

OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 4 / 2023

Aufsätze

- Sarah Rachut* Recht ohne Wirklichkeit? Ein rechtswissenschaftlicher Ausblick ins Jahr 2035 **191-208**
- Ralf P. Schenke* Promotion und Wissenschaftsplagiate: Eine Bestandsaufnahme im Regelungsverbund zwischen Landesgesetzgebung, Hochschulen und Richterrecht **209-220**
- Ulrich Rommelfanger* Von der Guten Wissenschaft zum wissenschaftlichen Fehlverhalten **221-224**
- Samuel Weitz* Die neue Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit: Hochschulorganisation sui generis – auf Kosten der Wissenschaftsfreiheit **225-234**

Berichte

- Karoline Haake* Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen. Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 12.5.2023 **235-242**
- Maike Reimer* Governance in Wissenschaftsorganisationen - Konstruktiver Umgang mit Konflikten und Vorwürfen. Bericht über die Tagung am 16. und 17.3.2023 an der Bergischen Universität Wuppertal **243-250**

Ausgegraben

Landständische Forderungen einer ausreichenden Finanzierung der Universität Freiburg
251-252

Sarah Rachut

Recht ohne Wirklichkeit?

*Ein rechtswissenschaftlicher Ausblick ins Jahr
2035**

I. Eine Bestandsaufnahme: 12 Jahre in Recht und Wirklichkeit

1. Drohender Wirkungsverlust des Rechts: Die normative Kraft des Faktischen
2. Gesetzgebung – Verlorener Wettlauf mit der Realität?
3. Rechtsprechung – In 12 Jahren zum Recht?
4. Rechtsumsetzung
5. Juristenausbildung – Nach 12 Jahren qualifiziert?
6. Zwischenergebnis

II. Verstärkende Faktoren

1. Zunehmende Komplexität
 - a) Komplexität auf der Sachverhaltsebene
 - b) Komplexität auf der Rechtsebene
 - c) Folgen der Komplexität
2. Keine Abhilfe durch Technologieeinsatz
3. Unattraktivität der klassischen juristischen Berufe
4. Kultur und Selbstverständnis von Jurist*innen
5. Negative Synergien
6. Zwischenergebnis: Der Rechtsstaat in einer Abwärtsspirale

III. Dem Steuerungsverlust des Rechts begegnen

1. Das Ziel: Der Rechtsstaat als Standortfaktor
2. Modernisierung der juristischen Ausbildung
3. Netzwerke schaffen und fördern
4. Durchlässigkeit und Interdisziplinarität stärken
5. Fehler- und Lernkultur etablieren
6. Digitalisierung des Rechts
7. Wandel der Rechtskultur

IV. Fazit: Das Recht zwischen Kontinuität und Adaption

Stellt man sich das Leben im Jahr 2035 vor, werden Technologien im Einsatz sein, die den Alltag weitgehend digitalisieren, automatisieren und vernetzen. Nahezu alles und jeder wird Daten erheben und gleichzeitig Gegenstand von Datenerhebung sein. Vernetzung erschließt Potentiale, durch die heute noch unbekanntes Erkenntnisse erlangt werden, die die Kraft haben, Gesellschaft, Staat und Wirtschaft grundlegend zu verändern.¹ Neue Geschäftsmodelle werden entstehen, möglicherweise setzt sich der Trend zu mehr Individualisierung fort,

vielleicht nimmt aber auch die Gemeinschaft einen größeren Stellenwert gegenüber dem Individuum ein, erleben wir eine ungeahnte Partizipation – wir wissen es noch nicht.

Was wir jedoch wissen: Das Leben wird schneller und komplexer, nicht nur der technologische Fortschritt, auch Klimakrise und Kriege werden unsere Gesellschaft weiter herausfordern. Der Erfassung und Verarbeitung von Daten wird dabei eine noch größere Bedeutung zukommen und die Weichen, die unsere Zukunft bestimmen, werden bereits jetzt gestellt. Denn längst hat der Wettlauf um die (digitale) Souveränität der Staaten, die Verteilung von Ressourcen, den Aufbau benötigter Infrastruktur und das Schaffen von innovationsfreundlichen, aber sicheren bzw. „gerechten“ Datenräumen begonnen.

Einen der wichtigsten Hebel bietet dabei das Recht. Wie wir unseren Rechtsstaat gestalten, somit neues Recht schaffen, bestehendes anpassen und in Rechtsprechung und Rechtsanwendung auf die wechselnden Herausforderungen reagieren, wird entscheidend dafür sein, ob es uns gelingt, mit dem Wandel in Technologie und Gesellschaft mitzuhalten. Bei alledem darf indes nicht vergessen werden: Egal wie „gut“ das Recht objektiv an die Wirklichkeit in der Zukunft angepasst sein wird, es wird ohne uns Menschen nicht funktionieren. Einerseits ist der Faktor Mensch entscheidend, wenn es um die Akzeptanz und Legitimität des Rechtsstaates geht. Andererseits müssen auch die Jurist*innen in den Wandel einbezogen werden. Denn sie wenden das Recht tagtäglich an und sind entscheidend an dessen Weiterentwicklung beteiligt. Ohne sie wird der notwendige Interessenausgleich kaum gelingen.

Bis zum Jahr 2035 sind es von heute an zwölf Jahre. Was zwölf Jahre in der Technologieentwicklung bedeuten, kann man erahnen, wenn man zurückblickt, was „Stand der Technik“ in den Jahren 2011 und 1999 war. Schaut man sich demgegenüber die Rechtsentwicklung an, ist ein Jahrzehnt schneller vergangen, als man von ei-

* Die Autorin dankt *Kathrin Walther* für die Erstellung der Grafik sowie *Zoe Nogai* für die Anregung aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive auf das Jahr 2035 zu blicken.

¹ *Heckmann/Paschke*, Digitalisierung und Grundrechte, in: Stern/

Sodan/Möstl, Staatsrecht, München, 2022, § 121 Rn. 2 sprechen von den „größten Umwälzungen der Menschheitsgeschichte“, die sie mit den „Disruptionsfaktoren Eindringlichkeit, Sprengkraft, Geschwindigkeit und Unmerklichkeit“ bemessen.

nem Fortschritt gesetzlicher Anpassung an die Lebenswirklichkeit sprechen kann. Während elektronische Kommunikation im privaten und beruflichen Umfeld seit Jahren Standard ist und sowohl Waren als auch Dienstleistungen bequem online bestellt bzw. gebucht werden können, ist dies bei staatlichen Verwaltungsangeboten weiterhin die Ausnahme. So wurde zum Beispiel 2003 erstmals durch eine Ergänzung des Verwaltungsverfahrensgesetzes geregelt, dass elektronische Kommunikation zwischen Bürger*innen und Verwaltung überhaupt zulässig ist – zunächst nur auf freiwilliger Basis aller Beteiligten.² Zehn Jahre später sah das E-Government-Gesetz des Bundes dann eine Pflicht des Staates zu elektronischer Kommunikation vor³ und durch das Online-Zugangs-Gesetz (OZG)⁴ sollte erreicht werden, dass bis Ende des Jahres 2022 eine nennenswerte Anzahl an staatlichen Leistungen auch elektronisch zur Verfügung steht. Nachdem letzteres nicht gelungen ist, gibt es nun 2023 einen neuen Anlauf zur gesetzlichen Umsetzung der Verwaltungsdigitalisierung („OZG 2.0“).⁵

Um zu verstehen, warum Recht und (technologische) Wirklichkeit so weit auseinanderklaffen, muss man näher betrachten, wie Recht (im Sinne von Rechtsanwendung, Rechtsetzung, Rechtsprechung, aber auch juristischer Ausbildung) funktioniert und warum dieses mit der Technologieentwicklung nicht mithalten kann – vielleicht auch gar nicht muss. Am Ende lässt sich möglicherweise eine Prognose wagen, wohin uns dieser Spagat von Recht und Technik im Jahr 2035 führen kann.

I. Eine Bestandsaufnahme: 12 Jahre in Recht und Wirklichkeit

Unabhängig davon, wie rasant die Technologieentwicklung in den nächsten zwölf Jahren sein mag: das Recht dürfte der Wirklichkeit immer hinterherhinken. Anschaulich wird dies insbesondere beim Blick auf die Verfahrensdauer gerichtlicher Entscheidungen. Bis ein Streit rechtskräftig entschieden ist, gehen oftmals mehrere Jahre vorbei.⁶ Bis dahin ist der persönliche Groll vielleicht schon verflogen, das Leben weiter gegangen und der eigentliche Streitpunkt nicht mehr als eine

unschöne Erinnerung. Und ging es bei dem Rechtsstreit um eine Technologie, ist diese während des Gangs durch die Instanzen oft gealtert. Ebenso scheinen Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsausbildung einem anderen Takt zu folgen, als man dies aus anderen Bereichen des Lebens gewohnt ist. Fraglich ist, wie sich dies mit den vor allem durch die digitale Transformation hervorgerufenen Herausforderungen verträgt.

Das Recht erfüllt dabei innerhalb von Staat und Gesellschaft verschiedene Funktionen, sichert in erste Linie das friedliche Zusammenleben und schützt die Freiheit jedes Einzelnen. Durch die rechtsstaatlichen Vorgaben wird im Interesse aller sichergestellt, dass ein fairer Interessenausgleich stattfindet, Minderheiten geschützt und Machtungleichgewichte ausgeglichen werden. Ein solcher Rechtsstaat ist transparent und vorhersehbar. Welche abstrakten Rechte und Positionen dabei als grundlegend erachtet werden und wie der Staat aufgebaut ist, ergibt sich im deutschen Recht aus dem Grundgesetz. Diesen abstrakten Regelungen liegt das gesamtgesellschaftliche Werteverständnis zugrunde, welches sich durchaus im Laufe der Zeit wandeln kann. Was heute als gerecht empfunden wird, muss es in zwölf Jahren nicht mehr sein. Kontinuierliche Veränderungen tatsächlicher Umstände (z.B. die Entwicklung und Einführung neuer Technologien oder das Entstehen von Bedrohungslagen) wirken sich zumindest mittelbar auf die Gesellschaft und die Vorstellung des Miteinanders aus und sind damit u.a. Gegenstand der soziologischen Forschung.⁷ Das Recht muss entsprechend auf solche tatsächlichen und gesellschaftlichen Änderungen reagieren. Einerseits kann allein der Wandel der Wertvorstellungen dazu führen, dass bisher als gerecht empfundene Regelungen nun als ungerecht erachtet werden (z.B. bei der rechtlichen Unterscheidung zwischen gleichgeschlechtlichen und nicht-gleichgeschlechtlichen Partnerschaften), andererseits können sich aufgrund tatsächlicher Änderungen neue Gefahren oder Risiken ergeben, für die bisher keine (gerechten) Regelungen existieren. Gerade durch die digitale Transformation und die aktuellen globalen bzw. bevorstehenden Herausforderungen besteht die Möglichkeit von Interessen- und damit Machtverschiebungen. Diese wiederum bergen das Risiko, dass

² Heckmann, E-Government im Verwaltungsalltag, in: Kommunikation & Recht, 2003, S. 425 ff.; Roßnagel, Das elektronische Verwaltungsverfahren. Das Dritte Verwaltungsverfahrenänderungsgesetz, in: NJW 2003, 469 ff.

³ Habammer/Denkhaus, Das E-Government-Gesetz des Bundes. Inhalt und erste Bewertung – Gelungener Rechtsrahmen für elektronische Verwaltung?, in: Multimedia und Recht, 2013, S. 358 ff.

⁴ Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen v. 14.8.17 (BGBl. 2017 I, S. 3122), zul. geändert am 28.6.21

(BGBl. 2021 I, S. 2250).

⁵ Schuster, MMR-Aktuell 2023, 455784.

⁶ Fobbe hat hierzu eine umfassende Auswertung der Verfahrensdauer an deutschen Gerichten, u.a. dem BVerfG vorgenommen. Die Datensätze sind hier abrufbar: <https://zenodo.org/record/7133364>.

⁷ Friedmann, Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften, 1981; vgl. auch exemplarisch Tamm, Rechtsevolution - dargestellt am Beispiel des Verbraucherrechts, KJ 2013, 52 ff.

sich künftig vermehrt Individualinteressen gegenüber dem allgemeinen Wertverständnis durchsetzen. Aufgabe des Rechts ist es daher auch, diese Entwicklungen zu überblicken und diesen entgegenzusteuern. Hierbei gilt es beispielsweise, die soziotechnischen Folgen zu ergründen und auf diese zu reagieren, um so auch zukünftig (Rechts-)Frieden und die Wirksamkeit der Grundrechte – mithin unsere gesellschaftlichen Vorstellungen von einem gerechten Zusammenleben – zu gewährleisten.

1. Drohender Wirkungsverlust des Rechts: Die normative Kraft des Faktischen

Geschieht dies nicht – verliert das Recht somit seine Wirk- und Steuerungskraft – kommt die Macht, Regeln zu setzen und somit normativ zu wirken, anderen zu. Hierbei wird die normative Kraft des Faktischen⁸ relevant: Diese beruht nicht auf einem gesamtgesellschaftlichen Werteverständnis, sondern ist vielmehr Ergebnis bestehender rechtlicher Lücken oder „Grauzonen“, welche das Schaffen von Tatsachen, „dem Faktischen“, ermöglichen. Wie sich die normative Kraft des Faktischen auch in einem vermeintlich durchnormierten Rechtsstaat ausbreiten kann, zeigt z.B. das Handeln des Unternehmens Uber Technologies Inc.⁹ Der von Uber angebotene Fahrdienst umfasst verschiedenen Beförderungsmodelle, die stetig ergänzt oder verändert werden. Die Personenbeförderung, die durch Kund*innen direkt über die Uber-App gebucht wird, erfolgt hierbei durch Privatpersonen mit ihren eigenen Fahrzeugen. Durch Uber wird lediglich die Plattform bereitgestellt, die ihrerseits Netzwerkeffekte nutzt. Das Interesse des Unternehmens Uber besteht darin, eine möglichst große Zahl von Personen an sich zu binden. Dabei hat es die Macht, einseitig die Regeln der Beförderung zu bestimmen und diese jederzeit anzupassen und somit auch unmittelbar oder mittelbar bestimmte Personen(-gruppen) von seinem Mobilitätsangebot auszuschließen.

Rechtlich unterliegt Uber mit seinem Fahrdienst den Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG), das das Einhalten bestimmter Mindeststandards hin-

sichtlich Sicherheit und Zuverlässigkeit der Personenbeförderung sicherstellen soll. Personenbeförderungsaufträge unterwegs anzunehmen, ist dabei Taxiunternehmen vorbehalten, an die erhöhte Anforderungen gestellt werden. Uber unterläuft mit seinem Modell diese Vorgaben und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorgaben für Taxiunternehmen für das eigene Geschäftsmodell schlicht nicht anwendbar seien. Seit 2015 kam es daher zwischen Uber und den nationalen Gerichten zu einem ständigen Hin-und-Her.¹⁰ Während verschiedene Gerichte nach Klagen von Taxiunternehmen das Modell von Uber aufgrund der Missachtung der rechtlichen Vorgaben (u.a. § 49 Abs. 4 S. 2 und 3 PBefG) als rechtswidrig einstufen und dieses untersagen,¹¹ stellt sich Uber auf den Standpunkt, sein Angebot (die App) angepasst zu haben.¹² Weil sich das jeweilige Urteil daher auf ein früheres Modell der Uber-App erstrecke und nicht auf das aktuelle Geschäftsmodell, fühlt sich Uber nicht an das Urteil gebunden und setzt seine Tätigkeit daher fort. Konkurrierende Unternehmen, die diese Urteile erstritten hatten, schreckten auf Grundlage dieser Argumentation davor zurück, die Urteile – welche zumindest vorläufig vollstreckbar waren – durchzusetzen. Sie fürchteten etwaige Schadensersatzansprüche, sollte sich herausstellen, dass die jeweiligen Urteile tatsächlich nicht auf das „neue Uber-Geschäftsmodell“ angewandt werden könnten. Faktisch konnte sich Uber daher auf Dauer dem geltenden Recht entziehen. Der Gesetzgeber hat inzwischen reagiert und den sog. „Bedarfsverkehr“ sowie Vermittlerdienste von Mobilitätsplattformen im PBefG geregelt¹³, um der normativen Kraft von Uber und ähnlich agierender Akteure entgegenzuwirken.

Vergleichbare Entwicklungen könnten sich künftig insbesondere bei der Erstellung bestimmter (technischer) Standards oder dem Etablieren von Technologien zeigen. Immer dann, wenn die staatliche Handhabe nahezu unmöglich gemacht wird, wie z.B. aktuell bei dem Versuch, einen Bußgeldbescheid an den Messengerdienst Telegram zuzustellen,¹⁴ kommt die Steuerungsmacht anderen zu.

⁸ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1929, S. 341 ff.

⁹ Rachut, Polizeibeamte als Personenbeförderer – Genehmigungsfähigkeit einer Nebentätigkeit als Uber-Fahrer, in: ZBR 2021, 29 ff.

¹⁰ Rachut, ZBR 2021, S. 29 f. m. w. N.

¹¹ OLG Frankfurt, Urt. v. 20.5.21 – 6 U 18/20 = GRUR 2022, 98; Bay-VerfGH, Beschl. v. 26.4.21 – 11 ZB 20.2076 = BeckRS 2021, 10964; LG Frankfurt, Urt. v. 17.2.21 – 3-08 O 67/20 = GRUR-RS 2021, 6221;

LG München I, Urt. v. 10.2.20 – 4 HK O 14935/16 = MMR 2021, 91; LG Köln, Beschl. v. 25.10.19 – 81 O 74/19 = BeckRS 2019, 38797.

¹² Rachut, ZBR 2021, S. 29 f.

¹³ Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes v. 16.4.21, BGBl. 2021 I, S. 822, vgl. auch BT-Drs. 19/26175, S. 23.

¹⁴ Vgl. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/hass-hetze-telegram-anwendbarkeit-netzdg-soziales-netzwerk-messenger/>.

2. Gesetzgebung – Verlorener Wettlauf mit der Realität?

Die Gesetzgebung befindet sich daher in einem permanenten Wettlauf mit der Wirklichkeit. Dies führt dazu, dass das in Normen kodifizierte Wertesystem mitunter punktuell oder in ganzen Bereichen nicht mehr mit der Realität übereinstimmt. Bereits der diese Entwicklung kennzeichnende Begriff „Digitale Transformation“ zeigt, dass es dabei um mehr als die bloße „Technologisierung“ einzelner Lebensbereiche geht, sondern vielmehr um eine grundlegende Transformation.¹⁵ Diese kann sich zunächst im mehrheitlichen Verhältnis zu bestimmten (körperlichen oder nicht-körperlichen) Dingen niederschlagen. So hat sich der private Umgang mit Daten in den letzten Jahrzehnten entscheidend verändert. Dass die personenbezogenen Daten einer jeden Person Gegenstand automatisierter Verarbeitung sind, ist inzwischen Normalität. Die aus dieser Entwicklung nicht wegzudenkenden sozialen Medien sind darauf ausgerichtet, dass höchstpersönliche Informationen mit einer unüberschaubaren Anzahl von Personen überall auf der Welt geteilt werden. So entsteht ein leicht zugängliches Personenarchiv. Einer Person, die online nicht auffindbar ist, begegnet man vielleicht sogar mit Misstrauen. Weitere Veränderungen ergeben sich dadurch, dass (digitale) Technologien inzwischen in Bereiche Einzug gefunden haben, die vorher „analog“ geprägt waren. Vor allem während der weltweiten Corona-Pandemie wurden Technologien eingesetzt, um die aufgrund von Kontaktbeschränkungen entstandene Distanz zwischen Personen zu überbrücken. Neben Schul-¹⁶ und Hochschulun-

terricht¹⁷ wichen auch Kirchen¹⁸ oder Ärzte und Ärztinnen¹⁹ auf Videokonferenzen aus.

Die digitale Transformation ist aber auch gerade deshalb so disruptiv, da sie mit Machtverschiebungen einhergeht. Digitalisierung, Vernetzung und Automatisierung schaffen neue Berufe und Sparten, können bisherige Ideen und Modelle obsolet machen, Abhängigkeiten auflösen und neue entstehen lassen. Daneben ergeben sich mitunter Lösungen für Herausforderungen, die zuvor unlösbar erschienen.²⁰ Während der Gesetzgeber somit gefragt ist, das Potential und die Chancen der digitalen Transformation zu fördern und entsprechende Neuerungen rechtlich zu ermöglichen, muss er ebenso den damit einhergehenden Risiken und Gefahren begegnen.

Aktuell erfolgt dies in einem zweistufigen Prozess: Der Entwicklung neuer Technologien oder Konzepte (Innovation) schließt sich der Versuch an, diese zu reglementieren. Mitunter manifestiert sich hier das Faktische zum Normativen. Nur selten werden Experimentierräume geschaffen²¹, in denen regional und zeitlich begrenzt untersucht wird, welche tatsächlichen Folgen eine bestimmte Innovation hätte, um diese anschließend zu regulieren und darauf aufbauend Weiterentwicklungen zu ermöglichen.²² Dies hat zur Folge, dass Regulierung nicht nur eine lange Zeit in Anspruch nimmt, sondern daneben oftmals auch nicht auf einer ausreichenden Datengrundlage basiert. Teilweise kommt es sogar vor, dass mittels einer politisch bedingten regulatorischen Wende (z.B. nach einem Regierungswechsel) die zuvor erlassenen Normen ins Gegenteil verkehrt werden oder sich Regelungen zu widersprechen scheinen.²³ Eine solch un-

¹⁵ Hoffmann-Riem, *Recht im Sog der digitalen Transformation*, Tübingen, 2021, S. 2 m. w. N.

¹⁶ Vgl. Helm/Huber/Loisinger, Was wissen wir über schulische Lehr-Lern-Prozesse im Distanzunterricht während der Corona-Pandemie? – Evidenz aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, in: *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, 2021, S. 237 ff.

¹⁷ Vgl. Neuber/Göbel, Zuhause statt Hörsaal. Erfahrungen und Einschätzungen von Hochschulangehörigen zur Umstellung der Lehre im ersten pandemie-bedingten Lockdown der Universitäten, in: *Medienpädagogik*, 2021, S. 56 ff.

¹⁸ Vgl. Reimann/Sievert, Interaktion unerwünscht? Online-Gottesdienste während der Corona-Pandemie, in: *Cursor_Zeitschrift für explorative Theologie*, 2021, S. 1 ff.

¹⁹ Vgl. Washkau/Steinhäuser, Wandel des Bedarfs an Videosprechstunden in Zeiten einer Pandemie. Eine qualitative Betrachtung, in: *Zeitschrift für Allgemeinmedizin*, 2020, S. 317 ff.

²⁰ War es zuvor unmöglich, dass beaufsichtigte Hochschulprüfungen außerhalb der Hochschulen geschrieben werden, wurden während der Pandemie in fast allen Bundesländern entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen. Damit hatten alle Studierenden die Möglichkeit, in dieser Zeit an den Prüfungen teilzunehmen,

was wiederum den Studierenden half, die sich dem erhöhten Infektionsrisiko auf dem Weg zu und in den Hochschulen nicht aussetzen durften oder wollten. Darüber hinaus wurde die Chance genutzt, diese Art des Prüfens zu erproben, um Hochschulprüfungen künftig inklusiver gestalten zu können. Ausführlich hierzu Heckmann/Rachut, *E-Klausur und Elektronische Fernprüfung*, Berlin, 2023, S. 59 ff., 68 ff.; Rachut, *ODW* 2023, 89 ff.

²¹ Eine Experimentierklausel enthält zum Beispiel Art. 56 BayDiG.

²² Die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) sieht z. B. die Möglichkeit vor, in Übungsklausuren automatisierte Verfahren zur Beaufsichtigung von Hochschulprüfungen zu erproben, vgl. § 10 BayFEV.

²³ Kritisiert wird dies z. B. beim Nachweisgesetz (NachwG). Während aktuell auf allen Ebenen versucht wird, von der Papierform zur elektronischen Form zu gelangen (bspw. mittels elektronischer Aktenführung in den Behörden, den Gerichten oder der elektronischen Patientenakte) nimmt der Gesetzgeber die elektronische Form bei der Nachweispflicht der wesentlichen Bestimmungen eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich aus, vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG.

stete und unvorhersehbare Regulierung kann letztlich Skepsis und Zurückhaltung bei der Entwicklung neuer Ideen hervorrufen.

Die Aufgabe der Gesetzgebung obliegt dabei hauptsächlich den Parlamenten. Hierbei kommt der demokratischen Debatte sowie der anschließenden parlamentarischen Entscheidung eine wichtige und bedeutende Funktion innerhalb des demokratischen Rechtsstaats zu. Bei der zunehmenden Komplexität der zu regulierenden Materie und der steigenden Zahl an verabschiedeten Gesetzen muss indes auch die Frage nach deren Qualität gestellt werden.²⁴ In der Corona-Pandemie hat sich gezeigt, dass die Regulierung einzelner, durchaus komplexer Sachverhalte bei einer entsprechenden Priorisierung deutlich schneller erfolgen kann. Zu Beginn der Pandemie kam dem Gesetzgeber aufgrund der bestehenden Ungewissheit dabei ein deutlich größerer Einschätzungsspielraum zu, auch umfassende und tiefgreifende Grundrechtseingriffe waren rechtmäßig und hielten einer Verhältnismäßigkeitsprüfung stand.²⁵ Zunehmend lagen indes mehr und mehr Daten über das Virus, die Übertragung und den hervorgerufenen Krankheitsverlauf vor, was die Anforderungen an den Gesetzgeber erhöhte. Mit diesen Daten war das Mittel zur Hand, die Regulierung und damit auch die in die Grundrechte eingreifenden Maßnahmen an die neuen Erkenntnisse anzupassen.²⁶ Einschränkungen aufgrund der Pandemie mussten somit kontinuierlich überprüft und an die neuen Erkenntnisse angepasst werden.²⁷ Nachdem beispielsweise Informationen über die häufigsten Übertragungswege vorlagen,²⁸ mussten die infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen angepasst und infolgedessen u.a. die Maskenpflicht für bestimmte Bereiche (im Freien und unter Abstand) aufgehoben werden. Dass besonders weitgehende Ausgangsbeschränkungen in Bayern

zu Beginn der Pandemie im Frühjahr 2020 unverhältnismäßig waren, stellte das Bundesverwaltungsgericht mehr als zweieinhalb Jahre später fest.²⁹

Obwohl von Seiten der Wissenschaft weltweit über das Sars-CoV-2-Virus geforscht, die gewonnenen Erkenntnisse ausgetauscht wurden und eine solch umfassende wissenschaftliche Beratung der Politik, wie sie gerade in der Anfangszeit der Pandemie erfolgte, in den vergangenen Jahrzehnten wohl einzigartig war, liegen bis heute weiterhin nicht ausreichend Informationen vor, um das Wirken der entsprechenden „Corona-Maßnahmen“ abschließend bewerten und überprüfen zu können.³⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass selbst in einer weltweiten Ausnahmesituation, in der Wissenschaft, Wirtschaft und Gesellschaft zusammenwirkten, um dieser Herausforderung gemeinsam mit der Politik zu begegnen, es auch nach drei Jahren nicht gelungen ist, mittels entsprechender Daten die Wirksamkeit umfassender grundrechtseingreifender Maßnahmen zu beurteilen und so über den mehrjährigen Zeitraum der Pandemie eine adäquate, d.h. verhältnismäßige Rechtsetzung zu gewährleisten. Auf Seiten des Gesetzgebers erscheint es damit aktuell unmöglich, schnell, effektiv und vor allem wissend, d.h. datenbasiert, auf Veränderungen zu reagieren.

Der Gesetzgeber ist jedoch nicht nur auf nationaler, sondern ebenso auf internationaler Ebene gefragt. Auch hier gilt es die eigenen Werte und Vorstellungen in Regulierungsvorhaben einfließen zu lassen und sich beispielsweise mittels Stellungnahmen am Normgebungsverfahren auf EU-Ebene zu beteiligen. Dies setzt jedoch nicht nur voraus, dass Deutschland über die entsprechenden Kompetenzen und Ressourcen verfügt und auf politischer Ebene eine Einigung erzielt werden kann,³¹

²⁴ 2020 verabschiedete der Deutsche Bundestag 156 Gesetze in 64 Sitzungstagen, 2021 waren es trotz Regierungswechsels 203 Gesetze in 46 Sitzungstagen, s. *Deutscher Bundestag*, Parlamentsdokumentation, Statistische Daten zur Arbeit des Deutschen Bundestages im Zeitraum vom 1.1. bis zum 31.12.2020; ders. Statistik der Gesetzgebung – 19. Wahlperiode; vgl. auch: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kwo6-jahresstatistik-2021-879640#:~:text=203%20Gesetze%20hat%20der%20Deutsche,Deutschen%20Bundestages%20endete>.

²⁵ Vgl. z. B. *Hofmann*, Verhältnismäßigkeit mit der Holzhammermethode, Verfassungsblog v. 13.4.20, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-mit-der-holzhammermethode/>.

²⁶ Vgl. u. a. VGH München, Beschl. v. 30.3.20 – 20 NE 20.632 = NJW 2020, 1236, 1240.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.8.78 – 2 BvL 8/77 = BVerfGE 49, 89; BVerfG,

Beschl. v. 29.4.20 – 1 BvQ 47/20 = BeckRS 2020, 7210; *Goldhammer/Neuhöfer*, Grundrechte in der Pandemie – Allgemeine Lehren, in: Juristische Schulung, 2021, S. 212, 214 m. w. N.

²⁸ *Robert Koch Institut*, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 2. Übertragungswege, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=C3091F506673DDD7F3711AEA354526FE.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText2.

²⁹ BVerwG, Beschl. v. 10.11.222 – 3 CN 2.21 = BeckRS 2022, 31961.

³⁰ Vgl. z. B. *Sachverständigenausschuss nach § 5 Abs. 9 IfSG*, Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik, 2022, S. 8.

³¹ Dass dies nicht immer gelingt, zeigt z. B. *Stierle*, AI Act: Verzögerungen und offene Fragen, Tagesspiegel Background v. 14.9.22, abrufbar unter: <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/ai-act-verzoegerungen-und-offene-fragen>.

sondern ebenso, dass die notwendigen Informationen vorliegen, um überhaupt verschiedene Optionen erfassen und bewerten zu können.

3. Rechtsprechung – In 12 Jahren zum Recht?

Während ein Gesetzgebungsprozess die Beteiligung einer Vielzahl von Personen und Institutionen zur Herbeiführung einer Mehrheitsentscheidung verlangt, könnte im Bereich der Rechtsprechung die Möglichkeit bestehen, agiler auf Veränderungen und die damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten zu reagieren, um so Defizite in anderen Bereichen ausgleichen zu können.

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ In diesem Wortlaut findet sich das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Rechtsprechung hat dabei die Aufgabe, das staatliche Handeln zu überprüfen und den allgemeinen Rechtsfrieden zu wahren. Auch die Entscheidungen der Gerichte sind wiederum überprüfbar – daraus ergibt sich ein ausgeklügeltes Instanzensystem, das eine unabhängige und gerechte Judikative gewährleistet. Für dieses System gibt es gute und gewichtige Gründe, die sich nicht zuletzt in der deutschen Historie finden lassen. Es gibt Raum für richterliche Unabhängigkeit und Kontrollinstanzen, um etwaige Fehlentscheidungen zu korrigieren. Gleichwohl bedeutet ein solches Instanzensystem aber auch, dass bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung diese Instanzen von den Parteien durchlaufen werden können. Entscheidungen, die noch nicht rechtskräftig sind, können möglicherweise vorläufig vollstreckbar sein, beenden den Rechtsstreit jedoch nicht und gehen selbst mit einem gewissen Risiko einher.³² Die Verfahrensdauer eines Rechtsstreits hängt daher maßgeblich von der Dauer je Instanz und der Anzahl der durchlaufenen Instanzen ab.³³ Diese Zeit wird von Beteiligten jedoch häufig als lang empfunden.³⁴ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich bereits mehrfach mit der teils sehr langen Verfahrensdauer an deutschen

Gerichten beschäftigt. Allein zwischen 1978 und 2008 verurteilte der EGMR die Bundesrepublik Deutschland in 24 Verfahren wegen überlanger Gerichtsverfahren und stellte hierbei Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) sowie teils zudem gegen Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) fest.³⁵ Denn gerade in bestimmten Verfahren (z.B. in Strafsachen, familien- oder sozialgerichtlichen Verfahren) stellt ein nicht abgeschlossenes Verfahren eine erhebliche Belastung für die Beteiligten dar. Die Entscheidungen gegen Deutschland bezogen sich dabei nicht lediglich auf einzelne Rechtsbereiche, sondern vielmehr auf unterschiedliche Gerichtsbarkeiten³⁶ und zeigen damit die vielfach sehr langen Entscheidungswege im gesamten bestehenden Rechtssystem auf.

Als Konsequenz dieser EGMR-Entscheidung wurde 2011 das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren³⁷ erlassen. Darüber hinaus einigten sich Bund und Länder 2019 auf einen „Pakt für den Rechtsstaat“.³⁸ Diese bereits im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vorgesehene Übereinkunft sollte vor allem durch die Aufstockung des Personals zu einer besseren und schnelleren Rechtsdurchsetzung beitragen.³⁹ Im September 2022 folgte die Ankündigung von Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP) zu einem „Pakt für den digitalen Rechtsstaat“, durch welchen die Gerichte bei der Modernisierung und Digitalisierung unterstützt werden sollen.⁴⁰

Trotz dieser Bemühungen zeigt sich seit Jahren ein strukturelles Defizit in Form einer Überlastung der Justiz. Auch wenn nicht sämtliche relevanten Kennzahlen erfasst werden, z.B. die Dauer zwischen Klageeingang bei Gericht und Terminierung,⁴¹ oder diese nur lückenhaft oder zeitverzögert vorliegen, lässt sich die Überlastung durch vorhandene Daten untermauern. So wurde beispielsweise von Seiten des Deutschen Richterbundes eine stetig wachsende Verfahrensdauer in Strafsachen bemängelt: „Gerechnet ab Eingang bei der Staatsanwaltschaft laufen die erstinstanzlichen Verfahren beim Land-

³² Z.B. mit einer Schadensersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO.

³³ Fobbe hat hierzu eine umfassende Auswertung der Verfahrensdauer an deutschen Gerichten, u.a. dem BVerfG vorgenommen. Die Datensätze sind hier abrufbar: <https://zenodo.org/record/7133364>.

³⁴ So gaben bei einer Befragung von 1.069 Personen 81% an, dass sie die Verfahrensdauer im deutschen Rechtssystem als viel zu lange empfinden, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/167571/umfrage/meinungen-zum-deutschen-rechtssystem/>.

³⁵ *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, WD 2 – 3000-190/07, S. 3.

³⁶ *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, WD 2 – 3000-190/07, S. 4.

³⁷ Vgl. BGBl. 2011 I, S. 2302.

³⁸ Pressekonferenz der Bundesregierung v. 31.01.2019.

³⁹ *CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land*, 2018, S. 16 f.

⁴⁰ Vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2022/0927_Pakt_Rechtsstaat.html.

⁴¹ So u. a. in Bayern, s. LT-Drs. 18/2325.

gericht im Schnitt sogar mehr als 20 Monate, so lange wie noch nie.⁴² Vergleicht man die Verfahrensdauer der erstinstanzlichen Verfahren, zeigen sich zwischen den einzelnen Bundesländern und den verschiedenen Verfahrensarten große Unterschiede. So lag die durchschnittliche Verfahrensdauer an den Verwaltungsgerichten 2016 zwischen 3,9 Monaten (Rheinland-Pfalz) und 22,6 Monaten (Brandenburg).⁴³ Der langen Verfahrensdauer steht die hohe Arbeitsbelastung der Richter*innen und Staatsanwält*innen gegenüber. Bayerische Richter*innen an den Amtsgerichten bearbeiteten bspw. 2018 durchschnittlich 506,5 Zivilverfahren und 331,9 Strafverfahren.⁴⁴ Staatsanwält*innen bearbeiteten 2016 jeweils über 1.300 Verfahren.⁴⁵

Dass ein Verfahren, welches mehrere Instanzen bis zur Rechtskraft durchläuft, somit mehrere Jahre dauern kann, ist somit nicht unüblich. Dennoch gibt es bestimmte Rechtsstreitigkeiten, die hier herausstechen und demonstrieren, zu welchem Ausmaß sich die Verfahrenszeiten summieren können. Neben den über mehrere Jahre dauernden und medial intensiv begleiteten strafrechtlichen Verfahren im NSU-Prozess⁴⁶ und zur Aufklärung des Loveparade-Unglücks 2010,⁴⁷ dürfte das bekannteste zivilrechtliche Verfahren mit außerordentlicher Verfahrenslänge jenes der Gruppe Kraftwerk („Metall-auf-Metall“) sein. 1997 wurde das von Moses Pelham produzierte Lied „Nur mir“ veröffentlicht und löste damit einen Rechtsstreit aus, der bis heute (26 Jahre später) noch immer die Gerichte beschäftigt. Das allein mag bereits für Aufsehen sorgen, kurioser wird es, wenn man bedenkt, dass Gegenstand der Streitigkeit nicht das gesamte Lied, sondern ein lediglich zwei Sekunden langer „Tonfetzen“ ist. Pelham hatte diese kurze Sequenz dem Lied „Metall auf Metall“ der Band Kraftwerk entnommen und seinem Song unverändert zugrunde gelegt (sog. Sampling). Ob dies eine Verletzung der Tonträgerrechte von Kraftwerk darstellt, ist weiterhin umstritten. Kompliziert macht diesen Fall einerseits, dass neben der nationalen Rechtslage auch EU-Recht zu beachten ist.

Dieses verfügt gegenüber den nationalen Normen über einen Anwendungsvorrang und ist auf die Nutzungshandlungen ab 2002 anwendbar. Der Zeitraum davor beurteilt sich ausschließlich nach den (damaligen) nationalen Vorschriften. Andererseits sieht das Recht keine klaren Regelungen für das Sampling, eine durchaus gängige Methode im Bereich der elektronischen Musik, vor, sodass die Gerichte im Wege der Rechtsauslegung eine Entscheidung treffen müssen. Im konkreten Fall sind sich die Gerichte jedoch uneins. Immer neue Detailfragen müssen geklärt werden, sodass der Rechtsstreit aktuell zum fünften Mal beim BGH (nach der Verhandlung am 1. Juni 2023 wird nun überlegt, den Fall nochmals dem EuGH vorzulegen) anhängig ist. Dabei geht es inzwischen weniger um die eigentliche Urheberrechtsverletzung, sondern um das generelle Verhältnis von Kunstfreiheit und Urheberrecht.

