

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2023

## Aufsätze

Zehn Jahre ODW **1-2**

*Tiziana Chiusi* Themen und Perspektiven der juristischen  
Ausbildung **3-16**

*Gabriel Kalweit, Marie Kalweit,  
Ignacio Mastroleo, Joschka Bödecker,  
Roland Mertelsmann* Künstliche Intelligenz in der Krebstherapie  
**17-22**

*Stefan Onur Seddig* Chancen und Risiken der Anonymisierung für  
die Forschung und Wissenschaft aus Sicht des  
Datenschutzrechts **23-38**

## Urteilsbesprechung

*Manfred Witznick* Erfüllung der Lehrverpflichtung durch Hoch-  
schullehrer - Anmerkung zu Verwaltungs-  
gericht Freiburg, Urteil vom 8.10.2021, 1 K  
2327/19 **39-44**

## Buchbesprechungen

*Sarah Gronemeyer* Sind Studierende verpflichtet an Lehrveran-  
staltungen teilzunehmen? - Buchvorstellung  
der Dissertation „Die Zulässigkeit von An-  
wesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen“  
**45-54**

*Monika Muhr* KI-Schöpfungen und Urheberrecht **55-58**

## Ausgegraben

*Ausgegraben* Quittung für ein Stipendium **59-60**



## Zehn Jahre ODW

Mit dieser Ausgabe startet der zehnte Jahrgang von OdW. Der Rückblick auf die vergangenen neun Jahre zeigt, dass OdW ihr Ziel erreicht hat, in Form einer kostenfreien und öffentlich zugänglichen Online-Zeitschrift ein Forum für die wissenschaftliche und rechtspraktische Diskussion der rechtlichen Ordnung der Wissenschaft zu bieten.

Die Breite dieser Diskussion lässt sich den Fünf-Jahres-Verzeichnissen von OdW entnehmen.<sup>1</sup> Sie spiegelt sich auch in den Zitaten in anderen wissenschaftlichen Zeitschriften und in Kommentaren. Diese Zitate reichen vom eigentlichen Hochschulrecht, Hochschulpersonalrecht, Prüfungsrecht und Hochschularbeitsrecht, insbesondere das Wissenschaftszeitvertragsrecht, über das Recht der außeruniversitären Forschungseinrichtungen, das Recht der Universitätsklinika und das Recht der künstlichen Intelligenz bis hin zu vielfältigen Fragen des Rechts der Europäischen Union und allgemein der internationalen Rechtsbeziehungen.

Aktuell sind in der Datenbank „Beck-Online“ und „Juris“ insgesamt ca. 260 Zitate in der Literatur zu finden.

Auch die Rechtsprechung berücksichtigt inzwischen vermehrt in OdW erscheinende Beiträge. Das gilt nicht nur für Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte<sup>2</sup>. Ebenso finden sich OdW-Zitate in Entscheidungen der Arbeitsgerichte<sup>3</sup>. Auch das Bundesverfassungsgericht und Verfassungsgerichte der Länder nehmen von Beiträgen in OdW Notiz<sup>4</sup>.

Die Verbreitung von OdW unter den mit dem Recht der Ordnung der Wissenschaft befassten Personen lässt sich an den Nutzerzahlen ablesen: Die Statistik weist für den Zeitraum vom 1. Januar bis zum 31. Oktober 2022 im

wöchentlichen Durchschnitt rund 3.200 Aufrufe aus, wobei der Schwerpunkt jeweils Mitte der Woche liegt.<sup>5</sup> Die Zahl der Abonnenten liegt inzwischen (Stichtag 13. Dezember 202) bei 745.<sup>6</sup>

Etabliert ist auch die Zusammenarbeit mit anderen Online-Plattformen: OdW ist in das juris-Modul „*juris Hochschulrecht Praxis*“ integriert. Die Beiträge werden auch automatisch in das rechtswissenschaftliche Repositorium <intr>[§] der Staatsbibliothek zu Berlin - Preussischer Kulturbesitz<sup>7</sup> aufgenommen und dort dauerhaft archiviert. Auch dort erfolgen Zugriffe. In den zwölf Monaten bis Ende Oktober 2022 waren es insgesamt mehr als 3.600<sup>8</sup>.

Die Nutzung von OdW ist (einschließlich der Abonnements) kostenfrei geblieben. Herausgeber, Schriftleitung und Redaktion arbeiten ehrenamtlich. Autorenhonorare werden nicht gezahlt – was sich aber nicht als hinderlich erwiesen hat. Der Sachaufwand besteht in der Nutzung zweier PC in der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg, im Betreiben der Webseite [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de) und in der elektronischen Kommunikation über die Universität mit der Adresse [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de).

Im Rückblick sehen Herausgeber, Schriftleitung und Redaktion ihr Konzept einer dem Open-Access-Prinzip verpflichteten wissenschafts- und hochschulrechtlichen Online-Zeitschrift bestätigt. Sie gehen deshalb mit Zuversicht in die nächsten zehn Jahre OdW.

Thomas Würtenberger, Cornelia Feldmann,

Manfred Löwisch

1 Siehe Jocher, Fünf-Jahres-Verzeichnis OdW 2014 – 2018, OdW 2018, 75ff; das Fünf-Jahres-Verzeichnis 2019 – 2023 erscheint in Nr. 1 des Jahrgangs 2024.  
2 OVG Schleswig 03.03.2021 - 3 MR 7/21; VG Schleswig 22.11.2017 - 9 B 36/17, 07.08.2018 - 9 A 398/17; VGH Mannheim 26.09.2017 - 9 S 2056/16, 19.12.2019 - 9 S 838/18, 17.09.2020 - 9 S 2092/18, 06.05.2021 - 9 S 3119/19; VG Minden 10.06.2016 - 10 L 345/16; VG Würzburg 30.06.2021 - W 2 K 20.474; OVG Koblenz 25.03.2019 - 2 B 10139/19; VG Freiburg 20.06.2018 - 1 K 3401/18; VG Gelsenkirchen 03.05.2016 - 6z L 948/16, 30.05.2017 - 6z K 783/16; VG Sigmaringen 02.08.2017 - PL 11 K 590/16; VG Bremen 27.07.2021 - 7 K 2257/20; VG Gelsenkirchen 24.10.2018 - 6z L 1595/18.  
3 BAG 20.01.2021 - 7 AZR 193/20, 02.02.2022 - 7 AZR 573/20; LAG

Hamm 28.11.2019 - 11 Sa 381/19; LAG BaWü 02.02.2022 - 10 Sa 66/21.

4 BVerfG 05.02.2020 - 1 BvR 1586/14; VerfGH BaWü 14.11.2016 - 1 VB 16/15, 10.10.2022 - 1 VB 29/18.

5 Der Hosting-Service von OdW speichert automatisiert und anonym die Zugriffe auf unsere Webseite.

6 Die Zahl der aktuellen Abonnenten ist unserem Newsletter Service „MailChimp“ zu entnehmen. Dieser schickt wöchentlich ein automatisiertes Update an unsere E-Mail-Adresse mit der aktuellen Abonnentenzahl.

7 <https://intr2dok.vifa-recht.de> (letzter Zugriff am 02.12.2022)

8 Die Klickzahlen sind einsehbar unter [https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir\\_mods\\_00005355](https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00005355) (letzter Zugriff am 02.12.2022).



# Tiziana Chiusi

## *Themen und Perspektiven der juristischen Ausbildung\**

### I. Einleitung

Entgegen der Behauptung, das Staatsexamen sei ein seit über 150 Jahren wider besseres Wissen reformresistentes Instrument zur Gängelung des juristischen Nachwuchses, ist die deutsche juristische Ausbildung, deren Qualität europa- und weltweit höchstes Ansehen genießt, oft Gegenstand von Anpassungen und Reformen gewesen. Der Deutsche Juristen-Fakultätentag (DJFT) hat diese in den letzten Jahrzehnten mehrfach angestoßen und stets intensiv begleitet.<sup>1</sup>

In den 1960er Jahren ging es um die Fächerkataloge der Prüfungsordnungen und die Vereinheitlichung der Juristenausbildung. In den 1970ern war man mit Kapazitätsproblemen und der – willkürlichen – Festsetzung des sogenannten curricularen Normwerts 1976 auf 1,5 konfrontiert. Der DJFT hat sich – leider nur zum Teil erfolgreich – um eine Erhöhung dieses Werts bemüht, doch noch heute leiden wir in besonderem Maße unter der im Verhältnis zu anderen Studiengängen schlechten Betreuungsrelation, die von einer chronischen Unterfinanzierung der Fakultäten begleitet wird. Anfang der 1990er Jahre wurden studienbegleitende Leistungskontrollen eingeführt und, im Rahmen der Bemühungen um eine Studienzeitverkürzung, der Freiversuch, der als erfolgreiches Anreizmodell gelten darf. Mitte der 1990er Jahre wurde – mit dem Versuch, die Lehre von spezifischen juristischen Bereichen an Fachhochschulen anzusiedeln – die Wissenschaftlichkeit und die Einheit des Studiums in Frage gestellt. Im Bologna-Prozess redeten manche einer Verschulung des Studiums unter riesigem bürokratischem Aufwand das Wort. Der Juristen-Fakultätentag konnte das Staatsexamen gegen die Umstellung auf das Bologna-System unter der Leitung seiner Vorsitzenden Peter Huber und Henning Radtke zusammen mit dem Bundesjustizministerium, den Justizministerien der

Länder, den Vertretungen der juristischen Berufe und der Bundesfachschaft Jura erfolgreich verteidigen.<sup>2</sup> Anfang der 2000er Jahre hat sich der DJFT für die Etablierung des Schwerpunktbereichsstudiums eingesetzt. Die sogenannten Schlüsselqualifikationen wurden 2003 im Deutschen Richtergesetz (DRiG) aufgenommen. Letztes Jahr wurde § 5a Abs. 2 DRiG dahingehend ergänzt, dass die Vermittlung der Pflichtfächer auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur erfolgt.<sup>3</sup> In § 5a Abs. 3 wurde explizit darauf verwiesen, dass die Inhalte des Studiums die ethischen Grundlagen des Rechts berücksichtigen und die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts fördern sollen. Die Formulierung im Gesetz geht zum Teil auf den Vorschlag des DJFT zurück.<sup>4</sup> Auch die Möglichkeiten der sogenannten E-Klausur und des Teilzeitreferendariats wurden eingeführt, ebenso vor einigen Jahren eine längere Dauer der Anwaltsstation während des Referendariats. Schließlich dürfen die im Laufe der Jahre wiederholten Reduzierungen des Prüfungsstoffes nicht unerwähnt bleiben, zuletzt auf der Grundlage eines Stoffkatalogs, der 2017 von der Justizministerkonferenz gebilligt worden ist und auf einen Vorschlag des Ausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung (Koordinierungsausschuss) zurückgeht, auf den der DJFT zum Teil einwirken konnte.<sup>5</sup> Die Umsetzung in den Prüfungsordnungen der Länder dürfte mittlerweile überall abgeschlossen sein.

### II. Aktuelle Herausforderungen der juristischen Ausbildung

1. Dem negativen Narrativ mit Fakten entgegentreten  
Seit einiger Zeit tragen Teile der Studierenden im Hinblick auf das Jura-Studium gleichwohl vermehrt Unsi-

\* Der Beitrag knüpft an den Artikel an, der am 30. Juni 2022 in der F.A.Z. unter dem Titel „Ein Jodel-Diplom?“ erschienen ist.

1 Umfassend zu den Reformen bis Mitte der 1990er Jahre Kne-meyer/Hadding/Lange/Walz/Werner (Hrsg.), 75 Jahre Deutscher Juristen-Fakultätentag, 2. Aufl. 1995.  
2 Deutscher Juristen-Fakultätentag (Hrsg.), Der »Bologna-Prozess« und die Juristenausbildung in Deutschland, Veröffentlichungen des Deutschen Juristen-Fakultätentages, 2005/2006.  
3 Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.06.2021,

BGBI. 2021, I, S. 2154.

4 Beschluss des DJFT 2018/II Nr. 4; die hier und im Folgenden nur mit „DJFT“ zitierten Beschlüsse des DJFT ab 2006 sind auf der Webseite der Interessenvertretung zugänglich.

5 Bericht des Ausschusses der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung, November 2017, abrufbar unter: <https://www.djft.de/wp-content/uploads/2019/03/2017-10-02-Gesamtbericht-endg%E2%94%9C%E2%95%9Dltige-Fassung-1.pdf> (letzter Zugriff am 02.12.2022).

cherheiten und Zweifel in die Öffentlichkeit. Der Umfang des Prüfungsstoffs wird angeprangert und die Anforderungen in der Ersten Juristischen Prüfung werden als zu hoch empfunden.

Zwar zeigen die Prüfungsergebnisse, dass hohe, aber keine unerfüllbaren Anforderungen an die Examenkandidaten gestellt werden. Nach den Daten des Bundesministeriums der Justiz haben im Jahr 2019 nur 3,9 Prozent der geprüften Kandidaten die Erste Juristische Prüfung endgültig nicht bestanden.<sup>6</sup> Die regelmäßig durch das Bundesamt für Justiz veröffentlichten Durchfallquoten der letzten fünf Jahre bewegen sich mit einem durchschnittlichen Wert von 4,7 Prozent ebenfalls in einem sehr niedrigen Bereich. Das Argument, darin seien die Abbrecher oder diejenigen, die auf einen zweiten Versuch (oder einen dritten, wenn der Freiversuch wahrgenommen wurde) verzichten, nicht berücksichtigt, ist für die Beurteilung des Schwierigkeitsgrads der Anforderungen nicht wirklich einschlägig. Denn zum einen liegt die Studienabbruchquote in der Rechtswissenschaft – ungeachtet der Problematik der genauen Ermittlung und damit Aussagekraft eines solchen Wertes – mit 35 Prozent gerade im universitären Durchschnitt.<sup>7</sup> Zum anderen ist die Entscheidung, nicht noch einmal anzutreten, obwohl es möglich wäre, eine persönliche, subjektive Wahl, der kaum ein objektivierender Charakter hinsichtlich der „Machbarkeit“ der Prüfung zugeordnet werden kann. Auch lassen sich die subjektiven Entscheidungen für einen Studienabbruch nach der in diesem Zusammenhang oft bemühten Statistik nicht auf einen einzigen Grund zurückführen und unterscheiden sich im Vergleich zu den anderen universitären Studiengängen nicht wesentlich.<sup>8</sup> Mögen manche Studierende auf einen zweiten oder gar dritten Versuch der Ersten Juristischen Prüfung verzichten, haben andere in einem

Zweit- oder Drittversuch Erfolg und zeigen, dass die Bewältigung des Prüfungsdrucks möglich ist. Im Übrigen ist die absolute Zahl der erfolgreich geprüften Rechtskandidaten nach den veröffentlichten Statistiken der letzten zehn Jahre sogar deutlich gestiegen.<sup>9</sup>

Das Vortragen der Erfolgs- oder Misserfolgsdaten wird aber nicht genügen, um die Ängste und Zweifel zu besiegen, die viele Studierende in der Prüfungsphase und sogar schon während des Studiums entwickeln, zumal es schwierig ist, Gefühle mit Prozentzahlen zu bekämpfen. Es bedarf von Seiten der Fakultäten vielmehr einer starken Antwort inhaltlicher Natur auf die Unsicherheiten der Studierenden: Zwar werden die Prüfungsformate der Ersten Juristischen Prüfung dem Zweck, Fertigkeiten und Fähigkeiten der Kandidaten für die juristischen Berufe festzustellen, grundsätzlich gut gerecht. Es geht hier nämlich darum – was manchmal in der Diskussion über die Schwierigkeit des Studiums und der Prüfung ausgeblendet wird –, die fachliche Eignung für die Ausübung von Berufen zu ermitteln, in denen oft Entscheidungen zu treffen sind, die für die Freiheit oder den Verlauf des Lebens von Menschen maßgeblich sein können. Doch das bedeutet selbstverständlich nicht, dass das Studium in mancher Hinsicht nicht verbesserungsfähig und anpassungsbedürftig sein kann.

Diese Herausforderung, den Studierenden eine Lösung inhaltlicher Natur bereitzustellen, hat den DJFT als Interessenvereinigung der 44 deutschen juristischen Fakultäten und elf deutschsprachigen Fakultäten aus Österreich, der Schweiz und Ungarn zuletzt anlässlich seines 100-jährigen Jubiläums auf dem Juristen-Fakultätentag in Karlsruhe im Jahr 2021 beschäftigt.<sup>10</sup> Außerdem wurde der folgende 101. DJFT in Saarbrücken in mehrfacher Hinsicht der Verbesserung des Studiums gerade mit Blick auf die Prüfungsphase gewidmet.

6 Bundesamt für Justiz, Ausbildungsstatistik zur Juristenausbildung über die Ergebnisse der Pflichtfachprüfung im Jahr 2019, abrufbar unter: [https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistik/Juristenausbildung\\_2019.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistik/Juristenausbildung_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (letzter Zugriff am 02.12.2022).

7 So Heublein/Hutzsch/Schmelzer, DZHW Brief 05/2022: „Die Entwicklung der Studienabbruchquoten in Deutschland“, S. 5 und 12; insb. auf S.12: Die Studienabbruchquote gibt danach den Anteil der Studienanfänger eines Jahrgangs an, die ihr Erststudium beenden, ohne einen Abschluss zu erwerben. Mit einem „Studienabbruch“ fließen also nur Personen in die Betrachtung ein, die durch Immatrikulation ein Erststudium an einer deutschen Hochschule aufgenommen haben, aber das deutsche Hochschulsystem ohne (ersten) Abschluss verlassen. Fachwechsel, Hochschulwechsel wie auch ein erfolgloses Zweitstudium gelten hingegen nicht als Studienabbruch. Aus diesem Grund zu Recht kritisch Kilian, Juristenausbildung, S. 101: „wenig hilfreich“. Dieser nennt als mögliche Hintergründe der Studienabbruchquote etwa

die im Vergleich zu anderen Studiengängen weniger starke Zugangsbeschränkung oder dass Schulabgänger mit der Rechtswissenschaft im Rahmen der sekundären Ausbildung, anders als mit vielen anderen Studienfächern, nicht in Berührung gekommen sind, vgl. S. 103 f.

8 So jedenfalls Heublein/Hutzsch/Kracke/Schneider, Die Ursachen des Studienabbruchs in den Studiengängen des Staatsexamens Jura. Eine Analyse auf Basis einer Befragung der Exmatrikulierten vom Sommersemester 2014. DZHW-Projektbericht 2017, S. 2.

9 Von 11.176 im Jahr 2009 über 11.848 im Jahr 2013 und 14.011 im Jahr 2016 zu zuletzt 14.278 im Jahr 2019 vgl. Bundesamt für Justiz, Ausbildungsstatistiken zur Juristenausbildung über die Ergebnisse der Pflichtfachprüfung, abrufbar unter: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken\\_node.html#AnkerDokument44060](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html#AnkerDokument44060) (letzter Zugriff am 02.12.2022).

10 Der Tagungsband mit dem Titel „Das hundertjährige Jubiläum des Deutschen Juristen-Fakultätentags“ ist in Vorbereitung.

Der Prüfungsdruck vor und in der ersten Staatsprüfung ist schließlich nachvollziehbar: Innerhalb von zwei Wochen wird eine Fülle an Wissen abgefragt und das Ergebnis der Prüfung spielt eine wichtige Rolle für den weiteren Verlauf der Karriere, auch wenn das Gerücht, man bräuchte unbedingt exzellente Prüfungsergebnisse, um eine gute berufliche Einstellung zu erreichen, durch die aktuell günstige Marktsituation so gut wie obsolet geworden ist und nicht dadurch wahr wird, dass es wiederholt wird.

## 2. Effektive Examensvorbereitung durch die juristischen Fakultäten

Um der Furcht der Studierenden vorzubeugen, könnte man z. B. damit anfangen, dass sich diejenigen unter uns Lehrenden, die den anwesenden Zuhörern in der ersten Vorlesung immer noch prophezeien, ihre Zahl werde unweigerlich und rapide wegen intellektueller Überforderung sinken, fragen, ob dies zur Steigerung der Motivation der Studierenden geeignet und überhaupt für den Erfolg der Vorlesung förderlich ist. Diesen soll vielmehr in den Vorlesungen von Beginn an das Gefühl vermittelt werden, dass die Professorenschaft auf ihrer Seite steht, und ihnen sämtliche nützliche Informationen zur Verfügung stellt, um sie bestmöglich und vor allem langfristig auf das Examen vorzubereiten. Eine gewisse Unsicherheit entsteht bereits bei dem Besuch der Vorlesungen im Grundstudium, wenn die Studierenden der unteren Semester zum ersten Mal mit der juristischen Abstraktion konfrontiert werden. Um zu vermeiden, dass sich aus dieser Unsicherheit eine wachsende Angst vor dem Examen entwickelt, ist es notwendig, verstärkt im Studium Veranstaltungen anzubieten, welche die Anwendung der Theorie aus den Vorlesungen für Klausuren und Hausarbeiten klar werden lassen.

Aber auch nach Abschluss des Grundstudiums dürfen die Studierenden nicht mit der Examensvorbereitung alleine gelassen werden: Es gehört zu den Kernaufgaben der deutschen juristischen Fakultäten, die Studierenden für die fachlichen und methodischen Anforderungen der Ersten Juristischen Prüfung vorzubereiten.<sup>11</sup> Die Fakultäten haben die der Examensvorbereitung dienenden Programme in den vergangenen Jahren trotz en-

ger werdender finanzieller Spielräume deutlich ausgebaut. Denn bei ihnen ist die Examensvorbereitung in den besten Händen: Wir wissen, was wir prüfen – und wir reden auch darüber.<sup>12</sup> Das inzwischen etablierte Angebot der Fakultäten umfasst die systematische Darstellung des relevanten Stoffes in speziellen Vorlesungen und Kursen ebenso wie die Vermittlung von Fallbearbeitungskompetenzen in Klausurenkursen.<sup>13</sup> Der Deutsche Juristen-Fakultätentag begrüßt diese vielen zusätzlichen Angebote ausdrücklich.<sup>14</sup>

Die Qualität von universitären Repetitorien ist regelmäßig zu überprüfen und weiterzuentwickeln; diese kann nämlich stark variieren, nicht nur von Fakultät zu Fakultät, sondern auch innerhalb einzelner Fachsäulen an den Fakultäten. Das Angebot an Veranstaltungen zur Examensvorbereitung muss aus diesem Grund ständig verbessert werden, um den Studierenden die Sicherheit zu geben, auch ohne ein teures kommerzielles Repetitorium gut vorbereitet in die Prüfungen zu gehen und ihnen, soweit es möglich ist, die übertriebene Angst davor zu nehmen. Das kann insbesondere durch die – bereits an vielen Fakultäten existierenden – Angebote zur Stressbewältigung geschehen.<sup>15</sup> Begrüßenswert sind in diesem Zusammenhang außerdem die Hilfestellungen, die sich gezielt an die Repetenten richten, also diejenigen, die bereits einmal gescheitert sind.<sup>16</sup>

In den Vertiefungsveranstaltungen und in den Uni-Repetitorien sollte dabei nicht ohne Weiteres angenommen werden, jegliche Inhalte stellen nur eine Wiederholung dar: Diverse Bereiche, deren Inhalte eventuell für die Grundvorlesungen zu abstrakt waren, gilt es hier intensiv zu bearbeiten. Der Grund dafür liegt in dem Umstand, dass viele Studierende, aufgrund der Fülle des zu verarbeitenden Stoffes, bei der Vorbereitung der – mittlerweile an allen Fakultäten mehr oder weniger zu findenden – jeweiligen Abschlussklausuren für die einzelnen Vorlesungen während des Studiums verleitet werden, nur die für das Bestehen der jeweiligen Klausur essentiellen Inhalte zu lernen und zu verinnerlichen. Die Uni-Repetitorien sollen daher konsistent und über längere Zeiträume Kurse anbieten, in denen die Möglichkeit besteht, sämtliche Themengebiete intensiv zu behandeln und die Studierenden auf dem Weg zum Examen länger-

11 DJFT 2022/1 Nr. 1.

12 DJFT 2022/1 Nr. 1.

13 Die Angebote der Mitgliedsfakultäten zur Examensvorbereitung sind auf der Webseite des DJFT einsehbar, s. <https://www.djft.de/wp-content/uploads/2022/07/Examensangebote-der-Fakultaeten.pdf> (letzter Zugriff 02.12.2022).

14 DJFT 2022/1 Nr. 2.

15 Um nur einige zu nennen: Workshop „Fit und ohne Stress ins

Examen“ der Universität in Augsburg, Stressbewältigungskurs in der Examensvorbereitung der Universität in Bayreuth oder – gleichnamig – der Universität in Marburg, Stresskompetenzseminar der Universität in Konstanz oder Workshop der Psychosozialen Beratungsstelle der Universität in Osnabrück.

16 Ein solches Angebot existiert etwa an den Universitäten in Bielefeld, Bochum, Münster und Trier.

fristig zu begleiten, um Problemen und Schwächen nachhaltig auf den Grund zu gehen. Ein Crashkurs von maximal einer oder zwei Wochen reicht lediglich zur Stoffwiederholung kurz vor dem Examen aus. Zusätzlich sollten die Programme zur Examensvorbereitung durch ein kontinuierliches Angebot zur Anfertigung von Examensklausuren sowie Probeexamina mit angemessener Korrektur auf Examensniveau unterstützt werden. Gerade die stetige Verbesserung und Versicherung durch das Anfertigen von Klausuren auf Examensniveau unter Examensbedingungen kann die Sicherheit der Studierenden für die Prüfungstage bewiesenermaßen fördern.<sup>17</sup>

Die Realisierung und Intensivierung der in den Fakultäten schon existierenden Programme ist freilich nicht umsonst zu haben. Die chronisch unterfinanzierten und personell unterbesetzten juristischen Fakultäten arbeiten schon jetzt über das sich aus den vorhandenen Stellen ergebende Lehrdeputat hinaus. Es ist daher notwendig, die Ausstattung der Fakultäten zu verbessern; dafür muss die Politik sensibilisiert werden. Schon jetzt gilt aber für die Fakultäten, gezielt und bewusst alle vorhandenen Kräfte zu mobilisieren, um ihre Studierenden davon zu überzeugen, dass ein erfolgreiches Examen ohne teures, kommerzielles Repetitorium möglich ist.

### 3. Geschürte Ängste

Kommerzielle Anbieter vermitteln den Studierenden von Beginn an, dass ihr Examen nur durch den Besuch des kostenpflichtigen Kurses erfolgreich sein kann, weil dort jegliche höchstrichterliche Rechtsprechung besprochen wird, sowohl die aktuellste als auch die, die in den letzten Jahren in den deutschlandweit geschriebenen Examensklausuren relevant war. Dabei wird verkannt, dass die Kenntnis der logischen und systematischen Denkgrundlagen erforderlich und ausreichend ist, um anhand bekannter Argumentationsstrukturen eine Lösung auch für unerwartete Fälle abzuleiten. Die Fakultäten sollten den Studierenden daher von Beginn an vermitteln, dass nur die Beherrschung der dogmatischen und systematischen Grundstrukturen der Rechtsordnung und der juristischen Argumentationstechnik wirklich die Lösung von Fällen, auch der unbekanntenen, und daher ein erfolgreiches Examen garantieren.

Darüber hinaus sollte deutlicher hervorgehoben werden, dass im Examen keinesfalls das „Nachbeten“ einer

Musterlösung erwartet wird, sondern die Prüfungsleistung gerade darin besteht, innerhalb der Kürze der vorgegebenen Zeit eine vertretbare Lösung eigenständig und vollständig auszuformulieren. Damit ist bei der Ersten Juristischen Staatsprüfung nicht lediglich die Fähigkeit gefragt, umfangreiches Wissen zu reproduzieren, sondern es geht vielmehr darum, bekannte Strukturen in einer Transferleistung auf unbekannte Sachverhalte anzuwenden und gleichzeitig ein solides Zeitmanagement an den Tag zu legen.

### 4. Stärkere professorale Beteiligung an der Ersten Juristischen Staatsprüfung

Konsequent dazu ist, dass eine angemessene Beteiligung von Professoren und Professorinnen an Gestaltung und Durchführung des schriftlichen und mündlichen Exams erfolgt. Der Prüfungsstil der Universität, die methodische Herangehensweise, die Themen sind den Examenskandidaten aus dem Studium vertraut; Examensklausurvorschläge seitens der Fakultäten stellen die Verbindung zwischen universitärer Lehre und staatlicher Prüfung her. Auch das ist geeignet, Ängste vor dem Examen abzubauen.<sup>18</sup> Die Praxis diesbezüglich ist allerdings in den Bundesländern unterschiedlich. Grundsätzlich sind die Fakultäten regelmäßig sowohl bei der Erstellung als auch bei der Korrektur von Examensklausuren beteiligt und in den mündlichen Prüfungskommissionen vertreten. Das ist aber nicht überall und vor allem nicht in der gleichen Art und Weise gewährleistet, sowohl was den Umfang als auch was die Prüfungsvergütung und die Vergütung für die Erstellung von Aufgabenvorschlägen anbelangt. Deswegen hat der DJFT im Juni per Beschluss bekräftigt,<sup>19</sup> dass die Bundesländer, soweit nicht schon geschehen, die Voraussetzung dafür schaffen sollen, Professoren und Professorinnen eine angemessene Vergütung für die Beteiligung am staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung zu gewähren, um so sicherzustellen, dass auch im Pflichtteil der Ersten Juristischen Prüfung eine hohe universitäre Beteiligung vorherrscht.

### 5. Digitalisierung in der Lehre

In die Diskussion über die Prüfungsmodalitäten, die konkreten Antworten auf die Zweifel der Studierenden und die aktuellen Perspektiven der juristischen Ausbil-

17 *Towfigh/Traxler/Glückner*, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen. Eine empirische Analyse, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft 2014, S. 8, 12 ff.

18 DJFT 2022/II Nr. 2 und 3.

19 DJFT 2022/II Nr. 4; das Thema war schon im Jahr 2019 Gegenstand eines Beschlusses, s. DJFT 2019/III.

dung hat der DJFT auf der 101. Tagung in Saarbrücken darüber hinaus das Thema der Digitalisierung einbezogen. Diese ist gleich in mehrfacher Hinsicht eine Herausforderung: als Medium der Lehre, als Prüfungsgegenstand und schließlich als Prüfungsformat selbst.

Die Pandemie hat die Anwendung von digitaler Lehre sehr beschleunigt, wenn auch aus der Not heraus, um Lehre überhaupt zu gewährleisten. Zwar besteht Konsens darüber, dass die digitale Lehre die Präsenzlehre nicht ersetzen kann und soll. So liegt doch eine grundlegende Erfahrung aus der Corona-Zeit in der Bestätigung, dass die Universität ein Ort der Begegnung von Lehrenden und Lernenden ist, weil die Präsenz und der analoge Austausch im persönlichen Gespräch für beide Seiten unverzichtbar sind und dass der Austausch unter den Studierenden essentieller Bestandteil des universitären Lebens ist. Doch ist zu überlegen, wie die Erfahrungen mit den Digitalformaten als reflektierte Bestandteile der Lehre weiterhin sinnvoll und effektiv fruchtbar gemacht werden können, auch nach dem Ende der pandemiebedingten Beschränkungen und zwar vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Eigenschaften. So erlauben die Digitalformate zum Beispiel Interaktionsformen (Breakout-Sessions, Umfragen, Reaktionen per Chat oder Emoticons), die sich durchaus positiv auf den Lernprozess auswirken können, lassen aber Ablenkung und Vereinsamung vor dem Bildschirm zu, was weder sinnvoll noch wünschenswert ist. Soziale Isolation und fehlender Austausch mit „Leidensgenossen“ insbesondere in der Examensvorbereitung drohen so gesehen, die psychische Belastung und Prüfungsängste gar zu verstärken.

Schon jetzt umfasst das Studium – und damit die Erste Juristische Prüfung – selbstverständlich Normen aus dem Pflichtbereich des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts, die mit der Digitalisierung zu tun haben (§§ 327 ff. BGB; §§ 3a, 35a VwVfG; §§ 202a ff., §§ 303a ff. StGB). Bei diesen wird es sicher nicht bleiben – die Themenvielfalt, der Umfang des Prüfungsstoffs, die Anforderungen in der Ersten Juristischen Prüfung und damit letztlich auch der angeprangerte Prüfungsdruck werden erneut steigen. Die Studierenden müssen auch im Hinblick darauf vorbereitet und optimal mit dem nötigen Wissen ausgerüstet werden. Es geht dabei nicht um die Fähigkeit, eigene Software zu erstellen – dafür besteht kein Bedürfnis, auf dem Markt gibt es spezialisierte Fachkräfte – sondern etwa darum,

den Umgang mit Informationen von automatisierten Systemen prüfend zu betrachten und die Mechanismen bewusst zur Kenntnis zu nehmen (v. a. die Verknüpfung von Informationen), auf deren Basis Algorithmen Entscheidungen treffen oder vorschlagen. Die Schwerpunktbereiche bieten im Anschluss daran die Möglichkeit, spezielleren Digitalisierungsfragen nachzugehen. Darüber hinaus entwickelt sich der Bereich der Ergänzung des juristischen Studiums durch Begleit- oder Aufbaustudiengänge als Zusatzangebote. Hier können technische Grundlagen wie Datenorganisation, Netzstrukturen, Fragen der IT-Sicherheit etc. vermittelt werden. Die zu alledem notwendige Kompetenz kann, falls sie (noch) nicht in den Fakultäten ausreichend vorhanden ist, durch Lehrbeauftragte aus der Praxis oder – dann digital – durch eine Vernetzung von Lehrkräften, auch aus dem Ausland, und Blockveranstaltungen integriert werden. Diesbezüglich ist allerdings festzuhalten, dass es sich dabei nicht um eine regelmäßige oder gar institutionelle Übernahme von Vorlesungen an einer Fakultät durch Kollegen und Kolleginnen aus einer anderen Fakultät handeln kann, sondern nur um punktuelle Erweiterung des Angebots durch spezifische Kompetenzen: Sinnvolle, gute digitale Lehre erfordert mehr Mittel, nicht weniger, sie darf jedenfalls nicht als Anlass zur Reduzierung der Gesamtzahl von Lehrstühlen missbraucht werden.

Nachdem der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit des Computereinsatzes in der staatlichen Pflichtfachprüfung explizit zugelassen hat,<sup>20</sup> haben diese schon einige Bundesländer für die Zweite Juristische Prüfung vorgesehen.<sup>21</sup> Die Entscheidung über einen Einsatz liegt zwar nicht in der Kompetenz der Fakultäten, diese werden die Studierenden aber auch darauf entsprechend vorbereiten müssen: Es kann nicht verlangt werden, Klausuren während des Studiums per Hand schreiben zu müssen und sie in der staatlichen Pflichtfachprüfung in den Computer einzutippen. Die Anschaffung von geeigneten Textverarbeitungsgeräten und die Bereitstellung der logistischen Infrastruktur (Tische, Räumlichkeiten, Stromnetz etc.) wird nicht unerhebliche Kosten und organisatorische Maßnahmen nach sich ziehen, die sicherlich nicht aus den alles andere als üppigen Finanzen der Fakultäten bestritten werden können. Da auch die Justizprüfungsämter in den Prüfungsräumlichkeiten nicht über die nötige Ausstattung verfügen und daher auch dort entsprechende Anschaffungskosten anfallen werden, wird die denkbare Umstellung von handgeschriebe-

<sup>20</sup> Vgl. nunmehr § 5d Abs. 6 S. 2 DRiG.

<sup>21</sup> In den Ländern Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt besteht die Möglichkeit bereits; in Nordrhein-Westfalen sind die

Justizprüfungsämter ab 2024 verpflichtet, die Anfertigung der Aufsichtsarbeiten in elektronischer Form zu ermöglichen, s. § 10 Abs. 1 JAG NRW.

nen auf computergetippte Examensklausuren auch in dieser Hinsicht zu einer Herausforderung, bei der eine sorgfältige Kosten-Nutzenanalyse vorangehen sollte. Dem praktischen Nutzen (etwa bessere Lesbarkeit der Klausuren, Einfachheit und Sicherheit der Übermittlung der Klausuren an die Landesprüfungsämter, Umgang mit elektronischen Medien), stehen nämlich die technischen und ökonomischen Herausforderungen sowie die möglichen Konsequenzen für die Denkstrukturen der Studierenden beim Verzicht auf handgeschriebene Klausuren und Lösungsskizzen gegenüber.<sup>22</sup> Der DJFT steht diesbezüglich in engem Austausch mit Vertretern der Politik, den Studierendenvertretern und den Landesjustizprüfungsämtern, um eine bestmögliche Lösung zu garantieren.

## 6. Freiversuchsregelungen

Auch der letzte Beschluss des jüngsten Fakultätentages war der Optimierung der Prüfungsmodalitäten zum Zweck des Angstabbaus gewidmet. Die 2019 erfolgte Verlängerung der Regelstudienzeit<sup>23</sup> erfordert eine Anpassung der Frist zur Meldung für den Freiversuch auf das neunte Semester, was der DJFT gefordert hat.<sup>24</sup> Daneben hat sich die Interessenvertretung dafür ausgesprochen, die Möglichkeit der Notenverbesserung unabhängig vom Zeitpunkt der Meldung für den Erstversuch vorzusehen.<sup>25</sup> Der im Rahmen der Problematik des psychischen Drucks von der Bundesfachschaft geäußerte Wunsch, die in den Bundesländern noch zum Teil unterschiedlich geregelte Frei- und Verbesserungsversuchsregelung zu harmonisieren, wird vom DJFT unterstützt. Den Ländern, die eine Verbesserungsmöglichkeit nur dann zulassen, wenn ein Freiversuch absolviert wurde, nicht aber generell nach bestandenem Erstversuch, wird daher empfohlen, den Verbesserungsversuch auch nach

bestandenem Erstversuch vorzusehen.<sup>26</sup> Zwar hat die restriktivere Regelung nur einen Einfluss auf die Möglichkeit, die Note zu verbessern, sodass keine größere Gefahr der Abschlusslosigkeit aufgrund dieser Regelung besteht.<sup>27</sup> Im Ergebnis steht den Kandidaten, die den Freiversuch wahrnehmen, nämlich in beiden Modellen nach zwei fehlgeschlagenen Versuchen ein weiterer zur Verfügung. Doch verleitet die restriktivere Regelung die Studierenden dazu, auch dann in das Examen zu gehen, wenn sie sich noch nicht genügend vorbereitet fühlen (und möglicherweise sind), was sicherlich den Druck und den Stress erhöht und zu schlechteren Ergebnissen führen kann.

