen“,¹⁰⁷ sei „weder dem Wortlaut zu entnehmen noch aus der historischen Entwicklung ableitbar“. Sie würde „nur die den Hochschullehrern zukommende Wissenschaftsfreiheit“ schützen, „allen anderen Adressaten“ dieser Freiheitsgarantie diesen Schutz aber vorenthalten. In einer jüngeren Entscheidung zu dem Universitätsgesetz 2002 (das als eine Art „Blaupause“ für das nordrhein-westfälische „Hochschulfreiheitsgesetz“ aus dem Jahr 2007 fungiert hat) hat es die Wahl und Abwahl der Rektoratsmitglieder durch den Universitätsrat gebilligt.¹⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht müsste sich also gemeinsam mit den Gerichten der anderen Länder um eine Angleichung der

98 In dieser Befürchtung liegt der Hauptgrund dafür, dass derartigen Ansätze „zur Zielscheibe polemischer Kritik“ (Volkman (Fn. 9) 264 mwN.) geworden sind; prononciert ablehnend z.B. Gärditz (Fn. 11) 312 ff.

99 So unter Bezugnahme auf Habermas (Fn. 10) schon Schulze-Fielitz, Freiheit der Wissenschaft, in: Benda, Maierhofer, Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1994, § 27 Rn. 34.

100 Eifert, Lernende Beobachtung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht, in: Bäuerle (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde, Tübingen 2013, S. 355 ff., 356 spricht von Rechtsvergleichung als „weicher Koordination“ im europäischen Rechtsprechungsverbund; vgl. schon Groß, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 1992; ders. (Fn. 93) S. 325 („Notwendig ist eine Abkehr vom nationalen Sonderweg der Hypertrophie des Art. 5 Abs. III GG“); Schulze-Fielitz (Fn. 99) Rn. 24; Britz, (Fn. 81) Rn. 9; Fehling BK (Fn. 16) Rn. 276 ff.

101 Sehr wohl aber ist sie in dem deutschsprachigen Raum entstanden, vgl. Löwer (Fn. 16) Rn. 4 mwN.

102 Art. 17 Abs. 1 Staatsgrundgesetz von 1867: Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.

103 Art. 20 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist gewährleistet.

104 Vgl. zu der österreichischen Entwicklung Fraenkel-Haeberle, Die Universität im Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, Tübingen 2014, S. 142 ff.

105 „Wissenschaft ist notwendigerweise international: Hochschulsystem, die sich durch Forschungs- und Ausbildungsleistungen Anerkennung erworben haben, können aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht ohne weiteres als inakzeptabel betrachtet werden“ Ladeur (Fn. 93) S. 762.

106 Erk. v. 3.10.1997, G 13/76, G 7/77, EuGRZ 1978, S. 7 ff.; Hinweise hierauf bei Groß, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 1992, S. 45 ff.; ders. (Fn. 93) S. 309; Gärditz (Fn. 11) S. 313 Fn. 273 sowie schon frühzeitig Dallinger, § 3 Anm. 8, in: Dallinger, Bode, Dellian, Hochschulrahmengesetz. Kommentar, Tübingen 1987.

107 Alle Zitate aaO. (Fn. 106) S. 13, rechte Spalte. Man mag darüber spekulieren, ob der Begriff „maßgebende Mitwirkung“ eine Reaktion auf das vier Jahre zuvor ergangene BVerfG Urteil mit seiner Unterscheidung von „maßgeblich“ und „ausschlaggebend“ darstellt.

108 Sammlungsnummer 17101 v. 23.1. 2004, G359/02, S. 31 (Gliederungsnummer 4.1.2.4.).

Rechtsprechung bemühen. Keine Gleichmacherei „von oben“, auch keine Ausübung von Druck im Sinne eines „Man spricht wieder Deutsch in Europa“, sondern eine Art „Policy Learning“ zwischen den europäischen Verfassungsgerichten durch gegenseitige Beobachtung.¹⁰⁹

VI. Fazit

Welche Ergebnisse lassen sich aus all diesen Überlegungen ziehen?

Die Hochschullehrermehrheit auf die Wahl und Abwahl der Hochschulleitung auszuweiten, ist in keiner Weise überzeugend: Entweder man beschränkt sie mit dem Hochschulurteil 1973 auf Angelegenheiten, die Forschung und Lehre „unmittelbar“ betreffen. Dann gehören die Wahl und Abwahl nicht dazu. Oder man hält diese Unterscheidung für überholt, weil in der autonomen Universität mehr oder weniger alle Entscheidungen „wissenschaftsrelevant“ werden. Das erscheint als der plausiblere Weg, stellt die Hochschullehrermehrheit aber als verfassungsrechtliche Vorgabe generell in Frage. Sie selbst erscheint dann als ein heutzutage überholter Kompromiss aus einer Zeit, in der die institutionelle Prägung der Universität als Ordinarienuniversität noch stark fortwirkte. Damit landet man bei der Position der Richterin *Rupp von Brünneck* und des Richters *Simon* in dem Minderheitenvotum zu dem Hochschulurteil. Die Hochschulgesetze könnten die Professorenmehrheit vorsehen, von ihr absehen oder die Entscheidung der Satzungsautonomie der Hochschulen überlassen. Damit wäre nicht nur der gewachsenen Heterogenität zwischen und innerhalb der Hochschulen Rechnung getragen, sondern auch der Anschluss an Europa erreicht. Was nicht angeht, ist, sich aus beiden Welten das für die eigene politische Auffassung Beste herauszupicken und zum Bestandteil der Verfassung zu erklären.