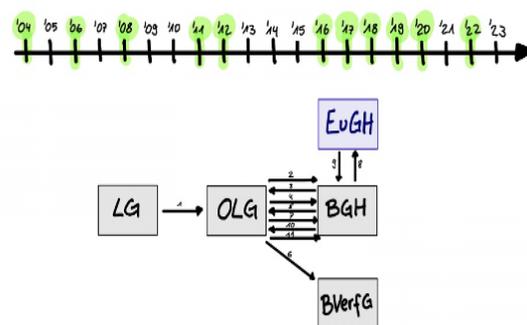


Abbildung: Verfahrensgang des Rechtsstreits „Metall-auf-Metall“, Stand: August 2023

Die Beantwortung dieser Frage liegt dabei nicht nur im Interesse der Beteiligten, sondern zeigt anschaulich die grundlegende Bedeutung der Rechtsprechung innerhalb des Rechtsstaats. Hier wird sichtbar, wie sehr Recht und Realität auseinanderfallen können und wie sich der Rechtsstaat letztlich um eine gerechte Lösung bemüht. Jede*r kann inzwischen mithilfe des Smartphones und

⁴² *Rebehn*, Strafrecht am Limit, abrufbar unter: <https://www.dr.de/newsroom/presse-mediencenter/nachrichten-auf-einen-blick/nachricht/news/strafjustiz-am-limit-1>.

⁴³ Vgl. hierzu: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-ranking-2016-zahlen-deutsche-gerichte-erledigungsquote-verfahrensdauer-bestaende/IchfragedieStaatsregierungAuslastungderZivilgerichte:1.1.WieentwickelnSichdieFallzahlenderandenbayerischenZivilgerichtenanh%E4ngigen>.

⁴⁴ LT-Drs. 18/2325, S. 4, 9.

⁴⁵ Vgl. hierzu: [https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-ranking-](https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-ranking-2016-zahlen-deutsche-gerichte-erledigungsquote-verfahrensdauer-bestaende/IchfragedieStaatsregierungAuslastungderZivilgerichte:1.1.WieentwickelnSichdieFallzahlenderandenbayerischenZivilgerichtenanh%E4ngigen)

[2016-zahlen-deutsche-gerichte-erledigungsquote-verfahrensdauer-bestaende/IchfragedieStaatsregierungAuslastungderZivilgerichte:1.1.WieentwickelnSichdieFallzahlenderandenbayerischenZivilgerichtenanh%E4ngigen](https://www.lto.de/recht/justiz/j/justiz-ranking-2016-zahlen-deutsche-gerichte-erledigungsquote-verfahrensdauer-bestaende/IchfragedieStaatsregierungAuslastungderZivilgerichte:1.1.WieentwickelnSichdieFallzahlenderandenbayerischenZivilgerichtenanh%E4ngigen).

⁴⁶ Vgl. <https://www.spiegel.de/panorama/nsu-prozess-warum-dauerte-der-prozess-fuenf-jahre-lang-a-00000000-0003-0001-0000-000002602349>.

⁴⁷ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/panorama/loveparade-prozess-urteil-1.4896181>.

entsprechender Softwareunterstützung in Sekunden-schnelle Werke erstellen und sich und seine Meinung ausdrücken. Die Form zu kommunizieren, sich auszutauschen und auszudrücken, wird zunehmend multimedialer; Memes, Pastiches oder Reels gehören zum Alltag, wie es früher für Briefe oder Nachrichtensendungen galt. Bei dieser neuen Art zu kommunizieren, geht es gerade darum, auf bestehende Werke zurückzugreifen und sie in einen anderen Kontext zu stellen; dabei wird häufig auf eine ganz bestimmte Situation oder ein Gefühl Bezug genommen, welches als Grundlage für die eigene Botschaft dient. Derselbe Effekt würde sich mit einer eigenen Darstellung gar nicht erreichen lassen. Dem (Kunst-) Urheberrecht war diese Art der (Massen-) Kommunikation indes lange fremd. Aktuell sind weitere Entwicklungen zu sehen, die von einem neuen Verständnis von und dem Umgang mit Kunst sprechen. Zu nennen sind hier z.B. die Aktion des Künstlers Banksy, der während einer Auktion bei Sotheby's sein Bild sich teilweise selbst zerstören ließ,⁴⁸ NFT-Kunst⁴⁹ oder die Protestaktionen der „Letzten Generation“. Letztere ließen bereits die Forderungen nach neuen Straftatbeständen und härteren Strafen entstehen, wobei fraglich ist, ob der Weg über das Strafrecht tatsächlich zielführend ist.⁵⁰

Der Fall „Metall-auf-Metall“ zeigt, welche Herausforderungen aus dem Auseinanderfallen von normiertem Recht und Wirklichkeit für die Rechtsprechung folgen und wie sich dies zeitlich auswirken kann. Solche besonders langen Verfahren belasten die Gerichte zusätzlich und führen dazu, dass auch hier faktische Grenzen erreicht werden. Es bleibt zu fragen, wie die Rechtsprechung auf ähnliche Entwicklungen reagieren und vor allem in welcher Geschwindigkeit dies geschehen wird. Gewiss ist jedoch: In der Masse werden wir uns über 20 Jahre laufende Verfahren nicht mehr leisten können.⁵¹

4. Rechtsumsetzung

Neben der Rechtsetzung und der Rechtsprechung kommt der Rechtsumsetzung eine zentrale Rolle zu. Hier zeigt sich, wie die normativen Vorgaben konkret angewandt werden und ihre gestalterische Wirkung ent-

fallen, ob die beabsichtigte Wirkrichtung des Rechts tatsächlich eintritt oder bisher unbekannte bzw. nicht bedachte Hürden entstehen. Wenn bereits der normative Schaffensprozess langwierig ist, könnte man meinen, dass die anschließende Rechtsumsetzung entsprechend effizient und unaufgeregt möglich ist. Dennoch kommt es auch an dieser Stelle immer wieder zu Problemen, die dabei nicht immer auf normative Schwächen zurückzuführen sind, jedoch ein Indiz für solche sein können.

Ein Beispiel für die besonders langwierige Umsetzung ist die Einführung der elektronischen Patientenakte.⁵² Bereits 2003 wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherungen⁵³ angestoßen, dass die wichtigen Gesundheitsdaten der Patient*innen nicht mehr ausschließlich dezentral bei den Behandelnden vorliegen sollten. Der erste Ansatz hierzu war die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte (eGK), die zunächst 2006 erfolgen sollte, dann jedoch mehrfach verschoben wurde. Die genaue Funktionsweise der eGK war darüber hinaus zunächst umstritten und wurde erst 2020 mit der Neuregelung des SGB V durch das Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG)⁵⁴ endgültig geklärt. So verfügten die Versicherten mit der eGK im Gegensatz zur vorherigen Krankenversichertenkarte z.B. bereits über die technische Möglichkeit, elektronische Rezepte zu verwenden oder weitere Daten neben den Patientenstammdaten zu speichern. Wie genau diese neuen elektronischen Funktionen jedoch ausgestaltet werden sollten, war nicht geregelt,⁵⁵ sodass von diesen Optionen kein Gebrauch gemacht wurde. Einerseits hätte die (technische) Möglichkeit bestanden, auf der eGK möglichst viele Patientendaten zu speichern, sodass die eGK somit als mobile elektronische Patientenakte hätte fungieren können („eGK als Speicher“), andererseits hätte sie ausschließlich eine bloße Authentifizierungs- und Autorisierungsfunktion haben können („eGK als Schlüssel“). Durch die ausführliche Normierung der elektronischen Patientenakte (ePA) in den §§ 341 ff. SGB V und der Neuregelung der eGK wurde durch den Gesetzgeber 2020 schließlich klargestellt, dass die eGK selbst nicht als elektronische Akte fungieren

⁴⁸ Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst-und-architektur/banksys-zerstoertes-bild-steigert-seinen-wert-15825859.html>.

⁴⁹ Kleiber, NFT – eine Einordnung zwischen Recht, Kunst und Blockchain, in: MMR-Aktuell, 2022, Meldung 445475; Heine/Stang, Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht. Funktionsweise von NFT und Betrachtung der urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, in: MMR 2021, 755.

⁵⁰ Vgl. Rostalski, Das Strafrecht ist keine Therapie, libra-rechtsbriefing v. 15.11.22.

⁵¹ S. hierzu auch Fobbe, Sind zwanzig Jahre zuviel?,

Rechtsempirie v. 13.12.2022 DOI 10.25527/re.2022.03.

⁵² Ausführlich hierzu Heckmann/Rachut, Elektronische Patientenakte und elektronische Gesundheitskarte, in: Rehmann/Tillmanns, E-Health / Digital Health, München, 2022, Kap. 3 E.; bis 2025 sollen lt. Bundesregierung mind. 80 Prozent der gesetzlich Krankenversicherten die ePA nutzen, vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/137322/Elektronische-Patientenakte-Bund-will-80-Prozent-Abdeckung-bis-2025>.

⁵³ BGBl. 2003 I, S. 2190.

⁵⁴ BGBl. 2020 I, S. 2115.

⁵⁵ Vgl. Thüsing/Rombey, NZS 2019, 201, 202.

soll. Stattdessen wurde der stufenweise Aufbau der ePA ab 2021 beschlossen.⁵⁶ Hierbei wurden die Krankenversicherungen verpflichtet, diese ihren Versicherten ab dem 1.1.2021 zur Verfügung zu stellen und sie stufenweise auszubauen.⁵⁷ Doch auch die konkreten Vorgaben hierzu stellten die Krankenversicherungen vor enorme praktische Herausforderungen. Nicht nur musste die ePA technisch umgesetzt werden, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) hielt die Regelungen der ePA zudem für rechtswidrig und rief die Krankenversicherungen unter Androhung etwaiger aufsichtsrechtlicher Maßnahmen dazu auf, von der Bereitstellung einer seiner Ansicht nach rechtswidrigen ePA abzusehen.⁵⁸ Diese Debatte mag zudem dazu beigetragen haben, dass die (mittlerweile eingeführte) ePA kaum genutzt wird. Es scheint an Wissen, Akzeptanz, Transparenz und Funktion der ePA⁵⁹ zu fehlen. Die gesetzgeberische Absicht, die Gesundheitsversorgung durch eine elektronische Aktenführung in vielen Punkten zu verbessern, stößt inhaltlich auf Zustimmung, entfaltet in der Realität jedoch auch nach mehreren Jahren kaum Wirkung. Die aktuelle Regierung hat sich daher dazu entschlossen, das Modell der ePA weiter zu reformieren und die Nutzung im Wege eines Opt-Out-Verfahrens zu gestalten.⁶⁰

Die Normierung eines Bereichs, um eine bestimmte Materie nach dem Willen des Gesetzgebers zu gestalten, reicht nicht immer aus, um die entsprechenden Veränderungen auch tatsächlich herbeizuführen. Mitunter wird erst bei dem Versuch der Rechtsanwendung deutlich, dass eine weitere Regulierung notwendig ist, um Unklarheiten oder Hürden in der Anwendung zu beseitigen. Dies wiederum kostet weitere wertvolle Zeit und hängt möglicherweise mit der Art und Weise der bisherigen Regulierung zusammen.

5. Juristenausbildung – Nach 12 Jahren qualifiziert?

Nachdem der Faktor Mensch bei Veränderungsprozessen eine zentrale Rolle spielt, könnte auch die Ausbildung der Jurist*innen als Hebel für die Beschleunigung des Rechts fungieren. Wie die anderen Bereiche des Rechts, zeichnet sich auch die juristische Ausbildung durch seit vielen Jahren etablierte Strukturen aus. Das zweistufige Ausbildungsformat kann bereits auf eine lange Historie zurückblicken: 1750 wurde in Preußen eine mehrstufige Ausbildung eingeführt, an deren Ende der Assessorientitel stand.⁶¹ Die Ausbildung mit Referendarsexamen (nach der universitären Ausbildung) und dem Assessorexamen (nach der weiteren praktischen Ausbildung) gibt es seit 1869.⁶² Die Grundgedanken stammen somit aus einer Zeit, in denen Herausforderungen, wie sie die digitale Transformation und die aktuellen globalen Entwicklungen mit sich bringen, noch gar nicht bedacht waren und das Rechtswesen nur bestimmten Personen(-gruppen) vorbehalten war. So wurde vor gerade einmal 100 Jahren (am 7.12.1922) erstmals eine Frau als Rechtsanwältin zugelassen. Noch heute geht man davon aus, dass die Referendar*innen während der circa zweijährigen Vorbereitungszeit auf das zweite juristische Staatsexamen von familiärer Seite finanziell unterstützt werden. Aus diesem Grund gewährt der Staat ihnen lediglich eine Unterhaltsbeihilfe, die „eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhalts während der Ausbildung darstellt“⁶³ und lässt Nebentätigkeiten während des Referendariats nur in engen Grenzen bzw. „in Ausnahmen“ zu.⁶⁴ U.a. Referendar*innen aus einkommensschwächeren Familien wird der Erwerb des zweiten Staatsexamens und damit der Zugang zum Richteramt oder zur Anwaltschaft dadurch weiterhin erschwert.

⁵⁶ Heckmann/Rachut, Elektronische Patientenakte und elektronische Gesundheitskarte, in: Rehmann/Tillmanns, E-Health / Digital Health, München, 2022, Kap. 3 E, Rn. 459 ff.

⁵⁷ Heckmann/Rachut, Elektronische Patientenakte und elektronische Gesundheitskarte, in: Rehmann/Tillmanns, E-Health / Digital Health, München, 2022, Kap. 3 E, Rn. 468 ff.

⁵⁸ https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/20_BfDI-zu-PDSG.html. Hierzu unter verfassungsrechtlichen Aspekten auch Heckmann/Paschke, Datenschutz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, München, 2022, § 103 Rn. 122 ff.

⁵⁹ So wurde bspw. die Einführung des elektronischen Rezepts erneut verschoben, vgl. <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2021/12/20/bmg-e-rezept-start-auf-unbestimmte-zeit-verschoben>.

⁶⁰ SPD/Grüne/FDP, Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag, 2012, S. 65, abrufbar unter: <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/>

Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf.

⁶¹ Vgl. Köbler, Zur Geschichte der juristischen Ausbildung in Deutschland, in: JZ 1971, 768 ff.

⁶² Vgl. Wegner/Suchrow/Bussmann-Welsch, Was bisher nicht geschah (und warum), FAZ Einspruch v. 25.2.20, abrufbar unter: https://www.faz.net/einspruch/reform-des-jurastudiums-was-bisher-nicht-geschah-und-warum-16650988.html?GEPIC=s3&premium=ox261782a4edba5f46303d071148ee73e5&fbclid=IwAR19hoUiiVarFd4ho7OORQPTrP1wE_iY2xeV-B_lT-t3oWoFMqRFHjRplTE.

⁶³ VG Schleswig, Beschl. v. 29.5.17 – 11 B 15/17 m. w. N. = BeckRS 2017, 121343; VG Saarlouis, Urt. v. 14.9.2010 – 2 K 1112/09 = BeckRS 2010, 54740.

⁶⁴ In Bayern z.B. Mindestpunktzahl in der ersten juristischen Staatsprüfung, maximale Wochenarbeitszeit der Nebentätigkeit von 9 bzw. 14 Stunden sowie Anrechnung der Vergütung auf die Unterhaltsbeihilfe, vgl. Art. 3 Abs. 2, 3 SiGjurVD.

Auch wenn sich die juristische Ausbildung, bestehend aus dem Studium der Rechtswissenschaft und dem zweijährigen Rechtsreferendariat, theoretisch innerhalb von sieben bis acht Jahren durchlaufen ließe,⁶⁵ sieht die Realität für viele anders aus. Durch das regelmäßige Überschreiten der Regelstudienzeit,⁶⁶ die Notwendigkeit von Wiederholungsversuchen, um die für den Wunschberuf weiterhin ausschlaggebende Examenspunktzahl zu erreichen,⁶⁷ Wartezeiten bis zum Beginn des Referendariats⁶⁸ und zur Verkündung der Prüfungsergebnisse⁶⁹ dauert es deutlich länger. Diese Zeit kann sich durch Auslandsaufenthalte, Auszeiten, Carearbeit oder eine Promotion weiter erhöhen. An den Abschluss des zweiten Examens schließt sodann die weitere Ausbildung („on the job“) in dem konkret zu ergreifenden Beruf sowie der Erwerb von Zusatzqualifikationen, z.B. eine Mediations- oder Fachanwaltsausbildung, an.

Dies bedeutet, dass es bei der Frage, wie das Recht im Jahr 2035 aussehen soll, nicht um eine ferne Zukunft geht. Vielmehr sind die Personen, die dann Recht sprechen, Recht anwenden und gestalten sollen, diejenigen, die jetzt mit ihrer juristischen Ausbildung beginnen. Wenn aktuell darüber diskutiert wird, ob und wie die juristische Ausbildung modernisiert werden soll,⁷⁰ z.B. durch das Ablegen von Prüfungen am Computer (E-Klausuren)⁷¹ statt den bisherigen handschriftlichen Ausarbeitungen, die in fünf Stunden angefertigt werden müssen, dann ist dies eigentlich zu spät. Die Reformen müssten aufgrund des zeitlichen Ausmaßes der juristischen Ausbildung vielmehr die Arbeitswelt und deren Anforderungen an Jurist*innen in einer fernerer Zukunft in den Blick nehmen.

⁶⁵ An das mindestens fünf bis sechs Jahre umfassende Studium schließt sich der juristische Vorbereitungsdienst (Referendariat) an, an dessen Ende das zweite juristische Staatsexamen steht. Dieses ist Voraussetzung für das Ergreifen der meisten (traditionellen) juristischen Berufe, siehe auch: *Kilian*, Die Zukunft der Juristen. Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer – und entbehrlicher?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2017, S. 3043 ff.

⁶⁶ Die Regelstudienzeit betrug zunächst neun, seit November 2019 zehn Semester, § 5d Abs. 2 S. 1 DRiG (Deutsches Richtergesetz). Die tatsächliche Studienzeit der Studierenden betrug 2016 bereits 11,3 Semester (BT-Drs. 19/8581, S. 6.) und dürfte sich gerade durch die Corona-Pandemie in den letzten Jahren weiter verlängert haben.

⁶⁷ Bei Nichtbestehen oder zur Notenverbesserung haben die Studierenden in den meisten Bundesländern zudem die Möglichkeit, innerhalb der nächsten beiden Prüfungstermine erneut an der Staatsprüfung teilzunehmen. Nachdem die erreichte Examensnote in beiden Staatsexamen nach wie vor entscheidend für die späteren Berufsmöglichkeiten sind, wird diese Option von vielen Studierenden genutzt, siehe auch: <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/zweites-staatsexamen-wiederholen-verbesserungsversuch-noten-kanzleien>.

6. Zwischenergebnis

Zwölf Jahre im Recht können sich unterschiedlich gestalten. Im schlimmsten, aber durchaus realistischen Fall, gelingt es in diesem Zeitraum nicht, eine bestimmte Materie zu regeln oder ein Vorhaben in der Rechtspraxis umzusetzen; auch eine rechtskräftige Entscheidung muss nach zwölf Jahren noch nicht vorliegen. Ziemlich sicher wird es in dieser Zeit jedoch einer Generation an Jurist*innen gelingen, die juristische Ausbildung zu durchlaufen. Dabei zeigt sich bereits jetzt: Der Rechtsstaat steht vor großen Herausforderungen, die sich zukünftig weiter ausbreiten werden. Bisher hat man jedoch keinen Ansatz gefunden, den unterschiedlichen Geschwindigkeiten von Recht und Wirklichkeit beizukommen. Während sich die Welt in allen Lebensbereichen immer schneller dreht, kommt der Rechtsstaat schlicht nicht mit. Insbesondere durch die digitale Transformation werden hierbei Tatsachen geschaffen, die sich nachträglich normativ mitunter nicht mehr ausgleichen lassen. Dies birgt die Gefahr, dass es vermehrt zu einer normativen Kraft des Faktischen kommt und das Recht seine Funktion nach und nach verliert, bis es schließlich wirkungslos ist.

II. Verstärkende Faktoren

Blickt man in die Zukunft, lassen sich verschiedene Faktoren ausmachen, welche die beschriebene Dynamik verstärken werden.

⁶⁸ Je nach Note und Bundesland müssen die Interessierten hier mit mehreren Monaten Wartezeit rechnen. In Berlin betrug die Wartezeit 2022 für die Top-Absolvent*innen des ersten Examens (mehr als 10 Punkte) vier bis 19 Monate. Für Personen, die nicht zu den besten Examenskandidaten gehörten (weniger als 10 Punkte) sogar 19 bis 22 Monate (<https://www.berlin.de/gerichte/kammergericht/karriere/rechtsreferendariat/bewerbungsverfahren/wartezeit/>). Während die Referendar*innen in den nächsten zwei Jahren verschiedene Ausbildungsstationen (z. B. an den Gerichten, bei der Staatsanwaltschaft oder bei Anwalt*innen) durchlaufen, bereiten sie sich parallel auf das zweite juristische Staatsexamen vor. Auch hier muss, vergleichbar zum ersten Examen, mit entsprechender Zeit für Korrektur, mündliche Prüfung und einen etwaigen Wiederholungsversuch gerechnet werden.

⁶⁹ Nach Ablegen der schriftlichen Prüfungen des Examens muss mit mehreren Monaten bis zur Korrektur und mündlichen Prüfung gerechnet werden.

⁷⁰ Hier machte insbesondere die Initiative iur.reform auf sich aufmerksam, die eine große Studie zum Bedarf der Ausbildungsmodernisierung durchführte, <https://iurreform.de/>.

⁷¹ *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, Berlin, 2023, S. 24 ff.

1. Zunehmende Komplexität

Die Komplexität der Sachverhalte, denen sich das Recht annehmen muss, wird kontinuierlich steigen. Nachdem der Rechtsstaat bereits jetzt an seine Grenzen stößt, erscheint es fraglich, wie mit diesen Herausforderungen auf tatsächlicher und rechtlicher Seite umgegangen werden soll.⁷²

a) Komplexität auf der Sachverhaltsebene

Die Verfahren zum NSU-Prozess⁷³ oder im Zuge des Loveparade-Unglücks⁷⁴ zeigen, dass eine gründliche Aufarbeitung großer Sachverhalte Zeit benötigt. Verfahren, die aktuell als besonders komplex beschrieben werden, zeichnen sich vor allem durch eine große Zeitspanne oder Personenzahl aus. Hier braucht es die entsprechenden prozessualen Mittel, um Verfahren zu bündeln, sowie Ressourcen, um diese Vielzahl an Informationen aufzuarbeiten. Umfangreiche Akten bedürfen schlicht einer längeren Zeit zum Lesen und Bearbeiten.

Sachverhalte können auch derart komplex sein, dass ein bloßes Mehr an bestehenden Ressourcen (insbesondere Zeit und Personal) nicht genügt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn für deren Erfassung und Bewertung Spezialkenntnisse notwendig sind, etwa wenn es um eine bestimmte Technologie geht, die eine besondere Expertise erfordert. Insbesondere hinsichtlich des Einsatzes von KI-gestützten Systemen, Quantentechnologie oder IoT-Diensten wird es in den kommenden Jahren zu rechtlichen Fragestellungen kommen, die auch durch die Gerichte beantwortet werden müssen.

Gerichte bzw. Spruchkörper, die auf bestimmte Themen spezialisiert sind, bilden die Ausnahme, sodass solche Situationen der Unwissenheit Jurist*innen grundsätzlich nicht fremd sind. Niemand – auch nicht Richter*innen – muss alles wissen und verstehen. In solchen Fällen behilft man sich durch das Hinzuziehen externer Sachverständiger, die einen bestimmten (z.B. vom Gericht vorgegebenen) Fragenkatalog aufgrund ihres speziellen Sachverständnisses beantworten. Dies geschieht beispielsweise regelmäßig bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unfällen im Straßenverkehr. Wie schnell das Auto eines Beteiligten war oder ob ein technischer Defekt vorlag, wird dann durch Sachverständige ermittelt. Grundsätzlich lässt sich dieses Prinzip auch auf neue oder komplexere Systeme übertragen, hat jedoch sehr

wohl seine Grenzen. Zum einen gibt es (technische) Sachverhalte, welche sich nicht aufklären lassen bzw. einem stetigen Wandel unterliegen, sodass beispielsweise der Sachverhalt in der Zeit, in der ein Mensch ihn nachvollzogen hätte, sich bereits geändert hat und für die rechtliche Beurteilung nicht mehr relevant ist. Dies ist z.B. bei selbstlernenden algorithmischen Systemen der Fall. Hier geht es in der Anwendung nicht darum, zu verstehen, wie genau das System funktioniert, sondern nur darum, dass es (zu einem bestimmten Grad) funktioniert. Dieser Ungewissheit in der Praxis steht jedoch das Bedürfnis des Rechts nach Gewissheit gegenüber.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob ab einem gewissen Punkt eine Entscheidung gänzlich ohne entsprechendes Fachwissen überhaupt noch möglich sein wird. Immer neue Gutachter*innen müssten zu immer mehr Fragen angehört werden, was den Prozess nicht nur immer weiter verlangsamen würde, sondern auch die Frage aufwirft, ob das Gericht überhaupt noch über die notwendige Kompetenz verfügt, seine Rolle auszufüllen.

b) Komplexität auf der Rechtsebene

Hinzu kommt, dass die Komplexität auch auf der rechtlichen Ebene weiter steigt. Solange keine speziellen Regelungen für Technologien wie KI, Blockchain oder NFTs existieren, stellt sich in der Rechtsanwendung die Frage, unter welche der bestehenden Normen diese Technologie zu subsumieren ist, ob und wenn ja, welche Ausnahmen oder teleologischen Reduktionen vorzunehmen sind. Ähnlich dem rechtlichen Umgang mit Musiksampling, herrscht gerade in Hinblick auf den Einsatz bestimmter Technologien oder der Zu- bzw. Einordnung bestimmter Konzepte (etwas des Metaverse oder Web 3.0) eine allgemeine Rechtsunsicherheit. Neben den Entwicklungen auf der nationalen Ebene muss zudem vermehrt auch das internationale Geschehen in den Blick genommen werden. Insbesondere die EU bemüht sich gerade um ein umfassendes Regulierungspaket und hat sich mit ihrer Datenstrategie zum Ziel gesetzt, in den nächsten Jahren an die Spitze der datengesteuerten Gesellschaften zu gelangen sowie einen einheitlichen Binnenmarkt für Daten zu errichten, sodass eine EU-weite und branchenübergreifende Datenweitergabe zum Nutzen von Unternehmen, Forschenden und öffentlichen Verwaltungen möglich sein soll.⁷⁵ Darauf basierend befinden sich aktuell verschiedene regulatorische Vorhaben auf dem Weg

⁷² Zur Komplexität als Rechtsproblem s. Zollner, Komplexität und Recht, Berlin, 2014, S. 47 ff.

⁷³ Vgl. <https://www.spiegel.de/panorama/nsu-prozess-warum-dauerte-der-prozess-fuenf-jahre-lang-a-00000000-0003-0001-0000-000002602349>.

⁷⁴ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/panorama/loveparade-prozess-urteil-1.4896181>.

⁷⁵ Europäische Kommission, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final.

(u.a. AI Act, Data Governacne Act, Data Act, Digital Markets Act, Digital Services Act), deren konkretes Zusammenwirken noch nicht genau absehbar ist. Andere Rechtsfragen, wie beispielsweise hinsichtlich der Möglichkeit, personenbezogene Daten in Drittstaaten – vor allem die USA – zu übertragen, sind nach dem letzten Urteil des EuGH,⁷⁶ trotz Angemessenheitsbeschluss erneut in der Schwebe.⁷⁷

c) Folgen der Komplexität

Eine Komplexitätsreduktion ist zum Erhalt einer funktionierenden Rechtsordnung notwendig, Wege dorthin aber bisher nicht absehbar. Was am Beispiel der Gerichte erläutert wurde, gilt ebenso für die anderen Bereiche des Rechtsstaats. Die drohenden Folgen dessen können von Qualitätsverlust bis hin zum (zumindest partiellen) Stillstand im Hinblick auf Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung reichen.

2. Keine Abhilfe durch Technologieeinsatz

Insoweit könnte man nun darauf hoffen, dass auch der Rechtsstaat sich bestimmter Technologien zur Unterstützung bedient. Allerdings hat sich gerade in der Corona-Pandemie gezeigt, wie schlecht u.a. die Gerichte technisch ausgestattet sind. Zwar besteht z.B. im Zivilrecht mit § 128a ZPO bereits seit 2013 die Möglichkeit, eine Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung durchzuführen, sodass nicht mehr alle Parteien vor Ort sein müssen.⁷⁸ Doch auch knapp zehn Jahre später ist eine solche Verhandlung weiterhin die Ausnahme. *Hautli* und *Schlicht* haben über 3000 Anträge von Anwalt*innen auf Durchführung einer Videoverhandlung ausgewertet und kommen zu einem ernüchternden Ergebnis⁷⁹: Knapp die Hälfte der Anträge (48,4 Prozent) wurde negativ beschieden, wobei als Gründe dafür seitens der Gerichte auf eine fehlende technische Ausstattung, Fehlen des hinreichend technisch versierten

Gerichtspersonals oder die Nichtnotwendigkeit aufgrund eines ausreichend großen Gerichtssaals während der Pandemie verwiesen wurde.

Auch in anderen Bereichen, etwa der elektronischen Kommunikation, zeigt sich, wie schwer sich die über Jahrzehnte bis Jahrhunderte gewachsenen Strukturen des deutschen Rechtsstaats mit der Digitalisierung tun. Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) beispielsweise dient zur sicheren elektronischen Kommunikation der Anwalt*innen mit den Gerichten. Bereits 2013 wurde hier der Grundstein zur aktiven Nutzungspflicht (Pflicht zur Übersendung von bestimmten Dokumenten an die Gerichte ausschließlich in elektronischer Form) gelegt. In den Jahren des Aufbaus des beA sowie im ersten Jahr der aktiven Nutzungspflicht ereigneten sich dennoch zahlreiche Pannen.⁸⁰

Vom Einsatz unterstützender, z.B. automatisierter Systeme oder eines KI-Einsatzes in der Breite ist die Justiz noch weit entfernt. Auch wenn es hier bereits erste Überlegungen gibt, benötigen all diese Technologien neben der Infrastruktur zunächst eine entsprechende Datengrundlage. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Informationen überhaupt elektronisch bestehen und somit verarbeitet werden können, sondern auch, wo, in welcher Qualität und wie diese ausgetauscht werden. Aktuell besteht nicht einmal ein vollständiges Bild über die in Deutschland getroffenen gerichtlichen Entscheidungen. Denn nur ein verschwindend kleiner Teil davon (ca. 1 Prozent) wird überhaupt veröffentlicht und elektronisch zugänglich bereitgestellt.⁸¹

3. Unattraktivität der klassischen juristischen Berufe

Nimmt man den demografischen Wandel hinzu⁸², müssen komplexere Verfahren perspektivisch von immer weniger Personen bearbeitet werden, was zu einer weiteren Erhöhung der Bearbeitungszeit und damit Verlängerung der Verfahren an den Gerichten führt.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 16.7.20 – C-311/18 = NJW 2020, 2613.

⁷⁷ Für eine technologische, statt rechtliche Lösung s. *Heckmann*, *libra-rechtsbriefing* v. 10.5.22.

⁷⁸ Vgl. zur Entwicklung der Digitalisierung in der Justiz *Anne Paschke*, *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, Berlin, 2018, S. 235 ff.

⁷⁹ *Hautli/Schlicht*, *Ablehnungen von Videoverhandlungen: Eine Analyse von 3.000 „Dieselverfahren“*, *zpo-blog* v. 27.5.2021, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/hautli-schlicht-ablehnung-videoverhandlungen-128a-zpo-diesel-verfahren>.

⁸⁰ S. z. B. *Müller*, BSG: Signatur bei Übermittlung elektronischer Dokumente über das beA, in: NJW 2022, 1336; *Oelschlägel*, *Zumutbarkeit der Nutzung des beA*, in: *IT-Rechtsberater* 2021, S. 79; *Günther*, *Haftungsfallen rund ums beA*, in: NJW 2020, 1785; *NZA* 2019, S. 825; *Siegmund*, *Das beA von A bis Z*, in: NJW, 2017, S. 3134; *BGH*, Urt. v. 22.3.21 – AnwZ (Brfg) 2/20 = NJW 2021, 2206; *BGH*,

Beschl. v. 29.9.21 – VII ZB 12/21 = NJOZ 2022, 93; *BGH*, Beschl. v. 11.5.21 – VIII ZB 9/20 = NJW 2021, 2201;

⁸¹ <https://www.lto.de/recht/justiz/j/studie-veroeffentlichung-gerichtsentscheidungen-deutschland-transparenz-justiz/>; zur Veröffentlichungspflicht von Gerichtsentscheidungen s. z.B. kürzlich *OVG Münster*, Beschl. v. 11.1.2023 – 15 E 599/22 = NJW 2023, 1232.

⁸² Bundesweit geht man von einem Ausscheiden von gut 40 Prozent aller Jurist*innen bis 2030 aus. So *Deutscher Richterbund*, *Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 7, abrufbar unter: http://rba-nw.de/uploads/DRB-Positionspapier%20Nachwuchsgewinnung_kl.pdf; jüngst warnen zudem mehrere Gewerkschaften in diesem Zusammenhang vor der Handlungsunfähigkeit des Staates, s. <https://www.welt.de/wirtschaft/article246878548/Fachkraeftemangel-Gewerkschaften-warnen-vor-staatlicher-Handlungsunfaehigkeit.html>.

⁸³ Gleichzeitig könnte man von den Werten und Sichtweisen der

Zwar könnte man den bestehenden und aufkommen- den Personalmangel möglicherweise durch die Einstel- lung von jungen, motivierten und idealerweise digitalaf- finen Jurist*innen beseitigen.⁸³ Dies wirft jedoch ein weiteres Problem auf: Die für die Aufrechterhaltung von Justiz und Verwaltung wichtigen Berufe (also sämtliche Organe der Rechtspflege oder Verwaltungsjurist*innen) werden zunehmend als unattraktiv wahrgenommen. Sie erfordern einerseits ein zweites juristisches Staatsexamen – immer mehr Absolvent*innen entscheiden sich nach dem ersten Examen jedoch gegen das Referendariat und damit gegen den Eintritt in die klassischen juristi- schen Berufe.⁸⁴ Andererseits entstehen auch im juristi- schen Bereich neue Berufsfelder, die eine flexiblere, indi- viduellere aber gleichzeitig sinnstiftende Tätigkeit er- möglichen. Legal Tech ermöglicht bspw. die Verknüpfung neuester Technologien mit Rechtsfragen. Mittels Legal Design erhält darüber hinaus der Design Thinking-An- satz Einzug in das Bearbeiten von Rechtsfragen und zahlreiche Jurist*innen haben ihren Weg in Unterneh- men gefunden, wo sie als eine Art Übersetzer*innen tä- tig sind, um rechtliche Gesichtspunkte z.B. frühzeitig in Entwicklungsprozesse einzubringen. Selbst wenn man das zweite Examen mit den vom Staat geforderten guten Noten ablegt, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Weg in Justiz und Verwaltung vorgegeben ist, um dort im Bereich von Rechtsprechung und Rechtsanwendung oder der Vorbereitung von Regulierungsverfahren mit- zuwirken. Der öffentliche Dienst ist hier gegenüber vie- len möglichen Alternativen schlicht im Nachteil. Dies bezieht sich in erster Linie nicht auf die niedrigere Ver- gütung, sondern vor allem auf die geringeren Möglich- keiten von individueller Förderung, Aufstiegschancen und Selbstbestimmtheit der Arbeit.

4. Kultur und Selbstverständnis von Jurist*innen

Des Weiteren zeigen sich Jurist*innen vermehrt auch in anderen Rollen, die nicht unbedingt eine neue Berufs- sparte bedeuten. Gerade bei der Frage des Datenschutzes bzw. der Beurteilung der dahinterstehenden Rechte (auf EU-Ebene: Achtung des Privat- und Familienlebens sowie Schutz bezogener Daten, Art. 7, 8 GrCh; auf natio- naler Ebene: Recht auf informationelle Selbstbestim- mung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG) hat sich in den letzten Jahren eine intensive und kontrovers geführte Diskussion gezeigt. Hierbei kommt es vor, dass

Jüngeren profitieren.

⁸⁴ *Deutscher Richterbund* ebda., S. 10 ff.

⁸⁵ Zur Grundrechtsgewährleistung durch Datennutzung siehe *Heckmann/Paschke*, Datenschutz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, München, 2022, § 103 Rn. 97 ff.

⁸⁶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik

Jurist*innen, die eigentlich dazu angehalten wären, den Umgang mit Daten in einen rechtlich zulässigen Rah- men zu lenken und dabei die verschiedenen rechtlich geschützten Positionen in einen angemessenen Aus- gleich zu bringen, sich eher als Lobbyist*innen hervor- getan haben. Keine Frage, Jurist*innen dürfen parteiisch sein, wenn ihre Position dies erfordert. Werden sie aber (im staatlichen und damit allgemeinen Interesse) für bestimmte Aufgaben, z.B. als Datenschutzbeauftragte, bestellt, so gilt es, alle relevanten Positionen einzubezie- hen. Neben dem Schutz personenbezogener Daten bein- haltet das auch das Recht auf Nutzung (personenbezoge- ner) Daten.⁸⁵ Des Öfteren scheint in der (öffentlichen) Debatte vergessen zu werden, dass bspw. die DSGVO nicht nur „Vorschriften zum Schutz natürlicher Perso- nen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“, sondern auch „zum freien Verkehr solcher Daten“ ent- hält, vgl. Art. 1 Abs. 1 DSGVO. Das Recht auf Daten- schutz ist kein „Übergrundrecht“ und übertrumpft daher auch nicht pauschal andere Interessen. Wie bei anderen Kollisionen ebenfalls, gilt es, die betroffenen Rechtsposi- tionen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Kollidieren verschiedene Grundrechte miteinander, muss ihnen im Wege der praktischen Konkordanz zu Geltung verholfen werden. Demnach gilt es, eine Lösung zu finden, bei der beide Grundrechte bestmöglich zum Tragen kommen, durch das eine das andere jedoch nicht an Wirkkraft verliert.⁸⁶

Das Datenschutzrecht ist hierbei nur ein Beispiel da- für, dass sich Jurist*innen durchaus als „Verhinderer“ und weniger als „Ermöglicher“ positionieren. Statt in den aufgeworfenen Rechtsfragen die Möglichkeit zu se- hen, Chancen zu ergreifen und Wege aufzuzeigen, wird oftmals betont, was *nicht* geht. Damit wird mitunter der Weg zu einer möglichen funktionierenden und rechts- konformen Lösung verbaut.