## 7. Wissenschaftlichkeit und Internationalisierung des Studiums

In der Perspektive der Verbesserung und Vertiefung des Studiums hat sich der Deutsche Juristen-Fakultätentag gerade anlässlich seines in Karlsruhe gefeierten 100. Jubiläums mit den Themen „Grundlagenfächer in der Ausbildung“ und „Internationalisierung des Studiums“ beschäftigt und Beschlüsse dazu gefasst.<sup>28</sup> Dabei wurde betont, dass die Verbindung im rechtswissenschaftlichen Studium zwischen dogmatischen Fächern und Grundlagenfächern sich auf „die begrifflich-systematische Erfassung der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit sowie die Verknüpfung zwischen Forschung und Praxis, zwischen Dogmatik und theoriefundierter Rechtsanwendung“ gründet. Deswegen stellen sie „einen wesentlichen Teil des Pflichtfachstudiums“ dar und „[...] sind maßgeblich für die Verwirklichung des wissenschaftlichen Anspruchs der juristischen Ausbildung an der Universität [...]“.<sup>29</sup> Die Auseinandersetzung mit Grundlagenwissen soll daher nicht nur in separaten Lehrveranstaltungen, sondern auch in der Lehre der dogmatischen Fächer<sup>30</sup>

22 Vgl. dazu *Lobinger*, in: Schneider, LTO Karriere v. 19.11.2019, Digitalisierung der Juristenausbildung: „Das elektronische Examen ist eine Verführung“, abrufbar unter: <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/e-examen-klausur-laptop-debatte-koeln-verfuehrung-zukunft> (letzter Zugriff 02.12.2022).

23 Fünftes Gesetz zur Änderung des DRiG v. 22.11.2019, BGBl. 2019, I, S. 1755.

24 DJFT 2022/III a.

25 DJFT 2022/III b.

26 Das erste Modell wird z. B. in Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz praktiziert, das zweite in Schleswig-Holstein, Berlin, Hamburg, Sachsen und Thüringen. Es fällt auf, dass in denjenigen Ländern, die eine Notenverbesserung auf Freiversuchler beschränken, der Anteil der Freiversuchler überdurchschnittlich groß ist (über 50 Prozent z. B. in Berlin, Hamburg, Sachsen, Thüringen und Schleswig-Holstein), während in denjenigen Ländern, die die Notenverbesserung unabhängig vom Freiversuch ermöglichen, viel geringer ist (um die 20 Prozent in Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen und

Rheinland-Pfalz).

27 In den Jahren von 2014 bis 2019 lag z. B. in Schleswig-Holstein – das von der Bundesfachschaft in der Podiumsdiskussion anlässlich der Bundesfachschaftentagung 2022 in Hamburg als Beispiel für die restriktive Notenverbesserungsregelung angeführt wurde – der prozentuale Anteil der Kandidaten, die endgültig nicht bestanden haben, drei Mal über und drei Mal unter dem bundesweiten Gesamtdurchschnitt, vgl. Bundesamt für Justiz, Ausbildungsstatistik zur Juristenausbildung über die Ergebnisse der Pflichtfachprüfung, jeweils abrufbar unter: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken\\_node.html#AnkerDokument44060](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Service/Justizstatistiken/Justizstatistiken_node.html#AnkerDokument44060) (letzter Zugriff 02.12.2022).

28 DJFT 2021/I; 2021/II.

29 DJFT 2021/II Nr. 1 und 2.

30 In diese Richtung geht die im letzten Jahr erfolgte Erweiterung des § 5a Abs. 2 DRiG, nach der „...die Vermittlung der Pflichtfächer [...] auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur“ erfolgt.

erfolgen und sich über das gesamte Studium erstrecken.<sup>31</sup>

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer weiteren Internationalisierung des Studiums wurde in Karlsruhe betont, wie sehr „die Europäisierung und Internationalisierung des Studiums eine Voraussetzung des beruflichen Erfolgs zukünftiger Generationen von Juristinnen und Juristen“ sei.<sup>32</sup> Deswegen sollen Auslandsaufenthalte und deren BAföG-Förderung, Sprach- und Kulturkompetenz sowie Kenntnisse ausländischer Rechtsordnungen als wesentlicher Teil der juristischen Ausbildung weiter ausgebaut werden und die im Ausland erworbenen Leistungen bei gleichwertiger wissenschaftlicher Qualität großzügig anerkannt werden. Denn der Erwerb vergleichender Kenntnisse anderer Rechtsordnungen weitet den Horizont und ermöglicht ein tieferes Verständnis des nationalen Rechts.<sup>33</sup> Schließlich sollte eine zweite Fremdsprache bzw. eine juristische Fachsprache das Studium ergänzen; der DJFT hat sich verpflichtet, sich dafür einzusetzen, dass die Erweiterung des Fremdsprachenangebots auch in den anderen Ländern der Union angestrebt wird.<sup>34</sup>

### III. Die Diskussion über den „integrierten“ Bachelor

#### 1. Grundsätzliche Fragen

Ist man der Meinung, dass dem von den Studierenden beklagten Druck zweckmäßig mit den oben genannten inhaltlichen Maßnahmen, die gleichzeitig eine Verbesserung der Studienbedingungen und der Studienergebnisse darstellen, abgeholfen werden kann, steht man der Fokussierung der Diskussion zum Angstabau auf den sogenannten „integrierten Bachelor“ ziemlich ratlos gegenüber. Die Idee, einen Abschluss aufgrund des Umstandes zu verleihen, dass der eigentlich avisierte und gewollte nicht geschafft wurde, mutet nicht nur vor dem Hintergrund der traditionellen Anforderungen der juristischen Ausbildung mindestens seltsam, sondern auch

im Hinblick auf das Regelwerk des auf Bachelor/Master basierenden Bologna-Systems beinahe arrogant an.

Als Argument für den „integrierten Bachelor“ wird ausgeführt, dass der Druck und die Ängste der Studierenden verschwinden, wenn nach drei Jahren Jura-Studium ein juristischer Bachelor erworben werden könnte. Es wird vorgebracht, damit wäre gerade die Angst vor der Abschlusslosigkeit, die die Studierenden besonders unter Druck setze, gebannt, denn man hätte auf jeden Fall, d. h. auch beim Nichtbestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung, etwas in der Hand. Dabei stellt sich unweigerlich die Frage, was das für ein Abschluss wäre, der als Trost dafür verliehen wird, dass man den eigentlich angestrebten nicht erreicht hat? Welche Fertigkeiten und Kompetenzen würde er amtlich dokumentieren? Wozu würde er qualifizieren? Und vor allem: Ist ein zusätzlicher Abschluss überhaupt geeignet, den Prüfungsdruck der Studierenden nachhaltig zu mindern oder werden damit nicht mehr Probleme geschaffen als gelöst?

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag hat sich aus guten Gründen mehrmals gegen die Einführung eines Bachelors als flächendeckenden regulären Abschluss der juristischen Ausbildung ausgesprochen.<sup>35</sup> Im Zuge des Bologna-Prozesses wurde bewusst darauf verzichtet, die auf den Staatsexamina basierende juristische Ausbildung in einen Bachelor-Master-Studiengang umzuwandeln. Die Mitglieder der juristischen Fakultäten, d. h. Lehrende und Lernende, zusammen mit den Justizministerien der Länder und dem Bundesjustizministerium kämpften gemeinsam, am Ende erfolgreich, gegen die Umstellung des Jura-Studiums auf „Bologna“.<sup>36</sup> Die Erfahrung der letzten Jahre in den anderen Fakultäten, die das „Bologna“-Modell übernommen haben, hat die Richtigkeit der damals ausgetauschten Argumente bestätigt. Weder ist die Mobilität der Studierenden gestiegen, noch ist die Vergleichbarkeit der Abschlüsse einfacher geworden.<sup>37</sup> Aber auch das Qualifizierungspotential des drei-

31 DJFT 2021/II Nr. 3.

32 DJFT 2021/I Nr. 1.

33 DJFT 2021/I Nr. 3 und 4.

34 DJFT 2021/I Nr. 5 und 6.

35 DJFT 2004/II; 2005/I; 2006/I; 2007/I; 2008/I; 2010/I; 2011/I.

36 Deutscher Juristen-Fakultätentag, Der »Bologna-Prozess«, (o. Anm. 2).

37 S. hierzu auch u. Anm. 56 und 57.

jährigen Abschlusses wurde in der Praxis relativiert, wie die Diskussion über nicht ausreichende Master-Studiengänge für alle Bachelorabsolventen, die auch den darauf folgenden Master absolvieren möchten, gezeigt hat.<sup>38</sup>

## 2. Spezialisierte Bachelor-Studiengänge an juristischen Fakultäten

In der aktuellen Diskussion über einen universitären „integrierten“ Bachelor als allgemeinen juristischen Abschluss wird dieser immer wieder mit anderen Bachelorabschlüssen, die im Umfeld der Rechtswissenschaft existieren, in einen Topf geworfen,<sup>39</sup> was unzutreffend ist und für Missverständnisse sorgt.<sup>40</sup> Neben dem Studiengang Rechtswissenschaft, der mit der Ersten Juristischen Prüfung abgeschlossen wird, bieten nämlich bereits jetzt diverse juristische Fakultäten weitere komplementäre Studiengänge und Aufbaustudiengänge an, die den Studierenden Berufsfelder abseits der klassischen juristischen Berufe erschließen, bzw. eine zusätzliche Qualifikation ermöglichen.<sup>41</sup> Der DJFT sieht das schon lange als eine positive Entwicklung. Schon 2007 hieß es in dem entsprechenden Beschluss des DJFT: „In der Kombination mit nicht-juristischen Inhalten (z. B.

wirtschaftswissenschaftlichen, naturwissenschaftlichen, medienspezifischen) und gegebenenfalls mit einem entsprechenden Master-Abschluss kann ein Bachelor mit juristischen Inhalten, B.A., Sinn machen.“<sup>42</sup> Diese juristischen Bachelorstudiengänge, die für Tätigkeiten in Unternehmen, Banken, Versicherungen etc. gedacht sind, existieren schon an vielen juristischen Fakultäten und stehen Interessenten mit einem solchen Berufswunsch offen. Dazu zählen auch die Bachelor- oder Master-Studiengänge, die eine spezifische Qualifikation in einem ausländischen Rechtssystem in Kombination mit dem deutschen anbieten. An diesem Modell der „pluralistischen Ausbildung“ hält der DJFT fest.<sup>43</sup>

Übrigens ist, was in der Diskussion völlig ausgeblendet wird, in vielen dieser bereits existierenden Bachelorstudiengängen eine Anerkennung von erbrachten Prüfungsleistungen auch ohne bzw. nach einem gescheiterten Staatsexamen, ggf. durch den jeweiligen Prüfungsausschuss der Fakultät, möglich<sup>44</sup>, so wie umgekehrt ein Wechsel etwa von wirtschaftsjuristischen Bachelorstudiengängen zum klassischen Studiengang mit dem Ziel Erste Juristische Staatsprüfung zulässig ist.<sup>45</sup>

38 So z. B. *Schlicht*, in: *Tagespiegel*, Der Master wird zum Elite Abschluss, v. 07.02.2012, abrufbar unter <https://www.tagespiegel.de/wissen/der-master-wird-zum-eliteabschluss-2052661.html> (letzter Zugriff 07.11.2022); *Bohmann*, in: *Welt*, Nur die Elite macht den Master, v. 25.10.2012, abrufbar unter: [https://www.welt.de/print/welt\\_kompakt/article110223954/Nur-die-Elite-macht-den-Master.html](https://www.welt.de/print/welt_kompakt/article110223954/Nur-die-Elite-macht-den-Master.html) (letzter Zugriff 02.12.2022); *Euen*, in: *Deutschlandfunk*, Psychologie-Master, Die Krux mit den Studienplätzen, v. 23.09.2014, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/psychologie-master-die-krux-mit-den-studienplaetzen-100.html> (letzter Zugriff 07.11.2022); die Situation hat sich in den letzten Jahren zwar verbessert, etwa *Busch*, in: *Zeit*, IST ES SCHWER, EINEN PLATZ ZU BEKOMMEN?, v. 27.05.2016, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/campus/2016/s2/zulassung-master-studienplaetze> (letzter Zugriff 02.12.2022), aber teilweise fehlen weiterhin ausreichende Masterplätze, s. *Spinrad*, in: *Süddeutsche Zeitung*, Warum in Bayern Studienplätze für Psychotherapeuten fehlen, v. 28.05.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/bayern/eichstaett-psychotherapie-ausbildung-bayern-1.5586639> (letzter Zugriff 02.12.2022). In den letzten Jahren scheint der Bachelorabschluss in absoluten Zahlen an Akzeptanz gewonnen zu haben, doch verbleibt ein – in unserem Zusammenhang sehr interessanter – relevanter Unterschied zwischen Universitäten und Fachhochschulen: Die Quote derjenigen, die nach dem Abschluss eines universitären Bachelors einen Masterabschluss anhängen, liegt mit 66 Prozent weiterhin auf einem hohen Niveau (mit Spitzenwerten von knapp 80 Prozent bei der Fächergruppe „Mathematik und Naturwissenschaften“), während nur 29 Prozent derjenigen, die einen Bachelor an einer Fachhochschule erworben haben, ein Masterstudium aufnehmen, s. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 201 v. 12.05.2022, Prüfungsjahr 2019: 45 % der Bachelorabsolventinnen und -absolventen begannen ein Masterstudium, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/05/PD22\\_201\\_213.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/05/PD22_201_213.html) (letzter

Zugriff 02.12.2022).

39 Vgl. *Campos Nave/Bauer*, in: *F.A.Z.*, Der Bachelor mischt den Juristenmarkt auf, v. 12.10.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/buero-co/der-bachelor-mischt-den-juristenmarkt-auf-18379793.html> (letzter Zugriff 02.12.2022). Dort heißt es, ein Bachelor würde in manchen spezifischen Arbeitsmarktsituationen besser qualifizieren als die Staatsprüfung. Da es schon denklarer unmöglich ist, dass das Bestehen einiger Abschlussklausuren zusammen mit dem Erwerb einiger Scheine, was die Voraussetzung für die Anmeldung zu der umfassenden Ersten Staatsprüfung bildet, besser als das Bestehen dieser qualifiziert, können die Autoren nur Bachelor-Abschlüsse mit einer zusätzlichen, spezifischen Qualifikation im Blick gehabt haben, nicht den „integrierten Bachelor“. Doch könnte der flüchtige bzw. nicht in der Thematik erfahrene Leser gerade den Eindruck bekommen, es sei letzterer gemeint.

40 Manche der rabiaten oder gar diffamierenden Reaktionen auf meinen *F.A.Z.*-Artikel vom 30. Juni 2022 basieren auch darauf, dass mir – vielleicht auf Grund der von der Redaktion gewählten Überschrift des online-Artikels – eine Missbilligung sämtlicher Bachelorabschlüsse unterstellt wurde.

41 Die große Vielfalt der – wie bereits gesagt – schon jetzt existierenden grundständigen sowie komplementären Studiengänge mit einem Bachelor-Master-Abschluss sind ebenfalls auf der Webseite des DJFT einsehbar, vgl. <https://www.djft.de/studium/> (letzter Zugriff 02.12.2022) unter „Studienangebote“.

42 DJFT 2007/I Nr. 6.

43 DJFT 2010/I Nr. 1.

44 Vgl. exemplarisch die Richtlinie des Prüfungsausschusses des Bachelorstudiengangs Recht und Wirtschaft zur Anrechnung von Kompetenzen an der Universität Bayreuth.

45 Exemplarisch hierzu § 24 Studien- und Prüfungsordnung der Ruhr-Universität Bochum für das Studium der Rechtswissenschaft mit Abschluss „Erste Prüfung“.

### 3. Konsequenzen der Einführung eines „integrierten“ Bachelors

Würde man aber neben den ohnehin schon bestehenden diversen Bachelorstudiengängen einen weiteren, flächendeckenden, allgemeinen Bachelorstudiengang – mit dem Ziel „Bachelor of Laws“ – in den Studiengang Rechtswissenschaft – mit dem Ziel „Erste Juristische Prüfung“ – implementieren, müssten, ungeachtet der mit einer solchen „Vermischung“ zweier an sich autonomer Studiengänge verbundenen hochschulrechtlichen Fragen, konsequenterweise auch alle entsprechenden Vorgaben des Modularisierungs- und Notenvergabeprozesses sowie der Anfertigung einer Bachelorarbeit eingehalten werden. Dies bedeute nicht nur eine zusätzliche Belastung für die Verwaltung der Fakultäten,<sup>46</sup> sondern ebenso zusätzlichen Lern- und Prüfungsdruck für die Studierenden: Die unter Studierenden verbreitete Idee, man könne einen solchen „integrierten“ Bachelor of Laws quasi nebenbei durch das Bestehen der „Großen Übungen“, der vergleichsweise in Anzahl überschaubaren und in den Modalitäten der Prüfungsdurchführung weniger streng organisierten Abschlussklausuren des jetzigen, auf die Staatsprüfung ausgerichteten Studiums sowie der Ableistung einer (ohnehin kaum vergleichbaren) Schwerpunktbereichsleistung<sup>47</sup> erwerben, basiert auf Unkenntnis oder mindestens Unterschätzung der bürokratischen Anforderungen des Bachelorsystems.<sup>48</sup> Dieses ist nämlich ein durchreguliertes, von der Erbrin-

gung von modularisierten und regelmäßigen Studienleistungen in Höhe von mindestens 180 ECTS-Punkten gekennzeichnetes System.<sup>49</sup> Diese Anforderungen gelten für alle Fakultäten und sind normalerweise Voraussetzung für die Akkreditierung eines jeden Bachelors, ohne den auch kein Master möglich ist. Sie sind aber kaum kompatibel mit der jetzigen Struktur des Jura-Studiums, welches die Abschlussklausuren und Zwischenprüfungen als Propädeutikum zum Examen bzw. als Kontrolle für die Studierenden hinsichtlich ihrer eigenen Vorbereitung,<sup>50</sup> nicht als definitive Entscheidung über das Erwerben eines Abschlusses begreift, und daher sich eine gewisse Freiheit und Großzügigkeit in der Gestaltung und Durchführung der Leistungskontrollen erlauben kann. Trotz der Einführung von Leistungskontrollen in unterschiedlichen Formen in beinahe allen juristischen Fakultäten bleibt das Jura-Studium, gerade weil es nicht in das Bologna-System integriert ist, im Vergleich zu anderen universitären Studiengängen weniger streng reglementiert. Auch die „großen Übungen“ sind gegenwärtig nicht als definitive Entscheidung über das Erwerben eines Abschlusses konzipiert und deswegen grundsätzlich beliebig oft wiederholbar. Die Prüfungen im Bologna-System sind dagegen in der Regel nur begrenzt wiederholbar; das Nichtbestehen führt zum Ausschluss vom Studium.<sup>51</sup> Mit der flächendeckenden Einführung eines integrierten Bachelors ginge also zum einen einher, dass jede einzelne Prüfungsleistung in die Bildung einer Gesamtnote einfließen würde und jede Teilleistung im

46 Dass das keine bloße Befürchtung ist, zeigt der Appell des Dekans der HU Berlin v. 19.05.2021, abrufbar unter: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/sp/2015/llb> (letzter Zugriff 02.12.2022). Nach diesem haben zwar alle „formal das Recht“, den Bachelor zu beantragen; weil der Verwaltungsaufwand zur Ausstellung der Bachelorzeugnisse aufgrund der geltenden Vorschriften erheblich ist, „ohne dass die Fakultät dafür weitere Ressourcen zur Verfügung gestellt bekommen kann“, wird aber darum gebeten, ein solches Zeugnis nur im Ausnahmefall zu beantragen, damit es nicht zu „unbeabsichtigten für alle Studierende der Fakultät nachteiligen Folgen“ kommt, da „andere wichtige Arbeiten im Prüfungsbüro (Prüfungscoordination, Leistungsverbuchungen, Beratungen) verzögert oder eingeschränkt werden“.

47 In diesem Zusammenhang könnte sich dann die Frage stellen, wie sich die Heranziehung der Leistungen des Schwerpunktbereichs zum Erwerb des integrierten Bachelors auf die Diskussion über die Gesamtnote der Ersten Juristischen Prüfung auswirken wird. Gelten die Leistungen und die Ergebnisse des Schwerpunktbereichsstudiums auch als Leistungen zum Zweck des Erwerbs des Bachelors, würden sie zweimal verwertet werden, für die Note des Bachelors und für die Note der Ersten Juristischen Prüfung. Unabhängig von hochschul- und prüfungsrechtlichen Profilen, die zu eruierten wären, könnte dies Wasser auf die Mühlen der Gegner der Gesamtnote sein.

48 Aus manchen Gesprächen mit Studentenvertretungen gewinnt man zum Teil den Eindruck, dass in deren Vorstellung mit dem

Bachelor eigentlich eine amtliche Form der Anerkennung der üblicherweise auf dem Weg zum Staatsexamen bestandenen Leistungskontrollen (Zwischenprüfungen, Abschlussklausuren, Schwerpunktbereichsleistungen usw.) intendiert ist, ein Gesamtzeugnis mit Vordiplom-Charakter (das übrigens zu dem Dipl. Jur.-Titel passen würde, den so gut wie alle Fakultäten nach der bestandenen Ersten Juristischen Prüfung verleihen) als amtliche Zertifizierung dafür, dass man auf dem richtigen Weg zur Staatsprüfung ist. Es fällt aber schwer zu glauben, dass ein solcher Bachelor sui generis hochschulrechtlich möglich sein könnte und durch die Wissenschaftsministerien ausgerechnet für die Juristen, die sich erfolgreich gegen das Bologna-System gestemmt hatten, durchgewunken würde.

49 § 8 Abs. 2 S. 1 Musterrechtsverordnung gemäß Art. 4 Abs. 1 – 4 Studienakkreditierungsstaatsvertrag (Beschluss der Kultusministerkonferenz v. 07.12.2017).

50 Das Bestehen der diversen Leistungskontrollen und der Übungen ist sinnvoll und ausreichend im Hinblick auf das Examen, verschafft aber nicht die für die Ausübung eines juristischen Berufs notwendigen Kompetenzen, auch dann nicht, wenn zusätzlich eine Haus- oder Seminararbeit im Rahmen des Schwerpunktbereichsstudiums als Bachelorarbeit geschrieben werden muss.

51 Vgl. etwa Art. 17 Abs. 1 Rahmenprüfungsordnung der Universität des Saarlandes für Bachelor- und Master-Studiengänge; auch das ist aber nicht einheitlich geregelt.

Zeugnis aufgeführt würde.<sup>52</sup> Zum anderen würde dadurch das zusätzliche Risiko geschaffen, dass das mehrmalige Nichtbestehen früh zum Ausschluss vom Studium führen könnte. Inwieweit hierdurch die Stressbelastung im Studium und der Prüfungsdruck gesenkt wäre, erschließt sich nicht.<sup>53</sup>

Das alles liegt sicher nicht im wohlverstandenen Interesse der Studierenden; Ziel der juristischen Ausbildung sollte kein „Ausieben“ durch strengere Reglementierung bereits in den unteren Semestern sein;<sup>54</sup> schließlich gibt es genügend Studierende, die eine gewisse Zeit brauchen, um die Denkweise, Grundstrukturen und Techniken sowohl des Studiums als auch des Rechtssystems zu verstehen und daher im Grundstudium noch mäßige Ergebnisse erzielen, bis sich die Mosaiksteine zu einem Gesamtbild zu fügen beginnen, das die Einheit der Rechtsordnung vor dem geistigen Auge zeigt, was sich am Ende in einer guten Examensnote niederschlägt<sup>55</sup>. Vielmehr sollten wir immer mehr und immer bessere Juristen und Juristinnen ausbilden, die gleichwohl Freude am und Erfolg im Studium und in der

Staatsprüfung haben. Das gelingt nur – wie oben ausgeführt – durch inhaltliche Maßnahmen.

#### 4. Einige nicht überzeugende Argumente

Das Argument, dass ein integrierter Bachelor die internationale Mobilität der Studierenden erleichtern würde, ist uns bereits aus dem Bologna-Prozess bekannt. Tatsächlich sind die Juristen und Juristinnen im Vergleich zu anderen Studiengängen aber nicht weniger mobil, im Gegenteil.<sup>56</sup> Darüber hinaus zeigen statistische Erkenntnisse, dass die Umstellung auf das Bachelor-Master-System in anderen Studiengängen nicht zu einer Steigerung der internationalen Mobilität beigetragen hat.<sup>57</sup>

Auch die Behauptung, die juristischen Fakultäten erreichten zunehmend potentielle Studieninteressierte nicht, weil diese von den Examensbedingungen abgeschreckt würden, widerspricht der Gesamtstatistik der Studienanfänger in der Rechtswissenschaft und lässt die Berücksichtigung gesamtgesellschaftlicher Entwicklungen – wie des demographischen Rückgangs oder zuletzt der Corona Pandemie – vermissen.<sup>58</sup> Jedenfalls bleiben

52 Das führte überdies zu der Frage nach einer – einheitlichen? – Umrechnung der rechtswissenschaftlichen Klausurpunkte auf das Notenschema in den Bachelor-Master-Studiengängen. An der Universität des Saarlandes führen z. B. 9 Klausurpunkte „nur“ zu einer 2,7 in der Bologna-Notenskala; ebenso an der HU Berlin. An der Universität Bremen oder der Universität in Frankfurt wäre es bereits eine 2,3.

53 Übrigens gehörte damit wohl die bekannte, wenn nicht vertraute Taktik „4 gewinnt“ der Vergangenheit an.

54 Nach *Heublein/Hutzsch/Kracker/Schneider*, Die Ursachen des Studienabbruchs in den Studiengängen des Staatsexamens Jura. Eine Analyse auf Basis einer Befragung der Exmatrikulierten vom Sommersemester 2014. DZHW-Projektbericht, 2017, S. 19 verlassen 56 Prozent der Jura-Studienabbrecher das Studium innerhalb der ersten vier Semester, ein Anteil von 27 Prozent bricht das Studium nach dem zehnten Semester ab. Damit exmatrikulieren sich die Studienabbrecher in der Rechtswissenschaft durchschnittlich nach 6,8 Semestern, während der universitäre Durchschnitt bei 5,2 Semestern liegt. Als Grund für den späteren Abbruch im Studiengang der Rechtswissenschaft vermuten die Autoren der Studie den Umstand, dass es „an Faktoren fehlt, die einen solchen Prozess (Entscheidungsprozess, der zum Studienabbruch führt) beschleunigen, wie z. B. Leistungsanforderungen oder Praxiserfahrungen“, vgl. Projektbericht, S. 23.

55 Obgleich der spätere Studienabbruch, der im Jura-Studium oft angeprangert wird, grundsätzlich als Nachteil anzusehen ist, weil sich damit die Zeit für ein anderes Studium und für das Ergreifen eines anderen Berufs in die Länge zieht, bietet gerade die weniger ausgeprägte Reglementierung des jetzigen Jura-Studiums im Vergleich mit den Bachelorstudiengängen die Möglichkeit, länger im Ausbildungssystem zu bleiben und daher länger die Chance ergreifen zu können, zur erfolgreichen Staatsprüfung zu kommen.

Vgl. *Mühlenweg/Sprietsma/Horststräter* (Hrsg.), Humankapitalpotenziale der gestuften Hochschulabschlüsse in Deutschland: Auswertungen zu Studienbeteiligung, Studienabbrüchen, Mobilität und Eingangsselektion, 2010, die darauf hinweisen, dass ein längerer Entscheidungsprozess „auch zusätzliche intervenierende Möglichkeiten eröffnen, einen Studienabbruch gegebenenfalls noch abzuwenden“ (S. 24).

56 *Woisch/Willige* (Hrsg.), Internationale Mobilität im Studium 2015, Ergebnisse der fünften Befragung deutscher Studierender zur studienbezogenen Auslandsmobilität, DAAD und DZHW Projektbericht.

57 *Mühlenweg/Sprietsma/Horststräter* (Hrsg.), Humankapitalpotenziale der gestuften Hochschulabschlüsse in Deutschland: Auswertungen zu Studienbeteiligung, Studienabbrüchen, Mobilität und Eingangsselektion, 2010, S. 9 zu den MINT-Fächern; *Winter*, Die Revolution blieb aus: Überblick über empirische Befunde zur Bologna-Reform in Deutschland, in: *Nickel* (Hrsg.), Der Bologna Prozess aus Sicht der Hochschulforschung, Analysen und Impulse für die Praxis, S. 24; *Nickel*, Zwischen Kritik und Empirie – Wie wirksam ist der Bologna-Prozess?, in: *Nickel* (Hrsg.), Der Bologna-Prozess aus Sicht der Hochschulforschung, Analysen und Impulse für die Praxis, S. 12.

58 Auch die Gesamtstatistiken der Studienanfänger sind auf der Webseite des DJFT abrufbar: Die Zahlen der Studienanfänger schwanken – freilich in universitären Vergleich immer auf höchsten Niveau – von 13.856 im Jahrgang 2008/2009 über 15.999 im Jahrgang 2009/2010 zu 23.399 im Jahrgang 2010/2011, von 18.502 im Jahrgang 2012/2013 zu 20.225 im Jahrgang 2013/2014, von 19.843 im Jahrgang 2014/2015 zu 21.131 im Jahrgang 2017/2018 und von 20.018 im Jahrgang 2018/2019 zu 19.831 im Jahrgang 2019/2020 sowie 19.442 im Jahrgang 2020/2021.

die rechtswissenschaftlichen Fakultäten unter den studierendenstärksten Fakultäten.<sup>59</sup>

Es ist zudem nicht der integrierte Bachelor als „Zwischenabschluss“, der dazu geeignet ist, eine soziale und damit chancenungleiche Selektion durch den Studiengang Erste Juristische Prüfung zu verhindern, wie behauptet wird.<sup>60</sup> Die Auswirkungen der Herkunft und sozialer Netzwerke<sup>61</sup> im Staatsexamen werden dadurch keineswegs angegangen, sondern drohen sogar noch verstärkt zu werden, wenn künftig auf einen angeblich berufsqualifizierenden dreijährigen Abschluss als Trostpflaster verwiesen werden kann. Es ist nämlich die Gefahr nicht zu unterschätzen, dass Studierende, die Volljuristen werden könnten – und diese werden dringend gebraucht – die Fokussierung auf das Ziel Staatsprüfung verlieren und (aufgrund persönlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Lebensumstände) der Versuchung erliegen könnten, sich mit dem integrierten Bachelor zufrieden zu geben, statt weiter die Staatsprüfung anzustreben (ggf. durch Wiederholung), in der (irrtümlichen) Auffassung, auch damit einen für den Arbeitsmarkt attraktiven juristischen Abschluss erworben zu haben. Erst recht wird auch die Quote der Repetenten und damit die

Zahl derer, die in einem zweiten oder dritten Versuch Erfolg haben könnten, sinken.

Es ist die inhaltliche Verbesserung des universitären Studiums und der Ausbau der universitären – und damit nichtkommerziellen – Examensvorbereitung, wie vom DJFT vorgeschlagen, die zur Wahrung der sozialen Gerechtigkeit des Studiums beiträgt. Der „integrierte LL.B.“ spiegelt nicht nur dem Markt, sondern auch und vor allem den Studierenden die Illusion einer arbeitsqualifizierenden juristischen Qualifikation vor, die eher Beschäftigungen auf unspezialisierten Tätigkeitsebenen mit entsprechender Bezahlung ermöglichen dürfte.

An die Notwendigkeit der sozialen Gerechtigkeit der juristischen Ausbildung knüpft nämlich die Frage nach den beruflichen Perspektiven an, die ein solcher „integrierter LL.B.“ den Studierenden eröffnen würde. Erdacht für diejenigen, die die Erste Juristische Prüfung endgültig nicht bestanden haben, würde ein solcher Abschluss – jedenfalls noch<sup>62</sup> – nicht für die klassischen juristischen Berufe wie Richter, Staatsanwalt, Notar oder Rechtsanwalt qualifizieren. Da die Studienanfänger bereits heute entscheiden können, ob sie den Weg des klassischen, auf der Staatsprüfung basierten Jura-Studiums

59 Da das Statistische Bundesamt die Anzahl der Studierenden nur nach Fächergruppen liefert, in denen die Rechtswissenschaft zusammen mit den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aufgelistet ist, wurden die Beispiele aus den im Internet zugänglichen Daten einzelner Universitäten, nicht alle veröffentlichten die Studierendenzahlen, recherchiert; man beachte, dass manche Fakultäten (z. B. die philosophisch-historisch-philologischen oder die naturwissenschaftlichen, oder die psychologische-sportwissenschaftlichen usw.) anders als die juristischen, die im Wesentlichen nur den Studiengang Rechtswissenschaft anbieten, diverse Studiengänge beinhalten: Augsburg (SoSe 2022): Juristische Fakultät: 2.883, Medizinische Fakultät: 264, Philosophisch-Sozialwissenschaftliche Fakultät: 2.912, Philologisch-Historische Fakultät: 4.756; Bielefeld (WiSe 2018/19): Rechtswissenschaft: 1.560, Soziologie: 1.173, technische Fakultät: 1.285, Wirtschaftswissenschaften: 781, Physik: 903; Bochum (WiSe 2021/22): Juristische Fakultät: 4.317, Fakultät für Wirtschaftswissenschaft: 3.424, Fakultät für Sozialwissenschaft: 2.024, medizinische Fakultät: 3.361; Erlangen (WiSe 2021/22): Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät: 9.683, Philosophische Fakultät und Fachbereich Theologie: 9.241, Medizinische Fakultät: 4.245, Naturwissenschaftliche Fakultät: 5.444; Frankfurt a. M. (WiSe 2021/22): Rechtswissenschaft: 4.597, Wirtschaftswissenschaften: 5.794, Gesellschaftswissenschaften: 4.105, Neuere Philologien: 4.393, Medizin: 4.160, Psychologie und Sportwiss.: 1.837; Frankfurt/Oder (SoSe 2022): Juristische Fakultät: 1.480, Kulturwissenschaftliche Fakultät: 1.317, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät: 1.433; Freiburg (SoSe 2022): Rechtswissenschaftliche Fakultät: 2.289, Theologische Fakultät: 286, Wirtschafts- u. Verhaltenswissenschaftliche Fakultät: 2.710, Medizinische Fakultät: 4.155, Philologische Fakultät: 1.857, Technische Fakultät: 2.215; Gießen (SoSe 2022): Rechtswissenschaft: 2.033, Wirtschaftswissenschaft: 1.422, Anglistik: 1.086, Psychologie/Sport: 1.754, Humanmedizin: 2.725; Göttingen (WiSe 2021/22): Juristische Fakultät: 2.865, Phi-

losophische Fakultät: 4.633, Fakultät für Mathematik und Informatik: 1.428, Fakultät für Physik: 1.109, Fakultät für Biologie und Psychologie: 2.687, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät: 3.980, Fakultät für Chemie: 751, Medizinische Fakultät: 3.851; Greifswald (SoSe 2022): Rechtswissenschaft: 1.131, Betriebswirtschaftslehre: 849, Medizin: 1.586, Geschichte: 276, Deutsch: 494, Amerikanistik: 305, Psychologie: 412; Heidelberg (SoSe 2022): Juristische Fakultät: 2.695, Theologische Fakultät: 628, Medizinische Fakultät: 4.522, Fakultät für Verhaltens- und Empirische Kulturwissenschaften: 2.433, Fakultät für Mathematik und Informatik: 1.641; Jena (WiSe 2019/20): Rechtswissenschaftliche Fakultät: 1.406, Theologische Fakultät: 123, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät: 1.557, Philosophische Fakultät: 3.413, Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften: 3.788, Fakultät für Mathematik und Informatik: 869, Chemisch-Geowissenschaftliche Fakultät: 1.397, Medizinische Fakultät: 2.591; Leipzig (WiSe 2019/20): Juristenfakultät: 2.948, Theologische Fakultät: 595, Fakultät für Geschichte, Kunst- und Orientalwissenschaften: 3.019, Philologische Fakultät: 4.559, Erziehungswissenschaftliche Fakultät: 3.180, Fakultät für Sozialwissenschaften und Philosophie: 2.647, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät: 2.083, Medizinische Fakultät: 3.394, Fakultät für Mathematik und Informatik: 2.243, Fakultät für Chemie und Mineralogie: 909.

60 So unzutreffend iur.reform, Reformoptionen/Integrierter Bachelor/Pro Nr. 3, abrufbar unter: <https://iurreform.de/reformoptionen/> (letzter Zugriff 02.12.2022).

61 Vgl. hierzu Towfigh/Traxler/Glöckner (Hrsg.), Geschlechts- und Herkunftseffekte bei der Benotung juristischer Staatsprüfungen, ZDRW 2/2018, S. 115 ff.; sowie bereits dies., Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im ersten Examen. Eine empirische Analyse, ZDRW 1/2014, S. 8 ff.

