

# O d W ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2023**

ISSN 2197-9197

# O d W ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

**Jahrgang 2023**

**Herausgeber**

*Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch und*

*Professor Dr. Thomas Würtenberger,*

*Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht der Universität Freiburg,*

*Dr. Cornelia Feldmann, Rechtsanwältin in Freiburg*

**in Verbindung mit**

*Dr. Nikolaus Blum, Oberkirchenrat, Leiter des Landesamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern*     *Professor Dr. Christian Picker, Lehrstuhl für bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen*

*Professor Dr. Michael Fehling, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Bucerius Law School Hamburg*     *Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München*

*Professor Dr. Max Emanuel Geis, Forschungsstelle für Wissenschafts- und Hochschulrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*     *Dr. Sarah Tarantino, Regierungspräsidium Freiburg*

*Professor Dr. Volker M. Haug, Professor für öffentliches Recht, insb. Staats-, Europa- und Medienrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg*     *Professor Dr. Silja Vöneky, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsethik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mitglied des Deutschen Ethikrates*

*Prof. Dr. Alexander Kurz, Mitglied des Vorstands der Fraunhofer Gesellschaft*     *Dr. Gerhard Werner, Rechtsanwalt in Freiburg*

*Dr. Felix Hornfischer, Richter am Verwaltungsgericht Freiburg*     *Dr. Frank Wertheimer, Rechtsanwalt in Lahr/Schwarzwald*

ISSN 2197-9197

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

## Impressum

**Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft e.V.**    **Erscheinungsweise**  
Registernummer 700740 Amtsgericht Freiburg    Vierteljährlich

**Vorstand**    **Bindung**  
*Professor Dr. Thomas Würtenberger*    Buchbinderei Ehe GmbH, Radolfzell  
*Professor Dr. Dr. h.c Manfred Löwisch*  
*Dr. Cornelia Feldmann*

**Redaktion**    **Urheber- und Verlagsrechte**  
Lisa Göttker    Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind  
Alessandra Novelli    urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch  
Marie Anselment    gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen.  
Johannes Deutsch    Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheber-  
Cornelius Wurst    rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung von OdW unzu-  
Viktor Kurz    lässig. Eine Verwendung zu wissenschaftlichen Zwe-  
    cken unter Angabe der Quelle (Zitat) ist ausdrücklich  
    gestattet, auch die Verlinkung auf das Dokument. Für  
    jede weitergehende Verwendung ist die Zustimmung  
    von OdW und des ausgewiesenen Autors erforderlich.

**Kontaktdaten, Schriftleitung und Redaktion**  
Ordnung der Wissenschaft  
c/o Forschungsstelle für Hochschulrecht und  
Hochschularbeitsrecht  
Prof. Dr. Thomas Würtenberger  
Belfortstraße 20 (Rückgebäude)  
79098 Freiburg im Breisgau  
Internet: [www.ordnungderwissenschaft.de](http://www.ordnungderwissenschaft.de)  
E-Mail: [odw@jura.uni-freiburg.de](mailto:odw@jura.uni-freiburg.de)  
Telefon: +49 761 203 9475

# ODW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

## Aufsätze

- I. Zehn Jahre ODW **1-2**
- II. *Tiziana Chiusi* Themen und Perspektiven der juristischen Ausbildung **3-16**
- III. *Gabriel Kalweit und Marie Kalweit, Ignacio Mastroleo, Joschka Bödecker und Roland Mertelsmann* Künstliche Intelligenz in der Krebstherapie **17-22**
- IV. *Stefan Onur Seddi* Chancen und Risiken der Anonymisierung für die Forschung und Wissenschaft aus Sicht des Datenschutzrechts **23-38**
- V. *Dirk Heckmann und Lorenz Marx* KI-Einsatz zur Leistungskontrolle am (Hochschul-)Arbeitsplatz Anforderungen aus Sicht des Datenschutzrechts **63-70**
- VI. *Hans Burkhardt* Ein Beitrag zur Künstlichen Intelligenz **71-78**
- VII. *Thomas Würtenberger* Studium der Psychotherapie - auch an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften? **79-88**
- VIII. *Sarah Rachut* E-Klausur und elektronische Fernprüfung: Technologischer Fortschritt und Prüfungskulturwandel im Spiegel des Rechts – Ein Werkstattbericht **89-98**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

## Aufsätze

- IX. Manfred Löwisch und Marie Anselment* Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaaten? **131-138**
- X. Hannah Schmid-Petri, Steliyana Doseva, Jan Schillmöller und Dirk Heckmann* Interdisziplinäre Forschung als möglicher Impulsgeber für eine evidenzbasierte Regulierung – Programmatische Überlegungen am Beispiel des Urheberrechts im digitalen Zeitalter **139-146**
- XI. A. Katarina Weilert* Ressortforschung. Eine institutionalisierte Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge **147-160**
- XII. Frank Wertheimer* Arbeitszeiterfassungspflicht an privaten Hochschulen – auch für Professorinnen und Professoren? **161-164**
- XIII. Anne Paschke* Social Media-Nutzung von Hochschulen vor dem Aus? Verfassungsrechtliche Analyse der Untersagungsverfügung des BfDI gegen das BPA vom 17.02.2023 **165-172**
- XIV. Simon Pschorr* Akademisches Höchstalter für die Juniorprofessur – Zur Einordnung der Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track in das System wissenschaftlicher Qualifizierung **173-180**

# O d W ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

## Aufsätze

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

# O d W

## ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

### Urteilsbesprechungen

- I. Manfred Witznick* Erfüllung der Lehrverpflichtung durch Hochschullehrer – Anmerkung zu Verwaltungsgericht Freiburg, Urteil vom 8.10.2021, 1 K2327/19 **39-44**
- II. Georg Caspers* Arbeitszeiterfassung an Hochschulen – Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 13.9.2022 - 1 ABR 22/21 **99-106**
- III. Felix Hornfischer* Zur Reichweite der Lehrverpflichtung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG BW i. V. m. der Lehrverpflichtungsverordnung. Zugleich Besprechung des Urteils des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 14.12.2020 - 11 K 1503/19 **107-114**

### Buchbesprechung

- I. Sarah Gronemeyer* Sind Studierende verpflichtet an Lehrveranstaltungen teilzunehmen? – Buchvorstellung der Dissertation „Die Zulässigkeit von Anwesenheitspflichten in Lehrveranstaltungen“ **45-54**
- II. Monika Muhr* KI-Schöpfungen und Urheberrecht **55-58**

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

## **Berichte**

- I. Bernhard Weisser* Zur Ausstellung der Medaillensammlung Ius in nummis im Münzkabinett der Staatlichen Museen zu Berlin **115-118**
- II. Johannes M. Deutsch* Juristenausbildung in Kanada **119-126**
- III. Antonia Hagedorn* Wissenschaft und Exportkontrolle – Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 27. April 2023 **181-186**
- IV. Karoline Haake* Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen. Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 12.5.2023 **235-242**
- V. Maike Reimer* Governance in Wissenschaftsorganisationen – Konstruktiver Umgang mit Konflikten und Vorwürfen. Bericht über die Tagung am 16. und 17.3.2023 an der Bergischen Universität Wuppertal **243-250**



# O d W ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Jahresverzeichnis 2023

## **Ausgegraben**

- I. Quittung für ein Stipendium **59-60**
- II. *Johann Heinrich Gottlob Justi* Über die studierende Jugend **127-128**
- III. *Balthasar Gracian* Die Kunst des Ausdrucks besitzen **187-189**
- IV. Landständische Forderungen einer ausreichenden Finanzierung der Universität Freiburg **251-252**

## Zehn Jahre ODW

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Thomas Würtenberger, Cornelia Feldmann,

Manfred Löwisch

1 Siehe Jocher, Fünf-Jahres-Verzeichnis OdW 2014 – 2018, OdW 2018, 75ff; das Fünf-Jahres-Verzeichnis 2019 – 2023 erscheint in Nr. 1 des Jahrgangs 2024.

2 OVG Schleswig 03.03.2021 - 3 MR 7/21; VG Schleswig 22.11.2017 - 9 B 36/17, 07.08.2018 - 9 A 398/17; VGH Mannheim 26.09.2017 - 9 S 2056/16, 19.12.2019 - 9 S 838/18, 17.09.2020 - 9 S 2092/18, 06.05.2021 - 9 S 3119/19; VG Minden 10.06.2016 - 10 L 345/16; VG Würzburg 30.06.2021 - W 2 K 20.474; OVG Koblenz 25.03.2019 - 2 B 10139/19; VG Freiburg 20.06.2018 - 1 K 3401/18; VG Gelsenkirchen 03.05.2016 - 6z L 948/16, 30.05.2017 - 6z K 783/16; VG Sigmaringen 02.08.2017 - PL 11 K 590/16; VG Bremen 27.07.2021 - 7 K 2257/20; VG Gelsenkirchen 24.10.2018 - 6z L 1595/18.

3 BAG 20.01.2021 - 7 AZR 193/20, 02.02.2022 - 7 AZR 573/20; LAG

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

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

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

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

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

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



# Tiziana Chiusi

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

### I. Einleitung

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

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

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

### II. Aktuelle Herausforderungen der juristischen Ausbildung

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

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

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

BGBI. 2021, I, S. 2154.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Effektive Examensvorbereitung durch die juristischen Fakultäten

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

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

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

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

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

11 DJFT 2022/1 Nr. 1.

12 DJFT 2022/1 Nr. 1.

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

14 DJFT 2022/1 Nr. 2.

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

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

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

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

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

### 3. Geschürte Ängste

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

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

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

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

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

### 5. Digitalisierung in der Lehre

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

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

18 DJFT 2022/II Nr. 2 und 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

## 6. Freiversuchsregelungen

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

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

## 7. Wissenschaftlichkeit und Internationalisierung des Studiums

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

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

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

24 DJFT 2022/III a.

25 DJFT 2022/III b.

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

Rheinland-Pfalz).

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

28 DJFT 2021/I; 2021/II.

29 DJFT 2021/II Nr. 1 und 2.

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

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

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

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

#### 1. Grundsätzliche Fragen

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

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

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

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

31 DJFT 2021/II Nr. 3.

32 DJFT 2021/I Nr. 1.

33 DJFT 2021/I Nr. 3 und 4.

34 DJFT 2021/I Nr. 5 und 6.

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

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

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

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

## 2. Spezialisierte Bachelor-Studiengänge an juristischen Fakultäten

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

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

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

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

Zugriff 02.12.2022).

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

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

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

42 DJFT 2007/I Nr. 6.

43 DJFT 2010/I Nr. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Einige nicht überzeugende Argumente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 1. Eigenschaften und Funktion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Gefährdung des Staatsexamens

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

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

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

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

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

69 Schließlich ist dem Bologna-System immanent, dass einem



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

## V. Schlusswort

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

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

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

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

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

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

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

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

## *Künstliche Intelligenz in der Krebstherapie*

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

### I. Einleitung

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

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

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

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

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

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

5 Hirschberg, J. & Manning, C. D. Advances in natural language processing. *Science* 349, 261–266 (2015).  
6 Devlin, J., Chang, M.-W., Lee, K. & Toutanova, K. BERT: Pre-training of Deep Bidirectional Transformers for Language Understanding. Preprint at <http://arxiv.org/abs/1810.04805> (2019, letzter Zugriff am 14.12.2022).  
7 Russakovsky, O. et al. ImageNet Large Scale Visual Recognition Challenge. *Int. J. Comput. Vis.* 115, 211–252 (2015).

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

## II. Was ist KI?

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

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

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

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

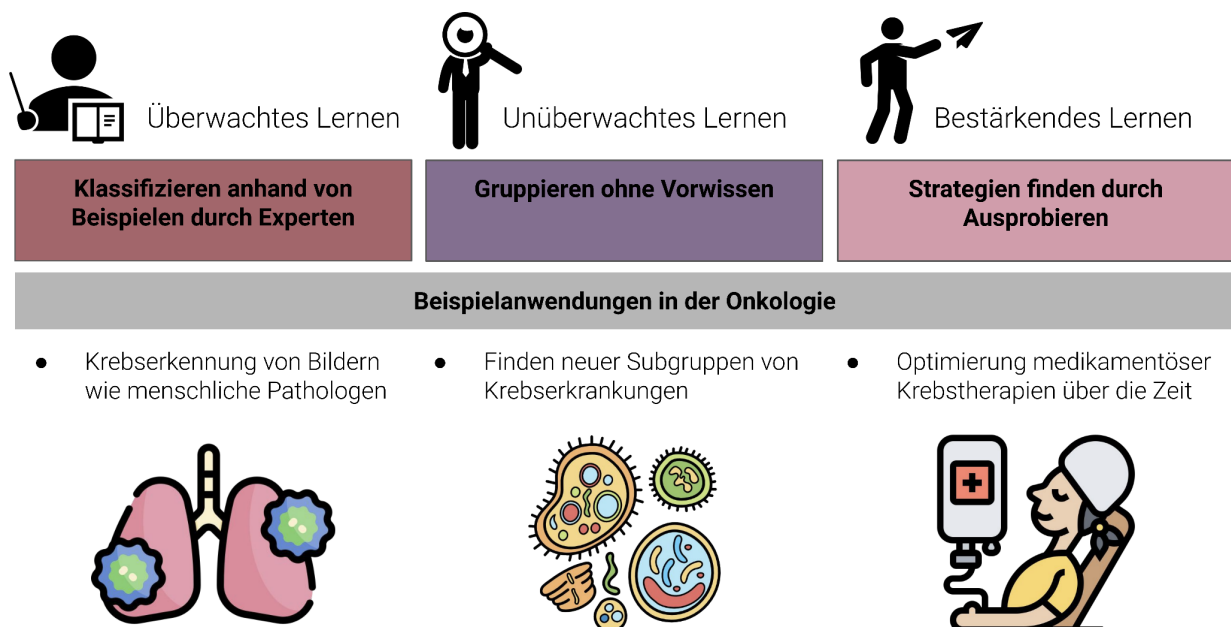


Abbildung 1: Lernparadigmen in der Künstlichen Intelligenz.<sup>8</sup>

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

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

### III. Wo KI bereits eingesetzt wird

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

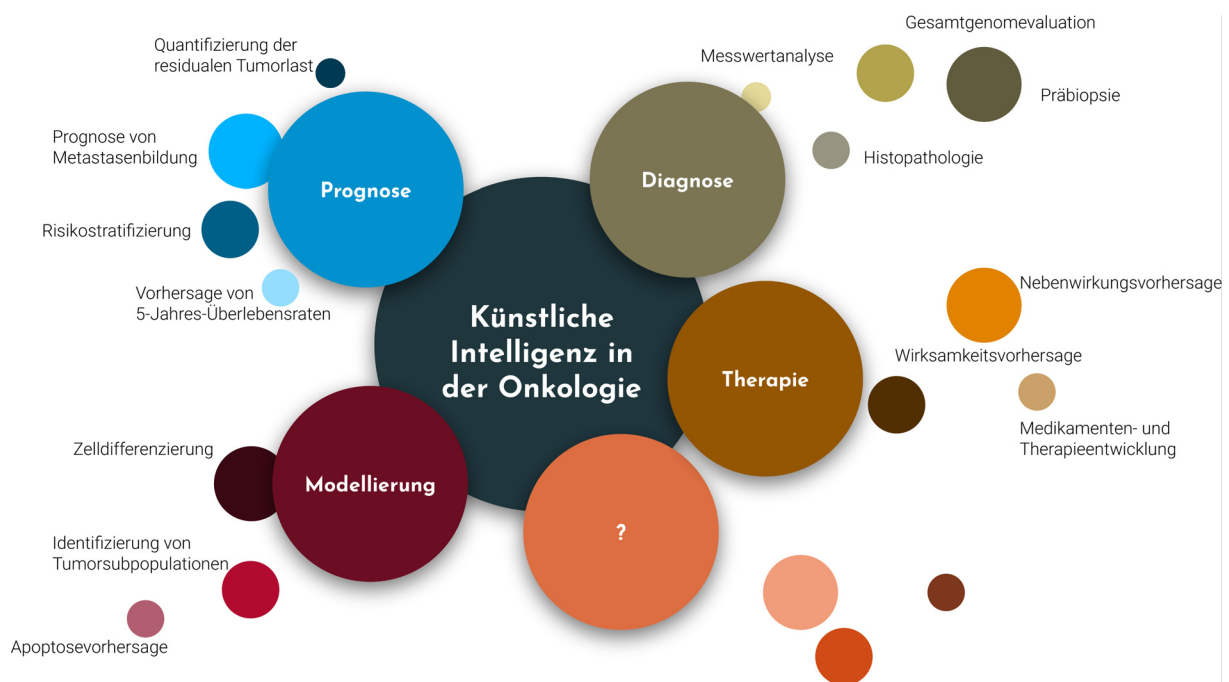


Abbildung 2: Aktuelle und potenzielle Anwendungsfelder der KI in der Onkologie. Das »?« dient als Symbol für alle noch zu entdeckenden Anwendungen in diesem aufstrebenden Zukunftsfeld.

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

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

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

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

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

## V. Ethische Überlegungen der KI-gestützten Krebstherapie

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

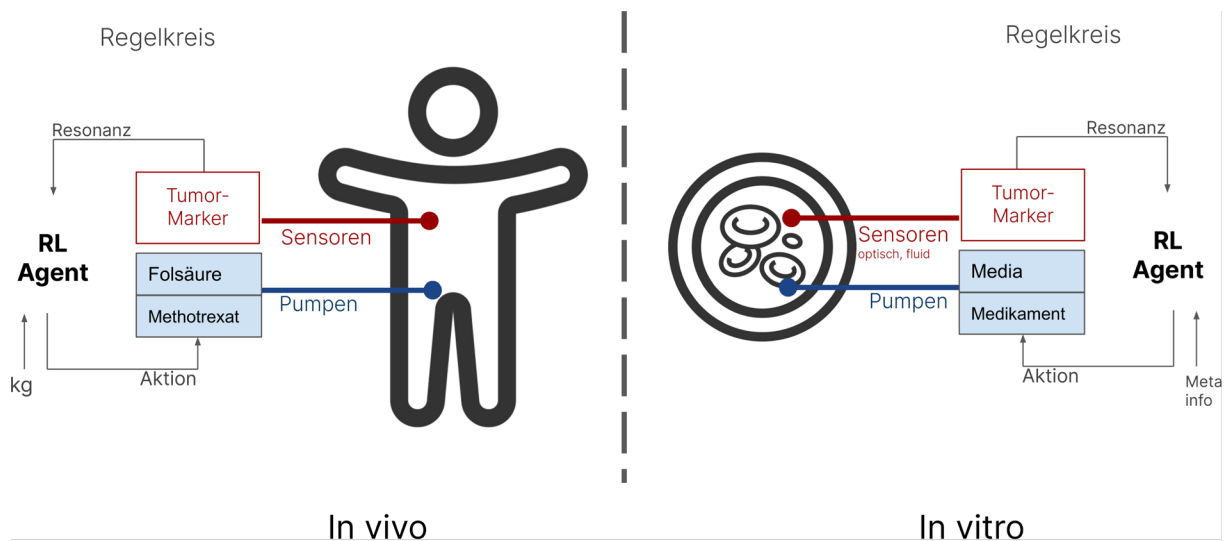


Abbildung 3: Schematische Darstellung eines Regelkreises zur KI-optimierten, individuellen Krebstherapie. Konzepte für Systeme agierend *in vitro* (rechts) und *in vivo* (links).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

27 Mastroleo, I. List of reporting guidelines for AI interventions for human health. <https://zenodo.org/record/7007570> (2022, letzter Zugriff am 14.12.2022) doi:10.5281/zenodo.7007570; Minssen, T., Gerke, S., Aboy, M., Price, N. & Cohen, G. Regulatory responses to medical machine learning. *J. Law Biosci.* 7, lsaa002 (2020); Smith, M. J., Axler, R., Bean, S., Rudzicz, F. & Shaw, J. Four equity considerations for the use of artificial intelligence in public health. *Bull. World Health Organ.* 98, 290–292 (2020).

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

# Stefan Onur Seddig

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

### Übersicht\*

#### I. Begriffsbestimmung

1. Personenbezogene Daten
2. Anonymisierung

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

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

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

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

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

#### V. Pseudonymisierung als Alternative

#### VI. Zusammenfassung

### Einleitung

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

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

### I. Begriffsbestimmung

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

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



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

### 1. Personenbezogene Daten

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

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

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

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

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

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

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

1 Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

2 Ausführlich *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG (2022), 4. Auflage, Art. 4 DSGVO, Rn. 30 ff.; *Spitz/Cornelius*, in: Richter et al. (Hrsg.), Datenreiche Medizin und das Problem der Einwilligung, Personenbezogene Daten im Kontext biomedizinischer Sekundärforschung (2022), 101 (108 ff.); *Bergt*, Die Bestimmbarkeit als Grundproblem des Datenschutzrechts - Überblick über den Theorienstreit und Lösungsvorschlag, ZD (2015), 365-370.

3 *Weichert*, ABIDA Gutachten Big Data im Gesundheitsbereich (2018), 141, abrufbar unter <https://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten-Gesundheitsbereich.pdf> (zuletzt abgerufen am 08.12.2022); *Forgó/Dügel*, Der Personenbezug von Geodaten - Cui bono, wenn alles bestimmbar ist, MMR (2010), 17 (18); *Behm*, Scoringverfahren unter Einbeziehung von Geodaten, RDV (2010), 61 (63 f.); *Pahlen-Brandt*, Datenschutz braucht scharfe Instrumente Beitrag zur Diskussion um „personenbezogene Daten“, DuD (2008), 34 (39).

4 VG Wiesbaden, 27.02.2009 - 6 K 1045/08.WI, MMR (2009), 428 (432); AG Berlin-Mitte, 27.03.2007 - 5 C 314/06, K & R (2007), 600 (601).

5 So vgl. BfDI, Positionspapier zur Anonymisierung unter der DSGVO unter besonderer Berücksichtigung der TK-Branche, 29.06.2020, 4; abrufbar unter: [https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/1\\_Anonymisierung/Positionspapier-Anonymisierung.pdf?sessionid=D6D6B6AAA504EF283160B8590939B53.intranet231?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/1_Anonymisierung/Positionspapier-Anonymisierung.pdf?sessionid=D6D6B6AAA504EF283160B8590939B53.intranet231?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 08.12.2022).

6 *Weichert*, (Fn. 3), 141; *Behm*, (Fn. 3), 61 (63 f.); *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).

7 So auch *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (108).

8 *Spitz/Cornelius*, (Fn. 2), 101 (108); *Weichert*, (Fn. 3), 141.

9 *Weichert*, (Fn. 3), 141; *Bergt*, (Fn. 2), 365 (368 f.).

10 *Weichert*, (Fn. 3), 141.

11 *Pahlen-Brandt*, Zur Personenbezogenheit von IP-Adressen, K & R (2008), 286 (289); vgl. *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).

12 *Pahlen-Brandt*, (Fn. 3), 34 (38); vgl. *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).

13 *Forgó/Dügel*, (Fn. 3), 17 (18).

14 BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83, NJW (1984), 419.

15 *Pahlen-Brandt*, (Fn. 3), 34 (39).

16 *Brink/Eckhardt*, Wann ist ein Datum ein personenbezogenes Datum?, ZD (2015), 205 (210).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Anonymisierung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

39 Ebd., Rn. 45.

40 Ebd., Rn. 46.

41 Ebd., Rn. 46.

42 Vgl. ebd., Rn. 65.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

58 Ebd.

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

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

61 BfDI, (Fn. 5), 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

548 (550).

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

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

69 Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 30.

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

71 Vgl. Roßnagel, (Fn. 65), Rn. 32.

72 Ebd.

73 BfDI, (Fn. 5), 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 3. Systematische Probleme

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

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

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

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

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

83 Ebd.

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

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

86 Ebd.

87 Ebd.

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

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

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

90 Vgl. ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97 Ebd.

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

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

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

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

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

103 Ebd.

104 Ebd.

105 Ebd.

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

107 Ebd.

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

### 5. Zwischenfazit

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

### III. Anonymisierung als Chance für die Sekundärforschung

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

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

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

### IV. Bewertung des Schutzbedarfs für anonymisierte Daten

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

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

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

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

111 Ebd.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

### 1. Problemlösung

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

#### a) Einführung einer Beobachtungspflicht

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

117 Siehe Ausführungen unter I.

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

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

120 Ebd., 173.

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

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

123 Ebd., 175.

124 Ebd., 176.

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

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

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

#### b) Verbot der Re-Identifikation

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

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

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

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

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

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

128 Ebd.

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

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

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

132 Ebd.

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

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

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

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

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

138 Ebd., 188.

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

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

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

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

#### d) Zwischenfazit

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

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

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

139 Siehe Ausführungen unter I. 2.

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

141 Ebd.

142 Ebd.

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

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

144 Ebd., 7.

145 Ebd., 7 f.

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

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

## V. Pseudonymisierung als Alternative

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

152 Anschließend kann für die Aufgabe der Erstellung und Verwah-

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

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

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

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

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

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

## VI. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

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

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

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



Manfred Witznick

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1503/19 –, juris, Rn. 33 ff.),

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



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

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

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

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

## II. Würdigung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„3.3.8 Anrechnung ausgefallener Veranstaltungen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

durch Richterrecht dienen (S. 20)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

# Sarah Gronemeyer

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

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

### **I. Das Kernproblem**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

veranstaltungen, 2020, S. 99 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

## 2. Berufsfreiheit

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

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

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

## III. Die Anwesenheitspflicht als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 1. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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

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

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

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

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

##### b. Gesetzliche Ausgestaltung des Regelungsvorbehalts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### c. Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

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

#### d. Materielle Verfassungsgemäßheit des einschränkenden Gesetzes

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

##### aa. Legitimer Zweck

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### bb. Geeignetheit

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

#### cc. Erforderlichkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## dd. Angemessenheit

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

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

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

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

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

## 2. Fazit

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

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

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

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

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

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

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

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

1974, S. 591 (604).

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

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

abfragen lassen, spricht dies gegen die Erforderlichkeit von Anwesenheitspflichten.

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

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

## V. Die Zulässigkeit eines Verbots von Anwesenheitspflichten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

veranstaltungen, 2020, S. 411.

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

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

## VI. Ausblick

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

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

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

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

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

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

# Monika Muhr

## *KI-Schöpfungen und Urheberrecht*

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

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

### I. KI-Schöpfungen und Werkbegriff

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

## II. Schutzlücke hinsichtlich KI-Schöpfungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2017, 207 (208).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A.M.  
der Rechtsgelehrsamkeit  
Beflissener.

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



# Dirk Heckmann und Lorenz Marx

## KI-Einsatz zur Leistungskontrolle am (Hochschul-)Arbeitsplatz<sup>1</sup>

### Anforderungen aus Sicht des Datenschutzrechts

#### I. Einleitung

#### II. Verhaltens- und Leistungskontrollen im betrieblichen und wissenschaftlichen Bereich

#### III. Status Quo: Grundlagen des (Beschäftigten-)Datenschutzes im Kontext von Verhaltens- und Leistungskontrolle

#### IV. Herausforderungen und Lösungsansätze

##### 1. Interessensabwägung bei Leistungskontrolle am Arbeitsplatz

##### 2. Der Einsatz von KI zur Leistungskontrolle: Verschärfung der Überwachung oder legitimes „Feintuning“?

#### V. Ausblick auf den KI-Einsatz zur Leistungskontrolle im Beschäftigungskontext im Jahr 2030

#### VI. Handlungsempfehlungen

#### VII. Zusammenfassung

### I. Einleitung

Seit das textbasierte Dialogsystem (Chatbot) *ChatGPT* des US-amerikanischen Unternehmens OpenAI Ende 2022 zur kostenfreien Verwendung online gestellt wurde, ist ein regelrechter Hype um KI-gestützte Textgeneratoren, das zugrundeliegende Text- und Data-Mining und deren Anwendungsmöglichkeiten u.a. auch in rechtlichen Kontexten<sup>2</sup> entstanden. Die Fortschritte, die in der Entwicklung von KI-Anwendungen sichtbar wer-

den, führen dazu, dass auch solche Einsatzszenarien auf den Prüfstand kommen, die schon vermeintlich rechtlich geklärt schienen. Dies gilt etwa für Leistungskontrollen bzw. Aufsichtsmaßnahmen des Arbeitgebers oder Dienstherrn gegenüber Beschäftigten.

Der Einsatz von KI-Systemen zur Leistungskontrolle am Arbeitsplatz ist in den vergangenen Jahren verstärkt in den öffentlichen Fokus gerückt. Im November 2019 geriet beispielsweise das Berliner Startup Zalando in die Schlagzeilen durch den Einsatz einer Personalsoftware namens „Zonar“, mit der die Leistung und das Verhalten von Arbeitskollegen bewertet werden kann.<sup>3</sup> Das Thema wurde vereinzelt auch in juristischen Fachkreisen aufgegriffen.<sup>4</sup> Wohl in Folge der kritischen Berichterstattung nahm Zalando Änderungen an der Software vor.<sup>5</sup> Im Juni 2020 waren die ebenfalls von Zalando verwendeten Software-Systeme „Zalos“ und „Zafeto“ Gegenstand des öffentlichen Diskurses.<sup>6</sup> Mit diesen beiden Tools kann etwa erfasst werden, wie viele Artikel ein Beschäftigter pro Schicht bearbeitet.<sup>7</sup> In den beiden letzteren Fällen hat die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit eine Prüfung eingeleitet und Änderungshinweise erteilt.<sup>8</sup> Die fortwährende Erfassung von Leistungsdaten beim Online-Händler Amazon wurde hingegen - nach Untersagung durch die Landesbeauf-

1 Der Beitrag knüpft an den projektbezogenen Beitrag „*Informationelle Selbstbestimmung in der digitalen Arbeitswelt*“ aus dem BMBF-geförderten Projekt „*Inverse Transparenz - Beteiligungsorientierte Ansätze für Datensouveränität in der digitalen Arbeitswelt gestalten*“ an, der am 24.5.2022 im Forschungsreport „*Daten - Innovation - Privatheit: Mit Inverser Transparenz das Gestaltungsdilemma der digitalen Arbeitswelt lösen*“, S. 56 ff., erschienen ist. Der vorliegende Beitrag entwickelt diese Gedanken zum KI-Einsatz im Kontext staatlicher Hochschulen weiter und sucht Lösungsansätze für eine verhältnismäßige Leistungs- und Verhaltenskontrolle mittels algorithmischer Systeme.

2 Hierzu *Bachgrund/Nesum/Bernstein/Burchard*, Das Pro und Contra für Chatbots in Rechtspraxis und Rechtsdogmatik, CR 2023, 132 ff.

3 Vgl. u.a. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/zalando-ueberwachung-zonar-1.4688431> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

4 *Lurtz*, Bewertungstechnologien im Beschäftigungsverhältnis - eine (erste) datenschutzrechtliche Bewertung, ZD-Aktuell 2020,

06926; *Holthausen*, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen - Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19, 22 Fn. 65; *Joos*, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1221.

5 Vgl. <https://www.datenschutz-notizen.de/zalando-aendert-eigene-bewertungssoftware-zonar-2829837/> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

6 Vgl. u.a. <https://t3n.de/news/ueberwachung-berlin-prueft-1286877/> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

7 Vgl. [https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2020-05/zalando-datenschutzbeauftragte-pruefverfahren-logistikzentrum?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2020-05/zalando-datenschutzbeauftragte-pruefverfahren-logistikzentrum?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) (letzter Zugriff am 27.02.2023).

8 Vgl. Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2020 Datenschutz und Informationsfreiheit, S. 267.

trage für den Datenschutz Niedersachsen - erst kürzlich gerichtlich für zulässig erklärt.<sup>9</sup> Die in Echtzeit minutiös erfolgende Erfassung der Arbeitsschritte von Mitarbeitern wurde vom Gericht unter dem Aspekt logistischer Abläufe für erforderlich gehalten.<sup>10</sup>

Diese Beispiele zeigen nur einen Ausschnitt des denkbar breiten Spektrums an potenziellen Anwendungsfällen für eine KI-unterstützte Leistungskontrolle nicht nur in der Wirtschaft, sondern auch an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die in Zukunft durch große Trends wie Big Data und die *Verfügbarkeit immer vielfältigerer und leistungsfähigerer algorithmischer Systeme* noch wachsen dürfte. Anders als beim Einsatz von KI-Systemen im Rahmen des Bewerbungsprozesses wird der Einsatz von KI zur Leistungskontrolle während des Beschäftigungsverhältnisses in der Rechtswissenschaft noch vergleichsweise wenig diskutiert.<sup>11</sup> Dieser Beitrag zeigt die datenschutzrechtlichen Determinanten sowie den verbleibenden Aktionsradius auf.

## II. Verhaltens- und Leistungskontrollen im betrieblichen und wissenschaftlichen Bereich

Die fortwährende Überwachung und die Kontrolle des Verhaltens sowie der Leistung von Beschäftigten im Hinblick auf ihre (außer-)vertraglichen Pflichten ist ein eng mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses verbundenes Instrument.<sup>12</sup> Solche Verhaltens- und Leistungskontrollen sind dabei nicht automatisch Ausdruck von Misstrauen im machtasymmetrischen Verhältnis von Vorgesetzten und Beschäftigten. Vielmehr können solche Kontrollen auch geeignet sein, interne Prozesse zu überarbeiten und zu optimieren und erforderlich sein, um Compliance-Pflichten nachzukommen (s.u. IV.1.).

Dabei sind die *Arten von Leistungskontrollen* außerordentlich vielfältig. Der technische Fortschritt der digitalen Transformation und die rasch voranschreitende

Automatisierung von Prozessen mittels riesiger Datenmengen ermöglicht immer neuere und weitergehende Kontrollen. Im betrieblichen Beschäftigtenkontext sind paradigmatisch die Zeiterfassung, Videoüberwachung, GPS-Tracking, die Kontrolle und Protokollierung der IT-Nutzung oder die Verarbeitung von Bewertungen von Beschäftigten und Vorgesetzten anzuführen. Derartige Instrumente erzeugen eine Vielzahl von Datenpunkten. Da sich Verhaltens- und Leistungsdaten sinnvollerweise immer bestimmten, hierdurch zumindest identifizierbaren Personen zuordnen lassen, handelt es sich in aller Regel um personenbezogene Daten gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO,<sup>13</sup> weshalb die beschriebenen Organisationsinteressen immer auch mit dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter in Einklang zu bringen sind (s. hierzu ausführlich IV.).

Auch in *staatlichen Hochschulen und Forschungseinrichtungen* können Verhaltens- und Leistungskontrollen zur Prozessoptimierung und Einhaltung von Compliance-Anforderungen geeignet sein und daher Anwendung finden. Hierbei ist aber streng zwischen nicht-wissenschaftlichem und wissenschaftlichem Personal zu differenzieren. Die Instrumente zur Mitarbeiterüberwachung bei nicht-wissenschaftlichem, in der Regel mit Verwaltungsaufgaben betrautem Personal können aufgrund der Linearität und Wiederholbarkeit der Aufgaben und der regelmäßig vordefinierten Ziele durchaus denen im betrieblichen Kontext (s.o.) ähneln.

Bei *wissenschaftlichem Personal* gestalten sich derartige Leistungskontrollen schwieriger. Auch wenn ihre Arbeit sich an einem Erkenntnisgewinn orientiert,<sup>14</sup> kann hieraus noch kein messbares Ziel geschlossen werden, zumindest kein vordefiniertes. Im Lichte der verfassungsrechtlich geschützten *Wissenschaftsfreiheit* nach Art. 5 Abs. 3 GG bzw. der Forschungsfreiheit nach Art. 13 GRCh müsste man bereits bei der Frage ansetzen, was überhaupt unter „*Leistung*“ in diesem Kontext zu

9 VG Hannover 9.2.2023, 10 A 6199/20; s. hierzu auch <https://www.verwaltungsgericht-hannover.niedersachsen.de/aktuelles/pressemitteilungen/datenerhebung-bei-amazon-in-winsen-ist-rechtmassig-219664.html> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

10 Vgl. auch Montag, Ständige Mitarbeiterkontrolle bei Amazon Logistik nicht zu beanstanden, beck-aktuell v. 10. Februar 2023 zu VG Hannover 9.2.2023, 10 A 6199/20.

11 So auch Joos, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1221.

12 Taeger/Gabel/Zöll, 4. Aufl. 2022, BDSG § 26 Rn. 41; ErfK/Franzen, 23. Aufl. 2023, BDSG § 26 Rn. 22.

13 Vgl. so auch Winter, Leistungsdaten im Kontext des Datenschutzrechts, SpuRt 2020, 168, 169.

14 Das BVerfG definiert Forschung als „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“, s. BVerfG 29.5.1973, 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 113, vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz/Gär-ditz, 99. EL Sept. 2022, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 94.

verstehen ist und an welchen Parametern eine Leistungskontrolle ansetzen kann. Staatliche Hochschulen werden im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit gegenüber ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern zur Gewährleistung von Freiheit in Lehre und Forschung verpflichtet.<sup>15</sup> Eine *inhaltliche Kontrolle von wissenschaftlichem Personal* kann nur mit „Mitteln des wissenschaftlichen Diskurses“ erfolgen, solange dem jeweiligen Forschungsergebnis nicht bereits der ernsthafte Versuch abgesprochen werden kann, die Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens zu beachten.<sup>16</sup> Hierbei rückt insbesondere algorithmenbasierte Plagiatsoftware in den Fokus, die riesige Mengen an Textdaten aggregiert und wissenschaftliche Texte mit den zugrundeliegenden Textdaten vergleicht, um Übereinstimmungen festzustellen. Ebenso könnte künftig die sog. Anmaßung einer wissenschaftlichen Autorenschaft, die ein mit den wissenschaftlichen Grundsätzen unvereinbares Fehlverhalten darstellt,<sup>17</sup> zum Beispiel durch technische Erweiterungen bereits vielfach verwendeter Projektverwaltungssoftware, die häufig alle Entwicklungsschritte und inhaltlichen Beiträge der tatsächlich beteiligten Wissenschaftler speichert, automatisiert identifiziert werden.

Darüber hinaus sind aber auch hier die neuerlichen Auswirkungen KI-gestützter Systeme wie ChatGPT zu beachten: Während herkömmliche Plagiatsoftware die Texte des Dialogsystems teilweise als „*menschlich echt*“ einstufte,<sup>18</sup> verfügt Software, die spezifisch zur Aufdeckung ChatGPT-generierter Texte entwickelt wurde (z.B. GPTZero), noch nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit und Treffsicherheit.<sup>19</sup> Sowohl herkömmliche als auch spezifische Plagiatskontrolle funktioniert also noch nicht hinreichend zuverlässig. KI-Systeme bringen nunmehr KI-Systeme zur Plagiatskontrolle an ihre Grenzen.

Die beschriebenen betrieblichen Instrumente zur Verhaltens- und Leistungskontrolle können auf Wissenschaftler mit Blick auf deren individuell gewährleistete

Wissenschaftsfreiheit nicht ohne Weiteres übertragen werden. Am ehesten kann deren Einsatz ausnahmsweise noch mit einer völlig fehlenden Beachtung der Grundsätze wissenschaftlichen Arbeitens im Einzelfall oder mit dem Erhalt der Funktionsfähigkeit<sup>20</sup> der jeweiligen Hochschule begründet werden.

### III. Status Quo: Grundlagen des (Beschäftigten-) Datenschutzes im Kontext von Verhaltens- und Leistungskontrolle

Trotz einzelner rechtspolitischer Bemühungen in der Vergangenheit gibt es in Deutschland bislang *kein (nationales) Beschäftigtendatenschutzgesetz*.<sup>21</sup> Ein durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) eingesetzter interdisziplinärer und unabhängiger Beirat kam in seinem Abschlussbericht im Januar 2022 zu dem Ergebnis, dass ein solches eigenständiges Gesetz aber durchaus erforderlich sei.<sup>22</sup> Auch mit der Neuordnung des europäischen Datenschutzrechts durch die Datenschutz- Grundverordnung (DSGVO) wird der Beschäftigtendatenschutz nicht direkt auf Unionsebene geregelt. Die DSGVO statuiert in Art. 88 Abs. 1 aber eine *Öffnungsklausel* zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext. Darüber hinaus zieht sie in Art. 88 Abs. 2 Grenzen für (automatisierte) Überwachungssysteme am Arbeitsplatz, besonders mit Blick auf die Menschenwürde und berechnigte Interessen der Betroffenen.<sup>23</sup>

In Anwendung der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO stellt § 26 BDSG die *relevante Rechtsgrundlage* für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von bestimmten Beschäftigungsverhältnissen dar, die den allgemeineren Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in ihrem Anwendungsbereich verdrängt.<sup>24</sup> Gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (unter anderem) verarbeitet werden, wenn

15 Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 5 Rn. 133.

16 So bzgl. Hochschullehrern auch BVerfG 8.8.2000, 1 BvR 653/97, NJW 00, 3635; Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 5 Rn. 155.

17 DFG, Guidelines for Safeguarding Good Research Practice. Code of Conduct, 2022, S. 18 f.

18 S. hierzu auch <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/ki-darf-chatgpt-wissenschaftliche-artikel-schreiben,TTxluZc> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

19 Vgl. auch <https://t3n.de/news/app-gptzero-chatgpt-plagiat-1525329/> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

20 BVerfG 13.4.2010, 1 BvR 216/07, BVerfGE 126, 1, 25; Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 5 Rn. 149.

21 Hierzu Heckmann/Paschke/Braun, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 7 Rn. 11.

22 Vgl. zum Ergebnis des unabhängigen, interdisziplinären Beirats zum Beschäftigtendatenschutz auch <https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/2022/bmas-veroeffentlicht-ergebnisses-beirats-zum-beschaeftigtendatenschutz.html> (letzter Zugriff am 27.02.2023).

23 BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 42. Ed. 1.11.2022, DSGVO Art. 88 Rn. 91; Paal/Pauly/Pauly, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 88 Rn. 17.

24 Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 116.



es für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. „Die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt“, gehört dabei ebenso zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und fällt deshalb in den Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG.<sup>25</sup>

Erfolgt die Datenverarbeitung auf Grundlage einer *Einwilligung*, so legt § 26 Abs. 2 BDSG die Prüfkriterien für die Wirksamkeit der Einwilligung fest. Insbesondere die für das Beschäftigungsverhältnis charakteristische Machtasymmetrie ist nach § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung zu beachten. Nach § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG kommt eine Freiwilligkeit insbesondere in Betracht, wenn ein Vorteil für die beschäftigte Person erreicht wird. Dieser Vorteil kann sowohl wirtschaftlicher als auch rechtlicher Natur sein. Eine Einwilligung kann auch insbesondere dann freiwillig sein, wenn eine kongruente Interessenlage besteht.

Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten an staatlichen Hochschulen zu Zwecken der Forschung ist trotz des Spannungsverhältnisses von Datenschutz und Forschungsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll möglich.<sup>26</sup> Geht es um die *Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext an staatlichen Hochschulen und Forschungseinrichtungen*, gilt die Vorschrift des § 26 BDSG allerdings nicht, außer es handelt sich bei der verarbeitenden Behörde um eine Hochschule des Bundes. Denn nach § 1 Abs. 1 BDSG öffnet sich der Anwendungsbereich des Gesetzes für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und nicht-öffentliche Stellen (Abs. 1 S. 2), wozu beispielsweise Arbeitgeber gehören.<sup>27</sup> Für öffentliche Stellen der Länder, also auch die allermeisten staatlichen Hochschulen, ist der Anwendungsbereich erheblich eingeschränkt (Abs. 1 S. 1 Nr. 2). Das BDSG greift hier nur, wenn diese Stellen Bundesrecht ausführen oder es sich bei den Stel-

len um Organe der Rechtspflege handelt und der Datenschutz nicht durch Landesrecht geregelt ist. Die allermeisten Landesdatenschutzgesetze enthalten spezielle Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz,<sup>28</sup> die sich in ihrer Reichweite aber teils deutlich unterscheiden.<sup>29</sup>

Schließlich ist im Rahmen des Einsatzes von KI-Systemen zudem Art. 22 Abs. 1 DSGVO zu berücksichtigen. Dieser verbietet allgemein (auch im Beschäftigungskontext) ausschließlich aufgrund *automatisierter Verarbeitung* – einschließlich *Profiling* – getroffene Entscheidungen, die rechtserhebliche Auswirkungen haben. Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert Profiling als automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, bestimmte persönliche Aspekte einer natürlichen Person zu analysieren und vorherzusagen. Hierzu gehören beispielsweise das Verhalten und die Arbeitsleistung von Personen. Ein generelles Verbot von Profiling an sich enthält Art. 22 Abs. 1 DSGVO jedoch nicht, lediglich das Verbot aufgrund eines Profilings einer automatisierten beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden.<sup>30</sup>

Automatisierte Entscheidungen auf Grundlage von Profiling können ausnahmsweise nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO zulässig sein,<sup>31</sup> insbesondere aufgrund einer Einwilligung. Ob eine solche aber innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses aufgrund des strukturellen Machtungleichgewichts als freiwillig gelten kann, ist zu hinterfragen.<sup>32</sup>

#### IV. Herausforderungen und Lösungsansätze

##### 1. Interessensabwägung bei Leistungskontrolle am Arbeitsplatz

Gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext (unter anderem) verarbeitet werden, wenn die Verarbeitung für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.

25 Taeger/Gabel/Zöll, 4. Aufl. 2022, BDSG § 26 Rn. 41; zum BDSG a.F. BAG, 29.6.107, 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179 Rn. 26.

26 Einen guten Überblick hierzu bieten Bronner/Wiedemann, Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung bei wissenschaftlicher Forschung an staatlichen Hochschulen, ZD 2023, 77 ff.

27 Vgl. BAG 7.5.2019, 1 ABR 53/17, NZA 2019, 1218 Rn. 29 f.

28 Spezielle Regelungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext enthalten z.B. § 15 LDSG BW, § 18 BlnDSG, § 26 BbgDSG, § 12 BremDSGVOAG, § 10 HmbDSG, § 23 HDSIG, § 10 DSG M-V, § 12 NDSG, § 18 DSG NRW, § 20 LDSG RLP, § 22 SDSG, § 11 SächsDSDG, § 26 DSAG LSA, § 15 LDSG SH, § 27 ThürDSG.

29 Eine Übersicht und eine vergleichende Betrachtung mit § 26 BDSG findet sich bei Gola, Der Beschäftigtendatenschutz in den novellierten Landesdatenschutzgesetzen, ZD 2018, 448 ff.

30 Huff/Götz, Evidenz statt Bauchgefühl? – Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von Big Data im HR-Bereich, NZA-Beilage 2019, 73, 76; Rudkowski, „Predictive policing“ am Arbeitsplatz, NZA 2019, 72, 75.

31 Vgl. Joos, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1217 f. zum Einsatz von KI im Bewerbungsprozess.

32 Ablehnend bereits für den Bewerbungsprozess Joos, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1217, 1221, auch für die Mitarbeiterentwicklung, sofern es keinen „echten Bestandschutz“ für das Arbeitsverhältnis gibt. Vgl. auch Graff/Kemper, Optimierung und Produktivitätssteigerung durch Human Enhancement-Technologien, PinG 2021, 131, 136 f. („Machtasymmetrie zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem“).

Erforderlich ist eine Datenverarbeitung i.S.v. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG, wenn die berechtigten Interessen und Zwecke des Arbeitgebers eine Datenverarbeitung erfordern.<sup>33</sup> Das Kriterium der Erforderlichkeit findet sich auch in den meisten landesrechtlichen Vorschriften zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Dienst- oder Beschäftigungskontext. Die Freiheit des Arbeitgebers, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wie er seine Betriebe und Dienststellen organisiert, ist zu achten.<sup>34</sup> Im Ergebnis ist eine *zweistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung* durchzuführen:<sup>35</sup>

Auf der ersten Stufe „muss die Überwachungsmaßnahme für die Wahrung eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers erforderlich sein“, auf der zweiten Stufe ist „die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu prüfen“.<sup>36</sup>

Auf der *ersten Stufe* ist zunächst festzustellen, dass die Kontrolle, ob ein Beschäftigter seinen Pflichten nachkommt, essenziell zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gehört.<sup>37</sup> Für den Arbeitgeber sind Leistungskontrollen in gewissem Umfang regelmäßig notwendig, nicht zuletzt auch um ordnungsgemäßen Compliance-Grundsätzen zu genügen, etwa aus § 91 Abs. 2 AktG, §§ 30, 130, 9 OWiG.<sup>38</sup>

Auf der *zweiten Stufe* kommt es für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne maßgeblich auf die jeweiligen konkreten Umstände an. Aus der verfügbaren behördlichen und gerichtlichen Praxis sowie dem Schrifttum lassen sich jedoch einige „Leitplanken“ ermitteln.

*Zulässige Leistungskontrolle:* Die IT-Nutzung darf grundsätzlich kontrolliert werden, wenn eine Privatnutzung verboten ist;<sup>39</sup> allerdings muss insbesondere die

Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.<sup>40</sup> Nach Auffassung des LArbG München kann insoweit gegebenenfalls sogar eine anlasslose Überwachung durch ein KI-IT-Sicherheitssystem verhältnismäßig sein, wenn sie darauf abzielt, auffällige Aktivitäten zu identifizieren, die Anhaltspunkte für eine Bedrohung der Informationssicherheit sein können, insbesondere vor dem Hintergrund bankenaufsichtsrechtlicher und bankenaufsichtsbehördlicher Vorgaben zur Datensicherheit.<sup>41</sup>

*Unzulässige Leistungskontrolle:* Jedenfalls anonyme bzw. nicht erkennbare und nicht abwendbare Überwachung stellt einen erheblichen Eingriff in das Datenschutzrecht des Beschäftigten dar.<sup>42</sup> Sie ist grundsätzlich unzulässig, § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG reicht hierfür nicht.<sup>43</sup>

Eine „*permanente, heimliche und in ihrem Volumen nicht einschätzbare Totalüberwachung des Umgangs mit dienstlich zu verwendenden IT-Systemen*“ kann „*allenfalls dann zulässig sein, wenn ein auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogener begründeter Verdacht für eine Straftat oder für eine schwerwiegende Pflichtverletzung besteht*“.<sup>44</sup>

Der dauerhafte Einsatz von Keyloggern ist vor diesem Hintergrund nicht mehr verhältnismäßig.<sup>45</sup> In aller Regel nicht mehr verhältnismäßig ist auch eine offene präventive Videoüberwachung am Arbeitsplatz.<sup>46</sup> Dasselbe gilt für Videoüberwachungen, die die Intimsphäre berühren.<sup>47</sup>

Der *flächendeckende Einsatz* von GPS-Ortungssystemen ist nach Auffassung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg i.d.R. nicht erforderlich, wenn der Aufenthaltsort des

33 BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 42. Ed. 1.11.2022, BDSG § 26 Rn. 114.

34 BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 42. Ed. 1.11.2022, BDSG § 26 Rn. 114.

35 Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 117. 36 Gola/Heckmann/Gola/Pötters, 3. Aufl. 2022, BDSG § 26 Rn. 156 f.

37 Taeger/Gabel/Zöll, 4. Aufl. 2022, BDSG § 26 Rn. 41; zum BDSG a.F. BAG, 29.6.107, 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179 Rn. 26.

38 Taeger/Gabel/Zöll, 4. Aufl. 2022, BDSG § 26 Rn. 42; Stück, Compliance: Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Lichte aktueller Rechtsprechung, ArbRAktuell 2018, 31.

39 Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 122; vgl. auch BAG 27.7.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327.

40 Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 122.

41 LArbG München 23.7.2020, 2 TaBV 126/19; hierzu Wedde, Streit um Einigungsstellenanspruch zur Einführung eines IT-Sicherheitssystems: Anlasslose präventive Verarbeitung von Beschäftigenda-

ten durch KI-Software zulässig, jurisPR-ArbR 17/2021 Anm. 6.

42 Paal/Pauly/Pauly, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 88 Rn. 16.

43 EGMR 7.12.2017, C-329/16, EuZW 2018, 169 Rn. 121; Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 121.

44 Wedde, Streit um Einigungsstellenanspruch zur Einführung eines IT-Sicherheitssystems: Anlasslose präventive Verarbeitung von Beschäftigendaten durch KI-Software zulässig, jurisPR-ArbR 17/2021 Anm. 6.; vgl. auch BAG 27.7.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327.

45 Stück, Datenschutz = Tatenschutz? Ausgewählte datenschutz- und arbeitsrechtliche Aspekte nach DSGVO sowie BDSG 2018 bei präventiver und repressiver Compliance, CCZ 2020, 77, 81; vgl. auch BAG 27.7.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327.

46 Vgl. hierzu im Detail Stück, Datenschutz = Tatenschutz? Ausgewählte datenschutz- und arbeitsrechtliche Aspekte nach DSGVO sowie BDSG 2018 bei präventiver und repressiver Compliance, CCZ 2020, 77, 81 f.

47 Maschmann, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 121.

Beschäftigten auch direkt bei diesem (etwa durch einen Anruf) erhoben werden kann. Eine solche dauerhafte Ortung kann i.d.R. nicht auf eine Einwilligung gestützt werden. Sie erzeugt zudem einen permanenten Kontrolldruck und ist daher unzulässig.<sup>48</sup>

Bei allem sind allgemein die *Betroffenenrechte* und die Informationspflichten zu wahren.<sup>49</sup> Bemerkenswert ist insoweit der bereits erwähnte Beschluss des LArbG München v. 23.07.2020.<sup>50</sup> Das Gericht äußerte sich zu einem KI-IT-Sicherheitssystem, das einen umfassenden Datenzugriff ermöglicht und dessen Abläufe für Beschäftigte intransparent sind. Nach Ansicht des Gerichts bestünden sachliche Gründe dafür, sicherheitstechnische Details des Systems nicht vollständig offenzulegen.<sup>51</sup>

## 2. Der Einsatz von KI zur Leistungskontrolle: Verschärfung der Überwachung oder legitimes „Feintuning“?

KI-Einsatz und Datenschutzrecht stehen in einem *Spannungsverhältnis*.<sup>52</sup> Allemal definiert das Datenschutzrecht - aufgrund noch fehlender horizontaler Regulierung von KI-Tools - ein Mindestmaß an Grundregeln für den Einsatz von KI-Systemen.<sup>53</sup>

Beim Einsatz von KI-Systemen zur Leistungskontrolle handelt es sich in der Regel um *Profiling* i.S.v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO,<sup>54</sup> dort ist als Regelbeispiel gerade die Arbeitsleistung genannt, die analysiert oder vorhergesagt werden soll. Ausschließlich auf Automatisierung beruhende Entscheidungen auf der Grundlage von Profiling sind grundsätzlich aber nicht zulässig, Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Soweit dies gilt, setzt die Verwertung des KI-Ergebnisses voraus, dass ein Mensch mit

Entscheidungsspielraum die Entscheidung in einem gewissen Umfang nachprüft.<sup>55</sup>

Eine Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von Einwilligung dürfte aufgrund des strukturellen Machtungleichgewichts typischerweise entfallen. Gegebenenfalls können hier in gewissem Rahmen Betriebsvereinbarungen herangezogen werden.<sup>56</sup>

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist deshalb festzuhalten, dass „*KI-basierte Gesamtlösungen*“ in den seltensten Fällen DSGVO-konform zu gestalten sind. Denkbar sind jedoch „*KI-basierte Einzellösungen*“, die in einen komplexeren Datenverarbeitungsprozess eingebettet sind und insbesondere Raum für nicht ausschließlich automatisiert erfolgende Letztentscheidungen einräumen.<sup>57</sup> *Hinz* bringt diesen Ansatz mit folgendem Beispiel prägnant auf den Punkt:

„So darf etwa das KI-System den als unzuverlässig eingeordneten Arbeitnehmer nicht selbsttätig zu einer Compliance-Schulung verpflichten oder ihn versetzen. Hingegen kann der Arbeitgeber auf Grundlage des Predictive Policing [Unterfall des Profilings] den Arbeitnehmer zur Schulungsteilnahme anweisen.“<sup>58</sup>

Dieser Ansatz kann ebenso auf Beschäftigte von Hochschulen und Forschungseinrichtungen angewendet werden.

In jedem Fall erfordert der *Grundsatz der Transparenz* (Art. 13-15 DSGVO), dass die Betroffenen über den Einsatz des KI-Tools und die Folgen unterrichtet werden.<sup>59</sup> Es sind geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen zu treffen, die insbesondere Erklärbarkeit

48 Ratgeber Beschäftigtendatenschutz, Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, 4. Aufl. 2020, S. 37 f., auch zu den Anforderungen, die an eine zulässige GPS-Überwachung zu stellen sind.

49 Dies ist ein allgemeines Problem und hängt nicht speziell mit dem Arbeitnehmerdatenschutz zusammen, hierzu bspw. *Conrad*, DSGVO 2.0 – Effizient(er) Schutz durch KI?, DSRITB 2019, 391, 401 ff.

50 LArbG München 23.7.2020, 2 TaBV 126/19; hierzu *Wedde*, Streit um Einigungsstellenanspruch zur Einführung eines IT-Sicherheitssystems: Anlasslose präventive Verarbeitung von Beschäftigtendaten durch KI-Software zulässig, jurisPR-ArbR 17/2021 Anm. 6.

51 Vgl. *Wedde*, Streit um Einigungsstellenanspruch zur Einführung eines IT-Sicherheitssystems: Anlasslose präventive Verarbeitung von Beschäftigtendaten durch KI-Software zulässig, jurisPR-ArbR 17/2021 Anm. 6.

52 Kaulartz/Braegelmann/*Paal*, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.7 Rn. 38.

53 Hierzu *Schefzig*, Asimov 2.0 – Datenschutzrechtliche KI-Grundregeln, DSRITB 2018, 491, 496 ff; i.E. auch *Joos*, Einsatz von

künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1217.

54 *Joos*, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, NZA 2020, 1216, 1217.

55 BeckOK DatenschutzR/von *Lewinski*, 42. Ed. 1.11.2022, DSGVO Art. 22 Rn. 24a f.

56 Hierzu *Holthausen*, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19, 28 ff.

57 Kaulartz/Braegelmann/*Meents*, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.8 Rn. 65 f.

58 Kaulartz/Braegelmann/*Hinz*, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 11 Rn. 25.

59 BeckOK DatenschutzR/Schild, 42. Ed. 1.11.2022, DSGVO Art. 4 Rn. 67; *Maschmann*, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, NZA-Beilage 2018, 115, 118; Dies gibt bereits der Unionsgesetzgeber in Art. 88 Abs. 2 DSGVO vor, vgl. *Sydow/Marsch/Tiedemann*, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 88 Rn. 18 f.

und Transparenz gewährleisten müssen.<sup>60</sup> Nicht endgültig geklärt ist dabei, ob die Betroffenen auch Einsicht in den Algorithmus selbst erlangen müssen;<sup>61</sup> dies wird oftmals technisch nicht möglich sein, weshalb zumindest über die Eingangsdaten und die Herkunft der Daten informiert werden muss.<sup>62</sup>

## V. Ausblick auf den KI-Einsatz zur Leistungskontrolle im Beschäftigungskontext im Jahr 2030

Im kommenden Jahrzehnt ist zu erwarten, dass der Einsatz von KI-Tools zur Leistungskontrolle und damit verbunden die Frage nach der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit an Bedeutung gewinnen wird. Dies betrifft Beschäftigte in der Privatwirtschaft sowie in Hochschulen und Forschungseinrichtungen gleichermaßen. Gleichzeitig sollten die hier skizzierten datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht allein als „Hemmschuh“, sondern vielmehr als „Gestaltungskorridor“ verstanden werden. Auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit hat darauf hingewiesen,

„dass in den nächsten Jahren entscheidende Weichenstellungen für die KI getroffen werden und der Datenschutz nicht zwangsläufig die Entwicklung beeinträchtigen muss.“<sup>63</sup>

Perspektivisch soll daher die folgende *These* aufgestellt werden: Richtig eingesetzt (d.h. insbesondere unter Ausschluss von automatisierten beeinträchtigenden Entscheidungen allein auf Grundlage des verwendeten KI-Tools) können „KI-basierte Einzellösungen“ zur Leis-

tungskontrolle nicht etwa zu einem Mehr an (Total-)Überwachung führen, sondern im Gegenteil der Wahrung der Anforderungen des Datenschutzrechts dienen.<sup>64</sup>

Der Einsatz von KI kann etwa zur Wahrung des Grundsatzes der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO) fruchtbar gemacht werden,<sup>65</sup> denn eine KI kann die erhobenen Daten (zum Vorteil der betroffenen Person) unmittelbar prüfen, während eine menschliche Prüfung eine längere Speicherung der Daten erforderlich machen kann. Der Einsatz von KI kann zudem dem Gebot der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) dienen, etwa durch verlässliche Techniken der Anonymisierung.<sup>66</sup> Denn während etwa im Falle der Videoüberwachung ein Mensch den Beschäftigten beobachten müsste, würde eine KI an dessen Stelle treten, die datenschutzwidrige Inhalte sogleich löschen würde. Die Privatsphäre würde so also weniger tangiert. Es entfällt insbesondere das dauerhafte „Beobachtetsein“.

