

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2020

Aufsätze

- Michael Fehling* Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz **137-154**
- Georg Sandberger* Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen **155-168**
- Manfred Löwisch und Jonathan Jocher* Die subjektive Seite wissenschaftlichen Fehlverhaltens **169-176**
- Nikolas Eisentraut* Die Digitalisierung von Forschung und Lehre — auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft ? **177-190**
- Viktor Kurz* Gesetzesänderung zur Unterstützung von Wissenschaft und Studierenden – Änderungen des WissZeitVG und BAföG aufgrund der COVID-19-Pandemie **191-194**
- Jan Tkaczyński und Wiktor Kordys* Über das Jurastudium in Polen. Zwischen Anpassung und Kontinuität **195-200**

Buchbesprechungen

- Jürgen Heß* Besprechung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“, hrsg. von Marianne Sommer/Stefan Müller-Wille/Carsten Reinhardt, Metzler/Springer, 2017 **201-208**

Sebastian Golla Besprechung von Jonas Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), Nomos, 2020 **208-211**

Ausgegraben

Robert Mohl Ansteckende Krankheiten **213**

Michael Fehling

Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz*

ÜBERSICHT

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Videokonferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

bb) Betroffene personenbezogene Daten

cc) Rechtfertigungstatbestände

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

* Alle Internet-Fundstellen wurden mit Ausnahme des FAZ Artikels unter Fn. 14 zuletzt am 14.5.2020 abgerufen; dieser wurde zuletzt am 25.5.2020 abgerufen. – Der Verfasser hat seine Hochschule (Bucerius Law School) im Anhörungsverfahren der Hamburger Datenschutzbehörde intern rechtlich beraten. Der Beitrag gibt jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Für digitale Lernplattformen im Bereich der „higher education“ allgemein mit bedenklicher Tendenz zur unkritischen Glorifizierung und Verknüpfung mit der modischen Forderung nach „Agilität“ etwa *Vogelsang/Greif/Tenspolde* et al., *Agiloe by technique – The role of technology enhanced learning in higher education*, in: *Beiträge zur Hochschulforschung* 3/2019, S. 28 ff.; etwas weniger euphorisch *Zwickel*, *JuraStudium* 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, *JA* 2018, 881 ff.

2 Kritisch zum juristischen Diskurs im Kontext der Digitalisierung; *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 34 f.; allgemeiner *Al-Ani*, *Deutschland muss lernen völlig anders zu denken*, *Die Zeit Online* v. 27.1.2019 (<https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel->

[cc\) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen](https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel-)

V. Fazit

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

Durch das Internet mit seinen wachsenden Möglichkeiten ist die Digitalisierung auch der Hochschullehre schon seit längerem zu einem wichtigen Thema geworden. Entsprechende Forderungen¹ finden sich oftmals als Baustein der politisch verbreiteten Klage, Deutschland drohe bei der Digitalisierung international den Anschluss zu verlieren.² Speziell im Bildungswesen kommt hinzu, dass die neuen Generationen von Schülern und Studierenden mit dem Internet aufgewachsen sind und deshalb, so heißt es, für entsprechende Lehrangebote besonders empfänglich seien.³

Dabei ging es bislang meist allein um die Ergänzung traditioneller Lehre in Vorlesungen, Übungen und Seminaren durch zusätzliche internetbasierte Angebote, um eine Erweiterung des didaktischen Repertoires.⁴ Selbstverständlich ist diese Pluralisierung der Lehrmethoden und -medien keineswegs konfliktfrei; schon die Begrenztheit der finanziellen und personellen Ressourcen der Hochschulen wie auch der Zeit und Aufmerksamkeit der Studierenden sorgt dafür, dass der Ausbau der Online-Angebote zu einer gewissen Zurückdrängung klas-

lizenzbildung-digitalgipfel/komplettansicht); vgl. zur Kritik an einer „Digitalisierung um jeden Preis“ *Sander*, *Eine Denkpause für die Digitalisierung*, *FAZ* Einspruch v. 24.1.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/gastbeitrag-zu-cyberangriffen-eine-denkpause-fuer-die-digitalisierung-16595318.html>).

3 Vgl. zur Einstellung jüngerer Generationen gegenüber digitalen Medien *Fries*, *Geht die Digitalisierung schon bald wieder weg?*, *LTO* v. 21.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/juristenausbildung-digitalisierung-corona-was-bleibt-nach-der-krise/>); zur Empfänglichkeit für digitale Medien allgemein *Zwickel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881.

4 Vgl. etwa *Fehling*, *Die Lehrfreiheit als Grundlage didaktischen Handelns*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft lehren*, Rn. 28 (2019 verfasst, Erscheinen in Vorbereitung); *Zwickel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881, 885, der dabei einen Perspektivenwechsel von der Lehr- zur Lernorientierung noch stärker betont; unter Gesichtspunkten des methodischen Bewusstseins in der Ausbildung grundsätzlich auch *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 64 ff.

sischer Lehrformen führt. Nichtsdestotrotz wollten bislang nur wenige die traditionelle Präsenzlehre weitgehend durch digitale Angebote ersetzen.

Dies ändert sich im Zuge der Covid 19-Pandemie grundlegend. Wegen Abstandsgeboten und Kontaktbeschränkungen ist traditionelle Präsenzlehre zunächst gar nicht mehr möglich. Selbst nach einer schrittweisen Wiederöffnung der Hochschulen werden für einen noch nicht überschaubaren Zeitraum wohl nur noch Lehrveranstaltungen mit geringer Teilnehmerzahl als Präsenzveranstaltungen stattfinden können. Um ihren hochschulgesetzlichen (z.B. § 2 LHG BW, § 3 HmbHG, § 4 BremHG) und zugleich verfassungsrechtlich fundierten Lehr- und (Aus-)Bildungsauftrag⁵ auch in der Krise jedenfalls ansatzweise erfüllen zu können, müssen die Hochschulen ihre Lehrangebote im Rahmen des ihnen technisch Möglichen fast vollständig „auf Distanz“ umstellen und das bedeutet regelmäßig: in das Internet verlagern. Über die eigentliche Lehre hinaus erstreckt sich diese Notwendigkeit bis in die Prüfungen hinein.

Gewiss ist das vollständige Umschwenken auf Online-Lehre nur als Notmaßnahme für die (ungewisse) Dauer der Pandemie vorgesehen. Manche Veranstaltungstypen, namentlich Laborarbeit, Exkursionen und viele Praktika, lassen sich ohnehin kaum in den digitalen Raum verlagern. Doch mehren sich bereits die Stimmen, die den aus der Not geborenen Digitalisierungsschub dazu nutzen wollen, die Hochschullehre auch bei einer Rückkehr zur Normalität nachhaltig zu verändern.⁶ In der Krise wird vieles einfach ausprobiert und dabei zeigt sich, dass manches umsetzbar ist, was man zuvor als technisch, organisatorisch oder personell für nicht machbar erachtet hätte. Was sich in dieser Ausnahmelage tatsächlich oder auch nur scheinbar bewährt, dies wird – weiter verbessert – von Politik und Studierenden

wohl auch später verstärkt nachgefragt. Denn sind digitale Lehrformate erst einmal etabliert, bergen jedenfalls mache von ihnen (namentlich beliebig häufig nutzbare Podcasts u.Ä.) für die Politik ein beträchtliches Sparpotential und sind wegen der Bequemlichkeit der jederzeitigen Nutzbarkeit vordergründig auch für viele Studierende attraktiv. Die Frage der (didaktischen) Eignung für wissenschaftliche Lehre, die in der akuten Notsituation ohnehin nur wenig reflektiert werden kann, droht so auch später aus dem Blick zu geraten.

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

In kürzester Zeit haben die Hochschulen für das Sommersemester 2020 digitale Angebote in einer Vielzahl und in einem Ausmaß ins Werk gesetzt, wie man es sich vorher kaum hätte vorstellen können.⁷ Not macht eben erfinderisch, lässt aber zugleich die Defizite bei der digitalen Ausstattung (bei den Lehrenden, aber auch bei den Studierenden) und oftmals schon bei geeigneten Konzepten schmerzlich spüren.

In der Lehre erprobt und nutzt man verschiedenste digitale Formate:⁸ Zum einen handelt es sich um zuvor aufgezeichnete Vorlesungen oder vorlesungsbegleitende Podcasts, welche von den Studierenden nunmehr von zuhause aus zu beliebiger Zeit konsumiert werden können (sog. asynchrone Angebote). Zwischenfragen, ggf. im Multiple-Choice-Format,⁹ können zur Aufrechterhaltung der Aufmerksamkeit integriert werden. Ein Minimum an Interaktivität lässt sich zudem über digitale Plattformen anstreben, auf denen Fragen gestellt und beantwortet werden und ggf. auch ein mündlicher „Chat“ möglich ist. Zum anderen können Lehrveranstaltungen aber auch zumindest teilweise interaktiv im Videokonferenzmodus abgehalten werden (synchrone Angebote).

5 Zur Fundierung in der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit besonders deutlich BVerfGE 126, 1 25; vgl. aber bereits BVerfGE 35, 79, 121 f.

6 Statt vieler *Pfund*, Klicken statt melden, Süddeutsche Zeitung v. 8.5. 2020, S. 25; *Fries* (Fn. 3); *Hanke*, Handbuch Hochschullehre Digital, 3. Aufl. 2020, S. 256.

7 Siehe z.B. *Universität Bonn* (<https://www.uni-bonn.de/die-universitaet/informationen-zum-coronavirus/coronavirus-spezifische-informationen-fuer-studierende/>); *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/start-in-die-online-lehre.html>); *Universität Hannover* (<https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/corona-online-studium/>); *Universität Kiel* (<https://www.uni-kiel.de/de/detailansicht/news/corona-sommersemester>); *Universität München* (https://www.uni-muenchen.de/aktuelles/news/2020/digitales_sommersemester.html).

8 Überblick z.B. bei *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881,884 ff. m. w. N.; *Sutter*, Zum Stand des digitalen Lehrens und Lernens in juristischen Studiengängen, ZDRW 2016, 44, 45 m. w. N. jeweils bezogen auf die Juristenausbildung; vgl. auch *PRO Lehre (TU München)*, Alternativen zur Präsenzlehre. Asynchrone und Synchrone Online-Lehre (https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-online-lehrstrategien_v2.1.pdf), dies., Synchrone Online-Lehre / Live Lehren im Internet (<https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-handreichung-synchrone-onlinelehre-v2.7.pdf>).

9 Möglichkeiten und Grenzen eines solchen Multiple Choice-Formats mit Auswertungsmöglichkeit der Ergebnisse unter Nutzung von PlayPosit illustrieren z.B. die 12 Einführungsvideos von *Fehling* zur Vorlesung „Allgemeines Verwaltungsrecht“ (https://www.youtube.com/channel/UCs5GY_QWXqSvI02JzRqIL4Q).

Dafür werden verschiedenste Dienste erprobt;¹⁰ unter den vorhandenen Angeboten ist die von einem US-Unternehmen betriebene Plattform „Zoom“ wohl am benutzerfreundlichsten. Sie ist auch mit großer, wenn gleich nicht unbegrenzter Teilnehmerzahl nutzbar,¹¹ birgt aber zugleich die wohl größten Datenschutzprobleme.¹² Last but not least ist eine Umstellung auf mehr schriftliche Bearbeitungen (Hausarbeiten und Seminararbeiten, aber auch kürzere Essays, Arbeitsbögen u.Ä.) vorstellbar, wobei die Betreuung sogar per E-Mail oder Telefon erfolgen kann; diese vor allem in Großbritannien schon immer praktizierte Lehrmethode (im Normalzustand allerdings mit mündlichen Besprechungen der abgelieferten Arbeiten) ist allerdings im Vergleich zum klassischen Vorlesungsformat extrem personalintensiv.

Sogar für Klausuren lässt sich die Videokonferenztechnik nutzen, um ein Minimum an Prüfungsaufsicht zu ermöglichen. Allerdings kann per Video nur kontrolliert werden, dass nicht mehrere in einem Raum gemeinsam an der Aufgabe arbeiten; der Bildschirm der Bearbeiter kann von den Aufsichtlichen nämlich nicht ohne Weiteres eingesehen werden. Dies hat man an der Bucerius Law School für die Abschlussklausuren des Frühjahrstri-

mesters 2020, die zeitlich zu Beginn der Corona-Restriktionen anstanden, erprobt; genutzt wurde „WISEflow“ zur elektronischen Klausurbearbeitung und „Zoom“ für die Online-Klausuraufsicht. Dabei hatten die Studierenden die Wahl, ob sie sich an diesem Online-Prüfungsverfahren beteiligten oder lieber später, nach Aufhebung der Corona-bedingten Beschränkungen, die Klausur(en) unter gleichen Prüfungsbedingungen (daher ausnahmsweise ebenfalls mit Nutzung von Unterlagen, also „open book“) nachschreiben wollten.

Diese Nutzung von „Zoom“ zur virtuellen Klausuraufsicht hat jedoch auf Beschwerde einer/eines Beteiligten die Hamburger Datenschutzbehörde auf den Plan gerufen, die massive Bedenken geäußert und informell sogar die Möglichkeit eines „Bußgeldes bis in Millionenhöhe“ in den Raum gestellt hat. Die Bucerius Law School hat dazu schriftlich Stellung genommen, die Reaktion der Behörde steht noch aus. Datenschutzbehörden aus anderen Bundesländern haben sich – wenn auch nicht immer eindeutig¹³ – gegen die Nutzung von „Zoom“ bei der Online-Lehre ausgesprochen,¹⁴ so dass einige Hochschulleitungen von der Nutzung dieser Plattform zwischenzeitlich abgeraten haben.¹⁵ Datenschutz-

10 Auf professioneller Ebenen sind neben Zoom vor allem Jitsi und Big Blue Button sowie Skype zu nennen. Überblick etwa bei heise online v. 27.4.2020 (<https://www.heise.de/ct/artikel/Kostenlose-Videokonferenz-Programme-im-Funktionsueberblick-4704912.html>). An der *Universität Darmstadt* hat man auf Grundlage von „Big Blue Button“ ein System speziell für Hochschulzwecke entwickelt; dazu „Forschung aktuell: Computer und Kommunikation“, Deutschlandfunk v. 9.5.2020, (https://www.deutschlandfunk.de/jitsi-und-big-blue-button-open-source-angebote-fuer.684.de.html?dram:article_id=476375).

11 Der Benutzer (z.B. eine Hochschule oder ein einzelner Dozent) kann eine Sitzung einrichten und dann als Host den Teilnehmern mittels eines Links einen Beitritt ermöglichen; je nach Lizenz können bis zu ca. 500 Personen teilnehmen. Dabei lässt sich auch ein bestimmtes Zeitfenster für das „Meeting“ im Voraus festlegen. Dauern Meetings länger als 40 Minuten – was beim Einsatz in der Lehre praktisch immer der Fall sein dürfte – ist stets eine Lizenz erforderlich, wobei es ausreicht, wenn der Host über eine solche verfügt. Die Teilnehmer können dem „Meeting“ mit allen gängigen Endgeräten und (über einen Webbrowser) auch ohne Installation einer Software einfach durch Betätigung des Links beitreten und werden den jeweiligen Benutzer dann „live“ als Bild in einem „Fenster“ angezeigt, aber auch die Anzeige einer einfachen Liste ist möglich. Die Darstellung ist dabei in vielerlei Hinsicht variabel. Zoom ist standardmäßig dahingehend eingestellt, dass der Teilnehmer eingeblendet wird, der spricht. Außerdem kann grundsätzlich jeder Teilnehmende zur Wahrung seiner Privatsphäre einen virtuellen Hintergrund einstellen bzw. die Videoteilnahme auch ganz deaktivieren; auf diese Weise lässt sich bei einem „Meeting“ die Privatsphäre der Teilnehmer grundsätzlich wahren. Allerdings stellt der virtuelle Hintergrund in technischer Hinsicht gewisse Mindestanforderungen an die Hardware. Ferner kann jeder Teilnehmende relativ einfach den eigenen Bildschirminhalt (insbesondere eine Präsentation) teilen und auf diese Weise den übrigen Teilnehmern zugänglich machen. Wird

eine Präsentation oder auch ein virtuelles Whiteboard genutzt, ist die gleichzeitige Anzeige aller Teilnehmer – insbesondere bei einer großen Anzahl – freilich nur mittels Einbindung eines zweiten Bildschirms sinnvoll möglich. Im Übrigen verfügt Zoom über eine virtuelle „Meldefunktion“. Meldet sich ein Teilnehmer wird dies dem Host angezeigt, der auf diese Weise in die Lage versetzt wird, die Konversation ordnend zu lenken.

12 Insbesondere Zoom läuft über Server in den USA mit allen daraus folgenden Datenschutz-Risiken (siehe auch unten IV. 2. b). Einige andere Dienste (etwa *Jitsi* oder *BigBlueButton*) kann man dagegen von eigenen Servern aus nutzen. Dies erfordert (erhebliche) technische Ressourcen, bietet aber Vorteile im Hinblick auf den Datenschutz (kein Verkehr über Auslands-Server).

13 *Schröter/Zöllner*, Denn sie wollen wissen, was sie tun (dürfen), LTO v. 15.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/datenschutz-behoerden-dsgvo-zoom-videokonferenz-unsicherheit/>)

14 So etwa im Interview der baden-württembergische Landesdatenschutzbeauftragte *Brink* (<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehrere-hochschulen-kaufen-fuer-das-sommersemester-zoom-lizenzen/>); „die Berliner Datenschutzbeauftragte hat ihre Warnung vor Skype, Teams und Zoom mittlerweile erneuert, vgl. FAZ v. 25.05.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/berliner-datenschutzbeauftragte-warnt-vor-microsoft-produkten-16785095.html>).

15 Etwas verhalten andere Dienste empfehlend z.B. die *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/zoom-oder-nicht-zoom.html>). In Bayern wurde eine Petition gegen den Einsatz von Zoom an den Hochschulen gestartet (<https://www.change.org/p/bayerisches-staatsministerium-für-wissenschaft-und-kunst-nutzungsverbot-von-zoom-an-bayerischen-hochschulen-und-universitäten>); eine ähnliche Petition gibt es an der Universität Bonn (<https://www.openpetition.de/petition/online/kein-zoom-an-der-uni-bonn#petition-main>). Allzu breite Unterstützung haben diese Petitionen bislang allerdings nicht erhalten.

probleme stellen sich freilich nicht nur bei „Zoom“, sondern – möglicherweise abgeschwächt – auch bei anderen Videokonferenz-Plattformen für Lehrveranstaltungen. Viel hängt dabei allerdings von den konkreten Nutzungsmodalitäten ab (dazu unten IV.).

Vorgelagert stellt sich jedoch die Frage, inwieweit reine Online-Lehre in ihren verschiedenen Ausprägungen den Anforderungen der Wissenschaftlichkeit (Art. 5 Abs. 3 GG) genügen kann (III.). Zu klären ist dabei auch, inwieweit für Hochschullehrer eine Dienstpflicht zur Online-Lehre besteht, in der Krise oder auch allgemein.

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

Die Umstellung auf reine Online-Lehre erfordert von den Lehrenden nicht nur zusätzliche technische Anstrengungen, sondern meist auch Anpassungen des wissenschaftsgeleiteten Lehrkonzepts. Nur bei kleineren Vorlesungen oder Seminaren mittels Videokonferenztechnik lässt sich Präsenzlehre weitgehend unverändert in den digitalen Raum übertragen, und selbst dann fehlt die für Präsenzveranstaltungen typische Lernatmosphäre, was wiederum Rückwirkungen auf die Kommunikation zwischen Lehrenden und Studierenden zeitigt.

Angesichts dieser erheblichen Strukturänderungen der Lehre bei Umstellung auf digitale Vermittlung wird teilweise bestritten, dass dies von Hochschullehrern als deren Dienstpflicht verlangt werden könne. Zwar seien Lehrverpflichtungen als solche, gestützt auf die entsprechenden Lehrdeputatsverordnungen, unbestritten eine durch den Ausbildungsauftrag der Hochschulen¹⁶ gerechtfertigte Einschränkung der in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten individuellen Lehrfreiheit. Doch die zur Lehrfreiheit gehörende Freiheit der Methodenwahl schütze die Hochschullehrer davor, dass Ihnen besondere Lehrformate wie die digitale Lehre durch die Fakultäts- oder Hochschulleitung aufgenötigt werden; dies gelte mit ge-

wissen Einschränkungen selbst in der derzeitigen Krisenzeit, wo traditionelle Lehre weitgehend unmöglich ist.¹⁷

Diese Auffassung vernachlässigt indes dreierlei. Erstens unterliegt auch die Methodenfreiheit in der Lehre einem gewissen, durch sich verändernde gesellschaftliche Umstände und neue didaktische Einsichten geprägten Wandel.¹⁸ Lehrformate sind nicht zeitlos. Konnte man früher etwa das Wort „Vorlesung“ noch wörtlich nehmen, ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass ein Hochschullehrer, der nur vorträgt oder gar abliest und keinerlei Fragen zulässt, seine Lehrfreiheit missbraucht.¹⁹ Die enge Verknüpfung von Lehrfreiheit und Ausbildungsauftrag macht es erforderlich, unter sich verändernden Umständen nach immer neuen Wegen und dabei auch Lehrformaten zu suchen, um die Studierenden tatsächlich zu erreichen und den Ausbildungserfolg – auch und gerade in seiner wissenschaftlichen Fundierung – zu verbessern. Dies schließt bei der heutigen Generation der Studierenden digitale Formate grundsätzlich mit ein, wenngleich damit noch keine Festlegung auf konkrete technische und konzeptionelle Ausgestaltungen verbunden ist. Zweitens ist die Lehrfreiheit im Allgemeinen und die freie Wahl von Lehrformaten im Besonderen durch die Notwendigkeit beschränkt, mittels Koordination in der Fakultät und notfalls sogar Anordnungen der Fakultätsleitung die Abhaltung aller in der Studienordnung vorgesehenen Pflichtlehrveranstaltungen sicherzustellen.²⁰ Dabei geben Studienordnungen oftmals nicht nur das Thema und die Wochenstundenzahl von Pflichtlehrveranstaltungen vor, sondern auch den Veranstaltungstyp wie etwa Vorlesung, Übung, Seminar oder Labortätigkeit. Dies lässt sich im Grundsatz auf neue digitale Formate ausdehnen, solange innerhalb des so vorgegebenen Rahmens hinreichend Spielraum für den einzelnen Hochschullehrer zur Verwirklichung individueller wissenschaftlicher wie didaktischer Präferenzen verbleibt.²¹ Drittens schließlich wird die beamtenrechtliche Pflichtenstellung des Hochschullehrers zwar wesentlich durch die Wissenschaftsfreiheit überlagert

16 Zum Bedeutungsgewinn der staatlichen und universitären Gewährleistungsverantwortung für eine gute Hochschulausbildung *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 f.

17 *Dorff/Hartmer*, Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?, *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

18 Dazu näher *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), insb. Rn. 7: allgemeiner zur Entwicklungsoffenheit des Hochschulrechts und der Hochschulaufgaben mit Konsequenzen auch für den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 126, 1, 19 f. (dort die Wissenschaftsfreiheit der Fachhochschullehrer betreffend); vgl. auch schon

BVerfGE 47, 327, 392.

19 Statt vieler *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 99; die kritisch-methodische Reflexion als Voraussetzung der Lehre ebenfalls betonend *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 115, 89. El. 2019.

20 *Fehling*, in: BK (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 178; speziell für die juristische Lehre *Basak*, in: Griebel/Gröblichhoff (Hrsg.), *Von der juristischen Lehre*, 2012, S. 93 (94).

21 Zur verbleibenden Gestaltungsfreiheit *Wendt*, in: v. Münch/Kunig Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 105.

und modifiziert, aber nicht gänzlich verdrängt;²² dies macht für einen Spezialfall auch Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG deutlich. Die besonders akzentuierte beamtenrechtliche Treuepflicht (z.B. § 3 Abs. 1 BeamStG, § 4 BBG) – abgeschwächt aber auch die arbeitsrechtlichen Pflichten angestellter Hochschullehrer an staatlichen wie staatlich anerkannten privaten Hochschulen – beinhalten die Dienstpflicht des Hochschullehrers, sich auch unter widrigen Umständen mit vollen Kräften und für die Erfüllung der dienstlichen (Lehr-)Verpflichtungen²³ einzusetzen.

Das beamtenrechtliche Sonderverhältnis mit der besonderen Treuepflicht, dem die besondere Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenübersteht, wird in der deutschen Tradition gerade damit gerechtfertigt, dass der Staat bei seinen Staatsdienern in Krisenzeiten auf besonderen Einsatz angewiesen ist, auch über „normale“ Dienststunden hinaus.²⁴ Dies gilt derzeit in der Pandemie nicht nur für den Polizisten oder den Amtsarzt, sondern auch für den (Hochschul-)Lehrer; gerade die Krise verdeutlicht, dass die (schulische wie auch wissenschaftliche) Bildung zu den für Staat und Gesellschaft unverzichtbaren Aufgaben gehört. Der beamtete Hochschullehrer ist deshalb verpflichtet, vorübergehend auch zu Lasten seiner Forschungszeit in neue, digitale Lehrformate einzuarbeiten. Darüber hinaus muss er oder sie für die Zeit, in der Präsenzlehre nicht oder nur eingeschränkt möglich ist, gegebenenfalls auch eigene – als solche durchaus valide (s.u. 2.) – wissenschaftlich-didaktische Bedenken gegenüber Online-Lehre zurückstellen, um wenigstens ein „Notprogramm“ in der Lehre aufrechterhalten zu können. Im Gegenzug verpflichtet die Fürsorgepflicht den Dienstherrn dazu, den Universitäten und den einzelnen Hochschullehrern die dafür notwendige digitale Ausstattung und gegebenenfalls entsprechende Schulungen o.Ä. zur Verfügung zu stellen. Denn auch für den Beamten gilt: Ihm (technisch) Unmögliches kann nicht verlangt werden.

Nach einer schrittweisen Rückkehr zur Normalität fordert das strukturelle Gleichgewicht von Treuepflicht des Beamten und Fürsorgepflicht des Dienstherrn, das

im Beamtenverhältnis (und modifiziert sowie auf beiden Seiten etwas abgeschwächt auch im Angestelltenverhältnis) angelegt ist, dann tendenziell einen gewissen Ausgleich für den besonderen zeitlichen Einsatz für die Lehre in der Krise. Gegebenenfalls kann sich dies sogar zu einem Anspruch der Hochschullehrer sowie des akademischen Mittelbaus auf vorübergehend mehr zeitlichen Freiräumen für „liegendebliebene“ Forschungsarbeit verdichten. Vor allem aber müssen dann die methodisch-didaktischen Spielräume der Lehrenden wieder wachsen. Inwieweit der einzelne Hochschullehrer die gewonnenen Erfahrungen mit der Online-Lehre als positiv bewertet und deshalb solche Elemente auch in der Normallage ergänzend in seiner Lehre einsetzt, wird wieder ganz vorrangig zu seiner individuellen Entscheidung. Allerdings können Studienordnungen und -pläne auch in der Normalsituation Vorgaben für Veranstaltungstypen enthalten; im Zuge eines Digitalisierungsschubs ließen sich hier bei wissenschaftlicher Eignung (dazu sogleich 2.) vermehrt auch digitale Formate integrieren. Wie allgemein bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen innerhalb einer Fakultät gilt jedoch der Vorrang der individuellen Eigeninitiative²⁵ und sodann der kollegialen Verständigung der Hochschullehrer; nur wenn Pflichtangebote sonst nicht abgedeckt werden können, darf die Fakultätsleitung im Rahmen ihrer Verpflichtung zur Koordination des Lehrangebots als ultima ratio Veranstaltungen zuteilen.²⁶ Beim konkreten didaktischen Konzept muss, bei der Online-Lehre in den Grenzen des technisch Möglichen, stets Ausgestaltungsraum verbleiben, nicht anders als bei einer Präsenz-Lehrveranstaltung. Darüber hinaus haben finanzielle und sonstige Anreize, um das besondere Engagement einzelnen Lehrender für solche Formate auszugleichen und zu belohnen, im Rahmen der Finanzierbarkeit Vorrang vor Anordnungen „von oben“.

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

Von Hochschullehrern kann im Studium²⁷ nur wissenschaftliche Lehre verlangt werden. Daher müssen auch Online-Lehrformate über reine Wissensvermittlung

22 Vgl. Gärditz, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 176 ff.; Antoni, in: Wolf/Hömig, Art. 5 Rn. 33, 12. Aufl. 2018 jeweils m. w. N. Früher brachte dies auch § 49 HRG zum Ausdruck; dazu Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 695, vgl. auch Rn. 700. Die Verfassungsrechtsprechung hat sich mehrfach nur mit der Frage beschäftigt, ob Art. 33 Abs. 5 GG über Art. 5 Abs. 3 GG dem Hochschullehrer zusätzliche Rechte verleiht und dies verneint, vgl. BVerfGE 122, 89, 100; 88, 129, 143.; 35, 79, 146 f.

23 Insoweit zur dienstlichen Pflichtenstellung *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 48; *Reich*, in: ders. (Hrsg.), BeamStG, 3. Aufl.

2018, § 34 Rn. 2 m. w. N.

24 *Reich*, in: ders. (Fn. 23), § 34 Rn. 3.

25 BVerfGE 35, 113, 129.

26 BVerfGE 126, 1, 25; zustimmend z.B. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 485; ferner statt vieler *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band 4, 2011, § 99 Rn. 59.

27 Anderes kann für die Weiterbildung gelten, die in den Hochschulgesetzen ebenfalls als Aufgabe der Hochschulen genannt wird.

hinaus zu einem Mindestmaß wissenschaftlich-kritischer Reflexion geeignet sein,²⁸ um wie traditionelle Vorlesungen, Übungen und Seminare Teil eines Lehrveranstaltungskanons werden zu können. Dies gilt mit gewissen Abstrichen mittlerweile auch für die Fachhochschulen.²⁹

Prima facie weisen reine Online-Lehrformate aufgrund ihrer technischen Beschränkungen typischerweise Eigenheiten auf, die einer wissenschaftlich-kritischen Reflexion wenig förderlich erscheinen: Asynchrone Online-Formate wie Podcasts u.Ä. blenden die für Reflexion so wichtige interaktive Kommunikation³⁰ aus, verführen zum unreflektierten „Konsum“.³¹ Eingebaute Zwischenfragen u.Ä. schaffen einerseits mehr Interaktion, tendieren aber zwecks Überprüfbarkeit der „Richtigkeit“ der Ergebnisse zu Schematismus, namentlich im Multiple-Choice-Modus.³² Der im Vergleich zum (Lehr-)Buch und auch zur klassischen Vorlesung weitaus geringere Umfang gebräuchlicher digitaler Formate zwingt dort zu einer deutlichen Vereinfachung;³³ scheinbar einfache Rezepte wiederum verführen zu mechanischem Auswendiglernen. Dahinter verbergen sich nicht selten längst überholte³⁴ „Nürnberger-Trichter“-Vorstellungen von Lehre und Lernen. All dies scheint ein mehr oder minder klarer Antagonismus zu wissenschaftlicher Lehre, die über die Wissensvermittlung hinaus zum Hinterfragen von Routinen und vermeintlichen Wahrheiten anleiten soll.³⁵

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

In der Notlage einer Pandemie wird man bei der Wissenschaftlichkeit gegebenenfalls Abstriche machen müssen. Solange faktisch kein wissenschaftsnäheres Lehrformat verfügbar ist, muss es vor dem Hintergrund der Ausbil-

dungsaufgabe ausreichen, wenn reine Online-Lehre jedenfalls besser ist als gar keine Lehrveranstaltungen, allein mit Empfehlungen zur Lektüre und Eigenarbeit der Studierenden. Der Einwand mangelnder Wissenschaftlichkeit könnte einer Dienstverpflichtung zur Online-Lehre in der Krise also nur entgegengehalten werden, wenn die Studierenden durch solche Lehrformate komplett falsche Vorstellungen von den an sie gestellten Anforderungen zu entwickeln drohten und möglicherweise nach der Krise für „echte“ wissenschaftliche Lehre spürbar weniger empfänglich wären als zuvor. Dies wird man jedoch kaum pauschal unterstellen können, zumal – wie sogleich zu zeigen – auch Online-Formate durchaus gewisse Spielräume für eine wissenschaftsnähere Ausgestaltung belassen. Bei Fernuniversitäten ist die Lehre aus der Distanz – früher mit schriftlichen Unterlagen, heute immer mehr über das Internet – ohnehin immer schon Programm gewesen, ohne dass man deren Wissenschaftlichkeit deshalb grundsätzlich in Zweifel gezogen hätte.³⁶

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

Nach Ende der Pandemie entschärft sich das Wissenschaftlichkeits-Problem ein Stück bereits dadurch, dass Online-Lehre nur noch eine Ergänzung zu traditionellen Präsenzveranstaltungen sein wird. Doch dürfte der durch die Krise ausgelöste Digitalisierungsschub elektronischen Lehrformaten auch in der „Zeit danach“ quantitativ einen massiven Bedeutungsgewinn beschere.³⁷ Dies führt zu der Frage, welche Rolle (quantitativ wie qualitativ) Online-Formate mittelfristig in der Lehre im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG spielen dürfen und sollten. Die wissenschaftlich-didaktische Eignung verschiedener Online-Lehrformate muss rechtzeitig reflektiert

28 Den Reflexionsvorgang in der juristischen Ausbildung betonend, *Hufen*, Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, S. 1 ff; ähnlich *Lammers*, Lernen im Jura Studium und in der Examensvorbereitung, JuS 2015, 289, 291.

29 Zu Fachhochschulprofessoren als Trägern der Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 126, 1, 19 f.; zusammenfassend *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 129 m. w. N.

30 Zu wissenschaftlicher Lehre als interaktiver Kommunikationsprozess *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 1; andeutungsweise *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 111; aus der allgemeinen Lit. zur (Hochschul-)Didaktik etwa *Tulodziecki/Herzig/Blömeke*, Gestaltung von Unterricht, 2017, S. 291 ff.

31 Vgl. *Jordanova-Duda*, Lern-Avatare unterwegs, VDI-Nachrichten v. 15.5.2020, S. 3: „Alle Vorlesungen aufzeichnen, ins Netz stellen und gut ist es. Das ist RTL-Niveau: Let us entertain you“.

32 Die Kritik an der Eignung von Multiple-Choice-Fragen im wissenschaftlichen Kontext war schon vor dem Internet weit verbreitet (z.B. *Phillips*, Aufgabenform und Aufgabenmodus bei multiple-choice-Aufgaben, Datenverarbeitung im Recht 1978, 341 ff.); aufgeschlossener z.B. *Krüger*, Ankreuzen kann ja jeder, oder?

– Die Verwendung von Multiple-Choice-Prüfungen in der juristischen Ausbildung, in: Brockmann/Pilniok (Hrsg.), Prüfungen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 107 ff.

33 Positiv gewendet von *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885, der betont, dass die Stärken digitaler Lehre im auswendig erlernbaren Basiswissen liege, ohne die Wissenschaftsadäquanz zu hinterfragen.

34 Vgl. allgemein zur heutigen Konzeption *Hattie*, Lernen sichtbar machen, 3. Aufl. 2015, S. 249 f.

35 Ähnliche Charakterisierung der Ziele wissenschaftlicher Lehre bei *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 29; *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 115; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2. (Fn. 23), Art. 5 Rn. 490.

36 Auf die Fernuniversitäten verweisen an Rande auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), Forschung und Lehre v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

37 Dazu schon oben I. a.E.

werden, um nicht der normativen Kraft des Faktischen zum Opfer zu fallen.

Ungeachtet der zuvor beschriebenen, durchaus validen grundsätzlichen Kritikpunkte an vielen – nicht allen – Online-Lehrformaten haben diese doch auch gewisse Vorzüge sogar in einer Hochschulausbildung. Dies gilt besonders, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Wissenschaftlichkeit der Lehre in einem gewissen Spannungsverhältnis zur ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Ausbildungsaufgabe der Hochschulen und der Hochschullehrer steht. Je stärker man dabei die Ausbildungsaufgabe betont, umso mehr muss sich die traditionelle Lehrorientierung zu einer Lernorientierung wandeln.³⁸ Man schaut nun verstärkt darauf, was von der wissenschaftlichen Lehre bei den Adressaten überhaupt ankommt. Eine gewisse Abwechslung von Lehrmethoden und Integration neuer „jugendnaher“ Medien wirkt auf viele Studierende motivierend. Motivation wiederum erleichtert nicht nur die Aneignung von Wissen, sondern ist auch ein wesentlicher Schlüssel zur Weckung des Interesses an Reflexion und damit zu einem Hineinwachsen in wissenschaftliches Denken. Dabei können strukturelle Nachteile der Online-Lehre durch geschickte Kombination mit traditionellen Formaten minimiert werden.³⁹

Letztlich besitzt der einzelne Hochschullehrer hinsichtlich der didaktischen Eignung bestimmter Lehrformate als Teil seiner Wissenschaftsfreiheit einen weiten Einschätzungsspielraum.⁴⁰ Jede(r) kann und muss in der Lehre eine eigene Balance zwischen Wissenschaftlichkeit und Berufsausbildung finden. Obligatorische Online-Lehre muss deshalb den Hochschullehrern genügend Ausgestaltungsspielraum zur Sicherung des individuell als notwendig erachteten Gehalts an Wissenschaftlichkeit belassen. Auch wenn Online-Lehre in Studienordnungen als Grundbestandteil mit aufgenommen wird, heißt dies nicht, dass sich jeder einzelne Hochschullehrer sich daran zu beizeigen hat. Wie auch sonst muss nur das Pflichtangebot von der Fakultät insgesamt abgedeckt werden. Dabei wiederum ist die verpflichtende Einbindung eines individuellen Hochschullehrers nur das allerletzte Mittel, wenn die kollegiale Selbstkoordi-

nation bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen versagt.

Hier bestätigt sich noch einmal: Die individuelle Freiheit der Methodenwahl der Hochschullehrer, worin sich auch ihr jeweiliges Wissenschaftsverständnis widerspiegelt, bleibt auch in der Krise zu schützen. Die Lehrfreiheit steht jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Hochschul-Ausbildungsaufgabe, deren Aufrechterhaltung in der Krise, nicht zuletzt angesichts der beamtenrechtlichen Treuepflicht, ein temporär höheres Gewicht erlangt.

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

Videokonferenz-Plattformen ermöglichen, wenn sie von Zuhause genutzt werden, allen Teilnehmern (bei Lehrveranstaltungen also dem Dozenten und den beteiligten Studierenden) sowie dem Veranstalter (der Hochschule und dort möglicherweise Personen aus der Verwaltung, bei Prüfungen vor allem auch den Aufsichtsführenden) durch die Bildübertragung einen gewissen Einblick in die räumliche Privatsphäre aller mit Bild Zugeschalteten. Darüber hinaus hat das Unternehmen, das die entsprechende Konferenztechnik anbietet und die technische Plattform dafür zur Verfügung stellt, potentiell Zugriff auf die dabei generierten Daten (Teilnehmer- oder zumindest Endgerätidentifizierung, Bilder, ggf. sogar Gesprächsinhalt). Unter beiden Aspekten stellen sich Probleme des Datenschutzes. Vor allem aber das Risiko des unkontrollierten Datenabflusses an den Dienstleister ist massiv in die Kritik geraten, ganz besonders bei dem US-amerikanischen Anbieter „Zoom“ angesichts einiger dort im März/April 2020 aufgedeckter Mängel.

Allerdings ist der Blickwinkel der einschlägigen EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mit dem zugrundeliegenden EU-Primärrecht keineswegs einseitig allein auf die Datensparsamkeit ausgerichtet, wie einige Datenschutzbehörden glauben machen wollen. Der freie Datenverkehr fungiert in Art. 1 Abs. DSGVO als weiteres (wenngleich nicht voll gleichberechtigtes) Ziel neben dem Schutz personenbezogener Daten.⁴¹ Dieser Dualis-

38 Hierzu und zum Folgenden *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 ff.; die Verschiebung „from teaching to learning“ ebenfalls betonend *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885; vgl. auch *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – Ein verlorenes Grundrecht?, 2006, S. 244 ff.

39 Vgl. *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 884 ff.

40 Vgl. zur „Lehrmethodenfreiheit“ *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 491; ferner auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020.

41 Allerdings wird der freie Datenverkehr auf EU-Ebene primär

als Ausprägung der Grundfreiheiten angesehen und ist damit weniger individualrechtlich konnotiert; näher *Hornung/Spiecker, gen. Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 1 Rn. 25 ff. Deutlicher wird die Parallelität des Datenschutzes und der Möglichkeiten zum Datenaustausch im deutschen Verfassungsrecht, wo BVerfGE 65, 1 (44) beides als Ausprägungen der informationellen Selbstbestimmung begreift.

mus der Ziele spiegelt sich auch im Regelungsauftrag an die europäische Gesetzgebung in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV wider. Das Verbotsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 DSGVO) ist zusammen mit den verschiedenen möglichen Rechtfertigungsgründen für eine Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 1 DSGVO auf der Basis von Art. 8 Abs. 1 bzw. 2 GrCh) so zu lesen, dass eine Balance zwischen dem Schutz persönlicher Daten vor unbefugter Verwendung und dem Interesse der Einzelnen wie des Geschäftsverkehrs an den Vorteilen der Datenverarbeitung geschaffen werden soll. Die gesetzliche Regelungstechnik darf – jedenfalls zwischen Privaten – nicht dahingehend überinterpretiert werden, als müsse die rechtstechnische Regel des Verbots der Verarbeitung personenbezogener Daten auch quantitativ der Normalfall und die Rechtfertigung die seltenere Ausnahme bleiben.⁴² Dies gilt unabhängig von der umstrittenen und hier nicht zu klärenden Frage, ob in die europäischen Regelungen die deutsche Sichtweise der informationellen Selbstbestimmung im Sinne des Volkszählungsurteils⁴³ hineininterpretiert werden kann⁴⁴ oder eine stärker objektive, auf die Herstellung eines funktionsfähigen Marktes für Datenverarbeitung ausgerichtete Lesart⁴⁵ zu bevorzugen ist.

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

Die deutsche Kanzlerin nannte die Corona-Krise die größte Herausforderung für Deutschland seit dem zweiten Weltkrieg;⁴⁶ in anderen Staaten wurde sogar die

Kriegsrhetorik bemüht. Vor diesem Hintergrund scheint es nahe zu liegen, die Sentenz „Not kennt kein Gebot“⁴⁷ zu bemühen und das Datenschutzrecht kurzerhand für nachrangig zu erklären, sofern es einer effektiven Krisenbewältigung in der Ausbildung im Wege zu stehen scheint.

Ein solches Argumentationsmuster lässt sich – scheinbar – auf die bekannten staatsrechtlichen und -theoretischen Überlegungen zur Rechtsbindung im Ausnahmezustand zurückführen. Die These, Rechtsbindung (Normativität) setze faktische Normalität voraus, fand sich besonders prominent bei *Carl Schmitt*, wurde aber auch von dessen Antipode *Hermann Heller* übernommen.⁴⁸ Solchermaßen gleichsam entdämonisiert durchzieht eine derartige oder jedenfalls ähnliche Argumentation auch Teile der heutigen Staatsrechtslehre.⁴⁹ Andere wollen den Ausnahmezustand deshalb ungerechtfertigt lassen, weil darauf zugeschnittene Rechtsregeln einen falschen Anreiz zu deren Nutzung setzen könnten; ohne Regelung seien die Hemmungen größer, Notstandsbefugnisse in Anspruch zu nehmen.⁵⁰ Dem gegenüber steht die Gegenthese,⁵¹ der Ausnahmezustand müsse soweit wie möglich durch Verrechtlichung gezähmt werden,⁵² wie es das Grundgesetz mit der Notstandsverfassung versucht hat.

An dieser Stelle zeigt sich zugleich aber schon der Unterschied zur Sicherung der Hochschulausbildung in der heutigen Corona-Krise. Hier steht gerade nicht die massive Ausweitung staatlicher Befugnisse zu Lasten der Grundrechte als individuelle Abwehrrechte in Rede. Es werden in diesem speziellen Zusammenhang⁵³ nicht der

42 Vgl. aus deutschem Blickwinkel etwa *Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2003, 2306 f.; *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91, 100.

43 BVerfGE 65, 1.

44 So etwa *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 19; *Krönke*, Datenpaternalismus, Der Staat 55 (2016) S. 319, 342 ff.

45 Gegen eine Orientierung am deutschen Konzept mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte *Kranenberg*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 8 Rn. 08.25; *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, S. 74 f.; gegen eine simple Übertragung des deutschen Datenschutzverständnisses auch *Albers*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 45; für eine verhaltensökonomische Fundierung ferner eingehend *Gebhardi*, „Nudging“ – Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im deutschen Verwaltungsrecht (in Vorbereitung).

46 Ansprache v. 18.3.2020 (<https://www.bundesregierung.de/bregde/themen/coronavirus/ansprache-der-kanzlerin-1732108>).

47 Zur Genese eingehend *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 25 ff.

48 *Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934, S. 11 u. 19 f.; *Heller*,

Staatslehre, 1934, S. 255.

49 Z.B. *Isensee*, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion? in: *Brugger/Haverkate* (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft Nr. 84, 2002, S. 58, 65; *S. Augsberg*, Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Deskonstruktion des Normativen, in: *Arndt et al.* (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, S. 28 ff.

50 Paradigmatisch *Lübbe-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht, ZParl 11 (1980), S. 110, S. 117 ff.

51 *Kaiser* (Fn. 47), S. 112 ff., stellt die beiden Positionen als Exklusions- versus Inklusionsthese gegenüber und plädiert selbst für eine „modifizierte Inklusion“.

52 Auf eine Generalermächtigung setzend *K. Hesse*, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DÖV 1955, 741, 744; *ders.*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, JZ 1960, 105 ff.; mit anderer Akzentuierung *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ff.