62 Zu den gefährlichen Auswirkungen eines solchen Abschlusses für das System des Staatsexamens s. u. sub IV. 2.

wählen möchten oder sich lieber in einen spezialisierten Bachelor-Master-Studiengang an einer Universität bzw. in einen Bachelor of Laws-Studiengang einer Fachhochschule einschreiben und so die Möglichkeit haben, einen Abschluss – ggf., bei den spezialisierten universitären Bachelors, auf dem Weg zum Staatsexamen – zu erwerben, besteht aus universitärer Sicht kein Grund, hier ein Konkurrenzverhältnis entstehen zu lassen. Mit der flächendeckenden Einführung eines unspezialisierten integrierten Bachelor of Laws an Universitäten würden diese mit dem bereits bestehenden breiten Angebot von juristisch orientierten Bachelor-Studiengängen an Fachhochschulen konkurrieren, ohne dass sich hierfür ein Bedürfnis auf dem Markt erkennen lässt. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass gerade die spezialisierten universitären Bachelors von einem integrierten Bachelor Konkurrenz bekämen.

#### IV. Zur Bedeutung der deutschen juristischen Ausbildung

##### 1. Eigenschaften und Funktion

Das Ideal des sog. Volljuristen, der die wissenschaftliche Phase an der Universität und die Praxisphase im Referendariat durchlaufen hat, der für alle Juristen und Juristinnen einheitliche Weg, ist in Europa keineswegs der Regelfall. Gerade aber die von diesem Modell gesicherte Qualität der deutschen Juristenausbildung stellt eine essentielle Voraussetzung für den wirtschaftlichen und rechtsstaatlichen Erfolg der Bundesrepublik dar.

Es ist für die nicht (nur) in Deutschland ausgebildete Beobachterin immer wieder überraschend, festzustellen, wie wenig bei der Analyse und Beurteilung der juristischen Ausbildung der Zusammenhang zwischen der Ausbildung und ihren Auswirkungen auf die deutsche

Wirtschaft und Gesellschaft durch die seit Jahrzehnten von ihr hervorgebrachten Juristen und Juristinnen, die in der Verwaltung, den Gerichten und weiteren Organen der Rechtspflege tätig sind, gewürdigt wird. Dabei würde z. B. für die Beurteilung der Qualität der medizinischen Versorgung niemand die Bedeutung der medizinischen Ausbildung bestreiten.

Der Rekurs auf Gerichte und ihre Fähigkeit, Prozesse innerhalb absehbarer Zeit und unter Wahrung der Rechte der Parteien zu Ende zu führen sowie die Verlässlichkeit der Verwaltung im Vergleich zu anderen Ländern sind ein Vertrauensbeweis in den Rechtsstaat, der den Zusammenhalt innerhalb der deutschen Gesellschaft erheblich prägt. Die juristische Ausbildung mit ihrem Charakteristikum der Verbindung zwischen Rechtsforschung und Rechtspraxis stellt einen großen Standortvorteil dar, denn der juristische Diskurs auf Augenhöhe unter den Beteiligten stärkt die Rechtssicherheit gleichermaßen wie die Rechtsstaatlichkeit.<sup>63</sup>

In anderen europäischen Rechtsordnungen basiert das Studium auf einzelnen Leistungen, die innerhalb von vier oder – nach „Bologna“ – fünf Jahren<sup>64</sup> in den diversen Fächern erbracht werden und deren Noten insgesamt zum Abschluss führen. Typische Konsequenz dieser Studienorganisation ist, dass am Ende des Studiums weitestgehend vergessen ist, was am Anfang gelernt wurde. Da aber selbstverständlich auch in diesen Ausbildungssystemen das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gilt, können die klassischen juristischen Berufe erst ausgeübt werden, wenn man eine – nicht einheitlich vom Staat, sondern von dem jeweiligen juristischen Berufsstand organisierte – Prüfung bestanden hat, in der alle Fächer, schriftlich und mündlich, abgefragt werden.<sup>65</sup> Der Unterschied zur deutschen juristischen Ausbildung liegt also darin, dass in Deutschland schon die

63 Der Umstand, dass der DJFT zu seinem hundertjährigen Jubiläum in Karlsruhe, der „Hauptstadt des Rechts“, in Zusammenarbeit mit dem Bundesverfassungsgericht getagt hat, wollte als Zeichen der für die deutsche Rechtswissenschaft typischen und fruchtbaren Verbindung zwischen Rechtsforschung und Rechtspraxis dienen.

64 So etwa in Frankreich und Spanien mit jeweils fünf Jahren Studiendauer, vgl. für Spanien Real Decreto 822/2021 sowie für Frankreich Art. L611-1 ff. Code de l'éducation. Auch in Italien dauert das Studium nach „Bologna“ fünf Jahre, wobei man nach einer ursprünglichen Umstellung auf das „3+2-System“ ziemlich schnell zum einheitlichen Studium zurückgekehrt ist, weil die Fülle des Stoffs, der für einen arbeitsqualifizierenden dreijährigen Abschluss als notwendig erachtet wurde, dessen Studierbarkeit praktisch unmöglich machte. Ein Bachelor („laurea breve“) wird in manchen Fakultäten noch angeboten, die absolute Mehrheit der Studierenden entscheidet sich aber für das normale fünfjährige Studium. Ähnliches lässt sich für die Schweiz sagen: Dort wurde die Umstellung auf das Bachelor-Master-System vor mehr als einem Jahrzehnt insbesondere von den Gerichten und

der Anwaltschaft mit dem Argument kritisiert, die Absolventen und Absolventinnen seien zu wenig auf die Praxis vorbereitet, und mündete in eine inzwischen umgesetzte Studienreform, die erhebliche strukturelle Änderungen mit sich brachte und letztlich den Bachelor-Master-Studiengang wiederum als Einheit konzipiert hat.

65 Zum Beispiel in Spanien nach Art. 301.3 Ley Orgánica 6/1985 für die Richter- und Staatsanwaltschaft, nach Art. 2, 3 Ley 34/2006 für die Anwaltschaft; in Frankreich nach Art. 14 ff., insb. Art. 17 Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature und Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature für die Richter- und Staatsanwaltschaft sowie Art. 42 ff. Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat bzw. Arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats für die Anwaltschaft; in Österreich nach § 26 i. V. m. § 174 RStDG für die Richter- und Staatsanwaltschaft und §§ 1, 2, 3 Rechtsanwaltsordnung für die Anwaltschaft.

66 In Spanien gem. Art. 4.3, 6 Ley 34/2006; in Frankreich gem.

Universität mit ihrem wissenschaftlichen Anspruch zusammen mit den Landesprüfungsämtern für eine einheitliche Prüfung zuständig ist.

Zusätzlich zu dem universitären Abschluss muss in den anderen europäischen Ländern anschließend ein meist zweijähriges – nicht vom Staat finanziertes – Praktikum oder ein selbst zu finanzierender Vorbereitungskurs in *einem* der juristischen Berufe absolviert werden,<sup>66</sup> an dessen Ende ein Examen zu bestehen ist. Anders als die deutsche Zweite Juristische Prüfung qualifiziert dieses aber nur für den jeweiligen juristischen Beruf und wird von dem entsprechenden Berufsstand organisiert und an dessen Marktbedarf ausgerichtet. Das ist die notwendige Konsequenz der Überlassung der juristischen Ausbildung (vor allem für die Anwaltschaft) an den jeweiligen Berufsstand. Die ebenfalls schon in der Vergangenheit geführte Diskussion über die „Spartenausbildung“ hat die Schwäche einer solchen Ausbildung gezeigt.<sup>67</sup> Die „gleiche Augenhöhe“ zwischen Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt, die typisch für die deutschen Juristen und Juristinnen ist, würde verloren gehen. Das gegenseitige Verständnis der juristischen Berufe, welches sich daraus ergibt, dass jeder Jurist für eine gewisse Zeit auch die Arbeitserfahrung desjenigen, der ihm jetzt gegenübersteht, gemacht hat, wäre nicht mehr vorhanden. Auch der Wechsel von einem juristischen Beruf in einen anderen wäre, wenn überhaupt praktisch noch möglich, jedenfalls erheblich erschwert. Sicherlich würde der Staat Kosten sparen, würde er nur den eigenen Nachwuchs ausbilden. Diesem Argument, das in der Vergangenheit manchmal vorgebracht wurde, sollte aber nicht mehr Gewicht beigemessen werden als den inhaltlichen Gründen, die gegen eine „Spartenausbildung“ und eine Überlassung der Ausbildung an die Berufsstände sprechen.

Die deutsche juristische Ausbildung unterscheidet sich von derjenigen im europäischen Ausland also nicht, wie häufig behauptet, durch ihre Dauer, sondern vor allem durch das Ideal des Volljuristen und die Tatsache,

dass das Referendariat vom Staat finanziert wird. Damit hat die juristische Ausbildung in Deutschland einen stark sozial integrierenden und demokratisierenden Charakter, den es zu bewahren und nicht aufs Spiel zu setzen gilt.

## 2. Gefährdung des Staatsexamens

Trotz Beteuerung des Gegenteils würde die Einführung des integrierten Bachelors eine grundlegende Gefahr für das System des juristischen Staatsexamens und damit für das Ideal des Volljuristen darstellen. Die Zahl derjenigen, die nur einen integrierten Bachelor besitzen würden und daher keinen Zugang zu den reglementierten juristischen Berufe hätten, würde in wenigen Jahren – aus den oben diskutierten Gründen – prozentual beachtlicher sein als die Anzahl derjenigen, die das Examen heute definitiv nicht bestehen.<sup>68</sup> Es ist anzunehmen, dass alle diese Bachelor-Absolventen durch politischen oder sogar juristischen Druck versuchen werden, sich mit ihrem Abschluss mindestens durch Öffnung des Rechtsberatungsmarkts eine attraktivere Arbeitsperspektive zu verschaffen; für den Staatsdienst wird es vermutlich einfacher sein, am Staatsexamen als Voraussetzung festzuhalten. Das würde zu einer Aufweichung der Zugangsvoraussetzungen in diesem Bereich führen. Die Konsequenz, minderqualifizierte Absolventen in der Anwaltschaft, wäre vor dem Hintergrund des durch das Scheitern bei der Staatsprüfung bewiesenen Mangels an ausreichenden Rechtskenntnissen gegenüber dem Rechtsrat suchenden Bürger nicht zu verantworten. Überhaupt besteht, angesichts des Umstandes, dass in wenigen Jahren viele Juristen und Juristinnen (die sogenannten Baby-Boomer) in Rente gehen werden, die Gefahr, dass die Idee aufkommt, die regulierten juristischen Berufe für die Absolventen mit einem integrierten Bachelor zu öffnen. Gerade diejenigen, die heute sagen, der integrierte Bachelor will und wird das Staatsexamen nicht in Frage stellen, werden dann erklären, es lohne sich nicht, beim Staatsexamen zu bleiben, wenn schon

Art. 58 Arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats; in Österreich gem. § 2 Rechtsanwaltsordnung.

67 Ausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung, Bericht über Möglichkeiten und Konsequenzen einer Bachelor-Master-Struktur anhand unterschiedlicher Modelle einschließlich der berufspraktischen Phase unter Berücksichtigung des entwickel-

ten Diskussionsmodells eines Spartenvorbereitungsdienstes, v. 31.03.2011, KOA-Bericht 2011 (Bologna).

68 Zumal die Existenz eines Bachelor-Abschlusses zur Fortsetzung des Jura-Studiums auch Studierende veranlassen könnte, die heute im dritten oder vierten Semester aufgrund der gemachten Erfahrungen zum Schluss kommen, dass das Jura-Studium ihnen doch nicht gefällt und sich daher anderen Fächern mit besserem Erfolg und größerer Zufriedenheit zuwenden.

69 Schließlich ist dem Bologna-System immanent, dass einem

ein berufsqualifizierender juristischer Abschluss verliehen wird.<sup>69</sup> In der Tat ist es wenig glaubhaft, dass zwei grundverschiedene Systeme – das auf den Bachelor/Master gerichtete und daher auf vielen einzelnen Prüfungen, die zum Abschluss führen, basierende und das auf die Staatsprüfung gerichtete und daher auf dem Modell des Einheitsjuristen basierende – auf Dauer nebeneinander koexistieren können: Wer den flächendeckenden Bachelor fordert, wird Bologna bekommen. *Respice finem*: Der „integrierte LL.B.“ kann aus diesem Grund der Einstieg in den Ausstieg aus dem Staatsexamen werden.

## V. Schlusswort

Ziel der deutschen juristischen Ausbildung ist, die angehenden Juristen und Juristinnen zum kritischen Denken zu erziehen, zur reflektierten Erfassung des juristischen Systems zu führen und zur konsequenten, logischen und nachvollziehbaren Anwendung von Normen und Prinzipien auszubilden. Das erfolgreiche Absolvieren der Staatsexamina soll das unter Beweis stellen, denn die Studierenden von heute werden auch künftig eine zentrale Rolle für den demokratischen Zusammenhalt der Gesellschaft einnehmen und oft schwierige, folgenreiche Entscheidungen treffen müssen.

Die Diskussion über den Prüfungsdruck und den Angstabbau während des Studiums ist ernst zu nehmen und muss intensiv geführt werden. Deswegen hat der DJFT in seinen beiden letzten Versammlungen nochmals Probleme der juristischen Ausbildung identifiziert, Perspektiven diskutiert und Lösungen beschlossen, die durch die Verbesserung der Studienbedingungen nicht nur in der Lage sind, jenen Ängsten und jenem Druck

entgegenzutreten, sondern auch den hohen Anforderungen und aktuellen Aufgaben der Ausbildung Rechnung zu tragen und diese weiterhin in die Lage versetzen, die Erwartungen von Staat und Gesellschaft verantwortungsvoll zu erfüllen.

Dem Prüfungsdruck und den Ängsten der Studierenden allein mit der Einführung eines zusätzlichen Bachelor-Abschlusses zu begegnen, greift zu kurz, verkennt die Herausforderungen der juristischen Ausbildung und droht mehr Probleme zu schaffen als zu lösen. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Diskussion, die in die breite (juristische) Öffentlichkeit zu tragen mir gelungen ist, von der Fixierung auf den integrierten Bachelor löst und uns ermöglicht, gemeinsam Verbesserungen im aktuellen System zu erreichen, um so weiterhin die Qualität der deutschen Juristenausbildung aufrecht zu erhalten.

Prof. Dr. Dr. h. c. Tiziana Chiusi ist nach Forschungs- und Lehrtätigkeit an den Universitäten Padua, Rom, München und Tübingen seit 2001 Inhaberin des Lehrstuhls für Zivilrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes und seit 2019 Direktorin des dortigen Instituts für Europäisches Recht. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Bürgerlichen Recht, Römisches Recht und in der Rechtsvergleichung. Sie ist u. a. Mitherausgeberin des Corpus der Römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei der Mainzer Akademie der Wissenschaften, Kommentatorin im Staudinger-Kommentar und seit 2020 Vorsitzende des DJFT.

Bachelorstudiengang ein Masterstudiengang folgt. Es ist daher durchaus naheliegend, dass einem allgemeinen Bachelor of Laws ein allgemeiner Master of Laws folgen wird. Der Abschluss Erste Juristische Prüfung wird aber mit der ebenfalls bestehenden möglichen Beantragung des akademischen Titels eines Dipl. Jur., gegenwärtig mit einem Master äquivalent bewertet. Umgekehrt

wird man argumentieren können, dass ein von einer juristischen Fakultät verliehen Master of Laws-Titel, der einem Bachelor of Laws folgt, dem Abschluss der Ersten Juristischen Prüfung äquivalent sei.

# Gabriel Kalweit, Maria Kalweit, Ignacio Mastroleo, Joschka Bödecker und Roland Mertelsmann

## *Künstliche Intelligenz in der Krebstherapie*

Die Anzahl von computer- und datengestützten Werkzeugen nimmt im Bereich der Onkologie rasant zu. Entsprechende Verfahren finden in nahezu allen Anwendungsgebieten Einzug, von Diagnosesystemen, Tumor-Modellierungen bis hin zur Prognose von Krankheitsverläufen. Die schier kombinatorische Komplexität dieser Krankheit, die aus mehr potenziellen Kombinationen von kanzerösen Mutationen als Atomen im Universum resultiert, führt jedoch zu der Notwendigkeit einer für den Patienten individuell optimierten Krebsbehandlung. Die Verwendung von künstlicher Intelligenz zur Optimierung therapeutischer Interventionen, die darauf abzielen, Krebs innerhalb klinisch sinnvoller Grenzen zu kontrollieren, ist noch immer ein sehr unbekanntes Terrain, das selten über reine *in silico* Experimente hinaus betreten wurde. In diesem Manuskript erklären wir die Grundlagen der künstlichen Intelligenz, zeigen einige bereits heute etablierte Anwendungen, geben eine Vision eines KI-kontrollierten Therapiesystems und erörtern kurz einige allgemeine ethische Überlegungen.

### I. Einleitung

Jeder zweite Mensch erkrankt im Laufe seines Lebens an Krebs, der weltweit zweithäufigsten Todesursache. Es gibt mehr als hundert verschiedene Krebsarten mit höchst individuellen Krankheitsverläufen, die aus mehr potenziellen Kombinationen von kanzerösen Mutationen resultieren, als es Atome im Universum gibt.<sup>1</sup> Dies macht die Suche nach möglichen Therapien (z.B. Antikörpertherapien) zur Suche nach der Nadel im Heuhaufen. Künstliche Intelligenz (KI) hat in der Vergangenheit großes Potential in Anwendungen mit großen Suchräumen gezeigt, wie beispielsweise mit dem Algorithmus AlphaGo,<sup>2</sup> welcher mehrfach Großmeister im komplexen Brettspiel GO schlug – einem chinesischen Spiel mit

10<sup>170</sup> möglichen Spiel-Kombinationen. Insbesondere Maschinelles Lernen (ML), ein Teilgebiet der KI, kann eine personalisierte Behandlung fördern, indem es Computern ermöglicht, aus Erfahrungen zu lernen, ohne dass Regeln explizit von Menschen vorgegeben werden. Das Potenzial von ML in der Medizin ist enorm und im Vergleich zur herkömmlichen Statistik bietet ML eine Fülle neuer Möglichkeiten.

In der Onkologie wird KI zunehmend eingesetzt, z.B. zur Unterstützung der Auswertung von medizinischer Bildgebung, der Prognose von Krankheitsverläufen und in der Medikamentenentwicklung. Hierfür bilden wachsende Datensätze und die Digitalisierung (elektronische Patientenakten) eine Grundlage, um aus gesammelten Erfahrungen zu lernen. Die Entwicklung und Qualität dieser Anwendungen sind in den letzten Jahren vor allem im Bereich der Bildgebung derart fortgeschritten, dass zertifizierte KI-Produkte bereits in vielen Radiologiezentren und -praxen eingeführt wurden.

Methoden des Maschinellen Lernens sind datengetriebene Methoden. Während Statistik<sup>3</sup> sich auf die Zusammenfassungen von Datenstichproben und dem Verständnis statistischer Beziehungen zwischen Variablen konzentriert, ist das Hauptziel von ML die Generalisierung auf zuvor ungesehene Daten (z.B. durch eine Vorhersage für einen neuen Patienten). Dabei werden Muster und Subgruppen erkannt, indem Repräsentationen aus verschiedensten Eingabemodalitäten gelernt werden, wie zum Beispiel von Bildern, elektronischen Patientenakten, histopathologischen Daten und genetischen Informationen.

Vor allem Tiefes Lernen, bzw. Deep Learning (DL),<sup>4</sup> ein spezialisiertes Teilgebiet von ML, das auf künstlichen tiefen neuronalen Netzen beruht, hat in den letzten Jahren durch die erhöhte Rechenleistung moderner Grafikkarten beachtliche Erfolge erzielt, zum Beispiel in der Verarbeitung von Text,<sup>5</sup> Sprache<sup>6</sup> und Bildern<sup>7</sup>. In der

1 Khamsi, R. Computing cancer's weak spots. *Science* 368, 1174–1177 (2020).  
2 Silver, D. et al. Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search. *Nature* 529, 484–489 (2016).  
3 Bzdok, D., Altman, N. & Krzywinski, M. Statistics versus machine learning. *Nat. Methods* 15, 233–234 (2018).  
4 LeCun, Y., Bengio, Y. & Hinton, G. Deep learning. *Nature* 521, 436–444 (2015).

5 Hirschberg, J. & Manning, C. D. Advances in natural language processing. *Science* 349, 261–266 (2015).

6 Devlin, J., Chang, M.-W., Lee, K. & Toutanova, K. BERT: Pre-training of Deep Bidirectional Transformers for Language Understanding. Preprint at <http://arxiv.org/abs/1810.04805> (2019, letzter Zugriff am 14.12.2022).

7 Russakovsky, O. et al. ImageNet Large Scale Visual Recognition Challenge. *Int. J. Comput. Vis.* 115, 211–252 (2015).

Medizin hat KI das Potential zur Steigerung der Behandlungs- und der Versorgungsqualität. Diagnose und Prognostik sind dabei nur der erste Schritt, denn basierend auf den Vorhersagen des KI-Modells muss der Arzt die Therapie seinen Erfahrungen entsprechend anpassen, um diese zu optimieren. Der nächste Schritt ist das Ziel der Optimierung der Therapie selbst, selbstverständlich unter Einhaltung von ethischen und Sicherheitsbeschränkungen, um den Patienten bestmöglich auf Basis eines Erfahrungsschatzes von riesigen elektronischen Patientendatenbanken zu behandeln. Wissen und Erfahrung sind im Klinikalltag die wichtigsten Säulen eines guten Behandlungsplans.

## II. Was ist KI?

Künstliche Intelligenz (KI) ist ein Teilgebiet der Informatik, in welchem Computer komplexe Probleme auf eine Weise lösen, die wir Menschen als intelligent bezeichnen würden. Dazu gehören z.B. Planung, Wahrnehmung oder Schlussfolgerung. Probleme werden mittels Algorithmen (Sequenzen von wohldefinierten Computeranweisungen) gelöst, welche mathematische Modelle auf der Grundlage von Datenmengen erstellen. Diese mathematischen Modelle, sogenannte Funktionen, bilden Eingabedaten auf gewünschte Ausgaben ab. Eingaben können Bilder (z.B. Röntgenbilder) und eine beliebige Folge numerischer (z.B. Laborwerte) oder kate-

gorialer Daten (z.B. Medikation) sein. Die ausgewählten Eingaben werden später als Eingabemerkmale bezeichnet. Um die Abbildung darzustellen, können verschiedene Funktionsrepräsentationen verwendet werden, wie Polynomfunktionen, Entscheidungsbäume, oder künstliche tiefe neuronale Netze.

In der KI gibt es im Wesentlichen drei Lernparadigmen: das Überwachte Lernen, das Unüberwachte Lernen und das Bestärkende Lernen, siehe Abbildung 1. Beim Überwachten Lernen werden der Maschine die gewünschten Ausgaben für bestimmte Datenpunkte vorgegeben. Das System steht dann vor der Aufgabe, dieses vorgegebene Wissen auf neue Datenpunkte zur Laufzeit zu übertragen. Das Gegenstück zum Überwachten Lernen ist das *Unüberwachte* Lernen. Beim Unüberwachten Lernen bekommt die Maschine lediglich die Datenpunkte – ohne Vorgabe der gewünschten Ausgabe. Vielmehr sollen hierbei unterliegende Strukturen gefunden werden, welche die Datenpunkte möglichst gut separieren, jedoch *nicht* anhand eines vorgegebenen Merkmals. Etwas abseits vom Überwachten und Unüberwachten Lernen liegt das *Bestärkende* Lernen. In diesem letztgenannten Paradigma versucht die Maschine, ein *sequentielles Entscheidungsproblem* durch Versuch und Irrtum anhand einer Belohnung zu lösen.

ML-Systeme können entweder auf fixen Datensätzen trainiert werden, oder anhand eines wachsenden Datensatzes, welches beispielsweise im Falle des Bestärkenden

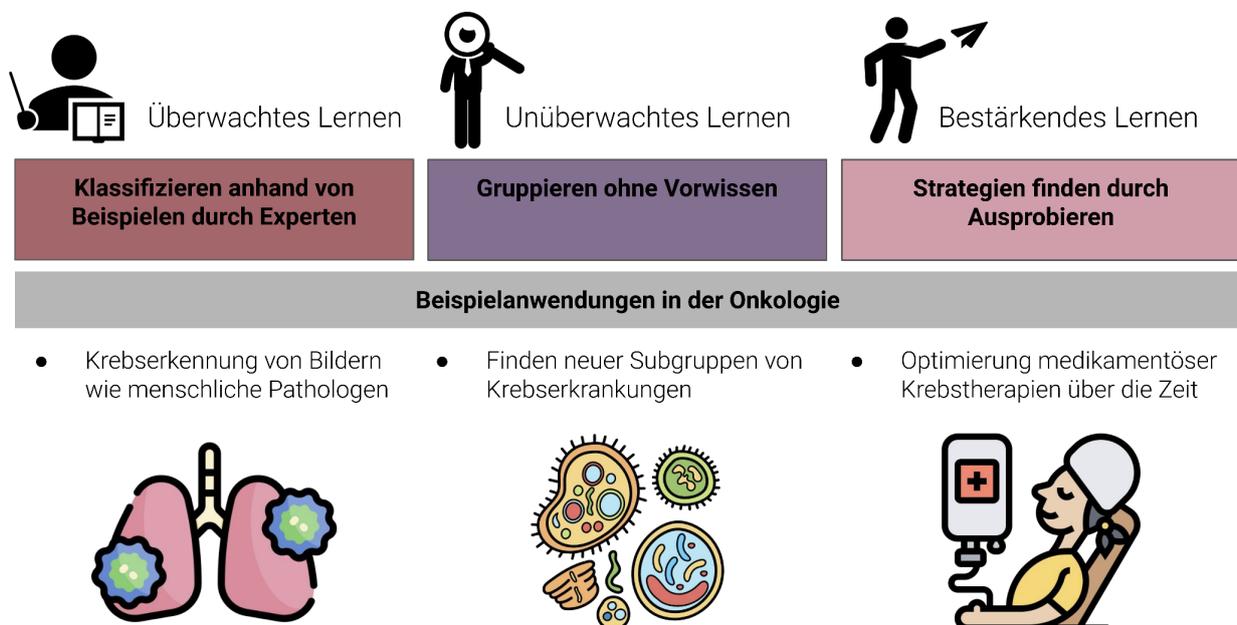


Abbildung 1: Lernparadigmen in der Künstlichen Intelligenz.<sup>8</sup>

Lernens durch Exploration gesammelt wird. Auf Basis aktueller Vorhersagen wird die Performanz eines ML-Systems gemessen und anschließend verbessert. Modelle können entweder auf Echtweltdaten oder in Simulationen trainiert und in Applikationen wie Robotik,<sup>9</sup> der Infrastrukturoptimierung<sup>10</sup> oder dem autonomen Fahren<sup>11</sup> eingesetzt werden. Menschliche Krankheiten können jedoch nicht zuverlässig simuliert werden, da nicht alle zugrunde liegenden komplexen und miteinander verbundenen biologischen Prozesse berücksichtigt werden können. Da zudem das direkte Trainieren von ML-Systemen am Patienten aus ethischen Gründen und Gründen der schwachen Interpretierbarkeit bisher vermieden wird, werden ML-Systeme hauptsächlich auf historischen Datensätzen trainiert und ausgewertet. Um die Qualität der Modelle zu bewerten, werden die Datensätze in verschiedene Kontingente aufgeteilt, wobei der größte Teil dieser Daten für das Training verwendet wird (Trainingsdatensatz). Die restlichen Daten werden zur Bewertung der Leistung verwendet (Validierungs- und Testdatensatz). Der Testdatensatz wird für eine abschließende, unvoreingenommene Leistungsbewertung verwendet, um die Generalisierbarkeit des Systems im Hinblick auf neue Datenpunkte auszuwerten. Die Performanz des Modells kann in Bezug auf einen Datensatz anhand verschiedener Metriken wie Genauigkeit, Sensitivität, Spezifität und der Fläche unter der Grenzwertoptimierungskurve für Klassifikationsaufgaben und des mittleren quadratischen Fehlers für Regressionsaufgaben bewertet werden. Bei überzeugenden Leistungen eines KI-Systems kann dieses dann unter strengen Sicherheitsvorkehrungen und idealerweise als kontrollierte kli-

nische Studie an echten Kontrollgruppen evaluiert werden. Dies geschah bereits bei einer automatisierten Insulinpumpe für Diabetes.<sup>12</sup>

### III. Wo KI bereits eingesetzt wird

Die ML-basierte Insulinpumpe ist jedoch immer noch eine große Ausnahme und befindet sich zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Papiers noch in der Endphase der Bewertung durch die entsprechenden Zulassungsbehörden. Bisher werden ML-Werkzeuge fast ausschließlich in der KI-assistierten Entscheidungsfindung bei Therapien von Mediziner\*innen eingesetzt.<sup>13</sup> Ein sehr großer Bereich ist die Analyse von Bilddaten, die während der routinemäßigen Krebsbehandlung erfasst werden, wie beispielsweise MRTs, CTs oder Histopathologien. Anwendungen beinhalten die Erkennung von Krankheiten, wie beispielsweise die Erkennung von Metastasen und deren Segmentierung, Klassifizierung und Charakterisierung und Überwachung.<sup>14</sup> Außerdem wird KI für die automatisierte Nutzung von Patientendaten aus großen Datenbanken mit elektronischen Patientenakten, z.B. zur Vorhersage des weiteren Krankheitsverlaufs und der Wirkung von Medikamenten<sup>15</sup> eingesetzt. Elektronische Patientenakten können auch zur Risikostratifizierung genutzt werden, also der Einschätzung, ob eine vorliegende fortschreitende Erkrankung zu Komplikationen oder zum Tod führen kann.<sup>16</sup> Außer der Risikoeinschätzung können auch Behandlungskomplikationen und Nebenwirkungen mit KI vorhergesagt werden, wie beispielsweise die Toxizität von Bestrahlung und Chemotherapie.<sup>17</sup> Das Anschlagen von Therapien, beispielsweise

9 Rosete-Beas, E., Mees, O., Kalweit, G., Boedecker, J. & Burgard, W. Latent Plans for Task Agnostic Offline Reinforcement Learning. in Proceedings of the 6th Conference on Robot Learning (CoRL) (2022).

10 Degraeve, J. et al. Magnetic control of tokamak plasmas through deep reinforcement learning. *Nature* 602, 414–419 (2022).

11 Hügler, M., Kalweit, G., Mirchevska, B., Werling, M. & Boedecker, J. Dynamic Input for Deep Reinforcement Learning in Autonomous Driving. in 2019 IEEE/RSJ International Conference on Intelligent Robots and Systems, IROS 2019, Macau, SAR, China, November 3–8, 2019 7566–7573 (IEEE, 2019). doi:10.1109/IROS40897.2019.8968560.

12 Bionic Pancreas Research Group et al. Multicenter, Randomized Trial of a Bionic Pancreas in Type 1 Diabetes. *N. Engl. J. Med.* 387, 1161–1172 (2022).

13 Farina, E., Nabhen, J. J., Dacoregio, M. I., Batalini, F. & Moraes, F. Y. An overview of artificial intelligence in oncology. *Future Sci. OA* 8, FSO787 (2022); Nagy, M., Radakovich, N. & Nazha, A. Machine Learning in Oncology: What Should Clinicians Know? *JCO Clin. Cancer Inform.* 799–810 (2020) doi:10.1200/CCI.20.00049.

14 Bi, W. L. et al. Artificial intelligence in cancer imaging: Clinical challenges and applications. *CA. Cancer J. Clin.* 69, 127–157

(2019); Cui, M. & Zhang, D. Y. Artificial intelligence and computational pathology. *Lab. Invest.* 101, 412–422 (2021); Hosny, A., Parmar, C., Quackenbush, J., Schwartz, L. H. & Aerts, H. J. W. L. Artificial intelligence in radiology. *Nat. Rev. Cancer* 18, 500–510 (2018).

15 Kalweit, M. and Kalweit, G. and Boedecker, J. AnyNets: Adaptive Deep Neural Networks for Medical Data with Missing Values. IJCAI 2021 Workshop on Artificial Intelligence for Function, Disability, and Health; Miotto, R., Li, L., Kidd, B. A. & Dudley, J. T. Deep Patient: An Unsupervised Representation to Predict the Future of Patients from the Electronic Health Records. *Sci. Rep.* 6, 26094 (2016).

16 Nartowt, B. J. et al. Robust Machine Learning for Colorectal Cancer Risk Prediction and Stratification. *Front. Big Data* 3, 6 (2020); Stark, G. F., Hart, G. R., Nartowt, B. J. & Deng, J. Predicting breast cancer risk using personal health data and machine learning models. *PLOS ONE* 14, e0226765 (2019).

17 Cuplov, V. & André, N. Machine Learning Approach to Forecast Chemotherapy-Induced Haematological Toxicities in Patients with Rhabdomyosarcoma. *Cancers* 12, 1944 (2020); Isaksson, L. J. et al. Machine Learning-Based Models for Prediction of Toxicity Outcomes in Radiotherapy. *Front. Oncol.* 10, 790 (2020).

von kostenintensiven Behandlungen wie Immuntherapien, kann vorhergesagt werden.<sup>18</sup> Zudem wurden Überlebensvorhersagen für viele Krebsarten entwickelt, darunter Brust-, Prostata- und Lungenkrebs.<sup>19</sup> KI wird auch in der Medikamentenentwicklung eingesetzt und identifiziert schnell potenzielle neue Kandidaten zu erschwinglichen Kosten und beschleunigt so die klinische Forschung. Eine Übersicht zu aktuellen, sowie potenziellen Anwendungsfeldern der KI innerhalb der Onkologie ist in Abbildung 2 dargestellt. Was in der realen Umsetzung weiterhin fehlt, ist der Wechsel von einer KI-assistierten hin zu einer KI-optimierten Therapie des Patienten.

#### IV. Die Vision einer KI-kontrollierten Therapie

Im Allgemeinen werden Medikamente entwickelt, um möglichst vielen Patienten eines bestimmten Krankheitsbildes zu helfen. In klinischen Studien werden Dosen gefunden, indem die maximal mögliche Dosis mit ertragbaren Nebenwirkungen gesucht wird, um ein möglichst breites Spektrum an Patienten mit dieser *einen*

Einstellung abzudecken. Oft gibt es keine weiteren Studien, in denen Kombinationen mit niedrigeren Dosen und unterschiedlichen Frequenzen untersucht werden, die Krebszellen besser bekämpfen und die starken Nebenwirkungen von Krebstherapien verringern könnten. Wie oben dargelegt, ist dies jedoch genau das, was für die Behandlung von Patienten mit dem Hauptziel der Kontrolle, aber nicht der Heilung der Krankheit erforderlich sein kann: personalisierte Krebstherapie auf Basis von (geeigneten) Tumormarkern als individuellen Indikator. In der Zukunft sollte daher ein medizinisches Gerät auf Basis von Messungen von allerlei stromsparenden Sensoren den Krebspatienten stets überwachen und eine zielgerichtete Therapie in Form von gerade notwendigen Dosen geeigneter Medikamente zeitgenau durchführen, um die Krankheit innerhalb klinisch sinnvoller Grenzen für den Patienten zu kontrollieren. Die KI als *stets verfügbarer* Arzt, der sich den höchst individuellen Krankheitsverlauf lückenlos merkt und analysiert. Eine solche Vision einer KI-kontrollierten Therapie stellt die computergestützte Medizin allerdings aktuell noch vor große



Abbildung 2: Aktuelle und potenzielle Anwendungsfelder der KI in der Onkologie. Das »?» dient als Symbol für alle noch zu entdeckenden Anwendungen in diesem aufstrebenden Zukunftsfeld.

18 Trebeschi, S. et al. Predicting response to cancer immunotherapy using noninvasive radiomic biomarkers. *Ann. Oncol.* 30, 998–1004 (2019).

19 Bibault, J.-E., Chang, D. T. & Xing, L. Development and validation of a model to predict survival in colorectal cancer using a

gradient-boosted machine. *Gut* 70, 884–889 (2021); Senders, J. T. et al. An Online Calculator for the Prediction of Survival in Glioblastoma Patients Using Classical Statistics and Machine Learning. *Neurosurgery* 86, E184–E192 (2020).

Herausforderungen: (1) Gegeben eine höchst tödliche Form von Krebs wie ein Befall der Bauchspeicheldrüse, was sind geeignete Tumormarker, die (i) kostengünstig und akkurat messbar sind und (ii) eine hohe Korrelation zum Krankheitsverlauf haben, sowie (2) gegeben diese Tumormarker, wie kann ein solch hochkomplexes kombinatorisches Problem anhand weniger Datenpunkte individuell optimal und sicher gelöst werden? Um zu Antworten zu diesen so wichtigen und grundlegenden Fragen zu gelangen, schlagen wir vor, das Konzept auf zwei große Meilensteine aufzuteilen (vgl. Abbildung 3). Zunächst könnten und sollten erste Erkenntnisse *in vitro* gesammelt werden. Sensoren wie bildgebende Mikroskope oder Fluidsensoren könnten Zellen in einem Medium unter gegebenen Medikamenten aufzeichnen und Proben auf etwaige Inhaltsstoffe untersuchen. Ist ein System erst mal aufgesetzt, welches solche Untersuchungen unter einem hohen Durchlass erlaubt, könnte auf diese Art ein erster Datensatz aufgezeichnet werden, welcher in Folge durch Bestärkendes Lernen optimiert werden könnte. Durch eine wohlsortierte Auswahl an Medikamenten und wahrscheinlich interessanten Messpunkten, zusammengestellt und ausgewählt von menschlichen Experten, könnten hierbei die Dateneffizienz und damit die Realisierbarkeit erhöht werden. In einem Folge-

schritt müssten die gefundenen Tumormarker auf ihre Transferierbarkeit in Bezug auf *in vivo* Systeme untersucht werden. Wenn es gelingt, eine verallgemeinernde Gruppe von Tumormarkern zu finden, könnte man z.B. versuchen, in Einzelfallstudien bei Patienten mit Bauchspeicheldrüsenkrebs, denen durch andere Therapieformen nicht geholfen werden kann, eine gezielte Gabe von Folsäure und Methotrexat innerhalb von gesicherten Dosisgrenzen, analog zur Langzeitgabe bei rheumatischen Erkrankungen, durchzuführen und den Krankheitsverlauf zu erfassen.