Perspektivisch gedacht könnte der Einsatz von „KI-basierten Einzellösungen“ sogar eines Tages dem Stand der Technik nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO (Stichwort „Privacy by Design“) entsprechen und wären daher sogar verpflichtend.<sup>67</sup> Dies betrifft insb. die Anonymisierung. Weitergehender Schutz von Betroffenen ist auch durch den AI Act<sup>68</sup> der Europäischen Union zu erwarten, der sich derzeit noch im Gesetzgebungsverfahren befindet.<sup>69</sup> Der Verordnungsentwurf der EU-Kommission stuft in seinem risikobasierten Regulierungsansatz solche Systeme als „Hochrisiko-KI-Systeme“ ein, die grundsätzlich mit einem hohen Risiko für die Grundrechte von natürlichen Personen verbunden sind.<sup>70</sup> Solche Systeme, zu

60 Joos/Meding, Künstliche Intelligenz und Datenschutz im Human Resource Management, CR 2020, 834, 837 ff.

61 Huff/Götz, Evidenz statt Bauchgefühl? – Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von Big Data im HR-Bereich, NZA-Beilage 2019, 73, 76.

62 Huff/Götz, Evidenz statt Bauchgefühl? – Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von Big Data im HR-Bereich, NZA-Beilage 2019, 73, 77.

63 BfDI fordert datenschutzgerechten Einsatz von KI, ZD-Aktuell 2019, 06806.

64 Bisweilen wird gar eine „Pflicht“ zum Einsatz von KI diskutiert, vgl. Kaulartz/Braegelmann/Meents, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.8 Rn. 4, der jedenfalls KI-basierte Gesamtlösungen aber i.E. als kaum bis unvereinbar mit der DSGVO einstuft, Rn. 65.

65 Ebenso Kaulartz/Braegelmann/Meents, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.8 Rn. 66.

66 Kaulartz/Braegelmann/Meents, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.8 Rn. 58 ff.

67 Kaulartz/Braegelmann/Meents, Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 8.8 Rn. 67.

68 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (Entwurf zum AI Act), COM (2021) 206 final.

69 Siehe zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52021PC0206> (letzter Zugriff am 27.02.2022).

70 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (Entwurf zum AI Act), COM (2021) 206 final, S. 11, 13.

denen aufgrund der potenziellen Eingriffsintensität in die informationelle Selbstbestimmung betroffener Beschäftigter auch KI-Tools zur Verhaltens- und Leistungskontrolle gehören, müssen künftig eine Vielzahl von organisatorischen und technischen Anforderungen erfüllen, wozu auch eine erhöhte Transparenz im Sinne eines interpretierbaren Outputs (Art. 13 AIA-E) sowie eine mögliche menschliche Überwachung (Art. 14 AIA-E) gehören.

## VI. Handlungsempfehlungen

Nach richtiger Auffassung stellt das Datenschutzrecht keine unüberwindbaren Hürden für den Einsatz von KI-Systemen zur Leistungskontrolle am Arbeitsplatz auf. Vielmehr setzt es den äußeren Rahmen für die Gestaltung des Einsatzes solcher Tools.

Danach sind zumindest „KI-basierte Einzellösungen“ zur Leistungskontrolle denkbar, die in einen komplexeren Datenverarbeitungsprozess eingebettet sind und insbesondere Raum für nicht ausschließlich automatisiert erfolgende Letztentscheidungen bieten.<sup>71</sup>

Hierzu ist es auch erforderlich, bereits in der *Entwicklungsphase* (Stichwort „*Privacy by Design*“, Art. 25 Abs. 1 DSGVO) über eine Begrenzung des KI-Einsatzes zur Leistungskontrolle nachzudenken,<sup>72</sup> auch in zeitlicher Hinsicht oder begrenzt auf Stichproben, wobei KI wiederum helfen kann, ein angemessenes Maß zu finden.

## VII. Zusammenfassung

Eine Leistungskontrolle am Arbeitsplatz ist aus Sicht des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn grundsätzlich legitim, besonders weil und soweit es um die Erfüllung von Com-

pliance-Anforderungen in Betrieben und Dienststellen geht (Unterbindung von Betrug, Korruption, Spionage etc.). Dabei sind die Interessen der überwachten Beschäftigten, insbesondere deren Privatheit und Persönlichkeitsrechte, ebenso schutzwürdig. Dies gilt in besonderem Maße beim Einsatz von KI-basierten Kontrollsystemen, mit und ohne automatisierte Einzelfallentscheidung. Solange es hier aber nicht zu einer „*Totalüberwachung*“ kommt, ist eine datenschutzkonforme Gestaltung der Leistungskontrolle denkbar, zumal der IT-Einsatz helfen kann, die Kontrolle auf das erforderliche und verhältnismäßige Maß zu reduzieren. Bei der Entwicklung entsprechender Systeme sollten Juristen und Informatiker zusammenwirken, ihr Einsatz muss zudem transparent und für alle Betroffenen (notfalls gerichtlich) überprüfbar sein. Eine Verhaltens- und Leistungskontrolle von wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und in Forschungseinrichtungen ist im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit nur sehr eingeschränkt möglich und zulässig. Auch hier können KI-Systeme aber künftig sinnvoll eingesetzt werden, um missbräuchlichem Verhalten Einhalt zu gebieten.

Prof. Dr. Dirk Heckmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Sicherheit der Digitalisierung an der Technischen Universität München. Nebenamtlich wirkt er als Direktor am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation ([www.bidt.digital](http://www.bidt.digital)) und als Verfassungsrichter am Bayerischen Verfassungsgerichtshof.

Dr. Lorenz Marx ist Corporate Counsel bei Amazon. Zuvor war er Rechtsanwalt bei verschiedenen Großkanzleien. Von 2019-2021 hat er als PostDoc und geschäftsführender Assistent maßgeblich den neuen Lehrstuhl von Professor Heckmann an der TU München mit aufgebaut.

71 Kaulartz/Braegelmann/Meents, *Artificial Intelligence und Machine Learning*, Kap. 8.8 Rn. 65 f.

72 Praktische Schwierigkeiten könnte eine solche Begrenzung des KI-Einsatzes insbesondere im Hinblick auf die fortschreitende Verbreitung von Big Data-Analysen und die immer tiefgrei-

ferendere Vernetzung i.R.v. Industrie 4.0 bereiten; hier ist es ggf. kaum mehr möglich, einzelne Use Cases/Beschäftigte/Zeitpunkte „herauszufiltern“, vgl. Puschky, *Datenschutzrechtliche Implikationen in der Industrie 4.0 am Beispiel des Forschungsprojekts „IIP-Ecosphere“*, ZD-Aktuell 2021, 05101.

# Hans Burkhardt

## *Ein Beitrag zur Künstlichen Intelligenz*

Dieser Aufsatz wird nicht in der Lage sein, das Thema umfassend zu behandeln,<sup>1</sup> vielmehr werden wesentliche Gedankenansätze der Künstlichen Intelligenz (KI) beleuchtet und erläutert. Auf Mathematik wird weitgehend verzichtet. Der Beitrag zeigt die elementaren Wirkprinzipien heutiger KI auf, verweist auf eine Reihe erfolgreicher Anwendungen und zeigt Perspektiven für die Zukunft auf.

### I. Was ist künstliche Intelligenz?

Die Vision, dass Maschinen eines Tages sprechen, abstrakte Konzepte bilden, die gleichen Probleme wie Menschen lösen und sich ständig verbessern, führte 1956 zur Gründung des Forschungsgebiets Künstliche Intelligenz (KI). Es war schon immer ein Traum der Informatiker, dass man mit einem Computer intelligenter Dinge tun kann als nur Zahlen zu addieren und zu multiplizieren.

Künstliche Intelligenz (KI, engl. artificial intelligence oder AI) definiert man heute als Teilgebiet der Informatik, das sich mit der Automatisierung intelligenten Verhaltens und dem maschinellen Lernen befasst. Der Begriff, ist schwierig zu definieren, da es bereits an einer genauen Definition von „Intelligenz“ mangelt. Dennoch wird er in Forschung und Entwicklung verwendet.<sup>2</sup>

Im Allgemeinen bezeichnet Künstliche Intelligenz (KI) den Versuch, bestimmte Entscheidungsstrukturen des Menschen nachzubilden, indem z. B. ein Computer so gebaut und programmiert wird, dass er von Daten lernen und relativ eigenständig Probleme bearbeiten kann. Künstliche Intelligenz gilt als die wichtigste Basistechnologie unserer Zeit, verbunden mit der Aussicht auf substantielle Produktivitäts- und Wachstumseffekte quer durch alle Branchen. Nach vielen Misserfolgen dauerte es über 55 Jahre bis die KI leistungsfähige Ergebnisse vorweisen konnte. Vor etwa 10-12 Jahren hatte die KI letztendlich ihren Durchbruch.

### II. Paradigmenwechsel: vom modellbasierten Ansatz zum Lernen

Die frühen Jahre der Künstlichen Intelligenz (erste Ansätze schon 1956) waren ein ziemlicher Misserfolg (syntaxorientierte, graph- und regelbasierte Ansätze).

Der klassische Ansatz der KI zur Lösung von Problemen, wie auch in vielen anderen Bereichen sieht folgendermaßen aus: Man macht sich ein deterministisches oder auch stochastisches mathematisches Modell von einer Problemstellung und mit numerischen Optimierungsmethoden ermittelt man die Parameter des Modells, welche eine Zielfunktion oder ein Gütekriterium optimal erfüllen. Dabei sind i. Allg. sehr schwierige mathematische Gleichungen zu bewältigen.

Mit diesem Ansatz war die KI jedoch über einige Jahrzehnte sehr wenig erfolgreich.

#### 1. Künstliche Neuronale Netze

Mit dem Einsatz von künstlichen Neuronalen Netzen (KNN) vollzog man einen radikalen Paradigmenwechsel.

Anstatt für ein Problem ein Modell zu entwickeln, die Parameter eines Lösungsansatzes zu optimieren und einen Algorithmus zu schreiben (prozedurale schrittweise Anweisungen) trainiert man ganz einfach ein Neuronales Netz mit Daten oder Ergebnissen von einem Experiment, um eine optimale Lösung durch systematische Suche über dem gesamten Ereignisraum zu finden.

In Anlehnung an das menschliche Gehirn schuf man ein mathematisches Modell von einem NN. Solch ein Netz lernt, ohne dass man auch nur eine einzige Zeile Programmcode schreiben muss. Den Code für ein Netz schreibt man nur einmal für die Netzoptimierung und dann kann es für unterschiedliche Aufgaben i. Allg. unverändert übernommen werden.

<sup>1</sup> 2021 Study Panel Report der Stanford University „*The One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100)*“, umfasst 82 Seiten.

<sup>2</sup> Wikipedia: „*Künstliche Intelligenz*“.

Für ein einzelnes natürliches Neuron (Abb. 1) wurde 1943 ein mathematisches Modell veröffentlicht, welches heute noch Verwendung findet (Abb. 2).

Die neuronale Aktivität wird durch ein Skalarprodukt zwischen dem Gewichtsvektor  $w$  und den Eingangskanälen  $x_i$  mit einer sich anschließenden nichtlinearen Aktivierungs-Funktion  $f(s)$  beschrieben. Die Eingangskanäle werden gespeist von Sensoren wie das Auge oder das Ohr. Dabei können die Erregungen  $x_i$  verstärkend oder hemmend wirken, was zu positiven oder negativen Gewichtswerten  $w_i$  korrespondiert. Ein hoher Gewichtswert bedeutet, dass ein Neuron seine Information mit hohem Einfluss an ein Neuron der nächsten Schicht weitergibt, ein niedriger Gewichtswert bedeutet, dass das Vorgängerneuron keinen großen Einfluss auf das nachfolgende Neuron besitzt.

Ein einzelnes Neuron kann bis zu 10.000 Synapsen besitzen und damit von so vielen Neuronen der vorhergehenden Schicht beeinflusst werden.

Das gesamte Gehirn besteht nun aus sehr vielen Lagen solcher Neuronen, wobei ein Neuron einer Schicht

seine Information an die Neuronen der nachfolgenden Schichten weitergibt. Damit erhält man das Modell des Multilagen-Perceptrons.

Die Ein-Ausgangsabbildung oder die Funktion des Netzes wird allein durch die Gewichte der Synapsen in Abb. 2 festgelegt. Lernen bedeutet diese Gewichte optimal an die Bedürfnisse des Netzes anzupassen. Stark vereinfacht geschieht dies, indem man die Gewichte geringfügig verändert und den Wert beibehält, falls das Ergebnis sich dadurch verbessert hat. Das Netz wird durch das Ergebnis einer Zielfunktion belohnt oder bestraft, falls man eine richtige oder falsche Anpassung eines Gewichtes durchgeführt hat. Dieses verstärkende Lernen („*Reinforcement Learning*“) nutzt ein ähnliches Prinzip wie das menschliche Gehirn. Eine Zielfunktion ist z. B. beim Schachspielen die Anzahl der gewonnenen Partien.

Genauer gesagt beinhaltet Lernen den Einsatz von numerischen Optimierungsverfahren für die Berechnung der Gewichte. Beliebte sind Gradientenalgorithmien (z.B. Backpropagation-Algorithmus) zur Maximierung einer Zielfunktion. Wenn man auf den höchsten Berg im



Abb. 1: Natürliches Neuron

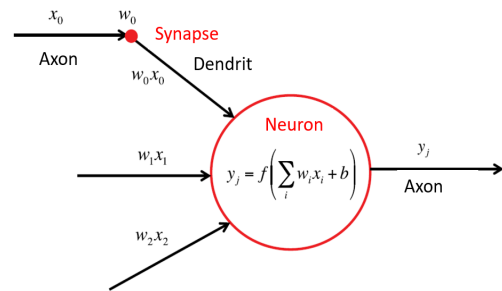


Abb. 2: Mathematisches Modell eines Neurons mit seinen Verbindungen von 1943<sup>3</sup>

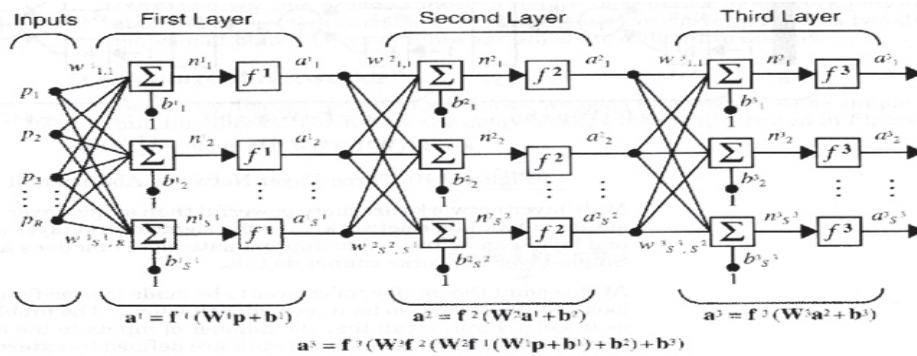


Abb. 3: Das Multilagen-Perceptron mit 3 Schichten<sup>4</sup>

3 W. S. McCulloch and W. Pitts: “A logical calculus of the ideas immanent in neurons activity”, Bull. Math. Biophys., vol. 5, pp. 115–133, 1943.

4 Rosenblatt, in: The perceptron: a probabilistic model for information storage and organization in the brain“, Psychological Review, 1958.

Schwarzwald möchte, so erreicht man das, indem man immer den Weg des steilsten Anstiegs folgt (Gradientenalgorithmus). Sucht man die  $xy$ -Koordinaten des Feldbergs und startet man mit den Koordinaten von Bärental, so wird man damit aller Voraussicht nach am Feldberg rauskommen. Der Feldberg ist das globale Maximum im ganzen Schwarzwald mit 1493 m. Startet man hingegen in Menzenschwand und folgt immer dem Weg des steilsten Anstiegs, so wird man voraussichtlich am Herzogenhorn rauskommen. Dies ist nur ein lokales Maximum mit nur 1414 m Höhe und damit lediglich eine suboptimale Lösung.

**Universalität eines KNNs:** Es gibt einen schönen Beweis, dass man mit nur 3 Lagen eines Perceptrons jede beliebige mathematische Abbildung realisieren kann. Aber mit immer mehr Lagen erhöht man die Flexibilität und damit die Leistungsfähigkeit eines KNNs.

**Generalisierungsfähigkeit eines NN:** Wichtig zu wissen ist, wie sich das Netz in nicht gelernten Situationen verhält. KNNs sind im Allgemeinen in der Lage zu

interpolieren oder auch zu extrapolieren und damit auch auf nicht gelernte Situationen zu reagieren.

Dieser Lernansatz mit Künstlichen Neuronalen Netzen war revolutionär in der KI, aber die Netze waren für die Praxis weitgehend untauglich. KNNs erfüllten vor 20 Jahren noch nicht die an sie gesetzten Hoffnungen und wurden ad acta gelegt. Man konnte lediglich relativ kleine Netze bis etwa 1.000 - 10.000 Neuronen numerisch stabil beherrschen. Dies reichte wegen der geringen Variabilität nicht aus, um reale große Probleme zu lösen. Wählte man größere Netze, so erzielte die Optimierung i. Allg. nur suboptimale und weitgehend unbrauchbare Ergebnisse und man hat deshalb den KNNs keine Zukunft gegeben.

Sie waren zu diesem Zeitpunkt lediglich eine akademische Spielwiese, aber kein reales Instrument für harte Anwendungen. Andere mathematische Methoden waren wesentlich leistungsfähiger (z.B. Support Vector Machines).

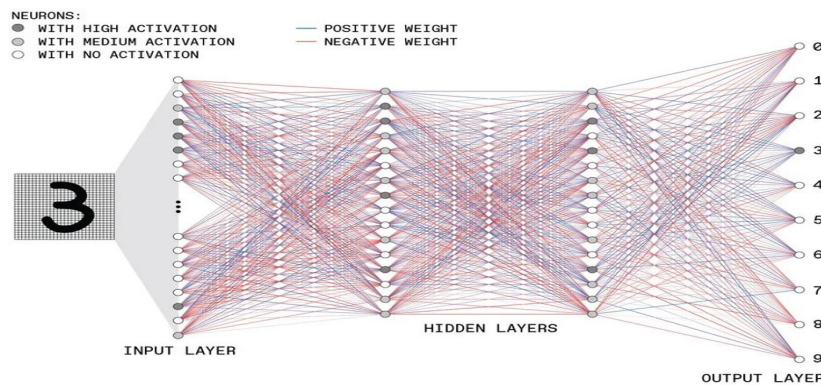


Abb. 4: Ein künstliches Neuronales Netz mit mehreren Lagen zur Mustererkennung von handgeschriebenen Ziffern

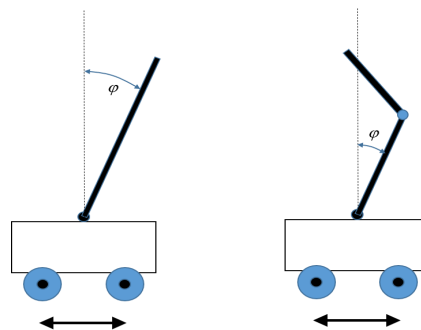


Abb. 5a: Überkopfpendel

Abb. 5b: Überkopfpendel mit einem zweiten Gelenk



### III. Überkopfpendel

Ein sehr frühes Experiment in der KI war das Überkopfpendel, wobei damit insbesondere der Paradigmenwechsel verdeutlicht werden kann.

Ein kleiner Wagen muss so bewegt werden, dass ein Stab mit einem Gelenk auf dem Wagen nicht umfällt (Abb. 5). Selbst wenn man den Stab antippt (Störung), muss er wieder ausgeregelt werden und darf nicht umfallen.

Dieses Problem wurde schon vor längerer Zeit analytisch gelöst. Man hat eine Differentialgleichung für die Bewegung und die Dynamik des Stabes aufgestellt und dann mit Methoden der Regelungstheorie einen Regler entwickelt. Dies gelingt auch für den schwierigeren Fall, dass der Stab noch ein zweites Gelenk hat (theoretisch wurde auch der Fall mit  $n$  Gelenken gelöst); auch dieser Stab wird senkrecht gehalten.

Die gleiche Regelung wird z.B. beim Start einer Rakete benötigt. Ohne Regelung würde die Rakete nach kurzer Zeit umkippen.

Man kann nun aber einwenden, dass es auch einem Kind nach einiger Zeit Übung gelingt, einen Stab auf der Hand zu balancieren, ohne etwas von Differentialgleichungen und Reglerentwurf zu verstehen. Das Kind lernt die Lösung durch Experimentieren.

Dies hat KI-Wissenschaftler motiviert, das Problem des Überkopfpendels mit einem KNN zu lösen, was mit großem Erfolg gelang und mit einem wesentlich geringeren Entwicklungsaufwand verbunden war als die analytische Lösung. Ein schönes Video für die Regelung eines Überkopfpendels mit einem zweiten Gelenk findet man unter der Internet-Adresse.<sup>5</sup>

Ein sehr ähnliches Beispiel, aber noch wesentlich komplexer, ist die Aufgabe, einem humanoiden Roboter den aufrechten Gang oder Treppen steigen beizubringen. Die Robotik hat erstaunlich lange gebraucht, um wirklich funktionierende humanoide Zweibeiner zu entwickeln. Denn Gehen ist keine einfache Aufgabe, vor allem auf zwei Beinen. Man muss die Vorwärtsbewegung kontrollieren und sich gleichzeitig aufrecht halten. Es gelang mit Hilfe eines Neuronales Netzes und Reinforcement Lernen erfolgreich eine recht flüssig aussehende humanoide Gehbewegung nachzuahmen.<sup>6</sup> Ein eindrucksvolles Video findet man unter.<sup>7</sup>

### IV. Deep Blue

Ein erster Durchbruch der KI gelang 1996 als mit dem von IBM entwickelten System Deep Blue, mit der Schach-Weltmeister Garri Kasparov in sechs Partien geschlagen wurde. Die Software dazu war klassisch regelbasiert geschrieben und der Entwicklungsaufwand dafür war erheblich. Schachcomputer im Stil von Deep Blue verrichten ihre Arbeit mithilfe des sogenannten Alpha-Beta-Algorithmus. Dahinter steckt im wesentlichen brutale Rechengewalt („brute force“-Ansatz), wobei alle möglichen Züge bis zu einer gewissen Spieltiefe durchgerechnet werden. Außerdem war der Ansatz zwar adaptiv, aber nicht lernend.

Das Projekt Deep-Blue kostete IBM insgesamt etwa 5 Millionen US-Dollar. Zudem musste ein sehr leistungsfähiger großer Rechner verwendet werden.

Im Vorgriff auf die nächsten Kapitel: Alpha Zero lernte Schach in nur 4 Stunden und erreichte einen Elo-Wert von ca. 3300. Der Elo-Wert ist eine Maßzahl für die Spielstärke einer Person oder einer Maschine. Der amtierende Weltmeister Magnus Carlsen hat einen Elo-Wert von etwa 2.850. Ein Mensch braucht in der Regel mindestens 15 Jahre um auf Weltniveau Schach zu spielen.

### V. Der Durchbruch: Deep Learning mit Faltungsnetzen.

Es gab einen historischen Durchbruch der künstlichen Intelligenz in den Jahren 2008-2016 mit Hilfe sehr großer künstlicher Neuronaler Faltungsnetze (convolutional networks) mit vielen Lagen (Deep Learning). Damit ist man in der Lage sehr große Datenmengen zu verarbeiten. Wir können Maschinen entwickeln, welche intelligentes Handeln direkt aus den vorliegenden Daten lernen können, anstatt programmiert zu werden.

Heute beherrscht man durchaus Netze mit  $10^8 - 10^{11}$  Neuronen mit stabilen numerischen Ergebnissen. Das menschliche Gehirn zum Vergleich, besitzt  $10^{11} = 100$  Milliarden Neuronen.

Bei Faltungsnetzen (convolutional networks, CNN) sind lokal benachbarte Neuronen miteinander gekoppelt. Dies kann als mathematische Regularisierung des KNNs interpretiert werden und deshalb konvergieren

5 Video Überkopfpendel: <https://blog.otoro.net/2015/02/11/cne-algorithm-to-train-self-balancing-double-inverted-pendulum/> (letzter Zugriff am 08.03.2023)  
<https://otoro.net/ml/pendulum-cne/> (letzter Zugriff am 08.03.2023)

6 Haarnoja, Tuomas, et al. „Learning to walk via deep reinforcement learning.“ arXiv preprint arXiv:1812.11103 (2018).

7 Video zum Thema Laufen lernen: <https://youtu.be/WmN7zq-D3cg> (letzter Zugriff am 08.03.2023)

damit auch sehr große und tiefe Netze mit vielen Lagen, wie sie in realen Anwendungen benötigt werden.

Es gab glücklicherweise ein paar wenige Wissenschaftler, welche den Glauben an das Potential der KNNs trotz der frühen Misserfolge nicht verloren. Ihnen ist es zu verdanken, dass KNNs heute auch für sehr große Netze in realen Anwendungen eingesetzt werden können. *Yoshua Bengio*, *Geoffrey Hinton* und *Yann LeCun*, wurde 2018 der Turing Award verliehen; diese Auszeichnung gilt als der Nobelpreis der Informatik. Alle drei werden durch ihre zum Teil gemeinsamen Arbeiten als „Väter der Deep-Learning-Revolution“ angesehen (siehe dazu auch<sup>8,9</sup>). *Yan LeCun* gilt als Schöpfer der Convolutional Neural Networks.

## VI. AlphaGo Zero und Alpha Zero von Deep Mind (Google)

### 1. AlphaGo Zero (Okt 2017)<sup>10</sup>

Das Chinesische Brettspiel Go besteht aus nur vier Grundregeln, gilt aber als eines der komplexesten Brettspiele der Welt, wesentlich komplexer als Schach.

Vier Versionen von AlphaGo zählt DeepMind mittlerweile. Sie alle beruhen auf einer Kombination von neuronalen Netzen und der Baumsuchtechnik Monte Carlo Tree Search (MCTS).

Die ursprüngliche AlphaGo-Version, besiegte 2016 den 18-fachen Go-Weltmeister Lee Sedol mit 4:1. AlphaGo trainierte ein KNN zunächst mit allen je international aufgezeichneten Go-Wettbewerben. Danach spielten zwei AlphaGo-Maschinen gegeneinander und verbesserten ihre Spielstärke noch einmal um einen deutlichen Prozentsatz.

Der Nachfolger AlphaGo Zero, lernt durch Millionen von Partien gegen sich selbst, vorgegeben werden lediglich die Spielregeln.

Ein neues Paradigma: Lernen ohne jegliches Vorwissen und Verzicht auf menschliches Wissen! Vorhergehende Versionen lernten zunächst tausende von Menschen auf Turnieren gespielte Partien. Der Lernvorgang funktioniert alleine nach dem Prinzip des „Reinforcement-Learning“, indem das Programm gegen sich selbst spielte und ohne das menschliche Vorwissen über Eröffnungen und Endspiele zu verwenden und ohne die komplexe Theorie der Spiele zu studieren. Es stellte sich heraus, dass die Verwendung von menschlichem Wissen eher hinderlich war und zu einer schlechteren Konvergenz des Lernvorgangs führte.

Ein menschlicher Spieler hätte inzwischen keine Chance mehr gegen die Maschine zu gewinnen (Abb. 6).

Sehr interessant ist auch, dass die KI vollkommen neue Spielstrategien herausfand, welche zuvor noch von keinem menschlichen Spieler gespielt wurden.

### 2. Alpha Zero von DeepMind (Dez 2017)<sup>11</sup>

Alpha Zero zeigt eine völlig neue Entwicklung auf, nämlich hin zur universellen Lernmaschine.

AlphaZero ist ebenfalls eine Software der Google-Tochter DeepMind. Der Nachfolger von AlphaGo lernt durch Millionen von Partien gegen sich selbst, vorgegeben werden lediglich die Spielregeln.

Ein selbstlernender Algorithmus hat 3 komplexe strategische Spiele gelernt, ohne die komplizierte Theorie, welche sich dahinter verbirgt, zu studieren. AlphaZero war in der Lage, mit einem einzigen KNN gleichzeitig **Go**, **Schach** und **Shogi** (Japanisches Schach) zu lernen.

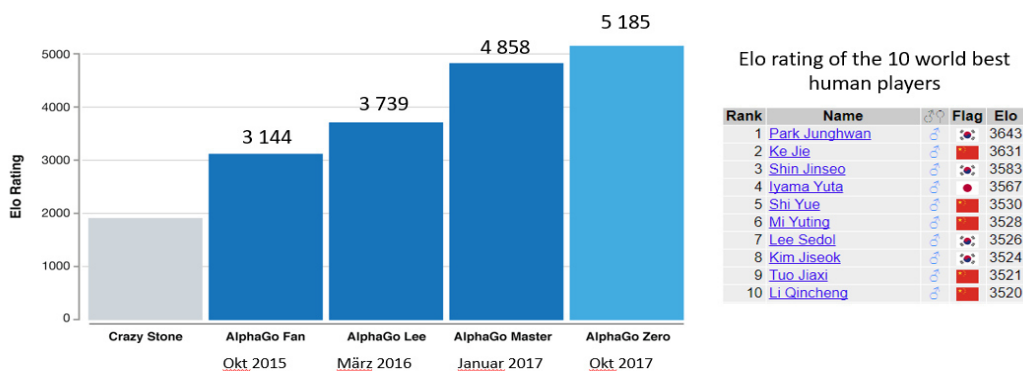


Abb. 6: Fortschritt in der Spielstärke von AlphaGo

8 Sze, Y. H. Chen, T. J. Yang and J. S. Emer: „Efficient Processing of Deep Neural Networks: A Tutorial and Survey“, In Proceedings of the IEEE, vol. 105, no. 12, pp. 2295-2329, Dec. 2017

9 Jason Mayes: „Machine Learning 101“, [https://docs.google.com/presentation/d/1kSuQyW5DTnkVaZEjGYCkFOxvzCqGEFzWB4y49Ueddgk/edit#slide=id.g168a3288f7\\_o\\_58](https://docs.google.com/presentation/d/1kSuQyW5DTnkVaZEjGYCkFOxvzCqGEFzWB4y49Ueddgk/edit#slide=id.g168a3288f7_o_58) (letzter Zugriff am

(08.03.2023).

10 David Silver et al.: „Mastering the game of Go without human knowledge“, Nature 550, 354–359 (19. October 2017).

11 David Silver et al.: „Mastering Chess and Shogi by Self-Play with a General Reinforcement Learning Algorithm“, arXiv:1712.01815 [cs. AI], Cornell University.

Ohne jegliches Vorwissen, außer den Spielregeln, erreichte das System nach 24 Stunden übermenschliche Spielstärke in allen drei Spielen.

Das System lernte:

- Shogun in nur 2 Stunden
- Schach in 4 Stunden
- Go in 8 Stunden

Die ursprüngliche AlphaGo-Version, musste noch mehrere Monate lang trainiert werden!

Bei der hohen Überlegenheit des Ansatzes gegenüber Menschen macht es keinen Sinn mehr KI-Lösungen durch Testspiele gegen die besten Spieler der Welt zu beweisen. „Computerschachprogramme sind mittlerweile so gut, dass es illusorisch ist, dagegen zu spielen“, sagt der Weltklassemann Johannes Zwanzger.

Deshalb hat man Alpha Zero gegen die bisher besten klassisch entworfenen Brettspielprogramme antreten lassen. Es spielte stärker als Stockfish (Schach) und Elmo (Shogi) und bewies damit eindrucksvoll die Überlegenheit des selbstlernenden Ansatzes der KI, bei gleichzeitig wesentlich geringerem Entwicklungsaufwand. Außerdem war es stärker als das zuvor nur für Go entwickelte AlphaGo Zero.

In 100 Spielen hat AlphaZero kein einziges Spiel in Schach verloren, es verlor 8 bei Shogi und 40 bei Go. Der Algorithmus lief auf einem einzigen PC mit 4 TPUs. Stockfish und Elmo verwendeten 64 CPU-Kerne.

### 3. Fortschritte bei der Hardware und dem Energieverbrauch beim Spielen

Die Fortschritte beim Energieverbrauch und bei der Komplexität der verwendeten Hardware sind enorm. Nur noch eine Maschine mit 4 TPUs braucht AlphaGo Zero; bei der ersten Version war es noch ein Cluster mit

über 1000 CPU-Kernen und 176 GPUs. Tensor Processing Units (TPUs), auch Tensor-Prozessoren, sind von Google entwickelte anwendungsspezifische Chips um Anwendungen im Rahmen des maschinellen Lernens zu beschleunigen.

Es wird voraussichtlich nicht lange dauern, bis diese Spielleistung auch auf Mobiltelefonen verfügbar sein wird.

## VII. Besser als der Mensch

Der Gradmesser für Leistungsmessungen bei Künstlicher Intelligenz war immer der Mensch

Inzwischen sind viele KI-Lösungen in unterschiedlichsten Anwendungen wesentlich besser geworden als der Mensch und sie lernen auch wesentlich schneller. Man darf gespannt sein, was von dieser Entwicklung noch zu erwarten ist. Neurochips lernen 10.000-mal schneller als unser Gehirn und sie finden häufig neue Lösungen für Probleme, welche Menschen zuvor noch nie entdeckt haben.

Weitere Anwendungsbeispiele der KI:

- **Klarer Sieg für die künstliche Intelligenz:** Beim US-Game-Show-Klassiker „Jeopardy“ hat der IBM-Computer „Watson“ (semantische Suchmaschine) zwei menschliche Champions besiegt (2011).
- **Lernen von Atari-Spielen mit KI** basierend alleine auf Videoaufnahmen des Computer-Bildschirms. Ersten Ansätzen mit Reinforcement Lernen gelang es sehr erfolgreich eine Anzahl von Atari-Spielen zu lernen. Man scheiterte jedoch bei bestimmten Spielen. Die Autoren von „Go-Explore“<sup>12</sup> erzielten erhebliche Fortschritte durch eine Kombination von CNNs mit strategischen Entscheidungsstrategien

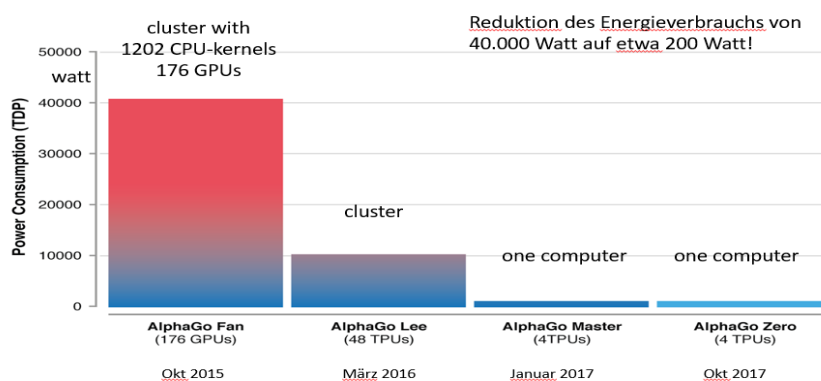


Abb. 7: Fortschritte bei der Hardware und dem Energieverbrauch beim Spielen

12 Ecoffet, A., Huizinga, J., Lehman, J., Stanley, K. O., & Clune, J.

(2021). „First return, then explore“, Nature, 590(7847), 580-586.

und Domänenwissen. Go-Explore merkt sich konkrete Zustände der Lösungsdomäne und geht immer wieder zum letzten erfolgreichen Punkt zurück, um von dort aus erneut alles zu erkunden. In allen 55 getesteten Titeln spielte Go-Explore insgesamt übermenschlich, selbst im Erkundungsspiel „Pitfall!“, in dem ältere KIs bislang überhaupt keine Punkte erzielen konnten. Das Programm setzte einen Rekord indem es den menschlichen Weltrekord brach.

– **Handschrifterkennung:**

Handschrifterkennung war schon immer eine Domäne des Menschen, welche man von Kind auf trainiert hat. Maschinelle Lösungen taten sich zunächst schwer, vergleichbare Lösungen zu finden. Klassische Ansätze der Mustererkennung erreichten dann doch bemerkenswerte Ergebnisse mit einer Fehlerrate von nur 0,6%. Getestet wurden die Lösungen anhand der MNIST-Datenbank, welche tausende von handgeschriebenen Buchstaben und Ziffern enthält. Menschen erreichen bei dieser Datenbank eine Fehlerrate von 1,4%. Die besten Ergebnisse mit Deep Learning liegen inzwischen bei einer Fehlerrate von 0,21% und damit fast 7-mal besser als der Mensch.<sup>13</sup>

– **Ankündigung von DeepMind Health durch Google** (24. Febr. 2016)

– **Google: DeepMind reduzierte mit maschinellem Lernen den Energieverbrauch der Kühlsysteme in ihren Forschungszentren um erstaunliche 40%.**

– **Google trainiert ein einziges Neuronales Netz welches 100 Sprachen übersetzen kann.**

– **Luftkampf (Dog Fight) gegen einen der erfahrensten Piloten der US-Air Force.** Der Pilot hatte keine Chance gegen die KI.

– **Sieg beim Pokerspiel:** Die siegreiche KI-Software mit Namen Libratus wurde von zwei Forschern der

Carnegie Mellon-Universität entwickelt und strich bei dem Match gegen vier der weltbesten Pokerspieler mit deutlichem Vorsprung den angeblichen Millionen-Pot ein. Dies ist insofern bemerkenswert, weil man der KI keinen so großen Erfolg prophezeit hat, wo die menschliche Intuition oder das „Bauchgefühl“ benötigt wird.

– **ImageNet** ist ein jährlicher Bilderkennungswettbewerb, also z.B. die Frage ist in einem Bild eine Katze zu finden. 2015 unterbot ein Deep-Learning-System von Microsoft in einer Kategorie mit 4,9 Prozent die menschliche Fehlerrate von 5,1 Prozent.

– **Google Musiksuche;** die Musikerkennungssoftware von Google erkennt in wenigen Sekunden, welches Musikstück gerade zu hören ist; vielmehr ist das Programm jetzt auch in der Lage, Musikstücke durch bloßes Vorsummen, Pfeifen oder Singen zu erkennen.

## VIII. Computer-Hardware

Der Erfolg beim Maschinellen Lernen ist nur möglich mit enormer Rechenleistung. Eine zentrale Rolle spielen dabei GPUs. Eine „GPU“ ist die Graphic Processing Unit, also der Prozessor der Grafikkarte eines PCs. Mit solchen Graphikkarten lassen sich Lernvorgänge bei großen KNNs erheblich beschleunigen.

Leistungsdaten der Grafikkarte NVIDIA GeForce GTX 1080:

- 2.560 Kerne, Takt: 2 GHz
- 7,2 Milliarden Transistoren
- 10 TeraFLOPS =  $10^{13}$  FLOPS = 10.000.000.000.000 FLOPS
- (1 FLOP ist eine Floating-Point-Operation wie z.B. eine Addition oder eine Multiplikation zweier Gleitkommazahlen)



Abb. 8: Grafikkarte NVIDIA GeForce GTX 1080

<sup>13</sup> A. Baldominos, Y. Saez, P. Isasi: “A survey of handwritten character recognition with MNIST and EMNIST” Applied Sciences, 2019 - mdpi.com (letzter Zugriff am 08.03.2023).

- Etwa 100-mal schneller als ein PC
- Energieverbrauch: ca. 150 Watt
- Kosten: ca. 800,-€

Zum Vergleich:

- 2002 erreichte der weltweit schnellste Supercomputer 10 TFLOPS,
- Energieverbrauch: 3,2 MWatt
- Kosten: 50 Mios
- 

Dass man heute alles auf einem PC rechnen kann und keinen Supercomputer für 50 Millionen braucht, hat ganz wichtig dazu beigetragen, dass viele tausend Wissenschaftler und Entwickler auf der ganzen Welt heute an solchen Problemen arbeiten und die Systeme weiterentwickeln können.

## XI. Ausblick

In den letzten 5 Jahren hat die KI große Fortschritte insbesondere auf folgenden Gebieten gemacht: Computer Vision, Spracherkennung und Sprachsynthese, natürliches Sprachverstehen, Bild- und Video Generierung, Multiagentensysteme, Planungsstrategien, Robotik, Spiele, medizinische Diagnose, Logistik, autonomes Fahren, Übersetzer, Arzneimittelsynthese. Fortschritte wurden erzielt in Bezug auf: Lernen, Leistungsfähigkeit, Hardware und Energieverbrauch.

Es ist zu erwarten, dass in naher Zukunft viele weitere Anwendungsgebiete hinzukommen. Z.B. werden Suchmaschinen in der Lage sein, wesentlich präzisere semantische Anfragen zu beantworten und nicht nur eine Ansammlung von Stichwörtern auszuwerten. Auf Mobiltelefonen wird die KI bereits intensiv eingesetzt.

Google ist überzeugt vom großen Potential von Deep Learning und hat deshalb mit einer Erstinvestition von

600 Mio US\$ die Tochterfirma Deep Mind gegründet. Apple, IBM und Microsoft ziehen nach und stellen viele neue Mitarbeiter für dieses Gebiet ein.

China strebt nach weltweiter Dominanz bei Künstlicher Intelligenz. Der Staatsrat der Volksrepublik China hat im Juli 2017 die Künstliche Intelligenz zur wichtigsten Schlüsseltechnologie erklärt und einen Plan zu deren Weiterentwicklung beschlossen mit enormen Investitionen. Schon 2030 soll die chinesische KI-Industrie mindestens 150 Milliarden US\$ auf diesem Gebiet umsetzen.

Trotz der großartigen Erfolge der KI im letzten Jahrzehnt, müssen die Ergebnisse jedoch auch etwas relativiert werden, da alle damit gelösten Probleme wie etwa typischerweise das Schachspiel, einer gewissen Klasse von Intelligenz zuzuordnen sind, welche man als „mechanistische Intelligenz“ bezeichnen könnte und welche alle eine klar formulierbare Ein-/Ausgangsfunktionalität aufweisen. Wenn es hingegen um Gebiete der Intelligenz geht, wo Eigenschaften wie etwa Kreativität, Intuition oder Assoziativität gefragt sind, dann kann die KI noch keine so großen Erfolge im Vergleich zum Menschen vorweisen. Hier ist der Mensch der Maschine noch deutlich überlegen; aber es wird daran gearbeitet.

Man kann jedoch feststellen, dass der Traum der Informatiker, menschliche Intelligenz mit Computern nachzubilden, in den letzten 10 Jahren zu einem bemerkenswerten Teil in Erfüllung gegangen ist.

Der Autor ist Professor am Institut für Informatik an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Seine Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Computer Vision, Künstliche Intelligenz und Mustererkennung.

# Thomas Würtenberger

## *Studium der Psychotherapie – auch an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften?*

### Übersicht\*

*I. Verbot der Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften durch § 9 Abs. 1 Psychotherapeutengesetz – PsychThG*

- 1. Zugang zum Psychotherapiestudium*
- 2. Zielsetzungen der reformierten Psychotherapeutenausbildung*

*II. Zum Schutz der Lehrfreiheit von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften*

- 1. Zum Eingriff in die Lehrfreiheit*
- 2. Zur Verfassungswidrigkeit der Prämissen des Psychotherapeutengesetzes*

*a) Lenkung und Begrenzung der Ausbildungskapazität*

*b) Zur Fähigkeit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften zur Organisation der Ausbildung von Psychotherapeuten*

*3. Keine Rechtfertigungsmöglichkeit des Ausschlusses der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften aus der Psychotherapeutenausbildung*

*a) Zu den Grundrechten Dritter als verfassungsimmanente Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG*

*aa) Schutz der Studierenden*

*bb) Schutz der Gesundheit der psychotherapeutisch zu behandelnden Personen*

*b) Ausschluss der Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften verfassungswidrig*

*aa) Verkennung des Profils der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften*

*bb) Psychotherapeutenausbildung auch ohne Grundlagenforschung*

*c) Insbesondere zur Gleichwertigkeit des Psychotherapie-Bachelors an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften mit einem entsprechenden universitären Bachelor*

### *III. Ergebnis*

Nach dem „*Artikelgesetz zur Reform der Psychotherapeutenausbildung vom 15.11.2019*“<sup>1</sup> findet die Psychotherapeutenausbildung mit einem dreijährigen Bachelor- und zweijährigen Master-Studium nur an Universitäten statt.

Der zuvor mögliche Ausbildungsweg unter Beteiligung der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften<sup>2</sup> wurde verschlossen. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage: Ist dieser vollständige Ausschluss der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung mit ihrer von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Lehrfreiheit vereinbar?

### **I. Verbot der Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften durch § 9 Abs. 1 Psychotherapeutengesetz – PsychThG**

Die Psychotherapie befasst sich mit der Behandlung von psychischen Erkrankungen mit interaktiven psychologischen Mitteln. Im Psychologie-Studium, dessen besondere Spezialisierung sich der Ausbildung zum Psychotherapeuten widmet, werden Methoden und Praxis der Verfahren psychologischer Krankenbehandlung vermittelt.

#### 1. Zugang zum Psychotherapiestudium

Nach § 9 Abs. 1 PsychThG ist für Studierende, die nach dem 1. 9. 2020 eine Psychotherapeutenausbildung absolvieren wollen, nur das Studium an einer Universität oder an einer vergleichbaren Hochschule möglich. Als vergleichbar wird eine Hochschule erachtet, der das *Promotionsrecht* verliehen ist.<sup>3</sup> Soweit Hochschulen für Angewandte Wissenschaften kein Promotionsrecht haben, was in der Regel der Fall ist, sind sie nicht berechtigt, ein Studium der Psychotherapie anzubieten.

Damit ist ein universitäres Studium Voraussetzung für die Erteilung der für die Berufsaufnahme erforderlichen Approbation (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 PsychThG). Das Psychotherapiestudium erfolgt in einem Bachelorstudiengang, der polyvalent ausgestaltet sein kann, sowie in einem darauf aufbauenden Masterstudiengang (§ 9 Abs. 3 S. 1 PsychThG). Die Studiengänge müssen nach dem Hochschulrecht der Länder akkreditiert sein (§ 9 Abs. 4 S. 1 PsychThG).

\* Die Ausführungen beruhen zum Teil auf einem Rechtsgutachten.

1 BGBl 2019 I, S. 1604.

2 §§ 5, 6 Psychotherapeutengesetz vom 16. 6. 1998, BGBl. I, S. 1311

3 Hierzu *Sandberger*, Abschlüsse, Promotion, Habilitation, in Haug (Hg.), *Das Hochschulrecht in Baden- Württemberg*, 3. Aufl. 2020, Teil 3, Rn. 728 f.

Diese Anforderungen an eine universitäre Psychotherapeutenausbildung haben zur Folge, dass Hochschulen für Angewandte Wissenschaften ab dem Studienbeginn zum 1. 9. 2020 nicht mehr an einem Studium, das zur Approbation in Psychotherapie führt, beteiligt sein können. Dieses Verbot einer Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften wird mit den Zielsetzungen der Ausbildung nach dem neuen Psychotherapeutengesetz begründet:

## 2. Zielsetzungen der reformierten Psychotherapeutenausbildung

Die Zielsetzungen der reformierten Psychotherapieausbildung sind in der Gesetzesbegründung aufgelistet. Zu den wichtigsten Reformanliegen gehören:<sup>4</sup>

- eine qualifizierte, patientenorientierte, bedarfsgerechte und flächendeckende psychotherapeutische Versorgung auf dem „*aktuellen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse*“ (S. 1, 70, 74)
- Berücksichtigung der veränderten Strukturen in der Hochschulausbildung (S. 78, 92)
- wissenschaftliches Masterstudium an einer Universität als Voraussetzung für die Approbation
- universitäre Ausbildung, um „*wissenschaftliche Qualifikation auf höchstem wissenschaftlichen Niveau zu ermöglichen*“ (S. 52)
- Gleichstellung des psychotherapeutischen Heilberufs mit dem medizinischen oder pharmazeutischen Heilberuf (S. 52)
- Fähigkeit zur Weiterentwicklung des Berufs und Berufsfeldes (S. 52)
- „*Ausweitung der Studienkapazitäten und eine Einbindung der Fachhochschulen zur Sicherung des Fachkräftebedarfs ... nicht erforderlich*“ (S. 53)

Bei den folgenden Überlegungen zum Schutz der Lehrfreiheit geht es in der Sache um die Frage, ob der Gesetzgeber das Profil der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften zutreffend gewürdigt hat und ob sie, ebenso wie Universitäten, eine Psychotherapeutenaus-

bildung anbieten können, die den Zielsetzungen des Psychotherapeutengesetzes entspricht.

## II. Zum Schutz der Lehrfreiheit von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften

Der Schutzbereich der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Lehrfreiheit umfasst auch die Lehre an den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften.<sup>5</sup> Die verfassungsrechtlich geschützte Lehrfreiheit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften umfasst das Recht, wie noch zu begründen ist, einen Studiengang der Psychotherapie anzubieten. Auf diesen Schutz können sich nicht nur die öffentlichen Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, sondern auch diese Hochschulen in privater Trägerschaft und deren Trägergesellschaften berufen.<sup>6</sup> Art. 5 Abs. 3 GG schützt mit der Privathochschulfreiheit nicht nur die einzelne Hochschule, sondern ergänzend auch die wissenschaftsaffine und an besonderen Lehrkonzepten orientierte Gründungs- und Betätigungsfreiheit ihrer Trägergesellschaften.

### 1. Zum Eingriff in die Lehrfreiheit

In diesen Bereich grundrechtlich geschützter Lehrfreiheit greift § 9 Abs. 1 PsychThG ein. Er verhindert mit seinem Universitätsvorbehalt, dass Hochschulen für Angewandte Wissenschaften in der Lage sind, Studiengänge für die Ausbildung von Psychotherapeuten anzubieten. Dies ist ein *schwerer und tiefer Eingriff in die Lehrfreiheit* der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften. Der Gesetzgeber unterbindet die Einrichtung entsprechender Bachelor- und Masterstudiengänge. Er verdrängt die Hochschulen für Angewandte Wissenschaften aus einer Psychotherapeutenausbildung, an der sie bis zum Inkrafttreten des Psychotherapeutengesetzes erfolgreich beteiligt waren.

### 2. Zur Verfassungswidrigkeit der Prämissen des Psychotherapeutengesetzes

Bevor die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung näher erörtert wird, seien die Beratungen im Gesetzgebungs-

4 BT-Drs. 19/9770, S. 1 ff.

5 BVerfGE 126, 1 Rn. 40 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 7. Aufl. 2018, § 34 Rn. 595.

6 *Heidtmann*, Grundlagen der Privathochschulfreiheit, 1980, S. 285 ff.; *Steinkemper*, Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002, S. 110; BeckOK GG/*Kempfen*, 50. Ed. 15.2.2022, GG Art. 5 Rn. 185; *Fehling*, in: Bonner Kommentar, 2004, Art. 5 Abs. 3 GG Rn. 129; Von Münch/Kunig/*Wendt*, 7. Aufl. 2021, GG Art. 5 Rn. 164; *Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Inensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch

des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. VII, 2009, § 166 Rn. 16; *Kempfen*, Grundfragen des institutionellen Hochschulrechts, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, 1. Kap. Rn. 20, 21 mit Nachw.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck/*Paulus*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 488; Dreier/*Britz*, 3. Aufl. 2013, GG Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 24; *Württembergberger*, Privathochschulfreiheit – auch bei der Organisation der Leitungsebene?, OdW 2019, 15, 16 f.; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 120.

verfahren aufgegriffen. Im Referentenentwurf und sodann in der Gesetzesbegründung wurden Gründe für eine allein universitäre Psychotherapeutenausbildung angeführt, denen die Verfassungswidrigkeit auf die Stirne geschrieben war. Über diese zu berichten, besteht Anlass. Denn sie zeigen, dass die Gesetzesnovellierung mit nicht verfassungskonformen Zielsetzungen vorbereitet wurde.

a) Lenkung und Begrenzung der Ausbildungskapazität

Der Referentenentwurf vom 3. 1. 2019<sup>7</sup> legt offen, dass die *universitäre Ausbildung von Psychotherapeuten auch daher eingeführt wurde, um den Zugang zum Beruf des Psychotherapeuten zu begrenzen:*

*„Weiterhin dient die Ansiedlung des Studiums der Psychotherapie an Universitäten aber auch der kapazitären Beschränkung von Ausbildungsplätzen. Schon heute streben die Studierenden im Bereich der Psychologie in hoher Zahl einen Abschluss des Studiums mit dem akademischen Grad des Masters an. Der Anteil derjenigen, die danach eine Tätigkeit in der klinischen Psychologie oder eine Ausbildung zum Beruf des Psychologischen Psychotherapeuten oder des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten anstreben, liegt nach Aussagen der Deutschen Gesellschaft für Psychologie bei etwa 70 Prozent. Den schriftlichen Teil der staatlichen Prüfung nach dem PsychThG 1998 haben nach den statistischen Erhebungen des Instituts für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen (IMPP) im Jahr 2014 etwa 2300 und im Jahr 2016 bereits 2700 Personen abgelegt. Damit setzt sich der langjährige Prozess unbegrenzt steigender Ausbildungszahlen weiter fort. Umgekehrt geht mit den steigenden Absolventenzahlen aber kein unbegrenzt steigender Bedarf an Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten einher. Derzeitige Berechnungen zeigen vielmehr, dass eine Zahl von etwa 2300 bis 2500 Personen, die jährlich die Ausbildung und in Zukunft das Studium abschließen, mehr als ausreichen wird, um gemeinsam mit den psychotherapeutisch tätigen Ärztinnen und Ärzten die psychotherapeutische Versorgung dauerhaft zu si-*

*chern. Schon heute gibt es kapazitäre Überhänge bei der Verteilung von Kassensitzen“ (S. 58).*

Diese in der Gesetzesbegründung ebenfalls offen gelegte Orientierung der Ausbildungskapazitäten an einer (bereits damals fehlerhaften) Schätzung des Bedarfs und an der Zahl von Kassensitzen und damit verbunden der Ausschluss der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung<sup>8</sup> ist eine *verfassungswidrige Zielsetzung* des neuen Psychotherapeutengesetzes. In einem freiheitlichen Staat, der mit Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit vor staatlichen Eingriffen schützt, ist eine *Berufslenkung durch gezielte Verknappung und Kontingentierung* der Ausbildungsplätze durch eine Regelung der Pflicht der Ausbildung an Universitäten verfassungswidrig. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG gehören zur rechtlichen Ordnung der beruflichen Betätigung auch Vorschriften über die Ausbildung und den Zugang zu einem Beruf. Aus dieser engen Verknüpfung folgt, dass Beschränkungen bei der Zulassung zur Ausbildung nicht einer am gesellschaftlichen Bedarf orientierten Berufslenkung dienen dürfen.<sup>9</sup> Es überrascht, dass derartige Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit bei den Beratungen des neuen Psychotherapeutengesetzes übersehen werden konnten.<sup>10</sup>

Der Hinweis im Referentenentwurf, es gäbe kapazitäre Überhänge bei der Verteilung von Kassensitzen, ist deplatziert. Das Ministerium verhält sich hier nicht bzw. äußerst einseitig zum gesellschaftlichen Bedarf an Psychotherapeuten und zu den heftigen Auseinandersetzungen um die dringend nötige Erhöhung von Kassensitzen.<sup>11</sup> Bei dem derzeitigen Mangel an Kassensitz-Psychotherapeuten mit monatelangen Wartezeiten auf Beratungsmöglichkeiten ist es nicht nachvollziehbar, die Planung der Ausbildungskapazität an einer Festschreibung der Zahl an Kassensitzen zu orientieren und damit das Ausbildungspotential der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften zu negieren. Davon abgesehen fordert der Gesundheitsschutz der Bevölkerung keine Psychotherapeuten, die wissenschaftlich zu forschen in der Lage sind, wie die Gesetzesbegründung verlangt.<sup>12</sup>

7 [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/P/PsychThG-RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/P/PsychThG-RefE.pdf) (letzter Zugriff am 10.03.2023).

8 BT-Drs. 19/9770, S. 53; Linden, Das neue Psychotherapeutengesetz: Gewinner und Verlierer, in: Psychotherapeut, 2021, S. 42, 45: „Verabschiedet wurde ein Zugangs- und Mengenbegrenzungsgesetz“.

9 BVerfG NJW 1972, 1561, 1564 mit Verweis auf BVerwG JZ 1963, 675.

10 Inwieweit der Staat die Berufschancen der Ausbildungswilligen

zu berücksichtigen berechtigt ist (Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 37 Rn. 43), muss nicht weiter geprüft werden. Es ist jedenfalls verfassungswidrig, die Zahl der Studierenden an den Kassenarztsitzen zu orientieren und damit den gesellschaftlichen Bedarf einseitig limitierend festzulegen.

11 Vgl. etwa die Pressemitteilung der Bundespsychotherapeutenkammer <https://www.bptk.de/bptk-auswertung-monatelange-wartezeiten-bei-psychotherapeutinnen/> (letzter Zugriff am 10.03.2023).

12 BT-Drs. 19/9770, S. 52.



Gefordert sind Therapeuten, worauf zurückzukommen ist, die die wissenschaftlich fundierten Therapieangebote anzuwenden in der Lage sind.

b) Zur Fähigkeit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften zur Organisation der Ausbildung von Psychotherapeuten

Außerdem soll nach Ansicht des Referentenentwurfs sowie der Gesetzesbegründung<sup>13</sup> gegen ein Studium der Psychotherapie an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften sprechen, dass sie nicht fähig seien, die neuen gesetzlich geregelten Anforderungen an ein Psychotherapeutenstudium umsetzen zu können:

*„Die Entscheidung, das Studium an Universitäten oder ihnen gleichgestellten Hochschulen anzusiedeln, beruht neben den qualitativen Erwägungen auch auf Überlegungen zur Machbarkeit. Die an den Universitäten und ihnen gleichgestellten Hochschulen angesiedelten psychologischen Fakultäten werden am schnellsten in der Lage sein, das in diesem Gesetz und der Approbationsordnung für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten geregelte Studium der Psychotherapie anzubieten. Sie verfügen bereits heute über Strukturen, die für die Umsetzung des Ausbildungsziels benötigt werden. So sind an den universitären psychologischen Instituten Hochschulambulanzen angesiedelt, die bei den berufspraktischen Einsätzen mitwirken können“ (S. 57 des Referentenentwurfs).*

Ein derartiges Machbarkeitsargument kann bei der Bestimmung der immanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG durchaus zu berücksichtigen sein. Vorliegend kann es jedoch keine Rolle spielen. Es verkennt, dass Hochschulen für Angewandte Wissenschaften sich in gleicher Weise wie Universitäten auf eine neu geregelte Psychotherapeutenausbildung einstellen können. Davon abgesehen gab und gibt es im Bereich der Psychotherapeutenausbildung Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, die umgehend in der Lage gewesen wären, die neuen Vorgaben des Psychotherapeu-

tengesetzes umzusetzen. Genannt sei nur die SRH Hochschule Heidelberg, die Teilbereiche der Psychotherapeutenausbildung mit einem eigens eingerichteten Forschungs- und Ausbildungsinstitut über viele Jahre hinweg erfolgreich angeboten hat.<sup>14</sup> Insofern geht der Referentenentwurf zum neuen Psychotherapeutengesetz ganz offensichtlich von Annahmen aus, die nicht der Realität entsprechen. Dieses Ermittlungsdefizit des Gesetzgebers kann zur Verfassungswidrigkeit des neuen Psychotherapeutengesetzes führen, wenn zu überprüfen ist, ob sich die Grundlagen gesetzgeberischer Entscheidungen auf Fakten und Daten stützen lassen, die zutreffend ermittelt worden sind.<sup>15</sup>

3. Keine Rechtfertigungsmöglichkeit des Ausschlusses der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften aus der Psychotherapeutenausbildung

Eingriffe in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ohne einen Gesetzesvorbehalt geschützte Hochschulfreiheit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften müssen durch Gesetz, wie vorliegend durch das Psychotherapeutengesetz, erfolgen. Diese gesetzlichen Eingriffsmöglichkeiten sind begrenzt. Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sind lediglich insoweit gestattet, als sie die *verfassungsimmanenten Schranken* des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG konkretisieren. Dies bedeutet: In die Lehrfreiheit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften kann vom Gesetzgeber nur mit Rücksicht auf kollidierendes Verfassungsrecht eingegriffen werden. Zum kollidierenden Verfassungsrecht zählen entweder *Grundrechte Dritter* oder andere *mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte*.<sup>16</sup> Bestehen also verfassungsimmanente Schranken ihrer Lehrfreiheit, die es rechtfertigen, dass Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung ausgeschlossen werden können?

a) Zu den Grundrechten Dritter als verfassungsimmanente Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Zu den Grundrechten Dritter, die mit der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Lehrfreiheit kollidieren

13 BT-Drs. 19/9770, S. 52 f.

14 Die postgraduale Psychotherapeutenausbildung gehört zur Agenda der „Heidelberger Akademie für Psychotherapie“, einem staatlich anerkannten Ausbildungsinstitut für Verhaltenstherapie für Kinder und Jugendliche (<https://www.srh-hochschule-heidelberg.de/hochschule/institute/heidelberger-akademie-fuer-psychotherapie/> letzter Zugriff am 10.3.2023). Diese „Heidelberger Akademie für Psychotherapie“, errichtet als gemeinnützige Stiftung mit Sitz in Heidelberg, ist ein Ausbildungsinstitut, das in die Organisation der SRH Hochschule Heidelberg integriert ist.