Eng mit dem Selbstverständnis der Jurist*innen ver- bunden ist die bestehende Kultur. Die Ausbildung för- dert weiterhin Einzelkämpfer*innen und belohnt Indivi- duen, die sich von der Gruppe abheben. Der Fokus der Ausbildung und Bewertung liegt dabei auf dem Repro- duzieren bestimmter Streitstände und Rechtsprechung. Mittelbar wird dadurch die Abgrenzung unter den Stu- dierenden gefördert, Auswendiglernen geht Verständnis vor und zusätzliche Aktivitäten und das Erlernen weiter- er Kompetenzen⁸⁷, die nicht examensrelevant sind,

Deutschland, Heidelberg, 1999, S. 71.

⁸⁷ Zur Teamfähigkeit und ihrer Einbeziehung in Ausbildung und Prüfung siehe auch *Heckmann/Seidl/Pfeifer/Koch* c.t. <compliant teamwork>. Teamorientiertes Lernen in den Rechtswissenschaf- ten, Berlin, 2015.

⁸⁸ Vgl. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechts-

werden nur selten honoriert. Es wundert daher nicht, dass man auch den „fertigen Jurist*innen“ nachsagt Einzelkämpfer*innen zu sein und sich schwer tun, als Gruppe oder Team etwas zu erreichen. Möglicherweise bedingt dies ebenfalls, dass Fehler eher versteckt werden, als diese öffentlich zu machen, um einen gemeinsamen Lernprozess anzustoßen.

5. Negative Synergien

Hinzu kommt, dass sich die vorgenannten Faktoren gegenseitig verstärken. Das immer weitere Entfernen von Recht und Wirklichkeit sorgt für eine stetige Ausweitung von Rechtsunsicherheit und damit zu negativen Folgen für das Individuum und die Gesellschaft. Ein Staat, der nicht in der Lage ist, Innovationen durch einen entsprechenden Rechtsrahmen zu ermöglichen und zu fördern, verliert seine Attraktivität als Wirtschaftsstandort. Fehlende Ressourcen bei steigendem Bedarf sowie die im Verhältnis unattraktiver werdenden beruflichen Aussichten, verstärken den bestehenden Personalmangel und verringern die Handlungsmöglichkeiten des Staates weiter. Eine Lösung erscheint hier nicht mehr allein über das Aufbringen enormer finanzieller Mittel möglich, sondern es droht zumindest ein zeitweises Abfallen der Qualität. Schließlich können die individuellen negativen Erfahrungen mit dem Recht in all seinen Facetten zum Schwinden der Akzeptanz in der Gesellschaft beitragen und die Steuerungsmöglichkeit des Rechts weiter einschränken, bis der Rechtsstaat schließlich ganz zum Erliegen kommt.

6. Zwischenergebnis: Der Rechtsstaat in einer Abwärtsspirale

Ein Auseinanderfallen von Recht und Wirklichkeit ist unserem Rechtsstaat zu einem gewissen Grad nicht fremd.⁸⁸ Die zögerliche bzw. überlegte Adaption des Rechts mag zum Teil sogar als Vorteil im Sinne eines Ge-

genpols an Beständigkeit zu den sich ansonsten so schnell verändernden Umständen angesehen werden.

Gewiss bedeutet Kontinuität im Recht auch Verlässlichkeit, Absicherung und Vorhersehbarkeit; Attribute, die man mit einem funktionierenden Rechtsstaat verbinden sollte. Nichtsdestotrotz kann die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit irgendwann so groß werden, dass die beiden Ebenen nur noch losgelöst voneinander existieren, das Recht mithin seine Steuerungskraft im Wesentlichen verliert.

In einer solchen Situation helfen auch abstrakte Werte oder Ordnungsprinzipien nicht, wenn sie nicht (mehr) mit Vorstellung und Moral der gegenwärtigen Gesellschaft als Subjekte der Rechtsordnung übereinstimmen. Die Folge einer solchen Abwärtsspirale ist der schlichte Akzeptanzverlust des Rechts und mit ihm die fehlende Möglichkeit, zu wirken.

Dieser Abwärtsspirale entgegenzuwirken wird daher zentrale Aufgabe der kommenden Jahre sein, um auch unter Zeitdruck den verschiedenen Krisen trotzen zu können.

III. Dem Steuerungsverlust des Rechts begegnen

Aus dieser beschriebenen Abwärtsspirale ergibt sich nichts weniger als ein drohender Steuerungsverlust des Rechts, dem es ganzheitlich zu begegnen gilt.

1. Das Ziel: Der Rechtsstaat als Standortfaktor

Ziel der Maßnahmen kann dabei nicht nur sein, die Steuerungskraft in irgendeiner Art zu erhalten, sondern vielmehr einer klaren Vision zu folgen.⁸⁹ Das deutsche Rechtssystem ist im EU-weiten und internationalen Vergleich hoch angesehen, verfügt über viele Stärken und sowohl Rechtsprechung als auch Gesetze gelten als Vorbilder und Orientierungsmarken für verschiedene Länder weltweit.⁹⁰ Ein funktionierender, im Sinne von Kon-

normen, 1997, S. 173 ff.; *Bringewat*, Geltungsverlust von Normen und Verfügungen des öffentlichen Baurechts im Spannungsverhältnis von Recht und Wirklichkeit, Baden-Baden, 2012, S. 19; vgl. auch, jedoch mit stärkerem Fokus auf Österreich *Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, Berlin, 1970, S. 30.

⁸⁹ Zum Entwickeln von Visionen aus Science-Fiction s. *Hermann*, Von Science-Fiction lernen: Welche Digital- und Datenpolitik wollen wir?, *Tagesspiegel* Background v. 2.12.22, abrufbar unter: <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/von-science-fiction-lernen-welche-digital-und-datenpolitik-wollen-wir>.

⁹⁰ So beeinflussten die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verankerten Werte und Konzepte die Verfassungen einer Vielzahl von Demokratien, u.a. erkennbar z. B. auch bei der Verankerung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen in die post-franquistische Verfassung Spaniens von 1978, vgl. *Oehling de*

los Reyes, El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, S. 164 ff. Auch im zivil- und strafrechtlichen Bereich konnten zahlreiche deutsche jur. Konzepte und Standards ihren Fingerabdruck in diversen internationalen Rechtsordnungen hinterlassen (v.a. in Estland, Asien und Südamerika), vgl. *Kull*, Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law, in: *Juridica International*, 2008, S. 122 ff.; *Zaffaroni/Croxatto*, El pensamiento alemán en el derecho penal argentino, in: *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 2014, S. 192 ff.; *Luney Jr.*, Traditions and foreign influences: Systems of Law in China and Japan, in: *Law and Contemporary Problems*, 1989, S. 129 ff.

⁹¹ Vgl. z.B. LL.B Legal Tech (Passau), <https://www.uni-passau.de/>

tinuität und Zuverlässigkeit getragener, Rechtsstaat stellt hierbei auch einen wichtigen Standortfaktor dar, auf den es sich zu besinnen und diesen es auch künftig zu fördern gilt. Fraglich ist daher, mit welchen Impulsen es gelingen kann, den Rechtsstaat auch im Jahre 2035 (noch) als wertvollen Standortfaktor zu etablieren bzw. zu fördern. Denn die oben dargestellten negativen Synergien auf Wirtschaft, Politik und Zivilgesellschaft könnten mit einem starken Rechtsstaat ebenso ins Gegenteil verkehrt werden. Der Rechtsstaat wäre somit Garant für eine Gesellschaft nach unseren freiheitlich demokratischen Vorstellungen und Werten – mithin im Sinne aller.

2. Modernisierung der juristischen Ausbildung

Das Recht ist ohne die Menschen nichts. Wie bei anderen Transformationsprozessen, hängt dessen Erfolg maßgeblich von den Personen ab, die sie bewirken und die von ihnen betroffen sind. Der effektivste Prozess und die besten Technologien sind wertlos, wenn sie nicht genutzt werden. Aus diesem Grund gilt es, die juristische Ausbildung an die Arbeitswelt und Herausforderungen von Gegenwart und Zukunft anzupassen. Neben der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung mit Digitalisierungsthemen (wie z.B. durch die Möglichkeit sich bereits während der Ausbildung darauf zu spezialisieren (sog. Schwerpunktbereich oder Berufsfeld) oder im Rahmen spezieller und interdisziplinärer Studiengänge⁹¹), bedarf es ebenso der Vermittlung der praktischen Fähigkeiten. Jurist*innen arbeiten bereits jetzt zu wesentlichen Teilen am Computer, nutzen verschiedene Datenbanken und Software zur Erstellung der Schriftsätze oder Berechnung von Ansprüchen. Eine Reform der juristischen Ausbildung hätte nicht nur den Vorteil, dass diese inklusiver und chancengerechter gestaltet wäre und die Absolvent*innen die tatsächlich benötigten Fähigkeiten vermittelt bekämen,⁹² sondern auch, dass die tendenziell bestehende Hemmung gegenüber Innovationen im Rechtsbereich abgebaut werden könnte. Dies ebnet den Weg dafür, das technisch Mögliche gekonnt einzusetzen und so zur dringend benötigten Entlastung des knappen Personals beizutragen. Jurist*innen sind nicht ersetzbar, es gibt jedoch Aspekte der juristischen Arbeit, die sich automatisieren oder zumindest vereinfachen ließen, wenn man es denn zuließe.

legaltech, sowie LL.M. Legal Tech (Regensburg), <https://www.legaltech-ur.de/>.

⁹² Vgl. Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüf-

Initiativen wie iur.reform⁹³ setzen sich bereits jetzt für eine Modernisierung der juristischen Ausbildung ein. Dazu wurde die seit über 20 Jahren bestehende Reformdiskussion ausgewertet und in 44 zentrale Thesen gefasst, welche schließlich in die bundesweit größte Umfrage unter Jurist*innen geflossen sind. Solche Bestrebungen gilt es zu fördern und deren Ergebnisse als ersten Impuls zu nutzen.

3. Netzwerke schaffen und fördern

Netzwerke sind auch für Jurist*innen wichtig. Sie sollten weniger mit drohenden Befangenheitsanträgen assoziiert und stattdessen bewusst geschaffen und genutzt werden. Solche Netzwerke entstehen aktuell vor allem auf natürliche Weise in den verschiedenen Institutionen und über die üblichen beruflichen Kontakte. In einigen Bereichen finden sich auf Initiative Einzelner bereits orts- bzw. institutionsübergreifend Menschen zum Austausch zusammen. Foren wie die digitale Richterschaft oder Vereine wie der Next e.V. ermöglichen es Interessierten einerseits, sich mit ihren Erfahrungen und Fragen an ein größeres Publikum zu wenden und persönliche Kontakte zu knüpfen. Dies schafft Vertrauen untereinander und fördert einen ehrlichen Umgang mit Problemen und Herausforderungen. Andererseits informieren solche Initiativen und lenken Aufmerksamkeit auf bestimmte Themen, sorgen somit für eine gewisse Sichtbarkeit und motivieren möglicherweise zum eigenen Engagement. Dadurch wiederum können vermeintliche Einzelkämpfer*innen ermutigt und zusammengebracht werden. Diese Netzwerke sind zudem notwendig, um der steigenden Komplexität auf technischer und rechtlicher Ebene zu begegnen. Es gilt daher, sie aktiv einzurichten und zu fördern.

4. Durchlässigkeit und Interdisziplinarität stärken

Die Vielseitigkeit der juristischen Berufe und die unterschiedlichen Erfahrungen, die dadurch gesammelt werden können, bieten eine weitere große Chance voneinander zu lernen. Dennoch sind Perspektivwechsel eher eine Seltenheit. Nur wenige Jurist*innen wechseln aus der Anwaltschaft ins Richteramt und umgekehrt, oftmals wird der nach dem Examen eingeschlagene Karriereweg über viele Jahre weiterverfolgt. Gerade das Dienst- und Beamtenrecht bietet hier nur wenig Durchlässigkeit

fung, Berlin, 2023, S. 22.

⁹³ Vgl. <https://iurreform.de/>.

⁹⁴ Zum bisherigen Stand und Verständnis s. Wrase/Scheiwe, Rechts-

und Anreize, die in anderen Bereichen erworbenen Fähigkeiten (zeitweise) in den Dienst des Staates zu stellen.

Anpassungen in diesem Bereich müssen zudem nicht auf Jurist*innen beschränkt sein. Bereits jetzt stellt diese Berufsgruppe z.B. einen großen Teil der ministeriellen Beamt*innen und schließt dadurch wertvolle Perspektiven und Methoden anderer Fachrichtungen aus. Fellowship-Programme wie Work4Germany haben den Mehrwert dieses Ansatzes bereits unter Beweis gestellt und gezeigt, dass interdisziplinäres Arbeiten auch im öffentlichen Sektor gelingen kann.

Neben der Durchlässigkeit zwischen den verschiedenen Berufen, gilt es daher, die Rechtswissenschaft mit weiteren Disziplinen zu verknüpfen. Recht und Rechtsstaat sind jetzt auf die Erkenntnisse anderer Wissenschaften und Disziplinen angewiesen. So wird es aufgrund der digitalen Transformation immer wichtiger, neben der technischen Funktionsweise auch die Auswirkungen auf Gesellschaft oder Wirtschaft zu begreifen.

Damit dies gelingt, mithin eine „gute“ Rechtsetzung ermöglicht wird, die den Regelungsbedarf erkennt und im Rahmen der (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben und anhand des politischen Willens umsetzt, bedarf es mehr als die aktuell im Gesetzgebungsprozess etablierten Anhörungen. Es ist vielmehr ein frühzeitiger und echter interdisziplinärer Austausch notwendig. Dies umfasst insbesondere eine Kommunikation auf Augenhöhe, die Fähigkeit, sich in andere Positionen hineinzusetzen und das Hinterfragen der eigenen Annahmen. Interdisziplinäres Arbeiten ist mehr als das Beteiligen verschiedener Disziplinen. Es erfordert weniger die höchsten Fertigkeiten im eigenen Fachbereich, sondern vielmehr bestimmte, oft unter der Kategorie *soft skills* zusammengefasste Fähigkeiten, die somit als „Zukunftsskills“ in den Mittelpunkt rücken.

5. Fehler- und Lernkultur etablieren

Auch wenn ein Rechtsstaat danach strebt, Fehler zu vermeiden, so kommen sie zwangsläufig vor und werden sich möglicherweise häufen, wenn man innovative Ansätze verfolgt. Eine Kultur, in der Fehler unweigerlich negative Konsequenzen für den Einzelnen haben, regt dazu an, diese zu verschweigen. Dass Fehler nicht verschwiegen, sondern offen behandelt werden sollten, ist per se nicht Neues. Wichtig ist jedoch sich bewusst zu machen, dass der transparente Umgang mit Fehlern nicht nur aus Sicht des Einzelnen wünschenswert ist,

sondern vor allem die Möglichkeit bietet, durch Aufklärung und Adaption des Systems weitere Fehler zu vermeiden. Daher müssen solche Strukturen geschaffen werden, die sicherstellen, dass etwaige Fehler nicht nur kommuniziert, sondern aus ihnen auch die notwendigen Schlüsse gezogen werden, somit neben einer Fehlerkultur auch eine Lernkultur sicherstellen.

6. Digitalisierung des Rechts

Entscheidend wird zudem sein, ob es gelingt, die Potentiale der Digitalisierung auch im und für das Recht zu nutzen. Eine flächendeckende elektronische Aktenführung kann hierbei nur ein erster Schritt sein, um eine umfassende elektronische Grundlage für die weitere Arbeit zu schaffen. Es bedarf darüber hinaus einer umfassenden Datengrundlage und der qualitativen Aufbereitung dieser, um den künftigen Herausforderungen zu begegnen. Nicht nur würde z.B. eine Veröffentlichung und Aufbereitung sämtlicher Gerichtsentscheidungen in anonymisierter Form dazu beitragen, dass Richter*innen bei ihren Entscheidungen im gesamten Bundesgebiet auf umfassende Materialien zur Bewertung und Einschätzung zurückgreifen könnten, sondern ebnete dies auch den Weg zu einer umfassenden Rechtswirkungsforschung. Auf der einen Seite würden dadurch die Entscheidungsträger*innen in Exekutive, Legislative und Judikative entlastet, da sie ihre wertvollen Kapazitäten nicht mehr zur mühsamen Erfassung und Aufbereitung des Sachverhalts, der Beauftragung von weiteren Gutachten oder Studien sowie der Tatsache, dass bestimmte Informationen schlicht nicht eingeholt werden können, verwenden müssten. Zudem schafft ein solch datenbasiertes Recht Transparenz und dadurch nicht nur Vertrauen in den Rechtsstaat, sondern ermöglicht es ebenso, dass das Recht gerechter wird. Verhältnismäßig leicht könnten z.B. regionale Unterschiede in der rechtlichen Bewertung dargestellt und hinterfragt werden. Zudem könnte dadurch überprüft werden, ob die Regelungsintention des Gesetzgebers mit einer konkreten Norm tatsächlich erreicht wird sowie, ob und wo sich Probleme in der Rechtsanwendung stellen, um entsprechend schnell darauf reagieren zu können (Rechtswirkungsforschung⁹⁴). Weiter könnten Regulierungswirkungen von Umständen oder Dritten aufgedeckt werden, die bei der bisherigen Fokussierung auf formelles und materielles Recht unberücksichtigt bleiben. Neben der normativen Kraft des Faktischen gilt es ebenso, die normativen Wirkungen von Code⁹⁵, (Industrie-)

wirkungsforschung revisited, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2018, S. 5 ff.

⁹⁵ S. Lessig, Code: And Other Laws Of Cyberspace, New York, 1999,

S. 3 ff.

⁹⁶ Insbes. auch nicht gesetzlich normierte Regularien, sog. (Industrie-)

Standards⁹⁶ oder die Macht nichtstaatlicher und/oder globaler Akteure zu untersuchen.⁹⁷

In diesem Zusammenhang ist zudem zu hinterfragen, inwieweit durch technische oder systemimmanente Vorgaben Rechtsbrüche bereits vermieden werden können. So mag es auf der einen Seite vorteilhaft erscheinen, dass bestimmte rechtswidrige Handlungen schlicht unmöglich gemacht würden, auf der anderen Seite darf nicht vergessen werden, dass Gegenstand einer solchen Regulierung durch Technik der Mensch ist, dessen individuelle (Entscheidungs-)Freiheit es durch das Recht zu schützen gilt. Eine solche Lösung löst daher nur das oberflächliche Problem der Überlastung, schützt in Wahrheit aber nicht die individuelle Freiheit und ist daher im Ergebnis abzulehnen. So mag es vielleicht kein „Recht auf Rechtsbruch“ geben, jedoch schützen grundlegende Freiheiten vor einer vollständigen Determinierung menschlicher Entscheidungen und Handlungsweisen durch umfassende technologisch ermöglichte Automatisierung des Normvollzugs⁹⁸.

Mehr Daten führten darüber hinaus keinesfalls dazu, dass Jurist*innen obsolet würden. Die komplexen Einschätzungsspielräume und Abwägungen erfordern gerade eine menschliche Entscheidung, die nicht automatisiert werden kann. Daten und der Einsatz entsprechender datenbasierter Technologien (z.B. durch Legal Tech) können jedoch die notwendige Entlastung im Bereich des Rechts schaffen. Dies kann indes nur gelingen, wenn neben der technischen Infrastruktur, dem Aufbau der Daten und der Kompetenzvermittlung auch ein allgemeines Bekenntnis zur Datennutzung erfolgt. Dies bedeutet, dass eine etwaige bestehende einseitige Fokussierung auf Datenschutz in einen verhältnismäßigen Ausgleich mit den Interessen an der Datennutzung gebracht werden muss.

Darüber hinaus müssen die Fragen der praktischen Umsetzung, u.a. das Aufbringen der notwendigen finanziellen Mittel, diskutiert werden. Im Bundesrat wurde hierzu beispielsweise schon ein Vorschlag für eine diesbezügliche Grundgesetzänderung eingebracht.⁹⁹

rie-)Standards (z. B. DIN-Normen), nehmen mittlerweile einen hohen Stellenwert im internationalen Handel ein, vgl. *Sandl*, Technische Normen und Standards – unterschätzte Größen im geopolitischen Macht Wettbewerb, in: *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik*, 2021, S. 265 ff.

⁹⁷ Bspw. Gewerkschaften als konstruktive Vetospieler, vgl. *Urban*, Gewerkschaften als konstruktive Vetospieler. Kontexte und Probleme gewerkschaftlicher Strategiebildung, in: *Forschungsjournal NSB*, 2005, S. 44 ff.

7. Wandel der Rechtskultur

Kein Zweifel: Wir werden innerhalb der nächsten 12 Jahre einen Wandel des Rechts – von der Art, wie es entsteht, über die Mechanismen seiner Verwirklichung bis zu der Rolle der (menschlichen) Akteure in der Rechtsordnung – erleben, wie es dies über all die Jahre, Jahrzehnte, Jahrhunderte nicht gab, in denen Rechtsstaatlichkeit zum prägenden Element moderner Gesellschaften avancierte. Die rasante technologische Entwicklung schafft neue Zugänge zum Recht durch Digitalisierung, Konfliktvermeidung durch Automatisierung, produktive Mensch-Maschine-Interaktionen und Verfahrenseffizienz durch smarte Prozesse auf besserer Datenbasis. So forscht man bereits an algorithmenbasierter Gesetzgebung, die künftig Grundlage des automatisierten Gesetzesvollzugs, aber auch der digitalen Vermittlung von Norminhalten an die (rechtsunkundigen) Normadressaten sein wird.

Es leuchtet ein, dass dies alles schon aufgrund seiner Komplexität und Dynamik nicht in die Denkweise überkommener Rechtspraxis und Juristenausbildung passt. Um so mehr (und schneller) muss man umdenken und die Rechtsordnung – behutsam anpassend – umgestalten, solange dies noch in beherrschbaren Schritten erfolgen kann. Das alles gelingt unterdessen nur, wenn man das überkommene Recht nicht gegen innovative Rechtsideen ausspielt, ganz nach dem Motto: Die hier dargestellten juristischen Innovationen seien letztlich rechtswidrig und schon deshalb zu unterbinden. Um genau dies zu verhindern, fordert *Dirk Heckmann* einen Rechtskulturwandel¹⁰⁰ hin zu einer konstruktiv-abwägenden Haltung gegenüber dem Neuen, dem Unbekannten: „Konstruktiv in dem Sinne, dass man auch als Jurist nicht einfach Bedenken in den Raum stellt, sondern sofort Lösungen anbietet oder zumindest anstrebt – und dabei zugleich den Wert der digitalen Innovation anerkennt. Sowie abwägend in dem Sinne, dass man bei dem (im Übrigen notwendigen) Rechtsgüterschutz nicht nur das eine Rechtsgut benennt und verteidigt, um das man

⁹⁸ So zutreffend in Anlehnung an das Böckenförde-Diktum *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung, in: *MMR* 2019, 563: „Nur ein totalitärer Staat verhindert flächendeckend den Rechtsbruch, erzwingt die Einhaltung dessen, was er als Recht setzt, durch Totalüberwachung oder allgegenwärtigen technischen Zwang.“

⁹⁹ BR-Drs. 165/1/18, S. 10 f.

¹⁰⁰ Siehe den IFO-Schnelldienst 08/2023 vom 16. August 2023, S. 22 ff.

¹⁰¹ Hierzu der Werkstattbericht von *Rachut*, *ODW* 2023, 89 ff.

sich sorgt, sondern zugleich kollidierende Rechtsgüter in den Blick nimmt, deren Wert und Wichtigkeit ebenso auf die Waagschale gehören.“

Das alles lässt sich aber nur bewältigen, wenn man stärker als je zuvor wissenschaftliche Expertise in all diese Prozesse einbezieht, und zwar von der Konzeptionsphase über Sachverständigengutachten in der Projektentwicklung bis zur fachlichen Unterstützung vor, während und nach einer Evaluation. Eine solche Rolle nimmt etwa das TUM Center for Digital Public Services (www.tum-cdps.de) seit seiner Entstehung im Juni 2020 mit Erfolg ein.¹⁰¹

Die Neugestaltung einer (digitalisierten) Rechtsordnung kann nicht „von innen heraus“ gelingen – vielmehr sollte hier die (Rechts-)Wissenschaft solche Transformationsprozesse begleiten: sie hat die notwendige Expertise, Glaubhaftigkeit und Gestaltungskraft. Rechtswissenschaft, zumal in ihrer interdisziplinären Verflechtung, kann mehr als nur das Recht erklären und Debatten leiten. Sie kann und sollte auch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung darin unterstützen, sich unter den Bedingungen fortwährender Digitalisierung, Automatisierung und Vernetzung zu erneuern.

IV. Fazit: Das Recht zwischen Kontinuität und Adaption

Die vorstehenden Maßnahmen zeigen erste Ansatzpunkte auf, um den Rechtsstaat zukunftsfähig zu machen. Unbenommen wird das Recht stets auf Veränderungen reagieren müssen. Denn Aufgabe des Rechts ist es nicht, zu regulieren, was in ferner Zukunft sein könnte, sondern allgemein gültige abstrakt-generelle Regelungen für das Heute aufzustellen und über deren Anwendung zu wachen. Diese Normen anzupassen kann aus verschiedenen Gründen notwendig sein. Innovationen können ein Treiber dieser Entwicklung sein, nicht jeder Fortschritt erfordert jedoch eine Anpassung des Rechts. Die bekannten Herausforderungen in die-

sem Anpassungsprozess erhalten durch die aktuell bestehenden, zu erwartenden und noch nicht absehbaren Entwicklungen eine neue Dimension. Die digitale Transformation und der stetige technologische Fortschritt sind nur ein Beispiel für Herausforderungen in einer Größe, dass, sollten sie ignoriert werden, sie zu einem Steuerungsverlust des Rechts führen könnten.

Die Fragen, mit denen sich der Rechtsstaat konfrontiert sieht, haben sich durch das Digitale bereits vervielfacht und werden dies künftig in immer schnellerer Abfolge tun. Damit der Rechtsstaat weiterhin handlungsfähig bleiben kann und nicht externen Zwängen unterworfen wird, sind bereits heute weitsichtige Anpassungen erforderlich. Bei dem Ruf nach Adaption und Innovation, darf gleichzeitig nicht vergessen werden, dass die Kontinuität des Rechts ein zentraler Erfolgsfaktor unseres Rechtsstaats ist. Eine gewisse Zerrissenheit des Rechts zwischen Kontinuität und Adaption ist daher unausweichlich. Statt zu versuchen diesen Konflikt aufzulösen oder zu umgehen, kann er stattdessen genutzt werden, um das Gleichgewicht zwischen diesen beiden Polen herzustellen und zu bewahren. Dies mag sich als besonders herausfordernd und in der Praxis durchaus aufreibend gestalten, kann letztlich jedoch die Zukunftsfähigkeit des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates gewährleisten. Allemal lohnt es sich, über die Rolle des Rechts in der digitalen Transformation innovativ, kreativ und auch disruptiv nachzudenken – und dies jetzt, nicht erst in 12 Jahren.

Sarah Rachut ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung (Prof. Dr. Dirk Heckmann) an der Technischen Universität München und Geschäftsführerin der Forschungsstelle TUM Center for Digital Public Services. Sie forscht und lehrt zu verfassungsrechtlichen Fragen der Digitalisierung, schwerpunktmäßig in den Bereichen E-Government, E-Health und E-Education.

Ralf P. Schenke*

Promotion und Wissenschaftsplagiate: Eine Bestandsaufnahme im Regelungsverbund zwischen Landesgesetzgebung, Hochschulen und Richterrecht

Übersicht*

I. Einleitung

II. Grundrechtliche Einordnung

III. Überblick über die geltenden Rechtsgrundlagen

1. Hochschulgesetze der Länder

2. Promotionsordnungen

3. Zwischenbetrachtung

IV. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung

1. Täuschung und „geltungserhaltende Reduktion“

2. Sanktionierung und Grenzen der Satzungsautonomie

V. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

I. Einleitung

Seit im Februar 2011 erste Meldungen über Unregelmäßigkeiten in der Doktorarbeit des damaligen Verteidigungsministers Karl-Theodor zu Guttenberg die Runde

machten,¹ vergeht praktisch kein Monat, in dem das Thema Wissenschaftsplagiate nicht die Öffentlichkeit bewegt. Die Liste derjenigen, die sich gegen Plagiatsvorwürfe verteidigen mussten, ist lang und prominent. Auf Ebene der Bundesminister hat dies nicht nur bei Karl-Theodor zu Guttenberg,² sondern auch bei Annette Schavan³ sowie Franziska Giffey⁴ zum Titelentzug geführt. Nicht bestätigt haben sich oder jedenfalls folgenlos geblieben sind hingegen die Vorwürfe, die gegen die frühere Verteidigungsministerin und heutige Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen⁵ sowie den früheren Außenminister und heutigen Bundespräsidenten Frank-Walter Steinmeier⁶ erhoben worden sind.

Die Gründe, warum das Thema Wissenschaftsplagiate an Relevanz gewonnen hat, sind vielfältig. Gelegenheit macht bekanntlich Diebe. Mit dem Internet ist eine nahezu unbegrenzte Wissensressource nur einen Mausklick entfernt.⁷ Auch Bücher und Zeitschriftenartikel,

* Der Beitrag ist in Dankbarkeit und Verehrung meinem akademischen Lehrer Thomas Würtenberger zu seinem 80. Geburtstag gewidmet. Dem gesamten Team des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Dt., Europ. und Intern. Steuerrecht, Universität Würzburg danke ich ganz herzlich für die wertvolle Unterstützung bei der Abfassung des Beitrags, insbesondere bei der umfangreichen Sichtung der Rechtsquellen.

¹ Angestoßen worden ist die Affäre bekanntlich durch *Fischer-Lescano*, Rezension zu Guttenberg, Verfassung und Verfassungsvertrag, KJ 2011, 112, aufgegriffen in der SZ vom 16.02.2011 *Preuß/Schultz*, Guttenberg soll bei Doktorarbeit abgeschrieben haben, Süddeutsche Zeitung 16.2.2011 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/plagiatsvorwurf-gegen-verteidigungsminister-guttenberg-soll-bei-doktorarbeit-abgeschrieben-haben-1.1060774-0#seite-2>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

² Tagesschau Meldung v. 23.02.2011 (Uni Bayreuth entzieht Guttenberg den Doktor www.tagesschau.de/inland/guttenberg-ts-198.html, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Wikipedia-Eintrag zur Plagiatsaffäre Guttenberg ([wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Guttenberg), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); maßgeblichen Anteil hatte GuttenPlag Wiki, ein offenes Wiki, dessen Mitarbeiter plagiierte Stellen der Dissertation dokumentierten (https://guttenplag.fandom.com/de/wiki/GuttenPlag_Wiki, zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

³ Schavan verliert Dokortitel - und kündigt Klage an, Süddeutsche Zeitung 5.2.2013; Annette Schavan bei Wikipedia (https://de.wikipedia.org/wiki/Annette_Schavan#Plagiatsvorwurf_C3%BCrfe_Aberkennung_des_Dokortitels, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Entzug gerichtlich bestätigt durch VG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2014, 15 K 2271/13, ZUM 2014, 602; siehe auch <https://schavanplag.wordpress.com>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

⁴ Meldung der FU Berlin vom 10.06.2021 (Freie Universität Berlin entzieht Franziska Giffey den Doktorgrad – https://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2021/fup_21_109-ergebnispruefverfahren-franziska-giffey/index.html, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Wikipedia Eintrag zu Franziska Giffey u.a. zur Plagiatsaffäre ([wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Franziska_Giffey), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); die Dissertation wurde von VroniPlag Wiki überprüft, siehe dazu <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Dcl>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

⁵ *Greiner/Gebauer/Töpfer*, Darum darf von der Leyen ihren Doktor behalten, Spiegel 9.3.2016; Ursula von der Leyen bei Wikipedia (https://de.wikipedia.org/wiki/Ursula_von_der_Leyen#Plagiate_in_der_Dissertation, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); siehe auch Ursula von der Leyen bei VroniPlag Wiki (<https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Ugv>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

⁶ Plagiatsverdacht gegen SPD-Politiker Steinmeier – Vorwürfe aus umstrittener Quelle, Süddeutsche Zeitung vom 29.9.2013 (<https://www.sueddeutsche.de/bildung/plagiatsverdacht-gegen-spd-politiker-steinmeier-vorwurfe-aus-umstrittener-quelle-1.1783302>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); auch thematisiert im Wikipedia-Eintrag zu Frank-Walter Steinmeier (https://de.wikipedia.org/wiki/Frank-Walter_Steinmeier, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Überprüfung der Dissertation auf VroniPlag Wiki, siehe dazu <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Fws>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

⁷ Trotz Plagiatsvorwürfen lesenswert zu den Möglichkeiten der juristischen Recherche im Internet (*Holznagel/Schumacher/Ricke*, Juristische Arbeitstechniken und Methoden, 1. Aufl. 2012, S. 35 ff.).

die nicht originär digital angeboten werden, können eingescannt, sprachlich verschleiert und dann als eigener Text ausgegeben werden. Wichtiger als die Mühelosigkeit des Plagiiens durch „Copy and Paste“ ist aber ein anderes Moment. Der digitale Fortschritt hat gegenläufig auch verbesserte Möglichkeiten geschaffen, Plagiatoren auf die Schliche zu kommen. Um einen ersten Plagiatsverdacht zu begründen, muss kein großer technischer Aufwand betrieben werden. Sofern aus frei zugänglichen Internetquellen plagiiert wurde, kann sich bereits die schlichte Eingabe einzelner Passagen der Arbeit in eine Suchmaschine als zielführend erweisen. Aufwendiger ist eine systematische Plagiatssuche, wenn die Referenztexte hinter Bezahlschranken verborgen oder zunächst nicht digital verfügbar sind. Hier führt kein Weg daran vorbei, die Vergleichstexte zunächst in digitaler Form zu erfassen. Schon wer über begrenzte Programmierkenntnisse verfügt, kann sich dann aber einen Plagiatsdetektor auf einem Standardrechner installieren, der die Einspeisung zuvor eingescannter Referenztexte ermöglicht.⁸ Die noch bessere Alternative sind professionelle Programme zur Plagiatssuche, wie beispielsweise Ithenticate.⁹

Zusätzlich befeuert worden ist die Aufdeckung von Plagiaten durch die kollaborative Plagiatssuche. Goldstandard der kollaborativen Plagiatssuche ist die Internetplattform vroniplag-wiki.¹⁰ Die Seite ging Ende März 2011 online. Namensgeberin war Veronica Saß, die Tochter des früheren bayerischen Ministerpräsidenten Edmund Stoiber, deren Doktorarbeit zunächst im Rahmen des Wiki Guttenplag diskutiert wurde. Auf vroniplag-wiki sind Stand Juli 2023 217 Dissertationen gelistet, die sich einer kollaborativen Plagiatssuche unterziehen mussten. Nach eigenen Angaben sind die Mitwirkenden rein ehrenamtlich tätig. Nach den Regeln der Community setzt eine Aufnahme in die öffentliche Liste plagiatsverdächtiger Arbeiten einen Anfangsverdacht voraus, der eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten haben muss.¹¹ Die Qualität der dort geleisteten Arbeit darf bei aller Kritik, die an der Einrichtung geübt wird,

keinesfalls unterschätzt werden. Dies unterstreicht schon die Anzahl der Entziehungen, die auf der Seite von vroniplag-wiki dokumentiert und in den allermeisten Fällen wohl entscheidend durch den auf der Seite geäußerten Plagiatsverdacht angestoßen worden sind.

Wenn Titel entzogen wurden, hatte dies in nicht wenigen Fällen ein juristisches Nachspiel. Die Versuche, sich dagegen verwaltungsgerichtlich zur Wehr zu setzen, sind zahlreich. Insgesamt waren sie aber nur von sehr bescheidenem Erfolg gekrönt.¹² Bei den Verwaltungsgerichten können Plagiatoren offensichtlich auf wenig Sympathie hoffen. Soweit ersichtlich, sind bislang nahezu sämtliche Klagen erfolglos abgewiesen worden.¹³ Dies gründet in wesentlichen Teilen darauf, dass der Standardeinwand, die Arbeit weise trotz der Plagiate noch hinreichend viel Substanz auf, regelmäßig zurückgewiesen wurde.¹⁴

Die relative Geräuschlosigkeit der administrativen und juristischen Verarbeitung des Phänomens erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, die rechtswissenschaftlichen Fragen der Entziehung des Doktorgrades seien abschließend und zufriedenstellend beantwortet. Anlass, diesen Befund in Zweifel zu ziehen, bieten aber sowohl jüngere Entwicklungen im Landeshochschulrecht, den Promotionsordnungen der Fakultäten, aber auch in der Rechtsprechung, die im Folgenden nachgezeichnet werden sollen.

Um die Analyse vorzubereiten, soll die Thematik in einem ersten Schritt zunächst grundrechtlich eingeordnet werden (dazu II.). Dies ist notwendig, weil die grundrechtliche Dimension nicht nur im Rahmen von Ermessensentscheidungen über die Aberkennung mitgedacht werden muss, sondern bereits die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen für den Titelentzug bestimmt. Im Anschluss ist ein Überblick über die geltenden Regelungen in den Landeshochschulgesetzen und den Promotionsordnungen zu geben (dazu III.). Mit Recht viel Beachtung haben eine bereits 2017 ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Täuschungstatbe-

⁸ <https://github.com/topics/plagiarism-checker?l=python> (zuletzt abgerufen am 11.09.2023).

⁹ <https://www.ithenticate.com/> (zuletzt abgerufen am 11.09.2023).

¹⁰ Abrufbar unter <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Home>. Nicht verwechselt werden darf vroniplag-wiki mit vroniplag.de. Hierbei handelt es sich um ein kommerzielles Angebot zur Plagiatssuche, das seinen Auftraggebern strikte Anonymität zusichert und für den „Einstieg in die Plagiatssuche“ offensichtlich noch nicht einmal einen Anfangsverdacht voraussetzt (<https://www.vroniplag.de/plagiatssuche/articles/plagiatssuche-der-einstieg.html>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023).

¹¹ https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/VroniPlag_Wiki:FAQ - Wie wird die Plagiatsdokumentation finanziert? (zuletzt abgerufen am 19.7.2023).

