

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2025

## Aufsätze

- Hinnerk Wißmann* Steine statt Brot – Anmerkungen zum Entwurf des „Hochschulstärkungsgesetzes NRW“  
**65-76**
- Martin Scheurer* Datenschutz, KI und Forschungsprivileg? **77-92**
- Thomas Würtenberger* Zur Geschichte juristischer Bibliotheken **93-104**

## Urteilsbesprechungen

- Renate Penßel* Anspruch von Studierenden auf existenzsichernde staatliche Ausbildungsförderung? – Anmerkung zum „BAföG-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 23. September 2024 **105-110**
- Markus Pein* Übergangsrecht bei unzureichenden Prüfungsnormen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22 **111-120**

## Buchvorstellung

- Marten Tiessen* Wie viel Urheberrecht braucht die Wissenschaft? – Der Einfluss des Urheberrechts auf den wissenschaftlichen Informationszugang **121-130**

## Berichte

- Salo Tober-Lau* Tagungsbericht zur 5. jurOA-Tagung 2024 in Berlin (1. - 2.10.2024) **131-136**

**Ausgegraben**

*Robert Mohl* Der akademische Lehrer 137-138

# Hinnerk Wißmann

## Steine statt Brot – Anmerkungen zum Entwurf des „Hochschulstärkungsgesetzes NRW“

*Die Hochschulen sind nach dem Auftrag des Grundgesetzes ein Ort freier Forschung und Lehre, und sie haben das verfassungsrechtliche Recht auf Selbstverwaltung, um diese Aufgaben sachgerecht wahrzunehmen. Der Entwurf eines „Hochschulstärkungsgesetzes“ des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Kultur und Wissenschaft will diesen Vorgaben dienen. Er bewirkt im Ergebnis das Gegenteil: Die Hochschulen im einwohnerstärksten Bundesland werden umfänglich mit Vorgaben belastet, die Misstrauen ausstrahlen und knappe Ressourcen sachfremd binden. Jenseits aller brisanten verfassungsrechtlichen Einzelfragen, vor allem zum geplanten „Hochschulsicherheitsrecht“, ist ganz grundsätzlich einzuwenden: Wird die Wissenschaft in einer solchen Weise unter Kuratel gestellt, beschädigt man Eigenverantwortung und Exzellenz – und hilft zudem den Opfern von akademischem Machtmissbrauch nicht.*

### I. Einleitung: Das „Hochschulstärkungsgesetz“ im Sturm

Nordrhein-Westfalen verfügt über 77 Hochschulen, davon allein 14 Universitäten; an ihnen sind über 700.000 Studierende eingeschrieben, sie beschäftigen insgesamt ca. 160.000 Beamte und Arbeitnehmer.<sup>1</sup> Dieser riesige Sachbereich muss sich nach (fast) jedem Wechsel der Regierungsformation auf ein neues Hochschulgesetz (HG) einstellen.<sup>2</sup> In der entsprechenden Rei-

he stehen markant vor allem das (schwarz-gelbe) „Hochschulfreiheitsgesetz“ von 2006<sup>3</sup> und das (rot-grüne) „Hochschulzukunftsgesetz“ von 2014.<sup>4</sup> An sie soll nun das (schwarz-grüne) „Hochschulstärkungsgesetz“ anschließen, dessen Referentenentwurf im Herbst 2024 der Öffentlichkeit vorgestellt wurde.<sup>5</sup>

Gegen diesen Gesetzentwurf ist in den letzten Wochen ein Sturm des Widerstands aufgekommen, wie er auf Landesebene selten ist und das Ministerium auch offensichtlich unvermittelt getroffen hat. Vor allem der zentrale neue Teil eines „Hochschulsicherheitsrechts“<sup>6</sup> wird von praktisch allen verantwortlichen Stellen der Hochschulen (u. a. der Landesrektorenkonferenz, juristischen Dekanen, Universitätskliniken, aber auch etwa dem Landesverband des Deutschen Hochschulverbands) in scharfer und sehr prinzipieller Weise kritisiert. Beklagt wird die Einführung einer „Paralleljustiz“, eine eklatante Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze, ein „bürokratisches Monstrum“.<sup>7</sup> Auch andere Weichenstellungen – wie beispielsweise die grundsätzliche Abkehr von der Promotionsbewertung durch die Fachbetreuer oder die neuen Vorgaben für die Wahlgremien der Hochschulen – lösen bei denen, die im Alltag Leitungsverantwortung für eine funktionierende Spitzenwissenschaft, für exzellente Lehre und hervorragende Studienbedingungen tragen, mindestens Kopfschütteln aus. Und schließlich hat in ganz einzigartiger Weise die Mehrzahl der im Land tätigen Verfassungsrechtler aus

1 Zu den genauen Zahlen <https://www.mkw.nrw/themen/wissenschaft/wissenschaftseinrichtungen/hochschulen-nordrhein-westfalen> (sowie § 1 Abs. 2 HG NRW); <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/221/umfrage/anzahl-der-studenten-an-deutschen-hochschulen/>; <https://statistik.nrw/gesellschaft-und-staat/bildung-und-kultur/hochschulen/personal-an-hochschulen-nach-personalgruppen-und-hochschularten>. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 23.2.2025 abgerufen.

2 Dafür gibt es Gründe, die an anderer Stelle im Einzelnen näher zu besprechen wären. Neben der Eigenlogik des parlamentarischen Regierungssystems ist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu nennen, die den Gesetzgeber zur Regelung aller „wesentlichen“ Fragen bewegt, einschlägig etwa BVerfGE 33, 303 (LS 4) – Numerus clausus I (1972); 147, 253 (LS 3) – Studienplatzvergabe Humanmedizin (2017); konkret führt der fortgesetzte Dialog zwischen Gericht und Gesetzgeber im Zeitverlauf zunehmend zu hyperkomplexen Normen. Kritische

Rekonstruktion bei Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 11, Rn. 47 ff.

3 Gesetz vom 31. Oktober 2006, GV. S. 474, Inkrafttreten am 1. Januar 2007.

4 Gesetz vom 16. September 2014, GV S. 543, Inkrafttreten am 1. Oktober 2014.

5 Gesetzentwurf vom 26.9.2024, [https://www.mkw.nrw/system/files/media/document/file/refe\\_hochschulstaerkungsgesetz.pdf](https://www.mkw.nrw/system/files/media/document/file/refe_hochschulstaerkungsgesetz.pdf) (im folgenden: HG-E vom 26.9.2024).

6 HG-E vom 26.9.2024, S. 170, als Eigenkennzeichnung der §§ 84 ff.

7 Zusammenstellung der Kritik bei Reiner Burger, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/nrw-wieso-professoren-vor-paralleljustiz-durch-neues-gesetz-warnen-110228339.html> (13.1.2025), sowie <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/kritik-am-geplanten-nrw-hochschulgesetz-nimmt-zu-6881> (21.1.2025).

den sieben Rechtsfakultäten über alle fachlichen und politischen Vorverständnisse hinweg die Ministerin öffentlich aufgerufen, den Gesetzentwurf zurückzuziehen; inzwischen haben sich weit über 200 HochschullehrerInnen dieser Stellungnahme angeschlossen.<sup>8</sup>

Dadurch ist eine missliche Situation eingetreten. Denn es sollte keinem Zweifel unterliegen, dass die Leitung des Ministeriums wichtige Fragen in vernünftiger Weise regeln wollte (was man ja bei dem zentral gesetzten Thema des „akademischen Machtmissbrauchs“ im Prinzip nur unterstützen kann). Und positiv bemerkenswert ist auch, dass die Arbeitsebene des Hauses nach den öffentlichen und nichtöffentlichen Einwänden eine Reihe von Fachgesprächen geführt hat, bei denen der besonders inkriminierte Teil des „Hochschulsicherheitsrechts“ näher diskutiert wurde.<sup>9</sup> Durch dieses Verfahren wird freilich die Kritik nicht aufgehoben. Im Folgenden soll eine Gesamteinschätzung des Entwurfs formuliert werden, die die *Perspektive einer realwissenschaftlich informierten Gesetzgebungslehre* vertritt. Sie konzentriert sich nicht auf konkrete verfassungsrechtliche Prüfungen (diese stünden absehbar zu etlichen Einzelfragen etwa im parlamentarischen Verfahren oder später vor Gerichten an) – sondern fragt nach *Nutzen, Effekten und Transaktionsaufwand* der vorgesehenen Regelungen.<sup>10</sup> Blickt man in dieser Weise auf den vorliegenden Gesetzentwurf, ergibt sich als Befund: Das Gesetz unterliegt in seiner Anlage einem doppelten Kategorienfehler, weil es – allgemein – die Vermehrung von Regeln bzw. Regelungsangeboten als hinreichende Lösung begreift und – konkret – die besonderen Sachgesetzlichkeiten der Wissenschaft nicht beachtet. Der breite Widerstand aus den Hochschulen ist deshalb nicht als veränderungsaverse Normalreaktion von Betroffenen einzuordnen, den man mit politischer Willensstärke überwinden kann. Sicher vorherzusagen ist vielmehr: Die in Aussicht genommenen Regelungen werden nicht im gewünschten Sinn funktionieren und statt dessen die Leistungsfähigkeit der Hochschulen beschädigen. Insbesondere:

Der adressierte Opferschutz läuft entweder leer oder endet in einer Dystopie.

## II. Umfang und Art der Änderungen

1. Übersicht und Gesamtproblem: „Kosten: keine“?

a) Einzelne Vorschriften des vorliegenden Gesetzentwurfs haben schnell große Aufmerksamkeit auf sich gezogen, namentlich der neue Teil „Sicherheit und Redlichkeit in der Hochschule“ (§§ 84-97).<sup>11</sup> Noch vor dieser prominenten Einzelfrage ist für eine nüchterne Gesamteinschätzung zunächst aber ein Überblick über den Gesamtumfang des Vorhabens hilfreich: Das Hochschulgesetz NRW hat zur Zeit 114 Paragraphen (davon 30 als „§a“ usw. nachträglich hinzugefügt), gegliedert ist es in bisher zehn Teile. Von diesen bestehenden Vorschriften sollen nach dem vorliegenden Gesetzentwurf 59 inhaltlich geändert werden, in vielen Fällen in mehreren Abschnitten einer Vorschrift bzw. durch umfangreiche Ergänzungen; hinzu kommen 24 weitere Vorschriften, an denen redaktionelle Änderungen vorgenommen werden. Dazu treten insgesamt 23 gänzlich neue Vorschriften, oftmals viele Absätze lang, 14 davon entfallen auf den bereits angesprochenen neuen 10. Teil. Streichungen sind kaum zu verzeichnen.

Dieser Umfang der Änderungen kann regulatorisch zunächst einmal so eingeordnet werden: Im Ergebnis setzt das Ministerium fast auf der gesamten Breite ein neues Hochschulgesetz auf, es kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass es sich nur um einzelne Nachbesserungen handelt – was sich bereits nicht ganz glatt mit der Ausgangsbotschaft verbinden lässt, eigentlich sei „*ein entscheidender Standortvorteil der Hochschulen in Nordrhein-Westfalen (...) ihr traditionell hohes Maß an Selbstverwaltung*“.<sup>12</sup> Denn das Gesetz wird in erheblichem Maß umfangreicher und kleinteiliger – verbunden mit der selbstverständlichen Erwartung, dass alle diese Änderungen und die mit ihnen verbundenen Handlungsaufträge zukünftig im Alltagsgeschäft der Hoch-

8 <https://verfassungsblog.de/ein-hochschulsicherheitsrecht-verstost-gegen-die-verfassungsrechtliche-gewahrleistungswissenschaftlicher-forschung-und-lehre/> (18.12.2024). Transparenzhinweis: Der Verfasser dieses Textes gehört zu den Erstunterzeichnern.

9 Weiterer Transparenzhinweis: Der Verfasser dieses Textes wurde zu einem dieser Fachgespräche hinzugezogen. Er ist u. a. als Senatsvorsitzender der Universität Münster teilnehmender Beobachter in Bezug auf den hier erörterten Fragenkreis.

10 Vgl. zum Einstieg zu den Perspektiven *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik, ZJS 2008, [https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008\\_2\\_37.pdf](https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_2_37.pdf); [https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008\\_3\\_56.pdf](https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_3_56.pdf); für eine Professionalisierung der Perspektive *Emanuel Towfigh*, Komplexität und Normenklarheit, Staat 48 (2009), S. 29 ff.

11 Dazu näher unten II. 4.

12 HG-E vom 26.9.2024, S. 1.

schulen gewissenhaft geprüft, umgesetzt und beachtet werden. Schon an dieser Stelle ist festzuhalten, dass deshalb die an das Parlament gerichtete Angabe „Kosten: keine“ irreführend ist: Denn das stimmt eben nur in Bezug auf haushalterische Mittel, die für die Umsetzung des Gesetzes nicht bereitgestellt werden, kein Wunder in Zeiten knapper Haushalte. Gerade deswegen ist aber die Folge, dass in einem geschlossenen System Ressourcen, die zukünftig durch die Ausführung des Gesetzes unter dem Stichwort Selbstverwaltung zusätzlich gebunden werden, nicht für Forschung, Lehre und Transfer zur Verfügung stehen.<sup>13</sup>

Diese Haltung ist ein später Nachhall der in anderen Feldern inzwischen als Problem erkannten *Bürokratievermehrung*. Bundes- wie Landesgesetzgeber meinten über Jahre, immer neue Ausführungsvorgaben wären folgenlos für die Effizienz der eigentlichen Aufgabenerfüllung vor Ort – was man heute wortreich (und politisch übergreifend) vom Pflegebereich, Krankenhäusern und Schulen bis zu den Dokumentations- und Berichtspflichten der Wirtschaft beklagt. Verwaltungswissenschaftlich wie lebensweltlich besteht ja aber kein Zweifel: Jede neue Vorgabe, wie gearbeitet werden soll, führt zu realen Kosten und muss daher politisch auch verantwortet werden. Und dabei ist ergänzend festzuhalten, dass „mittelbare“ Vorgaben, die dann innerhalb der Selbstverwaltung weiter umzusetzen sind („regulierte Selbstregulierung“), etwa durch den verpflichtenden oder optionalen Erlass universitärer Konzepte oder Ordnungen, gerade keine Erleichterung sind. Sie schaffen ganz im Gegenteil durch eine dann vervielfältigte Standardsetzung vor Ort sogar insgesamt nochmals vermehrte Lasten, wären also nur dann eine Verbesserung, wenn dafür direkte Steuerung in Form materieller Vorgaben und Kontrollen tatsächlich wegfielen.<sup>14</sup>

b) Unterteilt man die im Entwurf vorgeschlagenen Änderungen weiter mit dem Blick der Gesetzgebungslehre, kann man zwei Gruppen bilden: Ein großer Teil der veränderten Bestimmungen sind „Schubladenänderungen“, also über eine gewisse Zeit aufgelaufene Einzelfragen, die bei Gelegenheit einer ohnehin anstehenden Gesetzesänderung abgearbeitet werden. Demgegenüber

versammeln sich insbesondere in den zusätzlichen Vorschriften solche Änderungen, die als *politisches Projekt* aufgesetzt werden, mit denen also das Gesetz in der allgemeinen Wahrnehmung verbunden werden soll. Gemeinsam ist beiden Gruppen, dass es oftmals konkrete Anlässe (in juristischer Perspektive: „Fälle“) gibt, aufgrund derer ein Regelungsbedarf identifiziert worden ist – in der Regel als Rückmeldung aus der Praxis oder aus dem hochschulpolitischen Raum. An dieser Stelle muss nun in der Gesetzesvorbereitung ein komplexes, mehrstufiges Prüfverfahren einsetzen: Welche Regelungswünsche sind sachlich legitim? Für welche Fälle braucht es tatsächlich neue gesetzliche Bestimmungen (und nicht nur eine verbesserte Handhabung – wenn es etwa an anderen Standorten keine entsprechenden Probleme gibt)? Und wie kann eine Regelung aussehen, die eben nicht nur versucht, quasi im Rückspiegel einen bestimmten Fall einfacher oder wirksamer zu lösen – sondern die als allgemeine Regel für zukünftige Fälle taugt (von denen man ja nur eines weiß: sie entsprechen niemals dem Anlassfall)?

Dass diese Herausforderung im vorliegenden Entwurf nicht gelöst wird, sondern ganz im Gegenteil neue Probleme entstehen, lässt sich in Form von Stichproben beispielhaft an drei Bereichen zeigen: Den Vorgaben für die akademische Selbstverwaltung in den Gremien der Hochschulen (2.), für die Betreuung und Bewertung wissenschaftlicher Leistungen (3.) und für das neue „Hochschulversicherungsrecht“ (4.).

## 2. Zum Beispiel: Veränderung der Gremienarbeit

a) Als ein erster Regelungsansatz sind zunächst merkliche Veränderungen für die Arbeit der Gremien an Hochschulen zu verzeichnen (also etwa Fachbereichsräte, Senat, Hochschulrat, Hochschulwahlversammlung, Kommissionen aller Art). Diese Gremien stehen für die institutionelle Seite der verfassungsrechtlich geschützten Wissenschaftsfreiheit, in ihnen repräsentiert sich die Einsicht in die sachnotwendige Selbstorganisation des wissenschaftlichen Prozesses.<sup>15</sup> Der Gesetzentwurf enthält hier scheinbar eher Detailregelungen. Im Einzelansatz wie in der Gesamtsumme ist allerdings festzustellen, dass er den Bereich eigener Verantwortung der Hoch-

13 Ausführlicher gefasst sind die Ziele einfachgesetzlich in § 3 HG NW.

14 Zum im Wirtschaftsrecht entwickelten Konzept der regulierten Selbstregulierung und ihren Vor- und Nachteilen siehe *Martin Eifert*, *Regulierungsstrategien*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022, § 19, insbesondere Rn. 14 f., 58–60; allgemein zur Steuerung durch Recht *Claudio Franzius*, *Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, ebenda,

§ 4, Rn. 1 ff. Bestandsaufnahme zur Vermehrung und Typisierung gesetzlicher Steuerung bei *Hinnerk Wißmann*, *Verwaltungsrecht*, 2023, Rn. 576 ff., 585 ff.

15 Siehe umfassend *Klaus Gärditz*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, 2009, v. a. S. 312 ff., 380 ff. zum notwendigen Rückbezug auf den grundrechtlichen Status der Hochschulen.

schulen nicht hinreichend beachtet. So soll etwa der individuellen Überlastung durch Mitwirkung in Gremien mit einem neuen § 11b) Abs. 5 durch formalisierte *Entlastungsvorgaben* entgegengewirkt werden – freilich nur dann, wenn die Belastung auf das gesetzliche Gebot der geschlechtsparitätischen Besetzung von Gremien zurückzuführen ist (S. 1, 3. Hs.). Ein solcher Fall soll immer dann vorliegen, wenn „eine Person im Vergleich zum durchschnittlichen Gremienmitglied der Hochschule mehr als das Eineinhalbfache an Gremienmitgliedschaften innehat“ (S. 2). Für alles weitere ist dann eine Ordnung der Hochschule zu erlassen (S. 3). Selbstverständlich gibt es ein flagrantes Problem der Gremienüberlastung v. a. von Frauen (das der Gesetzgeber durch Paritätsregeln zumindest mitverursacht hat). Dennoch ist diese Regelung nicht zu Ende gedacht: Will man tatsächlich alle Arten von Gremienmitgliedschaft mit der ziemlich artifiziellen und zugleich kompromisslos starren „1,5“-Maßgabe formal gleichbehandeln? Also die Sitzmitgliedschaft in optional eingerichteten Dauerbeiräten gleichsetzen mit der Leitung einer Berufungskommission, das Dekansamt mit der Ersatzmitgliedschaft im Fachbereichsrat usw.? In welchem Zeitkontext zählt man das? Und wieso denkt der Gesetzgeber in seiner Begründung offensichtlich nur an die Gruppe der Professorinnen, denen man zusätzliches wissenschaftliches Personal gewähren könne? Die Überwälzung der weiteren Konkretisierung auf den Senat, der eine solche Ordnung (für alle Fachbereiche und alle Statusgruppen) erlassen soll, zeigt im Übrigen eine bemerkenswerte Leichtigkeit, anderen Leuten erhebliche Arbeit zu machen. Kein Wort ist davon zu lesen, dass an vielen Hochschulen eine funktionierende Übung besteht, besonders belasteten Gremienmitgliedern anlassbezogen Entlastungen zu gewähren – und dabei eben auch Unterschiede machen zu können, die reale Belastung und Pro-Forma-Lasten und die Dauer solcher Sonderlasten unterscheiden.

b) Ein ganz prinzipieller Einwand ist gegen den neuen § 17 Abs. 3 S. 2 zu erheben: Danach soll der *Wahlvorschlag zum Rektorat* regelmäßig nur noch eine Person umfassen; für den Fall eines (nunmehr begründungspflichtigen) Mehrfachvorschlags durch die Findungskommission soll von der Findungskommission eine verpflichtende Reihenfolge der Abstimmung vorgegeben werden. Die eigentlich entscheidende Hochschulwahlversammlung soll also nicht unter mehreren Kandidaten

gleichberechtigt auswählen dürfen. Um eine Alternative zu erwägen, müsste ein Erst-Kandidat also erst durch ausdrückliche Nichtwahl beschädigt werden – und wer stellt sich in dieser Lage überhaupt als Zweitkandidat zur Verfügung? Insoweit ist eine strukturelle Gefährdung der demokratischen Basisinhalte des Selbstverwaltungsrechts, zu denen eben auch die Kandidatenauswahl gehört, so naheliegend, dass die Schutznorm des Art. 5 Abs. 3 GG oder auch die bisher wenig ertüchtigte Vorschrift des Art. 16 der Landesverfassung NRW zum Einsatz gebracht werden könnten, sollte diese Regelung eingeführt werden.<sup>16</sup> Der Gesetzentwurf macht hier eine Geschäftsordnungsregelung, die (bestenfalls) in den Bereich der Regelungsautonomie der Hochschulen gehört.

c) Merkwürdig getroffen hat es auch den *Hochschulrat*: Zunächst einmal soll er zukünftig nach § 21 Abs. 1 S. 1 seine Aufgaben (ebenda: „insbesondere“ Nr. 1-7) zukünftig „gleichrangig“ wahrnehmen. Wie das bei einem ehrenamtlichen Gremium, das gleichzeitig selbst Leitungsverantwortung hat, auch nur einigermaßen sinnvoll nachgehalten werden soll, ist vollkommen schleierhaft. Außerdem weist die Begründung selbst zutreffend darauf hin, dass die Aufgaben vom Gesetz gar nicht abschließend aufgezählt werden<sup>17</sup> – wie kann man eine unabgeschlossene Zahl normativ verpflichtend gleichrangig wahrnehmen? Ganz verfehlt ist aber vor allem, dass in Abs. 3 die Mitgliedschaft im Hochschulrat strikt auf zehn Jahre (also zwei Amtszeiten) begrenzt werden soll. Das mag in vielen Fällen sinnvoll sein – wie man es auch für Rektorate oder andere Funktionsämter wie Dekanate oder Senatsvorsitze diskutieren könnte. Nun gerade beim ehrenamtlichen Hochschulrat daraus eine starre Rechtsregel zu machen, ist wieder nur als Reaktion auf Einzelfälle erklärlich, in denen der Mut fehlt, Absagen trotz Fortsetzungswünschen zu formulieren. Wer wird aber ernsthaft bestreiten, dass es sehr wohl Fälle gibt, in denen eine größere Kontinuität oder jedenfalls Flexibilität sinnvoll ist, ehrlicherweise: gerade beim Hochschulrat und seinen oft mühevoll gewonnenen externen Mitgliedern?<sup>18</sup>

d) Eine heikle Regelungsidee liegt auch in Bezug auf die *Zusammensetzung des Senats* vor, § 22: Eigentlich ist die Bestimmung seiner personellen Zusammensetzung Sache der Hochschulen (Abs. 2 S. 1), freilich gibt es schon

16 Zum einschlägigen Schutzgehalt des Art. 5 III GG allgemein BVerfGE 35, 79 (116) – Hochschulurteil (1972); in Bezug auf die demokratische Ausgestaltung innerhalb der Universitäten dann BVerfGE 127, 87 (114 ff.) – Hamburgisches Hochschulgesetz (2010); BVerfGE 136, 338 (361 ff.) – MHH (2014).

17 HG-E vom 26.9.2024, S. 37.

18 Hier ist noch zusätzlich zu bemerken, dass das Ministerium selbst in die Auswahl der Hochschulräte aktiv und mit Stimmrecht einbezogen ist, so dass es „Problemfälle“ sogar mit eigener Hand (mit-)lösen könnte, vgl. § 21 Abs. 4 HG.

bisher eine Reihe von Einzelvorgaben (Abs. 2 S. 2). Bekanntlich ist nun aber seit langem die sog. Viertelparität eine wichtige hochschulpolitische Forderung insbesondere der Studierenden. In Verschärfung des rot-grünen Hochschulzukunftsgesetzes wird daher nunmehr als Gegenregel zur Entscheidungshoheit der Grundordnung über die Besetzung des Senats diese Viertelparität vorgegeben (Abs. 2 S. 3, 1. Hs.). Der Sachgrund für die dagegen bestehenden Bedenken ist ja aber nicht das böswillige Überhören studentischer Belange, sondern die noch immer bestehende verfassungsgerichtliche Vorgabe, dass in Fällen von Forschung und Lehre (mehr) als die Hälfte des Stimmgewichts bei den Hochschullehrern liegen muss:<sup>19</sup> Wenn Streit droht, wäre also immer erst (vorab) zu klären, ob es sich nicht um eine Frage von Forschung und Lehre handelt (wofür in Hochschulen oftmals viel spricht). Man lähmt das Gremium also absehbar mit Geschäftsordnungsdebatten, die den bisher ja regelmäßig bestehenden Konsens in Sachfragen überlagern werden. Dem Ministerium ist zugutezuhalten, dass es um dieses Problem weiß, und daher in der Begründung offenlegt, dass es sich insoweit um die Umsetzung des Koalitionsvertrags handelt.<sup>20</sup> Ziemlich kompliziert wird daher eine erneute, enger gefasste Ausnahmemöglichkeit von der neuen (Gegen-)Regel vorgeschlagen, die mit hohen Quoren erreicht werden kann (Abs. 2 S. 3, 2. Hs.), so dass dann doch wieder die bisher vorherrschende Praxis der Hochschullehrer-Mehrheit fortgeschrieben werden könnte. Mit einem solchen *Regel-Ausnahme-Gegenregel-Gegenausnahme-Ansatz* geht nicht nur jede Ordnungsidee verloren. Vor allem wird versucht, die Verantwortlichkeit für die absehbare Dysfunktionalität durch ein schmales, streitimpregniertes Letztentscheidungsrecht an die Hochschulen zu verschieben.

Dagegen fehlt im Gesetzentwurf die aus den Hochschulen wegen einschlägiger Rechtsstreitigkeiten dringlich erbetene Klarstellung zur verfassungsrechtlich unbestrittenen Möglichkeit, *fachbezogene Wahlkreise* ins-

besondere bei den Senaten einzurichten – so werden möglicherweise bald viele Hochschulen des Landes ihre gewohnten Wahlkreise aufgeben müssen und in der Folge weiter politisiert.<sup>21</sup> Nutznießer einer solchen Entwicklung gibt es sicherlich, es sind aber nicht die Wissenschaft und ihre Hochschulen.<sup>22</sup>

### 3. Zum Beispiel: Wissenschaft als arbeitsteiliger Entdeckungsprozess

a) Hochschulen können nicht voraussetzen, dass ihre Mitglieder von vornherein in gleicher Weise befähigt sind zur Mitarbeit an den gestellten Aufgaben (wie es Behörden und Wirtschaftsunternehmen jedenfalls theoretisch annehmen dürfen, weil ihre Mitarbeiter eben z. B. vorher studiert haben). Ganz im Gegenteil: In gewisser Weise geht es jedes Jahr wieder von Null los. Und zugleich soll in den Hochschulen absolute Spitzenleistung nach einem weltweiten Konkurrenzmaßstab erbracht werden. Trotz aller Arbeitsteilung verbindet Erstsemester und Nobelpreisträger eine gemeinsame Idee – sonst wären sie jeweils falsch an den Hochschulen. Auf allen Qualifikationsstufen ist entsprechend zu beachten, dass die von der Sache Wissenschaft vorausgesetzte, intrinsisch motivierte Intensität per se nicht durch ein äußeres Reglement erzeugt oder ersetzt werden kann (auch wenn Förderprogramme sich und anderen das einreden).<sup>23</sup>

Vor diesem allgemeinen Hintergrund ist erklärlich, dass gegen die vorgesehenen Regelungen zur *Promotion* besonders scharfe Einwände formuliert worden sind. Das Kernproblem ist die Vorgabe, dass *Betreuung und Bewertung von Promotionsleistungen zukünftig grundsätzlich durch unterschiedliche Personen* erfolgen sollen (§ 67 Abs. 3 S. 7). Davon darf nur abgewichen werden, wenn der Doktorand schriftlich einen entsprechenden Wunsch erklärt und „das Vorliegen eines besonders begründeten Ausnahmefalls“ darlegt (S. 8). Ganz sicher gab und gibt es auch hier Fälle, in denen in der Tat die Bewertung einer Leistung durch den ursprünglichen

19 Stdg. Rspr. seit BVerfGE 35, 79 (LS 8) – Hochschulurteil (1972); BVerfGE 95, 193 (210) – Hochschullehrer DDR (1997); vgl. näher Klaus Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3, Rn. 226 ff. (2019); Andreas Paulus, in: Huber/Vofskuhle, Kommentar zum GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Abs. 3, Rn. 519.

20 HG-E vom 26.9.2024, S. 40.

21 Insoweit im Eilrechtsschutz gestützt auf die Annahme einer parlamentsanalog strikten Wahlrechtsgleichheit nach § 13 Abs. 1 S. 1 HG OVG Münster, Beschluss vom 23.4.2024, 15 B 373/23, dort allerdings Rn. 43 mit ausdrücklicher Eröffnung einer abweichenden gesetzlichen Regelung. Vor allem die großen Universitäten des Landes haben mindestens für einzelne Statusgruppen bisher fachbezogene Wahlkreise (etwa durch Zusammenfassung von Fachbereichen) gebildet, was wie bei anderen Einheiten der funktionalen Selbstverwaltung allgemein anerkannt ist und höchstens

ausreichende einfachgesetzliche Grundlagen verlangt, vgl. für einen entsprechenden Fall mangelnder Regelung BVerwG, Beschluss vom 23.2.2012, 6 BN 2/11 (wo in der Folge die geforderte Zusatzregelung in § 52 Abs. 3 HG Sachsen geschaffen wurde).

22 Eine Reihe von weiteren Detailregelungen zum Bereich der Gremienarbeit kann ebenfalls schwerlich überzeugen, weil sie bestenfalls unnötige Gesetzgebung darstellen – offensichtlich wurden auch hier Einzelfälle mangelnder Entschlusskraft vor Ort zum Anlass für allgemeine Regelungen gemacht; es sind etwa der neue § 13 Abs. 3 S. 3 ff. und die „Klarstellungen“ in § 17 f. zu nennen.

23 Grundrechtlich gewendet: Die Sache Wissenschaft ist vorrangig eine Frage von Freiheitssicherung, dazu etwa Gärditz, Hochschulorganisation (Fn. 15), S. 283 ff.

Betreuer nicht (mehr) angezeigt ist – man kann sich verschiedene unschöne Konstellationen ohne Mühe vorstellen. Dennoch ist diese Regelung in abenteuerlicher Weise wissenschaftsfremd. Denn selbstverständlich ist in aller Regel (und nicht nur „im begründeten Ausnahmefall“) der Betreuer nicht nur der fachnächste Wissenschaftler, sondern eben doch auch Vertrauensperson und Wegbegleiter. Vor allem verkennt der gelegentlich zu hörende Verweis auf eine entsprechende Handhabung im Ausland die deutschen Ausgangsbedingungen: In vielen Fällen wird es angesichts vergleichsweise kleiner Professorenkohorten gar nicht möglich sein, am Fachbereich neben dem Betreuer einen hinreichend einschlägigen Wissenschaftler für bestimmte Forschungsfragen zu finden, der außerhalb seines eigentlichen Berichts über eine hochspezialisierte Fragestellung wirklich sachkompetent urteilen könnte; es wäre zu schön, wenn alle (Teil-)Fächer an allen Hochschulen hierzulande doppelt besetzt wären. Im Übrigen sind die meisten Dissertationen Teil größerer Forschungsfragen an Instituten oder Lehrstühlen, die im neuen Modus jedes Mal künstlich auseinandergerissen würden. Die Gutachten sind selber Teil einer gemeinsamen, forschenden Auseinandersetzung, die auch der weiteren Auswertung der Ergebnisse in Gesamtkontexten dient. Sowohl die im internationalen Vergleich große Anzahl von Dissertationen (die u. a. seit jeher der Vorbereitung exzellenter Berufspraxis dient und nicht nur akademischen Karrieren) wie die im internationalen Vergleich besonders ungünstige Relation von Professoren zum akademischen Nachwuchs in Deutschland pro Fach und Fakultät sprechen dagegen, dass die Fremdbegutachtung als Regelfall ein gangbarer Weg der notwendigen Qualitätssicherung ist. An dieser Stelle wäre – wegen der zu konzедierenden Missbrauchsproblematik – vollkommen ausreichend, wenn man anstelle der geplanten Neuregelung vorsieht, dass Doktoranden ohne Begründung beantragen können, dass ihre Dissertation nicht vom Betreuer begutachtet wird.<sup>24</sup>

Leider nicht nur eine Kleinigkeit ist auch die Idee, dass die *Zweitbegutachtung* ohne Kenntnis des Erstgutachtens erfolgen soll (§ 67 Abs. 3 S. 6). Auch das ist aus den vorgenannten Gründen reine Theorie, weil spätestens der weitere „fremde“ Zweitgutachter ganz sicher

nicht mehr Fachfrau oder -mann im engeren Sinn hochspezialisierter Forschungsdiskurse ist. Die wichtige Kontrollfunktion der fakultären Zweitgutachten wird – so ist nun einmal die paradoxe Wirklichkeit – gerade entwertet, wenn man so tut, als wären sie Erstgutachten. Eine solche Regelung fordert Umgehung aus Sachgründen heraus, weil dann der Betreuer ein informelles Gutachten schreiben muss (wenn nicht gleich der Doktorand selbst), das Erst- und Zweitgutachter mangels eigener Fachkenntnis als Grundlage nehmen; auch eine denkbare Auslagerung auf auswärtige Zweitgutachter führt nicht nur zu Verzögerungen, sondern zu kaum übersehbaren Absprachekartellen. Im Ergebnis würden wir weniger, nicht mehr Kontrolle wissenschaftlicher Qualität haben.

b) Auch Regelungen zum allgemeinen *Prüfungsgeschehen* sehen sich Einwänden ausgesetzt: Dazu gehört z. B. die Ergänzung des einschlägigen § 63a, nach der bei der verpflichtenden Anerkennung fremder Prüfungsleistungen nun nochmals verstärkt der Schwerpunkt auf die Übernahme von „erworbenen Kompetenzen“ gelegt wird. Das heißt konkret: „Unterschiede in Bezug auf die Art und Dauer einer Prüfung und Prüfungsmodalitäten“ sind im Regelfall nicht mehr geeignet, die Anerkennung andernorts erbrachter Leistungen zu verweigern (Abs. 1 S. 3). Die Vorgabe der „Gleichwertigkeit“ wird damit auf die Ebene der Kompetenzerwerbdarstellungen in Modulhandbüchern verschoben. Selbst die Umrechnung von Noten darf nur noch „erforderlichenfalls“ erfolgen. Ganz sicher gibt es kleinkarierte Formen von akademischer Abschottung. Dennoch: Das Ministerium setzt hier (gegen den Widerstand der Hochschulen und des OVG Münster<sup>25</sup>) letztlich eine Sichtweise durch, dass an den Hochschulen ohnehin keine wirklich belastbaren Inhalte und Kenntnisse vermittelt werden, die man durch fachliche Prüfungen verbindlich ermitteln könnte. Geplant ist ein „Baustein zur Milderung des Fachkräftemangels“.<sup>26</sup> Man ist gespannt, wer auf der Grundlage allgemeiner Kompetenzfeststellungen und dem naheliegenden Anerkennungs-Hopping später die Brücken baut, über die wir fahren sollen.

Selbst im religionsverfassungsrechtlichen Detail des Prüfungsrechts zeigt sich, dass der Gesetzentwurf ohne

24 Ein eher gegenläufiges Problem entsteht schon davor durch die Festlegung, dass zukünftig nach § 67 Abs. 2 die schriftliche Betreuungsvereinbarung zwischen Doktorand und Betreuer ausdrücklich als öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinn der §§ 54-61 VwVfG gelten soll (geschlossen durch die Betreuungsperson als Behörde), mit den daraus folgenden, durchaus umfangreichen Rechtspflichten. Vorgesehen ist, dass die Hochschule

jeder einzelnen Vereinbarung beitrifft (Abs. 2 S. 4). Damit soll offensichtlich eine obligatorische Drittwirkung erzeugt werden – ohne dass mit einer solchen anspruchsgeneigten Verrechtlichung eine klare Prüfungsoption des Fachbereichs verbunden ist.

25 OVG Münster, Beschluss vom 8.8.2021, 14 E 686/21.

26 HG-E vom 26.9.2024, S. 109. Zur Bezugsgröße der Modulhandbücher ausdrücklich ebenda S. 110.

Not neue Anwendungsprobleme erzeugt: Wenn § 63 Abs. 3 S. 2 nun vorgibt, dass die Hochschulen „bei der Festsetzung von Prüfungsterminen die Religionsfreiheit der Studierenden“ zu berücksichtigen haben, ist das einerseits für die grundrechtsgebundene Hochschule eine Selbstverständlichkeit und hört sich andererseits nach einem religionsfreundlichen Akzent an. Gemeint ist nach der Begründung des Entwurfs allerdings (nur) der Fall, dass der Prüfungsteilnahme „religiöse Belange zwingend entgegenstehen“; genannt wird die Prüfung am samstäglichem Sabbat.<sup>27</sup> Nun ist es aber so, dass der religionsneutrale Staat des Grundgesetzes zwischen Religionen nicht unterscheiden darf und bei der Frage einer religiösen Verpflichtung ziemlich blind ist – es kommt zunächst einmal auf das plausible und oft sehr differenzierte Selbstverständnis des jeweiligen Grundrechtsträgers und ggfs. seiner konkreten Religionsgemeinschaft an.<sup>28</sup> Im vom Gesetzentwurf genannten Beispielsfall wäre schon für liberale Juden zu fragen, ob das nötige Maß an religiöser Pflicht vorliegt, und wer darüber zu entscheiden habe. Eine solche ostentative und zugleich notwendig substanzlose Regelung stürzt daher die Hochschulen, nein: eigentlich jeden Lehrenden, absehbar in Diskussionen, ob und in welchen Fällen welche religiösen Gründe gegen die Prüfung in beliebigen Zeiträumen sprechen (was ist z. B. unter dem Aspekt der Chancengleichheit mit der Fastenzeit, wenn diese als Faktor bei der „Berücksichtigung“ der Religionsfreiheit aufgerufen wird?).<sup>29</sup> Ein leichthändiger Hinweis, man könne ja individuelle Alternativtermine anbieten, verkennt den Ernst und den Aufwand, mit denen jede (zusätzliche) Prüfung im Sinn der Gleichbehandlung vorbereitet und durchgeführt werden muss. Eine ausreichende Lösung ist das für alle geltende Feiertagsrecht, verbunden mit der auch bisher schon geforderten angemessenen Handhabung im Einzelfall, statt der unbestimmten Geste, die die Hochschulen mit neuen Konflikten belastet („warum die, wir aber nicht?“).

#### 4. Zum Beispiel: „Hochschulsicherheit“

a) Wissenschaft hat ununterbrochen mit Asymmetrien zu tun, mit Unwägbarkeiten, mit Risiken. Bei Forschung

und Lehre geht es im Kern nun einmal nicht um den Vollzug vorgegebener Tatbestände oder die Ausführung von Weisungen, sondern um die *Entdeckung von Neuem* – und zugleich in einem immer wieder aufgelegten Verfahren um die *Vermittlung und Überprüfung des (scheinbar) schon Gewussten*. Forschung und Lehre stehen insbesondere in der deutschen Universitätstradition in einer unauflösbaren Verbindung, wie sie in der Gegenwart zum Beispiel in der Formel vom „forschenden Lernen“ reformuliert wird. Das bedeutet, dass in jedem Hörsaal, in jedem Seminar und in jedem Labor gleichzeitig die Euphorie der Anfänger und die Fachlichkeit der Profis sich einander ausliefern und immer wieder zueinander finden müssen, im Bewusstsein des gegenseitigen Nutzens. Diese Intensität ist die notwendige Basis wissenschaftlicher Begegnung. Nun wird man – wie für jeden anderen gesellschaftlichen Großbereich – zugestehen müssen, dass diese Situation entgleisen kann oder sogar bewusst ausgenutzt wird. Das sollte zunächst klar gestellt sein: Ja, Hochschulen sind Orte von Missbrauch, es gibt schreckliche und skandalöse Vorkommnisse. Und richtig dürfte sein, dass Aufgabe und Struktur es notwendig machen, hier geeignete Schutzvorkehrungen vorzusehen, damit die Hochschule trotz des in der Sache begründeten notwendigen Wagnisses der Freiheit zugleich ein sicherer Raum ist, insbesondere für die, die sich als akademischer Nachwuchs nicht vollständig selbst schützen können. Die Hochschulen in NRW haben sich dieser Aufgabe seit langem angenommen, unter anderem formuliert in der auch vom Gesetzentwurf zitierten, mit dem Ministerium ausgehandelten Selbstverpflichtung vom September 2023, die das positive Potential der gemeinsamen Aufgabe benennt: Denn natürlich sind Hochschulen besser, wenn sich alle Mitglieder dort möglichst ohne Sorge einbringen und verwirklichen können.

b) Trotz dieser bereits laufenden Prozesse des Opferschutzes und der Qualitätssicherung will nun das Hochschulstärkungsgesetz mit seinem neuen 10. Teil umfassende zusätzliche Regelungen vorgeben. Die aufsehenerregende Stoßrichtung ist dabei, ein *hochschulspezifisches*

27 HG-E vom 26.9.2024, S. 107.

28 Statt aller Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Kommentar zum GG, 18. Aufl. 2024, Art. 4, Rn. 12 f.; vertiefend Michael Heinig, in: Huber/Voßkuhle, 8. Aufl. 2024, Kommentar zum GG, Art. 4, Rn. 40 ff.

29 Prüfungen sind im Übrigen in einem Bachelorsystem auch grundsätzlich alle Teilprüfungen, nicht etwa nur besonders

herausgehobene Abschlussprüfungen (die wohl auch bisher eher nicht an den besonders heiklen Wochenenden oder Abendstunden stattfinden); auch ein Unterschied etwa zwischen großen und kleinen Prüfungsgruppen ist religionsverfassungsrechtlich nicht veranlasst.

*Gefahrenabwehrrecht* jenseits der allgemeinen Möglichkeiten des Ordnungs-, Arbeits- und Disziplinarrechts einzuführen.<sup>30</sup> Dem geplanten „Hochschulsicherheitsrecht“ geht es in seiner zentralen Bestimmung darum, dass „Sicherungsmaßnahmen“ (wie etwa Betretungs- und Kontaktverbote, der Entzug von Lehr- und Prüfungsbefugnissen, der Verlust zugesagter Mittel oder der Entzug des aktiven und passiven akademischen Wahlrechts) erlassen werden sollen, wenn Verstöße gegen Dienstpflichten oder „Verhaltensregeln“ vorliegen, die der Senat in einer Ordnung festlegen kann (§ 87 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 und 2<sup>31</sup>). Ganz ausdrücklich können etliche dieser Maßnahmen ohne schuldhaftes Verhalten und auf unbestimmte Dauer bereits dann verhängt werden, wenn „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für einen entsprechenden „Sicherungsverstoß“ vorliegen, § 87 Abs. 3 S. 1.<sup>32</sup> Weitere Regelungen zum Verfahren gegen die „beschuldigte Person“ und zur „Verhängung einer Sicherungsmaßnahme“, etwa „zur Ausdehnung und Beschränkung des Verfahrens“, zur Anhörung oder zur Beweiserhebung soll der Senat regeln können (oder es auch lassen können), § 88 Abs. 1 S. 1 f. Vorgesehen ist weiter ein hochschulspezifischer „Täter-Opfer-Ausgleich“, § 89 Abs. 3, wohlgermerkt als Maßnahme der Gefahrenabwehr. Mit diesem „Sicherungsverfahren“ werden ergänzend Regelungen für ein nachlaufendes *hochschulspezifisches Disziplinarrecht* verbunden, etwa für eine (allgemein bedenkenswerte) verbesserte Einbeziehung von Opfern in den Fortgang von Ermittlungen – aber auch mit Sanktionsmöglichkeiten wie der signifikant höheren Kürzung der Besoldung (§ 96<sup>33</sup>) oder der „Zurückstufung“ von Hochschullehrern aus der Besoldungsgruppe W3 nach W2 bzw. von W2

nach W1 – auch wenn sie diese vorher nie bekleidet haben (§ 97).<sup>34</sup>

Ausgangspunkt für die eng verknüpften Sicherungs- und Disziplinarverfahren sind Beschwerden, die Mitglieder der Hochschule an optional vorzuhaltende „Ansprechpersonen“ richten, wenn sie sich u. a. in „ihrem sozialen Geltungsanspruch oder ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit hinsichtlich ihrer persönlichen Lebensgestaltung unmittelbar beeinträchtigt fühlen“ (§ 85 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2); nach einer dortigen Prüfung der Beschwerde „kann“ die Ansprechperson das Ergebnis an die für die Einleitung des Sicherungsverfahrens zuständige Stelle (oder Dienstvorgesetzte oder auch gleich an die Strafverfolgungsbehörden) weiterleiten, wenn die beschwerdeführende Person das nicht wiederum ausschließt, § 85 Abs. 3 S. 3; in jedem Fall soll die Ansprechperson die beschwerdeführende Person auf angemessene Weise unterstützen, also Prüfstelle und Begleitung in eins sein.