Dieses Institut ist nach seinem Selbstverständnis ein methodenübergreifendes, integratives Ausbildungsinstitut mit einem verhaltenstherapeutischen Schwerpunkt. An ihm sind weit über 80 approbierte Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten ausgebildet worden, 50 Auszubildende waren zu Ende 2020 dort immatrikuliert.

15 BVerfGE 106, 62, 144, 150; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 48 Rn. 43

16 BVerfG NVwZ 2010, 1285 Rn. 54 f. mit zahlreichen Rückverweisen; Würtenberger, OdW 2019, 15, 17 f.

und diese einschränken können, gehören der den Studierenden durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrechtsschutz sowie der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderte Gesundheitsschutz der künftig zu behandelnden Patienten.

aa) Schutz der Studierenden?

Blicken wir zunächst auf den durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechtsschutz der Studierenden. Ihre von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Wahl von Ausbildung und Ausbildungsstätte schützt ihr Recht auf eine Ausbildung, deren erfolgreicher Abschluss zur Aufnahme des gewählten Berufes befähigt.<sup>17</sup> Zur Realisierung dieser Ausbildungsfreiheit haben die Hochschulen für Angewandte Wissenschaften den Studierenden eine „*anwendungsbezogene Lehre und Weiterbildung*“ zu bieten, „*die zu selbstständiger Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden ... in der Berufspraxis*“ befähigt.<sup>18</sup>

Das neue Psychotherapeutengesetz dient zwar auch dem Schutz der Studierenden. Denn es bezweckt unter anderem eine Verkürzung der Ausbildungszeit und einen früheren Berufseinstieg. Dies spielt in vorliegendem Zusammenhang aber keine Rolle. Denn derartige Regelungen hätte man auch im Rahmen der vormaligen Ausbildung der Psychotherapeuten treffen können. Sie sind nicht der Grund dafür, dass die Psychotherapeutenausbildung nur noch an Universitäten erfolgen darf.

Davon abgesehen fordert der Schutz der Studierenden, dass das von ihnen gewählte Studium den Standards der Ausbildung entspricht, die eine erfolgreiche berufliche Tätigkeit gestatten und dem Vertrauen gerecht wird, das Personen mit entsprechender Ausbildung entgegengebracht wird. Auf diese Leistungsfähigkeit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften ist weiter unten ausführlich einzugehen.

bb) Schutz der Gesundheit der psychotherapeutisch zu behandelnden Patienten

Das Recht auf Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gehört zu den verfassungsimmanenten Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Es verbietet eine Forschung, die zu gesundheitlichen Schäden führen kann, und gebietet, dass die psychotherapeutische Ausbildung in effektiver Weise dem Gesundheitsschutz dient. Der Schutz der Gesundheit fordert ganz allgemein, dass die Zulassung zu Arzt- oder therapeutischen Berufen nur nach einem

entsprechenden, erfolgreich absolvierten Studium erfolgt. In dieser Hinsicht ist gegen die Regelung der Approbation nach dem neuen Psychotherapeutengesetz im Prinzip nichts zu erinnern.

Gleichwohl steht folgender vom neuen Psychotherapeutengesetz verfolgter Grundsatz nicht im Einklang mit den Vorgaben des Grundgesetzes: Das neue Psychotherapeutengesetz lässt nur eine *universitäre psychotherapeutische Ausbildung* zu, um das Ziel zu erreichen, den verfassungsrechtlich gebotenen Gesundheitsschutz psychisch Erkrankter zu gewährleisten und auch, soweit möglich, zu verbessern. Die Begründung, dass diese Grundsatzentscheidung einen Ausschluss der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften aus der Psychotherapeutenausbildung fordere, hält einer am Maßstab des Grundgesetzes orientierten Kritik nicht Stand:

b) Ausschluss der Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften verfassungswidrig

Der Ausschluss der Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften wäre verfassungsrechtlich statthaft, wenn nach einer belastbaren *Prognose des Gesetzgebers* die Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften mit *Gefährdungen der Gesundheit der nach solcher Ausbildung behandelten Patienten verbunden* wären, die es rechtfertigen, die Fortführung dieser Ausbildung zu untersagen. Dies aber ist nicht der Fall:

Blicken wir nochmals auf die Zielsetzungen des neuen Psychotherapeutengesetzes:

*„Patientinnen und Patienten, die einer psychotherapeutischen Behandlung bedürfen, eine qualifizierte, patientenorientierte, bedarfsgerechte und flächendeckende psychotherapeutische Versorgung auf dem aktuellen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Verfügung zu stellen. ... Dabei sollen die veränderten Strukturen in der Hochschulausbildung und ihre Auswirkungen auf die Zugangsvoraussetzungen sowie die steigenden Anforderungen an die psychotherapeutische Tätigkeit berücksichtigt und Verbesserungspotenziale, die sich im Zuge der langjährigen Diskussionen über eine Änderung der derzeitigen Rahmenbedingungen gezeigt haben, genutzt werden.“<sup>19</sup>*

17 Gronemeyer, Sind Studierende verpflichtet an Lehrveranstaltungen teilzunehmen?, ODW 2023, 45, 46 ff. mit Nachw.

18 So zum Beispiel § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 LHG BW.

19 BT Drs. 19/9770 vom 30. 4. 2019, S. 1.

aa) Verkenning des Profils der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das neue Psychotherapeutengesetz „die veränderten Strukturen in der Hochschulausbildung“ berücksichtigen. Diesem sich selbst auferlegtem Gebot genügt der Gesetzgeber jedoch nicht. Er verkennt gründlich den „Aufstieg“ der Fachhochschulen bzw. der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften. Das BVerfG hat eine gewisse Angleichung von Universitäten und Hochschulen für Angewandte Wissenschaften bereits vor einem Jahrzehnt klar formuliert:

„Schließlich haben sich Annäherungen zwischen Universitäten und Fachhochschulen im Zuge des so genannten Bologna-Prozesses ergeben, die erkennen lassen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch Fachhochschulen als wissenschaftliche Ausbildungsstätten angesehen werden sollen.“<sup>20</sup>

Vor allem hat der Bologna-Prozess dazu geführt, dass sich die beiden Hochschultypen Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Universität mit jetzt gleichrangigen Abschlüssen einen Wettbewerb „oft auf gleicher Augenhöhe“ um die besten Studierenden liefern konnten.<sup>21</sup> Es verstößt gegen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, wenn der Gesetzgeber beim Ausschluss der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung verkennt, dass an diesen Hochschulen ebenso wie an den Universitäten eine *wissenschaftlich fundierte Psychotherapeutenausbildung* stattgefunden hat und nach wie vor stattfinden kann. Dafür streitet das hochschulrechtlich normierte Profil von Universitäten und Hochschulen für Angewandte Wissenschaften: Universitäten haben unter anderem die Grundlagenforschung und ein wissenschaftliches Studium, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften eine anwendungsbezogene Forschung und ein anwendungsbezogenes wissenschaftliches Studium zur Aufgabe.<sup>22</sup> Eine institutionelle Rang- oder Stufenfolge oder Aufteilung zwischen dem Bachelor an einer Universität oder an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften gibt es nicht;

„von einer klaren Trennung der Profile, von Trennschärfe oder Typentreue, kann insoweit kaum noch die Rede sein.“<sup>23</sup>

Der Gesetzgeber hat bei Erlass des neuen Psychotherapeutengesetzes nicht nur das rechtliche Profil der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften verkannt, sondern auch, dass sich der *alte Rechtszustand bewährt* hatte und es weniger einschneidender Maßnahmen bedurft hätte, um das Psychotherapeutenrecht zu reformieren. So hat der Gesetzgeber der alten Psychotherapeutenausbildung auch durch die Hochschulen für Angewandte Wissenschaften bescheinigt:

„Grundsätzlich konnte schnell festgestellt werden, dass sich die Schaffung der eigenständigen Heilberufe in der Psychologischen Psychotherapie und in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie sowie die Einbindung der nichtärztlichen Psychotherapie in die Versorgung der Patientinnen und Patienten bewährt hat. Die Berufsangehörigen haben eine wichtige Funktion im System der Heilberufe und im Gesundheitswesen Deutschlands inne. Sie genießen hohes Ansehen bei den Patientinnen und Patienten, die sie als kompetente Ansprechpartner bei der Behandlung psychischer Störungen mit Krankheitswert ansehen.“<sup>24</sup>

An sich war zu erwarten, dass der Gesetzgeber den zentralen Perspektivenwechsel von einer Psychotherapeutenausbildung an Universitäten und an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften zu einer *nunmehr allein möglichen Psychotherapeutenausbildung an Universitäten* mit Argumenten begründet, die den von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotenen Freiheitsschutz der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften einzuschränken in der Lage sind. Hieran fehlt es. So wird nur pauschal darauf verwiesen, es gäbe „zahlreiche Neuentwicklungen“, die sich bei der Therapie von Patienten als wirksam erwiesen haben, aber vom früheren Recht nicht erfasst würden, so dass zusätzliche Qualifikationen erforderlich würden.<sup>25</sup> Die Neufassung des Psychotherapeutengesetzes lässt allerdings nicht ersehen, welche Neuentwicklungen im Bereich der Psychotherapie zu

20 BVerfGE 126, 1, Rn. 48.

21 So von Grünberg/Sonntag, 50 Jahre Fachhochschule. Über das langsame Entstehen eines neuen Hochschultyps, Ordnung der Wissenschaft, 2016, S. 157, 162.

22 So zum Beispiel § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 4 LHG BW.

23 Lynen/Bernice-Warnke, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, 3. Kap. Rn. 22.

24 BT Drs. 19/9770 vom 30. 4. 2019, S. 32.

25 BT Drs. 19/9770 vom 30. 4. 2019, S. 33.

welchen Zusatzqualifikationen geführt haben oder führen müssen.

bb) Psychotherapeutenausbildung auch ohne Grundlagenforschung zielführend

Aber selbst unter dieser Prämisse hat der Gesetzgeber bei seinem Eingriff in die Lehrfreiheit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften nicht geklärt: Können diese Neuentwicklungen in der Psychotherapie nicht ebenfalls in den Studiengängen der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften aufgegriffen, gelehrt und in der Umsetzung eingeübt werden?

Nach der Begründung zum Gesetzentwurf des Psychotherapeutengesetzes würden nur an Universitäten jene Forschungsleistungen erbracht, derer es als Grundlage einer modernen und wissenschaftsgestützten Psychotherapeutenausbildung bedarf. Denn

*„Qualität und Wirksamkeit der jeweiligen medizinischen und therapeutischen Leistungen haben dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen (so auch § 2 Absatz 1 Satz 2 SGB V). Um diesen Anforderungen zu entsprechen, bedarf es einer Ausbildung, die wissenschaftliche Qualifikationen auf höchstem wissenschaftlichem Niveau ermöglicht.“<sup>26</sup>*

Allerdings wird dies sofort dahin relativiert, dass für

*„das Erreichen des in § 7 festgelegten Ausbildungsziels ... es der Entwicklung von Handlungskompetenzen, die auf gesichertem theoretischem Wissen aufbauen“, bedarf.“<sup>27</sup>*

Dabei wird vom Gesetzgeber betont,

*„es sei den Fortschritten der heilkundlichen Psychotherapie als anwendungsorientierter Wissenschaft Rechnung zu tragen.“<sup>28</sup>*

Der Gesetzgeber verlangt also, die Psychotherapeutenausbildung müsse vom anerkannten wissenschaftlichen Stand der Psychotherapie ausgehen und den Anforderungen an eine anwendungsorientierte Wissenschaft Rechnung tragen.

Die hier geforderte Verwissenschaftlichung der Psychotherapeutenausbildung kann von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften geleistet werden. *Die Psychotherapeutenausbildung an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften orientiert sich ihrem Auftrag entsprechend am fortschreitenden Stand der Wissenschaft.* Hierfür steht zunächst das gesetzliche Profil der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften. Sie

*„vermitteln durch anwendungsbezogene Lehre und Weiterbildung eine Ausbildung, die zu selbstständiger Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden ... in der Berufspraxis befähigt; sie betreiben anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung.“*

Nach dem Konzept des Gesetzgebers soll der Praxis- bzw. Anwendungsbezug bei den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften in Lehre und Forschung stärker sein als derjenige bei den Universitäten.

*„An beiden Hochschulen wird jedoch gleichwohl eine wissenschaftlich fundierte Ausbildung vermittelt und die Einheit von Forschung und Lehre (trotz unterschiedlicher Schwerpunktsetzung) garantiert.“<sup>29</sup>*

Die lange Zeit beträchtlichen Unterschiede zwischen Universitäten und Hochschulen für Angewandte Wissenschaften haben deutlich abgenommen. Der Gesetzgeber hat ebenso wie die Rechtsprechung den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften einen umfassenden Freiraum zur Forschung eröffnet. Für die gegenseitige Annäherung der Hochschultypen Universität und Hochschule für Angewandte Wissenschaften spricht auch, dass letzteren nach und nach das Promotionsrecht zugebilligt wird.<sup>30</sup>

Im Ergebnis bestehen *nicht derart gravierende Unterschiede* zwischen dem Studium der Psychotherapie an Universitäten und an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, dass letztere vom Angebot dieses Studiums ausgeschlossen werden dürfen. Dass die medizinische Ausbildung an Universitäten erfolgt, ist kein Argument, dass dies auch für eine Ausbildung zum Psychotherapeuten erforderlich ist. Dies zeigt der unterschiedliche Zugang zur Therapie: Der Psychotherapeut studiert

26 BT Drs. 19/9770, S. 52.

27 BT Drs. 19/9770, S. 52.

28 BT Drs. 19/9770, S. 49.

29 BeckOK HochschulR BW/Gerber/Krausnick, 17. Ed. 1.11.2019,

§ 2 LHG Rn. 25.

30 BeckOK HochschulR BW/Gerber/Krausnick, 17. Ed. 1.11.2019,

§ 2 LHG Rn. 26 ff.; BVerfGE 126, 1, 19 ff.

an einer psychologischen, nicht aber an einer medizinischen Fakultät. Grund für diese Differenz ist, dass die Wissenschaft von der Psychotherapie grundverschieden von der medizinischen Wissenschaft ist. Während die Psychotherapie allein Beschwerden der geistigen Situation des Menschen heilen möchte, befasst sich die Medizin mit der Heilung körperlicher Leiden. Zielsetzungen und Methoden beider Studiengänge sind derart verschieden, dass sich nicht für beide ein universitäres Ausbildungsniveau fordern lässt.

Vor allem ist nicht ersichtlich, wie die *universitäre psychotherapeutische Grundlagenforschung* zu einer Optimierung der Psychotherapeutenausbildung beitragen kann. Denn wie bei jeder Grundlagenforschung gilt auch hier der Grundsatz: Ob therapeutische Grundlagenforschung ausbildungsrelevant wird, ergibt sich erst aus ihrem Transfer in die Praxis. Solange diese *Translation nicht wissenschaftlich abgesichert* ist, taugt sie nicht zur Behandlung von Patienten und auch nicht zur psychotherapeutischen Ausbildung. Dies gilt sowohl für die Translation medizinischer Forschung als auch für die Translation psychotherapeutischer Grundlagenforschung.

Die Translation medizinischer oder psychotherapeutischer Grundlagenforschung ist ein eigenes Forschungsgebiet, hat aber mit einem praxisbezogenen Studium nichts zu tun. Auch insoweit kann das an Universitäten bestehende Forschungspotential im Bereich der Psychotherapie nicht als Argument dienen, die Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung auszuschließen.

Die Psychotherapeutenausbildung der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften ist forschungsbasiert, weil sie in vielen Bereichen an den Stand der Forschung anknüpft und anleitet, wie der Forschungsstand in die psychotherapeutische Praxis umgesetzt werden kann. Dies entspricht dem Profil von Forschung und Lehre an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften. Ihre Forschung zielt auf eine „bessere“ *psychotherapeutische Praxis*, ihre Lehre vermittelt die erforderlichen Kenntnisse, um den Stand der Forschung in die Praxis umzusetzen. Neue Felder, wie etwa genetische Faktoren für psychische Störungen, werden an Universitäten erforscht und sind Gegenstand der *universitären Psychiatrie-Ausbildung*. Diese baut eben auf einem Medizinstudium auf,

während die psychotherapeutische Ausbildung auf ein Psychologiestudium aufsetzt. Um etwaige noch nicht auf Praxistauglichkeit geprüfte Forschungsansätze geht es also nicht in der Psychotherapeutenausbildung.

c) Insbesondere zur Gleichwertigkeit des Psychotherapie-Bachelors an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften mit einem entsprechenden universitären Bachelor

Wenn an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften ein Psychologie-Bachelor angeboten wird, der mit einem universitären Psychologie-Bachelor als Zugangsvoraussetzung für ein entsprechendes Masterstudium *gleichwertig* ist, verlangt die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG geschützte Gleichheit bei der Ausübung der Lehrfreiheit die Zulassung des Psychotherapie-Bachelors an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften.

Den Anforderungen an die Gleichwertigkeit eines Studienganges wird genügt, wenn hinsichtlich des Studienprofils und der geprüften Studienleistungen kein wesentlicher Unterschied zwischen einem Studiengang an einer Universität und an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften besteht. Maßstab für diese Gleichwertigkeitsprüfung sind allein die *nachgewiesenermaßen erworbenen Kompetenzen*, die nach der Studien- und Prüfungsordnung erworben worden sind. Konkrete Inhalte oder formale Elemente (zum Beispiel Dauer oder Art der Lehrveranstaltungen) sind *ernst zu nehmende Indizien* für die Gleichwertigkeit. Jenseits dessen kommt es zudem darauf an, dass die *erworbenen Fertigkeiten und Fähigkeiten eines Uni-Bachelors sich nicht wesentlich von denen eines Bachelors an einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften unterscheiden*.

Ob ein von einer Hochschule für Angewandte Wissenschaften angebotener Bachelor in Psychotherapie gleichwertig mit einem entsprechenden universitären Bachelor sein kann, entscheidet sich danach, ob sie die rechtlich geregelte Lehre erbringen können:

Die Inhalte, die im Psychotherapie-Bachelor im Rahmen der hochschulischen Lehre zu vermitteln und bei dem Antrag auf Zulassung zur psychotherapeutischen Prüfung nachzuweisen sind, werden in der Anlage 1 zur Approbationsordnung für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten (PsychThApprO),<sup>31</sup> die die Vorgaben

31 Vom 4. 3. 2020, BGBl I, S. 469 ff.

des § 7 PsychThG konkretisiert, geregelt. Diese Regelungen können von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften *vollumfänglich* in die Regelung ihres Psychologie- sowie Psychotherapie-Bachelors übernommen worden. Dies ergibt sich aus dem Modulhandbuch, aus dem Studienverlaufsplan und aus der Gegenüberstellung der Kriterien der Approbationsordnung und der Ausgestaltung des Studiengangs Bachelor in Psychologie mit Psychotherapie:

- Die Grundlagen der Psychotherapie im Umfang von mindestens 25 ECTS-Punkten betreffen jenen Bereich, der im polyvalenten Psychologiestudium von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften traditionell angeboten wurde.
- Die Grundlagen der Pädagogik mit nur 4 ECTS-Punkten entsprechen dem Standard-Programm der Pädagogik-Veranstaltungen an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften.
- Die psychotherapeutisch relevanten Grundlagen der Medizin im Umfang von nur 4 ECTS werden von den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften in vergleichbarer Weise auch bei anderen Studiengängen im Bereich der Gesundheitsberufe erfolgreich vermittelt.
- Gleiches gilt für die Grundlagen der Pharmakologie im Umfang von 2 ECTS.
- Die Störungslehre im Umfang von 8 ECTS-Punkten ist von den Hochschulen für Angewandte Wissenschaften in ihrem Psychotherapeutenstudium vermittelt worden. Auch hier geht es lediglich um die Vermittlung gesicherter Erkenntnisse, was zum Aufgabenprofil von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften gehört.
- Gleiches gilt für die psychologische Diagnostik im Umfang von 12 ECTS.
- Bei der Vermittlung der allgemeinen Verfahrenslehre der Psychotherapie geht es allein um Kenntnisse, die dem derzeitigen Stand der Psychotherapie entsprechen. Gerade diese Vermittlung des Standes der Wissenschaft gehört zum zentralen Aufgabenprofil von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften.
- Gleiches gilt für die Vermittlung präventiver und rehabilitativer Konzepte im Bereich der Psychotherapie im Umfang von 2 ECTS-Punkten.

- Die zu vermittelnde wissenschaftliche Methodenlehre im Umfang von 15 ECTS-Punkten umfasst so heterogene Aspekte wie historische Grundlagen, statistische Methoden, EDV-gestützte Datenverarbeitung und wissenschaftliche Methoden für die Erforschung menschlichen Verhaltens – alles Lehrinhalte, die zum Profil von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften gehören.
- Berufsethik und Berufsrecht mit lediglich 2 ECTS-Punkten vermitteln lediglich anerkannte Standards. Auch hier handelt es sich um Lehrinhalte, die von Hochschulen für Angewandte Wissenschaften auch in anderen Studiengängen seit jeher erfolgreich vermittelt werden.

Hochschulen für Angewandte Wissenschaften sind damit *fähig*, ein Psychotherapie-Lehrangebot auf Bachelor-Niveau zu erbringen. Denn sie vermitteln, wie allseits anerkannt und zum Beispiel in § 2 Abs. 1 Nr. 4 LHG BW geregelt ist, durch ihre anwendungsbezogene Lehre eine *Ausbildung, die zu selbstständiger Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in der Berufspraxis befähigt*; die Professoren der Psychologischen Fakultät betreiben zudem anwendungsbezogene Forschung. Ihr Lehr- und Forschungsprofil deckt damit alle Fächer und jene praktische Ausbildung ab, die von der Psychotherapeutenapprobationsordnung gefordert sind. Dabei bleibt zuberücksichtigen, dass die von der Psychotherapeutenapprobationsordnung angegebene Mindestzahl von ECTS-Punkten eine *weiter gehende Vertiefung der Lehrinhalte ohnehin nicht gestattet*. Hochschulen für angewandte Wissenschaften sind also in der Lage, *alle Lehrinhalte* anzubieten, die von der Approbationsordnung für den Psychotherapie-Bachelor vorausgesetzt werden.<sup>32</sup>

### III. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Der in § 9 Abs. 1 Psychotherapeutengesetz geregelte Ausschluss der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften von der Psychotherapeutenausbildung verletzt diese und ihre Träger in der von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Lehrfreiheit. Denn es ist kein Grund ersichtlich, der rechtfertigen könnte, zum Schutz der Grundrechte der Patienten

32 Für einen Psychotherapie-Master würde gleiches gelten, was hier nicht weiter vertieft werden soll.

oder der Studierenden in die Lehrfreiheit der Hochschulen für Angewandte Wissenschaften einzugreifen. Nach der Bologna-Reform sind Hochschulen für Angewandte Wissenschaften in der Lage, die Psychotherapeutenausbildung nach den Regeln des neuen Psychotherapeutengesetzes anzubieten. Dass Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, anders als Universitäten, keinen Auftrag zur psychotherapeutischen Grundlagenforschung haben, ändert nichts an diesem Ergebnis.

Denn auch ohne Grundlagenforschung zu betreiben, ist es möglich, auf der Basis gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis ein wissenschaftsaffines Psychotherapeutenstudium durchzuführen.

Thomas Würtenberger ist Professor an der Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht.

Sarah Rachut

## *E-Klausur und elektronische Fernprüfung: Technologischer Fortschritt und Prüfungskulturwandel im Spiegel des Rechts - Ein Werkstattbericht*

### I. Einleitung

Im Heft 01/23 der OdW befasste sich *Tiziana Chiusi* mit „*Themen und Perspektiven der juristischen Ausbildung*“. Dabei thematisierte sie unter der Überschrift „*Digitalisierung in der Lehre*“ auch den Computereinsatz in der staatlichen Pflichtfachprüfung. Wenngleich sie eingangs auf die bundesrechtliche Ermächtigung zur sog. E-Klausur durch § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG<sup>1</sup> hinweist, steht sie dieser Entwicklung doch skeptisch gegenüber. Nach ihrer Auffassung stehen dem

*„praktischen Nutzen (etwa bessere Lesbarkeit der Klausuren, Einfachheit und Sicherheit der Übermittlung der Klausuren an die Landesprüfungsämter, Umgang mit elektronischen Medien), ... die technischen und ökonomischen Herausforderungen sowie die möglichen Konsequenzen für die Denkstrukturen der Studierenden beim Verzicht auf handgeschriebene Klausuren und Lösungsskizzen gegenüber.“<sup>2</sup>*

Der Deutsche Juristen-Fakultätentag (dessen Vorsitzende sie seit 2020 ist) stünde

*„diesbezüglich in engem Austausch mit Vertretern der Politik, den Studierendenvertretern und den Landes-*

*justizprüfungsämtern, um eine bestmögliche Lösung zu garantieren.“<sup>3</sup>*

Eine Entscheidungshilfe könnte hierbei das Buch „*E-Klausur und Elektronische Fernprüfung*“<sup>4</sup> bieten, das ich gemeinsam mit *Dirk Heckmann* verfassen und Ende 2022 veröffentlichen durfte<sup>5</sup> und das in dem vorliegenden Beitrag vorgestellt werden soll. Es beruht in seinem ersten Teil auf einer juristischen Machbarkeitsstudie, die wir 2017/2018 im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz erstellt hatten. Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits eine breite Diskussion um die Digitalisierung der Justiz („*elektronischer Rechtsverkehr*“),<sup>6</sup> aber kaum konkrete Überlegungen zu einer echten Digitalisierung von Lehre und Prüfung.<sup>7</sup> Das änderte sich schlagartig mit Ausbruch der Sars-Cov-2-Pandemie („*Coronapandemie*“). Die hierdurch veranlassten Kontaktbeschränkungen zwangen kurzfristig zu Distanzunterricht und warfen auch die Frage auf, wie man den Prüfungsanspruch der Studierenden erfüllen und dabei gleichermaßen Gesundheitsschutz, Datenschutz und Chancengleichheit einhalten könne.<sup>8</sup> Das war die Geburtsstunde flächendeckender elektronischer Fernprüfungen, mit denen sich unser Buch im zweiten Teil ausführlich befasst. Mittlerweile gibt es in fast jedem Bundesland Rechtsgrundlagen – in Form eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder

1 § 5d Abs. 6 DRiG lautet in seiner Fassung vom 25.06.2021 (BGBl. I S. 2154): „*Das Nähere regelt das Landesrecht. Es kann auch bestimmen, dass in den staatlichen Prüfungen schriftliche Leistungen elektronisch erbracht werden dürfen.*“

2 *Chiusi*, OdW 1 (2023), S. 8.

3 *Chiusi*, OdW 1 (2023), S. 8.

4 *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung. Rechtsfragen der Umstellung von Hochschulprüfungen auf zeitgemäße, digitale Prüfungsformate, Duncker & Humblot, Berlin 2023. Das Buch kann als eBook unter <https://elibrary.duncker-humblot.com/book/62518/e-klausur-und-elektronische-fernprufung/> <https://elibrary.duncker-humblot.com/978-3-428-55508-6> (letzter Zugriff am 09.02.2023) kostenfrei heruntergeladen werden.

5 Vgl. aber bereits zuvor *Heckmann/Rachut*, Hochschulen - Digitale

Lehre und elektronische Fernprüfungen, in: Schmidt (Hrsg.): COVID-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., 2021, § 21, S. 751 ff.; dies., Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser - Paradigmenwechsel durch die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung. COVuR 2021, S. 194 ff.

6 Hierzu ausführlich *Bernhardt/Leeb*, Elektronischer Rechtsverkehr, in: Heckmann/Paschke, juris Praxiskommentar Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 178 ff.

7 Hierzu bereits *Kergel/Heidkamp*, Digitalisierung der Lehre – Chance für eBologna, in: Hericks (Hrsg.), Hochschulen im Spannungsfeld der Bologna-Reform, 2018, S. 145 ff.

8 Diese Grundrechtskollision und die damit erforderliche Abwägung war Ausgangspunkt zu den Überlegungen für die Schaffung einer Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen.



auch durch Satzungsrecht der Hochschulen.<sup>9</sup> Die bundesweit erste Rechtsgrundlage, die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV),<sup>10</sup> entstand im Sommer 2020 und wurde bereits am 16. September 2020 verkündet. Nur wenige Tage, nachdem Dirk Heckmann und ich das TUM Center for Digital Public Services (www.tum-cdps.de) zum 1. Juni 2020 mit Unterstützung des Bayerischen Staatsministeriums für Digitales errichtet haben, erhielten wir vom Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst den Auftrag, den Verordnungstext zur rechtssicheren Regulierung elektronischer Fernprüfungen zu entwerfen. Hintergrund waren die Eilbedürftigkeit angesichts bevorstehender Abschlussprüfungen im ersten „Pandemiesemester“ und unsere Erfahrung aus der oben genannten Machbarkeitsstudie. Das Konzept, das wir der BayFEV als Ergebnis der komplexen Grundrechtsprüfung zugrunde gelegt hatten („Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser“), wurde von zahlreichen Bundesländern übernommen und prägt heute das deutsche Fernprüfungsrecht. Es soll in diesem Beitrag später erläutert werden.

## II. E-Klausur

Die E-Klausur, die hier den Mittelpunkt der digitalisierten, also mit Hilfe digitaler Medien und Technologien abgenommenen Prüfungsleistung darstellt, hebt sich dadurch hervor, dass eine Aufsichtsklausur am Computer angefertigt wird – was bei außerhalb von Prüfungsräumen geschriebenen Hausarbeiten oder Referaten schon lange üblich ist und kaum problematisiert wird.<sup>11</sup> Das Prüfungsformat einer solchen E-Klausur wurde schon vor der Pandemie kontrovers diskutiert,<sup>12</sup> mit allem Für (u.a. schnellere Korrekturen, Praxisnähe, Integration in E-Prüfungen) und Wider (z.B. Kosten, Aufwand, Chancengleichheit).<sup>13</sup> Für die Machbarkeitsstudie haben wir uns, nachdem wir erhebliche Chancen in digitalen

Prüfungsformaten sehen, schwerpunktmäßig mit den (vermeintlichen) Risiken und Hürden auseinandergesetzt. Dies geschah unter der Überschrift: Die „Show-Stopper“ – Rechtliche Gegenargumente zur E-Klausur und ihre Widerlegung.<sup>14</sup> Dabei wurden jene Fragen beantwortet, die bei praktisch jeder Diskussion zu diesem Thema im Vorfeld aufgeworfen wurden:

- Ist die E-Klausur unsicher?
- Ist die E-Klausur ungerecht?
- Ist die E-Klausur unbezahlbar?

Diese durchaus auch praktischen Fragen, die Herausforderungen in technischer und ökonomischer Hinsicht widerspiegeln, berühren verschiedene Rechtsgebiete, die für die „juristische Machbarkeit“ einer Umstellung der Prüfungsformate von entscheidender Bedeutung sind.

### 1. Aspekte des IT-Sicherheitsrechts

Was passiert, wenn der Bildschirminhalt bei einer Klausur plötzlich verschwindet? Oder das System nicht die letzte Fassung der Klausur speichert? Wenn es Übertragungsfehler oder gar einen Hackerangriff auf die Prüfungsumgebung gibt? Wenn ein Systemausfall die ganze Prüfung scheitern lässt oder eine Prüfungsaufgabe manipuliert wird?

Solche und ähnliche Fragen tauchen immer wieder auf, wenn es um Digitalisierung im Prüfungswesen geht – der Fantasie, was hier alles schief gehen könnte, sind keine Grenzen gesetzt. Zuweilen sind solche Szenarien gleichsam „Totschlagsargumente“ – oder weniger martialisch: Show-Stopper – mit denen jegliche Innovation von vorneherein abgelehnt wird: zu unsicher, geht nicht, wir bleiben beim alten und bewährten Verfahren.

Wollte man solche Einwände ungeprüft und nicht abwägend gelten lassen, wäre allerdings nicht nur die E-Klausur (und in der Folge die gesamte elektronische

9 Einen Überblick auf dem Stand von März 2022 bietet Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 186 ff. (2023).

10 Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Bayern (Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung – BayFEV) vom 16. September 2020, GVBl. S. 570.

11 Dass es daneben auch noch zahlreiche andere Prüfungsformate, wie insbesondere mündliche und praktische Prüfungsformate gibt, sei hier nur ergänzend erwähnt. § 2 Abs. 1 BayFEV formuliert: „Elektronische Fernprüfungen können in Form schriftlicher Aufsichtsarbeiten (Fernklausur) oder als mündliche oder praktische Fernprüfung angeboten werden.“ „Elektronisch“ sind Fernklausuren schon aufgrund der digital vermittelten Videoaufsicht (§ 6 BayFEV), eine „E-Klausur“ (im engeren Sinne, also als mit Computereinsatz angefertigter Klausurtext) ist insoweit vielleicht

naheliegender, aber nicht zwingend. Denkbar sind auch handgeschriebene Klausurlösungen, die am Ende abfotografiert oder eingescannt an die Hochschule übermittelt werden. Zu diesen Feinheiten ausführlich Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 24, 44 ff.

12 Vgl. exemplarisch Bernhardt/Leeb: IT in der Juristenausbildung: E-Justice-Kompetenz, in: Kramer/Kuhn/Putzke (Hrsg.), Tagungsband zur dritten Fachtagung des Instituts für Rechtsdidaktik an der Universität Passau zum Thema „Was muss Juristenausbildung heute leisten?“, 2019, S. 84 ff.

13 Näher hierzu Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 29 ff. sowie die grafischen Übersichten auf den Seiten 137 und 138.

14 Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 71 ff.

Fernprüfung) in Frage gestellt, sondern ebenso alles, was mit E-Government, E-Health,<sup>15</sup> Smart City, autonomen Fahren<sup>16</sup> etc. zusammenhängt. Digitalisierte Prozesse in Verwaltung und Justiz, im Gesundheitswesen, bei Energie oder Mobilität bergen nicht unerhebliche Risiken und sind dennoch politisch und vielfach auch gesetzlich längst beschlossene Sache. Ausgerechnet die Entscheidung gegen E-Klausuren, die rein faktisch ein geringeres (IT-Sicherheits-)Risiko mit sich bringen dürften als etwa die elektronische Patientenakte<sup>17</sup> oder eine elektronische Gerichtsakte, soll sinnbildlich die Digitalisierung als unüberwindbares Risiko darstellen, die längst in fast allen Lebensbereichen etabliert oder zumindest auf dem Vormarsch ist? Tatsächlich darf auch hier das Recht nicht als Hürde gesehen werden, sondern muss Gestaltungsfaktor bei der Digitalisierung neuer Lebensbereiche sein.<sup>18</sup> Die gestalterischen Anforderungen sollen hier nur kurz skizziert werden:<sup>19</sup>

Die Einführung einer E-Klausur geht einher mit der Etablierung einer technischen Prüfungsumgebung, in der das Prüfungsprogramm läuft und die Klausurdateien sicher gespeichert werden, um sie anschließend an die verantwortliche Stelle (etwa das Prüfungsamt) zu übermitteln oder auch innerhalb des Systems zum Abruf bereitzustellen. Den Rechtsträger (etwa das Bundesland bei staatlichen Prüfungen oder die Hochschule), für den die verantwortliche Stelle die E-Klausur organisiert, trifft die staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.<sup>20</sup> Dementsprechend muss er das technisch Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare unternehmen, um die Risiken, die mit dieser Prüfungsform insbesondere zu Lasten der Prüfungsteilnehmenden bestehen, zu minimieren. Hierzu zählen Maßnahmen zur Datensicherheit wie die Echtzeitsicherung der Klausurdatei (permanente Backups), aber auch angemessene Maßnahmen gegen Manipulationen und Täuschungsversuche sowie gegen Zugriffe von außen, die die Pseudonymität der Klausurteilnehmer offenlegen.

Berücksichtigt man diese Vorgaben in einem angemessenen Umfang, sprechen Anforderungen des IT-Si-

cherheitsrechts nicht prinzipiell gegen die Umstellung von Klausuren auf E-Klausuren. Zum einen sollten die Bundesländer bzw. jede Hochschule ohnehin über eine sichere, funktionierende IT-Infrastruktur verfügen (etwa für die Verwaltungsdigitalisierung, den elektronischen Rechtsverkehr bzw. die digitale Lehre und auch für die Digitalisierung der Hochschulverwaltung, der sie angesichts zunehmender Anforderungen im internationalen Wettbewerb um Studierende, aber auch der gesetzlichen Vorgaben zur Verwaltungsdigitalisierung nicht entgehen kann). Zum anderen stehen die Anforderungen des IT-Sicherheitsrechts ohnehin unter dem Vorbehalt einer verhältnismäßigen, insbesondere wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. Letztlich wird also nichts Unmögliches verlangt.

Wenn demgegenüber doch noch die (technische) Unsicherheit von E-Klausuren ins Feld geführt wird, liegt der Verdacht nahe, die verantwortlichen Stellen hätten sich nicht ausreichend mit den hier aufgeworfenen Fragen befasst. Die Gründe hierfür sind vielfältig: so wurde das Thema „Digitalisierung“ im öffentlichen Sektor vielfach verschlafen, fehlt es an ausreichenden Anreizen für Veränderungen (lediglich die Pandemie war hier ein Treiber) und fehlen auch Fachkräfte sowie das Bewusstsein für die notwendigen Veränderungen.

## 2. Aspekte von Gleichbehandlung und Prüfungsgerechtigkeit

Als weitere Hürde wird oft genannt, dass die E-Klausur zu ungerechten Prüfungen beiträge. Tatsächlich muss gewährleistet werden, dass die Prüfungsteilnehmenden eines Jahrgangs (einer Prüfungskohorte) die gleichen Prüfungsbedingungen haben.<sup>21</sup> Dies betrifft auch die technischen Bedingungen einer bestimmten Prüfungsform, wie eben der E-Klausur. Deshalb ist grundsätzlich sicherzustellen, dass für alle eine vergleichbare technische Ausstattung des Arbeitsplatzes gegeben ist und eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Prüflinge bei der Nutzung eigener Rechner ausgeschlossen wird (etwa durch gleiche Prüfungsprogramme und Vorgaben zur Kompatibilität der Hardware). Ebenso muss das

15 Heckmann, Praktische Konkordanz von Gesundheitsschutz und Freiheitsrechten, in: Heinemann/Matusiewicz (Hrsg.), Rethink Healthcare, 2021, 299 ff.

16 Fellenberg/Paschke, Die Mobilitätswende im Livebetrieb, jurisPR ITR 1/2023 Anm. 3.

17 Heckmann/Rachut, Elektronische Patientenakte und Elektronische Gesundheitsakte, in: Rehmann/Tillmanns (Hrsg.), E-Health / Digital Health, 2022, 282 ff.

18 So auch das Motto des TUM Center for Digital Public Services auf der Startseite von [www.tum-cdps.de](http://www.tum-cdps.de) (letzter Zugriff am

09.02.2023).

19 Ausführlich im Hinblick auf Fragen der IT-Sicherheit Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 77 ff.

20 Zu dieser Schutzpflicht Heckmann, Staatliche Schutz- und Förderpflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit – Erste Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“ in: FS Käfer, S. 138 ff.

21 Jeremias in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 402 ff.

Risiko einer Ungleichbehandlung durch Manipulationsmöglichkeiten einkalkuliert und so gut wie möglich minimiert werden.<sup>22</sup> Dass dies nie ganz ausgeschlossen werden kann, liegt in der Natur der Sache und unterscheidet sich bei konventionellen Klausuren und Hausarbeiten ebenso wenig. Täuschungsmöglichkeiten gibt es in jedem Prüfungsformat. Spezifischen Risiken bei der Nutzung von Computern in der Prüfung (Zugang zum Internet, Zugriff auf lokal gespeicherte Informationen) kann man durch technische Vorkehrungen und Anpassung der Prüfungsaufsicht begegnen. Die entsprechende Gestaltung der Prüfungsumgebung ist nicht trivial. Inzwischen gibt es hierfür aber bereits gut funktionierende Lösungen und Standards.

Ungleiche Bedingungen durch eine unterschiedliche Prüfungsform sind hingegen im Verhältnis unterschiedlicher Prüfungskohorten (sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch zwischen den Bundesländern bei ungleichem Reformtempo) unschädlich, solange dies sachlich begründet werden kann. Die chancengleiche Prüfungsgestaltung widerlegt den Vorwurf, die E-Klausur sei „ungerecht“ und deshalb nicht empfehlenswert.

### 3. Rechtliche Bindungen der Refinanzierung staatlicher Leistungen

Die Einführung einer E-Klausur bedeutet einen nicht unwesentlichen finanziellen Aufwand, insbesondere durch Entwicklung und Erwerb/Lizenzierung einer speziellen Prüfungssoftware, ggf. auch von Prüfungscomputern sowie der Bereithaltung einer effizienten und sicheren IT-Infrastruktur und entsprechenden IT-Dienstleistungen. Soweit diese Kosten nicht durch allgemeine Mittel aus dem Staatshaushalt gedeckt werden können oder sollen, sind alternative Finanzierungswege zu bedenken. Die Einführung von Prüfungsgebühren, die die Mehrkosten ganz oder teilweise abdecken, ist rechtlich mit entsprechender gesetzlicher Rechtsgrundlage im Ergebnis zulässig.<sup>23</sup> Alternativ ist an ein Sponsoringmodell zu denken, das allerdings durch gesetzliche Regelungen oder restriktive Verwaltungsvorschriften

wie die Sponsoringrichtlinie im Freistaat Bayern<sup>24</sup> begrenzt sein kann.

Ein Kostenfaktor – nämlich die Bereitstellung von Computern zur Anfertigung der E-Klausur – könnte wegfallen oder erheblich reduziert werden, wenn die Studierenden ihre eigenen Geräte verwenden (sog. Bring-your-own-device-Format, BYOD). Dies wäre auch insofern vorteilhaft, weil man so die Prüfung auf einer gewohnten elektronischen Umgebung ablegen kann. Gleichwohl wurde BYOD im Hinblick auf E-Klausuren lange Zeit sehr kritisch gesehen, nicht zuletzt wegen des erhöhten Risikos der Manipulation der Geräte zu Täuschungszwecken.<sup>25</sup> Mehr als bemerkenswert ist aber, dass all diese Bedenken wie ausgelöscht erschienen, als die Pandemie im Kontext plötzlich notwendiger elektronischer Fernprüfungen zum Einsatz eigener Geräte zwang<sup>26</sup> – es war schlicht nicht zu bewerkstelligen, allen Studierenden von Seiten der Hochschulen Geräte durch das Prüfungsamt zur Verfügung zu stellen. Kritik oder gar Protest seitens der Studierenden gab es – soweit ersichtlich – nicht; ebenso wenig wird von größeren Täuschungsversuchen berichtet. Irgendwie ähnelt dies dem Thema „Home Office“:<sup>27</sup> früher ein rotes Tuch für Behörden und Unternehmen, erwies sich die Pandemie als Treiber einer solchen Entwicklung; ein Rückschritt zum status quo ante ist weder ersichtlich noch – offenbar – erwünscht.

Die Möglichkeiten der Finanzierung oder Subventionierung sowie der langfristigen Amortisierung von Investitionen in diesem Bereich widerlegen den Vorwurf, die E-Klausur sei „unbezahlbar“. Was allemal zu konzedieren ist: Digitalisierung kostet Geld und lässt sich (entgegen mancher Beteuerungen von Unternehmensberatungen) nicht alleine durch Papierersparnis amortisieren. Langfristig kommt man hieran allerdings ohnehin nicht vorbei. Wie sehr die Defizite in der Digitalisierung nicht nur hohe wirtschaftliche Einbußen und gesellschaftliche Verwerfungen zur Folge haben, sondern auch regelrecht Menschenleben gekostet haben mögen, hat die Pandemie vielfach gezeigt.<sup>28</sup>

22 Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 90 ff.

23 Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 98 ff. (102).

24 Richtlinie zum Umgang mit Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatischen Schenkungen in der staatlichen Verwaltung vom 14.10.2010 (AllMBL S. 239), allgemein zu rechtlichen Grenzen eines Sponsorings von Prüfungen sowie zur Anwendung der Sponsoring-Richtlinie auf verschiedene Sponsoringmodelle Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 103 ff.

25 Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 33.

26 Hierzu unter dem Aspekt Missbrauchsanfälligkeit elektronischer Fernprüfungen Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 222 ff.

27 Hierzu Heckmann, Die Wohnung als Hörsaal: Hochschulen im Home-Office, in: Nachtwei/Sureth (Hrsg.), Sonderband Zukunft der Arbeit, 2020, S. 149 ff.

28 Vgl. Heckmann, Praktische Konkordanz von Gesundheitsschutz und Freiheitsrechten, in: Heinemann/Matusiewicz (Hrsg.): Rethink Healthcare, 2021, 299 ff.

#### 4. Parlamentsvorbehalt

Sieht man die erheblichen Chancen und Vorteile der Einführung einer E-Klausur und auch die Widerlegung der hiergegen geäußerten Bedenken (was hier nur angedeutet werden konnte, in unserem Buch aber ausführlich dargestellt wird), stellt sich noch die Frage, ob es hierfür einer expliziten Rechtsgrundlage bedarf. Während die dem Buch zugrundeliegende Machbarkeitsstudie 2017/2018 hierzu argumentativ noch weiter ausholen musste, hat der Bundesgesetzgeber diese Frage 2021 mit der Neuregelung in § 5d Abs. 6 Satz 2 DRiG ansatzweise beantwortet. Danach kann das Landesrecht auch „bestimmen, dass in den staatlichen Prüfungen schriftliche Leistungen elektronisch erbracht werden dürfen.“ Damit sollte – politisch – der Weg zur E-Klausur in den juristischen Staatsexamina freigemacht werden. Strenggenommen ist – rechtlich – damit nichts geklärt: Wenn das Landesrecht dies „bestimmen“ kann, bleibt durchaus offen, ob es hierzu einer expliziten parlamentarischen Ermächtigungsgrundlage bedarf oder ob man Regelungen in den Justizausbildungs- und Prüfungsordnungen (JAPO), die „schriftliche“ Aufsichtsarbeiten normieren, zugleich die E-Klausur wie einen im E-Government bereits obligatorischen Schriftformersatz ansehen könnte. Dass dies im Ergebnis rechtsdogmatisch eher zweifelhaft ist, haben wir in unserem Abschnitt zum Parlamentsvorbehalt und zur Wesentlichkeitstheorie dargelegt.<sup>29</sup> Nach unserer Auffassung ist es Sache des Gesetzgebers,

*„die Weichen zu stellen und ein Konzept vorzustellen, das einen sicheren, chancengerechten und sinnvollen Übergang gewährleistet. Es ist damit die durch grundrechtliche Wertungen in Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs.1 GG veranlasste Ordnungsfunktion, die die E-Klausur in ihrem Kontext der Digitalisierung des Prüfungswesens zu einer auch für die Grundrechtswirklichkeit „wesentlichen“ Angelegenheit macht.“<sup>30</sup>*

#### 5. Übergangsrecht

Wenn wir nach alledem kaum rückkehrbar auf dem Weg in die E-Klausur (und elektronische Fernprüfung) sind –

sei es wie in Sachsen-Anhalt schon angekommen, wie im Freistaat Bayern ab 2023/2024<sup>31</sup> oder auch erst in den nächsten Jahren<sup>32</sup> – stellt sich noch die Frage, wie man das Übergangsrecht gestaltet. Ausgangspunkt ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot, gerade im Prüfungsrecht, um Willkür und unsachliche Ungleichbehandlung zu vermeiden.<sup>33</sup> Dabei steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu, den er allerdings – auch und insbesondere entsprechend der technisch-organisatorischen Rahmenbedingungen – auszufüllen hat. Hierzu zählt, die Änderung der Prüfungsmodalitäten transparent zu machen, auf ausreichende Übungsmöglichkeiten schon während des Studiums bzw. Referendariats zu achten und ein Wahlrecht zwischen E-Klausur und konventioneller handgeschriebener Klausur einzuräumen. Eine Pflicht zur Einräumung eines dauerhaften Wahlrechts besteht genauso wenig wie das Verbot der Einräumung eines zeitweiligen Wahlrechts.<sup>34</sup>

### III. Elektronische Fernprüfungen

Als wir 2017/2018 die Machbarkeitsstudie zur E-Klausur schrieben, dachte noch niemand, dass gut zwei Jahre später eine Pandemie die ganze Welt in Atem hält, mit Konsequenzen bis in den Alltag aller Menschen. Um so bemerkenswerter mag es sein, dass wir die E-Klausur bereits in der Machbarkeitsstudie in eine komplett digitalisierte Prüfungsumgebung eingebettet haben.<sup>35</sup> Zwar lag der Fokus des Gutachtenauftrags klar auf der E-Klausur. Berücksichtigt man unterdessen den Kontext einer E-Klausur, konnte deren technologisches Konzept nicht sinnvoll entwickelt werden ohne Blick auf die zukünftige Digitalisierung von Lehre und Prüfung, Forschung und Verwaltung an Hochschulen. So entstand bereits eine Art Vorprüfung für elektronische Fernprüfungen, an die wir im Frühsommer 2020 unmittelbar anknüpfen konnten, als uns die Anfrage aus dem Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst erreichte, kurzfristig einen Verordnungstext zu entwerfen. Dass wir damit gleichsam die „Blaupause“ für das deutsche Fernprüfungsrecht anfertigen würden und die BayFEV vielfach kopiert würde, kam uns da noch nicht in den Sinn.

29 Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 63 ff.

30 Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 68.

31 Siehe <https://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2020/107.php>. (letzter Zugriff am 09.02.2023).

32 Überblick bei <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/sto->

[ries/detail/welche-bundeslaender-fuehren-e-examen-ein-jura-referendariat-studium-digitalisierung](https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/sto-ries/detail/welche-bundeslaender-fuehren-e-examen-ein-jura-referendariat-studium-digitalisierung) (letzter Zugriff am 09.02.2023).

33 Vgl. etwa BVerfG, NVwZ 1989, 645.

34 Zum Wahlrecht ausführlich Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 117 ff.

35 Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 24 ff.

Es war schlicht Eile geboten, war das Sommersemester 2020, das erste „Pandemiestemester“, doch schon fortgeschritten und drängte die Zeit, eine rechtssichere Grundlage für Fernprüfungen zu schaffen. Nicht unbedeutend hierfür war die verfassungsrechtliche Ausgangslage.

### 1. Grundrechtskollisionen – Das Trilemma der Hochschulen

Versetzt man sich zurück in das Sommersemester 2020, ergab sich eine ganz besondere Herausforderung für den Grundrechtsschutz, ein klassisches Trilemma:

So mussten die Hochschulen gegenüber ihren eingeschriebenen Studierenden alle im jeweiligen Studiengang vorgesehenen Prüfungen anbieten, um dem auch durch Art. 12 GG als Teilhabegrundrecht<sup>36</sup> gestützten Prüfungsanspruch zu genügen.

Diese Prüfungen wiederum konnten nicht wie bisher im Hörsaal als Präsenzprüfung stattfinden, weil dies der staatlichen Schutzpflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) widersprochen hätte: Aufgrund der Pandemielage waren zu diesem Zeitpunkt aus Gründen des Infektionsschutzes erhebliche Kontaktbeschränkungen vorgesehen, die ein Aufeinandertreffen vieler Menschen (zumal solcher mit Risikofaktoren wie Immunerkrankungen) untersagte; hinzukamen etliche unverschuldete Infektionen, die eine Quarantänapflicht nach sich zogen oder geltende Ein- und Ausreisebeschränkungen, die ein Erreichen des Hochschulortes unmöglich machten.

Wollte man hier ausweichen und die Klausuren in „sicherer Umgebung“, nämlich der häuslichen Umgebung (quasi der Quarantäne) schreiben lassen, standen weitere Grundrechtseinschränkungen im Raum: zum einen eine Gefährdung des Persönlichkeitsschutzes gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) sowie ein möglicher Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG durch die kaum vermeidbare Videoaufsicht innerhalb der Wohnung und ggf. die Installation von Software mit Eingriffen in die Funktionalität des häuslichen Rechners; zum anderen eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG), soweit die konkrete Prüfungssituation zu einer signifikanten Erhöhung von Täuschungsmöglichkeiten führt.

Alles in allem konnte man als Hochschule in solch einer Situation nur falsch handeln: egal welches Vorgehen man favorisierte, es würde zu Grundrechtseinschränkungen führen. Die Herausforderung für das Konzept einer diesbezüglichen Rechtsgrundlage war also, im Wege praktischer Konkordanz<sup>37</sup> die kollidierenden Grundrechte in einen solchen Ausgleich zu bringen, dass kein Grundrecht unnötig stark beeinträchtigt wird.

Vor diesem Hintergrund entstand eine „Architektur“ für die BayFEV mit vier Säulen: Transparenz, Wahlrecht, Vertrauen, Verhältnismäßigkeit.

### 2. Erste Säule des BayFEV-Modells: Transparenz

Dass Transparenz quasi über allem stehen müsse, leuchtet ein, wenn man versucht, das diffuse Gesamtbild staatlicher Prüfungen in einer Pandemiesituation zu zeichnen. So müssen die Hochschulen bzw. Prüfungsämter zunächst einmal aufklären: über die aktuelle Sach- und Rechtslage, die denkbaren Prüfungsformate und ihre jeweiligen Rahmenbedingungen sowie die Konsequenzen, wenn man den einen oder anderen Weg geht (hierzu § 3 BayFEV und passim). Der Staat hat hier gleichsam eine Bringschuld. Hierzu zählt auch das Angebot von Probeklausuren unter Fernprüfungsbedingungen, um die Hinweise besser nachvollziehen zu können (§ 3 Abs. 3 BayFEV).

### 3. Zweite Säule des BayFEV-Modells: Wahlrecht

Auf dieser Transparenzoffensive aufbauend bildet das Wahlrecht der Studierenden (§ 8 BayFEV) die zweite Säule.<sup>38</sup> Sie dürfen sich frei entscheiden, ob sie an der elektronischen Fernprüfung oder einer alternativ angebotenen Präsenzprüfung teilnehmen oder – während der Pandemie – die Prüfung in das nächste Semester verschieben (ohne Nachteil im Studienverlauf, § 8 Abs. 2 Satz 3 BayFEV). Auf dieses Wahlrecht muss ausdrücklich hingewiesen werden. Erst durch das Wahlrecht entsteht eine Situation der Freiwilligkeit, durch die der Grundrechtseinschränkung die Schwere (oder ggf. sogar die Grundlage) entzogen wird. Dass die Hochschulen mit der Einräumung eines solchen Wahlrechts einen erheblichen Organisationsaufwand haben, ist unbestritten. Dieser ist aber erforderlich, um der spezifischen Grundrechtskollision gerecht zu werden. Auch wenn den Staat keine Verantwortung für den Ausbruch der Pandemie trifft (ggf. aber

36 Hierzu *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 50. Ed., Stand 15.2.2022, Art. 12 Rn. 25; *Jeremias*, in: Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, C., Rn. 135.

37 Hierzu grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999,

Rn. 72, 317 ff.

38 *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 190 (auch mit dem Hinweis, dass die Ausübung des Wahlrechts nicht gleichgesetzt werden darf mit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Datenverarbeitung).

eine Verantwortung für den Verlauf und manche Auswirkungen), so spricht doch der Teilhabe-, Schutzpflicht- und Gewährleistungscharakter der betroffenen Grundrechte für dieses Optimierungsgebot, das der Einräumung des Wahlrechts innewohnt: Eingriffsminimierung durch Optimierung der eingriffsvermeidenden Umstände.

#### 4. Dritte Säule des BayFEV-Modells: Vertrauen

Dies leitet über zur dritten Säule. Geradezu paradigmatisch für das Konzept der BayFEV ist das Prinzip „Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser“, das Dirk Heckmann in den Mittelpunkt seiner Begründung auf der Pressekonferenz zur Vorstellung der BayFEV am 19.9.2020 gestellt hat.<sup>39</sup> Das Vertrauensprinzip findet sich an mehreren Stellen der Verordnung wieder und ist letztlich auch ein Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (hierzu direkt im Anschluss). Es bedeutet letztlich, dass der Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung der elektronischen Fernprüfung dezidierte Schranken einbaut, was die Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten durch das Personal der Klausuraufsicht betrifft. So findet etwa keine Raumüberwachung statt (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BayFEV), der Einsatz einer zweiten Kamera ist genauso untersagt wie ein „360-Grad-Schwenk“ durch den Raum oder gar die Räume in der Wohnung. Ebenso untersagt ist die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen durch die Prüfungs- und Kontrollsoftware („Abweichung vom Standardverhalten“<sup>40</sup>), was ein faktisches „Aus“ für den Einsatz besonders risikobehafteter KI-Systeme bei einer elektronischen Fernprüfung bedeutet (§ 6 Abs. 4 Satz 5 BayFEV).<sup>41</sup>

Insgesamt beruht die elektronische Fernprüfung, so wie sie die BayFEV regelt, auf einem großen Vertrauensvorschuss gegenüber den Studierenden. Wir gehen davon aus, dass die meisten Studierenden die faktisch verbleibenden Möglichkeiten zur Täuschung nicht nutzen werden, wobei wir zwischen redlichen, verführbaren und rücksichtslosen Kandidaten unterscheiden.<sup>42</sup>

Die redlichen Studierenden täuschen ohnehin nicht, weil sie sich auf das Bewältigen der Klausuraufgabe konzentrieren, statt ihre Energie für aufwändige und aufreibende Täuschungsmanöver zu vergeuden. Dass Täuschung wiederum nicht zu leicht gemacht wird, ist auch eine Frage der Prüfungsdidaktik: je weniger die Wieder-

gabe von erlernten Tatsachen verlangt wird, je mehr es um Transferwissen und Methode geht, um so schwieriger ist es, auf unzulässige Quellen zurückzugreifen, weil dies bei der Korrektur eher auffallen würde.

Die verführbaren Studierenden werden dann auf unzulässige Quellen zurückgreifen, wenn sie sich bei diesem Verhalten „im Recht sehen“: etwa, weil der Prüfungsstoff zu schwer ist oder von kommunizierten Eingrenzungen abweicht. Das lässt sich durch einen zielführenden Unterricht und eine faire Prüfungsgestaltung verhindern. Hinzu kommt die abschreckende Wirkung des Aufsichtsdrucks durch die Kontrolle mittels einfacher Videoaufsicht.

Das ist anders bei den rücksichtslosen Studierenden, die jede Gelegenheit nutzen, sich einen – auch unzulässigen – Vorteil zu verschaffen. Solche Personen verhalten sich ähnlich wie die Raser im Straßenverkehr, deren Verkehrsverstöße nur bei einer flächendeckenden Verkehrsüberwachung unterbunden werden könnten. Genau das ist aber weder im Straßenverkehrsrecht noch den bisherigen Präsenzklausuren vorgesehen, im Gegenteil: Das Bundesverfassungsgericht hat sich mehrfach kritisch schon zum „Gefühl“ des „permanenten Überwachtseins“<sup>43</sup> geäußert und erteilt einer „Totalüberwachung“ eine klare Absage.