¹² *Esposito, Anna/Schäfer, Ansgar*, Überblick über die Rechtsprechung zu Plagiaten in Hochschule und Wissenschaft, 07.02.2017 (ausgewertet wurde eine Auswahl von rund 80 besonders relevanten einschlägigen Gerichtsentscheidungen in Deutschland).

¹³ *Gärditz*, Der Entzug von Doktorgrad oder Habilitation wegen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, *WissR* 2021, 150 (167) unter Verweis auf VG Köln, *Urt. v. 12.01.2017*, 6 K 7332/15 und einen weiteren Fall, in dem verwaltungsgerichtliche Entscheidungen nicht veröffentlicht wurden. In beiden Fällen gründete der Erfolg der Anfechtungsklagen auf formellen Mängeln, weil die entscheidenden Hochschulgremien falsch besetzt waren.

¹⁴ VGH BW, *Urt. v. 18.11.1980*, IX 1302/78, *ESVGH* 31, 54 (57); VGH BW, *Urt. v. 19.4.2000*, 9 S 2435/99, *juris* Rn. 25; VG Düsseldorf, *Urt. v. 20.03.2014*, 15 K 2271/13, *ZUM* 2014, 602, *juris* Rn. 149.

stand¹⁵ sowie ein 2020 ergangener Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Regelungsverbund zwischen Landesgesetzgebung und Satzungsautonomie der Hochschulen¹⁶ erfahren. Nach der Analyse der Entscheidungsgründe und den sich aus ihnen ergebenden Folgerungen (dazu IV.) schließt die Untersuchung mit einem rechtspolitischen Ausblick (dazu VI.).

II. Grundrechtliche Einordnung

Aus grundrechtlicher Perspektive bewegt sich der Entzug eines Doktorgrades in einem komplexen Spannungsfeld.¹⁷ Vorsätzliches ebenso wie grob fahrlässiges wissenschaftliches Fehlverhalten steht außerhalb des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit.¹⁸ Solange ein entsprechender Nachweis nicht erbracht ist, müssen sich aber die von einem Plagiatsverdacht Betroffenen zunächst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können.¹⁹ Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ist zugunsten der Betroffenen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen. Da im Fall der Aberkennung regelmäßig mit Nachteilen im beruflichen Werdegang zu rechnen ist, wird dies zumindest ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung sein (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).²⁰ Sofern die Promotion, wie insbesondere im Bereich der Hochschullehre, Voraussetzung für die Ausübung eines Berufs ist, berührt ein Entzug darüber hinaus sogar die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG).²¹ Vor dem mit der Aberkennung verbundenen sozialen und gesellschaftlichen Ansehensverlust schützt das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Gegenläufiger grundrechtlich geschützter Belang ist die den Hochschulen und ihren Fakultäten anvertraute Pflege der Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).²² Dass ein systematisches Plagiierten der Wissenschaft schweren Schaden zufügt, versteht sich von selbst. Plagiatoren bauen wissenschaftliche Reputation auf Kosten Dritter auf, enthalten den wahren Autoren die verdiente wissenschaftliche Anerkennung vor und untergraben so die Integrität und das Vertrauen in die Wissenschaft insge-

samt. Zu Recht geht das Bundesverwaltungsgericht deshalb davon aus, dass die Universitäten nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sind, wissenschaftliches Fehlverhalten zu sanktionieren.²³

Auch im Hochschulbereich wirkt sich die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme auf das “Ob” und das “Wie” einer gegebenenfalls notwendigen Ermächtigungsgrundlage aus. Allerdings muss die tradierte Wesentlichkeitslehre, die den Vorbehalt des Gesetzes konkretisiert, hier modifiziert werden. Üblicherweise steigen die Anforderungen an die Regelungsdichte, je intensiver staatliches Handeln Grundrechte berührt.²⁴ Angesichts der oben skizzierten Grundrechtsbezüge würde dies auf den ersten Blick für eine hohe Regelungsdichte mittels parlamentsgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage sprechen. Ein derartiger Schluss ist aber zumindest voreilig und verkennt die institutionelle Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit und die Rolle der Hochschulen. Diese verfügen als Selbstverwaltungskörperschaften über Satzungsautonomie.²⁵ Durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist ihnen das Recht verliehen, ihren Wissenschaftsbetrieb, d. h. Angelegenheiten von Forschung und Lehre, eigenverantwortlich zu regeln. Diesem geschützten Bereich ist nach einhellig vertretener Auffassung auch das Promotionswesen zuzuordnen, das innerhalb der Hochschule den Fakultäten anvertraut ist.

Was dies speziell für den Regelungsverbund von Landesgesetzgebung und Promotionsordnungen im Fall der Aberkennung akademischer Grade bedeutet, war Gegenstand jüngerer Entscheidungen sowohl des Bundesverwaltungsgerichts als auch des Bundesverfassungsgerichts. Hierauf wird noch im Einzelnen im Teil IV 2 näher einzugehen sein.

III. Überblick über die geltenden Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen für den Entzug eines Doktorgrades finden sich im Hochschulrecht der Länder sowie in den Promotionsordnungen der Fakultäten. Die folgende Analyse muss sich auf anfängliche Mängel beschränken.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148.

¹⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385.

¹⁷ Vgl. etwa *Zenthöfer*, Plagiate in der Wissenschaft, 2022, S. 108 ff.

¹⁸ Vgl. *Fehling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 167.

¹⁹ *Schulze-Fielitz*, Reaktionsmöglichkeiten des Rechts auf wissenschaftliches Fehlverhalten, WissR 2012, 1 (51); *Gärditz* (Fußn. 13) (154).

²⁰ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 16.

²¹ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 16.

²² BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 23.

²³ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 40; s. auch *Hebeler*, Entziehung des Doktorgrades wegen Plagiats, JA 2018, 399 (400).

²⁴ Zur Wesentlichkeitslehre nur *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 43 ff.

²⁵ Allgemein zu den Grenzen der Satzungsautonomie *Zippelius/Würtenberger* (Fußn. 24), § 45 Rn. 135 ff.

1. Hochschulgesetze der Länder

Auf einfachgesetzlicher Ebene war die Materie lange Zeit bundeseinheitlich durch § 4 Abs. 1 Buchst. a GFaG (Gesetz über die Führung akademischer Grade)²⁶ geregelt, auf den auch vielfach in früheren Promotionsordnungen verwiesen wurde. Nach dieser vorkonstitutionellen Norm konnte der von einer deutschen staatlichen Hochschule verliehene akademische Grad wieder entzogen werden, „wenn sich nachträglich herausstellt, dass er durch Täuschung erworben worden ist, oder wenn wesentliche Voraussetzung für die Verleihung irrigerweise als gegeben angenommen worden sind.“ Weitere Entziehungstatbestände waren die „Unwürdigkeit“ entweder bereits bei Verleihung des akademischen Grades (§ 4 Abs. 1 Buchst. b GFaG) oder durch späteres Verhalten nach der Verleihung (§ 4 Abs. 1 Buchst. c GFaG). Das GFaG ist über Art. 123 Abs. 1 GG in die bundesdeutsche Rechtsordnung überführt worden. Da sein Regelungsgegenstand zum maßgeblichen Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes kompetenzrechtlich der Gesetzgebungshoheit der Länder zuzuordnen war, galt das GFaG als Landesrecht fort.²⁷ Einzige Ausnahme war die auf Ebene des Bundesrechts einzuordnende Strafnorm des § 5 GFaG, die erst 2010 aufgehoben worden ist. Hinsichtlich des Titelentzugs stand es den Ländern hingegen von Anfang an frei, das GFaG durch eigenständige Regelungen zu ersetzen.

Von dieser Möglichkeit ist mittlerweile durchgehend Gebrauch gemacht worden.²⁸ Gegenwärtig können auf Ebene des förmlichen Landesrechts drei Regelungskonzeptionen unterschieden werden, die sich nach dem Grad der Bindung der Satzungsautonomie durch den Landesgesetzgeber ausdifferenzieren. Sämtlichen Landeshochschulgesetzen ist gemein, dass sie die Universitäten zum Erlass von Promotionsordnungen ermächtigen. Das erste Regelungsmodell, wie es in Brandenburg,

Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz sowie Schleswig-Holstein umgesetzt worden ist, lässt es dabei bewenden.²⁹ In Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland sind die einschlägigen Bestimmungen in den Promotionsordnungen zum Titelentzug noch zusätzlich durch Satzungsermächtigungen abgesichert, die die Hochschulen zum Erlass von Prüfungsordnungen einschließlich der Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften ermächtigen.³⁰ Deutlich stärkeren Bindungen unterliegt die Satzungsautonomie im zweiten Regelungsmodell, das sich in Berlin, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt sowie Thüringen durchgesetzt hat. Dort sieht das Landeshochschulgesetz Sondertatbestände für den Titelentzug vor, die an eine Täuschung³¹ anknüpfen. Der Entzug steht dann entweder im Ermessen (Sachsen, Sachsen-Anhalt)³² oder ist als Sollvorschrift³³ ausgestaltet. Das dritte Regelungsmodell liegt den baden-württembergischen und den bayerischen Vorschriften zugrunde. Beide Länder verweisen in ihren Landeshochschulgesetzen für Entzug eines Hochschulgrades auf die Parallelvorschriften im Landesrecht zur Rücknahme von Verwaltungsakten.³⁴ Ergänzt wird der Verweis durch die Generalermächtigung zum Erlass von Promotionsordnungen sowie durch eine weitere Ermächtigung, im Falle von Verstößen gegen die Prüfungsordnung auch Sanktionen zu regeln.³⁵

Im ersten und zweiten Regelungsmodell, d.h. außerhalb von Baden-Württemberg und Bayern, stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein Titelentzug neben den spezialgesetzlichen Vorschriften in den Landeshochschulgesetzen bzw. den Promotionsordnungen auch auf die Parallelvorschriften zu § 48 VwVfG im Landesrecht gestützt werden kann. Tatbestandlich setzt § 48 VwVfG zunächst nicht mehr, aber auch nicht weniger als die schlichte Rechtswidrigkeit voraus.³⁶ Wären die Parallelvorschriften zu § 48 VwVfG generell neben den spezial-

²⁶ G. v. 07.06.1939 RGBL. I S. 985; aufgehoben durch Artikel 9 Abs. 2 G. v. 23.11.2007 BGBL. I S. 2614.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 31.07.2013, 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292. Abweichendes gilt allein für die Strafnorm des § 5 GFaG. In dieser war das Angebot, gegen Vergütung den Erwerb eines ausländischen akademischen Grades zu vermitteln, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bewährt. Diese Norm galt im Rang von Bundesrecht und ist erst durch Art. 9 Abs. 2 des Zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz (G. v. 23.11.2007 BGBL. I S. 261) aufgehoben worden.

²⁸ Die einschlägigen Landeshochschulgesetze werden wie folgt zitiert: Baden-Württemberg: BW LHG; Bayern: BayHIG; Berlin: BerlHG; Brandenburg: BbgHG; Bremen: BremHG; Hamburg: HmbHG; Hessen: HessHG; Mecklenburg-Vorpommern: LHG M-V; Niedersachsen: NHG; Nordrhein-Westfalen: HG-NRW; Rheinland-Pfalz: HochSchG; Saarland: SHSG; Sachsen: SächsHSG;

Sachsen-Anhalt: HSG LSA; Schleswig-Holstein: HSG SH; Thüringen: ThürHG.

²⁹ § 32 Abs. 3 S. 2 BbgHG; § 65 Abs. 4 BremHG; § 70 Abs. 6 HmbHG; § 43 Abs. 3 S. 1 LHG M-V; § 9 Abs. 3 NHG; § 67 Abs. 3 S. 3 HG-NRW; § 34 Abs. 8 S. 2 HochSchG; §§ 69 Abs. 3 S. 1 i.V.m. 64 SHSG; § 54 Abs. 3 S. 1 HSG SH.

³⁰ § 38 Abs. 2 Nr. 12 LHG M-V; § 64 Abs. 2 Nr. 9 HG-NRW; § 69 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 64 Abs. 3 Nr. 10 SHSG.

³¹ § 34 Abs. 7 Nr. 1 BerlHG; § 32 S. 1 Alt. 1 HessHG; § 40 Abs. 4 Nr. 1 SächsHSG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 HSG LSA; § 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ThürHG.

³² § 40 Abs. 4 SächsHSG; § 21 Abs. 1 HSG LSA.

³³ § 34 Abs. 7 BerlHG; § 32 HessHG; § 58 Abs. 7 S. 1 ThürHG.

³⁴ Siehe § 36 Abs. 7 S. 1 BW LHG; Art. 101 S. 1 BayHIG.

³⁵ Art. 84 Abs. 3 Nr. 9 BayHIG.

³⁶ Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uetrichtz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48 VwVfG Rn. 252.

gesetzlichen Regelungen anwendbar, könnten so die speziellen Entzugstatbestände ausgehebelt werden, die den Entzug an qualifizierte Voraussetzungen binden.³⁷ Dies spricht dafür, dass die allgemeinen Vorschriften im Landesrecht zur Rücknahme von Verwaltungsakten durch die spezielleren Regelungen im Landeshochschulrecht verdrängt werden.³⁸

2. Promotionsordnungen

An dieser Stelle kann kein umfassender und fakultätenübergreifender Überblick über die Regelungen für den Titelentzug in den Promotionsordnungen gegeben werden. Vielmehr wird sich folgende Auswertung von vornherein auf Promotionsordnungen juristischer Fakultäten beschränken und je Bundesland jeweils auch nur eine Promotionsordnung berücksichtigen. Ausgewählt wurden die Promotionsordnungen der juristischen Fakultäten in Tübingen, München, Berlin (FU), Potsdam, Bremen, Hamburg (Landesuniversität), Frankfurt am Main, Greifswald, Hannover, Düsseldorf, Mainz, Saarbrücken, Leipzig, Halle, Kiel und Jena.³⁹ Aus Gründen der Einfachheit wird auf die exakte Bezeichnung der Ordnungen verzichtet und abkürzend allein die jeweilige Universitätsstadt benannt.

Auffällig ist, dass sich die unterschiedlichen Rege-
lungskonzeptionen in den Landeshochschulgesetzen

nur sehr bedingt in den Promotionsordnungen widerspiegeln. Grund- bzw. Zentraltatbestand der Aberkennung wegen anfänglicher Mängel ist durchgehend die Täuschung. Dies gilt auch für Tübingen⁴⁰ und München⁴¹. An die Stelle der Täuschung treten in Düsseldorf⁴² „ein nicht nur geringfügiges wissenschaftliches Fehlverhalten“ und in Kiel⁴³ der Erwerb durch „grobe Verstöße gegen die gute wissenschaftliche Praxis“. Diese Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe im Lichte des Kodex der DFG-Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis⁴⁴ führt dann aber über das dort genannte „Plagiat“ im Ergebnis doch wieder auf die Täuschung zurück.

Wenn der Täuschungstatbestand erfüllt ist, verfügen die Fakultäten im Regelfall über ein nicht näher konkretisiertes Entziehungsermessen.⁴⁴ Den zwingenden Entzug sehen allein Potsdam⁴⁵, Kiel⁴⁶ sowie Jena⁴⁷ vor, der dann an qualifizierte Voraussetzungen gebunden ist. In Einklang mit den landesgesetzlichen Vorgaben ist der Entzug in Berlin (FU)⁴⁸ und Frankfurt⁴⁹ bei Täuschung als Sollbestimmung ausgestaltet. Selten differenzieren die Promotionsordnungen bei der Ermessenausübung danach, in welchen Teilen der Arbeit getäuscht wurde. Dies ist lediglich in Düsseldorf⁵⁰ und in Hamburg⁵¹ vorgesehen. Insoweit kommt in Düsseldorf als Alternative zum Entzug eine Rüge insbesondere in Betracht, wenn

³⁷ OVG-NRW, Urt. v. 10.12.2015, 19 A 2820/11, juris Rn. 47.

³⁸ S. auch OVG-NRW, Urt. v. 10.12.2015, 19 A 254/13, BeckRS 2016, 40861 Rn. 52 sowie *Hebeler* (Fußn. 23) (400), allerdings mit problematischem Rückgriff auf § 1 Abs. 1 LVwVfG; differenzierend *Löwer*, *Aus der Welt der Plagiate*, RW 2012, 116 (133), der von einem Vorrang der Rücknahmevorschriften ausgeht, sofern im Landeshochschulrecht nicht zumindest eine Ermächtigung an den Satzungsgesetzgeber enthalten ist, Rechtsfolgen für die Verstöße gegen Prüfungsnormen in der Prüfungsordnung zu regeln.

³⁹ Im Einzelnen wurden ausgewählt: für Baden-Württemberg die Promotionsordnung der Eberhard-Karls-Universität Tübingen (amtl. Bek. der zentralen Verwaltung, Jahrgang 41 – Nr. 12 – 30.07.2015), für Bayern die Promotionsordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München (Bekanntmachung durch Anschlag in der Ludwig-Maximilians-Universität München am 03.11.2017), für Berlin die Promotionsordnung der Freien Universität Berlin (Amtsblatt der Freien Universität Berlin 13/2017, 251, 24. Mai 2017), für Brandenburg die Promotionsordnung der Universität Potsdam (amtl. Bek., 1998, Nr. 1, I. Rechts- und Verwaltungsvorschriften), für Bremen die Promotionsordnung der Universität Bremen (bekanntgemacht am 13.11.2017), für Hamburg die Promotionsordnung der Universität Hamburg (amtl. Anz. Nr. 100 vom 21.12.2010, S. 2634), für Hessen die Promotionsordnung der Goethe-Universität Frankfurt am Main (UniReport Satzungen und Ordnungen vom 23.07.2015), für Mecklenburg-Vorpommern die Promotionsordnung der Universität Greifswald (Hochschulöffentlich bekanntgemacht am 25.08.2021), für Niedersachsen die Promotionsordnung der Leibniz Universität Hannover (Verkündungsblatt 20/2017 der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover vom 07.09.2017), für Nordrhein-Westfalen die Promotionsordnung der

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (amtl. Bek. Nr. 35/2022 vom 30.06.2022), für Rheinland-Pfalz die Promotionsordnung der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (bekanntgemacht am 28.03.2023), für das Saarland die Promotionsordnung der Universität des Saarlandes (Dienstblatt der Hochschulen des Saarlandes, Nr. 26, ausgegeben zu Saarbrücken, 06.07.2020), für Sachsen die Promotionsordnung der Universität Leipzig (amtl. Bek. Nr. 32/2020, 11.09.2021), für Sachsen-Anhalt die Promotionsordnung der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Amtsblatt der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 22. Jahrgang, Nr. 1 vom 30.01.2012, S. 3), für Schleswig-Holstein die Promotionsordnung der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (bekanntgemacht am 27. März 2017), für Thüringen die Promotionsordnung der Friedrich-Schiller-Universität Jena (Verkündungsblatt der Friedrich-Schiller-Universität Jena Nr. 1/2019 S. 2, 16.10.2018).

⁴⁰ § 22 Abs. 1 der PromO Tübingen.

⁴¹ § 23 Abs. 1 der PromO München.

⁴² § 13 Abs. 1 der PromO Düsseldorf.

⁴³ § 40 Abs. 2 der PromO Kiel.

⁴⁴ DFG-Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, Kodex, Stand April 2022, S. 25, (<https://is.gd/PEqmdL>, zuletzt abgerufen am 20.07.2023).

⁴⁵ § 25 Abs. 1 PromO Potsdam.

⁴⁶ § 40 Abs. 2 PromO Kiel.

⁴⁷ § 20 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz PromO Jena.

⁴⁸ § 32 PromO FU Berlin i.V.m. § 34 Abs. 7 BerlHG.

⁴⁹ § 19 Abs. 2 lit. a) PromO Frankfurt.

⁵⁰ § 13 Abs. 1 Satz 2, 3 und 4 PromO Düsseldorf.

⁵¹ § 18 Abs. 2 Satz 2 PromO Hamburg.

„Falschangaben in einem untergeordneten Teil der Arbeit nicht deren Hauptaussagen betreffen und wenn die wissenschaftliche Leistung insgesamt durch diese Mängel ausnahmsweise nicht gänzlich entwertet wird und deshalb der Entzug des Doktorgrades unverhältnismäßig wäre.“⁵² Ähnlich bestimmt Hamburg, dass die Aberkennung insbesondere dann zu erfolgen hat, „wenn die Täuschung Leistungen in solchen Teilen der Promotion betrifft, die für die Bewertung der Dissertation oder Disputation oder die Gesamtnote einen wichtigen Stellenwert hat“.⁵³

Als Rechtsfolge sehen die Promotionsordnungen mit einer Ausnahme allein den Entzug vor und widersetzen sich damit dem Trend anderer Fachbereiche, alternative Reaktionsmöglichkeiten vorzusehen.⁵⁴ In Düsseldorf kann hingegen in nicht schwerwiegenden Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens statt der Entziehung des Doktorgrades auch eine Rüge erteilt werden.

Im Verhältnis der Promotionsordnungen zu den landesgesetzlichen Vorgaben stellt sich eine vergleichbare Frage, wie sie schon oben zum Verhältnis spezieller landesgesetzlicher Regelungen zu den allgemeinen Vorschriften zur Rücknahme von Verwaltungsakten diskutiert worden ist. Vielfach sind die Entzugstatbestände in den Promotionsordnungen enger als im Landesrecht gefasst. Vordergründig könnte ein entsprechendes Konkurrenzverhältnis im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen der Rechtsquellenlehre durch den Vorrang der höherrangigen Norm aufzulösen sein. Damit wäre ein Entzug unter Rückgriff auf die einschlägigen Bestimmungen des Landeshochschulrechts auch dann möglich, wenn ein Entzug auf Ebene der Promotionsordnungen an dort vorgesehenen qualifizierten Tatbeständen scheitern würde.⁵⁵

Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit und Autonomie der Hochschulen ist aber eine andere Auflösung des (scheinbaren) Konkurrenzverhältnisses vorzugswürdig. Soweit der Entzug auf Ebene des Landesrechts in das Ermessen der zuständigen Gremien gestellt wird, sind entsprechende Vorschriften als Ermessensdirektiven zu interpretieren.⁵⁶ Dies ist so lange unkritisch, wie die Selbstprogrammierung der Ermessensausübung nicht

die Grenzen sprengt, die sich aus den § 40 VwVfG entsprechenden Vorschriften des Landesrechts ergeben.

3. Zwischenbetrachtung

Bei isolierter Betrachtung der landesgesetzlichen Vorgaben ergibt sich regelungstechnisch zunächst ein relativ buntes Bild. In der Zusammenschau mit den Promotionsordnungen der Fakultäten wird die Aberkennung eines Titels wegen anfänglicher Mängel im Ergebnis aber doch weiterhin ganz überwiegend von einer Täuschung abhängig gemacht, was dem Tatbestand der früher bundeseinheitlich geltenden Regelung des § 4 GFaG entspricht. Die Bereitschaft, sich auf ein differenziertes Rechtsfolgenregime einzulassen,⁵⁷ ist in den juristischen Fakultäten offensichtlich noch unterentwickelt. Die einzige Ausnahme der hier betrachteten Promotionsordnungen stellt bislang die Universität Düsseldorf dar.

IV. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung

Wie in der Einleitung schon angedeutet wurde, sollen im Folgenden jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung näher beleuchtet werden, denen das Potential zukommt, die tradierten Grundsätze für die Aberkennung in Frage zu stellen. Hier ist einmal auf die Mathiopoulos-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sowie einen Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts einzugehen, die aber zunächst in ihren jeweiligen Kontext einzuordnen sind.

1. Täuschung und „geltungserhaltende Reduktion“

Häufig wird in Plagiatsverfahren vorgetragen, die nicht-plagiierten Stellen der beanstandeten Arbeit würden ausreichen, um den in der Promotion zu erbringenden Nachweis der Befähigung zu selbstständiger wissenschaftlicher Arbeit zu erbringen.

Dass dieser Einwand den Tatbestand der Täuschung nicht infrage zu stellen vermag, entsprach lange Zeit der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Maßstabbildend war hierfür die Rechtsprechung des VGH BW,⁵⁸ die häufig zitiert worden ist⁵⁹ und die bereits auf eine 1980 getroffene Entscheidung zurückgeht.⁶⁰ Für

⁵² § 13 Abs. 1 Satz 4 PromO Düsseldorf.

⁵³ § 18 Abs. 2 Satz 2 PromO Hamburg.

⁵⁴ So etwa in der Promotionsordnung, die dem Fall Mathiopoulos (BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 42) zugrundelag und die nachträgliche Änderung der Bewertung erlaubt hätte.

⁵⁵ So wohl BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

⁵⁶ Vgl. auch Löwer (Fußn. 38) (133).

⁵⁷ Dies rechtspolitisch befürwortend etwa auch Gärditz, Die Feststell-

ung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, WissR 2013, 3 (34).

⁵⁸ VGH BW, B. v. 13.10.2008, 9 S 494/08, NVwZ-RR 2009, 285.

⁵⁹ Vgl. etwa VG Hamburg, Urt. v. 06.07.2018, 2 K 2158/14; Fortführung Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, B. v. 09.02.2015, 9 S 327/14; Vgl. VG Darmstadt, Urt. v. 14.04.2011, 3 K 899/10.DA.

⁶⁰ VGH BW, Urt. v. 19.4.2000, 9 S 2435/99, BeckRS 2000, 21248, Rn. 24 ff.; VGH BW, Urt. v. 18.11.1980, IX 1302/78, ES-VGH 31, 54 (57).

das Vorliegen eines Irrtums über die Eigenleistung des Doktoranden muss danach von der Identität der konkreten Arbeit ausgegangen werden, was eine hypothetische Beurteilung einer in dieser Form und mit diesem Inhalt nicht vorgelegten Arbeit verbieten muss.⁶¹ Damit wurde in die gleitende Skala zwischen einer einzelnen, ganz unbedeutenden Plagiatsstelle und dem Vollplagiat ein harter Schnitt gezogen. Jenseits eines bloßen Bagatellvorbehaltes liegt immer eine beachtliche Täuschung vor. Welchen wissenschaftlichen (Rest-)Wert die übrigen Teile der Arbeit hatten, war ausnahmslos irrelevant.

Umstritten ist, ob an diesen Grundsätzen nach der 2017 ergangenen Entscheidung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtssache „Mathiopoulos“ festzuhalten ist.⁶² Die einschlägige Passage in dem Urteil wandelt zunächst auf vertrauten Pfaden. Danach ist die Verleihung durch Entziehung des Doktorgrades rückgängig zu machen, wenn sich nach der Verleihung eine Täuschung über die grundlegende Pflicht herausstellt, mit der Arbeit die Befähigung zum selbstständigen wissenschaftlichen Arbeiten nachgewiesen zu haben.⁶³ Ob die Dissertation noch als Eigenleistung des Promovenden gelten könne, soll sich dann aber einer allgemeingültigen Bewertung entziehen. Für die Würdigung des jeweiligen Sachverhaltes seien die Anzahl der Plagiatsstellen, ihr quantitativer Anteil an der Dissertation sowie ihr qualitatives Gewicht, d.h. ihre Bedeutung für die wissenschaftliche Aussagekraft, zu berücksichtigen.⁶⁴ An der notwendigen Eigenleistung fehle es, wenn die Plagiatsstellen die Arbeit quantitativ, qualitativ oder in einer Gesamtschau beider Möglichkeiten prägen würden. Von einer quantitativen Prägung will der 6. Senat ausgehen, wenn „die Anzahl der Plagiatsstellen und deren Anteil an der Arbeit angesichts des Gesamtumfangs überhandnehmen“. „[W]enn die restliche Dissertation den inhaltlichen Anforderungen an eine beachtliche wissenschaftliche Leistung nicht genügt“, ist die Arbeit qualitativ durch plagierte Teile geprägt.⁶⁵

Diese Ausführungen sind in der Literatur sehr unterschiedlich gedeutet worden. So ist in einem vielbeachteten Beitrag die Auffassung vertreten worden, nunmehr seien Inhalt, Erkenntnisgewinn oder Originalität mit

den unkorrekten oder falschen Quellenangaben in Beziehung zu setzen. Nur wenn die Plagiate in der „berühmten Gesamtschau“ die Arbeit quantitativ und qualitativ prägen, so dass die Eigenleistung in den Hintergrund trete, könne man einen Titel aberkennen.⁶⁶ Dieser Interpretation der Entscheidungsgründe ist nachdrücklich zu widersprechen. Sie mag rechtspolitisch vertretbar sein. Mit den Anforderungen an eine Täuschung, wie sie der 6. Senat in der Entscheidung „Mathiopoulos“ formuliert hat, hat dies aber nichts zu tun. Der 6. Senat verlangt keine „Gesamtschau“. Vielmehr sind drei, im Ergebnis voneinander unabhängige Fallgestaltungen zu unterscheiden, die jeweils für sich betrachtet den Täuschungsvorwurf begründen können. Die Täuschung liegt vor, wenn in quantitativer Hinsicht von einer fehlenden Eigenleistung auszugehen ist, kann sich aber auch aus dem qualitativen Gewicht der Plagiatsstellen ergeben. Begründet weder eine isolierte quantitative noch eine isolierte qualitative Betrachtung den Täuschungsvorwurf, kann es auch noch in einer Gesamtschau an der notwendigen Eigenleistung fehlen.

Umgekehrt vermag es aber wohl auch nicht zu überzeugen, die Entscheidung des 6. Senats als eine bloße Fortschreibung der früheren Bagatellrechtsprechung zu deuten.⁶⁷ Dies ist kaum mit einer Passage in den Urteilsgründen zu vereinbaren, wonach es in der Verantwortung der Hochschulen bzw. ihrer Fakultäten liegt, ob eine Dissertation „trotz zahlreicher Plagiatsstellen noch als wissenschaftliche Eigenleistung“ gelten kann.⁶⁸ Damit müssen auch jenseits von Bagatellen Fälle denkbar sein, in denen Plagiate noch nicht überhandnehmen. Eine derartige Interpretation würde zudem der dritten Variante einer fehlenden Eigenleistung, nämlich der Gesamtschau der quantitativen wie qualitativen Elemente, die Berechtigung entziehen. Wenn sich die Anzahl der Plagiate noch unterhalb einer Bagatellgrenze bewegt, ist schwer einzusehen, wie trotz einer nicht qualitativen Prägung der Arbeit durch Plagiate noch von einer nicht ausreichenden Eigenleistung auszugehen ist. Richtigerweise muss das quantitative Moment damit eine eigenständige Grenze jenseits bloßer Bagatellen markieren.⁶⁹

⁶¹ Vgl. etwa VG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2014, 15 K 2271/13, ZUM 2014, 602 (615); aus der Literatur etwa Linke, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, WissR, 146(157 f.); Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uetrichtz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48 VwVfG Rn. 254; Löwer (Fußn. 38) (138).

⁶² BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

⁶³ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

⁶⁶ Fisahn, Wahrheit und Fußnote - Wissenschaftliche Ehrlichkeit

und der Plagiatspranger, NJW 2020, 743 (746).

⁶⁷ So aber Gärditz, Gutachterliche Stellungnahme betreffend die Überprüfung einer Dissertation durch die Freie Universität Berlin (Fall Dr. Franziska Giffey), 27.10.2020, S. 13; Gärditz (Fußn. 13) (177).

⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 39.

⁶⁹ So im Ergebnis wohl auch Solte, Gutachten zu einer Reihe von Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Entzug eines Dokortitels aufgrund der Aufdeckung von Plagiaten Abgeordnetenhaus von Berlin - Wissenschaftlicher Parlamentsdienst -, 31.7.2020, S. 6.

Zumindest unglücklich ist, dass die Konkretisierungen der beiden Elemente in der Entscheidung nur wenig hilfreich sind und eher mehr Fragen aufwerfen als dort beantwortet werden. Wenn „die Anzahl der Plagiatsstellen und deren Anteil an der Arbeit angesichts des Gesamtumfangs überhandnehmen“ dürfen, kann es für die quantitative Prägung nicht auf eine absolute Zahl der beanstandeten Stellen ankommen. Vielmehr müssen diese in Relation zu den übrigen Teilen gesetzt werden. Eine im Sinne der Rechtssicherheit begrüßenswerte Quantifizierung ist der 6. Senat allerdings schuldig geblieben. Kaum vertretbar dürfte es sein, von einem Überhandnehmen erst auszugehen, wenn die Arbeit zum überwiegenden Teil aus Plagiaten besteht. Wenn „Überhandnehmen“ in „übermächtiger Weise an Zahl, Stärke zunehmen; stark anwachsen, sich stark vermehren“ bedeutet,⁷⁰ erscheint bereits ein Anteil von 5 % plagiatsbehafteter Seiten als diskussionswürdig, um diesen Tatbestand zu erfüllen.

Von einer qualitativen Prägung soll hingegen auszugehen sein, „wenn die restliche Dissertation den inhaltlichen Anforderungen an eine beachtliche wissenschaftliche Leistung nicht genügt“.⁷¹ Hierunter dürften vor allem Strukturplagiate fallen, weil von einer eigenständigen wissenschaftlichen Leistung auch dann nicht mehr ausgegangen werden kann, wenn Fremdtex te zwar nicht wortwörtlich abgeschrieben, sondern lediglich paraphrasiert werden.

Fast sechs Jahre nach der „Mathiopoulos“-Entscheidung ist das Urteil des 6. Senats mittlerweile in einer Vielzahl von Entscheidungen rezipiert worden.⁷² Auffällig ist, dass es sich dabei um ziemlich eindeutige Fälle handelt, bei denen im großem Stil plagiiert worden ist.⁷³ Über die Gründe hierfür kann nur spekuliert werden. Eine Erklärung könnte sein, dass die Fakultäten prozesuale Risiken minimieren wollen und sich in weniger eindeutigen Fällen eher gegen einen Entzug aussprechen. Damit droht eine schleichende Erosion bestehender Standards, weil jeder Fall, der nicht sanktioniert wird, aus Gründen der Gleichbehandlung eine Untergrenze einzieht, die in zukünftigen Fällen überschritten werden muss.

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es daher wünschenswert, das quantitative Moment auch tatsächlich zu quantifizieren. Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit spricht viel dafür, dass diese Aufgabe nicht durch die Rechtsprechung, sondern in den Fakultäten geschultert werden sollte. Das Steuerrecht bietet reichlich Anschauungsmaterial dafür, dass derartige Quantifizierungen immer angreifbar, aber letztlich der einzige Weg sind, Abgrenzungsfragen intersubjektiv vorzustrukturieren.⁷⁴ Die Schwelle für ein „quantitatives“ Plagiat sollte dabei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht zu niedrig angesetzt werden. Hierfür besteht auch keine Notwendigkeit, weil ein Plagiat auch noch unter dem qualitativen Aspekt bejaht werden kann. Wo die Grenzen im Einzelnen zu setzen ist, wird von Fach zu Fach variieren. Im Bereich der Rechtswissenschaft könnte eine 10 %-Grenze der Seiten, die substantielle Plagiate enthalten, für die gebotene Rechtssicherheit sorgen.

2. Sanktionierung und Grenzen der Satzungsautonomie

Wie im Abschnitt zur grundrechtlichen Einordnung ausgeführt wurde, verfügen die Universitäten nur über eine eingeschränkte Rechtssetzungsbefugnis.⁷⁵ Gegenstand und Zweck der Satzungsautonomie hat der Gesetzgeber zu umreißen. Inwieweit es darüber hinaus noch inhaltlicher Vorgaben oder doch jedenfalls einer Rahmenvorgabe bedarf, soll dann von der Intensität des Grundrechtseingriffs abhängig sein.⁷⁶ Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu dem Themenkreis war durch eine starke Betonung der (Satzungs-)Autonomie der Hochschulen geprägt. Dies lässt sich anhand zweier bereits 2006 und 2012 getroffener Entscheidungen zur Plagiatsproblematik verdeutlichen.

In der im Jahr 2006 getroffenen Entscheidung⁷⁷ konnte sich eine bayerische Universität allein auf die einschlägige Bestimmung im Landeshochschulrecht stützen, die für den Titelentzug auf die § 48 VwVfG entsprechende Regelung im Landesverwaltungsverfahrensgesetz verwies. Auch in der damals geltenden Promotionsordnung wurde diese Vorgabe nicht näher konkretisiert. Deren Regelungsgehalt erschöpfte sich in einem Verweis

⁷⁰ Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ueberhandnehmen> (zuletzt abgerufen am 24.7.2023).

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

⁷² Stand Juli 2023 enthält die Datenbank von Beck 25 Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, in denen auf die Entscheidung des 6. Senats Bezug genommen wird.

⁷³ Vgl. exemplarisch VG Ansbach, Urt. v. 20.01.2022, AN 2 K 20.2658, BeckRS 2022, 12633.

⁷⁴ Vgl. etwa zu den rechtsmethodischen Problemen, die sich bei

dem Versuch stellen, im Einkommensteuerrecht zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandeln abzugrenzen *Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2008, S. 131 ff.

⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148. Rn. 28.

⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148. Rn. 28.

⁷⁷ BVerfG, B. v. 20.10.2006, 6 B 67/06, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 116; vorgehend BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

auf das GFaG, das in Bayern zum damaligen Zeitpunkt aber bereits außer Kraft getreten war.⁷⁸ Ähnlich wie bereits die Vorinstanz erachtete das Bundesverwaltungsgericht den Verweis im Hochschulrecht auf Art. 48 BayVwVfG als ausreichende Rechtsgrundlage. Bei verfassungskonformer Auslegung böte Art. 48 BayVwVfG hinreichend Raum für das rechtsstaatlich gebotene Abwägungsprogramm zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Umfangreiche und aufschlussreiche Ausführungen zur Reichweite der Satzungsautonomie enthält ein weiteres im Juni 2017 gefälltes Urteil des 6. Senats.⁷⁹ Der Entzug des Doktorgrades des Klägers gründete auf strafrechtlich relevantem Fehlverhalten nach der Promotion. Verurteilt worden war der Beschwerdeführer, weil ein von ihm geleitetes „Institut für Wissenschaftsberatung“ gegen Honorar Promotionswillige an Hochschullehrer vermittelt hatte. Die Verurteilung wegen Bestechung nahm die beklagte Hochschule zum Anlass, ihm selbst den Doktorgrad zu entziehen. Rechtsgrundlage war eine Bestimmung in der Promotionsordnung, wonach der Doktorgrad entzogen werden konnte, wenn der Promovierte wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder einer vorsätzlichen Straftat verurteilt worden war, bei deren Vorbereitung oder Begehung der Doktorgrad eingesetzt wurde. Das nordrheinwestfälische Hochschulrecht beschränkte sich hingegen auf die Satzungsermächtigung, das Nähere des Promotionsstudiums durch eine Prüfungsordnung (Promotionsordnung) zu regeln.