Die damit gesetzlich ausgesprochene Einladung zur formalisierten Überprüfung von akademischem Verhalten am Maßstab höchstpersönlicher Betroffenheitsmaßstäbe ruft angesichts der gegenwärtig an den Hochschulen bestehenden, in manchen Teilen geradezu dauererregten Diskurslage schon intuitiv höchste *Bedenken in Bezug auf den Schutz wissenschaftlich freier, und das heißt auch in gutem Sinn herausfordernder Lehre*, hervor.<sup>35</sup> Allgemein bekannt sind ja inzwischen Einwendungen aller Art etwa gegen Lesepläne, Materialsammlungen oder noch allgemeiner gegen Fragestellungen außerhalb des jeweils höchstpersönlich zugelassenen Raums des Denkbaren – ebenso wie andersherum unbequeme Rückfragen aus dem Auditorium mit Verweis auf Grenzen des

30 HG-E vom 26.9.2024, Gesetzesbegründung, S. 167 ff. Der Entwurf sieht außerdem parallele Regeln zur wissenschaftlichen Redlichkeit vor („Redlichkeitsmaßnahmen“, §§ 84 ff., insb. § 86). Auf die Auseinandersetzung mit diesen Vorschriften muss hier aus Raumgründen verzichtet werden. Es sei aber darauf hingewiesen, dass ein vorgelagerter neuer Begriff wie „wesentlicher sonstiger Beitrag“ (§ 4 Abs. 4 S. 3 f.) als Vorgabe für den Ausweis von Mitautorenschaften mindestens unterbestimmt ist.

31 Insgesamt wird der Katalog von Gefahrenabwehrsanktionen in § 87 Abs. 2 Nr. 1-6 geregelt. Nach § 88 Abs. 2 S. 2 HG-E wird aus dem „soll“ ein „hat“, also die verpflichtende Einleitung eines „Sicherungsverfahrens“ bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten.

32 Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass diese Bestimmung „der Sache nach (...) die Beweislastumkehrvorschrift des § 22 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ aufgreift, „allerdings in einer dem Lebenssachverhalt Hochschule angemessenen Weise“,

S. 210.

33 Um ein Drittel für fünf Jahre statt ein Fünftel für drei Jahre (vgl. für das allgemeine Disziplinarrecht § 8 Abs. 1 LDG NW). Diese fast schon poetisch gefasste Erhöhung der möglichen Summe auf deutlich mehr als das Doppelte wird eher kryptisch mit „Besonderheiten im Hochschulbereich“ begründet; über eine sachgerechte Sanktionswirkung solle „generalpräventiv“ ein pflichtgemäßes Verhalten bewirkt werden, S. 242.

34 Bekanntlich ist die W-Besoldung nicht als Laufbahn angelegt, so dass abweichend von allgemeinen beamtenrechtlichen Regeln kein reguläres Eingangsamt besteht.

35 Zu deren verfassungsrechtlicher Struktur für die h. M. *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Kommentar zum GG, 18. Aufl. 2024, Art. 5, Rn. 139; für den eigenständigen Gehalt in Abgrenzung von der Forschungsfreiheit *Ann-Katrin Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, 2006, insb. S. 188 ff.

gewünschten Diskurses abgewiesen oder unterbunden werden.<sup>36</sup> Gegen solche Verkürzungen ist daran zu erinnern: Das akademische Studium ist nicht darauf angelegt, das mitgebrachte Vorverständnis von Studierenden und Lehrenden zu schützen und zu bestärken. Ganz im Gegenteil: Einsicht durch Irritation und Herausforderung, ohne vorherigen Einwilligungsvorbehalt, ist der notwendige Kern akademischer Lehrfreiheit – was selbstverständlich zugleich kein Freibrief für persönlich übergriffige Verhaltensmuster ist.

Nun ist zu betonen, dass an dieser zentralen Stelle zwei Lesarten in Bezug auf die Pflichtenlage bestehen, von der das Gesetz ausgeht. Auf der einen Seite wird (lediglich) eine Wiederholung von schon bestehenden Pflichten angenommen („was heute erlaubt ist, bleibt auch in Zukunft erlaubt“);<sup>37</sup> dann ginge es „nur“ um die Vorverlagerung und Ausweitung von Eingriffsmöglichkeiten („Rechtsfolgen“). Auf der anderen Seite wird eine umfassende Ausweitung und Vorverlagerung von Verhaltenspflichten angenommen („Tatbestand“).<sup>38</sup> Die zweite Lesart ist zumindest nicht ganz fernliegend, wenn § 87 Abs. 1 als Grund für Sicherungsmaßnahmen eben entweder den Verstoß gegen universitär festgesetzte Verhaltenspflichten (Nr. 1) „oder“ gegen bereits bestehende Dienstpflichten (Nr. 2) nennt; auch sollen Ordnungsmaßnahmen gegen Studierende nach § 51a Abs. 1 Nr. 5 auf den Verstoß gegen solche Verhaltensordnungen gestützt werden können, obwohl es bisher für diese Gruppe entsprechende Verhaltenspflichten gar nicht gab.<sup>39</sup> Ein eigenständiger materiellrechtlicher Gehalt von Uni-

versitätsordnungen in diesem Sinne würde, mit Verlaub, eine Art *Karlsbader Beschlüsse* 2.0 darstellen, die die Hochschulen von einem (allseits anstrengenden) Ort der kritischen Auseinandersetzung in den vorregulierten Raum nicht verbotener Verhaltensweisen umformen.<sup>40</sup>

c) Nimmt man (entsprechende Klarstellungen und Streichungen vorausgesetzt) den rechtsstaatlich günstigeren Fall an, dass tatsächlich nur ohnehin bisher bestehende Rechtspflichten sanktioniert werden sollen, es also nur um ausgeweitete Reaktionsmöglichkeiten geht, bleibt (neben erheblichen Zweifeln an der materiellrechtlichen Verfassungsmäßigkeit dieses Rechtsfolgenregimes im Einzelnen) jedenfalls zu prüfen, ob der Ansatz der Vorschriften aus Sicht der Gesetzgebungslehre funktional überzeugt. Das ist mindestens aus zwei Gründen nicht der Fall. Ausgangspunkt der Regelungen ist die Überzeugung, dass insbesondere in Bezug auf Professoren bisher keine zureichenden Möglichkeiten bestünden, in wirksamer Weise Fehlverhalten einzuhegen.<sup>41</sup> Das überzeugt schon nicht ohne weiteres. Als *Rechtsgrundlagen* sind auch für vorläufige Maßnahmen mindestens das Hausrecht und die allgemeinen dienstrechtlichen Befugnisse (z. B. zur Durchsetzung des Mäßigungsgebots und der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten) wie auch die Entscheidung der dienstvorgesetzten Hochschulleitung über den Zugriff auf durch die Hochschule bereitgestellte Mittel anzuführen<sup>42</sup> – die einschlägigen Fälle gerichtlich gestoppter Maßnahmen könnten also durchaus überwiegend auf Fehler in der

36 Vgl. etwa *Julian Krüper*, <https://verfassungsblog.de/brandes-verdacht/> (6.12.2024), wo in den Kommentaren zutreffend darauf hingewiesen wird, dass die Einwirkung auf die freie akademische Rede potentiell sowohl progressive wie konservative Positionen betrifft. Pars pro toto zur konkreten bzw. zur konzeptuell begründeten Verkürzung wissenschaftlicher Lehrfreiheit *Anna Bordel*, <https://taz.de/Ein-Watchblog-fuer-den-Professor/!5008109/> (14.5.2015) (Beispiel Münkler); *Maryam Kamil Abdulsalam*, Eine Pflicht zur diskursiven Prävention?, <https://verfassungsblog.de/eine-pflicht-zur-diskursiven-praevention/> (21.10.2019) (Beispiel Lucke); *Theodor Lammich*, Universitäten haben kein Recht auf Meinungskampfteilhabe, *OdW* 2024, S. 223 (225 ff.) (Beispiel Vollbrecht).

37 So ausdrücklich die öffentliche Stellungnahme des Ministeriums, *Rheinische Post*, 20.12.2024, S. 1 (auch [https://rp-online.de/nrw/landespolitik/unis-in-nrw-professoren-laufen-sturm-gegen-hochschulgesetz\\_aid-122237863](https://rp-online.de/nrw/landespolitik/unis-in-nrw-professoren-laufen-sturm-gegen-hochschulgesetz_aid-122237863)).

38 Etwa *Julian Krüper*, <https://verfassungsblog.de/brandes-verdacht/> (6.12.2024).

39 Wenn der Gesetzentwurf an dieser Stelle vorgibt, selbstverständlich seien bei den Ordnungen die gesetzlichen Freiheiten der Beteiligten zu beachten, entsteht ein normativer Selbstwiderspruch: Kann die Ordnung nun zusätzliche Pflichten etablieren oder nicht? Konkret etwa: Sollen mehr Hausverbote gegenüber aufmüpfigen Studierenden möglich sein als bisher, oder nicht? Wie auch sonst kann jedenfalls nicht beides gleichzeitig stimmen.

Verhaltensregeln kann der Senat im Übrigen auch zur Umsetzung des (zusätzlichen) Diversitätskonzepts nach § 84 erlassen, vgl. § 85 Abs. 1 S. 2 HG-E, Gesetzesbegründung S. 180. Studierende mit Ämtern etwa in der Selbstverwaltung fallen zusätzlich unter die Sicherungsmaßnahmen, § 87 Abs. 5.

40 Vgl. zum Bundesbeschluss vom 20.9.1819 („Bundes-Universitätsgesetz“, dort insbesondere § 2, S. 1, Text unter <http://www.documentarchiv.de/nzjh/bduniges.html>) und die nachfolgende Relegationspraxis knapp *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Band 2, 1992, S. 78 f.; *Werner Frotscher/Bodo Pieroth*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 20. Aufl. 2022, Rn. 267.

41 So etwa aus Sicht einer besonders betroffenen Hochschule *Alexander May*, *Handlungsoptionen und Opferschutz bei Machtmissbrauch an Hochschulen*, *Wissenschaftsrecht* 56 (2023), S. 210 (214 ff.); ebenso HG-E vom 26.9.2024, Begründung S. 170 f., S. 205 ff. In diese Richtung auch die in die Erarbeitung des Gesetzentwurfs einbezogenen *Markus Ogorek/Luca Manns*, <https://www.faz.net/anspruch/warum-durch-das-nrw-hochschulgesetz-keine-paralleljustiz-droht-110251130.html>.

42 Vgl. den Überblick bei *Karoline Haake*, *Meinungs- und Lehrfreiheit – Was müssen Hochschulen aushalten?*, *OdW* 2021, S. 257 ff. Klassische Rekonstruktion von den Grundrechten her am Beispiel von „Streik“ und „Aussperrung“ bei Studierenden bei *Bodo Pieroth*, *Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule*, 1976, S. 221 ff.

Rechtsanwendung oder Unkenntnis hinsichtlich der Rechtsgrundlagen zurückzuführen sein.<sup>43</sup> Insoweit wäre die Kontrollfrage zu stellen, ob Hochschulleitungen, die bisher im Sinn des Opferschutzes durchsetzungsstark gehandelt haben, nach Auffassung des Normgebers ohne hinreichende rechtliche Grundlagen und also rechtswidrig gehandelt hätten. Der genaue Mehrwert der Neuregelungen schillert also mindestens zwischen bloßer Deklaration und Vermehrung.

Zum anderen ist die katalogartige *Formalisierung von Rechtsfolgen* anders als wohl vermutet keine Hilfe für zielgenaues Handeln. Der gute Wille, möglicherweise gerade überforderten Personalabteilungen an den Hochschulen durch genaue Abschichtung Hilfestellung zu leisten, wird nämlich erwartbar den gegenteiligen Effekt haben: Statt einer flexiblen, einzelfallabhängigen Handhabung werden durch das Zusammenspiel von relativ unbestimmten gesetzlichen Dienstplichten bzw. universitären Ordnungen (Tatbestand) und gesetzlichen Auswahlmöglichkeiten (Rechtsfolge) Fallstricke für mögliche Anwendungsfehler *en masse* produziert. Schon die Vorstellung, mit den Ansprechpersonen ließen sich (zusätzlich zu den bestehenden Strukturen der Studierenden- und Mitarbeiterberatung und der Dienstaufsicht) hochprofessionelle und zugleich quasi justizförmige Einrichtungen etablieren, die schon an dieser frühen Stelle Opferschutz wie Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber den beschuldigten Beschäftigten unparteiisch und sorgsam nach allen Richtungen abwägen, bevor sie auch nur die Dienstvorgesetzten einschalten, ist wirklichkeitsfremd und im Sinn des Opferschutzes zugleich durchaus sachwidrig.<sup>44</sup> Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die „gefahrenabwehrrechtlichen“ Maßnahmen, die in den geplanten „Sicherungsverfahren“ auch ohne Schuldvorwurf und ohne Nachweis verhängt werden sollen, sehr wohl materiellen Sanktionscharakter haben – man kann das etwa bei unbefristeten Betretungsverbo-

ten und dem Entzug von Forschungsmitteln nicht einfach dadurch ausschließen, indem man diese disziplinarische Wirkung begrifflich bestreitet.<sup>45</sup> Nicht zu bestreiten ist, dass solche Maßnahmen notwendig sein können, um in konkreten Gefahrensituationen möglichen Machtmissbrauch zu unterbinden und schwache Beteiligte, z. B. Studierende oder Doktoranden, zu schützen – aber es ist zu bestreiten, dass dafür diese neuen Instrumente notwendig und geeignet sind. Schließlich: Das allgemeine Argument, man könne hier bisher „wegen der Wissenschaftsfreiheit“ nicht hinreichend agieren, ist geradezu empörend: Als ob die Wissenschaftsfreiheit Übergriffe rechtfertigen würde, oder verbeamtete Professoren außerhalb des allgemeinen Dienstrechts stünden, das den Dienstvorgesetzten etwa über das Weisungs- und Hausrecht vielfältige Möglichkeiten gibt, niedrigschwellig und wirksam zu agieren – was eben auch an etlichen Standorten geübte Praxis ist, freilich saubere Verfahren (wie etwa Anhörungen) und die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips voraussetzt.

Man kann es auch so sagen: Wo bisher die Tatkraft und Präzision fehlte, mit der notwendigen Klarheit und Entschiedenheit zu reagieren, wird durch die umfangreichen Vorschriften zum „Hochschulsicherheitsrecht“ nichts besser. Und wenn gar davon ausgegangen wird, dass Sicherungsmaßnahmen (nunmehr) nur dann möglich sind, wenn die Dienstvorgesetzten parallel auch ein förmliches Disziplinarverfahren eröffnen,<sup>46</sup> steht zu erwarten, dass zukünftig sogar *weniger statt mehr Opferschutz* produziert wird. Denn die Hürde zum Disziplinarverfahren ist aus guten Gründen keineswegs niedrig, es setzt für „Dienstvergehen“ den Verdacht auf „schuldhaft“ Begehung bei der Verletzung von Dienstplichten voraus – und stellt deswegen im Vergleich zur alltäglichen Lenkung des Personals durch Dienstvorgesetzte faktisch die absolute Ausnahme dar (nicht nur in den

43 Das räumt explizit auch *Alexander May*, Handlungsoptionen und Opferschutz bei Machtmissbrauch an Hochschulen, *Wissenschaftsrecht* 56 (2023), S. 210 (223 ff.) ein, der insoweit von „komplexen Problemlagen“ in Bezug auf die vorhandenen (!) Möglichkeiten dienstlicher Anordnungen spricht. Die richtige Gewichtung der Wissenschaftsfreiheit wird aber auch durch umfangreiche Kataloge von Gefahrenabwehrmaßnahmen nicht einfacher.

44 Gerade kleinere Hochschulen haben dafür keine Personalreserven. Es wäre auch keine Lösung, auf ausgelagerte Stellen wie beauftragte Rechtsanwälte oder (erst noch einzurichtende) gemeinsame „Kompetenzzentren“ zurückzugreifen. Denn jedenfalls außerhalb arbeitsrechtlich bzw. dienstrechtlich eindeutiger Missbrauchskonstellationen ist die orts- und wissenschaftsnah Beurteilung von „akademischen Fällen“ so kaum möglich. Opferberatung hat im Übrigen aus guten Gründen eine oft ganz

bewusst parteiliche Perspektive – deswegen darf ihre Arbeit auch nicht mit behördlich-hoheitlichen Verfahren vermischt werden.

45 In diese Richtung auch bereits OVG Münster, Beschluss vom 19.12.2008, 6 B 1607/08, Rn 5.

46 So ausdrücklich Gesetzesbegründung des HG-E vom 26.9.2024, S. 175 („muss“). Die Gleichsetzung eines nach tatsächlichen Anhaltspunkten möglichen Verstoßes gegen eine „dienstrechtliche Pflicht“ nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 HG-E mit dem Verdacht eines disziplinarisch zu verfolgenden schuldhaften Dienstvergehens nach § 17 LDG NW und § 47 BeamStG übersieht die starken Zusatzwertungen, die das allgemeine Disziplinarrecht mit guten Gründen in seiner Terminologie enthält: Würde tatsächlich jeder vermutete Verstoß gegen Dienstplichten zugleich förmliche Disziplinarverfahren erforderlich machen, stünde der Öffentliche Dienst morgan still.

Hochschulen, sondern in allen Bereichen der öffentlichen Verwaltung). Man will stark hoffen, dass die Klärung von zweifelhaften Situationen und die Sicherung von Studierenden und Mitarbeitern nicht erst und nur möglich ist, wo zugleich förmliche Disziplinarverfahren notwendig sind und auch tatsächlich eingeleitet werden. Hier fesselt der Gesetzentwurf durch einen formalistisch-gedanklichen Kurzschluss letztlich wirksames Handeln, wo er das Gegenteil erreichen will.

### III. Schluss

Die Gestaltung des Hochschulrechts ist in Deutschland ein zugegebenermaßen mühsames Geschäft: Weder hat man es mit allgemeinen Ordnungsregeln für den Freiheitsgebrauch der Gesellschaft zu tun noch mit Vorgaben für nachgeordnete Dienststellen. Denn die Universitäten sind von Verfassungswegen ein Raum institutionell gesicherter „öffentlicher“ Freiheit – und unser Sozial- und Kulturstaat kann stolz auf die Privilegien sein, die Studierende und Hochschullehrer im internationalen Vergleich genießen. Gerade in Nordrhein-Westfalen ist der Gestaltungsraum der Hochschulen auch in Zeiten knapper Kassen bisher verteidigt worden, nicht zuletzt durch das Ministerium. Aber der Lack ist dünn, auch das kein Wunder in diesen aufgerauten Zeiten. Und so können Einzelheiten, wenn sie sich summieren, Systemschäden auslösen. Aus Sicht der anwendungsorientierten Gesetzgebungslehre droht nach den vorstehend formulierten Beobachtungen genau ein solcher Fall: Der vorliegende Entwurf eines „Hochschulstärkungsgesetz“ beschädigt die Eckpfeiler der wissenschaftlichen Selbstverwaltung, und seine Regelungen werden die Mitglieder der Hochschulen absehbar aus dem Engagement für das Besondere in die *bequeme Sicherheit der geschäftigen Risikovermeidung* treiben – zum Schaden für Forschung und Lehre.

Warum das? Wie zu zeigen war, ist die vom Gesetzentwurf durchaus betonte Verlagerung von (weiteren) Gestaltungsentscheidungen auf Rektorate, Dekanate und Senate an den Hochschulen angesichts der gleichzeitig (und seit Jahren) betriebenen Verdichtung entsprechender Pflichten und Optionen gerade *keine Stärkung der Selbstverwaltung*. Denn sie wird nicht mit einer Entlastung von materiellen Vorgaben verbunden, im Gegenteil. Autonomie kann auf diesem Wege der Aufgabenhäufung geradezu erstickt werden, indem man sie überlastet und verkompliziert. Dann bekommt die

scheinbar freundliche Formel vom Zutrauen in die Leistungsfähigkeit der Selbstverwaltungs-Gremien einen durchaus zynischen Klang in den Ohren derer, die dort ehrenamtlich, mit hoher Verantwortung und in vielen Fällen weit über ihre Pflichten hinaus Dienst tun – hier trifft sich die Hochschule mit ähnlichen Sorgen etwa im Bereich der Kommunalpolitik.

Wenn man von der Wirkung von Gesetzen spricht, ist außerdem zu berücksichtigen, dass die umfassende Rede von „Hochschulsicherheit“, hochschulspezifischer „Gefahrenabwehr“, „Sicherungsverfahren“, „Sicherungsmaßnahmen“, „Sicherheitsverstoß“, „Sicherungsgegnern“ usw. von den Normadressaten eben nicht nur als gezielte (und wie angedeutet verfassungsrechtlich mindestens fragwürdige) Bekämpfung von akademischen Missbrauchsgefahren aufgefasst wird, sondern als *Hal tung eines grundständigen Misstrauens* oder mindestens Nichtverstehens gegenüber dem lebendigen und wechselseitig fordernden Prozess der Wissenschaft. Insofern ist festzuhalten: Gesetzgebung kann reale Wirkungen durch symbolisches Handeln haben, im Guten oder (wie hier) im Schlechten (Überwirkung). Und zugleich: Gesetzesbestimmungen lassen sich nicht auf „gemeinte“ Fälle reduzieren (Unterwirkung), denn gezählt werden nicht salvatorische Klauseln in Gesetzesbegründungen, sondern tatsächlich erzeugte Anwendungskonstellationen.

So bleibt am Ende ein dringender Rat: Die Verwirklichung des Gesetzesentwurfs würde zu echten Strukturschäden an den betroffenen Hochschulen führen und sie im Wettbewerb national und international deutlich zurückschleppen. Dabei geht es nicht um die wohlverstandenen Ziele auf der ersten Ordnungsebene – aber in sehr prinzipieller Weise um die Umsetzung, die die falschen Hebel gewählt hat. Positiv gewendet: Würde das Gesetzesvorhaben grundständig neu aufgesetzt, ausgerichtet auf eine nach allen Seiten ausgewogene, ebenso schlanke wie effiziente Fortentwicklung des Hochschulrechts, gestützt auf den breiten Dialog mit den Praktikern gelingender Selbstverwaltung unter Verwertung von Best-Practice-Lösungen, hätten das Ministerium und die Ministerin die Hochschulen nicht gegen sich, sondern an ihrer Seite.

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann bekleidet einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Münster und ist u. a. Leiter des dortigen Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI).



# Martin Scheurer

## Datenschutz, KI und Forschungsprivileg?

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Zum Begriff der KI

#### III. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Datenschutzrechts bei KI-gestützten Tools in Forschung und Lehre

1. Der persönliche Anwendungsbereich
2. Der sachliche Anwendungsbereich

#### IV. Die datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegien

1. Datenschutz und wissenschaftliche Forschung?
  - a) Zum Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach den Vorgaben der DSGVO
  - b) Grenzen der wissenschaftlichen Forschung
2. Das Forschungsprivileg und KI?

#### V. Datenschutzrechtliche Anforderungen bei Anwendbarkeit des Forschungsprivilegs

1. Das Forschungsprivileg und das Erfordernis einer Rechtsgrundlage?
  - a) Die Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO
  - b) Die Verarbeitung zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e, Art. 6 Abs. 3 DSGVO i.V.m. Art. 4 BayDSG
  - c) Die interessengestützte Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO
2. Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze
  - a) Das Privileg der „Informationseinschränkung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO i.V.m. Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO)
  - b) Das Privileg der „Zwecklockerung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. b HS 2 DSGVO)

- c) Das Privileg der „verlängerten Aufbewahrung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO)
  - d) Das Privileg der „Widerspruchsversagung“ (Art. 21 Abs. 6 DSGVO)
3. Geeignete Garantien im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO
    - a) Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung
    - b) Sicherstellung der Transparenz der Verarbeitung
    - c) Sicherstellung der Betroffenenrechte
    - d) Umsetzung von geeigneten Lös- und Sperrkonzepten
    - e) Maßnahmen zur Datenminimierung, Art. 89 Abs. 1 S. 2 und S. 3 DSGVO
    - f) Dokumentation im Rahmen eines ganzheitlichen Datenschutzkonzepts

#### VI. Fazit

### I. Einleitung

Unterschiedlichste Formen der Künstlichen Intelligenz („KI“) bestimmen weiterhin den gesamtgesellschaftlichen sowie den rechtlichen Diskurs. KI wandelt den Alltag, transformiert die Arbeitswelt<sup>1</sup>, schafft gleichermaßen Chancen und Risiken.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sowohl Lehrende<sup>3</sup> als auch Studierende<sup>4</sup> bereits umfassend auf KI-Tools innerhalb des Hochschulbetriebs zurückgreifen.<sup>5</sup>

Innerhalb des Hochschulkontexts erschöpft sich die Thematik KI darüber hinaus nicht mit in der Einbeziehung des Assistenten „ChatGPT“<sup>6</sup> in Studium und Lehre. Vielmehr ist die KI zentraler Forschungsgegenstand

1 Wenngleich Deutschland weiterhin kein Digitalisierungsvorreiter ist, setzen insbesondere deutsche Unternehmen überdurchschnittlich oft auf die Nutzung von KI, vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, KI-Einsatz in Unternehmen in Deutschland, S. 17; weiterführend zur Verbreitung und Akzeptanz generativer KI in Deutschland und an deutschen Arbeitsplätzen: Schlude/Schwind/Mendel/Stürz/Harles/Fischer, Verbreitung und Akzeptanz generativer KI in Deutschland und an deutschen Arbeitsplätzen, Bidt 2023, abrufbar unter: <https://www.bidt.digital/publication/verbreitung-und-akzeptanz-generativer-ki-in-deutschland-und-an-deutschen-arbeitsplaetzen/>, dieser und alle folgenden Links wurden zuletzt abgerufen am 04.01.2025.

2 Vgl. exemplarisch zu den Risiken generativer KI-Modelle: Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Generative KI-Modelle – Chancen und Risiken für Industrie und Behörden, abrufbar unter: [https://www.bsi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/BSI/KI/Generative\\_KI-Modelle.pdf?\\_\\_](https://www.bsi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/BSI/KI/Generative_KI-Modelle.pdf?__blob=publicationFile&v=5)

blob=publicationFile&v=5.

3 37 Prozent der Lehrenden nutzen bereits KI-Tools zur Vorbereitung der Lehre, vgl. Budde/Tobor/Friedrich (HFD/CHE), Blickpunkt Künstliche Intelligenz – Wo stehen die deutschen Hochschulen, 2024, S. 15 ff.

4 Insbesondere zur Prüfungsvorbereitung greifen ca. 50 Prozent der Studierenden auf KI-Tools zurück, vgl. Budde/Tobor/Friedrich (HFD/CHE), Blickpunkt Künstliche Intelligenz – Wo stehen die deutschen Hochschulen, 2024, S. 12 ff; ausführlich zu den Potentialen KI-gestützter Lehre: Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 171.

5 Ausführlich zu den Einsatzmöglichkeiten generativer KI im Kontext etwaiger Hochschulprüfungen: Heckmann/Rachut, OdW 2024, 85 ff.

6 Vgl. hierzu Pardey, Was kann KI für Lehrende tun?, Forschung und Lehre v. 05.11.2024, abrufbar unter: <https://www.forschung-und-lehre.de/lehre/was-kann-ki-fuer-lehrende-tun-6729>.

von zwischenzeitlich mindestens 200 KI-Universitätsprofessoren: innen in Deutschland.<sup>7</sup>

Unabhängig davon, ob die KI nunmehr aber Gegenstand oder Assistent von Forschung und Lehre ist, werden bei Einsatz entsprechender Tools regelmäßig auch personenbezogene Daten verarbeitet. Der nachfolgende Beitrag untersucht daher, ob und in welchem Umfang die Vorgaben des Datenschutzrechts im Kontext KI-gestützter Forschungs- und Lehrvorhaben anwendbar sind. Soweit dies der Fall ist, soll in der Folge untersucht werden, ob und in welchem Umfang KI-gestützte Verarbeitungsprozesse im Hochschulkontext von den datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegien profitieren können. Ein besonderer Schwerpunkt soll dabei auf den datenschutzrechtlichen Forschungsbegriff (dazu unter IV.) sowie auf die datenschutzrechtlichen Anforderungen im Kontext einer (KI-gestützten) forschungsbezogenen Datenverarbeitung gelegt werden (dazu unter V.).

## II. Zum Begriff der KI

Der Begriff der KI wird weiterhin unterschiedlich definiert bzw. ausgestaltet.<sup>8</sup> Soweit ersichtlich besteht Einigkeit, dass der Aspekt des maschinellen Lernens zentrales Element einer KI ist. So ordnet etwa die Deutsche Datenschutzkonferenz („DSK“) – sehr weitgehend – alle Verarbeitungsprozesse, die auf maschinellem Lernen beruhen, dem Begriff der KI zu.<sup>9</sup> Auch in der Literatur werden maschinelle Lernsysteme, welche auf Grundlage eines erheblichen Datenbestandes, entsprechender mathematischer Schemata sowie einer Eingabe (oftmals auch als „Prompt“ bezeichnet) ein Ergebnis liefern, unter

den Begriff der KI subsumiert.<sup>10</sup> Schließlich benennt auch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik das maschinelle Lernen, neben dem maschinellen Schließen und der Robotik, als zentrale KI-Technologie.<sup>11</sup>

Die Verordnung zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz (KI-VO)<sup>12</sup> definiert das KI-System in Art. 3 Nr. 1 KI-VO.<sup>13</sup> Mithin handelt es sich bei einem KI-System um ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grad autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann. Darüber hinaus muss das KI-System in der Lage sein, aus den erhaltenen Eingaben Ausgaben, Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen für explizite oder implizite Ziele abzuleiten, welche die physische oder virtuelle Umgebung beeinflussen können. Wesentliches Element eines KI-Systems ist dabei die Fähigkeit zur Ableitung, welche über eine einfache Datenverarbeitung hinausgeht, indem Lern-, Schlussfolgerungs- und Modellierungsprozesse ermöglicht werden.<sup>14</sup>

Mit Blick auf den datenschutzrechtlichen Fokus des vorliegenden Beitrages kommt es letztlich weniger auf eine abschließende, trennscharfe Legaldefinition der KI respektive des zugehörigen KI-Systems an. Entscheidend und weitestgehend anerkannt ist,<sup>15</sup> dass sowohl die Datengrundlage bzw. die vorgelagerten Trainingsdaten als auch die Ein- und Ausgabedaten regelmäßig einen Personenbezug aufweisen können,<sup>16</sup> sodass die Vorgaben des Datenschutzrechts dem Grunde nach umfassend zur Anwendung gelangen (dazu weiterführend unter III.).<sup>17</sup>

7 Siehe hierzu bitkom, KI-Forschung in Deutschland – Der schwere Weg zu 100 neuen KI-Professoren, Impulspapier, 2020, abrufbar unter: [https://www.bitkom.org/sites/main/files/2020-07/200731\\_impulspapier\\_ki-forschung.pdf](https://www.bitkom.org/sites/main/files/2020-07/200731_impulspapier_ki-forschung.pdf).

8 Weiterführend hierzu Heckmann/Rachut, OdW 2024, 85, 90; Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 173; allgemein zum Begriff der künstlichen Intelligenz auch Burkhardt, OdW 2023, 71 ff.

9 Deutsche Datenschutzkonferenz, Positionspapier der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 06.11.2019, S. 1; in diesem Sinne auch der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 6.

10 Vgl. hierzu bereits ausführlich Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 173; Hentsch/Rodenhausen, MMR 2024, 714; Birkholz, KIR 2024, 91, 93.

11 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Transparenz von KI-Systemen, Whitepaper, 2024, S. 7.

12 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013,

(EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L 2024/1689.

13 Ausführlich zum Begriff des KI-Systems nach den Vorgaben der KI-VO: Wendehorst/Nessler/Aufreiter/Aichinger, MMR 2024, 605 ff.

14 Vgl. Erwägungsgrund 12 S. 3, 4 und 5 KI-VO.

15 Kritisch zum Personenbezug am Beispiel eines Large Language Models: Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationssicherheit, Diskussionspapier: Large Language Models und personenbezogene Daten, 2024.

16 Gleichwohl wird bei der datenschutzrechtlichen Betrachtung eines KI-Systems regelmäßig zwischen den unterschiedlichen Phasen der Verarbeitung differenziert, siehe hierzu ausführlich: Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationssicherheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 10 ff.

17 In diesem Sinne etwa die Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 3. Mai 2024, Nationale Zuständigkeiten für die Verordnung zur Künstlichen Intelligenz (KI-VO).

### III. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Datenschutzrechts bei KI-gestützten Tools in Forschung und Lehre

Der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist technologie-neutral ausgestaltet und wird nicht durch die konkret verwendete Technologie bedingt.<sup>18</sup> In der Folge sieht die DSGVO keine spezifischen Vorgaben für bestimmte Technologien, wie etwa KI, vor.<sup>19</sup> Auch bei der KI-gestützten Verarbeitung von personenbezogenen Daten gelten die allgemeinen Vorschriften des Datenschutzrechts.<sup>20</sup> Im Umkehrschluss ist allerdings gleichermaßen festzuhalten, dass das Datenschutzrecht der Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext einer KI nicht prinzipiell entgegensteht.<sup>21</sup> Das Datenschutzrecht versteht sich nicht als „Showstopper“, sondern als Regulierungs- bzw. Ausgleichsinstrument im Kontext diverser (grundrechtlich geschützter) Interessen.<sup>22</sup>

Für die Eröffnung des persönlichen bzw. sachlichen Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts kommt es damit auf die Vorgaben des Art. 1 bzw. des Art. 2 DSGVO an.

#### 1. Der persönliche Anwendungsbereich

Art. 1 Abs. 1 der DSGVO hält fest, dass natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten geschützt werden. Unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Aufenthaltsort der betroffenen Person, soll die DSGVO insbesondere das Grundrecht auf Datenschutz (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>23</sup>) wahren. Daten zu juristischen Personen, wie etwa Name oder auch Kontaktdaten, werden in der Regel nicht durch die Vorgaben des Datenschutzrechts geschützt.<sup>24</sup> Wenngleich diese Differenzierung in der Praxis von Relevanz sein kann, wird diese Einschränkung des persönlichen Anwen-

dungsbereichs für die Hochschulpraxis regelmäßig keine signifikante Rolle einnehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Gruppe der betroffenen Personen regelmäßig auf natürliche Personen beschränkt. Das gilt allem voran für die Lehre, regelmäßig aber auch für einen forschungsrelevanten Datenkorpus.

#### 2. Der sachliche Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO ist eröffnet, sofern eine ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorliegt (Art. 2 Abs. 1 Alt. 1 DSGVO). Dabei wird sowohl die Definition des personenbezogenen Datums im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO als auch der Begriff der Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO denkbar weit ausgelegt.<sup>25</sup> Vor diesem Hintergrund vertreten insbesondere die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden, dass bei Einsatz eines KI-Systems regelmäßig personenbezogene Daten verarbeitet werden und damit die Vorgaben der DSGVO umfassend zu berücksichtigen seien.<sup>26</sup>

Unabhängig davon, ob im Einzelfall KI-Szenarien denkbar sind, welche auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten verzichten, ist jedenfalls im Rahmen des hochschulbedingten KI-Einsatzes regelmäßig von einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten auszugehen.<sup>27</sup>

### IV. Die datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegien

Das Datenschutzrecht ist – wie gezeigt – in aller Regel auch bei KI-gestützten Verarbeitungsprozessen innerhalb des Hochschulkontexts zu berücksichtigen. Mit Blick darauf, dass der hochschulbedingte KI-Einsatz aber in aller Regel kein Selbstzweck, sondern vielmehr im engen Sachzusammenhang mit Forschung und Lehre steht, stellt sich die Frage, ob die datenschutzrechtlichen

18 Erwägungsgrund 15 S. 1 der DSGVO; vgl. dazu auch *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann/Paschke, jurisPK Internetrecht, 8. Aufl. 2024 (Stand: 19.11.2024), Kapitel 9 Rn. 791 ff.

19 Vgl. dazu auch bereits *Seckelmann/Horstmann*, OdW 2024, 169, 174.

20 So auch der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 7.

21 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 159.

22 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 159.

23 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 391 ff. – im Folgenden einheitlich „GrCh“.

24 So ausdrücklich Erwägungsgrund 14 S. 2 der DSGVO; hierzu weiterführend *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann/Paschke, jurisPK Internetrecht, 8. Aufl. 2024 (Stand: 19.11.2024), Kapitel 9 Rn. 132 ff.

25 Ausführlich zur Frage der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen einer KI etwa *Golland*, EuZW 2024, 846 ff.; *Franke*, RD 2023, 565, 566; *Seckelmann/Horstmann*, OdW 2024, 169, 174; *Paal*, ZfDR 2024, 129, 133 ff.; *Hansen/Walczak*, KIR 2024, 82 ff.

26 Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 3. Mai 2024, Nationale Zuständigkeiten für die Verordnung zur Künstlichen Intelligenz (KI-VO).

27 *Seckelmann/Horstmann*, OdW 2024, 169, 174.

Forschungsprivilegien der DSGVO herangezogen werden können.

Zu diesem Zweck soll vorweg dargestellt werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die DSGVO die wissenschaftliche Forschung privilegiert (dazu unter 1.). Etwaige Besonderheiten im Kontext einer KI-gestützten Verarbeitung werden unter 2. beleuchtet.

### 1. Datenschutz und wissenschaftliche Forschung?

Sowohl die informationelle Selbstbestimmung als zentrales Schutzgut des Datenschutzes, als auch die Forschungsfreiheit genießen auf nationaler sowie auf supranationaler Ebene verfassungsrechtlichen Schutz.<sup>28</sup> Die Grundrechtskollision ist damit in der forschungsbedingten Verarbeitung personenbezogener Daten angelegt.<sup>29</sup> Dieser Konflikt wird maßgeblich anhand der Vorgaben der DSGVO gelöst, wobei dem Begriff der wissenschaftlichen Forschung eine zentrale Rolle zukommt. Der nachfolgende Abschnitt beleuchtet daher zunächst Umfang und Grenzen der „datenschutzrechtlichen Forschungsfreiheit“.

#### a) Zum Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach den Vorgaben der DSGVO

Der Bedeutung der wissenschaftlichen Forschung wird innerhalb der DSGVO an unterschiedlicher Stelle Rechnung getragen. So kann der grundrechtlich fundierte Zweckbindungsgrundsatz in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext wissenschaftlicher Forschung partiell durchbrochen werden. Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO sieht eine ergänzende Spezifizierungsklausel für den Bereich der

Forschung vor. Die Informationspflichten als auch die Betroffenenrechte können eingeschränkt werden (Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO, Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO bzw. Art. 21 Abs. 6 DSGVO).<sup>30</sup> Die Vorgaben des Art. 85 Abs. 2 bzw. des Art. 89 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO bieten den Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit zu weiteren Spezifizierungen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung.<sup>31</sup> Auf eine ergänzende Begriffsdefinition wird aber sowohl innerhalb des erläuternden als auch innerhalb des verfügenden Teils der DSGVO verzichtet.<sup>32</sup>

Auch die Vorgaben des primärrechtlich maßgeblichen Art. 13 S. 1 GrCh, der die Kunst und die Forschung ausdrücklich im Blick hat, sehen keine Definition vor.<sup>33</sup> Einigkeit besteht allerdings dahingehend, dass der Begriff der wissenschaftlichen Forschung unter Berücksichtigung des Erwägungsgrund 159 DSGVO einem weiten Begriffsverständnis unterfällt.<sup>34</sup> Umfasst wird insbesondere die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zweck der technologischen Entwicklung samt Demonstration, die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung aber auch die privat finanzierte Forschung.<sup>35</sup>

In Anlehnung an die nationale Rechtsprechung zum Forschungsbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG wird teils gefordert,<sup>36</sup> dass sich das Forschungsvorhaben als planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit charakterisieren müsse.<sup>37</sup> Es bedürfe einer geistigen Tätigkeit, welche das Ziel verfolgt, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.<sup>38</sup>

In diesem Sinne lassen sich auch die Ausführungen des Europäischen Datenschutzausschusses verstehen,

28 Instruktiv hierzu etwa *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 158 ff; *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 161 ff.

29 *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 3.

30 Ausführlich zu den einzelnen Privilegierungen unter V. 2.

31 Das Verhältnis zwischen Art. 85 Abs. 2 DSGVO und Art. 89 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO ist umstritten. Überwiegend wird dabei vertreten, dass der weiter gefasste Art. 85 Abs. 2 DSGVO maßgeblich die Publikationstätigkeit im Zusammenhang mit etwaigen Forschungsarbeiten umfasst, während Art. 89 Abs. 1 DSGVO die originäre Forschung im Blick hat (ausführlich hierzu etwa *Cornils*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 45. Edit. Stand: 01.02.2021, Art. 85 DSGVO Rn. 82 ff.).

32 *Golla*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 23 Rn. 14.

33 *Raum*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 27.

34 *Weichert*, ZD 2020, 18, 19; *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 159; *Golla*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 23 Rn. 14; *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn.

12; *Raum*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 27.

35 Vgl. Erwägungsgrund 159 S. 2 DSGVO.

36 Kritisch zur Auslegung der DSGVO anhand nationaler Vorgaben: *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 15; auch *Ruffert* mahnt zur Vorsicht bei der Übertragung des deutschen Wissenschaftsbegriffs auf die Vorgaben des Art. 13 GrCh, siehe *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-Grundrechtecharta Rn. 5; im Allgemeinen zur Erforderlichkeit der primärrechtskonformen Auslegung der DSGVO: *Scheurer*, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 67 ff.

37 So *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 159; *Weichert*, ZD 2020, 18, 19; *Raum*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 27 jeweils unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

38 *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 159; *Weichert*, ZD 2020, 18, 19; *Raum*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 27; so letztlich wohl auch *Ruffert* für die Vorgaben des Art. 13 GrCh, der die wissenschaftliche Betätigung maßgeblich als methodisch geleitetes Generieren von neuem Wissen verstehen möchte, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-Grundrechtecharta Rn. 6.

der den Begriff der wissenschaftlichen Forschung nicht über seine allgemeine Bedeutung hinaus ausgeweitet verstanden wissen will.<sup>39</sup> Vorausgesetzt wird ein Forschungsprojekt, „[...] das in Übereinstimmung mit den maßgeblichen, für den Sektor relevanten methodischen und ethischen Standards und in Übereinstimmung mit bewährten Verfahren entwickelt wird.“<sup>40</sup>

Mit Beschluss vom 11. September 2024 hat sich die DSK mit dem Begriff der wissenschaftlichen Forschung nach den Vorgaben der DSGVO befasst.<sup>41</sup> Die DSK stimmt mit dem in der Literatur vorherrschenden Begriffsverständnis überein,<sup>42</sup> konkretisiert allerdings die Anforderungen, welche im Rahmen des Forschungsprojekts bzw. der wissenschaftlichen Forschung zu berücksichtigen sind:<sup>43</sup>

Vorweg wird ein *methodisches* und *systematisches Vorgehen* unter Berücksichtigung der fachspezifischen Eigenarten und Besonderheiten zur Ermittlung der rationalen Wahrheit vorausgesetzt. Die wissenschaftliche Forschung muss das Ziel des *Erkenntnisgewinns* verfolgen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Aufsichts-, Kontroll-, Organisations- oder Werbezwecken unterfällt, wie auch die reine Anwendung bereits vorhandener Erkenntnisse, nicht dem Privilegierungsstatbestand der wissenschaftlichen Forschung. Die wissenschaftliche Forschung im Sinne der DSGVO setzt nicht voraus, dass die Forschungsergebnisse im Rahmen einer Publikation oder eines Vortrages veröffentlicht werden. Das Forschungsvorhaben muss allerdings nachprüfbar sein, etwa durch eine Dokumentation anhand wissenschaftlicher Standards. Dabei erkennt die DSK allerdings an, dass Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse

sowie weitere Geheimhaltungsinteressen einer (unbeschränkten) Veröffentlichung entgegenstehen können. Ausgeschlossen werden lediglich Forschungsvorhaben, welche gezielt der Geheimhaltung unterliegen und dadurch der Überprüfung durch die Fachgemeinschaft entzogen werden.<sup>44</sup>

Wesentliches Element der wissenschaftlichen Forschung ist zudem der Aspekt der *Unabhängigkeit*. Wenn gleich das Forschungsvorhaben weisungsbegleitet oder auch der Kritik des Auftraggebers ausgesetzt sein kann, muss es letztlich autonom durch die Forschenden durchgeführt werden können.<sup>45</sup>

Zuletzt setzt die DSK voraus, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung bzw. innerhalb des Forschungsprojekts dem Gemeinwohlinteresse dient. Zwar erkennt auch die DSK an, dass der Begriff der Forschung personen- und institutionsunabhängig ist und damit auch die Ressort- und Industrieforschung privilegieren kann.<sup>46</sup> Die Einschränkung der datenschutzrechtlichen Vorgaben durch die Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung lasse sich aber nach Auffassung der Behörden nur durch eine *Gemeinwohlorientierung* des Vorhabens rechtfertigen. Ausschließlich kommerzielle oder Individualinteressen an dem Forschungsvorhaben seien nach Auffassung der DSK nicht ausreichend, um die datenschutzrechtlichen Privilegierungen der wissenschaftlichen Forschung zu legitimieren.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten jedenfalls dann wissenschaftlich privilegiert ist, sofern die weisungsfreie Tätigkeit das Ziel des überprüfbaren Erkennt-

39 EDSA, Leitlinien 3/2020 für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten für wissenschaftliche Forschungszwecke im Zusammenhang mit dem COVID-19-Ausbruch, angenommen am 21. April 2020, S. 6 Rn. 10 unter Verweis auf die Leitlinien der früheren Artikel-29-Datenschutzgruppe in Bezug auf die Einwilligung gemäß der Verordnung 2016/679 vom 10.04.2018, WP259 rev.01, 17DE, S. 33.

40 EDSA, Leitlinien 3/2020 für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten für wissenschaftliche Forschungszwecke im Zusammenhang mit dem COVID-19-Ausbruch, angenommen am 21. April 2020, S. 6 Rn. 10 unter Verweis auf die Leitlinien der früheren Artikel-29-Datenschutzgruppe in Bezug auf die Einwilligung gemäß der Verordnung 2016/679 vom 10.04.2018, WP259 rev.01, 17DE, S. 33.

41 Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11. September 2024, DS-GVO privilegiert wissenschaftliche Forschung – Positionspapier zum Begriff „wissenschaftliche Forschung“.

42 Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und

der Länder vom 11. September 2024, DS-GVO privilegiert wissenschaftliche Forschung – Positionspapier zum Begriff „wissenschaftliche Forschung“, S. 2.

43 Zum Folgenden Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11. September 2024, DS-GVO privilegiert wissenschaftliche Forschung – Positionspapier zum Begriff „wissenschaftliche Forschung“, S. 2 ff.

44 Diesbezüglich hält Weichert fest, dass sich die Offenlegungspflicht auf die im Wesentlichen eingesetzten Forschungsmethoden erstreckt, um die Plausibilität des Forschungsvorhabens überprüfen zu können, vgl. Weichert, ZD 2020, 18, 20.

45 Weichert weist zurecht darauf hin, dass die private Finanzierung des Forschungsvorhabens nicht zwangsläufig den Aspekt der Unabhängigkeit gefährdet, sofern eine direkte Einflussnahme auf den wissenschaftlichen Erkenntnisprozess bzw. eine Unterordnung unter wirtschaftliche oder sonstige Interessen ausgeschlossen ist, vgl. Weichert, ZD 2020, 18, 19.