#### 5. Vierte Säule des BayFEV-Modells: Verhältnismäßigkeit

Genau hier knüpft auch die vierte Säule unseres Modells an: die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns ist auch ein Gebot im Rahmen der Klausuraufsicht. Wollte man bei elektronischen Fernprüfungen jegliche Kontrollen vornehmen, die technisch möglich sind, wäre schon fraglich, ob diese überhaupt erforderlich sind. Allemal wären sie nicht angemessen.<sup>44</sup> In keinem Lebensbereich ist „Totalüberwachung“ (Überwachung um jeden Preis) zulässig: weder im Straßenverkehr noch bei Leistungskontrollen am Arbeitsplatz.<sup>45</sup> In der Grundrechtsabwägung spielt die Chancengerechtigkeit eine wichtige Rolle. Sie ist aber – wie gesehen – in praktische Konkordanz zum Schutz der Privatsphäre, der Unverletzlichkeit der Wohnung und der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu bringen. Unsere Rechtsordnung nimmt in vielen Bereichen Risiken in Kauf,

39 Vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=Hbj8t9ogM3M> (letzter Zugriff am 09.02.2023); vgl. auch Heckmann/Rachut, Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser, COVuR 2021, 194 ff.

40 Hierzu ausführlich Rachut/Besner, MMR 2021, 851, 853, 855 f.

41 Zur möglichen Verwendung einfacher Algorithmen vgl. § 6 Abs. 4 BayFEV sowie Rachut/Besner, MMR 2021, 851 ff.

42 Heckmann/Rachut, Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser, COVuR 2021, 194 (199).

43 BVerfGE 120, 378.

44 Ausführlich zu den hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 171 ff.

45 Beispielhaft BAG, Urteil vom 27. Juli 2017 – 2 AZR 681/16 –, BAGE 159, 380 ff. zur Unzulässigkeit des Einsatzes von Keyloggern im Rahmen einer anlasslosen Überwachung des Arbeitsplatzes.

eine Null-Risiko-Strategie wird nicht einmal beim Betrieb gefährlicher Anlagen gefordert.<sup>46</sup> Warum also sollten ausgerechnet Risiken von Täuschungshandlungen in Klausuren erhebliche Eingriffe in die genannten Schutzgüter durch stärkere Kontrollen rechtfertigen?<sup>47</sup>

#### 6. Moderate Prüfungsaufsicht

Legt man die genannten vier Säulen der Architektur des Fernprüfungssystems zugrunde, kommt man zu einem auf Vertrauen, moderater Kontrolle und didaktischer Anpassung beruhenden Prüfungssystem. Die Klausur wird beaufsichtigt, jedoch erfasst die standardmäßige Videoaufsicht nur die Prüfung des Verbleibs der Kandidaten vor dem Bildschirm (statisches Kamerabild) und das Unterbleiben von Gesprächen im Raum (offenes Mikrofon). Dies bildet praktisch die Kontrolle im realen Prüfungsraum ab. Gegebenenfalls kann eine Prüfungssoftware zur Anwendung gelangen, die für den Klausurzeitraum bestimmte Funktionen (z.B. das Nutzen der Zwischenablage oder eine Internetrecherche) unterbindet. Weitere Täuschungsmöglichkeiten mögen auch dadurch vermieden werden, indem man die Verwendung von Hilfsmitteln wie Studienunterlagen ausdrücklich erlaubt (sog. Open Books Klausuren).

#### IV. Prüfungskulturwandel

Dies alles soll eine Prüfungssituation schaffen, in der sich Prüfende und Studierende mit Respekt, Fairness, Vertrauen und Zuversicht begegnen. Würde eine Hochschule demgegenüber durch die Prüfungsmodalitäten dezidiert eine Atmosphäre des Misstrauens erzeugen, müsste sie sich fragen, welches Menschenbild sie ausgerechnet bei jenen Menschen zugrunde legen will, die als ihre Absolventen künftig die Hoffnungs- und Leistungsträger der Gesellschaft darstellen sollen. Oder anders ausgedrückt:

*„Der freiheitliche Verfassungsstaat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann: Mit diesem Satz sprach Ernst-Wolfgang Böckenförde auch die*

*gewollte Unvollkommenheit der Rechtsdurchsetzung und die hohe Bedeutung der Akzeptanzstiftung in einer freien Gesellschaft an. Wo könnte dieses Prinzip besser gelernt und gelehrt werden als an den Hochschulen?“<sup>48</sup>*

Letztlich zwingt die Pandemie mit der Notwendigkeit elektronischer Fernprüfungen zum Umdenken in Prüfungsdidaktik und Prüfungskultur.<sup>49</sup> Schon länger wird diskutiert, ob bestimmte Prüfungsformate überhaupt noch zeitgemäß sind.<sup>50</sup> Wie wichtig ist das Auswendiglernen eines Prüfungsstoffs? Sind die Klausurhalte und ihre Methodik überhaupt noch angemessen, passen sie zu den Anforderungen der Berufspraxis, auf die sie vorbereiten sollen? Gerade bei juristischen Prüfungen ist der Unterschied zwischen Prüfung und Praxis besonders stark: Während man im 1. Staatsexamen noch als Einzelkämpfer mit Gesetzestext komplexe Fälle lösen soll, arbeitet man später in Teams mit juristischen Datenbanken. Wenn man dann noch hinzunimmt, dass künftig Legal-3Tech-Anwendungen<sup>51</sup> und KI-Systeme wie ChatGPT oder you.com zumindest eine teilautomatisierte Rechtsdurchsetzung<sup>52</sup> ermöglichen, entfernt sich die konventionelle Juristenausbildung immer mehr von der Rechtspraxis. Hier gilt es gegenzusteuern. Gefragt sind Kreativität, kritische Reflexion, Technikverständnis und Zielorientierung. All das lässt sich (ein Stück weit) erlernen, üben und anwenden, mit wenig Aufsichtsdruck.

Das zeigt auch der Umgang mit ChatGPT, einer KI-Anwendung des Text- und Dataminings des Unternehmens OpenAI, um die ein regelrechter Hype entstanden ist.<sup>53</sup> Mit deren Hilfe lassen sich mehr oder weniger fundierte Antworten auf bestimmte (Fach-) Fragen finden. Dabei muss indes die Funktionsweise dieser Systeme berücksichtigt werden, sodass diese Anwendung nicht wie ein großes Lexikon oder eine Suchmaschine genutzt werden kann, sondern anhand seiner Trainingsdaten lediglich aufgrund von Wahrscheinlichkeiten möglichst korrekte bzw. erwünschte Textvervollständigung ausgibt. Die daraus ermittelten Aussagen können, müssen aber

46 Zum Risikobegriff im Technikrecht *Debus*, Strategien zum Umgang mit sagenhaften Risikotypen, insbesondere am Beispiel der Kernenergie, in: Scharrer et. al. (Hrsg.), *Risiko im Recht - Recht im Risiko*, 2011, S. 11 ff.

47 Vgl. zum Umgang mit Täuschungsversuchen im Rahmen von elektronischen Fernprüfungen *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und Elektronische Fernprüfung, S. 222 ff.

48 *Heckmann/Rachut*, Kontrolle ist gut, Vertrauen ist besser, COVuR 2021, 194 (200).

49 Ausführlich *Heckmann/Rachut*, E-Klausur und Elektronische

Fernprüfung, S. 218 ff.

50 Hierzu auch die Initiative [www.iurreform.de](http://www.iurreform.de) (letzter Zugriff am 09.02.2022).

51 Hierzu statt Vieler *Breidenbach/Glatz*, *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2. Aufl. 2021.

52 Zu Grenzen automatisierter Rechtsverwirklichung *Paschke*, MMR 2019, 563 ff.

53 Zum Einstieg siehe *Braegelmann*, Der ChatGPTorische Imperativ, Blogbeitrag vom 12.12.2022, <https://www.legal-tech.de/chatgpt/> (letzter Zugriff am 09.02.2023).

nicht fachlich fundiert sein und der Intention des Fragenenden entsprechen.

Der Reflex unter den Prüfenden ließ nicht lange auf sich warten: vielfach wurde ein Verbot dieser Anwendung diskutiert, manche (Hoch-)Schulen in den USA haben die Anwendung bereits auf ihren Rechnern unterbunden.<sup>54</sup> Nur langsam entfaltet sich (auch in Deutschland) die Erkenntnis, solche Innovationen in den Unterricht einzubauen oder gar in Prüfungen zuzulassen: nicht etwa, um dem System die Lösung der Klausuraufgabe zu überlassen, sondern vielmehr, um dessen Funktionalität als Teil eines Erkenntnisprozesses zu begreifen. Dies wiederum setzt natürlich neuartige Prüfungen voraus, die mehr auf Methode und Erkenntnis als auf reines Wissen setzen. Dass damit die früher wiederverwendbaren Klausuraufgaben zur Makulatur werden, ist vielleicht der Preis für eine sich audrängende Modernisierung des Prüfungswesens.

E-Klausur und elektronische Fernprüfung sind so gesehen auch nur die Vorboten für eine (weltweite)

Umwälzung im Bildungswesen, eine digitale Transformation, bei der Deutschland vor der Wahl steht: Entweder man gestaltet den Umbruch selbst und integriert technische Innovationen so, dass sie unseren Werten und Standards entsprechend optimalen Nutzen entfalten. Oder man hinkt ein weiteres Mal so weit hinterher, dass die Gestaltungshoheit bei jenen Unternehmen liegt, die ein eigenes Werteverständnis gleich mit einbauen: Code is law.<sup>55</sup> Ob man das durch Regulierung je eingefangen bekommt, ist fraglich, wie man an den Bemühungen um den Persönlichkeitsschutz in sozialen Netzwerken<sup>56</sup> (Digital Services Act) sieht.<sup>57</sup>

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

54 Zum Verbot von ChatGPT an New Yorker Schulen: <https://ny.chalkbeat.org/2023/1/3/23537987/nyc-schools-ban-chatgpt-writing-artificial-intelligence>. Vgl. auch den Blogbeitrag von Donath vom 6.1.2023: <https://www.golem.de/news/schule-und-wissenschaft-nutzungsverbote-gegen-chatgpt-ausgesprochen-2301-171004.html> (letzter Zugriff am 09.02.2023).

55 Lawrence Lessig, Code is law, 1999.

56 Ein Gesetz zur Verbesserung des Persönlichkeitsrechtsschutzes im Internet schlagen Anne Paschke und Dirk Heckmann vor, siehe Heckmann/Paschke, DRiZ 2018, 144 ff.

57 Peukert, Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Act), KritV 2022, 57 ff.





Georg Caspers  
*Arbeitszeiterfassung an Hochschulen*  
– Anmerkung zum Beschluss des BAG vom  
13.9.2022 – 1 ABR 22/21 –

## I. Entscheidung des BAG

In einem aufsehenerregenden Beschluss vom 13.9.2022 hat sich das BAG auf den Standpunkt gestellt, dass der Arbeitgeber bereits nach geltendem Recht verpflichtet ist, ein System zur Erfassung der von seinen Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, das Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden umfasst. Dies soll eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gebieten, nach welchem der Arbeitgeber zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 ArbSchG unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten für eine geordnete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen hat.<sup>1</sup>

Nach § 3 Abs. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

In dem vom BAG entschiedenen Rechtsstreit ging es um die Frage, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung zusteht. Dies hat das BAG mit Blick auf § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG verneint, jedoch ausgeführt, dass die bei der Erfüllung der Pflicht des Arbeitgebers zur Arbeitszeiterfassung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG bestehenden Spielräume von den Betriebsparteien oder einer Einigungsstelle im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG durch entsprechende Regelungen auszugestalten sind, was dann auch ein entsprechendes Initiativrecht zu einer Regelung des „Wie“ der Arbeitszeiterfassung umfasst. Dieses kann der Betriebsrat

aber nicht auf eine Zeiterfassung in elektronischer Form beschränken.<sup>2</sup>

Grundlage der im Wege unionsrechtskonformer Auslegung auf die Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gestützten Arbeitszeiterfassungspflicht durch das BAG ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO. Mit Urteil vom 14.5.2019 hat der EuGH auf Vorlage der Audiencia Nacional (Nationaler Gerichtshof, Spanien) bekanntlich entschieden, dass es mit den Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG,<sup>3</sup> die im Lichte von Art. 31 Abs. 2 GRCh und von Art. 4 Abs. 1, 11 Abs. 3 und 16 Abs. 3 der Richtlinie 89/391/EWG<sup>4</sup> auszulegen sind, unvereinbar ist, wenn die arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates die Arbeitgeber nicht verpflichten, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>5</sup> Da die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Richtlinie 2003/88/EG alle erforderlichen Maßnahmen treffen müssten, um die Beachtung der Mindestruhezeiten zu gewährleisten und jede Überschreitung der wöchentlichen Arbeitszeit zu verhindern, sei eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung vorsehe, von einem Instrument Gebrauch zu machen, mit dem die Zahl der täglichen und wöchentlichen Arbeitsstunden objektiv und verlässlich festgestellt werden könne, nicht geeignet, die praktische Wirksamkeit der von Art. 31 Abs. 2 GRCh und der durch die Arbeitszeitrichtlinie verliehenen Rechte sicherzustellen. Dabei gesteht der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Festlegung der konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems zu.<sup>6</sup>

Weil der deutsche Gesetzgeber bislang untätig geblieben ist, hat sich das BAG zu der Annahme des Bestehens einer allgemeinen Arbeitszeiterfassungspflicht bereits de

1 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 42 ff.

2 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 59 ff., 66 ff.

3 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl. 2003 L 299/9.

4 Richtlinie 89/391/EWG des Rates v. 12.6.1989 über die Durchfüh-

rung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, Abl. 1989 L 183/1.

5 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683, insbes. Rn. 60.

6 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683 Rn. 50, 63.

lege lata berufen gefühlt. Danach sind die Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit derjenigen Arbeitnehmer zu erfassen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) dieser Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat.<sup>7</sup> Dabei anerkennt das BAG, dass die Zeiterfassung nicht zwingend auf elektronischem Wege erfolgen muss, sondern auch Aufzeichnungen in Papierform den Anforderungen genügen. Ebenso besteht die Möglichkeit, die Aufzeichnung der betreffenden Arbeitszeiten an die Arbeitnehmer zu delegieren.<sup>8</sup>

Dass aus dem ArbSchG eine allgemeine Pflicht zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit folgen soll, war so nicht erwartet worden. Denn bislang sieht § 16 Abs. 2 ArbZG lediglich eine Verpflichtung der Arbeitgeber vor, die über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen und ein Verzeichnis der Arbeitnehmer zu führen, die in eine Verlängerung der Arbeitszeit gem. § 7 Abs. 7 ArbZG eingewilligt haben. Daneben existieren einige spezialgesetzliche Pflichten zur Aufzeichnung der Arbeitszeit, etwa nach § 21a Abs. 7 ArbZG sowie § 17 Abs. 1 MiLoG, § 17c Abs. 1 AÜG, § 19 Abs. 1 AEntG und § 6 Abs. 1 GSA Fleisch.<sup>9</sup> Dies spricht dafür, dass es eine allgemeine Pflicht, den Beginn und das Ende der gesamten täglichen Arbeitszeit sämtlicher Arbeitnehmer aufzuzeichnen, im deutschen Arbeitsrecht nicht gibt, und von einer solchen wurde ja auch bislang gerade nicht ausgegangen. Von einem „Erfurter Kunstgriff“ ist deshalb die Rede,<sup>10</sup> oder auch davon, das BAG habe sich „methodisch außerordentlich weit vorgewagt“.<sup>11</sup> Vereinzelt wird sogar von einer unzulässigen Rechtsfortbildung durch das BAG und damit von einem Verfassungsverstoß ausgegangen.<sup>12</sup>

Gänzlich fernliegend ist das Auslegungsergebnis des BAG indessen nicht, sieht doch Art. 1 Abs. 4 iVm. Abs. 2 der RL 2003/88/EG ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen der RL 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und

des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit unbeschadet strengerer und/oder spezifischer Vorschriften in der Arbeitszeitrichtlinie auf die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sowie die wöchentliche Höchstarbeitszeit voll Anwendung finden. Dementsprechend hat bereits der EuGH dargelegt, dass sich die von ihm angenommene Verpflichtung zur Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, auch aus der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG ergibt, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.<sup>13</sup> Diese Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 RL 89/391/EWG wird mit dem vom BAG herangezogenen § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG umgesetzt. Der rechtsmethodische Streit um die Frage, ob die vom BAG gewählte Annahme einer Arbeitszeiterfassungspflicht im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung zulässig war oder eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellt, kreist deshalb insbesondere um die Frage, inwieweit die vom nationalen Gesetzgeber in § 16 Abs. 2 ArbZG sowie den spezialgesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Arbeitszeiterfassungspflichten als abschließende Regelung gewollt waren.

Solange die Rechtsprechung des BAG nicht vom BVerfG kassiert wird, ist davon auszugehen, dass eine allgemeine Pflicht der Arbeitgeber existiert, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit derjenigen Arbeitnehmer aufzuzeichnen, für die der Gesetzgeber nicht auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) der Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat. Zwar bindet der Beschluss des BAG allein die Beteiligten des Rechtsstreits. Jedoch liegt es auf der Hand, dass die ganz überwiegende Zahl der Gerichte für Arbeitssachen und auch die Aufsichtsbehörden der Auslegung des BAG folgen werden.<sup>14</sup> Nicht von der Aufzeichnungspflicht erfasst sind

7 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Leitsatz 1 und Rn. 56.

8 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

9 Zu den Aufzeichnungspflichten des ArbZG sowie weiterer Aufzeichnungspflichten ausführlich *Bayreuther*, NZA 2020, 1 ff.; *Baek/Deutsch/Winzer*, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 16 ArbZG Rn. 21 ff., § 21a ArbZG Rn. 33 ff.

10 *Lipinski*, BB 2022, Heft 40, I.

11 *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 198.

12 *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1 ff., wonach es sich um ein „Musterbeispiel unzulässiger Rechtsfortbildung“ handeln soll; a.A.

*Bayreuther*, NZA 2023, 193, 198.

13 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683 Rn. 62.

14 Nach Kenntnis des Verfassers hat das Arbeitsministerium NRW unmittelbar nach dem Beschluss des BAG angekündigt, den Arbeitsschutzbehörden Durchführungsanweisungen dazu an die Hand zu geben, um für eine möglichst einheitliche Linie und Rechtssicherheit zu sorgen. Die Sozialpartner wurden bereits angehört. Einschränkend zu den Befugnissen der Arbeitsschutzbehörden *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 198 f.

nach § 18 Abs. 1 ArbZG die Arbeitszeiten von leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG<sup>15</sup> und Chefärzten sowie der Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertretern sowie von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind. Denn diese sind im Sinne von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG aus dem Anwendungsbereich des durch das ArbZG gewährleisteten Arbeitszeitschutzes ausgenommen.

## II. Auswirkungen auf die Hochschulen

### 1. Erfasster Personenkreis

Das Arbeitszeitrecht und damit zusammenhängend die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit gilt auch an Hochschulen. Für wissenschaftliche Mitarbeiter und das nichtwissenschaftliche Personal greifen grundsätzlich die Schranken des ArbZG.<sup>16</sup> Damit gilt gem. § 3 ArbZG eine werktägliche Arbeitszeit von höchstens acht Stunden, die auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden kann, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Von der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) ArbZG den Tarifvertragsparteien eingeräumten Möglichkeit, einen anderen Ausgleichszeitraum festzulegen, wurde für den Bereich der Wissenschaft in § 40 Nr. 3 TV-L Gebrauch gemacht. Dort ist der Ausgleichszeitraum abweichend von § 3 Satz 2 ArbZG auf ein Jahr festgelegt worden. Art. 19 Abs. 2 RL 2003/88/EG lässt dies grundsätzlich zu. Neben dieser Begrenzung des zulässigen Umfangs der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sind die Vorgaben des § 5 ArbZG zur ununterbrochenen Ruhezeit von mindestens elf Stunden sowie die in § 4 ArbZG geregelten Ruhepausen einzuhalten.

Eine Erfassung der Arbeitszeit an Hochschulen ist bislang typischerweise nur für einen Teil der Beschäftigten vorgesehen. Entsprechende mit den Personalräten abgeschlossene Dienstvereinbarungen bestehen jeden-

falls in der Regel für die in der Hochschulverwaltung beschäftigten Mitarbeiter.<sup>17</sup> In Bereichen, in denen die Arbeitszeit bisher nicht erfasst wird, hat dies nunmehr zu geschehen, sofern man den Beschluss des BAG nicht weiter ignoriert.<sup>18</sup> Denn Ausnahmen von den genannten Vorgaben des ArbZG und der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Arbeitszeiterfassungspflicht bestehen auch im Bereich der Hochschulen nur in engen Grenzen. Leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG an privaten Hochschulen und Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft sowie die Leiter der Dienststellen und deren Vertreter sowie Arbeitnehmer, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind,<sup>19</sup> an den staatlichen Hochschulen, sind nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ArbZG aus dem Anwendungsbereich des ArbZG ausgenommen. Mit dieser Bestimmung macht der Gesetzgeber von der unionsrechtlichen Ausnahmebestimmung des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG Gebrauch, nach dem für leitende Angestellte und sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis jedenfalls von den Art. 3 bis 6, 8 und 16 der Richtlinie, also insbesondere von den Bestimmungen über die elfstündige Ruhezeit, die Ruhepausen, die wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden sowie die wöchentliche durchschnittliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden, abgewichen werden darf. Arbeitnehmer, für die der Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG eine von den Vorgaben in Art. 3, 5 und 6 Buchst. b) der Richtlinie abweichende Regelung getroffen hat, hat das BAG ausdrücklich von der Arbeitszeiterfassungspflicht ausgenommen.<sup>20</sup>

Gleiches gilt für Professoren, unabhängig davon, ob diese im Beamtenverhältnis oder auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags tätig sind.<sup>21</sup> Denn für diese sehen die Hochschulgesetze regelmäßig vor, dass die Vorschriften über die Arbeitszeit nicht anzuwenden sind.<sup>22</sup> Im Beamtenverhältnis tätige Professoren werden dadurch von den einschlägigen Arbeitszeitregelungen für Beamte ausgenommen. Die für Beamte vorgesehenen

15 Ebenso *Bayreuther*, NZA 2023, 193 f.; zweifelnd *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 5; a.A. *Löwisch*, <https://page.fachmedien.de/wordpress/rechtsboard/2022/12/09/umsetzung-der-arbeitszeiterfassungspflicht-bleibt-aufgabe-des-gesetzgebers/> (letzter Zugriff am 8.3.2023).

16 *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 74.

17 In Hochschulen und Forschungseinrichtungen in privater Trägerschaft findet das BetrVG Anwendung, so dass dort Betriebsvereinbarungen zu schließen sind.

18 Ein Bußgeld setzt nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 ArbSchG zumindest eine behördliche Anordnung sowie eine Zuwiderhandlung voraus, vgl. hierzu *Höpfner/Schneck*, NZA 2023, 1, 5; die Grundlage für ein

Bußgeld gänzlich ablehnend *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 199.

19 Dazu näher *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 78 f.

20 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Leitsatz 1 und Rn. 56.

21 *Adam*, *Forschung & Lehre* 2023, 118, 119; *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 72.

22 Vgl. z.B. § 45 Abs. 2 Satz 2 LHG BaWü; Art. 60 Abs. 1 Satz 1 BayHIG; § 102 Abs. 3 Satz 1 BerlHG; s. für den Bund auch § 50 Abs. 1 Satz 3 HRG, nach dem die Vorschriften des BRRG über die Arbeitszeit mit Ausnahme der §§ 44a und 44b auf Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nicht anzuwenden sind.

Bestimmungen über die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie die Ruhezeiten<sup>23</sup> gelten für diese nicht. Es ist auch nicht vorgeschrieben, für wie viele Stunden ein Professor und wann er zu arbeiten hat.<sup>24</sup> Für angestellte Professoren machen die einschlägigen Hochschulgesetze von der Öffnung des § 19 ArbZG Gebrauch,<sup>25</sup> nach dem bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im öffentlichen Dienst, soweit keine tarifvertragliche Regelung besteht, durch die zuständige Dienstbehörde die für Beamte geltenden Bestimmungen über die Arbeitszeit auf die Arbeitnehmer übertragen werden können. Gem. § 1 Abs. 3 Buchst. a) TV-L sind Hochschullehrer aus dem Geltungsbereich des TV-L ausgenommen. Die §§ 3-13 ArbZG finden insoweit keine Anwendung.

Mit dem Recht der Professoren, die Zeit der Erfüllung ihrer Dienstaufgaben im Rahmen der selbständigen Aufgabenwahrnehmung selbst bestimmen zu können, tragen die Hochschulgesetze dem Umstand Rechnung, dass Zeitsouveränität eine wesentliche Voraussetzung für wissenschaftliches Arbeiten ist. Es geht darum, die für das wissenschaftliche Arbeiten erforderliche Kreativität zu wahren und zu fördern.<sup>26</sup> Insoweit spricht viel dafür, dass eine detaillierte Regelung der Arbeitszeit von Professoren – unbeschadet der Lehrverpflichtung – gegen Art. 5 Abs. 3 GG verstoßen würde.<sup>27</sup>

Die Herausnahme der Professoren aus dem Arbeitszeitschutz ist auch nach dem Unionsrecht zulässig. So ist bereits zweifelhaft, ob sie dem für die RL 2003/88/EG maßgeblichen<sup>28</sup> unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff überhaupt unterfallen, welcher als wesentliches Merkmal voraussetzt, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>29</sup> Selbst wenn man dies aber annimmt, so ist die Herausnahme durch Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG gedeckt,<sup>30</sup> da Professoren im Sinne der Vorschrift ihre Arbeitszeit selbst festlegen können. Zwar erlaubt

Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) vi) RL 2003/88/EG für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten Abweichungen von den Art. 3 bis 5 sowie 8 und 16 der Richtlinie nur unter der Voraussetzung, dass die Tätigkeiten dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und auch nur dann, wenn die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten (Art. 17 Abs. 2 RL 2003/88/EG). Auch wird durch Art. 17 Abs. 3 Buchst. c) vi) RL 2003/88/EG nicht von der Einhaltung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden gem. Art. 6 Buchst. b) RL 2003/88/EG dispensiert. Eine Sperre, im Bereich von Wissenschaft und Forschung weitergehende Abweichungen nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG vorzusehen, ist damit aber nicht verbunden. Indem der EuGH – wenn auch in einem anderen Kontext – Art. 17 Abs. 1 und 3 RL 2003/88/EG in derselben Entscheidung nacheinander prüft,<sup>31</sup> macht er deutlich, dass ein Exklusivitätsverhältnis nicht besteht. Zudem muss auch Art. 17 RL 2003/88/EG im Lichte der Wissenschaftsfreiheit ausgelegt werden, die das Unionsrecht mit Art. 13 GRCh schützt. Infolge der wirksamen Herausnahme von Professoren aus dem Arbeitszeitrecht durch die Hochschulgesetze besteht nach alledem keine Pflicht, deren Arbeitszeit zu erfassen. Dies alles ist auch sachgerecht, da Professoren im Rahmen der selbständigen Aufgabenwahrnehmung auf den Schutz ihrer Gesundheit bei der individuellen Gestaltung ihrer Arbeitszeit selbst achtgeben können.

Für das übrige wissenschaftliche Personal ist eine generelle Abweichung vom Arbeitszeitrecht nicht vorgesehen. Wissenschaftliche Angestellte werden als Arbeitnehmer von § 2 Abs. 2 ArbZG und damit von dem in den §§ 3 ff. ArbZG geregelten Arbeitszeitschutz erfasst. Die Sonderregelung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG, nach der

23 Vgl. z.B. § 67 LBG BaWü iVm. § 4 und §§ 7-11 der Arbeitszeit- und Urlaubsverordnung (AzUVO) BaWü; Art. 87 Abs. 1 BayBG iVm. Art. 2 und 3 der Verordnung über die Arbeitszeit für den bayerischen öffentlichen Dienst (BayAzV).

24 Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 234.

25 Wertheimer/Meißner, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 72.

26 Detmer, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4 Rn. 209; Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 234 f.

27 Grzeszick, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3 Rn. 235; Lecheler, PersV 1990, 299, 300 ff.; Waldeyer, in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht in Bund und Ländern, Stand 12/2016, § 50 HRG Rn. 8; vgl. auch Epping, ZBR 1997, 383,

389; a.A. Wiedmann, in: Haug (Hrsg.), Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2001, Rn. 1063.

28 Vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 – Union syndicale Solidaires Isère, Slg. 2010, I-9963 Rn. 28; Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 49 ff.

29 EuGH, Urt. v. 3.7.1986 – Rs. 66/85 – Lawrie Blum, Slg. 1986, 2121, 2139 Rn. 17; Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 45 AEUV Rn. 10 ff. m.w.N.

30 Ebenso Adam, Forschung & Lehre 2023, 118, 119.

31 EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – C-428/09 – Union syndicale Solidaires Isère, Slg. 2010, I-9963 Rn. 39 ff. zum Ausschluss des Anspruchs auf eine tägliche Mindestruhezeit.

von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2, 7, 11 Abs. 1 bis 3 und § 12 ArbZG bei Forschung und Lehre, bei unaufschiebbaren Vor- und Abschlussarbeiten sowie bei unaufschiebbaren Arbeiten zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen oder zur Behandlung und Pflege von Tieren an einzelnen Tagen abgewichen werden darf, wenn dem Arbeitgeber andere Vorkehrungen nicht zugemutet werden können, erfasst nur Ausnahmefälle. Es wird eine besondere Situation verlangt, die beispielsweise dann gegeben ist, wenn längerdauernde Versuchsreihen zu betreuen sind, Experimente wegen besonders günstiger Bedingungen nur zu bestimmten Zeiten durchgeführt werden können oder über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum einen erhöhten Arbeitsanfall erfordern, der nur von bestimmten qualifizierten Arbeitnehmern geleistet werden kann.<sup>32</sup> Mit der Bestimmung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den spezifischen Belangen der Forschung und dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten.<sup>33</sup> Eine pauschale Freistellung von den Anforderungen des Arbeitszeitschutzes im Bereich von Forschung und Lehre wird durch sie nicht bewirkt.<sup>34</sup> Von der auf die unionsrechtskonforme Auslegung der Rahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gestützten Arbeitszeiterfassungspflicht befreit § 14 Abs. 2 ArbZG den Arbeitgeber nicht, weil der Arbeitszeitschutz im Normalfall zu beachten ist und § 14 Abs. 3 ArbZG zudem verlangt, dass die Arbeitszeit 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen nicht überschreitet, wenn von den Befugnissen des § 14 Abs. 2 ArbZG Gebrauch gemacht wird. Dies setzt voraus, dass die Anzahl der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden bekannt ist.

Für Beamte, z.B. akademische Räte, gelten die jeweiligen Bestimmungen zur Arbeitszeit von Beamten. Inwieweit für diese aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG bereits de lege lata eine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit durch den Dienstherrn besteht, ist offen, da noch nicht feststeht, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem BAG folgt.

## 2. Umsetzung

Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache CCOO müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber nur verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>35</sup> Solange der Gesetzgeber keine konkretisierenden Regelungen getroffen hat, besteht auch nach Auffassung des BAG ein erheblicher Umsetzungsspielraum. So ist es nicht ausgeschlossen, die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden im Rahmen eines vom Arbeitgeber eingeführten Systems vom Arbeitnehmer selbst dokumentieren zu lassen, also an diesen zu delegieren.<sup>36</sup> Auch bedarf es nicht zwingend einer elektronischen Zeiterfassung, vielmehr können – je nach Tätigkeit und Unternehmen – Aufzeichnungen in Papierform genügen.<sup>37</sup> Die Aufzeichnung der Arbeitszeit kann demnach auch in einem handschriftlichen Vermerk des Arbeitnehmers bestehen, der es dem Arbeitgeber und den Arbeitsbehörden ermöglicht, die Einhaltung der Ruhe- und Höchstarbeitszeiten stichprobenartig zu kontrollieren und der auch den Arbeitnehmer in die Lage versetzt, sein Recht auf Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie der Ruhezeiten gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.<sup>38</sup> Eine Weisung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, seine Arbeitszeiten zu dokumentieren, kommt z.B. bei Arbeiten im Außendienst, aber auch bei flexiblen Arbeitszeitmodellen wie der Vertrauensarbeitszeit in Betracht, bei denen eine Dokumentation durch den Arbeitgeber häufig gar nicht praktikabel ist.<sup>39</sup> Darüber hinaus kann wirksam im Arbeitsvertrag vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer über seine tägliche Arbeitszeit Aufzeichnungen zu führen und diese bei dem Arbeitgeber einzureichen hat.<sup>40</sup>

Vertrauensarbeitszeit wird gerade an den Hochschulen vielfach praktiziert. Beim Einsatz des wissenschaftlichen Personals bietet sie sich geradezu an. Bei der Vertrauensarbeitszeit hat der Mitarbeiter die Möglichkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsmenge innerhalb der

32 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG Rn. 32; Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, 16. Aufl. 2013, § 14 ArbZG Rn. 16.

33 Vgl. BT-Drucks. 12/5888, 31 und BT-Drucks. 12/6990, 44.

34 Baeck/Deutsch/Winzer, Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl. 2020, § 14 ArbZG Rn. 31.

35 EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18 – CCOO, NZA 2019, 683

Rn. 60.

36 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

37 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 65.

38 Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 472.

39 Reinhard, NZA 2019, 1313, 1315 f., 1318; Thüsing/Flink/Jänsch, ZFA 2019, 456, 472.

40 BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998 Rn. 17.

durch das Arbeitszeitrecht gezogenen Grenzen nach seinen Präferenzen selbst zu organisieren. Der Arbeitgeber verzichtet auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und vertraut darauf, dass der betreffende Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht unter Einhaltung der Arbeitszeitvorgaben auch ohne Kontrolle erfüllt.<sup>41</sup> Die Verpflichtung des Arbeitnehmers, Arbeitszeit in einem nach Stunden bemessenen Umfang abzuleisten, entfällt durch eine solche Vereinbarung nicht.<sup>42</sup> Auch entbindet sie den Arbeitgeber nicht von der Einhaltung des ArbZG.<sup>43</sup> Unter diesen Voraussetzungen bleibt Vertrauensarbeitszeit nach dem Beschluss des BAG zur Arbeitszeiterfassung weiterhin möglich.<sup>44</sup> Wird die Dokumentation der eigenen Arbeitszeit an den Arbeitnehmer delegiert, darf davon ausgegangen werden, dass sich der Arbeitnehmer an eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers hält. Bestehen im Einzelfall Anhaltspunkte, dass der Arbeitnehmer die zulässige Höchst-arbeitszeit überschreitet, die Mindestruhezeit nicht beachtet oder bei der Arbeitszeitdokumentation manipuliert, muss der Arbeitgeber einschreiten.<sup>45</sup>

Die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung unterliegt für die Personalkategorien, die an den staatlichen Hochschulen vom jeweils einschlägigen Personalvertretungsrecht und im Bereich der Hochschulen in privater Trägerschaft vom BetrVG erfasst werden, der Mitbestimmung der Personal- bzw. Betriebsräte.<sup>46</sup> Für von der Arbeitszeiterfassungspflicht erfasste Arbeitsverhältnisse im Anwendungsbereich des BetrVG hat dies das BAG für das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG über den Arbeits- und Gesundheitsschutz klar ausgesprochen. Solange und soweit der Gesetzgeber den ihm zustehenden Spielraum bei der Ausgestaltung der unionsrechtlichen Arbeitszeiterfassungspflicht nicht ausgeübt habe, könnten die Betriebsparteien und – im Fall ihrer fehlenden Einigung – die Einigungsstelle nach Maßgabe des § 87 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelungen treffen. Ihnen komme insbesondere ein Gestaltungsspielraum dahingehend zu, in welcher Art und

Weise – ggfs. differenziert nach der Art der von den Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten – die Erfassung von Beginn und Ende der Arbeitszeit im Betrieb zu erfolgen habe.<sup>47</sup>

Im Personalvertretungsrecht kommt es darauf an, in welchem Umfang das einschlägige Personalvertretungsgesetz das wissenschaftliche Personal der Mitbestimmung unterstellt. Während beispielsweise Art. 4 Abs. 4 Buchst. a) BayPVG akademische Räte und Oberräte nach Art. 73 Abs. 3 BayHIG schon nicht zu den Beschäftigten im Sinne des BayPVG zählt, weshalb der Personalrat für sie auch keine Mitbestimmungsrechte ausüben kann, sind sonstige Beschäftigte mit vorwiegend wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit sowie wissenschaftliche und künstlerische Mitarbeiter und Lehrkräfte für besondere Aufgaben gem. Art. 78 Abs. 1 Nr. 6 BayPVG lediglich von bestimmten, ausdrücklich genannten Beteiligungsrechten der Personalvertretung ausgenommen. Der in Art. 75 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 BayPVG geregelte Mitbestimmungstatbestand über Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen zählt nicht dazu.<sup>48</sup> Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Freiheit von Forschung und Lehre zu Einschränkungen der Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung führt. Zwar sind Einschränkungen von Beteiligungsrechten durchaus anerkannt, wenn eine Entscheidung oder Maßnahme unmittelbar Fragen der Forschung und Lehre berührt, wie dies z.B. bei der Anordnung von Überstunden zum Abschluss einer Versuchsreihe in Betracht kommen kann. Das Mitbestimmungsrecht wird dann auf eine bloße Anhörung und Erörterung reduziert.<sup>49</sup> Dass eine Erfassung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden, mit der die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die tägliche und wöchentliche Höchst-arbeitszeit sowie die Ruhezeiten zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer sichergestellt werden soll, unmittelbar Fragen von Forschung und Lehre berührt,

41 Zum Begriff der Vertrauensarbeitszeit BAG, Urt. v. 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223 Rn. 34; BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 Rn. 31; BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361 Rn. 30; *Schüren*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl. 2021, § 47 Rn. 23 ff.; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 160 Rn. 33 ff.

42 BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519 Rn. 26; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 279; *Vogelsang*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 160 Rn. 34.

43 *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 279; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1318.

44 *Bayreuther*, NZA 2023, 193, 195; *Kleinebrink/Schomburg*,

DB 2023, 77; *Schreiner/Stephan*, DB 2023, 197, 199.

45 *Caspers*, ZFA 2022, 488, 508; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZFA 2019, 456, 472.

46 Allgemein zur Vertretung der in der Wissenschaft Beschäftigten durch Personalräte *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 364 ff., 373.

47 BAG, Beschl. v. 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616 Rn. 66.

48 Vgl. z.B. für Baden-Württemberg §§ 99 Abs. 2 Nr. 1, 74 Abs. 2 Nr. 7 PVG BaWü.

49 *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11 Rn. 378 und Rn. 389 ff. zum Tendenzschutz in der Betriebsverfassung.

erscheint mir aber fernliegend zu sein. Auf der anderen Seite ist – wie schon ausgeführt – offen, ob die Verwaltungsgerichte der Rechtsprechung des BAG zur Arbeitszeiterfassungspflicht überhaupt folgen werden.

### III. Ausblick

Die Umsetzung der aus dem Unionsrecht abgeleiteten Pflicht zur Arbeitszeiterfassung ist Aufgabe des Gesetzgebers. Daran hat der Beschluss des BAG vom 13.9.2022 nichts geändert.<sup>50</sup> Im Koalitionsvertrag vom 7.12.2021 hat sich die „Ampelkoalition“ zum Thema Arbeitszeit u.a. vorgenommen, im Dialog mit den Sozialpartnern zu prüfen, welchen Anpassungsbedarf sie angesichts der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitrecht sieht. „Dabei müssen flexible Arbeitszeitmodelle (z.B. Vertrauensarbeitszeit) weiterhin möglich sein.“<sup>51</sup> Die „Ampelkoalition“ sollte dies zum Anlass einer umfassenden Überarbeitung des ArbZG nehmen, die den Anforderungen der digitalen Arbeitswelt, die auch an Hochschulen in erheblichem und zunehmendem Maße existiert, sowie den unionsrechtlichen Vorgaben und Spielräumen, die die

Arbeitszeitrichtlinie für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit lässt, besser Rechnung trägt. Beispielsweise sollte die Begrenzung der täglichen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG zu Gunsten einer Regelung über die wöchentliche Höchstarbeitszeit aufgegeben werden.<sup>52</sup> Für Arbeitnehmer ist die Arbeitszeiterfassungspflicht richtigerweise im ArbZG und nicht im ArbSchG zu regeln. Zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH zur Erfassung der Arbeitszeit von Beamten sind schließlich neben dem Bund vor allem die Länder aufgerufen. Eine Dokumentation der geleisteten Arbeitszeit durch die Beschäftigten selbst sollte auch weiterhin möglich sein. Auch sollte auf die gesetzgeberische Vorgabe einer elektronischen Arbeitszeiterfassung verzichtet werden, um eine möglichst einheitliche, einfache und praktikable Lösung für sämtliche Arbeitsverhältnisse sicherzustellen.

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU).

50 Löwisch, <https://page.fachmedien.de/wordpress/rechtsboard/2022/12/09/umsetzung-der-arbeitszeiterfassungspflicht-bleibt-aufgabe-des-gesetzgebers/> (letzter Zugriff am 8.3.2023).

51 Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP v. 7.12.2021, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/>

service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800, S. 68 (letzter Zugriff am 8.3.2023).

52 Statt vieler Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1028; Jacobs, in: FS Plagemann, 2020, 651, 655 ff.; ders., NZA 2016, 733, 736; Steffan, NZA 2015, 1409, 1415.





Felix Hornfischer

*Zur Reichweite der Lehrverpflichtung nach*

*§ 46 Abs. 2 Satz 1 LHG BW i.V.m. der*

*Lehrverpflichtungsverordnung.*

*Zugleich Besprechung des Urteils des Verwaltungsge-*

*richts Karlsruhe vom 14.12.2020 - 11 K 1503/19 -*

Übersicht

A. Einleitung

B. Der zu beurteilende Sachverhalt

C. Die rechtliche Ausgangslage nach dem Landeshochschulgesetz

I. Hochschulrechtliche Lehrverpflichtung nach

§ 46 Abs. 2 Satz 1 LHG

II. Die zeitliche Konkretisierung der Lehrverpflichtung

D. Die Entscheidungsgründe

I. Richtiger Klagegegner im Streit um beamtenrechtliche Dienstpflichten

II. Erforderlichkeit einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage

III. Fehlen einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage

1. Hochschulinterne Hinweise oder Verwaltungsvorschriften

2. Begriff der Semesterwochenstunde und Zweck des

§ 44 Abs. 4 Satz 1 LHG

3. Weitere Bestimmungen der Lehrverpflichtungsverordnung

4. Lehrverpflichtungsverordnung und Landeshochschulgesetz

E. Schluss und Ausblick

## A. Einleitung

Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer sind in der Wahrnehmung ihrer Dienstaufgaben weitgehend frei. Zugleich sind die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben vielfältig und betreffen neben der Selbstverwaltung der Hochschule sowohl die wissenschaftliche Forschung als auch die Lehre. Naturgemäß stehen diese Aufgaben hinsichtlich ihres zeitlichen Umfangs miteinander im Konflikt. Je mehr Zeit von den Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern etwa für die Lehre aufzubringen ist, desto weniger Kapazität besteht für selbstbestimmte wissenschaftliche Forschung. Anders als die Aufgaben

aus dem Bereich der Hochschulselbstverwaltung und der wissenschaftlichen Forschung ist die Verpflichtung zur Lehre in besonderer Weise zeitlich konkretisiert. Sie verpflichtet nämlich zum Abhalten von Lehrveranstaltungen, die im jeweiligen Semester zu bestimmten Zeitpunkten stattfinden sollen. Dies wirft die Frage auf, welche Folgen es für die Erfüllung der Lehrverpflichtung hat, wenn der oder die betreffende Hochschullehrer/in unverschuldet an der Erbringung der zeitlich konkretisierten Lehrverpflichtung gehindert ist. Diese Frage hat zuletzt immer wieder die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigt. So hatte etwa das Verwaltungsgericht Freiburg über die Anrechnung einer Lehrveranstaltung auf die Lehrverpflichtung zu entscheiden, wenn die Veranstaltung in Ermangelung des Interesses der Studierenden nach wenigen Terminen nicht mehr besucht wurde und hat der Klage des Hochschullehrers auf Feststellung der Erfüllung der Lehrverpflichtung stattgegeben.<sup>1</sup> Die vom Verwaltungsgericht Freiburg zugelassene und vom beklagten Land eingelegte Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zurückgewiesen.<sup>2</sup> Bereits zuvor hatte das Verwaltungsgericht Karlsruhe darüber zu entscheiden, ob ein krankheitsbedingt dienstunfähiger Hochschullehrer die aufgrund dessen nicht von ihm abgehaltenen Lehrveranstaltungen im folgenden Semester zusätzlich zu seiner regulären Lehrverpflichtung „nachzuarbeiten“ hat.<sup>3</sup> Es hat in seiner Entscheidung zentrale Grundsätze zur Erfüllung der Lehrverpflichtung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG BW herausgearbeitet, die über den konkreten Fall hinaus erhebliche Bedeutung für den Umgang mit Fragen der Erfüllung der Lehrverpflichtung in der hochschulrechtlichen Praxis haben werden.

1 VG Freiburg, Urteil vom 08.10.2021 - 1 K 2327/19 -, juris; vgl. auch die Besprechung von *Witznick*, OdW 2023, 39 ff.

2 VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2022 - 9 S 3751/21 -, juris.

3 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020 - 11 K 1503/19 -, juris; vgl. auch Besprechung von *Linke*, NVwZ 2021, 1834.

## B. Der zu beurteilende Sachverhalt

Der Kläger, ein verbeamteter Hochschullehrer mit einem Lehrdeputat von 18 Semesterwochenstunden, war in der Zeit vom 05.10.2015 bis zum 31.01.2016 dienstunfähig erkrankt. Die Vorlesungszeit im betreffenden Wintersemester 2015/2016 fiel in den Zeitraum vom 28.09.2015 bis zum 22.01.2016. Der Dekan des Fachbereichs teilte dem Kläger im Sommersemester 2016 nach dessen Genesung zunächst mit, er sei aus dem Wintersemester 2015/2016 mit einem nicht erfüllten Lehrdeputat von 11,5 Stunden belastet, das er in den nächsten Jahren abbauen müsse. Später wurde der Ausstand aufgrund der Krankmeldung auf 7,3 Semesterwochenstunden reduziert. In der Folgezeit entstand zwischen dem Kläger und dem Rektorat der Hochschule Streit über das ausstehende Lehrdeputat, in dessen weiteren Verlauf das Rektorat die Lehrverpflichtungsabrechnungsbögen des Klägers im Wege der Selbstvornahme ausfüllte bzw. korrigierte und u.a. einen Ausstand von sechs Semesterwochenstunden aufgrund der krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit im Wintersemester 2015/2016 vermerkte. Nach einem nur teilweise erfolglosen Widerspruchsverfahren - der Ausstand aufgrund der krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit wurde von sechs auf zwei Semesterwochenstunden heruntersetzt - erhob der Kläger Anfechtungsklage, der das Verwaltungsgericht Karlsruhe stattgab und den Ausgangs- und den Widerspruchsbescheid aufhob, soweit darin für den Kläger ein unerfülltes Lehrdeputat von zwei Semesterwochenstunden aus dem Wintersemester 2015/2016 festgesetzt worden waren.

## C. Die rechtliche Ausgangslage nach dem Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg

Bevor die Entscheidungsgründe näher betrachtet werden sollen, ist zunächst die landesrechtliche Ausgangslage zu beleuchten.

### I. Hochschulrechtliche Lehrverpflichtung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG

Die Dienstaufgaben der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer bestimmen sich nach § 46 Abs. 1 Satz 1 LHG i.V.m. § 2 LHG. Neben den in § 46 Abs. 1 Satz 2 LHG aufgeführten hauptberuflichen

Aufgaben, sind sie nach § 46 Abs. 2 Satz 1 LHG im Rahmen der für ihr Dienstverhältnis geltenden Regelungen verpflichtet, Lehrveranstaltungen ihrer Fächer in allen Studiengängen abzuhalten. § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG enthält eine Verordnungsermächtigung des Wissenschaftsministeriums, im Einvernehmen mit dem Innenministerium und dem Finanzministerium den Umfang der Lehrverpflichtung des hauptberuflichen wissenschaftlichen Personals unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Aufgabenstellung der Hochschularten und Dienstverhältnisse, die Gewichtung der Lehrveranstaltungsarten sowie besondere Betreuungspflichten durch Rechtsverordnung zu regeln. Hiervon ist mit Erlass der Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Lehrverpflichtungen an Universitäten, Pädagogischen Hochschulen, Hochschulen für angewandte Wissenschaften und der Dualen Hochschule (Lehrverpflichtungsverordnung - LVVO) vom 03.09.2016 (GBl. S. 552), zuletzt geändert durch Verordnung vom 30.03.2021 (GBl. S. 378) Gebrauch gemacht worden. An den Universitäten, den Pädagogischen Hochschulen und den Hochschulen für angewandte Wissenschaften wird der Umfang der Lehrverpflichtung in Semesterwochenstunden bestimmt; eine Lehrveranstaltungsstunde umfasst ein Lehrangebot von einer Lehrstunde je Woche der Vorlesungszeit des Semesters (Semesterwochenstunden; vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 LVVO). Für Professorinnen und Professoren an Hochschulen für angewandte Wissenschaften sowie Beamtinnen, Beamte, Richterinnen und Richter als hauptamtliche Lehrkräfte an Hochschulen für angewandte Wissenschaften gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 LVVO eine Lehrverpflichtung von 18 Semesterwochenstunden. Die von den einzelnen Lehrpersonen erbrachten Lehrleistungen und die gewährten Ausnahmen sind in geeigneter Weise zu dokumentieren und nach § 24 Absatz 2 Satz 1 LHG von der Dekanin oder dem Dekan, an der DHBW vom Präsidium, zu überwachen, § 2 Abs. 10 LVVO.

### II. Die zeitliche Konkretisierung der Lehrverpflichtung

Die ihrem zeitlichen Umfang nach vorgegebene Lehrverpflichtung nehmen die Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses selbständig wahr, § 44 Abs. 1 Satz 1 LHG. Beschlüsse der zuständigen Hochschulorgane in Fragen

der Lehre sind insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation des Lehrbetriebs und auf die Aufstellung und Einhaltung von Studien- und Prüfungsordnungen beziehen, § 3 Abs. 3 Satz 2 LHG.<sup>4</sup> Sie haben im Rahmen der für ihr Dienstverhältnis geltenden Regelungen die zur Sicherstellung des Lehrangebots getroffenen Entscheidungen der Hochschulorgane zu verwirklichen, § 46 Abs. 2 Satz 2 LHG. Entsprechende Entscheidungen über die inhaltliche, zeitliche und örtliche Koordination der von der Hochschule anzubietenden Lehre und über die Verteilung und Übernahme von Lehrverpflichtungen sind grundsätzlich zulässig, weil die Lehre zu den dienstlichen Pflichten der Hochschullehrer gehört.<sup>5</sup> Um eine solche Entscheidung handelt es sich, wenn die sich aus der Lehrverpflichtungsverordnung ergebende Lehrverpflichtung in Abstimmung zwischen Hochschullehrer und Hochschulverwaltung auf die in einem Semester zu bestimmten Terminen anzubietenden Lehrveranstaltungen konkretisiert wird, die gegebenenfalls im Vorlesungsverzeichnis angekündigt werden.<sup>6</sup> Die Festlegungen dieser Lehrverpflichtungen führen zugleich zu einer Reglementierung der Arbeitszeit und Arbeitsweise des wissenschaftlichen Personals im Rahmen des Ausbildungsbetriebs der Hochschulen.<sup>7</sup> Das Verwaltungsgericht Karlsruhe leitet hieraus ab, dass der Hochschullehrer dann hinsichtlich der Erfüllung seiner Lehrverpflichtung als Teil seiner Dienstpflicht für das betreffende Semester sowohl zeitlich als auch inhaltlich gebunden ist und sich hieraus Präsenzplichten in den Zeiträumen der konkreten Lehrveranstaltungen ergeben.<sup>8</sup> Im Übrigen bleibt er in zeitlicher Hinsicht bei der Erfüllung seiner sonstigen Dienstpflichten nach § 46 Abs. 1 Satz 2 LHG einschließlich der Vor- und Nachbereitung der jeweiligen Lehrveranstaltungen frei.

#### D. Die Entscheidungsgründe

##### I. Richtiger Klagegegner im Streit um beamtenrechtliche Dienstpflichten

Unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit thematisiert das Verwaltungsgericht unter anderem, gegen welchen

Rechtsträger die vorliegend statthafte Anfechtungsklage nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu richten ist. Obgleich der Widerspruchsbescheid (einen Ausgangsbescheid gab es nach dem Tatbestand des Urteils wohl nicht) vom Rektor der Hochschule erlassen worden war, war die Klage gegen das beklagte Land zu richten:

*„In den Fällen, in denen eine Behörde eine Doppelfunktion wahrnimmt bzw. ihr Doppelcharakter in der Weise zukommt, dass hinter ihr mehrere Rechtsträger stehen, die Behörde mithin Organ mehrerer juristischer Personen ist, richtet sich die Beantwortung der Frage, gegen welchen Rechtsträger die Klage zu erheben ist, danach, welchem der hinter der Behörde stehenden Rechtsträger der erlassene Verwaltungsakt zuzurechnen ist [...]. Dies ist hier das beklagte Land, da vorliegend der Umfang bzw. die Erfüllung der einem verbeamteten Hochschullehrer des Landes obliegenden Dienstpflicht in Streit steht und die Hochschule auch nicht im Bereich der ihr zustehenden Selbstverwaltung gehandelt hat.“<sup>9</sup>*

##### II. Erforderlichkeit einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage

Die Hochschule hatte ihre Feststellung auf eine Berechnung gestützt, deren Grundlagen in einer Handreichung zum Ausfüllen des Lehrverpflichtungsabrechnungsbogens der Hochschule festgehalten sind. Hiernach wird bei einem Ausfall eines Professors für mehr als vier Wochen ohne Unterbrechung aus berechtigten Gründen (Elternzeit, Krankheit) „die zu erbringende Lehrverpflichtung anteilig reduziert“, ungeachtet dessen ob die Fehlzeiten innerhalb oder außerhalb der Vorlesungszeit liegen.

Das Verwaltungsgericht sieht indes eine förmliche Ermächtigungsgrundlage für diese Feststellung als erforderlich an und führt hierzu aus:

*„Voraussetzung für die Anordnung belastender Maßnahmen ist - auch soweit diese wie hier im Rahmen eines Beamtenverhältnisses ergehen - eine entsprechende*

4 Vgl. auch Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 3. Auflage 2022, § 46 Rn. 7.

5 BVerfG, Beschluss vom 13.04.2010, 1 BvR 216/07 -, BVerfGE 126, 1; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 21.11.2017 - 9 S 1145/16 -, juris Rn. 44; vgl. auch § 3 Abs. 3 Satz 2 LHG sowie Sandberger (Fn. 4), § 3 Rn. 4.

6 Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.09.2012 - 6 CN 1.11 -, juris Rn. 26.

7 BVerfG, Beschluss vom 03.06.1980 - 1 BvR 967/78 -, BVerfGE 74, 173, 192; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 23.05.2006 - 4 S 1957/04 -, juris Rn. 26.

8 Vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020 - 11 K 1503/19 -, juris Rn. 34; ferner VG Bayreuth, Urteil vom 06.05.2011 - B 5 K 10.1105 -, juris Rn. 56; Kathke in: Schwegmann/Summer, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, 90. Update September 2020, 6.1.2 Besonderheiten bei Beamten ohne feste Arbeitszeiten und Richtern, Rn. 35; vgl. ferner Sandberger, in: Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 3. Auflage 2020, 5. Kap. D. Rn. 1585.

9 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 17.

*Ermächtigungsgrundlage. Dies gilt auch dann, wenn die Hochschule in Ausführung dienst- und beamtenrechtlicher Vorgaben für das beklagte Land tätig wird und in Bezug auf die einem Hochschullehrer gegenüber dem Land obliegende Dienstverpflichtung Regelungen trifft. Aus diesem Grund bedarf auch die vorliegend erfolgte Feststellung eines unerfüllten Lehrdeputats zu ihrer Rechtmäßigkeit einer normativen Grundlage, der sich hinreichend bestimmt Umfang und Grenzen der sich ihr ergebenden Befugnis entnehmen lassen.*<sup>10</sup>

Diesen Ausführungen ist uneingeschränkt zuzustimmen. Insbesondere lenken sie den Blick darauf, dass die Erfüllung der Lehrverpflichtung zunächst eine beamtenrechtliche Frage der Erfüllung von gesetzlichen Dienstpflichten gegenüber dem Dienstherrn ist und nicht nur eine bloße Frage der internen Verwaltungsorganisation der Hochschule. Ergänzend ist anzumerken, dass sich Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer als wissenschaftliche Beamte gegenüber ihrem Dienstherrn grundsätzlich auch auf die Forschungsfreiheit berufen können. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG<sup>11</sup> gewährt jedem, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, ein Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung. Wissenschaft ist grundsätzlich ein von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung. Dabei schützt die Wissenschaftsfreiheit nicht vor Beschränkungen, die für den einzelnen Grundrechtsträger auf Grund des Zusammenwirkens mit anderen Grundrechtsträgern im Wissenschaftsbetrieb unvermeidbar sind.<sup>12</sup>

Eine Verpflichtung zur Nacharbeit krankheitsbedingt nicht abgehaltener Lehrveranstaltungen lässt den zeitlichen Umfang der Lehrverpflichtung in den nachfolgenden Semestern über den vom Landeshochschulgesetz vorgesehenen Umfang weiter ansteigen und reduziert faktisch die dann zur Verfügung stehende Zeit für die Forschung. Dies kann den Schutzbereich der Forschungsfreiheit berühren,<sup>13</sup> führt aber nicht ohne Weiteres zu einem rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Forschungsfreiheit. Denn ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts dürfte erst vorliegen, wenn kein nennenswerter zeitlicher Freiraum für Forschung mehr

verbleibt.<sup>14</sup> Diese Betrachtungsweise zeigt aber auf, dass eine formalgesetzliche Regelung auch unter dem grundrechtlichen Aspekt geboten erscheint.

### III. Fehlen einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage

Das Verwaltungsgericht Karlsruhe prüft im Folgenden erschöpfend, ob sich aus der von der Hochschule herangezogenen Handreichung zum Ausfüllen des Lehrverpflichtungsabrechnungsbogens, der Lehrverpflichtungsverordnung oder deren Zusammenspiel mit dem Landeshochschulgesetz sowie dem Landeshochschulgesetz selbst die erforderliche Ermächtigungsgrundlage ersehen lässt und verneint dies.

#### 1. Hochschulinterne Hinweise oder Verwaltungsvorschriften

In Bezug auf die Handreichung zum Ausfüllen des Lehrverpflichtungsabrechnungsbogens folgt dies bereits aus deren fehlender Rechts(satz)qualität, weil es sich hierbei allein um hochschulinterne Hinweise handelt. Diese sind jedoch nicht geeignet, den Umfang und die Erfüllung beamtenrechtlicher Dienstpflichten gegenüber dem Dienstherrn, dem Land, zu bestimmen. Weder § 2 Abs. 10 LVVO (Erhebung der erbrachten Lehrveranstaltungen) noch § 24 Abs. 2 Satz 1 LHG (Überwachungsbefugnis des Dekans) ermächtigen die Hochschule zum Erlass einer solchen Regelung.<sup>15</sup>

#### 2. Begriff der Semesterwochenstunde und Zweck des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG

Auch aus der verordnungsrechtlichen Definition des Begriffs der Semesterwochenstunde nach § 1 Abs. 2 und 3 LVVO lässt sich nach dem Verwaltungsgericht Karlsruhe keine Ermächtigung zur Regelung der Folgen einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit für die Lehrverpflichtung ersehen. Es deutet zudem Zweifel an, ob Zweck und Umfang der Verordnungsermächtigung nach § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG - nämlich die nähere Regelung des Umfangs der Lehrverpflichtung verschiedener Lehrpersonen und insbesondere Hochschulprofessoren - überhaupt eine Ermächtigung zur Regelung

10 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 21.