## V. Ethische Überlegungen der KI-gestützten Krebstherapie

Wie genannt, ist Krebs die zweithäufigste Todesursache weltweit.<sup>20</sup> Im Jahr 2020 gab es 10 Millionen krebserkrankte Todesfälle – 70 % davon in Ländern mit niedrigem und mittlerem Einkommen<sup>21</sup> – und bis 2040 wird ein Anstieg auf 16,3 Millionen Todesfälle erwartet.<sup>22</sup> Krebs wird aufgrund seiner biologischen Komplexität auch als »Königin aller Krankheiten«<sup>23</sup> bezeichnet und ist daher ein geeigneter Bereich für die Anwendung von künstlichen Lernsystemen, die dazu beitragen können, diese globale Belastung der öffentlichen Gesundheit zu

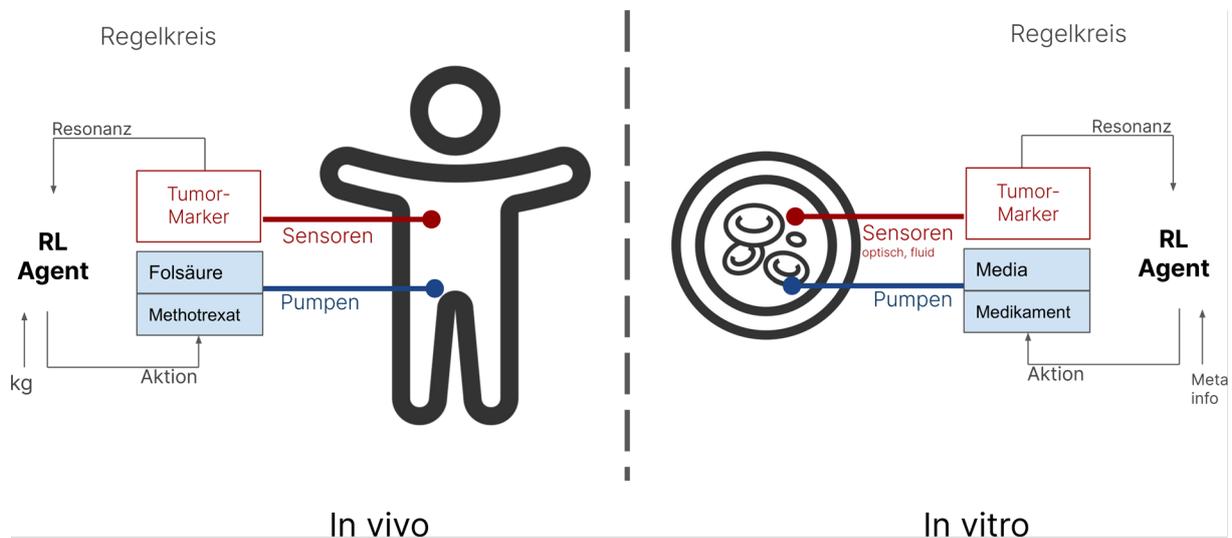


Abbildung 3: Schematische Darstellung eines Regelkreises zur KI-optimierten, individuellen Krebstherapie. Konzepte für Systeme agierend *in vitro* (rechts) und *in vivo* (links).

20 Ritchie, H., Spooner, F. & Roser, M. Causes of death. Our World in Data (2019).

21 World Health Organization International Agency for Research on Cancer (WHO IARC). All cancers. Source: Globocan 2020. 2 <https://gco.iarc.fr/today/data/factsheets/cancers/39-All-cancers-fact-sheet.pdf> (2020, letzter Zugriff am 14.12.2022).

22 Sung, H. et al. Global Cancer Statistics 2020: GLOBOCAN Estimates of Incidence and Mortality Worldwide for 36 Cancers in 185 Countries. CA. Cancer J. Clin. 71, 209–249 (2021).

23 Mukherjee, S. The emperor of all maladies: a biography of cancer. (Lions, 2011).

verringern. In diesem Manuskript haben wir ein Konzept für einen neuartigen Therapieansatz auf Basis von KI beschrieben, welcher die Behandlung von Bauchspeicheldrüsenkrebs gegenüber Standardtechniken verbessern könnte und das Potenzial hat, kosteneffektiv und skalierbar zu sein. Mit Blick auf die Zukunft sollte eine diagnostische und therapeutische Intervention, die auf diesem Konzept basiert, die üblichen ethischen Sicherheitsvorkehrungen für Forschung und Entwicklung durchlaufen, bevor sie von den Gesundheitssystemen in der Öffentlichkeit eingeführt wird. Geeignete Aufsichtsgremien sollten z.B. eine unabhängige ethische Prüfung durch eine Forschungsethikkommission, die auf die spezifischen Anforderungen von KI-Gesundheitsinterventionen zugeschnitten ist,<sup>24</sup> oder eine staatliche Gesundheitstechnologiebewertung sein. Diese oben beschriebenen ethischen Standardschutzmaßnahmen berücksichtigen jedoch nur teilweise die gesundheitliche Ungleichheit bei neuen Interventionen. Unter gesundheitlichen Ungleichheiten verstehen wir gesundheitliche Ungleichheiten zwischen relevanten Gruppen von Menschen innerhalb und zwischen Ländern, die als unfair oder ungerecht angesehen werden, weil sie mit realistischen Mitteln vermeidbar sind.<sup>25</sup> Gesundheitliche Ungleichheiten bei Krebs zeigen sich in ungerechten Unterschieden bei Inzidenz, Tod und Lebensqualität sowie bei der Teilnahme an klinischen Studien und dem Zugang zu wirksamer Behandlung.<sup>26</sup> Ohne ein weiteres angemessenes Bündel von Sicherheitsvorkehrungen, zu denen ethisches Design, die Ausbildung von Fachkräften, gesellschaftliches Engagement, das regulatorische Umfeld und globale Anreize gehören, werden KI-Gesundheitsmaßnahmen höchstwahrscheinlich die derzeitigen gesundheitlichen Ungleichheiten aufrechterhalten oder verschärfen, anstatt sie zu verringern, wie in der Literatur über die Ethik der KI im Gesundheitswesen anerkannt wird.<sup>27</sup> Erfreulicherweise werden diese mach-

baren und realistischen breiteren ethischen Schutzmaßnahmen, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, parallel zu den KI-Gesundheitsinterventionen bei Krebs entwickelt. Das Hauptziel solcher Schutzmaßnahmen ist die Förderung der gesundheitlichen Chancengleichheit und der Gesundheitsergebnisse, insbesondere für Bevölkerungsgruppen und Gemeinschaften in prekären Situationen, um das soziale Versprechen zu erfüllen, das mit jeder Einführung neuer Technologien im Gesundheitswesen einhergeht.

Gabriel Kalweit, Collaborative Research Institute Intelligent Oncology (CRIION) und am Department of Computer Science, University of Freiburg. Maria Kalweit, Collaborative Research Institute Intelligent Oncology (CRIION) und am Department of Computer Science, University of Freiburg. Ignacio Mastroleo, Collaborative Research Institute Intelligent Oncology (CRIION), Freiburg, Program of Bioethics, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Buenos Aires, Argentina und National Scientific and Technical Research Council (CONICET), Buenos Aires, Argentina. Joschka Bödecker Collaborative Research Institute Intelligent Oncology (CRIION) und am Department of Computer Science, University of Freiburg. Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Roland Mertelsmann, Vorstandsvorsitzender der Mertelsmann Foundation. Die Arbeit an diesem Papier wurde von der Mertelsmann-Stiftung unterstützt. Ignacio Mastroleo dankt auch für die finanzielle Unterstützung durch den Nationalen Forschungsrat Argentiniens (CONICET) und UBACyT 20020220400007BA. Die im Text zum Ausdruck gebrachten Meinungen sind ausschließlich die der Autoren und nicht unbedingt die der unterstützten Institutionen. Relation zu vorherigen Publikationen: In dem Abschnitt "Was ist KI?" finden sich generelle Aussagen und Erklärungen über KI in der Medizin aus der Publikation "Applied Machine Learning and Artificial Intelligence in Rheumatology" von Hügler et al (2020).<sup>28</sup> Maria Kalweit geb. Hügler ist Co-Autorin dieses Manuskripts.

24 Mastroleo, I. List of reporting guidelines for AI interventions for human health. <https://zenodo.org/record/7007570> (2022, letzter Zugriff am 14.12.2022); World Health Organization (WHO). Ethics and governance of artificial intelligence for health. <https://www.who.int/publications-detail-redirect/9789240029200> (2021, letzter Zugriff am 14.12.2022).

25 Commission on Social Determinants of Health. Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health: final report of the commission on social determinants of health. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43943> (2008, letzter Zugriff am 14.12.2022); Marmot, M. The health gap: the challenge of an unequal world (Bloomsbury, 2016).

26 American Cancer Society (ACS). The Global Cancer Burden.

(2022); Ward, E. et al. Cancer Disparities by Race/Ethnicity and Socioeconomic Status. CA. Cancer J. Clin. 54, 78–93 (2004).

27 Mastroleo, I. List of reporting guidelines for AI interventions for human health. <https://zenodo.org/record/7007570> (2022, letzter Zugriff am 14.12.2022) doi:10.5281/zenodo.7007570; Minssen, T., Gerke, S., Aboy, M., Price, N. & Cohen, G. Regulatory responses to medical machine learning. J. Law Biosci. 7, 15a002 (2020); Smith, M. J., Axler, R., Bean, S., Rudzicz, F. & Shaw, J. Four equity considerations for the use of artificial intelligence in public health. Bull. World Health Organ. 98, 290–292 (2020).

28 Hügler, M., Omoumi, P., van Laar, J. M., Boedecker, J. & Hügler, T. Applied machine learning and artificial intelligence in rheumatology. Rheumatol. Adv. Pract. 4.

# Stefan Onur Seddig

## *Chancen und Risiken der Anonymisierung für die Forschung und Wissenschaft aus Sicht des Datenschutzrechts*

### Übersicht\*

#### I. Begriffsbestimmung

1. Personenbezogene Daten
2. Anonymisierung

#### II. Problem der Anonymisierung als Verarbeitung i.S.d. DSGVO

1. Wortlautauslegung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO
2. Teleologische Auslegung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO
3. Systematische Probleme
4. Lösungsansatz der teleologischen Reduktion des Art. 4 Nr. 2 DSGVO
5. Zwischenfazit

#### III. Anonymisierung als Chance für die Sekundärforschung

#### IV. Bewertung des Schutzbedarfs für anonymisierte Daten

1. Problemlösung
  - a) Einführung einer Beobachtungspflicht
  - b) Verbot der Re-Identifikation
  - c) Ausformulierung konkreter Anforderungen an den Grad der Anonymisierung
  - d) Zwischenfazit

#### V. Pseudonymisierung als Alternative

#### VI. Zusammenfassung

### Einleitung

Ein wesentliches Ziel der DSGVO ist es, Datenschutz bereits durch Technikgestaltung zu erreichen. In diesem Zusammenhang wird insbesondere die Anonymisierung von personenbezogenen Daten als Patentlösung angesehen. Dabei gestaltet sich die rechtliche Bewertung der Anonymisierung als zweischneidig. Auf der einen Seite ist sie als eine datenschutzfreundliche technische und organisatorische Maßnahme einzuordnen, da die im Folgeschritt erlangten anonymisierten Daten den Anwendungsbereich der DSGVO grundsätzlich ausschließen. Auf der anderen Seite verlangt das sogenannte Verbotssprinzip für jeden Vorgang, der unter den

Begriff der Verarbeitung in Art. 4 Nr. 2 DSGVO fällt, eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Sofern die Anonymisierung von Daten als eine Verarbeitung anzusehen ist, gehört sie folgerichtig auch in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Der Schutzzweck der DSGVO – unter anderem der Schutz des Datenschutzgrundrechtes – ist durch anonyme Daten jedoch gerade nicht betroffen. Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst zu klären, ab wann im rechtlichen Sinne anonyme bzw. anonymisierte Daten vorliegen und ob der Vorgang der Anonymisierung tatsächlich unter das Verbotssprinzip fällt. Daran schließt sich die Problematik an, welche Erlaubnistatbestände, insbesondere im Hinblick auf die verschärften Anforderungen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten wie Gesundheitsdaten gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO, den Vorgang legitimieren können. Darüber hinaus beantwortet dieser Beitrag die zentrale Frage, ob eine Anonymisierung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Person rechtlich zulässig ist und welche Chancen sich für Forschung und Wissenschaft daraus ergeben. Abschließend wird erörtert, ob und welche Schutzmaßnahmen für anonymisierte Daten existieren und inwiefern die Pseudonymisierung als bessere Alternative zur Anonymisierung in Betracht gezogen werden kann.

### I. Begriffsbestimmung

Zentral für die Bewertung der Anonymisierung und Erörterung der aufgeworfenen datenschutzrechtlichen Fragestellungen ist die Bestimmung der relevanten Begriffe. Dabei ist nicht nur zu bestimmen, was unter Anonymisierung verstanden wird, sondern es muss vor allem auch geklärt werden, ab welchem Punkt im rechtlichen Sinne von anonymen bzw. anonymisierten Daten gesprochen werden kann. Insbesondere ist es angesichts des Fortschritts im Bereich der künstlichen Intelligenz

\* Mit Dank an Prof. Dr. Silja Vöneky, Daniel Becker und Nora Hertz für ihre wertvollen Anmerkungen.

(KI) und Big Data fraglich, ob tatsächlich nicht re-individualisierbare Daten erzeugt werden können.

### 1. Personenbezogene Daten

Unter den Anwendungsbereich der DSGVO<sup>1</sup> fallen ausschließlich personenbezogene Daten. Personenbezogene Daten werden in Art. 4 Nr. 1 DSGVO legal definiert. Danach sind personenbezogene Daten

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, [...] identifiziert werden kann.“

Systematisch knüpft das Begriffspaar „identifiziert“ oder „identifizierbar“ in Erwägungsgrund (EG) 26 S. 5 an EG 26 S. 3 und 4 DSGVO an. Hiernach sind zur Feststellung der Identifizierbarkeit alle Mittel zu berücksichtigen, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich zur Identifikation der natürlichen Person genutzt werden.

Problematisch erscheint die Einordnung der Reichweite der Identifizierbarkeit.<sup>2</sup> Hierzu bildeten sich in Literatur und Praxis im Grunde zwei Ansätze, der objektive und der subjektive Ansatz heraus. Der objektive Ansatz wird von Teilen der Literatur<sup>3</sup> und einzelnen Gerichte<sup>4</sup> sowie dem Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI)<sup>5</sup> vertreten. Danach entfällt der Personenbezug des Datums nur, wenn weder bei der verantwortlichen Stelle noch bei einer sonstigen dritten

Stelle identifizierendes Zusatzwissen vorhanden ist.<sup>6</sup> Folglich würde ein personenbezogenes Datum vorliegen, wenn die nach EG 26 S. 3 DSGVO maßgeblichen Mittel für die Identifizierbarkeit bei irgendeiner beliebigen Stelle vorliegen.<sup>7</sup> Mithin ist nach diesem Ansatz unerheblich, ob es sich hierbei um die verantwortliche bzw. forschende Stelle selbst, eine Datentreuhandstelle, den behandelnden Arzt oder eine Dritte Stelle handele.<sup>8</sup> Schließlich sei auch irrelevant, ob die verantwortliche Stelle tatsächlich auf die Identifikatoren wie bspw. Zuordnungsschlüssel zugreifen kann, welches Interesse die Stelle hat oder ob das Zusatzwissen auf illegalem Wege erhalten wurde.<sup>9</sup> Für die Verfügbarkeit des Zusatzwissens genüge allein die theoretische Möglichkeit.<sup>10</sup>

Der objektive Ansatz wird damit begründet, dass dadurch der umfassende Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet wird.<sup>11</sup> Dieser Ansatz ermögliche eine trennscharfe Abgrenzung zwischen personenbezogenen und anonymen Daten.<sup>12</sup> Demnach vermeide der objektive Ansatz in der Praxis inadäquate Einzelfallentscheidungen.<sup>13</sup> Ferner führt *Pahlen-Brandt* an, dass dieser Ansatz national auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes im Volkszählungsurteil<sup>14</sup> entspreche, wonach es kein belangloses Datum mehr gebe und personenbezogene Daten somit umfassend zu schützen seien.<sup>15</sup> Insgesamt schaffe der objektive Ansatz Rechtssicherheit, indem er die für das Datenschutzrecht so wichtige Frage nach dem Anwendungsbereich einheitlich beantworte.<sup>16</sup>

Gegen diese Ansicht ist vor allem anzuführen, dass der objektive Ansatz in unverhältnismäßiger Weise in

1 Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.  
2 Ausführlich *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG (2022), 4. Auflage, Art. 4 DSGVO, Rn. 30 ff.; *Spitz/Cornelius*, in: Richter et al. (Hrsg.), Datenreiche Medizin und das Problem der Einwilligung, Personenbezogene Daten im Kontext biomedizinischer Sekundärforschung (2022), 101 (108 ff.); *Bergt*, Die Bestimmbarkeit als Grundproblem des Datenschutzrechts - Überblick über den Theorienstreit und Lösungsvorschlag, ZD (2015), 365-370.  
3 *Weichert*, ABIDA Gutachten Big Data im Gesundheitsbereich (2018), 141, abrufbar unter <https://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten-Gesundheitsbereich.pdf> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022); *Forgó/Dügel*, Der Personenbezug von Geodaten - Cui bono, wenn alles bestimmbar ist, MMR (2010), 17 (18); *Behm*, Scoringverfahren unter Einbeziehung von Geodaten, RDV (2010), 61 (63 f.); *Pahlen-Brandt*, Datenschutz braucht scharfe Instrumente Beitrag zur Diskussion um „personenbezogene Daten“, DuD (2008), 34 (39).  
4 VG Wiesbaden, 27.02.2009 - 6 K 1045/08.WI, MMR (2009), 428 (432); AG Berlin-Mitte, 27.03.2007 - 5 C 314/06, K & R (2007), 600 (601).

5 So vgl. BfDI, Positionspapier zur Anonymisierung unter der DSGVO unter besonderer Berücksichtigung der TK-Branche, 29.06.2020, 4; abrufbar unter: [https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/1\\_Anonymisierung/Positionspapier-Anonymisierung.pdf?sessionid=D6D6B6AAA504EF283160B8590939B53.intranet231?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/1_Anonymisierung/Positionspapier-Anonymisierung.pdf?sessionid=D6D6B6AAA504EF283160B8590939B53.intranet231?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).  
6 *Weichert*, (Fn. 3), 141; *Behm*, (Fn. 3), 61 (63 f.); *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).  
7 So auch *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (108).  
8 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (108); *Weichert*, (Fn. 3), 141.  
9 *Weichert*, (Fn. 3), 141; *Bergt*, (Fn. 2), 365 (368 f.).  
10 *Weichert*, (Fn. 3), 141.  
11 *Pahlen-Brandt*, Zur Personenbezogenheit von IP-Adressen, K & R (2008), 286 (289); vgl. *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).  
12 *Pahlen-Brandt*, (Fn. 3), 34 (38); vgl. *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).  
13 *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).  
14 BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83, NJW (1984), 419.  
15 *Pahlen-Brandt*, (Fn. 3), 34 (39).  
16 *Brink/Eckhardt*, Wann ist ein Datum ein personenbezogenes Datum?, ZD (2015), 205 (210).

Freiheitsgrundrechte eingreift.<sup>17</sup> Diese extensive Auslegung des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts zum Schutz personenbezogener Daten greift in rechtfertigungsbedürftiger Weise insbesondere in die Forschungsfreiheit ein, da hierdurch die Datenverarbeitung als Grundrechtsbetätigung eingeschränkt wird.<sup>18</sup> Es kann nämlich zu keinem verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der informationellen Selbstbestimmung der betroffenen Person und der Forschungsfreiheit der Forschenden, wie ihn das Datenschutzrecht anstrebt, kommen.<sup>19</sup> Aus dem Grunde, dass der objektive Ansatz einseitig von der verantwortlichen Stelle fordert, vorsorglich alle Informationen als personenbezogene Daten zu behandeln, da irgendeine Stelle über Zusatzwissen verfügen könnte.<sup>20</sup> Dies stellt eine unverhältnismäßige Hürde für unter anderem Forschende dar, die oftmals kein Wissen oder Einblick darüber haben, ob identifizierendes Zusatzwissen bei Dritten existiert.<sup>21</sup> Mithin schafft der objektive Ansatz durch praktisch schwerlich umsetzbare Anforderungen Rechtsunsicherheit.<sup>22</sup> Die strikte Anwendung des objektiven Ansatzes würde im Ergebnis zur Unmöglichkeit der Anonymisierung führen, da die Identifizierbarkeit nicht rechtssicher ausgeschlossen werden könnte.<sup>23</sup> Damit wäre ein im Grunde datenschutzfreundliches Instrument nicht anwendbar.

Diesem objektiven Ansatz wird der subjektive Ansatz entgegengesetzt.<sup>24</sup> Danach hänge die Identifizierbarkeit von der konkret verantwortlichen Stelle und ihrer Kenntnismöglichkeiten ab.<sup>25</sup> Somit erfolgt beim subjektiven Ansatz aus der Perspektive der verantwortliche

Stelle die Beurteilung darüber, welche Mittel und welches Zusatzwissen ihr konkret zur Verfügung stünden.<sup>26</sup> Erst wenn die jeweils verantwortliche Stelle faktisch die Möglichkeit zur Herstellung eines Personenbezugs habe, sollten die Pflichten der DSGVO eingreifen.<sup>27</sup> Über den subjektiven Ansatz könne laut Nink/Pohle die verantwortliche Stelle eindeutig bestimmen, ob aus ihrer Sicht ein Personenbezug vorliege oder nicht.<sup>28</sup> Dieser Ansatz gewährleiste mehr Rechtssicherheit, da es auch keine Schutzlücken für die betroffene Person gebe.<sup>29</sup>

Vor diesem Hintergrund ist für die Einstufung eines Datums als personenbezogen zentral, wer im konkreten Einzelfall als Verantwortlicher zu qualifizieren ist. Der Verantwortlichkeitsbegriff wird in Art. 4 Nr. 7 DSGVO legaldefiniert.<sup>30</sup> Beispielweise ist für die Einstufung des Verantwortlichen in der Forschung entscheidend, für wen die Forschenden im Einzelfall tätig sind. Wenn die Forschenden an der Universität tätig sind oder für ein Unternehmen tätig sind, dann ist im Regelfall die Universität bzw. das Unternehmen i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO die Verantwortliche.<sup>31</sup> Folglich ist ausgehend von dem zur Verfügung stehenden Wissen und den Ressourcen des Verantwortlichen für jedes Datum zu prüfen, ob es als personenbezogenes Datum zu qualifizieren ist.<sup>32</sup>

Die strikte Anwendung des subjektiven Ansatzes, der ausschließlich auf die verantwortliche Stelle abstellt, führt jedoch nicht automatisch auch zu einem verhältnismäßigen Schutz der personenbezogenen Daten.<sup>33</sup> Der EG 26 S. 3 DSGVO deutet an, dass unter Umständen auf die Mittel Dritter abgestellt werden muss. Somit ist eine

17 Ausführlich *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210).

18 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (112); *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210).

19 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (112); *Buchholtz/Stentzel*, in: Gierschmann et al. (Hrsg.), *DS-GVO* (2018), 1. Aufl., Art. 4 Nr. 1, Rn. 11; *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210).

20 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (109); *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210); *Bergt*, (Fn. 2), 365 (369).

21 Vgl. *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 35; *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210).

22 Vgl. *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (109); *Schwartzmann/Mühlenbeck*, in: Schwartzmann et al. (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG* (2020), 2. Auflage, Art. 4, Rn. 38; *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (210).

23 So auch *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 35; *Schwartzmann/Mühlenbeck*, (Fn. 22), Rn. 38.

24 Siehe dazu *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 34 f.; *Eßer*, in: Auernhammer (Hrsg.), *DSGVO BDSG* (2020), 7. Auflage, Art. 4, Rn. 20; *Schwartzmann/Mühlenbeck*, (Fn. 22), Rn. 35 ff.; *Nink/Pohle*, Die Bestimmbarkeit des Personenbezugs, *MMR* (2015), 563 ff.

25 *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 34; *Eßer*, (Fn. 24), Rn. 20.

26 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (110); vgl. *Schwartzmann/Mühlenbeck*, (Fn. 22), Rn. 35.

27 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (110).

28 *Nink/Pohle*, (Fn. 24), 563 (566).

29 Ebd.

30 Danach ist „Verantwortlicher“ die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so kann der Verantwortliche beziehungsweise können die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

31 *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen, *ZD* (2019), 143 (143); *Becker*, Die Wissenschaftsprivilegierung der DS-GVO, *OdW* (2022), 103 (105).

32 *Becker*, (Fn. 31), 103 (105).

33 So auch *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (113); *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (209).

ausschließlich losgelöste subjektive Betrachtung nicht vereinbar mit Zielsetzung und Zweck der DSGVO.

Vielmehr braucht es einen Mittelweg, welcher bestimmte Aspekte des objektiven und subjektiven Ansatzes kombiniert<sup>34</sup> Nach einer vermittelnden Ansicht von *Buchholtz/Stentzel* müsse die Identifikation der betroffenen Person der verantwortlichen Stelle objektiv möglich und subjektiv von ihr beabsichtigt sein.<sup>35</sup> Im Forschungskontext würde eine Identifizierbarkeit nach dieser Ansicht dann ausscheiden, wenn die Forschenden die betroffene Person nicht selbst für ihre Forschung identifizieren müssten, sondern dies der datenerhebenden Stelle oder zwischengeschalteten Datentreuhandstelle überlassen würden.<sup>36</sup> Nach *Buchholtz/Stentzel* sei das Zusatzwissen Dritter zudem dann nicht den Forschern zuzurechnen, wenn ein Zugriff hierauf rechtswidrig sei.<sup>37</sup> In diese Richtung hat auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) argumentiert, als er sich mit der Frage der Zurechenbarkeit von Zusatzwissen befasst hat.<sup>38</sup> Danach ist entscheidend, ob der Zugriff auf Zusatzwissen für die verantwortliche Stelle ein Mittel darstelle, dass vernünftigerweise zur Bestimmung der betroffenen Person eingesetzt werden könne.<sup>39</sup> Erst wenn die Verknüpfung gesetzlich verboten oder praktisch undurchführbar und das Risiko einer Identifikation daher faktisch vernachlässigbar sei, dann sei der Zugriff auf das Zusatzwissen durch die verantwortliche Stelle nicht zu erwarten.<sup>40</sup> Nach dem EuGH liege eine praktische Undurchführbarkeit der Verknüpfung dann vor, wenn die Identifikation einen unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit und Kosten erfordern würde.<sup>41</sup> Mithin müsse für die Annahme der Zurechenbarkeit die verantwortliche Stelle über rechtliche Mittel verfügen, um auf das Zusatzwissen zuzugreifen.<sup>42</sup>

Dieser vermittelnde Ansatz mit den Kriterien des EuGH ist überzeugend, da er durch das Abstellen auf rechtliche Mittel in Kombination mit praktischer Umsetzbarkeit

den notwendigen Grad an Rechtssicherheit schafft.<sup>43</sup> Die widerstreitenden Interessen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der Gewährleistung von Freiheitsgrundrechten wie der Forschungsfreiheit werden in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht. Den Forschenden wird ein angemessenes Maß an Eigenverantwortung zugeschrieben, ohne etwaige Schutzpflichten in einen Zeitraum vorzuverlegen, in dem kein Gefahrenpotenzial für die betroffene Person besteht.

## 2. Anonymisierung

Vor diesem Hintergrund und unter Zugrundelegung des EG 26 S. 3 und 4 der DSGVO sowie der einschlägigen Definitionen zur Anonymisierung aus den Landesdatenschutzgesetzen<sup>44</sup> wird von folgender Definition für die Anonymisierung ausgegangen:

„Anonymisierung ist das Verändern personenbezogener Daten dergestalt, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können.“<sup>45</sup>

Aus dieser Definition ergeben sich zwei verschiedene Anonymisierungsformen. Einerseits die Form der absoluten Anonymisierung, bei der die Re-Identifikation nicht möglich ist.<sup>46</sup> Andererseits die Form der faktischen Anonymisierung, bei der die Re-Identifikation am unverhältnismäßig hohen Aufwand scheitert.<sup>47</sup> Beide Wege führen dazu, dass die DSGVO aufgrund des entfallenen Personenbezugs der nun vorliegenden Daten nicht anwendbar ist.<sup>48</sup>

Die zugrunde gelegte Definition der Anonymisierung deutet bereits auf eine der zentralen Fragestellungen im Datenschutz hin: Ist eine Anonymisierung tat-

34 Für einen kombinierenden oder vermittelnden Ansatz *Gola*, in *Gola/Heckmann* (Hrsg.), DS-GVO (2022), 3. Auflage, Art. 4, Rn. 21 ff.; *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (112 f.); *Brink/Eckhardt*, (Fn. 16), 205 (211); *Buchholtz/Stentzel*, (Fn. 19), Rn. 12.

35 *Buchholtz/Stentzel*, (Fn. 19), Rn. 12.

36 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (111).

37 *Buchholtz/Stentzel*, (Fn. 19), Rn. 12.

38 EuGH, 19.10.2016 - C-582/14, MMR (2016), 842 (843 f.), Rn. 45 ff.

39 Ebd., Rn. 45.

40 Ebd., Rn. 46.

41 Ebd., Rn. 46.

42 Vgl. ebd., Rn. 65.

43 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (113).

44 Anders als die DSGVO oder das BDSG definieren einige der Landesdatenschutzgesetze die Anonymisierung vgl. mit Abweichungen: § 3 BbgDSG; § 2 Abs. 4 BremDSG;

§ 11 Abs. 2 HmbDSG. Dabei beziehen diese Normen sich im Grunde auf § 3 Abs. 6 BDSG a.F., der die Anonymisierung legal definierte.

45 Vgl. mit Abweichungen § 3 BbgDSG; § 2 Abs. 4 BremDSG; § 11 Abs. 2 HmbDSG.; im Ergebnis auch EuGH, (Fn. 40), Rn. 46; BfDI, (Fn. 5), 4; vgl. mit Bestätigung der wortgleichen Definition aus § 3 Abs. 6 BDSG a.F. *Gola*, (Fn. 34), Rn. 51.

46 Eine ausschließliche Definition der absoluten Anonymisierung *Ernst*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO (2021), 3. Auflage, Art. 4, Rn. 48.

47 Gegen die Möglichkeit der faktischen Anonymisierung *Ernst*, (Fn. 46), Rn. 50; danach führe solch eine „Erschwerung“ nur zu einer Pseudonymisierung. Es wird offengelassen, inwiefern dann überhaupt eine Anonymisierung noch tatsächlich möglich ist.

48 Vgl. EG 26 S. 5; *Spindler/Dalby*, in *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien* (2019), 4. Auflage, Art. 4, Rn. 14.

sächlich umsetzbar? Der BfDI geht in seinem Positionspapier zur Anonymisierung aus dem Jahr 2021 davon aus, dass zumindest eine absolute Anonymisierung nicht möglich sei.<sup>49</sup> Mithin sei also der Schwierigkeitsgrad für eine Re-Identifikation das entscheidende Kriterium für eine (faktische) Anonymisierung. Dieses Kriterium ist kritisch zu bewerten, da die Anforderungen an den „unverhältnismäßig hohen Aufwand“ laufend angepasst werden müssen, wenn es KI-Systemen wie Deep Learning (DL) durch Abgleich mit aggregierten Datenbanken möglich ist bzw. sein wird, anonymisierte Daten der betroffenen Person schneller zuzuordnen.<sup>50</sup>

Folglich schließt daran die Notwendigkeit an, dass KI-Systeme gleichzeitig fortschrittlichere Anonymisierungsprozesse ermöglichen, also der Schwierigkeitsgrad der Re-Identifikation proportional dazu wächst.<sup>51</sup> Fraglich ist, ob die state of the art Anonymisierungstechnologien<sup>52</sup> wie k-anonymity<sup>53</sup>, l-diversity<sup>54</sup>, t-closeness<sup>55</sup> und Differential Privacy<sup>56</sup> diesen dynamischen Fortschritt mitgehen können.

Kritikwürdig an der rechtlichen Definition der Anonymisierung ist zudem, dass sie keine technischen Anforderungen oder bestimmte Anonymisierungstechniken in ihrer Definition enthält, sondern von technischen Standards unabhängig formuliert ist.<sup>57</sup> Folglich stellt die technische Anonymisierung nicht unbedingt eine Anonymisierung im rechtlichen Sinne dar und umgekehrt.<sup>58</sup> Dementsprechend sollte an einer Homogenisierung des technischen und juristischen Anonymisierungsbegriffs

gearbeitet werden, um diesbezügliche Diskrepanzen zu beseitigen und Regelungslücken zu vermeiden. Dies würde eine Konkretisierung des rechtlichen Anonymisierungsbegriffs durch technische Aspekte erfordern.<sup>59</sup>

## II. Problem der Anonymisierung als Verarbeitung i.S.d. DSGVO

Das zentrale Problem im Zusammenhang mit der Anonymisierung ist die Frage, ob diese sich als eine Datenverarbeitung i. S. d. DSGVO einordnen lässt. Diese Frage wurde auch vom BfDI bisher nicht eindeutig beantwortet. So hat der BfDI zunächst 2017 in seinem Tätigkeitsbericht festgehalten, dass die Anonymisierung keine Datenverarbeitung darstelle.<sup>60</sup> In seinem Positionspapier zur Anonymisierung revidierte er diese Aussage wieder.<sup>61</sup> Die Meinungsänderung ist dogmatisch dünn begründet und erfordert daher eine differenzierte Prüfung des ausschlaggebenden Art. 4 Nr. 2 DSGVO, welcher den Verarbeitungsbegriff legal definiert. Danach bezeichnet der Begriff der Verarbeitung jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Der Art. 4 Nr. 2 DSGVO nennt nachfolgend 18 Regelbeispiele wie die Veränderung, die Verwendung oder das Löschen. Jedoch wird die Anonymisierung nicht ausdrücklich genannt.

Die Anonymisierung wurde auch schon nicht in der Vorgängernorm des Art. 4 Nr. 2 DSGVO dem Art. 2 lit. b

49 So vgl. BfDI, (Fn. 5), 4; auch Ziebarth, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung (2018), 2. Auflage, Art. 4, Rn. 29 f.

50 Im Ergebnis auch Ernst, (Fn. 46), Rn. 50.

51 In diese Richtung ebd.; Spindler/Dalby, (Fn. 48), Rn. 16.

52 Eine Übersicht von technischen Anonymitätsverfahren: Leopoldina, Nationale Akademie der Wissenschaften, acatech; Stellungnahme: Privatheit in Zeiten der Digitalisierung (2018), 52 f., abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2018\\_Stellungnahme\\_BigData.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2018_Stellungnahme_BigData.pdf) (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

53 Definition nach Leopoldina, (Fn. 52), 52 f.: k-anonymity soll die Verknüpfung eines sensiblen Attributs zu einem einzelnen Individuum erschweren, da durch Aggregation immer mindestens eine Anzahl von k-Individuen dasselbe sensible Attribut teilt. Ein Set an Daten bietet dann k-Anonymität, wenn die identifizierenden Informationen (Identifier) jedes einzelnen Individuums in dem Datenset von mindestens k-1 anderen Individuen ununterscheidbar sind.

54 Definition nach ebd.: l-diversity garantiert ein Maß an Verschiedenheit der sensiblen Attribute innerhalb einer k-anonymen Gruppe.

55 Definition nach ebd.: t-closeness erweitert das k-anonymity-Modell um einen Parameter, der die Verteilung der sensiblen

Attribute in den einzelnen Äquivalenzklassen mit der Verteilung in der gesamten Tabelle harmonisiert.

56 Definition nach ebd.: Differential Privacy erlaubt die Anonymisierung von Datenbeständen sowie anonymisierte Datenbankabfragen. In letzterem Fall behält der Verantwortliche die originalen Daten und erlaubt Dritten statistische Anfragen auf diesen Datenbestand. Die Ergebnisse der Abfragen werden durch hinzugefügte Daten soweit „verrauscht“, dass sie in der Menge zwar noch eine korrekte statistische Aussage ermöglichen, das Aussondern (Singling Out) von einzelnen Individuen jedoch verhindern.

57 Ausführlich dazu Hölzel, Anonymisierungstechniken und das Datenschutzrecht, DuD (2018), 502 (502).

58 Ebd.

59 Dazu ausführlich Vökinger/Stekhoven/Krauthammer, LoSt in Anonymization — A Data Anonymization Reference Classification Merging Legal and Technical Considerations, Journal of Law, Medicine & Ethics (2020), 228-231.