46 Vgl. dazu auch Golla, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 23 Rn. 19.

nisgewinns anhand eines methodisch-systematischen Vorgehens verfolgt. Darüber hinaus muss das Vorhaben zumindest *auch* dem Gemeinwohl dienen. Dabei geben die Behörden zu erkennen, dass die ergänzende Einbeziehung kommerzieller Interessen nicht zwingend zum Ausschluss der Privilegierung führen muss („nicht ausschließlich kommerzielle oder sonstige Interessen“).

#### b) Grenzen der wissenschaftlichen Forschung

Der vorab dargelegte Forschungsbegriff verdeutlicht, dass nicht jede Verarbeitung personenbezogener Daten – auch innerhalb des Hochschulbereichs – von den Wissenschaftsprivilegierungen der DSGVO profitieren kann. Vielmehr ist das datenschutzrechtliche Forschungsprivileg ein Ausgleichsmechanismus zwischen den (potenziell) widerstreitenden Grundrechten der informationellen Selbstbestimmung (Art. 8 GrCh) und der Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 GrCh).<sup>47</sup> Mithin kann, wie bereits auf Grundlage der vorweg dargestellten Begriffsdefinition gezeigt, nicht jedwede Forschungstätigkeit die Vorgaben des Datenschutzrechts partiell verdrängen.<sup>48</sup>

Es besteht Einigkeit, dass eine Datenverarbeitung jedenfalls dann nicht privilegiert ist, sofern die intendierte Forschungsarbeit ausschließlich individuelle bzw. kommerzielle Interessen verfolgt.<sup>49</sup> Nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob das datenschutzrechtliche Forschungsprivileg auch die Lehrtätigkeit umfasst.

Gegen die Einbeziehung der Lehrtätigkeit wird insbesondere der Wortlaut des Art. 89 Abs. 1 DSGVO vorgebracht. Anders als Art. 85 Abs. 2 DSGVO, der weitergehend von wissenschaftlichen Zwecken spricht, bezieht sich Art. 89 Abs. 1 S. 1 DSGVO ausdrücklich auf wissenschaftliche Forschungszwecke und damit nicht auf die

Lehre.<sup>50</sup> Es soll gerade nur der „engere Bereich der Forschung“ privilegiert werden, da eine Beschränkung der Betroffenenrechte (maßgeblich der betroffenen Studierenden) nicht durch ein gesondertes Vermittlungsinteresse der Lehrenden gerechtfertigt werden kann.<sup>51</sup> Für dieses Ergebnis wird auch Erwägungsgrund 159 S. 2 der DSGVO herangezogen, der zwar ein weites Begriffsverständnis nahelegt (vergleiche dazu bereits unter a)), die Lehre aber ausdrücklich nicht adressiert.<sup>52</sup>

Dem kann entgegengehalten werden, dass die Lehre ein zentraler Aspekt der Wissenschaft ist,<sup>53</sup> und daher prima facie jedenfalls mit der originären Forschung vergleichbar (datenschutzrechtlich) privilegiert werden sollte. Zwar wollte das Europäische Parlament im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens den Forschungsbegriff im Kontext des Art. 89 Abs. 1 DSGVO bewusst einengen.<sup>54</sup> Damit sollte aber – soweit ersichtlich – nicht gezielt die Lehrtätigkeit ausgeschlossen, sondern vielmehr sichergestellt werden, dass nicht jedwede Datenanalyse bzw. Datenaufbereitung unter den Begriff der Forschung subsumiert und entsprechend privilegiert werden kann.<sup>55</sup> Auch dem Rekurs auf Erwägungsgrund 159 S. 2 DSGVO kann vorgehalten werden, dass die Lehre zwar nicht ausdrücklich adressiert, im Begriff der „Demonstration“ aber zumindest angelegt ist.<sup>56</sup> Zudem muss bei Rückgriff auf den Erwägungsgrund berücksichtigt werden, dass der Erwägungsgrund vorweg prominent postuliert, dass „[die] Verarbeitung personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken im Sinne dieser Verordnung [...] weit ausgelegt werden [sollte] [...]“. Das aber spricht gegen eine Verengung auf die reine Forschungstätigkeit.

Auch die Tatsache, dass die zentrale primärrechtliche Norm des Art. 13 S. 2 GrCh<sup>57</sup> ebenfalls ausdrücklich die

47 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI/Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 163.

48 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 163.

49 *Weichert*, ZD 2020, 18, 20; *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 16.

50 *Seckelmann/Horstmann*, OdW 2024, 169, 176; *Pötters*, in: Gola/Heckmann, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 89 Rn. 22; *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 13a.

51 So *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 11.

52 Darauf verweisend *Golla*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 23 Rn. 77.

53 Jedenfalls in der juristischen Fachliteratur wird die Wissenschaft als Oberbegriff für Forschung und Lehre verwendet, vgl. *Pötters*, in: Gola/Heckmann, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 89 DSGVO Rn. 21; *Lauber-Rönsberg*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 49. Edit. Stand: 01.02.2024, Art. 85 DSGVO Rn. 23; vgl. dazu auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-Grundrechtecharta Rn. 5.

54 So *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 12 unter Verweis auf Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3 Rn. 71.

55 So *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 12 unter Verweis auf Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3 Rn. 71.

56 Kritisch hierzu *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 12.

57 Ausführlich zur Erforderlichkeit der primärrechtskonformen Auslegung der DSGVO: *Scheurer*, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 67 ff.

Lehre garantiert,<sup>58</sup> ohne diese *expressis verbis* zu nennen,<sup>59</sup> spricht dafür, dass auch die akademische Lehre von den Vorgaben des datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegs profitieren kann. Zwar ist augenscheinlich, dass auch Art. 13 GrCh semantisch zwischen Forschung (Art. 13 S. 1 GrCh) und Lehre im Sinne der akademischen Freiheit, differenziert. Diese „eigentümliche Auslagerung“ wurde aber seitens des Grundrechtekonvents nicht weitergehend reflektiert.<sup>60</sup>

Jedenfalls in jenen Fällen, in denen die Lehrtätigkeit die vorab benannten Kriterien zur wissenschaftlichen Forschung erfüllt,<sup>61</sup> spricht vieles dafür, dass auch die Lehre von den Wissenschaftsprivilegien der DSGVO profitieren sollte.

## 2. Das Forschungsprivileg und KI?

Der vorab dargestellte Forschungsbegriff im Kontext der DSGVO schließt den Einsatz einer KI nicht aus. Vielmehr kann die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auch bei Einsatz einer KI der wissenschaftlichen Forschung dienen.<sup>62</sup> Nicht erheblich ist dabei, ob die KI im Rahmen der Methodik herangezogen oder aber selbst Gegenstand der Forschung ist.<sup>63</sup> Auch das datenschutzrechtliche Wissenschaftsprivileg ist technologieneutral. Entscheidend ist nicht die zum Einsatz kommende Technologie, sondern die Einhaltung wissenschaftlicher Maßstäbe im Kontext der jeweiligen Datenverarbeitung. Im Umkehrschluss kann der Einsatz einer KI gerade dann nicht wissenschaftlich privilegiert sein, falls die

anerkannten Kriterien an die Forschungsfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt werden.<sup>64</sup>

Von besonderer praktischer Relevanz ist der Aspekt der Nachvollziehbarkeit bzw. der Überprüfbarkeit des wissenschaftlichen KI-Einsatzes.<sup>65</sup> Der datenschutzrechtlich herausragende Aspekt der Transparenz bzw. der Nachvollziehbarkeit erhält damit im Kontext eines KI-gestützten Forschungsprojekts eine weitere Dimension. Mithin muss nicht nur gewährleistet werden, dass die zugehörige Verarbeitung personenbezogener Daten transparent im Sinne des Datenschutzrechts erfolgt.<sup>66</sup> Vielmehr muss auch das jeweilige Forschungsprojekt, respektive die eingesetzte wissenschaftliche Methode sowie das daraus resultierende Ergebnis transparent, rückverfolgbar bzw. nachvollziehbar ausgestaltet sein.<sup>67</sup>

Für dieses Ergebnis streiten auch die Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 lit. f bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO, welche die datenschutzrechtlichen Informationspflichten bei Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling im Sinne des Art. 22 Abs. 1 und 4 DSGVO konkretisieren.<sup>68</sup> Der Verantwortliche muss in diesen (hoch KI-relevanten)<sup>69</sup> Fällen auch aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie über die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung auf die betroffenen Personen bereitstellen. Vorausgesetzt wird, dass zumindest eine (verständliche) „[...] Erläuterung der Methode der Datenverarbeitung bezogen auf die Funktionsweise des Programmablaufs im Zusammenhang mit der konkre-

58 Vgl. dazu weiterführend *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-Grundrechtecharta Rn. 9.

59 „Die akademische Freiheit wird geachtet.“, Art. 13 S. 2 GrCh.

60 *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-Grundrechtecharta Rn. 9.

61 Weisungsfreiheit, Überprüfbarkeit, Erkenntnisgewinn, Methodik und Systematik sowie zumindest auch eine Gemeinwohlorientierung.

62 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 19.

63 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 19.

64 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: *Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann*, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 163.

65 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im

Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 19 unter Verweis auf *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / BigData in der Wissenschaft, in: *Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann*, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 149.

66 Vgl. hierzu ausführlich DSK, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6. Mai 2024, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Version 1.0, S. 6 Rn. 21 ff.

67 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Aktualisierte Version 2.0, 2024, S. 19.

68 Ausführlich zu den Vorgaben des Art. 22 DSGVO im Lichte der KI-VO: *Paal/Hügler*, MMR 2024, 540 ff.

69 So etwa auch die DSK, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6. Mai 2024, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Version 1.0, S. 7 Rn. 22.

ten Anwendung vorzunehmen ist.<sup>70</sup> Vor dem Hintergrund der Komplexität des Themas empfiehlt sich der Einsatz von Visualisierungen und vergleichbarer Technologien, um die Verständlichkeit zu verbessern.<sup>71</sup>

Das Gebot der Transparenz ist damit zentraler Gradmesser für die Frage, ob eine KI wissenschaftlich bzw. datenschutzrechtlich privilegiert sein kann. Intransparente KI kann weder Gegenstand der grundrechtlichen Forschungsfreiheit noch datenschutzkonforme Verarbeitungsmethode sein.

## V. Datenschutzrechtliche Anforderungen bei Anwendbarkeit des Forschungsprivilegs

Anders als etwa im Kontext des sogenannten „Medienprivilegs“,<sup>72</sup> sind die Vorgaben der DSGVO auch im Rahmen der jeweils privilegierten Forschungsverarbeitung überwiegend zu berücksichtigen. Gleichwohl sieht die DSGVO einige signifikante Erleichterungen für die Wissenschaft vor, welche nachfolgend grundlegend dargestellt werden.

### 1. Das Forschungsprivileg und das Erfordernis einer Rechtsgrundlage?

Art. 89 Abs. 1 DSGVO ist kein datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand.<sup>73</sup> Vielmehr setzt der Artikel ergänzende Rahmenbedingungen für die innerhalb der DSGVO „verstreuten“ Forschungsprivilegierungen.<sup>74</sup> Die einzelnen Privilegien sollen dem inhärenten Konflikt zwischen informationeller Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit zum Ausgleich verhelfen, nicht aber eines der betroffenen Grundrechte (nahezu vollständig) verdrängen.<sup>75</sup> Dem „spezifischen Ausgleichskonzept“<sup>76</sup> der Forschungsprivilegien liegt das Verständnis zu

Grunde, dass bestimmte forschungsbezogene Verarbeitungstätigkeiten von datenschutzrechtlichen „Lockerungen“ profitieren, zugleich aber dafür Sorge getragen werden muss, dass die betroffenen Personen durch geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten geschützt werden.<sup>77</sup> In diesem Sinne kann das Konzept des datenschutzrechtlichen Forschungsprivilegs als wesentlicher Beitrag zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Forschungsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung verstanden werden.<sup>78</sup>

Vor diesem Hintergrund setzt auch die forschungsprivilegierte Datenverarbeitung innerhalb des Hochschulkontexts eine Rechtsgrundlage im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DSGVO voraus.<sup>79</sup> Für den Fall, dass auch sensible Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet werden,<sup>80</sup> ist ergänzend eine Rechtsgrundlage im Sinne des Art. 9 Abs. 2 DSGVO erforderlich.<sup>81</sup>

Innerhalb des Hochschulkontexts kommt insbesondere die Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO, die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO sowie gegebenenfalls die interessengestützte Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO in Betracht.<sup>82</sup> Die Anforderungen bzw. die Vor- und Nachteile der jeweiligen Rechtsgrundlagen sollen im Folgenden dargestellt werden.

### a) Die Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO

Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist von zentraler Bedeutung für die Legitimation etwaiger Datenverarbeitungen innerhalb des Forschungskontexts.<sup>83</sup> Dabei muss auch die forschungsbezogene Einwilligung die allgemeinen persönlichen, formellen sowie materiellen Anforderungen des Art. 4 Nr. 7 DSGVO bzw. des Art. 7 und Art.

70 DSK, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6. Mai 2024, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Version 1.0, S. 7 Rn. 23.

71 DSK, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6. Mai 2024, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Version 1.0, S. 7 Rn. 23; weiterführend zum Einsatz grafischer oder auch mediendidaktischer Gestaltungsmöglichkeiten im Kontext des Datenschutzrechts: Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 12 DSGVO Rn. 20 ff.

72 Vgl. hierzu etwa Scheurer, ZD 2024, 616, 618 ff.

73 Weichert, ZD 2020, 18, 21; Raum, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 1; Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 1.

74 So Casper, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 89 DSGVO Rn. 1.

75 Weichert, ZD 2020, 18, 19; Rossnagel ZD 2019, 157, 159.

76 So Rossnagel, ZD 2019, 157, 159; Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/

Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 3.

77 Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 78; Martini/Hohmann, NJW 2020, 3573, 3577; Rossnagel ZD 2019, 157, 159; Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 3.

78 Wenngleich das Prinzip der praktischen Konkordanz der deutschen Verfassungsdogmatik entstammt, kann der zugrundeliegende Gedanke auch auf etwaige Grundrechtskollisionen im Kontext der GrCh übertragen werden, vgl. dazu m. w. N.: Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 241 ff.

79 Weichert, ZD 2020, 18, 19; Raum, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 1.

80 Ausführlich zum Begriff: Heckmann/Scheurer, in: Heckmann/Paschke, jurisPK Internetrecht, 8. Aufl. 2024, Stand: 19.11.2024, Kapitel 9 Rn. 155 ff.

81 Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-667/21 Rn. 71 ff.

82 Vgl. dazu auch bereits Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 176 ff.

83 Vgl. hierzu bereits ausführlich Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 175 ff.; Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 79.

8 DSGVO berücksichtigen.<sup>84</sup> Die grundsätzlich formfreie Einwilligung<sup>85</sup> muss materiell dem Gebot der Bestimmtheit und der Informiertheit entsprechen sowie das Primat der Freiwilligkeit berücksichtigen.<sup>86</sup>

Dabei wird vorgebracht, dass KI-gestützte Verarbeitungstätigkeiten innerhalb des Hochschulkontexts regelmäßig nicht auf Grundlage einer hinreichend bestimmten Einwilligung durchgeführt werden können.<sup>87</sup> Eine pauschale Absage an die Einwilligung im KI-gestützten Forschungskontext ist allerdings insbesondere mit Blick auf Erwägungsgrund 33 der DSGVO nicht angezeigt. Mitunter sieht der Erwägungsgrund vor, dass jedenfalls der materielle Grundsatz der Bestimmtheit im Anwendungsbereich der wissenschaftlichen Forschung gelockert ist.<sup>88</sup>

Den betroffenen Personen sollte es „erlaubt“<sup>89</sup> sein, ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung anerkannter ethischer Standards geschieht.

An dieser Stelle zeigt sich nochmals deutlich, weshalb es durchaus sinnvoll ist, den Aspekt der Lehre in das wissenschaftliche Forschungsprivileg der DSGVO zu integrieren. Insbesondere im Bereich der Lehre kann der Rückgriff auf die Einwilligung innerhalb eines KI-Kontexts sinnvoll und geboten sein. Sofern die Einwilligung in diesen Fällen aber mangels Forschungsbezug nicht von den Lockerungen des „Broad Consent“ profitieren könnte, wäre das Bestimmtheitsgebot regelmäßig tatsächlich eine Herausforderung für die Wirksamkeit der Erklärungen. Richtig ist dabei aber sicherlich, dass die Ausdehnung des Bestimmtheitsgebots nicht zur Abgabe einer *Blanko-Einwilligung* führen darf.<sup>90</sup> Gleichwohl ist es zulässig, ein forschungsbezogenes Bestimmtheitsdefizit durch ergänzende Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Transparenz und Informiertheit, auszugleichen.<sup>91</sup> Entsprechende Maßnahmen können beispiels-

weise auch schrittweise erfolgen, etwa dergestalt, dass mit Fortschreiten des jeweiligen Forschungsprojekts weiterführende Informationen bereitgestellt oder aber sogar ergänzende Einwilligungserklärungen eingeholt werden.<sup>92</sup>

Auch innerhalb des Forschungsbereichs sollte sich die Frage der einwilligungsbezogenen Zulässigkeit weniger auf die ausdifferenzierte Zweckbezeichnung beziehen, sondern vielmehr darauf, ob die Einwilligungserklärung eine selbstbestimmte Datendisposition durch die betroffenen Personen ermöglicht.<sup>93</sup> Je komplexer sich die zugehörigen KI-Sachverhalte bzw. Verarbeitungstätigkeiten darstellen, desto eher sollte dabei auch an innovative Gestaltungsmechaniken, wie etwa Gamification gedacht werden.<sup>94</sup> Die Einwilligung ist und bleibt aber ein probates Mittel zur Legitimation der Datenverarbeitung innerhalb des KI-gestützten Forschungsprozesses im Hochschulbereich.<sup>95</sup>

b) Die Verarbeitung zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e, Art. 6 Abs. 3 DSGVO i.V.m. Art. 4 BayDSG

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist rechtmäßig, sofern diese für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, welche im öffentlichen Interesse liegt (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO). Der Rückgriff auf den Tatbestand bietet sich im Hochschulkontext insbesondere mit Blick auf die öffentliche Aufgabenwahrnehmung der jeweiligen Einrichtungen an.<sup>96</sup>

Die Norm ist für sich genommen allerdings kein Erlaubnistatbestand im Sinne der DSGVO.<sup>97</sup> Vielmehr kann die Regelung nur rechtfertigende Wirkung entfalten, sofern eine ergänzende, spezifische Rechtsgrundlage aus dem Unionsrecht oder dem jeweils anwendbaren mitgliedstaatlichem Recht vorliegt (vgl. Art. 6 Abs. 3 S. 1 DSGVO). Dabei wird vorausgesetzt, dass die intendierte

84 Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 79; im Allgemeinen zu den persönlichen, formellen und materiellen Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung: Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 130 ff.

85 Vgl. statt vieler Heckmann/Paschke, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 7 DSGVO Rn. 38.

86 Dazu ausführlich bei Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 208 ff.

87 Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 176.

88 Ausführlich hierzu: Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 79 ff; Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 214 ff.

89 Ob es tatsächlich einer nahezu paternalistischen „Erlaubnis“ zur Abgabe eines *Broad Consents* bedarf, darf mit Blick auf das freiheitliche Grundverständnis informationeller Selbstbestimmung durchaus kritisch gesehen werden.

90 In diesem Sinne die Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs

„bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO v. 3. April 2019, S. 1.

91 Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 80.

92 So EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1 angenommen am 4. Mai 2020, S. 37 Rn. 158.

93 In diesem Sinne überzeugend Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77, 80.

94 Vgl. dazu ausführlich: Scheurer, Spielerisch selbstbestimmt, 2019, S. 282 ff.

95 Insbesondere unter Verweis auf die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung sieht aber beispielsweise Hüger den Einsatz der Einwilligung im KI-Kontext kritisch respektive „höchst unpraktikabel“, siehe Hüger, ZfDR 2024, 263, 271 ff.

96 Seckelmann/Horstmann, OdW 2024, 169, 177.

97 Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 6 DSGVO Rn. 120; Schulz, in: Gola/Heckmann, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 51.

Datenverarbeitung innerhalb der ergänzenden Norm festgelegt ist.<sup>98</sup> Wenngleich der Zweck der Verarbeitung nicht ausdrücklich innerhalb der Norm verankert sein muss,<sup>99</sup> muss der Erlaubnistatbestand respektive die Normierung der zugehörigen Datenverarbeitung klar, präzise und vorhersehbar sein.<sup>100</sup> Eine ausschließlich abstrakt sachliche Aufgabenzuweisung ohne Bezug zu einer Datenverarbeitung ist nicht ausreichend.<sup>101</sup>

Für die Bayerischen Hochschulen,<sup>102</sup> als Körperschaften des öffentlichen Rechts,<sup>103</sup> kommt dabei insbesondere die „Generalklausel“<sup>104</sup> des Art. 4 Abs. 1 des Bayerischen Datenschutzgesetzes („BayDSG“) in Betracht.<sup>105</sup> Mithin ist die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle<sup>106</sup> unbeschadet der sonstigen Bestimmungen zulässig, sofern die Verarbeitung zur Erfüllung einer ihr obliegenden Aufgabe erforderlich ist. Die konkreten Aufgaben können sich dabei sowohl aus gesetzlichen Aufgabenzuweisungen aber auch aus „Innenrecht“, etwa in Gestalt einer Verwaltungsvorschrift, ergeben.<sup>107</sup> Das Merkmal der Erforderlichkeit ist aus einer ex-Ante-Sicht zu bestimmen.<sup>108</sup> Die Verarbeitung ist regelmäßig erforderlich, sofern die jeweilige öffentliche Stelle die ihr zugewiesene Aufgabe ohne die intendierte Verarbeitung nicht, nicht vollständig oder aber nicht in rechtmäßiger oder auch zumutbarer Weise erfüllen kann.<sup>109</sup>

Unabhängig von der Frage der Europarechtskonformität der Norm,<sup>110</sup> ist jedenfalls gefestigt, dass der Rückgriff auf Art. 4 Abs. 1 BayDSG lediglich *geringfügige Grundrechtseingriffe* legitimieren kann.<sup>111</sup> Insbesondere das rechtstaatliche Gebot der Normenbestimmtheit und

-klarheit verbietet eingriffsinvasive Verarbeitungsvorgänge auf der Grundlage einer entsprechend unbestimmten Generalklausel.<sup>112</sup> Der Grundsatz verfolgt dabei eine rechtstaatliche Trippelfunktion: Verhaltenssteuerung der Verwaltung, Rechtskontrolle durch die Gerichte sowie Vorhersehbarkeit für die betroffenen Personen.<sup>113</sup> Dazu sind Anlass, Zweck und Grenzen der Eingriffsbefugnis innerhalb der Rechtsgrundlage bereichsspezifisch, präzise und normenklar zu regeln.<sup>114</sup> Fehlt es an entsprechenden Vorgaben – wie im Kontext des Art. 4 Abs. 1 BayDSG – kann die Norm nicht als Erlaubnistatbestand für invasive Verarbeitungsprozesse herangezogen werden.<sup>115</sup> Allein die tatbestandliche Begrenzung durch das (allgemeingültige) datenschutzrechtliche Gebot der Erforderlichkeit ist für sich genommen nicht ausreichend. Der Maßstab der Erforderlichkeit bietet weder praktische Anleitungen für das Verwaltungshandeln noch die gebotenen Kontrollmaßstäbe für eine gerichtliche Überprüfung.<sup>116</sup>

Bezogen auf KI-gestützte Forschungs- bzw. Verarbeitungsprozesse innerhalb des Hochschulkontexts hat diese qualitative Einschränkung des Anwendungsbereichs durchaus Gewicht. Zwar kann vorgebracht werden, dass der KI-Einsatz ohnehin transparent, präzise und vorhersehbar beschrieben werden muss, um dem Forschungsprivileg zu unterfallen. Gleichwohl bleibt fraglich, ob die Einhaltung wissenschaftlicher Standards dazu beitragen kann, rechtstaatliche Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit der zugrundeliegenden Rechtsgrundlage auszugleichen. Auch die Frage, ob die KI-Verarbeitung im Einzelfall ein erheblicher oder ein minimaler Eingriff in

98 Albers/Veit, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 49. Edit. Stand: 01.08.2024, Art. 6 DSGVO Rn. 57.

99 Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 6 DSGVO Rn. 121; Heberlein, in: Ehmann/Selymayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 6 DSGVO Rn. 34.

100 Heberlein, in: Ehmann/Selymayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 6 DSGVO Rn. 34.

101 Albers/Veit, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 49. Edit. Stand: 01.08.2024, Art. 6 DSGVO Rn. 57.

102 Weiterführend zur Forschungsdatenverarbeitung an Hochschulen auch Meyer, ZD 2024, 80 ff.

103 Siehe Art. 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 des Bayerischen Hochschulinnovationsgesetzes.

104 So Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 1.

105 So auch Bronner/Wiedemann, ZD 2023, 77 83 mit Verweis darauf, dass die Norm im Hochschulkontext im Zusammenspiel mit der Aufgabenzuweisung des Art. 2 Abs. 1, Abs. 6 S. 1 und 2 des BayHSchG gelesen werden muss.

106 Die Hochschulen des Freistaates Bayern sind öffentliche Stelle im Sinne der Norm, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die Hochschulen staatliche Angelegenheiten wahrnehmen, vgl. Engelbrecht, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz,

2021, Art. 1 BayDSG Rn. 89.

107 Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 38.

108 Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 43.

109 Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 43.

110 Vgl. hierzu: Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 5 ff.

111 So der BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 20 – ZD 2024, 293, 294; in diesem Sinne auch Stief, in: Schröder (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, 2021, Art. 4 BayDSG Rn. 1.

112 BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 20 – ZD 2024, 293, 294.

113 So der BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 21 – ZD 2024, 293, 294.

114 BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 21 – ZD 2024, 293, 294.

115 BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 24 – ZD 2024, 293, 295.

116 BayVGh, Beschl. v. 15.02.2024 – 4 CE 23.2267 Rn. 24 – ZD 2024, 293, 295.

die Grundrechte der betroffenen Personen darstellt, ist mit praktischen Unsicherheiten verbunden. Die Norm eignet sich daher nach vorliegender Überzeugung nur bedingt zur Legitimation forschungsbezogener KI-Verarbeitung im Hochschulkontext.<sup>117</sup>

c) Die interessengestützte Verarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO

Zuletzt soll die Möglichkeit der interessenbasierten Legitimation auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO beleuchtet werden. Die Einbeziehung der Rechtsgrundlage liegt nahe, da der Erlaubnistatbestand jedenfalls für nichtöffentliche Stellen als zentrale Rechtfertigungsmöglichkeit innerhalb des KI-Kontexts identifiziert wird.<sup>118</sup> Mit Blick darauf, dass die Hochschulen aber in aller Regel als öffentliche Stelle handeln (siehe hierzu bereits die Ausführungen zu Art. 4 BayDSG), stellt sich die Frage, ob der Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO zulässig ist.

Gegen die Anwendbarkeit spricht auf den ersten Blick Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO. Mithin soll UAbs. 1 lit. f nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommenen Verarbeitung gelten. Der zugehörige Erwägungsgrund 47 S. 5 begründet diese Ausnahme mit der Pflicht des Gesetzgebers, per Rechtsvorschrift für entsprechende Rechtsgrundlagen im behördlichen Kontext zu sorgen. In der Folge sind – so der EuGH – Verarbeitungsprozesse, welche dem Grunde nach in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO fallen, von der interessenbasierten Rechtfertigung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO ausgeschlossen.<sup>119</sup>

Die Interessenabwägung soll gerade nicht als Substitut für eine fehlende Rechtsgrundlage herangezogen

werden, da die erforderliche Abwägung regelmäßig nicht das Erfordernis einer hinreichend bestimmten, präzisen, klaren und vorhersehbaren Verarbeitung ersetzen kann.<sup>120</sup> Entsprechend deutlich hat sich auch der Europäische Datenschutzausschuss positioniert: „*In no circumstances, public authorities may rely on Article 6(1)f for processing activities falling within the scope of the performance of their tasks.*“<sup>121</sup>

Dem kann entgegengehalten werden, dass auch die Verarbeitung auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO nicht im „luftleeren Raum“ steht. Vielmehr ist die erforderliche dreistufige Abwägung<sup>122</sup> sorgfältig zu dokumentieren, wobei insbesondere die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen, Art und Umfang sowie die Vorhersehbarkeit der Verarbeitung in die Bewertung einfließen müssen.<sup>123</sup> Die verfolgten Interessen sind darüber hinaus jedenfalls dem Grunde nach innerhalb der zugehörigen Datenschutzhinweise zu benennen (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. d DSGVO). Zuletzt steht den betroffenen Personen (grundsätzlich) auch ein Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung nach Maßgabe des Art. 21 Abs. 1 DSGVO zu.

Bezogen auf den Aspekt der „Forschung“ wird weiterführend angemerkt, dass „[...] die dienstliche Betätigung der höchstpersönlichen Wissenschaftsfreiheit gerade nicht dasjenige Behördenhandeln ist, das in Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO gemeint ist.“<sup>124</sup> Die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e DSGVO scheidet damit aus, so dass auch die forschungsbezogene Datenverarbeitung im Hochschulkontext auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO erfolgen könne.<sup>125</sup> Gegen diese Auffassung spricht allerdings die klare Gesetzeslage.<sup>126</sup> Die Hochschulen sind nicht nur Hort der individuellen For-

117 In diesem Sinne wohl auch *Rofßnagel* für die vergleichbare Norm des § 3 Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz („HDSIG“). Jedenfalls für den Fall, dass die konkrete Forschungsdatenverarbeitung das Erfordernis einer Datenschutz-Folgenabschätzung begründe, solle der Rückgriff auf die Generalklausel ausgeschlossen sein, vgl. *Rofßnagel*, ZD 2019, 157, 160; a. A. wohl *Bronner/Wiedemann*, ZD 2023, 77, 85, welche Art. 4 BayDSG jedenfalls im allgemeinen Hochschul-Forschungskontext als geeignete Rechtsgrundlage heranziehen möchten.

118 Siehe hierzu etwa: *Hüger*, ZfDR 2024, 263, 271 ff.; *Paal*, ZfDR 2024, 129, 149 ff.; *Laue/Nink/Kremer*, in: *Laue/Nink/Kremer*, Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 3. Aufl. 2024, § 14 Datenschutz und künstliche Intelligenz Rn. 17; Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Version 2.0 vom 17.10.2024, S. 21; BayLDA, KI & Datenschutz, Abschnitt: Rechtsgrundlagen, abrufbar unter: <https://www.lda.bayern.de/de/ki.html>.

119 EuGH, Urt. v. 8.12.2022 – C-180/21 Rn. 85 – ZD 2023, 147, 149.

120 *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 6 DSGVO Rn. 97.

121 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 99; in diesem Sinne auch der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, der die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO innerhalb eines KI-Kontexts für öffentliche Stellen allerdings pauschal ausschließt, vgl. Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Version 2.0 vom 17.10.2024, S. 21.

122 Ausführlich hierzu: *Heckmann/Scheurer*, in: *Heckmann/Paschke*, jurisPK Datenschutzrecht, 8. Aufl. 2024, Kapitel 9 Rn. 449 ff.

123 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2024 – C-621/22 Rn. 55 ff.

124 Gemeinsame Stellungnahme der Hochschulen in NRW zum Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz, S. 5, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-507.pdf>.

125 Gemeinsame Stellungnahme der Hochschulen in NRW zum Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz, S. 5.

126 *Meyer*, ZD 2024, 80, 82 m. w. N.

schungsfreiheit der beschäftigten Hochschullehrenden, sondern vielmehr selbst Garant der im öffentlichen Interesse erfolgenden Forschung unter Einbeziehung der jeweiligen Hochschullehrenden.<sup>127</sup> Die Forschung ist und bleibt zentrale, gesetzlich zugewiesene Aufgabe der Hochschulen.<sup>128</sup>

Wenngleich der Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO innerhalb der KI-gestützten Forschung innerhalb des Hochschulbereichs nach einer charmanten Alternative klingt, sprechen die gewichtigeren Argumente gegen die Anwendbarkeit. Es obliegt dem Gesetzgeber, entsprechende Regelungen – unter Wahrung der datenschutzrechtlichen Belange – zu erlassen. Fehlende gesetzgeberische Handlungen können und sollten innerhalb des Datenschutzrechts nicht durch individuelle Abwägungsentscheidungen ersetzt werden. Jedenfalls soweit ein partielles Subordinationsverhältnis zwischen Verantwortlichen und den betroffenen Personen vorliegt.

## 2. Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze

Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze sind auch im Kontext einer KI-basierten Datenverarbeitung zu berücksichtigen.<sup>129</sup> Sofern die Verarbeitung allerdings dem Forschungsprivileg gem. Art. 89 Abs. 1 DSGVO unterfällt, sieht die Grundverordnung wesentliche Ausnahmen bzw. Einschränkungen der allgemeinen Anforderungen vor.<sup>130</sup>

a) Das Privileg der „Informationseinschränkung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO i.V.m. Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO)

Nach den Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO sind personenbezogene Daten nicht nur rechtmäßig sowie unter Einhaltung von Treu und Glauben zu verarbeiten. Vielmehr setzt Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO auch voraus, dass die Verarbeitung in einer für die betroffenen Perso-

nen nachvollziehbaren Weise erfolgt („Grundsatz der Transparenz“).<sup>131</sup> Diese allgemeine sowie grundlegende Anforderung an den Datenverarbeitungsprozess wird durch die Vorgaben der Art. 12 ff. DSGVO konkretisiert.<sup>132</sup>

Für den Forschungskontext ist dabei insbesondere der Ausnahmetatbestand des Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO von Relevanz. Konkret wird die Informationspflicht in den Fällen der Dritterhebung<sup>133</sup> ausgesetzt, sofern sich die Erteilung der Informationen als unmöglich erweist oder aber einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Dies gilt nach den Vorgaben des Art. 14 Abs. 5 lit. b HS 2 Alt. 1 DSGVO insbesondere für die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken, soweit die in Art. 89 Abs. 1 DSGVO genannten Bedingungen und Garantien berücksichtigt werden. Liegen entsprechende Garantien, etwa in Gestalt von geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen, nicht vor, kommt der Ausnahmetatbestand nicht zum Tragen.<sup>134</sup> Der Ausnahmetatbestand setzt damit im Forschungskontext kumulativ voraus, dass die Informationspflicht mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist und dass die in Art. 89 Abs. 1 DSGVO festgelegten Bedingungen durch den Verantwortlichen erfüllt sind.<sup>135</sup>

Der potenzielle Aufwand als auch die Folgen der unterbliebenen Informationserteilung für die betroffenen Personen sind gegeneinander abzuwägen und nach Maßgabe der allgemeinen Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) zu dokumentieren.<sup>136</sup>

b) Das Privileg der „Zwecklockerung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. b HS 2 DSGVO)

Von besonderer Relevanz für die KI-gestützte Forschungsverarbeitung ist der Grundsatz der Zweckbindung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO respektive die darin vorgesehene Lockerung der *strengen Zweckbindung* gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b HS 2 DSGVO.<sup>137</sup> Mithin gilt die

<sup>127</sup> Meyer, ZD 2024, 80, 82.

<sup>128</sup> Rofnagel, ZD 2019, 157, 160.

<sup>129</sup> Ausführlich hierzu: Paal, ZfDR 2024, 129, 140 ff.; Schuh/Weiss, ZfDR 2024, 225, 236 ff.; Wilmer, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2. Aufl. 2025, V. Internetspezifische Datenverarbeitungen Rn. 665 ff.; Laue/Nink/Kremer, in: Laue/Nink/Kremer, Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 3. Aufl. 2024, § 14 Datenschutz und künstliche Intelligenz Rn. 13.

<sup>130</sup> Deutsche Datenschutzkonferenz, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11. September 2024, DS-GVO privilegiert wissenschaftliche Forschung – Positionspapier zum Begriff „wissenschaftliche Forschung“, S. 1.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 58 S. 1 DSGVO.

<sup>132</sup> Schantz, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 49. Edit. Stand: 01.01.2021, Art. 5 DSGVO Rn. 10; Herbst, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 5

DSGVO Rn. 19.

<sup>133</sup> Art. 13 DSGVO sieht für den Fall der Direkterhebung keine vergleichbaren Ausnahmetatbestände vor, hierzu weiterführend: Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev. 01, S. 37 Rn. 62.

<sup>134</sup> Dix, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 14 DSGVO Rn. 23.

<sup>135</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev. 01, S. 37 Rn. 61.

<sup>136</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev. 01, S. 38 Rn. 64.

<sup>137</sup> Ausführlich hierzu bereits Spiecker gen. Döhmann, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 157 ff.; Weichert, ZD 2020, 18, 21 ff.

Weiterverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke als vereinbar mit dem ursprünglichen Zweck der Datenverarbeitung. Wenngleich sich die Privilegierung damit ausdrücklich auf Fälle der Sekundärverarbeitung bezieht, können damit bereits (rechtmäßig) vorhandene personenbezogene Daten in aller Regel für Zwecke der KI-Forschung weiterverarbeitet werden.<sup>138</sup> Gleichwohl ist der Zweckbindungsgrundsatz auch im Forschungskontext nicht obsolet. Vielmehr sind auch bei der forschungsbedingten Sekundärverarbeitung die Anforderungen des Art. 6 Abs. 4 DSGVO<sup>139</sup> zu berücksichtigen bzw. zu prüfen.<sup>140</sup>

c) Das Privileg der „verlängerten Aufbewahrung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO)

Der Grundsatz der Speicherbegrenzung sieht vor, dass personenbezogene Daten lediglich so lange in einer Form gespeichert werden, welche die Identifizierung der betroffenen Person ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. e HS 1 DSGVO). In der Folge sind personenbezogene Daten in aller Regel zu löschen, sofern deren weitergehende Verarbeitung zur Erreichung der ursprünglichen Zwecke nicht mehr erforderlich ist.<sup>141</sup> Abweichend davon dürfen personenbezogene Daten länger gespeichert werden, soweit die betroffenen personenbezogenen Daten zu Forschungszwecken im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO verarbeitet werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. e HS 2 Var. 2 DSGVO). Auch in diesem Fall sind allerdings geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen zu etablieren.

Die Lockerung der Löschpflicht steht in einem engen Sachzusammenhang mit der vorab beschriebenen Zweckbindungsprivilegierung. Es wäre widersinnig, einerseits die forschungsbedingte (Sekundär-)Verarbeitung von der strengen Zweckbindung zu befreien, andererseits die Löschung der Daten nach Wegfall des Primärzwecks zu fordern. Allerdings ist auch die for-

schungsbedingt privilegierte Verarbeitung nicht dauerhaft vom datenschutzrechtlichen Löschzwang befreit.<sup>142</sup> Spätestens mit Wegfall des intendierten (Sekundär-)Zwecks sind die allgemeinen Löschvorgaben erneut in den Fokus zu nehmen.<sup>143</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. e HS 2 DSGVO sieht gerade keine anlasslose Vorratsdatenspeicherung für etwaige Forschungsdaten vor, sondern referenziert die fortgesetzte Speicherung an den Forschungszweck. Konsequenterweise muss dann aber mit letztendlichem Zweckfortfall auch die Löschpflicht erneut in den Vordergrund treten.

Weitere praktische Relevanz erlangt diese Ausnahme von der Löschpflicht durch die spiegelbildliche Begrenzung des Rechts auf Löschung nach den Vorgaben des Art. 17 Abs. 3 DSGVO. Während Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO die automatisierte Löschpflicht regelt bzw. forschungsbedingt einschränkt, findet sich in Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO eine korrespondierende Vorgabe für die anlassbezogene Löschpflicht im Kontext einer Betroffenenanfrage. Mithin steht der betroffenen Person kein Löschrecht nach Art. 17 Abs. 1 bzw. Abs. 2 DSGVO zur Seite, soweit die Verarbeitung für wissenschaftliche Zwecke erforderlich ist *und* die Geltendmachung des Löschersuchens die Verwirklichung der wissenschaftlichen Forschung unmöglich macht oder aber wenigstens ernsthaft beeinträchtigen würde. Ob letzteres der Fall ist, ist anhand einer Einzelfallprognose zu prüfen.<sup>144</sup>

d) Das Privileg der „Widerspruchsversagung“ (Art. 21 Abs. 6 DSGVO)

Für den Fall, dass personenbezogene Daten auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e oder lit. f DSGVO verarbeitet werden, steht den betroffenen Personen grundsätzlich ein Widerspruchsrecht zur Seite (Art. 21 Abs. 1 S. 1 HS 1 DSGVO). Die Gründe für den Widerspruch müssen sich aus der „besonderen Situation der betroffenen Person“ ergeben, wobei die Anforderungen an die spezifische Betroffensituation nicht überspannt werden dürfen.<sup>145</sup> Der Antrag darf nicht allein deshalb

138 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/DiStelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 165.

139 Ausführlich zu den Anforderungen des Art. 6 Abs. 4 DSGVO: *Scheurer/Appelt*, PinG 3.24, 141 ff.

140 *Spiecker gen. Döhmann*, Die Regulierungsperspektive von KI / Big Data in der Wissenschaft, in: Gethmann/Buxmann/DiStelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker gen. Döhmann, Künstliche Intelligenz in der Forschung, 2022, S. 166.

141 EuGH, Urt. v. 4.10.2024 – C-446/21 Rn. 56.

142 *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 5 DSGVO Rn. 162.

143 *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 5 DSGVO Rn. 162.

144 Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Das Recht auf Löschung nach der Datenschutz-Grundverordnung – Orientierungshilfe, 2022, S. 44 Rn. 87.

145 Vgl. *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 21 DSGVO Rn. 9.

abgelehnt werden, weil die betroffene Person den gewünschten Widerspruch nicht hinreichend spezifiziert hat.<sup>146</sup> Vielmehr obliegt es dem Verantwortlichen, die betroffene Person im Zweifel zur weiterführenden Spezifizierung des Widerspruchsbegehrens aufzufordern.<sup>147</sup>

Auf Grund des Widerspruchs muss die Verarbeitung beendet werden, sofern die Verarbeitung nicht der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient oder aber überwiegende, zwingende schutzwürdige Gründe für die Fortsetzung der Verarbeitung nachgewiesen werden können (Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO).

Im Rahmen der erforderlichen sowie zu dokumentierenden Einzelfallentscheidung bzw. Abwägung können lediglich Gründe von wesentlicher Bedeutung („zwingend“) berücksichtigt werden.<sup>148</sup> Nicht ausreichend ist etwa der Verweis auf die zugrundeliegende Interessenabwägung, etwaige Vorteile der Verarbeitung oder aber auf eine generelle „Nützlichkeit“.<sup>149</sup> Es bedarf einer ernsthaften Beeinträchtigung des zugrundeliegenden Geschäfts oder aber beispielsweise signifikanter Sicherheitsbedenken im Zusammenhang mit der Beendigung der jeweiligen Verarbeitung.<sup>150</sup>

Die Anforderungen an die „Widerspruchsversagung“ werden allerdings innerhalb des Forschungskontexts durch die Vorgaben des Art. 21 Abs. 6 DSGVO herabgesetzt. Mithin kann das Widerspruchsbegehren auch dann abgelehnt werden, falls die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich ist. Soweit der Verantwortliche diesen Umstand zumindest glaubhaft machen kann, ist eine weiterführende Abwägung zur Ablehnung des Widerspruchs nicht notwendig.<sup>151</sup> Davon unberührt bleibt aber auch im Rahmen der Widerspruchsversagung das Erfordernis, dass die zu-

grundlegende Verarbeitung durch geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person abgesichert ist.<sup>152</sup>

### 3. Geeignete Garantien im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO

Die vorab dargestellten Forschungsprivilegien stehen allesamt unter dem Vorbehalt geeigneter Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen nach Maßgabe der DSGVO (Art. 89 Abs. 1 S. 1 DSGVO). Durch die Etablierung entsprechender Garantien kommt es gleichsam zum operativen Grundrechtsausgleich zwischen Forschungsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung.<sup>153</sup>

Dabei sind insbesondere geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu etablieren, allem voran, um den Grundsatz der Datenminimierung zu gewährleisten (Art. 89 Abs. 1 S. 2 DSGVO). Darüber hinaus sollte auch geprüft werden, ob Maßnahmen zur Pseudonymisierung (Art. 89 Abs. 1 S. 3 DSGVO) oder auch der Anonymisierung (Art. 89 Abs. 1 S. 4 DSGVO) im Kontext des jeweiligen Forschungsvorhaben zielführend eingesetzt werden können. Art und Umfang der jeweils zu ergreifenden Maßnahmen richten sich nach der Quantität und Qualität der intendierten Forschungsverarbeitung: *„Je höher der Schutz der betroffenen Personen durch geeignete Garantien und Maßnahmen, desto umfangreicher können die Daten genutzt werden.“*<sup>154</sup>

Nachfolgend sollen einige exemplarische technische und organisatorische Maßnahmen dargestellt werden,<sup>155</sup> welche den Vorgaben des Art. 89 Abs. 1 DSGVO Rechnung tragen.<sup>156</sup>

a) Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung  
Anhand der in Art. 35 DSGVO normierten Datenschutz-Folgenabschätzung („DSFA“) sollen insbesondere die

146 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 71.

147 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 71.

148 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 73.

149 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 73.

150 EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)f GDPR, Version 1.0, Adopted on 8 October 2024 Rn. 73.

151 *Forgó*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 49. Edit. Stand: 01.02.2024, Art. 21 DSGVO Rn. 31;

*Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 3. Aufl. 2024, Art. 21 DSGVO Rn. 65; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 21 DSGVO Rn. 60.

152 *Casper*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2025, Art. 21 DSGVO Rn. 50.

153 In diesem Sinne auch *Weichert*, ZD 2020, 18, 22.

154 DSK, Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder – Peterberger Erklärung zur datenschutzkonformen Verarbeitung von Gesundheitsdaten in der wissenschaftlichen Forschung vom 24.11.2022, S. 3.

155 Vgl. dazu auch *Weichert*, ZD 2020, 18 22, der insbesondere auf die allgemeinen technischen und organisatorischen Maßnahmen nach Maßgabe des Art. 32 Abs. 1 DSGVO sowie § 22 Abs. 2 BDSG abstellt.

156 Vgl. zum Folgenden auch: DSK, Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und

verarbeitungspezifischen Risiken<sup>157</sup> beschrieben und bewertet („Brutto-Risiko“) sowie letztlich durch mitigierende Maßnahmen reduziert werden („Netto-Risiko“).<sup>158</sup> Wenngleich auch im Kontext einer KI-gestützten Verarbeitung nicht stets von der Erforderlichkeit einer DSFA ausgegangen werden muss,<sup>159</sup> ist die DSFA ein „hilfreiches Instrument für die Einhaltung der Datenschutzgesetze“<sup>160</sup> und damit jedenfalls eine geeignete Maßnahme im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO.

#### b) Sicherstellung der Transparenz der Verarbeitung

Transparenz ist nicht nur Grundbedingung ordnungsgemäßer Wissenschaft sowie datenschutzkonformer Verarbeitung. Vielmehr kann die Sicherstellung einer transparenten sowie nachvollziehbaren Verarbeitung auch als Maßnahme im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO verstanden werden – jedenfalls soweit sich die ergriffenen Maßnahmen nicht lediglich auf die Umsetzung gesetzlicher Vorgaben beschränken.