53 Die allgemeine Problemlage in der Covid 19-Krise kommt allerdings der Diskussion um ein „Ausnahmeverfassungsrecht“ (*Kaiser*) strukturell näher, weil insoweit klassische Freiheitsrechte (namentlich die Versammlungsfreiheit und die Berufsfreiheit, aber auch die allgemeine Fortbewegungsfreiheit) zugunsten des Großen und Ganzen in Gestalt des allgemeinen Gesundheitsschutzes massiv zurückgedrängt werden.

Fortbestand des Staates und die staatliche Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit seiner Bürger gegen die individuellen Freiheiten in Stellung gebracht. Vielmehr geht es, gleichsam mehrere Stufen „tiefer“, um den Schutz von Entfaltungsmöglichkeiten der Studierenden durch und in der Hochschulausbildung im Spannungsverhältnis zu ihren grundrechtlich fundierten Datenschutzinteressen. Man ruft nicht nach dem Leviathan, sondern nach dem Kollisionslagen schlichtenden Staat, der (hier besonders in Gestalt der Datenschutzbehörden), wie so oft auch in der Normalsituation, verschiedene verfassungsrechtlich geschützte Belange im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich bringen muss. Dies wird zusätzlich dadurch verdeutlicht, dass staatliche wie private Hochschulen gleichermaßen betroffen sind. Insoweit ist eine andere Rechtsschicht⁵⁴ betroffen als in der klassischen Auseinandersetzung über die juristische Bewältigung des Ausnahmezustands.

Eher könnte man an Überlegungen aus der Frühphase des Verwaltungsrechts anknüpfen, wonach in das – damals spärliche – Gesetzesrecht nach Sinn und Zweck eine mehr oder minder weite „Dispensations“-Ermächtigung im Ausnahmefall hineinzulesen sei.⁵⁵ Allerdings ist das heutige (Verwaltungs-)Recht weitaus dichter geknüpft als das aufkommende Verwaltungsrecht des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts (vom Wegfall der monarchischen Prerogative ganz abgesehen), so dass eine Lückenfüllung durch die Konstruktion immanenter Abweichungsbefugnisse in atypischen Fällen nicht mehr gleichermaßen benötigt wird. Vielmehr ist es ein Gebot des Rechtsstaates, solche Ausnahmelagen jedenfalls unterhalb des „echten“ Ausnahmezustands gesetzesimmanent – und dies heißt: mit Mitteln der Gesetzesauslegung – zu bewältigen. Auch unter Art. 20 Abs. 3 GG enthalten Gesetze oftmals offene oder versteckte Konkretisierungsspielräume; unbestimmte Gesetzesbegriffe und offene Ermessensklauseln sollen nicht zuletzt eine „situationsgeleitete“ – und das kann auch bedeuten: eine besondere Krisenlage berücksichtigende – Handhabung ermöglichen.⁵⁶

Für das Datenschutzrecht bei der Online-Hochschullehre in der Krisenzeit bedeutet dies: Es ist primär da-

nach zu suchen, wo die einschlägige DSGVO durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsklauseln selbst schon Wertungsspielräume enthält, die zur Berücksichtigung der besonderen Lage genutzt werden können. Darüber hinaus lässt sich auch an eine teleologische Reduktion⁵⁷ weitreichender Datenschutzerfordernissen denken, wenn und soweit dies nicht mit pauschaler Krisenrhetorik, sondern methodisch diszipliniert begründbar erscheint. Bei näherem Hinsehen erweist sich das Datenschutzrecht als flexibler, als es bislang manchmal den Anschein hatte. Dies gilt ganz besonders vor dem bereits betonten Hintergrund, dass die DSGVO ohnehin schon auf einen schonenden Ausgleich zwischen Datenschutz- und legitimen Datenverarbeitungsinteressen – beides Ausdruck grundrechtlicher Freiheit – angelegt ist. Zugleich ist aber darauf zu achten, dass nach einer Rückkehr zur Normallage die „klassischen“ Datenschutzbelange in allfälligen Abwägungen wieder an Gewicht gewinnen können. Nicht alles, was in der Krise zulässig ist, wird es auch später sein.

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

In der Analyse sind auf mehreren Ebenen verschiedene Konstellationen und Konfliktfelder zu unterscheiden. Erstens können die Privatsphäre und der Datenschutz der Studierenden sowohl durch die Hochschule selbst bei ihrer Nutzung einer Plattform wie „Zoom“ als auch durch den Plattformbetreiber beeinträchtigt werden. Geht es um den Missbrauch der generierten Daten durch den Betreiber der Videoplattform (die zweitgenannte Konstellation), so stellt sich die Frage, inwieweit die das Konferenzsystem nutzende Hochschule dafür datenschutzrechtlich überhaupt verantwortlich gemacht werden kann. Auf einer zweiten Ebene muss jeweils danach differenziert werden, ob eine Videokonferenzplattform zu Lehr- oder aber zu Prüfungsüberwachungszwecken genutzt wird. Bei diesen beiden Nutzungsarten kommen auch unterschiedliche Rechtfertigungen der Datenerhebung und -verarbeitung in Betracht.

54 Ein Vier-Schichtenmodell entwickelt *Kaiser* (Fn. 47), S. 65 f. Die hier behandelten Probleme dürften in diesem Modell noch auf der ersten Ebene, dem Recht der reinen Normallage mit mittelbarem Krisenbezug, anzusiedeln sein.

55 Rückblickend zur Befugnis des Monarchen und seiner Verwaltung zu „Dispensationen“ *G. Meyer*, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. 1905, S. 652 m.w.N. in dortiger Fn. 11, der diese Lehre aber bereits als überholt bezeichnet; gegen solche (kaiserlichen) Dispensationen auch *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Zweiter Band, 2. Aufl. 1891, S. 1031; vgl. aber auch *v.d. Mosel*, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts, 12.

Aufl. 1912, Stichwort „Ausnahmebewilligung (Dispensation)“. Bei der Behandlung der Herrschaft des Gesetzes und des Gesetzesvorrangs durch *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924 (Nachdruck 2004), S. 64 ff. taucht eine solche Relativierung bereits nicht mehr auf.

56 Ähnlich allgemein *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60.

57 Zu Möglichkeiten und Grenzen als rechtstechnisches Instrument der Ausnahmebildung allgemein *Kaiser* (Fn. 47), S. 48.

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Video-Konferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

Aus Sicht der Hochschule wird regelmäßig eine Auftragsverarbeitung (wenig aussagekräftig definiert in Art. 4 Nr. 8 DSGVO) angenommen.⁵⁸ Der Videokonferenzanbieter (z.B. „Zoom“) verarbeitet die Daten für den Konferenzveranstalter. Bei Prüfungen oder Lehrveranstaltungen ist dies die Hochschule, die demnach als Auftraggeber datenschutzrechtlich Verantwortlicher ist. Die Hochschule treffen über die allgemeinen Anforderungen des Art. 24 DSGVO hinaus auch die besonderen Verpflichtungen des Art. 28 DSGVO. Insbesondere muss eine Vereinbarung über die Auftragsdatenverarbeitung abgeschlossen werden. Ganz eindeutig ist die Abgrenzung zu sonstigen Formen von Funktionenübertragung auf einen Dritten und zu einer gemeinsamen Verantwortung (Art. 26 DSGVO) freilich nicht.⁵⁹ Denn die Auftragsverarbeitung geht idealiter davon aus, dass dem Auftragnehmer kaum mehr Spielraum bei der Aufgabenerfüllung bleibt und er voll weisungsabhängig ist.⁶⁰

Das wird man bei einem Videokonferenzplattformanbieter mit oftmals zusätzlichem, auf eigener weiterer Datenverarbeitung basierendem Geschäftsmodell nicht pauschal bejahen können. Dennoch bleibt die Einordnung als Auftragsverarbeitung im Ergebnis überzeugend, weil sich, wie noch darzulegen, zwischen der Abwicklung der Konferenz und eventueller zusätzlicher eigeninteressierter Datenverarbeitung durch den Plattformbetreiber trennen lässt. Im Übrigen würde eine andere Einordnung an der datenschutzrechtlichen Verantwortung der Hochschule im Hinblick auf deren Datenverarbeitung nach Art. 24 DSGVO nichts ändern.

bb) Betroffene personenbezogene Daten

Bei der Videokonferenz werden nicht nur die Namen der beteiligten Studierenden angezeigt und ihre Gesichter abgebildet, sondern gegebenenfalls ist auch ein räumlicher Hintergrund aus ihrer häuslichen Privatsphäre sichtbar. All dies sind geschützte personenbezogene Daten, deren Erhebung und gegebenenfalls Weiterver-

beitung einer Rechtfertigung nach Art. 6 DSGVO bedarf. Allerdings ist spätestens bei der Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung, wenn nicht schon bei der Frage der Beeinträchtigung als solcher, zu berücksichtigen, dass Gesicht und möglicherweise auch Identität der Studierenden für den Dozenten und die beteiligten Kommilitonen auch bei Präsenzveranstaltungen offenliegen, die Umstellung auf Online-Lehre oder -Prüfung insoweit also keinen oder kaum einen Unterschied macht. Online-typisch ist demgegenüber der Einblick in die räumliche Privatsphäre. Bei Lehrveranstaltungen kann dies jedoch durch die Teilnahme ohne Bild oder – sofern mit dem eigenen Endgerät technisch möglich – die Nutzung eines virtuellen Hintergrunds vermieden werden. Bei Online-Prüfungsaufsicht ist dieser Selbstschutz dagegen nicht möglich, weil der räumliche Einblick zur Reduzierung der Täuschungsmöglichkeiten und damit für den Aufsichtszweck zwingend notwendig ist.

Zu einem deutlich stärkeren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt es, wenn die Videokonferenz aufgezeichnet wird. Dies ist jedoch weder bei Online-Lehrveranstaltungen noch bei der Online-Prüfungsaufsicht notwendig. Will man den Studierenden eine Vorlesungs-„Konserve“ zum beliebigen „Nachhören“ zur Verfügung stellen, so ist eine bloße Aufzeichnung des Dozentenvortrags ohne studentische (Diskussions-)Beiträge datenschutzrechtlich vorzugswürdig, denn dazu ist nur die Einwilligung des Dozenten erforderlich.

cc) Rechtfertigungstatbestände

Die möglichen Rechtfertigungsgründe für die Datenverarbeitung im Auftrag der Hochschule sind in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgelistet. Primär ist an eine Einwilligung (definiert in Art. 4 Nr. 11 DSGVO) der Studierenden zu denken (lit. a), wobei sich nähere Anforderungen an eine solche Einwilligung aus Art. 7 DSGVO (insb. Abs. 4) ergeben. Daneben kommt aber im Lichte des gesetzlichen Lehr- und Ausbildungsauftrags der Hochschulen auch die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Rechtspflicht (lit. e) als Rechtfertigungsgrund in Betracht; hilfsweise ist auch an das öffentliche Interesse im Sinne von lit. f zu denken. Dabei muss zwischen der Nutzung einer Videokonferenzplattform zur Prüfungs-

58 *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020), S. 1 (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1145&token=7c30ea4e2f93a4e489ed576abe9905231536b453>); *Lukaß*, Videochats & Datenschutz – Heute: „Zoom“ (<https://www.datenschutz-notizen.de/videochats-datenschutz-heute-zoom-4325330/>); *Stoklas*, Datenschutz in Zeiten von Corona, ZD-Aktuell 2020, 07093; in der Tendenz allgemein für „Plattform as a Service“, dabei jedoch die Wertungsbedürftigkeit

im Einzelfall betonend, *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 16.

59 Ganz allgemein zur schwierigen Abgrenzung *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Nr. 8 Rn. 1.

60 Vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 3; einen „gewissen[n] Spielraum“ zuerkennend, sofern rechtliche und tatsächliche Einflussmöglichkeiten bestehen, *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 30

aufsicht und zur Abhaltung von Lehrveranstaltungen (Vorlesungen und Seminare, ggf. auch Übungen) unterschieden werden

(1) Für die *Prüfungsaufsicht* über „Zoom“ an der Bucerius Law School hatte die Hamburger Datenschutzbehörde behauptet, eine Einwilligung der Prüflinge scheidet bereits mangels Freiwilligkeit aus. Diese Rechtsauffassung basiert jedoch auf falschen rechtlichen Vorstellungen von Freiwilligkeit im Datenschutzrecht. Generell lässt sich nicht mehr von Freiwilligkeit sprechen, wenn eine der Parteien eine solche Übermacht besitzt, dass sie die (Vertrags-)Bedingungen faktisch einseitig diktieren kann.⁶¹ Im Verhältnis zwischen Hochschule und Studierenden besteht ein massives Machtgefälle zwar bei Prüfungen generell, aber nicht speziell bei der hier zu treffenden Entscheidung, wann und unter welchen Bedingungen die Prüfung abgelegt wird. Letztlich wird der Rechtskreis der Studierenden durch die Möglichkeit, die Prüfung zum Normaltermin über die Videokonferenzplattform (hier: „Zoom“) zu absolvieren, gegenüber der einzig realistischen Alternative – alle müssten wegen der Schließung der Hochschulen später mit Doppelbelastung nachschreiben – nur erweitert. Die zu Prüfenden erhalten die zusätzliche Option, eigenverantwortlich abwägen zu können, ob sie den Eingriff in ihre Privatsphäre durch diese Klausuraufsicht für weniger belastend erachten als die spätere Zusatzbelastung durch nachzuholende Klausuren. Zwar ist es für die Studierenden zweifelsohne ein gewisser Nachteil, wenn sie Klausuren mangels Einwilligung in das Zoom-Verfahren später im Hörsaal nachschreiben müssen, weil dadurch im folgenden Trimester eine Doppelbelastung entsteht. Freiwilligkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Verweigerung der Einwilligung keinerlei Nachteile mit sich bringen darf. Im Gegenteil: Man willigt gerade ein, weil man sich davon einen Vorteil verspricht. Dementsprechend ist anerkannt, dass der Nachteil, einen Dienst nicht nutzen zu können, die Freiwilligkeit der Einwilligung als solche nicht infrage stellt. Das Koppelungsverbot des

Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist sehr schwach formuliert;⁶² es fordert nur, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, ob die Erbringung einer Dienstleistung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Dieser Maßstab stellt die Freiwilligkeit der Einwilligung jedenfalls dann nicht in Frage, wenn und soweit eine zumutbare Alternative besteht und kein massives Machtgefälle eine autonome Entscheidung faktisch ausschließt.

Freiwilligkeit setzt allerdings hinreichende Informiertheit voraus. Die Hochschule als Verantwortlicher muss deshalb über Art und Umfang der im Zuge der Prüfungsaufsicht beabsichtigten eigenen Auftragsdatenverarbeitung hinreichend und klar verständlich belehren.⁶³

(2) Auf die Teilnahme an „Zoom“-Lehrveranstaltungen lässt sich die obige Argumentation zur Freiwilligkeit einer Einwilligung der Studierenden nicht ohne weiteres übertragen. Dies wäre allenfalls der Fall, wenn es konkret die Alternative gibt, die gleiche Vorlesung oder das gleiche Seminar sofort nach Ende der Krise unter normalen Bedingungen nachholen zu können. Das wird keineswegs immer möglich sein; oftmals werden Veranstaltungen nur in einem längeren (jährlichen) Turnus wiederholt und dies jedenfalls bei Seminaren nicht notwendig mit genau derselben Ausrichtung.

Deshalb kommt es insoweit verstärkt auf die anderen Rechtfertigungsmöglichkeiten an. In Vordergrund steht die Erfüllung des hochschulgesetzlichen Ausbildungsauftrags im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO. Dies erfasst auch staatlich anerkannte private Hochschulen, unabhängig davon, ob man schon in deren Anerkennung eine Beleihung sieht.⁶⁴ Außerdem dürfte auch lit. f einschlägig sein, weil die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (der Hochschule als zur juristischen Ausbildung Berechtigten) oder auch eines Dritten (den Studierenden, um ihnen das Ablegen der Pflicht-Prüfungen im normalen

61 Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 54 ff.; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 46, 53; es besteht eine enge Verwandtschaft zur Verfassungsrechtsprechung über eine massiv asymmetrische Verhandlungsposition (vgl. BVerfG JZ 2007, 576 [577]).

62 Eingehend dazu etwa Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 58 ff.; vgl. auch Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 42 ff.

63 Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Vollständigkeit und Verständlichkeit bei der Pflicht des Verantwortlichen, die erforderlichen Informationen bereitzustellen, Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 74 ff.; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 60; skeptischer gegenüber der Freiwillig-

keit Hoeren, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 2020. S. 10 ff.

64 Die Hamburger Datenschutzbehörde zieht insoweit gegenüber der Bucerius Law School fälschlicherweise (fast) ausschließlich Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO in Betracht: Die Verarbeitung der Daten sei erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, hier in Gestalt der Studienverträge der Studierenden mit der Hochschule. Dies vernachlässigt jedoch die Tatsache, dass die Bucerius Law School eine staatlich als gleichwertig anerkannte wissenschaftliche Hochschule ist, die die Studierenden ebenso zum Ersten Examen führt wie die staatlichen Universitäten.

Zeitplan zu ermöglichen) erforderlich erscheint – sofern nicht die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person (der Prüflinge), die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, was im Anschluss geprüft wird.

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Nach allen genannten Rechtfertigungsgründen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO muss die Datennutzung im konkreten Fall für den jeweils genannten legitimen Zweck „erforderlich“ sein; außerdem trifft den Verantwortlichen ganz allgemein die Pflicht zur Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO). Im Schrifttum ist darüber hinaus auch von der Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs die Rede.⁶⁵ Damit werden allgemeine Grundsätze der Verhältnismäßigkeit rezipiert. Der dabei eröffnete Abwägungsspielraum muss, wie allgemein bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, situationsangemessen gefüllt werden. Hier liegt der rechtsdogmatische Schlüssel für die angemessene Berücksichtigung der Ausnahmelage.⁶⁶ In der Krise kann der Einsatz von Videokonferenz-Plattformen u.Ä. zur Aufrechterhaltung interaktiver Lehre notwendig sein, auch wenn solche Techniken bei den derzeit am Markt befindlichen Anbietern datenschutzrechtlich deutlich suboptimal bleiben, so dass deren Einsatz auf längere Sicht, außerhalb der Krise, bedenklich erschiene. Wenn schnell gehandelt werden muss, ist es weit weniger möglich und zumutbar, zunächst aufwendig nach der datenschutzfreundlichsten Lösung zu suchen oder gar eigene technische Systeme zu entwickeln; längerfristig wird dies dagegen notwendig sein, wenn man solche Tools auch nach der Pandemie dauerhaft (wenn auch in deutlich reduziertem Umfang, da nur noch die Präsenzlehre ergänzend) nutzen wollte.

Es besteht ein hohes Interesse daran, das Bildungswesen so weit wie möglich gerade im Interesse der Studierenden (kaum anders als bei den Schülern) im derzeitigen Ausnahmezustand aufrecht zu erhalten; auch aus psychologischen Gründen. Neben der allgegenwärtigen Angst vor potentiell Massensterben (und sei es auch „nur“ bei Angehörigen und Freunden aus sog. „Risikogruppen“) sollte nicht noch die weitere Sorge treten müssen, für das zukünftige Studium zusätzliche Prüfungslasten aufzuhäufen bzw. das Studium kostenträchtig deut-

lich verlängern zu müssen.

(1) Bei der „Zoom“-Klausuraufsicht will die Hamburger Datenschutzbehörde fälschlicherweise bereits die Eignung zur Unterbindung von Täuschungsversuchen verneinen. Zwar ist es richtig, dass die Aufsichten den Bildschirm der Klausurbearbeiter/-innen nicht einsehen und damit verbundene Täuschungsmöglichkeiten nicht enttarnen konnten. Nach allgemeinen Grundsätzen setzt die Geeignetheit jedoch nicht voraus, dass das Ziel immer und im vollen Umfang erreicht wird; es genügt, wenn man dem Ziel substantiell näher kommt, es also teilweise erreicht.⁶⁷ Durch die „Zoom“-Klausuraufsicht kann zumindest sichergestellt werden, dass sich nicht mehrere Personen zusammen im jeweiligen Raum mit der Klausur beschäftigen. Dies reduziert die Täuschungsmöglichkeiten spürbar. Psychologisch wird so jedenfalls ansatzweise eine ernsthafte Prüfungsatmosphäre gesichert, wenn auch weniger als bei einer Präsenzprüfung. Eine deutliche Ankündigung der Sanktionierung von Täuschungsversuchen kann und muss hinzukommen, ist aber entgegen den Ausführungen der Datenschutzbehörde allein keine gleich geeignete, die Erforderlichkeit der „Zoom“-Aufsicht in Frage stellende Alternative.

Angesichts des zugegebenermaßen begrenzten Nutzens dieser Aufsicht stellt sich freilich hier mit besonderer Schärfe die weitere Frage, ob dieser Nutzen die „Kosten“ für die Privatsphäre der Prüfungsteilnehmer/-innen in der Abwägung rechtfertigen kann. Doch auch der Eingriff in die Privatsphäre bleibt relativ gering. Denn fast jede(r) kann sich in seinen/ihren Räumlichkeiten bei der Klausur am Laptop (der Normalfall bei den Studierenden) so platzieren, dass nicht allzu viel von ihren/seinen räumlichen Privatsphäre sichtbar ist. Damit erscheint der Einsatz dieser Technik zur Prüfungsüberwachung jedenfalls dann vertretbar, wenn den Studierenden die freie Wahl bleibt, stattdessen später unter gleichen Prüfungsbedingungen im Hörsaal nachzuschreiben.

Sobald die Hochschulen wieder (zumindest für Prüfungen) geöffnet sind, dürfte dagegen eine Online-Klausuraufsicht mit Einblick in das häusliche Umfeld der zu Prüfenden regelmäßig unzulässig sein, da dann ohne Zeitverlust die datenschutzfreundlichere Präsenzprüfung möglich ist.

65 Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 54; Hoeren (Fn. 63), S. 33.

66 Von der Hamburger Datenschutzbehörde wurde dies im Anhörungsverfahren zur Zoom Klausuraufsicht komplett ignoriert, obwohl diese Behörde die Ausnahmelage doch in einer früheren allgemeineren Handreichung (im Internet nicht mehr verfügbar, nunmehr ersetzt durch eine neue Version unter <https://>

datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq), noch zur Kenntnis genommen hatte ebenfalls eher zurückhaltend hinsichtlich der Ausnahmelage im Rahmen der Abwägung Hoeren (Fn. 63), S. 27 ff.

67 Siehe etwa BVerfGE 30, 292 (316); 115, 276 (308); Manssen, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, Rn. 209 für die konkrete Konstellation grundsätzlich auch Hoeren (Fn. 63), S. 26 f.

(2) Für *Lehrveranstaltungen* ist der Einsatz einer (bestimmten) Videokonferenztechnik geeignet und erforderlich, wenn es keine (auch in der Bedienung) zumutbare technische Alternative gibt, mit der auch größere Gruppen während der Corona-Ausnahmelage online interaktiv (mit der Möglichkeit, sich zu melden und aufgerufen zu werden) unterrichtet werden können. Grundsätzlich ist zwar nur die datenschutzfreundlichste Lösung „erforderlich“, doch die Anforderungen an die Suche und die Optimierung dürfen dabei in der Krise und unter großem Zeitdruck, wie bereits betont, nicht überspannt werden. Ein Ausweichen auf rein asynchrone Angebote (Podcasts u.Ä.) ist nicht gleichermaßen geeignet, selbst wenn über die Möglichkeit von schriftlichen Nachfragen (per Mail oder auf einer entsprechenden Plattform) zeitversetzt eine gewisse Interaktivität möglich ist. Denn damit lässt sich lernpsychologisch die direkte Interaktion und die dadurch geschaffene größere Aufmerksamkeit nicht ersetzen; auch in Podcasts o.Ä., eingebaute (Multiple-Choice-) Fragen bieten nur einen äußerst unvollkommenen Ersatz für individuelle Nachfragen und Diskussionsmöglichkeiten.

Der Eingriff in die Privatsphäre ist bei solchen Online-Lehrveranstaltungen noch deutlich geringer als bei der Prüfungsüberwachung. Denn den Studierenden bleiben bei virtuellen Vorlesungen, Übungen oder Seminaren zwei zusätzliche und damit insgesamt drei Schutzmöglichkeiten: Sie können nicht nur – wie bei den Klausuren – einen möglichst neutralen realen (Zimmer-) Hintergrund wählen, sondern können zweitens, soweit mit ihren Endgeräten technisch möglich, auf einen virtuellen Hintergrund ausweichen (was bei den Klausuren zwecks Täuschungerschwerung nicht erlaubt war). Drittens schließlich können die Studierenden ganz ohne Bild, allein mit Anzeige ihres Namens, teilnehmen. Die

Möglichkeit, sich elektronisch zu melden oder auch vom Lehrenden aufgerufen zu werden, bleibt – jedenfalls bei „Zoom“ – auch ohne Bild mittels Namensanzeige erhalten. In der Abwägung überwiegt deutlich das krisenspezifische Interesse an der Aufrechterhaltung eines der Präsenzlehre möglichst angenäherten Lehrbetriebs.

Auf die Normallage lässt sich diese Argumentation allerdings nicht übertragen. Geht es nur um die Ergänzung interaktiver Präsenz-Lehrveranstaltungen, werden asynchrone Angebote regelmäßig ausreichen. Anders mag dies im Einzelfall aussehen, wenn, beispielsweise in einem Online-Doktorandenseminar, Teilnehmer/-innen aus verschiedenen Teilen der Welt eingebunden werden sollen.

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

Weitaus mehr Gewicht besitzen Bedenken, Plattform-Anbieter vor allem aus den USA könnten dort anfallende Daten entgegen der eigenen Datenschutzerklärung weiterverarbeiten (insb. speichern, an Dritte verkaufen und übermitteln). Gerade bei „Zoom“ hatte man im März 2020 insoweit Missstände aufgedeckt;⁶⁸ das Unternehmen hat allerdings zwischenzeitlich Verbesserungen vorgenommen – ob in ausreichendem Umfang, darüber wird gestritten.⁶⁹

Aber auch gegenüber anderen Anbietern werden mehr oder minder massive datenschutzrechtliche Bedenken geäußert;⁷⁰ dies betrifft nicht nur Videokonferenzplattformen, sondern auch Plattformen für schriftlichen Austausch.⁷¹ Dass ein nicht zu unterschätzendes Risiko des Daten-Missbrauchs besteht, wird zusätzlich dadurch plausibel, dass der Daten-Weiterverkauf zum typischen Geschäftsmodell von Online-Anbietern (vor

68 Siehe etwa *Scheuer/Neuerer/K erkmann*, Datenschützer warnen vor Videochat-Software Zoom, Handelsblatt online v. 30.3.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/homeoffice-tool-datenschuetzer-warnen-vor-videochat-software-zoom/25694358.html?ticket=ST-5035650-ARFvUC4fOXDoeocrMn66-ap2>); *Ries*, Videokonferenz-Software: Ist Zoom ein Sicherheitsalptraum?, heise online v. 2.4.2020 (<https://www.heise.de/security/meldung/Videokonferenz-Software-Ist-Zoom-ein-Sicherheitsalptraum-4695000.html>); vgl auch *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (23.3.2020) (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1092&token=0568e4e5bd9f740baf69bf375411bb6c8bd2e37a>).

69 Dazu *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz

(3.4.2020) (Fn. 58); differenzierte Bewertung bei *Hansen-Oest*, Hilfe...ist „Zoom“ etwa eine Datenschleuder? (<https://www.datenschutz-guru.de/zoom-ist-keine-datenschleuder/>).

70 Siehe etwa die Kontroverse um die zwischenzeitlich von der Berliner Datenschutzbeauftragten veröffentlichten Warnung auch vor Skype und Microsoft Teams, *Hurtz*, Microsoft schickt bösen Brief nach Berlin, sueddeutsche online v. 18.5.2020 (<https://www.sueddeutsche.de/digital/microsoft-teams-datenschutz-videokonferenz-berlin-1.4911940>).

71 Vgl. etwa, auf Office 365 von Microsoft in Konkurrenz zur Open Source-Software Moodle bezogen, *Füller*, Microsoft erobert Schulen, taz v. 18.5.2020, S. 7.

alles, aber keineswegs nur von sozialen Netzwerken wie Facebook und Suchmaschinen wie Google) gehört. Hinzu kommt bei Unternehmen aus den USA die ebenfalls naheliegende Sorge, auch die dortigen Geheimdienste hätten prinzipiell Zugriff auf die im Zuge der digitalen Lehre generierten Daten.⁷²

Soweit Daten, wie hier bei der Nutzung zu Zwecken der Hochschullehre, im Rahmen der Tätigkeit einer europäischen Niederlassung mit Wirkung für die europäischen Nutzer – (in Gestalt einiger der deutschen Hochschulen und deren Studierender) generiert werden, ist die DSGVO nach deren Art. 3 auch dann anwendbar, wenn die Daten außerhalb Europas (weiter)verarbeitet werden.⁷³ Die Frage ist aber, ob neben dem Plattformanbieter auch die nutzende Hochschule für einen etwaigen Missbrauch der Daten in den USA nach der DSGVO verantwortlich ist und dementsprechend gegebenenfalls allein schon wegen der Nutzung einer solchen Plattform eine Sanktion (Bußgeld) zu befürchten hätte.

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

Teilweise versuchen die Datenschutzbehörden (u.a. in Hamburg), eine Verantwortung der Hochschule auch für solchen Missbrauch durch den Betreiber der (Video-Konferenz-)Plattform erneut auf die Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO zu stützen. Dagegen spricht bei unbefangener Betrachtung jedoch schon die Definition des Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird der Plattformanbieter im „Auftrag“ der Hochschule nur insoweit tätig, wie es um die Durchführung der Videokonferenzen oder Klausuraufsicht geht, nicht aber bei einer eventuellen darüber hinausgehenden Datenverarbeitung und gegebenenfalls rechtswidrigen Weiterleitung. Der Missbrauch der generierten Daten überschreitet gerade den von der Hochschule erteilten Auftrag; dafür kann nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nur der Plattformanbieter selbst verantwortlich gemacht werden. Darauf deutet

72 Dieser Aspekt findet sich auch bei *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020) (Fn. 58) – Eine behördliche Nutzung von Zoom wurde gerade deshalb zwischenzeitlich teilweise untersagt, *Neuerer/Koch*, Auswärtiges Amt untersagt Nutzung von Zoom auf dienstlichen Geräten, Handelsblatt online v. 8.4.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/it-sicherheit-auswaertiges-amt-untersagt-nutzung-von-zoom-auf-dienstlichen-geraeten/25726922.html>); *Bergt*, Bild an, Schutz aus, taz v. 7.4.2020, S. 9.

73 Zu diesem sog. Marktortprinzip etwa *Klar*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 3 insb. Rn. 54 f.

74 Vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 76 f.; *Spoerr*, in: BeckOK

auch Art. 28 Abs. 10 DSGVO (früher § 11 BDSG a.F.) hin.⁷⁴

Allerdings wird im datenschutzrechtlichen Schrifttum teilweise behauptet, zwecks effektiven Datenschutzes müsste dennoch auch der Auftraggeber eine (Mit-) Verantwortung übernehmen, wenn und weil er sich eines gleichsam unzuverlässigen Auftragnehmers bediene.⁷⁵ Ein Auftraggeber darf nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nämlich nur mit einem Auftragnehmer zusammenarbeiten, der hinreichende Garantien für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bietet. Im Sinne einer absoluten Gewährleistungspflicht und kompletten Verantwortungsübernahme kann diese Bestimmung jedoch schon deshalb nicht verstanden werden, weil dies dem Auftraggeber etwas Unmögliches abverlangen würde. Der Auftragnehmer hat keinen Einblick in die unternehmensinternen (Datenverarbeitungs-) Prozesse seines Auftragnehmers (besonders, wenn dieser wie „Zoom“ in den USA sitzt) und kann diesen deshalb in keiner Weise effektiv kontrollieren, sondern muss sich auf dessen substantiierte Datenschutzerklärung verlassen. Eine pauschale Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers für jeglichen Missbrauch der generierten Daten durch den Auftragnehmer würde zudem zu der untragbaren und auch vom europäischen Gesetzgeber nicht intendierten Konsequenz (im Lichte des noch zu erörternden „Privacy Shields“) führen, dass US-amerikanische Plattformen und Suchmaschinen im Verhältnis zu Dritten (Studierenden, aber etwa auch Kunden) gar nicht mehr genutzt werden dürften. Denn die hier gegenüber Videoplattform-Betreibern wie namentlich „Zoom“ vorgebrachten Bedenken sind struktureller Natur (man denke nur an die vielen Datenschutz-Skandale bei Facebook) und nicht auf einzelne Anbieter oder Verwendungskontexte beschränkt.

Dementsprechend wird überwiegend zu Recht hervorgehoben, dass Art. 28 DSGVO durchaus eine Differenzierung zulässt, wenn kein einheitlicher Vorgang vorliegt, der die Zerlegung der Datenverarbeitung in recht-

Datenschutzrecht, Stand 1.2.2020, Art. 28 Rn. 104 f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 103; auf eine Kompetenzüberschreitung der eigenen Mitarbeiter des Unternehmens bezogen *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DSGVO und ihre praktischen Auswirkungen. Hinweis zur Umsetzung im Konzern- oder Unternehmensumfeld, ZD 2019, 143, 146.

75 In dieser Richtung noch für das BDSG a.F. *Weichert*, Informationstechnische Arbeitsteilung und datenschutzrechtliche Verantwortung: Plädoyer für eine Mitverantwortung bei der Verarbeitung von Nutzungsdaten, ZD 2014, 605, 607 f.; zum Streitstand im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Rn. 7, 20; wenig klar etwa *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 4, 24 ff.

lich selbständige Teile ausschließt.⁷⁶ Damit ist der Nutzer (hier: die Hochschule) aufgrund einer Auftragsverarbeitung nur bei dem intendierten Teil (hier: der Durchführung der Videokonferenz zu Lehrzwecken oder zur Prüfungsaufsicht) datenschutzrechtlich verantwortlich und nicht für einen überschießenden Daten-Missbrauch durch den Plattformbetreiber.⁷⁷ Es handelt sich nämlich um zwei unterschiedliche und problemlos zu trennende Datenverarbeitungsvorgänge, wenn auch in Teilen auf dieselben Daten (generiert bei der Videokonferenz) bezogen.

Daran ändert auch die – noch zur alten, aber insoweit wohl vergleichbaren Datenschutz-Richtlinie ergangene – Fanpage-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nichts. Dieser hatte bei einer nicht direkt vom Auftragsverhältnis gedeckten Daten-Weiterverwendung durch Facebook im Zusammenhang mit der „Fanpage“-Seite eines hiesigen Unternehmens eine gemeinsame Verantwortung angenommen. Dabei stützte sich das Gericht jedoch wesentlich auf die Tatsache, dass das auftraggebende Unternehmen selbst von der internen Datenverarbeitung durch Facebook und den dafür gesetzten Cookies profitierte, weil Facebook nur so die für die Geschäftsoptimierung des Auftraggebers wichtigen Statistiken u.Ä. erstellen konnte.⁷⁸ Insoweit waren die Datenverarbeitung für das Betreiben der Fanpage-Seite und die weitere Datenverarbeitung durch Facebook in der Tat nicht ohne weiteres trennbar. Bei einer zu Zwecken der Lehre oder Prüfungsaufsicht genutzten Videokonferenzplattform ist dies anders; dass Differenzierungsmöglichkeiten bestehen, erkennt auch der Gerichtshof an.⁷⁹ Genau das ist hier der Fall: Die Hochschule und ihre Studierenden haben keinerlei Nutzen davon, dass der Plattformbetreiber die generierten Daten in den USA zu ausschließlich eigenen kommerziellen Zwecken weiterverarbeitet.

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

Vor diesem Hintergrund müssen die Pflichten der Hochschule als Auftraggeber aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO enger verstanden werden. Es besteht nur die Verpflichtung, einen (Videokonferenz-)Dienst auszuwählen, bei dem die Missbrauchsrisiken möglichst gering sind. Doch bedarf es auch insoweit einer Verhältnismäßigkeits-Abwägung. Ein besseres Leistungsangebot gerade für die spezifischen Bedürfnisse der Hochschullehre und größere Bedienungs-Freundlichkeit für Dozenten und Studierende können ein etwas höheres Missbrauchsrisiko aufwiegen.

Erneut wird die Abwägung in der Krisensituation, wo man auf entsprechend Lehr-Tools mehr oder minder angewiesen ist und einen Anbieter unter Zeitdruck auswählen muss, und in der Normallage tendenziell unterschiedlich ausfallen können und müssen. Die Suche nach eventuell datenschutzfreundlicheren technischen Alternativen ist grundsätzlich wichtig, kann aber in der Krise nur rudimentär stattfinden. Gegebenenfalls müssen alle technischen Lösungen, die von der jeweiligen Hochschule getestet oder auch nur erwogen wurden, der Datenschutzbehörde minutiös dargelegt werden, auch um den guten Willen zu Datensparsamkeit und Kooperation zu demonstrieren. Diese Kooperationsbereitschaft erhöht schon nach allgemeinen Grundsätzen⁸⁰ die Schwelle für eventuelle Sanktionen (hier vor allem Geldbußen, Art. 83 DSGVO).

Umgekehrt ist aber die Datenschutzbehörde im Rahmen ihrer allgemeinen Verpflichtung zu Auskunft und Beratung (§ 25 Abs. 1 HmbVwVfG) dazu angehalten, auf entsprechende Bitte einer Hochschule selbst eventuelle datenschutzfreundlichere Alternativen zu benennen (wobei die Hochschule freilich möglichst genau be-

76 Vgl., freilich in ganz anderem Zusammenhang, BayVGh, NVwZ 2019, 171, Rn. 11 ff.; verallgemeinernd *Spoerr*, in: BeckOK (Fn. 74), Art. 28 Rn. 18. Gelegentlich wird auch OVG Schleswig, ZD 2014, 643, 644 (mit zustimmender Anm. *Werkmeister*) für eine solche Teilbarkeit ins Feld geführt; für den konkreten Fall (Fanpages und Facebook) ist diese Einschätzung allerdings von der späteren EuGH-Entscheidung (unten Fn. 78) überholt, für andere Konstellationen (wie der hiesigen) bleiben die dortigen Überlegungen zur Teilbarkeit aber nach wie vor bedeutsam.

77 Schon, wenn der Plattformbetreiber die wesentlichen Entscheidungen über Mittel und Zweck der Datenverarbeitung, für die er beauftragt ist, trifft, ist dieser aufgrund eines „Funktionsexzess“ gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO selbst Verantwortlicher, siehe d. N. in Fn. 74; für eine eigene Datenerhebung und -verarbeitung durch den Plattformbetreiber kann daher (erst recht) nichts

anderes gelten.

78 EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 34-38 = EuZW 2018, 534 (536 f.). Darauf verweist auch die Hamburger Datenschutzbehörde in ihrem Anhörungsschreiben an die Bucerius Law School bezüglich des Einsatzes von Zoom zur Prüfungsaufsicht.

79 EuGH (Fn. 78), Rn. 35: „Der bloße Umstand der Nutzung eines sozialen Netzwerks wie Facebook [macht] für sich genommen einen Facebook-Nutzer nicht für die von diesem Netzwerk vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten mitverantwortlich“. Vgl. allgemein zur schwierigen Abgrenzung von Auftragsdatenverarbeitung und gemeinsamer Verantwortung nach Art. 26 DSGVO gerade bei Social Media *Petri*, in: *Simitis et al.* (Fn. 41), Art. 26 Rn. 13, 15.

80 Bekannt vor allem aus dem Versammlungsrecht, grundlegend BVerfGE 69, 315 – Brokdorf.

schreiben muss, welche Funktionalität sie benötigt – insbesondere die aktive Beteiligung der Studierenden an den Lehrveranstaltungen betreffend). Die Grenze der Beratungspflicht ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erst dort erreicht, wo sie in anwaltsähnliche Interessenvertretung ausarten würde.⁸¹ Hier dagegen spricht das fachliche Wissensgefälle zwischen einer spezialisierten Datenschutzbehörde und einer Hochschule tendenziell sogar für erweiterte behördliche Beratungspflichten.⁸² Wenn der Datenschutzbehörde selbst dazu nichts Praktikables einfällt, können von einer Hochschule kaum sehr viel mehr Kenntnisse über die am Markt vorhandenen Alternativen verlangt werden. Soweit die Behörde Alternativen vorschlägt, kann und muss die Hochschule darauf gegebenenfalls gezielt reagieren.

Neben der Auswahlpflicht lässt sich aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO auch eine gewisse Monitoring- und gegebenenfalls Verhaltensänderungspflicht der auftraggebenden Hochschule herleiten.⁸³ Wenn klare Verstöße des Plattformanbieters festgestellt worden waren und nicht zeitnah abgestellt werden, muss der Auftraggeber reagieren⁸⁴ und gegebenenfalls das Auftragsverhältnis beenden. Denn dann ist die Unzuverlässigkeit des Unternehmens deutlich. Eine Hochschule muss sich in diesem Fall nach einer unvermeidlichen Umstellungsfrist einen anderen Anbieter für eine solche (Videokonferenz-)Plattform suchen. Einmal mehr ist freilich zwischen Krise und Normallage zu unterscheiden. Wenn es in der Pandemie keine technische Alternative gibt, die den Anforderungen wissenschaftlicher, auf Interaktion angewiesener Lehre hinreichend Rechnung tragen kann, so erscheint es für eine Hochschule noch vertretbar, bei nur weniger schweren Datenschutzverstößen dennoch weiter mit dem entsprechenden Anbieter zusammenzuarbeiten. Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 DSGVO, der über eine pauschale Regelung zur Zulässigkeit der Zu-

sammenarbeit hinaus zum konkreten Vorgehen bei festgestellten Verstößen des Auftragnehmers keine Aussage trifft, bietet hier erneut genügend Spielraum für eine situationsangemessene Handhabung der Vorschrift. Außerhalb der Krise, wo man nicht auf reine Online-Lehre angewiesen ist, müssen schon leichtere, aber trotz Nachhakens nicht abgestellte Datenschutz-Verstöße durch den (Video-)Plattformbetreiber zur Beendigung des Auftragsverhältnisses führen.

cc) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen

Müssen Hochschulen allgemein primär auf Anbieter mit Servern in Europa statt in den USA zurückgreifen, um vorsorglich das Daten-Missbrauchsrisiko zu verringern? Diese verbreitete Behauptung⁸⁵ vernachlässigt den sogenannten „Privacy Shield“. Dieses Übereinkommen der Europäischen Union mit den USA soll es gerade ermöglichen, auch dortige elektronische Unternehmensdienstleistungen, sofern in den USA zertifiziert und in eine entsprechende Liste aufgenommen, in der Europäischen Union zu nutzen. Rechtsdogmatisch hat der „Privacy Shield“ die Funktion eines Angemessenheitsbeschlusses nach Art. 45 Abs. 1 DSGVO.⁸⁶ Dementsprechend können deutsche Auftraggeber, etwa Hochschulen für Datenschutzverstöße eines Videoplattform-Anbieters wie „Zoom“ nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nicht schon deshalb verantwortlich gemacht werden, weil man doch habe wissen müssen, dass man sich auf den Datenschutz in den USA nicht verlassen könne.⁸⁷

Es bleibt somit auch unter dem Gesichtspunkt der Auslandsdatenverarbeitung bei dem zuvor herausgearbeiteten Ergebnis: Die Beauftragung eines Anbieters wie „Zoom“ für die technische Durchführung von Videokonferenzen zu Lehr- oder Prüfungsüberwachungszwecken ist unter den Bedingungen der Corona-Pandemie zulässig, solange die Datenschutzbehörden den Hoch-

81 Vgl. *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 14 Rn. 51.

82 Zu diesem Grundsatz allgemein *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 308; zur Orientierung der Beratungspflicht am Adressaten *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG Stand: 1.4.2020, § 25 Rn. 10.

83 Allgemein zu dieser Überprüfungsspflicht *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 93 f.

84 Typischerweise wird solch ein Verstoß von Dritten (bei Zoom etwa von Behörden in den USA) aufgedeckt werden. In dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Auftraggeber selbst solche

Verstöße durch den Auftragnehmer feststellt, muss die auftraggebende Hochschule zudem nach Art. 33 DSGVO die zuständige Datenschutzbehörde darüber informieren.

85 Vgl. etwa *Universität Tübingen*, Zentrum für Datenverarbeitung, Videokonferenzen und Datenschutz (<https://uni-tuebingen.de/de/176136>).

86 Vgl. etwa *Schantz*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 45 Rn. 44 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly (Fn. 74), Art. 45 Rn. 17 ff. Dies ist de lege lata zu akzeptieren, mag die annähernde Gleichwertigkeit des Datenschutzes realiter auch eine bloße Fiktion sein.

87 Klarstellend insoweit etwa *Hansen-Oest* (Fn. 69).

schulen keine datenschutzfreundliche und zugleich ähnlich geeignete Alternative nennen können.

V. Fazit

Die Pandemie beschert der Lehre einen Digitalisierungsschub, der die Hochschulausbildung auch dauerhaft tiefgreifend verändern dürfte. Während allerdings derzeit notgedrungen reine Online-Lehre dominiert, werden nach Rückkehr zur Normalität digitale Formate wohl primär zur Ergänzung der Präsenzlehre eingesetzt werden. Die zentrale Aufgabe besteht darin, Online-Lehrformate und zugehörige technische Lösungen möglichst wissenschaftsadäquat auszuwählen und auszugestalten.