11 Vgl. auch Art. 20 Abs. 1 LV und dazu VerfGH Bad.-Württ., Urteil vom 14.11.2016 - 1 VB 16/15 -, VBIBW 2017, 61.

12 Vgl. dazu BVerfG, Beschlüsse vom 31.05.1995 - 1 BvR 1379/94, 1413/94 -, BVerfGE 93, 85, vom 26.10.2004 - 1 BvR 911/00 u.a. -, BVerfGE 111, 333, vom 28.10.2008 - 1 BvR 462/06 -, BVerfGE 122, 89, vom 13.04.2010 - 1 BvR 216/07 -, BVerfGE 126, 1, und vom 20.07.2010 - 1 BvR 748/06 -, BVerfGE 127, 87; BVerwG, Beschlüsse vom 22.08.2005 - 6 BN 1.05 -, Buchholz 11 Art. 12 GG

Nr. 263 und vom 16.03.2011 - 6 B 47.10 - Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 174, sowie Urteil vom 26.09.2012 - 6 CN 1.11 -, BVerwGE 144, 195

13 VGH Bad.-Württ., Urteil vom 23.05.2006, a.a.O., juris Rn. 26.

14 Vgl. BVerwG, Urteil vom 03.11.1988 - 7 C 84.86 -, juris Rn. 16; vgl. auch Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 145; Epping, in: Leuze/Epping, Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen, § 35 Rn. 99.

15 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 24 f.

der krankheitsbedingten Folgen für die Erfüllung der Lehrverpflichtung umfasst und damit im Rahmen der Lehrverpflichtungsverordnung auf der Grundlage des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG ermöglichen würde.<sup>16</sup> Ob diese Zweifel durchgreifen, ist fraglich. Jedenfalls hat der Verordnungsgeber auf der Grundlage des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG in der Lehrverpflichtungsverordnung im 2. Abschnitt die Erfüllung der Lehrverpflichtung und im 3. Abschnitt Abweichungen von der Lehrverpflichtung geregelt. Diese Regelungen dürften von der Zwecksetzung des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG, den Umfang der Lehrverpflichtung - allgemein und in Sonderfällen - zu bestimmen, gedeckt sein. Die Folgen einer krankheitsbedingten Verhinderung an der Erfüllung der Lehrverpflichtung für deren Umfang ließen sich demnach wohl ebenfalls noch unter den Zweck des § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG fassen.

### 3. Weitere Bestimmungen der Lehrverpflichtungsverordnung

Im Weiteren beleuchten die Entscheidungsgründe die in den Abschnitten 2 und 3 der Lehrverpflichtungsverordnung stehenden Vorschriften über Modifikationen des Lehrbedarfs im Hinblick auf einen etwaigen Regelungsgehalt bezüglich der Folgen einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit.

*„Die §§ 4 bis 8 LVVO sehen zwar Modifikationen des Lehrdeputats in besonderen Fällen vor, indes betrifft keiner hiervon den Fall der Dienstunfähigkeit infolge von Krankheit. Nach § 4 LVVO kann die Fakultät bei wechselndem Lehrbedarf in einem Fach, den Umfang der Lehrtätigkeit im Einzelfall so festlegen, dass die Lehrverpflichtung im Durchschnitt von drei aufeinanderfolgenden Studienjahren erfüllt wird. § 5 LVVO sieht Ausgleichsmöglichkeiten für den Fall vor, dass das in einem Semester vorgesehene Studienangebot in einem Fach gewährleistet ist, wobei eine Lehrperson beispielsweise ihre Lehrverpflichtung im Durchschnitt dreier aufeinanderfolgender Studienjahre erfüllen kann. Ferner ist vorgesehen, dass Lehrpersonen einer Lehreinheit ihre Lehrverpflichtungen innerhalb des jeweiligen Semesters ausgleichen können, was einer Vertretungsregelung für kurzzeitige Verhinderungen entspricht. Kann eine Lehrperson in ihrem Aufgabenbereich wegen eines Überangebots in der Lehre ihre Lehr-*

*verpflichtung nicht erfüllen, verringert sich nach § 6 Abs. 1 LVVO die Lehrverpflichtung nach Feststellung durch die Fakultät. Gemäß § 6 Abs. 2 LVVO kann die Hochschule die Lehrverpflichtung von Lehrpersonen zeitlich befristet erhöhen, wenn in einem Fach besondere Gründe vorliegen. Eine zur Dienstunfähigkeit führende Erkrankung ist indes kein besonderer Grund im Sinne dieser Vorschrift. §§ 7 und 8 LVVO sehen Ermäßigungen und Freistellungspauschalen von der Lehrverpflichtung für die Ausübung von Leitungsfunktionen vor, mit der Folge, dass sich das in § 2 Abs. 1 LVVO allgemein festgelegte Lehrdeputat für die betroffenen Personen entsprechend reduziert.“<sup>17</sup>*

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass in der Lehrverpflichtungsverordnung „mit den dortigen Regelungen die Auswirkung einer Erkrankung auf den Umfang der Lehrverpflichtung nicht normiert wurde.“<sup>18</sup> Dieser Befund ist jüngst um die Feststellung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ergänzt worden, dass die Lehrverpflichtungsverordnung auch keine Regelungen dazu enthält, unter welchen Voraussetzungen eine konkrete Lehrveranstaltung (z.B. mit Blick auf eine nur geringe Teilnehmerzahl oder ein endgültiges Ausbleiben der Studierenden im Laufe der Vorlesungszeit) als Erfüllung der Lehrverpflichtung anzuerkennen ist.<sup>19</sup>

### 4. Lehrverpflichtungsverordnung und Landeshochschulgesetz

a) Schließlich erklärt das Verwaltungsgericht Karlsruhe der Auffassung der Hochschule eine Absage, der Lehrverpflichtungsverordnung liege ein - im Wortlaut wohl unausgesprochenes - Konzept zugrunde, wonach die Arbeitszeit der Hochschullehrer vergleichbar mit Arbeitszeitkonten geregelt sei.

*„Der Lehrverpflichtungsverordnung liegt in Bezug auf Erkrankungen kein Regelungskonzept zugrunde, nach dem sich eine länger andauernde krankheitsbedingte Dienstunfähigkeit im Hinblick auf deswegen nicht erbrachte Lehrveranstaltungen dergestalt auf das für einen Hochschullehrer allgemein geltende Lehrdeputat auswirkt, dass sich dieses anteilig reduziert und ein gegebenenfalls danach noch verbleibendes Restdeputat als in dem betroffenen Semester als unerfüllt anzusehen ist.“<sup>20</sup>*

16 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 28.

17 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 30.

18 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 31.

19 VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2022, a.a.O., Rn. 33 ff.

20 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 33.

In diesem Zusammenhang arbeiten die Entscheidungsgründe die bereits oben<sup>21</sup> umrissene zeitliche Fixierung der Lehrverpflichtung aufgrund der Konkretisierung auf eine zu bestimmten Zeitpunkten (und an bestimmten Orten) abzuhaltende Lehrverpflichtung heraus. Diese Fixierung hat unmittelbare Folgen für die Erfüllung der Lehrverpflichtung nach Ablauf der betreffenden Zeitpunkte bzw. Zeiträume:

*„Daher ist die Situation einer bereits festgesetzten und zeitlich fixierten Lehrveranstaltung, die infolge krankheitsbedingter Dienstunfähigkeit nicht erbracht wurde - jedenfalls dann, wenn wie hier der fragliche Zeitpunkt bereits verstrichen ist -, nicht anders zu beurteilen, als die Situation gemeiner Beamten, die ihre Dienstpflicht zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen haben. Denn mit Ablauf des für die Lehrveranstaltung bestimmten Zeitpunkts - zumindest aber nach Ende des Semesters - kann die insoweit fixierte Dienstpflicht in Bezug auf die konkret festgesetzte Lehrveranstaltung nicht mehr erbracht werden. Daraus folgt aber auch, dass - wovon im Grunde der Beklagte ebenfalls ausgeht - die betroffenen Lehrveranstaltungen als erbracht und das Lehrdeputat insoweit als erfüllt anzusehen sind.“<sup>22</sup>*

Konsequent weist das Verwaltungsgericht anschließend darauf hin, dass die Regelung von Nr. 41.6 der Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums des Landes Baden-Württemberg zur Durchführung beamtenrechtlicher Vorschriften (GABl. 2016, 281) vom 19.04.2016 - BeamVwV - auch für Hochschullehrer entsprechend gelte. Folge sei, dass krankheitsbedingt nicht geleisteter Dienst in der Regel nicht nachgeholt werden müsse.<sup>23</sup> Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 45 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 LHG. Denn der dort geregelte Vorrang spezieller hochschulrechtlicher Regelungen gegenüber den für Beamte allgemein geltenden Vorschriften, insbesondere in Bezug auf die beamtenrechtlichen Vorschriften über die Arbeitszeit, werde weder durch das Landeshochschulgesetz noch durch die Lehrverpflich-

tungsverordnung ausgefüllt.<sup>24</sup>

Soweit die Hochschule wohl der Auffassung war, der während des größten Teils der Vorlesungszeit dienstunfähig erkrankte Hochschullehrer habe wenigstens anteilig die nicht angefallene Vor- und Nachbereitungszeit der angebotenen, dann aber nicht abgehaltenen Lehrveranstaltungen nachzuholen, stellt das Verwaltungsgericht mit begrüßenswerter Deutlichkeit klar:

*„Es mag zwar möglich sein - wie die Prozessbevollmächtigte in der Klageerwiderung im Einzelnen dargelegt hat -, die Lehrdeputatsstunden unter Berücksichtigung von Vor- und Nachbereitungszeit in einen konkret in Zeitstunden bemessenen Arbeitsaufwand umzurechnen, womit sich auch die für die Nachbereitung angesetzte Zeit, die der Kläger aus Sicht der Hochschule in Erfüllung seiner Verpflichtung zur Lehre noch erbringen müsse, ermitteln ließe. Die Annahme einer noch unerfüllten Lehrverpflichtung für den Kläger in Bezug auf die Nachbereitung überzeugt jedoch nicht, weil der Kläger tatsächlich im Wintersemester 2015/2016 selbst keine Lehrveranstaltungen erbracht hat, die nachzubereiten gewesen wären. Nicht erbrachte Lehrveranstaltungen bedürfen keiner Nachbereitung. Eine solche Nachbereitung wäre ebenso obsolet, wie sich die bereits erfolgte Vorbereitung dieser Lehrveranstaltungen im Nachhinein als vergeblich erweist.“<sup>25</sup>*

b) Auch aus den Bestimmungen des Landeshochschulgesetzes lässt sich nach den überzeugenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts keine Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid und das Vorgehen der Hochschule entnehmen. Eine solche lasse sich insbesondere nicht aus dem Organisationsrecht bzw. Weisungsrecht der Hochschulen hinsichtlich Lehrveranstaltungen ableiten, das etwa in §§ 17 Abs. 6, 24 Abs. 2 LHG oder § 46 Abs. 2 LHG zum Ausdruck kommt.<sup>26</sup> Diese Ausführungen lassen sich noch um den Hinweis ergänzen, dass es im konkreten Fall um die Erfüllung einer gegenüber dem Dienstherrn, also dem Land, bestehenden Dienst-

21 Vgl. Fn. 8.

22 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 34; vgl. nunmehr auch VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2022, a.a.O., Rn. 42 f.

23 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 34 a.E.

24 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 36.

25 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 39.

26 VG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2020, a.a.O., Rn. 40.

pflicht geht. Auch aus diesem Grund dürfte das Organisations- bzw. Weisungsrecht der Hochschule eine entsprechende Regelung nicht rechtfertigen.

### E. Schluss und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe zu den Folgen einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit für den Umfang der Lehrverpflichtung sowie die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Freiburg<sup>27</sup> und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg<sup>28</sup> zur Frage der Anrechnung einer angebotenen, aber von den Studierenden letztlich nicht besuchten Lehrveranstaltung auf die Lehrverpflichtung zeigen ein landesrechtliches Regelungsdefizit auf. Die gerichtlichen Entscheidungen führen die durch die zu entscheidenden Sachverhalte aufgeworfenen Probleme unter Anwendung allgemeiner beamtenrechtlicher Grundsätze konsequenten Lösungen zu. Will man sich mit diesen von Seiten des Wissenschaftsministeriums und der Hochschulen nicht begnügen, besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. § 44 Abs. 4 Satz 1 LHG dürfte hierfür

als Verordnungsermächtigung voraussichtlich ausreichend sein. Entsprechende Regelungen könnten demnach auf dieser Grundlage in die Lehrverpflichtungsverordnung integriert werden. Angesichts der eigentlich nicht fernliegenden Fallgestaltungen (Erkrankung in der Vorlesungszeit, Ausbleiben der Studierenden bei einer angebotenen Lehrveranstaltung) mag es beinahe verwundern, dass die hieraus folgenden Fragen bislang nicht geregelt worden sind. Dahingegen haben die oben aufgeführten gerichtlichen Entscheidungen einer hochschulinternen, „*freihändigen*“ Lösung der Probleme eine klare Absage erteilt. Damit ist insbesondere für die Lehrverpflichteten eine zu begrüßende Rechtssicherheit geschaffen worden.

Dr. Felix Hornfischer ist Richter am Verwaltungsgericht und derzeit an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg abgeordnet und dort im 9. Senat u.a. für Verfahren aus dem Hochschulrecht zuständig. Der Beitrag gibt allein seine persönliche Auffassung wieder.

27 VG Freiburg, Urteil vom 08.10.2021, a.a.O.

28 VGH Bad.-Württ., Urteil vom 20.12.2022, a.a.O.





Bernhard Weisser  
*Zur Ausstellung der Medailiensammlung  
Ius in nummis im Münzkabinett der Staatlichen  
Museen zu Berlin*

Der Freiburger Verfassungsrechtler *Prof. Dr. Thomas Würtenberger* hat dem Münzkabinett der Staatlichen Museen zu Berlin anlässlich seines 80. Geburtstages den letzten Teil seiner über 3.000 Gedenkmünzen- und Medaillen umfassenden Sammlung zu „*Ius in nummis*“ geschenkt. Die lateinische Vokabel *Ius* wird je nach Bedeutungszusammenhang mit Recht, Gesetz, Gericht, aber auch mit Anspruch, Berechtigung, Vorrecht, Privileg, Gewalt und Macht übersetzt. In Bezug auf den Sammlungstitel sind hier die Begriffe Verfassung, Recht, Gerechtigkeit und Rechtskultur gemeint. Es geht um die Vermittlung dieser Themen in den Gattungen (Gedenk)münze und Medaille.

Die Wurzeln der Sammlung *Thomas Würtenberger* reichen bis in die späten 1960er Jahre zurück. Damals begann Würtenbergers gleichnamiger Vater, der ebenfalls in Freiburg im Breisgau lehrende Strafrechtslehrer, Rechtsphilosoph und Kriminologe *Prof. Dr. Thomas Würtenberger* (1907–1989), Medaillen mit rechtshistorischen Bezügen zu erwerben.

Die frühesten Exemplare der Sammlung stammen aus der Renaissance und dem 15. Jahrhundert, die gegenwärtig jüngste Kunstmedaille entstand im Jahr 2022. Die Sammlung konzentriert sich räumlich auf Westeuropa und den transatlantischen Raum Amerikas, hat in den letzten Jahren aber auch eine globale Perspektive hinzubekommen. Gefragt nach dem Sammelkonzept, gibt *Thomas Würtenberger* rückblickend die Antwort:

*„Sammelwürdig war alles, was im internationalen, europäischen, nationalen und lokalen Bereich einen Bezug zu Recht, Verfassung und Gerechtigkeit hat. Im Zentrum steht dabei der Staat, der durch Recht geordnet ist und Recht durchsetzt. Ebenfalls im Zentrum der Sammlung steht der Bürger, der vom Recht betroffen ist und an der Gestaltung der Rechtsordnung teilnimmt.“*

Die Sammlung ist in verschiedene Bereiche gegliedert: Medaillen, die allgemein den Juristen und seine

spezifischen Arbeitsstätten zum Inhalt haben oder die Rechtssymbolik (wie die Personifikation *Iustitia*, die Statuen des Roland und die Waage als Attribut der *Iustitia*). Darüber hinaus geht es um ganz verschiedene Formen von Rechtskultur (Abb. 1), etwa um Verfassung und Verfassungsgebung, Grundrechte, Parlamentarismus, Völkerrecht und internationale Zusammenarbeit, aber auch um Recht und Revolution, wobei hier die Französische Revolution von 1789 (Abb. 2) als Ausgangspunkt diente.

Die Medaille ist ein Denkmal in handlichem Format. Die *Würtenbergers* interessierte die Frage, welche Darstellungsformen gewählt wurden, um die Rechtskultur einer Gesellschaft zu vermitteln. Medaillen können exklusive Gaben für eine juristische Elite sein. Als serielle Objekte sind sie aber häufiger kunsthandwerkliche Zeugnisse für die Bevölkerung. Im Münzkabinett hat die Familie den Partner gefunden, der die objektkundliche Expertise einbringt und nach den mit den Artefakten verbundenen Menschen fragt: den Auftraggebern mit ihren Absichten, den Künstlern und Herstellern, dem beabsichtigen Nutzerkreis und der Weiter- und Nachverwendung. Sammler wie Münzkabinett eint die Überzeugung, dass Münzen und Medaillen mit ihren Text- und Bildbotschaften zur Bewusstseins- und Kulturprägung beitragen.

Die in mehreren Partien erfolgte Schenkung der Sammlung *Würtenberger* an das Münzkabinett erfolgte in der Absicht, sie der Forschung zugänglich zu machen. Hierfür wird sie im Interaktiven Katalog des Münzkabinetts (<https://ikmk.smb.museum>) erfasst und, mit numismatischen Beschreibungen versehen und mit Normdaten qualifiziert, nach und nach online veröffentlicht.

Die rechtsikonographische Forschung kann mit der fortschreitenden digitalen Veröffentlichung der Sammlung auf einen international einmaligen Fundus von Medaillen zugreifen, die die westliche Rechtskultur repräsentieren. Mit dem Konzept der *longue durée* der französischen *Annales*-Schule lassen sich Entwicklungen der Rechtskultur der westlichen Welt erkennen. Diese wird

hier anhand der Primärquelle Medaille bis zum Entstehen des modernen Staates nachverfolgt. Zu den Propria westlicher Rechtskultur gehört die Justitia-Symbolik. Ihr ist seit der Antike und länderübergreifend eine Vielzahl von Medaillen und Münzen gewidmet, die im Dienste der Vergewisserung von Gerechtigkeit stehen, aber auch Position im Kampf um gerechtes Recht beziehen. Die besondere Form einer Inszenierung von Recht und Gerechtigkeit durch Medaillen kann dazu genutzt werden,<sup>1</sup> eine sich in einem langen Zeitraum entwickelnde besondere Rechtsmentalität in der westlichen Welt auszumachen. Mit Blick auf den Iconic Turn lässt sich der Fundus von Rechts- und Gerechtigkeitsmedaillen darauf sichten, inwiefern die Medaillenbilder in Verbindung mit ihren kurzen Texten auf das Rechtsbewusstsein einwirken und in Bildern transportieren, was für gerecht und rechtlich richtig gehalten werden konnte und sollte. In der Rechts- und Verfassungsgeschichte können Rechts- und Gerechtigkeitsmedaillen den Zugriff auf das Rechtsverständnis vergangener Epochen und auf eine bislang zu wenig beachtete Form der Rechtskommunikation ermöglichen.

Rechts- und Gerechtigkeitsmedaillen sind nicht nur Top-down das serielle Produkt staatlicher Inszenierung. Neben den Arbeiten in Gold und Silber für eine exklusive Oberschicht überwiegen Medaillen, die in unedlem Metall und gelegentlich hohen Auflagen produziert wurden. Diese Arte Plebeia entwickelte ihre Wirkmacht auch Bottom-up im gesellschaftlichen Zusammenwirken von Medailleuren und Auftraggebern auf der einen und dem Zielpublikum und Rezipienten auf der anderen Seite.

Ab dem 26. Mai 2023 wird im Bode-Museum auf der Museumsinsel in Berlin die Sammlung erstmals in einer eigenen Ausstellung zu sehen sein.<sup>2</sup> Es erscheint eine Publikation in der Reihe des Münzkabinetts, in der diese Sammlung und ihr Sammlungskonzept ausführlich vorgestellt werden.

Professor Dr. Bernhard Weisser ist Direktor des Münzkabinetts der Staatlichen Museen zu Berlin und Honorarprofessor an der Humboldt-Universität Berlin.



Abb. 1: „Der Friede ruft die Gerechtigkeit wieder auf den Plan“ – Abraham Abramsons Medaille auf den Frieden von Amiens im Jahr 1802 befindet sich inhaltlich und chronologisch in medias res der Sammlung *Ius in nummis*. Ein Berliner Medailleur bearbeitet Europäische Themen in einer Zeit, kurz bevor der Code civil erlassen wurde. Die Antike lebt auch auf diesem Glanzstück der Medaillenkunst weiter, während die Welt wie stets im Wandel ist. Silber, 12,59 g, 35 mm, Münzkabinett der Staatlichen Museen zu Berlin, 18280293, ex Slg. *Thomas Würtenberger*. Aufnahmen durch *Johannes Eberhardt*.

1 Vergleichbar der Freiheitsmentalität vermittelt durch die Freiheitsymbolik, hierzu *Thomas Würtenberger*, *Symbole der Freiheit*, 2017.

2 Ausstellungseröffnung am 25. Mai 2023 in der Basilika des Bode-Museums. Die Ausstellung wird bis 7. April 2024 im Bode-Museum gezeigt und steht dann für weitere Ausstellungsorte zur Verfügung.



Abb. 2: Die Silbermedaille von *Daniel* und *Friedrich Loos* auf die Hinrichtung *Marie Antoinettes* im Jahre 1793 zeigt die *Justitia* von einer anderen Seite. Der in sich ruhenden, der Vergewisserung dienenden Personifikation tritt nun die revolutionäre *Furie* gegenüber, die jene revolutionären Rechtsbrüche begleitet, aus denen neues Recht erwachsen kann, wofür die Zeit der *Terreur* in Frankreich ein prägnantes Beispiel ist. Die in Berlin gefertigte Prägung klagt an. Die *Justitia-Furie* mit der *Brandfackel* und dem *Brutus-Dolch* in einer der *Waagschalen* steht hier für *Ungerechtigkeit* und *Willkür*. Silber, 9,43 g, 30 mm, Münzkabinett der Staatlichen Museen zu Berlin, 18300003, ex Slg. *Thomas Württemberg*. Aufnahmen durch *Johannes Eberhardt*.



# Johannes M. Deutsch

## *Juristenausbildung in Kanada*

### Übersicht

#### I. Einleitung

##### 1. Das kanadische Rechtssystem

##### 2. Rechtstraditionen

#### II. Die Juristenausbildung

##### 1. Zulassung

##### 2. Studium an den law schools

##### 3. Migration in das kanadische Rechtssystem

##### 4. Zulassung zur Berufspraxis

#### III. Berufseinstieg

#### V. Erkenntnisse

### I. Einleitung

Rechtstraditionen und Erfahrungen mit dem eigenen Rechtssystem bestimmen die Juristenausbildung eines Landes maßgeblich. Erwartungen an juristische Berufe beeinflussen etwaige Reformen. Die aktuellen Diskussionen über die deutsche Juristenausbildung, insbesondere um die Einführung eines studienintegrierten Bachelors,<sup>1</sup> verdeutlichen, dass sich die Erwartungshaltungen an juristische Berufe verändern. Derartige Veränderungen mahnen, auch rechtsvergleichend auf andere Länder und ihre Juristenausbildung zu schauen. Rechtsvergleichend wird oft der anglo-amerikanische Rechtsraum herangezogen. Insbesondere das US-Amerikanische Rechtssystem wird dabei synonym mit dem anglo-amerikanischen Rechtsraum betrachtet. Allerdings verkürzt diese Betrachtung die wesentlichen Unterschiede in anderen anglo-amerikanischen Rechtskulturen, wie Kanada, erheblich.<sup>2</sup> Die kürzliche Ratifizierung des EU-

Kanada-Handelsabkommens (CETA) verdeutlicht zudem, dass sich Kanada als bedeutsamer Handelspartner emanzipiert hat.<sup>3</sup> Daher soll dieser Aufsatz zum besseren Verständnis des kanadischen Rechtssystems und der kanadischen Juristenausbildung beitragen.

#### 1. Das kanadische Rechtssystem

Kanada ist eine föderale parlamentarische Monarchie nach dem Westminster-System, hat also analog zu Großbritannien ein Parlament mit zwei Kammern. Stetig wachsend leben nach dem letzten Census etwa 39 Mio. Menschen in Kanada. Als föderaler Bundesstaat gliedert sich Kanada in zehn Provinzen und drei Territorien. Wohingegen die Provinzen sich regelmäßig selbstständig organisieren und verwalten, verwaltet die kanadische (Bundes-)Regierung die drei nördlichen Territorien in gewissen Bereichen zentral.<sup>4</sup>

#### 2. Rechtstraditionen

Ursprünglich von indigenen Stämmen bevölkert, gründeten Briten und Franzosen im 16. Jahrhundert Kolonien in Nordamerika. Nach Konflikten zwischen Großbritannien und Frankreich ging der französische Teil Kanadas, heute im Wesentlichen Québec, im Frieden von Paris 1763 an Großbritannien als Teil von *Lower Canada* über.

Mit dem *British North America Act* vom 1. Juli 1867 wurde die *Dominion of Canada* gegründet. Zusammen mit dem *Canada Act* von 1982, in dem das britische Parlament die Souveränität Kanadas anerkannt hat und dem *Westminster-Statut* von 1931, das formal die Unabhängigkeit Kanadas vom Vereinigten Königreich bestätigte, bilden sie die heutige Verfassung von Kanada.<sup>5</sup>

1 Vgl. Chiusi, OdW 2023, 4 ff.; ebd., Ein Jodeldiplom?, FAZ vom 30.6.2022, S. 6; Schimmel, Der 'Loser Bachelor'. Warum die Debatte uns Juristen schadet. <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/loser-bachelor-debatte-schadet-uns-juristen> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

2 Vgl. hierzu etwa Reydon, Zur Unvergleichbarkeit akademischer Systeme, OdW 2020, 33, 35, 41: „Dagegen spricht z. B., dass es das anglo-amerikanische System gar nicht gibt. Die Kategorien [...] stammen aus dem US-Amerikanischen System und haben im Kontext dieses Systems sehr spezifische Bedeutungen. Allerdings werden diese Bezeichnungen auch an einigen (aber nicht allen) Universitäten in [...], Kanada, [...] verwendet, bezeichnen dort allerdings manchmal andere Kategorien als in den USA.“

3 Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade

Agreement (CETA), <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=eng>; [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en); Handelsabkommen mit Kanada. Grünes Licht für Ceta, <https://www.zdf.de/nachrichten/wirtschaft/ceta-freihandelsabkommen-bundeslag-faq-100.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

4 Government of Canada/Gouvernement du Canada, Provinces, <https://www.canada.ca/en/intergovernmental-affairs/services/provinces-territories.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

5 Vertiefend hierzu *Handschlag*, Einführung in das kanadische Recht, 2003, 19 ff.

Das kanadische Rechtssystem hat sich historisch bedingt maßgeblich aus französischen und englischen Einflüssen entwickelt. Insbesondere der im Zuge der Aufklärung entstandene Wunsch nach Kodifizierungen des Rechts in Kontinentaleuropa hat sich auch in Kanada fortgesetzt.<sup>6</sup> Der 1804 in Frankreich geschaffene *Code civil* hat 1866 auch Québec zu einem eigenen Zivilgesetzbuch verholfen.<sup>7</sup> Daher gehört Québec bis heute traditionell dem *civil law*-System an, während der britische Einfluss im Übrigen zur Ausbildung eines *common law*-Systems geführt hat.<sup>8</sup>

Diese ambivalente Beziehung zwischen dem britischen und französischem Teil Kanadas setzt sich bis heute fort. Insbesondere die gescheiterten Referenden in Quebec 1980 und 1995 zeugen von den anhaltenden Spannungen.<sup>9</sup> Quebec nimmt daher innerhalb von Kanada eine Sonderrolle ein, die sich auch im Rechtssystem und in der Juristenausbildung fortsetzt.<sup>10</sup>

Kanada wird zudem maßgeblich durch indigene Bevölkerungsgruppen geprägt. Umfassende Aufarbeitungen des Umgangs mit den indigenen Bevölkerungsgruppen führten und führen zurzeit auch zur Stärkung der Rechte indigener Gruppen. Rechtsprechung und Gesetzgebung betonen immer wieder, dass indigene Gruppen originäre Gesetze und ein eigenständiges Rechtssystem haben, das weiterhin angewendet werden darf. Allerdings ist die öffentliche Wahrnehmung und formale Emanzipation noch nicht vollständig erreicht. Insbesondere sind beispielsweise indigene Richter in den obersten Gerichten noch nicht vertreten.<sup>11</sup> Daher werden aktuell Diskussionen über eine faire Einbindung von indigenen Gruppen in das kanadische Rechtssystem geführt.<sup>12</sup> Ausgangspunkt ist dabei oft der diskriminierende *Indian Act* von 1876 und andere Verträge, die von nichtindigenen Bevölkerungsgruppen über indigene Menschen geschlossen worden sind.

## II. Die Juristenausbildung

Analog zur deutschen Juristenausbildung, ist auch das kanadische Recht vom Föderalismus geprägt. Weil den einzelnen Provinzen und Territorien gemäß den Artikeln 92, 93 der Verfassungsakte von 1867/1982 verschiedene Gesetzgebungskompetenzen, unter anderem in den Bereichen Schulwesen und Bildung, öffentlicher Einrichtungen, bürgerliches Recht, Gerichtsverfassungsrecht, Zivilprozessrecht, übertragen worden sind, ist die Juristenausbildung innerhalb Kanadas sehr unterschiedlich geregelt.<sup>13</sup>

### 1. Zulassung

Die zwei verschiedenen Rechtssysteme beeinflussen die Voraussetzungen an ein Jurastudium. Québec, geprägt durch den französischen Einfluss, unterrichtet Jura im *civil law*-System. Dagegen baut die *common law*-Ausbildung in den anderen Provinzen und Territorien auf dem englischen Rechtssystem auf.

Zudem hat die US-amerikanische Juristenausbildung insbesondere den Aufbau, die Verwaltung und Finanzierung der kanadischen Jurafakultäten beeinflusst.<sup>14</sup>

#### a) Undergraduate Degree

Innerhalb des *common law* ist der Nachweis eines pre-law degree oder *undergraduate degree* hinreichende Voraussetzung für ein aufbauendes Jurastudium an den sogenannten *law schools*.<sup>15</sup> Regelmäßig ist dies ein bereits erworbener Bachelor-Abschluss in einem Hauptfach der eigenen Wahl. Primär soll die akademische Reife damit sichergestellt werden, weshalb ein einschlägiger Jura-Bachelor, LL.B., nicht erforderlich ist. Allerdings variieren die Mindestanforderungen an das *undergraduate degree* zwischen 90 Stunden oder drei Jahren Mindeststudiendauer. Die Universitäten werben jedoch oftmals

6 Häcker, JuS 2015, 872, 873.

7 Macdonald, Civil Code in The Canadian Encyclopedia, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/civil-code>, 6.2.2015/4.3.2015 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

8 Government of Canada/Gouvernement du Canada, Where our legal system comes from, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

9 Bihr, Hoffnungen in Québec auf die Unabhängigkeit, Le Monde diplomatique, <https://monde-diplomatique.de/artikel/!1258932>, 14.7.1995 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

10 Bothwell, Deux nationalisme, erschienen in Une Histoire du Canada, 2009, 399; Casagrande, Keine Unabhängigkeit in Sicht; 10.9.2012, <https://www.dw.com/de/keine-unabh%C3%A4ngigkeit-f%C3%BCr-quebec-in-sicht/a-16225930> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

11 Brooks, Indigenous laws are a critical part of Canada's legal landscape in CBA/ABC National, 21.6.2021, <https://www.nationalmagazine.ca/en-ca/articles/law/rule-of-law/2021/indigenous-laws-a-critical-part-of-canada-s-legal> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

12 Im Allgemeinen hierzu und vertiefend Brooks, Indigenous laws are a critical part of Canada's legal landscape in CBA/ABC National, 21.6.2021, <https://www.nationalmagazine.ca/en-ca/articles/law/rule-of-law/2021/indigenous-laws-a-critical-part-of-canada-s-legal> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

13 Government of Canada/Gouvernement du Canada, Justice Laws Website, Constitution Act 1867, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-1.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

14 Vertiefend hierzu Girard, American Influences, Canadian Realities. How 'American' Is Canadian Legal Education, erschienen in Bartie, Sandomierski, American Legal Education Abroad, 2021, 67.

15 University of Toronto, Faculty of Law, So, You want to become a lawyer, <https://www.law.utoronto.ca/getstarted> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

mit speziell vorbereitenden 4-jährigen Jura-Bachelor-Programmen, zum Beispiel in Politikwissenschaften oder Völkerrecht, die einen Vorteil im Auswahlverfahren an den *law schools* bieten sollen.<sup>16</sup>

#### b) Diplôme d'études collégiales

Abweichend vom Erfordernis eines *undergraduate degrees* bietet Québec bereits nach dem erfolgreichen Abschluss der Sekundarstufe ein voruniversitäres College Programm an, dass bei erfolgreichem Abschluss auch die Zulassung zum Jurastudium in Québec vermitteln kann.<sup>17</sup>

#### c) Law School Admission Test (LSAT)

Im Geltungsbereich des *common law* wird neben dem *undergraduate degree* zudem das Ergebnis eines einheitlichen Studieneignungstests verlangt. Der *law school admission test* (LSAT) wird dezentral an einem selbstgewählten Ort abgelegt und gliedert sich in drei Bereiche:<sup>18</sup> *Reading Comprehension* [Leseverständnis], *Analytical Reasoning* [Analytisches Denken] und *Logical Reasoning* [logisches Denken].<sup>19</sup>

Das erzielte Ergebnis entscheidet maßgeblich über die Chancen einer Aufnahme in eine *law school*. Das Ergebnis wird einerseits mit einer Punktzahl zwischen 120 und 180 ausgegeben und andererseits in einem Prozentsatz im Vergleich zu den anderen Prüflingen. Den Test kann man zwar jederzeit wiederholen, allerdings verlan-

gen einige *law schools* dann auch die Vorlage aller vorangegangenen Ergebnisse.<sup>20</sup> Daher haben sich bedingt durch den Ergebnisdruk bereits kommerzielle Übungsangebote, analog zu den deutschen Repetitorien, entwickelt.<sup>21</sup>

#### d) Grundlegender Überblick

Insgesamt gibt es 24 *law schools* in Kanada, die den deutschen juristischen Fakultäten entsprechen.<sup>22</sup> Die Akkreditierung einer kanadischen juristischen Fakultät erfolgt durch die *Federation of Law Societies of Canada/Fédération des ordres professionnels de jurists du Canada* nach *Convocation*, also dem monatlichen Treffen ihrer jeweiligen Geschäftsführer.<sup>23</sup> Die Studiengebühren variieren zwischen 3.000 CAD (ca. EUR 2.000) und bis zu 34.000 CAD (ca. EUR 23.400 pro Studienjahr).<sup>24</sup> Insbesondere die hohen Studiengebühren führen dabei immer wieder zu erheblicher Kritik an der Juristenausbildung, weil dadurch die Juristenausbildung nur Privilegierten möglich ist.<sup>25</sup> Analog zu den USA, ist es auch in Kanada beliebt an einem der vielfältigen Stipendienprogramme (*scholarships* oder *bourses d'études*) teilzunehmen. Die kanadische Bundesregierung und die jeweiligen Provinzverwaltungen bieten hierzu übersichtliche Informationen an.<sup>26</sup> Im besonderen Maße fällt dabei auf, dass sich viele offizielle Programme explizit an unterrepräsentierte Minderheiten oder indigene Bevölkerungsgruppen richten.<sup>27</sup> Auch wird teilweise, der erfolgreiche

16 University of Waterloo, undergraduate programs, How to become a lawyer in Canada, Zugriff, <https://uwaterloo.ca/future-students/missing-manual/careers/how-become-lawyer-canada> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

17 Accès études Québec, <https://accesetudesquebec.ca/fr/les-programmes-de-formation/liste-des-programmes-d-etudes-disponibles-duree-couts/5/23> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

18 LSAC, Getting Ready for Your LSAT Exam, <https://www.lsac.org/lsat/taking-lsat> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

19 LSAC, Types of LSAT Questions, <https://www.lsac.org/lsat/about/types-lsat-questions> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

20 Wilfrid Laurier University, The 7 steps to become a Lawyer in Canada, <https://online.wlu.ca/news/steps-becoming-lawyer-canada> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

21 LSAT Prep Courses Oxford Seminars; LSAT Prep Richardson Prep Center; Official LSAT Prep Khan Academy, vgl. hierzu <https://www.lsac.org/lsat/prep> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

22 Im Einzelnen: Akitsiraq Law School, Dalhousie University, Lakehead University, McGill University, Queen's University, Thompson Rivers University, Toronto Metropolitan University, Université de Moncton, Université de Montréal, Université de Sherbrooke, Université Laval, University of Alberta, University of British Columbia, University of Calgary, University of Manitoba, University of New Brunswick, University of Ottawa, University of Saskatchewan, University of Toronto, University of Victoria, University of Western Ontario, University of Windsor, York University; LSAC, Canadian Law Schools, [https://www.lsac.org/choosing-law-school/find-law-school/canadian-law-](https://www.lsac.org/choosing-law-school/find-law-school/canadian-law-schools#canadian-legal-ed)

[schools#canadian-legal-ed](https://www.lsac.org/choosing-law-school/find-law-school/canadian-law-schools#canadian-legal-ed). Bis Ende 2014 gab es noch zusätzlich die Faculty of Law des Trinity Western Colleges, die aber alsbald aufgrund gesellschaftlicher Kritik an ihrem Werteverständnis geschlossen wurde (vertiefend hierzu *Mathen, Plaxton*, Legal Education, Religious and Secular: TWU and Beyond, WP 2014 - 6; *Craig*, The Case for the Federation of Law Societies Rejecting Trinity Western University's Proposed Law Degree Program, *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 25, No. 1, 2013, 148.

23 Law Society of Canada/Barreau de l'Ontario, *Convocation*, <https://lso.ca/about-lso/convocation> (letzter Zugriff 17.3.2023).

24 Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), Studieren und Leben in Kanada, <https://www.daad.de/de/laenderinformationen/amerika/kanada/studieren-und-leben-in-kanada/#Unterkunft>; *Mercer*, The cost of becoming a lawyer, in *Slaw* vom 26.2.2019, <https://www.slw.ca/2019/02/26/the-cost-of-becoming-a-lawyer/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

25 Vgl. etwa *Martin*, University Legal Education in Canada is Corrupt Beyond Repair, in *Canadian Justice Review Board*, 25.9.2009.

26 Im Allgemeinen bietet die kanadische Bundesregierung auf ihrer einheitlichen Webseite *Canada.ca* Informationen und Hinweise zu nahezu allen Lebensbereichen an. Vertiefend zu *scholarships*: <https://www.canada.ca/en/services/benefits/education/student-aid/scholarships.html> (letzter Zugriff am 17.03.2022).

27 Für Ontario zum Beispiel: *Bourse pour les étudiantes et étudiants autochtones*, <https://osap.gov.on.ca/OSAPPortal/fr/A-ZListofAid/PRDR019232.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).



Abschluss der *law school* von einer Person mit indigener Abstammung mit einem Stipendium in Höhe von 500 CAD (ca. EUR 340) in Quebec belohnt.<sup>28</sup>

#### e) Auswahlverfahren

Aspiranten auf ein Jurastudium sind zu Beginn angehalten sich zu entscheiden, ob sie im *common law* oder im *civil law* praktizieren möchten. Im Hinblick auf das formale Auswahlverfahren unterscheidet sich der Bewerbungsprozess nur noch über die zuvor beschriebenen Voraussetzungen.

Innerhalb des Auswahlverfahrens achten manche *law schools* auch auf den persönlichen Gesamteindruck und etwaige Engagements, wohingegen andere akademische Leistungen in den Vordergrund stellen.<sup>29</sup> Regelmäßig wird zudem ein personal statement, also ein akademisches Motivationsschreiben, verlangt. Unterrepräsentierte indigene Minderheiten sollen zudem stets besonders berücksichtigt werden.<sup>30</sup>

### 2. Studium an den law schools

#### a) Ausbildungsinhalte

Die Regelstudienzeit an den juristischen Fakultäten beträgt drei Jahre.<sup>31</sup> Innerhalb des ersten Jahres müssen Kurse mit der Einführung in die Rechtskunde (wohl vergleichbar mit deutschen Methodikvorlesungen bzw. Grundlagenvorlesungen), Kurse zum öffentlichen Recht, Kurse zum Verfassungsrecht, Kurse zum Vertragsrecht, Kurse zum Strafrecht, Kurse zum Eigentumsrecht sowie Kurse zum Deliktsrecht belegt werden.<sup>32</sup> In den folgenden Jahren werden wissenschaftliche und fachpraktische Kurse durch umfangreiche Hausarbeiten und in praktischen Übungen vertieft.<sup>33</sup>

#### b) Ausbildungsgrade und Abschlüsse

In Québec wird die *law school* regelmäßig mit einem *Civil Law Bachelor, LL.B.* oder *B.C.L.* abgeschlossen.<sup>34</sup>

Die *common law* Fakultäten haben früher ebenfalls noch einen *Bachelorgrad, LL.B.*, verliehen. Mittlerweile bieten sie einheitlich nur noch Studiengänge mit dem Abschlussgrad *Juris Doctor* (J.D.) an. Dieser akademische Grad darf jedoch nicht mit einem deutschen Doktorgrad (Dr.) oder einem wissenschaftlichen Doktorgrad (Ph.D.) verwechselt werden. Die Umstellung erfolgte aus verschiedenen Gründen. Einerseits wollte man die Unterschiede zwischen *common law*-Abschlüssen und *civil law*-Abschlüssen hervorheben, insbesondere um zu kennzeichnen, dass *common law*-Absolventen bereits ihren zweiten (Hochschul-)Abschluss erworben haben.<sup>35</sup> Außerdem soll dadurch die internationale Vergleichbarkeit und Sichtbarkeit gewährleistet werden. Insbesondere in den USA wird der *Juris Doctor* (J.D.) bereits seit Jahrzehnten vergeben, daher erhofft man, dass die Abschlüsse auch im US-Arbeitsmarkt anerkannt werden.<sup>36</sup> Der Dekan der York University *Monahan* hat 2008 seine Bedenken dahingehend geäußert, dass nicht jeder Rekruter oder jede Anwaltskanzlei außerhalb Kanadas versteht, dass der kanadische Abschluss eines *common law*-Jurastudiums ein zweiter Hochschulabschluss sei.<sup>37</sup> Daher begrüßte zumindest die Mehrheit der Studierenden an der York University und der Queens University auch die Einführung des *Juris Doctor* (J.D.).<sup>38</sup> Die Kanadische Regierung geht hingegen davon aus, dass die akademischen Grade *J.D.* und *LL.B.* beide ein „*Bachelors Degree*“ und damit gleichwertig sind.<sup>39</sup>

Manche Universitäten bieten zudem an, unter verschiedenen Voraussetzungen, Abschlüsse in beiden nati-

28 Barreau Québec, Bourse étudiantes autochtones, <https://www.barreau.qc.ca/fr/ressources-avocats/devenir-avocat/bourse-etudiants-autochtones/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

29 University of Toronto, Faculty of Law, So, You want to become a lawyer, <https://www.law.utoronto.ca/getstarted> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

30 University of Calgary, <https://law.ucalgary.ca/how-to-apply> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

31 *Mwenda*, Doctoral Degree Programs in Law. An International and Comparative Study of the English-Speaking World, 2022, 25.

32 Queen's University Kingston, <https://www.queensu.ca/academic-calendar/law/degree-programs/jd/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

33 Queen's University Kingston, <https://www.queensu.ca/academic-calendar/law/degree-programs/jd/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

34 *Leckey*, McGill University Montréal, Dean's Message. Bienvenue à la Faculté de droit de l'Université McGill!, <https://www.mcgill.ca/law/bcl-jd/deans-message> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

35 *Mwenda*, Doctoral Degree Programs in Law. An International and Comparative Study of the English-Speaking World, 2022, 49 f.;

<https://www.queensu.ca/academic-calendar/law/degree-programs/jd/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

36 *Girard*, American Influences, Canadian Realities. How 'American' Is Canadian Legal Education, erschienen in *Bartie, Sandomierski*, American Legal Education Abroad, 2021, 67, 80.

37 *Monahan*, Canadian law schools begin switching to JDs, York University, 2008, <https://yfile.news.yorku.ca/2008/04/03/canadian-law-schools-begin-switching-to-jds/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

38 <https://lawiscool.com/2007/11/13/to-jd-or-not-to-jd/>; *Monahan*, Canadian law schools begin switching to JDs, York University, 2008, <https://yfile.news.yorku.ca/2008/04/03/canadian-law-schools-begin-switching-to-jds/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

39 Council of Ministers of Education/Conseil des ministères de l'Éducation, Canada, Ministerial Statement on Quality Assurance of Degree Education in Canada, 2007, <https://www.cmec.ca/Publications/Lists/Publications/Attachments/95/QA-Statement-2007.en.pdf>; so anders zum Beispiel in Australien, welches von einem Master-Grad ausgeht: Australian Qualifications Framework Council. June 2013 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

onalen Rechtssystemen zu erwerben. Oft wird dies durch eine Kooperation zweier Fakultäten sichergestellt, durch die jeweils an der anderen Fakultät im beschleunigten Verfahren ein Abschluss erworben werden kann.

Die University of Ottawa, bietet außerdem herausragenden Kandidaten einen vorkonzipierten 3-jährigen Doppelabschluss an.<sup>40</sup> Andererseits gibt es auch Fakultäten, die Kooperationsprogramme mit US-amerikanischen Universitäten unterhalten und dadurch einen internationalen Doppelabschluss ermöglichen.<sup>41</sup>

### 3. Migration in das kanadische Rechtssystem

Wie gezeigt, ist es sehr aufwendig ein Jurastudium in Kanada zu absolvieren. Daher scheint es auch unter kanadischen Juristen nicht unüblich zu sein, sich außerhalb von Kanada ausbilden zu lassen und anschließend in Kanada beruflich tätig zu werden.<sup>42</sup>

Für internationale Interessenten gilt, dass die Migration in das kanadische Rechtssystem sowohl den berufsrechtlichen Regelungen, als auch den aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen unterliegt. Für Letzteres bestimmt sich die Genehmigungsfähigkeit nach der *National Occupational Classification* (NOC), hier insbesondere nach NOC 4112 (Lawyers and Quebec notaries), die einzelne Berufsgruppen enumerativ aufzählt.<sup>43</sup> Weiterhin gibt es verschiedene Programme, wie das *Provincial Nominee Program* (PNP) oder das *Express Entry System*, die eine Migration in das kanadische Rechtssystem ermöglichen können.<sup>44</sup>

Die Akkreditierung einer ausländisch erworbenen juristischen Qualifikation übernimmt dabei das *National Committee on Accreditation* (NCA).<sup>45</sup> Insbesondere hinsichtlich einschlägiger Ausbildungen an britischen

Fakultäten erscheint dies wohl auch unter kanadischen Einheimischen populär und unproblematisch, wohingegen deutsche Abschlüsse wohl schwerlich als gleichwertig anerkannt werden.<sup>46</sup>

### 4. Zulassung zur Berufspraxis

Mit erfolgreichem Abschluss einer kanadischen *law school* kann man die Zulassung zu einer Rechtsanwaltskammer, also einer *bar* oder in Québec dem *barreau*, erwirken (*Bar Admission Course*).

#### a) Experiential Training

Alle Ausbildungsordnungen sehen dazu eine Art *Rechtsreferendariat*, im Sinne einer obligatorischen Praktikumszeit vor.

#### aa) Articling Program

Gemeinhin wird im anglo-amerikanischen Rechtsverständnis ein Referendariat regelmäßig als *clerkship* bezeichnet. In Kanada werden allerdings zwei Arten von *clerkships* unterschieden:

Einerseits das *law* oder *legal clerkship*, welches wohl mit der wissenschaftlichen Mitarbeit an deutschen Bundesgerichten verglichen werden kann,<sup>47</sup> andererseits die sogenannten articling clerkships,<sup>48</sup> die von der jeweiligen bar/barreau vorausgesetzt werden, um zur Anwaltschaft zugelassen zu werden.<sup>49</sup>

Ähnlich wie in Deutschland<sup>50</sup> steht auch in Kanada der Gedanke einer praktischen Ausbildung nach dem wissenschaftlichen Hochschulstudium im Vordergrund. Die Einzelheiten der Ausgestaltung obliegen der jeweiligen bar/barreau einer Provinz oder eines Territoriums. So verlangt die bar in Ontario ein clerkship von 10 Mona-

40 University of Ottawa, <https://www.uottawa.ca/faculty-law/common-law/programs/jd-national-program> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

41 University of Ottawa, <https://www.uottawa.ca/faculty-law/common-law/programs/combined-programs/canadian-american-jd-program> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

42 So *Hamilton*, *The Distinctive Nature of Academic Integrity in Graduate Legal Education*, in *Eaton, Hughes* (Hrsg.), *Academic Integrity in Canada. An enduring an essential challenge*, 2022, 333, 339.

43 NOC 4112, <https://www23.statcan.gc.ca/imdb/p3VD.pl?CLV=4&CPV=4112&CST=01012011&CVD=122376&Function=getVD&MLV=4&TVD=122372>: Government of Canada/Gouvernement du Canada, *Immigrate Canada*, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/immigrate-canada/express-entry/eligibility/find-national-occupation-code.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

44 *Ventor*, *How to immigrate to Canada as a Lawyer*, <https://canadianvisa.org/blog/jobs/immigrate-to-canada-as-a-lawyer>, 14.6.2019 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

45 Als Teil der Federation of Law Societies of Canada, [\[gal/\]\(https://nca.legal/\); Im Allgemeinen hierzu: Anerkennung deutscher Studienabschlüsse und anderer Qualifikationen in Kanada, <https://canada.diplo.de/ca-de/konsularservice/anererkennung-ausbildung-in-kanada/1148060?openAccordionId=item-1143138-0-panel> \(letzter Zugriff am 17.03.2023\).](https://nca.le-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

46 Law Society of Ontario/Barreau de l'Ontario, <https://lso.ca/lawyers/lawyers-from-outside-ontario>; Kiwi Education, *How to become a lawyer in Canada*, 1.3.2022, <https://kiwieducation.com/ca/lifehack/how-to-become-a-lawyer-in-canada/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

47 Federal Court/Cour fédérale, *Law Clerk Program*, <https://www.fct-cf.gc.ca/en/pages/about-the-court/careers/law-clerk-program> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

48 In manchen Provinzen, wie Saskatchewan, heißen die Referendare dagegen auch *student at law*.

49 *Bowker, Christian*, *Legal Education*, in *The Canadian Encyclopedia*, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/legal-education>, 5.2.2012/4.3.2015 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

50 Vgl. zum Beispiel § 45 II 2 JAPRO BW, dass das Referendariat zuvorderst der Ausbildung dient.

ten unter Aufsicht eines anleitenden praktizierenden Rechtsanwalts. In British Columbia sind es 12 Monate von denen 9 Monate in einer Anwaltskanzlei oder einer vergleichbaren Stelle verbracht werden sollen. Zugleich muss hier ein 10-wöchiger Professional Legal Training Course belegt werden, um Rechtspraxis und -verfahren, juristische Fähigkeiten, Ethik und Praxismanagement zu erlernen.

Von den *clerks* zu unterscheiden sind schließlich sogenannte *paralegals*. Diese haben einen eigenen Ausbildungsweg und können wohl am ehesten mit deutschen Rechtsanwaltsfachangestellten oder Rechtspflegern verglichen werden.<sup>51</sup>

#### bb) Law Practice Program

In manchen Provinzen, wie zum Beispiel in Ontario, besteht allerdings auch die Möglichkeit anstatt des *articling clerkships* an einem *Law Practice Program* für 4 Monate teilzunehmen. Hier wird in einer Trainingsumgebung der Alltag eines Anwaltsteams simuliert und dadurch trainiert. Die erworbenen Erfahrungen sollen in einem anschließenden 4-monatigen Praktikum vertieft werden.<sup>52</sup>

#### cc) Formation professionnelle et pratique

Im *civil law* geprägten Québec ist dagegen zunächst eine praktische Ausbildung an der *L'École du Barreau* in einem der vier Ausbildungszentren in Québec vorgesehen.<sup>53</sup> An der *École du Barreau* sollen den Studenten in einem 4-monatigen Kurs berufliche Fertigkeiten beigebracht werden. Insbesondere werden sie mit den berufsethischen Regeln vertraut gemacht, lernen Schriftsätze zu verfassen, Verhandlungen zu führen, ein Plädoyer zu halten und eine Kanzlei zu verwalten.<sup>54</sup> Daraufhin folgt eine 6-monatige praktische Ausbildung, zum Beispiel in einer Anwaltskanzlei.

51 Law Society of Canada/Barreau de l'Ontario, *Paralegals*, <https://lso.ca/paralegals> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

52 Toronto Metropolitan University, *Law Practice Program*, <https://lpp.torontomu.ca/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

53 Barreau du Québec, *Ressources pour les avocats. Devenir avoat*, <https://www.barreau.qc.ca/fr/ressources-avocats/devenir-avocat/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

54 Barreau du Québec, *Ressources pour les avocats. Devenir avoat*, <https://www.barreau.qc.ca/fr/ressources-avocats/devenir-avocat/>, Zum neuen Schuljahr hin, wird das Curriculum angepasst, um dem Bedürfnis, den Auszubildenden mehr praktische Erfahrungen zu vermitteln, besser gerecht zu werden, *École du Barreau, Le nouveau programme de l'école – entrée en vigueur en 2023-2024*, <https://www.ecoledubarreau.qc.ca/fr/formation/nouveau-programme/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

55 „*Call to the bar*“, <https://lso.ca/becoming-licensed/lawyer-licensing-process/call-to-the-bar> (letzter Zugriff am 17.03.2022).

56 Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, <https://www.ontario.ca/laws/statute/90l08>; Law Society of Canada/Barreau de l'Ontario,

#### b) Bar Exam

Ein wesentlicher Bestandteil für die Zulassung zu einer bar ist das abschließende *bar exam*. Bestreiten die Anwärter dieses erfolgreich, werden sie „zur Bar berufen“.<sup>55</sup>

Anders als in der britischen Juristenausbildung müssen sich Anwärter in Kanada sowohl dem *Barrister-* als auch dem *Solicitor-*Examen stellen.<sup>56</sup> Die Durchführung ist dabei wiederum in den Einzelnen Provinzen unterschiedlich, teilweise sogar gegensätzlich, geregelt. In Ontario sind beispielsweise die Prüfungen unter Selbstaufsicht und als sogenannte *open-book exams* durchzuführen,<sup>57</sup> während in Nova Scotia eine Präsenzprüfung vorgesehen ist.<sup>58</sup> Zeitlich sind auch verschiedene Regelungen vorgesehen. In Ontario sind die Prüfungen zum Beispiel auf 7 Stunden konzipiert.<sup>59</sup>

Das *bar exam* soll einheitlich in allen Provinzen und Territorien nicht nur das fachliche Wissen, sondern auch die moralische Integrität und ein profundes Allgemeinwissen prüfen.<sup>60</sup> Konkret werden verschiedene Prüfungsfächer, wie ethische und berufliche Pflichten; Rechtskenntnisse (also Gesetzgebung und Rechtsprechung); Aufbau und Pflege der Beziehung zwischen Anwalt und Mandant; Identifizierung, Analyse und Bewertung von Problemen, alternative Streitbeilegung, Prozessführung, Praxismanagement, Zivilprozessrecht, Strafverfahren, Familienrecht, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Erbrecht, Immobilienrecht geprüft. In manchen Territorien, wie Nova Scotia wird zudem auch im Recht indigener Stämme geprüft.<sup>61</sup>

#### c) Good character requirements

Alle Zulassungsanwärter müssen zudem *good character requirements* entsprechen. In Ontario wird dies durch einen umfangreichen Selbstfragebogen und einen

*Licensing Examinations*, <https://lso.ca/becoming-licensed/lawyer-licensing-process/licensing-examinations> (letzter Zugriff am 17.03.2023); vgl. Häcker, JuS 2014, 872, 873.

57 Law Society of Canada/Barreau de l'Ontario, *Licensing Examinations*, <https://lso.ca/becoming-licensed/lawyer-licensing-process/licensing-examinations> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

58 Wiley, *Steps to become a Lawyer/Attorney in Canadian Provinces / Territories*, <https://www.lawyeredu.org/canada/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

59 Wiley, *Steps to become a Lawyer/Attorney in Canadian Provinces / Territories*, <https://www.lawyeredu.org/canada/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

60 Vgl. Law Society Ontario/Barreau de l'Ontario, *Sample Licensing Examination Questions*, <https://lso.ca/becoming-licensed/lawyer-licensing-process/licensing-examinations> (letzter Zugriff am 17.3.2023).

61 Nova Scotia Barristers' Society, *Bar review materials*, <https://nsbs.org/legal-profession/articled-clerks/bar-exam/> (letzter Zugriff am 17.3.2023).

*review process* nach dem Law Society Act, Statute 90/8 sichergestellt.<sup>62</sup>

Einen guten Charakter zu haben zeichnet dabei die Eignung für die Praxis, die Achtung der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtspflege, Ehrlichkeit und finanzielle Verantwortung aus.<sup>63</sup> Vergleichbare Zulassungsvorschriften, die auch die Würdigkeit eines Bewerbers erfordern, finden sich auch in Deutschland zum Beispiel in § 7 S. 1 Nr. 5 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) oder § 5 II 1, IV Juristenausbildungsgesetz BW (JAG BW) respektive § 26 I 2 Juristenausbildungsgesetz Hessen (JAG HE).

### III. Berufseinstieg

Die Rechtsanwaltschaft ist auch in Kanada der primäre Einstiegsberuf von Nachwuchsjuristen. Anders als in Großbritannien müssen in Kanada dabei sowohl das *Barrister*- als auch *Solicitor*-Examen absolviert werden. Hinreichend für eine Zulassung zur *bar* ist damit auch das *bar exam*.<sup>64</sup> Das Praktizieren in anderen Provinzen ist, mit abweichenden Regelungen für die Territorien, durch das *Territorial Mobility Agreement* von 2011 ermöglicht worden.<sup>65</sup>

Entsprechend dem britischen Vorbild ist die kanadische Richterschaft auch keine eigene Berufsrichterschaft, also auch kein eigener Berufsweg, sondern krönt den erfolgreichen Werdegang vom Anwalt zum Richter.<sup>66</sup> In Ontario ist zum Beispiel eine Mindestlaufbahn von 5 Jahren erforderlich. An höheren Instanzgerichten sind regelmäßig mindestens 10 Jahre Berufserfahrung

vorgesehen.<sup>67</sup>

Auch ein Einstieg als Staatsanwalt, *crown attorney*, ist nach dem *bar exam* möglich. Aufgrund begrenzter Platzangebote sind Vorerfahrungen im Rahmen des articling programs oder herausragende akademische Leistungen an der *law school* für einen Berufseinstieg hilfreich.<sup>68</sup>

Möglich ist auch eine wissenschaftliche Karriere. Im Allgemeinen wird in diesen Fällen die akademische Ausbildung an der Universität fortgesetzt und unter anderem mit einem *Master of Laws, LL.M.*<sup>69</sup> oder einem *research doctorate degree, Doctor of Juridical Sciences (SJD/JSD)* abgeschlossen.<sup>70</sup> Zu beachten gilt, dass Doktorgrade im anglo-amerikanischen Rechtsraum unterschiedliche Bedeutungen haben. Eine Vergleichbarkeit mit dem Erwerb eines deutschen Doktorgrades (Dr.) oder einem anglo-amerikanischen wissenschaftlichen Doktorgrades (Ph.D.) ist damit nicht immer möglich. Bereits für den Abschluss an der *law school* wird oft ein *Juris Doctor, J.D.*, also ein akademischer Grad verliehen. Aufbauende Reserach programs können hingegen mit einem wissenschaftlichem Doktorgrad (*SJD/JSD* oder *Ph.D.*) oder einem konsekutiven Master (*LL.M.*) abschließen.

### IV. Erkenntnisse

Die Beschäftigung mit dem kanadischen Rechtssystem und der kanadischen Rechtsausbildung führen zu einigen Erkenntnissen. Dabei darf allerdings, wie *Reydon* zurecht mahnt, nicht der Fehler unterlaufen, dass ausländische Fachtermini mit deutschen Begriffen inhaltlich gleichgesetzt werden.

62 Law Society Ontario/Barreau de l'Ontario, Good Character Requirement, <https://lso.ca/becoming-licensed/paralegal-licensing-process/good-character-requirement> (letzter Zugriff am 17.3.2023).