60 BfDI, 26. Tätigkeitsbericht zum Datenschutz 2015-2016, 30.05.2017, 170, abrufbar unter: [https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Taetigkeitsberichte/26TB\\_15\\_16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Taetigkeitsberichte/26TB_15_16.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

61 BfDI, (Fn. 5), 4.

Datenschutzrichtlinie genannt.<sup>62</sup> Der Art. 2 lit. b Datenschutzrichtlinie wurde nahezu wortgleich übernommen. Im Vergleich dazu hat Art. 4 Nr. 2 DSGVO lediglich noch weitere Beispiele ergänzt. Die Anonymisierung gehörte nicht dazu. Das Fehlen der Anonymisierung legt die erste Annahme nahe, dass die Anonymisierung keine Datenverarbeitung darstellt. Dies gilt es nachfolgend durch weitere Auslegung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu prüfen.

#### 1. Wortlautauslegung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Vor dem Hintergrund der Definition der Anonymisierung könnte diese nach dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 2 DSGVO eine Veränderung darstellen. Jedoch liegt eine Veränderung nur dann vor, wenn die inhaltliche Umgestaltung der Daten zu einem neuen Informationsgehalt über eine Person führt.<sup>63</sup> Die Anonymisierung soll gerade den Informationsgehalt über eine Person beseitigen und keinen neuen Informationsgehalt hinzufügen.<sup>64</sup> Wenn man diese Änderung der Personenbezogenheit als Veränderung qualifizieren würde, dann könnte die Anonymisierung als Verarbeitung eingeordnet werden.<sup>65</sup> Jedoch würde eine solche Interpretation verkennen, dass der Begriff der Verarbeitung im Zusammenhang mit dem Begriff der personenbezogenen Daten aus Art. 4 Nr. 1 DSGVO gesehen werden muss.<sup>66</sup> Somit ist der Informationsgehalt in Bezug auf die betroffene Person zu ermitteln und von dieser abhängig. Dieser Informationsgehalt des personenbezogenen Datums wird durch die Anonymisierung nicht geändert.<sup>67</sup>

Darüber hinaus kann die Anonymisierung auch nicht mit dem Löschen i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO gleichgestellt werden,<sup>68</sup> da beim Löschen die Daten irreversibel

unkenntlich gemacht werden müssen.<sup>69</sup> Zwar ist auch bei der Anonymisierung das Ziel, die Zuordnung der Daten aufzuheben bzw. so zu erschweren, dass eine Re-Identifikation nur mit unverhältnismäßig hohen Mitteln zu erreichen ist. Mithin sind sowohl das Ziel als auch die Wirkungen einer Anonymisierung jedenfalls vergleichbar mit denen einer Löschung.<sup>70</sup> Jedoch führt, wenn überhaupt, nur die absolute Anonymisierung zu einer Art irreversiblen Unkenntlichmachung, wobei auch dann noch das gespeicherte Medium bearbeitbar, auslesbar und wahrnehmbar bleibt.<sup>71</sup> Das Löschen i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO erfordert dahingegen, dass die personenbezogenen Daten nicht mehr verarbeitet, ausgelesen oder wahrgenommen werden können.<sup>72</sup>

Nach Ansicht des BfDI<sup>73</sup> und Teilen der Literatur<sup>74</sup> könnte eine Anonymisierung zumindest eine Verwendung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO sein. Die Verwendung ist ein Auffangtatbestand.<sup>75</sup> Bei einer weiten Auslegung der Verwendung umfasst diese jeden gezielten Umgang mit personenbezogenen Daten.<sup>76</sup> Mithin könnte die Anonymisierung eine Verwendung und damit eine Verarbeitung darstellen, da beim Anonymisierungsprozess personenbezogene Daten gehandhabt werden. Sofern man die Verwendung jedoch als zweckgerichtetes Gebrauchen oder eine interne Nutzung personenbezogener Daten definiert,<sup>77</sup> fällt die Anonymisierung nicht unter Verwendung. Aus dem Grunde, dass die Anonymisierung selbst kein Gebrauchen oder eine Nutzung darstellt. Sie ist vielmehr ein Prozess, der das Gebrauchen und die Nutzung von anonymisierten Daten vorbereiten soll.<sup>78</sup>

Schließlich stellt die Anonymisierung auch kein unbenanntes Beispiel des Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar.<sup>79</sup> Dafür bräuchte es eine Begrifflichkeit gleicher Schwere. Es

62 Wortlaut des Art. 2 lit. b Datenschutzrichtlinie: „Verarbeitung personenbezogener Daten“ („Verarbeitung“) jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verbreitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten.“

63 Herbst, in: Kühling/Wagner, DS-GVO/BDSG (2020), 3. Auflage, Art. 4 Nr. 2 DSGVO, Rn. 25 Arning/Rothkegel, (Fn 2), Rn. 78

64 Arning/Rothkegel, (Fn 2), Rn. 78; Thüsing/Rombey, Anonymisierung an sich ist keine rechtefertigungsbedürftige Datenverarbeitung, ZD (2021), 548 (550); Gierschmann, Gestaltungsmöglichkeiten durch systematisches und risikobasiertes Vorgehen, ZD (2021), 482 (484); Hornung/Wagner, Anonymisierung als datenschutzrelevante Verarbeitung?, ZD (2020), 223 (224).

65 So BfDI, (Fn. 5), 5; Gola, (Rn. 34), Rn. 52; in diese Richtung auch Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht (2019), 1. Auflage, Art. 4 Nr. 2, Rn. 20.

66 Vgl. Arning/Rothkegel, (Fn 2), Rn. 78; Thüsing/Rombey, (Fn. 64),

548 (550).

67 Arning/Rothkegel, (Fn 2), Rn. 78.

68 So auch ausführlich Thüsing/Rombey, (Fn. 64), 548 (551 f.); Hornung/Wagner, (Fn. 64), 223 (224); Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 30; a.A. Gola, (Rn. 34), Rn. 52; Gierschmann, (Fn. 64), 482 (484 f.).

69 Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 30.

70 Hornung/Wagner, (Fn. 64), 223 (224).

71 Vgl. Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 32.

72 Ebd.

73 BfDI, (Fn. 5), 5.

74 Gola, (Rn. 34), Rn. 52 f.; BfDI, (Fn. 5), 4; Hornung/Wagner, (Fn. 64), ZD (2020), 223 (224).

75 Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 24; Ernst, (Fn. 46), Rn. 29; a.A. Reimer, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzverordnung (2018), 2. Auflage, Art. 4, Rn. 67; mit der Begründung, dass die Verwendung den Modalitäten nach dem Nutzen aus § 3 Abs. 5 BDSG a.F. entspricht, aber es Verarbeitungen gibt, die einen Nutzen, aber keine Verwendung darstellen.

76 So auch Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 24; BfDI, (Fn. 5), 4.

77 Ernst, (Fn. 46), Rn. 29.

78 So auch Thüsing/Rombey, (Fn. 64), 548 (550).

79 A.A. BfDI, (Fn. 5), 5; Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 20.

muss also eine Vergleichbarkeit und Gleichwertigkeit gegeben sein.<sup>80</sup> Der Art. 4 Nr. 2 DSGVO will gerade nicht jeden Umgang mit personenbezogenen Daten erfassen.<sup>81</sup> Das entscheidende Kriterium ist, dass der Umgang mit den personenbezogenen Daten, den darin liegenden Eingriff in das Datenschutzgrundrecht perpetuiert, akzentuiert, verstärkt oder abmildert.<sup>82</sup> Die Beispiele des Art. 4 Nr. 2 DSGVO beschreiben nämlich allesamt Prozesse, die das Datenschutzniveau verändern. Da die Anonymisierung persönlichkeitsneutral ist, betrifft sie eben nicht das Datenschutzniveau.<sup>83</sup> Somit fehlt es an der Vergleichbarkeit und Gleichwertigkeit.

## 2. Teleologische Auslegung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Fraglich ist, welche teleologische Argumentation für bzw. gegen eine Qualifikation der Anonymisierung als Verarbeitung spricht. Die Befürworter führen an, dass, wenn bereits das Löschen eine Verarbeitung darstelle, auch die Anonymisierung eine Verarbeitung darstellen müsse.<sup>84</sup> Zudem müsse auch das Interesse der betroffenen Person an einem Erhalt des Personenbezugs geschützt werden.<sup>85</sup> Solch ein Interesse bestehe beispielsweise, um vertragliche Aufbewahrungspflichten Dritten gegenüber zu erfüllen, die personenbezogenen Daten später in einem Rechtsstreit als Beweismittel vorzulegen oder auch nur aus ideellen Gründen weiter verfügbar zu halten.<sup>86</sup> Die entsprechenden Interessen der betroffenen Person am Erhalt ihrer personenbezogenen Daten würden nach Ansicht von *Hornung/Wagner* grundrechtlich durch Art. 8 GRCh und das informationelle Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.<sup>87</sup>

Geprägt wird die Ansicht der Befürworter von dem Gedanken, dass der Umgang mit personenbezogenen Daten rechtfertigungsbedürftig sein soll. Die Anonymisierung soll sich nicht im rechtsfreien Raum bewegen.

Jedoch verkennt man hier, dass die Anonymisierung persönlichkeitsneutral ist und gerade Grundrechte und Grundfreiheiten, die durch die DSGVO geschützt werden sollen, grds. nicht tangiert.<sup>88</sup> Wie oben aufgezeigt, ist

der Zweck des Art. 4 Nr. 2 DSGVO alle Vorgänge zu erfassen, die das Datenschutzniveau verändern. Eine extensive Auslegung der Norm und Einordnung der Anonymisierung könnte in der Folge vielmehr Freiheitsgrundrechte wie die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit tangieren, da dogmatisch schwer zu begründende Hürden für die Forschenden geschaffen werden würden.

Ferner besteht die Möglichkeit, eine Anonymisierung einer Kopie des in Frage stehenden Datums vorzunehmen.<sup>89</sup> Folglich kann das Löschen und die Anonymisierung nicht einfach gleichgestellt werden, da durch den Prozess das ursprüngliche Datum erhalten bleibt. Dies ist beim Löschen gerade nicht der Fall.<sup>90</sup> Mithin verfangen sich dann auch nicht die Bedenken der Befürworter, dass das Interesse der betroffenen Person an dem Erhalt des Personenbezugs des Datums geschützt werden muss. Zumal aus dem Datenschutzgrundrecht nach Art. 8 GrCh auch kein Recht auf Speicherung, auf dem ein solches Interesse basiert werden könnte, fließt.<sup>91</sup> Die Speicherung ist danach eine Verarbeitungsform, in die die betroffene Person einwilligen kann, aber auf die kein Anspruch der betroffenen Person besteht.<sup>92</sup>

## 3. Systematische Probleme

Schließlich würde die Einordnung der Anonymisierung als Verarbeitung auch systematische Probleme kreieren, die überzeugend gelöst werden müssten. Wenn nämlich die Anonymisierung eine Verarbeitung ist, dann fällt diese Verarbeitung unter das Verbotsprinzip der DSGVO. Mithin braucht es eine Rechtsgrundlage für die Anonymisierung von personenbezogenen Daten.

Als Rechtsgrundlage kommt zunächst die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO in Betracht. Aber auch ohne Einwilligung könnte eine Anonymisierung aufgrund der Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO oder aufgrund von überwiegenden berechtigten Interesse nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO erfolgen.<sup>93</sup> Bei letzterer Möglichkeit werden die gegenseitigen Interessen der Be-

80 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (550).

81 Ebd.; in diese Richtung auch *Gola*, (Rn. 34), Rn. 53 f.; a.A. *Rofßnagel*, (Fn. 65), Rn. 10; *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (224).

82 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (550).

83 Ebd.

84 Vgl. *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (224 f.); vgl. *Gierschmann*, (Fn. 64), 482 (485).

85 *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (225).

86 Ebd.

87 Ebd.

88 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (550); im Grunde auch *Hornung/*

*Wagner*, (Fn. 64), 223 (225), die ebenfalls die Anonymisierung als Schutzinstrument qualifizieren.

89 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552).

90 Vgl. ebd.

91 Ebd.; vgl. *Jarass*, in: *Jarass, GrCh* (2021), 4. Auflage, Art. 8 GrCh, Rn. 9 f.

92 Vgl. ebd., vgl. *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552).

93 Ausführlich zu den in Frage kommenden Rechtsgrundlagen *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (225 ff.); darauf verweisend *Gierschmann*, (Fn. 64), 482 (485).

teiligten gegeneinander abgewogen. Die Anonymisierung hat dann zu unterbleiben, wenn die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten, die den Schutz der personenbezogenen Daten erfordern, überwiegen.<sup>94</sup>

Fraglich ist jedoch, welche Anforderungen an die Anonymisierung von Gesundheitsdaten bestehen. Dafür muss man sich zunächst die Struktur von Art. 9 DSGVO vergegenwärtigen. Der erste Absatz verbietet die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten. Das sind besonders sensible, also schutzwürdige Daten wie beispielsweise Gesundheitsdaten oder genetische Daten. Der zweite Absatz wiederum normiert Ausnahmetatbestände wie die Einwilligung, nach denen eine Verarbeitung und eine Anonymisierung potenziell durchgeführt werden könnten. Der Kreis der Tatbestände, nach denen eine Anonymisierung stattfinden kann, ist ohne die Einwilligung begrenzt. In Betracht kommt das sog. Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO bzw. § 27 BDSG. Daneben ist für viele Tatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO die Ausgestaltung nicht abschließend geklärt, da für einige der Ausnahmen noch konkrete unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche Regelungen erforderlich sind.<sup>95</sup> Somit erscheint es fraglich, ob diese Ausnahmetatbestände, die grds. restriktiv auszulegen sind, eingreifen.<sup>96</sup> Zudem sieht der Art. 9 Abs. 2 DSGVO auch keine Möglichkeit vor, die dem Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO entspricht, der eine Anonymisierung bei überwiegendem Interesse zulassen würde. Das bedeutet, dass selbst wenn eine Anonymisierung im Interesse aller Beteiligten ist, diese nicht durchgeführt werden kann.<sup>97</sup>

Insgesamt führt die Qualifikation der Anonymisierung als Verarbeitung dazu, dass ein Wertungswiderspruch offenbart wird.<sup>98</sup> Die Anonymisierung besonderer Kategorien personenbezogener Daten wäre bei einem solchen Verständnis unter strengeren Voraussetzungen möglich als die Anonymisierung einfacher personenbezogener Daten. Mithin wird der betroffenen Person ein Schutzinstrument vorenthalten. Dabei sollte es vor dem Hintergrund des Datenschutzgrundrechts genau andersherum sein. Die Anonymisierung, die dem

Schutz der betroffenen Person dient, müsste für im besonderen Maße schützenswerte Daten i.S.d. Art. 9 DSGVO leichter möglich sein.<sup>99</sup> An die Anonymisierung sensibler Daten strengere Anforderungen stellen zu wollen als an die Anonymisierung von einfachen Daten, ist daher unbestritten systemwidrig.<sup>100</sup>

#### 4. Lösungsansatz der teleologischen Reduktion des Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Dieses systematische Problem wollen *Hornung/Wagner* mit einer teleologischen Reduktion des Art. 9 Abs. 1 DSGVO lösen.<sup>101</sup> Die Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist, dass die vom Wortlaut erfassten Fälle der Zielsetzung des Gesetzes widersprechen.<sup>102</sup> So wird von *Hornung/Wagner* argumentiert, dass es die Zielsetzung des Gesetzgebers mit Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist, einen zusätzlichen Schutz zu schaffen, da die Verarbeitung von sensiblen Daten ein erhöhtes Risiko für Grundrechte und -freiheiten darstelle.<sup>103</sup> Die Anonymisierung sei jedoch grundsätzlich persönlichkeitsneutral und steigere das Eingriffsniveau in Grundrechte und Grundfreiheiten grundsätzlich nicht. Somit würden die hohen Hürden für die Anonymisierung das Risiko für die Rechte der betroffenen Person mangels des Schutzinstruments der Anonymisierung erhöhen. Dies würde einen Widerspruch zur Zielsetzung des Gesetzgebers darstellen.<sup>104</sup> Folglich müsse eine teleologische Reduktion des Verbots in Art. 9 Abs. 1 DSGVO stattfinden. Dadurch würde für eine Anonymisierung sensibler Daten Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO beispielsweise zur Anwendung gelangen.<sup>105</sup> Die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person würden in die Abwägung einfließen und wären damit gewahrt.

Gegen eine teleologische Reduktion spricht, dass der hohe Schutzstandard von Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht leichtfertig teleologisch reduziert werden sollte. Zumal dies auch das Tor zu weiteren teleologischen Reduktionen öffnen könnte.<sup>106</sup> Darüber hinaus existiert bisher keine Praxis des EuGH zur teleologischen Reduktion des Sekundärrechts.<sup>107</sup> Vielmehr legt der EuGH das Sekundärrecht extensiv aus und hält die Mitgliedstaaten eher

94 *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (225).

95 Überblick dazu *Mester*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG (2022), 4. Auflage, Art. 9 DSGVO, Rn. 17 ff.

96 So auch *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (226).

97 Ebd.

98 So auch *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552); *Gierschmann*, (Fn. 64), 482 (485); *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (226); die Problematik andeutend und verweisend *Gola*, (Rn. 34), Rn. 52.

99 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552); vgl. *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (226).

100 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552); vgl. *Gierschmann*, (Fn. 64), 482 (485); im Ergebnis vgl. *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (226).

101 *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (227); ebenso *Stürmer*, Löschen durch Anonymisieren?, ZD (2020), 626 (631); einen anderen Vorschlag macht *Gierschmann*, der die Anonymisierung als Löschen qualifiziert, wonach der Wertungswiderspruch vermieden werde; siehe dazu *Gierschmann*, (Fn. 64), 482 (485).

102 *Hornung/Wagner*, (Fn. 64), 223 (227).

103 Ebd.

104 Ebd.

105 Ebd.

106 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552 f.).

107 Ebd.

dazu an, nationales Recht entsprechend zu reduzieren.<sup>108</sup>

### 5. Zwischenfazit

Dogmatisch lässt sich eine Einordnung der Anonymisierung als Verarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO schwerlich begründen. Weder der Wortlaut noch eine etwaige teleologische Auslegung liefern überzeugende Argumente. Vielmehr würde die Qualifikation der Anonymisierung zu systematischen Widersprüchen führen, wonach die Anonymisierung von sensiblen Daten i. S. d. Art. 9 DSGVO nur unter höheren rechtlichen Hürden durchführbar wäre als die Anonymisierung von einfachen personenbezogenen Daten. Der hierbei vorgebrachte Ansatz der teleologischen Reduktion des Art. 9 DSGVO vermag angesichts des besonderen Schutzgutes und der fehlenden Rechtsübung des EuGH hinsichtlich der teleologischen Reduktion des Sekundärrechts den Wertungswiderspruch nicht zu lösen.

### III. Anonymisierung als Chance für die Sekundärforschung

Vor diesem Hintergrund scheint die Anonymisierung als Verfahren, das neben der DSGVO besteht, eine Chance für die Forschung und Wissenschaft, insbesondere hinsichtlich der Sekundärnutzung von besonderen Kategorien von Daten i. S. d. Art. 9 DSGVO, zu sein. Sie stellt eine Alternative zum Forschungsprivileg nach Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO dar. Diese zentrale Norm eröffnet Forschenden die Möglichkeit, Daten auch ohne Einwilligung der betroffenen Personen zu erheben. Danach ist eine Abwägung der Interessen der Forschenden und der betroffenen Person vorzunehmen. Die Verarbeitung ist dabei legitim, soweit die Verarbeitung für die Forschungszwecke erforderlich ist, das Forschungsziel im angemessenen Verhältnis zum Datenschutz der betroffenen Person steht und geeignete Garantien nach Art. 89 Abs. 1 DSGVO getroffen werden. Bei einer Anonymisierung würde man diese notwendige Interessenabwägung und weitere Hürden im Zusammenhang mit dem Forschungsprivileg vermeiden.<sup>109</sup>

Dass eine Anonymisierung von besonderen Kategorien von Daten auch möglich sein soll, zeigt sich in § 27 Abs. 3 S. 1 BDSG, der eine frühestmögliche Anonymisierung im Rahmen der Datennutzung und -verarbeitung für die Forschung und Wissenschaft vorschreibt. Dabei ist für die Forschenden besonders wichtig, dass die DSGVO die faktische Anonymität ausreichen lässt, da eine absolute Anonymisierung unter Umständen, wie oben dargestellt, einer Löschung entsprechen würde. Die Löschung des Personenbezugs kann regelmäßig den Forschungsinteressen entgegen stehen, da z. B. Langzeitstudien eine fortlaufende Zuordnung neuer Daten zu bereits vorhandenen Daten erfordern.<sup>110</sup> Bei Langzeitstudien steht die Wirksamkeit von Therapien und Umweltfaktoren oft erst nach Jahren fest.<sup>111</sup>

Die faktische Anonymisierung ist besonders bei genetischen Daten oder Biomaterialien der einzig mögliche Weg, da hier wegen der darin enthaltenen Erbinformation ein inhärenter Personenbezug besteht.<sup>112</sup> Dieser Umstand führt dazu, dass eine absolute Anonymisierung unmöglich ist.<sup>113</sup> Obwohl genetische Daten sich unverwechselbar auf eine natürliche Person beziehen, benötigt die verantwortliche Stelle weiteres Referenzwissen, um die hinter dem Datum stehende natürliche Person eindeutig zu identifizieren oder ausreichend einzugrenzen.<sup>114</sup> Sofern ein solches Referenzwissen zur Verfügung steht, eröffnet dies die Möglichkeit mittels eines sog. Matching-Verfahrens die genetischen Daten einer bestimmten Person zuzuordnen.<sup>115</sup> Angesichts der dynamischen Entwicklung von Erzeugung, Erfassung sowie Auswertung medizinischer Forschungsdaten und Zunahme von frei zugänglichem Referenzwissen sind die faktischen Möglichkeiten einer Anonymisierung von genetischen Daten oder Gesundheitsdaten zunehmend begrenzt.<sup>116</sup>

### IV. Bewertung des Schutzbedarfs für anonymisierte Daten

Auch wenn sich der Prozess der Anonymisierung, wie dargestellt, dogmatisch schwer unter den Anwendungsbereich der DSGVO fassen lässt, bedeutet das nicht, dass

108 *Thüsing/Rombey*, (Fn. 64), 548 (552 f.); ein Beispiel dafür EuGH, 10.12.2020 – C-735/19, WM (2021), 16, Rn. 76.

109 Ausführlich zum Forschungsprivileg *Becker*, (Fn. 31), 103-114.

110 *Krawczak/Weichert*, Vorschlag einer modernen Dateninfrastruktur für die medizinische Forschung in Deutschland (2017), 7, abrufbar unter: <https://www.uni-kiel.de/medinfo/documents/TWMK%20Vorschlag%20DInfMedForsch%20v1.9%20170927.pdf> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

111 Ebd.

112 Ebd.; *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (104).

113 *Krawczak/Weichert*, (Fn. 110), 7.

114 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (105); *Arning/Forgó/Krügel*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Forschung mit genetischen Daten, DuD (2006), 700 (701).

115 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (105); *Arning/Forgó/Krügel*, (Fn. 116), 700 (701).

116 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (105).

die im Anschluss an die Anonymisierung erhaltenen anonymisierten Daten keinen weiteren Schutz bedürfen. Zum einen hängt in der Praxis die Wahrscheinlichkeit einer Re-Identifikation stark davon ab, wer Zugang zu den Daten hat und welche Methoden und Hilfsmittel hierfür eingesetzt werden.<sup>117</sup> So ändern sich die anzuwendenden Kriterien Kosten, Zeitaufwand und Technologie mit der Zeit durch den Fortschritt im Bereich von Data Science, Big Data und Künstlicher Intelligenz.<sup>118</sup> Folglich wächst auch die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Re-Identifikation technisch schneller möglich wird. Es ist klärungsbedürftig, wie man dem Risiko der Re-Identifikation nachhaltig entgegentritt. Dieses spezielle Risiko offenbart das größte Problem bei der Bewertung der Anonymisierung und von anonymisierten Daten: Die binäre Unterteilung in anonyme bzw. anonymisierte Daten einerseits und personenbezogene Daten andererseits. Sie spiegelt die tatsächlichen Verhältnisse und technischen Möglichkeiten nicht wider. Diese Unterteilung ist zu einfach.<sup>119</sup> Die rechtsdogmatische Komplexität der Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten zeigte sich bereits in der oben dargestellten Diskussion zur Identifizierbarkeit von Daten.

Vor dem Hintergrund des oben zur Zurechenbarkeit von Zusatzwissen von Dritten im Rahmen der Bewertung der Identifizierbarkeit von Daten Besprochenen ist die Anonymität von Daten abhängig von zwei entscheidenden Faktoren: Dem Datum und dem Datenbesitzer. Daraus folgt die Überlegung, dass es eine Einschränkung des Datenbesitzers von anonymisierten Daten geben muss, da die Daten bei einem Besitzer anonymisiert, jedoch beim anderen personenbezogen sein können.<sup>120</sup> Der Gedanke, dass es Vorschriften darüber geben muss, welche Daten, in welcher Form, bei welchem Nutzer sein dürfen, spiegelt sich auch in den oben genannten Kriterien des EuGH zur Zurechnung von Zusatzwissen wider.<sup>121</sup> Danach erfolgt eine Zurechnung des Zusatzwissens für die verantwortliche Stelle nicht, wenn ihr der Zugriff auf das Wissen rechtlich oder tatsächlich nicht möglich ist. Diese Kriterien könnten eine Grundlage für die Regulierung des Umgangs mit anonymisierten Daten bilden. Jedoch zeigt die oben dargestellte Diskussion, dass es keine Einigkeit hinsichtlich der Bewertung

der Zurechenbarkeit gibt. Daneben ist auch die Umsetzbarkeit der EuGH-Kriterien fraglich, da eine laufende Neubewertung der tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich sein müsste. Hinzu kommt, dass es keinerlei Beschränkungen gegen die Weitergabe der anonymisierten Daten an Dritte mehr gibt, da diese Daten nicht dem Schutzregime der DSGVO unterliegen. Auch eine Veröffentlichung von anonymisierten Daten birgt die Gefahr, dass diese Daten bei Dritten landen, die über die technischen Möglichkeiten verfügen, durch Datenaggregation eine Re-Identifikation herbeizuführen.<sup>122</sup>

Ein weiterer Aspekt ist, dass durch die Anonymisierung Probleme auch erst entstehen können. So entfallen die Betroffenenrechte nach Art. 12 bis 23 DSGVO durch die Anonymisierung, da anschließend die Zuordnung zwischen Daten und der betroffenen Person nicht mehr möglich ist. Beide Punkte zusammengenommen bilden die Basis für die Forderung von *Kneuper*, dass auch für anonymisierte Daten aus Datenschutzsicht ein Schutz erforderlich ist.<sup>123</sup> Danach sollte die Anonymisierung als eine Maßnahme (von mehreren möglichen) zum Datenschutz verstanden werden. Diese Maßnahme trägt in vielen Fällen wesentlich zum Schutz der Daten und damit der betroffenen Person bei, gewährleistet aber keinen vollständigen Schutz der betroffenen Person.<sup>124</sup>

### 1. Problemlösung

Es existieren verschiedene Ansätze, wie mit den Herausforderungen und Risiken, welche durch die Anonymisierung bzw. für die anonymen oder anonymisierten Daten bestehen, umgegangen werden kann. Im Folgenden werden einige dieser Ansätze vorgestellt.<sup>125</sup>

#### a) Einführung einer Beobachtungspflicht

Ein Lösungsansatz ist die Einführung einer Beobachtungspflicht. Danach wird der Verantwortliche verpflichtet, die Entwicklung in Bezug auf neue Verfahren oder andere Daten, mit deren Hilfe eine Re-Identifikation möglich wäre, zu beobachten und bei Bedarf die bereitgestellten anonymen Daten zurückzuziehen.<sup>126</sup> Angesichts dessen, dass eine Veröffentlichung von anonymisierten oder personenbezogenen Daten nicht rückgängig gemacht werden kann, ist die Effektivität des Lösungsansatzes fraglich. Letztlich stellt eine Beobach-

117 Siehe Ausführungen unter I.

118 Im Ergebnis auch *Ernst*, (Fn. 46), Rn. 50.

119 So auch *Kneuper*, Anonymisierte Daten brauchen keinen Datenschutz – wirklich nicht?, in: Friedewald et al. (Hrsg.), *Selbstbestimmung, Privatheit und Datenschutz* (2022), 171 (176).

120 Ebd., 173.

121 EuGH, (Fn. 38), Rn. 45.

122 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (173).

123 Ebd., 175.

124 Ebd., 176.

125 Ausführlich dazu ebd., 171-188; *Ohm*, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization. *UCLA Law Rev.* 57 (2010), 1701-1777.

126 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (181).

tungspflicht nur eine Lösung für die spezielle Situation dar, in der immer wieder neue, aktualisierte Fassungen der anonymisierten Daten veröffentlicht werden, was dann bei Bedarf gestoppt werden kann.<sup>127</sup> Darüber hinaus sind Einzelfälle denkbar, in denen die Daten nur für begrenzte Zeit Schutz erfordern, so dass die Veröffentlichung zwar nicht rückgängig gemacht werden kann, später aber keinen Schaden mehr verursacht.<sup>128</sup> Mithin ist eine Beobachtungspflicht als alleinige Lösung unzulänglich. Zumal sie den Verantwortlichen eine Pflicht aufbürden würde, die unter Umständen einen hohen zeitlichen und technischen Aufwand erfordert. Fraglich ist dann, ob bei Zugrundelegung von Kosten-Nutzen-Erwägungen eine Beobachtungspflicht nicht eine Hürde darstellt, die den Verantwortlichen in dem Maße belastet, dass er von einer Anonymisierung oder einer Veröffentlichung von anonymisierten Daten absieht. Dieser Umstand könnte wiederum einen negativen Effekt für Forschungsvorhaben haben, die auf den Zugang von Open Data angewiesen sind. Damit könnte die Einführung einer Beobachtungspflicht die Forschungsfreiheit beschränken, obwohl sie den Datenschutz voraussichtlich nur sehr begrenzt fördert.

#### b) Verbot der Re-Identifikation

Ein weiterer Ansatz wäre es, die Re-Identifikation von anonymisierten Daten grundsätzlich zu verbieten.<sup>129</sup> Die Re-Identifikation ist zwar implizit auch durch die DSGVO verboten, weil es keine Rechtsgrundlage für diese Verarbeitung personenbezogener Daten gibt.<sup>130</sup> Jedoch wird argumentiert, dass ein explizites Verbot der Re-Identifikation zur Lösung des Problems der Gefahr der Re-Identifikation beitragen könne.<sup>131</sup> Zusätzlich müsse auch die Weitergabe und Weiterverarbeitung von anonymisierten Daten beschränkt werden und eine Löschpflicht für nicht mehr notwendige anonyme Daten eingeführt werden.<sup>132</sup> Dennoch wird das Verbot der Re-Identifikation das Problem nicht vollständig lösen können, da einerseits ein gesetzliches Verbot allein nicht verhindern wird, dass Besitzer der Daten außerhalb des Geltungsbereiches des jeweiligen Gesetzes die Daten re-

identifizieren.<sup>133</sup> Andererseits ist es auch innerhalb des Geltungsbereiches schwierig zu erkennen, wann ein Besitzer eine Entscheidung auf Grund einer verbotenen Re-Identifikation getroffen hat bzw. wann überhaupt eine Re-Identifikation erfolgt ist.<sup>134</sup> Hier zeigt sich auch ein Grundproblem bei der Einführung von Verboten und Pflichten, nämlich die Gefahr von Umsetzungsdefiziten. Es ist fraglich, wie und durch wen die Kontrolle der Umsetzung eines Re-Identifikationsverbotes gewährleistet werden kann. Der Einblick in die Datenverarbeitungsabläufe bei Verantwortlichen, die über große Datensätze und fortschrittlichste Verarbeitungstechniken verfügen, ist aufgrund von ggfs. mangelnder Expertise und hohem zeitlichen Mehraufwand beschränkt.<sup>135</sup> *Rofsnagel/Geminn* schlagen vor, die Durchsetzung eines Re-Identifikationsverbotes durch eine Abschreckung durch hohe Bußgelder zu gewährleisten.<sup>136</sup>

Schließlich ist *Kneuper* dahingehend zuzustimmen, dass es eine Herausforderung wäre, in einem solchen Gesetz zwischen legitimen Gründen für eine Re-Identifikation und den zu verbietenden nicht legitimen Gründen zu unterscheiden.<sup>137</sup> Für einige Forschungswecke ist es bspw. notwendig, dass zumindest eine Möglichkeit der Re-Identifikation besteht. Mithin bedarf es eines ausdifferenzierten Verbotes. Sofern man die Gefahr des Umsetzungsdefizites ausklammert, besteht das Potential, dass ein solches gesetzliches Verbot der Re-Identifikation als Ergänzung weiterer Maßnahmen helfen, aber die beschriebenen Probleme nicht allein lösen können wird.<sup>138</sup>

#### c) Ausformulierung konkreter Anforderungen an den Grad der Anonymisierung

Schließlich existieren Lösungsansätze, die ein Bewertungssystem vorsehen, wonach der Grad der Anonymität von Daten bzw. der Grad der Anonymisierung durch entsprechende Anonymitätsmodelle bestimmt wird. Mithin würde dies einen Anonymisierungsbegriff erfordern, der die rechtlichen und technischen Aspekte miteinander verbindet. Im Zusammenhang mit diesem Lösungsansatz werden die bereits oben erwähnten Ano-

127 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (181).

128 Ebd.

129 So beispielsweise in Großbritannien in Sect. 171 UK Data Protection Act (2018), abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022); auch *Rofsnagel/Geminn*, Vertrauen in Anonymisierung, ZD (2021), 487 (488).

130 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (183).

131 Vgl. *Rofsnagel/Geminn*, (Fn. 129), 487 (488).

132 Ebd.

133 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (183).

134 Ebd.; *Ohm*, (Fn. 125), 1701 (1758).

135 Dazu auch *Ohm*, (Fn. 125), 1701 (1758).

136 *Rofsnagel/Geminn*, (Fn. 129), 487 (490); danach wäre zudem die Einführung eines Straftatbestandes der willentlichen Re-Identifikation sinnvoll.

137 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (183).

138 Ebd., 188.

nymitätsmodelle wie die k-anonymity, l-diversity und Differential Privacy genannt.<sup>139</sup> Die Bewertungsverfahren könnten konkret dazu genutzt werden, um ein Mindestmaß an erreichter Anonymität zu fordern. Der Grad der Anonymität wäre von dem mit einer Re-Identifikation verbundenen Risiko für die betroffene Person abhängig.<sup>140</sup> Ein Beispiel für eine entsprechende erforderliche Regel liefert *Kneuper*, wie folgt:

„Um anonymisierte Daten zu veröffentlichen, die höchstens ein mittleres Risiko darstellen und deren Urbild keine personenbezogenen Daten besonderer Kategorien enthält, muss mindestens eine l-Diversität mit einem Wert  $l = \dots$  nachgewiesen werden.“<sup>141</sup>

Mithin ist *Kneuper* dahingehend zuzustimmen, dass dieser Lösungsansatz eine Bereitstellung von anonymisierten Daten für Forschungszwecke erlauben würde, gleichzeitig aber auch ein gewisses Mindestmaß an Anonymität sicherstellen würde.<sup>142</sup>

Dieser Lösungsansatz ist an die US-amerikanischen HIPAA-Regelungen für die Anonymisierung von Gesundheitsdaten angelehnt, welche aus zwei Varianten bestehen.<sup>143</sup> Nach der ersten Variante ist eine Expertenbewertung („expert determination“-method) der Anonymisierung, typischerweise basierend auf Anonymitätsmodellen, ohne dabei aber konkrete Modelle oder Parameter vorzugeben, durchzuführen.<sup>144</sup> Dahingegen definiert die zweite Variante („safe harbor“-method) konkrete Attribute, die bei der Anonymisierung von Gesundheitsdaten entfernt bzw. zumindest generalisiert werden müssen.<sup>145</sup>

#### d) Zwischenfazit

Die verschiedenen Lösungsansätze wie die Beobachtungspflicht und das Verbot der Re-Identifikation schaffen es nur Teilaspekte der mit der Anonymisierung und für anonymisierte Daten verbundenen Risiken zu bewältigen. Sie sind nicht vollends überzeugend, können aber als Ergänzungsmaßnahmen in Betracht gezogen werden, wobei bei diesen beiden Lösungsansätzen ein erhöhtes Risiko eines Umsetzungsdefizites besteht. Überzeugender ist vielmehr die Ausformulierung von

konkreten Anforderungen an den Grad der Anonymisierung. Genau diese Homogenisierung zwischen technischen und rechtlichen Aspekten der Anonymisierung ist erforderlich, um auf die schnelllebigen technisch-organisatorischen Entwicklungen zu reagieren. Hierbei überzeugt die Variante 2 der US-amerikanischen HIPAA-Regelungen. Denn anders als *Kneuper* argumentiert, gewährleistet ein ausformuliertes Verfahren mit konkreten Parametern, nicht nur die Transparenz des Verfahrens, sondern die Umsetzbarkeit wird auch für Laien vereinfacht. Eine erfolgsorientierte Lösung, wie die Variante 1 es vorsieht und für die *Kneuper* plädiert, ist nur durch eine Expertenbewertung zuverlässig zu gewährleisten. Dies eröffnet wiederum ein erhöhtes Risiko des Umsetzungsdefizites, denn eine Expertenbewertung setzt Experten voraus. Zunächst müsste geklärt werden, welche Kriterien einen Experten ausmachen, wie viele Experten für die Bewertung notwendig sind und ob die Experten externe Personen sein müssen. Der Prozess der Anonymisierung wird durch weitere Hürde möglicherweise zeit- und kostenintensiv verlängert. Zudem setzt die Expertenbewertung kein Modell oder Parameter voraus, dies wiederum kann die Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen beeinflussen. Zumal auch die Chancengleichheit unter Umständen tangiert werden kann, denn einheitliche Modelle und Parameter haben den Vorteil, dass sie eine einheitliche Bewertungsgrundlage darstellen. Die Gefahr, dass die Experten gleiche Sachverhalte anders bewerten, reduziert sich. Nichtsdestotrotz kann der Einsatz einer Expertenbewertung basierend auf einem konkret definierten Anonymitätsmodell mit konkreten Parametern für die Anonymisierung insbesondere bei der Bewertung der Anonymisierung besonderer Kategorien von Daten wie Gesundheitsdaten oder genetische Daten erforderlich sein. Damit kann verhältnismäßig auf die Steigerung der Schutzbedürftigkeit der Daten reagiert werden und eine Sicherheitsvorkehrung mehr geschaffen werden.