In der Krise bedarf es dabei Flexibilität, um den Ausbildungsauftrag weiterhin so weit wie möglich erfüllen zu können. Nach Überwindung der Pandemie ist eine vertiefte Reflexion der wissenschaftlichen Eignung der verschiedenen Online-Formate und deren datenschutzrechtlicher Nachteile gefordert; man muss dem Risiko entgegenwirken, dass Notlösungen aus der Krise unreflektiert als scheinbar bewährt (da für die Studierenden bequem und für die Politik mittelfristig Sparpotentiale bergend) fortgeführt werden. Entgegen teilweise geäußelter Bedenken besitzen Lehrfreiheit und Ausbildungsaufgabe sowie das Datenschutzrecht hinreichendes Differenzierungspotential für unterschiedliche Anforderungen in Krise und Normallage. Weder „Not kennt kein Gebot“ noch „fiat iustitia et pereat mundus“ sind hier adäquate und verfassungskonforme Leitlinien zur Krisenbewältigung. Vielmehr gilt es, die Auslegungs- und Abwägungsspielräume im geltenden Recht sichtbar und nutzbar zu machen.

Wissenschaftliche Lehre erfordert ein gewisses Reflektionsniveau und ist dafür notwendig auf einen Kommunikations- und partiell auch Interaktionsprozess angewiesen. Diverse Online-Formate können dies nur (sehr) eingeschränkt leisten. Die Wissenschaftlichkeit der Lehre steht jedoch ohnehin in einem labilen Spannungsverhältnis zum Ausbildungsauftrag der Hochschulen. Dessen Erfüllung gewinnt in der Krise temporär abwägend

ein höheres Gewicht, während nach Rückkehr zur Normalität die wissenschaftliche Eignung diverser digitaler Lehrformate wieder stärker in den Vordergrund rückt. Beim einzelnen Hochschullehrer ist dessen methodische Freiheit als Teil der Lehrfreiheit auch in der Krise zu beachten, doch ist diese Freiheit seit jeher durch die Notwendigkeit zur Abdeckung der Pflichtlehre beschränkt. Die durch die Lehrfreiheit überlagerte, aber nicht gänzlich verdrängte beamtenrechtliche Treuepflicht gewinnt in Krisenzeiten zusätzliches Gewicht und fordert gegebenenfalls auch „überobligationsmäßiges“ Engagement zur Gewährleistung eines digitalen Lehrangebots.

Die Anforderungen der EU-Datenschutzgrundverordnung, die auch für die Online-Lehre und die digitale Prüfungsaufsicht gelten, enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsnecessitäten. Namentlich die allfällige Anforderung, wonach eine bestimmte Datenverarbeitung „erforderlich“ sein müsse, ermöglicht eine der Krise angepasste Auslegung und Anwendung. Dabei ergeben sich aus der Pflicht, die Ausbildung auch bei geschlossenen Hochschulen fortzuführen, verschiedene Rechtfertigungstatbestände für die Verarbeitung von Daten der (etwa an Videokonferenzen) teilnehmenden Studierenden. Zwar kann ein Missbrauch der dabei generierten Daten durch den (wie etwa bei „Zoom“ häufig in den USA lokalisierten) Plattformbetreiber regelmäßig nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Doch die datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeitstatbestände und namentlich die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitungen fordern insoweit jedenfalls in der Krise nur die Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative, wobei Missbrauchsrisiken und Funktionalität der gewählten Plattform einer gewissen Abwägung zugänglich sind. Die Datenschutzbehörden trifft dabei eine Auskunftspflicht. In der Normallage, wo die Hochschulen nicht gleichermaßen auf Online-Lehrformate angewiesen sind, gewinnen demgegenüber Daten-Missbrauchsrisiken ein deutlich höheres Gewicht und ist den Hochschulen weitaus mehr Aufwand am Auffinden der datenschutzfreundlichsten Lösung und gegebenenfalls auch an Anstrengungen zur

Entwicklung eigener technischer Lösungen zumutbar.

So bleibt für die Zeit nach der Krise auch bei der Digitalisierung der Hochschullehre zu hoffen, dass man sich nicht von der (scheinbaren) „normativen Kraft des Faktischen“ überwältigen lässt, sondern die Erfahrungen aus der Ausnahmelage kritisch reflektiert. So könnten schrittweise „intelligentere“ digitale Formate entwickelt werden, die die wissenschaftliche Hochschullehre längerfristig bereichern. Denn gelingende Lehre ist – auch verfassungsrechtlich – nicht statisch, sondern als Kommunikationsprozess darauf angewiesen, auf die verän-

derte Sozialisation der Studierenden im digitalen Zeitalter mit einer Erweiterung des didaktischen Arsenal, aber ohne Einbuße an Wissenschaftlichkeit, zu reagieren.

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

Georg Sandberger

Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen

I. Einleitung

Im Zuge der Präventionsmaßnahmen gegen die Corona-Pandemie wurde auch der Studienbetrieb im Sommersemester 2020 durch die sog. Corona-Verordnungen der Bundesländer ausgesetzt, durch einen digitalen Lehrbetrieb ersetzt und der Zugang zu den Hochschulen und ihren Einrichtungen beschränkt.¹ Davon ist deren gesamter Aufgabenbereich, vor allem aber der Lehrbetrieb in einem bis dahin nicht gekannten Ausmaß betroffen. Die Wissenschaftsminister haben bei der Bekanntgabe der Regelungen die damit verbundenen Belastungen für die Lehrenden und Studierenden, für die Arbeitsfähigkeit der Organe und Gremien, für die Beschäftigten in der Verwaltung und den Einrichtungen anerkannt, dies aber mit der Zuversicht verbunden, dass diese Herausforderung mit dem Fortschritt der Digitalisierung in den Hochschulen bewältigt werden kann.²

Diese Erwartung erwies sich allerdings schon in den ersten Tagen als zu optimistisch. Der Ausbau der digitalen Infrastruktur hat zwar die Rahmenbedingungen für die Aufgaben der Hochschulen nachhaltig verbessert. Neben ihren vielfältigen, fachspezifischen Anwendungen im Bereich der Forschung gilt dies vor allem für den umfassenden Zugang zu Online- Datenbanken, die Informationserschließung, für den elektronischen Kopienversand und die elektronischen Verwaltungssysteme.

Dem gegenüber blieb die Digitalisierung in der Lehre in den meisten Hochschulen gegenüber den Präsenzangeboten an Vorlesungen, Seminaren, Übungen und Praktika auf unterstützende Maßnahmen wie Lehrplattformen, Unterrichts- und Lehrmedien oder elektronische Präsentationen beschränkt. Weiterreichende Erfahrungen mit digitaler Lehre gibt es, von der Fernuniversität Hagen abgesehen, bei den zu virtuellen

Hochschulen verbundenen Einrichtungen³ sowohl in grundständigen Studiengängen als auch im Bereich der wissenschaftlichen Weiterbildung. In grundständigen Studiengängen der meisten Hochschulen kamen digitale Lehrformate demgegenüber nur in Einzelfällen zum Einsatz.

Noch geringer waren und sind Erfahrungen mit digitalen Prüfungen. Selbst die Fernuniversität Hagen führt die schriftlichen und mündlichen Prüfungen überwiegend im Präsenzbetrieb an ihren Außenstellen durch.

Damit sind Lehrende, Studierende, die Hochschulleitungen, Fakultätsleitungen, wissenschaftlichen Einrichtungen und Prüfungsämter durch die Corona-Verordnungen mit Anforderungen konfrontiert, für die es überwiegend keine Vorbilder gibt. In gleicher Weise sind die Rechenzentren und Bibliotheken gefordert, die für digitale Lehre verfügbaren Formate synchroner oder asynchroner Kommunikationsplattformen bereitzustellen und die notwendige Hilfestellung für deren Angebote zu geben.

Die organisatorische und konzeptionelle Bewältigung im laufenden Betrieb steht gegenwärtig im Vordergrund notwendigen Handelns.

Im Zuge der getroffenen Maßnahmen erwies sich aber, dass das bestehende rechtliche Regelwerk ebenso wenig auf die Umstellung auf digitale Lehrveranstaltungen, digitale Prüfungen oder auch virtuelle Gremiensitzungen vorbereitet war. Nur vereinzelt sehen Landeshochschulgesetze digitale Lehrangebote vor, ohne die daran zu stellenden Anforderungen näher zu definieren.⁴

Mit Ausnahme von Nordrhein- Westfalen haben die Bundesländer bislang keinen situationsgerechten Rechtsrahmen geschaffen.⁵

1 Vgl. dazu § 2 der Verordnung der Landesregierung des Landes Baden- Württemberg über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung – Corona- VO BW). Zu vergleichbaren Regelungen in den anderen Bundesländern vgl. die Zusammenstellung bei Beck- Online, abrufbar unter <https://beck-online.beck.de/Normen/29337/1?pagenr=5&sortField=1>.

2 Exemplarisch Schreiben der baden-württembergischen Wissenschaftsministerin *Theresia Bauer* vom 15.4.2020.

3 Z. B. die Virtuelle Hochschule Bayern. Diese wird von den bayrischen Hochschulen seit dem Sommersemester 2020 als Plattform

für ein umfassendes Angebot digitaler Lehrveranstaltungen genutzt, abrufbar unter: <https://kurse.vhb.org/VHBPORTAL/kursprogramm/kursprogramm.jsf>

4 Z.B. Art. 63 Abs. 1 BayHG, § 58 HambHG, § 40 HG MVP, § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW (Online- Prüfungen).

5 Artikel 10 des Gesetzes vom 14.4.2020, GV. NRW. S. 217; Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020, GV. NRW. S. 298.

Die Hochschulen sind deshalb gezwungen, bis zum Handeln des Gesetzgebers die notwendigen Rechtsgrundlagen durch eigene Satzungsregelungen zu schaffen. Inzwischen liegen für eine Reihe von Hochschulen entsprechende Satzungen vor.

Die Einschränkung des Hochschulbetriebs, die Umstellung auf digitalen Unterricht, digitale Prüfungen und virtuelle Gremiensitzungen werfen zahlreiche weitgehend ungeklärte Rechtsfragen im Bereich des Hochschulverfassungsrechts, Hochschulrechts, Prüfungsrechts, Persönlichkeitsrechts und des Datenschutzrechts auf.

Der folgende Beitrag kann allenfalls einen Einstieg in deren mögliche Lösung leisten.

In drei Teilen soll die Thematik unter dem Aspekt der Rechtsfragen digitaler Lehre und Prüfungen (II), virtueller Gremiensitzungen (III), verfügbarer Formate und datenschutzrechtlicher Fragen (IV) behandelt werden.

II. Rechtsfragen digitaler Lehre und Prüfungen

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schließung der Hochschulen: Lebensschutz vs. Wissenschaftsfreiheit

Die auf das Infektionsschutzgesetz gestützten Verordnungen und Allgemeinverfügungen werfen wegen ihrer Eingriffe in Grundrechte grundlegende Fragen an die Wahrung des Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen auf, die bisher in einstweiligen Anordnungsverfahren nur vereinzelt thematisiert wurden.⁶

Soweit sie Beschränkungen des Hochschulbetriebs betreffen, greifen sie in vielfältiger Weise in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ein.

Betroffen ist der institutionelle Aspekt: die Verpflichtung des Staates, funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb zur Verfügung zu stellen,⁷ die Gewährleistung der Autonomie im Kernbereich von Forschung und Lehre,⁸ der individualrechtliche Aspekt des Schutzes der Freiheit von Forschung und Lehre⁹ und die aus Art. 12 GG abgeleitete Freiheit des Studiums. Gerechtfertigt wird der Eingriff mit dem Schutz des Lebens.

In bisher vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Corona-bedingten Schlie-

ßungs- oder Beschränkungsmaßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht, gestützt auf die Gefahrenbeurteilung des Robert-Koch-Instituts und den daraus folgenden epidemiologischen Maßnahmen, dem Schutz des Lebens den Vorrang vor anderen betroffenen Grundrechten eingeräumt,¹⁰ diesen aber unter Vorbehalt der laufenden Überprüfung auf Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit gestellt.¹¹ Dem liegt eine Abwägung der Grundrechte zugrunde; dabei wird dem Grundrecht der Vorrang eingeräumt, dessen Gefährdung gegenüber dem kollidierenden Grundrecht den höheren Gefährdungsgrad aufweist.

Entscheidungen zur Einschränkung des Wissenschaftsbetriebs liegen bisher nicht vor. Auch die Wissenschaftsfreiheit unterliegt aber bei der Grundrechtskollision immanenten Schranken, die nach den Grundsätzen der Grundrechtskonkordanz zu bestimmen sind. Der Vorrang des Lebensschutzes gegenüber dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG ist gerechtfertigt, solange der hohe Bedrohungsgrad anhält und sich die Beschränkungen des Hochschulbetriebes und auch der individuellen Lehrfreiheit auf der jeweiligen Gefahrenlage angepasste, notwendige und verhältnismäßige Maßnahmen beziehen.

Deshalb sind die jeweiligen Maßnahmen entsprechend der Beurteilung der Gefahrenlage durch die zuständigen Behörden auf den Prüfstand zu stellen und zu befristen.

Dementsprechend sind die einschlägigen auf das Infektionsschutzgesetz gestützten Verordnungen und Allgemeinverfügungen nur rechtswirksam, wenn sie entsprechende Öffnungsklauseln enthalten. Sie müssen außerdem geeignete Spielräume für differenzierende Regelungen für Lehrveranstaltungen und Prüfungen enthalten, die, wie Praktika oder mündliche Prüfungen, nicht oder nur mit Schwierigkeiten ohne Präsenzbetrieb möglich sind.

2. Rechtsgrundlagen digitaler Lehrveranstaltungen und Prüfungen - Hochschulrechtlicher Befund

Trotz fortschreitender Digitalisierung der Hochschulen, die 2016 Gegenstand von allgemeinen Empfehlungen der KMK, 2019 speziell zur Digitalisierung in der Hochschullehre war,¹² hat diese Entwicklung in der Hoch-

6 Vgl. vor allem VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 9. 4. 2020, 1 S 925/20, Rn. 37 ff.

7 BVerfGE 35, 79, 114 ff.; 43, 242, 267; 66, 155, 177 ff.; 67, 201, 207; 111, 333, 354 ff.; 136, 338 ff., Rn. 55 ff.; 139, 148 ff., Rn. 42 ff.

8 BVerfGE 35, 79, 115 f.

9 BVerfGE 35, 79, 113.

10 1BvR 755/20 v. 7. 4. 2020 - Art. 2 Abs. 1 GG - Ausgangsbeschränkungen; 1BvR 828/20 v. 15. 4. 2020 - Versammlungsverbot Art. 8 GG.

11 BVerfG 1BvQ 44/20 v. 29. 4. 2020 - Art. 4 GG - Besuch von Gottesdiensten.

12 KMK „Bildung in der digitalen Welt“ - Empfehlungen vom 8. 12. 2016; Empfehlungen zur Digitalisierung in der Hochschullehre (Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 14. 3. 2019). Auch der Wissenschaftsrat hat in seinem Positionspapier Strategien für die Hochschullehre, 2017 auf die Bedeutung der Digitalisierung für die Hochschullehre hingewiesen, vgl. insbesondere S. 22 ff.

schulgesetzgebung der Länder bis heute praktisch keinen Widerhall gefunden. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, insbesondere der Regelung für die Fernuniversität Hagen in § 77 b HG NRW, findet sich in den Abschnitten Studium, Lehre und Prüfungen auch nach Einführung der Modularisierung und des Leistungspunktesystems kein Hinweis auf die Möglichkeit der Digitalisierung. Dies kann nicht nur mit der Tendenz staatlicher Deregulierung erklärt werden und erweist sich in der jetzigen Notlage als Versäumnis. Die bestehenden Regelungen gehen klar vom Präsenzstudium aus und lassen offen, ob unter welchen Voraussetzungen die Hochschulen im Rahmen ihrer Satzungs-gestaltungsfreiheit auch digitale Lehrangebote einführen oder Leistungen aus digitalen Lehrangeboten anderer Hochschulen anerkennen können.

Auch bei der Akkreditierung von Studiengängen haben digitale Lehrveranstaltungen bislang keine Rolle gespielt. Die auf der Grundlage des Staatsvertrages erlassenen und auf den Musterentwurf der KMK zurückgehenden Akkreditierungsverordnungen erwähnen sie nicht.¹³ Auch die Handlungsempfehlungen der KMK zur Digitalisierung in der Hochschullehre blieben bisher ohne Widerhall.

Deswegen haben bis zur Corona Krise auch nur wenige Hochschulen in ihren Studien- und Prüfungsordnungen Regelungen für digitale Lehrveranstaltungen vorgesehen.

3. Voraussetzungen für die Einführung digitaler Lehrveranstaltungen

3.1. Beachtung der Lehrfreiheit

Für die Durchführung digitaler Lehre gibt es damit im Zeitpunkt der Umstellung auf den digitalen Lehrbetrieb keine rechtsverbindlichen Vorgaben, auf die Bezug genommen werden kann. Regelungen des Lehrangebots in den Hochschulen müssen sich deshalb auf organisatorische Maßnahmen einschließlich des technischen Supports beschränken und die Freiheit der inhaltlichen und methodischen Gestaltung, insbesondere der Freiheit wissenschaftlicher Meinungsäußerungen, respektieren.¹⁴ Dies bedeutet, dass Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer zwar verpflichtet werden können, das in den Studienordnungen, Studienplänen und Modulhandbüchern vorgesehene Lehrangebot in digitaler Form zu präsentieren und die damit verbundene Mit-

wirkung der Studierenden in geeigneter Weise sicherzustellen. Dafür muss die Hochschule die notwendige technische Unterstützung gewähren. Dagegen sind die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bei der Wahl der dafür zur Verfügung stehenden Formate frei.

Der Fall vollständiger digitaler Inkompetenz dürfte bei der jetzigen Generation von Hochschullehrern nicht vorkommen, zumal eine digitale Kompetenz auch für die Forschung in allen Fächern unabdingbar ist. Sie wäre aber kein Befreiungsgrund von Lehrverpflichtungen. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, Vorlesungsmaterialien in Printform zur Verfügung zu stellen und diese mit Aufgabenstellungen zu verbinden, die die Studierenden bearbeiten können.

3.2 Maßstäbe aus Regelungen für das Präsenzstudium

Bis zu ergänzenden Regelungen aus Anlass der Corona-Krise besteht damit hochschulrechtlich eine Grauzone. Maßstäbe für die Anforderungen an digitale Lehrveranstaltungen zur Sicherung der Gleichwertigkeit ergeben sich aus den in den Studien- und Prüfungsordnungen, Studienplänen und Modulhandbüchern für die Präsenzveranstaltungen vorgeschriebenen Lernziele und Lerninhalte. Diese müssen auch in digitalen Lehrveranstaltungen eingehalten werden.

Dagegen ist die Methode der Präsentation, der für eine Präsenzlehrveranstaltung typische Dialog zwischen Lehrenden und Studierenden, die Möglichkeit von Diskussionen, Fragen und Antworten nicht eins zu eins umsetzbar und kann daher nur durch dafür passende Lehrformate ersetzt werden. Soweit eine Lehrveranstaltung Präsenz im Labor oder an Patienten voraussetzt, muss sie, soweit die bestehenden Regelungen dies zulassen, durch alternative, digitale Lehrangebote ersetzt werden.

Bei digitalen Lehrangeboten ist die Studierbarkeit für behinderte Studierende mit geeigneten Maßnahmen, ggfs. durch zusätzliche technische Hilfen, zu gewährleisten.

Die verschiedenen synchron oder asynchron verfügbaren Angebote müssen zeitlich so abgestimmt werden, dass sie, wie bei einem Präsenzstudium, in einen individuellen Stundenplan eingepasst werden können. Deshalb müssen synchrone Angebote wie bei Präsenzvorlesungen einen Stundenplan einhalten oder durch asynchrone Angebote zum Download ergänzt werden.

Regelungsbedürftig ist schließlich auch die Frage, wie bestehende Vorschriften zur Belegung und zum Besuch von Lehrveranstaltungen als Voraussetzung für die An-

13 Abrufbar unter: https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/02-04-Lehre/02-04-01-Qualitaetssicherung/KMK_MuSterrechtsverordnung.pdf

14 Zu diesen Aspekten der Freiheit der Lehre vgl. § 3 HRG a. F., der

auf BVerfGE 35, 79, 112 zurückgeht, dazu *Hailbronner*, in Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, § 3 HRG a.F. 8. Lieferung, § 3 Rn.30 ff.

erkennung als Studienleistung bei digitalen Lehrangeboten gehandhabt werden müssen. Gleiches gilt für kapazitätsbedingte Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Lehrveranstaltungen.

Als Konsequenz dieser durch unterbliebene Vorsorge des Gesetzgebers und der Hochschulen entstehenden Rechtsunsicherheit bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die die Anerkennung der mit dem Besuch einer digitalen Lehrveranstaltung verbundenen Leistungspunkte oder als Zulassungsvoraussetzung für Prüfungen absichert.

4. Überblick über anlassbezogene Ergänzungen bestehender Regelungen für Lehrveranstaltungen

Um die bestehende Rechtsunsicherheit durch temporär geltende Regelungen abzumildern, hat Nordrhein-Westfalen, gestützt auf eine durch ein Artikelgesetz eingeführte Ermächtigung in § 82 a HG, eine Rechtsverordnung erlassen, die vorrangig den Rechtsrahmen für digitale Prüfungen und virtuelle Gremienentscheidungen setzt, aber auch eine Regelungsermächtigung der Rektorate der Hochschulen für digitale Lehrveranstaltungen enthält.¹⁵

Darauf aufbauend haben bereits einige Rektorate von NRW-Hochschulen entsprechende Satzungen erlassen.¹⁶

Außerhalb von Nordrhein-Westfalen haben zahlreiche Hochschulen, gestützt auf die bestehende Satzungs-ermächtigung für Studien- und Prüfungsordnungen, im Regelfall per Eilentscheidung des Rektors ergänzende Regelungen getroffen.¹⁷

Hauptziel dieser Regelungen ist es, die Rechtsgrundlage für digitale Lehrveranstaltungen zu schaffen, um den Auflagen der Corona-Verordnungen zur Umstellung auf den digitalen Unterricht Rechnung zu tragen. Rechtssystematisch sind sie Ergänzungen zu den bestehenden Studien- und Prüfungsordnungen. Einbezogen sind die bestehenden Bachelor- und Masterstudiengänge der Hochschulen. Für kirchliche oder Staatsexamensstu-

diengänge gelten die Regelungen nur in dem Maße, in dem diese ergänzende Regelungen durch Satzung der Hochschule erlauben. Im Regelfall verzichten sie auf weitere inhaltliche Vorgaben, sodass sich diese an den bestehenden Vorgaben der Studienordnungen, Studienpläne und der für modulare Studiengänge in Modular-Handbüchern vorgesehenen Ziele und Inhalte zu orientieren haben.

Darüber hinaus sehen diese Satzungen für Lehrveranstaltungen, die nur in Präsenz möglich sind, wie Praktika, Präparier- Kurse, sportpraktische Lehrveranstaltungen, Unterricht am Krankenbett oder Individualunterricht in Kunsthochschulen, geeignete Ersatzveranstaltungen, Blockveranstaltungen oder das Verschieben auf das nächste Semester im Tausch gegen vorzuziehende Lehrveranstaltungen des Wintersemesters auf das Sommersemester vor, soweit und solange die bestehenden Verbote nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden. Nach den jüngsten Änderungen der Corona-Verordnungen sind solche Veranstaltungen wieder möglich, wenn sie zwingend notwendig sind und besondere Schutzmaßnahmen getroffen werden.¹⁸

5. Zu beachtende Rechte Dritter

5.1 Schutz von Patientendaten

Vor allem in den Lehrveranstaltungen der Medizin sind bei der Präsentation von Patienten Rechte Dritter zu wahren. Der Schutz von Patientendaten und des Arztgeheimnisses stellt sich auch im Präsenzunterricht. Soweit Bilder oder Daten von Patienten in digitalen Lehrveranstaltungen präsentiert werden, erhöht sich ohne zusätzliche organisatorische, technische und rechtliche Vorkehrungen die Gefahr der Verletzung von Patientenrechten. Wie bei den Vorstellungen im Präsenzunterricht ist für die Vorstellung in Videokonferenzen und Videoaufzeichnungen die Einwilligung der Patienten erforderlich. Befunde dürfen nur anonym vorgestellt und erörtert werden. Erfolgt eine Namensnennung, ist auch § 203

15 Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020, GV. NRW. S. 298.

16 Beschluss des Rektorats der Universität zu Köln zur Regelung der prüfungsrechtlichen Aspekte nach der Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 28.4.2020, Amtliche Mitteilungen 21/2020; Ergänzungsbestimmungen zur übergreifenden Prüfungsordnungen für Bachelor- und Masterstudiengänge sowie zu Promotionsordnungen der RWT Aachen, Amtliche Bekanntmachung 2020, 1 ff.

17 Ergänzende Prüfungsordnung der Ruprecht-Karls-Universität

Heidelberg für alle Bachelorstudiengänge, Masterstudiengänge, Staatsexamensstudiengänge und den Studiengang Magister Theologie der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Ergänzende-Prüfungsordnung-UHD) vom 24.4.2020, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020 v. 27.4.2020, S. 99ff.; Satzung zur Erweiterung aller Studien- und Prüfungsordnungen an der Universität Tübingen zum Umgang mit der Corona-Pandemie (Satzung für Lehre und Prüfung SoSe 2020), Amtliche Bekanntmachungen, 2020 v. 27. 4. 2020, S. 182 ff; Satzung der Universität Ulm aufgrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie im Bereich Studium und Lehre vom 17.4.2020, Amtliche Bekanntmachungen der Universität Ulm Nr. 8 vom 17.4.2020, Seite 56 – 61.

18 Art. 2 § 2 der Siebten Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg zur Änderung der Corona-Verordnung v. 2.5.2020.

StGB (Arztgeheimnis) tangiert. Deshalb ist dafür eine ausdrückliche Einwilligung des Patienten erforderlich. Die Studierenden sind ihrerseits zu verpflichten, die ihnen mitgeteilten personenbezogenen Behandlungsdaten nicht weiterzugeben.

Die Übernahme personenbezogener Daten, zu denen auch Bilder des Patienten und in bildgebenden Verfahren gewonnene Aufnahmen gehören, in eine digitale Lehrplattform setzt daher entweder eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung voraus. Ist diese, z. B. bei Gesichtsbildern nicht möglich, bedarf es einer Einwilligung des Patienten. Zusätzlich müssen folgende Maßnahmen ergriffen werden: die Zugangsbeschränkung zur Lehrplattform mithilfe eines sicheren Passwortes und nur für die jeweilige Semesterkohorte, verbunden mit dem Hinweis auf das Verbot der Vervielfältigung und Speicherung auf eigenem Medium. Die Lehrplattform muss technisch gesichert sein. Deshalb sind allgemein zugängliche Plattformen wie YouTube nicht geeignet.

5.2 Urheberrechtliche Fragen bei Nutzung geschützter Werke Dritter

Soweit keine Campuslizenz besteht oder es sich nicht um freizugängliche Bildungsmaterialien (OER) handelt, ist die Vervielfältigung, Verbreitung, Zugänglichmachung und Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke auf Lehrplattformen nur nach Maßgabe des § 60a und b UrhG für folgende Werke und in folgendem Umfang zulässig:

Abbildungen, einzelne Beiträge in Zeitschriften, Auszüge aus Büchern bis zu 15% eines veröffentlichten Werks.

Nicht zulässig ist die Verwendung von Mitschnitten öffentlicher Vorträge, Vorführungen und Aufführungen, die Vervielfältigung von Musiknoten und von Schulbüchern.

Das Nutzungsprivileg steht nur den Lehrenden und Teilnehmern der jeweiligen Veranstaltung: Vorlesung, Seminar, Übung zum Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht, auch zur Vor- und Nachbearbeitung, des Weiteren Lehrenden und Prüfenden an derselben Hochschule zu. Die Verwendung von geschützten Bildern und graphischen Darstellungen ist nur im Rahmen des Zitatrechts mit Quellenangabe erlaubt. Die Anlage eines Archivs zum Rückgriff für künftige Lehrveranstaltungen ist nicht gestattet.

Die Übernahme urheberrechtlich geschützter Werke auf Lehrplattformen im genannten Umfang ist deshalb

nur im Intranet und zur Eingrenzung des Teilnehmerkreises passwortgeschützt zulässig.

Die berechtigten Teilnehmer der Lehrveranstaltungen dürfen einzelne Beiträge für den persönlichen Gebrauch herunterladen, ausdrucken oder abspeichern.¹⁹ Sie sind aber nicht befugt, die geschützten Werke analog oder digital weiterzuverbreiten oder zum Upload öffentlich zugänglich zu machen.²⁰

5.3 Urheberrechtlicher Schutz des von den Lehrenden erarbeiteten Lehrmaterials

Urheberrechtlichen Schutz genießt das von den Lehrenden erstellte Lehrmaterial unabhängig von seiner Form. Soweit es digital zur Verfügung gestellt wird, ist ein Download der Vorlesungs- oder Übungsteilnehmer zum persönlichen Gebrauch zulässig. Es darf aber ohne Zustimmung des Berechtigten nicht weiterverbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht werden. Darauf sollten die Studierenden besonders hingewiesen werden. Die Urheber des Lehrmaterials sind nicht verpflichtet, das Lehrmaterial als frei zugängliches Material (OER) zur Verfügung zu stellen.

5.4 Verantwortung der Hochschule

Die Hochschule trägt nach § 99 UrhG die Haftung für rechtswidriges Handeln ihrer Mitglieder.²¹

Sie trägt auch außerhalb des Urheberrechts die Verantwortung für rechtswidrige Inhalte auf den Lehrplattformen als sog. Content-Anbieter.

Deshalb müssen für die verschiedenen Lehrplattformen Verantwortliche benannt werden, die proaktiv die Rechtmäßigkeit der auf der Plattform angebotenen Inhalte überprüfen.

6. Hochschulrechtliche Grundlagen des Prüfungsrechts

6.1. Anforderungen an die Einführung digitaler Prüfungen

Die Umstellung des Studienbetriebes auf digitale Formate betrifft auch die Prüfungen. Prüfungen im Präsenzbetrieb sind nach den Corona-Verordnungen entweder ganz verboten oder nur unter Einhaltung von besonderen Schutzmaßnahmen zulässig, wenn diese nicht durch Einhaltung elektronischer Informations- und Kommunikationstechnologien ersetzbar sind.²²

19 Vgl. BGH „Meilensteine der Psychologie“ - BGH, GRUR 2014, 54, Rn. 55; BGH „Elektronische Leseplätze“ - BGH GRUR 2015, 1101 ff., Rn.41; *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 52a UrhG Rn. 18; *Dreyer* in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 52a UrhG Rn. 22; *Dreier* in Dreier/Schulze, § 52a Rn. 16. Diese Grundsätze gelten auch nach der Novellierung und Übernahme des wesentlichen

Regelungsgehalts des § 52 a UrhG a. F. in § 60 a UrhG.

20 BGH Urteil v. 10.1.2019 - I ZR 267/15, Rn. 61 ff.

21 BGH Urteil v. 10.1.2019 - I ZR 267/15, Rn. 70 ff.

22 Art. 2 § 2 Abs.2 der Siebten Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg zur Änderung der Corona- Verordnung v. 2. Mai 2020.

Abgesehen von § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW, der zulässt, dass Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation abgelegt werden können, ist die Frage der Zulässigkeit digitaler Prüfungen in den Ländergesetzen bislang nicht geregelt. Die einschlägigen Regelungen beschränken sich auf Rahmenvorgaben für Mindestinhalte der von den Hochschulen zu erlassenden Studien- und Prüfungsordnungen, die für Staatsexamensstudiengänge, kirchliche und künstlerische Studiengänge sowie Lehramtsstudiengänge durch Sonderregelungen ergänzt werden. Vor allem bei den studienbegleitenden Prüfungen der Bachelor- und Masterstudiengänge ist eine Vielfalt von Prüfungsleistungen möglich, neben schriftlichen und mündlichen Prüfungen auch Vorträge oder Hausarbeiten, Semesterarbeiten, Exkursionsberichte u.a.

Das Prüfungsrecht stellt im Hinblick auf die Relevanz der Prüfungen für den Berufszugang und damit den Geltungsbereich des Art. 12 GG besondere Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes, den Bestimmtheitsgrundsatz, an die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen und Regelungen. Auf Grund des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG obliegt es dem zuständigen Normgeber, den Prüfungsstoff, das Prüfungssystem, das Prüfungsverfahren sowie die Bestehensvoraussetzungen festzulegen.²³ Hinzukommen von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze des Prüfungs-Verfahrensrechts, insbesondere die Gewährleistung der Chancengleichheit und der Bewertungsgrundsätze.

Schon die Vielfalt der Möglichkeiten studienbegleitender Prüfungen und Prüfungsleistungen in konsekutiven Prüfungen lässt eine Umstellung auf digitale Formen ohne gesetzliche Ermächtigung nicht zu. Unter diesem Aspekt ist fraglich, ob die Regelung des § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Allein mit der Eröffnung der digitalen Prüfungsform ist den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes an die Ausgestaltung der Prüfungsverfahren, der Bewertung der Prüfungsleistungen und der Prüfungsentscheidung in diesem Prüfungsverfahren nicht genüge getan.²⁴ Allenfalls aus dem systematischen Zusammenhang mit dem Anforderungskatalog

des § 64 Abs. 2 S. 1 HG NRW für die Inhalte von Prüfungsordnungen lässt sich ein hinreichend bestimmter Regelungsauftrag für die Einführung digitaler Prüfungen ableiten.

Erhebliche Zweifel bestehen, ob dieser Mangel durch die Ermächtigung des § 82 a HG NRW zu Maßnahmen zur Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie und die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnung gedeckt ist. § 82 a HG NRW hat den Charakter einer Blankettnorm, die zwar den Regelungszweck, nicht aber den Inhalt und das Ausmaß der Verordnungsermächtigung in der durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gebotenen Bestimmtheit regelt.

Gegen die Verwendung von Blankettnormen bestehen dann keine Bedenken, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.²⁵ Auch die für Hochschulprüfungen einschlägigen Bestimmungen der Rechtsverordnung genügen diesen Anforderungen nicht. § 6 dieser Verordnung enthält eine Ermächtigung zur Durchführung von Onlineprüfungen, allgemeine Vorgaben zu deren Abnahme und Durchführung, eine Ausführungsermächtigung für Hochschulsatzungen und den Hinweis auf den prüfungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. § 7 dieser Verordnung sieht vor, dass die Form der Prüfung abweichend von den Regelungen in den Prüfungsordnungen oder den Festlegungen in den Modulhandbüchern geändert werden kann. Damit wird ermöglicht, dass Hochschulen durch im Eilentscheidungsverfahren erlassene Satzungen Klausuren oder Hausarbeiten durch mündliche Prüfungen, Hausarbeiten durch Klausuren ersetzen können.²⁶

Damit werden nicht nur die hochschulinternen Entscheidungskompetenzen der Fakultätsräte und der Senate für den Erlass von Prüfungsordnungen, sondern grundlegende verfassungsrechtliche Anforderungen an den Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes in Frage gestellt.

23 BVerwG, Urteil vom 27.2.2019 - BVerwG 6 C 3.18, Rn. 15; BVerfGE 84, 34, 45. Zum Vorbehalt des Gesetzes, Wesentlichkeitsgrundsatz und zum Bestimmtheitsgrundsatz vgl. zuletzt BVerfGE 147, 253 ff., Rn. 116 ff. - Studienplatzvergabe Medizin.

24 Die Gesetzesmaterialien geben dazu keinen weiteren brauchbaren Hinweis, vgl. *Birnbaum* in BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, von Coelln/Schemmer, Stand: 1.3.2020, § 64 HG, Rn. 5.

25 BVerfG, Urteil v. 21. 9. 2016 - 2 BvL 1/15 - BVerfGE 143, 38, 54,

Rn. 60 m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 11.3.2020 - 2 BvL 5/17 -, Rn. 100 ff.

26 Verordnung zur Bewältigung der durch die Corona Virus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen (Corona-Epidemie-Hochschulverordnung) vom 15.4.2020 GV. NRW. S. 298. Text und amtliche Begründung lassen erkennen, dass die Regelungen in höchster Eile konzipiert wurden.

Die durch die Corona-Pandemie ausgelöste Notstandssituation rechtfertigt es nicht, diese Anforderungen, vor allem die Wesentlichkeitstheorie²⁷ und den Bestimmtheitsgrundsatz zu lockern. Davor haben Staatsrechtslehrer im Zusammenhang mit der Novelle des Infektionsschutzgesetzes und den darauf gestützten Rechtsverordnungen gewarnt.²⁸ Eine im Eilverfahren ergangene Entscheidung des BayVGH belegt, dass auch kein Grund besteht, die bereits weiten Auslegungsspielräume zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG für den Erlass von Rechtsverordnungen zu verlassen.²⁹

Ebenso bewegen sich die auf die allgemeinen Satzungsermächtigungen der Hochschulgesetze zum Erlass von Prüfungsordnungen gestützten Regelungen für digitale Prüfungen auf zweifelhafter Ermächtigungsgrundlage. Der Begriff der Hochschulprüfung schließt zwar digitale Prüfungen nicht aus. Deren Prüfungsabläufe, vor allem die Einhaltung prüfungsrechtlicher Grundsätze bei der Gestaltung der Abläufe von schriftlichen und mündlichen in digitaler Form, weichen so erheblich von Präsenzprüfungen ab, dass sie besonderer gesetzlicher Regelung bedürfen.

Deshalb sind die Gesetzgeber aufgerufen, unverzüglich entsprechende Ergänzungen des Prüfungsrechts zu verabschieden, die die Anforderungen an das Verfahren und die Gestaltung digitaler Prüfungen abdecken.

6.2. Überblick über anlassbezogene Ergänzungen bestehender Regelungen für digitale Hochschulprüfungen

Inzwischen haben eine Reihe von Hochschulen im Wege der Eilentscheidung ihrer Rektoren und Präsidenten auch allgemeine Rahmenregelungen für digitale Prüfungen erlassen.³⁰ Wie bei Lehrveranstaltungen ergänzen sie die bestehenden Prüfungsordnungen für Bachelor- und Masterstudiengänge. Für staatliche kirchliche, künstlerische und Lehramtsstudiengänge

gelten sie, soweit die Hochschulen dafür Regelungszuständigkeiten haben.

Die als Notmaßnahmen zur Gewährleistung des Studien- und Prüfungsbetriebs bezeichneten, für die Dauer des SS 2020 und WS 2021 befristeten Regelungen weisen eine große Bandbreite aus.

Diese reicht von pauschalen Ermächtigungen an den Studiendekan bzw. Prüfungsausschuss, im Falle der Nichtdurchführbarkeit der in der Studien- und Prüfungsordnung vorgesehenen Prüfungen Ersatzformate anzuordnen, ohne dass diese näher konkretisiert werden,³¹ über die Festlegung von Mindestanforderungen an die Gestaltung und den Ablauf von mündlichen und schriftlichen Prüfungen³² bis zu einem Regelwerk, das neben den in Frage kommenden Prüfungsarten folgende Themen umfasst: die Möglichkeit des Ersatzes und der Verschiebung, alle Phasen der Prüfungsabläufe von der Meldung und Ladung zur Prüfung, die technische Durchführung und die Anforderungen an die Gleichwertigkeit der Inhalte und die Gewährleistung der Eigenständigkeit der Prüfungsleistungen, die Bewertungsgrundsätze und die Mitteilung des Prüfungsergebnisses.³³

Eine Zusammenschau zugänglicher Satzungen verschiedener Hochschulen erlaubt folgende Feststellungen:

Im Mittelpunkt notwendiger Regelungen stehen geeignete Optionen digitaler Prüfungsformen für die einschlägigen Studiengänge. Soweit die in der Prüfungsordnung vorgesehenen Prüfungen wie sportpraktische Prüfungen, Testate in Praktika oder beim Unterricht am Krankenbett digital nicht möglich sind, werden geeignete Ersatzformen vorgesehen. Dies gilt auch für Aufsichtsarbeiten wie Prüfungsklausuren.

Angesichts der Vielfalt von Prüfungsformen ist es nicht möglich, in allgemeinen Rahmenordnungen für jeden Studiengang und jedes Prüfungsfach Detailregelungen zu erlassen. Deshalb beschränken sich diese darauf, allgemeine Ermächtigungen an die nach den Prüfungs-

27 BVerfGE 98, 218 ff., Rn. 137 ff.; BVerfGE 40, 230, 248 ff.; 49, 89, 126 f.; 95, 267, 307 f.

28 Möllers, Parlamentarische Selbstermächtigung im Zeichen des Virus, Verfassungsblog v. 26. 3. 2020 (<https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>).

29 VGH München, Beschluss v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, Rn. 41 ff.; die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bezweifelnd VGH Mannheim, VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 9. 4. 2020, 1 S 925/20, Rn. 40 ff.

30 Exemplarisch: Bayern: Satzung der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, – Corona-Satzung vom 17.4.2020; Satzung der Universität München zur Flexibilisierung von Prüfungen im SS 2020 und WS 2020/2021; Baden-Württemberg: Ergänzende Prüfungsordnung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg vom 24.4.2020, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020, S. 99 ff.; Satzung der Universität Konstanz über den Einsatz alternativer Prüfungsformen und über alternative Prüfungstermine bei infek-

tionsschutzrechtlicher Erforderlichkeit vom 22.4.2020, Amtliche Bekanntmachungen Nr.14/2020; Satzung zur Erweiterung aller Studien- und Prüfungsordnungen an der Universität Tübingen zum Umgang mit der Corona-Pandemie (Satzung für Lehre und Prüfung SoSe 2020), Amtliche Bekanntmachungen Nr. 10 –27.4.2020; NRW: Ergänzungsbestimmungen zur Übergreifenden Prüfungsordnung für alle Bachelor- und Masterstudiengänge, für den Bachelorstudiengang und für den Masterstudiengang Lehramt an Gymnasien und Gesamtschulen sowie Lehramt an Berufskollegs, der RWT Aachen, Amtliche Bekanntmachung 2020, Nr. 1.

31 Exemplarisch dafür die Regelung der Universität Erlangen und der Universität Konstanz, vgl. Fn. 30.

32 Exemplarisch die Regelung der RWT Aachen und der Universität Tübingen, vgl. Fn. 30.

33 Exemplarisch die Regelung der Universität Heidelberg, vgl. Fn. 30.

ordnungen zuständigen Organe zur Festlegung von Ersatzveranstaltungen vorzusehen, mit denen die durch die Prüfung geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten festgestellt werden können. Dabei sollten sich die Anforderungen eng an den für reguläre Prüfungen geltenden orientieren.

Neben Regelungen zum Verfahren, wie der Form von Anmeldungen zur Prüfung, liegt der weitere Schwerpunkt in der Festlegung der Anforderungen für die Durchführung der vorgeschriebenen studienbegleitenden oder Studienabschnitte abschließenden mündlichen und schriftlichen Prüfungen als elektronische Prüfungen.

Für diese gibt es eine Reihe von Handlungsoptionen wie die Nutzung von Videokonferenzen oder Videotelefonie, die entweder in verschiedenen Räumen an der Hochschule, an anderen Hochschulen oder auch zwischen dem Raum des Prüfers und eigenen Räumen der zu prüfenden Person unter Einsatz ihrer eigenen technischen Mittel durchgeführt werden können.

Voraussetzung für die Durchführung der Prüfung in elektronischer Form ist stets, dass die technischen Bedingungen eine Gleichwertigkeit mit der regulären Prüfung gewährleisten. Dies erfordert ein von der Hochschule als technisch sicher eingestuftes Produkt für die Bild- und Tonverbindung. Neben der Feststellung der Identität der Studierenden muss deshalb gesichert sein, dass die Verwendung bei der Prüfung nicht zugelassener Hilfsmittel ausgeschlossen ist und sich in den Räumen keine Personen aufhalten, deren Anwesenheit nicht in der Prüfungsordnung vorgesehen ist.

Wegen der bei elektronischer Kommunikation nicht völlig vermeidbaren Ausfallrisiken ist eine elektronische Prüfung nur zulässig, wenn die zu prüfende Person dieser Prüfungsform zustimmt. Falls eine Prüfung aus technischen Gründen unterbrochen wird, muss eine Ersatzprüfung angeboten werden. Soweit zu prüfende Personen über keine geeigneten technischen Mittel (z. B. Endgeräte oder Netzanschlüsse) verfügt, muss die Hochschule ein Ersatzangebot in ihren Räumen vorsehen.

Aufzeichnungen von Videoprüfungen sind wegen der damit verbundenen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Prüfungskandidaten entweder untersagt oder nur mit deren Zustimmung und eindeutigen Regelungen für ihre Verwendung und Löschung zulässig.

Deshalb gelten auch für Videoprüfungen die in den Prüfungsordnungen vorgesehenen Vorschriften über die Protokollierung des Prüfungsverlaufs, der Einzelnoten und der Endnoten.

Bei schriftlichen Prüfungsleistungen entstehen demgegenüber keine Probleme der Darstellung in digitaler Form, soweit diese, wie Semesterarbeiten, Seminararbeiten oder Hausarbeiten, ohne Aufsicht angefertigt werden. Hier ersetzt die digitale Form der Übermittlung die Abgabe und muss mit der üblichen Versicherung verbunden werden, dass die Arbeit eigenständig und ohne Verwendung unerlaubter Hilfsmittel angefertigt wurde.

Dagegen sind die für reguläre Prüfungen geltenden Anforderungen an schriftliche Aufsichtsarbeiten in digitaler Form praktisch nicht gleichwertig zu erfüllen. Dies gilt auch für sog. elektronische Klausuren. Bei diesen kann zwar die Gleichheit der Aufgabenstellung und Bearbeitungszeit, dagegen nur mit erheblichem Aufwand die Aufsicht gesichert werden. Soweit die Abweichung von den Standards regulärer Aufsichtsarbeiten nicht als Notlösung gestattet wird, müssen schriftliche Aufsichtsarbeiten deshalb während der Sperre des Zugangs in der Hochschule entweder verschoben oder durch geeignete häusliche Arbeiten ersetzt werden.