Das Bundesverwaltungsgericht sah im Landeshochschulrecht eine ausreichende gesetzliche Rechtsgrundlage und widersprach damit der Rechtsauffassung des Klägers, der eine Verletzung des Gesetzesvorbehalts gerügt hatte. Der Landesgesetzgeber sei zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, abschließend vorzugeben, welches wissenschaftliche Fehlverhalten den hochschulintern zuständigen Fakultäten Anlass zur Entziehung des Doktorgrades geben könne. Möglich sei es, stattdessen einen gesetzlichen Rahmen vorzugeben oder den Fakultäten stattdessen auch nur einen Regelungsauftrag zu erteilen. Die Verpflichtung der Fakultäten, schwerwiegende Verletzungen grundlegender Gebote der wissenschaftlichen Redlichkeit zu sanktionieren, folge bereits aus ihrer grundgesetzlichen Verantwortlichkeit für eine redliche Wissenschaft. Weiterhin seien sie bereits aufgrund ihrer Grundrechtsbindung verpflichtet, durch Gestaltung und

Anwendung des Satzungsrechts sicherzustellen, dass die grundrechtsrelevanten Nachteile einer Entziehung mit ihrem fallbezogenen Gewicht berücksichtigt würden.⁸⁰

Gegen das letztinstanzliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden.⁸¹ Diese wurde durch einen Nichtannahmebeschluss zurückgewiesen, weil es der Beschwerdeführer entgegen §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG versäumt hatte, seine Beschwerde hinreichend zu substantiieren. Umso mehr lassen die als obiter dictum formulierten Ausführungen aufhorchen. Der parlamentarische Gesetzgeber sei auch im Hochschulbereich verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen zu überlassen. Auch in Ansehung des vom Bundesverwaltungsgericht im Ansatz zutreffend betonten Rechts auf akademische Selbstverwaltung aus Art. 5 Abs. 3 HS. 1 GG erscheine es insoweit als zweifelhaft, ob die Entziehung des Doktorgrades wegen eines Fehlverhaltens nach seiner Verleihung auf Grundlage einer Satzung verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Aus dem Hochschulrecht des Landes ergebe sich lediglich, dass in der Promotionsordnung die Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften zu regeln sei. Das Verhalten nach der Prüfung gehöre nicht dazu.⁸²

Auch wenn die Entscheidung unmittelbar allein die Entziehung eines Doktorgrades wegen nachträglichen Fehlverhaltens betrifft, wirft sie auch ein Schlaglicht auf die hier in Rede stehende Thematik. Sie unterstreicht, dass die Universitäten im Regelungsverbund mit Landesgesetzgebung nur über eine abgeleitete Satzungsautonomie verfügen. Was die Fakultäten in ihren Promotionsordnungen regeln, muss dort, wo es grundrechtsrelevant ist, parlamentsgesetzlich vorgezeichnet sein. Für die Sanktionierung von Plagiaten stehen damit die Bundesländer, die dem zweiten und dritten Regelungsmodell folgen, auf der sicheren Seite, weil die Sanktionierung entweder bereits im Landeshochschulrecht verankert ist oder dieses doch zumindest eine konkretisierende Spezialermächtigung enthält, die über die Generalermächtigung zum Satzungserlass hinausgeht. Letztlich dürfte aber auch das erste Regelungsmodell, bei dem sich der Landesgesetzgeber auf eine Generalermächtigung beschränkt, keinen durchgreifenden Einwänden ausgesetzt sein. Die Ermächtigung zum Erlass einer Prüfungsordnung kann nur so verstanden werden, dass damit auch die Befugnis zum Erlass von Regelungen zur Sicherung

⁷⁸ Vgl. hierzu BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171.

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171 Rn. 26.

⁸¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385.

⁸² BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385 Rn. 10.

der Integrität der Promotionsprüfung eingeschlossen ist. Dazu gehören nicht nur die Regeln zum ordnungsgemäßen Ablauf, sondern auch die Reaktion auf prüfungsbezogene Verstöße. Dies muss umso mehr gelten, als der Umgang mit Wissenschaftsplagiaten kein unbeschriebenes Blatt ist, sondern festen Regeln folgt, die auch in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt sind. Mit der Generalermächtigung zum Erlass einer Promotionsordnung ist den Fakultäten damit kein Blankoscheck ausgestellt, sondern kann sich eine Fakultät allein in dem Rahmen des tradierten Reaktionsrechts bewegen.

Von diesem Rahmen dürften auf Ebene der Landesgesetzgebung auch sogenannte Minusmaßnahmen gedeckt sein. Auf einen Prüfungsverstoß kann eine Fakultät deshalb grundsätzlich auch mit einer Herabsetzung der Note oder einer schlichten Rüge reagieren. Voraussetzung hierfür muss aber sein, dass diese Option in den Promotionsordnungen eröffnet worden ist. In den hier betrachteten juristischen Fakultäten ist dies lediglich in Düsseldorf vorgesehen (§ 13 Abs. 1 S. 2 PromO Düsseldorf).

Der vereinzelt unternommene Versuch, derartige Minusmaßnahmen auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zu legitimieren,⁸³ erweist sich hingegen als untauglich. Dies gilt insbesondere für den in diesem Zusammenhang häufig bemühten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dessen freiheitsschützender Gehalt wird geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn er gegen den Bestimmtheitsgrundsatz ausgespielt wird. Wenn der Tatbestand einer Eingriffsgrundlage nicht erfüllt ist, kann nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip eine andere Sanktion nicht allein deshalb zulässig sein, weil diese milder als die gesetzlich vorgesehene Sanktionierung ist. Vielmehr bedarf es einer klaren Regelung entweder bereits durch den Landesgesetzgeber oder doch jedenfalls in der Promotionsordnung. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Sanktionierung wissenschaftlichen Fehlverhaltens jedenfalls dann zwingend ausgeschlossen ist, wenn der Grad des Fehlverhaltens nicht die Schwere erreicht, die auch einen Entzug rechtfertigen würde. Damit sind einer Fakultät etwa in Fällen grober Fahrlässigkeit die Hände gebunden sind, wenn im Gesetz oder in der eigenen Promotionsordnung die Schwelle für ein Einschreiten auf ein vorsätzliches Handeln festgeschrieben ist. Wer das als unbillig ansieht, ist gehalten, die gesetzlichen Grundlagen zu ändern.

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob Minusmaßnahmen verhängt werden können, wenn die Schwelle zum Entzug erreicht ist, die Fakultät aber im Rahmen ihrer Ermessensausübung Milde walten lassen will. Wird in solchen Fällen eine Rüge ausgesprochen oder die Benotung herabgesetzt, kann dem der oben formulierte Einwand, durch Aufweichung des Tatbestandes den Vorrang des Gesetzes zu missachten, nicht entgegenhalten werden. Gleichwohl drängen sich andere rechtsstaatliche Bedenken auf. Der Vorbehalt des Gesetzes beruht neben dem grundrechtlichen auch auf einem objektiv-rechtsstaatlichen Fundament. Letzteres zielt darauf, staatliches Handeln berechen- und vorhersehbar zu machen. Dies erfordert, ein Sanktionenregime tatbestandlich zu vertypen, um willkürlichen Entscheidungen vorzubeugen. Dies spricht dafür, die Zulässigkeit von Minusmaßnahmen von einer entsprechenden Regelung in Promotionsordnungen abhängig zu machen.

Wenn sich Fakultäten über entsprechende Bedenken hinwegsetzen wollen, sind weitere Einschränkungen zu beachten. Zulässig können nur solche Sanktionen sein, die sich tatsächlich als Minusmaßnahmen darstellen. Hierunter fällt die Absenkung der Promotionsnote. Nicht zulässig kann es dagegen sein, den Betroffenen zu einem aktiven Tun zu verpflichten, wie ihm beispielsweise aufzugeben, sein Manuskript nach einer Überarbeitung erneut zu veröffentlichen. Ebenso unzulässig müssen von der Fakultät ausgesprochene förmliche Rügen sein. Eine solche Rüge tangiert den sozialen Achtungsanspruch und greift deshalb in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Auch wenn die Betroffenen kaum schutzwürdig sind, handelt es sich in beiden Fällen nicht mehr um Minusmaßnahmen zum Entzug, sondern um ein Aliud. Fakultäten, die an die Stelle des bisherigen Alles-oder-Nichts-Regimes differenzierte Regelungen treten lassen wollen, sind daher gehalten, diese Möglichkeiten explizit in ihren Promotionsordnungen zu verankern.

V. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

Weder das Mathiopoulos-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch der Nichtannahmebeschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts bieten Anlass, den bestehenden Umgang mit Plagiaten grundsätzlich in Frage zu stellen. Dieser Befund bedeutet aber noch lange

⁸³ *Battis*, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Freien Universität Zur Klärung der Rechtsfrage: „Ist es rechtmäßig, auf der Grundlage von § 34 Absätze 7 und 8 Berliner Hochschulgesetz (BerIHG) eine Rüge zu erteilen, auch wenn das BerIHG dies nicht

ausdrücklich regelt und die jeweilige Promotionsordnung zur Entziehung eines Doktorgrades auf die gesetzlichen Bestimmungen bzw. das BerIHG verweist?“, 11.2020.

nicht, dass sich die gegenwärtige Praxis bewährt hat. Sofern Prominente, insbesondere Spitzenpolitiker betroffen sind, finden Plagiatsverfahren unter einem erheblichen medialen Druck statt.⁸⁴ Das Ideal, unparteiisch zu entscheiden und sich nicht von persönlichen Interessen leiten zu lassen, kommt dann einer Herkulesaufgabe gleich. Gleiches gilt aber auch, wenn Plagiatsfälle zügig auffallen und die betroffene Fakultät zum Richter in eigener Sache wird. Die sinnvollste Strategie, diesen Druck zu neutralisieren, besteht in der normativen Vorstrukturierung des Entscheidungsprozesses. Je offener die Entscheidungsmaßstäbe hingegen formuliert sind, umso größer ist auch die Gefahr sachwidriger Einflussnahmen.

Noch schwer abzuschätzen ist zudem, welche Auswirkungen die Entwicklung der KI auf den Wettlauf zwischen Plagiatoren und Plagiatsjägern haben wird. Die Textproduktion mit Hilfe von KI lässt Texte entstehen, bei denen der menschliche Benutzer nur noch als Stichwortgeber fungiert. Auch der Selbstversuch, Teile dieses Beitrages durch die KI so umformulieren zu lassen, dass die Paraphrase nicht mehr als Plagiat zu erkennen ist, lieferte durchaus vielversprechende Ergebnisse. Ein plumpes „Copy and Paste“ dürfte also zukünftig der Vergangenheit angehören, was zusätzliche Anreize setzt, die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis außer Acht zu lassen. KI eröffnet aber nicht nur neue Optionen zu plagiieren, sondern auch neue Möglichkeiten, Strukturplagiate offenzulegen.⁸⁵ Damit könnte auf die Fakultäten eine gigantische Welle von Plagiatsverfahren zurollen.

Hierauf sind die Fakultäten gegenwärtig nur schlecht vorbereitet. Daran hat die Aufgabe der früheren Baga-

tellgrenze durch die Rechtsprechung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichts einen nicht unerheblichen Anteil. Wenn es jetzt eine zweite, noch nicht wirklich quantifizierte Grenze gibt, bei deren Unterschreitung in eine qualitative Betrachtung und zuletzt möglicherweise auch noch in eine Gesamtschau eingetreten werden muss, ist hiermit eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Misslich ist dabei insbesondere, dass jeder Plagiatsfall, der nicht zum Titelentzug geführt hat, einen neuen Benchmark setzt, der bei weiteren Fällen als Referenz dient. Um einer Erosion wissenschaftlicher Standards entgegenzuwirken, sind unterschiedliche Strategien denkbar. Eine Option wäre es, für Altfälle erneut über eine Verjährungsregel nachzudenken.⁸⁶ Vorzugswürdig erscheint es, den Fakultäten klare Entscheidungsmaßstäbe an die Hand zu geben. Nach der grundgesetzlichen Aufgabenverteilung sind hier aber weder die Landesgesetzgeber noch die Rechtsprechung, sondern in erster Linie die Fakultäten selbst aufgerufen, für Rechtssicherheit zu sorgen.

Prof. Dr. Ralf P. Schenke ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Seine Forschungsinteressen liegen neben dem Steuerrecht vor allem im Verwaltungsprozessrecht, im Datenschutzrecht sowie in der juristischen Methodenlehre. Von 2013 bis 2019 war er Vorsitzender der Ständigen Kommission zur Untersuchung wissenschaftlichen Fehlverhaltens der Universität Würzburg.

⁸⁴ Reiches Anschauungsmaterial hierfür bieten die Plagiatsverfahren Giffey und Schavan (s. oben die Nw. in Fn. 3 und 4).

⁸⁵ Vgl. hierzu etwa Keita, Plagiarism Detection Using Transformers (<https://www.pinecone.io/learn/plagiarism-detection/>), zuletzt

abgerufen am 23.7.2023).

⁸⁶ Löwer, Verjährungsfrist für Plagiatsvergehen?, *Forschung & Lehre* 2012, 550; dagegen etwa Rieble, Plagiatverjährung. Zur Ersitzung des Doktorgrades, *OdW* 2014, 19.

Ulrich Rommelfanger

Von der Guten Wissenschaft zum wissenschaftlichen Fehlverhalten

Erneut führt eine Plagiatsaffaire aus dem politischen Raum dazu, sich mit der Frage deren Sanktionierung, aber auch der Prävention wissenschaftlichen Fehlverhaltens auseinanderzusetzen.

I. Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes

René Descartes hat als einer der ersten schon im 17. Jahrhundert die Forderung aufgestellt, dass mit „wissenschaftlichen Erkenntnissen das Wohl der Anderen zu fördern“ sei.¹ Ein Jahrhundert später war es der deutsche Alexander von Humboldt, der mit seinen Forschungsreisen „einen neuen Wissens- und Reflexionsstand des Wissens von der Welt“ schuf.²

Die jetzt vom Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit basiert ihrerseits auf Art. 142 WRV. Die Vorschrift übernimmt eine zentrale Rolle im System der grundgesetzlichen Kulturverfassung.³ Geschützt ist jede wissenschaftliche Tätigkeit unabhängig von bestimmten Auffassungen und Wissenschaftstheorien. Als Eingriff kann deshalb schon eine Bewertung von Forschungs- und Lehrleistungen einzustufen sein.⁴ Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit umfasst auch die Lehre als „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch Forschung gewonnenen Erkenntnisse“⁵, was ein ausreichendes Maß eigener Forschung voraussetzt.⁶

II. Entwicklung der Guten Wissenschaft

Welche Qualität diese eigene Forschung zu leisten hatte, ist in den verschiedenen Zeitepochen unterschiedlich betrachtet worden. Im Mittelalter ist eine „Hochschätzung der Wissenschaft“ (M. Fuß) zu verzeichnen. Sie zu betreiben, galt als Privileg und Gnade, sie diente, wie

Thomas von Aquin entwickelte, einem höheren Zweck.⁷

Für Deutschland wird heute von Martin Fuß⁸ ein gewisser Niedergang der Wissenschaftskultur gesehen, den er zeitlich der Durchsetzung des Bologna-Prozesses zuschreibt. Diesem Prozess sei die „Gute Wissenschaft“ entgegengesetzt. Sie überzeuge in einer pluralen, offenen Gesellschaft durch ihre Vernünftigkeit, d.h. jeder Wissenschaftler muss sich selbst auf das besinnen, „was das Humanum, das Vernünftige ausmacht“⁹. Zwar führe das zu Anforderungen an den Wissenschaftler, die „enorm hoch“ sind, aber dem gegenüber stünde vice versa der „Gewinn seiner Freiheit als Wissenschaftler, wenn es ihm gelingt, diese gegenüber immer stärker werdenden äußeren Zugriffen auf die Wissenschaft zu bewahren.“¹⁰

Theorie und Praxis liegen auseinander. Die „Gute Wissenschaft“ sieht sich damit konfrontiert, dass sich die Ansprüche an den Einzelnen und die Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung in den vergangenen Jahrzehnten zum Teil stark verändert haben. Thomas Ott¹¹ zufolge befinden sich die Geisteswissenschaften, besonders aber die Lebens-, Natur- und Ingenieurwissenschaften in einer „schier erbarmungslosen, vielschichtigen und vor allem Konkurrenzsituation“, in der sich gute Wissenschaft bewegen müsse, was namentlich eine hohe Publikationsleistung des wissenschaftlichen Nachwuchses bedinge. Gefragt sind dabei in den Lebens- und Naturwissenschaften vor allem Veröffentlichungen mit hohem sog. Impact-Faktor, in z.B. den Zeitschriften *Science* und *Nature* oder, für Medizin, *The Lancet* oder *New England Journal of Medicine*. Ott zufolge war es nur eine Frage der Zeit, bis solche Bewertungskriterien zu wissenschaftlichem Fehlverhalten führe.¹²

¹ Discours de la methode pour bien conduire sa raison et chercher la verité dans les sciences, 1637, in der Übersetzung von Lüder Gäbe, Hamburg 1960, VI 4.

² Dazu Otmar Ette, Alexander von Humboldt und die Globalisierung, 2009, S. 13.

³ Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 56. ErgLFG, Art. 5 GG, Anm. 7.

⁴ Vgl. nur Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl., Art. 5 GG, Rn. 142

⁵ BVerfGE 35, 79, 113

⁶ Jarass, ebda, Rn. 139

⁷ Summa contra Gentiles, Buch I 3. Kap.: „Quis modus sit possibilis divinae veritatis manifestandae“, hrsg. und übersetzt von Karl Albert/Paulus Engelhardt, 1990.

⁸ Fuß, Auf der Suche nach dem verlorenen Prinzip, in: Gute Wissenschaft, hrsg. von Spieker/Manzeschke, 2017, S. 52.

⁹ Ebda, S.55.

¹⁰ Ebda, S.56.

¹¹ Ott, Publish or Perish, in Spieker/Manzeschke, Fn. 8, S. 215 ff.

¹² Ott, ebda S. 232.

III. Unterschiedliche Formen wissenschaftlichen Fehlverhaltens

Anders als im geisteswissenschaftlichen Umfeld sind die Lebens- und Naturwissenschaften von wissenschaftlichem Fehlverhalten regelmäßig im Zusammenhang mit gefälschten bzw. missinterpretierten Versuchsstudien betroffen. Letztere Fälle ereigneten sich – trotz der vor Veröffentlichung regelmäßig vorgenommenen anonymen, internationalen Begutachtung von Forschungsergebnissen (sog. Peer Review Process). Beispielhaft dafür sind zwei Studien des Koreaners Woo Suk Hwang zum angeblich erfolgreichen Klonen embryonaler Stammzellen, die in den Jahren 2004 und 2005 in *Science* veröffentlicht worden sind. Sie waren gefälscht; die Eizellen stammten dem Vernehmen nach von Laborangestellten.

Soweit in der medizinischen Forschung Fälschung und Plagiate vorkommen, werden sie teilweise dem Umstand zugeschrieben, dass in der klinisch orientierten Forschung oftmals sowohl eine starke Konkurrenzsituation bestehe, als auch die Patientenversorgung den Ärzten nur wenig Zeit für wissenschaftliche Arbeit lasse. Zankl¹³ schildert vier Fallbeispiele, von denen ein Fall den Bereich der Deutschen Krebsforschung betrifft. Anhand der Auswertung einer im Jahre 2010 bei 36 Medizinischen Fakultäten durchgeführten Umfrage folgert er, dass angesichts der Zahl von 7265 Promotionen und 8 Habilitationen „schwerwiegende Plagiate an medizinischen Fachbereichen und Fakultäten nur sehr selten vorkommen“ scheinen. Weniger Forschungsergebnisse als vielmehr die Erkenntnis, auf Textplagiate in Veröffentlichungen zu stoßen, führten in der Vergangenheit im juristischen und politologischen Wissenschaftsbereich zu Doktorgradentziehungen bis hin zu politischen Rücktritten und Skandalen. Dies insbesondere dann, wenn sie im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Veröffentlichungen von bekannten Personen des öffentlichen Lebens stehen. Die Plagiatsaffäre von Guttenberg um die Dissertation des früheren Verteidigungsministers („Verfassung und Verfassungsvertrag – Konstitutionelle Entwicklungsstufen in den USA und der EU“) führte am 23.02.2011 zur Aberkennung des Dr. jur.-Grades durch die Universität Bayreuth und am 1.03.2011 zum Rücktritt als Bundesminister der Verteidigung.

Der Fall war der Beginn einer Reihe von Untersu-

chungen auf der Grundlage meist der internetgestützten Untersuchungsplattform *vroniplag.wiki.com* und in der Folge Anstoß zur Aberkennung des Doktorgrades bei 13 vornehmlich Politikerinnen und Politikern, von Annette Schavan über Brijan Djir-Sarai bis Silvana Koch-Mehring.¹⁴

IV. Kontrolle der wissenschaftlichen Arbeiten und Forschungsergebnisse

Für Kamenz¹⁵ ist Kernpunkt einer effektiven Plagiatsabschaffung die nötige Motivation der Professoren, alle Texte auf Plagiate hin zu untersuchen. Dies könne durch Hilfestellung mit einer speziellen, ihnen zur Verfügung gestellten Software geschehen.

Gegen eine flächendeckende Plagiatskontrolle spricht sich Goeckenjahn aus, die darauf hinweist, dass damit, neben einem hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand „nur eine simple Plagiatsform entdeckt werden könnte, während Übersetzungs- und Strukturplagiate sowie Paraphrasen und die Übernahme aus offline-Quellen unerkannt blieben.“¹⁶

Dem widerspricht mit Verve der Rechtswissenschaftler Volker Rieble. In seiner Studie „Das Wissenschaftsplagiat“ aus dem Jahre 2010 entwirft er für rechtswissenschaftliche Arbeiten vor dem Hintergrund von realen Fällen eine lesenswerte Plagiats-Phänomenologie und legt dar, dass die bislang erfolgten Abhilferversuche letztlich nicht fruchteten.

Bezogen auf aufgedeckte Fälle, die in keine strafrechtlichen Verfahren mündeten, sei es regelmäßig bei einer „wissenschaftskulturellen Zurückhaltung“ geblieben.¹⁷ Ihm zufolge bezwecke das regelmäßig einschlägige Urheberrecht nicht den Schutz der wissenschaftlichen Redlichkeit, als vielmehr das Verwertungsrecht eines Werks. Der urheberrechtliche Verbraucherschutz begnüge sich also mit der durch die Urheberbenennung übernommenen „wissenschaftlichen Verantwortung“ für den Text: „ein möglicher anderer geistiger Urheber bleibe dabei außen vor.“¹⁸

Letztlich – so Riebles Einschätzung – führen die zuvor erwähnten Spezifika einer Plagiatsahndung dazu, dass die Plagiatoren „nicht scharf angegangen werden“; er meint plakativ: „Ans Leder geht es keinem“.

¹³ Zankl, Plagiate in der Medizin, in Th. Rommel (Hrsg.), Plagiate, Gefahr für die Wissenschaft?, 2011, S. 269, 284.

¹⁴ Zur Frage, wie Plagiate rechtlich zu behandeln sind, was hier nur gestreift werden soll, siehe ausführlich *Fritschel/Wankerl*, Das Plagiat im Recht, in Rommel, Fn 13, S. 159 ff.

¹⁵ Kamenz, Abschaffung der Plagiate in Deutschland, in Rommel, Fn.13, S. 87 ff.

¹⁶ *Goeckenjahn*, „Wissenschaftsbetrug“ als Straftat? in JZ 2014, 724, 732.

¹⁷ *Rieble*, Das Wissenschaftsplagiat. Vom Versagen eines Systems, 2010, S. 57 ff.

¹⁸ *Rieble*, ebda, S. 61 unter Rekurs auf *Rehbinder* in *Festschrift Pedrazzini* zum 65. Geburtstag, 1990, S. 651.

Dies effizient zu ändern ist für Rieble das Gebot der Stunde. Denn die Plagiatsabwehr erfolgt „halbherzig oder gar nicht“. Dies selbst bei aufgedeckten Plagiaten, die in der Tagespresse thematisiert werden. Es finde keine „Selbstreinigung“ statt. Nachgewiesene Plagiatoren „agieren ungehemmt weiter als Autoren und Herausgeber, finden Mitautoren und Verlage“¹⁹.

V. Abhilfe

Zur Frage der Abhilfe reichen die Vorschläge von der Plagiatsprävention bereits in der Sekundarstufe II bei der sog. digitalen Schulgeneration mittels einer Software, die jene Textstellen einer Arbeit, die dem Internet entnommen worden sind, identifizieren²⁰ über pädagogische Ansätze neben didaktischen Innovationen und Weiterbildung²¹ oder der Propagierung eines erfolgreichen Zusammenschlusses in Forschung und Lehre durch einen vertrauensvollen Umgang statt der Etablierung einer Kultur des Misstrauens durch die Einführung von Kontrollen²² bis zur Annahme des Ehrencodex der DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis mit insgesamt 19 Leitlinien.²³

In die Hochschulorganisation selbst weist der Ruf von Thomas Ott nach Entschleunigung und Verbesserung der Rahmenbedingungen für den wissenschaftlichen Nachwuchs in Deutschland durch Wiederbelebung des wissenschaftlichen Mittelbaus in einer modernen und kompetitiven Form.²⁴

Dass diese Maßnahmen geeignet sind, die Vielzahl von wissenschaftlichem Fehlverhalten einzudämmen, darf gleichwohl bezweifelt werden. Gerhard Fröhlich, Lehrstuhl-Inhaber an der Universität Linz, der als international angesehener Experte für Kommunikation und Fehlverhalten in der Wissenschaft gilt, äußert sich sehr skeptisch:

„Sanktionen erwachsen aus diesem System selten. Meist kommen überführte Fälscher mit einer Ermahnung davon. In seltenen Ausnahmefällen dürfen sie bei der DFG für einige Jahre keinen Förderantrag mehr stellen. Kündigung und Entzug der Lehrbefugnis oder des akademischen Grades stehen zwar in den Richtlinienpapieren, kommen aber fast nie zum Einsatz“.²⁵ Für Rieble verspricht nur zweierlei Abhilfe: Ausgehend

- von einem erweiterten Plagiatsbegriff, „der – anders als das Urheberrecht – nicht das Opfer schützt“, wird der Täter rechtlich ins Visier genommen. Als Autor darf sich „nur derjenige gerieren, von dem der konkrete wissenschaftliche Text auch stammt“. Geschuldet ist also ein Herkunftsnachweis, der durch wissenschaftlich sauberes Zitieren erfüllt wird. Ghostwriting ist unzulässig.
- davon, dass auch eine stärkere Verrechtlichung nur dann hilft, wenn der Dienstherr bzw. Arbeitgeber der Wissenschaftler auch tatsächlich Sanktionen ergreifen, könne eine „Selbstreinigung“ der Wissenschaft erfolgen, sei es durch die wissenschaftsöffentliche Diskussion der Plagiate unter Nennung von Tätern und Opfern neben expliziter Zitierung der betroffenen Werke.

Bei Ergreifung dieser Maßnahmen stehe in der Tat zu erwarten, dass das Wahrhaftigkeitsvertrauen in der wissenschaftlichen Gemeinschaft wieder hergestellt wird.²⁶ Insoweit sei auch auf das BVerwG hingewiesen, das zur Entziehung des Doktorgrades ausführte, dass zum Schutz des „...wissenschaftlichen Prozesses vor Irreführung eine Korrektur in Form der Entziehung vorgenommen werden“ müsse.²⁷

VI. Ausblick

Ob es, wie der Hochschulverband im Sommer des Jahres 2012 forderte, rechtspolitisch ratsam ist, einen eigenen Straftatbestand zu schaffen, darf bezweifelt werden. Es besteht keine (Strafbarkeits-)Lücke. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, man habe die Arbeit selbst verfasst, ist bereits grundsätzlich geeignet, eine tatbestandlich falsche Versicherung an Eides Statt gem. § 156 StGB zu prüfen und zu begründen.

Demgegenüber von Wissenschaftsbetrug zu sprechen, mag zwar einem landläufigen Sprachgebrauch entsprechen, verfehlt aber den jedem strafrechtlich relevanten Betrug wesenseigenen Vermögensschaden. Der Begriff des „Sportbetrugs“ mag insoweit „Pate stehen“. Der Erlanger Strafrechtler Hans Kudlich, der sich intensiv mit dem „Sportbetrug“ durch Doping auseinandersetzte, hält eine Kriminalisierung für ungeeignet angesichts der möglichen denkbaren Reaktionen der Sportverbän-

¹⁹ Ebda, S. 109.

²⁰ Dazu Ludwig, Plagiatsprävention, in: Rommel, Fn. 13, S. 73 ff.

²¹ Althaus, Disziplinierung und Teaching Moment in: Rommel, Fn. 13, S. 100 ff.

²² Goeckenjahn, Fn.17.

²³ https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche_rahmenbedingungen/gute_wissenschaftliche_praxis/kodex_gwp.pdf,

zuletzt abgerufen am 10.09.2023.

²⁴ Ott, in: Spieker/Manzeschke, Gute Wissenschaft (Fn.7), S. 231 f.

²⁵ Aus: Sendung „Betrug in der Wissenschaft“ von S. Billing und Petra Geist vom 25.02.2016, Deutschlandfunk.

²⁶ Rieble, ebda, S. 109 f.

²⁷ BVerwG- 6 C 9.12 - vom 31.7.2013.

de²⁸, womöglich ein Gedanke, der sich auch im Hinblick auf die Reaktionsfähigkeit des Wissenschaftsbetriebs aktivieren ließe.

Da eine Evaluation der Erfahrungen mit der mittlerweile häufig erfolgten Professionalisierung des lokalen Ombudswesen ebenso noch aussteht wie mit „redlichen Whistleblowern“, spricht bei der Wissenschaft einiges für eine ihr affine spezifische Selbstkontrolle im Wege z. B. der Intensivierung und konsequenten Durchführung der internen Verfahren und einem Weniger des „Wegschauens“.

Mit dieser Zusammenstellung von Literatur und Rechtsprechung zum wissenschaftlichen Fehlverhalten soll es sein Bewenden haben. Einer gesonderten Darstellung könnte es vorbehalten bleiben, noch der Frage der Verschränkung von Politikberatung durch Wissenschaft

ebenso nachzugehen, wie der verstärkt auftretenden Frage nach der in der Praxis bedeutsamen und zunehmenden Verlagerung exekutiver Aufgaben auf nicht direkt demokratisch legitimierte Wissenschaftliche Beiräte (wie z.B. neben dem Gemeinsamen Bundesausschuss auch den Wissenschaftlichen Beirat für Psychotherapie gem. § 8 PsychThG im Medizin-Bereich)²⁹.

Prof. Dr. Ulrich Rommelfanger ist in eigener Kanzlei
Fachanwalt für Verwaltungs- und Medizinrecht in Wies-
baden.

²⁸ Kudlich, in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht, 2013, S. 117 ff.

²⁹ Zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesauss-

schusses ausführlich *Sodan/Hadank*, Demokratische Legitimation des GBA, Deutsches Institut für Gesundheitsrecht, 2017.

Samuel Weitz

Die neue Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit: Hochschulorganisation sui generis – auf Kosten der Wissenschaftsfreiheit

Am 01.01.2022 ist das Gesetz zur Gründung der Hessischen Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit vom 30.09.2021 in Kraft getreten.¹ Dieses Gesetz bedeutet eine umfassende Reorganisation für die Polizei- und Verwaltungsausbildung im Land Hessen (I.). Die ehemals als Polizeibehörde² bestehende *Polizeiakademie Hessen*³, das bisherige Referat *Zentrale Fortbildung Hessen*⁴ im Hessischen Ministerium des Innern und für Sport⁵ sowie die *Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung*⁶ sind in der *Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit*⁷ aufgegangen. Für die neue HöMS hat der Landesgesetzgeber eine Hochschulorganisation sui generis erdacht. Der Einfluss der Professoren auf die Zusammensetzung der sie vertretenden Statusgruppe in den Hochschulgremien unterschreitet das verfassungsrechtlich erforderliche Maß erheblich (III., 1.). Der Einfluss des HMdIS auf die Bestellung und Abberufung der Leitungspersonen der HöMS schränkt das hochschulische Selbstverwaltungsrecht über Gebühr ein (III., 2.). Das Kuratorium der HöMS ermöglicht in verfassungswidriger Weise Einflussnahme durch staatsnahe Akteure (III., 3.). In der Gesamtschau stehen zahlreiche organisationsrechtliche Vorschriften des Gesetzes zur Gründung der HöMS im Widerspruch mit dem landesverfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen (II., 2.) sowie der Wissenschaftsfreiheit (II., 3.). Es ist zu erwarten, dass der Landesgesetzgeber das Organisationsrecht der HöMS – spätestens nach einer Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs in einem laufenden Normenkontrollverfahren⁸ – wird modifizieren müssen. Sinnvoll erscheint im Grundsatz eine Ausgestaltung als Hochschule für angewandte Wissenschaften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG (IV.).

I. Gründungsgeschichte der HöMS

1. Organisation der Polizei- und Verwaltungsausbildung bis zum 31.12.2021

Bis zum 31.12.2021 war die akademische und praktische Ausbildung, insbesondere der Anwärter für den Polizeivollzugsdienst, nahezu vollständig an der HfPV als nicht-rechtsfähiger Anstalt des Landes Hessen angesiedelt.⁹ Die Anwärter erlangten etwa „unter Beachtung der einschlägigen Dienstvorschriften praktische Kenntnisse über Waffen, Gerät und das Schießen“¹⁰. Sie sollten „die dienstlich zugelassenen Schusswaffen sicher und schnell handhaben, treffsicher schießen sowie auftretende Störungen erkennen und folgerichtig handeln können“¹¹. In akademischer Hinsicht beinhaltete die Ausbildung z.B. das Modul S 1.2 „Polizei in Staat und Gesellschaft“, dessen Inhalte die Verfassung und der Rechtsstaat sowie das Beamtenverhältnis waren.¹² Die HPA fungierte – im Gegensatz zur HfPV als Stätte erstmaliger Ausbildung – vor allem als Fort- und Weiterbildungsstätte für die Polizei des Landes Hessen. Ferner war der Zentrale Polizeipsychologische Dienst an der HPA angesiedelt. Anwärter begegneten der HPA als Einstellungsbehörde sowie, für den Zeitraum ihrer Ausbildung, als Dienstherrin i.S.v. § 2 HBG, § 2 BeamtStG. Die ZFH war, wie die HPA, in der Fort- und Weiterbildung aktiv. Allerdings richteten sich die Angebote der ZFH nicht ausschließlich an die Polizei, sondern an alle Landesbediensteten. Zum Beispiel konzipierte und organisierte die ZFH die Führungsförderung.¹³

Nicht nur organisatorisch, sondern auch hinsichtlich der Rechtssetzung waren die hochschulischen und polizeilichen Aufgaben der Aus- und Weiterbildungsstätten

¹ GVBl. 2021, S. 622; berichtigt durch GVBl. 2021, S. 675; abweichend sind Art. 1 und 4 Nr. 2 des Gesetzes gemäß Art. 10 Satz 2 des Gesetzes bereits am Tag nach der Verkündung – dem 12.10.2021 – in Kraft getreten; siehe außerdem das Gesetz zur Neuordnung und Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 14.12.2021, GVBl. 2021, S. 931.

² § 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. e HSOG i.d.F. vom 23.08.2018.

³ Im Folgenden: HPA.

⁴ Im Folgenden: ZFH.

⁵ Im Folgenden: HMdIS.

⁶ Im Folgenden: HfPV.

⁷ Im Folgenden: HöMS.

⁸ HessStGH, P.St. 2891.

⁹ §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 Satz 1 VerwFHG a.F. vom 28.09.2015.

¹⁰ Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 30.

¹¹ Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 30.

¹² Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 15.

¹³ Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 25.08.2017 (StAnz. 37/2017, S. 876); berichtigt durch Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 15.09.2017 (StAnz. 40/2017, S. 951).

von Polizei und Verwaltung im Land Hessen bis zum 31.12.2021 klar getrennt: Die Bestimmungen über die HfPV waren im VerwFHG normiert, die der HPA im HSOG und die der ZFH u.a. in einem ministeriellen Erlass¹⁴.

2. Reformbestrebungen und Gesetzentwürfe

Der politische Wille, die drei Aus- und Fortbildungsstätten HfPV, HPA und ZFH zusammenzuführen, wurzelt im Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen vom 23.12.2013 für die 19. Wahlperiode des Hessischen Landtags. Die Koalitionspartner hatten vereinbart, „die Einbindung der Verwaltungsfachhochschulen des Landes in das Wissenschaftssystem [zu] stärken“¹⁵. Konkreter fassten die gleichen Koalitionspartner ihr Vorhaben im nächsten Koalitionsvertrag vom 23.12.2018 für die 20. Wahlperiode des Hessischen Landtags: Sie „wollen [...] eine[r] Verwaltungsfachhochschule schaffen, in der auch HfPV, HPA und die Zentrale Fortbildung aufgehen“¹⁶. Mehr als sieben Jahre nach der erstmaligen Erwähnung in einem Koalitionsvertrag legte die hessische Landesregierung am 10.05.2021 schließlich den ersten Gesetzentwurf zur Gründung der HöMS vor.¹⁷

Mit der Gründung der HöMS hat die hessische Landesregierung im Wesentlichen drei Ziele verfolgt: Erstens sollte die Nachwuchsgewinnung für Polizei und Verwaltung gefördert werden.¹⁸ Zweitens sollten Synergien zwischen akademischen und praktischen Aspekten der Polizeiausbildung gehoben werden.¹⁹ Drittens beabsichtigte die Landesregierung die Stärkung des Wissen-

schaftssystems in Hessen.²⁰ Dass diese hehren Ziele durch das Gesetz zur Gründung der HöMS nicht zu erreichen sein werden, ist mehr Politikum als Rechtsfrage. Verfassungsrechtlich virulent ist vielmehr das hochschulorganisatorische Gefüge der HöMS.

Sowohl in den Medien²¹ als auch in den Stellungnahmen der Sachverständigen im Rahmen der gemeinsamen Anhörung von Innenausschuss und Ausschuss für Wissenschaft und Kunst des Hessischen Landtags²² wurde der Gesetzentwurf vom 10.05.2021 deutlich kritisiert und vielfach als verfassungswidrig bezeichnet. Zu diesem Urteil kamen die Sachverständigen insbesondere, weil sie das hochschulische Selbstverwaltungsrecht und die Wissenschaftsfreiheit verletzt sahen.²³ Infolgedessen haben die Regierungsfractionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN den Gesetzentwurf vom 10.05.2021 geringfügig modifiziert und am 15.09.2021 einen entsprechenden Änderungsantrag im Hessischen Landtag eingebracht.²⁴ Dort wurde das Gesetz zur Gründung der HöMS schließlich am 30.09.2021 beschlossen.²⁵ Die wesentlichen Vorschriften dieses Gesetzes sind am 01.01.2022 in Kraft getreten und haben die – auch nach dem Nachjustieren qua Änderungsantrag – fundamentaler Kritik²⁶ ausgesetzte Gründung der HöMS besiegelt.