In diesem Sinne kann etwa daran gedacht werden, digitale Methoden zur Informationserteilung heranzuziehen. Denkbar sind beispielsweise „Datencockpits“, Dashboards oder weiterführende (Online-)Portale, welche eine einfache Informationserteilung bzw. Kontrolle über die „eigenen Daten“ ermöglichen.<sup>161</sup> Auch die (digitale) Bereitstellung weiterführender Dokumente, wie etwa ein zugehöriger Forschungsplan oder auch ein positives Votum eines Ethikgremiums kann als positive Transparenzmaßnahme im Sinne des Art. 89 Abs. 1 DSGVO gewertet werden.<sup>162</sup>

#### c) Sicherstellung der Betroffenenrechte

Insbesondere im Kontext einer KI-gestützten Verarbeitung ist die Umsetzung der datenschutzrechtlichen

Betroffenenrechte herausfordernd. Soweit die Betroffenenrechte aber nicht forschungsbedingt eingeschränkt sind, muss auch im KI-Kontext (technisch) dafür Sorge getragen werden, dass die Art. 15 ff. DSGVO ordnungsgemäß umgesetzt werden.<sup>163</sup> Auch diesbezüglich kann beispielsweise an die Bereitstellung digitaler Managementsysteme zur Wahrung der Kontroll- und Mitwirkungsrechte der betroffenen Personen gedacht werden.

#### d) Umsetzung von geeigneten Lösch- und Sperrkonzepten

Im Rahmen eines forschungsbedingt privilegierten Verarbeitungsprozesses bedarf es entsprechender Lösch- und Sperrkonzepte. Auch innerhalb des Forschungsbereichs ist eine „unbegrenzte Vorratsdatenspeicherung“ nicht vorgesehen.<sup>164</sup> Sofern personenbezogene Daten nach Abschluss des jeweiligen Forschungsprojekts weitergehend verarbeitet werden, muss der zugehörige Sekundärzweck definiert sowie innerhalb eines Lösch- und Sperrkonzepts<sup>165</sup> dokumentiert und umgesetzt werden.<sup>166</sup>

#### e) Maßnahmen zur Datenminimierung, Art. 89 Abs. 1 S. 2 und S. 3 DSGVO

Die zu ergreifenden technischen und organisatorischen Maßnahmen müssen insbesondere den Grundsatz der Datenminimierung gewährleisten (Art. 89 Abs. 1 S. 2 DSGVO). In diesem Zusammenhang kann insbesondere an Maßnahmen zur Pseudonymisierung (Art. 89 Abs. 1 S. 3 DSGVO) bzw. zur Anonymisierung der betroffenen personenbezogenen Daten gedacht werden (Art. 89 Abs. 1 S. 4 DSGVO). Insgesamt ist bei der Konzeptionierung der Forschungsdatenverarbeitung das datensparsamste Verfahren zu wählen, wobei

der Länder – Datenschutz in der Forschung durch einheitliche Maßstäbe stärken vom 23. November 2023, S. 3.

157 Instrukтив zum Risikobegriff der DSGVO: DSK, Kurzpapier Nr. 18 – Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen.

158 Ausführlich hierzu: DSK, Kurzpapier Nr. 5 – Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO sowie Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“, WP 248 rev. 01.

159 So ausdrücklich: BayLDA, KI & Datenschutz – Abschnitt Datenschutzfolgenabschätzung, abrufbar unter: <https://www.lida.bayern.de/de/ki.html>.

160 So Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“, WP 248 rev. 01, S. 9.

161 DSK, Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder – Peterberger Erklärung zur datenschutzkonformen Verarbeitung von

Gesundheitsdaten in der wissenschaftlichen Forschung vom 24.11.2022, S. 7.

162 DSK, Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO vom 3. April 2019, S. 2.

163 Vgl. hierzu DSK, Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6. Mai 2024 – Künstliche Intelligenz und Datenschutz, S. 7 Rn. 25 ff.

164 *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 162.

165 Zur Erstellung entsprechender Löschkonzepte kann beispielsweise auf den „Leitfaden für die Erstellung von Löschkonzepten im Gesundheitswesen“ zurückgegriffen werden, welcher in Zusammenarbeit zwischen bvitg, gmds und GDD erstellt und veröffentlicht wurde: [https://gesundheitsdatenschutz.org/download/loeschkonzept\\_leitfaden.pdf](https://gesundheitsdatenschutz.org/download/loeschkonzept_leitfaden.pdf).

166 In diesem Sinne *Rossnagel*, ZD 2019, 157, 162.

auch die Vorgaben des Art. 25 DSGVO („Privacy by Design“ bzw. „Privacy by Default“) berücksichtigt werden sollten.<sup>167</sup> Weiterführend kann zudem an die Einbindung einer unabhängigen, eigenverantwortlichen „Vertrauensstelle“ gedacht werden, welche beispielsweise die Pseudonymisierung der betroffenen Daten vornimmt.<sup>168</sup>

#### f) Dokumentation im Rahmen eines ganzheitlichen Datenschutzkonzepts

Insgesamt empfiehlt es sich, sowohl das Forschungsvorhaben als auch die zugehörigen datenschutzrechtlichen Fragestellungen ganzheitlich innerhalb eines Datenschutzkonzepts zu dokumentieren.<sup>169</sup> Im Rahmen des Datenschutzkonzepts sollten insbesondere die folgenden Punkte aufgegriffen, bearbeitet und dokumentiert werden:<sup>170</sup>

- 1) Darstellung des Forschungsvorhabens
- 2) Organisation und Verantwortlichkeiten
- 3) Studiendesign sowie Art, Umfang und Zweck der Verarbeitung
- 4) Rechtsgrundlagen der Verarbeitung
- 5) Maßnahmen zur Umsetzung der Betroffenenrechte
- 6) Schutzbedarfsanalyse im Zusammenhang mit der Verarbeitung
- 7) Datenschutz-Folgenabschätzung
- 8) Technische und organisatorische Maßnahmen

## VI. Fazit

Auch die KI-gestützte Forschungsverarbeitung lässt sich mit den Vorgaben der DSGVO in Einklang bringen. Dabei zeigt sich erneut, dass das Datenschutzrecht dem Grunde nach keine Innovationsbremse, sondern vielmehr ein probates Werkzeug zur Vermittlung zwischen den betroffenen Grundrechten ist.

Die praktische Konkordanz zwischen Forschungsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung sollte sich dabei allerdings gleichsam bei der (tendenziell extensiven) Auslegung des datenschutzrechtlichen Forschungsbegriffs als auch bei der Umsetzung der (grundlegenden) datenschutzrechtlichen Anforderungen zeigen. Ein besonderes Augenmerk sollte auf den Aspekt der Transparenz gelegt werden. Wenngleich der Aspekt der Nachvollziehbarkeit innerhalb komplexer KI-Systeme eine Herausforderung darstellt, ist Transparenz nicht nur ein Eckpfeiler wissenschaftlicher Forschung, sondern eben auch Grundlage rechtskonformer Datenverarbeitung.

Die informierte sowie digitalisierte Einwilligung, eingebettet in ein umfassendes, transparentes sowie dokumentiertes Forschungsdatenschutzkonzept, kann ein sinnvolles Mittel zur Legitimation der intendierten Verarbeitung darstellen. Der Einwilligung kommt dabei eine Doppelfunktion zu. Einerseits schafft die Einwilligung als zentrales Ausübungsinstrument informationeller Selbstbestimmung eine solide Rechtsgrundlage für die intendierte Forschungsverarbeitung. Andererseits kann eine transparent ausgestaltete Einwilligung samt zugehörigem Einwilligungsmanagement dazu beitragen, das Vertrauen sowie die Akzeptanz auf Seiten der betroffenen Personen für die moderne (auch KI-gestützte) Forschung zu erhöhen.

Dr. Martin Scheurer ist Head of Data Privacy innerhalb des Fachbereichs Corporate Data Privacy der Hubert Burda Media Holding KG.

<sup>167</sup> Matzke, in: Wolff/Brink/ v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht, 50. Edit. Stand: 01.11.2024, Art. 89 DSGVO Rn. 13.

<sup>168</sup> DSK, Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder – Petersberger Erklärung zur datenschutzkonformen Verarbeitung von Gesundheitsdaten in der wissenschaftlichen Forschung vom 24.11.2022, S. 6.

<sup>169</sup> Raum, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 4. Aufl. 2024, Art. 89 DSGVO Rn. 50; in diesem Sinne auch DSK, Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des

Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO vom 3. April 2019, S. 2.

<sup>170</sup> Die nachfolgende Gliederung orientiert sich an dem „Handlungsleitfaden zur Erstellung eines Datenschutzkonzepts für Forschungsprojekte“ der Universität Bielefeld / Medizinische Fakultät, online abrufbar unter: <https://www.uni-bielefeld.de/fakultaeten/medizin/forschung/dokumente/Leitfaden-Datenschutzkonzept-MedForschung.pdf>.

# Thomas Würtenberger

## *Zur Geschichte juristischer Bibliotheken*

### Übersicht

#### I. Fragestellungen

#### II. Erscheinungsformen juristischer Bibliotheken

1. Die Bibliothek der Rechtswissenschaftler
2. Die Bibliothek der Verwaltungsjuristen
3. Die juristischen Bibliotheksbestände der Universitäten
4. Die Bibliotheken der Gerichte
5. Die juristischen Bestände in Bibliotheken einer adeligen oder bürgerlichen Oberschicht
6. Die juristischen Bestände in sonstigen öffentlichen Bibliotheken

#### III. Rezeptionsgeschichten, Leseverbote und Bestandsbereinigungen

#### IV. Schlussbemerkung

Seit sich das geschriebene Recht und mit ihm das Juristenrecht gegenüber dem im Volk gelebten und meist ungeschriebenen Volksrecht durchgesetzt hat, gilt in der Regel verschriftlichtes Recht. Die Verschriftlichung des Rechts hat zur Konsequenz: Die Juristenbibliothek, die Gesetzestexte, die sie auslegende Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur vorhält, hat eine existentielle Bedeutung für die Arbeit des Juristen. Sie ist, auf seine Interessen zugeschnitten, seine Werkstätte der Auseinandersetzung mit Fragen von Recht und Gerechtigkeit. Sie vereint alle Sparten rechtsrelevanten Wissens, das ihn zur Forschung und zur rechtspraktischen Tätigkeit befähigt. Seine Bibliothek und auch die ihm sonst zugänglichen Buchbestände sind die Quellen seines Wissens in Sachen Recht und Gerechtigkeit. So ist Rechtswissenschaft, ähnlich wie die Theologie, eine Buchwissenschaft. Der Jurist entscheidet nicht primär nach *Judiz* oder Rechtsgewissen, sondern schöpft seine Ansichten über das, was Recht ist oder sein soll, aus ganz unterschiedlichen schriftlichen Quellen.

Rechtswissenschaft ist, soweit nicht in das feste Gehäuse einer Dogmatik oder Ideologie eingebunden, eine rhetorische Disziplin. Es geht um die Bewertung und Abwägung von rechtlich relevanten Argumenten, um wenn nicht in überzeugender, so doch wenigstens in nachvoll-

ziehbarer Weise rechtliche Regelungen und Entscheidungen zu treffen und zu begründen. In dieser Perspektive ist die Bibliothek eine unermüdliche Dialogpartnerin des Juristen. Sein normatives (Vor-) Verständnis sollte er in seiner Bibliothek an den großen Werken der Rechts- und Staatsphilosophie schärfen oder wenigstens zu schärfen versucht haben. Will er Antworten auf Rechtsfragen entwickeln, führt er eine besondere Art von Dialog mit der einschlägigen juristischen Literatur, die Gesetz und Recht interpretiert und in seiner Bibliothek präsent ist.

Diese Orientierung am überkommenen, vielfach umstrittenen Stand des „*law in the books*“ schließt nicht aus, dass der Jurist an der Fortentwicklung des Rechts einen gewichtigen Anteil hat. Zu jeder Zeit gab und gibt es Bücherbestände, die auf Änderungen oder gar auf Systemwechsel im Recht zielen, wie etwa die Vernunft- und Naturrechtsliteratur des 18. Jahrhunderts oder die Literatur zu den Grundlagen des Verfassungsstaates im ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert, die in unterschiedlichem Umfang zu den Bücherbeständen von Juristenbibliotheken gehörten.

Als Faustregel mag gelten: Wer als Jurist zu seiner Zeit in Wissenschaft und Rechtsberatung herausragte, verfügte über eine eigene und/oder über den Zugang zu einer umfangreichen juristischen Bibliothek. So gesehen mag man Juristenbibliotheken als Hort und Treiber wissenschaftlicher Forschung sowie der Verwissenschaftlichung des Rechts charakterisieren.

### I. Fragestellungen

Sich mit der Geschichte juristischer Bibliotheken zu befassen, führt in die Wissens- und Wissenschaftsgeschichte. Die eng miteinander verbundenen Wissens- und Wissenschaftsgeschichte befassen sich mit der Entwicklung von gelehrtem Wissen und Wissenschaft. In ihrem Fokus stehen einzelne Wissenschaftler oder Wissenschaftlergruppen, die Institutionalisierung von Wissensbeständen, Formen der Vermittlung von Wissensinhalten und Theorien, der Transfer von wissenschaftli-

cher Erkenntnis in den gesellschaftlichen Bereich und nicht zuletzt Bedingungen und Folgen gelehrten Wissens und von wissensbasierten Theorien. Die Affinität dieser Forschungsansätze zur Bibliotheksgeschichte ist unübersehbar.

Soweit ersichtlich haben weder die Rechtsgeschichte<sup>1</sup> noch die Wissens-<sup>2</sup> und Wissenschaftsgeschichte<sup>3</sup> die juristischen Bibliotheken einer umfassenden Analyse unterzogen. Zur Geschichte juristischer Bibliotheken gibt es zwar verdienstvolle Einzelstudien, auf die im Folgenden zurückgegriffen werden kann, eine umfassende Darstellung ist aber noch nicht geschrieben. Das Verhältnis des Juristen zu seiner oder ihm zur Verfügung stehenden Bibliotheken auszuklammern, heißt auf die Rekonstruktion eines konstituierenden Elements rechtswissenschaftlicher Forschungsleistung und Bewusstseinsbildung zu verzichten.

Denn die Geschichte der Juristenbibliotheken gehört zu einer Geschichte der geistigen Prägung des Juristenstandes. Was der Jurist gelesen hat, weil es ihm in seiner juristischen Bibliothek zugänglich war, vermag sein Rechtsgefühl<sup>4</sup> und seine Positionierungen im juristischen Meinungsstreit nicht allein, aber doch im Zusammenspiel mit anderen Faktoren zu prägen. Anders gewendet: Die Zusammensetzung juristischer Bibliotheken sagt zugleich etwas über die geistigen Beeinflussungen aus, unter denen ein Jurist arbeitet, nämlich über die in seiner Bibliothek zum Ausdruck gelangenden Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Rechtswissenschaft.<sup>5</sup> So lässt sich fragen, ob in Juristenbibliotheken in Zeiten politisch-rechtlicher Zäsur moderne geistige Strömungen präsent sind, ob sich in ihnen die zukunftsweisenden Klassiker des politisch-rechtlichen Denkens finden oder ob sie sich eher an der alten politisch-rechtlichen Ordnung orientieren: Ob und inwieweit ist im 18. Jahrhundert die Literatur der Aufklärung in den Juristenbibliotheken präsent? Oder (wie lange) herrschen jene Werke vor, die die alte Ordnung verkörpern? Leider können wir in den folgenden Ausführungen auf solche Fragen allenfalls punktuelle Antworten geben. Es gibt kaum Verzeichnisse des Buchbestandes von Juristenbibliotheken.<sup>6</sup> Und es gibt bislang auch keine

vergleichenden Analysen z. B. von Klassikerwerken oder Aufklärungsliteratur in Juristenbibliotheken, aus denen sich auf ihre jeweilige Modernität, ideengeschichtliche Orientierung oder philosophiegeschichtliche Beeinflussung schließen ließe.

## II. Erscheinungsformen juristischer Bibliotheken

Der historischen Bedeutung von Juristenbibliotheken nachzugehen, verlangt eine Differenzierung nach ihren Erscheinungsformen. Unterschiedliche Typen von juristischen Bibliotheken können in einem unterschiedlichen kultur- und rechtshistorischen Kontext stehen. Im Vordergrund einer historischen Betrachtung stehen die Bibliothek des Rechtswissenschaftlers und des praktizierenden Juristen (1., 2.) sowie die Universitätsbibliotheken (3.). Wichtig sind zudem die juristischen Bestände in Gerichtsbibliotheken (4.), in Bibliotheken einer adeligen oder bürgerlichen Oberschicht (5.) sowie in einigen öffentlichen Bibliotheken (6.). Sie alle haben im Hinblick auf ihre Zielsetzung, auf ihre Nutzung, auf ihre Beeinflussung des individuellen und kollektiven politisch-rechtlichen Bewusstseins etc. einen jeweils unterschiedlichen Stellenwert.

### 1. Die Bibliothek der Rechtswissenschaftler

Die Bibliothek des Rechtswissenschaftlers ist in erster Linie eine Arbeitsbibliothek. Sie ermöglicht den raschen Zugriff auf die rechtswissenschaftliche Literatur und diene damit seinen Forschungsinteressen. Zu den Besonderheiten des Alten Reiches gehört die Verwissenschaftlichung des Rechts des Reichs und seiner Territorien. Diese Verwissenschaftlichung gehört zu den herausragenden Leistungen einer den Rechtsstoff systematisierenden und meist anwendungsbezogenen Reichspublizistik.<sup>7</sup> Die Autoren, die zum Reichsrecht publizierten, waren in aller Regel auch Berater an Fürstenthöfen. Bei Rechtsstreitigkeiten vergaben die Kontrahenten, wie bis heute vielfach üblich, Rechtsgutachten an ihre wissenschaftlichen Berater. Und diese Beratungsleistungen waren ohne eine umfängliche Privatbibliothek nicht denkbar. Bevor gut ausgestattete Universitäts-

1 Hierzu *Hattenhauer*, Bibliotheksgeschichte als Rechtsgeschichte. Die Bibliotheca Juridica der hohen Schule Steinfurth, in: *Westfälische Zeitschrift* 154 (2004), 71 ff.; *Plassmann*, Bibliotheksgeschichte als Verfassungsgeschichte, 1997.

2 Hierzu *Füssel*, Wissen. Konzepte – Praktiken – Prozesse, 2021.

3 *Ziche/van Driel*, Wissenschaft, in: *Leibniz-Institut für Europäische Geschichte* (Hg.), *Europäische Geschichte online*, 2011, <https://www.ieg-ego.eu/de/threads/hintergruende/wissenschaft/paul-ziche-joppe-van-driel-wissenschaft>, abgerufen am 10. 11. 2024.

4 Zur Rolle des Rechtsgefühls bei juristischen Entscheidungen:

*Württemberg*, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl. 1991, S. 168 ff. (zu *Judiz*, Bewertungserfahrungen, rechtspolitischen Vorstellungen und vorpositiven Wertungen als Elementen des Rechtsgefühls).

5 Hierzu *Württemberg* (Fn. 4), S. 147 ff., 191 ff.; in diese Richtung bereits von Savigny, zitiert bei Weber, *Die Bibliothek des Juristen Friedrich Carl von Savigny*, 1971, S. 27.

6 Zur Bibliothek Conringiana: *Raabe*, *Die Bibliothek Conringiana*, in: *Stolleis* (Hg.), *Hermann Conring (1606-1681)*, 1983, S. 413 f.

7 Zum „Reich in der Publizistik“: *Whaley*, *Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation 1648 – 1806*, 2018, S. 203 ff.

bibliotheken eingerichtet wurden, war eine umfassende Privatbibliothek für die Arbeit eines Rechtswissenschaftlers unentbehrlich.

Die Bibliothek des Rechtsgelehrten ist ein Ort der Begegnung.<sup>8</sup> In der Bibliothek trifft man sich mit Kollegen, diskutiert juristische Schriften und stellt gewünschte Bücher den Kollegen zur Verfügung.<sup>9</sup> Dem Besucher erscheint die Bibliothek oftmals wie ein Chaos. So wird über Jakob Grimm, den Autor der deutschen Rechtsaltertümer,<sup>10</sup> überliefert, er lebe in einer Bücherwohnung, in der er sich ungern stören ließ.<sup>11</sup>

Bibliotheken von Rechtswissenschaftlern sind in früherer Zeit auch Objekte des Prestiges gewesen. Aus der Göttinger Universität des 18. Jahrhunderts berichtet man, dass die Bibliotheken der Professoren - oftmals verbunden mit Kunstsammlungen - einen besonderen Lebensstandard und eine besondere Belesenheit repräsentieren sollten.<sup>12</sup> Auch war manchem Rechtsgelehrten zur Erhöhung seines wissenschaftlichen Prestiges daran gelegen, dass sein Bibliotheksbestand nach seinem Tod veröffentlicht wird.<sup>13</sup>

Davon abgesehen war die umfangreiche Bibliothek eines Gelehrten von nicht unerheblichem materiellen Wert. So war es im 17., 18. und auch noch im 19. Jahrhundert vielfach üblich, nach dem Tod eines Gelehrten dessen Bibliothek, bisweilen sogar in der Universität, auf Auktionen<sup>14</sup> zu versteigern, um zur finanziellen Sicherung der Familie beizutragen. In Deutschland scheint es, anders als in Frankreich, weniger üblich gewesen zu sein, die eigene Bibliothek durch testamentarische Verfügung oder durch eine Stiftung einer öffentlichen Benutzung zuzuführen.<sup>15</sup>

Blickt man auf den Umfang der Gelehrtenbibliotheken des 17. und 18. Jahrhunderts:<sup>16</sup> Ihr Umfang betrug bis

zu 15.000 Bänden, so die Bibliothek von Benedikt Carpzow (1595 – 1666), dem Leipziger Professor, Richter am Schöppenstuhl und einem der Begründer der deutschen Rechtswissenschaft. Die Bibliothek des Reichspublizisten, dänischen Staatsrates und Mediziners Herrman Conring (1606 – 1681) umfasste ca. 4.500 Bände, jene des Juristen, Philosophen und Gründungsmitglieds der Juristischen Fakultät Halle Christian Thomasius (1655 – 1728) mit den gedruckten Disputationen ca. 8.500 Bände. Die Bibliotheken der Göttinger Rechtslehrer Johann Stefan Pütter (1725 – 1807) umfasste 7.500 Bände, Georg Ludwig Böhmer (1715 – 1797) ca. 6.500 Bände, Georg Christian Gebauer (1690 – 1773) ca. 18.000 Bände und Johann Jakob Schmauss (1690 – 1757) ca. 5.500 Bände. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatte die erlesene Bibliothek Friedrich Carl von Savignys (1779 – 1861) einen Umfang von über 7.000 Bänden.<sup>17</sup> Man kann annehmen, dass diese Bandzahlen die Spanne des Umfangs der Bibliotheken führender Rechtswissenschaftler vom 17. bis zum 18. Jahrhundert entsprechen, so dass die Bibliothek des Reichspublizisten, Natur- und Völkerrechtlers sowie Historikers Samuel Pufendorf (1632 – 1694)<sup>18</sup> mit nur ca. 1.700 Bänden wohl eher die Ausnahme war.<sup>19</sup>

Wegen der historischen Orientierung der Rechts- und Staatswissenschaft fand sich in allen größeren Juristenbibliotheken ein umfassender Bestand an Gesetzestexten. Gesetzessammlungen, wie heute üblich, waren auf eine Vielzahl von Publikationen älterer und neuerer Art des Reichsrechts und des Rechts der zahlreichen Territorien zerstreut. Welches Recht jeweils galt, musste mühsam geklärt werden. Und in der Regel fanden sich auch mehrere Ausgaben mit unterschiedlichen Bearbeitungen des *Corpus juris civilis*. Bei Bücherkäufen wurde nicht vorrangig, wie heutzutage, zeitgenössische Litera-

8 Vgl. die Schilderung bei *Streich*, Die Privatbibliothek als Handwerkszeug des Gelehrten im 18. Jahrhundert, in: Raabe (Hg.), Öffentliche und private Bibliotheken im 17. und 18. Jahrhundert, 1977, S. 264.

9 *Streich* (Fn. 8), S. 255 zu Göttingen.

10 *Jakob Grimm*, Deutsche Rechtsaltertümer, 1828.

11 *Krause/Denecke/Teitge*, Die Bibliothek der Brüder Grimm, 1989, S. 11.

12 Zur Bibliothek als Prestigeobjekt: *Karl S. Bader*, Die Juridica der ehemaligen Bibliothek Castelmur/Perini, in: FS für Ferdinand Elsener, 1977, S. 9, 21.

13 *Raabe* (Fn. 6), S. 414.

14 Umfassende Schilderung der Auktion der Bibliothek von Conring bei Raabe (Fn. 6), S. 416 ff. sowie der Bibliothek von Thomasius bei *Weißborn*, Etwas über Privatbibliotheken zur Zeit von Thomasius und ihren Verbleib, in: Max Fleischmann (Hg.), Christian Thomasius. Leben und Lebenswerk, 1979, S. 421, 423 ff.; zu den zahlreichen Auktionen in Göttingen: *Streich* (Fn. 8), S. 241 ff.; *Sattler*, Georg Christian Gebauers Büchersammlung, in: Beiträge zur Göttinger Bibliotheks- und Gelehrtengeschichte, 1928, S. 75, 87.

15 Vgl. zur Bibliothek des Straßburger Professors Johann Daniel Schöpflin: *Voss*, Universität, Geschichtswissenschaft und Diplomatie im Zeitalter der Aufklärung, 1989, S. 132 ff. mit Hinweis auf ähnliche Schenkungen und Vermächtnisse in Paris oder auch in Deutschland, wo allerdings der Öffentlichkeitsbezug nicht in vergleichbarer Weise im Vordergrund stand.

16 Zu den hier nicht verfolgten juristischen Beständen in den Humanistenbibliotheken: *Elsener*, Die juristischen Bücher in der Bibliothek des St. Galler Bürgermeisters und Reformators Joachim von Watt, genannt Vadianus, in: Festschrift für H. Rennefahrt, Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern, 1958, S. 243 ff.

17 *Weber* (Fn. 5), S. 15 mit Bemerkungen zum Aufbau seiner Bibliothek (S. 36 ff.), zum Erwerb der Bücher (S. 16 ff.), zu zwischenzeitlichen Verkäufen und zu deren heutigem Standort (S. 32 ff.).

18 *Palladini*, Die Bibliothek Samuel Pufendorfs, in: *Palladini/Hartung* (Hg.), Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung, 1996, S. 29 ff. – Zum Umfang weiterer Juristenbibliotheken vgl. *Raabe*, Gelehrtenbibliotheken im Zeitalter der Aufklärung, in: *Werner*/ Bibliotheken und Aufklärung, 1988, S. 103, 121.

19 Zu Immanuel Kants Verhältnis zu Bibliotheken und Büchern: *Bogeng*, Die großen Bibliophilen, Bd. 1, 1922, S. 289 ff.

tur erworben. Es finden sich in den Juristenbibliotheken schwerpunktmäßig neben Handschriften, Inkunabeln auch zahlreiche Werke des 16. Jahrhunderts.<sup>20</sup>

Welche der gewichtigen Autoren überwiegend in den Bibliotheken vertreten und auch gelesen waren, lässt sich nur annäherungsweise erfassen. So waren in den Bibliotheken im Einzugsgebiet der Universität Tübingen die Werke von Arnisaeus, vor allem sein Politiklehrbuch, am weitesten verbreitet, gefolgt von den politischen Klassikern Althusius, Bodin und Lipsius, den damals und für lange Zeit führenden Köpfen von Staats- und politischer Theorie. Im Bereich der Fürstenspiegel-Literatur, die Fürsten und deren Abkömmlingen in jungen Jahren die Grundsätze richtigen Regierens vermitteln wollte, standen die Schriften von Lauterbeck und Reinking, die traditionsbewusst eine gerechte und christliche politische Orientierung anmahnten, an erster Stelle.<sup>21</sup>

So lässt sich verallgemeinern, dass sich in den Juristenbibliotheken, wenig überraschend, die zeitgenössisch maßgeblichen Werke befanden. Die rechtshistorische Tradition hatte immer einen erheblichen Anteil am Bibliotheksbestand, die damaligen und zum Teil auch noch heute großen Klassiker und der Humanismus bildeten ebenfalls das Profil von Juristenbibliotheken.

Die Erwerbungen wurden oft mühsam durch den Antiquariatshandel getätigt, erfolgten aber auch auf den bereits genannten Bibliotheksauktionen. Dass für den Erwerb umfangreicher Bibliotheken beträchtliche Finanzmittel investiert werden mussten, die bisweilen kaum aufgebracht werden konnten, mag ein Grund für den unterschiedlichen Umfang der Juristenbibliotheken sein.

Ein weiteres unterscheidet die älteren von den neueren Juristenbibliotheken seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert. In den älteren Juristenbibliotheken fanden sich neben den juristischen und politischen Schriften erhebliche Bestände an theologischen, historischen, philosophischen und sogar naturwissenschaftlichen Schriften.<sup>22</sup> Die Rechts- und Staatswissenschaften waren nicht selbstständig, sondern in fast enzyklopädischer Weise mit ihren Nachbardisziplinen verbunden. Die Universalität derartiger Bücherbestände zeugt zugleich auch von der

Universalität gelehrter Tätigkeit früherer Rechtswissenschaftler.

Diese breite Fächerung von Juristenbibliotheken steht in engem Zusammenhang mit der Lehrtätigkeit und Universitätskarrieren im 17. und 18. Jahrhundert. Der wissenschaftliche Werdegang von Professoren für Rechts- und Staatswissenschaften im 17. und 18. Jahrhundert erstreckte sich oft über zwei, bisweilen sogar drei Fakultäten.<sup>23</sup> Die Bereiche, in denen sie Vorlesungen hielten und publizierten, waren sehr viel weiter gefasst, als es heute der Fall ist. Statistik, Ökonomie und Geschichte gehörten im 18. Jahrhundert zum Standardrepertoire des Staats- und Verwaltungswissenschaftlers. Im akademischen Unterricht ging es vielfach um die Vermittlung umfassender Literaturkenntnis, nicht aber neuer Denkansätze. Für diese Vermittlung des Standes wissenschaftlicher Forschung bedurfte es zwangsläufig einer gut ausgestatteten Privatbibliothek.

Man darf nicht dem naiven Fehlschluss unterliegen, dass alle Bücher in der Bibliothek eines Rechtslehrers auch gelesen gewesen seien. Ebenso wie heute waren auch früher die Bücher in den großen Privatbibliotheken nur zum Teil Gegenstand aufmerksamer Lektüre. Wenn man heute antiquarisch Klassiker des 17. und 18. Jahrhunderts erwirbt, erstaunt, dass sie vielfach nicht aufgeschnitten und (immer noch) ungelesen sind. Des Öfteren finden sich auch nur auf den ersten Seiten Spuren sorgfältigen Lesens. Die Lehre für heutige Autoren daraus ist: Eine gute Zusammenfassung der Thesen bereits auf den ersten Seiten erleichtert erheblich die Rezeption des Werkes.

## 2. Die Bibliothek der Verwaltungsjuristen

Verwaltungsjuristen arbeiten in der Verwaltung und besaßen, soweit in Leitungspositionen, vielfach auch Privatbibliotheken. Diese waren oft auf dem Niveau der Bibliotheken der Rechtswissenschaftler und ebenfalls Grundlage für grundlegende rechtswissenschaftliche Studien und Veröffentlichungen. Beispielhaft sei die Bibliothek des Konsistorial- und Kirchenrats, Bürgermeisters der Altstadt Hannover Christian Ulrich Grupen (1692-1767) mit etwa 6.200 Bänden aus allen Bereichen

<sup>20</sup> Raabe (Fn. 6), S. 420.

<sup>21</sup> Holtz, Bildung und Herrschaft. Zur Verwissenschaftlichung politischer Führungsschichten im 17. Jahrhundert, in: Schriften zur südwestdeutschen Landeskunde 32 (2002), S. 45.

<sup>22</sup> Zu Conrings Bibliothek: Raabe (Fn. 6), S. 424 ff.; zu Thomasius'

Bibliothek: Weißenborn (Fn. 14), S. 429 ff.; zu Turgots Bibliothek: Roche, Noblesse et culture dans la France du XVIIIe: les lectures de la Noblesse, in: Buch und Sammler. Private und öffentliche Bibliotheken im 18. Jahrhundert, 1979, S. 14.

<sup>23</sup> Streich (Fn. 8), S. 250.

des Rechts, darunter die wichtigsten Autoren seiner Zeit, genannt<sup>24</sup> und auf zwei württembergische Bibliotheken verwiesen.<sup>25</sup>

Die Bestände der Bibliothek von Justus Möser, der in Diensten Osnabrücks stand und ein scharfsichtiger Kritiker seiner Zeit war, sind teilweise bekannt.<sup>26</sup> Möser's Bibliothek umfasste die für einen Verwaltungsjuristen beachtliche Zahl von ca. 3 - 4.000 Bänden. Viele Bände seiner thematisch breit gefächerten Bibliothek mögen dem Autor der „Osnabrückischen Geschichte“ und der „Patriotischen Phantasien“, die ihn in der literarischen Öffentlichkeit bekannt machten, von zeitgenössischen Autoren geschenkt worden sein. Von seinem London-Aufenthalt in den Jahren 1763 und 1764 als Unterhändler der Osnabrücker Landstände brachte er nicht nur aktuelle politische Tagesliteratur, sondern auch Quellenwerke zur Geschichte der Angelsachsen mit.

Wegen seiner politischen Funktionen musste Möser ein hervorragender Kenner des Reichsstaatsrechts sein. So waren mehr als 20 Schriften des großen Dogmatikers des Reichsstaatsrechts Johann Jakob Moser in seiner Bibliothek präsent. Daneben fanden sich Sammlungen von Reichsabschieden und von anderen Urkunden.

Möser kannte die Bedeutung der Reichsgeschichte, relativierte sie aber im Geist des damaligen Positivismus. An Thomas Abbt schrieb er im Juli 1764: „Wenn Sie die Reichshistorie nicht mit dem iure publico verbinden, so werden Sie schwerlich Ihr Gebiet mit der gehörigen Macht beherrschen“.<sup>27</sup> In der Reichshistorie war Möser durch die beiden Lehrbücher seiner akademischen Lehrer Gebauer, Grundriss zu einer umständlichen Historie der vornehmsten Reiche und Staaten (1733) und Köhler, Teutsche Reichshistorie (1737), geprägt. Diese beiden Bände sind ebenso wie Lauterbachs „Compendium juris“ (1679), auf das er auch später gerne zurückgriff, mit zahlreichen Randbemerkungen versehen. Vielleicht war es auch bei Möser wie bei zahlreichen heutigen Juristen: Die im Studium „erarbeiteten“ Werke, d.h. die Bibliothek des Studenten, begleiten das gesamte Berufsleben. Ob al-

lerdings die heutigen juristischen Lehrbücher, die eher der Aktualität und Didaktik als der Darstellung der grundsätzlichen Rechtsprinzipien verpflichtet sind, diesem Anspruch genügen können, muss bezweifelt werden.

### 3. Die juristischen Bibliotheksbestände der Universitäten

Die juristischen Bestände der Universitätsbibliotheken dienten zunächst nur der ihre privaten Bibliotheken ergänzenden Versorgung der Hochschullehrer mit Forschungsliteratur, zudem, wie bereits bemerkt, ihrer Tätigkeit als Gutachter und Rechtsberater ihres jeweiligen Landesherren. Ausleihmöglichkeiten und Zugang zu Bibliotheken waren auf die Professorenschaft begrenzt.

Die Studierenden standen zunächst nicht im Fokus der Universitätsbibliotheken. Denn ihr Bedarf an rechtswissenschaftlicher Literatur war lange Zeit überschaubar. Ihr Wissen schöpften sie aus Vorlesungen, die diktiert und vielfach in mehr oder weniger sorgfältigen Mitschriften<sup>28</sup> festgehalten wurden. Die Vorlesung folgte oft einer Publikation des Dozenten. Außerdem fanden auch Vorlesungen nach dem Lehrbuch eines anderen Autors statt, was heute kaum vorstellbar ist. Die entsprechenden Lehrbücher konnten von den Studierenden, die der Vorlesung nicht folgten oder keine Mitschriften anfertigten, erworben werden. Diese Anforderungen an eine Minimalausstattung mit juristischer Literatur änderten sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Nun sollte ein Studierender der Rechtswissenschaft etwa 60 Bücher besitzen.<sup>29</sup> Da damals Bücher im Vergleich zu heute relativ teuer waren, war die Schwelle der „Leistungsfähigkeit“ von Studierenden sicherlich erreicht, wenn nicht bereits deutlich überschritten.

Die Bedeutung der Zugangsmöglichkeiten zu Universitätsbibliotheken für ein rechtswissenschaftliches Studium wird hier deutlich. Nach dem Vorbild der Göttinger Bibliothek wurden erst seit Mitte des 18. Jahrhun-

24 Glaser/Müller-Jerina, Bibliothek des Oberlandesgerichts - Bibliothek der Grupenschen Stiftung, in: Fabian (Hg.), Handbuch der historischen Buchbestände in Deutschland, Österreich und Europa, Online-Ausgabe, 2003, <https://fabian.sub.uni-goettingen.de> (abgerufen am 20.11.2024).

25 Zu nennen sind die Privatbibliotheken des württembergischen Geheimen Rates und Konsistorialdirektors Nikolaus Myler von Ehrenbach, der seine Bibliothek dem Stuttgarter Justizkollegium und damit der Oberratsbibliothek vermachte (Blasberg- Hornauer, Württembergische Landesbibliothek, in: Fabian (Fn. 24) 1.2, <https://fabian.sub.uni-goettingen.de>, abgerufen am 20.11.2024) und des Tübinger Professors und Syndicus der Stadt Straßburg Ludwig Grempp von Freudenstein, der seine Bibliothek der Universität Tübingen zukommen ließ (Testament des Ludwig Grempp

von Freudenstein, der Rechte Doktor und Advokat der Stadt Straßburg vom 11. Mai 1583, S. 7, DOI: 10.20345/digitue.25246).

26 Zum folgenden Horst Meyer, Bücher im Leben eines Verwaltungsjuristen: Justus Möser und seine Bibliothek, in: Buch und Sammler. Private und öffentliche Bibliotheken im 18. Jahrhundert, 1979, S. 149 ff.

27 Zitat nach Meyer (Fn. 26), S. 155.

28 Für Beispiele solcher Mitschriften siehe Zeiler (Bearb.), Transkriptionen zweier Vorlesungen zum Deutschen Staatsrecht aus der Frühzeit des Deutschen Bundes, 2018 (DOI: 10.6094/UNIFR/16786).

29 Ebel, Zur Geschichte der Juristenfakultät und des Rechtsstudiums an der Georgia Augusta, 1960, S. 22.

derts Besuchszeiten und Ausleihmöglichkeiten für Studierende und andere Interessierte eingeführt.<sup>30</sup> Ein rasch wachsender Bücherbestand wurde nun täglich für die Studierenden zugänglich.<sup>31</sup> Über die Vorzüge der Göttinger Bibliothek, die auch von Benjamin Constant während seines Göttinger Aufenthalts eifrig genutzt wurde,<sup>32</sup> bemerkt Pütter, der große Vertreter aufgeklärten Staatsrechts: Sie diene dem „freien und unbeschwerten Gebrauch ..., den ihr schwerlich einige Bibliotheken in Deutschland, noch auch vielleicht in anderen Gegenden streitig machen dürfte“.<sup>33</sup>

Die Bücherbestände an den neu gegründeten Universitäten mussten nach und nach auf- und ausgebaut werden. Über längere Zeit blieben ihre Bücherbestände sehr übersichtlich. In Rostock etwa wurde 1704 „ein erster fachlich gegliederter Katalog“ angelegt, der 1.192 Titel enthielt, darunter 489 theologische, 88 juristische, 96 medizinische, 314 philosophische und 205 historische Werke. Zwanzig Jahre später war die Zahl auf 1.981 erhöht,<sup>34</sup> - verglichen mit manchen zeitgenössischen Juristenbibliotheken ein minimaler Buchbestand. Die geringe Zahl an rechtswissenschaftlichen Werken, auch im Verhältnis zu den theologischen Werken, überrascht auf den ersten Blick. Das Schwergewicht im theologischen Bereich, das im Bereich der älteren Privatbibliotheken ebenfalls auffällt, trägt der noch ungebrochenen Vorstellung einer Einheit von weltlicher und religiöser Ordnung Rechnung.<sup>35</sup> Andere Universitätsbibliotheken, wie etwa Tübingen,<sup>36</sup> verfügten zwar über einen deutlich hö-

heren Bestand an rechtswissenschaftlicher Literatur des 17. Jahrhunderts. Insgesamt gesehen aber befanden sich die Universitätsbibliotheken zu Beginn des 18. Jahrhunderts „auf einem Tiefpunkt“<sup>37</sup>: dürftige Bestände, veraltete Literatur, kein fester Etat, wenig Interesse an einer Bibliotheksreform.

Dies änderte sich, als die Universitäten um die Mitte des 18. Jahrhunderts nach und nach ein neues gegenwartsorientiertes Forschungs- und Ausbildungsprofil entwickelten, was eine Versorgung mit der zu dieser Zeit rasch zunehmenden Produktion rechtswissenschaftlicher Literatur forderte. So wurden seit Mitte des 18. Jahrhunderts, wohl auch durch den Geist der Aufklärung veranlasst, die Bücherstände der Universitätsbibliotheken ausgebaut.<sup>38</sup> Die Professoren waren nun zu Zwecken der Forschung trotz ihrer meist umfangreichen Privatbibliotheken auf umfassende juristische Bestände in ihren Universitätsbibliotheken angewiesen. Deren Beschaffung war allerdings kaum zu leisten. Damals wie heute waren die Finanzmittel zu knapp, um auch an Büchern alles Wünschenswerte erwerben zu können. Geschlossene Bestände kamen vielfach durch Ankauf von (Teilen von) Gelehrtenbibliotheken<sup>39</sup> in den Universitätsbesitz, soweit hierfür hinreichende Finanzmittel zur Verfügung standen. Auch Vermächtnisse und Schenkungen, die aus Dankbarkeit von Studierenden oder Professoren erfolgten, waren nicht selten.<sup>40</sup>

Wie schwer es war, eine für das 18. Jahrhundert moderne Universitätsbibliothek aufzubauen, zeigt das Bei-

30 Für Tübingen vgl. *Widmann*, Die Zugänglichkeit der Universitätsbibliothek Tübingen, in: Ohly/Krieg (Hg.), *Aus der Welt des Bibliothekars*, 1961, S. 215 ff. auch mit Hinweisen auf die Auseinandersetzungen um eine Verlängerung der Öffnungszeiten; *Stählin*, Professoren und Studenten im Widerstand gegen die Benutzungsordnung der Universitätsbibliothek Erlangen im 19. Jahrhundert, in: Schug (Hg.), *Der Bibliothekar zwischen Praxis und Wissenschaft*, 1986, S. 211 ff.; *Widmann*, Johann Jakob Moser und die Bibliotheken, in: Leyh (Hg.), *Aus der Welt des Buches*, 1950, S. 138.

31 Vgl. *Schmidt*, Die Universität Freiburg i.Br. und ihre Bibliothek in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, 1987, S. 12 ff. (zur österreichischen Bibliothekspolitik); zur Entwicklung der Öffnungszeiten im 18. Jahrhundert vgl. *Bülck*, *Geschichte der Kieler Universitätsbibliothek*, 1960, S. 29, 84.

32 Im Bibliotheksarchiv sind seine Bücherausleihen dokumentiert, was in Zeiten des Datenschutzes nicht archiviert werden dürfte.

33 *Pütter*, Versuch einer akademischen Gelehrten-geschichte von der Universität zu Göttingen, Bd. 1, 1765, S. 219.

34 *Sieber/Pape*, Von Platon bis zum E-Book. Die Bestandsgeschichte seit 1569, in: *Zepf* (Hg.), *450 Jahre Universitätsbibliothek Rostock*, 2019, S. 25.

35 Selbst in der neu zusammengestellten Bibliothek des Pariser Conseil d'État in den ersten Jahren des 19. Jahrhunderts standen ursprünglich den theologischen Werken mit um 500 Bänden nur 600 rechtswissenschaftliche Bände gegenüber (*Julien*, *Les Biblio-*

*thèques Du Conseil d'État depuis l'an VIII*, in: <https://criminocorpus.org/fr/bibliographie/ouvrages/99075/>, S. 95, 99).

36 *Holtz* (Fn. 21), S. 43 f. mit einer Aufgliederung nach Rechtsgebieten.

37 *Widmann*, Moser (Fn. 30), S. 133; zum chronischen Finanzmangel der Universitätsbibliotheken über die Jahrhunderte hinweg: *Fabian*, Die Reform des preußisch-deutschen Bibliothekswesens in der Ära Althoff, in: von Brocke (Hg.), *Wissenschaftsgeschichte und Wissenschaftspolitik im Industriezeitalter*, 1991, S. 433 ff.

38 Vgl. *Hartmann/Füchsel*, *Geschichte der Göttinger Universitätsbibliothek*, 1937, S. 14 ff.; zu Göttingens wegweisendem Konzept einer Forschungsbibliothek: *Fabian* (Fn. 37), S. 425 ff.

39 Zu Ankäufen von Juristenbibliotheken im 18. Jahrhundert vgl. *Schmidt* (Fn. 3), S. 52 ff.; *Jammers*, Die Bibliothek des Heidelberger Juristen Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867) und ihre Eingliederung in die Universitätsbibliothek Heidelberg, in: *Bibliothek und Wissenschaft* 3 (1966), 156 ff.; *Schlechter*, Gelehrten- und Klosterbibliotheken in der Universitätsbibliothek Heidelberg. Ein Überblick, Heidelberg 1990 mit knappen Beschreibungen der Bibliotheken der Juristen Matthäus Kübel, Max Naegle, Karl Josef Anton Mittermaier, August von Bulmerincq, Ernst Immanuel Bekker, Gustav Radbruch.