III. Rechtsfragen digitaler Gremiensitzungen

1. Hochschulverfassungsrechtliche Fragen

Neben dem Lehrbetrieb und der Nutzung der Einrichtungen ist die Arbeit der Gremien der Hochschulen von den Zugangs- und Kontaktbeschränkungen am meisten betroffen. Obwohl zu ihren zentralen Zuständigkeiten die Vorschläge und die Beschlussfassung über die Satzungen für Hochschulprüfungen, die Grundordnung und sonstigen Grundsatzfragen von Forschung und Lehre gehört, konnten die aus Anlass der Corona-Maßnahmen erlassenen Satzungen nicht im regulären Verfahren der Satzungsänderungen durch die Fakultätsräte und Senate verabschiedet werden. Sie beruhen in der Regel auf Eilentscheidungen der Rektoren und Präsidenten der Hochschulen. Neben den Ergänzungen der Prüfungsordnungen betrifft dies auch Geschäftsordnungen der zentralen Gremien Senat und Hochschulrat sowie der Fakultätsräte. Mit der Wahrnehmung dieser Funktionen tritt faktisch eine Übertragung von Aufgaben von Gremien der Hochschule oder der Fakultäten auf die Hochschulleitungen ein, die nach den Hochschulgesetzen nach den Vorschriften über die Aufsichtsmittel nur für den Fall der Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Hochschule vorgesehen ist.

Hochschulverfassungsrechtlich ist dies nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben für eine mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbare Hochschulorganisation vereinbar. In den jüngsten Entscheidungen hat

das Bundesverfassungsgericht für eine verfassungskonforme Regelung der Entscheidungskompetenzen zwischen Leitungsorganen und Selbstverwaltungsgremien verlangt, dass in wissenschaftsrelevanten Fragen der Einfluss der Grundrechtsträger durch maßgebliche Mitwirkung in den Selbstverwaltungsorganen gesichert oder im Falle der Übertragung auf Leitungsorgane durch den maßgeblichen Einfluss der Selbstverwaltungsorgane auf das Wahlverfahren und die Möglichkeit einer Abwahl kompensiert werden muss.³⁴

Eine Einschränkung dieser Grundsätze kann allenfalls beschränkt auf den Fall drohender Funktionsunfähigkeit der Hochschule gerechtfertigt werden. Dies ergibt sich aus der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs.3 GG abgeleiteten Pflicht des Staates, für die Funktionsfähigkeit der Hochschule Sorge zu tragen.³⁵ Im Hinblick auf die gravierenden Auswirkungen für die Beteiligung der Grundrechtsträger an den Entscheidungen der Hochschule bedarf es dafür aber einer gesetzlichen, auf den Notstand beschränkten Regelung.

Die bestehenden aufsichtsrechtlichen Regelungen zielen auf den Fall, dass die Gefährdungen der Funktionsfähigkeit des Hochschulbetriebs durch Störungen im Inneren der Hochschule ausgelöst und von den zuständigen Organen nicht mehr bewältigt werden können. Sie sind deshalb auf den Fall der äußeren Bedrohung der Funktionsfähigkeit der Hochschule durch eine Pandemie nicht übertragbar.

2. Anforderungen an die Einführung virtueller Gremiensitzungen - Notwendigkeit gesetzlicher Regelung

Auch die Ersetzung von Gremiensitzungen in physischer Präsenz ihrer Mitglieder durch virtuelle Gremiensitzungen greift nachhaltig in deren Funktionsweise ein. Sie ist nur zulässig, wenn die hochschulverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Mitwirkung ihrer Mitglieder in digitalen Formaten gesichert werden können. Die Durchführung von Gremiensitzungen in Form von Videokonferenzen oder ihre Ersetzung durch Umlaufverfahren erfüllt diese Voraussetzungen nur, wenn die Teilhabe und der Einfluss auf die Willensbildung durch die Gestaltung bei der Vorbereitung, dem Zugang, der

Erörterung der Entscheidungsgegenstände, dem Abstimmungsverfahren, der Stimmabgabe der Abstimmung und der Feststellung und Protokollierung der Abstimmungsergebnisse gewährleistet werden kann.

Der verfassungsrechtliche Auftrag an den Staat, für eine funktionsfähige Hochschulorganisation zu sorgen, gebietet es, diese Anforderungen an die Ersetzung physischer durch virtuelle Gremiensitzungen gesetzlich zu regeln. Sie kann nicht Organisationsstatuten überlassen werden.

Die Notwendigkeit gesetzlichen Handelns wird auch im privaten Verbandsrecht und im Kommunalrecht und öffentlichen Verbandsrecht überwiegend bejaht.³⁶ Die bestehende Satzungsautonomie wird als nicht ausreichend angesehen.

Im Zuge der Corona-Gesetzgebung wurde im Aktienrecht deshalb nach vorausgegangener Einführung digitaler Stimmabgabe und virtueller Aufsichtsratssitzungen die Möglichkeit virtueller Hauptversammlungen geschaffen.³⁷ Demnach kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft nunmehr entscheiden, eine digitale Hauptversammlung durchzuführen, auch wenn die Satzung der Gesellschaft ihn hierzu bisher nicht ermächtigt. Der Beschluss des Vorstands hierüber bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats.

Damit die Rechte der Hauptversammlung als eines der drei zentralen Organe der Aktiengesellschaft gewahrt bleiben, müssen bei deren online Durchführung einige Vorgaben beachtet werden:

- Die gesamte Versammlung ist in Bild und Ton zu übertragen.
- Die Ausübung der Stimmrechte muss ermöglicht werden. Entweder über eine Vollmachtserteilung oder in elektronischer Form (Briefwahl oder elektronische Teilnahme).
- Das Fragerecht der Aktionäre muss auf elektronischem Wege ermöglicht werden. Hier kann der Vorstand verlangen, dass Fragen zwei Tage vor der Hauptversammlung elektronisch eingereicht werden müssen.

34 Vgl. BVerfGE 136, 338 ff., 359 - MHH; BVerfGE 127, 87, 113, 117 - Hamburger Dekanatsbeschluss; VerfGH BW – Urteil v. 14. 11. 2016, 1VB 16/15, juris; dazu *Goerlich-Sandberger*, Zurück zur Professoren-Universität - Neue Leitungsstrukturen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, DVBl. 2017, 667 ff., 669 ff. m.w.N; *Mager*, Das Verhältnis von Steuerung, Freiheit und Partizipation in der Hochschulorganisation aus verfassungsrechtlicher Sicht, OdW 2019, 1 ff.

35 BVerfGE 35, 79, 115; 111, 333, 353; 127, 87, 114 ff.; 136, 338, 362 ff., Rn.55 ff.

36 Vgl. dazu *Noack*, Mitgliederversammlung bei Großvereinen und digitale Teilhabe, NJW 2018, 1345 ff; *Simons*, Die Online-

Abstimmung in der Hauptversammlung, NZG 2017, 567; *Vetter/Tielmann*, Unternehmensrechtliche Gesetzesänderungen in Zeiten von Corona, NJW 2020, 1175; *Teichmann*, Digitalisierung und Gesellschaftsrecht, ZfPW 2019, 247. Zur Frage der Zulässigkeit digitaler Parlamentsitzungen vgl. *Carolin Hagenah*, Das Corona-Virus und das Parlament – Die Stunde der Digitalisierung?, JuWissBlog Nr. 37/2020 v. 26. 3. 2020, <https://www.juwiss.de/37-2020/>

37 Vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl. I, S. 569 ff., 570 ff.

- Aktionäre, die ihr Stimmrecht ausgeübt haben, müssen auch die Möglichkeit haben, Widersprüche gegen Beschlüsse zu erklären.

3. Überblick über anlassbezogene Satzungsregelungen für virtuelle Gremienentscheidungen

3.1 Bestehende Rechtsgrundlagen für virtuelle Gremienentscheidungen

Eine gesetzliche Ermächtigung zur Einführung virtueller Gremienentscheidungen sieht nur der für Maßnahmen zur Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie erlassene § 82 a HG NRW vor. Neben dem Erlass von Regelungen zur Lehre und zu Prüfungen ermächtigt er dazu, im Verordnungsweg Verfahrensgrundsätze hinsichtlich der Sitzungen und der Beschlüsse sowie der Amtszeit der Gremien der Hochschule in Abweichung zu den bestehenden gesetzlichen Regelungen zu erlassen. Nach § 5 Abs. 1 der Corona-Epidemie-Hochschulverordnung können Gremien Beschlüsse im Umlaufverfahren fassen. Soweit die Öffentlichkeit für Gremiensitzungen vorgeschrieben ist, soll die Öffentlichkeit über die Ergebnisse der Beschlüsse informiert werden. Nach § 5 Abs. 2 der VO entscheidet die oder der Vorsitzende des Gremiums, ob eine Sitzung des Gremiums ohne physische Präsenz seiner Mitglieder als virtuelle Sitzung in elektronischer Kommunikation stattfindet oder Beschlüsse im Umlaufverfahren oder in elektronischer Kommunikation gefasst werden. Gleiches gilt nach Abs. 4 für Beschlüsse des Rektorates, des Hochschulrates und des Dekanats. Als zusätzliche Option wird die Möglichkeit der Beschlussfassung in einer Telefonkonferenz eingeführt.

Weder das Gesetz noch die VO sehen jedoch verfahrensrechtliche Regelungen zur Sicherung der Ordnungsmäßigkeit der Einladung, des Zugangs, zur Gewährleistung der Erörterung, ordnungsgemäßer Stimmabgabe und Beschlussfassung und Anforderungen an die Sicherheit der gewählten Kommunikationssysteme vor.

3. 2 Anlassbezogene Änderungen bestehender Geschäftsordnungen

Mit Ausnahme der Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen beruhen die aus Anlass der durch die Corona-Verordnungen verfügten Zugangsbeschränkungen erlassenen Änderungen bestehender Satzungen auf den allgemeinen gesetzlichen Satzungsermächtigungen zur Regelung der Verfahrensangelegenheiten der Hochschulgremien.³⁸ Deren Regelungsgehalt bezieht sich auf die Vorschriften über die Zusammensetzung, die Zuständigkeiten und Verfahren. Sie sind auf die Durchführung der Sitzungen in physischer Präsenz ausgerichtet. Da diese bei virtuellen Sitzungen nur mit zusätzlichen Verfahrensgarantien gewährleistet werden, bestehen deshalb gemessen an den Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes bei Regelung grundrechtsrelevanter Sachverhalte³⁹ und an die Bestimmtheit erhebliche Zweifel, ob diese Satzungsermächtigungen für die Einführung virtueller Gremiensitzungen ausreichen.

Auch in dieser Frage vermittelt ein Überblick über die zugänglichen, aus Anlass der Corona Krise erfolgten Ergänzungen der Geschäftsordnungen der Hochschulen ein unterschiedliches Bild an Regelungsdichte und Regelungsinhalten.⁴⁰ Die meisten Satzungsregelungen überlassen die Entscheidung der Ersetzung regulärer Gremiensitzungen durch virtuelle Gremiensitzungen oder die Abstimmung im Umlaufverfahren den jeweiligen Vorsitzenden der Gremien. Teilweise wird der Ausnahmeharakter an eine konkret erforderliche Feststellung der Undurchführbarkeit im regulären Verfahren gebunden.⁴¹

Dabei muss die gewählte Form der virtuellen Gremiensitzung eine einer Präsenzsitzung vergleichbare und gemeinsame Willensbildung der Mitglieder des Gremiums ermöglichen. Exemplarisch für notwendige und hinreichende Anforderungen an virtuelle Gremiensitzungen kann auf die Regelungen der Universität Heidelberg verwiesen werden:⁴² Soweit die Einberufung zu ei-

38 Z. B. Art. 13, 40, 41 BayHG; §§ 8 Abs. 5, 10 Abs. 8 LHG BW; § 15 NHG; § 3 ThürHG.

39 BVerfGE 98, 218 ff., 241, Rn.137 ff.; BVerfGE 40, 237, 248 ff.; 49, 89, 126 f.; 95, 267, 307 f.

40 Z.B. Erste Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Albert Ludwigs-Universität Freiburg (Verfahrensordnung – VerfO), Amtliche Bekanntmachungen 2020, S. 157 f.; Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020; Fünfte Änderung der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Carl von Ossietzky-Universität Oldenburg vom 29.4.2020, Amtliche Mitteilungen 20/2020.

41 Z. B. Art. 17 a der Änderung der Satzung der Universität Stuttgart zur Regelung des Verfahrens des Senats und seiner Ausschüsse

(Geschäftsordnung) vom 9.4.2020, Amtliche Bekanntmachung Nr. 26/2020; Art.7 der Grundordnung der Georg-August-Universität Göttingen, Amtliche Mitteilungen I der Georg-August-Universität Göttingen vom 28.4.2020/Nr. 20, S. 373; § 9 a der Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020; für Geschäftsordnungen der Hochschulleitung vgl. § 9 der Geschäftsordnung des Rektorats der Universität Konstanz vom 15.4.2020, Amtliche Bekanntmachung Nr. 12/2020.

42 § 9 a der Satzung zur Änderung der Verfahrensordnung der Universität Heidelberg, Mitteilungsblatt Nr. 02 / 2020 v. 27.4.2020, S. 93 ff.

ner Video- oder Telefonkonferenz vorgesehen ist, sind besondere Vorkehrungen zur Einberufung, Übermittlung von Sitzungsunterlagen, Anmeldung und Gewährleistung des Zugangs zu gewährleisten.

Dies bedingt die Auswahl sicherer Kommunikationssysteme, die Gewährleistung und Versicherung ihrer Funktionsfähigkeit, die Verfügbarkeit entsprechender technischer Zugänge für alle Mitglieder des Gremiums und deren Einweisung in die Handhabung.

Zu Beginn der Sitzung hat die oder der Vorsitzende festzustellen, ob die angemeldeten Mitglieder auch in das System eingeloggt sind und die Kommunikation funktioniert.

Die Teilnehmer müssen darauf hingewiesen werden, dass die Video- oder Telefonkonferenz nicht durch unbefugte Dritte verfolgt und nicht mitgeschnitten werden darf.

Um eine gemeinsame Willensbildung zu ermöglichen, muss ein den Präsenzsitzungen vergleichbarer Austausch der Meinungen zu den jeweiligen Tagesordnungspunkten durch entsprechende Moderation der oder des Vorsitzenden gewährleistet werden.

Vor einer Abstimmung muss sich die oder der Vorsitzende durch eine Abfrage bei allen Teilnehmenden, vergewissern, dass die Beschlussfähigkeit weiterhin vorliegt. Die Abstimmung hat so zu erfolgen, dass das Abstimmungsergebnis zweifelsfrei feststellbar ist.

Bei Beschlussunfähigkeit aufgrund des Abrisses von Verbindungen ist eine angemessene Unterbrechung der Sitzung festzulegen, damit sich die Teilnehmer wieder mit dem System verbinden können. Kann die Beschlussfähigkeit aufgrund eines Abrisses von Verbindungen nicht wieder hergestellt werden, entscheidet die oder der Vorsitzende, ob die Telefon- oder Videokonferenz vorzeitig abgebrochen und zu einem späteren Zeitpunkt als Telefon- oder Videokonferenz, gegebenenfalls mit einem anderen System, wiederholt wird.

Bei geheimen Abstimmungen (Personalentscheidungen und Angelegenheiten, in denen eine geheime Abstimmung beantragt wurde) ist die Beschlussfassung in einem schriftlichen oder elektronischen Verfahren herbeizuführen, in welchem eine geheime Stimmabgabe durch die stimmberechtigten Mitglieder gewährleistet ist.

Das Sitzungsprotokoll hat neben der Zusammenfassung des Verlaufs und des Ergebnisses der Abstimmung auch eine von den Teilnehmern anzufordernde schriftliche oder elektronische Bestätigung vorzusehen.

IV. Verfügbare Formate für digitalen Unterricht, Prüfungen und Gremiensitzungen - Datenschutzrechtliche Fragen.

1. Überblick über bestehende, aus Anlass der Corona-Krise verstärkte Infrastruktur

Im Zuge der Umstellung auf den Online-Betrieb haben die Rechenzentren/Zentren für Datenverarbeitung der Hochschulen in Kooperation mit anderen wissenschaftlichen Rechenzentren ihr Infrastrukturangebot erheblich erweitert. Es umfasst ausführliche Anleitungen, Instrumente, Anwendungssoftware und elektronische Plattformen zur Erstellung digitaler Lehrformate und Kommunikationssysteme zur Durchführung in den verschiedenen Formen synchroner Präsentation wie Videokonferenzen und Livestreaming, asynchroner Nutzung von Videoaufzeichnungen (Video on Demand) und Abruf von Materialien aus Lehrplattformen. Ergänzend zu frei verfügbaren Systemen werden auch für kommerzielle Videokonferenzdienste nach vorheriger Abstimmung Zugänge bzw. Lizenzen vermittelt. Zum Zugriff von Heimarbeitsplätzen auf das Hochschulnetz und den dort verfügbaren Angeboten wurde das für Lehrende und Studierende in allen Hochschulen verfügbare passwortgeschütztes Zugangssystem (VPN) zur Bewältigung der mit dem Online-Betrieb verbundenen Anforderungen ausgebaut.

Für die E-Learning Angebote steht für Lehrende und Studierende eine Reihe von Lehrplattformen bereit. Im weitesten verbreitet ist die Lehrplattform Ilias. Studierende finden hier Materialien für ihre Veranstaltungen. Lehrenden bietet ILIAS effektive Verwaltungs-, Kommunikations- und Kooperationswerkzeuge. Für digitale Kurse wird die Lehrplattform Moodle eingesetzt.

Die Auswahl und Belegung der Lehrveranstaltungen, Anmeldung zur Prüfung und Einsicht in Prüfungsleistungen erfolgt wie im regulären Studienbetrieb über elektronische Managementsysteme.

2. Datenschutzrechtliche Fragen

2.1. Bestehende Vorgaben des Hochschuldatenschutzrechtes

Zentrale und dezentrale E-Learning-Verfahren, digitale Lehr-, Lern- und Prüfungsverfahren werfen zusätzliche datenschutzrechtliche Fragen auf, die in den bestehenden hochschulrechtlichen Sonderregelungen für den

Datenschutz nicht oder nur unzureichend erfasst sind. Schwerpunkt des Bereichsdatenschutzes in Hochschulgesetzen ist die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der Studierenden- und Prüfungsverwaltung, einschließlich der Studienverlaufstatistik, die Datenverarbeitung für Zwecke der Qualitätssicherung und Kontaktpflege, zur Erstellung von Namens- und Telefonverzeichnissen und die Erfassung der Nutzung von Einrichtungen durch elektronische Ausweiskarten.

Diese Zweckbestimmung deckt auch die Erfassung personenbezogener Daten für die Belegung von Lehrveranstaltungen und Anmeldung zu Prüfungen. Die Nutzung für weitere Zwecke ist nach dem Datenschutzrecht der DS-GVO und der von ihr geöffneten Möglichkeiten ergänzender mitgliedschaftsrechtlicher Regelungen aber nur zulässig, wenn sie entweder von einer Einwilligung des Betroffenen oder einer Rechtsvorschrift gedeckt sind.

Dabei gilt nach Art. 5 DS-GVO der Grundsatz der Datenminimierung (Erforderlichkeit), der Zweckbindung, der Transparenz, der nach Art. 13 DS-GVO in einem Katalog von Informationspflichten zusammengefasst wird. Diese beziehen sich auf die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, den Verarbeitungszweck, die Bezeichnung der Empfänger übermittelter Daten, die Dauer der Speicherung, die Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Datenübertragbarkeit und bei bestimmten Verarbeitungszwecken auch das Widerspruchsrecht. Hinzutreten nach Art. 25 DS-GVO Pflichten des technischen Datenschutzes und der Datensicherheit, nach Art. 24 und 37 die Bestellung von Datenschutzverantwortlichen und Datenschutzbeauftragten, nach Art. 30 die Führung eines Verarbeitungsregisters und nach Art. 35 die Vornahme einer Datenschutzfolgenabschätzung.

Gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung personenbezogener Daten an Hochschulen ist insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit c und e i. V. mit Abs. 2 und 3 DS-GVO, der im Anwendungsbereich der Datenverarbeitung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben als öffentliche Einrichtungen von den zuständigen Landesgesetzgebern die Festlegung des Verarbeitungszwecks, die Beschränkung der Datenverarbeitung auf die Erforderlichkeit für die Erfüllung der Aufgaben, sowie ergänzende Angaben zur Spezifizierung der Daten, ihrer Zweckbindung, Verarbeitung, zur Weitergabe an Dritte, zur Dauer ihrer Speicherung, Verschlüsselung und technischen Sicherung verlangt.

Die Landesdatenschutzgesetze sind diesen Vorgaben zwar durch für alle Landeseinrichtungen geltende allgemeinen Vorschriften über Ausnahmen von der Zweckbestimmung, über die Übermittlung personenbezogener Daten, Ergänzungen zu den Rechten der Betroffenen und zur Sicherstellung des Datenschutzes nachgekommen, jedoch ist die Anpassung der hochschuldatenschutzrechtlichen Vorschriften bisher nur in wenigen Bundesländern erfolgt.

Auch datenschutzrechtlich sind die Hochschulen damit auf den digitalen Lehrbetrieb praktisch nicht vorbereitet.

2.2. Folgerungen für digitale Lehrformate

Die für das Präsenzstudium maßgeblichen datenschutzrechtlichen Regelungen und Anforderungen gelten auch für digitale Formate. Auf Lehrplattformen angebotene digitale Lehrveranstaltungsangebote von Hochschulen im Rahmen des Studiums sind keine dem Telemediengesetz unterfallenden elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste.

Fraglich ist schon, ob sie unter den für die Anwendung des TMG maßgeblichen Begriff der Telemedien fallen. In jedem Fall fehlt es an der nach §§ 1, 2 S. 2 Nr. 5 TMG erforderlichen Voraussetzung einer kommerziellen, also entgeltlichen Kommunikation. Diese Voraussetzung ist für Lehrangebote staatlicher Hochschulen im grundständigen Studium nicht erfüllt.⁴³

Deshalb richten sich die datenschutzrechtlichen Anforderungen auch nicht nach den für die Erfassung von Bestands- und Nutzerdaten maßgeblichen Vorschriften der §§ 13 und 14 TMG, sondern nach der DS-GVO und den ergänzenden Regelungen durch die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze.

Vor Nutzungsbeginn der für die elektronische Kommunikation eingesetzten Systeme müssen diese von den für ihren Betrieb verantwortlichen Stellen die Einhaltung des technischen Datenschutzes überprüfen und organisatorische Anweisungen für die Einhaltung des Datenschutzes für die Nutzer der Systeme bereitstellen. Soweit kommerzielle Systeme eingesetzt werden, müssen diese den Vorschriften für die technischen und organisatorischen Anforderungen des Datenschutzes entsprechen, dies ist vertraglich mit dem in Art. 28 DS-GVO geforderten Inhalt zum Schutz der personenbezogenen Daten der Nutzer zu vereinbaren.

Betriebsdaten wie Name, Anschrift, Matrikelnummer, Studienfach, Studiensemester oder E-Mail-Adresse

43 So Hansen und Hateh, Datenschutz beim E-Learning - Zum Verhältnis von Kontrolle und Vertrauen in der Informationsgesellschaft, Darmstadt 2014. Dabei kann offenbleiben, ob bei

entgeltlichen Weiterbildungsangeboten eine andere Beurteilung angebracht ist.

dürfen nur verarbeitet werden, soweit sie für die Registrierung oder für die Nutzung von E-Learning-Verfahren erforderlich sind. Gleiches gilt für Identifikationsdaten soweit sie mit personenbezogenen Daten wie Namen oder E-Mail-Adressen verbunden sind.

Personenbezogene Daten eines Nutzers oder einer Nutzerin wie Merkmale zur Identifikation des Nutzers oder der Nutzerin mit Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung oder Angaben über die einzelnen von Nutzer oder Nutzerin benutzten E-Learning-Verfahren dürfen nur verarbeitet werden, wenn sie Gegenstand eines in einer Prüfungsordnung geforderten Leistungsnachweises sind, zum Beispiel für ECTS – Leistungspunkte. Zulässig sind sog. Download-Protokolle. Unzulässig ist deshalb eine laufende Verhaltenskontrolle.

Gleiches gilt für Kommunikationsinhalte der Studierenden wie mündliche oder schriftliche Äußerungen.

Die Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen und zeitgleiche oder zeitversetzte Übertragung in E-Learning-Verfahren bedarf der schriftlichen Einwilligung der von der Aufzeichnung und Übertragung betroffenen Personen. Die Nutzung muss auf die zugelassenen Teilnehmer beschränkt werden.

Videoaufzeichnungen von Prüfungen sind nur dann zulässig, wenn sie zur Dokumentation des Prüfungsverlaufs nicht durch andere Formen der Dokumentation ersetzt werden können. Nutzerdaten sind zu löschen oder zu anonymisieren, sobald sie für die Zwecke, für die sie erhoben werden, nicht mehr zugänglich sind.

Die Einführung digitaler Lehr- und Prüfungsformate ist mit einem erhöhten Gefährdungspotentials für den Datenschutz verbunden. Das gesetzliche Datenschutzrecht für das Präsenzstudium ist lückenhaft und deshalb als Maßstab für die Übertragung auf digitale Lehrinhalte nur beschränkt verwertbar. Rechtssicherheit ist deshalb nur mit einer umfassenden, den Anforderungen des Art. 13 DS-GVO entsprechenden Datenschutzaufklärung als Grundlage einer Einwilligung der Betroffenen erreichbar, die im Zusammenhang mit dem Zugang zu dem digitalen Lehrangebot eingeholt werden muss.

V. Fazit

Die durch die Corona-Verordnungen erzwungene Einführung digitaler Lehrveranstaltungen, Prüfungen und

Gremiensitzungen wirft zahlreiche, bisher nicht geklärte Rechtsfragen auf.

Trotz einer schon vor Jahren begonnenen Diskussion über die Relevanz der Digitalisierung für die Lehre, trotz der Einrichtung eigener Forschungseinrichtungen für Wissensmedien, trotz entsprechender Empfehlungen der Kultusministerkonferenz und des Wissenschaftsrates waren die Hochschulen nur in vereinzelt Fällen auf die durch die Corona-Verordnungen gebotene Umstellung auf den digitalen Lehr-, Prüfungs- und Gremienbetrieb vorbereitet. Gleiches gilt für die Hochschulgesetzgebungen, die bis auf wenige Ausnahmen zu wesentlichen Fragen keine Regelungen enthalten.

Die Hochschulen waren deshalb gezwungen, zu Beginn des Sommersemesters in Eilverfahren Regelungen zu erlassen, um den Hochschulbetrieb im Bereich der Lehre, Prüfungen und Gremien aufrechtzuerhalten.

Diese Satzungsregelungen entbehren weitgehend der notwendigen gesetzlichen Rechtsgrundlagen und den dafür geltenden Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz.

Insoweit besteht dringender gesetzlicher Handlungsbedarf, dieses zeitlich auf die Dauer der Pandemiebeschränkungen befristete Regelwerk abzusichern und für die zur Aufrechterhaltung des Hochschulbetriebs eingeführten digitalen Lehrveranstaltungen, Prüfungen und Gremiensitzungen tragfähige Rechtsgrundlagen zu schaffen.

Zu Recht wird in der öffentlichen Diskussion betont, dass die Krise Herausforderungen und Chancen für Innovationen im Hochschulbereich bietet. Dies gilt nicht nur für die Hochschullehre, sondern auch für die Hochschulgesetzgebung.

Digitale Lehrformate können allerdings im Interesse des wissenschaftlichen Diskurses zwischen Lehrenden und Lernenden zumindest in den grundständigen Studiengängen die Präsenzveranstaltungen nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen.⁴⁴ Die fachlichen und didaktischen Anforderungen und Erfahrungen mit digitalen Lehrformaten können aber auch den Präsenzveranstaltungen zugutekommen. Auch digitale Gremiensitzungen stellen eine Notlösung und nicht die Zukunft dar.

Es ist aber verfehlt und nicht situationsangemessen, in den aus der Not geborenen Maßnahmen den Testfall für die künftige Umstellung der Lehre, Prüfungen und

44 In diesem Sinne sind auch die Empfehlungen der KMK zur Digitalisierung in der Hochschullehre v. 14. 3. 2019 zu verstehen.

Gremiensitzungen, also wesentlicher Teile der Aufgaben und Willensbildung der Hochschulen, auf einen Online-Betrieb zu beschwören.⁴⁵

Professor Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger war von 1979 bis 2003 Kanzler der Eberhard Karls Universität Tübingen und ist Honorarprofessor an deren Juristischer Fakultät.

45 So die Ausführungen von *Mathias Fuchs*, Im Rausch der Online-Lehre, FAZ v. 6.5.2020, Seite N 4 Forschung und Lehre und *Markus Steinmayr*, Die Schule der Abwesenheit, Das digitale Sommersemester ist ein Probelauf für die Hochschule der Zukunft, FAZ v. 13.5.2020, Seite N 4.

Manfred Löwisch/Jonathan Tim Jocher

Die subjektive Seite wissenschaftlichen Fehlverhaltens

I. Verschuldensvoraussetzung in den einschlägigen Regelwerken

1. Kodex der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Am 1. 8. 2019 ist der neue Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“ der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) in Kraft getreten.¹ Die Leitlinie 19 betrifft das Verfahren in Verdachtsfällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens. Danach erwartet die DFG von Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen, dass sie Verfahren zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten etablieren und auf Basis einer hinreichenden Rechtsgrundlage entsprechende Regelwerke erlassen. Die zu etablierenden Regelwerke sollen insbesondere Definitionen von Tatbeständen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, Verfahrensvorschriften und Maßnahmen bei Feststellung eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens umfassen.

In den Erläuterungen zur Leitlinie 19 stellt die DFG fest, dass nicht jeder Verstoß gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis ein wissenschaftliches Fehlverhalten darstellt. Als wissenschaftliches Fehlverhalten kommen danach „nur solche *vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstöße* in Betracht, die in einem Regelwerk niedergelegt sind“. Als Tatbestände wissenschaftlichen Fehlverhaltens gälten insbesondere die Erfindung und Verfälschung von Daten und das Plagiat. Nach den Erläuterungen haben die Regelwerke verschiedene Maßnahmen aufzuzeigen, die *in Abhängigkeit vom Schweregrad* des nachgewiesenen wissenschaftlichen Fehlverhaltens anzuwenden sind.

Für sich selbst hat die DFG den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten in einer eigenen Verfahrensordnung geregelt.² Die Ordnung beschreibt in einem ausführlichen Katalog³ die möglichen Fälle vorsätzlichen

und grob fahrlässigen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, regelt das Verfahren zur Feststellung von Verstößen und legt die Maßnahmen fest, welche der Hauptausschuss bei festgestelltem Fehlverhalten beschließt. Diese Maßnahmen reichen je nach Art und Schwere des Verstoßes von einer schriftlichen Rüge über den zeitweisen Ausschluss von der Antragsberechtigung und die Rücknahme von Förderentscheidungen bis hin zur Aufforderung, die inkriminierte Veröffentlichung zurückzuziehen oder falsche Daten zu berichtigen. Auch kann die Nichtinanspruchnahme als Gutachter, der Ausschluss aus Gremien der DFG und die Aberkennung des Wahlrechts für die Gremien der DFG beschlossen werden.

2. Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen

a. Hochschulen

Auch die Hochschulen grenzen das wissenschaftliche Fehlverhalten auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten ein. So bestimmt etwa § 9 der Grundsätze der Medizinischen Hochschule Hannover zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, dass wissenschaftliches Fehlverhalten vorliegt, wenn in einem wissenschaftlichen Zusammenhang die erforderliche Sorgfalt *vorsätzlich oder grob fahrlässig* verletzt wird, indem z.B. Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderer beeinträchtigt wird.⁴ Dieselbe Formulierung verwenden auch § 4 der Richtlinien der Ludwig-Maximilians-Universität München zur Selbstkontrolle in der Wissenschaft⁵ und § 1 der Satzung der Universität Heidelberg zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und zum Umgang mit Fehlverhalten in der Wissenschaft.⁶

1 Zu ihm *Riescher/Haas*, Verbindlich und kompakt. Der neue DFG-Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“, OdW 2020, 33ff.

2 Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten vom 26. 10. 2001, geändert durch Beschlüsse des Hauptausschusses vom 5. 7. 2011, 30. 6. 2015, 3. 7. 2018 und 2. 7. 2019.

3 Zu diesem unten unter III 1.

4 Grundsätze der Medizinischen Hochschule Hannover zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis und Verfahrensregeln für

den Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten vom 10. 2. 1999 mit Aktualisierungen vom 10. 9. 2008, 12. 10. 2011 und vom 18. 10. 2017, herausgegeben vom Präsidenten der Medizinischen Hochschule Hannover.

5 https://www.uni-muenchen.de/einrichtungen/orga_lmhu/beauftragte/selbstkontrolle/Wiss-Fehlverhalten-r00.pdf.

6 https://backend-484.uni-heidelberg.de/sites/default/files/2019-01/sicherung_guter_wissenschaftlicher_praxis.pdf.

Auch soweit die Regelwerke der Hochschulen, wie etwa das der Universität Freiburg⁷, keine ausdrückliche Eingrenzung auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten enthalten, müssen sie doch im Sinne einer solchen Eingrenzung verstanden werden. Dass diese Hochschulen einen von den Grundsätzen der DFG abweichenden Sonderweg beschreiten wollen, liegt fern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie sich, wie das auf die Regelung der Universität Freiburg zutrifft, für die Definition des wissenschaftlichen Fehlverhaltens auf Regelungen beziehen, welche diese Eingrenzung enthalten.⁸

b. Forschungseinrichtungen

Die Max-Planck-Gesellschaft hat in einer Anlage zu ihrer Verfahrensordnung bei Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten einen Katalog von Verhaltensweisen aufgestellt, die als wissenschaftliches Fehlverhalten anzusehen sind. Diesem Katalog vorgeschaltet ist eine Definition: Wissenschaftliches Fehlverhalten liegt danach vor, „wenn in einem wissenschaftserheblichen Zusammenhang *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder sonst wie deren Forschungstätigkeit beeinträchtigt wird.“⁹

Auch nach § 7 der Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis des Karlsruher Instituts für Technologie (KIT)¹⁰ liegt wissenschaftliches Fehlverhalten vor, wenn in einem wissenschaftserheblichen Zusammenhang *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderer auf andere Weise beeinträchtigt wird.

Die Fraunhofer-Gesellschaft erklärt in ihren Regeln zum Umgang bei wissenschaftlichem Fehlverhalten, ein solches liege z.B. vor, wenn während des wissenschaftli-

chen Arbeitens *bewusst oder grob fahrlässig* Falschangaben gemacht werden, sachlich nicht gerechtfertigte Einflussnahmen von außen zu Änderungen von Ergebnissen führen, geistiges Eigentum anderer verletzt oder die Forschungstätigkeit anderweit beeinträchtigt wird.¹¹

Die Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis der Helmholtz-Zentren definieren in Punkt 9 wissenschaftliches Fehlverhalten. Auch hier wird Bezug auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit genommen.¹²

3. Sonderbereich Promotionsordnungen

Die Standards guter wissenschaftlicher Praxis gelten für die Arbeit an einer Dissertation in gleicher Weise wie für jede wissenschaftliche Arbeit. Vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße bei einer solchen Arbeit stellen deshalb ein wissenschaftliches Fehlverhalten dar, das denselben Sanktionen unterliegt wie jedes andere wissenschaftliche Fehlverhalten.

Hiervon zu unterscheiden ist als Folge wissenschaftlichen Fehlverhaltens die *Entziehung des Doktorgrades*, der mit Hilfe wissenschaftlichen Fehlverhaltens erworben worden ist. Dies betrifft die Frage nach Maßnahmen und Folgen des wissenschaftlichen Fehlverhaltens. Die Bundesländer unterscheiden sich hier: Eine Reihe von ihnen wendet in der Sache nach wie vor § 4 Abs. 1 Satz 1 lit.a Fall 1 des inzwischen aufgehobenen Gesetzes über die Führung akademischer Grade vom 7. 6. 1939¹³ an. Danach ist der Doktorgrad dann zu entziehen, „wenn sich nachträglich herausstellt, dass er durch Täuschung erworben“ worden ist. Zum Tatbestand der Täuschung gehört hier wie sonst auch ein *Täuschungsvorsatz*: Dem Täuschenden muss bewusst sein dass er bei dem Getäuschten einen Irrtum hervorruft, oder er muss jedenfalls billigend in Kauf nehmen, dass das geschieht.¹⁴

7 Ordnung der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg zur Sicherung der Redlichkeit in der Wissenschaft vom 10. 6. 2011 (Amtl. Bekanntmachungen Jg 42, S. 395) in der Fassung der zweiten Änderungssatzung vom 20. 11. 2014 (Amtl. Bekanntmachungen Jg 45, S. 653).

8 Die Ordnung der Universität Freiburg nimmt auf den Katalog von Fehlverhaltensweisen der Verfahrensordnung der Max-Planck-Gesellschaft Bezug, der diese Eingrenzung ausdrücklich vornimmt. Dazu sogleich unter b.

9 Anlage 1 der Verfahrensordnung bei Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten der Max-Planck-Gesellschaft vom 14. 11. 1997, geändert am 24. 11. 2000.

10 Satzung zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis am Karlsruher Institut für Technologie (KIT) vom 23. 5. 2018, Amtliche Bekanntmachung Nr. 32/2018 S. 160.

11 Nr. 5 der Fraunhofer Policy zur Umsetzung wissenschaftlicher Integrität, Version 1.0, November 2016.

12 https://www.helmholtz-muenchen.de/fileadmin/HZM-Corporate-Website/Bilder/HZM/Forschung/pdf/Regeln_zur_Sicherung_guter_wissenschaftlicher_Praxis_06-10-2015.pdf.

13 RGBI I S. 985. Das Gesetz wurde aufgehoben am 23.11.2007, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil 1 Nr. 59, Artikel 9, der § 6 des genannten Gesetzes ändert, wonach das Gesetz nach § 6 Abs. 2 als Bundesrecht aufgehoben wird. Den Ländern obliegt es nach § 6 Abs. 1 abweichende Regelungen zu treffen.

14 VG Düsseldorf, Urt. v. 20. 3. 2014, 15 K 2271/13, juris, unter c zu § 20 Satz 2 der Promotionsordnung der Philosophischen Fakultät der Universität Düsseldorf, der sinngemäß in gleicher Weise auf das Vorliegen einer Täuschung abstellt.

Fahrlässiges Verhalten, selbst wenn es grob ist, genügt nach dieser Regelung nicht.

Andere Bundesländer, so etwa Baden-Württemberg in § 36 Abs. 7 LHG verweisen für den Entzug des Doktorgrades auf die allgemeinen Vorschriften über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte und ergänzen diesen Verweis durch das Erfordernis, dass der Inhaber gravierend gegen die anerkannten Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und Redlichkeit verstoßen hat. Täuschungsvorsatz ist damit an sich nicht vorausgesetzt. Allerdings folgt aus der allgemeinen Vorschrift des § 48 Abs. 4 Satz 2 iVm Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 LVwVfG, dass nach Ablauf eines Jahres seit Kenntnismahme der zuständigen Stelle der Universität von den die Rechtswidrigkeit begründenden Umständen der Entzug nur mehr möglich ist, wenn der Doktorgrad durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangt worden ist.¹⁵

II. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG als Grund der Verschuldensvoraussetzung

Der Wissenschaftsbetrieb ist über alle Disziplinen hinweg äußerst komplex. Er erfordert die Verarbeitung großer, oft schwer überschaubarer Datenmengen. Im Innovationsprozess bedingt er die Beurteilung und Beherrschung vielfältiger Risiken. Seine fortschreitende Differenzierung führt zur Zusammenarbeit vieler Wissenschaftler, die aufeinander Rücksicht nehmen müssen. Die Systeme der Forschungsförderung verlangen die Präsentation von Forschungsergebnissen, die oft nur Zwischenergebnisse sein können.

Diese Komplexität überträgt sich auf die Maßstäbe der Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis. Was richtig und was falsch ist, was noch verantwortet werden kann und was nicht, ist oft nicht einfach zu überschauen. Wollte man in dieser Situation jeden Verstoß gegen diese Maßstäbe als wissenschaftliches Fehlverhalten brandmarken und mit Sanktionen belegen, könnte das vielen Wissenschaftlern die Unbefangenheit nehmen und leicht zu Ängstlichkeit und Risikoscheu führen. Zurückhaltung im gerade in der Wissenschaft notwendigen ständigen Innovationsprozess wäre die Folge.

Dass DFG und ihr folgend Hochschulen und Forschungseinrichtungen das Verdikt „Wissenschaftliches Fehlverhalten“ nur solchen Verstößen gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis zumessen, die auch persönlich verschuldet sind, dient deshalb der Wissen-

schaftsfreiheit. Nur so lassen sich auch die gravierenden, von der Brandmarkung durch eine Rüge über die Versagung der Forschungsförderung bis hin zum temporären Ausschluss aus Gremien reichenden, Nachteile für den betroffenen Wissenschaftler rechtfertigen.

Die Wahrung der Wissenschaftsfreiheit rechtfertigt dabei auch die Eingrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Die Lebenserfahrung zeigt, dass auch im Alltag des Wissenschaftsbetriebs nicht anders als sonst im betrieblichen Alltag immer wieder Verhaltensweisen vorkommen, die zwar gegen die rechtlich gebotene Sorgfalt verstoßen, aber doch weniger schwer wiegen. Das gilt gerade auch für den Umgang mit den Regeln der guten wissenschaftlichen Praxis. Dort schon leichtere Sorgfaltspflichtverletzungen als wissenschaftliches Fehlverhalten zu qualifizieren, enge die wissenschaftliche Entfaltungsfreiheit über Gebühr ein.

III. Die Verschuldensvoraussetzung im Einzelnen

1. Tatbestände regelwidrigen Verhaltens

Im Rechtssinne schuldhaft handelt nur, wer gegen das für ihn maßgebende Recht verstößt. Maßgebendes Recht für den wissenschaftlich Tätigen sind im vorliegenden Zusammenhang die in der Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten der DFG und in den Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen festgelegten Tatbestände wissenschaftlichen Fehlverhaltens.

Zu diesen Tatbeständen gehören¹⁶:

Falschangaben durch

- das Erfinden oder Verfälschen von Daten oder Forschungsergebnissen, insbesondere durch Unterdrücken oder Beseitigen von im Forschungsprozess gewonnenen Daten oder Ergebnissen, ohne dies offen zu legen, oder durch Manipulation einer Darstellung oder Abbildung,
- die inkongruente Darstellung von Bild und dazugehöriger Aussage,
- wissenschaftsbezogene unrichtige Angaben in einem Förderantrag oder im Rahmen einer Berichtspflicht,
- die Inanspruchnahme der (Mit-)Autorschaft ohne Einverständnis;

¹⁵ VGH BW, Urt. v. 19. 4. 2000, 9 S 2435/99, juris.

¹⁶ Dem Folgenden ist der Katalog der Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichen Fehlverhalten der DFG zugrunde

gelegt. Die Kataloge der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen stimmen damit im Wesentlichen überein.

- unberechtigtes Zu-eigen-machen fremder wissenschaftlicher Leistungen durch
- die ungekennzeichnete Übernahme von Inhalten Dritter ohne die gebotene Quellenangabe („Plagiat“),
- die Ausbeutung von Forschungsansätzen und Ideen („Ideendiebstahl“),
- die unbefugte Weitergabe von Daten, Theorien und Erkenntnissen an Dritte,
- die Anmaßung oder unbegründete Annahme einer Autor- oder Mitautorschaft, insbesondere, wenn kein genuiner, nachvollziehbarer Beitrag zum wissenschaftlichen Inhalt der Publikation geleistet wurde
- die Verfälschung des Inhalts,
- die unbefugte Veröffentlichung und das unbefugte Zugänglichmachen gegenüber Dritten, solange das Werk, die Erkenntnis, die Hypothese, die Lehre oder der Forschungsansatz noch nicht veröffentlicht ist;
- die Beeinträchtigung der Forschungstätigkeit anderer, insbesondere durch
- Sabotage von Forschungstätigkeit (einschließlich des Beschädigens, Zerstörens oder Manipulierens von Versuchsanordnungen, Geräten, Unterlagen, Hardware, Software, Chemikalien oder sonstigen Sachen, die andere zu Forschungszwecken benötigen),
- Verfälschung oder unbefugte Beseitigung von Forschungsdaten oder Forschungsdokumenten,
- Verfälschung oder unbefugte Beseitigung der Dokumentation von Forschungsdaten.

Zu den Tatbeständen wissenschaftlichen Fehlverhaltens gehört die vorsätzliche oder grob fahrlässige *Vernachlässigung der Aufsichtspflicht*. Aus der Verschuldensvoraussetzung folgt zwar, dass der leitende Wissenschaftler nicht als eine Art Geschäftsherr Garant der wissenschaftlichen Redlichkeit seiner Mitarbeiter ist. Wohl aber haftet er für deren wissenschaftliches Fehlverhalten, wenn er die erforderliche und zumutbare Aufsicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vernachlässigt.

Wissenschaftliches Fehlverhalten kann auch aus der Übernahme von *Mitverantwortung* resultieren. Wer die Mitautorschaft an einer Veröffentlichung übernimmt, muss auch seinerseits dafür sorgen, dass Falschangaben oder die Aufnahme unberechtigt zu eigen gemachter

fremder wissenschaftlicher Leistungen in die Veröffentlichung unterbleiben. Allgemein kann aus enger wissenschaftlicher Zusammenarbeit, etwa im Rahmen eines Projekts, die Pflicht jedes beteiligten Wissenschaftlers folgen, Regelverstößen entgegenzutreten und dies nötigenfalls aufzudecken.