3. Status quo

Die HöMS ist eine Hybride. Sie ist eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 HessHG) und zugleich – bei Erfüllung ihrer polizeilichen Aufgaben – eine Polizeibehörde (§ 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. e HSOG). Zum

¹⁴ Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 25.08.2017 (StAnz. 37/2017, S. 876); berichtigt durch Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 15.09.2017 (StAnz. 40/2017, S. 951).

¹⁵ Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen für die 19. Wahlperiode des Hessischen Landtags vom 23.12.2013, S. 72, Rn. 3377 f.

¹⁶ Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen für die 20. Wahlperiode des Hessischen Landtags vom 23.12.2018, S. 135.

¹⁷ LT-Drs. 20/5722.

¹⁸ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

¹⁹ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

²⁰ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

²¹ v. Bebenburg, Gießener Allgemeine, Sorge um Freiheit der Wissenschaft, 04.08.2021, <https://www.giessener-allgemeine.de/hessen/sorge-um-freiheit-der-wissenschaft-90902481.html> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023]; Ogorek, Legal Tribune Online, Reform der Hessischen Polizeihochschule: Mehr Wissenschaft wagen, 20.08.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/reform-hochschule-fuer-polizei-und-verwaltung-hessen-gesetzentwurf-verfassungsrecht-trennung-rechtsaufsicht-fachaufsicht-selbstverwaltung/> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

²² Ausschussvorlage INA 20/35, WKA 20/25, Stellungnahmen der Anzuhörenden zur gemeinsamen mündlichen Anhörung des

Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 08.07.2021 und 14.07.2021; Stenografischer Bericht INA 20/46, WKA 20/29, Öffentliche Anhörung des Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 15.07.2021.

²³ Z.B. Fehling, in: Stenografischer Bericht INA 20/46, WKA 20/29, Öffentliche Anhörung des Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 15.07.2021, S. 13.

²⁴ LT-Drs. 20/6389.

²⁵ GVBl. 2021, S. 622; berichtigt durch GVBl. 2021, S. 675; siehe auch das Gesetz zur Neuregelung und Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 14.12.2021, GVBl. 2021, S. 931.

²⁶ Z.B. Ogorek, Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit: Verpasste Chancen, geschwächte Wissenschaft, DP 2022, 89; v. Bebenburg, Frankfurter Rundschau, Neue hessische Hochschule stößt auf massive Kritik, 01.10.2021, <https://www.fr.de/rhein-main/landespolitik/neue-hessische-hochschule-stoesst-auf-massive-kritik-91027133.html> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

einen ist die HöMS in den Fachbereichen Polizei und Verwaltung zuständig für die Aus- und Fortbildung des Nachwuchses des gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes sowie der zur Ausbildung für den gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienst zugelassenen Tarifbeschäftigten des Landes, der Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 5 Satz 1 HessHG). Zum anderen übernimmt die HöMS als Auftragsangelegenheit die Zentrale Fortbildung der Beschäftigten der hessischen Landesverwaltung (§ 101 Abs. 2 HessHG). Zu den polizeilichen Aufgaben der HöMS gemäß § 95 Abs. 2 HSOG zählen wiederum z.B. die polizeiliche Aus- und Fortbildung aller Polizeibediensteten des Landes bis auf die berufliche Grundqualifizierung des gehobenen Dienstes sowie – ab dem 01.11.2023 – die Aus- und Fortbildung der Spezialeinheiten (Nr. 1). Ferner leistet die HöMS gemäß § 95 Abs. 2 HSOG polizeipsychologische Dienste (Nr. 4) und ist verantwortlich für das Nachwuchsmanagement sowie die Einstellung von Polizeianwärterinnen und -anwärtern (Nr. 2).

Nachdem schon im Gesetzgebungsverfahren Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 60 Abs. 1 Satz 2 und Art. 10 HessVerf aufgekommen waren, initiierten die Oppositionsfraktionen von SPD und FDP im Hessischen Landtag nach Inkrafttreten des Gesetzes ein abstraktes Normenkontrollverfahren gemäß Art. 132 HessVerf i.V.m. §§ 39, 40 StGHG. Sie beantragten die Feststellung, dass einzelne Vorschriften, die die Organisation der HöMS betreffen, mit der HessVerf im Widerspruch stehen und nichtig sind.²⁷ Mit einer Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs ist im Laufe der kommenden Monate zu rechnen.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Verfassung des Landes Hessen als Prüfungsmaßstab

a) Relevantes Landesverfassungsrecht

Gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf haben die Universitäten und staatlichen Hochschulen das Recht der Selbstverwaltung, an der die Studierenden zu beteiligen

sind. Art. 10 HessVerf garantiert die Wissenschaftsfreiheit: Niemand darf in seinem wissenschaftlichen Schaffen und in der Verbreitung seiner Werke gehindert werden. Art. 10 HessVerf und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf stehen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang: Das hochschulische Selbstverwaltungsrecht ist eine spezielle Ausprägung der Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Das Selbstverwaltungsrecht soll diesen Freiheiten zur Entfaltung verhelfen und dient den Hochschulen zur Wahrung ihrer Autonomie.²⁸

Dass das hochschulische Selbstverwaltungsrecht nicht als Teil der Wissenschaftsfreiheit verstanden, sondern eigenständig im Wortlaut der Verfassung garantiert wird, ist kein hessisches Spezifikum. Mit Ausnahme der Bundesländer Berlin, Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein enthalten alle Landesverfassungen eine Norm, die – wie Art. 60 HessVerf – grundlegend die verfassungsrechtliche Stellung von Hochschulen regelt. Konkret das hochschulische Selbstverwaltungsrecht hat in zwölf Bundesländern ausdrücklich Verfassungsrang, z.B. gemäß Art. 20 BWVerf, Art. 138 BayVerf, Art. 5 Abs. 3 NdsVerf sowie Art. 16 NRWVerf. Die Beteiligung der Studierenden an der hochschulischen Selbstverwaltung schreiben neben dem Land Hessen (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 HessVerf) sechs weitere Bundesländer in unterschiedlichem Umfang fest.²⁹

b) Verhältnis von HessVerf und GG

Auf Bundesebene ist die verfassungsrechtliche Stellung von Hochschulen – anders als die Wissenschaftsfreiheit i.S.v. Art. 10 HessVerf – im Wortlaut der Verfassung nicht ausdrücklich festgeschrieben. Es existiert keine Art. 60 HessVerf unmittelbar entsprechende Norm im GG.³⁰ Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft sowie Forschung und Lehre ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG normiert – ohne die hochschulische Perspektive auf Wissenschaft gesondert zu adressieren. Art. 5 Abs. 3 GG enthält neben dem individuellen Wissenschaftsfreiheitsrecht allerdings auch eine objektive Wertordnung: Es handelt sich um eine „das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm“³¹, die somit auch die hochschulische Selbstverwaltung betrifft.³²

²⁷ HessStGH, P.St. 2891.

²⁸ Rupp, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft (FS Unruh), 1983, S. 919, 920; Hillermann, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 57, 70.

²⁹ Siehe Art. 28 Abs. 1 ThürVerf, Art. 107 Abs. 2 Satz 2 SächsVerf, Art. 39 Abs. 1 Satz 2 RhPfVerf, Art. 33 Abs. 2 Satz 2 SaarlVerf, Art. 138 Abs. 2 Satz 2 BayVerf, Art. 32 Abs. 1 BdbgVerf.

³⁰ Meister, in: PdK – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 60 Rn. 1.

³¹ BVerwG 25.11.1977 – VII C 25.76 – BVerwGE 55, 73, Rn. 11 ff.; vgl. auch BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 – BVerfGE 35, 79, Ls. 2.

³² Kempen, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 5 Rn. 188; Hillermann, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 107 ff. m.w.N.

Grundsätzlich wird Landesrecht gemäß Art. 31 GG durch Bundesrecht gebrochen. Ausnahmsweise bleiben gemäß Art. 142 GG Bestimmungen der Landesverfassungen insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit Art. 1–18 GG Grundrechte gewährleisten.³³ Zwar erscheint die Gewährleistung des hochschulischen Selbstverwaltungsrechts in den Landesverfassungen dem Bundesverfassungsgericht „dort neben der Garantie der Wissenschaftsfreiheit als etwas Zusätzliches“³⁴. Gleichwohl folgert das Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 GG das verfassungsrechtliche Gebot möglichst freiheitlicher Strukturen an Hochschulen³⁵ und hält für verfassungsrechtlich erforderlich, dass der Gesetzgeber ein „hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger sicherstellt“.³⁶ Die bundesverfassungsgerichtliche Interpretation der grundgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit lässt den Schluss zu, dass das hochschulische Selbstverwaltungsrecht aus Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf sämtlich Art. 5 Abs. 3 GG implizit zu entnehmen ist.³⁷ Zwischen Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf einerseits sowie Art. 5 Abs. 3 GG andererseits besteht folglich zwar keine Textidentität, aber das erforderliche „Mindestmaß an Homogenität“³⁸, also Übereinstimmung i.S.v. Art. 142 GG. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf ist vom Geltungsvorrang des Bundesrechts unberührt und in Kraft.³⁹ Gleiches gilt für Art. 10 HessVerf, der in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Wissenschaftsfreiheit gewährleistet.⁴⁰

2. Art. 60 Abs. 1 HessVerf

a) Institutionelle Garantie der Hochschulen

Art. 60 Abs. 1 HessVerf stellt die Universitäten und staatlichen Hochschulen unter den Schutz, aber auch unter die Aufsicht des Staates und räumt ihnen das Recht der

Selbstverwaltung unter Beteiligung der Studierenden ein. Art. 60 Abs. 1 Satz 1 HessVerf beinhaltet eine institutionelle Gewährleistung von staatlichen Hochschulen.⁴¹ Der Verfassungsgesetzgeber garantiert ihr Fortbestehen als organisatorische Institution – ohne das Fortbestehen einzelner Hochschulen individuell zuzusichern. Aus dieser institutionellen Garantie folgt ein Abwehrrecht der Hochschulen bei ungerechtfertigten Eingriffen in ihren Rechtsbestand.⁴² Andererseits gibt Art. 60 Abs. 1 Satz 1 HessVerf dem Landesgesetzgeber gerade auf, wissenschaftsrelevante Gemeinwohlbelange im Hochschulsystem einer sich wandelnden Gesellschaft fortwährend neu zu definieren und in Gestalt von Organisations- und Verfahrensregelungen abwägend zur Geltung zu bringen.⁴³ Der Landesgesetzgeber muss die Hochschulen also – auch hinsichtlich ihrer Binnenstruktur – regelmäßig den Zeitbedürfnissen anpassen. Hierbei hat der Landesgesetzgeber grundsätzlich einen großen hochschulorganisatorischen Spielraum:

„Solange der Gesetzgeber ein [...] hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger sicherstellt, ist er frei, den Wissenschaftsbetrieb nach seinem Ermessen zu regeln, um die unterschiedlichen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und die Interessen aller daran Beteiligten in Wahrnehmung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung in angemessenen Ausgleich zu bringen [...]. Er ist dabei nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden. Er darf neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben und ist sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren [...]. Ihm stehen dabei gerade hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.“⁴⁴

³³ Zu Art. 142 GG im Kontext der HessVerf HessStGH 30.12.1981 – PSt. 880 – NJW 1982, 1381; *Schrodt*, Die Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofs zu den Grundrechten der Hessischen Verfassung, 1984, S. 9.

³⁴ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 120.

³⁵ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 123 f.

³⁶ BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87, 116.

³⁷ So allgemein in Bezug auf die Landesverfassungen auch *Kempen*, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 5 Rn. 192; zurückhaltender in Bezug auf NRWVerf *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher (Hrsg.) NRWVerf, 2. Auflage 2019, Art. 16 Rn. 6; differenziert *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Bd. I, 100. EL Januar 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 274; a.A. wohl *Hillermann*, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem

Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 131 f.

³⁸ BVerfG 29.01.1974 – 2 BvN 1/69 – BVerfGE 36, 342, 361.

³⁹ *Germann*, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 142 Rn. 15–24.

⁴⁰ *Stein*, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 10 Anm. 1; *Kallert*, in: PdK – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 10 Rn. 1.

⁴¹ *Stein*, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60 Anm. 2.

⁴² In Bezug auf die parallele Vorschrift in der NRWVerf *Löwer*, in: Löwer/Tettinger (Hrsg.) NRWVerf, Art. 16 Rn. 21.

⁴³ *Fehling*, Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2014, 113, 117.

⁴⁴ BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87, Rn. 116 m.w.N.

b) Hochschulisches Selbstverwaltungsrecht

Das Recht des Gesetzgebers, die Hochschulorganisation auszugestalten, endet dort, wo das hochschulische Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf beginnt. Der Begriff Selbstverwaltungsrecht ist verfassungsrechtlich nicht allgemeingültig zu definieren.⁴⁵ Selbstverwaltung im Recht ist vielmehr kontextabhängig und im Lichte des jeweiligen Regelungszusammenhangs zu interpretieren.⁴⁶ Bei Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf handelt es sich – wegen der funktionalen Bezüge zu Forschung und Lehre – um ein auf die akademischen Angelegenheiten beschränktes Selbstverwaltungsrecht.⁴⁷ Akademische Angelegenheiten sind solche, die zum „Kernbereich“⁴⁸ des Unerlässlichen für eine freie wissenschaftliche Betätigung der Hochschulen zählen. Hierzu zählt insbesondere das Organisationsrecht der Hochschulen. Indem der Verfassungsgesetzgeber den Hochschulen ihre Selbstverwaltung zugesteht, verzichtet er auf staatseigene Wissenschaftsverwaltung.⁴⁹ Die Schwelle zur verfassungswidrigen Wissenschaftsverwaltung ist überschritten, wenn die freie wissenschaftliche Betätigung strukturell durch das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge gefährdet ist.⁵⁰ Wegen des sensiblen Regelungsgegenstands der Wissenschaftsorganisation hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Hochschulorganisationsrechts bereits grundrechtliche Gefährdungslagen zu vermeiden.⁵¹ Eine bloß hypothetische strukturelle Gefährdung der freien wissenschaftlichen Betätigung reicht gleichwohl nicht aus, um einen Verfassungsverstoß zu begründen – schließlich wirken sich die meisten hochschulorganisatorischen Entscheidungen zumindest mittelbar auf das wissenschaftliche Wirken aus.⁵²

Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf schützt alles, was aus organisatorischer Sicht unerlässlich ist, um die Wissenschaftsfreiheit im hochschulischen Rahmen aufrechtzuerhalten: „Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch organisatorische Regelungen verlangt [...], dass die Träger der Wissenschaftsfreiheit durch ihre Vertreter in

Hochschulorganen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können. Der Gesetzgeber muss daher ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger gewährleisten.“⁵³ Ergänzend schreibt Art. 60 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HessVerf die Beteiligung der Studierenden an der hochschulischen Selbstverwaltung vor.

3. Art. 10 HessVerf

Gemäß Art. 10 HessVerf darf niemand in seinem wissenschaftlichen oder künstlerischen Schaffen und in der Verbreitung seiner Werke gehindert werden. Angesichts der Pluralität und Revidierbarkeit der Ergebnisse wissenschaftlicher Bemühungen sowie der Prozesshaftigkeit der individuellen und kollektiven Anstrengungen der Erkenntnisgewinnung und -vermittlung sperrt sich der Begriff der Wissenschaft gegen eine einfache Definition.⁵⁴

Obwohl es sich bei Art. 10 HessVerf – ebenso wie bei Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf – um eigenständige landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen handelt, die einer autonomen Interpretation durch den Hessischen Staatsgerichtshof unterliegen, können für die Konkretisierung der verbürgten Rechte die zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG entwickelten bundesverfassungsgerichtlichen Grundsätze zumindest als Auslegungshilfen herangezogen werden.⁵⁵ Somit ist Wissenschaft jede Tätigkeit, die nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.⁵⁶ Im Freiraum der Wissenschaft

„herrscht absolute Freiheit von jeder Ingerenz öffentlicher Gewalt. In diesen Freiheitsraum fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei dem Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe. Jeder, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, hat [...] ein Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung auf den Prozeß der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse. Da-

⁴⁵ Im Kontext von Art. 28 Abs. 2 GG BVerwG 27.08.1976 – IV C 97.74 – BVerwGE 51, 115.

⁴⁶ Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 392.

⁴⁷ Stein, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60 Anm. 2; Meister, in: Pdk – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 60 Rn. 1.

⁴⁸ Statt vieler BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79.

⁴⁹ Stein, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60, Anm. 3.

⁵⁰ Fehling, Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2014, 113, 117.

⁵¹ BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 927/00 – BVerfGE 111, 333.

⁵² BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 927/00 – BVerfGE 111, 333; BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79.

⁵³ BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87.

⁵⁴ Kallert, in: Pdk – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 10 Rn. 1 f.

⁵⁵ In diese Richtung Schmidt, in: Meyer/Stolleis (Hrsg.), Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1986, S. 20, S. 46 f.; Schrodt, Die Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofs zu den Grundrechten der Hessischen Verfassung, 1984, S. 7.

⁵⁶ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 113.

*mit sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‚etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes‘ (Wilhelm von Humboldt) ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden. Damit ist zugleich gesagt, daß [die Wissenschaftsfreiheit] nicht eine bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie schützen will.*⁵⁷

III. Hochschulorganisation der HöMS

Die Zusammenlegung von HfPV, HPA und ZFH zur HöMS vermengt hochschulische und polizeibehördliche Organisationsstrukturen in verfassungswidriger Weise. Mit der Einrichtung der HöMS als besonderer Hochschule für angewandte Wissenschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 HessHG) hat der Gesetzgeber einen Fremdkörper im HessHG geschaffen. Im Einzelnen stehen einige Vorschriften über die organisatorische Ausgestaltung der HöMS im Widerspruch zum hochschulischen Selbstverwaltungsrecht (Art. 60 Abs. 1 S. 2 HessVerf) und zur Wissenschaftsfreiheit (Art. 10 HessVerf). Im Folgenden werden exemplarisch drei Verfassungsverstöße des Gesetzes zur Gründung der HöMS untersucht.

1. Zusammensetzung der Statusgruppe der Professoren

Für die Zusammensetzung der hochschulischen Statusgruppen für die Wahl ihrer Vertretung in den Selbstverwaltungsgremien hat das Bundesverfassungsgericht einen spezifischen Maßstab entwickelt: „Soweit gruppenmäßig zusammengesetzte Kollegialorgane über Angelegenheiten zu befinden haben, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, müssen folgende Grundsätze beachtet werden: a) Die Gruppe der Hochschullehrer muss homogen, d.h. nach Unterscheidungsmerkmalen zusammengesetzt sein, die sie gegen andere Gruppen eindeutig abgrenzen [...].“⁵⁸

An der HöMS gilt gemäß § 104 Abs. 2 HessHG für die Wahl ihrer Vertretung in den Gremien § 37 Abs. 3 HessHG entsprechend mit der Maßgabe, dass die Gruppe nach § 37 Abs. 3 Nr. 1 HessHG (Professorengruppe) von den Professoren und Hochschuldozenten gebildet wird. Die Anforderungen an die akade-

mische Qualifikation von Hochschuldozenten sind in § 111 Abs. 6 Satz 1–2 HessHG normiert: „Hochschuldozentinnen und Hochschuldozenten müssen neben den beamtenrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich ein ihren Lehraufgaben entsprechendes Hochschulstudium, pädagogische Eignung und eine einschlägige berufspraktische Tätigkeit nachweisen. An die Stelle des abgeschlossenen Hochschulstudiums können berufspraktische Tätigkeiten treten, wenn sie Kenntnisse und Erfahrungen vermittelt haben, die die Bewerber auf ihrem Fachgebiet befähigen, eine Lehrtätigkeit auszuüben, die derjenigen von Lehrkräften mit abgeschlossenem Hochschulstudium entspricht.“ Die Mindestvoraussetzungen für die Einstellung als Professor sind gemäß § 68 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 HessHG „ein abgeschlossenes Hochschulstudium, die für die Erfüllung der Aufgaben nach § 67 Abs. 1 [HessHG] erforderliche Befähigung zu wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeit und die dafür erforderliche pädagogische Eignung. Als Nachweis der Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit gilt in der Regel die Qualität der Promotion; darüber hinaus werden nach den Anforderungen der Stelle verlangt: 1. zusätzliche wissenschaftliche Leistungen oder 2. besondere Leistungen bei der Anwendung oder Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, von der mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs ausgeübt worden sein müssen.“

Die Gegenüberstellung von Hochschuldozenten und Professoren zeigt, dass das HessHG signifikant niedrigere Anforderungen an die akademische Qualifikation von Hochschuldozenten stellt. Insbesondere müssen Hochschuldozenten nicht über einen Nachweis der wissenschaftlichen Befähigung verfügen und können sogar ein Hochschulstudium durch Praxiserfahrung ersetzen. Neben den Einstellungsvoraussetzungen unterscheiden sich auch die hochschulpolitischen Interessen von Professoren einerseits und Hochschuldozenten andererseits erheblich. § 104 Abs. 2 HessHG bildet somit eine äußerst heterogene Statusgruppe der Professoren, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen⁵⁹ nicht genügt.

Besonders problematisch ist die Vertretung der Professorengruppe i.S.v. § 37 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 104 Abs. 2 HessHG im Senat, dem Herzstück der akademischen Selbstverwaltung. Gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 HessHG sind neun Mitglieder der

⁵⁷ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 113.

⁵⁸ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, Ls. 8; grundlegend zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Maßstäben einer grundgesetzkonformen Hoch-

schulorganisation *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1, 2 ff.

⁵⁹ BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, Ls. 8.

Professorengruppe im Senat vertreten, die dort die Mehrheit bilden. Der Senat nimmt wichtige Aufgaben der hochschulischen Selbstverwaltung wahr: Er berät in Angelegenheiten von Forschung, Lehre und Studium, die die gesamte Hochschule betreffen und von grundsätzlicher Bedeutung sind (§ 42 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Ferner überwacht der Senat die Geschäftsführung des Präsidiums (§ 42 Abs. 1 Satz 2 HessHG) und ist zuständig für die Beschlussfassung über die Grundordnung im Einvernehmen mit dem Präsidium (§ 42 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Var. 1 HessHG). Dass die Professoren – gegenüber den Hochschuldozenten in Unterzahl – bei der Vertretung im Senat benachteiligt werden, war durch die Rechtssetzung des Gesetzes zur Gründung der HöMS vorgezeichnet. § 104 Abs. 2 HessHG verhindert, dass die Professoren der HöMS autonom an Entscheidungen über Forschungs- und Lehrfragen in verfassungsrechtlich gebotener Weise partizipieren können. Die Gefahr der Unterrepräsentation hat sich im Senat der HöMS längst realisiert: Die neunköpfige Professorengruppe im Senat besteht gegenwärtig aus sieben Hochschuldozenten und zwei Professoren im engeren Sinne.

Zweifelsohne sollte die verfassungswidrige Statusgruppenbildung nicht schlicht durch höhere Anforderungen an die Qualifikationen von Hochschuldozenten aufgelöst werden. Wer Anwärtern für den gehobenen Polizeivollzugsdienst einen adäquaten Schusswaffengebrauch beibringt, muss keine Habilitation über Waffen oder Schusstechnik verfasst haben. Die Anwärterausbildung darf nicht ohne Ansehen der Praxiserfordernisse verwissenschaftlicht werden. In Einklang mit der Verfassung müssen die Statusgruppen von Professoren und Hochschuldozenten aber unbedingt getrennt voneinander gebildet werden.

2. Ministerieller Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Leitungspersonen

Zur Mitwirkung der hochschulischen Selbstverwaltungsorgane an der Bestellung und Abberufung von Leitungspersonen hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „[Das] Recht eines plural zusammengesetzten Vertretungsorgans zur Bestellung und auch zur Abberufung von Leitungspersonen [ist] ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation. Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben

sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen. Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein. Der Gesetzgeber muss diesen Zusammenhang durchgängig berücksichtigen.“⁶⁰

a) Präsident

Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 HessHG wird ein Hochschulpräsident grundsätzlich durch den Senat gewählt. Für den Präsidenten der HöMS hat der Gesetzgeber hingegen ein eigenes Verfahren erdacht: Der Präsident der HöMS wird nach öffentlicher Ausschreibung der Stelle durch das HMdIS aufgrund einer Vorschlagsliste bestellt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 HessHG). Die Vorschlagsliste soll drei Namen enthalten (§ 107 Abs. 2 Satz 4 HessHG) und wird von Senat und Kuratorium gemeinsam erstellt (§ 107 Abs. 2 Satz 3 HessHG). Angelehnt an § 48 Abs. 5 HessHG bilden Senat und Kuratorium eine paritätisch besetzte Findungskommission.⁶¹ Die von der Findungskommission erstellte Vorschlagsliste bedarf der Zustimmung von Senat und Kuratorium. Das HMdIS kann bei der Bestellung des Präsidenten von der vorgeschlagenen Reihenfolge abweichen (§ 107 Abs. 2 Satz 5 HessHG) – Leitlinien für diese Ermessensentscheidung enthält die Norm nicht. § 107 Abs. 2 Satz 6–7 HessHG legt nahe, dass das HMdIS die Vorschlagsliste sogar in Gänze abweisen kann: Kommt es aufgrund der Vorschlagsliste nicht zu einer Bestellung durch das HMdIS, so ist eine neue Vorschlagsliste vorzulegen. Wird in angemessener Frist keine neue Vorschlagsliste vorgelegt oder kommt es aufgrund der zweiten Vorschlagsliste nicht zu einer Bestellung, wird der Präsident nach Anhörung des Senats einseitig vom HMdIS bestellt (§ 107 Abs. 2 Satz 7 HessHG). Auch die Abberufung des Präsidenten „aus wichtigem Grund“ (§ 107 Abs. 4 Satz 1 HessHG) erfolgt ausschließlich durch das HMdIS sowie lediglich im Benehmen mit dem Senat (§ 107 Abs. 4 Satz 2 HessHG). Eine Abberufung auf einen Antrag aus der Mitte des Senats hin ist nur möglich, wenn das Kuratorium diesem Antrag vor Durchführung der Beschlussfassung über die Abberufung zugestimmt hat (§ 107 Abs. 4 Satz 3 HessHG). In der Gesamtschau

⁶⁰ BVerfG 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338, 365.

⁶¹ LT-Drs. 20/5722, S. 27.

sind die Hochschulorgane in die Bestellung und Abberufung des Präsidenten nur marginal eingebunden. Die Position des HMdIS ist wesentlich machtvoller als die des Senats.

Vor dem Hintergrund des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs⁶² werden die geringen Mitwirkungsmöglichkeiten des kollegialen Selbstverwaltungsorgans virulent, weil der Präsident in der Organisation der HöMS eine elementare Rolle innehat. Er ist gemäß § 42 Abs. 7 HessHG Vorsitzender des Senats, verfügt über die Richtlinienkompetenz (§ 43 Abs. 3 Satz 1 HessHG) und hat das Vorschlagsrecht für die Vizepräsidenten (§ 46 Abs. 1 HessHG). Darüber hinaus ist der Präsident Dienstvorgesetzter des Hochschulpersonals (§ 44 Abs. 1 Satz 2 HessHG) und hat erheblichen Einfluss auf die Wahl und Abwahl der Dekane (§ 51 Abs. 3 Satz 2 und 5 HessHG). In der Gesamtschau wird der Präsident unter lediglich marginaler Beteiligung der hochschulischen Selbstverwaltungsorgane bestellt und abberufen, obwohl er substantielle wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse innehat. Folglich ist § 107 Abs. 2 und 4 HessHG mit dem hochschulischen Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf nicht vereinbar.

b) Kanzler

Gemäß § 109 Satz 2 HessHG wird der Kanzler der HöMS, ein Beamter auf Lebenszeit, im Benehmen mit dem Senat auf Vorschlag des Präsidenten der HöMS von dem für das Dienstrecht zuständigen Ministerium, dem HMdIS, bestellt. Beim Benehmenserfordernis handelt es sich lediglich um eine geringfügige Beteiligung des Senats. Statt einer Willensübereinstimmung wird lediglich eine Anhörung gefordert, die dem Senat die Gelegenheit gibt, seine Vorstellungen in das Verfahren einzubringen.⁶³ Die geringe Mitwirkung des Senats bei der Bestellung des Kanzlers kann auch der in § 109 Satz 2 HessHG vorgeschriebene „Vorschlag [...] des Präsidenten“ als Ausgangspunkt der Kanzlerbestellung nicht ausgleichen – schließlich wird auch der Präsident unter maßgeblichem Einfluss des HMdIS bestellt.

Fraglich ist, ob § 109 Satz 2 HessHG wegen des überproportionalen Einflusses des HMdIS auf die Bestellung des Kanzlers verfassungswidrig ist. Zentrale Aufgabe des Kanzlers ist die Leitung der Hochschulverwaltung nach den Richtlinien des Präsidiums (§ 47 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Ferner ist der Kanzler gemäß

§ 47 Abs. 1 Satz 2 HessHG Beauftragter für den Haushalt, gehört dem Präsidium an (§ 43 Abs. 2 HessHG) und ist insoweit für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht durch das Gesetz einem anderen Organ übertragen sind. Die Aufgaben des Kanzlers sind zwar sehr bedeutsam, betreffen jedoch tendenziell wissenschaftsferne Hochschulbereiche. Im Ergebnis verschafft § 109 Satz 2 HessHG dem HMdIS in bedenklicher Weise Einfluss auf die Besetzung einer wichtigen Position. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen dürfte die Norm jedoch – isoliert vom hochschulorganisatorischen Gesamtgefüge betrachtet – noch genügen.

3. Zusammensetzung des Kuratoriums

Üblicherweise wird an staatlichen Hochschulen im Land Hessen ein Hochschulrat i.S.v. § 48 HessHG gebildet. Er hat die Aufgabe, die Hochschule bei ihrer Entwicklung zu begleiten, die in der Berufswelt an die Hochschule bestehenden Erwartungen zu artikulieren und die Nutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse und künstlerischer Leistungen zu fördern (§ 48 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Konkret gibt der Hochschulrat etwa Empfehlungen zur Studiengangplanung (§ 48 Abs. 2 Nr. 1 HessHG) und zu den Evaluationsverfahren (§ 48 Abs. 2 Nr. 2 HessHG). Er nimmt z.B. Stellung zum Entwurf der Grundordnung (§ 48 Abs. 3 Nr. 1 HessHG) sowie zum Rechenschaftsbericht des Präsidiums und zu den Lehr- und Forschungsberichten (§ 48 Abs. 3 Nr. 2 HessHG). Einem Hochschulrat gehören gemäß § 48 Abs. 6 Satz 1 HessHG bis zu zehn Persönlichkeiten aus dem Bereich der Wirtschaft, der beruflichen Praxis und dem Bereich der Wissenschaft oder Kunst an. Die Mitglieder werden jeweils zur Hälfte vom Präsidium im Benehmen mit dem Senat und vom Ministerium im Benehmen mit der Hochschule benannt (§ 48 Abs. 7 Satz 2 HessHG).

An der HöMS hingegen wird gemäß § 110 Abs. 1 HessHG ein Kuratorium gebildet, das zu allen wichtigen und grundsätzlichen Angelegenheiten zu hören ist. Zentrale Aufgabe des Kuratoriums ist die Überwachung der Geschäftsführung des Präsidiums unter Einbeziehung der Stellungnahme des Senats (§ 110 Abs. 5 Nr. 1 HessHG). Darüber hinaus begleitet das Kuratorium die HöMS bei ihrer Entwicklung und gibt Empfehlungen zu den Evaluationsverfahren und Zielvereinbarungen ab (§ 110 Abs. 5 Nr. 3 und 5 HessHG). Das Kuratorium der HöMS hat 16 Mitglieder (§ 110 Abs. 2 HessHG): Unmittelbar vonseiten des Landes werden zwei Vertreter des HMdIS, ein Vertreter des

⁶² BVerfG 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338, 365.

⁶³ In einem anderen Kontext zum Benehmenserfordernis BVerwG

29.04.1993 – 7 A 2/92 – NVwZ 1993, 890, 891.

Hessischen Ministeriums für Wissenschaft und Kunst, drei Vertreter der übrigen Ministerien und ein Vertreter des Hessischen Bereitschaftspolizeipräsidiums in das Kuratorium entsandt. Dem stehen gegenüber: Je ein Vertreter der drei kommunalen Spitzenverbände, des Landeswohlfahrtsverbands, des Hessischen Verwaltungsschulverbands, des Landesbezirks Hessen des Deutschen Gewerkschaftsbunds sowie des Landesverbands Hessen des Deutschen Beamtenbunds und zwei Vertreter aus dem Bereich der Wissenschaft. Mithin sind sieben der 16 Kuratoriumsmitglieder der unmittelbaren Staatsverwaltung zuzurechnen und einem Weisungsrecht des Landes Hessen unterworfen. Die Mitwirkung des Senats der HöMS an der Bestellung und Abberufung der Kuratoriumsmitglieder ist demgegenüber sehr schwach ausgeprägt. Besonders virulent wird diese staatsnahe Zusammensetzung des Kuratoriums wegen seiner Stellung als Überwachungsgremium der Geschäftsführung des Präsidiums. Anders als ein Hochschulrat i.S.v. § 48 HessHG hat das Kuratorium der HöMS nicht in erster Linie beratende Funktion: Der Hochschulrat „gibt Empfehlungen“ (§ 48 Abs. 2 HessHG) und „nimmt Stellung“ (§ 48 Abs. 3 HessHG); das Kuratorium überwacht. In der Gesamtschau der systemwidrigen Kompetenzen des Kuratoriums und seiner staatsnahen personellen Aufstellung, wird die teilweise Verfassungswidrigkeit von § 110 HessHG deutlich.

IV. Ausblick

Mit der Gründung der HöMS wollte der Landesgesetzgeber „etwas Besonderes schaffen“⁶⁴ – das ist ihm zweifellos gelungen. Eine „Hochschule aus einem ‚Guss‘“⁶⁵ sollte es sein, „Aus-, Fort- und Weiterbildung ‚aus einer Hand‘“⁶⁶. Dass bei einem derartigen Vermengen polizeilicher und hochschulischer Strukturen das Wissenschaftsfreiheitsrecht und das hochschulische Selbstverwaltungsrecht strukturell gefährdet sind, dürfte im Gesetzgebungsverfahren auf der Hand gelegen haben. Bei der Rechtssetzung, insbesondere der §§ 99–114 HessHG, hat die hessische Landesregierung die skizzierten Risiken nicht hinreichend abgedeckt. Das Gesetz zur Gründung der HöMS verschafft dem HMdIS zahlreiche unmittelbare und mittelbare Eingriffsbefugnisse in die Hochschulorganisation, die mit den landesverfassungsrechtlichen Leitlinien im Widerspruch stehen.

Nicht zuletzt wegen der nahenden Landtagswahl in

Hessen am 08.10.2023 ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber das Organisationsrecht der HöMS alsbald novellieren wird. Wahrscheinlich wird der Gesetzgeber die Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs im laufenden Normenkontrollverfahren⁶⁷ abwarten. Der Verlauf der mündlichen Verhandlung dieses Normenkontrollverfahrens am 12.07.2023 bietet Grund zur Annahme, dass der Hessische Staatsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit einiger Vorschriften zur Hochschulorganisation der HöMS zumindest bezweifelt. Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber die Organisation seiner Polizei- und Verwaltungsausbildung abermals wird reformieren müssen.

Der Gesetzgeber täte gut daran, die Entscheidung für eine Hochschulorganisation *sui generis* zu revidieren. Zweifelsohne handelt es sich bei einer Hochschule des Landes, die u.a. den Nachwuchs des gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes ausbildet, um eine Hochschule mit speziellen Anforderungen. Die gegenwärtige Organisationsform *sui generis* rechtfertigen diese speziellen Anforderungen jedoch nicht. Vielmehr gewähren die hergebrachten Hochschulformen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1–3 HessHG) ein stabiles wie geeignetes Fundament für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der HöMS, die ausreichenden Nährboden für eine autonome Fortentwicklung der Polizei- und Verwaltungsausbildung in Hessen bietet.

Konkret sollte die HöMS als Hochschule für angewandte Wissenschaften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG ausgestaltet werden. Die entsprechende Hochschulorganisation würde das Selbstverwaltungsrecht der HöMS garantieren und die Wissenschaftsfreiheit wahren. Das nachvollziehbare Bedürfnis des HMdIS, im Einzelnen bestimmte Inhalte der Modulbücher der Studiengänge für Polizei und Verwaltung zu beeinflussen, könnte ebenso befriedigt werden. Hierfür bedarf es keiner grundlegenden Reorganisation der Hochschule. Es genügen vielmehr einzelne, wenige Sondervorschriften, die für Entscheidungen über bestimmte Inhalte der Modulbücher der Studiengänge für Polizei und Verwaltung ein Einvernehmen mit dem HMdIS voraussetzen. Statt der gegenwärtigen §§ 99–114 HessHG würden deutlich weniger Sondervorschriften genügen, deren inhaltliche Abweichung vom Leitbild des § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG in der Gesamtschau so gering wäre, dass die HöMS als Hochschule für angewandte Wissenschaft klassifiziert werden könnte. So würden sowohl die verfassungsrecht-

⁶⁴ Beuth im Rahmen seiner zusammenfassenden mündlichen Darstellung des Vortrags der Landesregierung als Verfahrensbeteiligte am 12.07.2023 in HessStGH, P.St. 2891.

⁶⁵ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

⁶⁶ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

⁶⁷ HessStGH, P.St. 2891.

lichen Vorgaben gewahrt als auch berechnigte ministerielle Interessen verwirklicht.

Im Übrigen würde eine solche Organisation der HöMS – im Sinne der Gesetzbeurkundung vom 10.05.2021⁶⁸ – das Wissenschaftssystem in Hessen stärken. Eine Abkehr von den zahlreichen strukturellen Ausnahmeregelungen in §§ 99–114 HessHG würde die Wissenschaftlichkeit der HöMS grundlegend fördern. Ergänzend sollte der Gesetzgeber das akademische Personal der HöMS quantitativ und qualitativ aufwerten. Wenn der Gesetzgeber das Wissenschaftssystem wirklich stärken möchte, braucht es nicht zuletzt einen leistungsstarken akademischen Mittelbau. Um dem speziellen Ausbildungsauftrag einer Hochschule für Polizei und Verwaltung gerecht zu werden, könnte der Mittelbau – mehr als anderswo – mit ergänzenden Lehrverpflichtungen betraut werden. Neben der Autonomie des Lehrkörpers würde dies auch die Nachwuchsausbildung des ge-

hobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes stärken. Die Aus- und Fortbildung von Polizei und Verwaltung ist der Schlüssel für eine anpassungsfähige und leistungsstarke Organisation – deshalb hat sie eine echte Aufwertung verdient.