40 Beispiele bei *Dolezalek*, Juristische Buchbestände in Leipzig, in: Helmholz u. a. (Hg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, 2000, S. 945, 951; *Jammers* (Fn. 39), S. 158 f.; *Holtz* (Fn. 21), S. 41 (zu Tübingen).

spiel der 1734 gegründeten Universität Göttingen.<sup>41</sup> Mit allen Mitteln wurde Akquise<sup>42</sup> betrieben. So soll in Göttingen Mitte des 18. Jahrhunderts für die Berufung von Professoren eine Rolle gespielt haben, ob sie eine umfangreiche Privatbibliothek besitzen, die die „literarische Versorgung“ der neu gegründeten Universität verbessert und später möglicherweise für die Universität erworben werden kann. Durch diese Berufungspolitik wurde erreicht, dass im Göttingen der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts mehr als 200.000 Bände in Privatbibliotheken der Universitätsprofessoren präsent waren. Zu modern, um sofort realisiert zu werden, war allerdings der Vorschlag des Staatsrechtlers Johann Jakob Moser, jedem Professor eine Summe Geldes zu geben, damit er eine Bibliothek aufbauen könne, die auf seinen Nachfolger im Amt übergehen könne.<sup>43</sup>

#### 4. Die Bibliotheken der Gerichte

Die Gerichtsbibliotheken haben seit jeher einen unterschiedlichen Zuschnitt. In den unteren Instanzen finden sich in aller Regel lediglich die erforderlichen Gesetzsammlungen, die Rechtsprechungssammlungen und einige Werke der Kommentierung. Den Obergerichten stehen demgegenüber gut ausgestattete Bibliotheken zur Verfügung. Berühmt ist die neben der OLG-Bibliothek Celle<sup>44</sup> wohl älteste Gerichtsbibliothek des Berliner Kammergerichts, deren erste Anfänge auf die Hinterlassenschaft des Ober-Appellationspräsidenten Georg Dietloff von Arnim zurückgehen. Die Richter an den Obergerichten besaßen offenbar ebenso wie die Professoren und Verwaltungsjuristen ansehnliche Privatbibliotheken. An dem seit 1748 so genannten königlichen Obertribunal bestand der auch an anderen Obergerichten gepflegte Brauch, dass neue Mitglieder Bücher für die Bibliothek zu stiften hatten.<sup>45</sup> Wesentliche Ergänzungen brachten Vermächtnisse von Richtern dieses Spruchkörpers in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Das Reichskammergericht<sup>46</sup> verfügte im Vergleich zu Privatbibliotheken jener Zeit zunächst über einen nur sehr bescheidenen Bücherbestand. Der erste erhaltene Bibliothekskatalog von 1719 verzeichnet ca. 550 Bände. Trotz einer weiter ausgreifenden Erwerbstätigkeit im 18. Jahrhundert und eines umfangreichen Vermächtnisses eines ehemaligen Mitglieds des Gerichts blieb die Bibliothek des Reichskammergerichts im Vergleich zur Bedeutung des Gerichts relativ klein, was auf stattliche Privatbibliotheken der Assessoren und Prokuratoren schließen lässt. Immerhin hatte man aber doch in den nicht realisierten Plänen eines Neubaus einen größeren Bibliotheksflügel vorgesehen und damit die Bedürfnisse einer umfanglicheren Gerichtsbibliothek erkannt.<sup>47</sup> Nach der Auflösung des Reichskammergerichts ging der größere Teil der Bibliothek 1818 an die Universität Bonn, der kleinere zunächst in Wetzlar verbliebene Teil 1939 an die Universität Gießen.

Selbst die Geschichte der Cameralbibliothek zeigt den bewussten oder unbewussten Traditionsbruch zwischen Gerichtsbarkeit des Heiligen Römischen Reiches und der späteren Reichsgerichtsbarkeit, deren Bibliothek neu aufgebaut wurde. Von einer dringend erforderlichen „Rekonstruktion“ der Bibliothek des Reichskammergerichts lassen sich Rückschlüsse auf die geistige Prägung dieses Gerichts in den letzten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts erhoffen. Vielleicht lässt sich beobachten, ob aufgeklärte Werke etwa den Illuminaten am Reichskammergericht<sup>48</sup> zur Verfügung standen.

Die Bibliothek des Reichsgerichts in Leipzig übernahm die Bibliothek des Reichsoberhandelsgerichts und wurde im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert mit rund 300.000 Bänden (im Jahr 1945) zu einer der wohl größten Gerichtsbibliotheken der Welt erweitert.<sup>49</sup> Die Reichsgerichtsbibliothek verfügte nicht nur über die zeitgenössische juristische Literatur, sondern besaß zudem einen hervorragenden rechtshistori-

41 Zu ihrer Bibliotheksgeschichte: <https://www.sub.uni-goettingen.de/wir-ueber-uns/portrait/geschichte/> (abgerufen am 7. 11. 2024);

42 Dies galt ebenfalls an der Universität Tübingen, wo Studierende und Prüflinge zu Bücherspenden veranlasst werden sollten (Holtz, Fn. 21, S. 41 f.).

43 Vgl. Streich (Fn. 6), S. 253.

44 Buzas, Deutsche Bibliotheksgeschichte der Neuzeit (1500 - 1800), 1976, S. 83 mit Hinweis auf die 1711 gegründete Tribunalbibliothek in Celle; Glaser, Die Bibliotheken des Oberlandesgerichts Celle, in: Dietz/Pannier, FS für Hildebert Kirchner, 1985, S. 99 ff.; Figge, Die Bibliothek des Oberlandesgerichts in Celle, in: 250 Jahre OLG Celle, 1961, S. 219 ff.

45 Zum folgenden Schoener, Bibliothek des Kammergerichts, in: Handbuch der historischen Buchbestände in Deutschland, Bd. 15, Teil 2, 1995, S. 84 ff.

46 Zum folgenden Scheurmann, „Wetzlarische Beiträge zu einer pragmatischen allgemeinen Rechtsgelehrsamkeit...“, in: Speitkamp (Hg.), Staat, Gesellschaft, Wissenschaft, 1994, S. 229 ff.

47 Vgl. die Bauskizze, in: Scheurmann (Hg.), Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806. Ausstellungskatalog 1994, Nr. 171.

48 Neugebauer-Wölk, Reichskammergericht und Aufklärung, 1993.

49 Schulz, Zur Geschichte der Bibliothek des Reichsgerichts, in: Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts, 1904, S. 203 ff.; Koch, Die Bibliothek des Reichsgerichts – ein Gang durch die europäische Rechtsgeschichte, JuS 1998, 383 f.; Henne, Das Reichsgericht – seine Geschichte und seine Bibliothek, in: Recht, Bibliothek, Dokumentation 37 (2007), S. 1 ff.; Dolezalek, Juristische Buchbestände in Leipzig, in: Helmholz u. a. (Hg.), Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau, 2000, S. 945 ff.

schen Bestand, der den Horizont der Spruchfähigkeit weit überschritt.<sup>50</sup> 1950 wurde die Reichsgerichtsbibliothek nach Berlin überführt und diente in Teilen als Grundstock der Bibliothek des Obersten Gerichts der DDR. In den Folgejahren wurden Teile der Reichsgerichtsbibliothek makuliert oder zur Devisenbeschaffung in den Westen verkauft.<sup>51</sup> Inzwischen ist der immer noch bedeutende Restzustand der Reichsgerichtsbibliothek zum Teil in die Bibliothek des Bundesverwaltungsgerichts, zum Teil in die des Bundesgerichtshofes übernommen worden.

Die Bibliotheken der obersten Bundesgerichte sind eng mit der Geschichte des jeweiligen Gerichts verbunden.<sup>52</sup> So sind die Bibliotheken des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichswirtschaftsgerichts Grundstock der Bibliothek des Bundesverwaltungsgerichts. Die Bibliothek des Reichsfinanzhofs, die übrigens zum Teil bei den Herrenchiemseer Beratungen genutzt wurde, wurde vom Bundesfinanzhof übernommen. Ein Teil der Bibliothek des Reichsversicherungsamtes fiel an das Bundessozialgericht.

##### 5. Die juristischen Bestände in Bibliotheken einer adeligen oder bürgerlichen Oberschicht

Das Nachdenken über Recht und Staat ist nicht allein Domäne der Juristen oder Staatsphilosophen. Daher können auch die rechtswissenschaftlichen Werke in Privatbibliotheken als Dokumente kultureller Neugier sowie der Aneignung und Diskussion des rechtlichen und politischen Systems unser Interesse finden.

Die Bibliotheken der adeligen und bürgerlichen Oberschicht umfassten in der Regel einen nicht unerheblichen Bestand an rechtlicher und politischer Literatur. Übergehen wir die großen Fürstenbibliotheken, die das Wissen der Welt in ihrer Bibliothek einfangen wollten und im rechtswissenschaftlichen Bereich keine besonderen Schwerpunkte aufweisen.<sup>53</sup> Übergeben wir auch die aus Sammelleidenschaft zusammengetragenen Bibliotheken, in denen sich zum Teil beträchtliche juristische Bestände fanden.<sup>54</sup> Im Adel, im hier nicht weiter

verfolgten Klerus<sup>55</sup> und im aufsteigenden Bürgertum gehörten juristische Bücher zum unentbehrlichen Bibliotheksbestand. Denn als gesellschaftstragende Schicht brauchte man im täglichen Leben immer wieder Zusammenstellungen des Zivilrechts und anderer Rechtsgebiete. So finden sich unter den 75 häufigsten Titeln in den Pariser Privatbibliotheken zwischen 1750 und 1759 die „Coutumes de Paris“, also das lokale Recht in Paris (Rang 20), die „Loix civiles par Domat“ (Rang 44), das „Corpus iuris“ (Rang 62) und der „Traité de la police“ (Rang 74)<sup>56</sup>; demgegenüber fehlen in diesem „Ranking“ Werke zum Naturrecht und zum Recht insgesamt, die im übrigen nur einen verschwindend geringen Prozentsatz in diesen Bibliotheken repräsentieren.<sup>57</sup>

Wenn man nicht einen derartigen Vergleich der Häufigkeit von Buchtiteln wählt, sondern qualitativ einzelne Adelsbibliotheken des 18. Jahrhunderts untersucht, begegnet uns in Frankreich, in Deutschland oder in der Schweiz vielfach ein Schwergewicht an Werken aufgeklärter Rechts- und Staatswissenschaft. Dies gilt vor allem für die Bibliotheken des Adels in Paris,<sup>58</sup> in denen sich zahlreiche Werke finden, die das politische System kritisieren. Bei diesem Befund verwundert es nicht, dass sich Teile des französischen Adels in den Jahren der Französischen Revolution auf die Seite der Revolutionäre geschlagen haben. Vergleichbares begegnet uns auch außerhalb Frankreichs. So finden sich in der Bibliothek der Familie Perini an der Grenze zum deutschen Sprachraum im Oberengadin wesentliche Werke von Achenwall, Pütter, Justi, Friedrich Carl von Moser oder Christian Wolff.<sup>59</sup> Auch die Betrachtung derartiger Bibliotheken erweist, dass die Gedanken einer aufgeklärten Rechtsreform nicht allein in der bürgerlichen Schicht auf ein großes Interesse stießen.

Die juristischen Lesegesellschaften, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstanden, waren eine besondere Facette der vor und nach 1800 in den meisten Städten vom Stadtbürgertum gegründeten und in privater Rechtsform unterhaltenen Lesegesellschaften (hierzu unter 6.). Die juristischen Lesegesellschaften zielten auf

50 Ein Überblick bei *Otto*, in: Handbuch der historischen Buchbestände in Deutschland, Bd. 8, 1994, S. 67 ff.; ders., Bibliothek des Bundesgerichtshofes. Buchbestand und Rechtserfahrung, 1996.

51 *Henne* (Fn. 49), S. 1, 11 ff.

52 Zum folgenden *Holland*, Die Bibliotheken der obersten Gerichtshöfe der Bundesrepublik Deutschland, 1991, S. 17 ff.

53 *Raabe* (Fn. 6), S. 433 zur Wolfenbütteler Herzog-August-Bibliothek; *Frey*, Die kurpfälzische Hofbibliothek, in: Der Antikensaal in der Mannheimer Zeichnungsakademie 1769 - 1803, 1984, Ausstellungskatalog, S. 30 f.

54 Vgl. *Seraphim*, Joachim Hinrich Bülow und seine Bibliothek, 1929, S. 72 mit Hinweis auf die juristischen Bestände in dieser Sammler- und auch Forscherbibliothek, die Grundstock der Universitätsbibliothek in Göttingen werden sollte; *Bogeng* (Fn. 19), S.

261 f. zur Bibliothek des Reichsgrafen von Brühl.

55 *Elsener*, Die „Jurisprudenz“ in der Stiftsbibliothek Einsiedeln, in: *Geschichtsfreund* 111 (Stans 1958), S. 36 ff., 98 ff.; *Liehl*, Die juristischen Bestände der ehemaligen Bibliothek des Klosters St. Peter im Schwarzwald, in: *Mittler/Müller* (Hg.), Die Bibliothek des Klosters St. Blasien, 1972, S. 41 ff., dessen juristischer Buchbestand umfassender als der mancher Universitätsbibliotheken damaliger Zeit war.

56 *Marion*, Quelques aspects sur les bibliothèques privées à Paris entre 1750 et 1759, in: *Buch und Sammler* (Fn. 22), S. 85, 91 ff.

57 *Roche* (Fn. 22), S. 9, 21.

58 *Roche* (Fn. 22), S. 9 ff., 22.

59 *Bader* (Fn. 12), S. 10 ff.

eine gute Versorgung der lokalen Juristen und Richterschaft mit juristischer Literatur. Sie waren von Juristen des lokalen Bereichs gegründet, finanzierten mit ihren Mitgliedsbeiträgen den Aufbau einer rechtswissenschaftlichen Bibliothek und besaßen Räumlichkeiten, in denen die Bibliothek von ihren Mitgliedern genutzt werden konnte.<sup>60</sup>

#### 6. Die juristischen Bestände in sonstigen öffentlichen Bibliotheken

Die juristischen Bestände in sonstigen öffentlichen Bibliotheken sollen lediglich unter dem Aspekt gewürdigt werden, inwiefern sie der politisch-rechtlichen Erziehung und Diskussion dienen.

Das Entstehen einer bürgerlichen Öffentlichkeit war seit Mitte des 18. Jahrhunderts und bis weit in das 19. Jahrhundert von den sog. Lesegesellschaften begleitet, die u.a. Werke der Aufklärungsliteratur erwarben<sup>61</sup> und gemeinsam diskutierten. In den Bibliotheken dieser Gesellschaften fanden sich zahlreiche Werke einer aufgeklärten Rechts- und Staatswissenschaft, deren Lektüre zu einem emanzipatorischen politisch-rechtlichen Bewusstseins beitrug. Vor allem waren die fortschrittlichen Zeitschriften verbreitet: Man abonnierte vielfach Schlözers „Staatsanzeigen“, das Hamburger „Politische Journal“ oder die „Berlinerische Monatsschrift.“<sup>62</sup> Die politisch-historischen Zeitschriften und anderen, allerdings nur geringen juristischen Bestände in diesen Bibliotheken vermittelten einer breiter werdenden Öffentlichkeit jenen theoretischen Rahmen, der in den folgenden Generationen in die politische Praxis umgesetzt werden sollte.

Ein eher wenig erforschter, aber doch bedeutsamer Bereich sind die Gymnasialbibliotheken. Ausgangs des 19. Jahrhunderts gab es in Deutschland ca. 530 Gymnasialbibliotheken, die oftmals über Jahrhunderte hinweg aufgebaut worden waren und im Durchschnitt ca. 6.000 Bände umfassten.<sup>63</sup> Sie dienten in erster Linie Lehrern, in beschränktem Umfang auch Schülern, in vielfältiger Weise der Information und Unterrichtung.

Zu den berühmten und gut erforschten Gymnasialbi-

bliotheken gehört die Historische Bibliothek der Stadt Rastatt im Ludwigs-Wilhelm-Gymnasium.<sup>64</sup> Sie hatte Ende des 19. Jahrhunderts einen Bücherbestand von etwa 18.000 Bänden. Bei ihrem Aufbau ist über die Jahrhunderte hinweg auf höchste Qualität geachtet worden. Ihr rechts- und staatswissenschaftlicher sowie staatsphilosophischer Bestand von ca. 800 Werken umfasst die Klassiker des rechtswissenschaftlichen Denkens. Die antiken Klassiker der Staatsphilosophie sind ebenso vorhanden, wie Montesquieus „De l'esprit des lois“ oder die Werke von Rousseau, Kant, Fichte und Hegel.<sup>65</sup> Das Staatsrecht des Heiligen Römischen Reichs wird durch die Werke von Besold, Limnaeus, Schmauss oder Johann Jakob Moser repräsentiert. Daneben sind zahlreiche populäre oder für den Unterricht geeignete Bearbeitungen vorhanden. Dies lässt darauf schließen, dass der rechts- und staatswissenschaftliche Bestand dieser Bibliothek auch im Gymnasialunterricht eine gewisse Rolle spielte. Auf der Grundlage der Bestände dieser Bibliothek konnte in einer Ausstellung von 1991 u.a. die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland sowie die Entwicklung des Staatsrechts, des Kirchenrechts, des Privatrechts und der Rechtsprechung verfolgt werden.<sup>66</sup>

Ein Vergleich derartiger Gymnasialbibliotheksbestände fehlt bislang. Man könnte danach fragen, welche juristischen Bestände regelmäßig vorhanden sind oder ob die Literatur der Aufklärung und des Liberalismus präsent ist. Durch eine derartige Analyse der juristischen Bestände der Gymnasialbibliotheken lässt sich mit aller Vorsicht mittelbar auf den Inhalt und Geist des Unterrichts und damit auch auf das politisch-rechtliche Denken zurückschließen, welches den Schülern vermittelt wurde.

### III. Rezeptionsgeschichten, Leseverbote und Bestandsbereinigungen

Die Geschichte von Juristenbibliotheken kann auch Rezeptionsgeschichten bereichern. Die Rezeption (von Teilen) einer fremden Rechtsordnung und ihrer geistigen Grundlagen erfolgt nicht allein durch Übernahme

60 Seelig, Die Juristische Lesegesellschaft von 1828. Betrachtungen zu ihren Anfängen und ihrem Werdegang, in: Hamburgische Geschichts- und Heimatblätter, Bd. 10 (1977/81), S. 166 ff.; Scherner, Advokaten, Revolutionäre, Anwälte. Die Geschichte der Mannheimer Anwaltschaft, 1997, S. 106 ff. (zur Mannheimer juristischen Lesegesellschaft); Brauneder, Leseverein und Rechtskultur. Der juristisch-politische Leseverein zu Wien 1840 bis 1990, 1992; Akten der juristischen Lesegesellschaft Kassel: <https://arcinsys.hessen.de/arcinsys/showArchivalDescriptionDetails?archivalDescriptionId=885953>.

61 Sander, Die Bücher des Armen Mannes und der Moralischen Gesellschaft im Toggenburg, in: Buch und Sammler (Fn. 22), S. 167,

181; Dann, Die deutsche Aufklärungsgesellschaft und ihre Lektüre. Bibliotheken in den Lesegesellschaften des 18. Jahrhunderts, ebd., S. 187 ff.

62 Dann (Fn. 61), S. 195.

63 Schwenke, Adreßbuch der Deutschen Bibliotheken, 1893.

64 Zum folgendem Sühl-Strohmenger, Die Historische Bibliothek der Stadt Rastatt, 1961.

65 Hollerbach, Die Juridica in der Historischen Bibliothek der Stadt Rastatt, 1992.

66 Ausstellungskatalog „Deutsche Rechtsgeschichte 1500-1800 im Spiegel der Bestände der Historischen Bibliothek der Stadt Rastatt“, 1991.

des Rechts, sondern erfordert zugleich auch eine Rezeption der dazugehörigen rechtswissenschaftlichen Literatur. Unter diesem Blickwinkel ist von Interesse, in welchem Umfang und zu welchen Themenbereichen ausländische Literatur in Juristenbibliotheken präsent ist. Der Transfer deutscher Gelehrtenbibliotheken, insbesondere aus dem Bereich der Rechtswissenschaften, nach Japan, der nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg in bemerkenswertem Umfang erfolgte,<sup>67</sup> knüpft an die japanische Rezeption einiger Teile deutschen Rechts an und ist eine besondere Form eines Wissens- und Wissenschaftstransfers.

Im umgekehrten Sinne verschließt man bisweilen nach politischen Umbrüchen oder nach revolutionären Umschwüngen jene (Teile von) juristischen Bibliotheken, die nicht auf der Linie der neuen politischen Ordnung liegen. Die Wirkungen von Bibliotheken auf die gesellschaftliche Bewusstseinsverfassung werden hier gefürchtet und mit einer imperialen Bibliothekspolitik zu steuern versucht. So wurden nach 1945 aufgrund alliierter Anordnung nationalsozialistische Schriften aus den öffentlichen (juristischen) Bibliotheken verbannt,<sup>68</sup> nämlich meist durch separate Aufbewahrung dem allgemeinen Zugang entzogen. Diese sicherlich richtige Maßnahme begünstigte das Phänomen, dass den jungen Juristengenerationen der 1950er und beginnenden 1960er Jahre die Brüche im Werk mancher ihrer akademischer Lehrer verborgen blieben, was wiederum die Studentenproteste seit Mitte der 1960er Jahre antrieb.

Um die Perspektive nochmals zu wechseln: Zahlreiche juristische Bibliotheksbestände aus den ehemaligen sozialistischen Staaten des Ostblocks wurden in die Bundesrepublik Deutschland und in andere westliche Länder verkauft. Hier war der Erwerb von Devisen nicht das einzige Motiv. Zugleich entledigte man sich der vom sozialistischen Staats- und Rechtsdenken abgelehnten Klassiker des westlichen politischen Denkens, die in diesen Bibliotheken seit Generationen präsent waren.<sup>69</sup> Nach der Wende zu Beginn der 1990er Jahre erschien es zunächst bedauerlich, dass in der DDR mit der Veräußerung dieser Bibliotheksbestände zugleich auch ein Do-

kument kultureller Prägung und Lesegewohnheiten und damit westlicher politischer Tradition veräußert worden war. Dass mittlerweile diese Lücken im Bestand öffentlicher Bibliotheken der neuen Bundesländer geschlossen sind, muss nicht besonders betont werden.

#### IV. Schlussbemerkung

Die Zusammensetzung und Nutzung von Bibliotheken sowie ihre Verbreitung in einflussreichen gesellschaftlichen Schichten sagt manches über die geistige Situation einer Zeit. Eine Geschichte der juristischen Bibliotheken liefert Anhaltspunkte für Kontinuitäten und Wandel im politisch-rechtlichen Denken, für die Arbeitsmöglichkeiten der Rechtswissenschaftler und der rechtlichen Institutionen. Diese traditionelle Bibliotheksgeschichte scheint heute an ihr Ende zu gelangen. Dies mag für jene Form von „Massenbibliotheken“ gelten, die in der Erwerbspraxis weniger auf Qualität als auf Vollständigkeit achten.<sup>70</sup> Davon abgesehen sind Bibliotheken nicht mehr, wie bis in jüngste Zeit, der einzige Zugang zum Stand wissenschaftlicher Erkenntnis. Über die modernen Methoden der Datenverarbeitung ist für jeden fast jedwede rechtliche Information zu jedem beliebigen Zeitpunkt abrufbar. Eine Kommunikation mit der eigenen Bibliothek oder mit öffentlichen Bibliotheken ist weitgehend durch einen Zugang zu digitalisierten Bibliotheksbeständen ersetzt. Wer den Zugriff auf Beck Online hat, erspart sich Lehr- und Handbücher, Entscheidungssammlungen, vielerlei Fachzeitschriften oder Gesetzessammlungen. Die digitale Welt ersetzt in weiten Bereichen die überkommene Privatbibliothek. Die Fülle an rechtsgeschichtlichen, rechtsvergleichenden, rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen, staatstheoretischen und rechtspraktischen Informationen, die nunmehr verfügbar werden, führen zu einem erheblichen quantitativen Sprung an Informationsmöglichkeiten im Bereich der Rechtswissenschaft.

Die private und individuell aufgebaute Bibliothek des Juristen bleibt trotz der Zugangsmöglichkeit zu fast unbeschränkt vielen rechtlichen Informationen ein uner-

67 So die Bibliotheken Andreas von Tuhrs (in der Universität Kyoto) und Julius Hatscheks (ebenfalls in der Universität Kyoto) in den 1920er Jahren (hierzu [https://tksosa.dijtokyo.org/?page=collection\\_detail.php&p\\_id=176](https://tksosa.dijtokyo.org/?page=collection_detail.php&p_id=176), abgerufen am 28. 11. 2025), die Otto von Gierke-Bibliothek in der Handels-Universität Tokio ([https://tksosa.dijtokyo.org/?page=collection\\_detail.php&p\\_id=535](https://tksosa.dijtokyo.org/?page=collection_detail.php&p_id=535)), die Bibliotheken von Philipp Lotmar und Hans Thieme (freundliche Mitteilung von Manfred Reh binder, Zürich) sowie Teile der strafrechtlichen Bibliothek des Freiburger Strafrechtlers, Kriminologen und Rechtsphilosophen Thomas Wür-

tenberger (1907-1989); allgemein zu Bibliotheksverkäufen nach Japan in den 1920er Jahren: *Fabian* (Fn. 37), S. 427 (Verkäufe der Bibliotheken von Menger, Sombart und Schumpeter).

68 *Steigers*, Die Mitwirkung der Deutschen Bücherei an der Erarbeitung der „Liste der auszusondernden Literatur“ in den Jahren 1945 bis 1951, *ZfBB* 38 (1991), 236 ff.

69 Vgl. *Holland* (Fn. 52), S. 43.

70 Vgl. *Schwarz*, Qualität und Quantität der rechtswissenschaftlichen Literatur, in: *Gerichte, Juristische Bibliotheken und Juristische Informationen in einer sich ändernden Welt*, 1984, S. 97 ff.

setzliches Arbeitswerkzeug. Die Privatbibliothek entzieht sich der ungeordneten, verfälschenden und an der Oberfläche verharrenden Informationsflut der digitalen Welt. Ähnliches gilt für die Generierung von Wissen durch die Künstliche Intelligenz. Guter öffentlicher und privater Bibliotheken bedarf es, um die vielfältigen Halluzinationen der Künstlichen Intelligenz falsifizieren zu können. Und nicht zuletzt kann eine Privatbibliothek je-

nen Bestand an grundsätzlichen Werken vorhalten, die für den jeweiligen Arbeitsstil und für die jeweilige Ausrichtung des Wissenschaftlers stehen.

Dr. Thomas Würtenberger, em. Professor an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät, ist Leiter der dortigen Forschungsstelle für Hochschulrecht und Mitherausgeber der Internet-Zeitschrift „Ordnung der Wissenschaft“.



Renate Penßel

*Anspruch von Studierenden auf existenzsichernde staatliche Ausbildungsförderung? – Anmerkung zum „BAföG-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 23. September 2024*

## Übersicht

### I. Zum Sachverhalt

### II. Zum Inhalt der Entscheidung

1. Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip („auf menschenwürdiges Existenzminimum“)
2. Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG („auf gleichberechtigte Teilnahme am staatlichen Studienangebot“)
3. Anspruch aus dem Sozialstaatsprinzip (i.V.m. Art. 12 GG)

### III. Bewertung

1. Grundsätzliches
2. Zur Bejahung von über das menschenwürdige Existenzminimum hinausgehenden Leistungsansprüchen „im Ausnahmefall“
3. Zur Bejahung einer begrenzten „objektiv-rechtlichen Verpflichtung“ zur Förderung gleicher Bildungs- und Ausbildungschancen
4. Zur Bedeutung der Entscheidung

In seinem Beschluss vom 23. September 2024 zur Verfassungsmäßigkeit einer unterhalb des verfassungsrechtlich verbürgten Existenzminimums liegenden Bemessung der „Grundpauschale“ im Rahmen der Bundesausbildungsförderung<sup>1</sup> setzt sich das Bundesverfassungsgericht mit der grundlegenden verfassungsrechtlichen Frage auseinander, inwieweit der Staat verpflichtet ist, für die tatsächlichen Voraussetzungen zur Ausübung grundrechtlicher Freiheit zu sorgen und inwieweit sich insofern aus dem Grundgesetz Leistungsrechte ergeben.

Die formulierten Leitlinien (s. näher II.) halten sich auf den ersten Blick im Rahmen der bisherigen herrschenden Meinung, wenn sie „originäre Leistungsrechte“ jenseits der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums grundsätzlich verneinen. Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass in einem gewissen Wi-

derspruch zu der hierzu präsentierten Begründung gleichwohl „objektiv-rechtliche Leistungspflichten“ bejaht werden, die über die Sicherung dieses Existenzminimums signifikant hinausweisen. Trotz dieses zumindest in gewisser Hinsicht Widerspruchs, auf den hinzuweisen ist, und der der Auflösung bedarf, kann die Entscheidung überwiegend überzeugen (s. näher III.) und beinhaltet eine grundlegende Konkretisierung des „Rechts auf Bildung“ nach dem Grundgesetz.

### I. Zum Sachverhalt

Im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens legte das Bundesverwaltungsgericht<sup>2</sup> dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die Festlegung der „Grundpauschale“ im Rahmen der Bundesausbildungsförderung in § 13 Abs. 1 Nr. 2 BAföG i.d.F. v. 29.10.2010<sup>3</sup> in Höhe von 373 Euro mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Dabei ging es davon aus, dass dies nicht der Fall ist: Diese Bemessung der Grundpauschale, – zu der nach dem BAföG noch eine Unterkunftspauschale, ein Kranken- und Pflegeversicherungszuschlag und ggf. Zusatzleistungen in Härtefällen und für Studierende mit Kind hinzutreten – verletze das Recht von unbemittelten Studierwilligen auf gleichberechtigte Teilhabe am staatlichen Studienangebot aus Art. 12 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Denn es läge ihr ein Verfahren zugrunde, in dem der existenzsichernde Bedarf von Studierenden nicht i.S.v. BVerfGE 125, 175 (225) – der Leitentscheidung über die Verpflichtung zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums – angemessen ermittelt wurde (s. Rn. 14, 15). Das Bundesverwaltungsgericht nahm dabei implizit an, dass die genannten Verfassungsbestimmungen bedürfti-

1 BVerfG, Beschl. v. 23. September 2024, Az. 1 BvL 9/21 – juris; auch abrufbar über die Homepage des Gerichts ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/09/1s20240923\\_1bv1000921.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/09/1s20240923_1bv1000921.html)) und als BeckRS 2024, 29341.

2 Aussetzungs- und Vorlagebeschluss v. 20. Mai 2021, BVerwG 5 C 11/18.

3 BGBl. 2010 I 1952.

gen Studierwilligen einen Anspruch darauf vermitteln, dass ihnen der Staat ein Studium durch Leistungen ermöglicht, die mindestens dem verfassungsrechtlich verbürgten Existenzminimum entsprechen (s. Rn. 15).<sup>4</sup>

## II. Zum Inhalt der Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht schloss sich dieser Einschätzung nicht an. Dabei prüfte es sukzessive verschiedene Rechtsgrundlagen für einen solchen Anspruch, und verneinte nach und nach ihre Einschlägigkeit.

1. Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. mit dem Sozialstaatsprinzip („auf menschenwürdiges Existenzminimum“)

Zunächst fragte es, ob sich ein Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip ergibt. Aus beiden leitet das Gericht in inzwischen ständiger Rechtsprechung eine Verpflichtung des Staates ab, die menschenwürdige Existenz von Menschen zu sichern, die selbst dazu nicht in der Lage sind – eine Verpflichtung, der ein subjektives Recht der Betroffenen korrespondiert (das „Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“, näher u.a. BVerfGE 125, 175 [222]; 132, 134 [159, Rn. 63], 152, 68 [114, Rn. 120]; 163, 254 [277, Rn. 53]). Die Menschenwürdegarantie wird insofern nicht nur als Eingriffsabwehr-, sondern – in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip – auch als (begrenztes) Leistungsrecht interpretiert, und festgehalten, dass das zu sichernde „menschenwürdige Existenzminimum“ über die physische Existenz hinaus die Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst (BVerfGE 132, 134 [160, Rn. 64]). Im vorliegenden Fall sei, so das Bundesverfassungsgericht, jedoch kein Anspruch aus dieser Grundlage gegeben: Der Zugang zu einem Hochschulabschluss oder einem anderen höheren Schulabschluss sei nicht unmittelbar Teil einer „menschenwürdigen Existenz“. Gleichzeitig ist der Anspruch auf ein „menschenwürdiges Existenzminimum“ vom Nachranggrundsatz geprägt (s. auch BVerfGE 152, 68 [115 f., Rn. 123 m.w.N.]). Das bedeutet, er ist nur dort einschlägig, wo es den Betroffenen an zumutbaren Möglichkeiten fehlt, ihren Lebensunterhalt

selbst – ohne Rückgriff auf den Staat – zu sichern. Dabei berührt es die Menschenwürde nicht, wenn zur Vermeidung von Bedürftigkeit eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden muss, die an keinen höheren Bildungsabschluss gekoppelt ist, weshalb die Möglichkeit, einer solchen Erwerbstätigkeit nachzugehen, den Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip ausschließt (Rn. 37, 39 sowie LS 1).

2. Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG („auf gleichberechtigte Teilnahme am staatlichen Studienangebot“)

Anschließend prüft das Gericht, ob aus dem in früheren Entscheidungen aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten „Recht auf gleichberechtigte Teilhabe am staatlichen Studienangebot“ ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen während des Studiums folgt. Entgegen dem Bundesverwaltungsgericht betont es eine strikte Begrenzung dieses Anspruchs auf den gleichberechtigten Zugang zu bereits – kraft freier Entscheidung – zur Verfügung gestellten Leistungen durch Abwehr von nicht gerechtfertigten oder nicht gleichheitssatzkonform ausgestalteten Zugangshürden, also dessen Charakter als „derivatives Teilhaberecht“ (BVerfGE 147, 253 [307, Rn. 106]). Ein Anspruch auf darüber hinausgehende, also nicht freiwillig bereitgestellte, sondern kraft Verfassungsrechts gebotene Leistungen „zur Beseitigung von den gesellschaftlichen Verhältnissen geschuldeten Hindernissen für den Zugang zum Studium“ („originäres Teilhaberecht“)<sup>5</sup> ergebe sich aus dieser Anspruchsgrundlage nicht (Rn. 41 sowie LS 2). Dabei verzichtet das Gericht auf eine ausführlichere Begründung; es stützt sich maßgeblich darauf, dass eine entsprechende Begrenzung bereits in BVerfGE 147, 253 (306 f., Rn. 105 f.) enthalten gewesen sein soll.

3. Anspruch aus dem Sozialstaatsprinzip (i.V.m. Art. 12 GG)

Wesentlich ausführlicher ist die nachfolgende Auseinandersetzung damit, ob sich ein entsprechender Anspruch aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ableiten lässt, also aus dem Auftrag an den Staat, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen (Rn. 50; BVerfGE 100, 271 [284]). Dabei betont das Gericht, dass bei der Anwen-

4 Eine Neigung zu dieser Auslegung findet sich bereits in früheren Entscheidungen des BVerwG, s. nur BVerwGE 115, 32 (37) = NVwZ 2002, (207) m.w.N.: „Der erkennende Senat hält es allerdings für möglich, dass Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip grundsätzlich ein entweder für jedermann tragbares oder aber ein um ein finanzielles Ausbildungsförderungssystem ergänztes Ausbildungsangebot voraus-

setzt, das allen dazu Befähigten ein Studium ermöglicht und eine Sonderung der Studierenden nach den Besitzverhältnissen der Eltern verhindert.“

5 Zu dieser Terminologie Murswiek, § 192 Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX., 3. Aufl. 2011, Rn. 12.

dung des Sozialstaatsprinzips dem Demokratieprinzip und dem Gewaltenteilungsgrundsatz Rechnung zu tragen ist, die gleichberechtigt neben ihm gelten. Mit Rücksicht auf diese beiden Prinzipien könnten durch die Judikative – und damit jenseits einer Abwägungsentscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers – nur in Ausnahmefällen konkrete Sozialleistungspflichten der Verfassung entnommen werden (s. insbes. Rn. 49 ff.). Ein solcher Ausnahmefall könne nur in „besonders gelagerten Konstellationen“ angenommen werden, „in denen die Gewährung staatlicher Leistungen zur Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit absolut unverzichtbar ist“ (Rn. 52). Damit skizziert das Gericht, dass solche „Ausnahmesituationen“ – auch jenseits der Nichtgewährleistung einer „menschenwürdigen Existenz“ – denkbar sind, in denen der Verfassung (wohl: dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. dem einschlägigen Grundrecht) originäre Leistungsrechte zu entziehen sind, ohne diese näher zu konkretisieren. Stattdessen wird klargestellt, dass die Ermöglichung eines Hochschulstudiums für unbemittelte Zugangsberechtigte kein „unverzichtbarer Sozialbedarf“ in diesem Sinne ist, hinter dem andere Sozialbelange zwingend und dauerhaft zurückstehen müssten (Rn. 53 ff.), so dass er einer Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers absolut entzogen wäre.

Die folgenden Ausführungen (s. Rn. 60) lassen sich allerdings als partielle Einschränkung bzw. Rücknahme dieses Grundsatzes lesen: Bei Geltung des Sozialstaatsprinzips – mit dem sich das Gericht an dieser Stelle unverändert vorrangig auseinandersetzt –, des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Wertung der Grundrechte als Freiheitsrechte (hier: der Freiheit der Wahl der Ausbildungsstätte gem. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) können Exekutive und Legislative nicht völlig frei darüber entscheiden, ob sie Leistungen erbringen, die darauf zielen, faktische soziale Hindernisse für den Zugang zur Hochschulbildung abzubauen. Wegen der fundamentalen Bedeutung von Bildung überhaupt, und gerade auch der Hochschulbildung für die persönlichen Entwicklungsmöglichkeiten von Menschen (s. Rn. 47) dürfte der Staat nicht allen tatsächlichen Hindernissen für die Ausbildungsfreiheit tatenlos gegenüberstehen. Entsprechend folge aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip ein „objektiv-rechtlicher Auftrag des Staates zur Förderung gleicher Bildungs- und Ausbildungschancen“. Dabei wäre „der grundsätzlich weite sozialstaatliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (...) überschritten,

wenn wegen völlig unzureichender Maßnahmen zur Förderung der sozialen Durchlässigkeit und einer gerechten Verteilung von Lebenschancen im Bereich von Bildung und Ausbildung *ganze Bevölkerungsgruppen* faktisch von vornherein *keine Chance auf Zugang zu bestimmten Ausbildungs- und Berufsfeldern hätten*“.<sup>6</sup> Das Bundesverfassungsgericht formuliert damit also keine situationsunabhängig geltende Leistungspflicht, aber eine solche, die sich aus bestimmten sozialen Gegebenheiten ergibt. Sie besteht somit nicht immer in gleicher Weise, sondern kann sich im Zuge der Veränderung der sozialen Verhältnisse mehr oder weniger aktualisieren. Für die Erfüllung dieser Verpflichtung stehe dem Staat ein „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum (zu)“, der jedoch unter den beschriebenen Voraussetzungen überschritten werde. In Subsumtion dieses Grundsatzes hält das Gericht schließlich fest, dass diese objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates im konkreten Fall nicht verletzt werde, weil er in erheblichem Umfang – nämlich sowohl durch die Bereitstellung eines prinzipiell kostenlosen öffentlichen Studienangebots, als auch durch die Gewährung von Ausbildungsförderung für Bedürftige in signifikanter Höhe – sozialen Ungleichheiten beim Zugang zur Hochschulbildung entgegenwirke. „Völlig unzureichende Maßnahmen“ könnten also nicht konstatiert werden.

### III. Bewertung

#### 1. Grundsätzliches

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überzeugt sowohl in ihrem Ergebnis als auch in ihrer Begründung weitgehend – enthält aber entgegen dem ersten Anschein keineswegs eine Beschränkung der aus der Verfassung abgeleiteten Sozialleistungsverpflichtungen auf die Gewährung des „menschenwürdigen Existenzminimums“.

Bemerkenswert ist zunächst die starke Betonung des aus dem Demokratie- und dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgenden Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers darüber, wie er die ihm zur Verfügung stehenden – unausweichlich knappen – Mittel einsetzt und aufteilt, um seine unterschiedlichen Aufgaben sozialpolitischer, aber keineswegs nur sozialpolitischer, sondern z.B. auch sicherheitspolitischer Natur zu erfüllen. Ganz zu Recht übt das Gericht starke Zurückhaltung bei der Bejahung unmittelbar aus der Verfassung folgender Leistungsrechte, die in einer bestimmten geschichtlich-sozialen Situa-

6 Hervorhebung durch Verf.

tion als politisch selbstverständlich bzw. allgemein anerkannt erscheinen mögen, während eine starke, ggf. unvorhersehbare Veränderung dieser Situation auch eine neue Prioritätensetzung erforderlich machen kann.

Diese nicht neue,<sup>7</sup> aber gleichwohl überzeugende Begründung, die das Bundesverfassungsgericht bei der Auseinandersetzung mit möglichen Leistungsansprüchen aus dem Sozialstaatsprinzip anführt, trägt letztlich auch die vorausgehende Konkretisierung des (derivativen) „Teilnahmerechts“ aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (s. Rn. 40, 41), die sich bei näherem Hinsehen weniger eindeutig aus früheren Entscheidungen ergibt (s. dazu insbesondere BVerfGE 134, 1 [14, Rn. 40 ff.]), als es der knappe Text dort vermuten lässt.

2. Zur Bejahung von über das menschenwürdige Existenzminimum hinausgehenden Leistungsansprüchen „im Ausnahmefall“

Erörterungsbedürftig ist jedoch, ob das Bundesverfassungsgericht zu Recht die prinzipielle Möglichkeit von „Ausnahmen“ jenseits der Sicherung eines „menschenwürdigen Existenzminimums“ bejaht – oder nicht tatsächlich dieses Recht (das sich auf eine im Verfassungstext ausdrücklich enthaltene „Schutzpflicht“ stützt, s. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) die Grenze unmittelbar aus der Verfassung ableitbarer Leistungsansprüche markiert. Tatsächlich erschließt sich nicht, wann „die Gewährung staatlicher Leistungen zur Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit absolut unverzichtbar“ sein soll, sofern nicht der „Menschenwürdekern“ des jeweils einschlägigen Grundrechts betroffen ist. Insofern erscheint es stimmiger, nicht mit einer „Ausnahme“ jenseits des „menschenwürdigen Existenzminimums“ – in der durch die Rechtsprechung gefundenen sozialbezogenen, und mit Blick auf sich verändernde wirtschaftliche, technische usw. Verhältnisse auch dynamischen Auslegung dieses Rechts (s. BVerfGE 125, 175 [224]) – zu arbeiten, sondern mit einer Anwendung dieses Rechts, das ein Minimum an Möglichkeit zu eigenständiger Lebensgestaltung, und damit eben den „Menschenwürdekern“ der einzelnen Grundrechte mitumfasst. Diese Anknüpfung kann auch dabei helfen, das, was das Bundesverfas-

sungsgericht in der vorliegenden Entscheidung als „Ausnahmen“ skizziert, näher zu konkretisieren.

Unabhängig davon, ob man den entsprechenden Anspruch in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip oder in Letzterem in Verbindung mit dem jeweils einschlägigen Grundrecht verortet, dürfte deshalb z.B. zumindest der Zugang zu grundlegender Schulbildung zu den für eine menschenwürdige Existenz „unverzichtbaren“ Grundlagen für die Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit gehören, weil ohne eine solche „ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“ nicht gewährleistet ist.<sup>9</sup> Außerdem dürfte – auch vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips – der Anspruch auf Prozesskostenhilfe für Bedürftige dazu zu rechnen sein, und zwar unabhängig davon, ob die Justizgewährleistung beim Staat monopolisiert ist, oder parallel nichtstaatliche, aber gleichwohl kostenpflichtige Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stünden (zum Anspruch auf Prozesskostenhilfe s. auch BVerfGE 81, 347 [356 f.] mit abweichender Begründung).

3. Zur Bejahung einer begrenzten „objektiv-rechtlichen Verpflichtung“ zur Förderung gleicher Bildungs- und Ausbildungschancen

Am meisten Fragen wirft die zuletzt entworfene, in Leitsatz 4 zusammengefasste, ebenfalls aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete Rechtsfigur des „objektiv-rechtlichen Auftrages des Staates zur Förderung gleicher Bildungs- und Ausbildungschancen“ auf. Diesen Auftrag konkretisiert das Bundesverfassungsgericht, indem es in der Sache ein „Untermaßverbot“ formuliert. Dieses sei verletzt, wenn es aufgrund „völlig unzureichender Maßnahmen zur Förderung der sozialen Durchlässigkeit und einer gerechten Verteilung von Lebenschancen“ zu einem faktischen „Ausschluss ganzer Bevölkerungsgruppen vom Zugang zu bestimmten Ausbildungs- und Berufsfeldern“ kommt. Dieser Ansatz kommt der in der Literatur vorgeschlagenen, weiter oben in der Entscheidung<sup>10</sup> aber noch als „a.A.“ zurückgewiesenen Konzeption zumindest nahe, dass sich aus den einzelnen Grundrechten Ansprüche auf Beseitigung sozialer Ausübungs-

7 Die Diskussion über die Reichweite von Leistungsrechten wurde maßgeblich bereits in den 1970er Jahren geführt, s. dazu *Hufen*, Staatsrecht II: Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 5, Rn. 9 mit Verweis auf VVDStRL 30 (1972), S. 7 (insbes. S. 35 f.); 43: „Grundrechte im Leistungsstaat“, bearbeitet durch die Referate von *Wolfgang Martens* und *Peter Häberle*. Grundlegend dazu auch *Böckenförde*, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: ders./Jekewitz/Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte, 1981, S. 7 ff.; Übersicht u.a. bei *Murswiek* (Fn. 4), Rn. 91 ff.

8 Bei diesem Verständnis richtet sich dieser Anspruch nicht

ausschließlich auf monetäre Leistungen an einzelne Bedürftige, sondern er kann auch die Schaffung von Strukturen umfassen, die die Grundbedingungen einer menschenwürdigen Existenz sichern (Wasserversorgung, Einrichtungen des Gesundheitswesens, Elementarschulen ...).

9 In dieser Auslegung sind manche Gehalte von landesverfassungsrechtlichen Verbürgungen eines „Rechtes auf Bildung“ (s. z.B. Art. 102 Sächsische Verfassung) auch im Grundgesetz zu finden.

10 S. dort Rn. 43.

hindernisse nach Maßgabe des Untermaßverbotes ergeben, und unterscheidet sich von ihr nur insofern, als zumindest im Entscheidungswortlaut gerade kein subjektiv-rechtlicher, also von einzelnen Benachteiligten einklagbarer Anspruch angenommen, sondern nur von einer „objektiv-rechtlichen Verpflichtung“ des Staates gesprochen wird.