Abschließend ist festzuhalten, dass die verschiedenen Lösungsansätze die angesprochene Problematik hinsichtlich des Schutzbedürfnisses von anonymisierten Daten nicht vollständig klären können.<sup>146</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Anonymisierung keine geeignete

139 Siehe Ausführungen unter I. 2.

140 *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (182).

141 Ebd.

142 Ebd.

143 Office for Civil Rights (OCR): Guidance regarding methods for de-identification of protected health information in accordance with the Health Insurance Portability and Accountability Act

(HIPAA) privacy rule (2012), abrufbar unter <https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/privacy/special-topics/de-identification/index.html> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

144 Ebd., 7.

145 Ebd., 7 f.

146 So auch im Ergebnis *Kneuper*, (Fn. 119), 171 (182).

Datenschutzmaßnahme darstellt und nicht mehr durchgeführt werden sollte.<sup>147</sup> Insbesondere der hier aufgezeigte Ansatz der Konkretisierung von Anonymisierungsanforderungen im Zusammenhang mit technischen Anonymisierungsmodellen gepaart mit der für sensible Daten erforderlichen Expertenbewertung könnte Datenschutzbedenken zumindest entgegenwirken.

## V. Pseudonymisierung als Alternative

Allerdings lassen sich die datenschutzrechtlichen Risiken beim Umgang mit genetischen Daten oder Gesundheitsdaten alternativ auch durch den Einsatz von Pseudonymen und die isolierte und kontrollierte Verarbeitung der Daten maßgeblich verringern. Die Pseudonymisierung kann unter Umständen auch die verschiedenen Forschungsinteressen, die bei der Nutzung von genetischen Daten und Gesundheitsdaten für Forschungszwecke bestehen, in Einklang bringen. Zum einen existiert das Interesse am überindividuellen Erkenntnisgewinn, welches losgelöst von dem hinter dem Datum stehenden individuellen Patienten besteht.<sup>148</sup> Dafür bräuchte es keine Re-Identifikationsmöglichkeit des konkreten Patienten. Zum anderen ist jedoch bereits im Behandlungskontext aufgrund der Dokumentationspflicht nach § 630 lit. f BGB der Erhalt der Identifikationsmöglichkeit erforderlich.<sup>149</sup> Darüber hinaus kann die Re-Identifikationsmöglichkeit der Daten auch für die Forschungsnutzung von Interesse sein. Eine fortwährende Zuordnungsmöglichkeit würde eine Vorsorgemaßnahme darstellen, um bspw. Redundanzen innerhalb verschiedener Datensätze aus unterschiedlichen Quellen und unterschiedlichen Zeiträumen durch korrekte Zuordnung vorzubeugen.<sup>150</sup>

Nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 5 DSGVO ist Pseudonymisierung das Ersetzen von Identifikationsmerkmalen durch ein Kennzeichen und die getrennte Aufbewahrung dieser zusätzlichen Informationen, um die Identifikation der betroffenen Person auszuschlie-

ßen. Dabei werden die identifizierenden Elemente des Datums nicht gelöscht, sondern durch einen Zuordnungsschlüssel ersetzt, der die Wiederherstellung des Personenbezugs ermöglicht.<sup>151</sup> Dieser Prozess führt zu getrennten Datensätzen<sup>152</sup>, die auch eine getrennte rechtliche Bewertung zur Folge haben.<sup>153</sup>

Vor dem Hintergrund des oben besprochenen EG 26 Satz 2 DSGVO handelt es sich bei pseudonymisierten Daten, die durch Heranziehen zusätzlicher Informationen einer natürlichen Person zugeordnet werden können, um personenbezogene Daten.<sup>154</sup> Somit ist das Datum auch nach der Pseudonymisierung ein personenbezogenes Datum für die Stelle, die sowohl über die Identifikationsmerkmale als auch den Zuordnungsschlüssel verfügt. Dahingegen wirkt im Bereich der Fremdforschung die Pseudonymisierung aus Sicht der Stelle, die ausschließlich Daten ohne Zuordnungsschlüssel und Identifikationsmittel besitzt, als Anonymisierung. Zu diesem Ergebnis führt die Anwendung des vorzugswürdigen vermittelnden Ansatzes, wonach die Identifizierbarkeit von der konkret zu betrachtenden Stelle und das ihr rechtlich und praktisch zur Verfügung stehende Wissen abhängt.<sup>155</sup>

Folglich ist festzuhalten, dass die Pseudonymisierung durchaus eine Maßnahme darstellt, die zum einen die verschiedenen Forschungsinteressen hinsichtlich der Nutzung von genetischen Daten und Gesundheitsdaten in einen angemessenen Ausgleich bringen kann. Zum anderen ist die Pseudonymisierung nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO ein Beispiel datenschutzfreundlicher Voreinstellung und nach Art. 32 Abs. 1 lit. a DSGVO ist die Pseudonymisierung ein Element technischer und organisatorischer Maßnahmen.<sup>156</sup> Die Pseudonymisierung führt anders als die Anonymisierung letztlich auch dazu, dass die Schutzvorschriften der DSGVO genau für die Stellen weiterhin gelten, die über den größten Zugang zu sensiblen Informationen verfügen. In der Folge werden über den vermittelnden Ansatz und dessen Bedeutung für die fak-

147 A.A. ausführlich bei *Zibuschka et al.*, Anonymization is dead – long live privacy. in: Roßnagel/Wagner/Hühnlein (Hrsg.), *Open Identity Summit* (2019), 71–82.

148 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (105); vgl. *Krawczak/Weichert*, (Fn. 110), 7.

149 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (105); BT-Drs. 17/10488, 25 f., abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/17/104/1710488.pdf> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

150 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (106 f.).

151 *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 125.

152 Anschließend kann für die Aufgabe der Erstellung und Verwah-

lung der getrennten Datensätze an eine Datentreuhandstelle übertragen werden. Die Datentreuhandstelle verwaltet das Pseudonym und ist organisatorisch zwischen die datenhaltende und die forschende Stelle geschaltet; dazu *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (106 f.).

153 Ausführlich *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 128.

154 So auch ebd.; *Gola*, (Fn. 34), Rn. 50.

155 Vgl. *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 128; *Gola*, (Fn. 34), Rn. 50.

156 Dazu ausführlich *Arning/Rothkegel*, (Fn. 2), Rn. 131.

tische Anonymisierung keine unnötigen Hürden für die Forschungsarbeit der Stellen geschaffen, die lediglich Zugang zu den pseudonymisierten Daten besitzen. Die Kombination von Pseudonymisierung und faktischer Anonymisierung gewährleistet einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Datenschutz und der Forschungsfreiheit durch graduelle Abstufung des erforderlichen Schutzstandards.

## VI. Zusammenfassung

Bei der datenschutzrechtlichen Bewertung und Einordnung der Chancen und Risiken sowie der Folgen der Anonymisierung zeigt sich zunächst, dass eine ausführliche und ausgewogene Begriffsbestimmung notwendig ist. So offenbart bereits die Bestimmung des Begriffs der Identifizierbarkeit von Daten das Grundproblem der Anonymisierung: Ist die Anonymisierung überhaupt möglich? Wenn man die Frage aus einer absoluten Sichtweise beantworten will, dann ist die Antwort: Nein. Es ist insbesondere diese Antwort, die die weitere Bewertung ausschlaggebend beeinflusst. Der Versuch aus faktischer Sicht die Frage zu beantworten, führt dazu, dass zunächst zu definieren ist, wann eine faktische Anonymisierung gegeben ist. Folglich muss in diesem Zusammenhang die Diskussion über die Zurechnung von Zusatzwissen von Dritten eröffnet werden. Es wurden drei verschiedene Ansätze dargelegt. Jedoch vermag nur der vermittelnde Ansatz zu überzeugen. Der objektive Ansatz, welcher aus dem Willen nach absoluten Ergebnissen und maximaler Rechtssicherheit folgt, führt zu nahezu unmöglichen Anforderungen für die verantwortliche Stelle. Danach wären alle Informationen als personenbezogene Daten zu behandeln, da irgendeine Stelle auf der Welt über Zusatzwissen verfügen könnte. Die Freiheitsgrundrechte werden für den maximalen Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingeschränkt. Dies ist ein unverhältnismäßiges Ergebnis. Der subjektive Ansatz schafft hingegen nur im geringen Maße Abhilfe, da er sich in dem anderen Extrem verliert und ausschließlich auf den Verantwortlichen abstellt. Jedoch ist das Zusatzwissen von Dritten unter Umständen einzubeziehen. Auch deshalb ist den vom EuGH aufgestellten Parametern für die Zurechenbarkeit von Zusatzwissen zu folgen. Ohne rechtlichen Anspruch und faktische Umsetzbarkeit kann der verantwortlichen

Stelle nicht das Zusatzwissen zugerechnet werden. Dieses Ergebnis ist verhältnismäßig, da es die widerstreitenden Interessen am überzeugendsten ausgleicht und den Rechtssicherheitsbedenken bzgl. des objektiven bzw. subjektiven Ansatzes entgegenwirkt.

Ferner stellt sich im Anschluss die Frage, ob die Anonymisierung auch außerhalb des Rechtsrahmens der DSGVO bestehen bleibt oder eine Datenverarbeitung i. S. d. DSGVO darstellt. Die Argumente der befürwortenden Ansicht überzeugen nicht. Der Gedanke durch eine Einordnung der Anonymisierung als Datenverarbeitung Rechtssicherheit zu schaffen, ist zwar verständlich, aber die argumentative Konstruktion dieses Ergebnisses ist dogmatisch nicht haltbar. Die intendierte Rechtssicherheit würde durch eine rechtsunsichere Lösung erschaffen werden, für die es in der Form auch keine Präzedenz gibt. Die teleologische Reduktion von Art. 9 DSGVO ist kein geeignetes Mittel die systematischen Probleme, vor die uns die Einordnung der Anonymisierung als Verarbeitung stellt, zu lösen.

Nichtsdestotrotz bleibt der rechtliche Umgang der Anonymisierung auch außerhalb der DSGVO und gerade im Anschluss an die Anonymisierung klärungsbedürftig. Die Anonymisierung stellt auf der einen Seite eine Chance für die relativ hürdenlose Nutzung und Verarbeitung von Daten in der Forschung und Wissenschaft dar. Auf der anderen Seite gilt dieser Vorteil auch für die kommerzielle Nutzung. Durch die Einordnung der Anonymisierung außerhalb der DSGVO entfallen auch Schutzmechanismen der DSGVO. Die Weitergabe an Dritte ist bspw. ohne Weiteres möglich. Dies erhöht das Risiko des Missbrauchs. Abgesehen davon, dass das Re-Identifikationsrisiko mit der Zeit, dem Zugang zu mehr Daten und dem technologischen Fortschritt steigen wird. Die Kriterien für eine Anonymisierung müssten entsprechend angepasst werden. Insbesondere für Daten besonderer Kategorien müssten hohe Anforderungen geschaffen werden. Hierbei stellt der oben dargelegte Ansatz der Konkretisierung von Anonymisierungsanforderungen im Zusammenhang mit technischen Anonymisierungsmodellen gepaart mit der für sensible Daten erforderlichen Expertenbewertung eine Lösungsmöglichkeit dar. Ergänzend dazu könnten Maßnahmen wie ein Re-Identifikationsverbot oder eine Beobachtungspflicht weiteren Schutz gewährleisten. Wobei fraglich ist, in welcher Form und unter welchem Regime die

dargestellten Anforderungen geschaffen werden könnten und ob diese Anforderungen überhaupt praktisch umsetzbar wären.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Pseudonymisierung als eine Art Kompromiss. Sie schafft es, die widerstreitenden Interessen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der Freiheitsgrundrechte, wie der Forschungsfreiheit, in einen ausgewogenen Einklang zu bringen. Die Pseudonymisierung ist eine Maßnahme einer datenschutzfreundlichen Voreinstellung. Die DSGVO findet weiterhin Anwendung. Insbesondere für die Forschungsvorhaben, bei denen kein Interesse daran besteht, dass die Daten vollständig anonymisiert sind, ist die Pseudonymisierung das datenschutzfreundlichste Mittel. Im Rahmen der Fremdforschung wirkt die Pseudonymisierung nach den vermittelnden Kriterien des EuGH für die Zurechenbarkeit von Zusatzwissen wie

eine faktische Anonymisierung. Mithin wird ein abgestuftes Schutzregime geschaffen. Je größer der Zugang zu sensiblen Daten ist, desto höher die Anforderung an die verantwortliche Stelle.

Der Autor ist akademischer Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht (Abt II: Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Er ist dort tätig im Teilprojekt „Legal Provisions for Access and Use of Health-Related Data for Research Purposes“ (Sprecherin: Prof. Dr. Silja Vöneky) des BMBF Projektes „Data Access and Data Use in Health Settings“ (Sprecher: PD Dr. Joachim Boldt). Er promoviert bei Prof. Dr. Silja Vöneky zum Thema „Künstliche Intelligenz und Gesundheitsdatenschutz – Eine rechtliche und ethische Analyse der von KI-Systemen gesteuerten Verarbeitung von Gesundheitsdaten“.



Manfred Witznick

*Erfüllung der Lehrverpflichtung durch Hochschul-  
lehrer – Anmerkung zu Verwaltungsgericht Freiburg,  
Urteil vom 8.10.2021, 1 K 2327/19*

Der vom Verwaltungsgericht Freiburg entschiedene Rechtsstreit betrifft die Klage eines Hochschullehrers gegen seine Hochschule auf Anrechnung einer Lehrveranstaltung auf seine Lehrverpflichtung.

Der Kläger verlangt die volle Anrechnung der Lehrveranstaltung auf seine Lehrverpflichtung. Die Veranstaltung war über eine zweiwöchige Dauer nicht hinausgekommen und ist jedenfalls ab der dritten Vorlesungswoche von keinen Studierenden mehr besucht worden. Dem waren nach Angaben von Beteiligten Differenzen über die Anforderungen der Lehrveranstaltung vorausgegangen.

### **I. Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg**

Das Verwaltungsgericht hat der Klage im Ergebnis stattgegeben. Es hat die Anrechnung der streitbefangenen Lehrveranstaltung auf das Lehrdeputat des Klägers in erster Linie auf die Annahme gestützt, dass in der hier anwendbaren Lehrverpflichtungsverordnung des Landes Baden-Württemberg nähere Bestimmungen darüber fehlen, „wann genau eine Vorlesung oder Übung als erbracht gilt“ und hieraus aus „allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen“ die Notwendigkeit einer Anrechnung auch dann abgeleitet, wenn die Lehrveranstaltung nicht wie ursprünglich geplant durchgeführt wird. Da es sich bei der Regelung des § 3 Abs. 2 Lehrverpflichtungsverordnung um eine solche zur Arbeitszeit handele, würden sonst der Vorbereitungsaufwand und eine bis zum Ausbleiben von Teilnehmern tatsächlich erbrachte Lehrleistung „unter den Tisch fallen“.<sup>1</sup>

Die nach Ansicht des Verwaltungsgerichts fehlenden Regelungen in der Lehrverpflichtungsverordnung betreffen nicht nur den Fall, dass der Hochschullehrer dienstunfähig erkrankt und dadurch an der Dienstleistung gehindert ist,<sup>2</sup> sondern auch den hier einschlägigen Fall, dass die Lehrveranstaltung – aus welchem Grund auch immer – von wenigen oder keinen Teilnehmern besucht wird. Habe der Hochschullehrer eine mit den maßgebli-

chen Gremien abgestimmte Vorlesung angeboten, die sich innerhalb der Bandbreite des zur Erfüllung des Ausbildungsauftrags der Hochschule typischerweise erforderlichen Lehrangebots hält,<sup>3</sup> sich also zur rechten Zeit am rechten Ort bereitgefunden, zu lehren, habe er seine Lehrverpflichtung in zeitlicher Hinsicht vollständig erbracht. Diese Anforderungen habe der Kläger mit der Vorlesung „C.“ ersichtlich erfüllt. Wie bei anderen Beamten auch, die ihre Dienstleistung nur erbringen können, wenn Publikum erscheint, ändere das Ausbleiben von Publikum nichts daran, dass Arbeitszeit zurückgelegt wird.

Nicht gefolgt werden könne daher der Rechtsauffassung des Beklagten, die Lehrverpflichtung werde nicht schon durch das Anbieten einer Veranstaltung erfüllt, vielmehr müsse die angebotene Veranstaltung auch stattfinden, so dass eine Lehrveranstaltung nicht anzurechnen sei, die mangels ausreichender Teilnehmerzahl gar nicht zustande komme. Dies folge nicht, wie der Beklagte meint, aus dem Wortlaut von § 46 Abs. 2 Satz 1 Landeshochschulgesetz (LHG), wonach Lehrveranstaltungen „abzuhalten“ sind. Auch wenn diese Formulierung für sich genommen durchaus im Sinne einer durchgehenden Aktivität des Lehrenden verstanden werden kann, habe dergleichen in den einschlägigen Vorschriften der LVVO keinen Niederschlag gefunden. Vor allem spräche entscheidend gegen ein solches Normverständnis, dass Vorgaben dazu fehlen, welche Teilnehmerzahl noch als ausreichend zu betrachten ist, um eine Vorlesung als „abgehalten“ zu verstehen. Würde eine Vorlesung wegen des Ausbleibens von Teilnehmern beispielsweise kurz vor Ende des Semesters abgebrochen und deshalb – so das Verständnis des Beklagten – auf die Lehrverpflichtung des Hochschullehrers nicht angerechnet, müsste dieser in dem darauffolgenden Semester zusätzliche Lehrverpflichtungen übernehmen, ohne dass er im laufenden Semester im gleichen Umfang mehr Zeit auf seine andere Dienstpflicht, die eigene Forschung, hat verwenden können. Damit würde sich das Verhältnis

1 Verwaltungsgericht Freiburg (Breisgau), Urteil 8. Oktober 2021 – 1 K 2327/19 –, juris, Rn. 24. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

2 Verwaltungsgericht Karlsruhe, Urteil 14. Dezember 2020 – 11 K

1503/19 –, juris, Rn. 33 ff.),

3 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss 11. Dezember 2002 – DL 17 S 9/02 –, juris, Rn. 4

der beiden Dienstpflichten Forschung und Lehre signifikant zu Lasten der Forschung verschieben.

Hinzu komme, dass der Hochschullehrer es nur in gewissem Umfang selbst in der Hand hat, ein Ausbleiben von Teilnehmern zu verhindern. Vielmehr könne er gezwungen sein, eine Veranstaltung anzubieten, die bei den Studenten keinen Anklang findet, etwa weil sie zwar im Studienplan enthalten ist, aber nach der Studien- und Prüfungsordnung das Bestehen einer hierauf bezogenen Prüfung für den Fortgang des Studiums keine Bedeutung hat. In einer solchen Situation müsse der Hochschullehrer die Vorlesung gewissenhaft vorbereiten und beginnen, auch wenn von vornherein mit dem Ausbleiben von Teilnehmern im Laufe des Semesters gerechnet werden muss.

Nach alledem lasse sich eine von der Vollenrechnung abweichende Regelung – etwa in Gestalt einer Teilanrechnung wie sie die Hochschule im Laufe des Verwaltungsverfahrens erwogen hat – der LVVO im Wege der Auslegung auch nicht mit Blick auf die Formulierung des § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG entnehmen. Sollte der Beklagte eine Vollenrechnung für unangemessen halten, stehe es ihm in seiner Eigenschaft als Gesetz- oder Verordnungsgeber frei, eine Regelung zu treffen.

Das Verwaltungsgericht hat gemäß § 124a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, die daraufhin eingelegt wurde.

## II. Würdigung

Der Entscheidung des Verwaltungsgerichts kann nicht zugestimmt werden. Ihr liegt eine fehlerhafte Interpretation der einschlägigen Lehrverpflichtungsverordnung sowie daraus abgeleiteten unzutreffenden Schlussfolgerungen zugrunde.

Das Verwaltungsgericht stellt zunächst fest, dass in der Lehrverpflichtungsverordnung nähere Bestimmungen dazu fehlen, „wann genau eine Vorlesung oder Übung als erbracht gilt“<sup>4</sup> und hält sich deshalb für befugt, „in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung“ auf „allgemeine beamtenrechtliche Grundsätze zurückzugreifen“.<sup>5</sup>

Diese Vorgehensweise ist in mehrfacher Hinsicht methodisch problematisch. Zum Einen wird nicht begründet, warum das Verwaltungsgericht nur eine „ausdrückliche“ Regelung in der Lehrverpflichtungsverordnung als eine relevante Rechtsregelung ansieht und des-

halb insoweit eine Regelungslücke identifiziert, die es zum Ändern sodann mit dem Rückgriff auf „allgemeine beamtenrechtliche Grundsätze“ schließen zu müssen glaubt.

Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts besteht das von ihm für diese Regelungsmaterie angenommene Schweigen des Verordnungsgebers nicht und damit auch keine zu schließende Regelungslücke.

Der Umstand, dass eine bei der Auslegung von Normen bestehende Einzelfrage in einer Norm nicht „ausdrücklich“ einer Regelung zugeführt wird, lässt für sich genommen noch nicht den Schluss zu, dass es an einer diesbezüglichen Regelung „mangelt“. Vielmehr ist zunächst anzustreben, mit den üblichen Auslegungsmethoden den objektivierten Willen des Normgebers zu ermitteln.

Bei der Auslegung von Rechtsverordnungen ist dabei in erster Linie deren Ermächtigungsgrundlage in den Blick zu nehmen, um den dort zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen zu erkunden.

Rechtsgrundlage für die Lehrverpflichtungsverordnung ist die auch in deren Rubrum aufgeführte Vorschrift des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG. Danach ist in der Verordnung „der Umfang der Lehrverpflichtung des hauptberuflichen wissenschaftlichen Personals“ unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren zu regeln. Hierbei handelt es sich um eine komplexe Materie, die sich nicht darauf reduzieren lässt, sie durch inhaltliches oder zeitliches Aufaddieren einzelner Teilaufgaben aufzuspalten. Regelungszweck der Lehrverpflichtungsverordnung ist nicht, wie das Verwaltungsgericht meint, vorrangig die Organisation der Arbeitszeit des wissenschaftlichen Personals, sondern in erster Linie die Gewährleistung und Sicherstellung des gesetzlich normierten Ausbildungsauftrages der Hochschulen. Die Verordnung dient damit der Erfüllung der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebenden Rechtspflichten der Hochschulen insbesondere auf vollständige Ausschöpfung der Lehrkapazität.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Lehrverpflichtungsverordnung ist dabei zu berücksichtigen, dass gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 LHG die Hochschullehrer die ihrer Universität obliegenden Aufgaben in Wissenschaft, Forschung und Lehre in ihren Fächern nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses zwar selbständig wahrnehmen. Dabei sind sie nach § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG im Rahmen der für ihr Dienstverhältnis geltenden Regelungen aber verpflichtet,

4 Verwaltungsgericht Freiburg, a.a.O. Rn. 19

5 Verwaltungsgericht Freiburg, a.a.O. Rn. 20

Lehrveranstaltungen ihrer Fächer in allen Studiengängen abzuhalten. Zur Konkretisierung dieser Verpflichtungen hat der Gesetzgeber in zulässiger Weise eine Verordnungsermächtigung erlassen.<sup>6</sup>

§ 46 Abs. 2 Satz 1 LHG legt dabei die Verpflichtung fest, Lehrveranstaltungen *abzuhalten*, nicht etwa nur *anzubieten*. In Umsetzung dieser, das gesetzliche Gebot der vollständigen Kapazitätsausschöpfung umsetzenden, Vorgabe konkretisiert die Lehrverpflichtungsverordnung den Umfang der Lehrverpflichtung für die verschiedenen Mitglieder des hauptberuflichen wissenschaftlichen Personals.

§ 1 Abs. 1 Satz 2 LVVO bestimmt, dass eine Lehrveranstaltungsstunde ein Lehrangebot von einer Lehrstunde je Woche der Vorlesungszeit des Semesters (Semesterwochenstunden) umfasst.<sup>7</sup> Nachdem die nach § 29 Abs. 4 LHG festzusetzende Vorlesungszeit regelmäßig 14/15 Wochen beträgt, setzt die Erfüllung der dort vorgegebenen Anzahl an Semesterwochenstunden schon begrifflich deren tatsächliche Durchführung in dem genannten Zeitraum voraus. Dies beinhaltet z.B. für den Typus des Standardangebots regelmäßig durchgeführter Lehrveranstaltungen die ordnungsgemäß durchgeführte wöchentliche Abhaltung der Lehrveranstaltung während der gesamten Vorlesungszeit. Falls hiervon abweichend für die Erfüllung des Lehrdeputats geringere inhaltliche und zeitliche Anforderungen gestellt werden sollen, bedürfte dies einer ausdrücklichen Regelung in der Verordnung, die hier fehlt.

Die – soweit ersichtlich einzige im Bundesvergleich – einschlägige diesbezügliche Regelung enthält § 13 Abs. 3 Lehrverpflichtungsverordnung des Landes Berlin, worauf sich der Kläger ausdrücklich bezogen hatte. Danach müssen auf Grund fehlender Nachfrage ausgefallene Lehrveranstaltungen nicht nachgeholt werden. Diese Regelung beschränkt sich aber auf das Land Berlin und bringt insoweit deren gesetzgeberisches Ermessen für das dortige landesrechtliche Hochschulrecht zum Ausdruck. Folgerungen für das Land Baden-Württemberg und die anderen Bundesländer können hieraus nicht abgeleitet werden. Im Gegenteil zwingt die Nichtaufnahme einer vergleichbaren Bestimmung in die anderen Lehrverpflichtungsverordnungen zu dem Schluss, dass dort keine diesbezügliche Ausnahme zugelassen ist.

Zusätzlich belegt wird diese Sichtweise durch Äußerungen des zuständigen Ministeriums im Nachgang zu einer Prüfung des Rechnungshofes des Landes Baden-Württemberg im Jahr 2005. Dort findet sich folgende Aussage des Rechnungshofes:

„3.3.8 Anrechnung ausgefallener Veranstaltungen.

*In einzelnen Fällen wurden Lehrveranstaltungen auf die Lehrverpflichtung angerechnet, die mangels ausreichender Teilnehmerzahlen gar nicht zustande kamen. Eine Erfüllung der Lehrverpflichtung tritt jedoch nicht schon durch das Anbieten einer Veranstaltung ein, sondern setzt voraus, dass die angebotene Veranstaltung auch stattfindet.“<sup>8</sup>*

In der unter Nummer 6 der Denkschrift aufgeführten „Stellungnahme des Ministeriums“ heißt es u.a.:

„Das Ministerium schließt sich der Kritik des RH an der Praxis der Anrechnung von Lehrveranstaltungen hinsichtlich der Mehrzahl der gerügten Fehler an. Nicht einverstanden ist das MWK allerdings mit der Auffassung des RH, dass Doktorandenseminare und Graduiertenkollegs nicht auf die Lehrverpflichtung angerechnet werden dürfen.“

Daraus ergibt sich, dass das Ministerium als Verordnungsgeber die in diesem Zusammenhang geäußerte Rechtsauffassung des Rechnungshofes teilt. Somit geht es hier nicht etwa nur um eine – unmaßgebliche – persönliche Meinungsäußerung der Rechnungsprüfer, sondern um die authentische<sup>9</sup> und damit verbindliche<sup>10</sup> Interpretation der Verordnung durch das Land in seiner Eigenschaft als Verordnungsgeber und damit „Autor“ und Urheber der Norm. Diese authentische Interpretation wird auch durch die Reaktion der Landesregierung und die weitere parlamentarische Debatte belegt.<sup>11</sup>

Umso mehr muss erstaunen, dass das Verwaltungsgericht trotz ausdrücklichen Hinweises der Beklagten und Übergabe der Dokumente diesen Einwand schlicht übergangen und in seiner Entscheidung nicht gewürdigt, geschweige denn berücksichtigt hat.

Damit steht fest, dass das Land die vom Rechnungshof formulierte Interpretation der Lehrverpflichtungsverordnung mit der Folge der Nichtanrechnung nicht durchgeführter Lehrveranstaltungen auf das Lehrdepu-

6 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil 23. Mai 2006, - 4 S 1957/04-, juris, Rn. 23

7 Ebenso z.B. § 1 a Abs. 1 LVV NRW, eine vergleichbare Bestimmung findet sich in fast allen Verordnungen der Bundesländer.

8 Denkschrift des Rechnungshofes 2005 über die „Wahrnehmung der Lehre an den Universitäten (Beitrag Nr. 27)“.

9 vgl. dazu Droste-Lehnen, Die authentische Interpretation, 1990. Eine solche kann auch zur Eingrenzung einer Gesetzesauslegung

durch Richterrecht dienen (S. 20)

10 Die Verbindlichkeit der authentischen Interpretation wird regelmäßig nur bei einer – hier nicht einschlägigen – rückwirkenden Auslegung einer Norm problematisiert.

11 <https://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/de/veroeffentlichungen/ergebnisberichte/236879/238278.html> (letzter Zugriff am 02.12.2022)

tat gebilligt hat und diese somit auch seinem eigenen Willen und Verständnis als Ordnungsgeber entsprach und entspricht. Nachdem der Ordnungsgeber auch in der Folgezeit keine Veranlassung gesehen hat, in die Lehrverpflichtungsverordnung die diesbezüglichen aus Sicht des Verwaltungsgerichts weitergehenden klarstellenden Regelungen aufzunehmen, ist davon auszugehen, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält.

Die zwingende Folge ist, dass die vom Verwaltungsgericht gesehene Regelungslücke in der Lehrverpflichtungsverordnung nicht existiert, sodass auch für deren vermeintlich erforderliche Schließung durch das Verwaltungsgericht kein Raum ist.

Den Gerichten ist es wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt, sich über eine bewusst getroffene Entscheidung des Gesetz- oder Ordnungsgebers durch z.B. Rückgriff auf „*allgemeine beamtenrechtliche Grundsätze*“ hinwegzusetzen. Das gilt auch, soweit dieser bewusst von einer inhaltlichen Regelung absieht. Letztere Variante betrifft beispielsweise die Arbeitszeitregelungen bei Hochschullehrern.

Das Verwaltungsgericht verkennt, dass dem von ihm vorgenommenen Rückgriff „*auf allgemeine beamtenrechtliche Grundsätze*“<sup>12</sup> im Hochschulbereich rechtliche Hürden entgegenstehen.

So sind nach § 45 Abs. 2 Satz 2 LHG die beamtenrechtlichen Vorschriften über die Arbeitszeit auf Hochschullehrer nicht anwendbar. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus auch darauf verzichtet, im Landeshochschulgesetz oder in darauf fußenden Verordnungen eigenständige Bestimmungen über die Arbeitszeit der Hochschullehrer zu treffen. Solche Regelungen würden – ihre generelle Zulässigkeit unter Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit hier einmal unterstellt – ohnehin nur dann Sinn machen, wenn sie nicht nur die Lehrleistungen, sondern auch die anderen den Hochschullehrern übertragenen in § 46 Abs. 1 LHG aufgelisteten Dienstaufgaben erfassen und regeln.

Von daher ist die Annahme des Verwaltungsgerichts, bei der Lehrverpflichtungsverordnung handele es sich um eine Regelung der Arbeitszeit, in dieser Absolutheit unscharf und führt zu falschen Schlussfolgerungen.

Für diese weiteren Dienstaufgaben nach § 46 Abs. 1 LHG hat der Gesetz- und Ordnungsgeber jedoch ebenfalls keine Regelungen getroffen. Dabei sind diese durchaus arbeits- und zeitintensiv. So ist beispiels-

weise mit den regelmäßig gestellten Drittmittelanträgen für Forschungsvorhaben häufig sehr viel Aufwand verbunden, der sich im Falle einer Ablehnung ggf. als mehrmonatige Fehlinvestition erweisen kann. Ebensovienig wird die zeitintensive Mitarbeit der Hochschullehrer in Berufungskommissionen bei der Besetzung von Professorenstellen als Arbeitszeit „*verbucht*“. Auch diese Tätigkeit kann sich als vergeblich herausstellen, wenn Gelistete den Ruf ablehnen oder die Berufsliste aus sonstigen Gründen „*platzt*“. Schließlich werden auch die zahlreichen oft sehr zeitintensiven Diskussionen in diversen Hochschulgremien und Ausschüssen über die Neufassung oder Änderungen von Studien- und Prüfungsordnungen, Zulassungssatzungen, Lehr- und sonstigen Evaluationen, diversen weiteren Satzungen, Richtlinien etc. nicht gesondert als Arbeitszeit erfasst. In allen diesen Fällen ist die Bewertung der Tätigkeit und der eingesetzten Arbeitszeit nicht davon abhängig, ob der damit angestrebte „*Erfolg*“ eintritt.

Von daher ist kein Grund erkennbar, warum es notwendig sein soll, speziell und nur bei den Lehraufgaben zur Vermeidung, dass eine Tätigkeit „*unter den Tisch fällt*“, eine darauf gerichtete Tätigkeit auch dann als vollzogen zu klassifizieren, wenn der damit angestrebte Erfolg gerade nicht eingetreten ist.

Für die vom Verwaltungsgericht geforderte Berücksichtigung einer von ihm ansonsten offenbar als „*nutzlos*“ angesehenen Arbeitszeit bei der Vorbereitung einer Lehrveranstaltung gibt es im Übrigen auch keinerlei sachliche Gründe. Diese Arbeitszeit wird ja tatsächlich berücksichtigt. Der Dienstherr verlangt keine Nacharbeit, schon gar nicht steht eine wie vom Verwaltungsgericht als – abgelehnte - Option erörterte Kürzung der Bezüge wegen Fernbleibens vom Dienst zur Debatte.

Auch der in diesem Zusammenhang vom Verwaltungsgericht gezogene Vergleich mit einem krankheitsbedingtem Ausfall einer Lehrveranstaltung vermag die Argumentation des Verwaltungsgerichts nicht zu stützen. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe hat die Lehrverpflichtungsverordnung dabei nur unter dem Gesichtspunkt eines krankheitsbedingtem Ausfalls einer Lehrveranstaltung in den Blick genommen.<sup>13</sup> Tatsächlich entbindet eine zu Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung grundsätzlich von den dienst- und arbeitsrechtlichen Pflichten. Im vorliegenden Fall geht es aber darum, ob von den – im konkreten Fall dienstfähigen – Lehrenden

12 Verwaltungsgericht Freiburg, a.a.O. Rn. 20

13 Verwaltungsgericht Karlsruhe, Urteil 14. Dezember 2020 – 11 K

ein unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der Studierenden entstandenes Lehrangebot verlangt werden kann.

Im Ergebnis verlangt das Verwaltungsgericht, dass auch eine nicht zustande gekommene oder frühzeitig abgebrochene Lehrveranstaltung in vollem Umfang auf das Lehrdeputat angerechnet werden muss. Dieses Postulat lässt sich aus den genannten Gründen aus der Lehrverpflichtungsverordnung in der hier maßgeblichen Auslegung nicht ableiten. Vor diesem Hintergrund hätte das Verwaltungsgericht die Verordnung als insoweit nicht von der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt bewerten müssen, was jedoch – aus seiner Sicht konsequenterweise – unterblieben ist.

Eine solche rechtliche Einschätzung wäre indessen nicht gerechtfertigt. Bei der näheren Ausgestaltung der hochschulrechtlichen Vorschriften ist dem Gesetzgeber unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt, von dem bei der Lehrverpflichtungsverordnung in zulässiger Weise Gebrauch gemacht worden ist.

Diese Ermächtigung beinhaltet auch die Befugnis, in der Lehrverpflichtungsverordnung Regelungen darüber zu treffen, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung zur Erfüllung der Dienstaufgaben als erfüllt gilt mit der Folge, dass die entsprechende Lehrveranstaltung auf das Deputat des zur Lehre verpflichteten Angehörigen des wissenschaftlichen Personals angerechnet werden kann. Wie oben ausgeführt, ordnet die Lehrverpflichtungsverordnung entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung zur „Abhaltung“ einer Lehrveranstaltung auch deren Durchführung an.

Diese Verpflichtung ist auch sachgerecht. Denn es geht hierbei darum, der in § 2 Abs. 1 Satz 2 LHG normierten Ausbildungsverpflichtung der Hochschulen nachzukommen.