Samuel Weitz ist Doktorand an der Universität zu Köln. Von Juli 2021 bis März 2023 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln. Er ist Lehrbeauftragter für Staatsorganisationsrecht mit Verfassungsprozessrecht. Seine Forschungsschwerpunkte sind das Verfassungsrecht, das Hochschulrecht sowie das Sportverbandsrecht.

⁶⁸ LT-Drs. 20/5722, S. 19.

Karoline Haake

Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 12.5.2023

Seit Beginn der Covid-19-Pandemie veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts bereits drei Online-Tagungen am 30.10.2020, 15.1.2021 und 4.2.2022 mit Überlegungen zum Prüfungsrecht in der Corona-Zeit und den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen.¹ Nach dem Ende der Pandemie sind die Hochschulen zwar überwiegend zu Präsenzveranstaltungen zurückgekehrt, jedoch werden auch in Zukunft digitale Lehre und Prüfungsformen eine nicht unerhebliche Bedeutung haben.

Aus diesem Grund beleuchtete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts am 12.5.2023 abermals aktuelle rechtliche Fragestellungen in Bezug auf digitale Prüfungen, welche aus Pandemiezeiten mitgenommen werden. Die Vorstandsmitglieder des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts Prof. Dr. Volker Epping und Dr. Michael Stückradt betonten in ihrer Begrüßung, dass die erneut 160 Teilnehmenden unter Beweis stellten, dass seit der Pandemie entstandene Fragen rund um digitale Prüfungen die Hochschulen weiterhin vor Herausforderungen stellen. Die Veranstaltung solle insbesondere eine Analyse mittlerweile ergangener gerichtlicher Entscheidungen sowie die Diskussion über neue Herausforderungen wie Künstliche Intelligenz in Prüfungen bieten.

I. Prüfungsrecht im digitalen Zeitalter

Im ersten Impulsvortrag stellten *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr.*

Peter Dieterich, LL.M. (Richter am Verwaltungsgericht Berlin)² aktuelle Entscheidungen im Hinblick auf digitale Prüfungen vor. Diesen sei zu entnehmen, dass die allgemeinen Grundsätze des Prüfungsrechts auch auf Online-Prüfungen anwendbar seien.

Rekurrierend auf die letzten Veranstaltungen wurde die Online-Prüfung in den Kanon der Prüfungsarten eingeordnet. Da zwischen den Prüfungsarten kompetenzbasiert abgegrenzt werde, sei die Online-Prüfung keine eigene Prüfungsart, sondern nur eine andere Modalität bzw. Durchführungsvariante der klassischen Prüfungsarten, namentlich der mündlichen oder schriftlichen Prüfungen. Aus diesem Grund sei aus prüfungsrechtlicher Sicht nicht stets eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Durchführung der Prüfung als Online-Prüfung und daher auch keine Änderung der Prüfungsordnung angezeigt.³ Im Gegensatz dazu sei eine elektronische Prüfung eine andere Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.⁴ Da Klausuren grundsätzlich als Aufsichtsarbeiten zu verstehen seien, sei für die Durchführung einer Online-Klausur eine Form der Aufsicht erforderlich, nicht zuletzt auch um Chancengleichheit und Aussagekraft der Prüfung zu gewährleisten.⁵

Aufgrund der Entspannung der pandemischen Lage und der weitgehenden Rückkehr zu Präsenzprüfungen, welche nicht mehr unter Sonderbedingungen durchgeführt werden müssen, finde eine Funktionsverschiebung der Online-Prüfungen statt: Zu Beginn der Covid-19-Pandemie seien diese notwendig gewesen, um

¹ Berichte dieser Tagungen sind veröffentlicht in OdW 2021, 59 ff. und 201 ff. sowie OdW 2022, 215 ff.

² Beide sind Autoren der 2022 erschienenen 8. Auflage des Standardwerks *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht.

³ Dies bestätigen auch VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21; VG München, Urteil v. 25.2.2021 – M 3 K 20.4723; a.A. VG Freiburg, Urteil v. 15.2.2022 – 8 K 183/21, welches eine gesonderte Rechtsgrundlage für erforderlich ansieht, da andere Rechtspositionen betroffen seien. Ggf. sei eine Anpassung der Prüfungsordnung dennoch notwendig, wenn diese z.B. explizit die Öffentlichkeit einer mündlichen Prüfung vorschreibe, vgl. bereits OdW 2021, 201 (202). Möglich sei auch, dass der Prüfling der

Abweichung der Prüfungsordnung zustimme. Auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung könne er sich dann im Anschluss nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr berufen, vgl. zuletzt VG Berlin, Urteil v. 19.4.2022 – 12 K 20/21.

⁴ Schließlich könnten in elektronischen Prüfungen auch Audio- und Videosequenzen abgespielt werden, das Zurückklicken verhindert, und unterschiedliche Fragen angezeigt werden, sodass sich das Format wesentlich von einer herkömmlichen schriftlichen Prüfung unterscheidet. S. dazu auch bereits *Haake*, OdW 2021, 59 (60).

⁵ So auch OVG NRW, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, ähnlich VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21.

den verfassungsrechtlichen Anspruch der Prüflinge⁶ auf Durchführung der Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 GG durchzusetzen, da Präsenzprüfungen nicht möglich waren.⁷ Da die Durchführung der Online-Prüfungen – auch mithilfe von Videoaufsicht bei Online-Klausuren – zur Erfüllung dieses Prüfungsanspruches erforderlich gewesen sei, sei die Datenverarbeitung durch die Prüfung auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht nach Art. 6 Abs. 1 lit e) DS-GVO gerechtfertigt gewesen.⁸

Dies sei nach dem Ende der Pandemie nicht mehr der Fall. Online-Prüfungen könnten daher vor dem Hintergrund des Datenschutzrechtes weiterhin als Instrument genutzt werden, wenn Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit a) DS-GVO in diese einwilligten. Dies sei jedoch mit Folgefragen der Einwilligung verbunden: Diese müsse einerseits freiwillig sein. Dies sei grundsätzlich auch im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Prüfungsbehörde und Prüfling möglich. Ein (zeitnaher) alternativer Prüfungstermin in Präsenz spreche zudem ebenfalls für die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Online-Prüfung. Andererseits müsse die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO auch frei widerruflich sein. Aus Sicht des Prüfungsrechts wäre dies in den Augen von *Fischer* und *Dieterich* jedoch als – in der Regel nicht gerechtfertigter – Rücktritt zu werten, so dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung zwar jederzeit widerrufen, prüfungsrechtlich jedoch aus Gründen der Chancengleichheit nicht folgenlos bleiben könne.⁹

Im Falle von Störungen bei Online-Prüfungen hingen die Folgen der Störungen – wie bei Präsenzprüfungen – davon ab, in wessen Verantwortungssphäre diese fallen. Die Hochschule trage die Beweislast, dass der Fehler nicht in ihrer Verantwortungssphäre liege.¹⁰ Liege der Fehler bei der Hochschule, so sei die Prüfung zu unterbrechen, die Störung zu beheben und die Prüfung anschließend fortzusetzen, wobei ggf. ein Ausgleich für die Störung gewährt werden müsse. Sei Abhilfe nicht oder nicht rechtzeitig möglich, sei die Prüfung abzubrechen und zu wiederholen. Fiktive Leistungen dürften bei Störungen nicht bewertet werden.

Für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren gelte die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich

dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen. Bei Verdacht einer „Flucht in die technische Störung“ liege es im Ermessen der Prüfungsbehörde, für die Wiederholungsprüfung eine Einzelprüfung in den Räumen der Hochschule durchzuführen, um eine solche erneute Möglichkeit auszuschließen, welche dafür keine gesonderte Rechtsgrundlage benötige.¹¹ Um Störungen und Fehler im Prüfungsverfahren von Anfang an zu vermeiden, rieten *Fischer* und *Dieterich* dazu, klare technische Vorgaben zu machen¹² und ggf. Tutorials oder einen Probedurchgang anzubieten.

Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu Online-Prüfungen befassten sich mit der Frage der Täuschung bei der Erbringung der Prüfungsleistung. Dies zeige, dass die Täuschungsanfälligkeit bei Online-Prüfungen groß sei, insbesondere vor dem Hintergrund erschwerter Aufsichtsmöglichkeiten. Die Täuschung habe dabei sowohl eine objektive als auch subjektive Komponente. Objektiv sei eine Täuschungshandlung erforderlich, also die Vorspiegelung einer selbstständigen und regulären Prüfungsleistung, obwohl in Wahrheit unerlaubte bzw. nicht offen gelegte Hilfen genutzt werden. Dies sei etwa bei unerlaubter Zusammenarbeit oder Verwendung nicht freigegebener Hilfsmittel, insbesondere auch bei der (nicht zugelassenen) Nutzung von Künstlicher Intelligenz wie ChatGPT der Fall. Die Grenze zwischen einer zulässigen Vorbereitung¹³ und einer sanktionswürdigen Täuschungshandlung werde übertreten, wenn der Prüfling bei Beginn der Prüfung das unzulässige Hilfsmittel bei sich führe, nicht erst, wenn auf das Hilfsmittel zurückgegriffen werde. Es reiche für eine objektive Täuschungshandlung daher beispielsweise aus, das Smartphone mit zum Prüfungsplatz zu nehmen, obwohl dies nicht zulässig sei. Zudem müsse in subjektiver Hinsicht noch der zumindest bedingte Vorsatz zur Täuschung hinzukommen.

Bereits aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebe sich, dass die Rechtsfolgen der Täuschung in der jeweiligen Prüfungsordnung geregelt sein müssten. Da die Sanktion regelmäßig im Nichtbestehen bis hin zur Exmatrikulation liege, seien dies schwerwiegende Rechtsfolgen, die unmittelbar die Grundrechte des Prüflings berühren. Die Prüfungsordnung solle deshalb unterschiedliche Sankti-

⁶ Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

⁷ Ausführlich *Haake*, OdW 2021, 59 (59).

⁸ *Haake*, OdW 2021, 201 (204) und OdW 2022, 215 (216 ff.).

⁹ Vgl. *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 (519).

¹⁰ So zuletzt VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22, welches bei einer Störung beim Zugang zur Online-Klausur eine Würdigung der Gesamtumstände vornahm und zum Ergebnis kam, dass die

Hochschule hierfür verantwortlich (und die Prüfung somit zu wiederholen) sei, da nicht auf das Erfordernis der aktuellsten Version des Browsers Google Chrome hingewiesen worden sei.

¹¹ Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil v. 26.4.2021 – 6 K 957/20.

¹² VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22.

¹³ Sächs. OVG, Beschluss v. 16.2.2022 – 2 B 274/21 zur gemeinsamen Erstellung von Lernmaterialien, Besprechung bei *Morgenroth*, OdW 2022, 273 ff.

onsregelungen je nach Schwere des Verstoßes treffen, vom Nichtbestehen der Prüfung bis zu einer Versagung weiterer Prüfungschancen.¹⁴ Bei der Entscheidung über die konkrete Sanktionierung sei dann insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu beachten, indem die Rechte des Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Interesse der Hochschule an der Redlichkeit der Wissenschaft sowie der Gewährleistung der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) abgewogen werden.

Die Prüfungsbehörde treffe die Beweislast im Hinblick auf die objektive Täuschungshandlung und den Täuschungsvorsatz. Allerdings könne die Beweisführung durch das Führen eines Anscheinsbeweises erleichtert werden.¹⁵ Im Rahmen der freien Beweiswürdigung werde hierbei die allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt, wenn nach dieser ein typischer Geschehensablauf auf eine bestimmte Ursache oder Folge hindeute. Dies sei z.B. bei deckungsgleichen Arbeiten, insbesondere bei Fehleridentität der Fall: die unerlaubte Zusammenarbeit erscheine dann nach der allgemeinen Lebenserfahrung naheliegend.¹⁶ Es bleibe dem Prüfling allerdings unbenommen, den Anscheinsbeweis zu erschüttern und einen atypischen Geschehensablauf nachzuweisen.

Der Anscheinsbeweis könne sowohl für die objektive als auch die subjektive Komponente der Täuschung geführt werden, z.B. auch für das bewusste Mitführen eines Smartphones als unerlaubtes Hilfsmittel.¹⁷

Fischer und *Dieterich* warnten vor einer „Flucht in die prüfungsrechtliche Ohnmacht“: Um die Zweckmäßigkeit der Prüfung für die Berufsqualifikation und die Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG aufrechtzuerhalten, seien die Prüfungsbehörden zudem zu einem Mindestmaß an Täuschungsabwehrmaßnahmen verpflichtet. Schließlich komme auch die Allgemeinheit später mit der beruflichen Leistungserbringung in Berührung und habe ein Recht darauf, dass die Eignung für den Beruf durch eine zweckmäßige, insbesondere hinreichend aussagekräftige, Prüfung nachgewiesen wurde, z.B. im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG für die Tätigkeit eines Arztes. Überdies sei die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf diejenigen Prüflinge verletzt, die nur mit zugelassenen Hilfsmitteln arbeiten. Weitreichende Täuschungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.¹⁸

schungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.¹⁸

Nach *Fischer* und *Dieterich* sollten daher sowohl „sanfte“ Gegenmaßnahmen zur Täuschungsprävention ergriffen werden, um Täuschungshandlungen von Vornherein zu erschweren, z.B. ein hoher Zeitdruck, das Erfordernis handschriftlicher Ausarbeitungen, die Umstellung auf Hausarbeiten oder die Auswahl randomisierter Fragen und Fragereihenfolgen. Diese „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr könnten jedoch keinen Ersatz für eine Aufsicht bei Aufsichtsarbeiten (Klausuren) darstellen, sondern nur zusätzlich ergriffen werden. „Harte“ Gegenmaßnahmen, die daten- und persönlichkeitsrechtliche Fragen aufwerfen, könnten zudem die Authentifizierung mittels Ausweises bzw. Lichtbildes vor der Prüfung bzw. die Videoaufsicht oder Nutzung eines Lockdown-Browsers während der Prüfung sein. Zur rechtssicheren Täuschungsprävention sei zu beachten, dass insbesondere bei Open-Book-Prüfungen nicht ohne weiteres von einer Zitierpflicht bzgl. verwendeter Quellen ausgegangen werden könne.¹⁹ Hier seien deshalb eindeutige Hinweise der Prüfungsbehörde erforderlich, welche Anforderungen bei den unterschiedlichen Prüfungsformaten gestellt werden.

Überdies stelle die Nutzung künstlicher Intelligenz das Prüfungsrecht vor große Herausforderungen. Die unerlaubte oder (erlaubte, aber) ungekennzeichnete Verwendung von Ergebnissen, die mittels ChatGPT erzeugt worden sind, stelle nach prüfungsrechtlichen Grundsätzen eine Täuschung dar, da eine selbstständige Prüfungsleistung vorgespiegelt werde, jedoch mangels eigener Formulierung keine eigenständige Leistung vorliege. Ein Plagiat dürfe hingegen mangels zitierfähiger Quelle nicht vorliegen. Zur Inspiration dürfe KI allerdings genutzt werden, wenn dies einem wissenschaftlichen Austausch gleiche, nur die Antworten dürften nicht in die Arbeit kopiert werden. Eine Sanktionierung der unerlaubten bzw. nicht offen gelegten Nutzung von ChatGPT sei meist bereits durch die bestehenden Prüfungsordnungen rechtlich möglich. Problematisch sei vielmehr die Nachweisbarkeit solcher unter Einsatz von KI erfolgter Täuschungen.

Es seien zwei verschiedene prüfungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten gegeben: Es könne versucht werden, die Nutzung von KI zu verhindern, indem hauptsächlich

¹⁴ So z.B. VG Berlin, Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

¹⁵ So für das Prüfungsrecht schon vor der Covid-19-Pandemie das BVerwG, Beschluss v. 23.1.2018 – 6 B 67/17.

¹⁶ S. z.B. VG Berlin, Beschluss v. 28.1.2022 – 12 K 65/21; Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

¹⁷ OVG NRW, Beschluss v. 16.2.2021 – 6 B 1868/20.

¹⁸ So im Zusammenhang mit Täuschungen bei Online-Prüfungen VG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/21.

¹⁹ So VG Dresden, Beschluss v. 16.2.2021 – 5 L 5/21.

Präsenzprüfungen durchgeführt würden. Zur Unterbindung der Nutzung in Hausarbeiten schlugen *Fischer* und *Dieterich* die Kombination der Prüfungsleistung aus der Hausarbeit und einer anschließenden Disputatio vor, um zu überprüfen, ob der Prüfling die Leistung tatsächlich durchdrungen habe. Zudem könne der Leistungsprozess in die Bewertung eingehen, indem z.B. mit den Prüflingen im Laufe des Prozesses über die Zwischenergebnisse diskutiert werde. Ferner könnten die Aufgabenstellungen geändert werden, sodass keine reine Wissensabfrage stattfindet. Es könne z.B. die Verwendung bestimmter Quellen oder Aufbautechniken in der Hausarbeit vorausgesetzt werden, welche in der Lehrveranstaltung behandelt wurden. Dies erschwere, eine Lösung mit Hilfe der KI zu erarbeiten.

Als weitere Reaktionsmöglichkeit sei auch die ausdrückliche Zulassung der Nutzung von KI denkbar: Wäre dies für alle Prüflinge möglich, bleibe deren Chancengleichheit gewahrt. Hier müsse dann aber gewährleistet sein, dass der Zweck der Prüfung, namentlich die Abfrage von Kompetenzen, die für den späteren Beruf erforderlich sind, erhalten bleibt.

II. Datenschutz im digitalen Zeitalter

Daraufhin setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit aktuellen datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.²⁰

Zunächst ging *Schwartmann* ausführlich auf Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Large Language Models (LLM) wie ChatGPT und anderen Bots in Prüfungen ein, welche Texte, Bilder oder ähnliches generieren. In LLM wie ChatGPT basiert die Auswahl der Ergebnisse von Anfragen („prompts“) auf einer Wahrscheinlichkeitsverteilung, die sich stochastisch aus dem Kontext der vorhergehenden Wörter ergibt. Es handele sich somit um eine Simulation auf Grundlage des vorherigen Trainings der Datenbasis des Sprachmodells. Da diese offenkundig auch aus falschen Tatsachen bestehen, seien Chat Bots wie ChatGPT problematisch.²¹

Bei der Verwendung solcher generativer KI sei zwischen Lehre und Prüfungen zu differenzieren: Es sei möglich, diese bewusst in der Lehre einzusetzen. Eine Verwendung in Prüfungen sei jedoch auszuschließen.

Dies sei allein schon der Vielzahl von Unsicherheiten und Unterschiedlichkeiten bzgl. der Datenbasis der Bots, welche auch von den genutzten Standorten abhängig sei, sowie der stochastischen Programmierung geschuldet. Aufgrund dieser technischen Bedingungen wiederholen sich die Antworten nicht, der Nutzer erhalte keine reproduzierbaren Ergebnisse, weshalb *Schwartmann* auch die Zitierfähigkeit von ChatGPT als Quelle entschieden ablehnte. Mangels Reproduzierbarkeit seien die Antworten nicht wissenschaftlich überprüfbar.

In Prüfungen müsse die Verwendung durch die Prüflinge deshalb unterbunden werden. Es sei lediglich vorstellbar, dass die Prüfungsbehörde durch die KI einen Text generierte, welche die Prüflinge bewerten müssten. Die Prüflinge jedoch als Prüfungsleistung selbst etwas generieren zu lassen, führe aufgrund der technischen Besonderheiten immer zu anderen Ergebnisse und verstoße daher gegen die prüfungsrechtliche Chancengleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG.

Zum Ausschluss der Nutzung von Bots durch Prüflinge könne daher in die Prüfungsordnung aufgenommen werden, dass KI-basierte Systeme (z.B. LLM wie ChatGPT) grundsätzlich keine zulässigen Hilfsmittel seien. Über Ausnahmen entscheide der Prüfungsausschuss.

In Klausuren und mündlichen Prüfungen sowie Präsentationen sei die Nutzung von LLM auch zu verhindern. Schwierigkeiten bereiten hingegen Hausarbeiten: Die Überprüfung der selbstständigen Erstellung der Prüfungsleistung sei nicht möglich. Anders als bei Plagiaten könne keine Software die Nutzung eines Bots wie ChatGPT nachweisen. Für den Nachweis der Täuschung trage aber die Prüfungsbehörde die Beweislast. Insbesondere angesichts der schnellen Entwicklung der KI sei es nicht möglich, mithilfe eines Programms einen sicheren Nachweis einer Nutzung zu führen.

Schwartmann plädierte daher ähnlich wie *Fischer* und *Dieterich* dafür, reine Hausarbeiten durch eine Prüfungsleistung, welche aus der Kombination aus einer Hausarbeit sowie einer mündlichen Prüfung bestehe, zu ersetzen. Nach der Anfertigung der Hausarbeit könne so in einer mündlichen Prüfung abgeprüft werden, ob der Prüfling das in der Vorlesung behandelte Wissen tatsächlich durchdrungen habe. Bei einer reinen Verteidigung der Arbeit könne dies jedoch nicht nachgewiesen werden, sodass *Schwartmann* eine ggf. von dem Stoff der Hausarbeit losgelöste mündliche Prüfung favorisierte.

²⁰ *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwart-*

mann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

²¹ Dazu *Schwartmann*, *Forschung & Lehre* 2023, 414 f.

Bei einfachen Hausarbeiten sei diese Änderung „im laufenden Geschäft“ möglich, bei Abschlussarbeiten wie Master- und Bachelorarbeiten müsse die Prüfungsbehörde dazu jedoch die Formulierung ihrer Prüfungsordnung überprüfen und diese ggf. geändert werden. Dies könne auch bei der Akkreditierung und Re-Akkreditierungen zu berücksichtigen sein.

Die Durchführung von Fernklausuren sieht *Schwartmann* weiterhin als schwierig an.²² Da sich unter Klausuren Aufsichtsarbeiten verstehen lassen, werden diese mittels Videoaufsicht beaufsichtigt. Da jedoch die Open Book-Arbeit ohne Aufsicht als schriftliche Arbeit ein milderer Mittel darstelle, seien Fernklausuren unter Videoaufsicht meist nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Zwar handele es sich um eine andere Prüfungsform, namentlich eine Hausarbeit anstelle einer Klausur, es können aber oft trotzdem ähnliche Kompetenzen wie in einer Klausur abgefragt werden. In vielen Fällen seien daher weniger eingriffsintensive Alternativen vorhanden. Eine Rechtfertigung der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO gelinge daher in vielen Fällen nicht. Zudem bezweifelt *Schwartmann* weiterhin die Eignung der Videoaufsicht zur Täuschungsprävention, da diese außerhalb des Erfassungsbereichs der Kamera weiterhin problemlos möglich seien.

Die Durchführung einer Videoaufsicht sei auch nicht durch Einholen einer Einwilligung der Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO zu rechtfertigen. Denn für eine wirksame Einwilligung fehle es an deren Freiwilligkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Selbst beim Angebot einer alternativen Präsenzprüfung habe zumindest zu Zeiten der Covid-19-Pandemie wegen der Gefahr der Infektion keine Freiwilligkeit vorgelegen.

Über datenschutzrechtliche Probleme helfe auch keine Erlaubnis zur Videoaufsicht durch den Landesgesetz- oder -verordnungsgeber hinweg: Auch diese müssen sich an der höherrangigen DS-GVO messen lassen.

Anders als ein Verstoß gegen das Prüfungsrecht möge eine datenschutzrechtliche Verletzung nicht zu Fehlern im Verfahren oder der Bewertung der Prüfung führen. Dies könne nach § 46 VwVfG (ggf. analog) nur der Fall sein, wenn sich der datenschutzrechtliche Verstoß auf das Ergebnis der Prüfung auswirke.²³ Allerdings

wies *Schwartmann* erneut darauf hin, dass ein Verstoß die Sanktionsmöglichkeiten der DS-GVO auslöse. Ein Bußgeld nach Art. 83 DS-GVO sei gem. § 43 Abs. 3 BDSG zwar für öffentliche Stellen wie staatliche Hochschulen ausgeschlossen. In Betracht kämen allerdings Schadensersatzansprüche gegen die Hochschule nach Art. 82 DS-GVO. Demnach kann der Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens aufgrund einer Datenschutzverletzung verlangt werden. Die DS-GVO kenne daher auch anders als das deutsche Recht keine Bagatellgrenze, welche für die Geltendmachung eines Schmerzensgeldanspruchs überschritten werden müsse. Der Schaden könne bereits im Unwohlsein der Betroffenen über den Kontrollverlust ihrer rechtswidrigen Datenverarbeitung liegen.²⁴ Insbesondere vor diesem Hintergrund warnte *Schwartmann* vor datenschutzrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Schadensersatzforderungen der Studierenden.

III. Fragerunde / Diskussion

Anschließend beantworteten die drei Referenten zunächst im Vorfeld eingereichte Fragen der Tagungsteilnehmenden. Diese Fragerunde und die anschließende Diskussion wurden von *Prof. Ulf Pallme König*²⁵ und *Prof. Dr. Volker Epping* moderiert.

Zum Führen eines Anscheinsbeweises über die unzulässige Zusammenarbeit während einer Online-Prüfung sei laut *Fischer* und *Dieterich* nicht allein das gleichzeitige Absenden der Antworten geeignet, welches am elektronischen Zeitstempel erkennbar sei. Es müssen weitere Anhaltspunkte wie beispielsweise Fehleridentität hinzukommen.

Fehleridentität oder eine Vielzahl gleichlautender Lösungen müsse nicht zwingend das Ergebnis einer unerlaubten Zusammenarbeit von Prüflingen sein, sondern könne auch darauf zurückzuführen sein, dass von einem Prüfling abgeschrieben wurde. Der Urheber der Lösung begehe dabei keinen Täuschungsversuch durch das Abschreibenlassen. Für eine Sanktionierung dieser – von der Prüfungsbehörde nachzuweisenden – unzulässigen Beeinflussung der Prüfung sei wegen des Gesetzesvorbehalts daher eine eigene Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erforderlich.²⁶

²² S. Haake, OdW 2022, 215 (219). Insbesondere sei weiterhin das Proctoring, also die Videoaufsicht mittels einer dafür vorgesehenen Software abzulehnen, da darin ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG liege.

²³ Dies lehnten sowohl *Schwartmann* als auch *Fischer* und *Dieterich* bereits in vorherigen Diskussionen ab, *Haake*,

OdW 2021, 201 (205).

²⁴ EuGH, Urteil v. 4.5.2023 – C-300/21.

²⁵ *Pallme König* ist Kanzler der Universität Düsseldorf a.D. und Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts.

²⁶ Dieses Verhalten sei in vielen Prüfungsordnungen als „unzulässige Beeinflussung der Prüfung“ oder „Störung des ordnungsgemäßen Prüfungsablaufs“ sanktioniert.

Was die Mitnahme von eigenen Geräten wie Laptops angeht, so treffe die Prüflinge aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht dahingehend, dass die Prüfungsbehörden eine heutzutage übliche technische Ausstattung grundsätzlich voraussetzen können. Ähnlich wie zum Gebrauch eines eigenen Taschenrechners oder Buches könnten diese deshalb aus prüfungsrechtlicher Sicht auch zur Verwendung eines eigenen Laptops verpflichtet. Mache der Prüfling allerdings im Einzelfall glaubhaft, dass er über keinen Laptop verfüge, müsse die Hochschule Abhilfe schaffen. Trete am (eigenen) Gerät in der Prüfung ein Defekt auf, liege das grundsätzlich in der Verantwortungssphäre des Prüflings. Die Hochschule sei nicht verpflichtet, ein Ersatzgerät während der Prüfung bereit zu stellen. Aus Kulanz sei jedoch zu empfehlen, einige Ersatzstücke vorzuhalten.

Dagegen sah *Schwartmann* das Mitbringen des eigenen Laptops zu Prüfungszwecken kritisch: Denn wie andere private Hilfsmittel müssten diese zur Täuschungsprävention im Vorfeld oder während der Prüfung kontrolliert werden. Dies sei bei einem Laptop jedoch nicht das gleiche wie bei einem Taschenrechner: Bei der Kontrolle des Inhalts eines privaten Laptops gerate die Prüfungsbehörde in Kollision mit dem Grundrecht auf Gewährleistung und Integrität informationstechnischer Systeme des Prüflings und verarbeite dessen personenbezogene Daten, ohne dass dies erforderlich sei. Auch eine Einwilligung des Prüflings helfe darüber nicht hinweg, da diese nicht freiwillig sein könne, wenn der Prüfling auf andere Weise nicht an der Prüfung teilnehmen könne. Es handele sich daher um einen datenschutzrechtlichen Verstoß, der vermieden werden sollte, indem die Hochschule eigene Geräte bereitstelle.

Fischer und *Dieterich* stimmten *Schwartmann* in der Hinsicht zu, dass ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht grundsätzlich nicht auf das Prüfungsrecht durchschlage und zur Fehlerhaftigkeit der Prüfung führe. Sie wiesen jedoch darauf hin, dass ein Datenschutzverstoß ggf. Probleme beim Nachweis einer Täuschung bereiten könne: Sollte dieser mittels einer datenschutzrechtswidrigen Proctoring-Software geführt werden, möge diese für die Beweisführung ungeeignet sein. Der Beweis wäre dann auf rechtswidrige Weise erlangt, sodass ggf. an ein Beweisverwertungsverbot ähnlich wie im Strafprozess zu denken sei.

In Zusammenhang mit der erlaubten Nutzung von ChatGPT durch Studierende in Lehre und Prüfungen warf *Schwartmann* die Frage auf, wie es mit der Haftung für Rechtsverstöße aussehe, entweder bei Datenschutz-

oder Urheberrechtsverstößen der KI, indem diese beispielsweise Interviews mit realen Personen erfinde. Ungeklärt bleibe, wem solche Verstöße zuzurechnen seien. Zudem sei undurchsichtig, welche Daten ihrer Nutzer die KI selbst zu welchen Zwecken verarbeite und speichere. Bevor Bots wie ChatGPT als „general purpose“ Anwendungen in Lehre und Prüfungen verwendet werden, seien diese Fragen dringend zu klären. Die sei allein schon der Pflichten der Hochschule aus Art. 32 ff. DS-GVO, insbesondere der Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung des Art. 35 geschuldet, welche ohne Klarheit über diese Fragen nicht möglich sei.

Was den Ausschluss von ChatGPT von der Liste zulässiger Hilfsmittel angeht, so stellten die Referenten klar, dass die Schwierigkeit der Überprüfung und des Nachweises nicht die rechtliche Option des Ausschlusses verschließe. Nur, wenn nicht mehr überprüfbar sei, ob eine eigenständige Leistung vorliege, habe die Prüfung keinen Aussagegehalt mehr, sodass deren Zweck vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht mehr erfüllt werden könne.

Fischer und *Dieterich* stellten klar, dass das Führen eines Anscheinsbeweises für die Nutzung von ChatGPT vom Einzelfall abhängig bleibe: Brüche in der Formulierung oder Argumentation reichten dafür regelmäßig nicht allein aus, da dies insbesondere bei längeren Arbeiten auch mit der gleichen Wahrscheinlichkeit aus anderen Umständen herrühren könne. Ferner gebe es auch manche Programme, die ggf. Hinweise auf die Nutzung von ChatGPT lieferten. Manche Hochschulen wählten z.B. auch versteckte Werte und Begriffe, welche erst beim Einkopieren der Prüfungsaufgabe in ein Programm sichtbar würden und dazu führten, die unerlaubte Verwendung von Hilfsmitteln aufzudecken. Darüber hinaus plädierten *Fischer* und *Dieterich* insbesondere auch für eine Anpassung der Aufgabenstellungen, um die Nutzung von Bots zu vermeiden (z.B. die Einbeziehung von Methoden und Quellen aus der Lehrveranstaltung).

Will die Hochschule die Nutzung von KI in Prüfungen dagegen zulassen, so herrschte unter den Referenten Uneinigkeit hinsichtlich der Zitierfähigkeit von Bots wie ChatGPT.

Es handele sich nach *Fischer* und *Dieterich* zwar nicht um eine zitierfähige Quelle im klassischen Sinne, da keine geistige Eigenleistung vorliege, die einer Person zuzuordnen sei, sodass es an einem identifizierbaren Urheber fehle. Ein Verweis auf den jeweiligen „Prompt“ sei auch nicht als Beleg geeignet, da sich die KI-basierte Antwort hierauf jederzeit ändern könne. Es sei aber denkbar, die Antworten von ChatGPT als Anlage einer Hausarbeit

beizufügen, wenn dies von der Prüfungsbehörde vorgegeben werde, etwa als Screenshot einer Kommunikation mit ChatGPT. In prüfungsrechtlicher Hinsicht könne auf diese Weise zumindest das Maß an Eigenständigkeit, mit welcher der Prüfling die Leistung erbracht habe, nachgewiesen werden. Dagegen hielt *Schwartmann* ChatGPT auch auf diese Weise nicht für zitierfähig. Auch die Anlagen seien nicht reproduzier- und damit nicht überprüfbar, sodass die Prüfungsbehörde nicht kontrollieren könne, ob es sich um ein Fehlzitat handele.

IV. Resümee und Ausblick

Nach der Rückkehr in den „Normalbetrieb“ der Hochschulen mit dem Ende der Covid-19-Pandemie werden digitale Formate da bestehen bleiben, wo sie einen Mehrwert für Lehre und Prüfungen bieten. Zumindest in prüfungsrechtlicher Hinsicht bestehen drei Jahre nach Beginn der Pandemie genug Judikate, um rechtssichere digitale Prüfungen durchzuführen. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist dagegen bisher keine richtungsweisende gerichtliche Entscheidung erfolgt. Dies mag auch der Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung der DSGVO geschuldet sein und hat zur Folge, dass die Hoch-

schulen eigene datenschutzrechtliche Risikoabwägungen vornehmen müssen.

Seit Ende letzten Jahres beschäftigt die Prüfungsbehörden zunehmend die Nutzung von Bots wie ChatGPT durch die Prüflinge. Dazu bestehen viele ungeklärte Fragen, insbesondere auf praktischer Ebene: Dass die unerlaubte Nutzung eine Täuschung darstellt, mag feststehen, diese nachzuweisen, fällt dagegen jedoch erheblich schwerer.

Epping betonte allerdings, dass die Hochschulen Innovationen wie ChatGPT nicht ignorieren dürften: Stattdessen solle der Entwicklung Rechnung getragen werden und die Hochschulen müssen ggf. andere Prüfungsformen entwickeln, um eigenständige Leistungen durch die Prüflinge sicherzustellen.

Stückradt resümierte, dass die Nutzung künstlicher Intelligenz durch Studierende und Prüflinge in Zukunft ein Schwerpunktthema sein könnte. Deshalb bestehe ggf. in Zukunft das Bedürfnis, sich mit dieser in einer gesonderten Veranstaltung auseinanderzusetzen.

Karoline Haake ist Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Celle und Doktorandin an der Leibniz Universität Hannover.

Maike Reimer
*Governance in Wissenschaftsorganisationen -
Konstruktiver Umgang mit Konflikten und Vorwürfen. Bericht über die Tagung am 16. und 17.3.2023
an der Bergischen Universität Wuppertal*

Wissenschaftsgovernance ist ein hochaktuelles Thema: Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung kündigt die Förderung moderner Führungs-, Personal- und Organisationsstrukturen und Standards für Führungs- und Compliance-Prozesse im Wissenschaftssystem an.² Zugleich findet ein intensiver öffentlicher Diskurs über Machtmissbrauch, Arbeitsbedingungen, Führung und Zusammenarbeit in der Wissenschaft statt, in dem der Umgang mit Konflikten zwischen Organisationsmitgliedern thematisiert wird. Vor diesem Hintergrund trafen sich am 13. und 14. März 2023 Governance-Fachleute aus Politik, Verwaltung und Wissenschaft, Verantwortliche in Führungspositionen in der Wissenschaft und Forschende auf allen Karrierestufen zu Vorträgen, Debatten und Austausch. Eingeladen hatten die Bergische Universität Wuppertal (BUW) gemeinsam mit dem Bayerischen Staatsinstitut für Hochschulforschung und Hochschulplanung (IHF), der Universität Passau, der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) und dem Deutschen Hochschulverband (DHV).

Zunächst begrüßte *Professor Dr. Birgitta Wolff* als Rektorin der BUW die ca. 120 Teilnehmenden. Sie betonte, dass die Wissenschaft vor großen Herausforderungen in Bezug auf Governance und Konfliktbearbeitung stünde, dass aber die Forschung bereits in der Lage sei, empirisch fundierte, praxistaugliche Lösungsansätze anzubieten und weiterzuentwickeln. Die aktuelle Konferenz verstehe sich als Einladung, die Herausforderungen frühzeitig und aktiv gemeinsam anzugehen. DHV-Präsident *Professor Dr. Bernhard Kempen* und *Professor Dr. Oliver Günther*, HRK-Vizepräsident für Governance, Lehre und Studium, stellten in ihrer Begrüßung heraus, dass Konflikte überall dort, wo Menschen zusammenarbeiteten, unvermeidbar seien. Auch und gerade im Wissenschaftssystem habe es Machtmissbrauch und Fehl-

verhalten schon immer gegeben; neu sei allerdings, dass der dadurch entstehende Schaden sowohl für Individuen als auch für das diverser gewordene Wissenschaftssystem als Problem erkannt und thematisiert werde. Das Ziel von Veränderungen müsste sein, die Häufigkeit von Konflikten und Fehlverhalten zu reduzieren und den Umgang mit ihnen bewusster zu gestalten.