Sofern man unterstellt, dass sich ein solcher „objektiv-rechtlicher Auftrag des Staates“ tatsächlich aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten lässt,<sup>11</sup> stellt sich die Frage, ob ihm tatsächlich kein subjektives Recht korrespondiert. Geht man dabei von dem allgemeinen Grundsatz aus, dass einer objektiv-rechtlichen Vorgabe dann ein subjektives Recht korrespondiert, wenn sie nicht nur im Allgemeininteresse liegt, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen einzelner Bürger zu dienen bestimmt ist,<sup>12</sup> ist zunächst festzuhalten, dass die Förderung gleicher Bildungschancen zwar durchaus im Allgemeininteresse liegt – nämlich im Interesse daran, den Zugang zu höherer Bildung möglichst umfassend von der Eignung, anstatt von zufälligen sozialen Verhältnissen abhängig zu machen. Trotzdem liegt sie gleichzeitig auch im privaten Interesse derer, deren grundrechtliche Entfaltungschancen wegen Bedürftigkeit von staatlicher Unterstützung abhängen. Spricht dies zunächst für die Bejahung eines subjektiven Rechts, kann als Gegenargument angeführt werden, dass hier eine Pflicht (auf Ergreifung nicht „völlig unzureichender Maßnahmen“) statuiert wird, der kein konkreter Anspruchsinhalt gegenübersteht, und dass außerdem die Individualisierung der Anspruchsberechtigten Probleme bereitet, wenn nicht jedem Einzelnen der Zugang zu sichern ist, sondern lediglich „ganze Gruppen“ nicht ausgeschlossen werden dürfen. Allerdings fühlt sich das Bundesverfassungsgericht bei der Anwendung von „Schutzpflichten aus Grundrechten“ durch den dabei ebenfalls anzuerkennenden weiten Gestaltungsspielraum nicht daran gehindert, ein subjektives Recht auf „hinreichende Schutzmaßnahmen“ zu be-

jahren.<sup>13</sup> Hier wie dort ist ein staatliches Unterlassen streitgegenständlich. Hier wie dort kann i.d.R. keine konkrete Maßnahme verlangt, sondern nur eine Verletzung des „Untermaßverbots“ gerügt, und damit gleichzeitig kein lückenlos wirksamer Schutz gefordert werden. Und hier wie dort geht es um die Verwirklichung persönlicher, grundrechtlich geschützter Freiheit. Deshalb erscheint es überzeugender, der hier durch das Bundesverfassungsgericht aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten „objektiv-rechtlichen Pflicht“ – sofern und soweit sie tatsächlich besteht – auch ein einklagbares subjektives Recht korrespondieren zu lassen.<sup>14</sup>

Und so gelangen wir schließlich zu der Frage, ob eine solche (entweder nur objektiv-rechtliche, oder ggf. auch subjektiv-rechtlich flankierte) Leistungspflicht widerspruchlos neben der vorausgehenden, doch sehr kategorischen Verneinung von „Leistungsrechten“ jenseits des menschenwürdigen Existenzminimums aufgrund des Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatzes<sup>15</sup> stehen kann. Dies ist nicht ohne Weiteres der Fall: Denn die beschriebene Leistungspflicht (der nach hier vertretenen Auslegung auch ein Leistungsrecht korrespondiert) führt denknotwendig dazu, dass Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatz insofern einschränkt sind. Insofern hat die BAföG-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Bejahung „sozialer Grundrechtsgehalte“ insgesamt stärkeren Kompromisscharakter, als es auf den ersten Blick erscheint: Entgegen dem ersten Anschein konstituiert das Gericht eine originäre „Leistungspflicht“ dahingehend, sicherzustellen, dass nicht größere Bevölkerungsteile faktisch von der Hochschulbildung ausgeschlossen sind. Die Pflicht des Staates, überhaupt ein Fördersystem vorzusehen, das dieser Vorgabe genügt, stellt eine durch die Judikative vorgenommene Einschränkung des Gestaltungsspielraums von Gesetzgebung und Verwaltung dar, die durchaus beachtlich ist. Gleichwohl überzeugt sie, wenn man sich die Bedeutung vor Augen führt, die Bildung

11 Dazu näher im folgenden Absatz.

12 S. nur *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., 2024, § 8 Rn. 8.

13 S. nur BVerfGE 77, 170 (214 f.); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (Werkstand: 105 EL, August 2024), Art. 1 Abs. 3 Rn. 9; *Isensee*, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX., 3. Aufl. 2011, Rn. 321-324. Zur kategorialen Unterscheidung zwischen „rechtsstaatlichen“ und „sozialstaatlichen Schutzpflichten“ s. *ders.*, in: ebd., Rn. 198-200, unter gleichzeitiger Betonung, dass beide einen „status positivus“ vermitteln, s. Rn. 200.

14 Ebenso *Böckenförde* (Fn. 7), S. 14 f. Damit wird die Klagbarkeit

dieser Pflicht erweitert, ihr aber in der Sache nichts hinzugefügt. So hält etwa *Murswiek* zu Recht fest, dass das Zauberwort „objektiv“ noch nicht die Probleme löst, die mit der Bejahung derartiger Leistungsverpflichtungen einhergehen (Konkretisierungsschwierigkeiten usw.), weil auch objektiv-rechtliche Verpflichtungen zu beachten, und außerdem in bestimmten Konstellationen vom Bundesverfassungsgericht kontrollierbar sind, s. *ders.* (Fn. 4), Rn. 104. Angesichts der offensichtlichen „Privatnützigkeit“ dieser Pflicht ist es schlussendlich überzeugender, den Bedürftigen nicht die Klagbarkeit zu verweigern. Diese Lösung trägt besser als die gegenteilige der Rolle Rechnung, die der Einzelne – als Rechtssubjekt – nach dem Grundgesetz dem Staat gegenüber einnimmt (dazu grundlegend BVerwGE 1, 159 = NJW 1954, 1541 [1542]).

15 3. S. oben II.

unter den gegebenen sozialen Bedingungen für die Verwirklichung persönlicher Freiheit hat, und mit der ganz herrschenden Meinung bejaht, dass diese persönliche Freiheit nach dem Grundgesetz nicht nur als Abwehrrecht gegen den Staat, sondern auch als objektiver Wert von Bedeutung ist. Die Entscheidung lässt sich damit klar als Bekenntnis zum Konzept des „sozialen Rechtsstaates“ lesen,<sup>16</sup> mit dem andere Verfassungsgrundsätze, einschließlich des Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatzes, zum Ausgleich zu bringen sind. Und sie wird konsistent, wenn man ihr entnimmt, dass das, was der Einzelne insofern von der Gemeinschaft beanspruchen kann, vor dem Hintergrund des Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatzes doch merklich hinter einem vollständigen Ausgleich bestehender sozialer Ungleichheit zurückbleiben kann.

#### 4. Zur Bedeutung der Entscheidung

Obwohl sich die Entscheidung nur mit der Reichweite von sozialstaatlichen Schutzpflichten im Hinblick auf

die „freie Wahl der Ausbildungsstätte“ (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) befasst, können die dabei festgehaltenen Grundsätze eine gewisse Präjudizwirkung für die Konturierung sozialstaatlicher Schutzpflichten zugunsten anderer Grundrechte (insbesondere des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG) entfalten. Zumindest wenn man über den Wortlaut der Entscheidung hinaus eine subjektiv-rechtliche Flankierung der in ihr entworfenen „objektiv-rechtlichen“ Schutzpflicht für vorzugswürdig hält, entwirft sie ein bundesverfassungsrechtliches „Recht auf Hochschulbildung“, das über das hinausreicht, was der EGMR bisher aus Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK ableitet.<sup>17</sup>

Renate Penßel ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Heinrich de Wall (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg)

<sup>16</sup> S. dazu nur *Maurer/Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 9 Rn. 14.

<sup>17</sup> Näher dazu *Krieger*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, EMKR/GG Konkordanzkommentar, 3. Auflage 2022, Teil I, Kap. 6: Funktionen von Grund- und Menschenrechten, Rn. 100.

# Markus Pein

## *Übergangsrecht bei unzureichenden Prüfungsnormen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22*

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Der Weg zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

#### III. Inhalt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

#### IV. Bewertung der Entscheidung

1. Rechtstechnische Grundlagen
2. Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen
3. Personeller Maßstab zur Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts?
4. Entbehrlichkeit einer Fristregelung
5. Rückwirkung

#### V. Rechtstechnische Konsequenzen für die Hochschule

#### VI. Fazit

### I. Einleitung

Prüfungsordnungen an Hochschulen – auf diese beschränkt sich dieser Beitrag – können unter verschiedenen Defiziten leiden:

So wäre es etwa möglich, dass eine Ordnung nicht in der Form erlassen wurde, der es bedurft hätte. Bis in die 70iger Jahre des letzten Jahrhunderts war es häufige Praxis, Prüfungsordnungen als Verwaltungsvorschriften zu erlassen.<sup>1</sup> Erst nach und nach setzte sich die Erkenntnis

durch, dass derartige Verwaltungsvorschriften dem Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen.<sup>2</sup>

Auch sind Fehler beim Erlass einer an sich zureichenden Normierungsart denkbar. Das wäre z.B. bei Fehlern der Bekanntmachung der Fall.<sup>3</sup>

Schließlich können Normen materiell-rechtliche Defizite aufweisen. Das könnte etwa bei einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage<sup>4</sup> oder bei einer unzureichenden Bestimmtheit der Norm, etwa einer fehlenden Angabe der Anzahl von Prüfern<sup>5</sup>, der Fall sein.

Die Frage ist, wie mit solchen „Fehlern“ richtig umzugehen ist. Bei Normen führt die Rechtswidrigkeit gewöhnlich zur Nichtigkeit. Das könnte aber schwerwiegende Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebs oder die Grundrechte der Prüflinge haben. Diesbezüglich ist insbesondere wichtig, dass Art. 12 I GG auch das Interesse auf zeitnahe Ablegung der vorgesehenen Prüfungen schützt.<sup>6</sup> Es gilt daher, die mit der Nichtigkeit einhergehenden verfassungsfernen Zustände möglichst zu vermeiden.<sup>7</sup>

### II. Der Weg zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

Die Frage, bei welcher Art von Normierungsdefiziten eine Aufrechterhaltung der Norm möglich ist oder mit welchen rechtlichen Konstruktionen vorzugehen ist, fand bislang unterschiedliche Antworten:

1 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.3.1977 – BVerwG II C 14.75 – BVerwGE 52, 193, 196 f.; mittelbar auch: OVG NRW, Urt. v. 8.9.1966 – V A 1639/64 – NJW 1967, 949, 951.

2 Siehe *Ossenbühl*, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in *Bachof/Heigl/Redeker* (Hg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 440: „... seit Jahren sich vollziehenden Wende“. Vgl. zum Wechsel der Anforderungen auch *Birnbaum*, *Mein Recht bei Prüfungen*, 2007, S. 21 f.

3 Etwa BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 327 f.

4 So etwa Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655; ebenso Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 12.

5 Vgl. die aktuelle Entscheidung: BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 8 und 14. Man darf sich dabei nicht davon irritieren lassen, dass die Prüferzahl auf eine Verfahrensfrage hindeutet. Denn formell ist dieser Aspekt nur im Verwaltungsverfahren. Auf der Ebene der Normierung geht es jedoch um etwas Inhaltliches.

6 Siehe BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695 f., Rn. 24 a.E.

7 So generell etwa BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695, Rn. 23, m.w.N.

Zunächst wurden prüfungsrechtliche Normen, die unter formellen Defiziten litten, als Verwaltungsvorschriften angewandt.<sup>8</sup> Dem lag die auch vom Bundesverfassungsgericht akzeptierte Auffassung zugrunde, bei einer gewandelten Rechtsauffassung übergangsweise eine verfassungsrechtlich bedenklich gewordene Handhabung zu akzeptieren.<sup>9</sup> Bei materiellen Fehlern wurde dies jedoch – schon wegen der Verstöße gegen höherrangiges Recht – nicht so gehandhabt.<sup>10</sup> Rechtstechnisch ist dieser Differenzierung schon wegen dem Vorrang des Gesetzes zunächst nicht zu widersprechen.

Allerdings ergaben sich in der Folge sowohl in der dogmatischen Begründung als auch in der praktischen Umsetzung Probleme, die letztlich zu verschiedenen Lösungen führten:

„Schulmäßig“ wird man grundsätzlich sagen müssen, dass die Anwendung einer Vorschrift als Verwaltungsvorschrift zunächst eine Organisationsgewalt voraussetzt<sup>11</sup>, die nicht beim Gericht liegt. So finden sich oft vage Formulierungen, welche zwar von einer Fiktion der Gültigkeit der betreffenden Norm ausgehen, aber die Rechtsquellenart dahingestellt lassen.<sup>12</sup>

Diesbezüglich wurde teilweise kritisiert, dass Gültigkeitsfiktionen möglicherweise zu jahrzehntelangen Übergangszeiten führen könnten und gerade dann ausscheiden, wenn eine Norm unter materiell-rechtlichen

Defiziten leide. Mithin seien gerichtliche „Kontrollmaßstäbe“ zu entwickeln, indem vom vorhandenen Normenmaterial auf den mutmaßlichen Willen des Normgebers rückgeschlossen werden müsse.<sup>13</sup> Unabhängig davon, ob eine Norm aus formellen oder inhaltlichen Gründen nichtig ist, kann dies in beiden Fällen sowohl die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes als auch die Grundrechte der Prüflinge in gleicher Weise beeinflussen. Mit einer gerichtlichen Entwicklung eines Maßstabes konnte so auch materiell-rechtlichen Problemen entsprochen werden.

Tendenziell schien das Bundesverwaltungsgericht dahin zu tendieren, eigene Regelungen zu „schaffen“. So wurde betont, dass bei Fehlen einer normativen Bestimmung die Lücken durch die (Prüfungsbehörden und) Gerichte geschlossen werden müssen.<sup>14</sup> Wenn man es auf den Punkt bringen will, dann versuchte das Bundesverwaltungsgericht selbst eine *sachgerechte* Regelung zu finden.<sup>15</sup> Ergänzend dazu stellte das Bundesverwaltungsgericht klar, dass eine verfassungsferne Regelungslücke durch eine gerichtlich zu schaffende Übergangsregelung – die sich an der Verwaltungspraxis orientiert – zu vermeiden ist.<sup>16</sup>

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht bereits mit Normdefiziten der Ausbildung zum Notfallsanitäter. Dabei stell-

8 Etwa BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 327 f.; so auch *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 56 f.

Der Fall der Anwendung „als Verwaltungsvorschrift“ ist nur theoretisch von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Norm von Anfang an – unzureichend – nur als Verwaltungsvorschrift erlassen wurde. Auch dort stellt sich das gleiche Problem des Normdefizits, so dass auch in dieser Situation die Verwaltungsvorschrift übergangsweise weiter angewendet werden konnte, siehe etwa BVerwG, Urt. v. 13.1.1982 – BVerwG 7 C 95.80 – BVerwGE 64, 308, 317.

9 Ausdrücklich etwa BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51, 268, 288, siehe dazu unten Fn. 45 mit zugehörigem Haupttext.

10 Hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit bei inhaltlichen Mängeln, siehe *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 57. Diese Differenzierung zwischen den Fehlerarten findet sich auch heute noch, vgl. etwa *Dietrich* in *Fischer/Jeremias/Dietrich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 56 ff. m.w.N. *Dietrich* greift bei inhaltlichen Mängeln teilweise jedoch – ausnahmsweise – auf eine gerichtliche Übergangsregelung zurück (Rn. 62).

11 Siehe Fn. 72.

12 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 2.8.1988 – BVerwG 7 B 90.88 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 254, S. 63 – „... um der Funktionsfähigkeit der Verwaltung willen für eine Übergangszeit eine dem Rechtssatzerfordernis nicht entsprechende Regelung als gültig hin-

genommen werden muss. ...“, wobei auf der vorangehenden Seite jedoch Verwaltungsvorschriften thematisiert werden. In ähnlicher Weise wird auch ohne dogmatische Verortung die Anwendbarkeit der Prüfungsordnung einfach mit einem aus rechtsstaatlichen Gründen sonst nicht erträglichen Zustand begründet, siehe BVerwG, Beschl. v. 8.5.1989 – BVerwG 7 B 58.89 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 262 S. 99 f.; sich anschließend: VG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2004 – 15 K 7888/02 – Juris, Rn. 20. – Auch wird eine „Notkompetenz“ angenommen, um eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, die der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand, etwa VG Dresden, Urt. v. 20.12.2016 – 5 K 3498/14 – Juris, Rn. 45; wohl auch eine Notkompetenz favorisierend: *Dietrich* in *Fischer/Jeremias/Dietrich*, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 58.

13 Siehe Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655; sich i.E. anschließend Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 12.

14 So BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 7/02 – NJW 2003, 1063, 1063, m.w.N.; vgl. weiter BVerwG, Urt. v. 19.12.2001 – 6 C 14/01 – NVwZ 2002, 1375, 1376.

15 Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 696, Rn. 29.

16 Etwa BVerwG, Urt. v. 28.10.2020 – 6 C 8.19 – BVerwGE 170, 1, 9 f., Rn. 24, m.w.N.; auch: BVerwG, Urt. v. 10.4.2019 – 6 C 19/18 – NJW 2019, 2871, 2873, Rn. 20.

te es fest, dass die Anzahl der Fachprüfer nicht hinreichend bestimmt wäre. Es schuf zu diesem Komplex richterliches Übergangsrecht, wobei es formulierte:

„Vielmehr ist das Bundesverwaltungsgericht zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit gehalten, [...] eine unerlässliche Übergangsregelung zu treffen [...] Dabei hat sich die Übergangsregelung sachgerechter Weise an der Praxis der Beklagten zu orientieren...“<sup>17</sup>

Als sich das OVG NRW ebenfalls mit der Normierung der Ausbildung zum Notfallsanitäter und der Anzahl der Fachprüfer befassen musste, stellte es fest, dass

„...ungeachtet der Frage, auf welcher Rechtsgrundlage das Bundesverwaltungsgericht die rechtsgestaltende Übergangsregelung getroffen hat...“ kein „rückwirkendes Inkrafttreten der vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Übergangsregelung bereits im Zeitpunkt der vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtenen Prüfung...“ gegeben sei.<sup>18</sup>

Um es deutlich zu formulieren: Das OVG NRW verstand die vorhergehende Übergangsregel des Bundesverwaltungsgerichts als inter omnes, die erst nach Verkündung der Entscheidung wirken könne.<sup>19</sup>

Der Fall des OVG NRW wurde nachfolgend ebenfalls vom Bundesverwaltungsgericht, nämlich in der aktuellen Entscheidung, behandelt.

### III. Inhalt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2024 – 6 C 5/22

In der aktuellen Entscheidung befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit verschiedenen Rechtsproblemen, etwa der Klageart. Für die hier behandelte Thematik sollen jedoch nur die Ausführungen zur Übergangsregelung betrachtet werden. Zunächst stellte das Bundesverwaltungsgericht inzident die Nichtigkeit der Regelung der Prüferzahl fest.<sup>20</sup> Denn die Prüferzahl sei

„...wegen des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 GG und mit Blick auf den das Prüfungsrecht prägenden Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) vom Normgeber exakt festzulegen.“<sup>21</sup>

Hinsichtlich des Übergangsrechts schließt sich das Bundesverwaltungsgericht im Ausgangspunkt dem Berufungsgericht darin an, es müsse

„... zur Vermeidung einer verfassungsferneren Regelungslücke und zur Wahrung der Berufsfreiheit Übergangsweise bis zur Herstellung verfassungsgemäßer Zustände durch den Ordnungsgeber eine Übergangsregelung getroffen werden, damit den aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden Gewährleistungen für die Prüflinge Rechnung getragen werde. Diese Übergangsregelung habe sich an der ständigen Verwaltungspraxis der jeweiligen Prüfungsbehörde zu orientieren.“<sup>22</sup>

Im Anschluss führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass seine o.g. Entscheidung vom 28.10.2020 hinsichtlich einer inter omnes Wirkung der Übergangsregel und der zeitlichen Vorgaben von der Vorinstanz falsch interpretiert worden sei.<sup>23</sup> Nunmehr hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass jedes Verwaltungsgericht – egal welcher Instanz – bei der Nichtigkeit einer Prüfungsordnungsvorschrift eine inter partes Übergangsregelung zu treffen hat. Denn wenn eine Norm des Prüfungsrechts nichtig wäre, würde ein Stillstand der Prüfungstätigkeit eintreten – was in Hinblick auf Art. 12 I GG bedenklich ist. Zugleich gilt es zu verhindern, dass sich der um Rechtsschutz nachsuchende Prüfling mit Blick auf die Chancengleichheit den sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil einer erneuten Prüfungschance verschafft. Daher ist es wichtig, dass die Übergangsregelung nicht nur zukunftsgerichtet, sondern für den betreffenden Fall wirkt.<sup>24</sup> Auch wenn es das Bundesverwaltungsgericht nicht so deutlich formuliert, lässt sich sagen, dass das gefundene Übergangsrecht – inter partes – rückwirkend<sup>25</sup> auch auf den aktuell zu entscheidenden Fall angewendet werden soll.

Rechtstechnisch ist erwähnenswert, dass das Bundesverwaltungsgericht auch klarstellt, dass es keine prozessrechtliche Anleihe an § 35 BVerfGG vornehme, sondern sich für eine richterrechtliche Überbrückung an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum materiellen Verfassungsrecht orientiere, wonach verfassungsferne Regelungslücken zu vermeiden seien.<sup>26</sup> Die Aus-

17 So BVerwG, Urt. v. 28.10.2020 – 6 C 8.19 – BVerwGE 170, 1, 9, Rn. 24.

18 So OVG NRW in dem Beschl. v. 21.6.2022 – 14 A 2410/21 – Juris, Rn. 27; in der Entscheidung befinden sich die beiden Zitate in umgekehrter Reihenfolge.

19 Sinngemäß OVG NRW, Beschl. v. 21.6.2022 – 14 A 2410/21 – Juris, Rn. 23 ff.

20 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

21 So BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

22 So wörtlich (sich diesbezüglich der Vorinstanz anschließend): BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 17.

23 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 18.

24 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 19 und 23.

25 Zur Anwendung des Übergangsrecht schon für den aktuell zu entscheidenden Fall, siehe auch Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt D: „Auswirkungen für die Praxis“.

26 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 20.

richtung an der Verwaltungspraxis resultiere aus der Chancengleichheit – was wegen des Vorrangs des Gesetzes natürlich erfordert, dass die Verwaltungspraxis selbst rechtmäßig wäre.<sup>27</sup> Um die Verwaltungspraxis bei der Bildung von Übergangsrecht direkt als „*legitimen Anknüpfungspunkt*“ heranzuziehen, darf diese selber nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen.<sup>28</sup>

Im Grunde genommen führt das oben Dargestellte dazu, dass im Falle der Unwirksamkeit einer untergesetzlichen Norm des Prüfungsrechts immer ein richterrechtlicher Lückenschluss durch Fortschreibung der geübten Verwaltungspraxis erfolgen muss – sofern diese selber normierungsfähig wäre.<sup>29</sup>

Erwähnenswert ist schließlich auch, dass keine Ausführungen zur unterschiedlichen Behandlung von formellen und inhaltlichen Mängeln vorgenommen werden.<sup>30</sup> Die Anwendung des Übergangsrechts hängt also nicht davon ab, welche Defizite vorliegen.

#### IV. Bewertung der neuen Entscheidung

Die oben genannte Formulierung des OVG NRW –

„...ungeachtet der Frage, auf welcher Rechtsgrundlage das Bundesverwaltungsgericht die rechtsgestaltende Übergangsregelung getroffen hat...“

– lässt an sich schon die Unsicherheit im Umgang mit der Problematik des Übergangsrechts erkennen. Hinzu kommt, dass auch ansonsten die oben unter II. dargestellten Auffassungen keinesfalls als fest abgrenzbare Entwicklungsschritte verstanden werden dürfen. Vielmehr überlappen sie sich.

Offenbar wollte das Bundesverwaltungsgericht mit der aktuellen Entscheidung etwas Struktur schaffen. Mittlerweile sind auch zwei richterliche Entscheidungsanmerkungen erfolgt.<sup>31</sup> In diesen Anmerkungen wird be-

tont, dass nun Klarheit hinsichtlich der richterrechtlichen Übergangsregelungen bei Mängeln der Prüfungsordnung bestehe.<sup>32</sup>

Viele Aspekte des Übergangsrechts werden jedoch nur angedeutet. Andere wurden – mangels Entscheidungserheblichkeit – gar nicht aufgegriffen. Nachfolgend soll der Versuch einer Konkretisierung und Ergänzung unternommen werden.

##### 1. Rechtstechnische Grundlagen

Das Bundesverwaltungsgericht stellt inzident die Nichtigkeit der Norm fest, weil den Anforderungen des „...Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 GG und [dem] ... Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)...“

nicht genügt wurde.<sup>33</sup> Man könnte hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts terminologisch etwas differenzieren und ergänzen, dass die Entscheidung streng genommen sowohl den Vorbehalt des Gesetzes aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte<sup>34</sup> betrifft, wobei auch der – hier einschlägige – Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG zumindest der Sache nach zu Letzteren zu zählen ist<sup>35</sup>. Da das Wesentlichkeitskriterium allerdings nicht nur bei dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, sondern auch bei Ausübung des Regelungsvorbehalts des Art. 12 I 2 GG zu beachten ist<sup>36</sup>, ergeben sich aus der Differenzierung hier keine Unterschiede.

Mit der oben genannten Vermeidung einer Anleihe an § 35 BVerfGG und dem Rückgriff auf das materielle Verfassungsrecht umgeht das Bundesverwaltungsgericht geschickt ein Defizit der VwGO: § 35 BVerfGG wird vom Bundesverfassungsgericht für Übergangsvorschriften herangezogen.<sup>37</sup> Ob § 35 BVerfGG die bisherige Praxis der Schaffung von Übergangsregeln deckt, wird zwar kritisch diskutiert<sup>38</sup>, aber in der VwGO findet sich keine

27 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 22.

28 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 22.

29 Siehe Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“.

30 So stellt das BVerwG fest, dass die Zahl der Prüfer ein materieller Aspekt sei, vgl. BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 8 und 14, siehe auch Fn. 5.

31 Siehe Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394 ff. sowie Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4.

32 Siehe Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt E: „Bewertung“; Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“, wo für die verwaltungsrichterliche Entscheidungsfindung ein Drei-Stufen-Programm zusammengefasst wird, siehe dazu

Fn. 50 mit zugehörigem Haupttext.

33 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

34 Im Sinne einer deutlichen Differenzierung etwa *Sachs/von Coelln* in *Sachs*, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 20 GG, Rn. 113; *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 162.

35 So *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 2024, Art. 12 GG, Rn. 33.

36 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86 – BVerfGE 82, 209, 224. – Auch bei Art. 12 I 2 GG ist eine Abstufung bis hin zu Satzungsregelungen möglich, dazu etwa: BVerwG, Beschl. v. 7.9.1992 – 7 NB 2/92 – NJW 1993, 411, 412.

37 Vgl. *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 35, Rn. 15; *Hömig* in *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 63. EL Juni 2023, § 95, Rn. 40.

38 Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 473 f.

Vorschrift, welche dem § 35 BVerfGG entspricht. Damit konform wird auch ansonsten bei Anfechtungssituationen üblicherweise ein Absehen von der inzidenten Feststellung der Nichtigkeit der Satzung nicht für möglich gehalten.<sup>39</sup> Tatsächlich trifft das Bundesverwaltungsgericht in der aktuellen Entscheidung sogar eine entsprechende Feststellung.<sup>40</sup> Indessen ist es damit nicht an der Schaffung von Übergangsrecht gehindert. Denn mit seiner materiellen Konstruktion reagiert das Bundesverwaltungsgericht auf das prozessuale Defizit der VwGO.<sup>41</sup>

Der Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum materiellen Verfassungsrecht ist allerdings noch immer etwas abstrakt.

Die in Rn. 20 vom Bundesverwaltungsgericht in Bezug genommene Judikatur des Bundesverfassungsgerichts führt aus, dass auch wenn unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes eine Lücke besteht, dieser Mangel für eine beschränkte Zeit hingenommen werden könne.<sup>42</sup> Zunächst betonte das Bundesverfassungsgericht dabei besonders die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen.<sup>43</sup> Die Befugnisse der Behörden beschränkten sich nach der in Bezug genommenen Judikatur zunächst zwar auf das für die Funktionsfähigkeit Unerlässliche, allerdings sei dieses Kriterium allgemein und nicht nur am zu entscheidenden Fall zu beurteilen.<sup>44</sup> Nachfolgend führte das Bundesverfassungsgericht allerdings aus, dass die Vermeidung der Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen „insbesondere“ ein Aspekt sei, dessentwegen eine unzureichende gesetzliche Grundlage innerhalb einer Übergangsfrist akzeptiert werden könne.<sup>45</sup> Durch die Inbezugnahmen des Bundesverwaltungsgerichts ist klar, dass es eine entsprechende Rechtsprechung gibt. Die rechtstechnische Überlegung wird indessen nicht ganz deutlich.

Vom Ausgangspunkt her muss man sich klarmachen, dass bei dem Übergangsrecht eine an sich unzureichende normative Grundlage akzeptiert wird.<sup>46</sup> Es wird ein „Minus“ an Normierung hingenommen. Damit dürfte aber kein Abweichen von der Wesentlichkeitstheorie gemeint sein. Vielmehr werden andere verfassungsrechtliche Erwägungen entgegengestellt.

Rechtstechnisch lässt sich dieses Vorgehen der Gegenüberstellung von Verfassungsgütern mit der praktischen Konkordanz stützen. Danach sind widerstreitende verfassungsrechtlich geschützte Güter möglichst so einzugrenzen, dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.<sup>47</sup> An verfassungsrechtlich geschützten Gütern wird bei Normierungsdefiziten der Prüfungsordnung der in Art. 12 I GG enthaltene Anspruch auf Prüfungsablegung und die Chancengleichheit berührt<sup>48</sup>, die ja auch in der aktuellen Entscheidung angesprochen wurden (s.o.). Grundrechtliche Aspekte lassen sich durchaus dem Vorbehalt des Gesetzes entgegenstellen. Dass das Bundesverwaltungsgericht hier besonders auf die Grundrechte abstellt, ist bei der Abwägung gegenüber dem Vorbehalt des Gesetzes auch aus einem anderen Aspekt heraus besonders wichtig. Denn wenn man sich vergegenwärtigt, dass „wesentlich“ im Sinne der Wesentlichkeitstheorie etwa „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ bedeutet<sup>49</sup>, sieht man, dass ein zu maßgebender Vorbehalt des Gesetzes hier paradoxerweise im Ergebnis sogar gegen die Grundrechtsverwirklichung wirken würde.

Als Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass prüfungsrechtliche Normierungsdefizite insbesondere unter grundrechtlichen Aspekten aufgefangen werden können.

Indessen bleibt das Arbeiten mit Verfassungsgütern immer etwas abstrakt. Dass für die Handhabung in der

39 Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 26.1.1995 – 8 B 193/94 – NVwZ-RR 1996, 54, 55. Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich mit einer kommunalen Gebührensatzung, wobei es die §§ 31 II, 79 I BVerfGG diskutiert; sich anschließend: BVerwG, Beschl. v. 10.2.2000 – 11 B 54/99 – NVwZ-RR 2000, 457, 457; ebenso zu einer Prüfungsordnung, jedoch das Übergangsrecht im Prüfungsrecht als Ausnahme handhabend OVG NRW, Urt. v. 30.1.2015 – 14 A 2307/13 – NVwZ-RR 2015, 576, 577.

40 Siehe BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 16.

41 Vgl. Anm. *Gamp* zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt E: „Bewertung“.

42 Siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 – BVerfGE 45, 400, 420.

43 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – BVerfGE 41, 251, 267.

44 Siehe BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvL 24/76 – BVerfGE 48, 29, 37 ff.; für die Funktionsfähigkeitsbetrachtung nicht nur auf die besonderen Umstände des Falles abstellend: BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 – BVerfGE 58, 257, 282.

45 Siehe: BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51,

268, 287 f. – In dem Beschl. v. 13.12.1988 (2 BvL 1/84 – BVerfGE 79, 245, 250 f.) spricht das Gericht davon, dass die Notwendigkeit einer Fortgeltung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor allem dann anerkannt worden sei, wenn es galt, Rechtsunsicherheit oder die Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden. Mithin war die Funktionsunfähigkeit kein Alleinstellungsmerkmal.

46 Deutlich etwa BVerfG, Beschl. v. 13.6.1979 – 1 BvR 699/77 – BVerfGE 51, 268, 287 f.

47 Sinngemäß *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 Neudruck 1999, Rn. 72.

48 So etwa BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 16 und 18; auch BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 696, Rn. 24 f. – Das BVerwG weist hier darauf hin, dass aus Gründen der Chancengleichheit auch ein Nichtbestehen möglich sein muss.

49 Vgl. etwa BVerfG, Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 251 sowie BVerfG, Urt. v. 22.11.2023 – 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15 – NJW 2024, 424, 429, Rn. 69, m.w.N.

Praxis etwas Konkretes erforderlich ist, haben auch die Richter gesehen, welche deswegen in den Entscheidungsmerkungen für die verwaltungsrichterliche Entscheidungsfindung ein Drei-Stufen-Programm zusammengefasst haben: „*Prüfung der Wirksamkeit der untergesetzlichen Norm am Maßstab des höherrangigen Rechts, im Falle der Nichtigkeit richterrechtlicher Lückenschluss durch Fortschreibung der geübten Verwaltungspraxis und Kontrolle der Normierungsfähigkeit der gefundenen Übergangslösung*“<sup>50</sup>

Dem ist zuzustimmen. Wünschenswert wäre nur, dieses Vorgehen dogmatisch über die abstrakten Grundrechtsartikel hinausgehend zu stützen. Diesbezüglich könnte sich der Rückgriff auf Prüfungsrechtsgrundsätze anbieten. Denn bei diesen tritt sozusagen eine Verdichtung der allgemeinen rechtlichen Überlegungen in dem Sinne ein, dass eine Rechtsgrundlage entsteht.

Hinsichtlich der Funktionsweise lässt sich feststellen, dass Rechtsgrundsätze eine subsidiäre Auffangfunktion wahrnehmen.<sup>51</sup> Sie ermöglichen eine Lückenfüllung.<sup>52</sup> Wenn die bisherige Normierung nichtig ist – und auch die gerichtliche Entscheidung nur inter partes wirkt – dann besteht eine Lücke. Entsprechende Rechtsbindungen werden im Prüfungsrecht dahingehend erläutert, dass

„...das Prüfungsrecht durch konkrete verfassungsrechtliche Grundsätze beherrscht wird, die im Laufe der Zeit unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet worden sind und durch ihre konkreten Aussagen entsprechende Rechtsbindungen erzeugen.“<sup>53</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Zusammenhang mit formellen Defiziten schon in der Vergangenheit von einem „Rechtsgrundsatz“ der übergangsweisen Anwendung gesprochen.<sup>54</sup> Angesichts der neuen Entscheidung ist es jetzt gerechtfertigt, die vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Lösung auch als Prüfungs-

rechtsgrundsatz zu begreifen. Eine entsprechende Formulierung soll am Ende des nächsten Abschnittes, nach Festlegung der Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen, versucht werden.

Eine Differenzierung zwischen formellen und materiellen Defiziten ist nicht mehr angezeigt. Egal, ob eine Norm vorhanden, aber formell ungenügend ist, ob sich eine Verwaltungspraxis etabliert hat, die zwar normierungsfähig wäre, aber eben nicht normiert ist – oder ob eine Norm vorhanden ist, aber – wie im aktuellen Fall – unter materiellen Defiziten leidet: In jedem Fall stellt sich das Problem mit dem Umgang des Normierungsdefizits.

## 2. Kriterien, die Übergangsrecht erforderlich machen

Ferner ist zu untersuchen, was genau Übergangsrecht erforderlich machen kann.

Zunächst fällt auf, dass der Aspekt der Funktionsfähigkeit in der neuen Entscheidung wörtlich nur an einer Stelle auftaucht, nämlich im Zusammenhang der historischen Nachzeichnung der Rechtsprechungsentwicklung.<sup>55</sup> Fraglich ist, wann dieses Kriterium als erfüllt anzusehen ist – und ob es überhaupt zwingend erforderlich ist.

Bereits in der Vergangenheit wurde von dem Kriterium der Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes abgewichen.<sup>56</sup> Da Art. 12 I GG auch das Interesse auf Ablegung der vorgesehenen Prüfungen schützt<sup>57</sup>, ist es folgerichtig, wenn das Bundesverwaltungsgericht grundlegende Aspekte bereits ausreichen lässt, um die Notwendigkeit des Übergangsrechts zu erkennen.

Auch wird die Funktionsfähigkeit im Bereich des Prüfungsrechts dann als nicht gegeben angesehen, wenn die Chancengleichheit nicht gewahrt wird.<sup>58</sup>

Es lässt sich formulieren, dass die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes jedenfalls dann beeinträchtigt ist, wenn die Grundrechte aus den Artt. 3 oder 12 GG nicht

50 Zitat aus Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt C: „Kontext der Entscheidung“; ähnlich: Anm. Gamp zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – JM 2024, 394, 396, Gliederungspunkt D: „Auswirkungen für die Praxis“.

51 Vgl. Barczak, Rechtsgrundsätze – Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, JuS 2021, 1, 3; speziell zu den Prüfungsrechtsgrundsätzen: Pein, Einführung in das Prüfungsrecht, WissR 2015, 362, 370.

52 Vgl. Barczak, a.a.O.

53 Nds. OVG, Beschl. v. 31.3.2011 – 2 LA 343/10 – Juris, Rn. 11.

54 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 11.

55 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 21.

56 Siehe etwa den ausdrücklichen Verzicht auf das Funktionsfähigkeitskriterium, wenn der Normsetzungswille betätigt wurde:

BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327, 328 f.; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695, Rn. 23: Die Funktionsfähigkeit wird dort nur alternativ genannt; zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, siehe Fn. 45.

57 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.1.2015 – 6 B 43/14 – NVwZ-RR 2015, 416, 417, Rn. 16. - Dieser Anspruch ist auch zeitnah zu gewähren: BVerwG, Urt. v. 15.3.2017 – 6 C 46/15 – NVwZ-RR 2017, 693, 695 f., Rn. 24 a.E.

58 Vgl. dazu schon BVerwG, Beschl. v. 15.12.1988 – 7 B 190.88 – KMK-HSchR 1989, 327 ff., wo auf S. 327 unten das Kriterium der Funktionsfähigkeit genannt wurde, dann aber auf S. 328 oben am Ende des ersten Absatzes festgestellt wird, dass es jedenfalls nicht hinnehmbar sei, dass unmittelbare Auswirkungen auf die Chancengleichheit eintreten.

mehr gewährleistet sind – wobei die grundrechtlichen Aspekte aber bereits für sich genommen ein Übergangsrecht rechtfertigen können.

Wenn man es in aller Deutlichkeit auf den Punkt bringen will, so könnte man zusammenfassen, dass die Funktionsunfähigkeit ein hinreichendes, aber kein notwendiges Kriterium für Übergangsrecht ist.

Wie eben erwähnt, können die vorgenannten Aspekte sowohl bei formellen wie bei materiellen Fehlern der Prüfungsordnung auftreten. Daher ist dem Bundesverwaltungsgericht zuzustimmen, wenn es nicht mehr zwischen den Fehlerarten differenziert. Denn selbstverständlich sind die Prüfungsansprüche und die Chancengleichheit gleichermaßen gefährdet, unabhängig davon, ob die Nichtigkeit nun auf formellen oder inhaltlichen Mängeln beruht. Während früher Übergangsrecht bei materiellen Fehlern oft nicht für möglich gehalten wurde<sup>59</sup>, ist es sachgerechter, den Aspekt eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht bei der Prüfung der Frage heranzuziehen, ob die Verwaltungspraxis selbst ein legitimer Anknüpfungspunkt für das Übergangsrecht sein kann. Notfalls kann sich das Verwaltungsgericht eben nur insoweit an der Verwaltungspraxis orientieren, wie diese mit höherrangigen Recht vereinbar war.

Dementsprechend lässt sich als Grundsatz formulieren:

*Eine wegen Mängeln der bisherigen Prüfungsordnung aufgetretene Normierungslücke, welche die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes, Art. 12 GG oder die Chancengleichheit beeinträchtigt, kann bis zum Erlass einer neuen Normierung in der Weise geschlossen werden, dass die bisherige Normierung/Verwaltungspraxis so fortgesetzt wird, dass derjenige Rechtsverstoß vermieden wird, der die bisherige Nichtigkeit ausgelöst hat.*

Ein Beispiel für die Auslösung des Erfordernisses von Übergangsrecht:

Wenn eine Täuschungsvorschrift für besonders schwere Täuschungen nichtig ist, dann besteht unter zwei Aspekten das Erfordernis von Übergangsrecht:

Zum einen wird die Abgrenzung zwischen der normalen Täuschung und der besonders schweren Täuschung am Ausmaß der Beeinträchtigung der Chancen-

gleichheit vorgenommen<sup>60</sup>, was unter dem Gesichtspunkt der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit ein Erfordernis von Übergangsrecht auslöst. Zum anderen bewirkt die nicht gegebene Chancengleichheit auch eine Störung der Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes.

3. Personeller Maßstab zur Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts?

Wenn eine Vorschrift nichtig ist, stellt sich die Frage, ob zur Beurteilung der Notwendigkeit von Übergangsrecht auf den konkreten Fall oder auf die allgemeinen Auswirkungen der Nichtigkeit abzustellen ist.

Das Bundesverwaltungsgericht beschränkt das Übergangsrecht auf eine inter partes Wirkung. Diese Reichweite des entstandenen Übergangsrechts darf nicht zu der Annahme verleiten, auch bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Übergangsrechts nur auf den konkreten Fall abzustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht spricht in der aktuellen Entscheidung die Thematik nicht ausdrücklich an<sup>61</sup>, allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht in den vom Bundesverwaltungsgericht zitierten Entscheidungen festgestellt, dass es auf die allgemeinen Auswirkungen abstellt<sup>62</sup>.

Eine solche Betrachtungsweise erscheint richtig und angezeigt. Denn auch wenn die rechtstechnische Befugnis der Verwaltungsgerichte über eine inter partes Wirkung nicht hinausgeht, so ist das Problem einer nichtigen Norm niemals auf den aktuellen Kläger beschränkt. Das wird auch weiter unten deutlich, wenn die Konsequenzen für die Hochschule hinsichtlich des Umgangs mit weiteren Fällen diskutiert werden.

4. Entbehrlichkeit einer Fristregelung

In der aktuellen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird – abgesehen von der Passage der Zusammenfassung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>63</sup> – eine konkrete Frist oder ein Zeitrahmen nicht thematisiert. In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung dagegen mehrfach darauf hingewiesen, dass ein richterrechtlich gewährtes Übergangsrecht in überschaubarer Zeit durch eine Normierung abzulösen ist.<sup>64</sup> Hier jedoch erfolgte weder eine Fristsetzung noch sonst

59 Siehe oben Fn. 10 mit zugehörigem Haupttext.

60 Siehe BVerwG, Beschl. v. 7.12.1976 – BVerwG VII B 157/76 – Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 78 (S. 60); VG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.2010 – 7 K 3246/09 – Juris, Rn. 34; vgl. zum endgültigen Nichtbestehen bei schweren Täuschungsfällen aufgrund richterlichen Übergangsrechtes etwa: Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655, in dieser Entscheidung wurde das Übergangsrecht nach Feststellung eines materiellen Defizits gebildet.

61 Bestenfalls lässt sich aus Aspekten wie der Vermeidung eines Stillstandes der Prüfungstätigkeit (etwa BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 17) mittelbar eine allgemeine Betrachtungsweise ablesen.

62 Siehe Fn. 44.

63 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 20.

64 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 1.3.2023 – 9 S 1798/22 – Juris, Rn. 32, m.w.N.

eine Eingrenzung des zeitlichen Rahmens. Die aktuelle Nichtthematisierung ist logisch, wenn hinsichtlich der Wirkung des Übergangsrechts ganz klar nur auf den konkreten Fall *inter partes* abgestellt wird. Der zeitliche Aspekt dürfte in zukünftigen Entscheidungen wohl nicht mehr auftauchen. Der Erlass der einschlägigen Normen lag in der aktuellen Entscheidung zudem bereits Jahre zurück – was von dem Bundesverwaltungsgericht (folgerichtig) nicht thematisiert wurde.

#### 5. Rückwirkung

Wie unter IV. 1. bei den rechtstechnischen Grundlagen dargelegt, vermeidet das Bundesverwaltungsgericht mit seiner materiellen Konstruktion des Übergangsrechts, dass durch die inzidente Nichtigkeitsfeststellung Übergangsrecht scheitert.

Die Rückwirkung dieses Übergangsrecht stabilisiert dieses ebenfalls. Da aus Chancengleichheitsgründen eine Rückwirkung so angezeigt ist, dass *inter partes* der aktuell zu entscheidende Fall vom Übergangsrecht erfasst wird, kann schon logisch eine Nichtigkeitsfeststellung nicht mehr entscheidungserheblich sein.

An dem Vorgehen des Bundesverwaltungsgerichts einer Nichtigkeitsfeststellung verbunden mit der Schaffung von rückwirkendem Übergangsrecht ist auch erkennbar, dass etwas Neues entstehen muss. Bisherige Konstruktionen, die mit einer Gültigkeitsfiktion gearbeitet haben, dürften damit hinfällig sein.

### V. Rechtstechnische Konsequenzen für die Hochschule

Da die Verwaltungsgerichte eine *inter partes* Regelung treffen, fragt sich, wie die Hochschulen bis zum Erlass einer neuen Norm mit denjenigen Verwaltungsverfahren umgehen sollen, die außerhalb des jeweiligen Gerichtsverfahrens liegen, aber von der gleichen fehlerbehafteten Norm betroffen sind.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts, das nur den konkreten Fall zu entscheiden hatte, konnte diese Frage offenbleiben.

Nachfolgend soll versucht werden, für die Hochschulen entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen. Die bisherigen Empfehlungen differenzierten nach der Art

des Fehlers. Wie oben bereits erwähnt, wurde bei formellen Fehlern die Anwendbarkeit der nichtigen Normierung als Verwaltungsvorschrift nicht in Frage gestellt. Dagegen sollte dies bei inhaltlichen Mängeln regelmäßig schon aufgrund der Verstöße gegen höherrangiges Recht scheitern, weswegen die Prüfungsordnung zu ändern und der Prüfling dann nach Maßgabe der nunmehr fehlerfreien Prüfungsordnung erneut zu prüfen wäre.<sup>65</sup>

In dieser Hinsicht sind sowohl rechtstechnisch als auch faktisch einige Ergänzungen vorzunehmen.

Nachdem auch bei materiellen Fehlern Übergangsrecht entstehen kann, entfällt für die Hochschule das Erfordernis der rechtlichen Differenzierung zwischen den Fehlerarten.

Zudem muss man sich faktisch in zeitlicher Hinsicht klarmachen, dass Ordnungen für Hochschulprüfungen eine Vielzahl von Gremien durchlaufen müssen. Im Rahmen der Selbstverwaltung kann nicht von einem Präsidenten oder Vizepräsidenten vorgegeben werden, was genau die demokratisch legitimierten Gremien zu beschließen haben. Oft bestehen auch innerhalb eines Gremiums unterschiedliche Auffassungen über die „richtige“ Fassung, so dass zur Abstimmung mehrere Durchläufe erfolgen müssen. Die nachfolgende Ebene der Genehmigung ist damit noch nicht einmal berührt. Mithin kann eine Umsetzung einige Zeit in Anspruch nehmen.<sup>66</sup> Es bedarf aber einer Rechtsgrundlage, die sofort anwendbar ist – und zwar für alle auftretenden Fehlerarten.