Die Verfahrensordnung der DFG wie auch die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen erwecken durch die Formulierung „als wissenschaftlichen Fehlverhalten gelten insbesondere“ den Eindruck, den in ihnen aufgezählten Tatbeständen komme kein abschließender Charakter zu. Soweit damit den über das Vorliegen eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens urteilenden Stellen die Möglichkeit gegeben werden soll, weitere Verhaltensweisen von Wissenschaftlern als vorsätzliches oder grob fahrlässiges Fehlverhalten zu qualifizieren, führt das nicht zum Ziel. Der Vorwurf schuldhaften Fehlverhaltens lässt sich nur auf den Verstoß gegen vorab eindeutig festgelegte Regeln gründen, wenn nicht das allgemeine rechtsstaatliche Prinzip „nulla poena sine lege“ (Art. 103 Abs. 2 GG) verletzt werden soll.

2. Geltung der Maßstäbe des Zivilrechts

Mit „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ nehmen DFG und Ordnungen auf Begriffe des Zivilrechts Bezug, das in § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Kriterien der Verantwortlichkeit erklärt, in § 276 Abs. 2 BGB die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt definiert und in einzelnen Vorschriften innerhalb und außerhalb des BGB die Verantwortlichkeit auf die „grobe“ Fahrlässigkeit beschränkt.¹⁷

Die Anknüpfung an die Begriffsbildung des Zivilrechts (und nicht des Strafrechts, das keine grobe Fahrlässigkeit kennt) steht im Einklang mit dem allgemeinen Verständnis der Verschuldensvoraussetzungen im öffentlichen Recht, nach dem dort die zivilrechtlichen Maßstäbe gelten, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist.¹⁸

3. Vorsatz und Täuschung

Vorsatz setzt auch im Zivilrecht wissentliches und wilentliches Handeln voraus. Der Handelnde muss die Umstände des inkriminierten Verhaltens kennen und gleichwohl seine Handlung wollen, sei es, dass er den

17 Ausdrücklich in Bezug auf solche Ordnungen Staudinger/Caspers [2019], § 276 BGB Rn. 11.

18 BGH Urt. v. 2. 3. 2017, III ZR 271/15, juris, Rn. 25ff; Stelkens/

Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 48 Rn 161.

missbilligten Erfolg beabsichtigt (Absicht), diesen als notwendige Folge seiner Handlung ansieht (direkter Vorsatz) oder aber auch nur als möglicherweise eintretend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz).¹⁹ Auf das wissenschaftliche Fehlverhalten bezogen muss der Wissenschaftler, wenn ihm Vorsatz vorgeworfen werden soll, also mindestens in Kauf genommen haben, dass er einschlägige Regeln verletzt.

Anders als im Strafrecht muss sich der Vorsatz dabei überwiegender Meinung nach auf die Rechtswidrigkeit des Handelns erstrecken. Der Handelnde muss also mindestens in Kauf nehmen, dass er sich rechtswidrig verhält. Verkennt der Wissenschaftler, dass sein Verhalten gegen einschlägige Regeln guter wissenschaftlicher Praxis verstößt, handelt er auch nicht vorsätzlich.

Letztlich nichts anderes gilt in Bezug auf das Merkmal der Täuschung als Voraussetzung für den Entzug des Doktorgrades. Täuschung im Sinne der den Entzug des Doktorgrades betreffenden Bestimmungen ist das vorsätzliche Vorspiegeln oder Unterdrücken von für die Beurteilung einer Dissertation als selbständige wissenschaftliche Leistung relevanten Tatsachen, das zu einem Irrtum der zur Beurteilung berufenen Stellen führt.²⁰ So wird auch der Begriff der arglistigen Täuschung in § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 LVwVfG verstanden: Von einer solchen ist auszugehen, wenn der Täuschende weiß und will, dass die Behörde durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Erlass eines Verwaltungsaktes veranlasst wird, den sie andernfalls nicht oder nicht mit diesem Inhalt erlassen hätte, wobei „Erwirken“ im Sinne dieser Vorschrift voraussetzt, dass die arglistige Täuschung für den Erlass des rechtswidrigen Verwaltungsaktes zumindest objektiv mitursächlich war.²¹

Die Wiedergabe fremder Textstellen ohne Beleg stellt eine solche vorsätzliche Täuschungshandlung dar. Dabei

wird sich der Vorsatz regelmäßig auch auf die Rechtswidrigkeit der Täuschung erstrecken. Aber es kann auch einmal anders liegen: Billigt der Betreuer einer Dissertation eine Zitierpraxis, die von dem im Fach üblichen Standard abweicht, wird deren Verfasser regelmäßig davon ausgehen, dass er sich rechtmäßig verhält.²²

4. Grobe Fahrlässigkeit

a. Fahrlässigkeit

§ 276 Abs. 2 BGB beschreibt die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt und wählt damit einen objektiven Maßstab, der sich am jeweils in Rede stehenden Verkehrskreis orientiert.²³ Maßgebend für die Beurteilung des Verhaltens von Wissenschaftlern sind damit die von der Wissenschaftsgemeinschaft entwickelten Regeln guter wissenschaftlicher Praxis. Sind sie eingehalten, liegt von vornherein keine Fahrlässigkeit vor. Ist gegen sie verstoßen, ist vorbehaltlich der jeweils gegebenen Situation an sich von Fahrlässigkeit auszugehen.

Mangelnde Kenntnis des Regelwerks entlastet dabei vom Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit regelmäßig nicht. Auch kann sich der Wissenschaftler nicht darauf berufen, dass er erst am Anfang seiner Karriere steht oder noch unerfahren ist. Die Eigenschaft als Berufsanfänger vermindert die Sorgfaltsanforderungen als solche nicht. Es ist an sich dessen Sache, gegebenenfalls die notwendige Unterstützung durch einen Berufserfahrenen sicherzustellen.²⁴

b. Grobe Fahrlässigkeit

Den Begriff der groben Fahrlässigkeit, wie er hier in Rede steht, verwenden das Zivilrecht (z.B. §§ 277, 300 Abs. 2, 309 Nr. 7 lit b) BGB) und auch das öffentliche

19 Staudinger/Caspers aaO Rn 22; MüKoBGB/Grundmann BGB § 276 Rn. 154.

20 VG Düsseldorf Urt. v. 20. 3. 2014, 15 K 2271/13, juris, unter 2; ZUM 2014, 602; vgl. auch VGH BW Beschl. v. 13. 10. 2008, 9 S 494/08, Leitsatz 1 sowie Rn. 9, juris; VBIBW 2009, 191, der die nicht gekennzeichnete Übernahme kompletter Passagen aus dem Werk eines anderen Autors in eine Dissertation als Täuschung über die Eigenständigkeit der erbrachten Leistung ansieht.

21 BVerwG Urt. v. 22.03.2017, 5 C 4/16, juris unter Rn. 25.

22 Das VG Düsseldorf aaO ist der Frage, ob in dem vom ihm zu beurteilenden Fall eine solche explizite Billigung vorlag, nicht nachgegangen, was daran gelegen haben mag, dass es sich für den Begriff der Täuschung an § 263 StGB und damit am strafrechtlichen Vorsatzbegriff orientiert hat, der sich nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens erstreckt.

23 Im Einzelnen Staudinger/Caspers aaO § 276, Rn 29ff, MüKoBGB/Grundmann BGB § 276 Rn. 54.

24 Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 44.

Recht (z.B. Art. 34 Satz 2 GG, § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG; § 48 BeamStG), ohne ihn zu definieren. Lediglich das Sozialrecht enthält in § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB X eine Bestimmung. Über das Verständnis besteht aber im Wesentlichen Einigkeit: Grob fahrlässig ist nur ein Verhalten, welches die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlichen Maße verletzt. Es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss.²⁵ Die grobe Fahrlässigkeit hat dabei nicht nur eine objektive Seite. Vielmehr beinhaltet sie auch einen schweren subjektiven Vorwurf. Grobe Fahrlässigkeit erfordert nach einer Formulierung des Bundessozialgerichts, der der Bundesgerichtshof in der Sache gefolgt ist, „eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit erheblich übersteigt“.²⁶ Dementsprechend können Unerfahrenheit und mangelnde Kenntnisse grobe Fahrlässigkeit ausschließen.²⁷

Bezogen auf die in der Wissenschaft Tätigen heißt das, dass nicht vorsätzlich begangene Verstöße gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis nur ganz ausnahmsweise den Vorwurf des wissenschaftlichen Fehlverhaltens im Sinne des Kodex der DFG und der genannten Ordnungen begründen können. Der Wissenschaftler muss eklatant gegen diese Regeln verstoßen und dabei schlechthin unentschuldigbar gehandelt haben. Unerfahrenheit und mangelnde Kenntnisse werden dem Vorwurf grob fahrlässigen wissenschaftlichen Fehlverhaltens oft entgegenstehen.

5. Berücksichtigung des Verschuldens bei der Sanktionierung des Fehlverhaltens

Die Verfahrensordnung der DFG und ebenso die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen sehen vor, dass die bei wissenschaftlichem Fehlverhalten zu beschließenden Maßnahmen nach Art und Schwere des festgestellten Fehlverhaltens zu differenzieren sind. Allgemein gesprochen müssen die Maßnahmen *verhältnismäßig* sein. Der Grad des Verschuldens ist hierfür ein wesentlicher Gesichtspunkt: Auch grobe Fahrlässigkeit fällt weniger ins Gewicht als

Vorsatz. Im Vorsatzbereich ist bedingter Vorsatz weniger schlimm als direkter Vorsatz und dieser weniger schlimm als Absicht.

Freilich prägt der Grad des Verschuldens die Verhältnismäßigkeit nicht allein. Die Schwere des Fehlverhaltens hängt auch von den Auswirkungen auf den Wissenschaftsbetrieb ab, in dem der sich fehl verhaltende Wissenschaftler tätig ist. Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur der Vertrauensverlust, den der Wissenschaftsbetrieb in der Wissenschaftsgemeinschaft selbst erfährt. Ins Gewicht fällt auch das Ausmaß der Enttäuschung und Verunsicherung, welche bei den der dort redlich arbeitenden Wissenschaftlern hervorgerufen werden.

IV. Berücksichtigung der Verschuldensvoraussetzung im Prüfungsverfahren

Die Verfahrensordnung zum Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten der DFG und die Ordnungen der Hochschulen und außerhochschulischen Forschungseinrichtungen regeln ausführlich das Verfahren, in dem einem Verdacht auf wissenschaftliches Fehlverhalten nachzugehen ist. Die Ausgestaltung im Einzelnen variiert. Im Grundsatz sehen aber alle Ordnungen ein zweistufiges Verfahren vor. Zunächst ist im Rahmen einer Vorprüfung, meist durch eine besondere Instanz, zu klären, ob sich der Verdacht hinreichend bestätigt. Nur wenn das der Fall ist, ist in einem weiteren Verfahren durch eine weitere Instanz, meist die Leitung der Einrichtung, endgültig über das Vorliegen eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens und die zu treffenden Maßnahmen zu entscheiden. Bestätigt sich der Verdacht nicht hinreichend, ist schon das Vorverfahren zu beenden; teilweise hat das auch im Falle der Geringfügigkeit zu geschehen. Das Vorverfahren mit einem anderen Ziel, etwa der Mediation mit einem Hinweisgeber, weiterzuführen, hielte das Verfahren zu Lasten des Betroffenen in der Schwebe und ist deshalb durch die Verfahrensordnungen nicht gedeckt.

Auch in diesen Prüfungsverfahren ist zu beachten, dass wissenschaftliches Fehlverhalten nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Regelverstoß vorliegt.²⁸

25 Sie die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 93.

26 BSG Urt. v. 20. 9. 1977 – 8/12 RKg 8/76, juris, NJW 1978, 1175, 1176; BGH Urt. v. 26. 1. 2016, XI ZR 91/14, juris, Rn. 71; weitere Nachweise bei Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 94.

27 Staudinger/Caspers aaO § 276 Rn. 95; Jauernig/Stadler BGB § 276 Rn. 33; BGH NJW 1989, 1612; BGH NJW 1980, 887, 888.

28 Darauf weisen auch Riescher/Haas aaO, OdW 2020 S. 39 Fn. 29 zutreffend hin.

Kommt die mit der Vorprüfung betraute Instanz zu dem Schluss, dass zwar die vorgegebenen Regeln verletzt sind, dem Wissenschaftler aber lediglich einfache Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, muss schon sie das Verfahren beenden. Stellt sich dies erst im weiteren Verfahren heraus, muss die weitere Instanz das Verfahren einstellen und dies dem von der Prüfung Betroffenen und auch eventuellen Hinweisgebern unter Angabe der wesentlichen Gründe mitteilen.

V. Fazit

Mit dieser Verschuldensvoraussetzung wahren die Ordnungen die Wissenschaftsfreiheit des Einzelnen.

Der Vorwurf solchen schuldhaften Verhaltens kann nur erhoben werden, wenn gegen explizit festgelegte Regeln guter wissenschaftlicher Praxis verstoßen wird.

Vorsatz umfasst Absicht, direkten Vorsatz und bedingten Vorsatz. Grob fahrlässig ist nur ein Verhalten, welches die gebotene Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlichem, auch subjektiv schlechthin unentschuldigbarem Maße verletzt.

Der Grad des Verschuldens ist bei der Sanktionierung eines wissenschaftlichen Fehlverhaltens als ein Gesichtspunkt zu berücksichtigen.

Die Voraussetzung Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ist auch im Verfahren zu beachten. Auch Vorprüfungen sind zu beenden, wenn lediglich einfache Fahrlässigkeit in Betracht kommt.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht.
Jonathan Tim Jocher ist Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschulrechtsrecht.

Nikolas Eisentraut

Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Übersicht

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

1. Lehre

2. Forschung

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

a) Open Access

b) Open Educational Resources

2. Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

b) Offene Forschung in der Rechtswissenschaft

c) Vorbehalte

aa) Fachkultur und Reputation

bb) Ökonomische Erwägungen

III. Lösungsansätze

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

b) Vereinbarkeit mit Art 5 Abs. 3 S. 1 GG

aa) Schutzbereich

bb) Eingriff

c) Rechtfertigung

(1) Art. 5 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension

(2) Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht anderer Wissenschaftler*innen

(3) Informationsfreiheit

(4) Staatliche Finanzierung

(5) Abwägung

c) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

2. Förderung

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der 60. Assistententagung 2020 in Trier gehalten hat; er erscheint in einer gekürzten Fassung auch im Tagungsband. Soweit ein Open-Access-Zugang besteht, werden in den Fußnoten Links zu den Beiträgen angegeben. Diese wurden zuletzt am 9.6.2020 auf ihre Gültigkeit überprüft.

1 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung, Hochschulbarometer 2019, S. 22, abrufbar unter <https://www.stifterverband.org/medien/hochschul-barometer-2019>; die Digitalisierung berührt auch das Öffentliche Recht auf einer Vielzahl von Ebenen, so insbesondere unter dem Aspekt des E-Government, dazu zuletzt Siegel, E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl 2020, S. 552; Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019; Seckelmann, Digitalisierte Verwaltung, Ver-

3. Freiwilligkeit: § 38 Abs. 4 UrhG

IV. Fazit

Mit den Hochschulen gerät auch die Rechtswissenschaft in Zugzwang, sich verstärkt in digitalen Räumen zu bewegen. Mit der Digitalisierung eng verknüpft ist die Forderung nach einer weiterreichenden Öffnung der (Rechts-)Wissenschaft. Neben Initiativen der Europäischen Kommission und des Bundes haben die Länder im Verbund mit ihren Hochschulen und Forschungsorganisationen weitreichende Strategien zur Öffnung der Wissenschaft aufgesetzt. Indes scheint die Entwicklung in der Rechtswissenschaft nur sehr zögerlich anzukommen. Der Beitrag spürt der Digitalisierung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre nach und sucht nach den Gründen für die geringe Verbreitung offener Publikationen. Zugleich setzt er sich auch mit den Grenzen einer zwangsweisen Öffnung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre auseinander.

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

Die Digitalisierung als Gegenstand der Forschung ist ein Großthema der letzten Jahre.¹ Die Hochschulen reagieren und richten immer mehr Lehrstühle mit dem Schwerpunkt Digitalisierung ein: drei von zehn im Jahr 2018 neuberufene Professoren beschäftigen sich mit Themen der Digitalisierung.²

Die Hochschulen selbst haben indes Nachholbedarf was ihre eigene Digitalisierung angeht. Dies betrifft zunächst die Digitalisierung als Lehrinhalt.³ Aber auch für die umfassende Digitalisierung der Infrastrukturen der Hochschulen braucht es nach Auffassung der Hoch-

netztes E-Government, 2. Aufl. 2019, in Hinblick auf das Datenschutzrecht, s. nur Schmidt-Jorzig, IT-Revolution und Datenschutz, DÖV 2018, S. 10 und auch in Hinblick auf das Verfassungsrecht, s. nur die Beiträge aus jüngerer Zeit von Golla, In Würde vor Ampel und Algorithmus – Verfassungsrecht im technologischen Wandel, DÖV 2019, S. 673; Härtel, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, S. 49 und Schliesky, Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat, NVwZ 2019, S. 693.

2 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung (Fn. 1), S. 23.

3 Zu den neuen digitalen Ausbildungsinhalten Zwickel, JuraStudium 4.0.? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, S. 881 (881 ff.).

schulleitungen umfassender Investitionen.⁴ Wo bereits digitale Infrastrukturen für Forschung und Lehre bestehen, werden sie bisher zudem kaum genutzt.

1. Lehre

In Hinblick auf die Lehre halten die Hochschulen zwar digitale Lernplattformen vor.⁵ Auf diesen Lernplattformen werden jedoch meist nur Basis-Lehrmaterialien angeboten wie Vorlesungsskripte, Präsentationen, Forschungsliteratur im Rahmen des § 60a UrhG (etwa der ein oder andere zur Vertiefung gedachte Aufsatz oder ein Lehrbuchauszug) und Falllösungen. Meist sind die digitalen Lernumgebungen zudem verschlossen: Nur die Kursteilnehmer*innen erhalten Zugang zu den Materialien. Darüberhinausgehende E-Learning-Angebote, die Formen klassischer Lehre ersetzen könnten, finden sich bisher nur in Ansätzen.⁶

Umfassenderes und wissenschaftlich aufbereitetes Lehrmaterial wie Lehr- und Fallbücher, aber auch Aufsätze in Ausbildungszeitschriften werden bisher hingegen weitgehend „privatisiert“ und unterliegen kommerziellen Interessen. Kostenpflichtige Lehrbücher werden zur Lektüre für die Klausur- und Examensvorbereitung anempfohlen und genießen den Status seriöser Lehrmaterialien, während frei im Internet zirkulierenden Skripten wenig Vertrauen in die Qualität entgegengebracht wird.⁷

Diese bisher überwiegend als Printfassung verfügbaren kommerziellen Lehrmaterialien treten nur langsam den Weg ins digitale Zeitalter an: Lehrbücher erscheinen zuletzt vermehrt auch als digitale Ausgaben in den For-

maten *epub* und *pdf* und stehen bei Kauf der Printversion zum Download zur Verfügung. Die Verlage schaffen zudem Plattformen, auf denen Literatur eingesehen und heruntergeladen werden kann, etwa Ausbildungszeitschriften, soweit sie denn von der jeweiligen Universitätsbibliothek auch im digitalen Format lizenziert wurden.⁸

2. Forschung

Im Bereich der Forschung bietet sich ein ganz ähnliches Bild: Die Hochschulen halten zwar Publikationsserver vor, die einen einfachen und kostenlosen Upload von Forschungsergebnissen ermöglichen würden.⁹ Weite Teile juristischer Forschungsergebnisse werden indes „privatisiert“ und bleiben dabei im Analogen verhaftet. Dies zeigt sich schon an den Scan- und Kopierarbeiten, die die eigene Forschung regelmäßig erforderlich macht. Wo digitale Verlagsangebote vorhanden sind, hängt der Zugang von der Lizenzierung durch die Universitätsbibliotheken ab. Ansonsten verschwinden digitale Forschungsergebnisse hinter Bezahlschranken.

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Handelt es sich bei der Digitalisierung von Forschung und Lehre also eigentlich nur um alten Wein in neuen Schläuchen? Wird der „beschwerliche“ Weg der analogen Literaturrecherche im digitalen Raum nunmehr durch Bezahlschranken versperrt?

4 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung (Fn. 1), S. 17 und spezifisch für die Lehre S. 19; Investitionsbedarfe wird auch die Blockchain-Technologie auslösen, dazu Schürmeier, Blockchain-Anwendungen in der Hochschule, DVP 2019, S. 409 sowie Camilleri/Werner/Hoffknecht/Sorge, Blockchain in der Hochschulbildung, 2019, abrufbar unter <https://www.stifterverband.org/blockchain-in-der-hochschulbildung>.

5 Näher zum Stand der Implementierung von CMS- und LMS-Systemen *Expertenkommission Forschung und Innovation* (Hrsg.), Digitalisierung der Hochschulen, 2019, S. 47, Studie abrufbar unter https://www.e-fi.de/fileadmin/Innovationsstudien_2019/StuDIS_14_2019.pdf; Zu den datenschutzrechtlichen Fragen bei E-Learning-Plattformen Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, 2020 passim.

6 Zwickel (Fn. 3), S. 881 (884); Reiner, Juristische Didaktik und E-Lernen: Theoretische Konzeption und Anwendungsbeispiele, JurPC Web-Dok 160/2007, Abs. 1, abrufbar unter <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20070160>; ein positives Bild zeichnet Meyer, Urheberrecht und Wissensgesellschaft – innovative und zeitgemäße Lehr- und Lernformen im Spiegel des Urheberrechtsschutzes, WissR 2018, S. 224 (224); Die Corona-Krise hat der Digitalisierung der Lehre einen Schub gegeben, dessen langfristige Wirkung sich aber erst zeigen wird, hierzu Eisentraut, Corona als Chance für die Digitalisierung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre, JuWissBlog Nr. 30/2020 v. 20.3.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/30-2020/>.

7 Zu diesem Ergebnis kam eine gemeinsame Studie von Hanser Fachbuch und Studierenden der Universität Hannover, deren Ergebnisse hier dargestellt werden: https://www.boersenblatt.net/2019-02-06-artikel-gemeinsame_studie_von_hanser_fachbuch_und_medienmanagement-studenten.1593210.html; zu möglichen künftigen Qualitätskriterien für offen verfügbare Bildungsmaterialien Barthelmeß, E-Learning – bejubelt und verteufelt, 2015, S. 73.

8 Ein Grund für die zögerliche Digitalisierung mag die Wahrung der Urheberrechte im digitalen Raum darstellen, vgl. Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu §§ 106 ff. Rn. 5; die Gefahr des Internets als „Plattform für die illegitime Aneignung fremder Schöpfungen“ adressiert auch Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S. 1 (3); s. auch Braun, Die Rückkehr der Autoren, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, S. 101 (101) sowie Steinhauer, Die Nutzung einer „Schattenbibliothek“ im Licht des Urheberrechts, 2016, abrufbar unter https://ub-deposit.fernuni-hagen.de/receive/mir_mods_00000825#.

9 Eine Übersicht über alle verfügbaren Repositorien und ihre jeweilige institutionelle Anbindung findet sich unter <https://dini.de/dienste-projekte/dini-zertifikat/liste-der-repositorien/>; zur Implementation einer digitalen Infrastruktur durch die Hochschulen *Expertenkommission Forschung und Innovation* (Hrsg.) (Fn. 5), S. 43.

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

Eine – in der Rechtswissenschaft bisher nicht ausreichend gewürdigte – Bewegung drängt auf eine alternative Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung. Stellen wir uns eine Welt vor, in der jeder Aufsatz, jede Monographie und jedes Lehrbuch digital frei zugänglich verfügbar ist. Verlinkte Fußnoten und Literaturlisten würden so zu interaktiven Landkarten, die mit einem Klick den Eintritt in ein ganzes Wissenschaftsuniversum ermöglichen. Lehrbücher stünden zur Nachnutzung offen, sodass kursbegleitende Materialien ohne Konflikte mit dem Urheberrecht den Studierenden bereitgestellt und um relevante Quellen ergänzt werden könnten.

Als Oberbegriff einer solchermaßen verstandenen Wissenschaft hat sich der Terminus „Open Science“ oder auch „Öffentliche (auch: offene) Wissenschaft“ etabliert.¹⁰

Die Idee einer öffentlichen Wissenschaft betont die Bedeutung von Wissen als kulturellem Gemeingut und ist damit anschlussfähig an die Debatte um Gemeingüter.¹¹ Das Konzept gerät dadurch in eine Spannungslage zum Schutz wissenschaftlicher Werke als geistiges Eigentum durch das Urheberrecht.¹² Das UrhG reagiert auf diese Spannungslage mehrfach und enthält Regelungen, die einen Ausgleich zwischen urheberrechtlichem Eigentum und dem Interesse der Allgemeinheit an der Nutzung wissenschaftlicher Leistungen schaffen sollen, s. das Zitatrecht in § 51 UrhG, § 60a UrhG speziell für die Hochschullehre sowie § 60c und § 60d UrhG für die

Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte im Rahmen der Forschung.¹³ Konzepte öffentlicher Wissenschaft streben jedoch eine Öffnung über die Schrankenregelungen des UrhG hinaus an.

a) Open Access

Eine zentrale Rolle kommt in den Rechtswissenschaften der Idee einer freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur zu, die unter dem Schlagwort „Open Access“ firmiert. Open Access zeichnet aus, dass mit der Veröffentlichung allen die Erlaubnis erteilt wird, das Open-Access-veröffentlichte Dokument zu lesen, herunterzuladen, zu speichern, es zu verlinken, zu drucken und damit entgeltfrei zu nutzen.¹⁴ Unterschieden wird zwischen dem sog. goldenen und dem grünen Weg: Während beim goldenen Weg bereits die Erstveröffentlichung Open Access erfolgt, wird beim grünen Weg – häufig nach einer klassischen Verlagsveröffentlichung – auch ein Open-Access-Zugang eröffnet.¹⁵ § 38 Abs. 4 UrhG räumt hierfür ein Recht zur nichtkommerziellen Zweitveröffentlichung ein.

Open Access verfolgt die Idee neuer Finanzierungsformen für wissenschaftliche Literatur. Während bisher eine Nutzerfinanzierung vorherrschend ist, soll die Leserschaft künftig von Zugriffskosten befreit werden.¹⁶ Open Access ist damit auch eine Reaktion auf immer weiter ansteigende Abonnement-Gebühren für juristische Zeitschriften, die die Bibliotheksetats zu erschöpfen drohen und soll die Mehrfachsubventionierung hochschulischer Forschung beenden.¹⁷ Open Access fordert

10 S. auch zu den weitergehenden Gehalten des Begriffs *Hamann/Goller/Havemann* u.a., Handbuch Open Science, erschienen auf Wikibooks, abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Handbuch_Open_Science.

11 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (3); *Dobusch/Heimstädt*, Erst Offenheit gibt digitaler Bildung Richtung, Forum Wissenschaft 4/16, S. 21 (21), abrufbar unter [http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt\(2016\)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf](http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt(2016)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf); *Baer*, Braucht das Grundgesetz ein Update?, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, S. 92 (92); Allgemein zum Thema Gemeingüter näher *Helfrich*, Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter, 2009, abrufbar unter https://www.boell.de/sites/default/files/assets/boell.de/images/download_de/Netzausgabe_Wem_gehoert_die_Welt.pdf; s. auch *Hofmann* (Hrsg.), Wissen und Eigentum, 2006, abrufbar unter <https://www.bpb.de/shop/buecher/schriftenreihe/36112/wissen-und-eigentum>.

12 S. nur *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 41 sowie 93 ff.; *Schmidt*, Open Access, 2016, S. 160 ff.

13 Die Auswirkungen dieser Vorschriften auf die Hochschullehre untersucht *Meyer* (Fn. 6), S. 224 passim.

14 Zum Begriff des Open Access *Eisentraut*, Open Access in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, 87 (87), abrufbar unter [http://](http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26494)

dx.doi.org/10.17169/refubium-26494; *Haug*, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, S. 89 (89), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/12_02_2019_haug_open_access_odw.pdf; zur Historie näher *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (1 f.); näher mit den möglichen Nutzungsrechten setzt sich auseinander *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 6/2013, S. 10 ff., abrufbar unter <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29488>.

15 *Ulmer/Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2013, Kapitel L Rn. 15; *Haug* (Fn. 14), S. 89 (89); *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, S. 137 (137 f.), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/19_goetting_lauber-roensberg_open-access_und_urheberrecht_2015.pdf.

16 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: *Festschrift Friedhelm Hufen*, 2015, S. 367 (369).

17 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (5).

damit zugleich die hergebrachten Geschäftsmodelle der etablierten Verlage heraus.¹⁸

b) Open Educational Resources

Eine weitere Teilmenge öffentlicher Wissenschaft¹⁹ stellen sog. „Open Educational Resources“²⁰ (OER) dar, die auf eine Öffnung der Lehre im Sinne einer freien Verfügbarkeit von Lehr- und Lernmaterialien abzielen.²¹ Für die Hochschullehre werden OER große Potentiale zugemessen.²² Mit ihnen lassen sich einerseits die Potentiale digitaler Bildung entfalten, andererseits ermöglichen OER eine neue Form der Zugänglichkeit von Bildungsangeboten: Sie erlauben die kollaborative Er- und Bearbeitung von Lehr- und Lernmaterialien durch Lehrende und Studierende gemeinsam und führen zu Qualitäts- und Effizienzgewinnen durch eine sinnvolle Nachnutzung bereits erstellter Materialien.²³ Dadurch kann die auch an Hochschulen oftmals nur knapp bemessene Zeit in die Verbesserung von Lern- und Lehrmaterialien investiert werden, anstatt in die Ausarbeitung immer wieder derselben grundlegenden Materialien. Die freie Nachnutzbarkeit ermöglicht es zudem, dass die Materialien in eine Vielzahl unterschiedlicher Lernangebote eingebunden werden können: Vom klassischen Lernen mit

einem gedruckten Lehrbuch, über das Lernen mit einer intelligent verlinkten Online-Ressource, bis hin zur Auseinandersetzung mit dem Lernstoff in interaktiven Onlinekursen oder über eine App.²⁴

2. Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft

Gerade das Thema Open Access ist sowohl in der Politik als auch an den Universitäten dabei, Mainstream zu werden. Ausgehend von der Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen v. 22.10.2003, die mittlerweile von 654 Institutionen unterzeichnet wurde,²⁵ befürwortet heute eine große Mehrheit der Hochschulleitungen eine Öffnung ihrer Forschung i.S.v. Open Access: 93,8 % der Hochschulleitungen stimmen zu, dass sie Open Access als Standard künftig fördern werden.²⁶ Ausdruck findet die Öffnung zudem in den Open-Access-Strategien der Hochschulen.²⁷ Auch die großen Forschungsorganisationen haben sich zu Open Access bekannt.²⁸

Und auch in der Politik ist das Thema Open Access angekommen. Eine Öffnung der Forschung wird von Seiten der Politik nicht nur stärker gefördert, sondern zunehmend auch gefordert.²⁹ Mehrere Bundesländer haben eigene Open-Access-Strategien verabschiedet.³⁰ Die

18 *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (8); die Möglichkeit nachhaltiger Open-Access-Geschäftsmodelle betont *Rux*, Open Access im rechtswissenschaftlichen Verlag, in: Hamann/Hürlimann, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>; jedenfalls zugangskontrollierte Datenbanken werden in einer Open-Access-Zukunft keine Rolle mehr spielen, vgl. *Peukert* (Fn. 14), S. 6.

19 Im Sinne des verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriffs (vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 29.5.1973, Az.: 1 BvR 424/71 und 325/72 = BVerfGE 35, 79, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html> Rn. 129), sollten auch Open Access und Open Educational Resources als Ausprägungen ein und desselben Gegenstandes verstanden werden; zum Verhältnis von Open Educational Resources und Open Access *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz*, Whitepaper Open Educational Resources (OER) an Hochschulen in Deutschland – Bestandsaufnahme und Potentiale 2015, S. 32, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/wp-content/uploads/Whitepaper-OER-Hochschule-2015.pdf>.

20 *Eisentraut*, Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, S. 93, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26489>; *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz* (Fn. 19), S. 10.

21 Näher zu den Definitionsansätzen *Deimann/Neumann/Muuf-Merholz* (Fn. 19), S. 10.

22 *Eckhoff*, OER in der Hochschulbildung, OERinfo – Informationsstelle OER, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/dossierseite/?praxis=allgemein&bereich=hochschule>.

23 *Wikimedia Deutschland e. V.* (Hrsg.), Praxisrahmen für Open Educational Resources (OER) in Deutschland, 2016, S. 7, abrufbar unter http://mapping-oer.de/wp-content/uploads/2016/02/Praxisrahmen-fu%CC%88r-OER-in-Deutschland_Online.pdf.

24 Als weitere Teilmengen offener Wissenschaft kommt den Themen Open Data und Wissenschaftskommunikation für die Rechts-

wissenschaft Bedeutung zu, s. zu Open Data näher *Krausnick* (Fn. 16), S. 367 (368); *Eisentraut/Hamann*, Handbuchbeitrag Open Science und Rechtswissenschaft, Abschnitt Open Data als Praxis der Rechtswissenschaft, in: Handbuch Open Science, erschienen auf Wikibooks, abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Handbuch_Open_Science/_Rechtswissenschaft und zur Wissenschaftskommunikation *Weitze/Heckl*, Wissenschaftskommunikation, 2016 – passim. Zur zunehmenden Bedeutung von Open Data s. die „Sorbonne-Erklärung für offene Forschungsdaten“, abrufbar unter https://www.german-u15.de/presse/ressourcen-2020/20200130_Sorbonne-Declaration-on-Research-Data-Rights.pdf; für die Bedeutung der Wissenschaftskommunikation s. das Grundsatzpapier des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zur Wissenschaftskommunikation, November 2019, S. 3, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Grundsatzpapier_zur_Wissenschaftskommunikation.pdf.

25 Die Liste der Institutionen ist abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/3883/Signatories>.

26 *Stiftungsverband/Heinz Nixdorf Stiftung* (Fn. 1), S. 26.

27 S. nur beispielhaft die Open-Access-Strategie 2018 – 2020 der Freien Universität Berlin, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/FUDOCs_document_000000028882; zu sog. „Open-Access-Mandates“ der Hochschulen *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 15), S. 137 (138 f.).

28 Die Positionen finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

29 Zuletzt etwa *Karliczek*, Rede der Bundesministerin für Bildung und Forschung anlässlich des Forschungsgipfels 2018 in Berlin, abrufbar unter <https://anja-karliczek.de/rede-der-bundesministerin-fuer-bildung-und-forschung-anja-karliczek-anlaesslich-des-forschungsgipfels-2018-in-berlin/>.

30 Die Strategien sind verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

Zielvorgabe des Landes Berlin für den Umfang an Open-Access publizierten Zeitschriftenartikeln liegt in diesem Jahr bei 60 %.³¹ In Baden-Württemberg werden die Hochschulen sogar im Hochschulgesetz dazu angehalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitveröffentlichungen zu verpflichten. Auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat eine Open-Access-Strategie veröffentlicht.³²

Darüber hinaus richtet sich auch die europäische Wissenschaftslandschaft auf eine Öffnung ein.³³ In der Forschungsförderung Horizon 2020 ist die Open-Access-Publikation der geförderten Projektergebnisse verpflichtend.³⁴

Schließlich entstehen auch auf gesellschaftlicher Ebene Förderprogramme für Wissenschaftler*innen, die eine Öffnung ihrer Wissenschaft forcieren, etwa das von Wikimedia, dem Stifterverband und der Volkswagen-Stiftung getragene Open Science Fellowship, dessen Fellow der Autor dieses Beitrags im letzten Jahr sein durfte.³⁵

Im Bereich OER entsteht zurzeit eine weitreichende digitale Infrastruktur für das Angebot offener Bildungsmaterialien. Aktuell existieren sieben hochschulübergreifende Plattformen, die das Potential haben, zu digitalen Hochschulen zu werden. Herausgehoben seien an dieser Stelle die Plattform „Hamburg Open Online University“, die sich als offene Plattform für hochschulübergreifende Angebote und Lernprojekte der Hamburger Hochschulen begreift³⁶ und die VHB, die virtuelle Hochschule Bayern, auf der eingeschriebenen Studierenden

kostenfreie, digitale Ergänzungskurse angeboten werden und die sich kürzlich auch für die Allgemeinheit geöffnet hat.³⁷ Auch die Europäische Kommission plant eine Plattform für digitale Hochschulbildung, eine Art „European Digital University“.³⁸

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Dass Wissenschaft und Öffentlichkeit zwei Seiten einer Medaille sind, ist eigentlich auch in der Rechtswissenschaft keine neue Idee: In der Grundrechtsdogmatik wird die „Öffentlichkeit von Wissenschaft“ gar als Funktionsbedingung für den wissenschaftlichen Diskurs qualifiziert, um Überprüfbarkeit und Kritizierbarkeit zu gewährleisten.³⁹ Die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG wird insofern als Kommunikationsgrundrecht verstanden⁴⁰ und Wissenschaft als Kommunikationszusammenhang.⁴¹

Dennoch greifen die Rechtswissenschaftler*innen bei den neuen Instrumenten der Digitalisierung nicht beherzt zu, um ihre Forschung und Lehre nun endlich einer weiterreichenden Öffentlichkeit zuzuführen.

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

Offene Lehrmaterialien sind bisher „nicht aus der ‚idealistischen Wolke‘ in der Praxis der Hochschulen angekommen (...), wenn auch engagierte Einzelpersonen und bestimmte Institutionen daran arbeiten“⁴². Die digitalisierte Lehre fristet ein Nischendasein.⁴³ Wirklich offene Lehrprojekte lassen sich bisher an einer Hand abzählen. Erste Leuchtturmprojekte zeigen indes die Potentia-

31 Senat von Berlin, Open-Access-Strategie für Berlin, Drucksache 17/2512 v. 21.10.2015, S. 5, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26319>.

32 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung 2016, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Open_Access_in_Deutschland.pdf.

33 Die europäischen und internationalen Positionen zu Open Access finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

34 S. die Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 v. 21.3.2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf.

35 Nähere Informationen zum Fellow Programm finden sich unter https://de.wikiversity.org/wiki/Wikiversity:Fellow-Programm_Freies_Wissen.

36 Erreichbar unter <https://www.hoou.de/>.

37 S. <https://www.vhb.org/open-vhb/>; weitere Plattformen sind benannt in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage zur Planung und Ausgestaltung einer europäischen Plattform für digitale Hochschulbildung, BT-Drs. 19/10106 v. 10.5.2019, S. 6, abrufbar unter <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/101/1910106.pdf>.

38 Aktionsplan für digitale Bildung, Mitteilung der Europäischen

Kommission v. 17.1.2018, COM(2018) 22 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=DE>.

39 Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (4); Gurlit, Transparenz in der Hochschulforschung, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 343 (343); Ruffert, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 142 (184 ff.), abrufbar unter <https://www.degruyter.com/downloadpdf/books/9783110927832/9783110927832.146/9783110927832.146.pdf>; Weingart, Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, 2005, S. 9 ff.; auf das Wesen der Wissenschaft als „Gespräch, das über alle räumlichen und zeitlichen Grenzen hinweg geführt wird“ weist bereits hin Kimminich, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1985, S. 116 (117).

40 Gärditz, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 111 (Stand: 88. Lfg. August 2019).

41 S. nur Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 55, abrufbar unter <https://www.infodata-edepot.de/volltext/aeuintrag/10497.pdf>.

42 Deimann/Neumann/Muuf-Merholz (Fn. 19), S. 15; s. auch Eisentraut (Fn. 20), S. 93.

43 Zwickel (Fn. 3), S. 881 (884); der zeitweise prekäre Zugang zu Ausbildungsliteratur während der Corona-Krise hat die Bedeutung offen zugänglicher Lehrmaterialien unterstrichen, vgl. Eisentraut (Fn. 6).

le offener Lehre für die Rechtswissenschaft auf: Ein Projekt an der *Bucerius Law School* etwa hat offen lizenzierte Lehrvideos zu Grundfragen des Verwaltungsrechts produziert und offen lizenziert online gestellt.⁴⁴ Über die Videos hinaus haben die Studierenden Wissenstests und teilweise auch Skripten erstellt, sodass eine medienübergreifende Lernumgebung entsteht.

Die *Ludwig-Maximilians-Universität München* bietet ein Portal für E-Learning an, das insbesondere mit online abrufbaren Podcasts von Vorlesungen heraussticht.⁴⁵ Die *WWU Münster* bietet mit dem Modul „unirep PLUS“ digitale Lernressourcen einschließlich Online-Lektionen an, die jedoch nur für Studierende der WWU zugänglich sind.⁴⁶ Beide Universitäten wurden dafür kürzlich mit dem Digital Award 2019 ausgezeichnet.⁴⁷

Der Verfasser dieses Beitrags ist Herausgeber des ersten offen lizenzierten und damit zur Nachnutzung kostenlos zur Verfügung stehenden Lehrbuchs und eines das Lehrbuch begleitenden Fallrepetitoriums zum Verwaltungsrecht. Neben der Verlagsveröffentlichung im Print und zum kostenlosen digitalen Download⁴⁸ sind beide Bücher auch online auf Wikibooks verfügbar,⁴⁹ was es möglich macht, die von der *Bucerius Law School* erstellten Videos in den Lehrbuchcontent einzubinden. Solchen sog. MOOCs (Massive Open Online Courses) werden große Potentiale für die Hochschulbildung zugemessen.⁵⁰

b) Offene Forschung in der Rechtswissenschaft

Während das Thema Open Access immerhin in den rechtswissenschaftlichen Debatten angekommen ist,⁵¹ fehlt es auch hier noch einem nennenswerten Rückgriff auf diese Form der Publikation. Es gibt zwar Open-Access-Zeitschriften;⁵² nur den wenigsten ist es jedoch bisher gelungen, ein den etablierten, im Subskriptionsmodell erscheinenden Zeitschriften vergleichbares Standing zu erlangen.⁵³ Erfolgreicher sind neue Formate wie Blogs und Podcasts, die von Beginn an auf eine weitreichende Öffentlichkeit im Digitalen gesetzt haben. Im öffentlichen Recht konnten sich etwa der *JuWissBlog*,⁵⁴ der *Verfassungsblog*⁵⁵ sowie der *Völkerrechtsblog*⁵⁶ etablieren. Daneben existieren Preprintserver und universitäre Repositorien, die in der Rechtswissenschaft jedoch bisher weitgehend ein Schattendasein führen.⁵⁷

c) Vorbehalte

Warum tut sich die Rechtswissenschaft so schwer mit dem Aufbruch ins neue digitale Zeitalter?

aa) Fachkultur und Reputation

Einen zentralen Faktor bildet die bisher fehlende Fachkultur: Open Science ist trotz aller politischen Bemühungen in der Rechtswissenschaft bisher ein Nischenthema; offene Veröffentlichungsformen sind nicht bereits

44 Die Videos können hier abgerufen werden: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLPJgLCewWmcNR6yf5VaN8AdrxAdGEe5jM>; es steht nicht zu befürchten, dass Videoangebote die klassische Lehre im Hörsaal vollständig verdrängen werden, allein schon weil aufgezeichnete Vorlesungen eine Interaktion mit dem Dozierenden nicht erlauben; vielmehr erweitern solche Angebote die Möglichkeiten medienübergreifenden Lernens, vgl. *Zwickel* (Fn. 3), S. 881 (885).

45 Das Angebot findet sich unter <https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/e-learning/index.html>; die Verknüpfung zur Virtuellen Hochschule Bayern weist jedoch noch keinerlei Kursangebote auf.

46 Abrufbar unter https://www.unirep-online.de/goto_unirep_cat_591.html.

47 S. näher zur Digital Study 2019 <https://lex-superior.com/digital-study/>.

48 Das Lehrbuch „Verwaltungsrecht in der Klausur“ kann kostenlos über die Verlagshomepage von De Gruyter unter https://www.degruyter.com/view/title/565392?tab_body=toc-62810 und das Fallrepetitorium über die Verlagshomepage des Carl Grossmann Verlags unter <http://www.carlgrossmann.com/?p=11914> heruntergeladen werden.

49 Abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur.

50 *Zwickel* (Fn. 3), S. 881 (884 f.); kritisch aber in Hinblick auf die oft restriktive Lizenzierung *Dobusch/Heimstädt*, (Fn. 11) S. 21 (24); s.

zum Thema MOOCs auch einführend *Botta* (Fn. 5), S. 37 ff.

51 S. nur *Hamann/Hürlimann*, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>; *Wildgans*, Zuckerbrot oder Peitsche? – Ein Plädoyer für Open Access im juristischen Publikationswesen, ZUM 2019, 21, abrufbar unter <https://osf.io/e5v7w/>; *Eisentraut* (Fn. 14), S. 87; *Schmidt* (Fn. 12) – passim; *Krausnick* (Fn. 16), S. 367; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1, *Steinhauer* (Fn. 41) passim.

52 Eine Liste findet sich bei *Eisentraut/Hamann* (Fn. 24), Abschnitt Open Access als Praxis der Rechtswissenschaft.

53 Erfolgreiche Open-Access-Zeitschriften stellt der von Hamann/Hürlimann herausgegebene Tagungsband „Open Access in der Rechtswissenschaft“ (Fn. 51) vor.

54 Erreichbar unter <https://www.juwiss.de/>.

55 Erreichbar unter <https://verfassungsblog.de/>.

56 Erreichbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/>; dazu *Kunz/Riegner/Schmalz*, Diskurse öffnen, Grenzen überwinden: Der Völkerrechtsblog als Plattform für globale Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, in: *Hamann/Hürlimann* (Fn. 51).