I. Die Herausforderungen verstehen

In ihrem Einführungsvortrag knüpfte die ehemalige Präsidentin der Universität Passau und Professorin für Betriebswirtschaftslehre mit Schwerpunkt Governance, *Professor Dr. Claudia Jungwirth*, zunächst an die Einsichten aus der Vorläufertagung „Absender unbekannt. Verfahren der Wissenschaft zum Umgang mit anonymen Anschuldigungen“³ im Jahr 2020 an. Hier sei ausgehend von der Herausforderung des Umgangs mit anonymen Meldungen von Fehlverhalten - insbesondere von Führungsfehlverhalten - klar geworden, dass in der Wissenschaft spezielle Bedingungen für professionelle Führung und den Umgang mit Konflikten herrschten, und dass Wissenschaftseinrichtungen anfällig für besonders problematische Konfliktkonstellationen und -entwicklungen seien. Insbesondere seien hierfür die unklaren Regelsysteme verantwortlich, eine mangelnde Qualitätssicherung in der Nachwuchsförderung sowie die unzureichende Ausbildung von Leitungspersonen in Führungs- und Managementfähigkeit. Neben dem potentiellen Schaden für die Personen sei auch der Schaden für die Wissenschaft als Institution zu bedenken, für deren Leistungsfähigkeit und Legitimation das Vertrauen der Akteure in allen Bereichen der Gesellschaft unverzichtbar sei. Als Arbeitsgrundlage für die Tagung seien unter dem Begriff „Governance“ die Prozesse, Regeln und Ver-

¹ Auf der Basis der Tagungsvorträge und -diskussionen wurde von den Veranstaltenden die „Wuppertaler Erklärung zur vertrauenswürdigen Wissenschaftsgovernance“ verabschiedet, in der elf Grundsätze für einen konstruktiven und im Einklang mit rechtsstaatlichen Prinzipien befindlichen Umgang mit Konflikten aufgestellt werden (https://www.ihf.bayern.de/fileadmin/user_upload/IHF/Veranstaltungen/Tagung_Governance_2023/

Wuppertaler_Erkl%C3%A4rung_29032023.pdf [zuletzt abgerufen 15.08.2023]).

² <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800> [zuletzt abgerufen 14.08.2023].

³ <https://www.digital.uni-passau.de/beitraege/2020/tagung-absender-unbekannt> [zuletzt abgerufen 14.05.2023].

fahren zu verstehen, die eine Wissenschaftsorganisation leiten und sicherstellen, dass das Organisationsziel effektiv und transparent erreicht wird.

Professor Dr. Isabell Welp, Leiterin des IHF, setzte den Einführungsvortrag mit einer Analyse der Herausforderungen von Governance in der Wissenschaft im Hinblick auf Kontroll- und Qualitätssicherungsansätze in Forschungsorganisationen fort. Sie stellte heraus, dass Ergebnisse und Erfolge wissenschaftlichen Arbeitens nur schwer direkt und zweifelsfrei zu messen, zu bewerten und zuzurechnen seien. Daher erhielten die Mechanismen der Prozess- und Inputkontrolle eine zentrale Bedeutung, die die Ausgestaltung von Prozessen, Regeln und Verfahren der Personalführung sowie der Auswahl und Sozialisation von Personal betreffen. Hier gebe es in der Wissenschaft deutlichen Optimierungsbedarf. Zwar gälten allgemeine Rechts-, Verwaltungs- und Personalführungsstandards sowie in zunehmendem Maße auch wissenschaftsspezifische Richtlinien (z.B. von Fachgesellschaften, der DFG oder in den Statuten einzelner Wissenschaftsorganisationen). Allerdings seien sowohl interne als auch externe Leitungs- und Aufsichtsebenen in Hochschulen und Forschungsorganisationen häufig unzureichend getrennt, so dass unklare Zuständigkeiten sowie Interessen- und Rollenkonflikte die Umsetzung professioneller und leitliniengerechter Verfahren der Personalrekrutierung und -führung beeinträchtigen. Insbesondere sei problematisch, dass dies systematisch diejenigen Mitarbeitenden benachteilige, die nicht in allen Merkmalen der Norm der jeweiligen Einrichtung entsprächen. Professor Dr. Welp wies darauf hin, dass Fehlverhalten und Machtmissbrauch sich sowohl gegen jüngere als auch gegen etablierte Personen richten könne und empfahl, den Fokus von den individuellen Personen zu nehmen und auf das System der Akteure zu richten, um sinnvolle und wissenschaftsadäquate Ansätze für die Lösung der skizzierten Probleme zu entwickeln.

Im anschließenden Beitrag „Governance, gender and conflict in research organisations: A case study“ von *Professor Dr. Nicole Boivin* beschrieb die ehemalige Direktorin am MPI für Menschheitsgeschichte detailliert den mehrjährigen Auseinandersetzungsprozess mit ihrem Arbeitgeber, der MPG, der zu ihrer Entlassung als Direktorin aufgrund von Vorwürfen des wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Fehlverhaltens geführt hatte. Dabei habe es zahlreiche Mängel in den Verfahren gegeben, die allerdings aufgrund der hochproblematischen Governancestrukturen der MPG und der fehlenden ex-

ternen Aufsicht keine Konsequenzen gehabt hätten. Sie thematisierte auch die Tatsache, dass ähnliche Entlassungen bzw. Rückstufungen in der MPG vor allem Frauen betroffen haben und dies auf einen im System inhärenten Bias hinweise.

In der Diskussion wurde die Etablierung einer offenen Fehlerkultur, in der Konfliktthematizierung und -bearbeitung als Stärke einer Organisation wahrgenommen würde, als wichtige Aufgabe der Führung angesprochen. Auch falle es in die Verantwortung der organisationalen Führungspersonen und -gremien, Fairness und Transparenz in internen Verfahren zu wahren und ihre Mitarbeitenden vor Mobbing und Belästigung zu schützen. Ansprechpartner wie Ombudsstellen oder Gleichstellungsbeauftragte seien in der Regel mit geringen Ressourcen ausgestattet und ohne reale Durchsetzungsmacht. Weiterhin wurde der Umstand, dass bisher vor allem Frauen aus Leitungspositionen der MPG entfernt worden seien, in Zusammenhang mit den auf intransparenten Netzwerken basierenden Machtstrukturen der Wissenschaft gebracht, die männerdominiert seien und daher den Status Quo gegen Veränderungen verteidigten.

II. Perspektiven auf die Herausforderungen

Im ersten von drei Impulsvorträge legte *Dr. Heide Ahrens*, Generalsekretärin der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), „Die Rolle der DFG bei Hinweisen auf Fehlverhalten aus der Wissenschaft“ dar. Hier seien zum einen die „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“⁴ der DFG zu nennen, deren Umsetzung durch Forschungsorganisationen ab August 2023 Voraussetzung für eine Antragstellung bei der DFG sei, zum anderen die Etablierung des Gremiums „Ombudsman für die Wissenschaft“⁵, das allen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auch ohne Bezug zur DFG zur Beratung und Unterstützung in Fragen guter wissenschaftlicher Praxis zur Verfügung stehe. Sie betonte auch, dass sich Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern stärker als Führungskräfte in ihren Forschungsteams und verantwortliche Vorgesetzte ihrer Mitarbeitenden begreifen müssten, und dass der Aspekt der Führungskompetenz auch bei der Auswahl von Personal ein höheres Gewicht bekommen sollten. Danach sprach *Professor Dr. Thomas Krieg* als Vizepräsident der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina zu „Governance-Regeln für Akademien – Orientierungspunkte aus der

⁴ https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/ [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

⁵ https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/ombudsman/index.html [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

Praxis der Leopoldina“. Diese sei als Gelehrten-gesellschaft in mehrfacher Hinsicht aufgefordert, die Frage von Konfliktbearbeitung und Fehlverhalten zu adressieren: zum einen bei Fehlverhalten der Akademiemitglieder selbst oder in ihren Forschungsteams, zum anderen in der Politikberatung. Hierzu seien Strukturen und Verfahrensregelungen geschaffen worden⁶.

Der grundlegenden Frage, ob aus dem Compliance-Anspruch heraus die Notwendigkeit einer externen Aufsicht über Wissenschaftsorganisationen folge, oder ob dies der akademischen Selbstverwaltung widerspräche, widmete sich *Professor Dr. Sascha Herms*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Professor an der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin (HTW), unter dem Titel „Anmerkungen und Beobachtungen zur Governance aus rechtlicher Sicht“ ausgehend von der Wissenschaftsfreiheit nach Artikel 5 des Grundgesetzes⁷. Diese bedeute sowohl eine individuelle Gewährleistung und den Schutz des wissenschaftlichen Personals, als auch einen institutionellen Schutzrahmen für Forschungseinrichtungen. Er gelangte zu der Schlussfolgerung, dass Compliance im Wissenschaftssystem ohne externe Aufsicht nicht zu verwirklichen sei und dass die staatlichen Finanzgeber (d.h. das BMBF bzw. die zuständigen Landesministerien) zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet seien, die Aufsicht selbst zu führen oder an geeignete Dritte zu übertragen. Dies gelte sowohl für Universitäten als auch für ausseruniversitäre Forschungsorganisationen.

Daran an schloss sich eine Paneldiskussion mit *Inge Bell*, Journalistin und Gründerin von Bell Consulting; *Elizaveta Bobkova*, der Sprecherin von N2 - Netzwerk von Promovierendennetzwerken und Doktorandin am MPI für terrestrische Mikrobiologie; *Professor Dr. Dr. h. c. Ursula Keller* vom Institut für Quantenelektronik an der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) Zürich sowie *Professor Dr. Eric Steinhauer*, dem Sprecher von „Ombudsman für die Wissenschaft“ und Honorarprofessor für Urheberrecht und Bibliotheksrecht an der Humboldt-Universität Berlin. Zunächst benannten die Panelisten die aus ihren jeweiligen Perspektiven besonders starken Spannungsverhältnisse und Herausforderungen. Hier wurden die geringe Handlungsmacht von Ombudsstellen genannt, der hohe Erwartungs- und Publikationsdruck auf Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler, die vielfach eingeschränkte Autonomie von hochrangigen Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen, denen keine unab-

hängige und professionelle wissenschaftsadäquate Administration gegenüber stehe, sowie der Widerspruch zwischen der stark hierarchischen, teilweise an feudale Systeme erinnernden Machtstrukturen, die institutionelles Mobbing begünstigen, und den Erwartungen insbesondere von jüngeren Akademikerinnen und Akademikern an Gleichberechtigung und Wertschätzung.

In der Diskussion möglicher Lösungsansätze wurden zunächst die Risiken und Chancen anonymer Hinweise auf Konflikte oder Fehlverhalten diskutiert. Die Möglichkeit, Konflikte oder Fehlverhalten anonym anzusprechen, wurde teilweise für sinnvoll befunden, wenn dies in objektiv nachweisbaren Fällen - etwa bei eindeutigem wissenschaftlichem Fehlverhalten - einer Konfliktbearbeitung nicht im Wege stünde. Auch im Rahmen einer niedrigschwelligen Beratung könne Vertraulichkeit gesichert werden, ebenso im Rahmen repräsentativer Surveys, die im Sinne eines Stimmungsbildes Anhaltspunkte für allgemeine Probleme geben können. Weiterhin sei es zwar möglich, dass Anonymität gezielt ausgenutzt würde, um anderen zu schaden, in der Realität komme dies aber ausgesprochen selten vor. Dennoch seien viele Konflikte aus dem Schutz der Anonymität heraus nicht angemessen zu bearbeiten, so dass eine offene und transparente Konfliktbearbeitung selbstverständlich möglich sein müsse, ohne dass die Beteiligten Nachteile für ihre Karriere befürchten müssten. Hiervon könne im Rahmen der hierarchischen, intransparenten und auf informellen Netzwerken beruhenden Wissenschaft derzeit nicht ausgegangen werden.

Als ein wichtiger Ansatzpunkt für Verbesserungen wurde eine Optimierung der Governanceverfahren genannt, die klar die Regeln und Erwartungen für die Zusammenarbeit in der Wissenschaft benennen und deren Einhaltung überwachen bzw. die Nichteinhaltung sanktionieren müsse. Diese Regeln müssten von allen leitenden Personen verinnerlicht und aktiv gelebt werden, um der Vielfalt von möglichen Problemkonstellationen gerecht werden zu können. Besonders hervorgehoben wurde, dass häufig eine Aufklärung nicht primär am Fehlen von Meldestrukturen und -verfahren scheitere, sondern vielmehr daran, dass geltende selbst auferlegte Regelungen nicht durchgesetzt werden könnten. Auch belegtes Fehlverhalten habe so keine Konsequenzen, und es gebe kaum adäquate Gremien oder Verfahren, dieses Durchsetzungsdefizit zu beanstanden. Um durch eine Veränderung der Governance „von oben“ einen grundlegenden Kulturwandel anzustoßen, sei es allerdings not-

⁶ z.B. [https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/praesidium-und-gremien/regeln-fuer-den-umgang-mit-interessen-](https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/praesidium-und-gremien/regeln-fuer-den-umgang-mit-interessenkonflikten/)

senkonflikten/[zuletzt abgerufen am 17.08.2023].

⁷ Art. 5 Abs. 3 GG.

wendig, dass durch die finanzierenden Ministerien handfeste materielle Anreize gesetzt würden, indem Ziele zur Governance und Compliance, Diversity und Gleichstellung festgelegt und die Vergabe von Mitteln an deren nachweisbarer Umsetzung geknüpft würden.

Hingewiesen wurde auch auf die ungünstigen Auswirkungen einer nicht zeitgemässen Vorstellung, exzellente Wissenschaft beruhe vor allem auf fachlich herausragenden, „genialen“ Einzelpersonen, denen daher in jeder Hinsicht möglichst freie Hand bei der Organisation ihrer Forschung gelassen werden müsse. Diese sowohl unterleitenden Forschenden als auch in der Administration verbreitete Ansicht führe dazu, dass letztere ihre Funktion nicht im Sinne eines Gegengewichts mit „Checks and Balances“ zur wissenschaftlichen Selbstverwaltung ausübe, sondern in ihren Dienst gestellt würde. In diesem Zusammenhang wurde auch die Abhängigkeit junger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler von ihren Betreuenden als Problem genannt, sowie der Umstand dass diese sich durch den hohen Zeit- und Leistungsdruck der wissenschaftlichen Laufbahn keinerlei Verzögerung leisten könnten und daher im Konfliktfall eher klein beigäben oder aus dem Wissenschaftssystem ausgeschieden. Es gebe erfolgreiche Modelle für geteilte Promovierendenbetreuung oder Rotationssysteme im In- und Ausland, die sich auch in Deutschland stärker verbreiten sollen.

III. Empirische Daten

Zunächst stelle *Hang Liu*, Sprecher von PhDnet, der Doktorandenorganisation der MPG, sowie Doktorand am MPI für Herz- und Lungenforschung, unter dem Titel „Conflicts in Science: What we can know from doctoral researchers?“ Ergebnisse aus der aktuellen Befragung unter MPG-Promovierenden vor, an der sich mit ca. 2.500 Antwortenden etwa 50 Prozent der Eingeladenen auch beteiligt hatten⁸. Dieser seit 2009 etablierte jährliche Survey, der seit 2019 vergleichbar auch in den Nachwuchsorganisationen der Helmholtz-⁹ und Leibniz-Gemeinschaft¹⁰ sowie an einzelnen Universitäten durchgeführt wird, betrifft unter anderem Arbeitsbedingungen, Zufriedenheit, Unterstützung und Betreuung, Karriereentwicklung, psychische Gesundheit, Wahrnehmung von Machtmissbrauch sowie Gleichberechtigung. Herr Liu hob hervor, dass um die 13 Prozent der Teilneh-

menden einen schweren Konflikt mit einem Vorgesetzten erlebt hatten, diesen aber nicht einmal in der Hälfte der Fälle meldeten - meist (auch) aus der Furcht vor beruflichen Nachteilen, die sich darauf ergeben könnten. Bemerkenswerterweise seien diese Meldungen deutlich häufiger erfolgt, wenn es sich um Konflikte mit einer weiblichen und/oder einer jüngeren, erst seit kurzem etablierten Führungsperson gehandelt habe.

Unter dem Titel „Impressions from the 2022 MPG PostdocNet Survey“ gab Dr. Nicholas Russell, Generalsekretär des PostdocNet der MPG und Postdoc am MPI für Pflanzenzüchtungsforschung, Einblicke in die Ergebnisse einer ähnlichen Befragung, die 2022 unter allen postgradualen Mitarbeitenden der MPG durchgeführt wurde¹¹. Hervorzuheben sei, dass die PostDocs der MPG in noch höherem Ausmaß als die Promovierenden - nämlich zu 75 Prozent - nicht aus Deutschland stammten, und noch häufiger als diese im Rahmen sehr kurzer Vertragslaufzeiten und unter hoher Unsicherheit über die nachfolgenden Karriereoptionen und teilweise Aufenthaltsgenehmigungen sowie unter hohem Leistungs- und Produktivitätsdruck arbeiteten. Insofern überrasche es nicht, dass auch hier die von um die 30 Prozent erlebten unsozialen Verhaltensweisen vor allem aus Sorge über mögliche Nachteile für die Karriere und eine Unkenntnis der Möglichkeiten und Optionen selten angesprochen würden.

Zuletzt behandelten *Professor Dr. Isabell Welp* und *Dr. Maike Reimer*, Leiterin und wissenschaftliche Referentin des IHf, „The senior perspective on conflict, reporting and governance“. Sie thematisierten zunächst methodische und empirische Herausforderungen in Bezug auf Definition und Erhebungsmethoden von zentralen Konzepten wie „Konflikt“, „Fehlverhalten“ oder „Mobbing“. Der Fokus lag weiterhin auf den Ergebnissen eines Forschungsprojektes, in dem die Sicht leitender Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der Physik auf die Erfahrungen mit Konflikte und Führung in ihren im Rahmen von Interviews untersucht wurden. Als Konfliktthemen seien zum einen wissenschaftliche Aspekte (z.B. Autorschaftskonflikte oder Plagiate) genannt worden, zum anderen Aspekte des Arbeitsverhaltens von Promovierenden oder Postdocs, etwa Arbeitsqualität, Unabhängigkeit in der wissenschaftlichen Arbeit sowie Arbeitshaltung und -einstellung. Unterstützung innerhalb der Universität oder Forschungsein-

⁸ <https://www.phdnet.mpg.de/survey> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

⁹ https://www.helmholtz.de/fileadmin/user_upload/06_jobs_talente/Helmholtz-Juniors/Survey_Report2019.pdf [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

¹⁰ <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/69403> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

¹¹ <https://www.postdocnet.mpg.de/134932/survey-2022>; [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

richtungen sei in den seltensten Fällen gesucht worden, zum Teil, weil vorhandene Anlaufstellen sich als nicht zuständig betrachteten, zum Teil aus dem Eindruck heraus, dass es keine Unterstützungsmöglichkeiten für Professorinnen und Professoren gebe. Die Interviewten hätten häufig auch den eigenen Führungsstil reflektiert und auf den Umstand verwiesen, dass die Führung eines Teams nicht Bestandteil ihrer eigenen Ausbildung gewesen sei.

IV. Perspektiven der Politik, des Journalismus' und der Wirtschaft

In seinem Impulsvortrag „Warum das deutsche Wissenschaftssystem eine so miserable Governance betreibt – und was zu tun ist!“ empfahl *Dr. h. c. Thomas Sattelberger*, parlamentarischer Staatssekretär a.D., aus der Perspektive der Wissenschaftspolitik dem deutschen Wissenschaftssystem einen unabhängigen System Review, um die Personal- und Organisationsführung wissenschaftsadäquat zu modernisieren. Dabei sei von allen Akteuren anzuerkennen, dass hervorragende Wissenschaftlerinnen bzw. Wissenschaftler in der Regel nicht auch professionell und kompetent in der Führung von Organisationen und Mitarbeitenden seien, und hierzu auch keinerlei Ausbildung erführen. Wichtig sei dabei, die Spielräume für opportunistisches Verhalten einzuschränken und die Wissenschaftsadministration personell und professionell aufzuwerten.

Kristin Haug, Journalistin beim SPIEGEL, erläuterte in ihrem Beitrag „Berichterstattung über Machtmissbrauch an Hochschulen und Forschungseinrichtungen“, dass von Machtmissbrauch betroffene Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler häufig von sich aus Kontakt mit Journalistinnen oder Journalisten aufnahmen, da sie in einer aus ihrer Sicht ausweglosen Situation keine andere Unterstützung finden könnten. Dies geschehe auch häufig in Reaktion auf eine bereits erfolgte Berichterstattung zum Thema. Während der Recherche würden diese meist psychisch stark belasteten Personen grundsätzlich ernst genommen, ihre Aussagen aber auch hinterfragt und vor einer Veröffentlichung durch weitere Recherchen gestützt. Hier sei allerdings anzumerken, dass sich mögliche Zeugen, betroffene Organisationen und Professorinnen bzw. Professoren der Presse gegenüber häufig nicht äußern möchten, so dass ergänzende oder kontrastierende Perspektiven denen der

Hinweisgebenden nicht immer im wünschenswerten Maß gegenübergestellt werden könnten.

Hauke Paasch, Mitglied im Vorstand der Firma Vorwerk, beschrieb aus der Perspektive der Wirtschaft unter dem Titel „Governance @ Vorwerk - Governance in einem Familienunternehmen“, wie sich ähnliche Herausforderungen in seinem Unternehmen darstellten und welche Ansätze hier zur Lösung eingesetzt würden. Bei der Verfahrensgestaltung und -optimierung müsse stets zunächst die Leitfrage „Wo liegen (aktuell) die größten Compliance-Risiken für meine Organisation?“ geklärt und dann geeignete Maßnahmen umgesetzt werden. Im Bereich der Unternehmenskultur und des Umgangs miteinander sei stets der bzw. die jeweilige Vorgesetzte für das Arbeitsklima in seinem Team verantwortlich, und bezüglich Fehlverhaltens gelte eine klare Linie der „Null-Toleranz“. Idealerweise sei Anonymität in der Konfliktbearbeitung nicht nötig; das Unternehmen kooperiere aber mit einer externen unabhängigen Meldestelle, an die sich Mitarbeitende auch anonym mit Hinweisen auf problematische Vorgänge wenden könnten.

In der anschließenden Diskussion wurde die Frage nach dem Zusammenhang von Governance und wissenschaftlicher Qualität bzw. Exzellenz aufgeworfen. Zu Unrecht werde häufig argumentiert, dass Maßnahmen zur Förderung eines besseren Umgangs mit Mitarbeitenden, zur Gleichstellung von Frauen und Männern oder zu einer stärkeren Kontrolle von Forschungsorganisationen die wissenschaftliche Exzellenz gefährdeten. Im Gegenteil seien es vielmehr die intransparenten und diskriminierenden Führungssysteme, die herausragende junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus aller Welt abschreckten und so selbst Innovationskraft und Erkenntnisgewinn der deutschen Wissenschaft beeinträchtigen. Erforderlich sei auch ein höheres Maß an Selbstreflexion leitender Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, damit sich diese der Diskrepanz zwischen ihrer Eigenwahrnehmung als „Leben für die Forschung“ und der Fremdwahrnehmung „Ausbeutung und schlechte Arbeitsbedingungen“ bewusst würden. Als wichtig für den Erfolg aller Lösungsansätze wurde auch hervorgehoben, dass jeweils klar zu definieren sei, welche Herausforderungen Priorität hätten und welcher Ansatz bzw. welches Instrument für ein konkretes Problem sinnvoll sei. Etwa kämen mangelnde Diversität einerseits und Machtmissbrauch andererseits auf unterschiedlichen Wegen zustande und müssten durch unterschiedliche,

wenn auch abgestimmte, Maßnahmen adressiert werden.

V. Lösungsansätze

Kerstin Dübner-Gee, Leiterin der Abteilung Personalentwicklung & Chancen der MPG, stellte in ihrem Vortrag „Verantwortliche Führung in Hochleistungsorganisationen“ die seit 2019 neu entwickelten Programme und Maßnahmen für Führungskräfte in der MPG vor. Zum einen seien dies strukturelle Maßnahmen, die auf eine nachhaltige Verbesserung der Arbeitskultur durch ein regelmäßiges Feedback und Monitoring abzielen, so dass die einzelnen Institute ihre jeweilig wichtigsten Handlungsfelder identifizieren können. Weitere Maßnahmen betreffen die bessere Sichtbarkeit und Vernetzung konfliktpräventiver und -bearbeitender Stellen sowie die Einführung speziell geschulter Konfliktlotsen, die niedrigschwellig und bereits im Vorfeld einer Eskalation eine kollegiale Lösung von Konflikten unterstützen. Parallel dazu werde die Professionalisierung der Führungskräfte (Direktorinnen und Direktoren sowie Forschungsgruppenleitungen) durch einen Code of Conduct und dessen verbindliche Implementierung im Arbeitsalltag angestrebt, inklusive der obligatorischen Schulung und Mentoring neu eintretender Führungskräfte, damit diese ihre wissenschaftlichen Exzellenzansprüche mit verantwortungsvollem und professionellem Führungsverhalten in Einklang bringen können. Zuletzt sei eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und eine institutionalisierte Karriereförderung von Promovierenden und PostDocs in Anpassung an internationale Standards eingeführt worden.

Komplementär dazu stellte *Katharina Kleinlein*, eine frühere Mitarbeiterin an einem Max-Planck-Institut, in ihrem Vortrag „Case study on scientific governance: What (not) to do“ Erfahrungen aus ihrer einjährigen zurückliegenden Promotionszeit vor. Sie und mehrere andere von Konflikten und Fehlverhalten Betroffene hätten unter 30 möglichen Anlaufstellen des Forschungsinstituts, der Forschungsgesellschaft, der Universität oder dem Cluster auswählen können; darunter Konfliktberater, Gleichstellungsbeauftragte, Ombudspersonen, Anwaltskanzleien und Diversitätsbeauftragte, teilweise auch auf Leitungsebene. Einige Stellen seien sehr verständnisvoll gewesen, hätten aber keine wirkungsvollen Unterstützung anbieten können; hingegen habe das Gespräch mit Leitungspersonen dazu geführt, dass zugesagte Vertraulichkeiten nicht eingehalten worden seien und der Rat erfolgt sei, die Zustände zu akzeptieren und

nichts weiter zu unternehmen, um die eigene Karriere nicht zu gefährden. Als Lösungsansätze forderte sie, neben der Reduktion von Abhängigkeiten des wissenschaftlichen Nachwuchses von ihren unmittelbaren Vorgesetzten, auch verbesserte externe Regulationsmechanismen sowie eine bessere Ausbildung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern in Bezug auf ihre Führungs- und Vorgesetztenrollen.

Inge Bell, Journalistin und Gründerin von Bell Consulting, adressierte in ihrem Vortrag „Alles Zicken oder was?! Warum es Fairness für Frauen und mutige Männer braucht“ insbesondere den Aspekt der konstruktiven Zusammenarbeit der Geschlechter in der Wissenschaft. Diese sei eine traditionsreiche „Branche“ mit jahrhundertelanger Geschichte, die stark von Hierarchie, Autorität und Macht gekennzeichnet und über die meiste Zeit ausschließlich von Männern ähnlichen Hintergrundes gestaltet worden sei. Dies verträge sich schlecht mit den Anforderungen einer modernen Wissenschaft, die von der konstruktiven Zusammenarbeit unterschiedlichster Personen lebe. Oftmals verließen daher Menschen mit hohem Potential das System, da erwartete Gleichheit bei erlebter Ungleichheit für Enttäuschung Sorge. Um das Vertrauen der Mitglieder in die Organisation zu erhalten, sei das Empowerment sowohl von Männern als auch von Frauen auf allen Ebenen und eine „Leadership“ erforderlich, die eine bedingungslose klare Haltung in Bezug auf jegliche Art von Fehlverhalten vertrete. Weiterhin sei auf allen Ebenen eine gelebte Zivilcourage von „Verbündeten“ erforderlich, die als nicht betroffene Zeugen von Fehlverhalten die Betroffenen unterstützten und ihre Beobachtungen öffentlich machten.

Auch *Dr. Norbert Sack*, promovierter Physiker und auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen spezialisierter Personalberater, fokussierte aus seiner langjährigen Beratungspraxis auf „Gender-Aspekte in Hochschul-Leadership & Governance“ und stellte die Frage, welche Aspekte in der deutschen Hochschul-Governance es weiblichen Führungspersonen erschwerten, erfolgreich zu werden und zu bleiben. Seiner Beobachtung nach sei die Führung in Wissenschaftsorganisationen deutlich anspruchsvoller als in vergleichbar großen Unternehmen, da es sich um „hochneurotische Gebilde mit einer teildysfunktionalen Schönwetter-Governance“ handle, die durch eine hohe institutionelle Komplexität, das Prinzip der Freiheit der Wissenschaft, die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen sowie ein fehlendes bzw. schwaches mittleres Management charakterisiert seien. In den Strukturen der akademischen Selbstverwaltung seien bestimmte sinnvolle, weiblich konnotierte

Führungsverhaltensweisen (etwa eine stärkere Inhalts- und Gemeinwohlorientierung und eine sachlichere, weniger über Beziehungsnetzwerke laufende Führung) häufig weniger erfolgreich. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Aufsicht sich weniger an klaren Zielen und Zielvorgaben orientiere und in den basisdemokratischen Entscheidungsprozessen starke Partikularinteressen wirksam seien. Entscheidungen würden oft weniger durch sachliche Argumente bestimmt, sondern durch strategische Allianzen und Versprechungen an Schlüsselpersonen. Lösungsansätze seien hier vor allem eine weitere Professionalisierung der Aufsicht, eine Stärkung der Managementstrukturen sowie eine stärkere Ausrichtung von Entscheidungen an der Zukunftsfähigkeit der Organisation.

In ihrem Schlusswort stellte *Professor Dr. Birgitta Wolff* fest, dass auf der Konferenz zum einen gezeigt worden sei, dass die Wissenschaft als System und Organisation eine große Herausforderung für faire, transparente und justiziable Governancestrukturen und -verfahren darstelle, und es aufgrund der Selbsterhaltungstendenzen des Systems nicht zu erwarten sei, dass sich Strukturen und Verfahren von selbst ändern und verbessern würden. Zum anderen seien zahlreiche vielversprechende Überlegungen und Ansätze für eine Optimierung

und zukunftsfähige Gestaltung ausgesprochen engagiert und konstruktiv diskutiert worden. Hier sei eine hervorragende Basis für weitere Entwicklungen und Optimierungen des Systems zu erkennen, die hoffentlich weitere Früchte tragen werde. Besonders wichtig sei in der Zukunft, klare Problemanalysen anzustellen und darauf abgestimmte, evidenzbasierte Lösungsstrategien zu entwickeln. Dabei sei es erforderlich, bei einzelnen, für Änderungen motivierten Akteuren zu beginnen und andere über nachgewiesene erzielte Erfolge zu motivieren. Sie wünsche sich einen „Werkzeugkasten“ von Governance- und Führungsinstrumenten, deren Wirksamkeit für wissenschaftliche Organisationen empirisch geprüft sei. Hierzu könne die Governanceforschung bereits viel beitragen, es seien aber noch zahlreiche Forschungsfragen offen. Besonders vielversprechend sei der Ansatz, probeweise in Reallaboren eingeführte Maßnahmen rigoros zu evaluieren und ggf. auch wieder zu beenden, wenn diese die angestrebten Ziele nicht erreichten.

Maïke Reimer ist als wissenschaftliche Referentin am Bayerischen Staatsinstitut für Hochschulforschung und Hochschulplanung in München. Sie nahm an der Konferenz als Vortragende und Mit-Organisatorin teil.

Landständische Forderungen einer ausreichenden Finanzierung der Universität Freiburg

In der Sitzung der Zweiten Kammer der Badischen Landstände¹ vom 10. Mai 1819 beantragte der Freiburger Abgeordnete Johann Joseph Adrians², die Finanzierung der Freiburger Universität solle in vergleichbarer Weise, wie die der Heidelberger Universität erfolgen:

„Ich habe angeregt, dass die Dotationen der Landesuniversität Freiburg nicht hinreichen, ihr jene Einrichtung zu geben, die dem Bedürfnis der Zeit angemessen ist ... und darauf den Antrag gemacht, die hochansehnliche Kammer wolle Se. Königl. Hoheit den Großherzog um den Vorschlag eines Gesetzes bitten, wodurch der Landesuniversität Freiburg aus der allgemeinen Staatskasse ein hinreichender Zuschuss zuteil wird.

Dass die Universität Freiburg so wie jene in Heidelberg als constitutionelle Landesanstalt zu betrachten und in ihrem Fortbestand gesichert sei, spricht der § 21 der Verfassungsurkunde aus.³ Auch ist dieses die Voraussetzung,dass sie eine gemeinnützige Anstalt sei, die dem Land den meisten und edelsten – dem Staatszweck vorzugsweise entsprechenden – Gewinn bringe, nämlich Bildung des Geistes und Herzens, Religion und Sittlichkeit, Kunst und Wissenschaft, Überflus an tüchtigen Männern für alle Staatsdienste und Wirkungskreise geistiger Tätigkeit.

Ich komme auf die Angelegenheit der Universität Freiburg: Die jährliche Einnahme derselben beläuft sich auf 36.000 fl. ... Dass diese Einnahme nicht hinreicht, um die zum fruchtbringenden Dasein der Universität notwendigen Ausgaben zu decken, ist wohl ohne Erörterung klar. Ich bemerke nur, dass gemäß des mir vorliegenden Etats ... ein jährliches Defizit von 2 bis 3.000 fl. sich ergibt.

Dagegen hat die Heidelberger Universität eine jährliche Einnahme aus der Staatskasse von 70.000 fl., beinahe das Doppelte von den Einkünften der Freiburger. Welcher Baden'scher Bürger und welcher Freund der Wissenschaften sollte sich nicht freuen über Heidelberg's Wohlstand, der so herrliche Früchte fortwährend erzeugt. ... Auch heischt es die Ehre des Staates, dass eine Anstalt, die seinen Namen trägt, an den Mitteln zur Er-

reichung ihres Zweckes keinen Mangel leide. ... Es sei erlaubt, diese Betrachtungen auf die Universität Freiburg anzuwenden. Dieses einst blühende literarische Gemeinwesen hat durch unselige Unbilde der Zeit die härtesten Schläge erfahren. Es hat, wie Heidelberg, seine Besitzungen auf dem linken Rheinufer verloren, aber es ist nicht, wie seine Schwesterschule, so glücklich gewesen, dafür den reichen Ersatz in der Großmut eines neuen Stifters zu finden. ... (Kurzum) es ist kein freudiger Fortbestand des Gedeihens und des Glanzes, sondern ein kümmerlicher der Beschränkung und der durch ökonomische Sorgen gehemmten Wirksamkeit: Lehrstellen sind unbesetzt, berühmte Männer können nicht berufen werden, die Bibliothek leidet an Dürftigkeit der Zuflüsse usw.

Gleichwohl hat Freiburg die nämlichen Ansprüche auf die Sorgfalt des Staates wie Heidelberg: beide sind Landesuniversitäten, beider Ruhm und Gedeihen gleichen gleichmäßig dem Staat zur Ehre und zum Nutzen. Die eine ist für die oberen Provinzen so wichtig und vielleicht wichtiger, als die andere für die untere; die eine wird von den Katholiken, die andere von den Protestanten als ein kostbares Besitztum geachtet. Und wenn darin ein Unterschied liege, dass Heidelberg unmittelbar aus der Staatskasse und Freiburg aus eigenen Stiftungsgütern seine Einnahmen zieht, so möchte gerade dieser Umstand zur Rechtfertigung des Anspruchs wenigstens auf einige Unterstützung aus derselben Staatskasse dienen. Wird doch diese Staatskasse aus Beiträgen aller Bürger gebildet, die Bürger Freiburgs und des Oberlandes tragen also mit an der Unterhaltung der Universität Heidelberg bei; sollten nicht auch die Unterländer geneigt sein und es billig finden, wenigstens ein Sechstel von dem, was zu ihren Gunsten vom Oberlande bezahlt wird, auch zu Gunsten dieses Oberlandes zurückzuzahlen?

Ich will bemerken, dass mit einem Zuschuss von jährlichen 15 bis 18.000 fl. die Universität Freiburg nach den besonderen Vorteilen ihrer Lage und Verhältnisse ganz gewiss in einen blühenden, dem Interesse, wie der Ehre des Baden'schen und des Deutschen Vaterlandes entsprechenden Zustand würde versetzt werden. Gleich-

¹ Verhandlungen der Zweiten Kammer der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden, 3. Heft, 1819, S. 109 ff. – Der Text ist sprachlich etwas geglättet.

² Oberbürgermeister der Stadt Freiburg; vgl. den Artikel in Wikipedia.

³ Nach § 21 der Badischen Verfassung von 1818 sollen „die Do-

tationen der beyden Landesuniversitäten und anderer höherer Lehranstalten, sie mögen in eigenthümlichen Gütern und Gefällen oder in Zuschüssen aus der allgemeinen Staatscasse bestehen, ... ungeschmälert bleiben“, ein Wortlaut, dem Adrians eine Bestands-garantie der beiden Landesuniversitäten entnimmt.

ches Interesse am Wohlstand aller Badener und eines jeden – ist die Frucht der vollkommenen Verbindung seiner Teile durch die Constitution, die wir hier ja so in Eintracht pflegen, und mich hoffen lässt, dass meine Motion nicht umsonst war“.

Die Berufung auf die Universitätsgarantie der Badische Verfassung, auf die gleiche Finanzausstattung der badischen katholischen und protestantischen Universität, auf die universitäre Finanzierung aus dem unterländischen und oberländischen Steueraufkommen und auf hieraus hergeleitet die finanzielle Gleichbehandlung der beiden Landesuniversitäten brachte die in der Sitzung der Zweiten Kammer anwesenden Vertreter der Landesregierung in Zugzwang. Ihr dilatorischer Vorschlag bot die Einsetzung einer Kommission an, die in erster Linie

prüfen solle, ob die Administration der Freiburger Universität so verbessert werden könne, dass sie keines Landeszuschusses bedürfe.⁴

Die Abgeordneten Duttlinger⁵ und Kern⁶ stimmten in ihren Redebeiträgen der Einsetzung einer Kommission zu, aber nicht der Begrenzung ihres Prüfauftrages. Kern verlangte sehr deutlich: „Die Ehre der Regierung und der Stände fordert, die Freiburger Universität so zu stellen, dass sie wie ihre Schwester allen Forderungen entsprechen könne, welche die Zeit an ein solches wissenschaftliches Institut mache“.⁷

Beschlossen wurde: „Bei jetzt erfolgter Abstimmung wurde mit Stimmeneinhelligkeit die Beratung des Antrags und die Verweisung auf die Abteilungen beschlossen“.⁸

⁴ Verhandlungen aaO, S. 105

⁵ Duttlinger war Professor an der Universität Freiburg und repräsentierte den Wahlkreis von Waldshut, St. Blasien, Tiengen; zu ihm von Weech, Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 5, 1877, S. 498 f.

⁶ Kern war Regierungsrat in Freiburg und repräsentierte in der Zweiten Kammer die Stadt Freiburg.

⁷ Verhandlungen aaO, S. 107

⁸ Verhandlungen aaO, S. 107.