So elegant die Lösung des Bundesverwaltungsgerichts war, keine prozessrechtliche Anleihe an § 35 BVerfGG vorzunehmen, so müssen die Hochschulen mit der begrenzten Wirkung leben. Vom Bundesverfassungsgericht geschaffenes Übergangsrecht würde gemäß § 31 BVerfGG eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung für alle Behörden und Gerichte entfalten.<sup>67</sup> Genau das ist aber ausgeschlossen.

Es bleibt natürlich die Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung als reine Erkenntnisquelle des materiellen Rechts. Allerdings muss man sich klarmachen, dass Richterrecht außerhalb der Rechtskraft der Entscheidung nur Rechtsfortbildung ohne Gesetzescharakter ist, dessen Geltungsanspruch über den Einzelfall

65 Sinngemäß *Dietrich* in Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 62; hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit bei inhaltlichen Mängeln, siehe *Stolpmann/Teufer*, Prüfungsrecht für Auszubildende und ihre Prüfer, 2009, S. 57.

66 Als sehr pessimistische Einschätzung betont der Hess. VGH das Risiko einer Jahrzehnte dauernden Übergangszeit (im dortigen

Fall jedoch hinsichtlich einer parlamentarischen Grundsatzentscheidung): Hess. VGH, Urt. v. 27.9.1995 – 1 UE 3026/94 – NVwZ-RR 1996, 654, 655.

67 BVerwG, Urt. v. 25.1.2023 – BVerwG 6 C 6.21 – BVerwGE 177, 318, 321 f., Rn. 18 f., m.w.N.

hinaus auf der Überzeugungskraft der Gründe sowie der Autorität und Kompetenz der Gerichte beruht.<sup>68</sup> Mithin lässt sich formulieren, dass auch das gerichtlich geschaffene Übergangsrecht nicht allgemeinverbindlich wirkt.<sup>69</sup> Das Bundesverwaltungsgericht selbst kann auch nur von einer Wirkung *inter partes* sprechen.<sup>70</sup>

Mithin steht den Prüfungsbehörden die Entscheidung selbst als Rechtsgrundlage für die anderen Fälle nicht zur Verfügung.

Realistisch betrachtet möchte sich die Hochschule aber möglichst eng nach der Entscheidung des Gerichts richten. Auch wenn in einem neuen Gerichtsverfahren anders entschieden werden könnte, kann sie so das Risiko minimieren, dass ihre eigenen Entscheidungen aufgehoben werden.

Indessen kann sie sich auch an der Entscheidung des Gerichtes orientieren. Denn wenn die Prüfungsbehörden ebenfalls materielles Verfassungsrecht heranziehen, werden sie ähnliche Abwägungen wie das Verwaltungsgericht vornehmen, ggf. auch mit allgemeinen Grundsätzen des Prüfungsrechts.

Mithin hat die Exekutive in gleicher Weise wie das Verwaltungsgericht die Möglichkeit, eine als nichtig erkannte Vorschrift<sup>71</sup> durch Übergangsrecht aufzufangen. Darüber hinaus wäre übergangsweise an Verwaltungsvorschriften zu denken.<sup>72</sup> Ob man angesichts der neuen Entscheidung ihrer noch bedarf (zumal die diesbezügliche Rechtsprechung noch mit der Beschränkung auf formelle Fehler ergangen ist), mag dahingestellt sein, jedenfalls bietet sich der Verwaltung so ein weiteres Handlungsinstrument.

## VI. Fazit

Wenn Normen an formellen oder materiellen Defiziten leiden, sind sie üblicherweise nichtig. Im Prüfungsrecht kann dies etwa die Funktionsfähigkeit des Prüfungsbetriebes oder die Chancengleichheit beeinträchtigen. Seit langem wird von den Gerichten mit verschiedenen Kon-

struktionen versucht, diese Folgen zu vermeiden. So wurden nichtige Normen als Verwaltungsvorschriften angewandt oder es wurde ausdrücklich neues Übergangsrecht geschaffen. Oft war dieses Vorgehen jedoch auf formelle Mängel beschränkt, wohingegen bei materiellen Mängeln die Nichtigkeit dann hingenommen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht ging dazu über, in seinen Entscheidungen nach sachgerechten Übergangsregelungen zu suchen, die sich möglichst an der Verwaltungspraxis orientierten. Es blieb bislang jedoch unklar, worauf sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Schaffung von Übergangsrecht stützt, ab wann so gefundenes Übergangsrecht anwendbar ist und welche Mängel einer Übergangsregelung zugänglich sind. Das Bundesverwaltungsgericht stellte nun klar, dass jedes Verwaltungsgericht bei einer nichtigen Prüfungsnorm eine *inter partes* wirkende Übergangsregelung zu treffen hat, die auch für den zu entscheidenden Fall bereits anzuwenden ist. Es stützt sich dabei auf das materielle Verfassungsrecht. Da die Nichtigkeit der Prüfungsnorm im zu entscheidenden Fall durch einen materiellen Mangel ausgelöst wurde, ist somit auch klar, dass das Übergangsrecht nicht nur auf formelle Defizite beschränkt ist.

Man wird das Bundesverwaltungsgericht so verstehen können, dass Übergangsrecht dann zur Anwendung kommen kann, wenn entweder Beeinträchtigungen der Grundrechte aus Artt. 3 bzw. 12 GG oder der Funktionsfähigkeit des Prüfungswesens vorliegen.

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich nicht mit der Frage, wie die Hochschulen mit den anderen Fällen umgehen sollen, die außerhalb des Gerichtsverfahrens liegen, aber ebenfalls von der nichtigen Norm betroffen sind. Indessen können auch sie auf das materielle Verfassungsrecht zurückgreifen, was ihnen dann ermöglicht, sich zumindest an der gerichtlichen Entscheidung zu orientieren.

Dr. Markus Pein ist Justiziar an der Technischen Universität Braunschweig und AG-Leiter der Fernuniversität Hagen im Bereich Verwaltungsrecht.

68 Storr/Schröder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 106, m.w.N.

69 Siehe auch: Anm. Steiner zu BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – jurisPR-BVerwG 14/2024 Anm. 4, Gliederungspunkt B: „Inhalt und Gegenstand der Entscheidung“.

70 BVerwG, Urt. v. 24.4.2024 – 6 C 5/22 – Juris, Rn. 19.

71 Bei untergesetzlichen Normen soll, wenn ein Gericht die Nichtigkeit im Einzelfall festgestellt hat, auch die einfache Nichtanwendung der Norm möglich sein, siehe Ehlers/Pünder in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 2 „Rechtsquellen und Normen der Verwaltung“, Rn. 128, m.w.N. Dennoch sollte eine Anzeige an die Stelle gehen, welche die Ordnung genehmigt hat.

72 Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften ist der

Exekutive durch die Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt inhärent, siehe BVerwG, Urt. v. 9.6.1983 – BVerwG 2 C 34.80 – BVerwGE 67, 222, 229, m.w.N.; zudem ist es auch anerkannt, dass ein Normenvakuum, welches die Funktionsfähigkeit der Verwaltung bedroht, eine Notkompetenz der Verwaltung für administratives Ergänzungsrecht in Form von Verwaltungsvorschriften auslöst, siehe Ossenbühl in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 101 „Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes“, Rn. 74; Ossenbühl, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in Bachof/Heigl/Redeker (Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 440; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 – BVerfGE 33, 303, 347.



Marten Tiessen

*Wie viel Urheberrecht braucht die Wissenschaft? –  
Der Einfluss des Urheberrechts auf den wissenschaftlichen Informationszugang*

*Mit dem vorliegenden Beitrag möchte der Verfasser auf seine im Verlag Duncker & Humblot erschienene Dissertation „Schutz und Schranken des Wissenschaftsurheberrechts“ aufmerksam machen, diese in ihren wesentlichen Untersuchungsfragen und -ergebnissen vorstellen sowie einen darüber hinausgehenden Ausblick geben. Die Arbeit ist im Mai 2024 als sechster Band in der Schriftenreihe „Studien zu Eigentum und Urheberrecht“ in Druckform und zugleich als Open-Access-Publikation erschienen.*

### **I. Wissenschaft und Urheberrecht**

Voraussetzung für den wissenschaftlichen Fortschritt ist ein funktionierendes wissenschaftliches Kommunikationssystem, in dem Wissenschaftler ihre Erkenntnisse offenlegen und andere Wissenschaftler diese Erkenntnisse wahrnehmen, bewerten sowie für die eigene Forschung und Lehre fruchtbar machen können.<sup>1</sup> Umgekehrt wirken sich Hindernisse für den wissenschaftlichen Informationszugang negativ auf die Leistungsfähigkeit von Lehrenden und Forschenden und damit auf das gesamte Wissenschaftssystem aus.

Erheblichen Einfluss auf dieses Kommunikationssystem hat der urheberrechtliche Schutz von wissenschaftlichen Werken. Zum einen sichert er wissenschaftlichen Autoren die Anerkennung ihrer Urheberschaft (§ 13 UrhG). Zum anderen verhindert er aber auch, dass ihre Werke unerlaubt kopiert, verbreitet oder ins Internet gestellt werden (§ 15 UrhG). Dafür verleiht er wissenschaftlichen Autoren und derivativ auch den Verlegern eine rechtliche Ausschlussmacht, durch die sie anderen die Nutzung eines Werkes untersagen können. Dies ist die Grundlage des konventionellen verlegerischen Geschäftsmodells, wonach nur derjenige Zugang zum Werk erhalten soll, der bereit ist, den entsprechenden Preis für das Werkexemplar oder für die digitalen Nutzungsrechte zu zahlen.

Lange Zeit galt die Ratio, dass ein hoher urheberrechtlicher Schutz der wissenschaftlichen Publikationen auch gut für die Wissenschaft sein müsse. Seit der Jahrtausendwende wurde diese Annahme aber gerade von Stimmen aus der Wissenschaft zunehmend in Frage gestellt, denn die Rechte, die den wissenschaftlichen Autor schützen, können zugleich auch den Zugang anderer Wissenschaftler zum Werk hemmen.<sup>2</sup> Damit der urheberrechtliche Schutz dem berechtigten Informationsinteresse der Wissenschaft nicht im Weg steht, sieht das deutsche Urheberrecht Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes für den Bereich der Lehre und Forschung vor: die sogenannten Wissenschaftsschranken (§§ 60a ff. UrhG). Diese Ausnahmeregelungen enthalten eine gesetzliche Erlaubnis für bestimmte Nutzungshandlungen, sodass die Schrankenberechtigten bei der Nutzung nicht länger auf die Zustimmung der Rechteinhaber angewiesen sind. Im Gegenzug wird den Urhebern für die Schrankennutzung ein Anspruch auf angemessene Vergütung zugesichert. So erlaubt § 60a Abs. 1 UrhG beispielsweise einer Lehrperson, zur Veranschaulichung der Lehre für die Teilnehmer einer Veranstaltung bis zu 15 Prozent eines veröffentlichten Werkes zu vervielfältigen.

Obwohl die Wissenschaftsschranken 2018 mit dem Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrhWissG) umfassend reformiert wurden, wird weiterhin über deren Unzulänglichkeiten diskutiert. Schon im Vorfeld der Reform wurde harsche Kritik geäußert: Es war von Brandstiftung gegenüber Verlagshäusern und faktischer Enteignung die Rede.<sup>3</sup> Nach der Reform ist es im Wissenschaftsurheberrecht zwar deutlich ruhiger geworden, der Evaluierungsbericht der Bundesregierung zeigt aber, dass die Wissenschaftsschranken auch jetzt noch verschiedenster Kritik ausgesetzt sind: Während Verlage die aktuellen Beschränkungen als zu weitgehend empfinden,

1 Grünberger, GRUR 2017, 1; Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, 2012, S. 3; Sandberger, ZUM 2006, 818, 827 f.  
2 Siehe u. a. Hilty, GRUR Int 2006, 179, 180; Krüjat, Open Access, 2012, S. 40 ff.; Peukert, in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, 145; Wielsch, Zugangsregeln, 2008, S. 7 f.

3 Barth, Forschung & Lehre 2017, 498; Klostermann, Börsenblatt-Artikel vom 16.1.2017; Klostermann, FAZ-Artikel vom 15.2.2017, S. 6. Siehe auch bei Kühlen, IWP 2017, 227, 235 sowie die Aussagen der Verleger bei Kreutzer/Fischer, Das UrhWissG in der Praxis, 2022, S. 25.

gehen die Schranken vielen Wissenschaftsorganisationen noch nicht weit genug.<sup>4</sup> Dabei stellt sich zunächst grundlegend die Frage: Inwiefern sind urheberrechtliche Nutzungs- und Zugangsbeschränkungen zu wissenschaftlichen Publikationen gerechtfertigt und welche Beschränkungen des Urheberrechts sind geboten, um den Informationszugang der Wissenschaft zu sichern? Daran anknüpfend ist sodann zu fragen, ob vor diesem Hintergrund die mit dem UrhWissG reformierten Wissenschaftsschranken der §§ 60a, 60c und 60e Abs. 4 u. 5 UrhG weitreichend genug sind, um einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen.

## II. Das Aufeinandertreffen von Exklusivitäts- und Zugangskultur

Untersucht man die Wechselwirkung zwischen Urheberrecht und Wissenschaft, stellt sich schnell die Erkenntnis ein, dass schon das Grundkonzept des Urheberrechts mit dem wissenschaftlichen Selbstverständnis schwer in Einklang zu bringen ist: Wesentliches Kernelement des Wissenschaftssystems in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft ist seine verfassungsrechtlich verbürgte Autonomie.<sup>5</sup> Diese Autonomie schützt nicht nur vor einer Zweckentfremdung der Wissenschaft, sondern sichert auch den Fortschritt der Wissenschaft. Diesem ist dann am besten gedient, wenn sich die Wissenschaft allein dem Erkenntnisgewinn und der Verifikation oder Falsifikation von Aussagen verschreiben kann.<sup>6</sup> Dementsprechend hält auch das Wissenschaftsethos und daran anknüpfende Leitlinien guter wissenschaftlicher Praxis den Wissenschaftler dazu an, die eigenen Forschungsergebnisse der Wissenschaftsgemeinschaft zur Verfügung zu stellen.<sup>7</sup> Durch das Urheberrecht und der dadurch erreichten Kommodifizierung von Wissen gelangen

nicht nur systemfremde Einflüsse in die Wissenschaft.<sup>8</sup> Darüber hinaus kann die urheberrechtliche Ausschussmacht auch einer zügigen Offenlegung und Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse entgegenstehen.

Dieser Konflikt setzt sich in den divergierenden Interessen der verschiedenen Akteure im wissenschaftlichen Kommunikationssystem fort. Die Wissenschaftler sind zwar in ihrer Doppelrolle als Autoren und Nutzer der Werke sowohl an einer hohen Verbreitung ihrer eigenen Werke als auch an einem einfachen Zugang zu Werken anderer Autoren interessiert. Sie sind aber nicht die einzigen Akteure im wissenschaftlichen Kommunikationssystem: Eine weitere wichtige Rolle besetzen die wissenschaftlichen Verlage, denen neben der Verbreitung und Vermarktung der Werke vor allem die Aufgabe zukommt, die publizierten Inhalte als wissenschaftlich wertvoll zu zertifizieren. Als wirtschaftlich handelnde Unternehmen versuchen sie zudem auch, die Werke in ihrem Portfolio möglichst gewinnbringend zu verwerten. Die von den Autoren übertragenen Rechte ermöglichen es den Verlagen, die Nutzung der Werke künstlich zu verknappen, indem sie denen die Nutzung des Werkes untersagen, die nicht bereit sind, den Preis für das Werkexemplar oder für die digitalen Nutzungsrechte zu bezahlen.

Wozu diese Ausschussmacht führen kann, zeigt seit Anfang der 1990er Jahre die durch die Digitalisierung und stärkere Kommerzialisierung des wissenschaftlichen Publikationsmarkts ausgelöste Zeitschriftenkrise, in der insbesondere die Preise für Fachzeitschriften großer Verlage derart angestiegen sind, dass sich viele wissenschaftliche Einrichtungen diese nicht mehr leisten können.<sup>9</sup> Das daraus resultierende Informationszugangsprblem kennen Wissenschaftler aller Disziplinen: Nach langer und mühsamer Recherche findet man die

4 Siehe die Zusammenfassung der Stellungnahmen in BReg, Evaluierungsbericht UrhWissG, 2022, S. 2 f.

5 Baer, Bitburger Gespräche 2019, 13 f.

6 Baer, Bitburger Gespräche 2019, 28; vgl. hierzu die Rechtsprechung des BVerfG, Beschl. v. 28.10.2008, 1 BvR 462/06, BVerfGE 122, 89, 105 – Wissenschaftsfreiheit in der Theologie; Beschl. v. 11.1.1994, 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1, 11 f. – Jugendgefährdende Schriften III; Beschl. v. 3.3.1993, 1 BvR 757, 1551/88, BVerfGE 88, 129, 136 f. – Promotionsberechtigung; Beschl. v. 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327, 367 f. – Hessisches Universitätsgesetz; UrT. v. 29.5.1973, 1 BvR 424/71, BVerfGE 35, 79, 112 f. – Hochschulurteil. Damit stimmt auch die Darstellung der Theorie des Philosophen Karl Popper überein, wonach wissenschaftlicher Fortschritt erreicht wird, indem Theorien und Hypothesen aufgestellt werden, die im zweiten Schritt durch empirische Überprüfung falsifiziert werden können, bei Trute, Forschung zwischen Freiheit und Institutionalisierung, 1994, S. 73 f.

7 Merton, The Sociology of Science, 1974, S. 273. Vgl. auch DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 2019, S.

18 f.; MPG, Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, 2009, S. 2.

8 Siehe zum Begriff der Kommodifizierung Geißler, Ökonomisierung durch Kalkularisierung, 2016, S. 60 ff. Vgl. auch Mittler, BFP 2018, 9, 11 ff.; Peukert, in: Dreier/Hilty, Vom Magnettonband zu Social Media, 2015, 305, 312. Mit der Kommodifizierung von Wissen werden gleichzeitig ökonomische Prinzipien und Methoden in der Wissenschaft wirkmächtiger, vgl. Peukert, JIPIPEC 2012, 142, 1465.

9 Siehe u. a. Bargheer, in: Hagenhoff, Internetökonomie der Medienbranche, 2006, 173, 174 ff.; Boni, Leviathan 2010, 293, 295; Egloff, sic! 2007, 705, 706; Hagenhoff et al., Neue Formen der Wissenschaftskommunikation, 2007, S. 10 f.; Heckmann/Weber, GRUR Int 2006, 995; Heise/Pearce, SAGE Open 2020, 1, 3; Hilty, GRUR Int 2006, 179, 180 ff.; Kruijatz, Open Access 2012, S. 40 ff.; Ohly, Urheberrecht in der digitalen Welt, 2014, S. 75; Peifer, GRUR 2009, 22, 27; Pampel, Universitätsverlage im Spannungsfeld, 2006, S. 12 ff.; Sandberger, ZUM 2006, 818, 819; Wildgans, ZUM 2019, 21, 26; Zloch/Feneberg, ZUM 2020, 456, 462.

einschlägige Quelle, die bei der Forschungsfrage weiterhelfen kann, nur um daraufhin feststellen zu müssen, dass die Publikation nicht in den Abonnements der Bibliothek enthalten ist und sich hinter einer Bezahlschranke befindet.

Als eine Reaktion auf die Krise entwickelten sich Plattformen wie SciHub, die unter Missachtung der Urheberrechte Wissenschaftlern einen umfangreicheren Zugang bieten, als es die eigene Einrichtung auf legalem Weg kann.<sup>10</sup> Daneben entstanden innerhalb der Wissenschaftsgemeinschaft aber auch Forderungen nach einem offenen Zugang zu allen wissenschaftlichen Publikationen: dem Open Access.<sup>11</sup> Kritik erfuhr in diesem Zusammenhang auch der immer weitergehende urheberrechtliche Schutz, der für die Schieflage in der Wissenschaft mitverantwortlich gemacht wurde.<sup>12</sup> Mit der Reform der Wissenschaftsschranken wurde ein besserer Interessenausgleich anvisiert. Soll beurteilt werden, ob die Schranken die urheberrechtliche Ausschlussmacht hinreichend eingrenzen, stellt sich zunächst umgekehrt die Frage, welches Schutzniveau in der Wissenschaft überhaupt erforderlich wäre.

### III. Die ökonomische Rechtfertigung urheberrechtlicher Ausschlussmacht in der Wissenschaft

Eine Antwort auf die Frage gibt die ökonomische Analyse des Rechts, die gesetzliche Regelungen am wohlfahrtsökonomischen Effizienzmaßstab bemisst.<sup>13</sup> Im Gegensatz zu älteren Rechtfertigungsansätzen stellt sie nicht auf den Nutzen des urheberrechtlichen Schutzes für den Einzelnen, sondern für die gesamte Gesellschaft

ab. Danach trägt das Urheberrecht zum gesellschaftlichen Nutzen bei, wenn es Anreize zur Produktion neuer Werke setzt, welche der Markt andernfalls nicht hervorbringen würde.<sup>14</sup> Zugleich soll der rechtliche Schutz aber auch nicht weiter als erforderlich gehen, da es durch den Schutz zu einer Unternutzung der bestehenden Werke kommt.<sup>15</sup>

Überträgt man diesen Gedanken auf das Wissenschaftsurheberrecht, zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zu Werken der Literatur und Kunst, wo Urheber mit den Einnahmen aus der Verwertung ihrer Werke ihren Lebensunterhalt bestreiten. In der Wissenschaft hingegen sind die Urheber nicht auf den Erlös aus der Verwertung ihrer Werke angewiesen, um neue Werke zu schaffen – im Gegenteil: Sie werden in der Regel an der Verwertung ihrer Werke überhaupt nicht beteiligt.<sup>16</sup> Während die finanzielle Absicherung der Forschenden oft durch ein Angestellten- oder Dienstverhältnis gewährleistet ist, liegen die Produktionsanreize vor allem im wissenschaftlichen Reputationssystem.<sup>17</sup> Für den Zuwachs an Reputation ist die Veröffentlichung der eigenen Forschungsergebnisse zwingende Voraussetzung, da nur so die neuen Erkenntnisse dem jeweiligen Wissenschaftler zugeschrieben werden können. Das Urheberrecht und davon erfasste Verwertungsrechte sind dagegen als zusätzlicher Produktionsanreiz weder geeignet noch erforderlich.

Etwas anderes gilt für die Vermittlung der Publikationen durch wissenschaftliche Verlage. Als wirtschaftlich tätige Unternehmen benötigen sie für die von ihnen erbrachten Leistungen kommerzielle Anreize, die ihnen (auch) das Urheberrecht bieten kann.<sup>18</sup> Allerdings haben

10 Vgl. Müller, b.i.t. online 2019, 397, 401; Steinhauer, *Libreas* 2016, 128, 129.

11 Bartlakowski, *Urheberrecht für wissenschaftliche Bibliotheken*, 2018, S. 151; Bucchi, *J. Class. Sociol.* 2015, 233, 238; David, *The Republic of Open Science*, 2014, S. 8; Heise/Pearce, *Von Open Access zu Open Science*, 2020, S. 45; Mierzejewska, *The Eco-System of Academic Journals*, S. 52 u. 61.

12 David, *JITE* 2004, 9, 30; Peukert, in: Grünberger/Leible, *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, 2014, 145; Sandberger, *ZUM* 2006, 818 f.; Triggler/Triggler, *Drug Dev. Res.* 2017, 3, 17.

13 Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Auflage 2015, S. 21 f. u. 55 f.

14 Siehe zum aus dem angloamerikanischen Recht stammenden Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung u. a. Arrow, in: National Bureau of Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity*, 1962, 609, 616 f.; Breyer, *Harv. L. Rev.* 1970, 281, 293–302, 313–21; Fisher, *Harv. L. Rev.* 1988, 1659, 1700 ff.; Gordon, *Colum. L. Rev.* 1982, 1600, 1602; Landes/Posner, *J. Leg. Stud.* 1989, 325, 326. Zusammenfassend auch Hansen, *Warum Urheberrecht?*, 2009, S. 129.

15 Netanel, in: Macmillan, *New Directions in Copyright Law*, 2007, 3, 18.

16 Bajon, *Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?*, 2010, S. 96; Hilty, *GRUR Int* 2006, 179, 185; Hoeren, *KUR* 2003, 58, 60; Hurt/Schuchman, *Am. Econ. Rev.* 1966, 421, 426; Kuhlen, *ZGE* 2015, 77, 112; Larivière/Haustein/Mongeon, *PLOS ONE* 2015, 1, 11; Peifer, *GRUR* 2009, 22; Scheufen, *Copyright Versus Open Access*, 2015, S. 47.

17 RegE *UrhWissG*, BT-Drs. 18/12329, S. 19; Andermann/Degkwitz, *Hist. Soc. Res.* 2004, 6, 8; Bajon, *Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?*, 2010, S. 96 f.; Eger/Scheufen, *The Economics of Open Access*, 2018, S. 11; Hilty et al., *IIC* 2009, 309, 313; Kerber, *ZGE* 2013, 245, 270; Peukert, *JIPITEC* 2012, 142, 145; Scheufen, *Copyright Versus Open Access*, 2015, S. 42; Taubert, in: Simon/Knie/Hornborstel, *Handbuch Wissenschaftspolitik*, 2010, 310, 316; Weber, *Die urheberrechtliche Zwangslizenz*, 2018, S. 152.

18 Haucap et al., *Ökonomische Auswirkungen einer Wissenschaftsschranke*, 2016, S. 98; Netanel, *Vand. L. Rev.* 1998, 217, 250; Netanel, *Yale L. J.* 1996, 283, 340; Stallberg, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, 2006, S. 262 f.

sich durch den technologischen Wandel die Kosten der Veröffentlichung und Verbreitung wissenschaftlicher Publikationen drastisch reduziert.<sup>19</sup> Hinzu kommt, dass die öffentliche Hand nicht nur für die Erstellung der Inhalte, sondern auch für die Qualitätskontrolle z. B. in Form von Peer Reviews aufkommt.<sup>20</sup> Zugleich erlaubt das Urheberrecht gerade den großen Wissenschaftsverlagen ein lukratives Geschäftsmodell, bei dem sie den Zugang zu den Inhalten nur gegen Zahlung quasi-monopolistischer Preise gewähren. Ihre Marktmacht wird zusätzlich durch das wissenschaftliche Reputationssystem gestärkt, das als qualitativen Maßstab bibliometrische Verfahren wie Zitationsindizes heranzieht und dadurch die Veröffentlichung in sogenannten High Impact Journals besonders honoriert. Für Autoren ist eine Veröffentlichung in diesen renommierten Zeitschriften für die eigene Karriere häufig unverzichtbar;<sup>21</sup> für Bibliotheken ist wiederum die Anschaffung dieser Zeitschriften, die oft nur in Paketen mit weniger relevanten Zeitschriften angeboten werden, unabdingbar.<sup>22</sup> Indem sich wissenschaftliche Einrichtungen durch mehrjährige Verträge an solche umfangreichen Abonnements binden, bleiben außerdem weniger Mittel für das Angebot kleinerer und mittelständischer Verlage.<sup>23</sup> Die Preise solcher Pakete, die völlig losgelöst von den tatsächlichen Kosten sind, werden letztlich vom Steuerzahler getragen. Es ist die Rede von einem Triple-Pay-Modell, bei dem die öffentliche Hand für die Erstellung der Werke, die Qualitätskontrolle und letztlich auch für den Erwerb der Werke zahlt.<sup>24</sup>

Trotz der sinkenden Kosten und den neuen digitalen Möglichkeiten können die verlegerischen Leistungen (noch) nicht von der Wissenschaft selbst erbracht werden. Die Schwierigkeiten der Universitätsverlage, sich Renommee und damit hochrangige Publikationen zu verschaffen, sind neben mangelnden Publikationskapazitäten ein Grund, warum die Kooperation der Wissenschaft mit kommerziellen Verlagen weiterhin notwendig

ist.<sup>25</sup> Dabei ist die durch das Urheberrecht vermittelte Preissetzungsmacht allerdings nicht erforderlich, um die Investitionen der Verlage zu schützen. Die Kosten können auch durch die bei Open-Access-Veröffentlichungen übliche Publikationsgebühr gedeckt werden. Dieses mittlerweile vielfach eingesetzte Geschäftsmodell<sup>26</sup> hat den Vorteil, dass es ohne eine Beschränkung des Zugangs auskommt. Eine weitere Alternative stellt der Austausch der urheberrechtlichen Verbotsrechte durch sogenannte Liability Rules<sup>27</sup> dar, welche den Rechtsinhabern nicht die Möglichkeit bieten, andere von der Nutzung auszuschließen, sondern nur eine angemessene Vergütung für erfolgte Nutzungen zu verlangen. Zu ihnen zählen auch die reformierten Wissenschaftsschranken in §§ 60a ff. UrhG, die unter bestimmten Voraussetzungen die Nutzungen für Zwecke der Lehre und Forschung erlauben.

#### IV. Geringe Relevanz der aktuellen Beschränkungen

Eine Untersuchung der aktuellen Schranken in §§ 60a ff. UrhG zeigt aber, dass diese nicht ausreichend sind, um die durch die urheberrechtliche Ausschlussmacht verursachten Zugangshindernisse zu überwinden. Hierfür sind mehrere Faktoren verantwortlich: Die gesetzlichen Vorschriften erlauben zwar die Nutzung der Werke, setzen dabei aber den Zugang zu den Werken bereits voraus. Das bedeutet, dass jemand, der ein Werk für seine Lehre nach § 60a UrhG verwenden möchte, dieses zwar aufgrund der gesetzlichen Nutzungserlaubnis zur Veranschaulichung der Lehre vervielfältigen kann, er benötigt aber zumindest Zugang zu einem Werkexemplar. Die Schranken enthalten jedoch kein Zugangsrecht für den Anwender, sondern ermöglichen ihm nur, weiteren Personen einen nachgelagerten Zugang zu verschaffen.

Damit bleibt aber der Nutzer abhängig vom dysfunktionalen Publikationsmarkt. Verhindern überhöhte Marktpreise bereits den Primärzugang, sind somit auch

19 *Armstrong*, *Econ. J.* 2015, F1, F9; Kerber, *ZGE* 2013, 245, 268 f.; *Larivière/Haustein/Mongeon*, *PLOS ONE* 2015, 1, 12.

20 Vgl. Deutsche Bank, Reed Elsevier: Moving the supertanker, 2005, S. 36.

21 Siehe zum Druck, in solchen High Impact Journals zu veröffentlichen, *Lawrence*, *Nature* 2003, 259 ff.; *Fanelli*, *Scientometrics* 2012, 891 ff.; sehr eingängig auch *Brembs*, *IWP* 2015, 151, 154; *Hanekop/Wittke*, in: Hagenhoff, *Internetökonomie der Medienbranche*, 2006, 201, 210 f.

22 *Haucap et al.*, *Ökonomische Auswirkungen einer Wissenschaftsschranke*, 2016, S. 115; *Shu et al.*, *Coll. Res. Libr.* 2018, 785, 795.

23 *Arnold/Cohn*, *Not. Am. Math. Soc.* 2012, 828, 831; *Haucap et al.*, *Ökonomische Auswirkungen einer Wissenschaftsschranke*, 2016, S. 115; *Keller*, in: Parthey/Umstätter, *Wissenschaftliche Zeitschrift und Digitale Bibliothek*, 2002, 121, 131f.; *Kirchgäßner*, in: Weigel, *Wa(h)re Information*, 2007, 282, 288 f.; *Suber*, *Open Access*, 2012,

S. 33.

24 Vgl. Deutsche Bank, Reed Elsevier: Moving the supertanker, 2005, S. 36.

25 Vgl. *Halle*, *Bibliotheksdienst* 2006, 809, 815; *Tennant/Brembs*, *RELX referral to EU competition authority*, 2018, S. 5, abrufbar unter: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=scholcom>.

26 Die Anwendung solcher Geschäftsmodelle variiert erheblich zwischen den Fachbereichen. Wenig verbreitet sind Open-Access-Veröffentlichungen z. B. in der deutschen Rechtswissenschaft, einem Fachbereich, der besonders „digitalisierungsscheu“ ist, *Hamann*, *ZUM* 2023, 410, 415 ff.

27 Zum Begriff der Liability Rules siehe u. a. *Calabresi/Melamed*, *Harv. L. Rev.* 1972, 1089 ff.; *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 2019, S. 76 f.

keine nachgelagerten Nutzungen möglich. Erwirbt eine wissenschaftliche Einrichtung dagegen vertragliche Nutzungsrechte für das verlegerische Angebot in Form einer Campuslizenz, die den Zugang aller Einrichtungsangehörigen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl ermöglicht, ist der Bedarf an nachgelagerten Nutzungen äußerst gering.

Gerade auf die immer wichtiger werdenden Online-Datenbanken der Verlage finden die Beschränkungen aufgrund einer besonderen Schutzkumulation ohnehin praktisch kaum Anwendung.<sup>28</sup> Online-Datenbanken erhalten nicht nur selbst einen urheberrechtlichen (§ 4 UrhG) oder vergleichbaren (§§ 87a ff. UrhG) Schutz, sie werden zudem auch durch technische Maßnahmen vor dem Zugriff Dritter geschützt. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine weitere faktische Schutzebene, sondern auch um einen rechtlichen Zusatzschutz, da § 95a UrhG ein Umgehungsverbot enthält. Zwar soll der Schutz technischer Maßnahmen nach § 95b Abs. 1 UrhG der Durchsetzung von Schrankenbestimmung nicht im Wege stehen. Tatsächlich sind die Durchsetzungsmöglichkeiten aber sehr beschränkt, da schon deren rechtliche Voraussetzungen zu unbestimmt sind.<sup>29</sup> Hinzu kommt, dass § 95b Abs. 3 UrhG eine entscheidende Rückausnahme für den Online-Bereich enthält, nach der die für die Wissenschaft besonders relevante Forschungsschranke in § 60c UrhG, die Terminalschranke in § 60e Abs. 4 UrhG sowie der Kopienversand auf Bestellung nach § 60e Abs. 5 UrhG hinter den technischen Schutzmaßnahmen zurücktreten. Für den Bereich der zugangsbeschränkten Online-Datenbanken sind die Schranken daher kaum von Bedeutung.

Selbst wenn die gesetzlichen Regelungen aber zur Anwendung kommen, schaffen sie es kaum, das verlegerische Angebot zu substituieren. Zahlreiche Voraussetzungen, die oftmals auslegungsbedürftig sind, schränken ihre Reichweite stark ein. Am gravierendsten sind dabei die quantitativen Beschränkungen, wodurch in der Regel nur Teile des Werkes verwendet werden dürfen. Da-

bei ist schon unklar, wie die Berechnung des vorgegebenen Prozentsatzes zu erfolgen hat.<sup>30</sup> Die starke Begrenzung des Nutzungsumfangs, wie z. B. nach § 60a Abs. 1 UrhG auf 15 Prozent des Werkes, führt dazu, dass viele wissenschaftlich erforderliche Nutzungen nicht vorgenommen werden können.<sup>31</sup>

Es zeigt sich darüber hinaus, dass gerade viele moderne Nutzungsformen kaum von den Schranken erfasst werden. Exemplarisch ist hierfür die unzeitgemäße Terminalschranke in § 60e Abs. 4 UrhG, welche es Bibliotheken ermöglicht, Bibliotheksnutzern Werke aus ihrem Bestand an elektronischen Leseplätzen zugänglich zu machen. Die Beschränkung auf Terminals, die in den Bibliotheksräumen stehen, führt dazu, dass von der Schranke weder die Nutzung von Werken an eigenen Endgeräten der Bibliotheksbesucher noch der Remote Access vom Homeoffice erfasst wird.<sup>32</sup> Probleme ergeben sich auch bei der quantitativ beschränkten Nutzung von E-Books, bei denen die Bestimmung des Seitenumfangs und das Extrahieren einzelner Teile deutlich schwieriger als bei Printwerken sein können.<sup>33</sup> Absurd erscheint zudem die Umsetzung des Kopienversands nach § 60e Abs. 5 UrhG, der eine elektronische Übermittlung von Kopien zwischen Bibliotheken ermöglicht. Aufgrund vertraglicher Zusatzvereinbarungen dürfen die Kopien aber an die Bibliotheksbesucher nur in Papierform ausgehändigt werden.<sup>34</sup> Auch schließt die Schranke für Kopienversand vom Wortlaut den Versand von Vielfältigungen von E-Only-Veröffentlichungen ganz aus, da es sich bei diesen nicht um „erschienene“ Werke im Sinne des § 6 Abs. 2 UrhG handelt.<sup>35</sup>

Außerdem tritt ein weiteres Anwendungsproblem hinzu: Umfragen ergeben, dass die potentiellen Nutzer (Dozenten, Forschende, Studierende, Bibliothekare etc.) oftmals gar nicht von ihren Rechten wissen.<sup>36</sup> Es fehlt ihnen an einer „Copyright Literacy“, die ihnen ermöglicht, die Schranken rechtssicher anzuwenden.<sup>37</sup> Da bei einer Falschanwendung Haftungsrisiken drohen, sehen Nutzer daher im Zweifel von der Schrankenanwendung

28 Vgl. Kleinkopf/Pflüger, ZUM 2021, 643, 647.

29 Vgl. u. a. Schrickler/Loewenheim/Götting, 6. Aufl. 2020, UrhG, § 95b Rn. 4.

30 Hoeren, IWRZ 2018, 120, 122; vgl. auch Schack, ZUM 2017, 802, 804.

31 Huß/Dölle, Bedeutung, Nutzung und Zugang zu Lehrbücher an Hochschulen, 2021, S. 28.

32 Fromm/Nordemann/A. Nordemann, 13. Aufl. 2024, UrhG, § 60e Rn. 7; Wandtke/Bullinger/Jani, 6. Aufl. 2022, UrhG, §§ 60e, 60f Rn. 52; Berger, GRUR 2017, 953, 962; Talke, Bibliothekserlaubnisse im Urheberrecht, S. 79.

33 Henke, E-Books im Urheberrecht, S. 159 ff.

34 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 des Gesamtvertrags zu § 60e Abs. 5 UrhG „Kopienversand im innerbibliothekarischen Leihverkehr“, abrufbar unter: [https://www.vgwort.de/fileadmin/vg-wort/pdf/dokumente/Gesamtvertraege/Bund\\_und\\_Laender/Gesamtvertrag\\_\\_60e\\_Abs.5.pdf](https://www.vgwort.de/fileadmin/vg-wort/pdf/dokumente/Gesamtvertraege/Bund_und_Laender/Gesamtvertrag__60e_Abs.5.pdf).

35 Vgl. Henke, E-Books im Urheberrecht, 2018, S. 65 u. 155; Schack, GRUR 2007, 639, 644.

36 Franke, O-bib 2019, 151, 155 f.; Huß/Dölle, Bedeutung, Nutzung und Zugang zu Lehrbücher an Hochschulen, 2021, S. 26.

37 IFLA, Stellungnahme zur Kompetenzbildung im Urheberrecht 2018, abrufbar unter: <https://repository.ifla.org/handle/123456789/1196>; Secker/Morrison, Copyright and E-Learning, 2016, S. 211.

ab.<sup>38</sup> Bestehende Auslegungsschwierigkeiten führen somit zu einem zusätzlichen „Chilling Effect“.<sup>39</sup>

Obwohl vor angeblich katastrophalen Auswirkungen der Reform auf den verlegerischen Primärmarkt gewarnt wurde,<sup>40</sup> verwundert es daher kaum, dass die Schrankenreform weder zu signifikanten Umsatzeinbußen bei den Verlagen,<sup>41</sup> noch zu niedrigeren Ausgaben der wissenschaftlichen Einrichtungen geführt hat.<sup>42</sup> Zwar ist die wirtschaftliche Situation vieler kleiner und mittelständischer Wissenschaftsverlage prekär, diese Entwicklung setzte aber bereits vor der Reform der Wissenschaftsschranken ein und ist auf andere Faktoren zurückzuführen.<sup>43</sup>

Angesichts der geringen Auswirkungen der Schranken auf den verlegerischen Primärmarkt erscheint eine Vergütung für die gesetzlich erlaubten Nutzungen bei Werken, die an öffentlichen Hochschulen und Forschungseinrichtungen entstehen, weder ökonomisch geboten noch rechtlich erforderlich. Sie wäre nur dann erforderlich, wenn die Schranken das verlegerische Angebot tatsächlich substituieren könnten und die Verlage auf die Vergütung zur Kostendeckung angewiesen wären. Beides ist derzeit nicht der Fall. Letztlich belastet die Vergütung nur zusätzlich die knappen Etats wissenschaftlicher Einrichtungen, ohne tatsächliche Produktionsanreize zu schaffen.

## V. Die Überwindung des Informationszugangsproblems

Da die aktuellen Beschränkungen im Wissenschaftsurheberrecht hinter dem zurückbleiben, was ökonomisch erforderlich ist, stellt sich die Frage, welche Maßnahmen besser geeignet sind, die bestehenden Informationszugangsprobleme zu lösen. Dabei kommt eine ganze Bandbreite an verschiedenen Lösungsansätzen in Betracht. Dazu gehören zunächst eine weitere Reform und Erwei-

terung der bestehenden Schranken. Das Problem des fehlenden Erstzugangs und die damit verbundene Abhängigkeit vom Primärmarkt bliebe aber auch hier bestehen. Nur wenn die Schranken mit einem Zugangsrecht ausgestaltet wären, ließe sich das Problem überwinden. An seine Grenzen würde ein solches Zugangsrecht aber gerade bei technisch geschützten Online-Datenbanken stoßen, da dort die Schranken aufgrund der Rückausnahme von § 95b Abs. 3 UrhG nur eingeschränkt zur Anwendung kommen.

Auch die Abschaffung des proprietären Urheberrechts für wissenschaftliche Werke aus öffentlich finanzierter Forschungstätigkeit würde aufgrund des weiterhin bestehenden Schutzes von Datenbanken und technischen Maßnahmen nicht automatisch zu einem freien Informationszugang führen. Ein solches Vorhaben wäre ohnehin nicht mit höherrangigem Recht vereinbar.<sup>44</sup>

Zwar scheint es auf den ersten Blick passend, dem dysfunktionalen Markt mit kartellrechtlichen Instrumentarien zu begegnen.<sup>45</sup> Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, dass die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche viel zu aufwendig wäre und allenfalls im Einzelfall Hilfe schaffen kann, aber solche Ansprüche keinesfalls flächendeckende Anwendung finden könnten.<sup>46</sup>

Eine Lösung, die hingegen sowohl rechtlich umsetzbar als auch ökonomisch sinnvoll erscheint, ist die Einführung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz gegenüber Datenbankherstellern. Durch diese könnten die Betreiber von Online-Datenbanken verpflichtet werden, wissenschaftlichen Einrichtungen die Nutzung der auf der Datenbank enthaltenen Inhalte zu angemessenen Bedingungen anzubieten. Die Zwangslizenz würde somit die Anbieter dort in die Pflicht nehmen, wo ihre urheberrechtliche Ausschlussmacht bislang kaum Einschränkungen erfährt. Andersherum sind Wissenschaftler oftmals auf den Zugang zu bestimmten Datenbanken angewiesen, da die Inhalte auf keinem anderen Weg be-

38 Vgl. *Bartlakowski/Steinhauer/Talke*, 2010, Bibliotheksurheberrecht, S. 102; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 29 m.w.N.; *Kleinkopf/Pflüger*, ZUM 2021, 643, 645; *Kreutzer/Fischer*, Das UrhWissG in der Praxis, 2022, S. 8.

39 Siehe zum „Chilling Effect“ auch *Fischman-Afori*, *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 2011, 1, 2.

40 RegE UrhWissG, BT-Drs. 18/12329, S. 30 f.; Empfehlungen der Ausschüsse des BR zum UrhWissG, BR-Drs. 312/1/17, S. 2 Rn. 4; *Barth*, *Forschung & Lehre* 2017, 498; *Klostermann*, FAZ-Artikel vom 15.2.2017, S. 6.

41 BReg, Evaluierungsbericht UrhWissG, 2022, S. 30; buchreport, Die 100 größten Buchverlage 2020, S. 10.

42 Deutsche Bibliotheksstatistik, abrufbar unter: [\[theksstatistik.de/vaAttribute\]\(https://www.bibliothekstatistik.de/vaAttribute\).](https://www.biblio-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

43 *Höffner*, in: *Krone*, *Medienwandel kompakt 2017–2019*, 2019, 301, 306 f. Vgl. auch *Steinhauer*, ZUM 2016, 489, 493 f.

44 *Euler*, RuZ 2020, 56, 70; *Krujatz*, *Open Access*, 2012, S. 269 u. 313; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 821.

45 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, 2012, S. 250. Vgl. auch *Kunz*, *VerfBlog-Artikel* vom 15.6.2021.

46 Vgl. *Früh*, *Immaterialgüterrechte und der relevante Markt*, 2012, S. 453 f.; *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *Krujatz*, *Open Access*, 2012, S. 290 ff.; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 140; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, 2012, S. 253; *Peifer*, GRUR 2009, 22, 28; *Weber*, Die urheberrechtliche Zwangslizenz, 2018, S. 368 f.; a.A. *Schack*, ZUM 2016, 266, 281 f.

zogen werden können. Zwar können die Anbieter auch bei einer Zwangslizenz die Preise noch selbst bestimmen, deren Angemessenheit lässt sich im Streitfall aber gerichtlich überprüfen. Kommt das Gericht zum Ergebnis, dass die Preise in unangemessenem Verhältnis zu den Kosten des Datenbankbetreibers, der Anzahl der Nutzer oder dem Umfang des Angebots stehen, kann es einen angemessenen Preis festlegen. Durch eine solche Zwangslizenz wären wissenschaftliche Einrichtungen in der Lage, nicht nur den Zugang zu einzelnen Werken, sondern zu einer gesamten Datenbank zu angemessenen Bedingungen zu erstreiten. Während die Regelung zu Umsatzeinbußen marktmächtiger Verlage mit überhöhten Preisen führen würde, könnten kleinere und mittelständische Verlage mit deutlich geringeren Gewinnmargen davon profitieren; dies nicht zuletzt, weil weniger Anteile der Erwerbungssetats wissenschaftlicher Einrichtungen auf die Online-Angebote der Großverlage entfielen. Durch die Zwangslizenz ließen sich somit nicht nur Hindernisse im Informationszugang überwinden, sondern zugleich Defizite im Wettbewerb ausgleichen.