63 Umfasst ist auch ein etwaiges akademisches Fehlverhalten, s. hierzu mwN *Hamilton*, The Distictive Nature of Academic Integrity in Graduate Legal Education, in *Eaton, Hughes* (Hrsg.), *Academic Integrity in Canada. An enduring an essential challenge*, 2022, 333, 339 f.

64 University of Waterloo, <https://uwaterloo.ca/future-students/missing-manual/careers/how-become-lawyer-canada> (letzter Zugriff am 17.3.2023).

65 Federation of Law Societies of Canada/Fédération des orders professionnels de juristes du Canada, *Territorial Mobility Agreement*, <https://www.lawsociety.nu.ca/sites/default/files/public/TMA%202011.pdf> (letzter Zugriff am 17.3.2023).

66 Daher auch der geflügelte Ausdruck, dass man von der *bar* auf die *bench* wechselt. Vgl. dazu *Häcker*, JuS 2014, 872, 873.

67 Government of Ontario, Judges NOC 4111, <https://www.services.labour.gov.on.ca/labourmarket/jobProfile/jobProfileFullView>.

[xhtml?nocCode=4111#educationAndTrainingPathwaysSection; Workstudyvisa, 5 Steps to become a judge in Canada, https://workstudyvisa.com/become-a-judge-in-canada/](https://www.workstudyvisa.com/become-a-judge-in-canada/) (letzter Zugriff am 17.3.2023).

68 *Bendin*, *Crown Attorney*, 5.6.2014, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/crown-attorney>; *How to Become a Prosecutor (With Duties and Skills)*, <https://ca.indeed.com/career-advice/finding-a-job/how-to-become-prosecutor>, 28.11.2022 (letzter Zugriff am 17.3.2023).

69 Im Überblick für deutsche Absolventen, *Greif*, LL.M. in Kanada – Die Alternative zu den USA, *Anwaltsblatt* 30.6.2020, [https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendarat/ll-m/details/ll-m-in-kanada-die-alternative-zu-den-usa#collapse\\_326826](https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendarat/ll-m/details/ll-m-in-kanada-die-alternative-zu-den-usa#collapse_326826); e-fellows.net, *Studieren in Kanada. Studium mit Naturerfahrung garantiert*, <https://www.e-fellows.net/Studium/Studienwissen/Auslandsstudium/Studieren-in-Kanada/page/all> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

70 Vgl. hierzu vertiefend *Mwenda*, *Doctoral Degree Programs in Law. An Interntional and Comparative Study of the English-Speaking World*, 2022, 50.

- Das Erfordernis eines undergraduate degree gleicht dem Sinn und Zweck nach einem obligatorischem Studium Generale.<sup>71</sup>
- Durch den LSAT werden berufsspezifische Fähigkeiten in den Vordergrund der Auswahl gestellt. Dies könnte auch eine Alternative zum in Deutschland weithin angewandten Numerus Clausus sein.<sup>72</sup>
- Das Bar Exam in Ontario prüft nicht nur das fachliche Wissen, sondern will auch hinsichtlich der moralischen Integrität testen und einen besonderen Stand an Allgemeinwissen sichern.<sup>73</sup> Wenngleich Allgemeinwissen wohl schwerlich zu prüfen ist, soll damit der Kandidat umfassend auf die Berufsreife geprüft werden.
- Hinsichtlich der Probleme um die Ein- und Durchführung von *Open-book-Prüfungen* in Deutschland könnte das bar exam in Ontario weiter untersucht werden.<sup>74</sup>
- Der Umgang mit persönlichem oder wissenschaftlichem Fehlverhalten, das auch hinreichende Zulassungsvoraussetzung zum Referendariat in Deutschland ist, könnten die Erfahrungen mit den *good character requirements* und insbesondere den *good character hearings*, in denen auch akademisches Fehlverhalten erörtert und entschieden wird, berücksichtigt werden.<sup>75</sup> Insbesondere die Diskussion über den Umgang mit politischem Extremismus bei der Einstellung von Rechtsreferendaren verdeutlicht, dass eine tragfähige Lösung deutschlandweitlich gefunden werden muss.<sup>76</sup>
- Kanadische und US-Amerikanische *law schools* vergeben aufgrund des Erfordernisses eines *undergraduate degree*, zur Anerkennung der aufbauenden Studienleistungen einen *Juris-Doctor, J.D.* Orientiert man sich bei Reformen der deutschen Juristenausbildung am Nordamerikanischen System, so würde es sich auch für Deutschland empfehlen, die juristische Ausbildung auch auf ein Grundstudium zu begrenzen (im Sinne eines *First Years*<sup>77</sup>) und auf diesen Bachelorstudiengang aufbauend einen konsekutiven Staatsexamensstudiengang anzubieten. Ein möglicher Jura-Bachelor sollte dann sinnvollerweise so aufgebaut und inhaltlich umfassend gestaltet sein, dass er auch als *undergraduate degree* anerkannt wird, damit eine Juristenausbildung auch im anglo-amerikanischen Rechtsraum möglich wird. So könnte auch eine Diversität von Karrierewegen, wie sie von Befürwortern des studienintegrierten Bachelors in dessen Einführung gesehen wird, erreicht werden.<sup>78</sup> Freilich müsste dann aber mit einer längeren Ausbildungsdauer und einer Erweiterung des Prüfungsstoffs gerechnet werden.

Johannes M. Deutsch ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschulrechtsrecht an der Universität Freiburg. Mit diesem Aufsatz erinnert der Autor an seinen eigenen Aufenthalt in Kanada und dankt insbesondere für die vielfältigen und bereichernden Diskussionen an der University of Waterloo und im Waterloo Region Courthouse in Kitchener.

71 Auch Lebenserfahrung kann eine Auslegungshilfe sein und dadurch die juristische Arbeit erleichtern. Vgl. auch Pawlik, Welche Chancen ein Studium generale bietet, 23.1.2015, <https://www.abendblatt.de/wirtschaft/karriere/article136677511/Welche-Chancen-ein-Studium-generale-bietet.html> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

72 Vgl. für die Einführung eines Medizinertests: Brehm, Brehm-Kaiser, Die Beschlüsse zur Zulassung zum Medizinstudium im Rahmen des Masterplans Medizin 2020, OdW 2017, 215, 216.

73 Vgl. Law Society Ontario/Barreau de l'Ontario, Sample Licensing Examination Questions (letzter Zugriff am 17.03.2023).

74 Vgl. hierzu in Deutschland: Morgenroth, Die Behandlung eines Täuschungsverdachts in Zeiten von Open-book-Prüfungen – Eine Analyse des Beschlusses des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2022, OdW 2022, 273.

75 Hamilton, The Distinctive Nature of Academic Integrity in Graduate Legal Education, in Eaton, Hughes (Hrsg.), Academic Integrity in Canada. An enduring an essential challenge,

2022, 333, 339 f.

76 Vertiefend zur Einstellung eines Funktionärs des III. Wegs: Deyda, Nazis im Staatsdienst? Divergierende Rechtsprechungslinien zum Ausschluss aus dem juristischen Vorbereitungsdienst, Verfassungsblog vom 4.1.2022, <https://verfassungsblog.de/nazis-im-staatsdienst/>; Sehl, Jura-Referendar in Sachsen. „Der III. Weg“-Aktivist darf Volljurist werden, LTO vom 8.12.2021, <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/verfgh-sachsen-96-iv-21-referendar-iii-weg-aktivist-rechtsex-trem-partei-jura-ausbildung-referendariat> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

77 Analog zur Queen's University, <https://www.queensu.ca/academic-calendar/law/degree-programs/jd/> (letzter Zugriff am 17.03.2023).

78 Vgl. u.a. Schimmel, Der „Loser-Bachelor“. Warum die Debatte uns Juristen schadet, in LTO, <https://www.lto.de/karriere/jura-studium/stories/detail/loser-bachelor-debatte-schadet-uns-juristen>, 8.7.2022 (letzter Zugriff am 17.03.2023).

# Johann Heinrich Gottlob Justi

## *Über die studierende Jugend*<sup>1</sup>

Die Absicht einer möglichst guten Ausbildung der Jugend ist vornehmlich auf zwei Dinge zu richten: (1) auf die noch in den Schulen sich befindende Jugend, (2) auf die bereits zu Chargen und Bedienungen<sup>2</sup> tüchtigen Personen.

Beim ersten Punkt ist bekannt, was für ein großer Missbrauch bei dem Studieren vorgeht. Ein Jeder, der nur etwas Mittel hat, will seine Kinder studieren lassen; der Sohn ist gewidmet, künftig einen Geistlichen, einen Advokaten oder einen Mediziner abzugeben, obgleich derselbe den Qualitäten nach besser zu einem Handwerk, zum Ackerbau oder zum Pferdeknecht geschickt ist. Daher geschieht es, dass viele in ihren Studien keinen Fortschritt machen, zu keinen Bedienungen zu gebrauchen, also dem Vaterland zur Last sind, in Armut geraten und den Eltern vergebliche Kosten verursachen. Man kann zwar diese Freiheit niemandem versagen, es wäre aber sehr dienlich, den Rektoren und den Lehrern der großen und kleinen Schulen überall scharf zu befehlen, dass sie unter dem großen Haufen der studierenden Jugend diejenigen, die sich vor Anderen hervorheben, sich durch ihr Gedächtnis und ihren Verstand unterscheiden ... der Obrigkeit jeglichen Ortes zu melden. Dabei sollen sie allen Fleiß auf Informationen verwenden, wozu die-

selben am ehesten hinstreben und sie nicht zu solchen Wissenschaften führen, zu denen sie keine Lust haben. Denn in den Schulen ist es ein großer Fehler, dass man Alle auf gleiche Art traktiert, und zuweilen einen jungen Menschen, der einen natürlichen Trieb zur Mathematik oder zu anderen Wissenschaften hat, mit Gewalt ... mit der griechischen Sprache oder ihm konträren Dingen plagt.

Die vortrefflichen Ingenia<sup>3</sup> könnten den örtlichen Behörden oder gewissen hiermit beauftragten Personen gemeldet werden, damit man Sorge tragen kann, denen (falls sie selbst keine Mittel haben) zu Hilfe zu kommen, sie zu ermuntern und in allem förderlich zu sein. Von diesen sollten auch billig die Stiftungen, Stipendien<sup>4</sup> und anderen Wohltaten festgelegt und keinesfalls den Unwürdigen, aus Gunst oder auf besondere Weisung,<sup>5</sup> zugewendet werden. Und wenn die Stiftungen nicht ausreichen, müsste eine proportionierte Beihilfe ex cassa publica<sup>6</sup> gereicht werden, damit ein guter Baum die gewünschten Früchte tragen kann. Diese würden nicht viel kosten, weil sich außerordentliche Ingenia so häufig nicht finden. Die Unfähigen, zum Studieren nicht Tüchtigen könnten abgewiesen und ihren Eltern ... zurückgeschickt werden.

1 Aus *Johann Heinrich Gottlob Justi*, Deutsche Memoires, oder Sammlung verschiedener Anmerkungen, die Staatsklugheit, das Kriegswesen, die Justiz, Morale, Oeconomie, Commercium, Cammer- und Polizey- auch andere merkwürdige Sachen betreffend, welche im menschlichen Leben vorkommen, Leipzig 1741, S. 543 f. Der Text aus dem Erstlingswerk des seiner Zeit einflussreichen Staatswissenschaftlers und Kameralisten ist zwecks

besserer Lesbarkeit sprachlich überarbeitet.

2 Altertümlich für berufliche Arbeit.

3 Altertümlich für Begabungen.

4 Zu Stipendien siehe Heft 1/2023 unter Ausgegraben.

5 Justi verwendet hier den Begriff der „*Intercession*“.

6 Aus dem öffentlichen Haushalt.



# Manfred Löwisch/Marie Anselment

## *Beschäftigungsverbot für Wissenschaftler aus Risikostaaten?*

### I. Die Empfehlungen von Deutscher Forschungsgemeinschaft und Leopoldina

Der von der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina eingerichtete Gemeinsame Ausschuss zum Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung hat mit Stand vom 1. November 2022 Empfehlungen zum verantwortlichen Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung beschlossen.<sup>1</sup> Ziel der Empfehlungen ist die Minimierung des Risikos missbräuchlicher Verwendung von Forschungsergebnissen in sicherheitsrelevanten Bereichen: In nahezu allen Wissenschaftsbereichen bestehe die Gefahr, dass für sich genommen neutrale oder nützliche Ergebnisse der Forschung durch andere Personen zu schädlichen Zwecken missbraucht werden. Herausforderungen bestünden insbesondere bei wissenschaftlichen Arbeiten, bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie Wissen, Produkte oder Technologien hervorbringen, die *unmittelbar* von Dritten missbraucht werden können, um Menschenwürde, Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Umwelt oder ein friedliches Zusammenleben *erheblich* zu schädigen (sog. *besorgniserregende sicherheitsrelevante Forschung- Dual-Use Research of Concern*).

Als Beispiele nennt der Ausschuss die Verteidigungstechnik, in der die Materialforschung und die Nanotechnologie zur Entwicklung von Angriffswaffen führen könne, die Forschung zu autonom agierenden Robotern, die zur Konstruktion intelligenter Kriegeroboter befähigen könne, die Kernenergieforschung, die Forschung zu pathogenen Mikroorganismen und Toxinen, die möglicherweise für neue Biowaffen und für terroristische Anschläge nutzbar seien, die Analysen in der molekularen Pflanzengenetik, die gezielte Angriffe auf Saatgut ermög-

lichen könnten, Forschungen in der Informationstechnologie, die zur umfassenden Überwachung und Repression von Personen genutzt werden könnten, medizinische oder neurobiologische Forschungen, welche die Manipulation von Personen bis hin zu Folter unterstützen könnten, und linguistische Forschungen an Spracherkennungssystemen, die unter Umständen auch für missbräuchliche Kommunikationsüberwachung einsetzbar seien. Letztlich könnten sogar Geistes-, Kultur-, Sozial- und Verhaltenswissenschaften sicherheitsrelevante Ergebnisse hervorbringen.<sup>2</sup>

Die Verpflichtung zur Risikominimierung trifft nach den Empfehlungen nicht nur die Forschenden und die an ihren Projekten mitwirkenden Personen selbst, sondern auch die Einrichtungen, an denen jene tätig sind. Die Einrichtungen sind danach zu Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet und haben bei missbrauchsgefährdeter Forschung Mitarbeitende und Kooperationspartner sorgfältig und unter Berücksichtigung ihrer Verlässlichkeit und ihres Verantwortungsbewusstseins auszuwählen. Dabei sollen Maßnahmen zur Risikominimierung auch darin bestehen können, dass einzelne Forschungen nur in bestimmten Kooperationen durchgeführt werden und unter dem Aspekt der Risikominimierung **auf Partner oder Mitarbeiter aus bestimmten Staaten verzichtet wird**. Wörtlich heißt es dazu in den Empfehlungen:

„Maßnahmen zur Risikominimierung können auch darin bestehen, dass einzelne Forschungen nur in bestimmten Kooperationen durchgeführt werden. Internationale Kooperation ist zwar ein Grundprinzip erfolgreicher Forschung, im Einzelfall kann sich unter dem Aspekt der Risikominimierung gleichwohl eine Einschränkung der Zusammenarbeit oder ein Verzicht auf Partnerinnen oder Partner oder Mitarbeitende aus be-

<sup>1</sup> Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Deutsche Forschungsgemeinschaft (2022): Wissenschaftsfreiheit und Wissenschaftsverantwortung – Empfehlungen zum Umgang mit sicherheitsrelevanter Forschung/Scientific Freedom and Scientific Responsibility – Recommendations for Handling of Security-Relevant Research, 2. Aktualisierte Auflage, abrufbar unter [www.sicherheitsrelevante-forschung.org](http://www.sicherheitsrelevante-forschung.org).

<sup>2</sup> Empfehlungen S. 9 f; hinsichtlich der Informationstechnologie könnte man die Gefahr umfassender systematischer Cyberangriffe hinzufügen, vgl. die Berichte über Hacker-Angriffe aus Nordkorea (siehe etwa Süddeutschen Zeitung vom 07.02.2023 <https://www.sueddeutsche.de/wissen/atom-un-nordkoreas-hacker-stehlen-rekordsummen-kim-ruestet-auf-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230207-99-498851>).



stimmten Staaten oder Institutionen empfehlen. Anhaltspunkte für Staaten, in denen ein Missbrauch bestimmter Forschungsergebnisse zu befürchten ist, können sich aus den nationalen und internationalen Vorschriften oder Listen über Ausfuhrbeschränkungen ergeben“.<sup>3</sup>

Dass der Gemeinsame Ausschuss für den Einzelfall den Verzicht nicht nur auf Partner aus bestimmten Staaten, sondern auch auf Mitarbeiter aus bestimmten Staaten empfiehlt, wirft die Frage nach deren Diskriminierung auf: Ist es zulässig, die Einstellung von Wissenschaftlern deshalb abzulehnen, weil sie Angehörige eines bestimmten Staates sind oder auch, ohne diese Staatsangehörigkeit zu besitzen, aus diesem Staat kommen?

Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

## II. Wissenschaftler aus Staaten der Europäischen Union

### 1. Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet innerhalb der EU die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Nach Absatz 2 der Vorschrift umfasst diese Freizügigkeit die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung. Aus der Vorschrift folgt bei Einstellungen grundsätzlich ein absolutes Differenzierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>4</sup> Wie für alle Beschäftigten gilt das auch für Wissenschaftler.

Das Verbot erfasst dabei nicht nur die unmittelbare Differenzierung wegen der Staatsangehörigkeit, sondern auch jede andere nationale Regelung, die, wenn auch ohne direkte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, geeignet ist, den Gebrauch der Freizügigkeit durch einen Unionbürger zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>5</sup> Das verbietet es im Grundsatz auch, sich bewerbende Unionsbürger deshalb nicht einzustellen, weil sie zuvor in einem anderen Staat tätig gewesen sind.

Adressat des Art. 45 AEUV und damit auch des Differenzierungsverbots bei Einstellungen ist in erster Linie der Mitgliedstaat als Träger öffentlicher Gewalt. Staatliche Regelungen und andere staatliche Maßnahmen dürfen Bürger anderer Unionsstaaten grundsätzlich nicht

schlechter stellen als Deutsche.<sup>6</sup> Erfasst werden damit die staatlichen Hochschulen, aber, soweit sie als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind, auch die Universitätsklinika.

Art. 45 AEUV gilt nach der Rechtsprechung des EuGH aber auch für **private Arbeitgeber**, weil diese sonst kraft ihrer Vertragsfreiheit Hindernisse für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aufrichten könnten, die dem Staat verboten wären.<sup>7</sup> Dementsprechend erklärt Art. 7 Abs. 4 der Freizügigkeitsverordnung (VO [EU] 492/2011) Regelungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung für nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Die Folge ist, dass auch privatrechtlich organisierte Forschungseinrichtungen wie die Max-Planck-Gesellschaft, die Fraunhofer Gesellschaft, die Helmholtz Gesellschaften und die Institute der Leibniz Gemeinschaft, die durchweg als eingetragene Vereine organisiert sind, Wissenschaftler aus Unionsstaaten grundsätzlich nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit von einer Beschäftigung ausschließen dürfen.

### 2. Einschränkung wegen Sicherheitsrelevanz

Auch die Freizügigkeit ist nicht schrankenlos gewährleistet.

Eine erste Ausnahme konstituiert Art. 45 AEUV in seinem Absatz 4 selbst. Danach findet die Bestimmung keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Unter öffentlicher Verwaltung versteht das europäische Recht hier wie in anderen Vorschriften freilich nur die Stellen, die unmittelbar oder mittelbar hoheitliche Befugnisse ausüben. Die Mitgliedstaaten dürfen nur konkrete, mit einer bestimmten Funktion verbundene Stellen in der öffentlichen Verwaltung eigenen Staatsangehörigen vorbehalten.<sup>8</sup> Zu diesen zählen in Hochschulen und staatlichen Forschungseinrichtungen möglicherweise Leitungsfunktionen, nicht aber die Wahrnehmung bloßer Lehr- und Forschungstätigkeiten.<sup>9</sup>

Relevant ist die zweite, in Art. 45 Abs. 3 AEUV enthaltene Ausnahme, nach der die Freizügigkeit in Bezug auf die Beschäftigung unter dem Vorbehalt der aus

<sup>3</sup> Allgemein zur Relevanz solcher Ausfuhrbeschränkungen für die Wissenschaft siehe den Tagungsbereich „Wissenschaft und Exportkontrolle“ von *Antonia Hagedorn* in diesem Heft S. 183 ff.

<sup>4</sup> Callies/Ruffert/Brechmann, EUV/AEUV 6. Aufl. 2022, Art. 45 AEUV Rn 46; Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 45 Rn 27.

<sup>5</sup> EuGH 18.07.2017, C- 566/15, Rn. 33; Callies/Ruffert/Brechmann aaO

Rn 51.

<sup>6</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 54.

<sup>7</sup> EuGH 06.6.2000 C-281/98, Rn 30 ff (Angonese); Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 54; BeckOK Migrations- und Integrationsrecht/Dittrich, 14. Ed. 15.1.2023, AEUV Art. 45 Rn 8.

<sup>8</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 113f.

<sup>9</sup> Callies/Ruffert/Brechmann aaO Rn 115.

Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen steht. Das Risiko des Missbrauchs sicherheitsrelevanter Forschung ist gewiss Gegenstand der öffentlichen Sicherheit.

Indessen genügt die allgemeine Erwägung, Angehörige bestimmter Risikostaaten könnten sicherheitsrelevante Forschungen auf einem oder auch mehreren Feldern missbrauchen, nicht zur Beschränkung ihrer Freizügigkeit. Nach Art. 27 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG darf bei Maßnahmen, welche die Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beschränken, **ausschließlich das persönliche Verhalten** des Betroffenen ausschlaggebend sein. Nach Art. 27 Abs. 3 muss dieses persönliche Verhalten eine tatsächliche gegenwärtige Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt; vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

Ein allein auf die Staatsangehörigkeit oder die bisherige Tätigkeit in einem bestimmten Staat abstellender Ausschluss der Einstellung von Unionsbürgern lässt sich mit dieser Vorgabe nicht vereinbaren. Zulässig ist ein Ausschluss nur, wenn konkrete Umstände **in der Person** des betreffenden Wissenschaftlers ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen, etwa ihre Veröffentlichungen, ihre bisherige Tätigkeit oder auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisation den Schluss nahelegen, sie neige zu einem unbegrenzten Gebrauch auch missbrauchsanfälliger Forschungsergebnisse.

### 3. Rechtsschutz

Art. 45 AEUV in Verbindung mit Art. 7 der Freizügigkeitsverordnung (VO [EU] 492/2011) dienen dem Schutz der Unionsbürger auch in Bezug auf ihre Beschäftigung. Sie sollen gewährleisten, dass sie beim Eingehen von Arbeitsverhältnissen nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Als in Deutschland unmittelbar geltende Rechtsnormen kommen ihnen damit Schutzgesetzcharakter im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zu.<sup>10</sup>

Verletzt ein potenzieller Arbeitgeber Art. 45 AEUV, verpflichtet ihn das nach Maßgabe der §§ 249ff BGB

zum Schadensersatz. Dabei gilt nach § 249 Abs. 1 BGB in erster Linie der Grundsatz der Naturalrestitution: Kann ein Bewerber nachweisen, dass er eingestellt worden wäre, wenn sein Recht auf Freizügigkeit beachtet worden wäre, hat der Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags.<sup>11</sup>

Aus § 15 Abs. 6 AGG folgt nichts Anderes. Der dort für die Diskriminierungsfälle des AGG angeordnete Ausschluss eines Anspruchs auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses gilt hier entgegen der wohl herrschenden Meinung<sup>12</sup> nicht. § 15 AGG enthält eine ausgewogene Gesamtregelung der schadensrechtlichen Folgen der Verletzung eines Diskriminierungsverbots, die in Absatz 2 insbesondere auch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens umfasst. Aus dieser kann nicht isoliert ein einzelner Teil analog angewandt werden. Eine analoge Anwendung der ganzen Vorschrift und damit auch des Absatzes 2 scheidet aber am Analogieverbot des § 253 Abs. 1 BGB.

### 4. Wissenschaftler aus assoziierten Staaten

Angehörigen von Staaten des **Europäischen Wirtschaftsraums** (neben den Staaten der EU derzeit Island, Norwegen und Liechtenstein) kommt nach Art. 28 des Abkommen über den EWR vom 2.05.1992 und dessen Anhang V vollumfängliche Freizügigkeit iSd. Art. 45 AEUV zu.<sup>13</sup> Für die Beschäftigung von Wissenschaftlern aus diesen Staaten gelten deshalb die gleichen Regeln wie für Wissenschaftler aus Staaten der EU.

Auch **Schweizer Staatsangehörige** genießen aufgrund des Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz vom 21.06.1999 Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>14</sup>, so dass für sie ebenfalls die gleichen Regeln gelten.

Das Assoziationsabkommen zwischen der **Türkei** und der EWG vom 12.09.1963 billigt zusammen mit den konkretisierenden Beschlüssen, die unmittelbar wirken, ein Recht auf weitere Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis zu, wenn die Beschäftigung ein Jahr ordnungsgemäß durchgeführt wurde.<sup>15</sup> In Art. 12 des Assoziierungsabkommens hat die EU mit der Türkei vereinbart, schrittweise die Freizügigkeit der Arbeitnehmer herzustellen. Vom EUGH wird dies so interpretiert, dass die ihm Rahmen von Art. 45 AEUV geltende Grundsätze so weit wie

<sup>10</sup> BeckOGK/Spindler, 1.2.2023, BGB § 823 Rn 256.

<sup>11</sup> Zum Anspruch auf Vertragsschluss als Konsequenz von § 249 Abs. 1 BGB siehe allgemein BGH 6. 6. 1974, II ZR 157/72, DB 1974, 1719; BAG 16. 3. 1989, 2 AZR 325/88, DB 1989, 1728.

<sup>12</sup> Roloff/Lampe, JuS 2007, 354, 355; Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht/Benecke, 5. Auflage 2021, § 32 Rn. 161; für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 6 AGG auf das Maßregelungsverbot des § 612a BGB BAG 21.09.2011, 7 AZR 150/10, juris; dem BAG folgend Horcher, RdA 2014, 93, 99.

<sup>13</sup> Henssler/Willemsen/Kalb/Tillmanns, Arbeitsrecht Kommentar, Art.45 AEUV, Rn 8.

<sup>14</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit.

<sup>15</sup> Henssler/Willemsen/Kalb/Tillmanns, Arbeitsrecht Kommentar, Art.45 AEUV, Rn 8; Erfurter Kommentar/Schlachter, Arbeitsrecht, Art. 45 AEUV Rn 8; AR/Krebbler, 10. Auflage 2021 Art. 45 AEUV Rn 10.

möglich auf Arbeitnehmer aus der Türkei zu übertragen sind.<sup>16</sup>

**Andere Assoziierungs- und Kooperationsabkommen** enthalten zwar hinsichtlich der Arbeitsbedingungen Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit, beziehen diese aber nicht auf die Zulassung zur Beschäftigung. Dies gilt etwa für die Abkommen mit den Maghreb-Staaten und die Assoziationsabkommen mit Albanien und der Ukraine.<sup>17</sup>

Für Arbeitnehmer aus dem **Vereinigten Königreich** gilt das Austrittsabkommen Großbritanniens mit der EU, welches die Arbeitnehmerfreizügigkeit zwischen der EU und Großbritannien infolge des Brexit beendet hat.<sup>18</sup> Britische Staatsangehörige, die vor dem 31.12.2020 in der EU ansässig waren, genießen jedoch hinsichtlich der Freizügigkeit Bestandsschutz.<sup>19</sup>

### III. Wissenschaftler aus Drittstaaten

#### 1. Besondere Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung

##### a. Grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung

Nach § 18d Absatz 1 Aufenthaltsgesetz wird einem Ausländer ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung erteilt, wenn er eine wirksame Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag mit einer Forschungseinrichtung abgeschlossen hat, die Forschung betreibt. Die Vorschrift erfasst alle in der Forschung tätigen Wissenschaftler, auch Assistenten, wissenschaftliche Mitarbeiter, Postdoktoranden und Gastwissenschaftler.<sup>20</sup>

Nach § 18 d Abs. 5 Satz 1 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Aufnahme der Forschungstätigkeit bei der in der Aufnahmevereinbarung bezeichneten Forschungseinrichtung und zur Aufnahme von Tätigkeiten in der Lehre. Die Berechtigung umfasst die Aufnahme der entsprechenden Erwerbstätigkeit und damit auch den Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags.<sup>21</sup>

§ 18 d AufenthG setzt für Wissenschaftler die Bestimmungen der Richtlinie 2016/801/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit um. Diese enthält in ihren Artikeln 9 und 10 nähere Richtlinien für die Zulassung von Forschungseinrichtungen und die Ausgestaltung der Aufnahmevereinbarungen.

##### b. Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Sicherheitsbedenken

Das Aufenthaltsgesetz sieht keine Möglichkeit vor, Wissenschaftlern, die Angehörige eines bestimmten Staates sind oder aus einem bestimmten Staat kommen, die Aufenthaltserlaubnis zu verweigern. § 19 f des Gesetzes erlaubt nur die Ablehnung aus den im Einzelnen aufgezählten Gründen. In Betracht kommt lediglich die Bestimmung des § 19 f Abs. 4 Nr. 6, nach der auch der von Forschern gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt werden kann, wenn Beweise oder konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Ausländer den Aufenthalt zu anderen Zwecken nutzen wird als zu jenen, für die er die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis beantragt.

Dass ein Ausländer die ihm mit der Aufenthaltserlaubnis ermöglichte Forschungstätigkeit zum Missbrauch sicherheitsrelevanter Forschungsergebnisse nutzt, ist aufenthaltsrechtlich gewiss zweckwidrig. Die Ablehnung auch wegen dieser Gefahr setzt nach der Vorschrift aber **Beweise oder konkrete Anhaltspunkte** dafür voraus, dass in der Person des betreffenden Forschers eine solche Gefahr besteht.

Aus den Bestimmungen der Richtlinie 2016/801/EU ergibt sich nichts Anderes. Nach deren Art. 7 Abs. 6 ist Drittstaatsangehörigen, die als Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit angesehen werden, die Zulassung zu verweigern. Aber auch das gilt

<sup>16</sup> EuGH, 19.7.2012, C-451/11, juris, Rn 48.

<sup>17</sup> Siehe zu Art. 40 Kooperationsabkommen EWG-Marokko EUGH v.2.03.1999, Rs. C- 416/96, NZA 1999, 533, 537; für die Ukraine siehe Art. 17 des Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Ukraine andererseits; für Albanien siehe Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit Albanien.

<sup>18</sup> Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023,

AEUV Art. 45 Rn. 14.

<sup>19</sup> Näher Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan/Gerckens, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 45 Rn. 15 f.

<sup>20</sup> Schultheiß, Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Wissenschaftlern, OdW 2018, 3, 4; demnächst auch Castendyk OdW 2023, Heft 4.

<sup>21</sup> Schultheiß, aaO OdW 2018, 3, 6.

wie bei allen Ablehnungsgründen nach Art. 20 Abs. 1 lit. f nur, wenn der Mitgliedstaat Beweise oder ernsthafte und sachliche Anhaltspunkte dafür hat, dass der Drittstaatsangehörige seinen Aufenthalt zu anderen Zwecken nutzen würde als jene, für die er die Zulassung beantragt. Auch muss nach Art. 20 Abs. 4 diese wie jede andere Entscheidung, einen Antrag abzulehnen, die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten.

Auch drittstaatsangehörige Wissenschaftler können deshalb nicht allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat von einer Beschäftigung an einer deutschen Hochschule oder Forschungseinrichtung ausgeschlossen werden. Möglich ist der Ausschluss im Wege der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis nur, wenn konkrete Umstände in ihrer Person ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen.

### c. Rechtsschutz

Die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stellt einen Verwaltungsakt dar, gegen den sich der Betroffene mit den einschlägigen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Mitteln zur Wehr setzen kann. Das Aufenthaltsgesetz enthält hierfür in seinen §§ 77 bis 85 eine Reihe von Sondervorschriften.

## 2. Ablehnung durch Hochschule oder Forschungseinrichtung

### a. Staatliche Hochschulen und öffentlich-rechtliche Einrichtungen

Um eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung in Deutschland zu erhalten, muss der Wissenschaftler nach § 18d Abs. 1 Nr. 1 AufenthG über eine Aufnahmevereinbarung oder einen entsprechenden Vertrag mit einer deutschen Hochschule oder Forschungseinrichtung verfügen.<sup>22</sup> Das führt zu der Frage, ob Hochschulen und Forschungseinrichtungen, den Empfehlun-

gen des Gemeinsamen Ausschusses folgend, selbst die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen allein wegen deren Staatsangehörigkeit oder wegen deren bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat ablehnen können. Die Frage ist zu verneinen.

Lehnten staatlichen Hochschulen, Universitätsklinik oder öffentlich-rechtlich organisierte Forschungseinrichtungen die Beschäftigung drittstaatsangehöriger Wissenschaftler allein aus diesen Gründen ab, verletzte das deren Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 und Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG:

Zwar können sich die drittstaatsangehörigen Wissenschaftler nicht auf die Deutschen vorbehaltenen Grundrechte des gleichen Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG und der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG berufen. Ihnen kommt aber für ihre rechtliche Befugnis, in Deutschland tätig zu werden, der dem Rechtsstaatsprinzip immanente Vorbehalt des Gesetzes zu Gute, dessen Beachtung auch der Ausländer über Art. 2 Abs. 1 GG verlangen kann. Der Vorbehalt des Gesetzes verbietet es, eine so gravierende Beeinträchtigung der Entfaltung der Persönlichkeit wie sie die Verweigerung der Beschäftigung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder wegen der bisherigen Tätigkeit im Ausland darstellt, ohne gesetzliche Grundlage vorzunehmen.<sup>23</sup> Dies gilt für eine Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ebenso. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt, weil wie dargestellt, das AufenthG eine Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis und damit einer Beschäftigung allein aus diesen Gründen gerade nicht vorsieht.

Auch gehört die Staatsangehörigkeit zwar nicht zu den unzulässigen Differenzierungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG und des AGG.<sup>24</sup> Doch dürfen nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Ausländer wegen der Staatsangehörigkeit nicht willkürlich, das heißt ohne Vorliegen eines legitimen sachlichen Grundes, benachteiligt werden.<sup>25</sup> Ein solcher legitimer Grund fehlt angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Aufenthaltsgesetz selbst zum Ausdruck bringt, dass nur

<sup>22</sup> Schultheiß aaO OdW 2018, 3, 5.

<sup>23</sup> BVerfG 10. 5. 1988, 1 BvR 1166/85, BVerfGE 78, 179, 197.

<sup>24</sup> Allgemein zur Problematik der abschließenden Statuierung von Diskriminierungsmerkmalen jetzt Hülya Erbil, Möglichkeiten und

Grenzen eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts in: Picker/Gräf, Funktionalität und Effektivierung des Antidiskriminierungsrechts, 2023, S. 42 f.

<sup>25</sup> BVerfG 7. 2. 2012, 1 BvL 17/07, Rn 46.

in der betreffenden Person liegende Gründe eine Ablehnung rechtfertigen.

#### b. Privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Als Arbeitgeber genießen privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach § 105 Satz 1 GewO hinsichtlich des Abschlusses von Arbeitsverträgen grundsätzlich Vertragsfreiheit. Das gilt auch für die Einstellung von Wissenschaftlern. Mit welchen Personen sie Arbeitsverträge als Wissenschaftler abschließen, unterliegt grundsätzlich ihrer freien Entscheidung. Diese Freiheit ist zwar durch die Diskriminierungsverbote des AGG gesetzlich eingeschränkt. Zu den Diskriminierungsverboten zählt die unterschiedliche Behandlung wegen einer bestimmten Staatsangehörigkeit oder wegen der vorherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat nicht.

In Rechtsprechung und Literatur ist aber anerkannt, dass die Weigerung, mit bestimmten Personen Verträge abzuschließen eine sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB darstellen kann mit der Folge, dass auch ohne Bestehen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung die Abschlussfreiheit eingeschränkt ist. Voraussetzung dafür ist auf der einen Seite eine besondere Machtposition der den Vertragsschluss verweigernden potenziellen Vertragspartei und auf der anderen Seite ein besonderes Schutzinteresse der den Vertragsschluss begehrenden potenziellen Vertragspartei.<sup>26</sup>

Vom Vorliegen einer besonderen Machtposition wird dabei insbesondere dort ausgegangen, wo Private Leistungen vergeben, welchen ihnen von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden.<sup>27</sup> Ein besonderes Schutzinteresse des abgelehnten Vertragspartners besteht vor allem dort, wo die Abschlussverweigerung ein grundrechtliches Schutzgut betrifft.<sup>28</sup>

Beides kommt hier in Betracht. Die großen privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtungen Max-Planck-Gesellschaft, Fraunhofer Gesellschaft, Helmholtz Gesellschaften und Institute der Leibniz Gemeinschaft erhalten in erheblichem Umfang staatliche Mittel zur Förderung von Wissenschaft und Forschung. Diese dienen auch dem Zweck, Wissenschaftler zu beschäftigen

und sollen so zugleich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG deren persönliche wissenschaftliche Entwicklung fördern. Ihnen den Zugang zu dieser Förderung lediglich wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem anderen Staat zu verweigern, wäre willkürlich. Legitim ist eine solche Verweigerung nur, wenn konkrete in ihrer Person liegende Gründe die Ablehnung rechtfertigen.

Auch hier setzt deshalb die Ablehnung aus Sicherheitsgründen den Nachweis voraus, dass gerade ihre Beschäftigung aus in ihrer Person liegenden Gründen ein sicherheitsrelevantes Risiko darstellt.

#### c. Rechtsschutz

Staatliche Hochschulen und öffentlich-rechtliche Einrichtungen sind unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Werden Bewerber um eine Stelle an einer staatlichen Hochschule, einem öffentlich-rechtlich organisierten Universitätsklinikum oder einer öffentlich-rechtlichen Forschungseinrichtung allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer vorherigen Beschäftigung in einem bestimmten Staat abgelehnt, können sie, gestützt auf die Leistungsfunktion ihrer Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG nach Maßgabe der sonst für die betreffende Stelle zu erfüllenden Voraussetzungen und zu beachtenden Verfahrensschritte Einstellung verlangen und arbeitsgerichtlich durchsetzen.<sup>29</sup>

Bewerbern, welche von einer privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtung oder Hochschule zu Unrecht allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer vorherigen Beschäftigung in einem bestimmten Staat nicht eingestellt worden sind, haben, wie unter b dargelegt, Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 BGB. Auch dieser führt nach § 249 Abs. 1 BGB zum Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrags. Auch diesem Anspruch steht § 15 Abs. 6 AGG nicht im Wege (siehe oben unter II 3).

## IV. Ergebnis

Wissenschaftlern aus Sicherheitsgründen die Beschäftigung an staatlichen oder privaten Hochschulen,

<sup>26</sup> BVerfG 05.08.1994, 1 BVR 1402/89 Rn 21 f, juris; mit umfassenden Nachweisen Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn 579 ff; HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 826 Rn 18.

<sup>27</sup> BGH vom 02.12.1974, BGHZ 63,282, 287; Grunewald, Vereinsauf-

nahme und Kontrahierungszwang, AcP 182, 81, 192 ff.

<sup>28</sup> Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 BGB Rn 587.

<sup>29</sup> Zur Leistungsfunktion der Grundrechte siehe Jarass/Pieroth/Jarass, GG 17. Aufl. 2022, Vorbem. vor Art. 1 Rn 4 ff.

an staatlichen oder privatrechtlich organisierten Forschungseinrichtungen oder an Universitätsklinika allein wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer bisherigen Tätigkeit in einem bestimmten Staat zu verweigern, ist rechtlich nicht haltbar.

Bei Wissenschaftlern aus Staaten der EU steht dem die durch Art. 45 AEUV gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegen. Wissenschaftler aus Drittstaaten haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Forschung und können sich gegenüber Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen.

Zulässig ist die Ablehnung eines Wissenschaftlers nur dann, wenn konkrete, in seiner Person liegende Umstände ein sicherheitsrelevantes Risiko von Gewicht begründen, etwa seine Veröffentlichungen, die bisher ausgeübte Tätigkeit oder auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Organisation nahelegen, er neige zu einem unbegrenzten Gebrauch auch missbrauchsanfälliger Forschungsergebnisse.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Marie Anselment ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin.



Hannah Schmid-Petri, Steliyana Doseva, Jan Schillmüller, Dirk Heckmann

*Interdisziplinäre Forschung als möglicher Impulsgeber für eine evidenzbasierte Regulierung – Programmatische Überlegungen am Beispiel des Urheberrechts im digitalen Zeitalter*

## I. Einleitung

Die Digitalisierung und die damit verbundenen neuen Kommunikations-, Produktions- und Vervielfältigungsmöglichkeiten stellen auch die Wissenschaft vor Herausforderungen. Aufgrund der leicht zugänglichen Fülle an Informationen und der vielfältigen Verarbeitungsmöglichkeiten, haben sich die Rollen von Konsument:innen und Nutzer:innen mit denen der Produzent:innen von Inhalten vermischt: In Online-Umgebungen kann jede/r vergleichsweise einfach Inhalte generieren, neu zusammenstellen und publizieren.<sup>1</sup>

Dies führt dazu, dass sich durch die digitalen Kommunikationsmöglichkeiten traditionelle Prozesse der Wissensgenese, -prüfung und -verbreitung grundlegend verändern.<sup>2</sup> Gerade in der Produktion von neuem Wissen haben urheberrechtliche Fragen eine große Relevanz, die durch neue Praktiken in digitale Umgebungen vor Herausforderungen gestellt werden. Vor allem durch plattformkuratierte Inhalte ergeben sich Fragen dahingehend, wer „Wissen, Wahrheit und Rationalität im öffentlichen Diskurs für sich beanspruchen kann“<sup>3</sup> – was durch die nicht immer eindeutig identifizierbaren Urheber:innen von Kommunikationsprodukten und das Verwischen vormals relativ klar getrennter Rollen in Online-Umgebungen zusätzlich erschwert wird.

Vor diesem Hintergrund sind zahlreiche Herausforderungen für das Urheberrecht entstanden. Insbesondere haben die Rechtsinhaber, zu denen auch Hochschulen

und einzelne Wissenschaftler:innen zählen, in einer Welt, in der Inhalte von jedem ohne große Kosten erstellt, verbreitet und rezipiert werden können, ihre Verfügungsgewalt über die Werke verloren.<sup>4</sup> Hierzu haben nicht nur Filesharing-Dienste beigetragen, deren Geschäftsmodelle die deutsche und europäische Rechtsprechung in den vergangenen Jahren intensiv beschäftigt haben,<sup>5</sup> sondern insbesondere in den letzten Jahren auch die „Plattformisierung“ des Internets. Große Medienintermediäre wie zum Beispiel „Youtube“ spielen nicht nur eine zentrale Rolle bei der Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Inhalten, sie werden gleichsam auch zum Normensetzer für das Urheberrecht. Im Rahmen von privaten Richtlinien und geschützt von Haftungsprivilegien wie sie im US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act, der europäischen E-Commerce-Richtlinie und nun auch im Digital Services Act vorgesehen sind,<sup>6</sup> bestimmen sie den Umfang und die Anwendung des Urheberrechts in einem großen Teil des digitalen Ökosystems.<sup>7</sup> Diese Entwicklungen und auch die Diskussion über die Verantwortlichkeit der Medienintermediäre für die auf ihren Plattformen begangenen Urheberrechtsverletzungen hat dazu geführt, dass das Urheberrecht schon seit den 1990er Jahren die Speerspitze der digitalen Rechtsdurchsetzung bildet.<sup>8</sup> So nimmt die algorithmische Filterung von Inhalten und die automatisierte Suche nach Urheberrechtsverletzungen zu. Probleme bei der algorithmischen Rechtsdurchsetzung – vor allem die mangelnde Fähigkeit der Algorithmen

<sup>1</sup> Bruns, Blogs, Wikipedia, Second Life, and beyond: From production to produsage, Peter Lang, 2008.

<sup>2</sup> Neuberger/Weingart/Fähnrich/Fecher/Schäfer/Schmid-Petri/Wagner, Der digitale Wandel der Wissenschaftskommunikation. Wissenschaftspolitik im Dialog, eine Schriftenreihe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, 2021, Abrufbar unter: [https://www.bbaw.de/files-bbaw/user\\_upload/publikationen/Broschuere-WiD\\_16\\_PDFA-1b.pdf](https://www.bbaw.de/files-bbaw/user_upload/publikationen/Broschuere-WiD_16_PDFA-1b.pdf) (letzter Zugriff: 01.05.2023).

<sup>3</sup> Neuberger/Bartsch/Reinemann/Fröhlich/Hanitzsch/Schindler, Der digitale Wandel der Wissensordnung. Theorierahmen für die Analyse von Wahrheit, Wissen und Rationalität in der öffentlichen Kommunikation, M&K Medien & Kommunikationswissenschaft, 2019, S. 167.

<sup>4</sup> Gray, Google Rules. The history and future of copyright under the

influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 5-6.

<sup>5</sup> Vgl. u. a.: EuGH v. 26.04.2017, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300; BGH v. 11.06.2015, I ZR 19/14, Tauschbörse I; BGH v. 12.07.2012, I ZR 18/11, Alone in the Dark.

<sup>6</sup> Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, dass sie die Haftung des Intermediärs als bloßer Vermittler auf die Haftung nach Kenntnis beschränken und sie somit nicht zu aktiven Überprüfungspflichten, sondern „nur“ zu einem Notice-and-Take-Down-Verfahren verpflichten.

<sup>7</sup> Gray, Google Rules. The history and future of copyright under the influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 130.

<sup>8</sup> Perel/Elkin-Koren, Accountability in Algorithmic Enforcement: Lessons from Copyright Enforcement by Online Intermediaries, Stanford Technology Law Review 2016, S. 476-477.



kontextsensitive Entscheidungen zu treffen<sup>9</sup> - haben dabei ebenso zu einer Diskussion über die Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber geführt wie die sog. „Value Gap“-Diskussion.<sup>10</sup> Im Rahmen dieser wird kritisiert, dass ein Missverhältnis zwischen den Einnahmen besteht, die die Medienintermediäre durch die, teilweise unberechtigt, auf ihren Plattformen veröffentlichten Werken erzielen, und den Einnahmen der Rechtsinhaber.<sup>11</sup>

Diesen neuen Herausforderungen kann sich die Rechtswissenschaft nur in interdisziplinären Partnerschaften angemessen stellen. Um nicht losgelöst von gesellschaftlichen Debatten und den Bedürfnissen der betroffenen Gruppen zu agieren und um grundlegende politische Werte und Rechtsgüter auch bei der Regulierung von digitalen Medien- und Kommunikationsplattformen zu sichern, ist es unabdingbar, zunächst die gesellschaftlichen Erfordernisse zu eruieren, um davon ausgehend forschungs- und evidenzbasierte Regulierungsoptionen aufzuzeigen. Idealerweise können dann interdisziplinäre Kooperationen, beispielsweise zwischen den Rechts- und Sozialwissenschaften dazu beitragen, die gesellschaftliche Teilhabe von Bürger:innen, die Handlungsfähigkeit von Politik und nicht zuletzt faire Bedingungen in öffentlichen Diskursen und in der Digitalwirtschaft zu sichern.

Wie eine fruchtbare interdisziplinäre Zusammenarbeit gelingen kann, möchten wir im Folgenden am Beispiel eines durch das Bayerische Forschungsinstitut für Digitale Transformation (bidt) geförderten Projekts zeigen, an dem Kommunikations- und Rechtswissenschaft gemeinsam ausgewählte Herausforderungen der Medien- und Plattformregulierung bearbeiten.

## II. Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft

Interdisziplinarität ist ein Schlagwort, das an Hochschulen im Rahmen von Forschungsprojekten, Drittmittelanträgen oder der Konzeption von (neuen) Studiengängen viel diskutiert wird. Auch wenn die Debatte an sich eine längere Tradition hat, ist diese häufig der Beobachtung

geschuldet, dass sich aktuelle gesellschaftliche Problemlagen nicht (mehr) alleine monodisziplinär lösen lassen, sondern vielmehr gemeinsame Bemühungen um Erkenntnisgewinn und hinsichtlich der Implementierung von Lösungen nötig sind.

In der Hochschulpraxis ist unter dem Begriff meist gemeint, dass mindestens eine weitere, „andere“ Disziplin zu einem Studiengang oder im Rahmen eines Forschungsprojekts hinzugezogen wird. An dieser Stelle endet dann häufig die Zusammenarbeit und gestaltet sich eher als freundliches „Nebeneinanderherarbeiten“, bei dem sich die erzielten Erkenntnisse im Idealfall zumindest ergänzen. Die National Academy of Sciences definiert Interdisziplinarität als eine Forschungsform, bei der Informationen, Daten, Methoden, Perspektiven, Konzepte und/oder Theorien aus verschiedenen Disziplinen integriert werden, um gesellschaftliche Probleme zu lösen, deren Reichweite über eine einzelne Disziplin hinaus geht.<sup>12</sup> Diese Integration benötigt eine große Offenheit von den beteiligten Akteuren und setzt zudem eine hohe Kommunikationsbereitschaft voraus, da im Rahmen einer jeden interdisziplinären Kooperation sehr viel Erklärungs-, Übersetzungs- und Verständigungsarbeit nötig ist.

Hilgendorf konstatiert, dass in der Rechtswissenschaft üblicherweise interdisziplinäre Kooperationen nur wenig verbreitet sind.<sup>13</sup> Als Ursache nennt er dafür beispielsweise, dass die Begriffe und Methoden der Rechtswissenschaften häufig sehr speziell sind. Dadurch wird im Rahmen einer Zusammenarbeit der Erklärungsaufwand sehr hoch und der Zugang zu rechtswissenschaftlich akkumuliertem Wissen für andere Disziplinen schwierig. Darüber hinaus neigt die Rechtswissenschaft seiner Ansicht nach zu einer eigenen Begriffsbildung ohne darauf zurückzugreifen, was bereits in anderen Disziplinen zu diesen vorhanden ist. Diese, zumindest partielle, Abgeschlossenheit erschwert interdisziplinäre Kooperationen.

Viele Bereiche der Rechtswissenschaft arbeiten sehr anwendungsorientiert. Gerade diese Anwendungsorientierung macht es nötig, auf Wissen aus verschiedenen

<sup>9</sup> *Perel/Elkin-Koren*, Accountability in Algorithmic Enforcement: Lessons from Copyright Enforcement by Online Intermediaries, *Stanford Technology Law Review* 2016, S. 473

<sup>10</sup> *Spindler*, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act, GRUR 2021, S. 545; *Gray*, Google Rules. The history and future of copyright under the influence of Google, Oxford University Press, 2020, S. 160; *Fenwick/McCahery/Vermeulen*, The End of ‘Corporate’ Governance: Hello ‘Platform’ Governance, European Business Organization

*Law Review*, 2019, S. 196.

<sup>11</sup> *Wimmers/Barudi*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, S. 327.

<sup>12</sup> *National Academy of Sciences, National Academy of Engineering, and Institute of Medicine*, Facilitating Interdisciplinary Research, The National Academies Press, 2005, S. 2

<sup>13</sup> *Hilgendorf*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, *Juristen Zeitung (JZ)*, 2010, S. 913-922.

gesellschaftlichen Bereichen zurückgreifen zu können, um fundierte und begründete Entscheidungen treffen zu können. Dreyer unterscheidet hier zwischen Handlungsvoraussetzungswissen und Handlungswirkungswissen, das das Rechtssystem idealerweise benötigt, um zum einen relevante Regulierungsbereiche zu identifizieren und zum anderen bestehende Normen und/oder getroffene Entscheidungen zu evaluieren.<sup>14</sup> Unter Handlungsvoraussetzungswissen fallen beispielsweise Erkenntnisse oder empirische Daten darüber, welche gesellschaftlichen Probleme oder auch Fehlentwicklungen vorliegen und als wie relevant und persistent diese einzustufen sind. Zum Bereich des Handlungswirkungswissens gehört beispielsweise eine Abschätzung der Wirkungsweise und Effektivität von bestimmten Regulierungsoptionen oder auch eine retrospektive Bewertung dahingehend, ob eine bestimmte Regulierung die gewünschten Effekte erzielt hat (oder nicht).

Für die evidenzbasierte Fundierung bestimmter Rechtsvorschriften kann die Rechtswissenschaft folglich in hohem Maße von den Erkenntnissen aus anderen Disziplinen profitieren. Im Bereich der Medien- und Plattformregulierung ist hier die Kommunikationswissenschaft eine (unter vielen weiteren) sozialwissenschaftliche Disziplin, die relevantes Wissen in Regulierungsprozesse einspeisen kann. Dies möchten wir im Folgenden am Beispiel einer Studie, die im Rahmen der Novellierung des Urheberrechts durchgeführt wurde, verdeutlichen. Ziel dieses Beitrages ist es folglich, exemplarisch darzustellen, wie die interdisziplinäre Forschung besonders wertvolle Erkenntnisse hervorbringen kann, die im politischen Prozess den angemessenen Interessenausgleich bei regulatorischen Vorhaben entscheidend verbessern. Diese können auch dazu beitragen, Regulierungsvorschläge evidenzbasiert zu evaluieren und auf Grundlage der Empirie neue Regulierungsvorschläge zu unterbreiten.

### III. Interdisziplinäre Forschung am Beispiel eines gemeinsamen Projekts zwischen Kommunikations- und Rechtswissenschaft

#### 1. Die EU-Urheberrechtsreform und ihre Umsetzung in Deutschland

Als Reaktion auf die Diskussion über die Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber und der Frage nach einem angemessenen urheberrechtlichen Interessenausgleich sah sich die Europäische Union veranlasst, die Regelungen zum Schutz des Urheberrechts im Binnenmarkt nachzuschärfen. Hierzu wurde die Digital Single Market (DSM)-Richtlinie<sup>15</sup> verabschiedet, die das Urheberrecht an die neuen technischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten des Internets anpassen, den Schutz der Urheber:innen verbessern und den Urheberrechtsschutz im Binnenmarkt harmonisieren soll.<sup>16</sup>

Die bisherigen Regelungen, insbesondere die Haftungsfreistellung der Medienintermediäre für die Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer:innen, solange sie den betreffenden Beitrag nach einem Hinweis der Rechtsinhaber unverzüglich entfernen (Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie von 2000), stammen noch aus der „Anfangszeit“ des Internets und sollte ein innovations- und entwicklungsoffenes regulatorisches Rahmenwerk für das Internet schaffen. Die DSM-RL rückt hiervon ab und regelt eine eigene täterschaftliche Haftung der Plattformbetreiber für die Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer:innen (Art. 17 Abs. 1 DSM-RL). Gleichzeitig schafft die Regel allerdings auch eine neue Exkulpationsmöglichkeit für die Plattformbetreiber: Art. 17 Abs. 4 DSM-RL regelt, dass sie dieser Haftung nicht nur durch den Abschluss von Lizenzen entgehen können, sondern auch indem sie „nach Maßgabe branchenüblicher Standards“ sicherstellen, dass „bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechtsinhaber den

<sup>14</sup> Dreyer, Wissen zum Recht machen, Impulsvortrag im Rahmen des Workshops „Die Kommunikationswissenschaft als Impulsgeber für eine evidenzbasierte Medien- und Plattformregulierung im Online-Zeitalter“ von Schmid-Petri/ Doseva/ Stark/ Schneiders/ Dreyer, Jahrestagung der DGPK, 2022.

<sup>15</sup> RL (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und

RL 2001/29/EG (ABl. 2019 L 130, 92).

<sup>16</sup> Wandtke/Hauck, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“, ZUM 2020; Ludyga, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“, jM 2019, 442; Gielen/Tissen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019.

Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“. Diese Exkulpation setzt nach einhelliger Meinung allerdings voraus, dass die Medienintermediäre sog. Uploadfilter einsetzen müssen, um diesen „branchenüblichen Standard“ zu erfüllen.<sup>17</sup> Bei Uploadfiltern handelt es sich um „Technologien, die Text-, Video-, Audio- oder andere Dateien beim oder nach dem Upload, in jedem Fall aber noch vor der Veröffentlichung, prüfen und im Falle einer Rechtsverletzung, die Veröffentlichung verhindern, oder diese an bestimmte Maßnahmen, zum Beispiel das Stummschalten einer Audiospur, knüpfen.“<sup>18</sup> Art. 17 Abs. 4 DSM-RL regelt jedoch nicht – wie in der öffentlichen Diskussion oft kolportiert – eine Pflicht zum Einsatz von Uploadfiltern, sondern vielmehr nur eine Uploadfilterobliegenheit.<sup>19</sup> Ihr Einsatz dient lediglich dem Eigeninteresse der Plattformen, nämlich zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, die sich sonst aus der täterschaftlichen Haftung ergeben würden.

Genau die Einführung dieser „Uploadfilterpflicht“ hat zu europaweiten Demonstrationen gegen die Richtlinie geführt und zu Petitionen mit mehr als fünf Millionen Unterschriften. Die Kritiker:innen befürchten, die „Zerstörung des Internets“<sup>20</sup>, warnten vor einer schleichenden Einführung staatlicher Zensurmaßnahmen, und einer Gefährdung der Meinungsfreiheit durch ein sogenanntes „Overblocking“.<sup>21</sup> Dem Gesetzgeber wurde vorgeworfen, das Urheberrecht als Zensurrecht in Stellung zu bringen.<sup>22</sup> Außerdem wurde kritisiert, dass die

DSM-Richtlinie – trotz der Proteste und der kontroversen öffentlichen Diskussion – „hinter verschlossenen Türen“ beschlossen wurde und dass die Forderungen der (oft schwach organisierten) Inhalteproduzent:innen im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigt wurden.<sup>23</sup>

Als Reaktion auf den anhaltenden öffentlichen Diskurs versprach die damalige Bundesregierung, die DSM-RL ohne eine entsprechende Uploadfilterobliegenheit umzusetzen.<sup>24</sup> Das der Umsetzung dienende Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) kommt jedoch nicht ohne eine entsprechende Vorschrift aus. Dennoch wurden im UrhDaG einige über die DSM-RL hinausgehende Mechanismen eingeführt, um die Auswirkungen des Uploadfiltereinsatzes zu begrenzen. Die Rechte der Nutzer:innen sollen durch die Einführung von prozeduralen Mechanismen abgesichert werden (§§ 10, 11 UrhDaG). Außerdem wird ihnen ein neues Beschwerdeverfahren zur Verfügung gestellt (§§ 13-17 UrhDaG).<sup>25</sup>

Die Einführung dieser Mechanismen war jedoch einer ausgiebigen Diskussion der beteiligten Stakeholder ausgesetzt. Diese fand nicht nur im Rahmen des Konsultationsverfahrens zum Referentenentwurf statt, sondern auch darüber hinaus. Insbesondere vor dem Hintergrund der wortlautgetreuen Umsetzung der DSM-RL in Ländern wie Frankreich und Italien, wurde der deutsche Sonderweg sowohl von den Medienintermediären, als auch von den Rechtsinhabern kritisiert, unter anderem weil er gerade dem Ziel der Harmonisierung des Binnenmarktes zuwiderlaufen würde.<sup>26</sup> Auffällig war gleich-

<sup>17</sup> *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 644; *Hastedt*, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures“, *MMR*, 2021, S. 696; *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets?, *JZ* 2019, S. 590; *Ludyga*, Die EU-Urheberrechtsreform: „Digitales Update“, *JM*, 2019, S. 444; *Pravermann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *GRUR*, 2019, S. 783; *Romero-Moreno*, ‘Notice and staydown’ and social media: amending Article 13 of the Proposed Directive on Copyright, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, S. 154.

<sup>18</sup> *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/Heckmann*, Content ID vs. „Uploadfilterpflicht“ – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen, in *Schrör/Keiner/Müller/Schumacher* (Hrsg.), *Entscheidungssträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022, S. 21.

<sup>19</sup> *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets? *JZ* 2019, S. 588; *Wandtke/Hauck*, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“, *ZUM* 2020, S. 675; *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 64.

<sup>20</sup> *Gerster*, Die Legende von der Zerstörung des Internets, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 3.4.2019, [https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-](https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-zensur-16116729.html)

[zensur-16116729.html](https://www.faz.net/aktuell/politik/der-streit-um-das-urheberrecht-und-der-kampfbegriff-zensur-16116729.html) (letzter Zugriff am 01.05.2023).