57 In den Naturwissenschaften spielt der Preprintserver arXiv.org eine bedeutende Rolle; zum Aufschwung der Preprint-Server *Schmeja*, Beitrag auf dem TIB-Blog v. 27.3.2017, abrufbar unter <https://blogs.tib.eu/wp/tib/2017/03/27/der-aufschwung-der-preprint-server/>.

etabliert und setzen daher ein proaktives Verhalten voraus. Dieser Kulturwandel vollzieht sich nur langsam.⁵⁸ Denn die kommerzielle Veröffentlichung in etablierten Verlagen und Zeitschriften bildet auch heute noch einen wesentlichen Faktor für die Reputation von Rechtswissenschaftler*innen.⁵⁹ Obwohl es für die fachliche Qualität einer Veröffentlichung natürlich nicht darauf ankommt, wo sie veröffentlicht wird, spielt für die Reputation auch der Publikationsort eine zentrale Bedeutung. Denn nicht allein die wissenschaftliche Qualität einer Veröffentlichung entscheidet über ihren Erfolg; ganz wesentlich kommt es auch auf die soziale Akzeptanz im wissenschaftlichen Diskurs an.⁶⁰ Hierbei erfüllen die schon etablierten und traditionell im Closed Access publizierenden Verlage und Zeitschriften eine „Gatekeeper“- oder auch Filterfunktion:⁶¹ Wer dort veröffentlicht, wird von der „scientific community“ wahrgenommen und ernst genommen. Zugespitzt formuliert: „Journale machen Karrieren!“⁶² Der insbesondere in den Naturwissenschaften sogar mathematisch berechnete sog. Impact Faktor einer Zeitschrift wirkt in der Rechtswissenschaft auch ganz ohne Zahlenunterbau.⁶³ Während für Studierende noch im Wesentlichen zählt, welches Lehrbuch einen Inhalt am besten erklären kann, sind Rechtswissenschaftler*innen schnell in der Lage, eine rein an Reputation ausgerichtete „Rangliste“ der angesehensten Verlage und Zeitschriften zu erstellen.⁶⁴ Verlage funktionieren insoweit wie Marken: Der Markenname allein reicht bereits, damit sich eine Veröffentlichung unter der Vielzahl konkurrierender Publikationen absetzt, mehr Aufmerksamkeit erhält und zu einem Reputationsgewinn führt.

bb) Ökonomische Erwägungen

Ein weiterer zentraler Einwand gegen Open Access und OER in der Rechtswissenschaft ist die ökonomische Rationalität der Wissenschaftler*innen: Für Aufsatzpublikationen gibt es häufig ein Honorar, während die Pub-

likation in Open-Access-Zeitschriften entweder kostenlos erfolgt oder von den Autor*innen sogar zusätzliche Mittel für die Veröffentlichung eingeworben werden müssen. Zur guten Finanzausstattung der traditionellen Verlage tragen dabei nicht nur die Bibliotheken bei, sondern auch die Rechtspraxis, also Anwaltschaft und Gerichte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtspraxis nicht weiterhin zugunsten der Wissenschaftler*innen an der Finanzierung der Forschung beteiligt werden sollte.⁶⁵ Open Access auf dem goldenen Weg wird sich deshalb nur dann durchsetzen können, wenn gemeinsam mit der Rechtspraxis neue Formen der Finanzierung von Open-Access-Publikationen gefunden werden, bei der auch die Autor*innen für ihre Arbeit finanziell entlohnt werden.⁶⁶

Auch für die Produktion von Ausbildungsliteratur werden die Wissenschaftler*innen an den Verlagsgewinnen beteiligt. Auch hier besteht insofern ein monetärer Anreiz zum Verharren in hergebrachten Strukturen, soweit keine neuen Anreize geschaffen werden, auf eine Kommerzialisierung zulasten der Studierenden zu verzichten.

III. Lösungsansätze

Wie also könnte auf diese Vorbehalte reagiert und die Rechtswissenschaft zur digitalen Öffnung bewegt werden?

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

Um dem Übertritt in das neue Zeitalter einer öffentlichen Wissenschaft den nötigen Spinn zu geben, kam man in Baden-Württemberg auf die Idee, die Hochschulen qua Änderung des Baden-Württembergischen Hochschulgesetzes nach § 44 Abs. 6 BWLHG dazu anzuhalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitverwertungen in Anlehnung an die

58 „Umdenkprozesse“ hält auch für erforderlich *Gurlit* (Fn. 39), S. 343 (353); skeptisch gegenüber einem grundlegenden Wandel *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (7); einen flächendeckenden Systemwechsel hält erst langfristig für möglich *Peukert* (Fn. 14), S. 5; vom „Henne-Ei-Problem“ spricht *Sosnitza*, Google Book Search, Creative Commons und Open Access – Neue Formen der Wissensvermittlung in der digitalen Welt, RW 2010, S. 225 (238).

59 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (90); der Begriff Reputation dient insofern als „Chiffre für die fachliche Qualität eines Wissenschaftlers“, *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 188; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (7).

60 *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), S. 369 f.; von Pfad- und Strukturabhängigkeiten spricht *Peukert* (Fn. 14), S. 4; zur Bedeutung des Publikationsortes auch *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 174 f.

61 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (90); vgl. auch *Müßig*, „Ein Knauf als Tür“:

Open-Access-Verpflichtung durch Forschungsförderung vs. Gemeinfreiheitsgrenzen digitaler Wissenschaftskommunikation, JZ 2015, S. 221 (227).

62 *Ziegler*, Die Bedeutung der Verlage wandelt sich, *Forschung&Lehre* v. 8.6.2019, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/die-bedeutung-der-verlage-wandelt-sich-1841/>.

63 Näher zur Relevanz von Metriken für juristische Karrieren *Hammann/Hürlimann*, Open Access – Was soll das?, in: dies. (Fn. 51), S. 3 (11 ff.).

64 *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), S. 192.

65 Diesen Punkt betont auch *Rux* (Fn. 18), S. 70 (71).

66 Über die bisher bestehenden Geschäftsmodelle für Open-Access-Publikationen informiert <https://open-access.net/informationen-zu-open-access/geschaeftsmodelle/>.

Schrankenregelung des § 38 Abs. 4 UrhG und damit zum grünen Weg zu verpflichten.⁶⁷ Das Hochschulgesetz spricht selbst von Zweitveröffentlichung, was jedoch ungenau ist, weil das urheberrechtlich geschützte Recht zur Veröffentlichung nur die Erstveröffentlichung erfasst; weitergehende Verwendungen des einmal publizierten Inhalts stellen urheberrechtlich nur noch Verwertungen der Erstpublikation dar, sodass im Folgenden von Zweitverwertung die Rede sein soll.⁶⁸

Der Aufforderung des Landesgesetzgebers ist die *Universität Konstanz* mit einer Satzungsregelung nachgekommen.⁶⁹ Danach werden die Voraussetzungen erfüllende Publikationen nach Ablauf der Jahresfrist auf dem universitätseigenen Repositorium hochgeladen sowie kostenlos und öffentlich zugänglich der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Gegen die Regelung haben mehrere Professoren der *Universität Konstanz*⁷⁰ einen Normenkontrollantrag vor dem VGH Mannheim gestellt, der vom VGH nunmehr dem BVerfG vorgelegt wurde.⁷¹

Die Verpflichtung, wissenschaftliche Ergebnisse zugänglich zu machen, ist zwar keine gänzlich neue Idee des Gesetzgebers: Die Hochschulgesetze der Länder sehen schon jetzt verfassungsrechtlich unbedenkliche Publikationspflichten vor, insbesondere für Drittmittelforschung, aber auch darüber hinaus.⁷²

Besondere Aufmerksamkeit erfährt die Baden-Württemberger Regelung jedoch deshalb, weil die Zweitverwertung Open Access erfolgen muss. Den Wissenschaftler*innen wird also einerseits das Recht genommen, über die Zweitverwertung autonom zu ent-

scheiden; andererseits wird zugleich eine Entscheidung über die Form der Verwertung getroffen, wonach der Inhalt jedem offen zur Verfügung gestellt werden muss. Der so als Zwang formulierte Anspruch der Politik an eine freie Verbreitung von steuerfinanzierten wissenschaftlichen Erkenntnissen gerät in Konflikt mit zentralen grundrechtlichen Verbürgungen und auch mit dem Europäischen Unionsrecht.

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

Eine erste Achillesferse landesrechtlicher Zweitverwertungspflichten ist die grundgesetzliche Kompetenzordnung. Dies deshalb, weil der Schwerpunkt der Regelung⁷³ vom VGH im Urheberrecht gesehen wird, das nach den Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Bundeskompetenz zugewiesen ist.⁷⁴ Wohl nicht zu bezweifeln ist, dass mit einer Zweitverwertungspflicht überhaupt das Urheberrecht berührt wird, weil die Regelung die sich an die Urheberschaft anschließenden Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG betrifft.⁷⁵

Die Norm ist jedoch im Schwerpunkt – wie auch vom Landesgesetzgeber angenommen⁷⁶ – dem in der Landeskompetenz liegenden Recht des Hochschulwesens zuzuordnen. Denn sie betrifft schwerpunktmäßig die Verbreitung der von dem wissenschaftlichen Personal der Hochschulen veröffentlichten Werke. Es geht bei der Regelung zwar auch um das Verwertungsrecht der Wissenschaftler*innen, im Schwerpunkt jedoch um eine Ausgestaltung der Forschungspraxis,⁷⁷ wenn mit dem Gesetz der Zugang zu wissenschaftlichen Informationen erleichtert werden soll. Zugleich werden Pflichten der

67 Näher zum Hintergrund *Hartmann*, Zwang zum Open Access-Publizieren? Der rechtliche Präzedenzfall ist schon da!, *LIBREAS. Library Ideas*, 32 (2017), S. 1, abrufbar unter <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/19845/hartmann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; s. auch *Höpfner/Amschewitz*, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open Access-Kultur und Urheberrecht, *NJW* 2019, S. 2966 (2966).

68 Darauf hinweisend *Schulze* (Fn. 12), § 38 Rn. 25.

69 Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gem. § 38 IV UrhG, Satzung Nr. 90/2015; abrufbar unter https://www.uni-konstanz.de/typo3temp/secure_downloads/60959/0/4dba8009a4125316f7fa4c33872edd6f0ff01669/SatzungZweitveroeffentlichungsrecht.pdf.

70 Der offene Brief von *Theile* im Namen des Professoriums des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Universität Konstanz* ist abgedruckt in *Löwisch*, *Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung*, *OdW* 2016, 135, abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/14_loewisch_konstanzer-juristenfakultaet_verweigert_zweitveroeffentlichungspflicht_odw_2016.pdf.

71 VGH Mannheim, Beschluss v. 26.9.2017, Az.: 9 S 2056/16, abrufbar unter http://lrwb.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843 = *VBIBW* 2018, 166 = *ZUM* 2018, 211.

72 *S. Hartmer/Detmer*, *Hochschulrecht*, 3. Aufl. 2017, 4. Kapitel Rn. 165; *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (16); *Steinhauer* (Fn. 41), S. 57 f.; differenzierend hingegen *Schmidt* (Fn. 12), S. 81 ff., die die Pflichtenregelung im Berliner Hochschulgesetz für unverhältnismäßig hält.

73 Zur Schwerpunkttheorie des BVerfG vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998, Az.: 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 251 ff., abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097228.html>.

74 VGH Mannheim (Fn. 71), Rn. 77 ff.; ebenso *Haug* (Fn. 14), S. 89 (92); *Schmidt* (Fn. 12), S. 246 f.; *Krausnick* (Fn. 16), S. 367 (375 und 378).

75 *VGH Mannheim* (Fn. 71), Rn. 81; dies bezweifelt jedoch die Antragsgegnerin, a.a.O. Rn. 44; Hintergrund dieser Rechtsauffassung ist die im Urheberrecht vertretene Differenzierung zwischen Form und Inhalt bei der Gewährung von Urheberrechtsschutz, näher *Schmidt* (Fn. 12), S. 163 ff. sowie *Götting/Lauber-Rönsberg* (Fn. 15), S. 137 (141).

76 LT-Drs. 15/4684, S. 215 f., abrufbar unter https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP15/Drucksachen/4000/15_4684_D.pdf.

77 Zur Zuweisung der Ausgestaltung von Forschung und Lehre zur Landeskompetenz *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 70 Rn. 103 (Lfg. 53 Oktober 2008).

Hochschulmitglieder statuiert, wofür allein das Hochschulrecht der Länder berufen ist.⁷⁸

b) Vereinbarkeit mit Art 5 Abs. 3 S. 1 GG

In materieller Hinsicht geraten Open-Access-Zweitverwertungspflichten in eine Spannungslage mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

aa) Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch die sog. „Publikationsfreiheit“, also die Freiheit nach eigener Beurteilung der Veröffentlichungsreife, des Veröffentlichungsorgans und des Veröffentlichungszeitpunktes darüber zu entscheiden, wissenschaftliche Erkenntnisse der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.⁷⁹ Davon umfasst ist die Entscheidung über das „wie“ und „wann“, über das „wo“ sowie über das „ob“ der Veröffentlichung.⁸⁰ In ihrer Ausgestaltung als Abwehrrecht umfasst die Publikationsfreiheit zudem das Recht, nicht zu publizieren.⁸¹

bb) Eingriff

Weder Open-Access-Erstveröffentlichungs-, noch Zweitverwertungspflichten greifen in diese negative Publikationsfreiheit ein.⁸² Denn die Open-Access-Verpflichtung trifft keine Aussage über eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung, sagt also nicht, „ob“ veröffentlicht werden muss, sondern knüpft nur an das „wie“ der Veröffentlichung die Bedingung, dass diese Open Access zu erfolgen habe.⁸³

Auch auf das „wie“ der Erstveröffentlichung wirkt sich die Zweitverwertungspflicht nicht aus. Eine mit der Pflichtenregelung begründete verlagsseitige Ablehnung

eines Publikationswunsches wäre in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG unzulässig.⁸⁴ Aufgrund dieses Zweitverwertungsrechts müssen alle Verlage eine potentielle Zweitverwertung bereits in ihre Kalkulation einbeziehen, sodass durch die baden-württembergische Regelung auch nicht die Gefahr besteht, dass den von der Pflicht betroffenen Wissenschaftler*innen schlechtere finanzielle Konditionen für die Publikation geboten werden.⁸⁵

Ein Eingriff kann jedoch deshalb bejaht werden, weil sich eine Zweitverwertungspflicht auf die Publikationsrezeption auswirken kann.⁸⁶ Eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht berührt zudem das „wo“ der Publikationsfreiheit, weil in das Recht der Wissenschaftler*innen eingegriffen wird, über den Ort der Zweitverwertung frei zu disponieren, wenn ein Upload des Beitrags auf dem universitären Repositorium erfolgt.⁸⁷

cc) Rechtfertigung

Damit ist die Frage nach den Möglichkeiten einer Rechtfertigung von Open-Access-Zweitverwertungspflichten aufgeworfen. Die Wissenschaftsfreiheit steht nur unter dem Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken.⁸⁸ Als eingriffslegitimierendes Parlamentsgesetz steht § 44 Abs. 6 LHG BW Pate,⁸⁹ in dem jedoch auch verfassungsimmanente Wertungen zum Ausdruck kommen müssten. Nicht ausreichend wäre es daher, wenn mit der Norm bloß gesellschaftspolitische Ziele verfolgt würden.⁹⁰ Der Idee der freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur müsste vielmehr verfassungsrechtlicher Rang zukommen, um eine Verpflichtung der Wissenschaft rechtfertigen zu können.⁹¹

78 S. das Vorbringen der Antragsgegnerin im Verfahren vor dem VGH Mannheim (Fn. 71), Rn. 42 ff.; Peukert (Fn. 14), S. 7 f.; i.E. ebenso Steinhauer (Fn. 41), S. 34 f.

79 Gärditz (Fn. 40), Art. 5 Abs. 3 Rn. 111.

80 Vgl. Gärditz (Fn. 40), Rn. 111 ff.; Schmidt (Fn. 12), S. 50; Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, S. 179 (191), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf; anders aber Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, S. 436 (441), die nur Publikationspflichten an wissenschaftsinadäquaten Veröffentlichungsorten als schutzbereichseröffnend ansehen; anders auch Peukert (Fn. 14), S. 19 ff.

81 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191); Gärditz (Fn. 40), Rn. 103 sowie Rn. 113; auch dies ist nicht unbestritten geblieben, den Streitstand stellt dar Schmidt (Fn. 12), S. 50 ff.; s. zur a.A. Bäuerle (Fn. 7), S. 1 (14) sowie Pernice, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 28.

82 Peukert (Fn. 14), S. 19; so wohl auch Fehling (Fn. 80), S. 179 (212).

83 A.A., aber ohne nähere Begründung Krausnick (Fn. 16), S. 367

(378); undeutlich Haug (Fn. 14), S. 89 (92 f.).

84 Diese Gefahr sehen aber Haug (Fn. 14), S. 89 (93); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (379); Steinhauer (Fn. 41), S. 60.

85 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191).

86 Fehling (Fn. 80), S. 179 (191).

87 Vgl. Steinhauer (Fn. 41), S. 59.

88 Gärditz (Fn. 40), Rn. 151; Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

89 Zum Erfordernis Gärditz (Fn. 40), Rn. 152.

90 Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

91 Hier nicht vertieft, weil bisher nicht realisiert, wird die Rechtfertigung einer Verpflichtung zur Open-Access-Bereitstellung von Lehrmaterialien; hierfür kommt Art. 12 Abs. 1 GG als legitimierendes Grundrecht der Studierenden in Betracht, vgl. Gärditz (Fn. 40), Rn. 162; BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143, Rn. 58, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141143.html>; s. zur Verfassungsmäßigkeit der Verpflichtung zu digitalen Lehrveranstaltungen in Zeiten von Corona auch Dorf/Hartmer, Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?, Forschung&Lehre v. 3.4.2020, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehrer-dienstpflicht-2667/>.

(1) Art. 5 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension

Dafür in Betracht kommt Art. 5 Abs. 3 GG selbst in seiner objektiv-rechtlichen Dimension.⁹² In dieser Dimension schützt die Wissenschaftsfreiheit die Funktionsfähigkeit und Effizienz der Wissenschaft und kann dafür auch Freiheitsbeeinträchtigungen gegenüber den Wissenschaftler*innen legitimieren.⁹³

Ausprägung der Schutzfunktion ist auch die Förderung der Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse.⁹⁴ Nicht erforderlich ist es dafür jedoch, dass ohne Zweitverwertungspflicht erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen drohten und die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse einzubrechen droht.⁹⁵ Auch für die Rechtfertigung von Evaluationspflichten ist nicht etwa erforderlich, dass Lehre nahezu nicht mehr ordnungsgemäß stattfindet, sondern „nur“, dass die Qualität der Lehre sichergestellt werden soll.⁹⁶

Den freien Fluss forschungsrelevanter Informationen fördernde Maßnahmen können schon dann auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden, wenn eine Open-Access-Verpflichtung die Wissenschaftsfreiheit in Hinblick auf die Zugänglichkeit forschungsrelevanter Publikationen stärken kann.⁹⁷ Der Umweg über eine kommerzielle Verlagsveröffentlichung führt sowohl zu zeitlichen und ökonomischen Restriktionen bei der Publikation als auch bei der Rezeption, gerade auch in Anbetracht der im juristischen Publikationswesen zu beobachtenden Preissteigerungen.⁹⁸ Maßnahmen zugunsten einer freien Zugäng-

lichkeit von Forschungsliteratur können somit auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.⁹⁹

(2) Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht anderer Wissenschaftler*innen

Auch das aus der Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler*innen fließende Recht auf Zugang zu Forschungsergebnissen kann als rechtfertigende Verfassungswertung herangezogen werden.¹⁰⁰

(3) Informationsfreiheit

Fraglich ist hingegen, inwieweit die aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fließende Informationsfreiheit zugunsten von Open-Access-Verpflichtungen effektiviert werden kann. Zwar wird dem Grundrecht überwiegend kein Anspruch auf Zugänglichmachung von Informationen entnommen.¹⁰¹ Den Gesetzgeber trifft aber jedenfalls dann eine Schutzpflicht, wenn es zu Struktur- und Konzentrationseffekten auf dem Medienmarkt kommt, die Informationsmonopole befürchten lassen.¹⁰² Ob ein solcher die Schutzpflicht auslösender Status für die Rechtswissenschaft indes erreicht ist, ist zu bezweifeln. Die Verlagslandschaft kann als (noch) hinreichend diversifiziert gelten.¹⁰³ Mithin lässt sich die Informationsfreiheit (vorerst) nicht heranziehen, um Open-Access-Verpflichtungen zu rechtfertigen.

(4) Staatliche Finanzierung

Fraglich ist auch, ob die staatliche Finanzierung der Forschung als Gegenspieler der Wissenschaftsfreiheit her-

92 Gärditz (Fn. 40), Rn. 154; Fehling (Fn. 80), S. 179 (197); zurückhaltend hingegen Krausnick (Fn. 16), S. 367 (374); ebenso Sandberger, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens, Open Access und Wissenschaftsschranke, Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (80) abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/11_2017_02_sandberger_die-zukunft-des-wissenschaftlichen-publizierens_odw.pdf.

93 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); Gärditz (Fn. 40), Rn. 154.

94 Haug (Fn. 14), S. 89 (93).

95 So aber Haug (Fn. 14), S. 89 (94); im Einzelnen ist umstritten, ab wann die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit Eingriffe in das Abwehrrecht legitimieren kann; differenzierend Fehling (Fn. 80), S. 179 (197).

96 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143 Rn. 58, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141143.html>; Gärditz (Fn. 40), Rn. 155; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Evaluationspflichten auch zuletzt VGHW, Urt. v. 19.12.2019, Az.: 9 S 838/18, abrufbar unter http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=30323.

97 Dies jedenfalls für Förderbedingungen bejahend Fehling (Fn. 80), S. 179 (198), a.A. Haug (Fn. 14), S. 89 (93).

98 Hamann/Hürlimann (Fn. 63), S. 3 (28); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (11).

99 Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (10 f.); Vgl. auch Peukert (Fn. 14), S. 20.

100 Steinhauer (Fn. 41), S. 71 f. spricht hier von „Recherchefreiheit“; Dieses Interesse referenziert auch Schulze (Fn. 12), § 48 Rn. 25; Peukert (Fn. 14), S. 21; Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (14), der diese Problematik auf der Ebene des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit ansiedelt; a.A. Schmidt (Fn. 12), S. 93.

101 Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 1021 (Stand: 85. Lfg. November 2018); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (375); Fehling (Fn. 80), S. 179 (198).

102 Fehling (Fn. 80), S. 179 (198 f.); enger Grabenwarter (Fn. 101), Rn. 1022, der demokratiegefährdende Konzentrationstendenzen verlangt.

103 Vgl. Rux (Fn. 18), S. 70 (71); Die Anwendbarkeit der Informationsfreiheit dennoch befürwortend Fehling (Fn. 80), S. 179 (199); von einer Monopolstruktur gehen aus Hamann/Hürlimann (Fn. 63) S. 3 (22), die die jeweiligen Artikel bzw. die gesamte Fachzeitschrift als Monopolprodukt qualifizieren; indes sind die jeweiligen rechtlichen Inhalte gerade nicht unter dem Urheberrecht monopolisierbar, vgl. Schulze (Fn. 12), § 2 Rn. 93; dass die Bibliotheken Zeitschriften möglichst umfassend erwerben, liegt an ihrem Aufgabenzuschnitt.

angezogen werden kann.¹⁰⁴ Zwar verlangen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG auch Geltung gegenüber verbeamteten Hochschullehrer*innen und kommen als Rechtfertigungsgrund in Betracht.¹⁰⁵ Dies gilt jedoch nur in Hinblick auf nichtwissenschaftliche Dienstaufgaben, die äußere Form der Dienstleistung und die Einhaltung allgemeiner Regeln, während der Zugriff auf Wissenschaftsinhalte verwehrt ist.¹⁰⁶ Eine Verfügungsbefugnis des Staates über die Forschungsergebnisse der Wissenschaftler*innen ist daher abzulehnen;¹⁰⁷ gleiches gilt für eine Anbietungspflicht gegenüber dem Dienstherrn von in der Dienstzeit entstandenen Werken.¹⁰⁸

(5) Abwägung

Die kollidierenden Verfassungsgüter (also die Wissenschaftsfreiheit im Dreiecksverhältnis Autor*in – andere Wissenschaftler*innen – objektiv-rechtliche Dimension) sind im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.¹⁰⁹

Fraglich ist dabei insbesondere, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Wissenschaft erforderlich und angemessen sind.

So wird bezweifelt, ob eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht überhaupt nötig sei, da sich der Status quo in den Rechtswissenschaften deutlich von der Situation in anderen Fachbereichen unterscheidet: Während etwa in den Naturwissenschaften der Zugang zu Forschungsliteratur aufgrund von Monopolstrukturen als mitunter prekär qualifiziert werden könne,¹¹⁰ sei in der Rechtswissenschaft bisher die Funktionsfähigkeit gewahrt.¹¹¹ Dieser These ist jedoch begründet entgegen getreten worden: Eine Erhebung unter 35 rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften hat ergeben, dass auch in der deutschen Rechtswissenschaft erhebliche und schnelle Steigerungen der Zeitschriftenpreise erfolgt

sind.¹¹² Dies hat auch Auswirkungen auf die Bibliotheksextats, weshalb Bibliotheken durchaus in der Bereitstellung des Zugangs zu Fachliteratur eingeschränkt sind.¹¹³

In Hinblick auf die Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflicht nur um eine Zweitverwertungspflicht handelt. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wiegt also weniger schwer, als wenn eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht normiert worden wäre. Für ein nur sehr leichtes Gewicht des Eingriffs spricht zudem, dass von der Zweitverwertungspflicht betroffene Veröffentlichungen zuvor in Closed-Access-Zeitschriften publiziert wurden; hierbei werden in der Regel sämtliche Verwertungsrechte an den Verlag abgetreten. Die von der Zweitverwertungspflicht betroffenen Wissenschaftler*innen hätten also auch ohne die Pflicht gar nicht das Recht, außerhalb der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG über die Zweitverwertung zu disponieren.

Andererseits muss eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht aber den berechtigten Interessen der Wissenschaftler*innen Rechnung tragen und darf etwa dann nicht statuiert werden, wenn erstveröffentlichte Erkenntnisse überholt sind oder sich als falsch herausgestellt haben, die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist oder die Publikation Rechte Dritter verletzt; hierauf nimmt § 4 Abs. 1 der Konstanzer Satzung auch Rücksicht. § 44 Abs. 6 S. 2 LHG BW schafft die Grundlage, um den in der Wissenschaft Tätigen die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte Mitwirkung bei der Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung im Rahmen des Erlasses einer Hochschulsatzung zu ermöglichen.¹¹⁴ Auch wurden mittlerweile mit den Repositorien der Hochschulen wissenschaftsadäquate Open-Access-Publikationsinfrastrukturen – jedenfalls für Open-Access-Zweitveröffentlichungen – geschaffen.¹¹⁵ Damit stellt sich die Open-Access-Zweitverwertungspflicht – jedenfalls in der Ausgestaltung

104 Dass die Finanzierung durch Personal- und Sachmittel der öffentlichen Hand erfolgt, ist ein regelmäßig zugunsten von Open Access vorgetragenes Argument, s. nur *Bäuerle* (Fn. 8), S. 1 (5).

105 *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 176.

106 *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 176.

107 *Haug* (Fn. 14), S. 89 (93).

108 *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 67), S. 2966 (2970); *Schmidt* (Fn. 12), 1. Teil Kapitel 2 und 3 sowie 2. Teil Kapitel 1 passim; *Steinhauer* (Fn. 41), S. 26 ff.; vertiefend auch *Lutz* (Fn. 60), S. 207 ff.

109 Zur praktischen Konkordanz allgemein *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, *Der Staat* 2014, 263; für Art. 5 Abs. 3 GG s. *Pernice*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 42; *Schübler-Pfister*, in: *Gärditz/Pahlow* (Hrsg.), *Hochschulerfinderrecht*, 2011, Teil 1 Rn. 22.

110 Zahlen finden sich bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 80), S. 436 (437).

111 In diese Richtung für die Rechtswissenschaft *Gärditz* (Fn. 40), Rn. 158 Fn. 9; ebenso *Haug* (Fn. 14), S. 89 (94).

112 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 63) S. 3 (22 ff.).

113 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 63) S. 3 (29).

114 Zu den Mitwirkungsrechten vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 5.2.2020, Az.: 1 BvR 1586/14 Rn. 16, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/er/erk20200205_1bvr158614.html.

115 Diese Forderung, jedoch in Hinblick auf eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, formuliert *Peukert* (Fn. 14), S. 23 ff.; als Fachrepositorium in der Rechtswissenschaft fungiert <intR>²Dok[§], erreichbar unter <https://intr2dok.vifa-recht.de/content/index.xml>; zum Repositorium *Mathieu*, Open Access für die Rechtswissenschaft: Pflicht oder Privatsache? Eine bibliothekarische Perspektive, in: *Hamann/Hürlimann* (Fn. 51), S. 203 (205 f.).

durch die *Universität Konstanz* im Zusammenspiel mit dem baden-württembergischen Gesetzgeber – als gerechtfertigter Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar.¹¹⁶

c) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

Während die Produktion und Publikation von Forschungs- und Lehrmaterialien der Wissenschaftsfreiheit unterfällt, wird deren wirtschaftliche Verwertung überwiegend den Schutzbereichen der Eigentums- und Berufsfreiheit zugeordnet.¹¹⁷

Der Urheber genießt den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.¹¹⁸ Als Inhalts- und Schrankenbestimmung bedarf die Open-Access-Zweitverwertungspflicht der Rechtfertigung, dies erst Recht, als das Gesetz keinen ausgleichenden Vergütungsanspruch des Urhebers vorsieht.¹¹⁹ Beschränkungen des Verwertungsrechts können dabei nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden,¹²⁰ das jedoch in Anbetracht des Interesses an bestmöglicher Wissenschaftskommunikation anzunehmen ist.¹²¹ Die Regelung stellt sich auch als verhältnismäßig dar, da bei der Erstveröffentlichung typischerweise bereits über die weitergehenden Verwertungsrechte abschließend disponiert wurde.¹²²

Auch in Hinblick auf die Berufsfreiheit lässt sich ein Eingriff im Sinne einer Berufsausübungsregelung aufgrund der Reduktion der Erwerbchancen zwar annehmen. Dieser ist in Hinblick auf die zugleich ermöglichte erleichterte Wissenschaftskommunikation jedoch ebenfalls als gerechtfertigt anzusehen.¹²³

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

Schließlich sind Zweifel an der Vereinbarkeit von Open-Access-Zweitverwertungspflichten mit der europäischen Urheberrechtsrichtlinie¹²⁴ angemeldet worden.¹²⁵ Dies deshalb, weil die Urheberrechtsrichtlinie in Art. 5 einen abschließenden¹²⁶ Schrankenkatalog für Eingriffe in das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht. Bezweifelt worden ist, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten von diesem Schrankenkatalog erfasst werden können.¹²⁷ Nach Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulassen, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Genau hierum handelt es sich im Falle der Zweitverwertungspflicht, wenn bereits publizierte Artikel auf universitätseigenen Repositorien online gestellt werden.¹²⁸ Auch den weiterhin nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie erforderlichen „Dreistufentest“ besteht die Open-Access-Zweitverwertungspflicht, weil sie legitime Zwecke verfolgt, weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich beeinträchtigt werden. § 38 Abs. 4 UrhG sieht ja bereits jetzt schon ein Zweitveröffentlichungsrecht vor, sodass verlagsseitige Verwertungsrechte nicht tangiert sind.¹²⁹ Auch eine ungebührliche Beeinträchtigung der

116 Anders stellte sich die Bewertung einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht dar, weil hierdurch den Wissenschaftler*innen weitreichend auch die Möglichkeit zur freien Disposition über den Ort der Erstveröffentlichung genommen wäre.

117 Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2969); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (10); differenzierend hingegen Gärditz (Fn. 40), Rn. 90 ff.

118 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 39; nicht jedoch die Verlage, vgl. Haug (Fn. 14), S. 89 (94 f.); ebenso Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2970); Fehling (Fn. 80), S. 179 (186); Peukert (Fn. 14), S. 16 f.

119 Ein solcher wurde vom BVerfG in der Entscheidung zum Schulbuchprivileg für erforderlich erachtet, s. BVerfG, Beschluß v. 7.7.1971, Az.: 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229, abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv031229.html>.

120 Dreier (Fn. 118), Rn. 39.

121 Haug (Fn. 14), S. 89 (94); a.A. aber Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2970), die eine Vergütungsregelung fordern.

122 I.E. ebenso Krausnick (Fn. 16), S. 367 (374).

123 Haug (Fn. 14), S. 89 (95); Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2971); Krausnick (Fn. 16), S. 367 (375); anders läge die Sache hingegen im Falle einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, weil eine solche den Urhebern die Kommerzialisierung

der Publikation gänzlich unmöglich machen würde; a.A. aber Peukert (Fn. 14), S. 30; erforderlich wäre dann zumindest eine Vergütungsregelung wie etwa in § 42 Nr. 4 ArbNErfG.

124 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:DE:PDF>.

125 Haug (Fn. 14), S. 89 (91 f.); im Ergebnis auch, aber differenzierender Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2971 ff.); zu den grundfreiheitlichen Implikationen näher Krausnick (Fn. 16), S. 367 (371 ff.).

126 S. Erwägungsgrund 32 der Richtlinie.

127 Es wurde schon in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG diskutiert, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen die Schrankenregelung handele; dies lehnen richtigerweise ab Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

128 Zweifel in Hinblick auf die Ausschließlichkeit der wissenschaftlichen Zweckrichtung verfängt nicht, so überzeugend Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

129 Anders, dabei aber diesen Aspekt unberücksichtigt lassend Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972).

Interessen des Rechtsinhabers ist nicht festzustellen, insofern kann auf die Erwägungen zur Angemessenheit der Grundrechtsbeeinträchtigung verwiesen werden.¹³⁰ Ein Verstoß gegen die Urheberrechtsrichtlinie scheidet damit ebenfalls aus.

2. Förderung

Auch wenn Open-Access-Zweitverwertungspflichten demnach aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht als zulässig zu bewerten sind, sollte die Öffnung der Rechtswissenschaft keine erzwungene sein, sondern auf die freie Entscheidung der Wissenschaftler*innen zurückgeführt werden.¹³¹ Um einen Kulturwandel zu erreichen, sollte die Politik dafür das Anreizinstrumentarium effektivieren und die Wissenschaftsförderung gezielter als bisher dazu nutzen, um ihr Interesse an einer Öffnung der Rechtswissenschaft Gewicht zu verleihen. Forschungsförderung an die Bedingung einer Open-Access-Publikation der Forschungsergebnisse und an das Forschungsprojekt begleitende Wissenschaftskommunikation zu knüpfen,¹³² wird auf weitaus größere Einsicht der Rechtswissenschaftler*innen stoßen und kommt auch weitgehend ohne Konfliktlage zu grundrechtlichen Verbürgungen aus.¹³³

Dafür reichen die bisherigen Bemühungen jedoch nicht. Mittlerweile haben die Hochschulen zwar von der DFG geförderte¹³⁴ Open Access-Förderfonds aufgesetzt, aus denen nicht nur Publikationsgebühren für Open-Access-Zeitschriftenartikel, sondern teilweise auch die Kosten für Open-Access-Monographien erstattet werden können.¹³⁵ Indes widersprechen die Förderbedingungen den in der Rechtswissenschaft etablierten Fachkulturen und finden daher nur wenig Interesse: So fließen die Fördergelder vollständig den Verlagen zu, während die Wissenschaftler*innen leer ausgehen. Auch eine Förderung von Open-Access-Veröffentlichungen in etablierten Closed-Access-Zeitschriften wird häufig ausgeschlossen, was der Reputationskultur in der Rechtswissenschaft zuwiderläuft.¹³⁶

Auch die Drittmittelforschung wird bisher nicht vollständig von Open-Access-Veröffentlichungspflichten abhängig gemacht.¹³⁷ Die DFG etwa fordert dies zwar, zwingt aber nicht dazu.¹³⁸ Öffentliche Fördermittel für OER-Projekte sind zudem rar.¹³⁹

3. Freiwilligkeit: § 38 Abs. 4 UrhG

Wen abseits von Kommerzialisierungsinteressen die Idee einer offenen Wissenschaft überzeugt und wer

130 Anders wiederum Höpfner/Amschewitz (Fn. 67), S. 2966 (2972 f.), die die Zahlung einer angemessenen Vergütung an den Urheber für erforderlich erachten.

131 So auch Steinhauer (Fn. 41), S. 48.

132 Zum Modell des Wissenschaftsförderungsrechts in den USA und dem Vereinigten Königreich Peukert (Fn. 14), S. 5 f.; Förderung ebenfalls befürwortend Sandberger (Fn. 92), S. 75 (80); weitere Anreizinstrumente finden sich bei Schmidt (Fn. 12), S. 249: Mittelvergabe orientiert an Open-Access-Veröffentlichungen; Open-Access-Veröffentlichungen als Gegenstand von Berufungsvereinbarungen.

133 Eine grundrechtliche Bindung privater Forschungsförderer scheidet von vorneherein aus; eine Spannungslage zu den grundrechtlichen Verbürgungen der Wissenschaftler*innen kann nur dort entstehen, wo die Grundausstattung betroffen ist; ansonsten handelt es sich bei der Forschungsförderung nämlich schon um keinen Grundrechtseingriff, sondern um eine freiheitserweiternde Leistung, vgl. umfassend zu dieser Frage Fehling (Fn. 80), S. 179; Schmidt (Fn. 12), S. 119 ff. sowie 249 f.; vgl. auch Gärditz (Fn. 40), Rn. 104 sowie Steinhauer (Fn. 41), S. 73 ff.

134 Förderprogramm „Open Access Publizieren“, https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/lis_foerderangebote/open_access/.

135 So ko-finanziert bspw. die Freie Universität Berlin nunmehr in einer Pilotphase auch Publikationskosten für Open-Access-Monographien und -Sammelbände; nähere Informationen unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/finanzierung/monogr-sammelbaende/index.html.

136 Auch wenn die Kritik am „double dipping“ bei sog. hybriden Open-Access-Modellen durchaus berechtigt sein mag, vgl. hierzu näher Mittermaier, Double Dipping beim Hybrid Open Access – Chimäre oder Realität?, Informationspraxis Bd. 1, Nr. 1 (2015), 1, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.11588/ip.2015.1.18274>.

137 Zwangsmodelle sind bereits auf europäischer Ebene im Rahmen des Förderprogramms Horizon 2020 (s. bereits Fn. 49 sowie <https://www.horizont2020.de/einstieg-open-access.htm>) realisiert; auch am „Plan S“ beteiligte nationale Förderorganisationen wollen Forschungsförderung von Open-Access-Verpflichtungen abhängig machen.

138 DFG-Vordruck 2.00 – 12/15, S. 44, abrufbar unter https://www.dfg.de/formulare/2_00/v/dfg_2_00_de_v1215.pdf.

139 Wikimedia Deutschland e.V. (Hrsg.) (Fn. 23), S. 60; einen ersten Beitrag leisten Förderprojekte wie das Fellow-Programm Freies Wissen; Finanzierungsformen wie Crowd-Sourcing könnten eine Alternative darstellen, vgl. Deimann/Neumann/Muuß-Merholz (Fn. 19), S. 35.

einen Beitrag zur Idee global verfügbaren, frei zugänglichen Wissens beisteuern will, kann auch heute schon ganz einfach seinen Beitrag leisten.

Aufsatzpublikationen werden sich künftig auch reputationsfördernd in Open-Access-Zeitschriften unterbringen lassen.¹⁴⁰ Wer bisher in Closed-Access-Journals veröffentlicht und davon erst einmal nicht absehen möchte, kann bis dahin seine Aufsätze auf dem grünen Weg der Allgemeinheit zur Verfügung stellen. Zeitschriftenaufsätze dürfen im Rahmen der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG¹⁴¹ nach einer Embargofrist von einem Jahr Open Access zugänglich gemacht werden. Die Erfahrungen des Autors dieses Beitrags zeigen, dass die Zeitschriften häufig damit einverstanden sind, dafür auch die gesetzte Manuskriptversion zur Verfügung zu stellen. Die Datei lässt sich einfach auf einem universitätseigenen Repositorium hochladen und ist dann – auf dem sog. grünen Weg – Open Access verfügbar.

Dissertationen und andere Monographien müssen nicht im Verlag, sondern können auch auf den universitären Repositorien kostenlos Open Access veröffentlicht werden. Für alle, die auf eine Verlagsveröffentlichung aus Reputationsgründen nicht verzichten können, bieten immer mehr Verlage auch Open-Access-Modelle an. Die damit häufig verbundenen höheren Kosten werden durch eine umfassende Sichtbarkeit der eigenen Forschung ausgeglichen.¹⁴²

In Hinblick auf Lehrmaterialien stellen alle mit Lehraufgaben Betrauten auch heute schon sehr viel Material kostenlos zur Verfügung. Über eine offene Lizenzierung und einen Upload außerhalb der geschlossenen Lernplattformen der Universitäten könnten diese einem weit größeren Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden.

IV. Fazit

Die Digitalisierung öffnet einen Weg, in der all unser Wissen frei im digitalen Raum verfügbar sein könnte. Ob wir diesen Weg gehen oder Wissen weiter hinter Bezahlschranken verstecken wollen, liegt in der Hand eines jeden von uns. Nehmen wir also mit *Kant* den Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit¹⁴³ und entscheiden künftig bewusst darüber, wie wir Forschungsergebnisse und Lehrmaterialien veröffentlichen möchten. Dass in der Rechtswissenschaft bisher wenig von den Möglichkeiten öffentlicher Forschung und Leh-

re Gebrauch gemacht wird, hat Gründe, die nicht durch Zwangssysteme überspielt, sondern im konstruktiven Dialog mit der Politik beseitigt werden sollten. Gleichzeitig sollten wir uns nicht hinter vorgeschobenen Gründen verstecken, sondern bewusst mit den Potentialen einer öffentlichen Rechtswissenschaft auseinandersetzen und von den schon heute bestehenden Möglichkeiten mutiger Gebrauch machen.

Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin sowie Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin. Er ist Herausgeber des ersten offen lizenzierten Lehrbuchs zum Verwaltungsrecht „Verwaltungsrecht in der Klausur“ sowie des Open-Access-Fallrepetitoriums „Fälle zum Verwaltungsrecht“.

140 Hamann/Hürlimann (Fn. 63), S. 3 (13).

141 Vor Erlass der Norm wurde intensiv um die Zulässigkeit dieser als Recht ausgestalteten Regelung gerungen; s. dazu Krausnick (Fn. 16), S. 367 (376 ff.); Fehling (Fn. 80), S. 179 (183 f.); Bäuerle (Fn. 8), S. 1 (16); Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466; die Regelung für unions- und verfassungswidrig erachtend hingegen Müßig (Fn. 61), S. 221 (229 ff.); Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM

2013, 461.

142 S. Steinhauer, Zur Sichtbarkeit und Verbreitung rechtswissenschaftlicher Dissertationen, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 51), S. 31.

143 Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, Berlinische Monatsschrift, Dezember 1784, S. 481, abrufbar unter http://www.deutsches-textarchiv.de/book/show/kant_aufklaerung_1784.

Viktor Kurz

Gesetzesänderung zur Unterstützung von Wissenschaft und Studierenden – Änderungen des WissZeitVG und BAföG aufgrund der COVID-19-Pandemie

I. Änderungen des WissZeitVG (§ 7)

1. Hintergrund der Gesetzesänderung

Zu Beginn des Jahres 2020 brach das Corona-Virus aus. Infolge dieser Pandemie und den Maßnahmen zur Eindämmung der Krankheit blieben auch Wissenschafts- und Hochschulbetriebe vor Einschränkungen nicht verschont. Labore, Bibliotheken und andere elementare Einrichtungen wurden pandemiebedingt geschlossen. Viele Forschungsvorhaben können daher nur eingeschränkt oder gar nicht weitergeführt werden. Das Problem spitzt sich besonders bei jungen Wissenschaftler*innen zu, die befristet beschäftigt sind und nach § 2 Absatz 1 WissZeitVG der Höchstbefristungsgrenze unterliegen.¹ Das neue Gesetz unterstützt die Wissenschaftler*innen, die ihre Qualifizierungsziele iSd § 2 I WissZeitVG nicht erreichen können, damit sie ihre berufliche Weiterbildung fortführen können.² Es soll einen Ausgleich für den Zeitraum pandemiebedingter Einschränkungen schaffen.³

Aufgrund dessen wurde am 07. Mai 2020 eine Änderung des WissZeitVG beschlossen.⁴ Das Gesetz tritt mit Wirkung zum 01. März 2020 in Kraft.⁵ Danach wird in die Überschrift des § 7 WissZeitVG der Begriff „Verordnungsermächtigung“ angefügt. Ein neuer Abs. 3 wird mit folgendem Wortlaut hinzugefügt:

„(3) Die nach § 2 Absatz 1 Satz 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich um sechs Monate, wenn ein Arbeitsverhältnis nach § 2 Absatz 1 zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 besteht.
² Das Bundesministerium für Bildung und Forschung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die zulässige Befristungsdauer höchstens um weitere sechs Monate zu verlängern, soweit dies aufgrund fortbestehender Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland gebo-

ten erscheint; die Verlängerung ist auch auf Arbeitsverhältnisse zu erstrecken, die nach dem 30. September 2020 und vor Ablauf des in der Rechtsverordnung genannten Verlängerungszeitraums begründet werden.“⁶

2. Neuregelung Satz 1

Voraussetzung für die sechs-monatige Verlängerung nach Satz 1 ist das Bestehen des Arbeitsverhältnisses iSd § 2 Absatz 1 WissZeitVG. Zu erörtern bleibt, ob jedes Arbeitsverhältnis umfasst ist, das im Zeitraum vom 01. März 2020 bis zum 30. September 2020 rechtlich bestanden hat oder ob weitere Anforderungen erfüllt sein müssen. Arbeitsverhältnisse iSd § 2 Absatz 1 WissZeitVG können im Jahr 2020 abgeschlossen werden, wobei die eigentliche Aufnahme der Tätigkeit erst im Jahr 2021 erfolgt. Diese Arbeitsverhältnisse sehen sich durch die eventuellen Entwicklungen der Corona-Maßnahmen im Jahr 2021 keinen Einschränkungen mehr gegenüber, genießen aber die Verlängerung um sechs Monate, da das Arbeitsverhältnis schon 2020 bestand. Ein solch allumfassender Schutz übersteigt den Sinn und Zweck der Regelung. Vor diesem Hintergrund scheint eine Einschränkung der in dem genannten Zeitraum „bestehenden“ Arbeitsverhältnisse geboten.

a) Faktischer Eingriff in die wissenschaftliche Tätigkeit

Es ließe sich anführen, auf einen faktischen Eingriff in die Forschungstätigkeit abzustellen. Damit würden nur die Wissenschaftler*innen von der Verlängerung der Befristung profitieren, die tatsächlich in ihrer Forschung eingeschränkt sind. Dagegen spricht aber, dass bei einem rein faktischen Eingriff die Frage bleibt, wann ein solcher vorliegt. Ist ein solcher noch gegeben, wenn Labore und Bibliotheken teilweise wieder geöffnet haben, aber nur einer beschränkte Personenzahl Zutritt gewährt

1 BT-Drucks 19/18699, S. 1.

2 BT-Drucks 19/18699, S. 1, 2.

3 Ebd.

4 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw17-de-wissenschaftsunterstuetzung-691628> (2. Juni 2020).