Neben einer solchen Zwangslizenz könnte auch die stärkere Förderung von Open-Access-Erstveröffentlichungen die Zugangsprobleme langfristig lösen. Eine Verpflichtung zum Open Access ist hingegen mit dem Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.<sup>47</sup> Denkbar wäre lediglich, das vielfach kritisierte Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG zu reformieren, welches bislang in der Wissenschaft kaum zur Anwendung kommt.<sup>48</sup> Damit wäre zumindest der Weg zur Zweitverwertung rechtlich geebnet.<sup>49</sup> Der Wille zum Open Access muss jedoch aus der Wissenschaft selbst kommen. Als Anreiz könnte dabei der sogenannte Open-Access-Vorteil dienen: Empirische Untersuchungen an amerikanischen juristischen Zeitschriften ergeben, dass Beiträge, die im Internet frei verfügbar sind, häufiger zitiert werden.<sup>50</sup> Im Anreizsystem der Wissenschaft bedeutet dies nicht nur mehr Sichtbarkeit, sondern womöglich eine damit verbundene Reputationssteigerung.

## VI. Ausblick: Die Zukunft wissenschaftlicher Kommunikation

Es lässt sich festhalten: Mehr als sechs Jahre nach Inkrafttreten des UrhWissG besteht noch immer Reformbedarf im Wissenschaftsurheberrecht.<sup>51</sup> Der Gesetzgeber kann auf die bislang geäußerte Kritik an den Schranken in §§ 60a ff. UrhG reagieren und einzelne „Schönheitsreparaturen“ vornehmen.<sup>52</sup> Damit bleiben aber wesentliche Informationszugangshindernisse weiterhin bestehen. Insbesondere bleibt die Wissenschaft abhängig von einem dysfunktionalen Publikationsmarkt, auf dem marktmächtige Verlage außer Verhältnis stehende Preise für den Zugang zu öffentlich geförderten Forschungsergebnissen bestimmen können. Um Ineffizienzen zu vermeiden und einen besseren Wettbewerb herzustellen, wäre es erforderlich, dass der Gesetzgeber weitergehende Maßnahmen ergreift. Mit der oben beschriebenen urheberrechtlichen Zwangslizenz steht ihm ein solches Mittel zur Verfügung. Dies allerdings nur dort, wo weiter am konventionellen Geschäftsmodell des Closed Access festgehalten wird. Dies ist in einigen Disziplinen, wie z. B. den Geisteswissenschaften oder der Rechtswissenschaft, noch immer überwiegend der Fall.<sup>53</sup>

In anderen Disziplinen wie der Biomedizin oder der Mathematik wird hingegen zunehmend im Open Access publiziert.<sup>54</sup> Die Umstellung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems auf Open Access muss aber nicht zwangsläufig zu einer Verbesserung führen. Denn auch bei einem solchen System droht eine übermäßige Abhängigkeit der Wissenschaftsgemeinschaft von einigen wenigen Großverlagen. Diese werden dann zwar niemanden mehr von der Rezeption des Werkes ausschließen, aber durch prohibitiv hohe Publikationsgebühren vielen wissenschaftlichen Autoren die Möglichkeit nehmen, in renommierten Fachzeitschriften zu publizieren. Der Publikationsdruck („publish or perish“) und die bibliometrischen Verfahren zur Reputationsbestimmung wie z. B. der Journal Impact Factor spielen

47 Siehe u. a. Euler, RuZ 2020, 56, 73; Hansen, GRUR 2005, 378, 379; Hilty/Seemann, Open Access, 2009, S. 99; Hirschfelder, MMR 2009, 444, 447; Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, 2012, S. 212 f.; Sandberger, ZUM 2006, 818, 820 f.; Schmidt, Open Access, 2016, S. 218 ff.

48 Haucap et al., Ökonomische Auswirkungen einer Wissenschaftsschranke, 2016, S. 7.

49 Siehe zur Kritik der aktuellen Regelung u. a. Hansen, GRUR Int 2009, 799, 802; Schack, ZUM 2016, 266, 281. Für ein weites Verständnis des § 38 UrhG, wonach schon de lege lata eine Zweitverwertung im Regelfall ohne die zusätzlichen Einschränkungen des § 38 Abs. 4 UrhG möglich ist Hamann, ZUM 2023, 410, 412 ff.;

Radtke, GRUR 2022, 1562, 1564 ff.

50 Beatty, Law Lib. J. 2019, 573; Donovan et al., 3A Edison L. & Tech. 1 2015 (abrufbar unter: [https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=fac\\_artchop](https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=fac_artchop)); siehe hierzu auch Hamann, ZUM 2023, 410, 411.

51 BReg, Evaluierungsbericht UrhWissG, 2022, S. 2 f.

52 Siehe hierzu u. a. Kuschel/Rostam, RuZ 2022, 162, 169 ff.

53 Hamann, ZUM 2023, 410; Radtke, GRUR 2022, 1562, 1564; Severin et al., F1000Research 2020, 1, 7.

54 Archambault et al., Proportion of Open Access Papers, 2014, S. 19 f.; Herb, IWP 2017, 1, 6; Piwowar et al., PeerJ 2018, 1, 13; Severin et al., F1000Research 2020, 1, 7.

den schon marktmächtigen Verlagen dabei in die Karten. So könnte das Zugangsproblem zu einem Publikationsproblem werden.<sup>55</sup> Eine dahingehende Entwicklung zeichnet sich zurzeit leider ab.<sup>56</sup> Zwar ist der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen mit dem DEAL-Projekt gelungen, Konsortialverträge mit den Großverlagen Elsevier, Springer Nature und Wiley abzuschließen, die Forschenden der teilnehmenden Einrichtungen erlauben, in den Zeitschriften der Verlage im Open Access zu publizieren.<sup>57</sup> Allerdings sind damit hohe Kosten für die Einrichtungen verbunden, die in keiner Relation zum tatsächlichen Aufwand der Verlage stehen.<sup>58</sup> Auch führen die Verträge dazu, dass weiterhin große Teile des Erwerbsetats auf wenige Großverlage fallen. Darunter leidet der Wettbewerb.<sup>59</sup>

Fraglich ist, ob es rechtliche Mittel gibt, die Verhandlungsmacht der Verlage beim Aushandeln der Publikationsgebühren einzuschränken. Denkbar wäre, hierfür die Grundsätze des Urhebervertragsrecht heranzuziehen. In § 32 UrhG ist das Recht des Urhebers auf angemessene Vergütung verankert. Ist die vereinbarte Vergütung nicht angemessen, kann der Urheber nach § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG vom Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird. Das Prinzip der angemessenen Vergütung schränkt die Vertragsfreiheit somit zugunsten des Urhebers ein und ist nicht abdingbar.<sup>60</sup> Die gegenüber den Verwertern schwächere Position des Urhebers soll hierdurch gestärkt werden.<sup>61</sup> Dieses Prinzip kollidiert regelmäßig mit der Rechtspraxis im Wissenschaftsurheberrecht, wo eine Vergütung die Ausnahme und Druckkostenzuschüsse die Regel sind. Diese Abweichung vom Prinzip wird damit gerechtfertigt, dass sich Veröffentlichungen mit kleiner Auflage wie z. B. Dissertationen angesichts von Kosten und Absatzmöglichkeiten anders nicht finanzieren ließen.<sup>62</sup> Zu beachten ist aber auch hierbei, dass diese Aus-

nahmen nur dann gerechtfertigt sind, wenn davon auszugehen ist, dass eine Veröffentlichung andernfalls nicht möglich wäre, die dadurch erzielte Reichweite aber gerade im Interesse des Urhebers liegt.<sup>63</sup>

Betrachtet man die Publikationsgebühr bei einer Open-Access-Veröffentlichung, stellt sich die Frage, ob der Grundgedanke des § 32 UrhG nicht übertragbar ist. Verhandlungen über die Höhe der Publikationsgebühr finden aufgrund der schwächeren Position des Urhebers regelmäßig nicht statt. Vor einer solchen Fremdbestimmung soll § 32 UrhG nach Ansicht des BVerfG gerade schützen: „Außerdem erfordert der grundrechtliche Schutz der Privatautonomie aus Art. 12 I, 2 I GG, dass sich die in einem Vertragsschluss liegende Selbstbestimmung nicht auf Grund des starken Übergewichts einer Partei in Fremdbestimmung der anderen Partei verkehrt.“<sup>64</sup>

Obwohl eine Publikationsgebühr grundsätzlich gerechtfertigt sein kann, um die Kosten der Veröffentlichung zu tragen, wird eine Publikationsgebühr, die außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten des Verwerthers liegt, kaum im Interesse des Urhebers liegen. Es erschiene daher widersinnig, wenn der Urheber nach §§ 32 ff. UrhG vor einer zu niedrigen Vergütung geschützt wird, aber bei fehlender Vergütung und einseitig vorgegebenen und überhöhten Publikationsgebühren schutzlos dastände. Um solche Wertungswidersprüche zu vermeiden und die besondere Abhängigkeit der wissenschaftlichen Urheber von einzelnen marktmächtigen Verlagen zu berücksichtigen, könnte eine Angemessenheitskontrolle daher auch in Hinblick auf Publikationsgebühren gerechtfertigt sein.

Dem steht auch nicht die Ausnahmeregelung in § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG entgegen, wonach in Abweichung zu § 31 Abs. 1 u. 2 UrhG der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen kann. Zunächst bezieht sich die Regelung nur auf die Vergütung und nicht auf etwaige Publikationsgebühren.

55 Euler, RuZ 2020, 56, 67.

56 Brembs im Interview auf iRights vom 8.10.2021; Haucap/Moshgbar/Schmal, Impact of the German ‚DEAL‘, 2021, S. 21 f.; Herb, IWP 2017, 1, 3 ff.; Kändler, in: Lackner/Schilhan/Kaier, Publikationsberatung an Universitäten, 2020, 181, 192; Kunz, Verfblog-Artikel vom 15.6.2021; Moore, LSE-Impact-Blog-Artikel vom 17.4.2020; Reitz, iRights-Artikel vom 23.6.2021; Sandberger, OdW 2017, 75, 82; Thiel, FAZ-Artikel vom 11.8.2021. Siehe auch Euler, RuZ 2020, 56, 65 zu dem Projekt DEAL und den Verhandlungen der AG „Wissenschaftliches Publikationssystem“ mit den Großverlagen.

57 Vgl. Informationen des DEAL-Konsortiums, abrufbar unter: <https://deal-konsortium.de/>.

58 Dirnagl, Beitrag in Forschung & Lehre vom 29.08.2024, abrufbar unter: <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/warum-die-deal-vertraege-kein-gewinn-fuer-die-wissenschaft-sind-6595>;

Humpf, Beitrag in Forschung & Lehre vom 12.08.2024, abrufbar unter: <https://www.forschung-und-lehre.de/forschung/deal-vertraege-mehr-fluch-als-segen-6582>.

59 Thiel, FAZ-Artikel vom 02.10.2024. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Kritikpunkte, u. a. gerät die Gefahr des Datentracking immer mehr in den Fokus, siehe hierzu u. a. Altschaffel et al., RuZ 2024, 23 ff.

60 Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Loewenheim UrhR-HdB, 3. Aufl. 2021, § 67 Vereinbarungen über die Gegenleistung Rn. 3.

61 BVerfG GRUR 2014, 169 Rn. 75 ff. – Übersetzerhonorare; Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG § 32 Rn. 1.

62 BT-Drs. 14/6433, 15; Dreier/Schulze/Schulze, 7. Auflage 2022, UrhG § 32 Rn. 6.

63 Vgl. Spindler, MMR-Beil. 2003, 1, 23.

64 BVerfG GRUR 2014, 169 Rn. 75 – Übersetzerhonorare.

Des Weiteren findet die Regelung keine Anwendung, wenn nicht der Urheber, sondern der Verwerter jedermann unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht einräumt.<sup>65</sup> Der Gesetzgeber hatte vielmehr eine Situation vor Augen, in der „weder eine zu Lasten des Urhebers gestörte Vertragsparität vorliegen [könne], noch [...] Missbrauchsmöglichkeiten denkbar“ seien.<sup>66</sup> Steht der Wissenschaftler einem Großverlag gegenüber, der eine für seinen Fachbereich einschlägige, renommierte Open-Access-Zeitschrift herausbringt, ist das Gegenteil der Fall.

Allein mit rechtlichen Maßnahmen lassen sich bestehende Defizite in der wissenschaftlichen Kommunikation jedoch voraussichtlich nicht beheben. Es ist die Wissenschaftsgemeinschaft selbst gefragt, ihre Bewertungsmechanismen zu überdenken und nicht darauf zu vertrauen, dass allein mit einem Wechsel zum Open-Access-System Abhängigkeiten von kommerziellen Großverlagen sowie bestehende Informationshindernisse beseitigt werden können.<sup>67</sup> Es gibt bereits mehrere Initiativen, die versuchen, einer Kommerzialisierung von Open Access entgegenzuwirken.<sup>68</sup> Daneben sollten auch neue Risiken wie das Datentracking durch Verlage nicht außer Acht gelassen werden.<sup>69</sup> Das Sam-

eln und die Zusammenführung von Nutzerdaten ermöglichen noch nie dagewesene Einflussmöglichkeiten auf die Forschungslandschaft und bergen ernsthafte Gefahren für die Wissenschaftsautonomie.<sup>70</sup>

In der wissenschaftlichen Kommunikation wird auch zukünftig das Urheberrecht eine große Rolle spielen. Ob es innerhalb der Wissenschaft als Hindernis oder Lösung von Problemen des Informationsaustausches bewertet wird, hängt maßgeblich von seiner Ausgestaltung und Auslegung ab. Sofern das Urheberrecht weiterhin als one-size-fits-all-Modell verstanden wird und keine sektorspezifische Betrachtung stattfindet, wird es den Bedürfnissen seiner Regelungsgegenstände nicht gerecht.

Dr. Marten Tiessen ist Rechtsanwalt der Kanzlei Taylor Wessing in Hamburg und berät vorwiegend im Urheber- und Medienrecht. Zuvor war er wissenschaftlicher Mitarbeiter des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) in Münster. Er studierte Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, der Pontificia Universidad Javeriana Bogotá und der Universität Münster.

65 Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG § 32 Rn. 81.

66 BT-Drs. 14/6433, 15.

67 Vgl. hierzu auch DFG, Stellungnahme zu EU-Ratsschlussfolgerungen zum „High-quality, transparent, open, trustworthy and equitable scholarly publishing“, S. 2, abrufbar unter: <https://www.dfg.de/resource/blob/203556/2c168a69a7c6092894df4dd037c9a66b/stellungnahme-wiss-publizieren-de-data.pdf>.

68 Zu nennen sind u. a. die Initiativen Action Plan for Diamond Open Access (abrufbar unter: <https://scienceeurope.org/our-resources/action-plan-for-diamond-open-access/>), AmeliCA (abrufbar unter: <http://amelica.org/index.php/en/principles-and-values/>), OPERAS (abrufbar unter: <https://www.operas-eu.org/>

about/), COPIM (abrufbar unter: <https://www.copim.ac.uk/>),

Free Journal Network (abrufbar unter: <https://freejournals.org/>). Vgl. auch Euler, RuZ 2020, 56, 65 f.; Holcombe/Brembs,

The-Times-Higher-Education-Artikel vom 27.12.2017; Moore, LSE-Impact-Blog-Artikel vom 17.4.2020.

69 DFG, Datentracking in der Wissenschaft, 2021, S. 3 f.; Moore, LSE-Impact-Blog-Artikel vom 17.4.2020; Thiel, FAZ-Artikel vom 11.8.2021.

70 Brembs im Interview auf iRights vom 8.10.2021; Kaier/van Edig, in: Lackner/Schilhan/Kaier, Publikationsberatung an Universitäten, 2020, 53, 70.



# Salo Tober-Lau

## Tagungsbericht zur 5. jurOA-Tagung 2024 in Berlin (1. - 2.10.2024)

Am 1. und 2. Oktober 2024 fand die fünfte Tagung des Netzwerks Open Access für die Rechtswissenschaft (jurOA)<sup>1</sup> in den Räumen der Wikimedia Deutschland in Berlin statt. Organisiert und veranstaltet wurde die Fachtagung durch den OpenRewi e.V.<sup>2</sup>, unter der Leitung von Prof. Dr. Nikolas Eisentraut (Hannover) und Maximilian Petras (Hamburg). Mit Vertreter\*innen von Verlagen, Bibliotheken und Open-Access-Projekten, Professor\*innen und weiteren Interessierten bot die Tagung erneut eine Plattform für den Austausch über Open Access und Open Science in der Rechtswissenschaft.

Unter dem diesjährigen Motto „Von Open Access zu Open Science: Das transformative Potenzial der Digitalisierung für eine Öffnung der Rechtswissenschaft und das Urheberrecht“ rückte die zweitägige Veranstaltung aktuelle Entwicklungen, neue Ansätze sowie Herausforderungen auf dem Weg zu mehr Openness in der Rechtswissenschaft in den Mittelpunkt. Neben Themen wie innovativen Publikationsformaten und der Rolle von offenen Bildungsressourcen wurden auch rechtliche Rahmenbedingungen und der Umgang mit neuen Technologien diskutiert. Dabei bot die Tagung neben wissenschaftlichen Vorträgen und Workshops auch Raum für die Vorstellung von Best-Practice-Beispielen, die offene Praktiken in der Rechtswissenschaft umsetzen.

### I. Erster Tag: Open Access und Open Science in der Rechtswissenschaft

Die Veranstalter machten in ihrer Begrüßung deutlich, wie wichtig Open Access (OA) und offene Bildungsres-

ourcen (Open Educational Resources – OER) für die Rechtswissenschaft sind. Sie betonten, dass der freie Zugang zu wissenschaftlichen Ressourcen nicht nur den akademischen Austausch belebt, sondern auch der breiten Öffentlichkeit den Zugang zu rechtlichen Themen und Erkenntnissen ermöglicht – ein entscheidender Schritt zur Demokratisierung von Wissen und zur Verbesserung der Rechtspraxis.

In ihrem Grußwort betonte *Saskia Ostendorff* von Wikimedia ebenfalls die zentrale Rolle von Open Access und Open Science für die Wissensgesellschaft. Durch einen niederschweligen Zugang zu Informationen werde der demokratische Diskurs gefördert und das Vertrauen in die Wissenschaft gestärkt.

*Thomas Hartmann* (HU Berlin) eröffnete das inhaltliche Programm mit seinem Vortrag „Open Science – eine Selbstverständlichkeit der (neuen) Guten Wissenschaftlichen Praxis und ihres rechtlichen Rahmens?“. In seinem Vortrag erläuterte er die Unterschiede zwischen dem Urheberrecht und den Leitlinien der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis (GWP)<sup>3</sup> und welche Bedeutung sie für eine offene Wissenschaft haben. Hartmann stellte fest, dass das Urheberrecht und die GWP sich in ihren Zielen und Grundsätzen unterscheiden, wobei die GWP die Ziele von Open Science umfassen und unterstützen, indem sie Wissenschaftler\*innen verpflichten, ihre Forschungsergebnisse grundsätzlich öffentlich zugänglich zu machen (Leitlinie 13).<sup>4</sup> Inwieweit hierdurch die Ziele von Open Science tatsächlich gefördert werden, bleibe jedoch abzuwarten, da Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen die GWP erst seit dem 01.08.2023 rechtsverbindlich<sup>5</sup> umsetzen

1 Das Netzwerk Open Access für die Rechtswissenschaft (jurOA) ist ein Zusammenschluss von Wissenschaftler\*innen und Institutionen, die sich für die Förderung und Weiterentwicklung von Open Access in der Rechtswissenschaft einsetzen. Die jurOA hat ein Tagungsformat etabliert, bei dem alle zwei Jahre grundsätzliche und aktuelle Fragen im Themenfeld Open Access in der Rechtswissenschaft aus deutscher, Schweizer und österreichischer Perspektive diskutiert und wegweisende Projekte vorgestellt werden (Website: <https://juroa.de>).

2 Website: <https://openrewi.org>.

3 Online abrufbar unter: <https://www.dfg.de/resource/blob/173732/4166759430af8dc2256fofa54e009fo3/kodex-gwp-data.pdf>.

4 Zu diesem Thema zuletzt auch Fehling, Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen einschließlich der Verpflichtung zum Einbehalt von Nutzungsrechten – Ein Update, *Ordnung der Wissenschaft* 1 (2025), 1 – 14 (7), online abrufbar unter: <https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2024/12/Fehling1.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.12.2024).

5 Vgl. Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, S. 27, abrufbar unter: <https://www.dfg.de/resource/blob/173732/4166759430af8dc2256fofa54e009fo3/kodex-gwp-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 13.12.2024).

müssen, um Fördermittel der DFG erhalten zu können. Über den Inhalt und die Tragweite der GWP wurde anschließend lebhaft diskutiert.

### 1. Rahmenbedingungen für Open Access in der Rechtswissenschaft

Ein weiteres Thema der Tagung waren die Rahmenbedingungen für Open Access in der Rechtswissenschaft. Hierzu präsentierte zunächst *Jonas Hantow* (Fachhochschule Potsdam) das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderte Projekt „Kid-Rewi“ (Kulturwandel in der Rechtswissenschaft)<sup>6</sup>, das unter der Leitung von Prof. Dr. Ellen Euler an der Fachhochschule Potsdam durchgeführt wird. Ziel des Projektes ist die Begleitung des Kulturwandels in der Rechtswissenschaft hin zu Open Access und die Entwicklung eines Infrastrukturmodells für selbstständige juristische Publikationen. Dabei hob *Hantow* die Herausforderungen hervor, die sich durch die traditionsreiche Publikationskultur der Rechtswissenschaft ergeben, insbesondere durch die hohe Reputationsbindung juristischer Monografien wie Dissertationen und Habilitationsschriften. Um den Kulturwandel in der rechtswissenschaftlichen Publikationslandschaft nachhaltig zu gestalten, sei daher eine enge Zusammenarbeit mit den verschiedenen Akteur\*innen notwendig.

*Georg Fischer* vom Open-Access-Büro Berlin stellte den „Legal Helpdesk Berlin“ vor, eine zentrale Anlaufstelle für rechtliche Fragen rund um Open Access. Der Helpdesk soll Wissenschafts- und Kulturerbe-Einrichtungen in Berlin rechtliche Beratung insbesondere zu Themen wie Lizenzfragen, Urheberrecht und Datenschutz bieten. *Fischer* betonte, dass es häufig an rechtlichen Standards fehle und sich viele Wissenschaftler\*innen unsicher bei der rechtlichen Bewertung von Open-Access-Publikationsentscheidungen fühlten. Der Legal Helpdesk soll hier Abhilfe schaffen, indem typische rechtliche Fragen zentral beantwortet und Best Practices entwickelt werden, um so den sicheren und rechtlich konformen Umgang mit Open-Access-Publikationen zu gewährleisten.

Wenn über den rechtlichen Rahmen von Open Access gesprochen wird, gelangt man schnell zum Urheberrecht. In seinem Vortrag „Das Urheberrecht als (KI-) Innovationsbremse in der Rechtswissenschaft? – Das Potenzial des § 60d UrhG“ widmete sich *Tristan Radtke* (TU München) den Möglichkeiten und Grenzen des § 60d UrhG, der eine Schranke im Urheberrecht für

Text- und Data-Mining (TDM) bietet, wobei Text und Data Mining gem. § 44b Abs. 1 UrhG definiert ist als „die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen.“ *Radtke* differenzierte zwischen zwei Anwendungsszenarien: dem Trainieren eines LLM und der LLM-gestützten Recherche. Während letztere vom Anwendungsbereich des § 60d UrhG umfasst ist, da TDM explizit auf die Analyse von Texten und Daten zur Identifikation von Mustern, Trends und Korrelationen abzielt, fällt das Training von LLMs nur bedingt unter die Schranke des § 60d UrhG, da dieses eher auf die Generierung allgemeingültiger Muster abzielt. TDM leitet Informationen jedoch spezifisch aus den analysierten Werken ab. Ferner steht die Anwendbarkeit des § 60d UrhG stets unter der Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs zu den genutzten Werken. Eine weitergehende Öffnung durch Open Science-Ansätze könnte den Nutzen von § 60d UrhG daher weiter steigern.

### 2. Open Access-Kommentare als neues Format

In einem weiteren Block wurden Open-Access-Kommentare als neues Format vorgestellt.

*Ellen Euler* und *Paul Klimpel* stellten den „CC-Kommentar“ vor, den ersten umfassenden juristischen Kommentar zur Creative Commons Public License (CCPL). Das Projekt zielt darauf ab, Jurist\*innen ein fundiertes Nachschlagewerk zur Verfügung zu stellen, das alle Aspekte der Creative Commons-Lizenzen abdeckt. Das Besondere an diesem Kommentar ist, dass er selbst unter einer offenen Lizenz veröffentlicht wird, was zur weiteren Verbreitung und Diskussion von Open-Access-Kommentaren beiträgt. Neben einem detaillierten Kommentarteil enthält das Werk einen praxisorientierten Abschnitt. Dieser bietet konkrete Anwendungshinweise für die Nutzung von CC-Lizenzen in verschiedenen Bereichen wie Bildung, Forschung und öffentlicher Verwaltung und beleuchtet auch aktuelle Themen wie Machine Learning, KI und NFT. Der Kommentar wird Anfang 2025 im Carl Grossmann Verlag erscheinen sowie online auf [oa-kommentar.de](https://oa-kommentar.de), der ersten Plattform für offene Rechtskommentare in Deutschland, zur Verfügung stehen.

*Esther de Haan* (DZHW) stellte das Projekt „OZUG: Offener Zugang zum Grundgesetz“<sup>7</sup> vor. Es wird von *Nikolas Eisentraut* zusammen mit *Bernd Kleimann* geleitet. Es verfolgt das Ziel, den ersten offen lizenzierten Kom-

6 Weitere Informationen unter: <https://openrewi.org/kidrewi/>.

7 Weitere Informationen unter: <https://nikolaseisentraut.de/ozug/>.

mentar zum Grundgesetz in Deutschland zu erstellen und der Öffentlichkeit frei zugänglich zu machen. Besonders und für juristische Kommentare unüblich ist, dass sich der Kommentar sowohl an Jurist\*innen als auch an die breite Öffentlichkeit richtet. Neben einer Printfassung wird der Kommentar auf einer frei zugänglichen Webplattform erscheinen, die auf dem Schweizer Modell der Plattform *onlinekommentar.ch* basiert. Die dafür geschaffene Plattform *oa-kommentar.de* ist seit kurzem online. Das von Bernd Kleimann geleitete Begleitforschungsprojekt untersucht die strukturellen Hindernisse, die einer breiten Akzeptanz von Open Access in der Rechtswissenschaft entgegenstehen sowie welche förderlichen Faktoren existieren.

Ein weiteres Kommentar-Projekt stellte *Johannes Kruse* (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern) vor. Der „Kommentar ohne Autor: GPT-Online-Kommentar“ demonstriert die Möglichkeiten von Large Language Models (LLMs) bei der Erstellung juristischer Kommentare. Der von *Kruse* vorgestellte Prototyp nutzt LLMs, um Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu analysieren und daraus juristische Kommentare zu generieren. Anhand der bereits verfügbaren Beispielskomentierungen zu Art. 8 GG und Art. 11 EMRK demonstrierte *Kruse*, wie LLMs komplexe juristische Texte interpretieren und aufbereiten können.<sup>8</sup> Er hob hervor, dass diese Technologie juristische Kommentare schneller und kostengünstiger erstellen könnte – eine spannende Ergänzung zu klassischen Kommentaren, die die Arbeit von Jurist\*innen erheblich erleichtern kann. Gleichzeitig machte *Kruse* auf Risiken aufmerksam, etwa die Gefahr von „juristischen Halluzinationen“, also fehlerhaften Interpretationen durch Datenmängel oder Modellfehler. Diese Herausforderungen zeigen, dass menschliche Kontrolle – jedenfalls bisher – unverzichtbar ist. Trotz der Risiken sieht *Kruse* großes Potenzial für die Technologie. Um Transparenz zu schaffen und den Diskurs über LLMs in der Rechtswissenschaft voranzutreiben, soll der Code des Prototyps auf GitHub veröffentlicht werden.

### 3. Open Access-Blogs

Neben OA-Kommentaren wurden auch Blog-Formate vorgestellt, die Open Access sind. *Felix Würkert* (Universität Hamburg) stellte den „JuwissBlog“<sup>9</sup> vor, eine Plattform für wissenschaftliche Blog-Beiträge zu Entwicklungen und Ereignissen im Öffentlichen Recht. Blogs bieten eine schnelle und leicht zugängliche Möglichkeit für

Wissenschaftler\*innen, ihre Erkenntnisse zu publizieren und in den Diskurs einzubringen und damit auch eine geeignete Plattform, um rechtliche Themen aus vielfältigen, auch interdisziplinären Perspektiven zu betrachten und zu diskutieren.

*Anna Pinggen* und *Thomas Wahl* (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht) präsentierten die Open-Access-Plattform „*Eucrim*“<sup>10</sup>, ein europaweites Forum für die Strafrechtswissenschaft, das den Austausch zwischen Praktiker\*innen und Wissenschaftler\*innen fördern soll. Neben der Veröffentlichung von Nachrichten und Artikeln zu aktuellen Entwicklungen im europäischen Strafrecht erscheint viermal im Jahr eine Zeitschrift, die die auf der Website veröffentlichten Nachrichten und Artikel zusammenfasst. Herausgegeben wird „*Eucrim*“ vom Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg und wird von der Europäischen Kommission, insbesondere dem Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), mitfinanziert. *Pinggen* und *Wahl* betonten, dass Blogs wie „*Eucrim*“ eine wichtige Ergänzung zu traditionellen wissenschaftlichen Publikationen darstellen, da sie den Zugang zu Forschungsergebnissen vereinfachen und Diskussionen schneller und breiter zugänglich machen. Besonders in Bereichen des europäischen Rechts bietet die Plattform eine wertvolle Möglichkeit, aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Ansätze einem breiten Publikum zugänglich zu machen und so den europäischen Rechtsdiskurs zu fördern.

### 4. Verleihung des Daniel-Hürlimann-Gedächtnisstipendiums

Den Abschluss des ersten Tages der *jurOA 2024* bildete die feierliche Verleihung des Daniel-Hürlimann-Gedächtnisstipendiums, bei der *Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann* (EBS Universität Oestrich-Winkel) die Laudatio hielt. Die Auszeichnung würdigt herausragende Beiträge zur Förderung von Open Access und Open Science in der Rechtswissenschaft. Als Erstplatzierte erhielten *Dr. Kristina Peters* gemeinsam mit *Victoria Ibold*, *Nina Schrott* und *Thomas Steenbreker* als Gründer\*innenteam der „Neuen Strafrechtswissenschaft“ (NSW) sowie *Dr. Apollo Dauag* zusammen mit *Daniel Brugger*, *Colin Carter* und *Martin Affolter* als Gründerteam von *Repository.ch* jeweils ein Stipendium in Höhe von 500 €. Zudem wurden mehrere Zweitplatzierungen („honorable mentions“) vergeben, darunter an *Til Martin Bußmann-Welsch* (*iur.crowd*) für seinen öffentlichkeitswirk-

<sup>8</sup> Siehe hierzu Engel/Kruse, Kommentar ohne Autor, JZ 2024, S. 997 – 1007.

<sup>9</sup> Website: <https://www.juwiss.de>.

<sup>10</sup> Website: <https://eucrim.eu>.

samen Beitrag zur transparenten Ausbildungsreform (iur.reform), *Stella Dörenbach* (Universität Kiel) für ihre Forschung zur Justiztransparenz (Dissertation mit dem Arbeitstitel : „Die Datafizierung der Rechtsprechung“) und ihr Engagement im Verein OpenRewi, *Dr. Monika Plozza* (Universität Luzern) für ihre Forschung zum Menschenrecht auf Wissenschaft (Diss. 2024: „The Human Right to Science“) sowie *Tristan Radtke*, LL.M. (NYU) (TU München) für seine urheberrechtlichen Beiträge zum Open Access, insbesondere den Artikel „Die Hintertür zu mehr Open Access?“ (GRUR 2022, 1562).

Im Anschluss an die Verleihung wurde bei einem Sektempfang auf die Preisträger\*innen angestoßen und dann bei einem gemeinsamen Abendessen der Tag ausklingen gelassen.

## II. Zweiter Tag: Open Educational Resources und Publikationsinfrastrukturen

Der zweite Tag war dem Themenfeld Open Educational Resources (OER) gewidmet; ein Thema, das bisher auf der jurOA noch nicht vertieft behandelt wurde. Der Themenschwerpunkt konnte aufgrund der Förderung des BMBF im Drittmittelprojekt VESTOR ermöglicht werden. Er startete mit einem Vortrag von *Nora Rzadkowski* (HVF Ludwigsburg) mit dem Titel „Same Same or Different? Der Mehrwert offener Bildungsressourcen (OER) aus Perspektive der rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik“<sup>11</sup>, in dem sie die Bedeutung von Open Educational Resources (OER) für die juristische Lehre diskutierte. Sie hob hervor, dass OER nicht nur die Wissensvermittlung erleichtern, sondern auch die Didaktik modernisieren und diversifizieren könne. Insbesondere die freie Verfügbarkeit und Anpassungsfähigkeit dieser Ressourcen ermögliche es, Lehrinhalte auf spezifische Bedürfnisse der Lernenden zuzuschneiden. Dies eröffne neue Möglichkeiten der Mediendidaktik, da OER traditionelle Lehrmaterialien ergänzen oder sogar ersetzen können, indem sie interaktive und digitale Inhalte bieten.

### 1. OER-Projekte

Als ein Beispiel für OER stellte *Emanuel V. Towfigh* (EBS Universität Oestrich-Winkel) das „Smartbook Grundrechte“ (Nomos, 2022)<sup>12</sup> vor, ein innovatives und interaktives Lehrbuch, das Einsichten der modernen Hochschuldidaktik aufgreift. Durch die Einbettung interaktiver Elemente wie QR-Codes für weitergehende

Informationen, den Einsatz von Lernvideos und die Möglichkeit der Verknüpfung mit der Lernapp „Jura-fuchs“ bietet es den Studierenden die Möglichkeit, sich intensiv mit den Themen auseinanderzusetzen und dabei eine aktive Rolle im Lernprozess einzunehmen.

*Sué Gonzales Hauck* (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) stellte das Lehrbuch „Public International Law: A Multi-Perspective Approach“ (Routledge, 2024)<sup>13</sup> vor, das erste Open-Access-Lehrbuch für Völkerrecht. Es handelt sich um ein im Rahmen des OpenRewi e.V. kollaborativ erstelltes Lehrbuch, bei dem Autor\*innen von rund um den Globus, insbesondere auch aus dem Globalen Süden, mitgewirkt haben. Dadurch ist es gelungen, vielfältige Perspektiven aufzugreifen und über den traditionellen eurozentrischen Ansatz hinauszugehen. Dabei deckt das Lehrbuch auch aktuelle Themen wie Klimawandelrecht, Migrationsrecht und Cyberspace ab.

Anschließend stellte *Philip Falkenburg* (Fachhochschule Potsdam) das Projekt „VESTOR – Vernetzung, Erweiterung und Stärkung der OER-Community OpenRewi“<sup>14</sup> vor, das darauf abzielt, die OER-Community des OpenRewi e.V. in der Rechtswissenschaft langfristig zu vernetzen und zu stärken. Das vom BMBF geförderte Projekt ist ein Verbundprojekt der Leibniz Universität Hannover (unter der Leitung von Prof. Dr. Nikolas Eisenbraut) und der Fachhochschule Potsdam (unter der Leitung von Prof. Dr. Ellen Euler).

Ziel ist es, eine tragfähige organisatorische und finanzielle Struktur zu schaffen, die es ermöglicht, OER in der Rechtswissenschaft systematisch zu entwickeln und zu verbreiten. Hierzu wird im Rahmen des Projekts das OpenRewi-Netzwerk nachhaltig gestärkt, indem die Organisation professionalisiert, fachliche Kompetenzen ausgebaut und Unterstützungsangebote für die beteiligten Communities of Practice bereitgestellt werden. Darüber hinaus werden gezielt Maßnahmen ergriffen, um neue OER-Akteur\*innen zu gewinnen und die Vernetzung mit weiteren OER-Communities voranzutreiben. Einen weiteren Schwerpunkt stellt die Forschung zu rechtsdidaktischen Aspekten von juristischen OER und zu der Bedeutung von künstlicher Intelligenz für OER in der Rechtswissenschaft dar.

### 2. Workshops

In ihrem Workshop „Mehr als ein Format – Wege zur Open-Access-Publikation“ stellten *Linda Martin* (Open-Access-Büro Berlin) und *Elke Brehm* (TIB - Leibniz-

11 Präsentationsfolien online abrufbar unter: [https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir\\_derivate\\_00017737/Rzadkowski%20-%20jurOA%202024%20Same%20Same%20or%20Different.pdf](https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00017737/Rzadkowski%20-%20jurOA%202024%20Same%20Same%20or%20Different.pdf).

12 Online abrufbar unter: [https://www.nomos-elibrary.](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748911197/smartbook-grundrechte?page=1)

de/10.5771/9783748911197/smartbook-grundrechte?page=1.

13 Online abrufbar unter: <https://www.taylorfrancis.com/books/oa-edit/10.4324/9781003451327/public-international-law-raffaella-kunz-max-milas-su%C3%A9-gonz%C3%A1lez-hauck>.

14 Weitere Informationen unter: <https://openrewi.org/vestor/>.

Informationszentrum Technik und Naturwissenschaften) verschiedene Ansätze und Modelle zur Open-Access-Publikation vor.<sup>15</sup> Ein zentrales Thema war auch die Finanzierung von Open Access. Vorgestellt wurden Modelle wie institutionelle Publikationsfonds, Fördermittel oder Mitgliedschaften, die insbesondere APC<sup>16</sup>-freie Zeitschriften unterstützen. Projekte wie KOALA (Konsortiale Open-Access-Lösungen aufbauen) bieten Redaktionen Unterstützung beim Umstieg auf Open Access und helfen bei der Bündelung von Finanzierungsressourcen. Der Workshop hob zudem die Chancen des formatreichen Publizierens hervor.

In einem weiteren Workshop zu dem Thema „Juristische Inhalte verständlich vermitteln“ zeigte *Henry Steinhau* (iRights.Lab) auf, wie komplexe rechtliche Themen klar und nachvollziehbar dargestellt werden können. Problem sei, dass juristische Texte oft schwer zugänglich und voller Fachbegriffe seien, was es für Laien schwierig mache, die Inhalte zu verstehen. Ziel des Workshops war es daher, Techniken und Strategien zu vermitteln, um juristische Sachverhalte verständlich und prägnant zu formulieren, ohne dabei an Präzision einzubüßen. Durch praxisnahe Beispiele wurde aufgezeigt, wie juristische Informationen so aufbereitet werden können, dass sie auch für Nicht-Jurist\*innen leicht nachvollziehbar sind.

### 3. Publikationsinfrastrukturen

Der letzte Tagungsschwerpunkt widmete sich dem Thema Publikationsinfrastrukturen. *Evin Dalkilic* (Verfassungsblog) befasste sich in einem Vortrag mit der rechtssicheren Finanzierung von Diamond Open Access in der Rechtswissenschaft. Da Diamond-OA für die Autor\*innen und Leser\*innen kostenfrei ist, müsse die Finanzierung oft durch öffentliche Gelder erfolgen. Öffentliche Einrichtungen wie Bibliotheken und Hochschulen müssen ihre Finanzierungsverpflichtungen jedoch im Einklang mit den haushaltsrechtlichen Vorgaben erfüllen. *Dalkilic* betonte hierbei die Bedeutung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im öffentlichen Sektor und erläuterte, wie diese Grundsätze mit Diamond-OA zu vereinen sind. Hierbei zeigte sie gesetzliche Anknüpfungspunkte auf, die auf eine Stärkung von OA verweisen und wies darauf hin, dass der Umfang der Rechnungshofkontrolle durch die Wissen-

schaftsfreiheit und Hochschulautonomie eingeschränkt ist.

*László Simon-Nanko* (Mohr-Siebeck) präsentierte das „Subscribe to Open“ (S2O)-Modell, das eine alternative Finanzierungsoption zu den gängigen Transformationsverträgen im Open-Access-Bereich darstellt. Dieses Modell kombiniert das traditionelle Abonnementmodell mit Open Access, indem die Zeitschriften weiterhin durch Abonnements finanziert werden, während ihre Inhalte gleichzeitig frei im Open Access zugänglich gemacht werden.

Als weiteres Modell stellte *Tobias Steiner* das Projekt COPIM (community-led publishing infrastructures for OA books)<sup>17</sup> vor, das darauf abzielt, kleinen und mittelgroßen Verlagen den Übergang zu einem non-BPC (Book Processing Charge) Open Access-Modell zu ermöglichen. COPIM verfolgt das Ziel, nachhaltige und gemeinschaftsbasierte Publikationsinfrastrukturen zu schaffen, die unabhängig von kommerziellen Interessen funktionieren. Das Projekt setzt auf kooperative Modelle und fördert die Schaffung von Plattformen, die durch konsortiale Finanzierung unabhängige Publikationen ermöglichen. *Steiner* hob hervor, dass COPIM eine wichtige Alternative zu kommerziellen Modellen darstellt und insbesondere Verlage unterstützt, die den Wechsel zu Open Access anstreben, ohne die finanziellen Lasten auf Autor\*innen oder Leser\*innen zu verlagern. Um den Aufbau dieser unabhängigen und nachhaltigen Strukturen weiter zu fördern, betonte er die Notwendigkeit einer stärkeren Vernetzung von Open-Access-Projekten.

*Apollo Dauag* (Universität Basel) stellte das Projekt *Repositorium.ch*<sup>18</sup> vor, das als Fachrepositorium für juristische Veröffentlichungen im Bereich des Schweizer Rechts dient. *Repositorium.ch* bietet Forschenden und Praktiker\*innen eine zentrale Plattform, um auf juristische Ressourcen zuzugreifen und erleichtert durch den Einsatz offener Lizenzen den freien Austausch wissenschaftlicher Arbeiten. Geplant ist die Implementierung eines GPT-basierten Assistenzsystems, das dabei helfen soll, relevante juristische Informationen effizient zu finden und zu verarbeiten.

*Kristina Peters* (Ludwig-Maximilians-Universität München) stellte die von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderte Open-Access-Zeitschrift

15 Ausführliche Informationen zu Green, Gold und Diamond Open-Access unter: <https://open-access.network/informieren/open-access-grundlagen/open-access-gruen-und-gold> (zuletzt aufgerufen am 17.12.2024).

16 Article Processing Charges, Gebühren für die Veröffentlichung von Artikeln in Open-Access-Zeitschriften.

17 Website: <https://copim.ac.uk/de/>.

18 Website: <https://repositorium.ch>.

„Neue Strafrechtswissenschaft“ (NSW)<sup>19</sup> vor, in der wissenschaftliche Beiträge zu grundlegenden Fragestellungen des deutschen, europäischen und internationalen Strafrechts veröffentlicht werden. Sie richtet sich an die gesamte deutschsprachige Strafrechtsgemeinschaft und kombiniert als erste deutsche Strafrechtszeitschrift Open Access und ein konsequentes double-blind Peer-Review.

Zum Abschluss der Tagung fand eine Podiumsdiskussion statt, in der über die zukünftigen Perspektiven und Herausforderungen der Publikationsinfrastrukturen in der Rechtswissenschaft diskutiert wurde. An der Diskussion nahmen *László Simon-Nanko* (Mohr Siebeck), Tobias Steiner (Thoth Open Metadata) und *Christina Riesenweber* (Berlin Universities Publishing) teil, ergänzt durch eine „Open Chair“-Position im Rahmen der Fishbowl-Methode, die es dem Publikum ermöglichte, aktiv in die Diskussion einzusteigen. Besonders kontrovers wurde über die juristische Verlagswelt der Zukunft diskutiert.

#### 4. Fazit und Ausblick

Die 5. jurOA-Tagung hat deutlich gezeigt, dass Open Access und Open Science auch in der Rechtswissenschaft angekommen sind. Es bedarf jedoch noch weiterer Arbeit, um rechtliche Rahmenbedingungen weiter anzupassen und eine breite Akzeptanz offener Praktiken in der Rechtswissenschaft nachhaltig zu fördern. Dabei bleibt auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Zweitveröffentlichungsrecht abzuwarten – ein Thema, das hoffentlich dann auf der jurOA 2026 endlich diskutiert werden kann.<sup>20</sup>

Salo Tober-Lau ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Nikolas Eisentraut, Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Leibniz Universität Hannover

<sup>19</sup> Website: <https://nsw-online.com>.

<sup>20</sup> Hierzu bereits 2022 Hamann, Die unklare Zukunft der Wissenschaftstransparenz: Wann äußert sich das Bundesverfassungsge-

richt zur Zweitverwertungspflicht?, Verfassungsblog, 22.08.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wissenschaftstransparenz/> (zuletzt aufgerufen am 17.12.2024).

# Robert Mohl

## *Der akademische Lehrer*

Die Stellung des akademischen Lehrers<sup>1</sup> sei eine ehrenvolle und unabhängige; er werde seinem, alle Zeit und Kraft vollständig in Anspruch nehmenden, Beruf ungeteilt erhalten. Die Geld-Belohnung muss anständig, über Verlegenheit erhebend, doch nicht so groß sein, dass weiterer Erwerb durch besondere Anstrengung bei Vorlesungen<sup>2</sup> und Schriftstellerei nicht wünschenswert erscheint; bei außerordentlichem Verdienste, namentlich zur Erhaltung eines ins Ausland<sup>3</sup> Berufenen, müssen selbst bedeutende Zuschüsse nicht gescheut werden.

Hat sich aber die Behörde bei der Anstellung eines Lehrers geirrt, so entfernt sie ihn, versteht sich auf schonende Weise, wenn er keine Schuld trägt, an eine ihm

passende Stelle; nirgends schadet ein Untauglicher so viel als auf dem akademischen Lehrstuhl.

Um das Sichselbstüberleben zu verhüten, wäre nicht nur eine fakultative, sondern auch gezwungene Pensionierung in bestimmtem Alter (z.B. 50. – 55. Jahr) sehr wünschenswert. Der ausnahmsweise noch völlig rüstige und der Jugend nicht entfremdete Lehrer dieses Alter erhalte – nach gänzlichem Ausscheiden aus dem Amtsverhältnisse und nach Wiederbesetzung seiner Stelle – die Aufforderung als Ehrenmitglied der Universität noch nach Willkür, und so lange er will und kann, Vorträge zu halten.

<sup>1</sup> Robert Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Band, Tübingen 1832, S. 484 f. – Der Text wurde zum Teil heutiger Schreibweise angepasst.  
Robert von Mohl (1799-1875) setzte sich in Wissenschaft und Politik für Reformen im Geist des Liberalismus ein. Er nennt wohl als erster den Begriff Rechtsstaat, und zwar in Antithese zum zu überwindenden Polizeistaat, in einem Buchtitel. Dass und wie

Universitätsangelegenheiten zu einem in der Polizeiwissenschaft zu behandelnden Thema gemacht werden, ist bemerkenswert.

<sup>2</sup> Gemeint sind die Hörgelder, deren Höhe von der Zahl der Hörer abhing.

<sup>3</sup> Ausland meint hier in einen anderen Staat des Deutschen Bundes.