<sup>21</sup> *Gielen/Tissen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW*, 2019, S. 645.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu u.a. auch *Kraetzig*, *Das Urheberrecht als Zensurrecht*, Mohr Siebeck, 2022.

<sup>23</sup> *Sagatz*, *Aufstand der Generation Youtube*. Der Tagesspiegel v. 9.3.2019, <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/medien/protest-gegen-uploadfilter-aufstand-der-generation-youtube/24082412.html> (letzter Zugriff am 01.05.2023).

<sup>24</sup> *Bundesministerium der Justiz*, Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie v. 15.04.2019, [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519\\_Protokollerklaerung\\_Richtlinie\\_Urheberrecht.pdf?sessionId=7D872BBAF20DB4A769A7BE1A7FFDCE21.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?sessionId=7D872BBAF20DB4A769A7BE1A7FFDCE21.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1)

<sup>25</sup> Zur Kritik siehe *Schillmöller/Doseva*, „Chilling effects“ durch YouTube Content ID?, *MMR*, 2022, S. 181

<sup>26</sup> *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes v. 6.11.2020, <https://www.game.de/wp-content/uploads/2020/11/2020-11-06-game-Entwurf-Stellungnahme-Referententwurf-DSM-RL.pdf>.

zeitig auch, dass zum Zeitpunkt des deutschen Gesetzgebungsverfahrens die öffentliche Diskussion um die Einführung von Uploadfiltern abgeebbt ist und es keine Demonstrationen gab, die vergleichbar mit jenem im Jahr 2019 waren.

Wie an diesem Beispiel dargestellt, vollzieht sich die Plattformregulierung oft im Dreiecksverhältnis zwischen Plattformbetreibern, Rechtsinhabern sowie Nutzer:innen, deren Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen. Hochschulen und ihre Mitglieder sind in diesem Spannungsverhältnis sowohl als Inhaber von Urheberrechten an Inhalten, die auf Plattformen hochgeladen oder auch von anderen weiterverarbeitet werden, als auch als Nutzer:innen online verfügbarer Medienprodukte angesprochen. Gleichzeitig können sie im Rahmen der von ihnen bereitgestellten Lerninfrastruktur aber auch in die Rolle des Plattformbetreibers schlüpfen, der die „Infrastruktur“ für die rechtmäßige und rechtswidrige Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke bereitstellt.

## 2. Gesetzgebung im Interessenkonflikt: Nutzer:innen als die leisen Stimmen in der Gesetzgebung?<sup>27</sup>

Um Regulierungen evidenzbasiert an gesellschaftliche Erfordernisse anpassen zu können, ist es von Relevanz, die Positionen, Interessenslagen und mögliche Konfliktlinien der unterschiedlichen beteiligten Stakeholdergruppen zu kennen. Zur systematischen Beantwortung dieser Frage für den vorliegenden Fall der Reform des Urheberrechts haben wir im Rahmen des Projekts zum einen eine qualitative Inhaltsanalyse aller abgegebenen Stellungnahmen (N=107) zum Referentenentwurf vorgenommen. Zum anderen wurden ergänzend 19 aktive Nutzer:innen von Videoplattformen (d.h. Personen, die selbst dort Videos hochladen) zu ihrer Einschätzung im Rahmen von qualitativen Leitfadenterviews befragt. Diese waren im offiziellen Konsultationsverfahren unterrepräsentiert, so dass ihre Perspektive, trotz ihrer großen Betroffenheit von urheberrechtlichen Regulierungen, dort nur unzureichend abgebildet war. Die befragten Nutzer:innen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich

ihres Organisationsgrades (stark organisiert wie Unternehmen, Organisationen und Institutionen, mäßig organisiert wie ein loser Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen, die gemeinsam einen Kanal betreiben und schwach organisiert, z. B. Einzelpersonen), als auch hinsichtlich ihrer Reichweite (hohe Reichweite mit über 5.000 Abonnenten, mittlere Reichweite mit 501 bis 5.000 Abonnenten und geringe Reichweite mit unter 500 Abonnenten).

In den Stellungnahmen zum Referentenentwurf lassen sich zwei gegensätzliche Standpunkte identifizieren, mit den Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften wie der GEMA auf der einen, und den großen Plattformbetreibern wie Twitter oder Facebook, als auch Vertreter:innen der Zivilgesellschaft und einzelnen Nutzer:innen auf der anderen Seite. Während die Rechtsinhaberseite bestrebt ist, Einschränkungen ihrer Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zu verhindern, um möglichst umfangreiche und ungebunden Lizenzen mit den Plattformen vereinbaren zu können und gleichzeitig für eine präventive Sperrung nicht lizenzierter Materials plädiert, möchten die Nutzer:innen, aber auch die Plattformbetreiber möglichst viele Inhalte kostenlos oder gegen eine pauschale Vergütung zugänglich machen. Für die Plattformanbieter ist es insbesondere zentral, keine eigenen urheberrechtlichen Entscheidungen treffen zu müssen, um ihr Haftungsrisiko zu minimieren. Die Uploadfilterobliegenheit wird vonseiten der Plattformen aufgrund ihrer technischen Umsetzbarkeit kritisch hinterfragt. Ähnlich kritisch sehen die Nutzer:innen den Einsatz automatisierter Systeme im urheberrechtlichen Kontext. Grund dafür sei die Gefahr vor Overblocking, also das Löschen und Sperren von Inhalten, die nicht gegen das Urheberrecht verstoßen und auch nicht aus anderen Gründen rechtswidrig sind. Die vom BMJV eingeführten Mechanismen werden von Nutzer:innen als nicht weitreichend genug angesehen, um Overblocking zu vermeiden.

Dies ist insofern von besonderem Interesse, da einige der in den Interviews befragten Nutzer:innen ihre Tätigkeit der Content-Erstellung für Kommunikationsplatt-

<sup>27</sup> Dieses Unterkapitel fasst Ergebnisse aus einem empirischen Projekt zusammen, die im Rahmen folgender Artikel bereits publiziert wurden: *Doseva/Schmid-Petri/Schillmöller/ Heckmann*, Uploaders' perceptions of the German implementation of the EU copyright reform and their preferences for copyright regulation, *Internet Policy Review*, 2022; *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/ Heckmann*, Content ID vs. „Uploadfilterpflicht“ – Wahrnehmung und Bewertung von privaten und gesetzlich vorgesehenen Filtermaßnahmen, in *Schrör/ Keiner/ Müller/ Schumacher* (Hrsg.),

Entscheidungsträger im Internet: Private Entscheidungsstrukturen und Plattformregulierung, *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2022, S. 19-44; *Schillmöller/Doseva*, „Chilling effects“ durch YouTube's Content ID?, *MMR*, 2022, S. 181-183; *Schillmöller/Doseva/Schmid-Petri/ Heckmann*, Urheberrecht im digitalen Zeitalter – Gesetzgebung im Interessenkonflikt, *bidt-blog*, 2021, <https://www.bidt.digital/urheberrecht-im-digitalen-zeitalter-gesetzgebung-im-interessenkonflikt/>.

formen nicht nur als Hobby betreiben, sondern als Beruf und diese damit eine wichtige finanzielle Einnahmequelle darstellt. Von den Änderungen im Bereich des Urheberrechts sind sie demzufolge direkt finanziell betroffen. Aufgrund ihrer bereits gesammelten Erfahrungen mit dem automatisierten System von YouTube zur Identifikation von Urheberrechtsverletzungen, Content ID, stehen sie der kommenden Uploadfilterobliegenheit eher skeptisch gegenüber. Die Fehleranfälligkeit solcher Erkennungssysteme führt oft dazu, dass die Uploader ihre Videos nicht monetarisieren können, obwohl sie keine Urheberrechtsverletzungen begangen haben. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn es sich bei den hochgeladenen Inhalten um sog. „appropriative content“<sup>28</sup> handelt – d.h. Inhalte, die auf urheberrechtlich geschützten Werken anderer beruhen, aber dennoch neue Werke darstellen und urheberrechtlich zulässig sind, zum Beispiel Remix-Videos, Parodien, Memes und Mashups. Da mögliche Fehler bei der automatischen Erkennung von Urheberrechtsverletzungen die Monetarisierung unterbinden, sehen sich die Uploader benachteiligt. Im Falle einer fehlerhaften Erkennung und darauffolgender Blockierung ihrer Inhalte, fordern die interviewten Uploader, dass zumindest eingereichte Beschwerden von Menschen und nicht von automatisierten Systemen überprüft und bearbeitet werden. Darüber hinaus fordern sie, dass große Plattformen wie YouTube mehr Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern abschließen, um den Einsatz von Uploadfiltern überflüssig zu machen oder zumindest ihren Anwendungsbereich einzuschränken.

Die Einführung von prozeduralen Mechanismen als Absicherung der Rechte von Nutzerinnen und Nutzern wird von den befragten Uploadern ebenfalls kritisiert. Die Uploader betrachten die vorgeschlagenen Mechanismen, wie zum Beispiel die geringfügige Nutzung (sog. Bagatellgrenze, § 10 UrhDaG) als willkürlich und nicht praxistauglich. Weitere Regulierungsmechanismen wie die Möglichkeit, einen Upload als gesetzlich erlaubte Nutzung zu kennzeichnen (sog. Pre-Flagging, § 11 UrhDaG), werden im Allgemeinen positiv und als ein erster Schritt, um Overblocking zu verhindern, bewertet. Verglichen mit den vorgeschlagenen Bagatellgrenzen wird das Pre-Flagging als praxistauglicher wahrgenommen, insbesondere bei Fällen in der Grauzone, in denen eine Einzelfallentscheidung erforderlich ist.

Des Weiteren wünschen sich die befragten Uploader die Möglichkeit, direkt mit den Rechteinhabern in Kontakt zu treten und verhandeln zu können. Zugleich sind einige Uploader der Meinung, dass die Plattformbetreiber mehr Verantwortung übernehmen und damit auch sicherstellen sollen, dass die Interessen der Uploader sowie die Interessen der Rechteinhaber stärker berücksichtigt werden.

#### **IV. Fazit und Ausblick: Evidenzbasierte Regulierung - Chance für einen besseren Interessenausgleich im Gesetzgebungsprozess**

Wie dargestellt, stellen die veränderten Kommunikationsbedingungen in Online-Umgebungen gerade das Urheberrecht vor große Herausforderungen. Dies betrifft auch Hochschulen, da diese sowohl als Urheber:innen, als auch als Nutzer:innen in Kommunikation auf Plattformen eingebunden sind. Darüber machen Herausforderungen dieser Art deutlich, dass es in den meisten Fällen die Perspektiven unterschiedlicher Disziplinen braucht, um einen sinnvollen gesellschaftlichen Umgang mit solchen Transformationsprozessen zu finden.

Das hier vorgestellte Beispiel hat illustriert, wie sich eine fruchtbare Zusammenarbeit – in diesem Fall zwischen Rechts- und Kommunikationswissenschaft – gestalten kann. Die Kommunikations- und auch andere Sozialwissenschaften können einen Beitrag dazu leisten, dass Bedürfnisse unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen Eingang in den Gesetzgebungsprozess finden und/oder geplante oder bestehende Regulierungen evaluiert werden. Vor allem nicht organisierte Gruppen mit wenig Ressourcen laufen Gefahr, im Gesetzgebungsprozess „unterzugehen“ oder nicht gesehen zu werden. Sie verfügen in der Regel über keine organisierte Interessensvertretung und sind in offizielle Verfahren (wie bspw. Konsultationsprozesse) häufig nicht eingebunden.

Darüber hinaus bietet die große Anwendungsorientierung der Rechtswissenschaft vielfältige Anknüpfungspunkte für interdisziplinäre Zusammenarbeit und gerade diese macht es zudem nötig, auf die Erkenntnisse anderer Disziplinen zurückzugreifen, um sicherzustellen, dass sich die Praxis nicht von den gesellschaftlichen Erfordernissen und Realitäten entfernt.

Die hier illustrierte und empfohlene interdisziplinäre Kooperation der Rechtswissenschaft mit anderen (Sozi-

<sup>28</sup> Hilderbrand, Youtube: Where cultural memory and copyright converge, Film Quarterly, 2007, S. 56.

al-)Wissenschaften birgt natürlich nicht nur anwendungsbezogene Potenziale im Sinne verbesserter Wissensgrundlagen für Regulierungsprozesse und die ihnen vorgeschalteten Konsultations- und Deliberationsprozesse. Auch die wissenschaftliche Forschung selbst profitiert im günstigsten Fall von solcher Zusammenarbeit: Für die Rechtswissenschaft werden durch Methoden und Ergebnisse der Sozialwissenschaften die „Betroffenen“ mit ihren Interessen, Erfahrungen und Argumenten greifbarer und für eine systematische Reflexion verfügbar. Für Sozialwissenschaftler:innen wird aus solchen Kooperationen umgekehrt die strukturprägende Rolle von Recht und Regulierung – als eine wesentliche Determinante sozialen Handelns – sehr viel deutlicher erfassbar und kann in Studien wie etwa Interviews oder Inhaltsanalysen gezielt berücksichtigt werden.

Für die Hochschulen haben diese Perspektiven in mehrfacher Hinsicht Bedeutung. Zum einen würden insbesondere große Universitäten von der stärkeren kooperativen Vernetzung der Rechtswissenschaft mit anderen Fachgebieten im oben beschriebenen Sinne profitieren. Sie würden damit auch ihren ‚Impact‘, ihren Beitrag zur Bearbeitung gesellschaftlicher Herausforderungen, noch einmal vergrößern. Zugleich sind Hochschulen und ihre Angehörigen wie eingangs erwähnt aber auch „Betroffene“ in Regulierungsfragen wie etwa der Neufassung von Urheberrechten und dem Digital Services Act, weil die Wissenschaft auch Produzent von Inhalten ist und sich publizistisch betätigt. Digitalisierung und Kommerzialisierung der Wissenschaftspublizistik stellen auch Hochschulen und ihr Personal vor ähnliche Fragen und Sorgen wie jene, die in der vorgestellten Interviewstudie von Video-Uploadern geäußert wurden. Auch Hochschulen und Wissenschaftler:innen sind von der zentralen Stellung digitaler Medienintermediäre abhängig und müssen sich mit den gültigen Regulierungen arrangieren. Die eigenen Interessen in diesem Kontext zu vertreten, erfordert indes ein hohes Maß an Expertise und Engagement – beides würde zweifelsohne von einer aktiv betriebenen interdisziplinären Kooperation innerhalb und zwischen Universitäten erheblich profitieren.

Prof. Dr. Hannah Schmid-Petri ist Inhaberin des Lehrstuhls für Wissenschaftskommunikation an der Universität Passau und leitet die Forschungsgruppe „Wissenschaftskommunikation“ am Fraunhofer-Exzellenzcluster „Integrierte Energiesysteme“ CINES. Außerdem ist sie Mitglied im Direktorium des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und im Bayerischen Sachverständigenrat für Bioökonomie, der das Bayerische Wirtschaftsministerium berät. Ihre Forschungsschwerpunkte sind das Zusammenspiel von Online- und Offline-Kommunikation, Umweltkommunikation, politische Kommunikation und computergestützte Sozialwissenschaften.

Steliana Doseva (M.A.) ist wissenschaftliche Referentin am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorandin an der Universität Passau. Ihre Forschungsinteressen umfassen die Bereiche politische Kommunikation, Medienpolitik und Plattformregulierung.

Jan Schillmöller (M. Jur.) ist wissenschaftlicher Referent am Bayerischen Forschungsinstitut für Digitale Transformation in München und Doktorand an der School of Social Science and Technology der Technischen Universität München. Sein Forschungsinteresse gilt dem Schutz von Grundrechten durch und gegenüber Plattformen.

Prof. Dr. Dirk Heckmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Sicherheit in der digitalen Transformation an der TU München. Außerdem ist er Mitglied des Direktoriums des Bayerischen Forschungsinstituts für Digitale Transformation und Richter am Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Er ist ein ausgewiesener Spezialist für das Datenschutzrecht, das IT-Sicherheitsrecht, E-Government und Rechtsinformatik. Seine Forschungsarbeit dient seit vielen Jahren der Rechtsgestaltung für einen menschenwürdigen und dem Gemeinwohl dienenden digitalen Wandel, etwa in den Bereichen Persönlichkeitsschutz im Internet oder Digitalisierung des Gesundheitswesens.



# A. Katarina Weilert

## *Ressortforschung. Eine institutionalisierte Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge*

### I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat der Ressortforschung in mehrfacher Hinsicht zu ungeahnter Aufmerksamkeit verholfen. Zum einen wurden Institutionen der Ressortforschung, darunter das Robert Koch-Institut, funktional-politisch besonders relevant und entfalteten eine medial zuvor nicht gekannte Präsenz, zum anderen wurde die schon in den 1960er Jahren einen ersten Höhepunkt erlebende Frage nach dem angemessenen Verhältnis von wissenschaftlichen Experten und politischen Entscheidern, in deren Rahmen die institutionalisierte Ressortforschung eine Sonderstellung einnimmt, durch die Pandemie wieder in den Fokus gerückt. Die Pandemiebewältigung warf die Frage auf, welchen Einfluss eine Ressortforschungseinrichtung auf die politischen Entscheidungen hat bzw. ob sie auch zu regulatorischen Instrumenten ermächtigt werden sollte und ließ damit die Problematik um die Trennung oder Symbiose von Risikobewertungen und politischen Risikoentscheidungen virulent werden. Bei der gerichtlichen Überprüfung von staatlich verordneten Corona-Maßnahmen stellten sich ganz konkret auch Fragen nach den Einschätzungsspielräumen von Ressortforschungseinrichtungen. Der vorliegende Beitrag soll in die rechtliche Dimension der Ressortforschung einführen,<sup>1</sup> die trotz ihrer weitreichenden Bedeutung in der Praxis noch immer ein gewisses Nischendasein im Wissenschaftsrecht führt<sup>2</sup>.

Die Unsichtbarkeit der Ressortforschung als eigene Forschungssäule liegt in ihrer doppelten Systemzugehörigkeit begründet, aber auch in ihrer heterogenen Struktur als historisch gewachsenes Phänomen, das durch sachliche und politische Notwendigkeiten geformt wurde. Im System der Forschungslandschaft zählen Ressortforschungseinrichtungen zu den außeruniversitären Forschungseinrichtungen, organisatorisch sind sie aber zugleich regelmäßig Teil des nachgeordneten Geschäfts-

bereiches eines Ministeriums. Die Zugehörigkeit zur Ministerialverwaltung im weiteren Sinne wirft die Frage auf, inwieweit Forschung, die per definitionem in ihrem Kern allein wissenschaftlichen und nicht politischen Vorgaben folgen darf, im Rahmen einer Bundesoberbehörde zulässig ist und unter welchen Umständen Ressortforschung geboten sein kann. Politisches Handeln ist auf eine machterhaltende Problemlösung gerichtet und erfragt von der Wissenschaft vor allem Eindeutigkeit und dadurch geschaffene Legitimation der Entscheidungen, wohingegen die Wissenschaft dahin strebt, sich „ernsthaft und planmäßig“ dem Ungewissen zur Erkenntnisgewinnung bzw. der „Ermittlung der Wahrheit“ zu widmen.<sup>3</sup>

Aufgabe und Funktion der Ressortforschung ist es, die Ministerialverwaltung in Wahrnehmung ihrer Aufgaben wissenschaftlich zu unterstützen. Dadurch sollen politische Entscheidungen und das Verwaltungshandeln eine Rückbindung zur Wissenschaft erhalten und den Kriterien rationalen Staatshandelns gerecht werden. Dabei kann das Aufgabenspektrum von der Grundlagenforschung im Sinne einer „Vorlauforschung“ sowie der spezifischen Auftragsforschung einschließlich von Dokumentationen und Datensammlungen als Grundlage politischen Handelns über verschiedene Formen langfristiger und kurzfristiger wissenschaftlicher Politikberatung bis hin zu regulativen Tätigkeiten reichen. Die Ressortforschung begleitet nicht nur konkrete Gesetzesvorhaben und Politiken der Exekutive, sondern soll auch vorausdenkend Themen setzen, die für die jeweiligen Politikfelder in Zukunft wichtig werden können („Antennenfunktion“). Sie entzieht sich durch diese Funktion einer sie prädestinierenden Vereinnahmung durch die Exekutive.

Die Ursprünge der institutionalisierten Ressortforschung der Bundesrepublik Deutschland reichen bereits in die Zeit des Norddeutschen Bundes zurück. So kann

<sup>1</sup> Der Artikel basiert auf den Ergebnissen des DFG-geförderten Forschungsprojekts zur Ressortforschung, das mit der Monographie (Habilitationsschrift) 2022 in der Reihe Jus Publicum im Verlag Mohr Siebeck unter dem Titel „Ressortforschung. Forschung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Bereichs staatlicher und unionsrechtlicher Gesundheitsverantwortung“ seinen vorläufigen Abschluss gefunden hat.

Wortgleiche Zitate aus der vorgenannten Schrift wurden nicht eigens gekennzeichnet.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Gründen für die Dominanz des Hochschulrechts im Wissenschaftsrecht: *Schmidt-Aßmann*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, in: Broemel/Kuhlmann/Pilniok, FS für H.-H. Trute, 2023, S. 3 (4).

<sup>3</sup> BVerfGE 35, 79 (113, juris Rn. 92) – Hochschulurteil.



die damalige in der Norddeutschen Maß- und Gewichtsordnung von 1868 vorgesehene „Normal-Eichungskommission“, die zentrale Leitungs- und Aufsichtsstelle für Maße und Gewichte, als erste wissenschaftliche Bundesbehörde in Form einer Bundesanstalt gelten. Diese wurde dann später als Kaiserliche-Normal-Eichungskommission (1871 bis 1918) fortgeführt. Ein Meilenstein war die Errichtung des Kaiserlichen Gesundheitsamtes durch das Reichshaushaltsgesetz von 1876, dessen Gründung diesbezügliche Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Ländern und dem Reich vorausgingen. Damals wie heute liegt die Zuständigkeit für Forschung bei den Ländern und auch vor diesem Hintergrund sind die Ressortforschungseinrichtungen des Bundes in ihrer Existenz begründungsbedürftig.

Der Begriff der Ressortforschung kann auch auf institutionalisierte politikdienende Forschungsstrukturen des Unionsrechts übertragen werden, da der aus dem Französischen stammende Ausdruck „ressort“ den Zuständigkeits- oder auch Amtsbereich bezeichnet und damit offen ist für eine Beschreibung einer politikdienenden Forschung auch außerhalb der deutschen Ministerial- und Verwaltungsstrukturen.

Im Folgenden soll der zulässige und gebotene Rahmen von Ressortforschung in einigen Eckpunkten markiert werden. Dabei begrenzt sich die hiesige Darstellung auf allgemeine Strukturen der Ressortforschung. Für den Bereich der Gesundheitsressortforschung, an dem diese Strukturen verdeutlicht werden können, wird auf die diesem Beitrag zugrundeliegende Forschungsarbeit verwiesen.<sup>4</sup>

## II. Pflicht zum wissenschaftlichen Handeln des Staates und der Europäischen Union

Die Ressortforschung findet ihren Ausgangspunkt in der Notwendigkeit, staatliches Handeln rational, effektiv und zielführend auszurichten.

### 1. Rationalitätsgebot

Eine staatliche Pflicht zum wissenschaftsbasierten politischen Handeln kann aus dem materiellen Gehalt des Rechtsstaatsprinzips abgeleitet werden, das die Rationalität staatlichen Handelns fordert.<sup>5</sup> Der Staat bezieht seine Legitimität neben demokratischer Repräsentation aus wissenschaftlicher Rationalität.<sup>6</sup> „Wissen“ gilt als die Grundlage staatlichen Handelns für den rationalen Staat.<sup>7</sup> Das „Vorhandensein von Wissen“ gehört „zu den Grundlagen, den Voraussetzungen staatlichen Handelns, so wie das staatliche Personal, die Finanzmittel und die Organisation des Staates“; „staatliche Entscheidungen und Handlungen“ müssen „einer Überprüfung am Maßstab ‚vernünftigen‘ Wissens standhalten“. Der Staat muss also sein Handeln, und zwar das exekutive, legislative und judikative, auf entsprechendes Wissen gründen und dieses beibringen. Schwieriger zu beurteilen ist allerdings, in welcher Intensität und auf welche Weise der Staat Zugriff auf Wissen haben bzw. nehmen muss. Im Klimabeschluss des BVerfG<sup>10</sup> räumte das Gericht dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Rationalitätsanforderungen einen weiten Spielraum ein. Eine generelle aus der Verfassung abgeleitete Sachaufklärungspflicht des Gesetzgebers, nach der alle zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden müssten, bestünde nicht.<sup>11</sup> Frühere Urteile des BVerfG haben prozedurale Mindestanforderungen (wie den Rekurs auf verlässliche Quellen, eine Prognosepflicht, Begründungspflicht und ggf. die Veranlassung einer Datenerhebung in Bezug auf die Wirkungen eines Gesetzes) aufgestellt.<sup>12</sup>

Das Rechtsstaatsprinzip schreibt zwar keine bestimmte Art und Weise der Ausrichtung des staatlichen Handelns an der Wissenschaft vor,<sup>13</sup> jedoch sollte im Sinne eines Untermaßverbotes ein Mindestmaß an Rationalität im Sinne einer Ausrichtung an wissenschaftlichen Grundlagen gefordert werden, womit ein Auftrag zu einer prozeduralen Ausgestaltung und Gewährleistung

<sup>4</sup> Siehe *Weilert* Fn. 1.

<sup>5</sup> Vgl. zu den Rationalitätsanforderungen des Rechtsstaatsprinzips: *Britz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 17; *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 206 ff.; *Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (51 f.); *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: *Hesse/Reicke/Scheuner* (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, FS Rudolf Smend, 1962, S. 71 (83 f.); *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966, S. 58 ff.; *Schulze-Fielitz*, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, in: *Rodi* (Hrsg.), Staaten und Steuern, FS Klaus Vogel, 2000, S. 311 ff. (insbes. 322); *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 193 ff.; *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher

Steuerung, DVBl 1996, S. 950 (956); *Vofskuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. III, 3. Aufl. 2005 § 43, insbes. Rn. 1.

<sup>6</sup> *Trute*, in: *Weingart/Wagner* (Hrsg.), Wissenschaftliche Politikberatung im Praxistest, 2015, S. 115.

<sup>7</sup> *Fassbender*, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 76.

<sup>8</sup> *Fassbender*, Wissen, Fn. 7, § 76 Rn. 2.

<sup>9</sup> *Fassbender*, Wissen, Fn. 7, § 76 Rn. 3.

<sup>10</sup> BVerfGE 157, 30 (161 f., Rn. 240) – Klimaschutz.

<sup>11</sup> BVerfGE ebd.

<sup>12</sup> Vgl. zur Rspr. des BVerfG nur *Führ*, Rationale Gesetzgebung, 1998, S. 11 ff.

<sup>13</sup> Vgl. für eine mögliche methodische Ausfüllung von allgemeinen Rationalitätsanforderungen an den Gesetzgeber *Führ* Fn. 12, S. 32 ff.

verbunden ist.<sup>14</sup> Dabei sollte gelten, dass der Grad der Wissenschaftsabhängigkeit staatlicher Aufgaben über das Ausmaß der Pflicht zur Beibringung wissenschaftlicher Expertise entscheidet, sei es durch Einholung entsprechender Sachverständiger oder Vorhalten desselben in der Verwaltung. Die institutionalisierte Ressortforschung ist dabei *eine* Möglichkeit des Staates, dem Rationalitätsgebot Rechnung zu tragen.<sup>15</sup>

Im Unionsrecht lässt sich eine solche Rationalitätspflicht aus Art. 114 Abs. 3 AEUV (jedenfalls für binnenmarktpolitisches Handeln) ableiten, aber auch aus dem – ursprünglich dem deutschen Recht entspringenden<sup>16</sup> – Vorsorgeprinzip,<sup>17</sup> das sich, zunächst im Umweltrecht beheimatet, auf Unionsebene mittlerweile fest etabliert hat. Im Kern besagt das unionsrechtliche Vorsorgeprinzip, dass trotz bestehender wissenschaftlicher Unsicherheit das Ergreifen von Vorsorgemaßnahmen möglich ist, auch wenn die Wahrscheinlichkeit für den Risikoeintritt und die Schwere des möglichen Schadensausmaßes noch nicht hinreichend abschätzbar sind. Die Raison für dieses Prinzip liegt darin, dass wissenschaftliche Unsicherheiten bei begründeter Besorgnis für gefährliche Umwelt- oder Gesundheitsschäden dem rechtzeitigen politischen Handeln nicht entgegenstehen sollen. Diese Erlaubnis zu Risikomanagemententscheidungen in einem Bereich wissenschaftlicher Unsicherheiten setzt einen Prozess der Risikobewertung voraus, ohne den derartige politische Entscheidungen willkürlich wären.

Das Rationalitätsgebot verlangt mithin die Verpflichtung und Befähigung zu „informierten“ Entscheidungen und Handlungen einer demokratisch legitimierten Instanz. Informierte Entscheidungen müssen nicht notwendigerweise „richtige“ oder „wahre“ Entscheidungen sein,

aber sie sollten in einem den rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Prozess zustande gekommen sein. Die Rationalitätspflicht des Rechtsstaatsprinzips darf nicht dazu führen, das formale Rechtsstaatsprinzip, das sich vor allem durch die Gesetzesbindung auszeichnet, oder auch das Demokratieprinzip auszuhöhlen. Entscheidungen legitimieren sich im Rechtsstaat nicht in erster Linie durch ihren Wahrheitsgehalt, sondern durch ihre Rechtmäßigkeit.<sup>18</sup>

2. Forschungsaufgaben als Annex zur sachgerechten Wahrnehmung der Verwaltungskompetenzen des Bundes und der unionalen Sachbereichskompetenzen

a) Annex zu Bundeskompetenzen

Eng mit dem Rationalitätsgebot verbunden ist die Begründungslinie der Bundeszuständigkeit für die Forschungsaufgaben der Ressortforschungsbehörden. Diese wird – schon seit *Triepel*<sup>19</sup> – im Wesentlichen aus der Annexzuständigkeit zur sachgerechten Wahrnehmung der jeweiligen (und jeweils zu explizierenden) Bundesverwaltungskompetenz abgeleitet.<sup>20</sup> Die Ministerien sollen in die Lage versetzt werden, ihre Aufgaben entsprechend dem Stand von Wissenschaft und Forschung auszuüben. Die Annexzuständigkeit markiert aber zugleich auch die Grenze der Bundeskompetenz, denn reine Forschung, die keinen ministeriellen Nah- oder Fernzwecken dient, kann nicht mehr mit dem Annexgedanken begründet werden.<sup>21</sup> Insofern Ressortforschungseinrichtungen *verwaltende* Aufgaben (z.B. Zulassungsverfahren) ausführen, ergibt sich eine Bundeszuständigkeit bereits direkt durch die Bundesverwaltungskompetenz selbst, das heißt durch Spezialzuweisungen (vgl.

<sup>14</sup> Vgl. zu einer prozeduralen Bindung des Gesetzgebers: *Gartz* Fn. 5, S. 181.

<sup>15</sup> Vgl. zu den Vor- und Nachteilen einer integrativen Struktur durch die Ressortforschung als Teil der Ministerialverwaltung: *Weilert* Fn. 1, S. 134 ff.

<sup>16</sup> *Scott/Vos*, The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO, in: *Joerges/Dehousse* (Hrsg.), Good Governance in Europe's Integrated Market, 2007, S. 253 (253).

<sup>17</sup> Umfassend zum unionalen Vorsorgeprinzip: *B. Arndt*, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, S. 69 ff. Erstmals nähere Konturen erhielt das Vorsorgeprinzip in der Europäischen Union durch das Grünbuch der Kommission, Allgemeine Grundsätze des Lebensmittelrechts in der Europäischen Union, KOM (97) 176 endg. sowie durch Mitteilung der Kommission, Gesundheit der Verbraucher und Lebensmittelsicherheit, KOM (97) 183 endg.; weitere (rechtsunverbindliche) Klärungen wurden vorgenommen durch Mitteilung der Kommission, Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM (2000) 1 endg.; weitere Nachweise bei *Weilert* Fn. 1, S. 389 in Anm. 9.

<sup>18</sup> Vgl. *Alber-Malchow/Steigleder*, Definition der Begriffe Wissenschaft und Forschung – Eigengesetzlichkeit von Wissenschaft und Forschung, in: *Wagner* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung, 2015, S. 23 ff. (32).

<sup>19</sup> *Triepel*, Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung, in: *FS Paul Laband*, Bd. II, 1908, S. 303.

<sup>20</sup> *Köttgen*, Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung (Berichtszeit: Legislaturperiode des 1. Bundestages), *JÖR* 3 (1954), S. 67 (110 f., allerdings ohne spezifischen Rekurs auf Annexkompetenz); *Meusel*, Außeruniversitäre Forschung im Wissenschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, § 6 Rn. 124 und § 14 Rn. 226; *Köstlin*, Ressortforschungseinrichtungen, in: *Flämig et al.* (Hrsg.), *Hdb. Wissenschaftsrecht*, Bd. II, 2. Aufl. 1996, S. 1365 (1370); *Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 136 Rn. 108.; *Weilert* Fn. 1, S. 236 (mit umfangreichen Nachweisen in Anmerkung 320).

<sup>21</sup> *Schmidt-Aßmann*, Die Bundeskompetenzen für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform, in: *Deppenheuer et al.* (Hrsg.), *Staat im Wort*, *FS Josef Isensee*, 2007, S. 405 (419).

Art. 87 Abs. 1 und Art. 87 b GG) oder über die general-klauselartige Ausnahmeermächtigung nach Art. 87 Abs. 3 GG.

#### b) Annex zu Unionskompetenzen

Auch im Unionsrecht lässt sich eine Kompetenz zur Ressortforschung aus dem Annexgedanken herleiten. Dabei darf der unionsrechtliche Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV) nicht untergraben werden. Auch das Subsidiaritätsprinzip findet auf die Ressortforschung und Forschungspolitik der Union Anwendung.<sup>22</sup> In der Terminologie des Unionsrechts wird die Annexkompetenz als *implied powers* gefasst. *Implied powers* werden angenommen, wenn ohne die ungeschriebene Kompetenz eine vorhandene Kompetenz der Union sinnlos werden würde bzw. wenn die vorhandene Vorschrift „nicht in vernünftiger Weise zur Anwendung gelangen“ könnte.<sup>23</sup> *Implied powers* sollen also die vorhandenen Kompetenzen effektuieren, nicht jedoch, wie in der EuGH-Judikatur teils zu finden, eine unionsrechtliche Aufgaben- oder Zielvorgabe zu einer Kompetenz ausweiten. Eine Ressortforschungskompetenz besteht also, insoweit sie notwendig ist, um eine *vorhandene* Kompetenz sachgerecht ausüben zu können. Die Union hat im Rahmen der ihr übertragenen Politiken wissenschaftliche Erkenntnisse einzuholen und einzubeziehen.

### III. Institutionalisierte Ressortforschung

#### 1. Institutionalisierte Ressortforschung als Hybrid: Teil der deutschen Ministerialverwaltung und Säule der außeruniversitären Forschung

##### a) Ressortforschungseinrichtungen als Teil der Ministerialverwaltung

Die institutionalisierte Ressortforschung findet schwerpunktmäßig in Bundeseinrichtungen mit Forschungs- und Entwicklungsaufgaben (FuE) in behördlicher Form statt, daneben bestehen auch institutionalisierte Forschungsk Kooperationen. Eine verwaltungsrechtliche Besonderheit besteht darin, dass Ressortforschungseinrichtungen als Bundesoberbehörden regelmäßig zugleich in der Form nichtrechtsfähiger Anstalten organi-

siert sind. Der Grund für die Wahl dieser Rechtsformen liegt darin, dass die Ressortforschung eine dienende, aber aufgrund ihres Forschungs- und Expertencharakters auch eigenständige Funktion im Rahmen der Staatsverwaltung einnimmt. Bis heute gibt es Unklarheiten darüber, durch welche Kriterien sich eine nichtrechtsfähige Anstalt auszeichnet<sup>24</sup> und welche Rechtsfolgen sich aus ihrer Organisationsform ergeben. Mit der Bezeichnung der Ressortforschungseinrichtungen als nichtrechtsfähige Anstalten soll von ministerieller Seite vor allem zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich hier um verselbstständigte Verwaltungseinheiten<sup>25</sup> handelt. Letztlich ist die Einordnung als nichtrechtsfähige Anstalt teilweise historischer, jedenfalls vornehmlich akademischer Natur, da in erster Linie für die rechtliche Einordnung ausschlaggebend die Tatsache ist, dass es sich bei Ressortforschungseinrichtungen um (selbständige Bundesober-)Behörden handelt.

Die Rechtsform bedingt die Möglichkeiten des staatlichen Einflusses auf die Ressortforschungseinrichtungen. Das Satzungsrecht für die nichtrechtsfähigen Anstalten liegt beim Bund und wird durch die Bundesministerien nach ihrem Ermessen ausgeübt, gleichwie die Ministerien über weitreichende Kompetenzen im Personalnennungsrecht für die Ressortforschungseinrichtungen verfügen. Insbesondere aber steht den Ministerien über ihre Ressortforschungseinrichtungen die Rechts- und Fachaufsicht zu, die jedoch angesichts des Charakters der Einrichtungen als wissenschaftliche Behörden schonend und kooperativ ausgeübt wird. Der rechtlichen Eingebundenheit in das hierarchische System der Ministerialverwaltung steht als faktisches Gegengewicht die besondere Sachkompetenz der Behörden gegenüber, die zu einer größeren Unabhängigkeit von der Ministerialverwaltung führen kann. Die Einbindung in die behördlichen Strukturen bedeutet aber auch, dass Ressortforschungseinrichtungen hoheitliche Tätigkeiten (z.B. im Rahmen von Zulassungsverfahren) übertragen werden können. Aufgrund des Ressortprinzips führen die Ministerien in ihrem Geschäftsbereich die Ressortforschungseinrichtungen im Einzelnen sehr unterschiedlich.

Der Begriff „Ressortforschung“ oder „Ressortforschungseinrichtung“ ist eine ministeriell zugewiesene

<sup>22</sup> von Bogdandy/Westphal, Der rechtliche Rahmen eines autonomen Europäischen Wissenschaftsrates, WissR 37 (2004), S. 224 (234); Glaesner, Außeruniversitäre Forschung in der europäischen Rechtsordnung, in: Flämig et al. (Hrsg.), Hdb. Wissenschaftsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1996, S. 1281 (1285 f.).

<sup>23</sup> So die Rspr. seit Fédéchar, zusammenfassend: Nettesheim, in:

Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 1 AEUV (41. EL Juli 2020) Rn. 14.

<sup>24</sup> Statt vieler: Berg, Die öffentlich-rechtliche Anstalt, NJW 1985, S. 2294 (2297).

<sup>25</sup> Vgl. Gröb, Die rechtsfähige öffentliche Schule, 2014, S. 58.

Klassifizierung, kein normativer Begriff mit klaren rechtlichen Konturen. Dem soll hier eine nach Kriterien definierte Definition entgegengesetzt werden: Als *Ressortforschungseinrichtungen im engeren Sinne* sind danach jene behördlich organisierten Bundeseinrichtungen mit FuE-Aufgaben zu bezeichnen, die in relevantem Umfang Forschung (und nicht nur Forschungsförderung) betreiben, so dass die ministerielle Bezeichnung eines Instituts als Ressortforschungseinrichtung nur als richtungsweisend, nicht aber als konstituierend für die Ressortforschungseigenschaft betrachtet wird. Als *Ressortforschungseinrichtungen im weiteren Sinne* gelten diejenigen Einrichtungen, die durch entsprechende Gremienvertretung von Staatsbediensteten oder auf sonstige Weise durch den Staat gesteuert werden und überwiegend Ressortforschungsaufgaben wahrnehmen, was auf die von der Bundesregierung so bezeichneten FuE-Einrichtungen in kontinuierlicher Zusammenarbeit zutrifft, aber auch für andere Einrichtungen gelten kann, die die genannten Kriterien erfüllen.

#### b) Ressortforschungseinrichtungen als Teil der außeruniversitären Forschung

Die Ressortforschungseinrichtungen bilden neben ihrer ministeriellen Zugehörigkeit eine Säule im Rahmen der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Einerseits sind sie durch ihre behördliche Organisation klar von anderen außeruniversitären Forschungseinrichtungen abgegrenzt. Andererseits weichen die Ränder zunehmend auf, da die strikte Versäulung und Domänenaufteilung der deutschen Forschungslandschaft selbst mittlerweile einer fortschreitenden Vernetzung zwischen den außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Hochschulen gewichen ist. Die Gründe hierfür liegen in der Europäisierung der Forschungsförderung sowie der deutschen Forschungspolitik, die durch Etablierung einer Konkurrenz um Forschungsmittel und der Anforderung an kooperatives und vernetztes Forschen den Status quo der Forschungslandschaft tiefgreifend verändert hat.

In der Praxis gibt es Überschneidungen, da die Spannbreite zwischen Grundlagenforschung, angewandter Forschung und der Übernahme staatlicher Aufgaben oder spezieller ministerieller Beratung unter den einzelnen Ressortforschungsinstituten variiert und auch in der weiteren öffentlichen außeruniversitären Forschung teils

umfangreiche Zweckforschung und politische Beratung erfolgt.<sup>26</sup> So deckt die Fraunhofer-Gesellschaft entsprechend ihrer Satzung auch Forschungsaufgaben ab, die ihr von Bund und Ländern übertragen werden, und unterhält insbesondere vom Bundesverteidigungsministerium mitfinanzierte wehrwissenschaftlich forschende Institute. Die Helmholtz-Gemeinschaft verfolgt nach ihrem Satzungszweck langfristige Forschungsziele des Staates und der Gesellschaft (staatliche Vorsorgeforschung) und verbindet Grundlagen- mit angewandter Forschung. Auch bei der Leibniz-Gemeinschaft gibt es Überschneidungen in den Forschungsprojekten der Institute zur Ressortforschung. Einzelne ministerielle Ressorts, denen Leibniz-Einrichtungen zugeordnet sind, sehen diese als Teil oder Ergänzung ihrer Ressortforschung. Der staatliche Einfluss auf die Leibniz-Institute erfolgt nicht nur durch Vergabe von entsprechenden Drittmitteln, sondern auch auf institutioneller Ebene durch entsprechende staatliche Gremienvertreter in den Einrichtungen. Im Einzelfall kann daher bei Leibniz-Einrichtungen die Schwelle zu einer Ressortforschungseinrichtung im weiteren Sinne überschritten sein. Obwohl das Ausmaß der staatlichen Aufsicht und Kontrolle nicht notwendigerweise in Korrelation zu der organisatorischen Verfasstheit der Forschungseinrichtung steht, folgt doch aus der privaten oder öffentlichen Organisationsform eine bedeutende Unterscheidung, da die Aufsichtsmittel der klassischen Staatsaufsicht<sup>27</sup> nur bei öffentlich-rechtlich organisierten Forschungseinrichtungen angewendet werden können, während der Staat die privatrechtlich organisierte Forschung über die aus der öffentlichen Finanzierung folgenden Kontrollmechanismen (vor allem in Form von Wirtschaftsplanverhandlungen, Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden und Gremienvertretungen) beaufsichtigt und steuert.<sup>28</sup>

#### 2. Formen einer unionsrechtlichen Ressortforschung

##### a) Ressortforschung im Rahmen der Unionsverwaltung

Die Ausübung der der Europäischen Union übertragenen Politiken und Verwaltungskompetenzen bedarf ebenso wie die Aufgabenwahrnehmung durch die nationalen Ministerien der wissenschaftlichen Beratung und Unterstützung. Zum Teil erhält die Union diese durch die *mitgliedstaatlichen* Ressortforschungsarrangements.

<sup>26</sup> Diese Spannung wird angedeutet bereits von Jakob, *Forschungsfinanzierung durch den Bund*, *Der Staat* 24 (1985), S. 527 (560).

<sup>27</sup> Vgl. zu den Aufsichtsmitteln der Staatsaufsicht: Kahl, *Die Staats-*

*aufsicht*, 2000, S. 505 f.

<sup>28</sup> Vgl. Meusel *Fn.* 20, § 19 Rn. 301.

Der Rekurs der europäischen Gubernative und Verwaltung auf mitgliedstaatliche Informationsbestände ist kennzeichnend für den Verwaltungsverbund, der auch als Informationsverbund charakterisiert worden ist.<sup>29</sup> Die Informationsflüsse vollziehen sich vielfach unsichtbar bzw. über die Verwaltungen vermittelt, indem Ressortforschungsinformationen die nationalen Behörden und Stellen in ihrer Wissenskompetenz stärken und Ressortforschungswissen durch sie auch in die Unionsverwaltung und die gubernativen Unionstätigkeiten einfließt.

Ressortforschung ist ein spezifischer Baustein im Gefüge von wissenschaftlicher Politikberatung und sonstiger Verwaltungsexpertisebeschaffung. Da die Europäische Union als supranationale Gemeinschaft nicht mit dem deutschen Staatsaufbau einschließlich der Behördenorganisation vergleichbar ist, haben sich in der Union eigene Formen unionsrechtlicher Ressortforschung herausgebildet. Während in Deutschland die Verwaltungsbehörden bis hin zu ihrer ministeriellen Spitze über besonderes Fachwissen verfügen, in das sich die Ressortforschungsbehörden als wissenschaftliche Behörden einfügen, kann die Europäische Kommission nicht in gleicher Weise auf einen hierarchischen Unterbau an nachgeordneten Behörden zurückgreifen. Allerdings haben sich andere Formen herausgebildet, die diesen Raum einnehmen, darunter vor allem das wissenschaftliche Ausschusswesen und die Gründung von Unionsagenturen.<sup>30</sup> Eine singuläre Form als Teil der unmittelbaren Kommissionsverwaltung bildet die Gemeinsame Forschungsstelle, die heute eine Generaldirektion (vormals eine Dienststelle) der Kommission ist und als einzige Ressortforschungseinrichtung auch primärrechtlich verankert ist.

Werden Ressortforschungseinrichtungen als Teil der unmittelbaren Unionsverwaltung geschaffen, sind rechtlich verankerte Vorkehrungen notwendig, damit die normalerweise in diesem Rahmen bestehende Wei-

sungsabhängigkeit nicht zu einer politischen Vereinnahmung der Forschung führt. Bei der Gemeinsamen Forschungsstelle hat sich die Kommission durch das Organisationsstatut selbst eine Einschränkung der Weisungsbefugnisse auferlegt (Selbstbindung).

Art. 298 AEUV normiert die Grundsätze der offenen, effizienten und unabhängigen europäischen Verwaltung. Effizienz und Unabhängigkeit bedürfen einer Rationalität, für die Ressortforschungseinrichtungen Garant sein können. Da gerade die Unabhängigkeit der Forschung in Spannung zu einer Verwaltungshierarchie steht, kommt insbesondere dem wissenschaftlichen Ausschusswesen sowie der Gründung von Ressortforschungseinrichtungen in Form von Unionsagenturen große Bedeutung zu. Wissenschaftliche Ausschüsse sind sowohl direkt bei den Generaldirektionen der Europäischen Union als auch – und zwar im Zuge der fortgeschrittenen Ausdifferenzierung der Agenturgründungen – zunehmend bei einzelnen Agenturen angesiedelt. Gerade weil die Agenturen als organisatorisch unabhängige Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit ein gewisses demokratisches Defizit aufweisen, sind an die Übertragung forschungsbezogener *hoheitlicher* Aufgaben wie etwa Regulierungsaufgaben die von der Rechtsprechung in *Meroni*<sup>31</sup> und den nachfolgenden Urteilen herausgearbeiteten Grundsätze<sup>32</sup> in Bezug auf die Begrenzung der Aufgabenübertragung an Agenturen zu beachten. Der Grad der möglichen hoheitlichen Befugnisübertragung und des in diesem Rahmen übertragbaren Ermessens hängt in einer Gesamtabwägung von den Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission und einer nachträglichen Rechtskontrolle ab. Für die eigentliche Forschungstätigkeit besteht das Legitimationsproblem, das in Bezug auf die Unabhängigkeit von Unionseinrichtungen diskutiert wird, nicht, da die Forschungstätigkeit selbst nur die Voraussetzung für rechtswirksame Akte ist und überdies gerade nach einer Struktur verlangt, die eine gewisse Unabhängigkeit gewährleistet.

<sup>29</sup> von Bogdandy, Die Informationsbeziehungen im europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 25 Rn. 34 ff.; Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 50 (2011), S. 353 (360, 365, 384 ff.); Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, 2005, S. 1 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zum Wissensmanagement in der Europäischen Union: Kaiser, Wissensmanagement im Mehrebenensystem, in: Schuppert/Voß-

kuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 217 ff.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. 9/56 (Meroni I/Hohe Behörde), Urt. v. 13. Juni 1958, Slg. 1958, 11 (36 ff.); EuGH, Rs. 10/56 (Meroni II/Hohe Behörde), Urt. v. 13. Juni 1958, Slg. 1958, 53 (75 ff.). Eingehend zu der Meroni-Rspr.: Berger, Vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ihre Gründung und die Folgen für Rechtsschutz und Haftung, 1999, S. 76 ff.

<sup>32</sup> Übersichten und Analysen der Rspr. finden sich bei: Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EUV Rn. 47 ff.; Orator, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 235 ff.; Bienert, Europäische Regulierungsagenturen, 2018, S. 111 ff.

## b) Typisierung der unionalen Ressortforschung

Die institutionellen Ressortforschungsarrangements können sich in zwei Formen einteilen lassen, nämlich eine „institutionalisierte unionale Eigenressortforschung“ und eine „institutionalisierte und netzwerkartige Verbundressortforschung“.

## aa) Institutionalisierte unionale Eigenressortforschung

Mit der institutionalisierten unionalen Eigenressortforschung soll die Ressortforschung bezeichnet werden, die sich nicht auf mitgliedstaatlicher Ebene vollzieht bzw. nicht durch mitgliedstaatliche Forschung und Forschungsstätten gestützt wird, sondern originär auf Unionsebene in institutionalisierter Form angesiedelt ist. In ihrer reinen Form trifft dies gegenwärtig nur auf die Gemeinsame Forschungsstelle zu. Die Mitarbeiter der Forschungsstelle sind Bedienstete der Europäischen Union und nicht abgesandte Experten der Mitgliedstaaten. Die Gemeinsame Forschungsstelle ist als einzige Ressortforschungseinrichtung primärrechtlich (Art. 8 EAGV) verankert, jedoch ist die Grundlage im Euratom-Vertrag angesichts des nicht mehr auf die Kernforschung beschränkten Forschungsauftrags heute systemfremd, so dass eine Verankerung im AEUV angezeigt erscheint. Ressortforschung als wissenschaftliche und technische Unterstützung bei der Ausarbeitung und Durchführung der Unionspolitiken und des Unionsrechts findet heute durch die Gemeinsame Forschungsstelle im Rahmen der *direkten* (unmittelbare Aufträge aus den Forschungsprogrammen) und der *indirekten* (wettbewerblich eingeworbene Auftragsforschung aus dem Forschungsrahmenprogramm) Forschung statt.

Die Gemeinsame Forschungsstelle übernimmt insbesondere auch Wissensmanagementaufgaben, die im Hinblick auf die stetig ansteigenden Datenmengen und das wachsende verfügbare Wissen eine zentrale Ressortforschungsaufgabe darstellen. Im Vergleich zu der deutschen Ressortforschung ist die Gemeinsame Forschungsstelle stärker wissenschaftlich ausgerichtet und ist gegenwärtig nicht mit wissenschaftlichen Routinearbeiten beauftragt.

Außerhalb ihrer spezifischen auf die Unionsorgane und Unionseinrichtungen bezogenen Tätigkeiten erstreckt sich die Funktion der Gemeinsamen Forschungsstelle im Verwaltungsverbund primär auf den verbesserten Informationsaustausch zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden sowie zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten (einschließlich der Ressortforschungseinrichtungen) und der Gemeinsamen Forschungsstelle. Ein Ausdruck des Verwaltungsverbundes

liegt auch in dem durch mitgliedstaatliche Experten besetzten Verwaltungsrat. Die Gemeinsame Forschungsstelle übernimmt hingegen keine Funktionen im Rahmen von administrativen Verfahren, etwa der Zulassung im Risikoverwaltungsrecht. Sie erarbeitet keine Beschlussvorlagen oder -entwürfe für die Kommission, wie es für eine Generaldirektion naheliegend gewesen wäre. Ihr sind damit keine Aufgaben im unmittelbaren politischen Risikomanagement zugewiesen, sondern ihre Forschungen und Risikobewertungen dienen als Unterstützung der Politiken (einschließlich der Rechtssetzungsvorbereitung) der Unionsorgane, vornehmlich der Kommission.

## bb) Institutionalisierte und netzwerkartige Verbundressortforschung

Im Gegensatz zur institutionalisierten unionalen Ressortforschung stammen die Expertise und die zugrundeliegenden Forschungen bei der institutionalisierten und netzwerkartigen Verbundressortforschung aus den Mitgliedstaaten, die aber auf Unionsebene in institutionalisierten Formen als Verbundressortforschung eine eigene Dimension gefunden haben. Beispiele für eine solche Verbundressortforschung sind das wissenschaftliche Ausschusswesen, Wissensgenerierungen innerhalb von Informations- und Wissenschaftsagenturen und sekundärrechtlich verfestigte Informationsnetzwerke. Dabei können sich diese Formen miteinander vermengen, so etwa wenn das Ausschusswesen und das Netzwerk unter dem Überbau einer Agentur bestehen oder wenn eine Agentur, so wie es bei der Europäischen Arzneimittel-Agentur der Fall ist, durch die Besetzung ihrer Gremien ein Netzwerk zwischen den nationalen Zulassungsbehörden spannt. Die Verbundressortforschung geht über eine bloße Vernetzung der Ressortforschungen der einzelnen Mitgliedstaaten hinaus und schafft auf der Unionsebene institutionalisierte Arrangements. Diese unionale Verbindung führt nicht nur zu einer Addition des vorhandenen Wissens, sondern auch zu einer Generierung neuen Wissens. Zum einen bedeutet allein schon die Synthese von Wissensbeständen einen über die Kumulation hinausreichenden Wissenszuwachs, da hierdurch Dinge vergleichbar werden, Defizite augenfällig, unterschiedliche Forschungsansätze sichtbar und da darüber hinaus eine Pluralität von Forschung und Wissen eintritt. So wird üblicherweise bereits die Darstellung und Ergründung des Forschungsstandes selbst als Teil wissenschaftlichen Arbeitens gewertet. Vor allem aber reicht die Arbeit wissenschaftlicher Ausschüsse (sei es auf Kommissionsebene oder im Rahmen von Agentu-

ren) über das Zusammentragen vorhandener Forschungsbestände hinaus, und es wird in der Ausschussarbeit durch wissenschaftliche Kommunikation ein neuer Erkenntnisprozess befördert. Die Arbeit wissenschaftlicher Ausschüsse kann daher als eigene Kategorie der Verbundressortforschung gelten. Wissenschaftliche Ausschüsse dienen der Risikoeinschätzung technisch und wissenschaftlich komplexer Sachverhalte und unterstützen die politischen Entscheidungsträger sowohl bei legislativen als auch exekutiven Aufgaben.

Agenturen und wissenschaftliche Ausschüsse können eine spezifische Funktion im Verwaltungsverbund, insbesondere im *Regulierungsverbund*<sup>33</sup>, einnehmen. Werden administrativ-politische Entscheidungen durch das (Regulierungs-)Recht in einer Weise determiniert, dass diese maßgeblich von der Risikobewertung abhängig macht, können die Gutachten und Stellungnahmen von wissenschaftlichen Ausschüssen besonderes administrativ-politisches Gewicht entfalten und die Entscheidungen der formal dazu berufenen politischen Entscheidungsträger faktisch vorgeben. Der Ermessensspielraum der politischen Handlungsträger wird empfindlich, zuweilen sogar gänzlich, reduziert, wenn entsprechende Voten wissenschaftlich hochkarätig besetzter Ausschüsse ergehen, die die zentralen Wissens- und Forschungsbestände unionsweit einbeziehen. Insbesondere wenn die Ausschussmitglieder paritätisch nach Mitgliedstaatenzugehörigkeit besetzt sind oder zugleich als Behördenvertreter der Mitgliedstaaten fungieren (wie beim Humanarzneimittelausschuss der Europäischen Arzneimittel-Agentur), tritt zu der Legitimation kraft Sachverständigen eine spezifische demokratische Legitimation.

Die Ressortforschung als Mixtum zwischen Forschung und Politik zeichnet sich in diesen Fällen zusätzlich durch die hybride Struktur unionalen und mitgliedstaatlichen Entscheidens aus, die gerade für Agenturen als Akteuren im Verwaltungsverbund typisch ist. Die Struktur und Organisation von Unionsagenturen, die eine Schnittmenge unionaler und mitgliedstaatlicher Verwaltung darstellen, „eine Zwischenform zentralisierter und dezentralisierter Integration“<sup>34</sup> bilden und in einer Spannung zwischen verwaltungsrechtlichem Eingebundensein und verwaltungsrechtlicher Unabhängigkeit stehen, stellen eine geeignete Form für die Verbundressortforschung dar, die noch ausbaufähig ist.

Eine über den Regulierungsverbund hinausweisende Funktion kann die Verbundressortforschung im sogenannten *Informationsverbund* einnehmen. Hier geht es

um eine breitere Verwendung von Wissen jenseits klar definierter Regulierungsverfahren. Wissensaustausch- und Wissensakkumulation sowie Datensammlungen dienen als Grundlage für weniger klar vorgezeichnete politisch-administrative Entscheidungen sowohl durch Unionsorgane als auch die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Regierungen. Es geht um Bereiche, in denen, wie bei Fragen der Infektionsabwehr, präventive Maßnahmen zum Schutze der Bevölkerung (oder im Umweltbereich der natürlichen Lebensgrundlagen) ergriffen werden sollen, aber verschiedene politische Handlungsmöglichkeiten in Konkurrenz zueinander stehen. Die zu ergreifenden Maßnahmen sind hier nicht nur Teil eines rechtlich vorbestimmten Verwaltungsverfahrens, sondern des politischen Auslotens von gubernativen Entscheidungen.

Hier bereitet Ressortforschung, vor allem in Form von Netzwerken zur Daten- und Informationssammlung, den Nährboden, um informierte politische Entscheidungen treffen zu können. Die Aufgabe der Experten ist die Sachinformation und die Exploration von Risiken, während die Nutzen-Risiko-Abwägung einschließlich der daraus zu ergreifenden konkreten Maßnahmen aufgrund ihrer weitreichenden politischen Tragweite (etwa für die Wirtschaft eines Landes oder den europäischen Binnenmarkt) durch die Experten nicht vorgegeben werden kann. In jenen Politikbereichen, in denen die Europäische Union lediglich über koordinierende, unterstützende und ergänzende Kompetenzen verfügt, ist eine *Verbundressortforschung* (anstelle einer institutionalisierten unionalen Eigenressortforschung) schon kompetenzrechtlich geboten, da eine Forschungs-Annexkompetenz der sachbereichsspezifischen Unionskompetenz auch in ihrem Umfang folgt.

#### IV. Ressortforschung und Wissenschaftsfreiheit

1. Ressortforschungsfreiheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit der objektivrechtlichen Garantie der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit

Die Freiheit der Wissenschaft und Forschung nach Art. 5 Abs. 3 GG genießt dank der nur durch verfassungsimmanente Schranken möglichen Begrenzung einen besonderen verfassungsrechtlichen Status und ist prägend für das gesamte Wissenschaftsrecht.<sup>35</sup> Der Grund für diese herausgehobene Stellung liegt darin, dass sie nicht nur die Wissenschaftler selbst schützt und

<sup>33</sup> Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund, Fn. 29, S. 363.

<sup>34</sup> Kahl, Der Europäische Verwaltungsverbund, Fn. 29, S. 358.