5 BT-Drucks 19/18699, S. 4.

6 Die abgedruckten Gesetzestexte stammen aus Nr. 4 BGBl 28.05.2020 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s1073.pdf%27%5D__1591097899257, 2. Juni 2020).

wird? Dies führt zu Einzelfallprüfungen ohne bestimmte Kriterien und damit zu einer massiven Rechtsunsicherheit für die Wissenschaftler*innen. Des Weiteren müsste auch die Befristungsverlängerung entsprechend der Dauer der Tätigkeit in der Zeit zwischen dem 01. März und dem 30. September verkürzt werden. Eine solche Auslegung kann dem Wortlaut nicht beizumessen sein.

Das Bestehen in Satz 1 auf den rein faktischen Eingriff zu konkretisieren, ist nicht sachgerecht.

b) Tatsächliche Aufnahme der wissenschaftlichen Tätigkeit

Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob die wissenschaftliche Tätigkeit tatsächlich im Zeitraum vom 01. März 2020 bis zum 30. September 2020 aufgenommen wurde. Damit wird den Wissenschaftler*innen ausreichend Schutz geboten, die in der Zeit der Corona-Maßnahmen eingeschränkt sind und ihre Qualifizierungsziele iSd § 2 I WissZeitVG nicht erreichen können.

3. Neuregelung Satzes 2

Nach dem Zeitraum März bis September 2020 kann die Befristungsgrenze durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung durch eine zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung die Befristungsdauer um bis zu sechs weitere Monate verlängert werden, wenn pandemiebedingte Einschränkungen dies weiter erfordern.⁷ Abweichend von Satz 1 müssen die Arbeitsverhältnisse nach dem 30. September 2020 und vor dem Ablauf des Verlängerungszeitraums „begründet“ worden sein. Hier gebietet sich die gleiche Auslegung wie bei Satz 1, um die genannten Probleme zu verhindern. Die Wissenschaftler*innen müssen in dieser Zeit tatsächlich ihre wissenschaftliche Arbeit aufgenommen haben.

II. Änderung des BAföG (§§ 21, 53, 66a)

1. Hintergrund der Gesetzesänderung

Gehen Auszubildende neben ihrer Ausbildung einer Beschäftigung nach, werden diese Einkünfte auf die Leistungen des BAföG angerechnet und diese entsprechend gemindert, § 11 Absatz 2 BAföG. Um den Auszubildenden Anreize zu schaffen, in der COVID-19-Pandemie systemrelevanten Tätigkeiten nachzugehen und damit diese zu unterstützen, wurde am 27. März 2020 das COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz verabschiedet. Die dortige Änderung ermöglichte den Auszubil-

denden, in Gesundheits- und sonstigen sozialen Einrichtungen, sowie in der Landwirtschaft zu engagieren, ohne dass der hieraus gezahlte Lohn auf Bezüge aus dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) angerechnet wird.⁸ Aufgrund der personellen Herausforderung wird diese Möglichkeit nun auf andere systemrelevante Bereiche erweitert.⁹ Am 07. Mai 2020 wurde deshalb eine Änderung des BAföG beschlossen.¹⁰ Auszubildende sollen einen Anreiz erhalten, vorübergehend in der Corona-Pandemie mitzuarbeiten und entsprechend belohnt zu werden.¹¹ Das Gesetz tritt mit Wirkung zum 01. März 2020 in Kraft.¹²

Folgende Änderungen wurden beschlossen:

– § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG wird eingefügt:

„5. zusätzliche Einnahmen aus einer Tätigkeit der Antragstellenden in systemrelevanten Branchen und Berufen, soweit die Tätigkeit zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie und deren sozialen Folgen seit dem 1. März 2020 aufgenommen oder in ihrem arbeitszeitlichen Umfang aufgestockt wurde, für die Dauer dieser Tätigkeit oder Arbeitszeitaufstockung.“

– § 53 Absatz 2 BAföG wird aufgehoben.

– § 66a Absatz 8 BAföG wird eingefügt:

„(8a) § 21 Absatz 4 Nummer 5 ist ab dem ersten Tag des Monats nicht mehr anzuwenden, der auf den Monat folgt, in dem die Aufhebung der vom Deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite infolge der COVID-19-Pandemie nach § 5 Absatz 1 Satz 3 des Infektionsschutzgesetzes bekannt gemacht wird. Der nach Satz 1 maßgebliche Tag ist vom Bundesministerium für Bildung und Forschung im Bundesgesetzblatt bekanntzumachen.“

2. Neuregelung § 21

§ 21 I BAföG bestimmt grundsätzlich was als „Einkommen“ iSd BAföG gilt. Danach sind alle positiven Einkünfte als „Einkommen“ zu qualifizieren. Absatz 4 stellt zu diesem Grundsatz eine Ausnahme dar. Er definiert Einkünfte, die nicht als „Einkommen“ iSd Absatz 1 gelten. Sie werden nicht auf Leistungen nach dem BAföG angerechnet. Mit der Einführung der Nr. 5 zählen hierzu nun Tätigkeiten in systemrelevanten Branchen und Berufen, die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie und deren sozialen Folgen dienen. Eine solche Tätigkeit muss entweder ab dem 01. März 2020 neu aufgenommen worden sein oder eine bereits bestehende Tätigkeit in ihrem arbeitszeitlichen Umfang aufgestockt worden

⁷ BT-Drucks 19/18699, S. 4.

⁸ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/2020/1-quartal/corona-gesetzespaket-im-bundesrat.html> (2. Juni 2020); BT-Drucks 19/18699, S. 1.

⁹ BT-Drucks 19/18699, S. 1.

¹⁰ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw17-de-wissenschaftsunterstuetzung-691628> (2. Juni 2020).

¹¹ BT-Drucks 19/18699, S. 5, 8.

¹² BT-Drucks 19/18699, S. 4.

sein. Bei letzterem fällt nur das „Aufgestockte“ unter die Ausnahmeregelung. Das reguläre Einkommen wird nach den üblichen Regelungen angerechnet.

a) Aufgenommene oder aufgestockte Tätigkeit

Der Grund für die Aufnahme oder der Aufstockung der Tätigkeit muss aus der Pandemie resultieren.¹³ Eine generalisierende Aussage, dass alle aufgenommenen oder aufgestockten Tätigkeiten der Nr. 5 unterliegen, hat vor dem Hintergrund der übrigen Gesetzesänderungen im Sozialrecht keinen Halt. Der Gesetzgeber hat in § 421c SGB III für das Kurzarbeitergeld geregelt, dass das Einkommen aus systemrelevanten Branchen und Berufen nicht zum Ist-Entgelt hinzugerechnet wird, wenn die Tätigkeit zwischen dem 1. April und dem 31. Oktober 2020 aufgenommen wurde.¹⁴ Hier wird das Kriterium „zur Bekämpfung der Pandemie“ nicht aufgeführt. Daher darf der Zusatz in § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG nicht leerlaufen. Vorgaben, wann eine Aufnahme oder Aufstockung „zur Bekämpfung“ erfolgt, gibt es jedoch nicht. Wie eine solche Differenzierung vorzunehmen ist, muss daher näher beleuchtet werden.

aa) Grundfälle

Einfach zu beurteilen sind die Fälle, bei denen der Arbeitgeber seinen Bestand an Mitarbeitern aufgrund der Mehrarbeit bedingt durch die Pandemie erweitern möchte. Die Aufstockung oder Aufnahme der Tätigkeit erfolgt dann „zur Bekämpfung“ iSd Nr. 5.

Ebenfalls einfach zu beantworten, ist der Fall, bei dem der Arbeitgeber zwei neue Mitarbeiter einstellt, weil zuvor zwei seiner Arbeitnehmer gekündigt haben oder das Arbeitsverhältnis aus anderem Grund endete. Hier möchte der Arbeitgeber seinen Grundbestand an Mitarbeitern sichern. Die Aufnahme erfolgt dann nicht „zur Bekämpfung“ iSd Nr. 5.

bb) Mischfälle

Problematisch liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber beispielsweise drei neue Mitarbeiter sucht, nachdem bei zwei Arbeitnehmern das Arbeitsverhältnis endete. Hierin liegt eine Kombination aus Fall 1 und 2. Daher werden zwei Mitarbeiter nicht pandemiebedingt, wohingegen der Dritte pandemiebedingt eingestellt wird. Fraglich ist, wer der „dritte“ von den drei neuen Mitarbeitern ist, der „zur Bekämpfung der Pandemie“ eingestellt wurde.

(1) Befristungslösung

Ein Indiz könnte die Befristung solcher Arbeitsverträge sein. Diese könnte dann aufgrund der Dauer der COVID-19-Pandemie gem. dem TzBfG verlängert werden. Dagegen spricht jedoch, dass der Arbeitgeber nicht alle Arbeitnehmer nach der Pandemie entlassen möchte und deshalb auch unbefristet einstellt. Somit wären Auszubildende, die pandemiebedingt ihre Tätigkeit unbefristet aufnehmen, benachteiligt und würden aus der Sonderregelung der Nr. 5 herausfallen. Dies scheint nicht sachgerecht.

(2) Zeitliche Lösung

Andererseits könnte auf die zeitliche Komponente abgestellt werden. Danach ist „Dritter“ derjenige, mit dem das Arbeitsverhältnis zuletzt entstand. Dagegen spricht allerdings, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oft von Zufälligkeiten und Terminplanung abhängt. Außerdem könnte dies dazu führen, dass Auszubildende den Vertragschluss von Umständen abhängig machen, wie z.B. ob vor ihnen schon genug andere Arbeitnehmer eingestellt wurden, damit ihre Tätigkeit als pandemiebedingt aufgenommen gilt.

(3) Arbeitgeberlösung

Schließlich wird es darauf hinauslaufen, dass der Arbeitgeber selbst entscheidet, welche Arbeitnehmer „zur Bekämpfung der Pandemie“ eingestellt oder aufgestockt werden. Der Arbeitgeber wird hierzu eine entsprechende Erklärung gegenüber dem BAföG-Amt abgeben. Dies wird in Form eines neuen Formblattes nach dem BAföG oder einer handschriftlichen Erklärung erfolgen.

Klar ist, dass die Entscheidung des Arbeitgebers damit nicht anhand von Kriterien nachprüfbar ist. Damit steht die Ausnahme der Nr. 5 der Disposition des Arbeitgebers zu, der diese entweder aufgrund von Nichtwissen falsch anwenden oder missbrauchen könnte. Hier ist auf das Vertrauen der Arbeitgeber zu setzen.

cc) Arbeitgeberwechsel

Zu erörtern bleibt zuletzt, wie sich ein Arbeitgeberwechsel und die Regelung der Nr. 5 gegenüberstehen. Fraglich ist, ob Nr. 5 Anwendung findet, wenn ein Auszubildender, der bereits in einer systemrelevanten Branche arbeitet, den Arbeitgeber wechselt, um damit pandemiebedingt eine Tätigkeit aufzunehmen. Nach dem Sinn und

13 BT-Drucks 19/18699, S. 6.

14 Löwisch, BB 2020, 949, 950.

Zweck der Regelung erscheint es möglich die Regelung Nr. 5 anzuwenden. Ein Auszubildender, der in einer systemrelevanten Branche eine Tätigkeit aufnimmt, soll für seine Mithilfe belohnt werden.¹⁵ Für die Qualität dieser Mithilfe muss es gleichgültig sein, woher der Auszubildende kommt. Entscheidend ist, dass er dort eine Tätigkeit aufnimmt, wo sie gebraucht wird. Zumindest wird nach der Arbeitgeberlösung der Auszubildende regelmäßig als pandemiebedingt eingestuft werden.

b) Systemrelevante Branchen und Berufe

Systemrelevante Branchen und Berufe iSd Nr. 5 sind die Ordnungs- und Sicherheitsbehörden, Energie- und Wasserversorger, der Transport- und Personenverkehr, die Aufrechterhaltung von Kommunikationswegen, das Gesundheitswesen, die Landwirtschaft, die Lebensmittelindustrie, das Bildungssystem, die Kinder- und Jugendhilfe, die Behindertenhilfe und die Erzieher.¹⁶ Eine Orientierung für das Merkmal „systemrelevant“ gibt das BSI-Krisengesetz und die landesrechtlichen Bestimmungen zur Berechtigung von Kindernotfallbetreuung.¹⁷

3. Neuregelung § 66a

§ 66a Absatz 8a bildet den zeitlichen Rahmen für die Regelung des § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG. Danach wird die Anwendung des § 21 Absatz 4 Nr. 5 BAföG ausgeschlossen, wenn der Bundestag gem. § 5 Absatz Satz 3 Infektionsschutzgesetzes die Aufhebung der epidemischen Lage bekannt gibt. Der maßgebliche Tag wird vom Bun-

desministerium für Bildung und Forschung im Bundesgesetzblatt bekanntgegeben. Der Ausschluss gilt dann ab dem folgenden Monat.

Viktor Kurz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschul Arbeitsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er dankt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch herzlich für die Anregungen.

¹⁵ BT-Drucks 19/18699, S. 8.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Ebd; tiefergehender Ausführungen zu „systemrelevante Branchen und Berufe“ siehe *Löwisch*, BB 2020, 948, 950.

Jan Wiktor Tkaczyński/Wiktor Kordyś

Über das Jurastudium in Polen

Zwischen Anpassung und Kontinuität

I. Einführung

Das Jurastudium in Polen steht auch 30 Jahre nach der Wende von 1989 am Scheideweg. Einerseits bleibt es der Linie einer typischen akademischen Ausbildung treu verhaftet, andererseits jedoch versucht es, sowohl dem internationalen Bologna-Umfeld als auch dem nationalen Druck nach mehr pragmatischer Flexibilität gerecht zu werden. Denn die grundsätzliche Frage bleibt weiterhin offen: Geht es um eine solche juristische Ausbildung, in Folge deren auf den Arbeitsmarkt bloß reine Fachleute kommen? Oder, doch anders, sollen diejenigen kommen, die zusätzlich, über breitere geistige Horizonte verfügen? Also kurz gefragt, will man die juristischen „Technokraten“, oder, um sich des obsoleten Wortes zu bedienen, die Zugehörigen einer Klasse von Staatsdienern bzw., um nach dem modernen Begriff zu greifen, Gesellschaftsdienern?

Das Dilemma ist natürlich nicht neu und ganz bestimmt nicht nur ein polnisches. Dennoch lohnt es sich, gerade am Beispiel des polnischen Ausbildungsmodells der Juristen *in spe*, nochmals Gedanken darüber zu machen, was wir eigentlich von einem Kandidaten zum Juristen erwarten? Wer darf sich ausgebildeter Jurist nennen und was für Eigenschaften sollten ihn dann auszeichnen? Vor allem muss uns jedoch stets eine andere Frage vor Augen stehen: Wie will man eine Ausbalancierung zwischen der Sicherung des notwendigen Grundwissens all dieser Kandidaten und zugleich dem Drang nach Freiraum bei der Spezialisierung, um einen eigenen beruflichen Weg zu gehen, gewährleisten?

II. Zur Vorgeschichte: Eine Reform des polnischen Jurastudiums im Geiste der europäischen Flexibilität

Es klingt nach einer banalen Feststellung, wenn hier angemerkt wird, dass die Ausbildungsmodelle, nach denen man heutzutage in Europa die Adepten des Jurastudiums formt, sich in zweierlei Hinsicht unterscheiden: Zum einen in historischer, zum anderen in politisch-gesellschaftlicher. Dennoch, unabhängig von all

solch artikulierten Prämissen, Eins ist sicher: Im europäischen Kulturraum stützt sich das juristische Studieren auf dem Fundament des römischen Rechts. Und daran, was von Relevanz für dessen Verständnis ist, hat in Mittel- und Osteuropa auch der Kommunismus nichts geändert. Dies soll aber nicht bedeuten, dass der Kommunismus spurlos in Bezug auf den Inhalt und die Form des Jurastudiums vorbeigegangen ist. Auch im Fall von Polen.

Zweifelsohne ist der Beitritt Polens zur Europäischen Union im Jahre 2004 eine der markanten Zäsuren in der neuesten Geschichte des Landes. Auch wenn immer wieder betont wird, dass dieser Schritt keine Rückkehr nach Europa bedeutet, weil Polen immer in Europa gewesen sei, bleibt unbestritten, dass 50 Jahre der Zwangszugehörigkeit zum sowjetischen Machtbereich mit ihrer Planwirtschaft und Allmacht des Staates sich tief in das kollektive Bewusstsein eingegraben haben. Es ist daher offenkundig, dass der mühevoll Weg nach Westen, zu einem Kulturraum, zu dem die Gotik von Krakau ebenso wie die Gotik von Köln, Chartres und Canterbury gehört, durch diese Kulturidentität erleichtert wird, die notwendigen Reformen aber nicht ersetzt.

Ogleich Polen die Bologna-Erklärung schon im Jahr 1999 unterzeichnet hat, wurden diesbezügliche erste einschneidende Reformen in der hiesigen Ausbildungsorganisation von Juristen mehr als zehn Jahre später, erst im Jahr 2011 durchgeführt. Dies verwundert wenig, wenn man berücksichtigt, dass laut der hier genannten Erklärung unser Kontinent zu einem Raum als „Europa des Wissens“ umgewandelt werden soll. Die Realisierung einer solch ehrgeizigen Zielsetzung erfordert jedoch zuallererst die Schaffung von gemeinsamen Mechanismen, die dazu führen könnten. Keine leichte Aufgabe, wenn man bloß in Erwägung zieht, wie unterschiedlich die nationalen Hochschulwesen organisiert werden. Es ist daher nachvollziehbar, warum man sich erstens zuerst auf den allgemeinen Rahmen verständigt hat, und zweitens, dass die Erfüllung dessen den nationalen Regierungen überlassen wurde.

Dass die Idee eines „Europa des Wissens“ mühevoll verwirklicht sein wird, hat man von Anfang an gewusst und daher konnte man sich dem Ziel nur schrittweise nähern. Unter den ersten eingeführten Modalitäten findet man die folgenden Veränderungen:

- Erarbeitung von klaren und, was man für besonders wichtig hielt, vergleichbaren Benotungssystemen
- Aufteilung des Studiums in zwei Studiengänge: Bachelor und Master
- Ergänzung des nationalen Abschlussdiploms um sog. Supplements nach dem aufoktroierten Muster von Europäischer Kommission, Europarat und UNESCO
- Anwendung eines allgemein angewandten ECTS-Punkte-Systems
- Förderung von Mobilität der Studierenden, der Wissenschaftler sowie des Fachpersonals.

Im Gegensatz zu anderen Studiengängen, für die man schon in den Jahren 2002 und 2003 die entsprechenden Standards einführte, hat der polnische Gesetzgeber mit solchen für das Jurastudium bis 2007 gezögert¹. Laut dieser Verordnung wurden zwei Unterrichtsgruppen eingeführt: Grundstudium und Hauptstudium. Das erste umfasst in minimalem Umfang 450 Unterrichtsstunden und nicht weniger als 80 ECTS-Punkte: Einführung in die Rechtskunde, Logik, Staats-, Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht sowie Verwaltungs-, Zivil- und Strafprozessrecht und Verwaltungsgerichtsverfahren. Im zweiten von minimalem Umfang von 330 Unterrichtsstunden und insgesamt 40 ECTS-Punkten sind folgende Lehrveranstaltungen zu finden: Rechtstheorie und -philosophie, Geschichte der politischen und rechtlichen Doktrinen, Arbeits-, Finanz-, Steuer-, Völker-, Europa-, Wirtschaftsrecht, Geschichte des polnischen Rechts, allgemeine Rechtsgeschichte, römisches Recht sowie Handelsrecht. Des Weiteren findet man im polnischen Unterrichtsausbildungsprofil der zukünftigen Juraabsolventen zusätzlich sowohl Umweltschutz-, Kirchen-, Urheber-, sowie Wettbewerbsrecht als auch eine Einführung in die lateinische Rechtsterminologie.

Sofern die Fächer, die dem Grund- und Hauptstudium zugeordnet wurden, obligatorischer Natur, also keine Wahlfächer sind, ist die letztgenannte Gruppe als le-

diglich den Hochschulen (nicht den Studierenden) vom Ministerium zur Wahl gestellte Ergänzungsliste der Lehrveranstaltungen zu bezeichnen. Insgesamt durfte das Pensum des zehensemestriigen Jurastudiums nicht weniger als 2.400 Unterrichtsstunden (inklusive der obligatorischen für Magisterseminar, Fremdsprachenunterricht, Sport) und 300 ECTS-Punkten betragen. Um die Studien von praktischer Seite abzusichern, hat man sich für den administrativen Schritt entschieden, dem zufolge mindestens 30% des Unterrichtspensums in einer anderen Form als Vorlesungen ausgeführt werden muss. Dem so vorgegeben Unterrichtsplan kann auch entnommen werden, mindestens ein dreiwöchiges Berufspraktikum zu absolvieren.

Nachdem man das Hochschulwesen im Jahr 2011 erneut einer Reform unterzogen hat², änderten sich auch Art und Weise, wie man Jura studieren konnte. Die erste, eher symbolträchtige Veränderung wurde mit der Platzierung der Rechtswissenschaft in dem Bereich der Sozialwissenschaft statt, wie bisher, in den Geisteswissenschaften, vollzogen³. Die viel bedeutsamere Änderung betrifft jedoch die Nationalen Qualifikationsrahmen (Krajowe Ramy Kwalifikacji, KRK)⁴, die in den meisten Ländern Europas in Anlehnung an den Europäischen Qualifikationsrahmen (EQF) für lebenslanges Lernen entwickelt wurden. Laut diesem Rahmen durften die Hochschulen seither selbst die Studiengänge bilden und ausführen, vorausgesetzt jedoch die Erfüllung von folgenden Kriterien:

- Die Lernergebnisse sollen sich auf einen Bildungsbereich, eine wissenschaftliche Disziplin oder eine Fachrichtung beziehen.
- Die Hochschule muss einer Strategie sowie einer Mission (Bildungsziel) folgen müssen.
- Die Bildung entspricht den Bedürfnissen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umgebung.
- Die allgemeine akademische Ausbildung muss um die konkreten praktischen Züge ergänzt und dadurch profiliert werden.

Ziel des Nationalen Qualifikationsrahmens (NQR) ist die Schaffung von Transparenz und Vergleichbarkeit zwischen Bildungsabschlüssen („Qualifikationen“) sowohl im nationalen als im auch europäischen Kontext.

1 Załącznik nr 85 do Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 12 lipca 2007 w sprawie standardów kształcenia dla poszczególnych kierunków oraz poziomów kształcenia, a także trybu tworzenia warunków, jakie musi spełniać uczelnia, by prowadzić studia międzykierunkowe oraz makrokierunki, [in:] Dz. U. RP 2007, Pos. 1166.

2 Ustawa z 18 marca 2011 o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych

innych ustaw, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 455.

3 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 8 sierpnia 2011 w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1065.

4 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 2 listopada 2011 w sprawie Krajowych Ram Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1520.

Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, in welcher Bildungseinrichtung ein Abschluss erworben wurde. Denn für die Einstufung sind die Lernergebnisse maßgebend, die durch eine Qualifikation zertifiziert werden. Abhängig vom konkreten Profil einer Qualifikation können sich diese Lernergebnisse auf eine wissenschaftliche Disziplin, ein Studienfach oder auf einen konkreten Beruf bzw. ein Berufsfeld beziehen. Daraus folgt, dass sehr unterschiedliche Qualifikationen auf der gleichen Qualifikationsstufe liegen können, ohne dass diese Abschlüsse aber gleichartig in Bezug auf ihre konkreten Inhalte sind.

Im Fall des Jurastudiums bedeutete die neueingeführte Lösung, dass das Studienfach Jura außer als Einheitsstruktur in Form des zehensemestrigen Studiums auch als sechssemestriges sowie als viersemestriges Aufbaustudium angeboten werden konnte⁵. Dies fand aber keine breite Zustimmung in der akademischen Welt Polens. Im Gegenteil, die Möglichkeit den Weg zum juristischen Abschlussdiplom zu verkürzen, stieß auf Ablehnung⁶. Man argumentierte dabei, die Juraabsolventen auf diese Art und Weise auf den Arbeitsmarkt zuzulassen, bedeutet eine ungleiche Startposition und, was viel wichtiger schien, ihnen keine volle Ausbildung anbieten zu können. Das Ministerium folgte dieser Kritik und machte einen Rückzieher⁷. Seither gilt in Polen, dass Jura nur als zehensemestriges Einheitsstudium angeboten werden darf.

Dieser Zick-Zack-Kurs bezeugt, dass man keine klare Vorstellung zum damaligen Zeitpunkt hatte, wie der Verlauf des Jurastudiums in Polen eigentlich aussehen soll. Diese kritische Aussage muss jedoch durch eine andere Feststellung relativiert und gemildert werden, derzufolge das Spektrum an Herausforderungen in dem Anpassungsprozess nach wie vor groß ist. Die Skala der Umwälzungsprobleme im polnischen Hochschulwesen spiegelt am besten der demographische Indikator wider. In der ersten Dekade des 21. Jahrhunderts mussten die Hochschulen hierzulande sich mit dem massenhaften Ansturm von starken Geburtsjahrgängen aus den Jahren 1982-1985 (ca. 700.000 Geburten jährlich) auseinander-

setzen, währenddessen variiert(e) diese Zahl davor und danach um ca. 400.000 pro Jahr⁸. Dies führte zu einer Gründungswelle von privaten Bachelor-Hochschulen einerseits, andererseits zur Lockerung der Studienstandards und im Endeffekt zur Senkung des Ausbildungsniveaus.

Die Stabilisierung des demographischen Pendels heutzutage auf dem oben genannten Niveau machte die notwendigen Anpassungsreformen einzuführen möglich, die nicht mehr auf das Widerstreben der privaten Hochschulwesenslobby, sondern auf einen breiten Konsens stoßen. Das neue Hochschulgesetz⁹, welches nach über zweijährigen zähen Verhandlungen zustande gekommen ist, stellt den Ausdruck einer Übereinkunft dar, die sowohl den Erwartungen des Arbeitsmarktes, als auch den hohen EU-Hürden Rechnung tragen sollte. Dass diese Erwartungen jedoch nach wie vor mühevoll zu verwirklichen sind, zeigt die weitergeführte Diskussion in Bezug auf die optimale Gestaltung des Jurastudiums.

III. Wozu eigentlich wird das neue Modell des Jurastudiums gebraucht?

Es lohnt sich, die Diskussion um das (neue) Modell des Jurastudiums, welches heutzutage in Polen verwirklicht wird, aus der Perspektive einer grundsätzlichen Frage nach den Zielen dieses Studiums darzustellen. Bei ideeller Annahme ist ein gut gerüsteter Jurist derjenige der, ähnlich wie im Ausbildungswesen des *Common Law*, engagiert wird und die Änderungen im Sinne von „das Recht in Bewegung“ im gesetzgeberischen Lauf begleiten kann¹⁰. Man muss die so ausgelegte Definition des Juristenbegriffs jedoch um zusätzlichen Züge ergänzen. Demnach ist ein gut ausgebildeter Jurist derjenige, welcher nicht nur die Struktur und alles, was Recht ausmacht, versteht, sondern auch die Rechtsumgebung wahrnimmt¹¹. Im unterschiedlichen Ausmaß sollten die so zugeschnittenen Rollen dann all diese Personen erfüllen, die eine juristische Ausbildung hinter sich haben

5 Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 5 października 2011 w sprawie warunków prowadzenia studiów na określonym kierunku i poziomie kształcenia, [in:] Dz. U. RP 2011, Pos. 1445.
6 *Krysztyna Wojtczak*, O reformach studiów prawniczych i nauce prawa w Polsce w latach 1918-2015, [in:] *Studia Prawa Publicznego* 9 (2015), S. 68.
7 Ustawa z 11 lipca 2014 o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw, [in:] Dz. U. RP 2014, Pos. 1198 sowie Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 3 października 2014 w sprawie warunków prowadze-

nia studiów na określonym kierunku i poziomie kształcenia, [in:] Dz. U. RP 2014, Pos. 1370.

8 https://pl.wikipedia.org/wiki/Ludno%C5%9B%C4%87_Polski#Po_II_wojnie_%C5%9Bwiatowej.

9 Ustawa z 20 lipca 2018 - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, [in:] Dz. U. RP 2018, Pos. 1668.

10 *William M. Sullivan et al.*, *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law*, San Francisco 2007, S. 46 f.

11 *Jolanta Jabłońska-Bonca*, Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu, [in:] *Krytyka Prawa* 1 (2015), S. 157-175.

und gleichzeitig in den folgenden Bereichen den Juristenberuf ausüben:

- Anwendung des Rechts im Rahmen des Gerichtswesens
- Beratung (Finanz-, Personal-, Firmen- usw.)
- Gesetzgebung und Legistik
- Forschung und Lehre an den Universitäten bzw. Fachinstituten
- Meinungsbildung und journalistische Vermittlung von Recht.

Wenn wir uns dieses Konzept näher betrachten wollen, dann können wir nicht umhin, auch danach zu fragen, ob das praktizierte Modell, immer mehr von dem Theoriewissen an die Studierenden weiterzugeben und dieses während der Examens abzufragen, ein sinnvolles ist¹². Es ist unbestreitbar, dass die universitäre juristische Ausbildung durch solides Theoriewissen gekennzeichnet werden soll. Diesem Postulat steht es aber nicht entgegen, dieses Wissen nicht nur in der Anlehnung an die Vorschriften zu liefern, sondern auch auf dem Weg der Anwendung dieser Vorschriften in der Praxis zu analysieren. Währenddessen folgt die praktische Ausbildung in Polen in Form eines Rechtsreferendariats weiterhin dem theoretischen Wiederholungsmodell des Universitätswissens. Bei allem Respekt für die Tradition, ein so konzipiertes zweistufiges Modell zu durchlaufen, um an die volle berufliche Qualifikation zu gelangen, muss man sich doch fragen, ob es nach wie vor zeitgemäß ist¹³.

In Bezug auf die Erfordernisse des Arbeitsmarktes ist die Kritik von einem so beschriebenen Modell leicht. Sie stützt sich auf die folgenden Argumente:

- Das jetzige, zweistufige Modell dauert viel zu lang. Im Vergleich zu anderen Studiengängen in Polen ist dies unverhältnismäßig. Zusätzlich ist zu beachten, dass das so konzipierte Modell in vielen anderen Staaten nicht vorkommt und, was noch viel wichtiger sein wird, den polnischen Absolventen somit den Weg, schneller in die berufliche Selbständigkeit zu gelangen, erschwert¹⁴.
- Das Jurastudium gehört nach dem Medizinstudium zum meist gewählten der polnischen Abiturienten.

Das impliziert im Endeffekt den massenhaften Ansturm auf das Studium, sowie an die weitere berufliche Ausbildung in Form des Rechtsreferendariats. Dieses soll modellhaft unter den Fittichen eines praktizierenden Juristen stattfinden. Angesichts der Überzahl von Willigen ist dies jedoch kaum zu bewältigen und daher überrascht es nicht, dass dieses, völlig an den Ausbildungszielen vorbei, in einer fiktiven Betreuung mündet¹⁵.

Es wird bei der bisherigen (traditionellen) Art und Weise, wie die Juristen auszubilden sind, angenommen, dass das angestrebte Studienziel mit der Vorbereitung der Juraabsolventen zum Referendariat und anschließend zur Ausübung eines sog. Robe-Berufes (Richter, Staats- und Rechtsanwalt sowie Justitiar) gleichzusetzten ist¹⁶. Heutzutage wissen wir, dass ein so praktiziertes Modell obsolet ist und keinesfalls den Erwartungen des Arbeitsmarktes entspricht. Zwar stimmt es, dass das Jurastudium im Allgemeinen auch dem Ziel dienlich sein sollte, den Nachwuchs für die Gesellschaftselite zu generieren, dennoch liegt es eben im Interesse dieser Gesellschaft, die Fachleute auszubilden, die einen Einstieg in die juristische Berufswelt weder scheuen noch fürchten.

In diesem Zusammenhang muss man die grundsätzliche Frage nach der Rolle von Juristen in der Gesellschaft wiederholen. Sollen sie die Träger der juristischen Kultur sein, welche im Stande sind, im öffentlichen Bereich tätig zu werden, oder doch nur die hochqualifizierten Fachleute?¹⁷ Die Ansicht, die die Rolle von Juristen nur auf die Hochspezialisierung bei der Ausbildung beschränkt, wird wegen praxisbezogener Gewinnmaximierung von Seite der Jura-Industrie (Kanzleien, Rechtsberatung etc.) vertreten. Diesen immer lauter werdenden Stimmen muss allerdings entgegengehalten werden, dass dies voranzutreiben bedeutet, dass die Bedeutung des Juristenberufs gesellschaftlich vermindert wird. Es wundert daher nicht, schon vor Jahren eine vor einem solchen Abbau warnende Stimme zu hören¹⁸.

Inzwischen wird versucht, sich auf ein Minimum zu verständigen, und zwar in dem Sinne, dass das Jurastudium vor allem von einem soliden theoretischen Wissen

12 *Filip Rakoczy*, Czy prawnicy powinni być pragmatystami? Kilka słów o edukacji prawniczej z perspektywy neopragmatyzmu R. Rorty'ego, [in:] *Krytyka Prawa* 3 (2016), S. 120 f.

13 *Tomasz Braun*, Uwagi o studiach prawniczych i aplikacjach z perspektywy współczesnych oczekiwań rynku, [in:] *Krytyka Prawa* 3 (2018), S. 163.

14 *Mateusz Mroczek*, Kształcenie prawników a wyzwania współczesności, [in:] *Na Wokandzie* 32 (2017), <https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-32/aplikacja-i-kariera-14-numer-32/ksztalcenie-prawnikow-a-wyzwania-wspolczesnosci.html>.

15 *Bronisław Sitek*, Rynek pracy prawników w Polsce po deregulacji zawodów prawniczych (adwokata i radcy prawnego), [in:] *Studia Prawnoustrojowe* 32 (2016), S. 176-177.

16 *Krysztyna Wojtczak*, O reformach studiów prawniczych i nauczaniu prawa w Polsce 1918-2015, [in:] *Studia Prawa Publicznego* 1 (2015), S. 66, FN 110.

17 *Jolanta Jabłońska-Bonca / Kamil Zeidler*, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, Warszawa 2016, S. 34 f.

18 *Andrzej J. Szwarc*, Problemy kształcenia prawniczego (wprowadzenie do dyskusji), [in:] *Państwo i Prawo* 1 (2010), S. 3-9.

untermauert und zugleich ein universitärer Charakter bewahrt werden sollte¹⁹. Das heißt aber lange nicht, dass die Studierenden von der Praxis abgehalten werden sollen. Im Gegenteil, es soll ihnen während des Studiums auch ermöglicht werden, eine Portion praxisbezogener Erfahrungen zu sammeln, sei es aufgrund der Teilnahme an Vorlesungen, die von Praktikern gelesen werden, sei es aufgrund eines simulativen Verfahrens, in dem man das konkrete Delikt als eine Prozesspartei überprüfen kann²⁰.

Als im Jahre 1997 Clayton M. Christensen in seinem Buch *Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail* zum ersten Mal den Begriff *disruptive innovation* formulierte, hat sich damals keiner darüber Gedanken gemacht, dass diese Formulierung auch in Bezug auf die Rechtswissenschaft zieltreffend anzuwenden gewesen wäre. Denn obgleich die Diagnose stimmt, dass wir heutzutage in einer turbulenten Welt leben und vieles im Umbruch steht, ist das Heilmittel nach wie vor nicht gefunden. Also die Arznei in Form einer destruktiven Innovation, welche den Marktbedürfnissen hinsichtlich der Ausbildung von Juristen einerseits und andererseits dem gesellschaftlich gewünschten sowie demokratisch gesinnten *esprit de corps* der Juristen nicht zuwiderläuft.

Der heutige Drang nach der Spezialisierung seitens des Marktes ist verständlich, wenn wir die moderne *high-tech* Wirtschaftsentwicklung beobachten. Obgleich die Weltwirtschaft immer (auch wenn dies hier banal klingt) komplexer wird, wird sie dadurch nicht weniger unvorhersehbar. Um all solchen Trends nicht nur passiv zu trotzen, sondern auch den daraus resultierenden Bedürfnissen aktiv genüge zu tragen, versuchen eben die Juristen Antworten zu liefern, die behilflich sein sollten, neu aufgetauchte Rechtsfragen zu lösen. Dennoch, zu Recht stellt Tomasz Braun mit Bedauern fest, dass das Alles zwar von der Rechtslehre inzwischen schon erkannt wurde, jedoch in minimalem Umfang in das Studienprogramm einsickerte²¹.

In einer solchen Lage wäre es daher ratsam, interdisziplinär zu handeln. Der interdisziplinäre Ansatz bedeutet hier, den Studierenden nicht nur lediglich ein Wissenspensum anzubieten, sondern ihnen auch weitergehende Kompetenzen zu vermitteln sowie dazu die notwendigen gesellschaftlichen Fähigkeiten auszubauen.

Wie man ans Ziel, ein Jurist zu werden, kommt, zeigt in diesem Fall am besten das angelsächsische Model. Es ist hier beinahe eine typische Vorgehensweise, dass die Juraadepten vor ihrem Jurastudium einen anderen Studiengang absolvieren. Unabhängig davon, ob derjenige Juraanwärter sein Studium im Fach von politischer Wissenschaft, Soziologie, Ökonomie oder sogar von solchen wie Medizin bzw. Ingenieurwesen abgeschlossen hat, wird ihm der Weg zu den juristischen Berufen nicht versperrt²². Zweifelsohne profitiert von einem doppelten Abschlussdiplom sowohl derjenige selbst, als auch sein Arbeitgeber. Die spezifischen Kenntnisse, die er bei dem ersten Studium erwirbt, sind in Bezug auf die oben angesprochenen Herausforderungen bei der Ausübung eines Juristenjobs einfach Gold wert.

Die Idee, ins Jurastudium mehr Interdisziplinarität einzuführen, resultiert daraus, dass das Recht naturgemäß alle Bereiche des Lebens durchdringt, denn gewiss alle oder, genauer gesagt, fast alle menschlichen Aktivitäten sind vom Recht gekennzeichnet. Noch wichtiger scheint es jedoch, dass von einem Juristen heutzutage nicht nur die fachliche Kompetenz erwartet wird, sondern auch das Verstehen der komplizierten Wirtschafts-, Gesellschafts- und Politikverflechtung. Währenddessen beweisen an den polnischen Universitäten beispielhaft die Vorlesungen zum Wirtschaftsrecht, wie man dieses im eher begrenzten Umfang liest. Man unterscheidet häufig nur zwischen dem öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht, was dazu führt, dass die Zweige wie beispielsweise Transport-, Arznei-, Börsenrecht außen vor bleiben. Es mangelt bei der Ausbildung von Juristen auch an einer Managementvorlesung. Im Endeffekt kommt auf den Arbeitsmarkt meist ein Jurist, der sich erst durch *learning by doing* das erforderliche Instrumentarium aneignet.

Der größte Verlust ist aber in anderer Hinsicht zu verzeichnen, nämlich in Bezug auf die Rolle eines Juristen in der Gesellschaft. Alle juristischen Berufe gehören der Berufssparte an, welche sich durch eine Prägung des öffentlichen Vertrauens von vielen anderen Berufsgruppen unterscheidet. Wenn wir hier außer Acht lassen, was das öffentliche Vertrauen ausmacht bzw. wie man es definiert, können wir nicht umhin, feststellen zu müssen, dass dies eine fundamentale Kategorie des Staatsrechts darstellt²³. Vor diesem Hintergrund klingt das Postulat,

19 Barbara Glesner Fines, Fundamental Principles and Challenges of Humanizing Legal Education, [in:] Washburn Law Journal 47 (2008), S. 313-326.

20 Elliott S. Milstein, Clinical Legal Education in the United States: In-House Clinics, Externships, and Simulations, [in:] Journal of Legal Education 3 (2001), S. 375-381 passim.

21 Tomasz Braun, Uwagi o studiach prawniczych i aplikacjach z

perspektywy współczesnych oczekiwań rynku, op. cit., S. 169.

22 Gerald F. Hess, Heads and Hearts: The Teaching and Learning Environment in Law School, [in:] Journal of Legal Education 1-2 (2002), S. 75-111 passim.

23 Larry D. Barnett, The Place of Law. The Role and Limits of Law in Society, New Brunswick-London 2011, S. 43-46.

die Ethikvorlesung um die öffentlichen Züge vom Vertrauensverständnis im Jurastudienprogramm zu ergänzen, mehr als plausibel²⁴. Andersherum mag es vonnöten sein, es statt mit einem Juristen, mit einem als Geschäftsmann verkleideten Juristen zu tun zu haben. Ob dies jedoch gesellschaftlich gewünscht und ertragbar sein wird, bleibt mehr als offen.

Prof. Dr. Jan Wiktor Tkaczyński ist o. Professor an der Jagiellonen Universität in Krakau (Polen). Seine Forschungsschwerpunkte sind vergleichendes Verfassungsrecht sowie das Europäische Umweltschutzrecht, auch im Vergleich mit den Rechtsentwicklungen in Ostasien. Wiktor Kordyś ist dort Doktorand.

24 Jerzy Leszczyński, Etyka zawodowa prawników, [in:] Edukacja Prawnicza 1 (2015/2016), S. 26 f.

Jürgen Heß

Besprechung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“, hrsg. von Marianne Sommer/Steffan Müller-Wille/Carsten Reinhardt, Metzler/Springer, 2017

1. Einleitung und Überblick

Es mag unangemessen erscheinen, wenn eine Buchbesprechung mit Angaben zur Person des Rezensenten beginnt. Im vorliegenden Fall ist es unumgänglich.

Der als Jurist ausgebildete Rezensent blickt auf eine lange Zeit zurück, in der er für verschiedene Wissenschaftsorganisationen, vor allem für Universitäten, zum Schluss für eine wissenschaftsfördernde Organisation als Verwalter, als Organisator und abschließend in hochschulpolitischer Funktion Verantwortung getragen hat. Entsprechend vertraut sind ihm die inneren Wirkungsprozesse von wissenschaftlichen Institutionen, ebenso die Interaktion der Wissenschaft mit staatlichen Institutionen und unterschiedlichen gesellschaftlichen Organisationen. Bezogen auf das Handbuch Wissenschaftsgeschichte ist er ein fachfremder Leser, der aber immer als Laie historisch-anthropologische und kulturphilosophische Fragen mit großer Neugier reflektiert.

Diese Vorbemerkung ist deshalb von Bedeutung, weil eine umfassende und zuverlässige Beurteilung des „Handbuch Wissenschaftsgeschichte“ nur mit einer hochspezialisierten Ausbildung in Kulturwissenschaft, Kultursoziologie und in Geschichtsphilosophie möglich ist. Auch ist der fachdisziplinäre Kosmos, den das Handbuch auf 351 eng bedruckten Seiten beleuchtet, für die Zwecke einer Buchbesprechung nur unter begrenzter Schwerpunktbildung möglich. Auf gewisse Weise wird dieser Zugang dem Leser mit anderem akademischen Hintergrund durch die Gliederung des Handbuchs erschwert, da man eine traditionelle Anordnung aufgeteilt nach Disziplinen und deren Methoden erwarten würde. Das Handbuch ist nach disziplinenübergreifenden Kategorien geordnet, die offenbar der wissenschaftlichen Zielsetzung der Autorinnen und Autoren entsprechen, siehe dazu unten. Möglicherweise wird die gewählte Architektur dem Charakter eines Handbuchs gerecht, das auf problem-fokussierte und methodische Erschließung angelegt ist. Das ist Herausforderung und Reiz für einen Hochschulpraktiker zugleich, nämlich seine Erfahrungen aus dem wissenschaftlichen Betrieb mit den ideengeschichtlichen Quellen des Forschens und der Wissensvermittlung in Verbindung zu bringen. Und in der Tat

öffnet das Handbuch dem Hochschulpraktiker völlig neue Perspektiven der gesamtgesellschaftlichen Verwobenheit der Wissenschaft mit praktisch allen Einflussfaktoren, die sich sowohl auf innere Tendenzen des Erkundens und Erforschens beziehen, als auch auf die materiellen, geistesgeschichtlichen und religiösen Wirkkräfte. Wenn man als wissenschaftsaffiner Hochschuladministrator und Hochschulpolitiker bereit ist, von der Oberfläche des Wissenschaftsbetriebs aus sich vom Handbuch in eine tiefere Schicht der historischen Produktionsfaktoren, der Wissensgewinnung, der Wissenssystematisierung und der wissenschaftlichen Theoriebildung führen zu lassen, dann scheint sich eine neue historisch-anthropologische Dimension aufzutun, die sowohl die Kultur der Wissensgenerierung als auch deren Wandel unter verschiedenen geschichtlichen Rahmenbedingungen sichtbar macht. Freilich wäre dieses Eindringen in das Handbuch ganz wesentlich durch ein Schlagwortregister oder zumindest ein Sachregister erleichtert worden. Dieses Desiderat ist gerade bei einem Werk, das auch als Nachschlagwerk benutzt wird, einigermaßen unverständlich.