Allerdings trifft es natürlich zu, dass Aufwendungen für die Vorbereitung einer Lehrveranstaltung, die – aus welchen Gründen auch immer – letztlich nicht auf das Lehrdeputat angerechnet wird, aus Sicht des Lehrenden jedenfalls teilweise als vergeblich empfunden werden. Dies stellt aber wie auch die oben angeführten Beispiele deutlich machen bei den Dienstaufgaben der Hochschullehrer eine dem Wissenschaftsbetrieb immanente und ihn prägende Erscheinung dar. Der Normgeber muss daher auch bei der Ausgestaltung der Lehrver-

pflchtigungsverordnung nicht gewährleisten, dass sämtliche Tätigkeiten in diesem Zusammenhang als „erfolgsorientiert“ verbucht werden können. Dies ist wie oben ausgeführt ebensowenig bei den anderen Dienstaufgaben der Hochschullehrer der Fall und konsequente Folge der Befreiung der Hochschullehrer von den beamtenrechtlichen Arbeitszeitvorschriften. Dieser Verzicht auf arbeitszeitorientierte Detailregelungen trägt zum einen der besonderen verfassungsrechtlich gewährleistenden Rechtsstellung der Hochschullehrer als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit Rechnung und soll nicht zuletzt deren Unabhängigkeit sichern. Auf der anderen Seite begrenzt sie im Interesse der Sicherstellung der Grundrechte der weiteren Beteiligten (weiteres wissenschaftliches Personal der Fakultät und Studierende) einseitige Handlungsspielräume und fordert Kooperation ein.

Bei der Festlegung der Rahmenbedingungen für die Erfüllung der Lehrverpflichtung sind im Ergebnis neben den Rechten des betroffenen Hochschullehrers auch die Rechte der Studierenden und deren Anspruch auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Lehre nach näherer Maßgabe der einschlägigen Studien- und Prüfungsordnungen in den Blick zu nehmen. Diese sich durch „Wechselwirkung“ bei konkurrierenden Verfassungsrechtsgut aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ergebenden Grenzen sind durch konkrete Abwägung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips herauszuarbeiten.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in seiner Entscheidung vom 23.05.2006<sup>14</sup> betreffend das Normenkontrollverfahren zur Erhöhung der Lehrverpflichtung für Professoren die verschiedenen dabei zu berücksichtigenden Aspekte dargestellt:

*„In diesem Sinne grenzt die beamtenrechtliche Lehrverpflichtung des Hochschullehrers, deren Ausgestaltung in der Lehrverpflichtungsverordnung den Umfang der in der Lehre regelmäßig zu erbringenden Dienstaufgaben konkretisiert, das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Rahmen des Ausbildungsbetriebs der Universität notwendigerweise ein (BVerfGE 54, 173, 193; BVerwG, Urteil vom 08.02.1980, BVerwGE 60, 25, 48; Wendt, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., Art. 5 RdNr. 105 „Lehrverpflichtung“).*

*Hier überschneiden sich zwei verschiedene Interessen- und Rechtskreise, die beide grundrechtsrelevant sind: einerseits die durch den verfassungsrechtlichen Zulassungsanspruch*

14 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil 23. Mai 2006 – 4 S 1957/04 –, juris

der Studienbewerber bestimmte Pflicht zur erschöpfenden Kapazitätsnutzung und andererseits die nicht allein durch das Dienstrecht, sondern zugleich durch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit bestimmte Rechtsposition des Lehrpersonals. Beide stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander. Einschränkungen des Zulassungsrechts hängen wesentlich davon ab, welche Lehrverpflichtungen dem Lehrpersonal abverlangt werden; Festlegungen dieser Lehrverpflichtungen führen zugleich zu einer Reglementierung der Arbeitszeit und Arbeitsweise des wissenschaftlichen Personals im Rahmen des Ausbildungsbetriebs der Universität (BVerfGE 54, 173, 192), wobei vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit der Professoren deren Lehrverpflichtung wiederum nicht generell übermäßig oder für den einzelnen unverhältnismäßig sein darf (BVerwG, Urteil vom 08.02.1980, a.a.O.; Oppermann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, a.a.O., § 145 RdNr. 40)<sup>15</sup>.

Diese Notwendigkeit einer sachgerechten Abwägung widerstreitender Interessen hat das Verwaltungsgericht verkannt. Es hat vielmehr einseitig nur die dem Hochschullehrer drohenden Nachteile und Einschränkungen betrachtet und geht hierbei zudem noch von unzutreffenden Annahmen aus.

So fällt der Vorbereitungsaufwand für eine nicht abgehaltene Lehrveranstaltung entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts keineswegs „unter den Tisch“. Wie auch die streitbefangene Lehrveranstaltung des Klägers, die bereits in einem vorangegangenen Semester durchgeführt worden war, finden jedenfalls die Standardveranstaltungen regelmäßig statt, sodass der jeweilige Vorbereitungsaufwand deutlich herabgesetzt ist. Ebenso entbehren die Vermutungen des Verwaltungsgerichts über eine dem Hochschullehrer aufgezwungene Veranstaltung, „die bei den Studenten keinen Anklang findet“,<sup>16</sup> jeglicher Grundlage. Seit der Umsetzung der Bologna-Reform gibt es in den Studiengängen praktisch keine Lehrveranstaltung mehr, die „für den Fortgang des Studiums keine Bedeutung hat“ und deren Abhaltung dem Hochschullehrer aufgezwungen wird.

Nimmt man für die konkrete Durchführung einer Lehrveranstaltung lediglich die Vorstellungen und Inter-

essen des anbietenden Hochschullehrers als Maßstab, würden zwangsweise zahlreiche Veranstaltungen mangels Nachfrage ausfallen. Müsste auch für diese gleichwohl das volle Lehrdeputat angerechnet werden, wäre der Ausbildungsauftrag der Hochschulen nicht zu gewährleisten. Der Staat müsste dann zusätzliche Steuer-gelder aufbringen, um beispielsweise über Lehraufträge das nach den Studien- und Prüfungsordnungen geforderte ordnungsgemäße Lehrangebot sicherzustellen. Von daher ist es notwendig und kann vorausgesetzt werden, dass die Hochschullehrer bei der ihnen grundsätzlich in Eigeninitiative überantworteten persönlichen Lehrplanung auch die rechtlichen und sachlichen Vorgaben der Lehrinheit sowie die Bedürfnisse der Studierenden in den Blick nehmen, denen die Studierfreiheit eingeräumt ist. Dies verkennt das Verwaltungsgericht, wenn es für ausreichend erachtet, dass „der Hochschullehrer eine mit den maßgeblichen Gremien abgestimmte Vorlesung angeboten (hat), die sich innerhalb der Bandbreite des zur Erfüllung des Ausbildungsauftrags der Hochschule typischerweise erforderlichen Lehrangebots hält“.<sup>17</sup> Vielmehr bedingt dies insbesondere auch eine Verpflichtung der Lehrenden zur „Fairness“<sup>18</sup> gegenüber den studentischen Interessenten an der Veranstaltung.

Eine Lehrveranstaltung, die nicht durchgeführt oder wegen Differenzen mit den Interessenten schon nach kurzer Zeit ohne Teilnehmer bleibt, kann daher im Ergebnis nicht auf das Lehrangebot angerechnet werden. Dies schließt andererseits jedoch nicht aus, dass eine Anrechnung erfolgen kann, sollte beispielweise in einem fortgeschrittenem Stadium trotz Abbruch eine Anrechnung der Studienleistung für die Studierenden möglich sein.

Manfred Witznick ist Rechtsanwalt in Konstanz. Zuvor war er bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2016 in der Wissenschaftsverwaltung tätig, hauptsächlich als Justitiar der Universität Konstanz. Sein Tätigkeitsschwerpunkt ist die Beratung von Hochschulen in hochschul- und personalrechtlichen Angelegenheiten. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

15 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, a.a.O., juris, Rn. 32

16 Verwaltungsgericht Freiburg, a.a.O. Rn. 24

17 Verwaltungsgericht Freiburg, a.a.O. Rn. 22

18 Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss 11.

Dezember 2002,- 4 DL 17 S 9/02 -, juris, Rn. 4

# Sarah Gronemeyer

## *Sind Studierende verpflichtet an Lehrveranstaltungen teilnehmen? - Buchvorstellung der Dissertation „Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen“*

Die Dissertation *„Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen“* wurde an der Universität zu Köln erstellt. Betreut wurde die Arbeit von Professor Dr. Bernhard Kempen. Die Arbeit ist im Jahr 2020 als 61. Band der Schriftenreihe *„Kölner Schriften zu Staat und Recht“* beim Peter Lang Verlag erschienen.

### **I. Das Kernproblem**

Die Frage nach der Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten ist ein Thema, über das leidenschaftlich im hochschulpolitischen Diskurs debattiert wird. Während sich Studierende durch die ihnen auferlegten Anwesenheitspflichten in ihrer Studier- und Lernfreiheit beschränkt fühlen, sehen vor allem Hochschullehrende in dem Verbot, Anwesenheitspflichten anzuordnen, einen Eingriff in ihre Lehrfreiheit. Von vielen Hochschulprofessorinnen und -professoren wird gerade die Teilnahme an den Lehrveranstaltungen als Schlüssel zur Bildung gesehen. Dies war und ist in vielen Fällen ein Grund für die Hochschulprofessorinnen und -professoren und ihre Hochschulen, die Teilnahme an einigen Lehrveranstaltungen in Form von Anwesenheitspflichten verbindlich zu machen.

Lange Zeit haben sich die Verantwortlichen staatlicher Stellen mit diesem Umstand nicht auseinandergesetzt, ihn aber geduldet. Doch vor ein paar Jahren gab ein Erlass des Ministeriums für Innovation, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>1</sup> Anlass, die Frage nach den Anwesenheitspflichten aus ihrem Dornröschenschlaf zu wecken und dieser Problematik neue Aufmerksamkeit zu schenken.

Triebfeder des Erlasses war der Umstand, dass in zahlreichen universitären Studien- und Prüfungsordnungen der Besuch einer Mindestzahl von Veranstaltungsterminen zur Voraussetzung für die erfolgreiche

Teilnahme an der Lehrveranstaltung oder für die Teilnahme an einer Prüfung gemacht wurde. Solche Anordnungen hielt das Ministerium aber durchweg für rechtlich angreifbar.

Da auch der damalige Landtag von Nordrhein-Westfalen der Auffassung war, dass Anwesenheitspflichten weder hochschulpolitisch sinnvoll noch verfassungs- und hochschulrechtlich hinnehmbar seien, fasste der Landtag im Rahmen umfassender Reformen das Hochschulgesetz auch in der Frage nach den Anwesenheitspflichten neu<sup>2</sup> und schaffte dadurch - nach eigener Einschätzung - rechtliche Klarheit zu den Anwesenheitspflichten für Studierende in Nordrhein-Westfalen. So hieß es in § 64 Abs. 2a HG NRW

*„Eine verpflichtende Teilnahme der Studierenden an Lehrveranstaltungen darf als Teilnahmevoraussetzung für Prüfungsleistungen nicht geregelt werden, es sei denn, bei der Lehrveranstaltung handelt es sich um eine Exkursion, einen Sprachkurs, ein Praktikum, eine praktische Übung oder eine vergleichbare Lehrveranstaltung.“*

Ein vorläufiges Ende bereitete der Landtag der Diskussion um die Anwesenheitspflicht mit dieser Regelung jedoch nicht. Die bestehende Rechtslage und ihre tatsächliche Umsetzung führten nicht nur zu vielen Fragen bei den Betroffenen, die neue Regelung gab auch Anlass zu der Debatte, ob ein Verbot von Anwesenheitspflichten überhaupt mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Die nach einem Regierungswechsel im Jahr 2017 in Nordrhein-Westfalen neu gewählte Ministerin für Kultur und Wissenschaft bereitete dem Verbot von Anwesenheitspflichten dann jedoch ein frühzeitiges Ende und strich § 64 Abs. 2 HG NRW kurzerhand aus dem Hochschulgesetz.

Doch nicht nur in Nordrhein-Westfalen hat der Gesetzgeber eine explizite Regelung zu den Anwesenheits-

<sup>1</sup> Erlass des Ministeriums für Innovation, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 9.11.2012 – Az. 411.

<sup>2</sup> Hochschulzukunftsgesetz vom 16.9.2014, GV, NRW, S. 543.

pflichten getroffen. So wurde § 64 Abs. 2s HG NRW wortgleich im Hochschulgesetz des Landes Schleswig-Holstein aufgenommen. Im Hochschulgesetz Niedersachsens ist hingegen in § 7 Abs. 5 S. 1 Nds. HG geregelt, dass Studien- und Prüfungsordnungen eine Verpflichtung der Studierenden zur Anwesenheit in Lehrveranstaltungen nur vorsehen dürfen, wenn diese erforderlich sind, um das Ziel einer Lehrveranstaltung zu erreichen. Der Thüringer Gesetzgeber fordert in § 55 Abs. 2 Nr. 17 ThürHG, dass die Prüfungsordnungen unter anderem festlegen müssen, für welche Lehrveranstaltungen die verpflichtende Teilnahme als Prüfungsvoraussetzung gilt und erklärt in § 55 Abs. 3 ThürHG, dass eine verpflichtende Teilnahme der Studierenden an Lehrveranstaltungen als Prüfungsvoraussetzung nur geregelt werden darf, wenn das Lernziel der Lehrveranstaltung nur durch die Anwesenheit der Studierenden erreicht werden kann.

Die meisten Bundesländer haben demgegenüber jedoch keine Regelung in ihren Hochschulgesetzen vorgesehen, welche ausdrücklich eine verpflichtende Teilnahme an Lehrveranstaltungen zulässt oder auf andere Weise regelt. Dennoch ist auch in diesen Ländern die Anordnung einer Anwesenheitspflicht nicht ausgeschlossen. Auf der Grundlage von allgemeinen hochschulpolitischen Bestimmungen können Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen eine Ausgestaltung erfahren.

Wie sich der gesetzliche Umgang mit Anwesenheitspflichten in den einzelnen Bundesländern entwickeln wird, bleibt allerdings fraglich. Fest steht aber, dass die Handhabung von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen in der universitären Praxis, nicht nur in Nordrhein-Westfalen, sondern bundesweit unübersichtlich ist und auch in der Zukunft weiterhin kontrovers diskutiert werden wird.

## II. Die Lern- und Studierfreiheit als ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht

Bevor man sich mit der Frage auseinandersetzen kann, ob Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen zulässig sind, ist zunächst nach dem verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt der Lern- und Studierfreiheit zu fragen. Es bestehen zwar kaum mehr Zweifel, dass die Stu-

dierfreiheit verfassungsrechtlich gewährleistet ist,<sup>3</sup> über den Ort der verfassungsrechtlichen Verankerung wird jedoch intensiv diskutiert. Während ein Teil der Literatur die Lern- und Studierfreiheit von der Wissenschaftsfreiheit umfasst sieht, begreift ein anderer Teil des Schrifttums die Lern- und Studierfreiheit als Bestandteil der Berufsfreiheit.

Die Frage, ob die Lern- und Studierfreiheit vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG oder von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst wird, ist aufgrund des Erfordernisses einer grundrechtspezifischen Konkretisierung des Gewährleistungsinhalts und der Schrankendivergenz, die zwischen den genannten Freiheitsrechten besteht, nicht nur theoretischer Natur,<sup>4</sup> sondern von praktischer Relevanz.<sup>5</sup> Während die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Ausbildungsfreiheit einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, handelt es sich bei Art. 5 Abs. 3 GG um ein vorbehaltlos gewährlestetes Grundrecht. Je nach dem welches Grundrecht man für einschlägig erachtet, sind an die Rechtfertigung eines Eingriffs unterschiedliche Anforderungen zu stellen.<sup>6</sup>

### 1. Wissenschaftsfreiheit vs. Berufsfreiheit – der grundrechtliche Schutzbereich der Lern- und Studierfreiheit

Die wissenschaftliche Tätigkeit erfasst „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.<sup>7</sup>

Es stellt sich daher die Frage, ob das Lernen auch die „Suche nach der Wahrheit“ verkörpert. In diesem Fall wäre die Lern- und Studierfreiheit ebenfalls als ein Schutzgut der Wissenschaftsfreiheit anzuerkennen.

Darüber, dass im Studium notwendige Kenntnisse für eine spätere berufliche und auch wissenschaftliche Tätigkeit erworben werden, besteht allgemeiner Konsens.<sup>8</sup> Der Anteil an wissenschaftlicher Tätigkeit ist gegenüber dem Ziel der reinen Kenntnisvermittlung jedoch nicht ausreichend, um dem Studierenden bereits zur Zeit seines Studiums den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG zu garantieren.

Das Studium soll die Studierenden in die Lage versetzen, forschend und lehrend tätig zu werden. Dieses Ziel ist jedoch ein zukünftiges, während des Studiums ist dieser Gedanke nicht mehr als eine bloße Theorie. Tatsächlich werden die Studierenden während ihres Studiums

<sup>3</sup> Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 198; Kimminich, Die Rechtsstellung des Studenten im Wandel, DVBl. 1968, 679 (683); nur einfachgesetzlich garantiert sieht die Lernfreiheit jetzt noch Oppermann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 145 Rn. 11.

<sup>4</sup> Kaufhold, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, 2006, S. 202 f.

<sup>5</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehr-

veranstaltungen, 2020, S. 99 ff.

<sup>6</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 99 ff., m.w.N.

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. v. 29.05.1973, Az.: 1 BvR 424/71 u. 325/72 = NJW 1973, 1176.

<sup>8</sup> So argumentiert beispielsweise Stein, Die Wissenschaftsfreiheit der Studierenden, JA 2002, 253 (256).

nicht wissenschaftlich tätig, der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist somit auch nicht eröffnet.<sup>9</sup>

Zu Zeiten Wilhelm von Humboldts mag dies anders gewesen sein. Das „Miteinander“ von Lehrenden und Lernenden war in dieser Zeit prägend für den wissenschaftlichen Betrieb an den Hochschulen. Die Lernenden lernten von den Lehrenden und aufgrund eines umfassenden Austauschs lernten die Lehrenden gleichzeitig von den Lernenden.

Doch heutzutage ist das Bild des Lehrenden, der mit einer Handvoll Studierender zusammensitzt und wissenschaftliche Aspekte erörtert, aus dem universitären Alltag verschwunden. Es handelt sich um ein Trugbild, dass sich in den Köpfen festgesetzt hat, tatsächlich aber nicht mehr existiert. Die heutigen Studierenden verfolgen andere Ziele als diejenigen zu Zeiten Humboldts. Heutzutage steht nicht mehr Bildung im Vordergrund eines Studiums, sondern Ausbildung. Stetig wachsende Studierendenzahlen, eng gefasste Prüfungs- und Studienordnungen und ein gewandeltes Verständnis vom Zweck des Studiums ließen die Einheit von Lernenden und Lehrenden zerfallen. Im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 3 GG kann der Lern- und Studierfreiheit daher kein eigenständiger Platz zukommen.<sup>10</sup>

Der universitäre Abschluss ist mittlerweile bereits innerhalb eines schmalen Zeitfensters zu erreichen. So erhält man einen Bachelorabschluss innerhalb von drei Jahren, sofern man die einzelnen Module mit der notwendigen Punktzahl abschließt. Auch eine Ausbildung dauert nicht länger. Der Unterschied ist nur, dass bei einer Ausbildung nicht diskutiert wird, von welchem Grundrecht diese geschützt ist. Der heutige Studierende lernt in erster Linie für seinen Abschluss, ein Ringen um Erkenntnis als Verständnis von Wissenschaft findet im laufenden Hochschulbetrieb nicht mehr statt. Während des Studiums sollen die Studierende vielmehr die Kenntnisse und Fähigkeiten erlernen, die sie für die Ausübung eines Berufes mit wissenschaftlicher Prägung benötigen.<sup>11</sup>

Hiergegen kann man sicher einwenden, dass viele Studiengänge nicht auf die Ausübung eines bestimmten Berufes ausgerichtet sind, sondern Kenntnisse vermitteln, die für Tätigkeiten verschiedener Berufsfelder nüt-

lich sind. Dem soll nicht widersprochen werden. Aus diesem Grund ist das vordergründige Ziel des Studiums, dass die Studierenden sich auch außerhalb der Universität und ohne die Anleitung eines Hochschullehrers eine eigene wissenschaftliche Meinung erarbeiten können. Die Fähigkeiten hierzu werden ihnen während ihres Studiums vermittelt. Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich das Studium nicht von einer Ausbildung. Wie einem Auszubildenden wird den Studierenden während des Studiums das Handwerkszeug vermittelt, so dass sie am Ende des Studiums in der Lage sind, nicht nur bereits vorhandene wissenschaftliche Erkenntnisse zu verstehen, sondern auch eigene wissenschaftliche Erkenntnisse zu erarbeiten.<sup>12</sup>

Mit dem Abschluss eines Studiums sind die Studierenden also befähigt, eigenständig am wissenschaftlichen Prozess teilzunehmen. In dem Moment, in dem die Studierenden tatsächlich in der Wissenschaft tätig werden, steht ihnen auch der Schutz der Wissenschaftsfreiheit zu. Doch eben nur ab diesem Moment. Allein der Umstand, dass sie zu Wissenschaft, Forschung und Lehre befähigt sind, bedeutet noch nicht, dass die Studierenden sich auch tatsächlich in Forschung und Lehre betätigen. Nur in dem Fall der Ausübung ist der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eröffnet. Daher hat die bloße Ausübung eines Berufes, den man nach dem Abschluss eines Studiums ergreift, auch nicht zur Folge, dass man sich auf den Grundrechtsschutz der Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Ohne wissenschaftlich tätig zu werden, stellt sich die Frage nach dem Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 3 GG nicht. Stattdessen ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet und Eingriffe in die Ausübung eines Berufes werden am Maßstab der Berufsfreiheit geprüft. Es ist die logische Folge, dass den Studierenden während des Studiums der Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG und nicht aus Art. 5 Abs. 3 GG zustehen sollte.<sup>13</sup>

Dieser Umstand zeigt auch auf, dass für die Beurteilung, aus welchem Grundrecht sich die Lern- und Studierfreiheit ableiten lässt, weder auf einen vergangenen noch einen zukünftigen Zeitpunkt abgestellt werden kann. Maßgeblich kann nur die gegenwärtige Betroffenheit sein. Zum Zeitpunkt des Studiums besteht lediglich

<sup>9</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 126.

<sup>10</sup> Geck, Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL Bd. 27 (1969), S. 143 (156 ff.); Kimminich, Die Rechtsstellung des Studenten im Wandel des Universitätsbegriffs, DVBl. 1968, 679 (683); ders., Grundgesetz und Gruppenuniversität, WissR Bd. 6 (1973), S. 193 (206 ff.); Pieroth, Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule, 1975, S. 140; Rupp, Die Stellung des Studenten in der Universität, VVDStRL Bd. 27 (1969), S. 113 (135) – a. A. Lüthje, in: Denninger, HRG, 1984, § 3 Rn. 45 f.; Hauck/Lüthje,

Wissenschaftsfreiheit durch Mitbestimmung, 1970, S. 15, 17 ff., 25 ff.; Köttgen, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S.

66; Rinken, Verfassungsrechtliche Aspekte zum Status des Studenten, JuS 1968, 257 (262 f.).

<sup>11</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 127.

<sup>12</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 127.

<sup>13</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 127.

die abstrakte Möglichkeit, dass die Studierenden zukünftig einmal forschend oder lehrend tätig werden. Dies reicht jedoch nicht aus, um sich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen zu können. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Großteil der Studierenden nach dem Studienabschluss nicht in der Wissenschaft tätig werden wird, sei es, weil sie ihr Studium nicht abschließen, oder, weil sie keine Wissenschaft betreiben wollen.<sup>14</sup>

Ungeachtet dessen darf aber nicht verkannt werden, dass Studierende, die unabhängig von ihrem Studium forschend tätig werden, sich auf den Schutz der Wissenschaftsfreiheit berufen können. Allein der Umstand, dass sie an einer Universität eingeschrieben sind, führt nicht dazu, dass ihnen der Grundrechtsschutz des Art. 5 Abs. 3 GG nicht zusteht. Nur die Lern- und Studierfreiheit, die ihnen im Rahmen ihres Studiums verfassungsrechtlichen Schutz garantiert, steht ihnen nicht aus Art. 5 Abs. 3 GG zu, sondern aus Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>15</sup>

Dass die Lern- und Studierfreiheit vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst sein muss, zeigt auch der Umstand, dass das Studium zunehmend als notwendiger Bestandteil der Berufsausbildung angesehen wird. Die Wissenschaft als eine methodische Erkenntnisuche tritt immer mehr in den Hintergrund. Die Wissenschaftsfreiheit schützt zwar jeden, der darlegen kann, dass er nicht nur Erkenntnisse anwenden, sondern sie auf systematische und kritische Weise gewinnen will.<sup>16</sup> Auf die Studierenden, die das Studium lediglich als Vorbereitung auf die Ausübung eines späteren Berufs ansehen, trifft dies jedoch nicht zu. Eine solche Einstellung lässt wenig Raum für die Suche nach neuen Erkenntnissen. Im Vordergrund steht allein das Erlernen von bereits gewonnenen Kenntnissen und ihrer Anwendung.<sup>17</sup>

So stimmt es zwar, dass die Lern- und Studierfreiheit ein tatsächliches Korrelat<sup>18</sup> oder auch Spiegelbild<sup>19</sup> der Lehrfreiheit bildet. In dieser Eigenschaft ist die Lern- und Studierfreiheit jedoch nicht mehr als ein rechtlicher Reflex der Lehrfreiheit.<sup>20</sup> Als ein zur Lehrfreiheit gleichrangiges Komplementärrecht kann die Lern- und Stu-

dierfreiheit gerade nicht qualifiziert werden.<sup>21</sup> Die Lehrfreiheit steht als ein subjektives Individualrecht nur den Lehrenden zu. Der Dialog allein führt nicht dazu, dass den Lernenden als Gegenüber im dialogischen Prozess ein eigenständiges Recht subjektiver Lern- und Studierfreiheit zugesprochen werden kann.<sup>22</sup>

Die Lern- und Studierfreiheit ist somit nicht von Art. 5 Abs. 3 GG, sondern von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>23</sup>

## 2. Berufsfreiheit

Die Lern- und Studierfreiheit stellt somit ein von Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Grundrecht dar. Dieses Grundrecht umfasst viele Einzelfreiheiten. So wird nicht nur die freie Wahl von Studienort und Studienfach garantiert, sondern auch die freie Gestaltung des Studiums. Die Gestaltungsfreiheit muss dem Studierenden umfassend gewährleistet werden, alles andere käme einem Eingriff gleich.<sup>24</sup>

Von dieser Gestaltungsfreiheit umfasst ist auch die Entscheidung der Studierenden, ob sie an einer Lehrveranstaltung teilnehmen möchten oder ob sie von der Teilnahme absehen. Entscheiden sie sich für die Teilnahme an einer Lehrveranstaltung, steht den Studierenden auch das Recht auf aktive Teilnahme an einer Lehrveranstaltung zu.

Vor allem dem Recht auf aktive Teilnahme an einer Lehrveranstaltung kommt im Hinblick auf die Rechtfertigung von Anwesenheitspflichten besondere Bedeutung zu.<sup>25</sup>

## III. Die Anwesenheitspflicht als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff

Allein der Umstand, dass den Studierenden ein verfassungsrechtlich garantierter Schutz der Lern- und Studierfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zusteht, bedeutet nicht, dass dieser nach allen Seiten umfassend ist. Beschränkungen und Verkürzungen können durch Eingriffe erfolgen. Es drängt sich daher die Frage auf, ob Anwe-

<sup>14</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 128.

<sup>15</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 128.

<sup>16</sup> Siehe dazu Fries, Die Rechtsstellung der Studenten innerhalb der wissenschaftlichen Hochschule, 1974, S. 56.

<sup>17</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 128.

<sup>18</sup> Geck, Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL Bd. 27 (1969), S. 143 (156).

<sup>19</sup> Köttgen, Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S. 66.

<sup>20</sup> Kimminich, Grundgesetz und Gruppenuniversität, WissR Bd. 6 (1973), S. 193 (211).

<sup>21</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, Stand September 2017, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113; für ein Komplementärrecht aber Nitsch/Gerhard/Offe/Preuß, Hochschule in der Demokratie, 1965, S. 202 ff.; Mallmann/Strauch, Verfassungsgarantie in der freien Wissenschaft, 1970, S. 70, 87 ff., 163.

<sup>22</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblatt, Stand September 2017, Art. 5 Abs. 3 Rn. 113.

<sup>23</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 129.

<sup>24</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 148.

<sup>25</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 148.

senheitspflichten in die Lern- und Studierfreiheit eingreifen. Sofern Anwesenheitspflichten in die Studien- und Prüfungsordnungen festgelegt sind, muss ein Eingriff sicherlich bejaht werden.<sup>26</sup> Grund dafür ist, dass die Verpflichtung zur Teilnahme den Studierenden ihr Wahlrecht nimmt, an der Lehrveranstaltung teilzunehmen oder sich die Unterrichtsinhalte im Eigenstudium anzueignen. Sobald in den Studien- und Prüfungsordnungen Anwesenheitspflichten angeordnet sind, wird die Präsenz zu einer verbindlichen Voraussetzung des Studiums und damit auch für den Erwerb eines zur Berufsausübung berechtigenden Abschlusses. In ihrer striktesten Anordnung kann die Anwesenheitspflicht daher zu einem faktischen Verbot des Selbststudiums führen. Anwesenheitspflichten greifen somit in die einfachgesetzlichen und auch verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte der Studierenden ein.<sup>27</sup> Nichts anderes kann daher gelten, wenn die Anwesenheit nicht explizit in den Studien- und Prüfungsordnungen genannt ist, sondern die Hochschullehrenden die Pflicht zur Anwesenheit eigenständig festlegen.

Ein Eingriff in die Lern- und Studierfreiheit muss ebenfalls bejaht werden, wenn die Anwesenheitspflicht zur Voraussetzung für den Erwerb von Leistungsnachweisen und Creditpoints gemacht wird. Ohne den Erwerb solcher Nachweise werden die Studierenden ihr Studium nicht beenden können. Der Abschluss des Studiums ist jedoch die Voraussetzung für die Aufnahme des angestrebten Berufs.<sup>28</sup> In der Konsequenz bedeutet die Pflicht zur Anwesenheit auch, dass beim Fernbleiben von Lehrveranstaltungen mit Anwesenheitspflichten der entsprechende Leistungsnachweis und die Gutschrift der Creditpoints für diese Veranstaltung verweigert werden kann. Insofern gilt für die Anwesenheitspflicht nichts anderes als für die Zulassung zu einer Prüfung oder die Prüfung selbst: Sie greift in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein und bedarf der Legitimation durch den Gesetzgeber.<sup>29</sup>

#### IV. Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Lehr- und Studierfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs ist jedoch noch kein Indiz für die Rechtswidrigkeit der Anwesen-

heitspflicht. Eingriffe sind zwar rechtfertigungsbedürftig, aber in vielen Fällen auch rechtfertigungsfähig.<sup>30</sup> Ob die Rechtfertigung einer im Einzelfall bestehenden Anwesenheitspflicht gelingt, hängt davon ab, ob diese auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage beruht und formell sowie materiell verfassungsgemäß ist.<sup>31</sup>

##### 1. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Grundrechte müssen einschränkbar sein. Nur so kann gewährleistet werden, dass der Gebrauch von Grundrechten durch den Einzelnen nicht mit den Grundrechten anderer in verfassungswidriger Weise kollidiert.

Damit der grundrechtliche Schutz des Einzelnen jedoch nicht über das notwendige Maß hinaus eingeschränkt wird, muss es eine Eingriffsermächtigung geben, die verfassungskonform ausgestaltet ist. Die Festsetzung einer Anwesenheitspflicht ist daher nur gerechtfertigt, wenn sie sich auf eine zulässige Schranke der Berufsfreiheit stützt.<sup>32</sup>

##### a. Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG unterliegt die Berufsfreiheit einem Regelungsvorbehalt. Dies umfasst sämtliche Formen der berufsrechtlichen Regelung, angefangen von der konkretisierenden Ausgestaltung bis hin zur Grundrechtseinschränkung. Inhaltlich kann unterschieden werden zwischen berufsbeschränkenden, berufslenkenden und berufsfördernden Regelungen.<sup>33</sup>

Daneben kann Art. 12 Abs. 1 GG auf Grund von anderen Verfassungsnormen beschränkt werden. Besondere Relevanz kommt in diesem Zusammenhang kollidierenden Grundrechten zu.

##### b. Gesetzliche Ausgestaltung des Regelungsvorbehalts

Anwesenheitspflichten müssen als Eingriff in die Lern- und Studierfreiheit den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 GG entsprechen. Deshalb sind die maßgeblichen Leistungsanforderungen und Bewertungskriterien gesetzlich zu regeln. Alle Landeshochschulgesetze enthalten daher eine Ermächtigung zum Erlass von Studien- und Prüfungsordnungen. Sofern die Länder die Frage nach der Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in ihren Hochschulgesetzen nicht explizit gesetzlich ausgestaltet haben, kann die Regelung von Anwesenheits-

<sup>26</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, S. 159.

<sup>27</sup> Epping, Ist Dasein förderlich?, *WissR* Bd. 45 (2012), S. 112 (123); Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 159 f.

<sup>28</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 21.11.2017, Az.: 9 S 1145/16 = BeckRS 2017, 133435.

<sup>29</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 160.

<sup>30</sup> Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 102.

<sup>31</sup> Epping, *Grundrechte*, 7. Aufl. 2017, Rn. 46; Kingreen/Poscher, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 33. Aufl. 2017, Rn. 401; Sachs, *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, 3. Aufl. 2017, Kap. 10 Rn. 4.

<sup>32</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 162.

<sup>33</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 162 ff.

pflichten in den Prüfungs- und Studienordnungen erfolgen.<sup>34</sup>

In den Prüfungs- und Studienordnungen werden unter anderen die Anforderungen festgelegt, denen Studierende nachkommen müssen, um ihr Studium erfolgreich abzuschließen. So kann in den Prüfungs- und Studienordnungen vorgesehen werden, dass in einzelnen Lehrveranstaltungen, die nach dem Ziel des Studiums unabdingbar sind, die Teilnahme zwingende Voraussetzung für den Abschluss eines Studiums ist. In diesem Zusammenhang können auch Anwesenheitspflichten in den Prüfungs- und Studienordnungen angeordnet werden. Daneben können Anwesenheitspflichten beispielsweise als Leistungsnachweis dienen oder eine Zulassungsvoraussetzung zu einer Prüfung darstellen.<sup>35</sup>

Allerdings sind die Hochschulen in der Ausgestaltung der Satzungen nicht gänzlich frei. So müssen sie sicherstellen, dass die Regelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Studien- und Prüfungsordnungen müssen den Vorbehalt des Gesetzes wahren und in einem angemessenen Verhältnis zur Lern- und Studierfreiheit stehen. Eine Kollision mit der Lehrfreiheit der Hochschullehrenden ist dagegen nur denkbar, soweit von den gestellten Leistungsanforderungen Rückwirkungen auf die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltung ausgehen.<sup>36</sup>

#### c. Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

Nur solche Gesetze können den Grundrechtsschutz wirksam einschränken, die ihrerseits formell und materiell rechtmäßig sind.<sup>37</sup> So steht die mit Art. 12 Abs. 1 GG verfolgte Lern- und Studierfreiheit zwar unter einem Gesetzesvorbehalt, aber nur unter dem Vorbehalt der Verfassungsmäßigkeit des die Lern- und Studierfreiheit einschränkenden Gesetzes. In diesem Zusammenhang muss vornehmlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden.<sup>38</sup>

#### d. Materielle Verfassungsgemäßheit des einschränkenden Gesetzes

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass Grundrechtseingriffe einen legitimen Zweck verfolgen, der geeignet, erforderlich und angemessen ist.

##### aa. Legitimer Zweck

Im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG richtet sich der legitime Zweck nach dem anhand der Dreistufen-Theorie zu bemessenden legitimierenden Gemeinwohl.<sup>39</sup> Da Anwesenheitspflichten in die subjektive Berufsausübungsfreiheit eingreifen, müssen diese dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts dienen.<sup>40</sup>

Ein solches Gemeinschaftsgut wird in der Regel in den in der Prüfungsordnung beschriebenen Zielen des Studiums liegen. Das Studium soll die Grundlagen und wesentlichen Forschungsergebnisse in dem studierten Fach vermitteln und die Studierenden in der Anwendung fachwissenschaftlicher Methoden schulen. Durch das Erlernen von Kenntnissen und Fähigkeiten, die sich unter dem Begriff der Lernziele zusammenfassen lassen, sollen die Studierenden auf die spätere Ausübung des angestrebten Berufes vorbereitet werden. So wird gewährleistet, dass ein gewisser Leistungsstandard und eine hinreichende Bereitschaft zur Leistungsfähigkeit im jeweiligen Berufsbild erreicht und gehalten wird.<sup>41</sup>

Dass Studierende die in der Prüfungsordnung festgelegten Lernziele erreicht haben, weisen die Studierenden durch das Ablegen einer Prüfung nach. Ist eine Prüfung nicht möglich oder vorgesehen, können Anwesenheitspflichten diese Nachweisfunktion übernehmen. Es fällt leichter, einem Studierenden, der zur regelmäßigen Teilnahme angehalten ist, die Aneignung der vermittelten Inhalte zu unterstellen, als einem, der nie eine Lehrveranstaltung besucht hat.<sup>42</sup> Folglich eignen sich Anwesenheitspflichten, die Fähigkeit zur wissenschaftlichen Arbeit zu schulen. Durch die Pflicht zur regelmäßigen Teil-

<sup>34</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 162 ff.; 194.

<sup>35</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 206 f.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.08.2005, Az.: 6 BN 1/05 = DÖV 2006, 518.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 15.02.2006, Az.: 1 BvR 357/05 = NJW 2006, 751; Degenhart, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 61 Rn. 74; Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 35.

<sup>38</sup> BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az.: 1 BvR 253 56 = NJW 1957, 297; Degenhart, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 61 Rn. 74; Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 36.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.10.1973, Az.: 1 BvR 459 u. 477/72 = NJW 1974, 30; Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6.

Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 126; Sachs, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, Kap. 24 Rn. 36, 41 f.; Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 803.

<sup>40</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 240.

<sup>41</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.3.1997, Az. 2 A 13091/95 = BeckRS 1997, 2117; Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 240 f.