Über diese konkrete Frage hinaus macht der Verzicht auf die Hochschullehrermehrheit den Weg frei für ein *eigenständiges organisationales Verständnis der Wissenschaftsfreiheit*, das nicht aus dem individuellen Abwehrrecht „abgeleitet“ wird. Das hätte Folgen: Zum einen würde auch die landesverfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung eine eigenständige Bedeutung gewinnen. Die Betonung liegt auf dem „Selbst“.¹⁰⁹ Nur als Akteur kann sich die Universität gegen den passiven Nachvollzug der zahlreichen ex-

ternen Vorgaben der Politik zur Wehr setzen, die ganz im Gegensatz zu der Rhetorik ihrer Autonomie stehen. Gegen einen solche „Versteinerung“ der Verhältnisse hilft keine Struktur, sondern nur selbstbewusstes Handeln der Universität als Organisation. Dazu gehört auch ein Führungshandeln, das zur Entstehung eines risikobewussten Selbstbewusstseins der Universität beiträgt und nicht lediglich als strukturell zu bändigende Gefahr konzipiert wird. Zum anderen würden Beeinträchtigungen der Wissenschaftsfreiheit durch empirische Beobachtungen erfasst. Zwar sind Beobachtungspflichten, selbst wenn sie wie in der Schweiz Bestandteil der Verfassung sind, auch nur Normen, deren Auswirkungen erst wieder zu beobachten wären, und die sind, jedenfalls wenn man die Fülle von Hochschulevaluierungen in Deutschland betrachtet, nicht gerade ermutigend.¹¹⁰ Häufig handelt es sich nur um bürokratische Routineübungen zur bloßen Legitimationsbeschaffung. Das ist aber kein Grund, auf sie zu verzichten, sondern Anlass, die Erhöhung ihrer Wirksamkeit zu betreiben. Ob und wie das gelingt, hängt allerdings auch von dem Handeln der Hochschulangehörigen selbst, nicht zuletzt der Professoren, und deren „Zivilcourage“ ab. Auch für die Wissenschaftsfreiheit gilt der Satz *Böckenfördes*, nach dem der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann.¹¹¹

Die Bearbeitung solcher Fragen erfordert einen stärkeren Austausch der Rechtswissenschaft mit der empirischen Hochschulforschung, der für beide Seiten ein Gewinn wäre. Schon vor über 50 Jahren hat *Niklas Luhmann* auf die „Komplementarität der Aufgaben von Soziologie und Dogmatik“ hingewiesen und „diese Kontakte“ gefordert, übrigens mit dem Hinweis, dass sie „am ehesten (...) im Rahmen der Bemühungen um Rechtsvergleichung“ entstehen. Allerdings „drängt sich“ ihm schon damals „die Frage auf (...), ob die Grundrechtsdogmatik in ihrer gegenwärtigen Gestalt zu einem solchen Gedankenaustausch bereit und gerüstet ist“.¹¹² Es wäre schon viel gewonnen, wenn der Dialog stärker als bisher in Gang käme.

Lothar Zechlin ist Professor i.R. für Öffentliches Recht im Institut für Politikwissenschaft der Universität Duisburg-Essen, deren Gründungsrektor er bis 2008 war. Von 1992 bis 2003 leitete er als Präsident bzw. Rektor die Hochschule für Wirtschaft und Politik Hamburg und die Karl-Franzens-Universität Graz.

109 Vgl. insgesamt hierzu *Germelmann*, Das europäische Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit, *WissR Beiheft* 24, S. 19 ff.

110 Zu den unterschiedlichen Konzipierungen des „Selbst“ im Rahmen der Akteurstheorie *Meier* (Fn. 36) S. 40 ff., 63 ff.; vgl. auch *Stichweh* (Fn. 16) S. 31.

111 Deshalb ist die Kritik von *Gärditz* (Fn. 11) S. 363, derartige Ansätze blieben „weitgehend eine Leerformel“, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; vgl. auch *Ladeur* (Fn. 93) S. 761: Beobachtung- und Nachbesserungspflicht als „eine dogmatisch

durchaus produktive, aber bisher konturlos gebliebene Figur“.

112 *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, S. 42 ff., 60 (übrigens unter ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die „Proklamierung eines ‚objektiven Wertesystems‘“ keinen Ausweg darstellt).

113 *Luhmann*, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 5. Aufl. (1. Aufl. 1965) Berlin 2009, alle Zitate auf S. 205.