Von einem solchen Handhabungsmangel abgesehen ist das Handbuch auf gewisse Weise ein Röntgengerät, mit dem vom äußeren Erscheinungsbild der Forschung oder Wissensvermittlung in die tieferen Muster des Forschens und Sammelns von Erkenntnissen, der analytischen Deutung und der Theoriebildung eingedrungen werden kann. Das ist freilich ein extrem forderndes und beanspruchendes Unterfangen und verlangt, dass der Hochschulpraktiker seine Praktikerbrille ablegt und mit Hilfe des Handbuchs dem Problem nachgeht, dass Wissen nicht die vermutete und systematisch belegte Objektivität ist, sondern eine Gemengelage aus Befunden, die von den sozioökonomischen, kulturellen und geistesgeschichtlichen Einflüssen der jeweiligen Zeit nicht getrennt werden können. Wenn man diesen Abstieg in eine tiefere Schicht sehr sorgfältig und behutsam leistet, dann ist das Handbuch, das auf den ersten Blick so undurchdringlich erscheint, ein wahrer Schatzfund. Freilich, das wurde deutlich, diese Schatzsuche erfordert wie bei allen Schatzsuchen viel Geduld und die Bereitschaft, einzelne Beobachtungen und Befunde immer wieder mit den

übergreifenden Linien der Wissenschaftsgeschichte, die für sich selbst einen geschichtlichen Prozess darstellt, abzugleichen. Und bei der Vergegenwärtigung dieses sich über Zeiträume erstreckenden Prozesses müssen hier auch die Bezüge zum gesellschaftlichen und politischen Umfeld in den Blick genommen werden. Dann wird auch deutlich, dass es Wissenschaftsgeschichte als geschlossene Einheit nicht gibt, sondern wissenschaftliches Geschehen ein ungemein komplexes Zusammenwirken von Personen, Institutionen, äußeren Rahmenbedingungen, dem geistesgeschichtlichen Umfeld und nicht zuletzt den politischen Erwartungen ist. Das Handbuch versucht diese Komplexität durch großformatige Strukturelemente zugänglich zu machen, indem es sich in fünf übergreifende Themenkreise gliedert, nämlich nach dem Einleitungskapitel Kapitel II: Forschungsansätze, Kapitel III: Räume und Epochen, Kapitel IV: Orte der Wissensproduktion und Kapitel V: Wissenschaft der Geschichte der modernen Welt. Hier soll freilich nicht verschwiegen werden, dass diese Gliederung einem mit der inneren Systematik des Buches nicht vertrauten Leser nicht ohne weiteres einsichtig ist. Zum einen scheint es eine kategoriale Differenz oder Inhomogenität zu geben. So signalisiert der Kapitelbegriff „Forschungsansätze“ eine völlig andere methodische Herangehensweise als das Kapitel „Räume und Epochen“ ebenso wie das Kapitel „Orte der Wissensproduktion“. Und schließlich scheint wiederum das letzte Kapitel „Wissenschaft und Geschichte der modernen Welt“ einen andersartigen kategorialen Blick anzudeuten. Der Wechsel von großformatigen Betrachtungen mit kleinteiligen irritiert. Zum Beispiel spräche die Systematik eher dafür, dass das Kapitel über die Wissenschaftsgeschichte der Moderne am Besten in unmittelbarem Zusammenhang mit den stark geschichtsphilosophischen Beiträgen des 1. Kapitels stehen würde und davon abgesetzt die räumlichen und örtlichen Themen im zweiten Teil des Handbuchs besser aufgehoben wären. Man kann sich nicht ganz des Eindrucks erwehren, dass sehr unterschiedliche Forschungsleistungen zahlreicher Autoren und Autorinnen in diesem Handbuch mit dem Anspruch eines schlüssigen Gesamtkonzeptes zusammengefasst wurden. Das muss den Wert des Handbuchs keineswegs schmälern. Denn niemand wird die Vorstellung haben, dass man dieses ebenso umfangreiche wie inhaltlich extrem dichte Werk wie ein Lehrbuch durchliest. Ein Handbuch wird seiner Art nach selektiv benutzt. Wer seinen speziellen

Interessenbereich findet, wird mit exzellenter fachlicher Qualifikation belohnt.

Eine weitere kritische Frage stellt sich, wenn man bestimmte Sachverhalte, die der Leser für geschichtswissenschaftlich relevant hält, zumindest mit dem Blick auf das Inhaltsverzeichnis nicht findet. Da das Handbuch ja sehr stark kultur- und geschichtsphilosophisch ausgerichtet ist, würde man vermuten, dass die Wissenschaftstheorie einen bedeutenden Raum einnehmen müsste. Im Handbuch hat sie aber keine Aufnahme gefunden. Nun mag es sein, dass die Wissenschaftstheorie bei adäquater Behandlung einen so großen Raum beanspruchen würde, der den vermutlich vorgegebenen Umfang des Handbuchs gesprengt hätte. Es ist auch zu konzedieren, dass die Wissenschaftstheorie ein großes und eigenständiges Forschungsgebiet geworden ist, das in zahlreichen Publikationen zugänglich und erschließbar und der Verzicht insofern akzeptabel ist. Ein anderes Fragezeichen möge man dem Juristen nachsehen, wenn er ein Gewichtungsmisverhältnis zwischen der größeren Berücksichtigung der wissenschaftsgeschichtlichen Bereiche der Naturwissenschaften gegenüber einer schwächeren bezogen auf die Geistes- und Sozialwissenschaften beklagt.

Auf eine schmerzliche Lücke ganz anderer Art stößt man im Kapitel Räume und Epochen. Das Kapitel 11.1 „Mittelalter“ beginnt mit dem 14. Jahrhundert. Es mag sein, dass die beachtlichen wissenschaftlichen Leistungen des frühen und hohen Mittelalters lange Zeit nur geringe Beachtung fanden und insbesondere im Vergleich zur Moderne, der offenkundig das Hauptaugenmerk des Handbuchs gilt, wenig ins Gewicht fallen. Aber an der Tatsache, dass etwa die frühmittelalterliche Wissenstransferleistung des Islams, der wesentliche Teile des großartigen Wissenschaftsfundaments der Antike nach Europa brachte und damit erst den wissenschaftlichen Schub in Europa möglich gemacht hat, führt doch kein Weg vorbei.

Schließlich verwundert den fachfremden Leser, dass im Rahmen der oben aufgeführten Clusterbildung des Handbuchs nicht auch ein eigenständiges Cluster „Wissenschaft und Religion“ erarbeitet wurde. Selbstverständlich wird das Spannungsverhältnis zwischen Religion, wobei hier vor allem die Macht der Religion gemeint ist, und dem Prozess der Wissensfindung und Erkenntnis in zahlreichen Zusammenhängen an verschiedenen Stellen des Handbuchs thematisiert. Es ist

aber sicher nicht verfehlt, wenn man in diesem Spannungsverhältnis einen Fundamentalkonflikt sieht, der zumindest in historischer Perspektive wie kaum eine andere Einflussmacht auf die Personen und auf die Existenz von Wissenschaftler/Innen eingewirkt hat. Diese Einflussintensität hat gewiss in der Moderne eine geringere Rolle gespielt als zuvor. Da erlaubt sich aber der Hochschulpraktiker aus eigener Erfahrung zu berichten, dass solche Einflusstendenzen noch bis in die jüngere Vergangenheit nachweisbar waren. In diesen Kontext kann man auch die Tatsache einordnen, dass in Deutschland zumindest in den Universitäten der alten Bundesländer die große Mehrzahl der religionsphilosophischen Professuren in konfessionellen Fakultäten eingerichtet sind. Alle diese Gründe sprächen dafür, dass dieses klassische Konfliktfeld im Rahmen eines Handbuchs für Wissenschaftsgeschichte eine eigenständige Bearbeitung verdient hätte. Aber auch hier sei der Hinweis wiederholt, dass es sich dabei um die Wahrnehmung eines fachfremden Lesers handelt. Die speziellen akademischen Fachkollegen/Innen der Autorinnen und Autoren mögen das anders sehen.

Gehen wir zurück in die Mission des Handbuchs und tauchen dazu in seine Einleitung ein. Sie ist kein „summary“ im Sinne einer vorangestellten Zusammenfassung. Gleichwohl wirft sie ausgehend vom Selbstverständnis der Wissenschaftsgeschichte den übergreifenden Blick auf die obengenannten Kapitel. Es ist eine Gesamtschau, von der naturgemäß an dieser Stelle nur einzelne prominente Gesichtspunkte herausgegriffen werden können. Die beabsichtigte (aber nicht immer konsequent verwirklichte) Architektur des Handbuchs wird mit dem ersten Satz der Einleitung deutlich. Danach ist Wissenschaftsgeschichte als akademische Disziplin untrennbar mit der europäischen Moderne verbunden. Daher ist auch konsequent, dass der größte Teil des Handbuchs sich dieser Epoche in fast allen Kapiteln widmet.

Maßgeblich dafür sei ein Leitbegriff der Aufklärung, nämlich des zivilisatorischen Fortschritts. Aus der Ereignisgeschichte der Irrtümer, Entdeckungen und Umwälzungen sei die große Erzählung vom Aufstieg der Wissenschaft entstanden. Diesem Wissenschaftsbegriff wohnt offenkundig der Gedanke inne, dass Wissenschaft nicht einfach durch Anhäufung von Fakten voranschreitet, sondern sich in Form von Begriffen, Modellen und Theorien entfaltet. Die Aufklärung hat die Vorstellung entwickelt, dass Wissenschaftsgeschichte eine von einer inneren Logik angetriebene disziplinäre Ideengeschichte

ist und daher weitgehend von sozialen, wirtschaftlichen und religiösen Einwirkungen frei ist. Dieses elitäre und von Einflüssen unberührte Selbstverständnis konnte insbesondere in der zweiten industriellen Revolution keinen ausschließlichen Bestand haben, da sie zunehmend nach denkkulturellen und sozioökonomischen Bedingungen der Produktion fragte und die Rolle der Wissenschaften in den gesellschaftlichen Aushandlungsprozess über ökonomische, politische oder ethische Weichenstellungen in den Blick nahm. Damit zusammen hängt die Austauschbeziehung zu anderen Bereichen der Gesellschaft, weil sie auf die Ressourcen aus der Gesellschaft angewiesen ist. Es erscheint konsequent, dass sich daraus das Verständnis der Wissenschaft als Produkt gesellschaftlicher und kultureller Konstellationen ableitet. Auch sind es nicht Individuen, sondern Denkkollektive, die Wissen stabilisieren und tradieren. Wissenschaftsgeschichte bezieht ihre Relevanz aus dem Zusammenhang zwischen Wissen, Kultur und Macht. Im weiteren Verlauf arbeitet die Einleitung den Weg der Wissenschaftsgeschichte zur Wissensgeschichte heraus, ebenso wie den sogenannten „cultural turn“ mit der Auswirkung der Quellenbasis auf Produkte der Populärkultur und auf künstlerische und literarische Werke. Nach dem Verständnis des Handbuchs oder genauer gesagt nach dem seiner Autoren und Autorinnen behandelt es die integrierende Pluralität in Geschichte und Gegenwart.

2. Universität

Es liegt auf der Hand, dass der Hochschulpraktiker, nachdem er sich mit den Intentionen des Handbuchs in methodischer, struktureller, kultursoziologischer und ideengeschichtlicher Hinsicht vertraut gemacht hat, sich mit besonderer Aufmerksamkeit dem Abschnitt Universität zuwendet, ein Abschnitt der sich im IV. Kapitel, „Orte der Wissenschaftsproduktion“, im Abschnitt 17 findet. In diesem Kapitel IV finden sich neben dem Abschnitt Universität die weiteren Abschnitte Observatorium, Hospital und Klinik, Akademie, Werkstatt und Manufaktur, Gärten und Sammlungen, Laboratorium, Feld, Bibliothek und Archiv. Vielleicht ist es ein Zeichen der Befangenheit, dass ein langjähriger Universitätsverantwortlicher die Einreihung der Universität in die genannten Orte als problematische Gewichtung empfindet. Dies erst recht, wenn man feststellt, dass dem „Ort Universität“ bescheidene acht Seiten eingeräumt werden. Das ist einem so überragenden Thema im wissenschaftlichen Geschehen der Neuzeit und vor allem der

Moderne und erst recht in Ansehung der großen Umwälzungen des letzten Jahrhunderts nicht angemessen. Freilich nötigt es auch großen Respekt ab, dass der Autor diese zentrale Wissenschaftseinrichtung mit einer bewundernswerten Fähigkeit der inhaltlichen und sprachlichen Verdichtung durchdringt. Das führt allerdings dazu, dass etwa bei der Beschreibung des Institutionalierungsprozesses des 20. Jahrhunderts bestimmte Institutionsformen unzulässig vermengt werden, da sie grundlegend unterschiedliche Aufgaben haben. So ist etwa am Ende des Unterabschnitts 17.1 (Entstehung und Entwicklung) zwingend die Unterscheidung zwischen Einrichtungen der außeruniversitären Forschung und der wissenschaftsfördernden Organisationen zu treffen. Die außeruniversitären Forschungseinrichtungen haben sich aus dem Gedanken - losgelöst von der Universität - entwickelt, dass bestimmte Forschungsfragen effizienter bearbeitet werden können, wenn Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen im engen thematischen Zusammenwirken und von Lehre weitgehend entlastet und meist gestützt auf eine sehr große Ausstattung, die über die Möglichkeiten einer Universität hinausgeht, hocheffizient forschen können. Dazu gehört u.a. die Max-Planck-Gesellschaft, die Helmholtz-Gemeinschaft deutscher Forschungszentren und auch die erwähnte Fraunhofer Gesellschaft, ohne dass dies eine abschließende Aufzählung wäre. Die leider im gleichen Kontext aufgeführten wissenschaftsfördernden Institutionen haben eine grundsätzliche völlig andere Aufgabe. Beispielhaft seien hier die Deutsche Forschungsgemeinschaft und der Wissenschaftsrat genannt. In diesen Einrichtungen wird weder geforscht noch gelehrt. Sie haben auf unterschiedliche Weise auch im Sinne einer Selbstverwaltung der Wissenschaft rein fördernde Aufgaben, im Fall der DFG u.a. die Verteilung von Mitteln (aufgrund einer Evaluation), die der Staat zur Verfügung stellt, im Falle des Wissenschaftsrates die Erarbeitung von Empfehlungen (vor allem struktureller Art) an staatliche Stellen aber etwa auch an Universitäten. Diese etwas ausführliche geratene Ausdifferenzierung möge beispielhaft zeigen, in welche Schwierigkeiten man gerät, wenn komplexe Sachverhalte in einer hochkomprimierten Form verhandelt werden. Probleme einer extrem verdichteten Darstellung werden noch an anderer Stelle angesprochen.

Die überragende Rolle der Geschichte der Universitäten im Wissenschaftsgeschehen wird vom Autor des Abschnitts nicht verkannt. Er beschreibt sie als Knotenpunkt von Geistes-, Verfassungs- und Wissenschaftsgeschichte ebenso wie von der Sozial- und Kulturgeschich-

te ihrer Mitglieder, deren Praktiken ihrer Wissensvermittlung und -erzeugung und ihrer materiellen Kultur in Form von Instrumenten, Sammlungen und Gebäuden. Man kann daran erkennen welche Vielschichtigkeit der Universitätsgeschichte eigen ist. Dieses Maß an Komplexität hat freilich auch dazu geführt, dass im Laufe der Zeit sich die disziplinär orientierte Wissenschaftsgeschichte und Universitätsgeschichte auseinander entwickelten und aus der Universitätsgeschichte ein eigenes Genre wurde. In der deutschsprachigen Forschung hat sich mittlerweile eine Epochenteilung der Universitätsgeschichte in eine vorklassische Zeit bis etwa 1800, in eine klassische Zeit des sogenannten Berliner Modells und in eine nachklassische Zeit seit den späten 1960-Jahren etabliert.

Im Abschnitt 17.1 „Entstehung und Entwicklung“ durchheilt der Autor im kühnen Zugriff auf zwei Seiten rund acht Jahrhunderte Universitätsgeschichte (wenn man die Vorentwicklung einbezieht). Und auch hier ist große Anerkennung geboten, dass bei diesem Parforceritt wesentliche Stationen des universitären Geschehens sowohl hinsichtlich deren äußeren strukturellen Merkmale als auch hinsichtlich der inneren Wirkkräfte erfasst oder zumindest angesprochen werden. Vereinfacht ausgedrückt sind vor allem vier Faktoren interessant, wenn man das Gebilde Universität in der Entwicklung über die Jahrhunderte betrachtet. Wer sind die unter der Vorstellung einer „universitas“ handelnden Akteure, in welcher Verfasstheit tritt die Universität in den jeweiligen Zeitabschnitten in Erscheinung, welche Ideengeschichte treibt das System Universität an und schließlich auf welcher materiellen bzw. ökonomischen Basis ist universitäres Geschehen möglich. Der zuletzt genannte Gesichtspunkt ist maßgeblich mit der Frage verbunden, welche Rolle die Trägerinstanz spielt (Kirche, Landesherr, Staat) und welche Wechselwirkungen es zwischen der Universität und der jeweiligen Trägerinstanz gibt. Ganz konkret gesprochen, in welchem Spannungsverhältnis steht die Freiheit des wissenschaftlichen Schaffens zu der Einwirkung der Trägerinstanz.

Trotz der Kürze des Textes werden die beiden am Ausgang des Entstehens der Universität stehenden Modelle sehr klar herausgearbeitet, nämlich einerseits das sogenannte Bologna-Modell und andererseits das Pariser Modell. Letzteres war dann typenprägend für die Entwicklung in Deutschland. Dieses Modell weist zwei hierarchische Stufen auf, die untere Stufe bestehend aus den „artes liberales“, also den sieben freien Künsten Grammatik, Rhetorik, Logik, Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik. Auf diese quasi propädeutische

Ebene bauen sich die drei höheren Fakultäten Medizin, Jurisprudenz und Theologie auf. Die Wechselwirkungen zwischen diesen frühen Formen der „universitas“ und dem Papst auf der einen Seite und dem Kaiser auf der anderen Seite werden leider nur kurz angetippt. So standen, wenn man so will, auf der positiven Seite bestimmte Privilegien wie etwa der Schutz der Studenten auf Reisen und ein eigener Gerichtsstand. Interessant wäre aber eine gewisse Vertiefung der Frage gewesen, welche übergeordnete Rolle die Kirche für den Inhalt des wissenschaftlichen Geschehens gespielt hat. Es ist naheliegend, dass innerhalb der genannten Hierarchie der Theologie eine übergeordnete Bedeutung eingeräumt wurde.

Wenn man in der Geschichte einen Schritt weiter geht, tritt ein Paradigmenwechsel im Gründungsgeschehen der Universitäten ein. Während die früheren Universitäten noch von den Magistern und Scholaren gegründet wurden, traten im späten Mittelalter die Landesherren als Gründer auf. Die Motive dieser landesherrlichen Gründungen waren weniger die Liebe zur Wissenschaft als handfeste Interessen der territorialen Stärkung. Zum einen versprach die Gründung einer Universität Prestigegewinn, zum anderen gab es einen ständig wachsenden Bedarf an Verwaltungseliten. Einen solchen Bedarf verspürte aber nicht nur der Landesherr, sondern auch die Kirche, die für die Ausbildung des geistlichen Personals konfessionelle Hochschulen gründete. Lange Zeit hatte man bei einem Vergleich der landesherrlichen Gründungen einerseits und der katholischen Hochschulen andererseits die Überzeugung propagiert, dass die letzteren als rückständig zu betrachten seien. Die neuere Forschung hat das korrigiert und herausgearbeitet, dass namentlich die Jesuitenuniversitäten in Fragen der Organisation, Kommunikation und Verwaltung durchaus innovative Leistungen erbracht haben.

Wieder einen zeitlich größeren Schritt weiter: Die häufig als universitäts-geschichtlicher Höhepunkt in Deutschland angesehene Humboldtsche Universitätsreform Anfang des 19. Jahrhunderts, die vor allem mit der Gründung der Berliner Universität 1809 verbunden wird, hätte eine breitere und differenzierte Betrachtung verdient (die Berliner Universität stand im Übrigen nicht an der Spitze der Reformbewegung, als Leitbilder der Reformuniversität sind die zuvor gegründeten Universitäten Halle und Göttingen zu nennen). Der Beitrag weist zurecht darauf hin, dass das zentrale Element dieser Reform für die weitere Entwicklung nicht nur in Deutschland bedeutsam wurde. Im Mittelpunkt dieser Gründungsidee steht die Forderung nach völliger Freiheit der

Wissenschaft sowie der Einheit von Forschung und Lehre. Bis in die neueste Zeit hat das Reformwerk von Wilhelm von Humboldt ikonografischen Charakter und es kann nicht bezweifelt werden, dass der spätere weltweite Erfolg der deutschen Universität auf die Kernideen dieser Reform zurückzuführen ist. Gleichwohl würde es dem Handbuch einer Wissenschaftsgeschichte gut anstehen, den alles beherrschenden Gründungsmythos, der mit dem Namen Wilhelm von Humboldt verbunden ist, mit etwas Tiefenschärfe zu betrachten. Lassen wir mal den Gesichtspunkt außen vor, dass jenes Papier, das man gleichsam als Gründungsmanifest der neuen deutschen Universität herausstellt, mit seinen vier Leitideen, nämlich „keine berufsspezifische Ausbildung“, eine „Bildung als Selbst-bewußt-werden-durch-tätiges Dasein“, „kein Einfluß des Staates auf Lehre und Forschung“, „Einheit von Forschung und Lehre als forschendes Lehren in der Gemeinschaft der Professoren und Studierenden“, erst knapp hundert Jahre nach der Gründung der Berliner Universität veröffentlicht wurde. Die Humboldtsche Gründungsidee ist in dieser Form ein nachgeschobener Mythos. Sie wurden in reiner Form weder zur Gründungszeit der Berliner Universität noch später umgesetzt. Richtig ist aber, dass ein Kreis von Reformern, zu denen auch *Humboldt* zählte, der aber wesentlich von Leuten wie *Wolff*, *Schleiermacher*, *Fichte*, *Schelling* und *Steffens* gebildet wurde, die Lehre von dem scholastischen Bildungskanon befreite. Die Forschung, die zuvor eher bei den Akademien angesiedelt, konnte sich im Geist einer von Rationalismus getragenen individualistischen Weltaneignung und frei von staatlichen Einflüssen entfalten. Das waren wichtige Antriebskräfte für den Siegeszug der deutschen Universität des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts.

Der zentrale Gedanke der Freiheit der Forschung, das wird nicht nur vom Autor dieses Beitrages übersehen, bedarf insofern einer Differenzierung, als im Zuge der hier beschriebenen Universitätsreform eine besondere Universitätsverfassung entstand, die man mit der Kurzform „janusförmige Universitätsverfassung“ bezeichnet. Janusköpfig deshalb, weil unter dem Dach der Universität zwei voneinander abgegrenzte Wirkungsfelder entstanden. Der eine Kopf ist die gesicherte wissenschaftliche Freiheit im akademischen Geschehen der Universität. Der andere Kopf ist die staatliche Kompetenz in allen Dingen des Wirtschaft- und Verwaltungswesens. Lange Zeit sah man darin einen konzeptionellen Geniestreich, denn der Staat übernahm nun eine dauerhafte und nachhaltige Alimentierungspflicht, da er ja im wirtschaftlichen Bereich und in der

Verwaltung zu der maßgeblichen universitären Verantwortlichkeitsinstanz wurde. Es ist unverkennbar, dass durch die starke Wirtschafts- und Verwaltungsstellung des States ein hohes Maß an Einflusspotential geschaffen wurde. Dieser berühmte Dualismus verfolgt die Diskussion um ein adäquates Universitätsmodell bis in die jüngste Zeit, siehe dazu unten.

Der Konzeption des Abschnitts „Universitäten“ folgend, in dem bei der Skizzierung der Universitätsgeschichte kein chronologisches Narrativ verfolgt wird, sondern die schlaglichtartige Beleuchtung von Umbrüchen und Paradigmenwechsel, wird auch hier nur auf zwei der knapp angedeuteten grundlegenden Reformprozesse des 20. Jahrhunderts eingegangen, die jeweils nicht nur tiefe Spuren im Inneren des wissenschaftlichen Geschehens der Universitäten hinterlassen haben, sondern auch jeweils über die Grenzen der Wissenschaftseinrichtungen hinaus äußerst emotionale Diskussionen verursacht haben.

Die Universitäten waren ab Ende der 1960er-Jahre mit zwei Problemen konfrontiert, die zwar einen völlig unterschiedlichen Ausgang hatten, aber in ihren wechselseitigen Verbindungen zu starken Impulsen der Veränderung wurden. Es war zum einen der stark ansteigende Zugang zu den Universitäten, getragen von der berechtigten Vorstellung, dass bisher unterprivilegierte Teile der Gesellschaft durch eine universitäre Ausbildung Aufstiegschancen erhalten sollten. Der daraus abgeleitete Begriff der Massenuniversität ist, neben dem positiven Gesichtspunkt der sozialen Gerechtigkeit, aber auch mit negativer Konnotation verbunden, da eine Massenuniversität offenkundig mit den Humboldtschen Idealen endgültig nicht mehr zu vereinbaren ist und damit Qualitätsstandards gefährdet erschienen (auch wegen einer permanenten Unterfinanzierung). Die andere Strömung hat ihre Quelle in der studentischen 68er Bewegung, die u.a. dem Typus der Ordinariuniversität (stark dominierende Rolle der Lehrstuhlinhaber) den Kampf angesagt hat und sich als Konsequenz die Forderung nach inneruniversitärer Mitbestimmung entwickelte. In der Gruppenuniversität sollten alle unter dem Dach der Universität arbeitenden Gruppen an den zentralen Entscheidungen einer Universität teilhaben. Die Rechtsprechung hat diese Entwicklung insofern eingeehrt, dass alle Universitätsgruppen in Gremien vertreten sind, aber in wissenschaftlichen Fragen die maßgebliche Entscheidung bei den Wissenschaftlern/Innen verbleibt. Nicht weniger tiefgreifend war der Umbruchprozess ab etwa Ende der 1990er Jahre des letzten Jahrhunderts. Die Formulierungen des Handbuchbeitrags, wonach die

Ökonomisierungsdebatte mit einem Autonomieverlust der Universitäten im Sinne der Verdrängung wissenschaftlicher Rationalitäten durch ökonomische Imperative verbunden sei, ist offen gestanden ein Satz, der hundert Fragen aufwirft, aber dem Leser keine beantwortet. Unklar ist, was ein Leser ohne Kenntnis der Hintergründe aus einer solchen thesenartigen Zuspitzung gewinnt. Diese offenen Fragen können gewiss nicht im Rahmen einer Buchbesprechung beantwortet werden. Das abwertende Schlagwort der Ökonomisierung, das sicher auch durch Auswüchse Nahrung bekam (u.a. „Vorstand“ als Universitätsleitungsorgan statt Rektorat), verdeckt den Kern des Umbruchs, nämlich das oben unter anderen zeitlichen Vorzeichen schon angesprochene Verhältnis der Universität zum Staat. Wesentliche Entscheidungsbefugnisse sind vom Staat, also in Deutschland von den Bundesländern, auf die Universitäten übertragen worden, angefangen von den internen Strukturfragen bis hin zur Besoldung der Professoren/Innen. Es hat sich dabei die naheliegende Vorstellung durchgesetzt, dass die Universität besser als der Staat weiß, wie die Wissenschaft unter ihrem Dach zu organisieren ist. Verbunden damit war auch die Effizienzfrage, die vordergründig als ökonomische betrachtet wurde (von manchen externen Beratern der Universität auch so gesehen wird). Im Kern ging es aber um die Frage, mit welchen Steuerungsmitteln man es gewährleisten kann, dass die notwendigerweise beschränkten Mittel so eingesetzt werden, dass der bestmögliche wissenschaftliche Erfolg erzielt wird.

Im letzten Satz des Beitrags „Universität“ wird auf die zunehmende Ausdifferenzierung des Hochschulwesens hingewiesen. Es ist verständlich, dass dieses sehr große Feld im Rahmen eines Handbuchs nicht umfänglich behandelt werden kann. Aber in historischer Perspektive bemerkenswert ist doch die leider nicht erwähnte Gründung zahlreicher privater Hochschulen, die, wenn auch kleiner als die staatlich getragenen Hochschulen, inzwischen ihren Platz in der Wissenschaftslandschaft in Deutschland gefunden haben. Der Wechsel der Trägerschaft von staatlichen in private Hände wirft naturgemäß das Thema Wissenschaftsfreiheit unter anderen Vorzeichen wieder auf.

Zu den großen Strukturfragen des Deutschen Hochschulwesens gehört nach Auffassung des Rezensenten auch das Verhältnis der Universitäten zu den leider nicht erwähnten Fachhochschulen und ihres jeweiligen spezifischen Auftrags in Forschung und Lehre, um damit wieder an den vom Autor des Beitrages angesprochen Prozess der Ausdifferenzierung anzuknüpfen.

Bei der notwendigerweise fragmentarischen Befas-

sung mit dem Handbuch Wissenschaftsgeschichte zum Zwecke einer Rezension sei – wie bereits ausgeführt - an folgender Wahrnehmung festgehalten: Für Wissenschaftler/Innen, die in den tieferen philosophischen und kultursoziologischen Schichten der Wissenschaftsgeschichte forschen und deren hochkomplexe Rahmenbedingungen im Blick haben, ist das Handbuch eine äußerst wertvolle Quelle. Für fachfremde Leser leistet das Handbuch eine übergreifende Orientierung, die aber gleichzeitig eine Aufforderung zur weiteren Vertiefung mit anderen Quellen ist.

Jürgen Heß war von 1988 bis 1994 Kanzler der Universität Konstanz, von 1994 bis 2000 Kanzler der Universität Freiburg und von 2000 bis 2003 Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz.

Sebastian Golla

Besprechung von Jonas Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), Nomos, 2020¹

I. Virtuelle Lehre als neuer Alltag

Die vorliegende Dissertation von *Jonas Botta* wäre noch im letzten Jahr vor allem von einem kleinen, im Datenschutzrecht spezialisierten Adressatenkreis rezipiert worden. In Zeiten von Covid-19 ist indes das allgemeine Interesse an den untersuchten Fragen gestiegen. Die Pandemie hat ein neues Kapitel in der Entwicklung der von *Botta* in das Zentrum der Untersuchung gestellten Massive Open Online Courses (MOOCs) aufgeschlagen. Dies zeigt sich nicht nur, wenn die Sängerin *Shakira* auf Twitter stolz ein Diplom in antiker Philosophie präsentiert, das sie in einem Online-Kurs einer US-amerikanischen Universität erworben hat.²

Auch die Lehrangebote deutscher Hochschulen entfalten sich aktuell zu großen Teilen online, und es ist davon auszugehen, dass die angestoßene Entwicklung lange nachwirken wird. So stellt sich ab jetzt die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Datenverarbeitung im virtuellen Seminarraum im Alltag sämtlicher Lehrenden und Bildungsinstitutionen mit neuer Dringlichkeit. Die Untersuchung dieser Grenzen ist das Herzstück von *Bottas* Arbeit (Kapitel 4), welches eher allgemein gehaltene Betrachtungen etwa zum Phänomen Big Data (Kapitel 2, § 1) und zur Entstehung des europäischen Datenschutzrechts (Kapitel 3, § 1) vorbereiten.

Die datenschutzfreundliche Gestaltung des „virtuellen Seminarraums“ erscheint dabei als eine der zentralen Erfolgsbedingungen für den Einsatz von E-Learning und Online-Kursen. Wie *Botta* eingangs betont, „sind MOOCs ein wichtiger Impulsgeber für die Weiterentwicklung unseres Hochschulsystems geworden“ (S. 46). Um sie erfolgreich einzusetzen, gilt es aber, datenschutzrechtliche Anforderungen umzusetzen, da digitale Lehrangebote die Verlockung mit sich bringen, „auf Grundlage der Nutzerdaten Kenntnisse über die individuellen Fähigkeiten eines Menschen, sein Lernverhalten oder

seine thematischen Interessen zu erlangen und daraus umfassende Persönlichkeitsprofile der Nutzer zu erstellen“ (S. 47).

II. Rechte auf digitale Bildung und Datenschutz

Zur Einleitung der rechtlichen Bewertung stellt *Botta* das grundrechtliche Spannungsfeld dar, in dem sich E-Learning-Angebote bewegen und das sich auch auf ihren Einsatz durch Private auswirkt (S. 92 ff.). In zeitgemäßer Weise liegt der Schwerpunkt auf den Gewährleistungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dabei befasst sich *Botta* unter anderem kurz mit der Frage, ob aus dem Recht auf Bildung aus Art. 14 GRCh gegenüber Hochschulen ein Recht abgeleitet werden könnte, digitale Bildungsangebote zur Verfügung zu stellen und nimmt dies in einem gewissen Umfang an (S. 96). Weitere Überlegungen zu einem solchen Recht auf digitale Bildung wären im Zusammenhang mit den Aufgaben nach den Landeshochschulgesetzen, die etwa ausdrücklich die Berücksichtigung der Bedürfnisse berufstätiger oder kinderbetreuender Studierender verlangen³, lesenswert gewesen.

In den Ausführungen zu den (einfachgesetzlichen) Befugnissen zur Datenverarbeitung durch MOOC-Anbieter (S. 113 ff.) bezieht *Botta* kenntnisreich Stellung zu grundsätzlichen und spezifischen Anwendungsfragen der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union (DSGVO). Diese Ausführungen sind nicht nur für Theoretiker, sondern auch für die praktischen Adressat*innen der Regelungen von großem Interesse. Sie ersparen die Mühe, die Fragestellungen einzeln in der kaum noch überschaubaren Kommentar- und Handbuchliteratur zur DSGVO nachzuschlagen. Hochwertige und ausführliche Beiträge zu bereichsspezifischen Fragen des Datenschutzrechts nach aktueller Gesetzeslage sind selten, erst recht für den Bildungsbereich.⁴ Wenn

1 430 Seiten, 98 Euro, ISBN 978-3-8487-6401-3.

2 <https://twitter.com/shakira/status/1253351436097925127>, zuletzt abgerufen am 15. Mai 2020.

3 Vgl. etwa § 2 Abs. 4 Satz 2 HochSchG RhPf; § 3 Abs. 4 Satz 2

HessHochSchG.

4 Vgl. mit einem Versuch hierzu *Golla/Matthé*, Das neue Datenschutzrecht und die Hochschullehre, *WissR* 51 (2019), 206 ff.

man dem Autor hier etwas vorwerfen kann, dann allenfalls, dass er auf ein Stichwortverzeichnis zu seiner Arbeit verzichtet hat, welches diese besonders für den praktischen Einsatz, noch attraktiver gemacht hätte.

Im Vergleich zu den Befugnissen der MOOC-Anbieter fallen die Ausführungen zu den Befugnissen der Hochschulen im Bereich der Datenverarbeitung (S. 303 ff.) deutlich knapper aus. In diesem dennoch lesenswerten Abschnitt stellt *Botta* zutreffend die im Vergleich zu Forschungszwecken schwächere Privilegierung von Lehrzwecken durch die DSGVO heraus, die zu kritisieren ist. Auch auf mitgliedstaatlicher Ebene besteht Nachbesserungsbedarf: Die für die Datenverarbeitung zu Zwecken der Forschung und Lehre einschlägigen Regelungen in den Landeshochschul- und Datenschutzgesetzen erweisen sich als Stückwerk und teilweise unionsrechtswidrig (S. 313 ff.).

III. Anwendungsfragen der DSGVO: Freiwilligkeit, künstliche Intelligenz und US-Dienste

Die Auseinandersetzung mit einzelnen Fragen der DSGVO erfolgt insgesamt in unterschiedlichem Detailgrad. Erfreulich differenziert ist sie im Zusammenhang mit den Anforderungen an eine wirksame (insbesondere: freiwillige) Einwilligung in die Datenverarbeitung gegenüber MOOC-Anbietern (S. 117 ff.). Die vorliegenden Ausführungen hierzu sind auch im Kontext allgemeiner datenschutzrechtlicher Diskussionen – wie etwa um das so genannte Kopplungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO – lesenswert. Etwas mehr Detail wäre bei der Auseinandersetzung mit den weitgehenden Informationspflichten der Anbieter nach Art. 13 f. DSGVO (S. 190 ff.) wünschenswert gewesen, deren Einhaltung so manchen Dienst auf eine harte Probe stellen dürfte.

Im Zusammenhang mit aktuellen Diskussionen um den Einsatz künstlicher Intelligenz stehen *Bottas* Überlegungen zu vollautomatisierten Entscheidungen im Bildungskontext und deren Zulässigkeit nach Art. 22 DSGVO (S. 207 ff.). Dass diese bisher praktisch selten angewandte Vorschrift gerade im Bildungsbereich von hoher Relevanz ist, zeigen die Anwendungsbeispiele vollautomatisierter Bewertungssysteme (etwa in Multiple

Choice-Tests) und Studienberatungsprogramme, die sich lernfähiger Algorithmen bedienen. Zutreffend weist *Botta* dabei darauf hin, dass es kaum spezifische Grenzen für den Einsatz automatisierter Systeme gibt, die menschliche Entscheidungen „nur“ vorbereiten. Auch diese können aber einen „Ankereffekt“ erzeugen (S. 215), der gut vorstellbar ist, wenn man sich etwa vor Augen führt, dass eine Software einen begründeten Bewertungsvorschlag für eine Klausur unterbreitet.

Besonders hervorzuheben ist auch *Bottas* Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Datentransfers in Drittstaaten (am Beispiel der USA, S. 239 ff.), die im Bildungsbereich regelmäßig relevant wird und in der Praxis mit dem eingeschränkt sachdienlichen Hinweis endet, man möge Dienste benutzen, die innerhalb der Europäischen Union betrieben werden. Nach ausführlicher Auseinandersetzung kommt freilich auch *Botta* zu dem Schluss, dass das Datenschutzniveau in den USA jenem in der Europäischen Union nicht gleichwertig ist („Digital Privacy Divide“, S. 262). Weder der Angemessenheitsbeschluss EU-US Privacy Shield noch andere Instrumente der DSGVO können nach *Bottas* Analyse derzeit als sichere Rechtsgrundlage für den transatlantischen Datenverkehr dienen.

IV. Eine datenschutzrechtliche Navigationshilfe für die digitale Bildung

Angesichts der komplexen Rechtslage im Datenschutzrecht sowie dem „Normenschwungel“ für MOOC-Anbieter und Hochschulen überrascht es wenig, dass *Botta* im Schlussteil seiner Dissertation einen Regelungsbedarf unter anderem im deutschen Hochschulrecht (S. 372 f.) ausmacht. Es rundet diese Arbeit ab, dass der Autor sich nicht mit dem Ausmachen der Probleme begnügt, sondern dazu ausführliche Handlungsempfehlungen für deutsche Hochschulen unterbreitet (S. 384 ff.). Hierbei verweist er unter anderem auf die Potentiale von Hochschulsatzungen, datenschutzrechtliche Vorgaben zu konkretisieren, sowie eines hochschuleigenen Plattformbetriebs.

Botta bietet seine Arbeit als „Wegweiser“ auf dem Pfad der digitalen Bildung hin zum Humboldt’schen Ide-

al „gleicher Bildung für alle“ an (S. 394). Diesem Anspruch wird er gerecht. Seine Arbeit ist sowohl für die wissenschaftliche Auseinandersetzung als auch als praktische Hilfe zur Navigation durch die komplexen Regelungsgefülle zwischen Datenschutzrecht und Hochschulrecht geeignet.

Sebastian Golla ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Robert Mohl

*Ansteckende Krankheiten*¹

Wir wenden uns nun zu den staatspolizeilichen Anstalten, welche die Heilung ausgebrochener Contagien² begünstigen sollen. Sie betreffen das ärztliche Personal, die materiellen Heilmittel, die Geldunterstützungen und die endliche Reinigung der angesteckt genesenen Wohnorte.

Jede Epidemie fordert zu ihrer Behandlung eine größere Anzahl von Aerzten als die regelmäßig Beschäftigten. Doppelt ist dies bei einer ansteckenden Krankheit der Fall, welche manchen Arzt ebenfalls ergreifen, und die Zahl der verfügbaren also noch mehr verringern wird. Wenn sich daher nicht, wie übrigens eine schöne Erfahrung der letzten großen Epidemien hoffen läßt, die noethige Zahl von Freiwilligen, sei es aus Humanität, sei es aus Lernbegierde, einfinden sollte, so ist es Sache des Staates, durch verhältnismäßige Anerbietungen, das noethige Personal herbeizuziehen. Ob ein Zwang dabei statt finden durfte, ist an und für sich zweifelhaft und möchte jeden Falles nicht rätlich sein, weil mit Gezwungenen schwerlich der Zweck erreicht würde. Weit schwieriger ist es nach manchen Erfahrungen, die zwar sehr untergeordnete, allein doch unentbehrliche Classe von Krankenwärtern zu erhalten. Bei sehr tödlichen Contagien ist ihr Geschäft so offenbar lebensgefährlich, dass auch die größten Geldanerbietungen ihren Zweck verfehlen könnten, und daß man daher schon wiederholt zu dem, freilich verzweifelten, Mittel schreiten mußte, schweren Verbrechern die Erlassung ihrer Straften unter der Bedingung der Abwartung Pestkranker anzubieten.

Seltener wird es in einem Staate mit guter deutscher Medicinalpolizei an dem materiellen Heilmitteln fehlen. Die Apotheken sind immer versehen und Fehlendes wird asbald ergänzt. Nur in dem Falle, wenn ein in der Regel bloß in kleinen Quantitäten vorrätiges Mittel in einer Epidemie plötzlich stark gebraucht würde, könnte eine Hilfe bei Staates nötig werden, welche aber wohl am besten in einer solchen Erhöhung des Preises bestünde, daß das Fehlende auf die schleunigste wenn schon theuerste Weise von den einzelnen Apotheken herbeigeschafft werden könnte. Hiermit wäre noch eine außerordentliche Untersuchung der Apotheken, ob die erforderlichen Arzneistoffe wirklich nach Menge und Güte unta-

delhaft vorhanden sind, ferner ein Verbot, solche spezifischen Heilmittel anders als gegen ärztliches Rezept und nur in gewöhnlichen Quantitäten abzugeben, mit Nutzen zu verbinden.

Unmittelbare Geldunterstützungen sind bei contagiösen Epidemien nicht zu vermeiden, und können auch, da sie zur Abwendung einer allgemeinen Gefahr und eines nicht bloß die zunächst Beteiligten angehenden Übels dienen, völlig gerechtfertigt werden. Außer den mehr zu den prophylaktischen Mitteln gehörigen Unterstützungen erfordert der Heilzweck Beiträge zur Stärkung der Kranken und besonders bei Wiedergenesenen, Unterhalt ihrer Familien und Bezahlung der ärztlichen Hilfe, so wie der Heilmittel. Und zwar wird eine solche Hilfe nicht nur bei den zu allen Zeiten armen und bedürftigen Classen nötig sein, sondern sie kann auch wegen der Sperrung alles Erwerbes für solche erwünscht sein, welche keineswegs regelmäßige Ansprüche auf Armenunterstützung machen. Die Form der Gabe muss daher schonend sein und nicht als Almosen erscheinen. Am besten wird geradezu aus öffentlichen Kassen das Erforderliche bezahlt und dann unentgeltlich denen, welche es verlangen, gereicht. Eine Vertheilung der auf solche Weise gemachten Ausgaben zwischen der allgemeinen Staatskasse und den Kassen der einzelnen Gemeinden ist ohne Zweifel gerecht, indem theils allgemeine, theils bloß örtliche und nachbarliche Zwecke erreicht werden. Daß die Gemeinden dadurch hart bedrückt werden, und auf eine lange Reihe von Jahren in ihren Vermögensverhältnissen zurückgebracht werden können, ist freilich unleugbar, und keines der geringsten Übel einer Contagion.

Robert (von) Mohl (1799 - 1875) war Professor für Staatswissenschaften in Tübingen sowie seit 1847 Professor in Heidelberg. Als „politischer“ Professor war er unter anderem Mitglied der Nationalversammlung in der Paulskirche sowie der badischen Ersten Kammer. Zu seinen wichtigsten Schriften gehört „Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“ von 1833.

1 Robert Mohl, in: Rotteck/Welcker (Hg.), Staatslexikon, 1 Bd. 1834, S. 603, 611 f.

2 die Übertragung einer Krankheit von einer Person auf eine andere über bloßen Kontakt.