<sup>42</sup> Auch wenn die Möglichkeit besteht, dass sich einige Teilnehmer während der Lehrveranstaltung mit anderen Dingen beschäftigen, wird dies eher eine Ausnahme bleiben.

nahme wird gleichzeitig dem Entstehen von Wissenslücken durch Abwesenheit vorgebeugt. Anwesenheitspflichten stellen somit eine gewisse Kontrollinstanz hinsichtlich des angestrebten Lernerfolges dar. Zudem bereiten sie den Studierenden auf den Leistungsnachweis in der jeweiligen Lehrveranstaltung vor und leisten dadurch einen Beitrag zur Prüfungsfähigkeit.<sup>43</sup>

Da Anwesenheitspflichten einen Beitrag zum Erreichen der in den Studien- und Prüfungsordnungen festgelegten Lernziele leisten, dienen sie somit auch dem Schutz des Volkes als besonders wichtiges „*absolutes*“ Gemeinschaftsgut.<sup>44</sup>

#### bb. Geeignetheit

Die Verpflichtung zur regelmäßigen Teilnahme erleichtert in jedem Studienabschnitt das Bestehen einer Prüfung und damit das Erlangen einer entsprechenden wissenschaftlichen Berufsqualifikation. Vor allem in Lehrveranstaltungen, deren Schwerpunkt auf dem wissenschaftlichen Diskurs liegt, tragen Anwesenheitspflichten dazu bei, dass ein solcher überhaupt entstehen kann. Im Rahmen eines wissenschaftlichen Gesprächs lassen sich wissenschaftliche Methoden erproben und einüben mit der Folge, dass Lernziele tatsächlich erreicht werden. Hiergegen lässt sich zwar einwenden, dass nicht garantiert werden kann, ob die Studierenden den Inhalten des Lehrenden tatsächlich folgen werden und die vermittelten Kenntnisse erwerben. Eine solche Garantie besteht jedoch auch bei der freiwilligen Teilnahme nicht. Hierauf kommt es bei der Geeignetheit aber auch nicht an. Entscheidend ist allein, dass eine abstrakte Möglichkeit zur Zweckerreichung besteht,<sup>45</sup> was zu bejahen ist.<sup>46</sup>

#### cc. Erforderlichkeit

Wird zunächst das legitime Ziel in den Blick genommen, dass Studierende ihre Lernziele erreichen sollen, kann die Anwesenheitspflicht nicht uneingeschränkt für

erforderlich gehalten werden. So gibt es Lehrveranstaltungen, deren Inhalte sich auch im Selbststudium<sup>47</sup> erlernen lassen. Das Selbststudium bietet den Vorteil, dass der individuelle Charakter des Lernens berücksichtigt wird. Dies führt nicht nur zu mehr Effektivität, sondern verhindert auch den Zwang zu ungeeignetem Lernverhalten.<sup>48</sup>

Allerdings stellt das Selbststudium kein milderes Mittel gleicher Wirkung gegenüber jeder Form von Lehrveranstaltungen dar. So gibt es Lehrveranstaltungen, deren Inhalte sich nicht im Eigenstudium erlernen lassen oder bei denen mangels Abschlussprüfung keine Kontrollinstanz hinsichtlich des erreichten Wissensstandes der Studierenden besteht. Gerade an einer hinreichenden Kontrolle wird die Allgemeinheit ein großes Interesse haben. Sie muss auf die Kenntnisse des ausgebildeten Studierenden vertrauen können, beispielsweise wenn sie von einem Arzt oder einer Ärztin behandelt oder einem Anwalt oder einer Anwältin vertreten wird. Ob das Eigenstudium daher als ein milderes Mittel gleicher Wirkung zu bewerten ist, hängt von der Art der Lehrveranstaltung ab.<sup>49</sup>

Während die Anwesenheit in einer Vorlesung mangels wissenschaftlichen Diskurses nicht verlangt werden kann, ist ihre Erforderlichkeit in einem Seminar zu bejahen. Dies gilt jedenfalls, solange die wissenschaftliche Auseinandersetzung im Vordergrund steht oder sich die vermittelten Kenntnisse in einer Prüfung nicht abfragen lassen. Auszuschließen ist die Notwendigkeit der Anwesenheitspflicht daher nur, wenn sie lediglich eine Voraussetzung der Zulassung zur Prüfung darstellt.<sup>50</sup>

Eine Anwesenheitspflicht in Vorlesungen kann allenfalls als erforderlich erachtet werden, wenn die Entlastung der Universitäten hinsichtlich des Prüfungswesens als legitimes Ziel zugrunde gelegt wird. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass mit der Verpflichtung zur Teilnahme an der Lehrveranstaltung die Zahl der nicht bestandenen Prüfungen reduziert wird.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 241.

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.12.1965, Az.: 1 BvL 14/60 = NJW 1966, 291 mit Hinweis auf BVerfG, Urt. v. 11.06.1958, Az.: 1 BvR 596/56 = NJW 1958, 1035; VGH Mannheim, Urt. v. 21.11.2017, Az.: 9 S 1145/16 = BeckRS 2017, 133435 Rn. 46; Böttner, Wenn ihr's nicht fühlt, ihr werdet's nicht erjagen – Zur Anwesenheitspflicht im Studium im sächsischen Hochschulrecht, SächsVBl. 2015, 244 (246).

<sup>45</sup> Schleiermacher, in: E. Müller, Gelegentliche Gedanken über Universitäten, 1990, S. 159 (188) verweist darauf, dass auch viele an die Universität kommen, die eigentlich nicht für die Wissenschaft tauglich seien und die Lernziele daher nicht erreichen würden

<sup>46</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 247.

<sup>47</sup> Gemeint ist in diesem Zusammenhang nicht das teilweise vom Gesetz vorgeschriebene Selbststudium, durch das dem Studierende die selbstständige Vorbereitung und Vertiefung der vermittelten Inhalte ermöglicht werden soll. Dieses Recht muss den Studierenden unabhängig davon eingeräumt werden, ob eine Anwesenheitspflicht angeordnet ist oder nicht.

<sup>48</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 277.

<sup>49</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 277.

<sup>50</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 277.

<sup>51</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 277 f.

## dd. Angemessenheit

Unter der Prämisse, dass die Anwesenheit nicht ausnahmslos in jeder Lehrveranstaltung angeordnet wird, ist die Anwesenheitspflicht angemessen im Sinne der Verhältnismäßigkeit.

Zwar gibt es durchaus Argumente, die gegen die Angemessenheit der Anwesenheitspflicht sprechen, wie etwa der mit der Anwesenheit einhergehende Verlust von Flexibilität und freier Zeiteinteilung im Studium. Im Rahmen einer Gesamtabwägung reichen diese Argumente jedoch nicht aus, um Anwesenheitspflichten als einen unangemessenen Eingriff in die Lern- und Studierfreiheit zu bewerten. Der Schutz der Lern- und Studierfreiheit muss hinter den mit einer Anwesenheitspflicht verfolgten legitimen Zwecken zurückstehen.<sup>52</sup>

Es darf vor allem nicht außer Acht gelassen werden, dass der Freiheit des Studiums die Verpflichtung zum ordnungsgemäßen Absolvieren eines Studiums gegenübersteht.<sup>53</sup> Entscheidet sich der oder die Studierende für die Aufnahme eines Studiums, liegt darin zugleich das freiwillige Einverständnis zur Übernahme solcher Verpflichtungen, die mit dem Studium notwendigerweise verknüpft sind. Die Universitäten versuchen die Studierenden durch pädagogische Hilfestellung und didaktische stufenweise Einführung hierbei zu unterstützen. Trotz ihres Erziehungsauftrages sind die Universitäten dazu angehalten, den Studierenden nicht mehr Anstrengungen zuzumuten als notwendig erscheint.<sup>54</sup> Um diese Erfordernisse in Ausgleich zu bringen, werden in den Lehrveranstaltungen daher in der Regel nur Kenntnisse vermittelt, die die Studierenden zum erfolgreichen Abschluss des Studiums benötigen und sie auf das spätere Berufsleben vorbereiten.<sup>55</sup>

Mit der Anwesenheitspflicht wird auch der legitime Zweck verfolgt, dass die Studierenden zum Schutz der Allgemeinheit die mit dem Studium verfolgten Ziele erreichen. Eine Möglichkeit, zu überprüfen, ob die Ziele erreicht werden, liegt sicherlich in der Abschlussprüfung. Allerdings lassen sich nicht alle in einer Lehrveranstaltung vermittelten Inhalte in einer Prüfung abfragen. Dies gilt in erster Linie für die in einem Seminar er-

lernte Fähigkeit, Diskussionen zu führen. Anwesenheitspflichten geben eine Bestätigung, dass die Studierenden die vermittelten Inhalte tatsächlich aufgenommen haben, die sich in einer Prüfung nicht abfragen lassen. Zudem wird gewährleistet, dass eine Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Theorien erfolgt und die Studierenden zur eigenverantwortlichen Arbeit auf theoretischem, empirischem und praktischem Gebiet befähigt werden.<sup>56</sup>

## 2. Fazit

Anwesenheitspflichten greifen unmittelbar in die Freiheit der Studierenden ein. Als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Lern- und Studierfreiheit sind Anwesenheitspflichten aber auch rechtfertigungsfähig.

In den Prüfungs- und Studienordnungen, zu deren Erlass die Universitäten durch die Hochschulgesetze als formelle Gesetze ermächtigt werden, liegt in der Regel die gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Anwesenheitspflichten.

Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit von Anwesenheitspflichten ist allerdings danach zu differenzieren, in welcher Lehrveranstaltung sie angeordnet werden. Die Anordnung von Anwesenheitspflichten soll den Studierenden das Erreichen ihrer Studienziele erleichtern und die Universitäten entlasten. An der Geeignetheit dieser legitimen Ziele bestehen keine Zweifel. Die Erforderlichkeit kann indes nur bejaht werden, wenn keine milderen Mittel gleicher Wirkung ersichtlich sind.

Das Eigenstudium könnte als ein milderes Mittel gleicher Wirkung anzuerkennen sein. Der Vorteil des Eigenstudiums liegt darin, dass die Studierenden ihr Studium an ihren individuellen Bedürfnissen ausrichten können und sich der individuelle Charakter des Lernens frei entfalten kann.

Bei Vorlesungen, die der reinen Wissensvermittlung dienen, ist Erforderlichkeit von Anwesenheitspflichten daher zu verneinen. Im Übrigen hängt die Frage der Erforderlichkeit maßgeblich von der Art der Lehrveranstaltung sowie der Möglichkeit der Lernkontrolle ab. Werden Kenntnisse vermittelt, die sich in einer Prüfung

<sup>52</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 297.

<sup>53</sup> Nolden, in: Nolden/Rottmann/Brinktrine/Kurz, Sächsisches Hochschulgesetz, 2010, S. 16; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 Rn. 380.

<sup>54</sup> VG Berlin WissR Bd. 8 (1975), S. 183 (185); BVerwG, Urt. v. 30.03.1978, Az.: 5 C 20/76 = JZ 1978, 470; Reich, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 29; zum Leistungsprinzip Knöpfle, in: Leibholz, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag,

1974, S. 591 (604).

<sup>55</sup> BVerwG, Urt. v. 30.03.1978, Az.: 5 C 20/76 = JZ 1978, 470; Knöpfle, in: Leibholz, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S. 591 (597); Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 297.

<sup>56</sup> Epping, Ist Dasein förderlich?, WissR Bd. 45 (2012), S. 112 (118 f.); Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 298.

abfragen lassen, spricht dies gegen die Erforderlichkeit von Anwesenheitspflichten.

Anwesenheitspflichten sind im Rahmen ihrer Erforderlichkeit auch angemessen. Der durch sie erfolgende Eingriff in die Lern- und Studierfreiheit steht nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck, dass die Studierenden ihre Lernziele erreichen und die Universitäten entlastet werden.

Unter diesen Prämissen greifen Anwesenheitspflichten nicht in ungerechtfertigter Weise in die Lern- und Studierfreiheit ein. Universitäten dürften demzufolge weiterhin Anwesenheitspflichten anordnen.

## V. Die Zulässigkeit eines Verbots von Anwesenheitspflichten

Mit einem gesetzlichen Verbot von Anwesenheitspflichten greift der Landesgesetzgeber jedoch in das Selbstverwaltungsrecht von Universitäten und Fakultäten sowie in die Lehrfreiheit der Hochschullehrenden ein. Im Staatsgefüge obliegt den Universitäten die Erfüllung der akademischen Angelegenheiten. Da sie in diesem Bereich grundrechtsberechtigt sind, garantiert ihnen der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG die vom Staat unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Im Innenverhältnis der Universität sind es allerdings die Fakultäten, die für die spezifischen Aufgaben der Lehre zuständig sind. Sie sind berechtigt, in den Studien- und Prüfungsordnungen Regelungen zu den Anwesenheitspflichten zu treffen. Daneben können auch die Hochschullehrenden die Anwesenheit anordnen, sofern ihnen dieses Recht nicht durch gesetzliche Regelungen untersagt wird. Die Lehrfreiheit garantiert ihnen die Wahl und die eigenständige Gestaltung ihrer Lehrveranstaltungen.<sup>57</sup>

Die Rechtfertigung eines Eingriffs durch den Gesetzgeber in das Selbstverwaltungsrecht der Universitäten und Fakultäten und in die Lehrfreiheit der Hochschulprofessorinnen und -professoren gelingt jedoch nicht. Das Verbot von Anwesenheitspflichten muss nicht nur auf eine gesetzliche Grundlage zurückzuführen sein, sondern auch verhältnismäßig sein. Statt die Anordnung vollständig zu verbieten, könnte der Gesetzgeber das Verbot von Anwesenheitspflichten auch unter einen Erlaubnisvorbehalt stellen oder in das Ermessen der Universitäten legen. Ferner steht ihm das Recht der nach-

träglichen Rechtskontrolle offen. Diese Möglichkeiten sind als mildere Mittel gleicher Wirkung zu qualifizieren, so dass die Erforderlichkeit und damit auch die Verhältnismäßigkeit des Verbotes zu verneinen ist.<sup>58</sup>

Zudem wäre ein gesetzliches Verbot im Hinblick auf die Lehrfreiheit auch nicht angemessen. Für die Hochschullehrenden hat das Verbot von Anwesenheitspflichten zur Folge, dass ihnen die Durchführung von solchen Lehrveranstaltungen unmöglich gemacht wird, in denen sie auf die regelmäßige und terminübergreifende Teilnahme der Studierenden angewiesen sind. Dem Eingriff überwiegt auch nicht der Schutz der Lern- und Studierfreiheit als kollidierendes Verfassungsrecht. Studierende haben im Hinblick auf die verpflichtende Teilnahme an Lehrveranstaltungen Einschränkungen in ihre Rechte hinzunehmen. Grund hierfür ist, dass die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dass die Studierenden ihre Lernziele erreichen. Anwesenheitspflichten stellen das Medium dar, dass dieses Ziel sicherstellen kann.<sup>59</sup>

Das Verbot von Anwesenheitspflichten führt auch im Innenverhältnis der Universitäten zu rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriffen. Da die Universitäten im Innenverhältnis grundrechtsverpflichtet sind, greifen sie durch die Anordnung eines Verbots von Anwesenheitspflichten oder die Versagung einer Studien- oder Prüfungsordnung, die Anwesenheitspflichten anordnet, in das Selbstverwaltungsrecht der Fakultäten und die Lehrfreiheit der Hochschulprofessorinnen und -professoren ein. Dieser Eingriff kann jedoch nicht zu Schutz der Lern- und Studierfreiheit als kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Studierende haben einen Eingriff aufgrund des Ausbildungsauftrags hinzunehmen.<sup>60</sup>

Verbieten die Fakultäten, die sich wie die Universitäten auch in einer janusköpfigen Grundrechtssituation befinden, die Anordnung von Anwesenheitspflichten, gelingt die Rechtfertigung nur teilweise. Grundsätzlich muss es den Hochschullehrenden überlassen bleiben, die Methode ihrer Lehrveranstaltung eigenständig festzusetzen. Etwas anderes gilt allerdings, wenn die Hochschullehrenden die Anwesenheit als Zulassungsvoraussetzung zu Prüfungen erklären wollen. Zum Schutz der Studierenden sind die Prüfungsvoraussetzungen in den Prüfungsordnungen festzulegen. Ihr Erlass liegt allerdings im Zuständigkeitsbereich der Fakultäten.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 410.

<sup>58</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 410 f.

<sup>59</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehr-

veranstaltungen, 2020, S. 411.

<sup>60</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 411.

<sup>61</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 411.

## VI. Ausblick

Die Normierung von Anwesenheitspflichten, wie sie in § 64 Abs. 2a HG NRW a.F. erfolgt ist, ist verfassungswidrig. Das Verbot von Anwesenheitspflichten greift in nicht zu rechtfertigender Weise in die Rechte der Hochschullehrenden, Fakultäten und Hochschulen ein. Die Anordnung von Anwesenheitspflichten greift zwar in die Lern- und Studierfreiheit der Studierenden ein. Dieser Eingriff ist aber rechtfertigungsfähig. Daher kann ein Eingriff in die Lehrfreiheit der Hochschullehrenden bzw. in das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen und Fakultäten nicht zugunsten der Lern- und Studierfreiheit als verfassungsunmittelbare Schranke gerechtfertigt werden.<sup>62</sup>

Aus diesem Grund ist den anderen Bundesländern nur zu raten, von ähnlichen Regelungen wie § 64 Abs. 2a

HG NRW abzusehen. Der Umstand, dass § 64 Abs. 2a HG NRW im Rahmen der Novellierung des Hochschulgesetzes wieder gestrichen worden ist, zeigt, dass auch die Verantwortlichen an der Verfassungsgemäßheit dieser Norm gezweifelt haben.<sup>63</sup>

Nach Studium an der Universität zu Köln und Promotion bei Prof. Dr. Kempen, hat Sarah Gronemeyer bis zuletzt als Anwältin bei Friedrich Graf von Westfalen in Köln gearbeitet und fängt zum neuen Jahr im öffentlichen Dienst an.

<sup>62</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 415 f.

<sup>63</sup> Gronemeyer, Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen, 2020, S. 415 f.

# Monika Muhr

## *KI-Schöpfungen und Urheberrecht*

Mit dem vorliegenden Beitrag möchte die Verfasserin auf ihre erst kürzlich im Verlag Duncker & Humblot erschienene Dissertation „KI-Schöpfungen und Urheberrecht“ aufmerksam machen und diese in ihren wesentlichen Untersuchungsfragen und -ergebnissen vorstellen.

Die Untersuchung „KI-Schöpfungen und Urheberrecht“ beschäftigt sich mit der Frage nach dem Umgang des Urheberrechts mit dem noch relativ jungen technischen Phänomen von KI-Schöpfungen. Darunter versteht die Verfasserin solche urheberrechtlich relevanten Werke, bei denen der eigentliche Schöpfungsakt durch den Computer selbst mittels Verfahren der künstlichen Intelligenz erfolgt ist. Als Arbeitsbeispiel dient der Untersuchung das Kunstwerk „Edmond de Belamy“, das durch seine Versteigerung im Auktionshaus Christies für knapp eine halbe Million Dollar im Oktober 2018 weltweit für Aufsehen gesorgt hat.<sup>1</sup> Diesem Werk liegt ein Verfahren künstlicher Intelligenz zugrunde, bei dem Computer auf der Grundlage von künstlichen neuronalen Netzen als computertechnischer Nachbildung des menschlichen Nervensystems maschinell lernen können und dadurch in die Lage versetzt werden, in bestehenden Daten Muster zu erkennen und diese Erkenntnisse anschließend auf neue Daten anzuwenden sowie auch neue Daten zu generieren.

### I. KI-Schöpfungen und Werkbegriff

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Feststellung, dass KI-Schöpfungen anders als frühere computertechnisch

unterstützte Werke den Werkbegriff nicht mehr erfüllen können, da ihnen keine persönliche Schöpfung im Sinne einer menschlichen gestalterischen Tätigkeit mehr zugrunde liegt, die sowohl nach dem deutschen als auch nach dem europäischen Werkbegriff zwingend erforderlich ist.<sup>2</sup> Die Untersuchung zeigt anhand der Digitalisierung in der Kunst auf, wie der Computer zunächst als Hilfsmittel Eingang in den kreativen Schaffensprozess gefunden und sich mit den neuen technischen Möglichkeiten maschinellen Lernens schließlich vom Menschen emanzipiert und selbst zum Künstler entwickelt hat.<sup>3</sup>

Der Schaffensprozess durch künstliche Intelligenz wird zwar von einer Vielzahl von Menschen begleitet, unter denen die Untersuchung entsprechend der wesentlichen Funktionen Programmierer, Trainer und Verwerter unterscheidet. Deren Unterstützungs- und Investitionsleistungen sind einem Urheberrechtsschutz allerdings nicht zugänglich, da sie der eigentlichen Schöpfung vor- oder nachgelagert sind. Der Programmierer programmiert lediglich die sog. Programmbibliothek, die die für die Konfiguration künstlicher neuronaler Netze erforderlichen Funktionen in der Art eines Baukastensystems zur Verfügung stellt.<sup>4</sup> Ausgehend von dieser Programmbibliothek konfiguriert<sup>5</sup> der Trainer anschließend die konkret auf die jeweilige Aufgabe zugeschnittenen künstlichen neuronalen Netze und pflegt diesen die sog. Trainingsdaten ein, mit denen der Lernprozess in Gang gesetzt wird. Der Trainer überwacht diesen Trainingsvorgang und stellt zudem Rechenleis-

1 Siehe z.B. bei <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst/christie-s-versteigert-ki-kunst-15857095.html> (letzter Zugriff am 05.12.2022); <https://www.zeit.de/kultur/kunst/2018-10/kuenstliche-intelligenz-versteigerung-gemaelde-algorithmus-christie-s-auktionshaus>; <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/kuenstliche-intelligenz-christie-s-erzielt-mit-ki-gemaelde-432-500-dollar-a-1235226.html>. (letzter Zugriff am 05.12.2022)

2 So auch Deutscher Bundestag, Künstliche Intelligenz und Machine Learning – Eine urheberrechtliche Betrachtung, WD 10 – 3000 – 67/18, S. 19; Peifer, in: Urheberrecht!, Festschrift für Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, 2018, 222 (226 f.); Maggiore, in: Bonadio/Lucchi (Hrsg.), Non-Conventional Copyright, 2018, 382 (396); Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574 (579); Lauber-Rönsberg, GRUR 2019, 244 (247); Dornis, GRUR 2019, 1252 (1254); Zech, GRUR Int. 2019, 1145 (1147); Nägele/Apel, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 7 Rn. 40; Heinze/Wendorf, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und Robotik,

2020, § 9 Rn. 64; Wang, in: Dederer/Shin (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen, 2021, S. 81 (83); Dornis, GRUR 2021, 784, 785; differenzierend Gomille, JR 2019, 469 (473); Ory/Sorge, NJW 2019, 710 (711); a. A. Haberstumpf, ZGE 2020, 355 (379); Grätz, Künstliche Intelligenz im Urheberrecht, 2021, S. 102, 104, 127, 130; Specht, in: IT-Recht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Jürgen Taeger, 2020, 711 (717).

3 So auch Guadamuz, OMPI Magazine 2017, 14 (16); Yanisky-Ravid, Mich. St. L. Rev. 2017, 659 (670); Yansiky-Ravid/Velez-Hernandez, 19 Minn. J. L. Sci. & Tech. 2018, 1 (16 f.); Maggiore, in: Bonadio/Lucchi (Hrsg.), Non-Conventional Copyright, 2018, 382 (383); Heinze/Wendorf, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 9 Rn. 61; Dornis, GRUR 2021, 784, (789); a.A. Grimmelmann, Columbia Journal of Law & the Arts 39,, 2016, 403.

4 Vgl. hierzu auch Hartmann/Prinz, DSRITB 2018, 769 (773).

5 Siehe hierzu näher auch bei Ehinger/Stiemerling, CR 2018, 761 (762 f.); Hartmann/Prinz, DSRITB 2018, 769 (773).

tung zur Verfügung. Den eigentlichen Schöpfungsakt übernimmt danach allerdings der Computer, der vom Menschen autonome Gestaltungsentscheidungen trifft, die dieser nicht mehr plant oder steuert, sodass die für den urheberrechtlichen Schöpfungsbegriff unabdingbare Unmittelbarkeit zwischen dem geistigen Vorgang und dem Ergebnis nicht mehr gegeben ist.<sup>6</sup> Erst für die Vermarktung der KI-Schöpfungen treten nach Abschluss des maschinellen Schaffensprozesses wieder menschliche Verwerter auf den Plan.

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet ausgehend von diesen Feststellungen die Frage, wie mit dieser aktuell bestehenden Gemeinfreiheit von KI-Schöpfungen sinnvoll umgegangen werden soll.

## II. Schutzlücke hinsichtlich KI-Schöpfungen

Hierfür wird zunächst untersucht, ob das Fehlen eines urheberrechtlichen Schutzes für KI-Schöpfungen überhaupt zu einer Schutzlosigkeit von KI-Schöpfungen per se führt, also eine Schutzlücke im immaterialgüterrechtlichen Schutzgefüge besteht. Dabei werden sowohl die Möglichkeiten eines direkten Schutzes von KI-Schöpfungen über andere Schutzrechte wie Leistungsschutzrechte, das Patentrecht, das Designrecht, das Markenrecht, das Wettbewerbsrecht, das Geheimnisschutzrecht sowie über vertragliche Lösungen, als auch die Möglichkeiten eines indirekten Schutzes über die Vorprodukte auf dem Weg zur KI-Schöpfung Programmbibliothek, KI-System als fertig trainierte künstliche neuronale Netze und Trainingsdatensammlung geprüft.

Die Untersuchung kommt hier zu dem Ergebnis, dass die bestehenden Schutzmöglichkeiten nicht ausreichen, um eine Schutzlücke zu verneinen. Außerhalb des Urheberrechts bestehen für KI-Schöpfungen lediglich stark eingeschränkte Schutzmöglichkeiten durch die Leistungsschutzrechte für Laufbilder, Tonträger und Pressezeugnisse, sowie über das Vertrags- und Wettbewerbsrecht. Ein abgeleiteter Schutz über den Schutz der Vorprodukte Programmbibliothek und Trainingsdaten scheidet komplett aus, da diese der KI-Schöpfung zu weit vorgelagert sind, um einen berücksichtigungsfähigen Anteil an dieser zu haben. Über das fertige KI-System ist zwar ein abgeleiteter Geheimnisschutz für die KI-

Schöpfung als rechtsverletzendes Produkt denkbar. Dieser Schutz ist aber genauso wie ein etwaiger derivativer Patentschutz vernachlässigbar, da kaum ein Imitat über den beschwerlichen Weg über das KI-System hergestellt werden dürfte, sondern einfach und naheliegend durch Anfertigung einer Kopie der KI-Schöpfung.

## III. Schutzbedürftigkeit von KI-Schöpfungen aufgrund von Marktversagen

Das Bestehen einer Schutzlücke allein rechtfertigt allerdings noch keine Schaffung eines neuen Schutzrechts für KI-Schöpfungen. Hinzukommen muss die Schutzbedürftigkeit von KI-Schöpfungen im Sinne eines gesamtgesellschaftlichen Bedürfnisses nach dem Schutz von KI-Schöpfungen zur Verhinderung eines Marktversagens.

Für die Feststellung eines bereits bestehenden oder in naher Zukunft zu befürchtenden Marktversagens setzt sich die Untersuchung vertieft mit den Interessen der verschiedenen Marktakteure auf der Angebots- und Nachfrageseite des Marktes für KI-Schöpfungen auseinander. Den Marktakteuren Programmierer, Trainer und Verwerter auf der Angebotsseite werden auf der Nachfrageseite die Allgemeinheit sowie die einzelnen Konsumenten gegenübergestellt.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass Angebots- und Nachfrageseite des Marktes für KI-Schöpfungen bei Beibehaltung der aktuellen Rechtslage in kein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen sind, da die Eigenschaft von KI-Schöpfungen als öffentliche Güter, die Trittbrettfahrern schutzlos ausgeliefert sind, ein starkes Hemmnis auf der Angebotsseite darstellt. Das Angebot an KI-Schöpfungen wird ohne Schutzmöglichkeiten für diese hinter dem steigenden gesellschaftlichen Bedürfnis nach Teilhabe an Fortschritt und Innovation im Bereich künstliche Intelligenz zurückbleiben. Hinzu kommt die Gefahr, dass in Zukunft die Beteiligung von künstlicher Intelligenz am Schöpfungsprozess einfach gezeugnet werden könnte, um in den Genuss eines Schutzrechts zu kommen.<sup>7</sup> Neben den Nachteilen der Geheimhaltung von technischen Weiterentwicklungen für den gesamtgesellschaftlichen Fortschritt,<sup>8</sup> führt ein solcher Zustand vor allem auch zu Rechtsunsicherheit.

6 So auch *Europäisches Parlament*, Entwurf einer Entschließung vom 27.01.2017, 2015/2103 (INL), A8-0005/2017, 2017, S. 7 f.; *Bridy*, *Stan. Tech. L. Rev.* 5, 21 Rn. 50 (2012).

7 So auch *Samuelson*, 47 *U. Pitt. L. Rev.* 1985, 1185, (1226); *Schmid*, *Urheberrechtliche Probleme moderner Kunst und Computerkunst in rechtsvergleichender Darstellung*, 1995, S. 147 f.; *Hristov*, 57 *IDEA* 2016, 431 (450); *Dornis*, *GRUR* 2019, 1252 (1259); *Palace*,

71 *Fla. L. Rev.* 2019, 217 (237); *Lauber-Rönsberg*, *GRUR* 2019, 244 (249); *Freialdenhoven/Maamar/Mroß/Nordemann*, *Intellectual Property* 2020, 28 (31); *Heinze/Wendorf*, in: *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter*, *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 9 Rn. 75.

8 *Samuelson*, 47 *U. Pitt. L. Rev.* 1985, 1185, (1227); *Dornis*, *GRUR* 2019, 1252 (1259); *Grätz*, *Künstliche Intelligenz im Urheberrecht*, 2021, S. 180.

#### IV. Eignung eines Schutzrechts zur Auflösung des Marktversagens

Die Bejahung eines Marktversagens wirft die weitere Frage nach der Eignung eines Schutzrechts zur Verhinderung oder Beseitigung eines Marktversagens auf dem Markt für KI-Schöpfungen auf, da der Weg über den Gesetzgeber nicht zwangsläufig die beste Lösung für die Stabilisierung eines marktwirtschaftlichen Ungleichgewichts ist.<sup>9</sup>

An dieser Stelle bedient sich die Untersuchung des ökonomietheoretischen Instruments der ökonomischen Analyse, die einen Blick in eine hypothetische Zukunft de lege ferenda ermöglicht. Mit Hilfe des ökonomischen Verhaltensmodells wird das potenzielle Verhalten der Marktakteure auf eine immaterialgüterrechtliche Regelung zum Schutz von KI-Schöpfungen hin ermittelt und anschließend mit Hilfe der ökonomischen Bewertungskriterien bewertet.

Die Untersuchung kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Schaffung eines Schutzrechts für KI-Schöpfungen zu einer Steigerung des gesamtwirtschaftlichen Nutzens führen würde und damit als ökonomisch effizient zu bewerten wäre.

#### V. Integration des Schutzes von KI-Schöpfungen in das Immaterialgüterrecht

Aufbauend auf diese Erkenntnisse geht die Untersuchung schließlich noch der Frage nach, wie der Schutz von KI-Schöpfungen am besten in das bestehende Schutzrechtsgefüge integriert werden könnte. Hierbei werden im Sinne eines rechtsvergleichenden Ansatzes auch Überlegungen auf europäischer und internationaler Ebene, sowie aus den anglo-amerikanischen Rechtskreisen mit einbezogen und auf ihre Brauchbarkeit für das deutsche Recht untersucht.

Im Ergebnis liefert der Blick über den Tellerrand zwar einzelne gute Ideen, aber kein für das deutsche Urheberrechtsverständnis mit seinem tief verankerten Schöpferprinzip tragfähiges Konzept. Die Untersuchung möchte an dem vorrangig individualistisch begründeten deutschen Urheberrechtskonzept mit seinem in § 2 und § 7 UrhG fest verankerten personalistischen Kern festhalten. Die neuen technischen Realitäten sollen in das

bestehende Rechtsgefüge integriert und nicht umgekehrt das Urheberrecht bedingungslos wirtschaftlichen Erwägungen unterworfen werden. Der stellenweise bereits eingetretene Verlust an Konturenschärfe unseres Urheberrechts durch vor allem europäische Harmonisierungsbestrebungen darf nicht zum Anlass genommen werden, dessen grundsätzliche Ausrichtung auf die Person des Urhebers vollständig über Bord zu werfen und das Urheberrecht willkürlich dem Investitionsschutz zu öffnen. Anders als in den betrachteten Ländern des Copyright, in denen neben dem Urheberrecht weder ein Leistungsschutz- noch ein Lauterkeitsrecht existiert, ist in Deutschland eine derartige Öffnung des Urheberrechts auch nicht geboten.

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass der Schutz von KI-Schöpfungen systemkonform nur im Leistungsschutzrecht verortet werden kann und versucht sich an einem ersten Entwurf für ein mögliches neues Leistungsschutzrecht.

Interessengerecht kann Schutzrechtsinhaber dabei nur der Trainer der künstlichen neuronalen Netze sein, dessen unmittelbar der Schöpfung vorgelagerte Investitionen für die Konfiguration der künstlichen neuronalen Netze, das Einpflegen der Trainingsdaten, die Überwachung des maschinellen Lernprozesses, die Zurverfügungstellung von Rechenleistung und die Auswahl unter den computergenerierten Produkten im Gegensatz zu den Leistungen des Programmierers, der mindestens durch ein Urheberrecht für seine Programmierleistungen entlohnt wird, aktuell nicht amortisierbar sind.

Für einen Schutz für die künstliche Intelligenz selbst wie eine natürliche Person ist es im Urheberrecht noch zu früh, da eine starke künstliche Intelligenz, die nicht nur vorgegebene Aufgaben erfüllen, sondern völlig unabhängig vom Menschen existieren kann, noch nicht realisierbar ist.<sup>10</sup> Die im Haftungsrecht hierzu diskutierten Ansätze zur Ausgestaltung einer e-Person ähnlich einer juristischen Person sind nicht auf das Urheberrecht übertragbar, da KI-Systeme anders als juristische Personen keine handlungsunfähigen Zweckgebilde sind, sondern real existieren und vom Menschen autonome Entscheidungen treffen.<sup>11</sup>

Für die Übergangszeit bis zu einer gesetzlichen Regelung könnte die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG bemüht werden. Während der unmittelbare Leistungs-

<sup>9</sup> Siehe hierzu auch *Hilty/Hoffmann/Scheuerer*, MPI for Innovation and Competition Research Paper No. 20-02, S. 13 f.

<sup>10</sup> So z.B. auch *Abbott*, 57 B.C.L. Rev. 2016, 1079 (1114); *Lewke*, InTeR

2017, 207 (208).

<sup>11</sup> Siehe hierzu auch bei *Kluge/Müller*, InTeR 2017, 24 (29 ff.).

schutz aufgrund seiner bisher nur theoretischen Anwendbarkeit<sup>12</sup> zwar nicht geeignet ist, eine Schutzlücke im Hinblick auf KI-Schöpfungen zu verneinen, könnte dieses Institut mit seiner „Schrittmacherfunktion“<sup>13</sup> jedoch bis zur Schaffung einer rechtlichen Regelung für KI-Schöpfungen herangezogen werden.<sup>14</sup>

Dr. Monika Muhr studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Augsburg und Jean Moulin Lyon 3 mit Schwerpunkt im gewerblichen Rechtsschutz und schloss 2017 das Referendariat am Oberlandesgericht München mit dem Zweiten Juristischen Staatsexamen ab. Seit 2018 arbeitet sie als Rechtsanwältin in der auf gewerblichen Rechtsschutz spezialisierten Kanzlei Lornez Seidler Gossel in München. Ihre Promotion erfolgte berufsbegleitend am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht von Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

12 In BGH GRUR 2011, 436 Rn. 25 – Hartplatzhelden.de; BGH GRUR 2016, 725 Rn. 25 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II; BGH GRUR 2017, 79 (89) Rn. 97 – Segmentstruktur hat der BGH den unmittelbaren Leistungsschutz verneint, jedoch zu erkennen gegeben, dass ein solcher in Betracht kommt, wenn für ein Leistungsergebnis erhebliche Investitionen getätigt wurden und ohne einen Schutz die Erbringung und der Bestand ernstlich gefährdet wären.

13 Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, § 7 I. 5.

14 So auch Dornis, GRUR 2019, 1252 (1264); sowie wohl auch Grätz, Künstliche Intelligenz im Urheberrecht, 2021, S. 164.

## Quittung für ein Stipendium.<sup>1</sup>

Ich am Ende Unterschriebener bekenne, daß ich von den Hochansehnlichen Herren Executoren des mir auf drey Jahre huldvoll erteilthen ---schen Stipendiums zum ersten Mahle (zweyten, dritten und letzen Mahle)

f u n f z i g G u l d e n

heute erhalten habe. So wie ich diese Wohlthat auf das dankbarste verehere, so werde ich mich auch eifrigst bestreben, durch Fleiß und anständige Aufführung, mich derselben immer würdiger zu machen. A\*\*\*, am 2. November, 1796

A.M.  
der Rechtsgelehrsamkeit  
Beflissener.

<sup>1</sup> *Johann Christoph König*, Formularbuch für aussergerichtliche Handlungen und freywillige Gerichtshandlungen S. 38, zweyte, verbesserte Ausgabe, Altdorf und Nürnberg 1798.