<sup>35</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, Forschung, Fn. 2, S. 6; Schulze-Fielitz,

in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Hdb. des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 27 Rn. 24.

den staatlichen Universitäten eine entsprechende Selbstverwaltung garantiert, sondern dass in Art. 5 Abs. 3 GG auch eine Garantie der freien Wissenschaft zum Wohle der Gesellschaft verbürgt ist. Problematisch ist jedoch die Wissenschaftsfreiheit in Bezug auf staatliche Ressortforschungsrichtungen und die hier tätigen Wissenschaftler, da für die Ressortforschung als Teil der Ministerialverwaltung innerhalb der behördlichen Hierarchie in Bezug auf die Aufgabenerfüllung grundsätzlich keine Staatsfreiheit eingefordert werden kann. Ausgangspunkt einer Argumentation hat jedoch die Überlegung zu sein, dass Forschung sich in einem Kernbereich dadurch konstituiert, dass sie staatsfrei ist und nur ihrer Eigengesetzlichkeit unterliegt. Damit geht es weniger um die grundrechtlich sonst im Vordergrund stehende individuelle Entfaltungsfreiheit, als vielmehr um die Gewährleistung des Versprechens selbst, dass Ressortforschung auch Forschung enthält. Den Forschungscharakter verliert die Ressortforschung weder durch ihre Zweckgebundenheit noch automatisch durch die Einbindung in den Verwaltungsapparat. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Forschung und Verwaltungstätigkeit ist das Streben nach neuen Erkenntnissen unter Einsatz einer wissenschaftlichen, d.h. der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft folgenden, Methodik. Damit ist die Ressortforschung, jedenfalls in ihren tatsächlich forschungsbezogenen Aufgaben, ein potentielles Schutzgut im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>36</sup>

Um die Frage nach der Geltung der Wissenschaftsfreiheit im Rahmen der Ressortforschung einer angemessenen Lösung zuzuführen, ist an die objektivrechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit<sup>37</sup> anzuknüpfen, die besonders für dogmatische Weiterentwicklungen offen ist<sup>38</sup>, und diese in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Verfassungsbindung der Staatsgewalten) dahingehend auszulegen, dass der Staat auch die Ressortforschung in bestimmten Grundparametern freiheitlich auszugestalten und eine diesen Mindestanforderungen

genügende Ressortforschung strukturell zu gewährleisten hat. Im Hochschulurteil von 1973 führt das BVerfG die aus Art. 5 Abs. 3 GG folgende „objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm“ näher aus<sup>39</sup> und betont die „Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft [...] auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt“.<sup>40</sup>

Auch wenn sich die Postulate, die das BVerfG im vorgenannten Hochschulurteil als Leitplanken eingeschlagen hat, nicht unmittelbar auf die Ressortforschung beziehen lassen,<sup>41</sup> so kann immerhin festgehalten werden, dass Art. 5 Abs. 3 GG in objektivrechtlicher Hinsicht ein Interesse an einer freien, mithin nicht durch den Staat verformten, Wissenschaft verbürgt. Diese objektivrechtliche Begrenzung staatlichen Handelns besteht nicht nur zur Verstärkung individualrechtlicher Positionen, sondern auch im gesamtgesellschaftlichen Interesse.<sup>42</sup> Gleichfalls gilt nach dem Rationalitätsgebot des Rechtsstaatsprinzips, dass der Staat sein Handeln nicht auf nur vermeintliche wissenschaftliche Kenntnisse stützen darf und dass er diejenige Forschung, auf die er sich zu stützen vorgibt, auch ermöglichen muss. Das Gemeinwesen hat ein berechtigtes Interesse an wissenschaftlichen Ergebnissen, die im Rahmen der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft vorgebracht wurden, gerade auch dann, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse zur Grundlage staatlichen Handelns gemacht werden.

Dogmatisch lassen sich hier verschiedene Wege beschreiten: Möglich ist es, den objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit als jenseits subjektiver Rechte bestehendes Rechtsprinzip zu verstehen, auf das durch Art. 20 Abs. 3 GG, der zentralen Norm des Rechtsstaatsprinzips,<sup>43</sup> Bezug genommen wird. Damit würde die Wissenschaftsfreiheit im Kontext der Ressortforschung nicht direkt, sondern über Art. 20 Abs. 3 GG vermittelt gelten. Denkbar wäre aber auch, die Anforderungen an die Ausgestaltung der Ressortforschung als Teil des Rati-

<sup>36</sup> Eingehend zur Frage, ob Ressortforschung als Forschung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG gelten kann: *Weilert* Fn. 1, S. 217 ff., S. 224 ff. (mit umfangreichen Nachweisen) sowie *Britz* Fn. 5, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 22 („[a]uch bei der staatlichen Ressortforschung kann begrifflich durchaus Forschungstätigkeit vorliegen“), Rn. 24: („solange der Methode nach autonome wissenschaftliche Arbeit gegeben ist.“); *Trute*, *Wissenschaft und Technik*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 88 Rn. 25; *Trute*, *Forschung*, Fn. 5, S. 102.

<sup>37</sup> Eingehend zur objektivrechtlichen Funktion der Wissenschaftsfreiheit: *Weilert* Fn. 1, S. 228 ff.

<sup>38</sup> *Stern*, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 185 Rn. 80..

<sup>39</sup> BVerfGE 35, 79 (112, juris Rn. 91) – Hochschulurteil.

<sup>40</sup> BVerfGE 35, 79 (114, juris Rn. 95).

<sup>41</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 232 f.

<sup>42</sup> Vgl. ausführlich und mit weiteren Nachweisen zur Verhältnisbestimmung von objektivrechtlichem Gehalt und subjektivem Recht *Weilert* Fn. 1, S. 233 ff. sowie *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, 1988, § 69 VI, S. 978 (bes. auch S. 988 f.).

<sup>43</sup> Vgl. zur Verfassungshistorie *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 19; zur „vornehmlichen Verankerung“ des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, *GG*, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 37; zu den verfassungsrechtlichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips in anderen Grundrechts- und Verfassungsbestimmungen siehe *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, 9. Aufl. 2021, Rn. 77.



onalitätsgebotes des Rechtsstaatsprinzips zu begreifen und die für die Forschungsfreiheit entwickelten Gehalte nur als Orientierungspunkte im Rahmen des Rationalitätsgebots des Rechtsstaatsprinzips zu betrachten. Letzteres würde aber, da der Begriff der Rationalität als Verfassungsbegriff unterbestimmt ist, die Gefahr einer beliebigen Rechtsauslegung mit sich bringen.

Das sich aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit und dem Rechtsstaatsprinzip ableitende Verbot einer Legitimationsforschung<sup>44</sup> bedeutet, dass nicht nur ein Anschein von Rationalität erzeugt werden darf. Die Legitimationsforschung ist in mehrfacher Hinsicht problematisch, *erstens* durch das Täuschen über die Grundlagen der politischen Entscheidungen,<sup>45</sup> *zweitens* aufgrund der fehlenden Rationalität des Exekutivhandelns dort, wo sie ihr Handeln hätte auf Forschung stützen müssen, dies aber nicht getan hat, und *drittens* durch die politische Vereinnahmung von Forschung in einer Weise, die in den Forschungsprozess eingreift und aufgrund der bestehenden Forschungskommunikationsbeziehungen die außerstaatliche Forschung zu beeinflussen geeignet ist.

Forschungsmethoden und Ergebnisinterpretation dürfen staatlich nicht vorgegeben oder beeinflusst werden, da solche Reglementierungen den Forschungscharakter selbst untergraben. Das BVerfG hat auf die Bedeutung der Beziehung von Organisation und Grundrechtsverwirklichung hingewiesen.<sup>46</sup> Die innerbetrieblichen Anforderungen für die Organisation von Wissenschaftseinrichtungen bemäßen sich danach, „daß das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich“<sup>47</sup> ist. Dies kann auch individualrechtliche Positionen einschließen, um dem „Interesse des Gemeinwesens an einem funktionierenden Wissenschaftsbetrieb“<sup>48</sup> gerecht zu werden. Der die Forschung

ausmachende Kerngehalt der Forschungsfreiheit ist organisationsrechtlich durch gesetzliche und untergesetzliche Vorschriften abzusichern, insbesondere auch durch Vorgaben für die Ausübung der ministeriellen Aufsichtsrechte.<sup>49</sup> Dies gilt insbesondere für Elemente der steuernden oder auch „präventiven“ Fachaufsicht.<sup>50</sup> Es sind gesicherte Strukturen zu schaffen, in denen nicht nur die ministeriellen Belange ausschlaggebend sind, sondern auch die Ideen der beteiligten Forscher zum Tragen kommen. Die Einbindung der Forscher in die *scientific community* ist entscheidend für die Forschungsqualität und Vermeidung einer Degeneration zur bloßen Verwaltungseinheit. Allgemeine Verwaltungsvorschriften, Weisungen im Einzelfall und Genehmigungsvorbehalte etwa für Forschungsprogramme müssen sich jeweils an den hier dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen.

Die Effektivierung dieser Kerngehalte der Forschungsfreiheit bedarf der prozessualen Absicherung, die über die partikulare Zuerkennung subjektiver Rechte erfolgen kann, die ihrerseits ganz im Dienste der objektivrechtlichen Verpflichtung des Staates stehen, keine Legitimationsforschung zu betreiben, und hierdurch auch ihre Begrenzung erfahren. Im Einzelnen tangiert die Frage nach dem Umfang subjektiver Rechte der Ressortforscher zwei Problemfelder, nämlich die Anwendbarkeit der Wissenschaftsfreiheit innerhalb der behördlichen Ressortforschung und die Problematik der Reichweite der Grundrechtsgeltung innerhalb der heute so genannten *Sonderstatusverhältnisse*.<sup>51</sup> Weisungen, die auf die Art und Ausführung der Dienstaufgaben zielen, betreffen den Bediensteten zunächst nur als Teil der Staatsverwaltung.<sup>52</sup> Eine Grundrechtsgeltung im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis setzt eine persönliche Betroffenheit voraus. Doch ist diese hier fraglich, da es sich beim Ansinnen eines Beschäftigten einer Ressortforschungsbehörde, ein anderes Thema zu verfolgen oder andere Methoden zu wählen, nicht in erster Linie um ein

<sup>44</sup> Den Begriff der Legitimationsforschung führt bereits *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S. 351, ein.

<sup>45</sup> Vgl. *Gärditz*, Politisierte Wissenschaft als Machttechnik – Besprechung von Caspar Hirschi, Skandalexperten – Expertenskandale, *WissR* 2018, S. 244 (247).

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 79 (115, juris Rn. 96 f.) – Hochschulurteil. Zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren: früh schon *K. Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, *EuGRZ* 1978, S. 427 (434 ff.). Aus dem jüngeren Schrifttum: *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 105 f; *Schmidt-Aßmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: *Becker/Bull/Seewald* (Hrsg.), *FS Werner Thieme*, 1993, S. 697 ff.

<sup>47</sup> BVerfGE 35, 79 (115, juris Rn. 97) – Hochschulurteil.

<sup>48</sup> BVerfGE 35, 79 (115 f., juris Rn. 97).

<sup>49</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 254 ff.

<sup>50</sup> Vgl. zur Fachaufsicht *Weilert* Fn. 1, S. 54; zur Unterscheidung zwischen Lenkung und Kontrolle sowie der Einordnung von Genehmigungsvorbehalten siehe Groß, Was bedeutet „Fachaufsicht“?, *DVBl* 2002, S. 793 (797 ff.).

<sup>51</sup> *Graf von Kielmansegg*, Das Sonderstatusverhältnis, *JA* 2012, S. 881 ff.; *Loschelder*, Grundrechte im Sonderstatus, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 202; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 298.

<sup>52</sup> So auch *Graf von Kielmansegg* Fn. 51, S. 885.

freiheitsrechtliches Begehren, sondern ein leistungsrechtliches handelt. Es geht zunächst nur um einen bestimmten Dienstauftrag, der außerhalb des Forschungskontextes auch weitgehend unproblematisch wäre. Heikel ist hier nicht der Dienstauftrag selbst, sondern die Causa der unzulässigen Legitimationsforschung. Um das Verbot dieser Legitimationsforschung zu effektuieren sollte vergleichbar der „im Interesse der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums“<sup>53</sup> im Einzelfall möglichen subjektivrechtlichen Durchsetzung „hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums“, auch hier ein prozessualer Weg nicht gänzlich versperrt bleiben. Es scheint dabei ausreichend und angemessen, diese Effektuierungsfunktion auf die leitenden Forscher der Einrichtungsleitung zu begrenzen.<sup>54</sup>

Ob den *Ressortforschungseinrichtungen* selbst ein subjektives Recht zukommt, ist in Abhängigkeit von ihrer Organisationsform zu bestimmen. Den – so der Normalfall – als nichtrechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Ressortforschungseinrichtungen in Form von Bundesoberbehörden kommt kein Recht auf Einforderung der Forschungsfreiheit zu. Auch die wenigen (teil-)rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts können sich nicht auf ein Individualrecht berufen, da sie sich nicht in einer hierfür erforderlichen grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden.<sup>55</sup>

Darüber hinaus bleibt es allen Ressortforschungseinrichtungen unbenommen, auf politischem Wege die über das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den objektivrechtlichen Gehalten der Wissenschaftsfreiheit geltenden Anforderungen an die Ausgestaltung der Ressortforschung einzufordern.

Schließlich ist anzumerken, dass aufgrund der zentralen Bedeutung der freien Forschung für eine Gesellschaft aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Wissenschaftsfreiheit auch eine Subsidiarität der Staatsforschung abzuleiten ist. Institutionalisierte Ressortforschung ist damit nur legitim, wenn sie zur ministeriellen Aufgabenerfüllung im weiteren Sinne notwendig und erforderlich ist, mithin keine anderen gleich effektiven Möglichkeiten für die Ministerialverwaltung zur Verfügung stehen.

## 2. Verbot der Legitimationsforschung auf der Ebene der Europäischen Union

Die Eruierung der Wissenschaftsfreiheit unionaler Ressortforschung wirft ähnliche Fragen auf wie die bereits im grundrechtlichen Kontext erörterten, hat aber zu beachten, dass eine unreflektierte Gleichstellung von Grundrechtsdogmatik und Unionsgrundrechtssystematik die Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung negieren würde. Die Europäische Union ist bei Ausübung ihrer Kompetenzen an die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh gebunden, die Teil des Primärrechts ist. Die einzig relevante Judikatur im Fall *Kley* umgeht die Klärung der Forschungsfreiheit innerhalb der hier als Ressortforschungseinrichtung eingeordneten Gemeinsamen Forschungsstelle.<sup>56</sup> In der Sache ging es um die Veränderung der Organisationsstruktur und dadurch bedingte Neuausrichtung der Arbeit des Klägers weg von einer forschungsausgerichteten Tätigkeit in der experimentellen Physik hin zu einer mit vielen Verwaltungsaufgaben verbundenen Verantwortung für den Reaktor Ispra I. Der EuGH umging jegliche Ausführungen zur Wissenschaftsfreiheit. Der Generalanwalt führte aus: „Die Freiheit der Wissenschaft schließt nicht aus, daß dem Wissenschaftler auch auf organisatorischem Gebiet Aufgaben gestellt sind. Euratom ist auch eine rechtliche Organisation mit ihren praktischen und funktionellen Erfordernissen, aus denen sich zwangsläufig Einschränkungen für die Freiheit der wissenschaftlichen Beamten in der Wahl ihrer jeweiligen Tätigkeit und für das Interesse ihrer persönlichen Forschungen ergeben müssen. Ihre Arbeitsstätten sind keine Akademien und haben auch nicht die reine Forschung zum Gegenstand, wie es vielleicht in einem Universitätslaboratorium denkbar ist.“<sup>57</sup> Die Ausführungen des Generalanwaltes sind selbst keine dogmatischen Klärungen, sondern deuten nur auf dogmatisch noch zu durchdringende Problemlagen hin.

Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Ressortforschung unter den Forschungsbegriff des Art. 13 GRCh fällt.<sup>58</sup> Da die Rechte der Grundrechte-Charta nicht mittels eines Individualbeschwerdeverfahrens subjektivrechtlich einklagbar sind,<sup>59</sup> liegt es nahe,

<sup>53</sup> von Münch/Mager, Staatsrecht I, 9. Aufl. 2021, Rn. 512.; Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 358, 362.

<sup>54</sup> Die Komplexität der rechtlichen Situation im Hinblick auf den einzelnen Ressortforscher kann hier nicht abgebildet werden, insofern wird auf Weilert Fn. 1, S. 258 ff. verwiesen.

<sup>55</sup> Für weitere Einzelheiten siehe Weilert Fn. 1, S. 266 ff.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. 35/72 (*Kley/Kommission*), Urt. v. 27. Juni 1973, Slg. 1973, 679.

<sup>57</sup> GA Trabucchini, Schlussantr. Rs. 35/72, Slg. 1973, 679 (702).

<sup>58</sup> Ausführlich Weilert Fn. 1, S. 566 ff., insbes. 568 ff.; siehe auch Thiele, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Hdb. der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 30 Rn. 29.

<sup>59</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtstraditionen subjektiv einklagbarer Rechte und objektivrechtlicher Konzepte: Kadelbach, European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration, in: Joerges/Dehousse (Hrsg.), Good Governance in Europe's Integrated Market, 2007, S. 167 (186 f.).

ihre Wirkungskraft zu verstärken, indem die Idee objektivrechtlicher Gehalte im Sinne von „Rechtsprinzipien“ bzw. „Rechtsgrundsätzen“ auch auf Unionsebene verfolgt wird; dies gilt umso mehr als der EuGH ursprünglich die Grundrechtsgeltung über die allgemeinen Grundsätze in das Unionsrecht eingebracht hat (vgl. die Weitergeltung in Art. 6 Abs. 3 EUV) und überdies umstritten ist, ob Art. 13 GRCh ein subjektives Recht verbürgt.<sup>60</sup> Noch ist das Unionsrecht im Hinblick auf die Dogmatik der Charta-Grundrechte und die Frage einer objektivrechtlichen Grundrechtsgeltung nicht ausgereift. *Ruffert* betont unter Bezug auf das Hochschulurteil des BVerfG von 1973, dass die „Schlüsselfunktion freier Wissenschaft für die gesellschaftliche Entwicklung“ auch für die Europäische Union gelte.<sup>61</sup> Er unterstreicht, dass Forschung für das Gemeinwesen notwendig sei, aber nur freie Forschung diesen Zweck erfüllen kann.<sup>62</sup> Es lassen sich mithin gute Gründe ausmachen, auch den Unionsgrundrechten durch Zuerkennung eines objektivrechtlichen Gehalts zu größerer Wirksamkeit zu verhelfen. Jedenfalls bedarf auch die unionale Ressortforschung eines Mindestmaßes an Freiheit, um ihrer Funktion gerecht zu werden.

Neben einer im Kern aus dem Gebot der Wissenschaftsfreiheit geltenden Freiheitlichkeit der Ressortforschung kann auch aus dem unionalen Rechtsstaatsprinzip das Verbot einer Legitimationsforschung abgeleitet werden.<sup>63</sup> Auch hier dürfen die Gehalte des deutschen Rechtsstaatsprinzips jedoch nicht unbesehen auf das unionale übertragen werden, zumal die Europäische Union als supranationale Organisation auch anderen Konstitutionsbedingungen und Anforderungen unterliegt als der deutsche Bundesstaat. Welche Elemente das

Rechtsstaatsprinzip im Einzelnen umfasst, ist durch den EuGH erst teilweise entwickelt worden und vom Gerichtshof nicht immer in klare Zuordnung zum Rechtsstaatsprinzip gestellt worden.<sup>64</sup> Schon bei einem rein formalen Verständnis des Rechtsstaatsprinzips, aus dem sich die Verfassungs- und Gesetzesbindung ableiten lässt, würde die Befolgung der Grundrechtecharta und der in ihr verbürgten Wissenschaftsfreiheit verstärkt.<sup>65</sup> Das unionale Rechtsstaatsprinzip umfasst aber darüber hinaus als Gegenkonzept zur Willkür auch Rationalitätsanforderungen an das Recht. In diese Richtung weist auch das Recht auf eine neutrale, unparteiische und gerechte Verwaltung (Art. 41 Abs. 1 GRCh), das nur zu verwirklichen ist, wenn Entscheidungen rückgebunden an das zur Verfügung stehende Wissen getroffen werden und Experten nicht von Fremdinteressen geleitet werden. Anerkannt als Teil des unionsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips ist weiterhin das Rechtmäßigkeitsprinzip, das einen „transparenten, rechenschaftspflichtigen, demokratischen und pluralistischen Gesetzgebungsprozess impliziert“.<sup>66</sup> Teil eines transparenten Verfahrens ist es, dass ersichtlich wird, auf welcher Grundlage welches Expertenwissen eingebracht wird. Mit dem vorstehend skizzierten Gehalt kann also auch aus dem unionalen Rechtsstaatsprinzip ein Verbot der Legitimationsforschung abgeleitet werden.

## V. Beurteilungsspielraum (ressort-)forschungsgestützter Entscheidungen

Eine spezifische Frage im Rahmen der Spannung von Kooperation und Trennung zwischen Wissenschaft und Entscheidung betrifft den Beurteilungsspielraum (res-

<sup>60</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 5; *Sayers*, in: Peers et al. (Hrsg.), The Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2014, Art. 13 Rn. 13.40; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 13 GRCh Rn. 3. Zieht man die Verfassungsbestimmungen der einzelnen Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe heran, so ergibt sich ebenfalls kein einheitliches Bild: In manchen Mitgliedstaaten ist die Wissenschaftsfreiheit verfassungsrechtlich als subjektives Abwehrrecht verbürgt, in anderen nur einfachgesetzlich, in wieder anderen wird kein solches subjektives Recht gewährt (siehe *Pelzer*, Die Kompetenzen der EG im Bereich Forschung, 2004, S. 155 f., sowie zuvor bereits *Groß*, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1992, S. 36 ff.).

<sup>61</sup> *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 13 EU-GRCh Rn. 7, unter Bezugnahme auf BVerfGE 35, 79 (113) - Hochschulurteil.

<sup>62</sup> *Ruffert* Fn. 61, Art. 13 EU-GRCh Rn. 7.

<sup>63</sup> Näher *Weilert* Fn. 1, S. 572 ff.

<sup>64</sup> So hat der EuGH die Grundsätze des Vertrauensschutzes, des

Rückwirkungsverbots, der Rechtssicherheit, des Bestimmtheitsgrundsatzes, der Verhältnismäßigkeit und einer Rechtsschutzgarantie entwickelt; siehe *Calliess* Fn. 32, Art. 2 EUV Rn. 26 sowie *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 2 EUV Rn. 6, jeweils mit Nachweisen aus der Rspr.; Analyse der Rspr. bei Classen, Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union - Vertragsrechtliche Grundlagen und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte, EuR 2008, Beiheft 3, S. (18 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. auch A. *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, S. 145.

<sup>66</sup> Mitteilung der Kommission, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM/2014/158 final, S. 4 sowie ähnlich im Anhang I (Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union), S. 4; siehe auch *von Danwitz*, The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ, Fordham International Law Journal 2014, S. 1310 (1346); *Schmahl*, Rechtsstaatlichkeit, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht. Hdb. für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 4 u. Rn. 20 ff.

sort-)forschungsgestützter Entscheidungen. Beurteilungsspielräume sind dabei – klassisch – unmittelbar aber auch mittelbar (entscheidungsvorbereitend) denkbar.<sup>67</sup>

Die Rechtsprechung hat einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Bewertung von komplexen und dynamischen Bereichen (Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen) zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe unter Verweis auf die engere Sachnähe der Verwaltung und die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung anerkannt.<sup>68</sup> Dabei folgt das Gericht der normativen Ermächtigungslehre, wonach der Beurteilungsspielraum „normativ angelegt“ sein müsse. Im Hintergrund stehen zwei verschiedene Argumentationslinien, nämlich einerseits die Funktionsgrenze der Rechtsprechung und andererseits die höhere Sachnähe der Exekutive. Das Schrifttum hat die Lehre vom Beurteilungsspielraum weiter ausdifferenziert und sich teilweise großzügiger in der Annahme verwaltungsrechtlicher Beurteilungsspielräume gezeigt.<sup>69</sup> Argumentativ wird teils ein ausbalanciertes Verständnis der Gewaltenteilung bemüht<sup>70</sup> oder eher pragmatisch auf eine sachnähere und damit „bessere“ Entscheidung durch die Behörde abgestellt<sup>71</sup>.

Mit dem Rotmilan-Beschluss (Oktober 2018) hat das BVerfG neben dem Beurteilungsspielraum eine weitere Kategorie eingeschränkt gerichtlicher Überprüfungen gebildet, nämlich die der außerrechtlichen Erkenntnisdefizite.<sup>72</sup> Es handele sich bei objektiven Erkenntnisgrenzen um eine Situation, in der es „am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch“ fehle.<sup>73</sup> Diese „faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“ sei keine „gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit“<sup>74</sup> und daher vom Beurteilungsspielraum zu unterscheiden. Die Kontrolle des Gerichts reduziere sich hier auf eine Vertretbarkeitskontrolle, d.h. ob die Behörde *vertretbare* fachliche Maßstäbe und Methoden herangezogen habe. Während es hier also um den Fall wissenschaftlich nicht aufklärbarer Tatsachenfeststellungen

geht, könne sich ein Beurteilungsspielraum nur auf normative Bewertungen beziehen, etwa darauf, ob eine Risikoerhöhung „signifikant“ ist.<sup>75</sup>

Bislang fehlt in der Rechtsprechung eine klare Auseinandersetzung über die Maßstäbe eines Beurteilungsspielraums bei fachlich besonders ausgewiesenen (Ressortforschungs-)Behörden.<sup>76</sup> Nur punktuell lassen sich Hinweise auf die besondere Sachkompetenz im Vergleich zur sonstigen Exekutive ausmachen. Im Rahmen der Corona-Rechtsprechung finden sich immerhin Hinweise auf die Anerkennung der entscheidungsvorbereitenden besonderen Sachkunde von Ressortforschungseinrichtungen. Hier geht es um die gerichtliche Überprüfung von Maßnahmen der Exekutive bzw. des Erlasses von Rechtsverordnungen nach dem Infektionsschutzgesetz, bei denen die Exekutive ihrer Handlung die Einschätzung etwa des Robert Koch-Instituts zugrunde gelegt hatte. So befand der VGH Baden-Württemberg, dass der Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers nicht überschritten sei, wenn er sich auf die Einschätzung des Robert Koch-Instituts, welches „gemäß § 4 IfSG unter anderem zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen und dahingehender Analysen und Forschungen“ berufen sei, gestützt hat und keine wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, die es „rechtfertigen würden“, von dieser Einschätzung abzuweichen.<sup>77</sup> Im Ergebnis wurde der Exekutive ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, den diese legitim durch die Übernahme der Einschätzung einer Ressortforschungsbehörde ausfüllen durfte. Der hier grundlegende Gedanke der besonderen Sachkompetenz von Ressortforschungsbehörden ist als Element der Lehre vom Beurteilungsspielraum weiter auszubauen. Die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums kann sich nicht allein an pauschalieren Annahmen über eine sachnähere Verwaltung festmachen, sondern hat die Besonderheiten der entscheidenden Behörde zu würdigen. Zeichnet sich die Behörde aufgrund ihres (gesetzlichen) Auftrags und ihrer

<sup>67</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch *Gärditz/Linzbach*, Gesundheitswissen aus Behördenhand, 2022, S. 155 ff.

<sup>68</sup> Ausführliche Nachweise bei *Weilert* Fn. 1, S. 368 ff.

<sup>69</sup> *Bachof* entwickelte 1955 die Lehre vom „Beurteilungsspielraum“ (*Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.). Ihm folgten viele Stimmen in der Literatur, teils mit eigenen Akzenten (vgl. „Vertretbarkeitslehre“ nach *Ule*, Rechtsstaat und Verwaltung, *VerwArch* 76 [1985], S. 1 [9 ff.]); ausführliche Nachweise: *Weilert* Fn. 1, S. 367 (dort Anmerkung 396); eingehend für den Bereich des Arzneimittelrechts: *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 265 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 79; *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 357.

<sup>71</sup> In diese Richtung tendierend *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und

Risikodogmatik, 2010, S. 217 ff.

<sup>72</sup> BVerfGE 149, 407 (415, Rn. 23) – Rotmilan.

<sup>73</sup> BVerfGE ebd.

<sup>74</sup> BVerfGE ebd.

<sup>75</sup> *Eichberger*, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, 1560 (1563 f.).

<sup>76</sup> Ausführlich mit weiteren Nachweisen *Weilert* Fn. 1, S. 374 ff.

<sup>77</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 29. Apr. 2021 – 1 S 1204/21 –, Rn. 79 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 12. Aug. 2021 – 1 S 2315/21 –, Rn. 41 ff. (Gericht prüft hier nur cursorisch, auf welche Grundlagen sich das Robert Koch-Institut gestützt hat und betont abermals die besondere Berufung des Instituts nach § 4 Abs. 1 S. 1 IfSG).

Struktur, wie dies für die Ressortforschungsbehörden gilt, durch eine besondere Kompetenz zur Risikobewertung und Prognoseeinschätzung aus, hat sich dies in der Bewertung der Dichte der gerichtlichen Überprüfung abzubilden. Damit hängt der Beurteilungsspielraum nicht nur von der tatbestandlichen Fassung der Norm (Ermächtigungsgrundlage bzw. Befugnisnorm) ab, sondern auch von der jeweiligen Behördenkompetenz, die (soweit es hierüber keine gesetzlichen Festlegungen in Form von Beurteilungsspielräumen gibt) durch das Gericht festzustellen ist. Eine gerichtliche Kontrolle von Beurteilungsfehlern bleibt bei alledem unangetastet. Fruchtbar gemacht werden kann hier auch die „Plausibilitätsprüfung“ bei außerrechtlichen Erkenntnisdefiziten (Rotmilan-Beschluss), die bei objektiven Erkenntnisgrenzen die behördliche Einschätzung nur auf ihre Vertretbarkeit hin prüfen lässt und sie nicht einfach durch eine andere (gerichtliche) Entscheidung ersetzt, die ihrerseits auf einer beigezogenen (und nicht über alle Zweifel erhabenen) Expertise beruht. Als Hybridform zwischen Wissenschaft und Verwaltung ist die wissenschaftliche Einschätzung der Ressortforschungsbehörde im Gegensatz zu einem reinen Sachverständigengutachten demokratisch legitimiert, was insbesondere dann ins Gewicht fällt, wenn es um Fragen geht, die wissenschaftlich nicht eindeutig zu beantworten sind. Eine Entscheidung nur durch eine andere zu ersetzen, ohne dass es hinreichende Gründe dafür gibt, dass die ersetzende Entscheidung „richtiger“ oder demokratisch legitimer bzw. rechtsstaatlich gebotener ist als die ersetzte, wäre kein Gebot rechtsstaatlicher Kontrolle, sondern willkürlich.

Mit einer solchen Rechtsentwicklung nähert sich das deutsche Recht dem Unionsrecht an, innerhalb dessen ein Beurteilungsspielraum bezüglich von Normen, die zu einer komplexen, wissenschaftlich-technischen Einschätzung Anlass geben, weitreichend anerkannt ist. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich hier lediglich auf formale Kriterien und Schlüssigkeit. Auch hier ließe sich allerdings die Dogmatik weiterentwickeln, indem der Beurteilungsspielraum auch davon abhängig gemacht wird, wie die Expertise zustande gekommen ist. Wurden im Rahmen der Verbundressortforschung wissenschaftliche Behörden der Mitgliedstaaten eingebunden, so begründet sich in dem wissenschaftlichen Konsens der Mitgliedstaaten nicht nur eine erhöhte fachliche Expertise, sondern auch eine gewisse demokratische Legitimation.

## VI. Ausblick

An dieser Stelle konnten nur einige grobe Pflöcke zur Darstellung und rechtlichen Analyse der Ressortforschung als institutionalisierter Rationalität im politisch-gubernativen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union eingeschlagen werden. Die Heterogenität der einzelnen deutschen Ressortforschungseinrichtungen und die verschiedenen Ressortkulturen, in denen sie verortet sind, ihre jeweilige historische Gründungsgeschichte und die Spannung zwischen einer Eingebundenheit in eine Ministerialverwaltung bei gleichzeitigem Anerkenntnis eines Forschungsfreiraums, führen zu einer Reihe an juristisch-dogmatischen Problemen, die auch in Zukunft noch weiter – und zunehmend auf europäischer Ebene – zu ventilieren sind. Es zeigt sich, dass ein reines Trennungsmodell zwischen Wissenschaft und politischer Entscheidung nicht der deutschen Ressortforschungspraxis entspricht und auch auf europäischer Ebene nicht in Reinform vorfindlich ist.<sup>78</sup> So sind die Fragen zum Zusammenspiel und der Trennung zwischen Risikobewertung und Risikomanagement, die national und unionsrechtlich durchaus unterschiedlich bewertet werden, in Zukunft immer wieder neu zu justieren. Auch wird man die direkten und indirekten Entscheidungsspielräume wissenschaftlicher Behörden dogmatisch noch weiter anhand der künftigen Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu klären haben und hierfür auch in nähere Vernetzung zur unionsrechtlichen Entwicklung treten müssen. Die Coronapandemie hat die diesbezügliche Rechtsentwicklung herausgefordert und beschleunigt und es wird sich zeigen, welche weiteren (rechts-)politischen Konsequenzen hieraus für die Ressortforschung auf deutscher und europäischer Ebene gezogen werden.

Priv.-Doz. Dr. A. Katarina Weilert ist wissenschaftliche Referentin an der Forschungsstätte der Ev. Studiengemeinschaft e.V. - Institut für interdisziplinäre Forschung. Sie lehrt als Privatdozentin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit einer *Venia Legendi* für die Fächer Öffentliches Recht, Gesundheitsrecht, Völker- und Europarecht.

<sup>78</sup> Vgl. hier auch *Gärditz/Linzbach* Fn. 67, S. 97 ff.

Frank Wertheimer  
*Arbeitszeiterfassungspflicht an privaten  
Hochschulen – auch für Professorinnen und  
Professoren?*

## I. Einleitung

Seit dem Beschluss des BAG vom 13.9.2022<sup>1</sup>, mit dem das Gericht den Standpunkt eingenommen hat, Arbeitgeber seien verpflichtet, ein System einzuführen, das Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer erfasst, ist über die weiteren Konsequenzen dieser Entscheidung viel diskutiert worden.<sup>2</sup> Klarheit besteht darüber, dass sich die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht nur auf den privatwirtschaftlichen Bereich beschränkt, auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind davon betroffen, da auch dort neben Beamten Arbeitnehmer beschäftigt werden.

*Caspers* hat sich in der Vorausausgabe mit der Frage befasst, welche Auswirkungen der Beschluss des BAG für die Arbeitszeiterfassung an Hochschulen hat.<sup>3</sup> Überzeugend wurde hier dargelegt, dass sich die Zeiterfassungspflicht auf die (nichtprofessoralen) wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erstreckt, die Arbeitszeiterfassung demgegenüber aber nicht für die an den Hochschulen tätigen Professorinnen und Professoren gilt. Soweit diese in einem Beamtenverhältnis stehen, gelten ohnehin weder die Bestimmungen des Arbeitsschutz- noch des Arbeitszeitgesetzes<sup>4</sup>. Beamtete Professoren sind nach den einschlägigen Bestimmungen der Hochschulgesetze der Länder<sup>5</sup> von den Arbeitszeitbestimmungen der Landesbeamtengesetze ausgenommen, z.T. finden sich derartige Regelungen auch in den Beamtengesetzen der Länder.<sup>6</sup> Soweit Professorinnen und Professoren in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen tätig sind, sind sie ebenfalls von den Arbeitszeitbestimmungen ausgenommen. Wenn etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW bestimmt, dass die Vorschriften über die Arbeitszeit auf „Hochschullehrer“ nicht anzuwenden sind, meint er damit auch die nicht beamteten Hochschullehrer und nutzt für diese die Ermächtigung in § 19 ArbZG.<sup>7</sup>

Der Beitrag von *Caspers* konzentriert sich auf Professorinnen und Professoren, die an den staatlichen, demnach öffentlich-rechtlich verfassten, Hochschulen tätig sind. Ob die hierzu vertretene Auffassung auch für die an privaten Hochschulen tätigen Hochschullehrer gilt, wird nicht explizit untersucht. Dieser Frage nachzugehen, ist Aufgabe dieses Beitrags. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der letzten OdW-Ausgabe, die den Beitrag von *Caspers* enthält, lag auch der Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 27.3.2023 noch nicht vor. Welche Auswirkungen dieser für die Erfassungspflicht der Arbeitszeiten von an Privathochschulen tätigen Professorinnen und Professoren hat, wird im Folgenden in den Blick genommen.

## II. Arbeitszeiterfassungspflicht gem. § 16 Abs. 2 – 8 ArbZG RefE

### 1. Allgemeines

Das BAG hat die Zeiterfassungspflicht – durchaus überraschend – aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG abgeleitet. Der Referentenentwurf vom 27.3.2023 regelt die Thematik im Arbeitszeitgesetz, wo sie auch hingehört. Während die Entscheidung des BAG vom 13.9.2022 noch offen ließ, wie die Zeiterfassung, demnach deren Modalitäten, zu erfolgen habe, legt die Neufassung von § 16 Abs. 2 S. 1 gem. des Referentenentwurfs fest, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Die neu hinzugefügten Absätze 3 – 8 enthalten sodann Spezifikationen, wobei Abs. 7 Nr. 3 Ausnahmen der Aufzeichnungspflicht für bestimmte Arbeitnehmer zulässt, wenn dies in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zugelassen wird.

<sup>1</sup> 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616

<sup>2</sup> Siehe z.B. *Schulzel/Wetzel*, AiB 2022, Nr. 11, S. 47; *Spitz*, jurisPR-ITR 2/2023 Anm. 4; *Düwell*, jurisPR-ArbR 17/2023 Anm. 1; *Thüsing/Bleckmann*, BB 2023, 52-54; *Fuhlrott/Fischer*, ArbR 2023, 1-5.

<sup>3</sup> *Caspers*, Arbeitszeiterfassung an Hochschulen – Anmerkung zum Beschluss des BAG vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 -, OdW 2023, 99.

<sup>4</sup> AR/Krauss, 10. Aufl. 2021, § 2 ArbZG Rn. 15.

<sup>5</sup> Vgl. etwa § 45 Abs. 2 S. 2 LHG BW; § 60 Abs. 1 S. 1 BayHIG oder § 77 Abs. 1 Sächsisches HG.

<sup>6</sup> Z.B. § 123 Abs. 1 S. 1 LBG NRW.

<sup>7</sup> *Wertheimer/Meißner*, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 11, Rn. 72.

## 2. Erfasster Personenkreis

Wenn § 16 Abs. 2 ArbZG RefE allgemein von der „täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer“ spricht, gilt der Arbeitnehmerbegriff in § 2 Abs. 2 ArbZG, d.h. erfasst werden alle Arbeiter und Angestellten sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Auszugehen ist damit vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff in § 611a Abs. 1 BGB, wonach Arbeitnehmer alle Personen sind, die im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sind.

### a) Professorinnen und Professoren

Professoren an privaten Hochschulen stehen regelmäßig in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis, weshalb das in den Landeshochschul- oder Landesbeamten-gesetzen geregelte Privileg für Beamte, nicht unter das Arbeitszeitrecht zu fallen, für sie nicht gilt. Auch § 19 ArbZG hilft hier nicht weiter, weil es an einer hoheitlichen Tätigkeit im öffentlichen Dienst fehlt. Dass sich die Tätigkeit von Hochschullehrern an privaten Hochschulen inhaltlich nicht von der Tätigkeit eines Hochschullehrers an einer staatlichen Hochschule unterscheidet, ändert daran nichts.

Keine Verpflichtung zur Erfassung ihrer Arbeitszeit bestünde, wenn Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen leitende Angestellte wären, es würde dann die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG greifen. Maßgeblich sind für den Begriff des leitenden Angestellten die Definitionen in § 5 Abs. 3 BetrVG. Ob sie erfüllt sind, lässt sich nicht pauschal beantworten, es bedarf dazu jeweils einer Einzelfallbetrachtung. Voraussetzung ist zunächst, dass ein Angestellter sowohl nach seinem Arbeitsvertrag als auch nach seiner Stellung im Unternehmen oder Betrieb leitender Angestellter ist, d.h. er muss einerseits zu den leitenden Funktionen nach Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3 rechtlich befugt sein, andererseits muss er sie auch tatsächlich ausüben.<sup>8</sup> Schließlich muss die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausmachen und seine Stellung im Unternehmen oder Betrieb damit prägen.<sup>9</sup>

Von den Kategorien des § 5 Abs. 3 BetrVG kommt für das professorale Lehrpersonal nur die Nr. 1 in Betracht, d.h. Professoren müssten zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsab-

teilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sein. An privaten Hochschulen fehlt es – wie auch an den staatlichen Hochschulen – zumeist schon an der arbeitsvertraglichen Berechtigung, Entscheidungen über Einstellung und Entlassung eigenverantwortlich treffen zu dürfen. Diese rechtliche Befugnis wird regelmäßig bei der Leitung der Personalabteilung liegen. Professoren wählen zwar die in ihren Bereichen tätigen wissenschaftlichen Mitarbeiter und idR auch die nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter selbst aus und geben zudem den maßgeblichen Anstoß für eine Kündigung. Die Entscheidung selbst sowie der Vollzug von Einstellung und Entlassung liegt aber im Regelfall nicht in ihren Händen. Selbst dann, wenn der mit ihnen geschlossene Arbeitsvertrag diese Befugnis einräumen würde oder sie dort als leitende Angestellte bezeichnet wären, würde das noch nicht ausreichen. Die formale Befugnis des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG begründet den Status als leitender Angestellter nur, wenn sie von erheblicher unternehmerischer Bedeutung ist.<sup>10</sup> Angenommen wird dies, wenn sich die Einstellungs- und Entlassungsberechtigung auf eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern erstreckt oder einen qualitativ bedeutsamen Personenkreis erfasst.<sup>11</sup> Diese Voraussetzungen sind im Normalfall nicht erfüllt, der Status als leitender Angestellter wird im Professorenbereich eher bei Leiterinnen oder Leitern von größeren Forschungseinrichtungen anzunehmen sein.<sup>12</sup>

Der Referentenentwurf des Ministeriums für Arbeit und Soziales sieht für die Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG eine Ausnahme für Arbeitnehmer vor, bei denen die gesamte Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. In der Begründung<sup>13</sup> wird ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmeregelung bei Führungskräften, herausgehobenen Experten oder Wissenschaftlern gegeben sein können, die nicht verpflichtet sind, zu festgesetzten Zeiten am Arbeitsplatz anwesend zu sein, sondern über den Umfang und die Einteilung ihrer Arbeitszeit selbst entscheiden können. Dieser Gedanke trifft auf Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen zu. Ebenso wie bei Hochschulleh-

<sup>8</sup> Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, BetrVG (Bd. 1), 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 23 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>9</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 24 mwN.

<sup>10</sup> Vgl. BAG v. 16.4.2002, 1 ABR 23/01, BB 2002, 2387; Löwisch/Kai-

ser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 mwN.

<sup>11</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, a.a.O., § 5 Rn. 29 und 30.

<sup>12</sup> Wertheimer/Meißner, a.a.O., Rn. 78.

<sup>13</sup> S. 14.

rern an staatlichen Hochschulen trägt er dem Umstand Rechnung, dass Zeitsouveränität eine wesentliche Voraussetzung für wissenschaftliches Arbeiten ist, es geht darum, die für das wissenschaftliche Arbeiten erforderliche Kreativität zu wahren und zu fördern.<sup>14</sup> Gedeckt ist diese Ausnahmeregelung von Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG.<sup>15</sup>

Der Referentenentwurf verlangt allerdings, dass die Herausnahme der in § 16 Abs. 7 Nr. 3 ArbZG genannten Arbeitnehmer von der Aufzeichnungspflicht in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung (oder Dienstvereinbarung) zugelassen ist. Damit läuft die Norm für private Hochschulen ins Leere, da Tarifverträge dort bislang keine Rolle spielen. Ganz abgesehen davon würde ein Tarifvertrag für private Hochschulen vornehmlich auch die nichtwissenschaftlichen sowie die nachgeordneten wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Blickfeld haben, wie dies auch im staatlichen Bereich der Fall ist. Dort sind Professoren gem. § 1 Abs. 3 lit. a) aus dem Geltungsbereich des TV-L ausgenommen.

Dass die im Referentenentwurf vorgesehene Ausnahmeregelung für die Aufzeichnungspflicht eine Regelung in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung voraussetzt, bedeutet eine weitere Privilegierung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse. Derartige Privilegierungen findet man beispielsweise bei der Arbeitnehmerüberlassung: Tarifgebundene Arbeitgeber können die dort vorgesehene Höchstdauer der Überlassung ausdehnen, nicht tarifgebundenen Arbeitgebern ist das nur bis zur Höchstdauer von 24 Monaten gestattet und auch nur dann, wenn tariflich entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vorgesehen sind.<sup>16</sup> In die gleiche Richtung geht § 9a Abs. 6 TzBfG zur sog. Brückenteilzeit, nach der durch einen Tarifvertrag der Rahmen für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung abweichend von § 9a Abs. 1 S. 2 TzBfG auch zuungunsten des Arbeitnehmers geregelt werden kann. Verfassungsrechtlich sind derartige Bestimmungen und damit auch die Regelung des Referentenentwurfs in § 16 Abs. 7 nicht haltbar. Versagt der Gesetzgeber den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern eine Regelung, die er den tarifgebundenen eigens erlaubt, liegt darin eine Diskriminierung, welche der ne-

gativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zuwiderläuft.<sup>17</sup> Dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Ausnahmeregelung in § 16 Abs. 7 des Referentenentwurfs dafür einsetzen möchte, mehr Tarifbindung zu erreichen, liegt auf der Hand.

Eine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung bei Professoren an privaten Hochschulen begegnet im Übrigen auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG Bedenken.<sup>18</sup> Auch mit Art. 3 Abs. 1 GG wäre sie nicht vereinbar, da kein sachlicher Grund ersichtlich ist, Professorinnen und Professoren an privaten Hochschulen arbeitszeitrechtlich anders zu behandeln als deren Kolleginnen und Kollegen an staatlichen Hochschulen.

Wie *Caspers*<sup>19</sup> zuletzt aufgezeigt hat, ist die Herausnahme von Professoren aus dem Arbeitszeitschutz unionsrechtlich zulässig. Somit wäre eine Erweiterung der Bereichsausnahmen in § 18 Abs. 1 ArbZG, die das BAG in seinem Beschluss vom 13.9.2022 als zulässige Ausnahmeregelung iSd Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG sieht, auf Professorinnen und Professoren, die an privaten Hochschulen tätig sind, möglich und auch der richtige Weg. Die Ergänzung um diesen Personenkreis würde dort auch systematisch hineinpassen. Außerhalb der leitenden Angestellten nennt § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG Chefärzte. Auch wenn sie in den Krankenhäusern eine herausgehobene Funktion einnehmen, sind sie in aller Regel keine leitenden Angestellten.<sup>20</sup> Der Regelungsgehalt von Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG trifft auf sie aber in gleichem Maße zu wie auf Hochschullehrer, mögen auch die Gründe, weshalb das Arbeitszeitrecht auf Chefärzte und Hochschullehrer nicht passt, unterschiedlich ausgeprägt sein.

Bedenkt man, dass aktuell an 113 Privaten Hochschulen in Deutschland über 350.000 Studierende von einer großen Anzahl an privatrechtlich angestellten Professorinnen und Professoren auf ihren akademischen Abschluss vorbereitet werden, täte der Gesetzgeber gut daran, bei der jetzt anstehenden Anpassung des Arbeitszeitgesetzes klare Verhältnisse zu schaffen und die Professoren aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitschutzes herauszunehmen. Blicke es bei der Regelung im Referentenentwurf vom 27.3.2023 und einer daraus folgenden Aufzeichnungspflicht, wird eine Verfassungsbeschwerde nicht lange auf sich warten lassen. Das ist vermeidbar.

<sup>14</sup> Detmer, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kapitel 4, Rn. 209; Caspers, OdW 2023, 102.

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Caspers*, a.a.O., S. 102.

<sup>16</sup> Löwisch, BB 47.2018, Die erste Seite; ders., Diskriminierung nicht tarifgebundener Arbeitgeber im neuen AÜG, DB Rechtsboard, 15.05.2017.

<sup>17</sup> Löwisch, a.a.O.

<sup>18</sup> Grzeszick, in: Geis, Hochschulrecht in Bayern, 2. Aufl. 2017, Kapitel 3, Rn. 235; Caspers, OdW 2023, 102.

<sup>19</sup> OdW 2023, 102.

<sup>20</sup> BAG v. 5.5.2010, 7 ABR 97/08, AP Nr. 74 zu § 5 BetrVG 1972; LAG Nürnberg v. 24.8.2016, 2 Sa 201/16, juris; *Wertheimer/Meißner*, a.a.O., Kapitel 11, Rn. 80.



b) Wissenschaftliche und nichtwissenschaftliche Mitarbeiter

Ohne dies weiter vertiefen zu müssen, fallen die wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter privater Hochschulen unter den Arbeitnehmerbegriff von § 2 Abs. 2 ArbZG und § 611a BGB. Deren Arbeitszeit ist zukünftig ebenso zu erfassen ist wie bei den entsprechenden Mitarbeitergruppen an staatlichen Hochschulen, unabhängig davon, ob es sich um staatliche Universitäten, Hochschulen für Angewandte Wissenschaften, Pädagogische Hochschulen oder Kunst- und Musikhochschulen handelt.

c) Organmitglieder

Private Hochschulen werden in den Rechtsformen der GmbH, gGmbH, des Vereins (e. V.), der Aktiengesellschaft (AG) oder als Stiftungshochschule geführt. Deren Organe, etwa die Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder die Vorstände eines Vereins sind keine Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 2 ArbZG, deren Arbeitszeit ist demnach nach § 16 Abs. 2 ArbZG RefE nicht zu erfassen. Dass der EuGH z.T. Richtlinien auch auf Organe einer Gesellschaft anwendet<sup>21</sup>, hat für den Arbeitnehmerbegriff des Arbeitszeitgesetzes keine Außenwirkungen.

d) Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder

Ebenfalls nicht zu erfassen ist die Arbeitszeit der Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule. Diese fallen als leitende Angestellte unter die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG, auf die das Arbeitszeitgesetz insgesamt nicht anwendbar ist. Präsidiums- oder Rektoratsmitglieder einer privaten Hochschule erfüllen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2, da sie einerseits zu ihrer leitenden Funktion rechtlich befugt sind, diese andererseits auch tatsächlich ausüben. Schließlich macht die Ausübung dieser Befugnisse einen wesentlichen Teil ihrer

Tätigkeit aus und prägt ihre Stellung in der Hochschule.<sup>22</sup> Regelmäßig einschlägig sein wird bei ihnen § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG: Leitender Angestellter ist danach, wer regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. Voraussetzung dafür ist, dass die dem Arbeitnehmer übertragene Aufgabe ein solches Gewicht hat, dass sie sich von den Aufgaben abhebt, die eine normale Angestellten-Tätigkeit ausmacht.<sup>23</sup> Das ist der Fall, wenn die betreffende Person maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische oder wissenschaftliche Leitung des Unternehmens oder Betriebs hat, sich demnach in einer Schlüsselposition befindet.<sup>24</sup> In einer derartigen Verantwortung stehen die Mitglieder der Leitung einer privaten Hochschule. Eines Zugriffs auf den Hilfstatbestand des § 5 Abs. 4 BetrVG bedarf es daher nicht. Richtig dürfte es auch sein, Dekane oder Fachbereichsleiter einer privaten Hochschule unter den Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG zu subsumieren, auf die die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG dann ebenfalls anzuwenden ist. Auch deren Arbeitszeiten müssten somit nicht erfasst werden.

Frank Wertheimer ist Partner der Kanzlei KRAUSS LAW in Lahr/Schwarzwald. Zuvor war er 17 Jahre im Universitätsbereich, davon über 10 Jahre in der Hochschulmedizin tätig. Zu seinen Beratungsfeldern gehört im Bereich des Arbeitsrechts auch das Hochschulrecht. Er ist Gastmitglied der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg

<sup>21</sup> z.B. EuGH v. 11.11.2010, C-232/09, DB 2011, 2270 – Danosa.

<sup>22</sup> Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 24 mwN.

<sup>23</sup> BAG v. 5.3.1974, 1 ABR 19/73, BB 1974, 553.

<sup>24</sup> Z.B. BAG v. 5.6.2014, 2 AZR 615/13, NZA 2015, 40; Löwisch/Kaiser/Kaiser, § 5 Rn. 36.

# Anne Paschke

## *Social Media-Nutzung von Hochschulen vor dem Aus? Verfassungsrechtliche Analyse der Untersagungsverfügung des BfDI gegen das BPA vom 17.02.2023*

Soziale Medien oder soziale Netzwerke wie Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, TikTok oder YouTube gehören zu den meistgenutzten Diensten im Internet.<sup>1</sup> Seit fast nunmehr 20 Jahren haben sie eine Verbreitung gefunden, dass durchschnittlich fast die Hälfte der Weltbevölkerung eines oder mehrere dieser Medien zumindest gelegentlich nutzt.<sup>2</sup> Ihre erhebliche Bedeutung für Information und Kommunikation ist unbestritten. Vielfach wird bereits konstatiert, dass der Rückgang der Nutzerzahlen bei „klassischen Medien“ wie Zeitungen, Rundfunk und (linearem) Fernsehen auch mit dem Aufkommen der sozialen Medien als Ort moderner Information und Kommunikation zusammenhängt.<sup>3</sup>

Auch wenn der überwiegende Anteil die private Kommunikation betreffen mag, ist die Nutzung sozialer Medien durch Einrichtungen des öffentlichen Sektors doch signifikant.<sup>4</sup> So sind fast alle Bundesministerien und viele Landesministerien, aber genauso die Europäische Kommission<sup>5</sup> sowie zahlreiche Kommunen auf Facebook vertreten. Sie informieren dort über ihre Tätigkeit und treten somit in Kontakt mit jenen, deren Interessen diese Behörden (aber auch viele Parlamente oder Gerichte) vertreten: die Öffentlichkeit, die Bevölkerung, Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen oder Vereini-

gungen aller Art. Soziale Netzwerke sind ein Ort des öffentlichen Lebens.

Das betrifft gleichermaßen auch die Hochschulen und alle relevanten Forschungseinrichtungen. „Fanpages“ auf Facebook haben neben den Technischen Universitäten<sup>6</sup> auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft<sup>7</sup>, die Max-Planck-Gesellschaft<sup>8</sup>, die Fraunhofer-Gesellschaft<sup>9</sup> und natürlich auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung<sup>10</sup>. Daneben sind auch zahlreiche Lehrstühle, Institute und Forschungsstellen auf Facebook, Instagram, Twitter oder LinkedIn vertreten, zum Teil mit eigenen Seiten für einzelne Vorlesungen oder Seminare.

So relevant die sozialen Medien und Netzwerke also für die Öffentlichkeitsarbeit auch im Wissenschaftsbereich sind, so sehr stellt sich aktuell (im Frühjahr 2023) die Frage: Stehen all diese Internetpräsenzen mit zusammen vielen Millionen Nutzerinnen und Nutzern vor dem Aus? Anlass für diese Frage gibt eine Verfügung des Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI), mit der dieser am 17.2.2023 dem Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (BPA) den Betrieb der „Facebook-Fanpage“ der Bundesregierung untersagt hat.<sup>11</sup> Sollte dessen Rechtmäßigkeit in dem der-

<sup>1</sup> Vgl. *We are Social, Hootsuite, DataReportal*, 2023, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach Anzahl der Nutzer im Januar 2023 (in Millionen), abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessen-social-networks-nach-anzahl-der-user/>, sowie Statista, 2022, Ranking der wichtigsten sozialen Netzwerke in Deutschland nach Markenbekanntheit im Jahr 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1309960/umfrage/bekannteste-soziale-netzwerke-in-deutschland/> (sämtliche Online-Quellen wurden am 29.05.2023 abgerufen).

<sup>2</sup> Alleine Facebook zählt nach eigenen Angaben derzeit 2,9 Mrd. monatlich aktive Nutzer, *Meta Platforms*, 2023, Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 4. Quartal 2022 (in Millionen), <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>.

<sup>3</sup> Aus dem Reuters Institute Digital News Report von 2020 geht hervor, dass soziale Medien zu Informationszwecken über das Tagesgeschehen zunehmende Bedeutung erlangen, <https://www.digitalnewsreport.org/survey/2020/overview-key-findings-2020/>.

<sup>4</sup> So nutzen bspw. Bundesministerien (exemplarisch: <https://www.facebook.com/bmdv>, <https://www.facebook.com/bmbf.de>, <https://www.facebook.com/BMWK>), regionale Behörden (exemplarisch: <https://www.facebook.com/stadtbraunschweig>, <https://www.facebook.com/stadt.koeln50>, <https://www.facebook.com/Stadt.Muenchen>) oder auch Polizeibehörden (exemplarisch: <https://www.facebook.com/PolizeiHannover>, <https://www.facebook.com/PolizeiBerlin>) soziale Medien, um über ihre Inhalte zu berichten. <https://www.facebook.com/eu.kommission>.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. die Fanpage der TU9, <https://www.facebook.com/TU9.de>.

<sup>7</sup> <https://www.facebook.com/Deutsche-Forschungsgemeinschaft>.

<sup>8</sup> <https://www.facebook.com/maxplanckgesellschaft>.

<sup>9</sup> <https://www.facebook.com/fraunhofer.de>.

<sup>10</sup> <https://www.facebook.com/bmbf.de/>.

<sup>11</sup> Der Bescheid ist abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Dokumente-allg/2023/Bescheid-Facebook-Fanpage.html>.

zeit anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren<sup>12</sup> bestätigt werden, ist davon auszugehen, dass auch der Betrieb von allen weiteren „Fanpages“ untersagt wird, mithin auch jene im Bereich von Hochschulen und Wissenschaft.

Der vorliegende Beitrag untersucht die Rechtmäßigkeit dieser Untersagungsverfügung und zeigt mögliche Konsequenzen für die digitale Information und Kommunikation im Wissenschaftsbereich auf.

## I. Vorgeschichte: Untersagungsverfügung gegen das BPA

Das BPA ist für die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung zuständig. Während in der Vergangenheit die Pressekonferenz das klassische Medium der Öffentlichkeitsarbeit einer Bundesregierung war und sich Menschen anschließend über die Texte, die Journalistinnen und Journalisten auf dieser Grundlage geschaffen haben, informieren konnten, nutzt die Bundesregierung über das BPA inzwischen soziale Medien, um Bürgerinnen und Bürger unmittelbar zu informieren.

Daher betreibt das BPA wie viele anderen Behörden verschiedene Webseiten in sozialen Medien. Eine dieser Webseiten ist eine Fanpage für die Bundesregierung auf der Plattform Facebook.<sup>13</sup> Bereits 2019 hatte der BfDI die obersten Bundesbehörden angeschrieben und mitgeteilt, dass eine datenschutzkonforme Nutzung von Facebook nicht möglich sei.<sup>14</sup> Mit Bescheid vom 17.2.2023 wurde der Betrieb nunmehr durch den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit untersagt.<sup>15</sup>

Der BfDI untersagt dem BPA also den Betrieb seiner Bundesregierungs-Fanpage auf Facebook, der über eine Million Menschen folgen. Gleichzeitig erkennt der BfDI jedoch an, dass eine entsprechende Fanpage für das BPA deshalb von großem Interesse ist, weil sich viele Menschen ihre Informationen vorrangig über das Netzwerk Facebook beschaffen.<sup>16</sup> Wird diese Fanpage abgeschaltet,

geht der BfDI selbst davon aus, dass Informationen der Bundesregierung von bestimmten Nutzerkreisen nicht mehr wahrgenommen werden.<sup>17</sup> Diesem Risiko zum Trotz ist die Untersagungsverfügung ergangen. Darüber hinaus wurde das BPA in verschiedenen weiteren Punkten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Facebook-Fanpage verwarnet.<sup>18</sup>

Diese Reaktion des BfDI ist insofern bemerkenswert, als der Leiter dieser obersten Bundesbehörde und frühere Staatssekretär im seinerzeitigen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in seinen fast 35.000 Tweets gegenüber ebenso vielen Followern auf Twitter kommuniziert und damit selbst als Abgeordneter, Staatssekretär und eben Beauftragter für den Datenschutz Öffentlichkeitsarbeit betrieben hat – jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, als er Twitter Ende 2022 verlassen hat. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, der jahrelang das soziale Netzwerk eines US-amerikanischen Tech-Konzerns als Kommunikationskanal genutzt hat<sup>19</sup>, verbietet nun dem BPA die Nutzung von Facebook für dessen Öffentlichkeitsarbeit.

## II. Rechtsfragen im Umgang mit der Untersagungsverfügung vom 17.2.2023

Die zentralen Rechtsfragen, die sich in Bezug auf die Untersagungsverfügung ergeben, sind:

- Liegt tatsächlich ein Datenschutzverstoß durch das Betreiben von Facebook-Fanpages vor (II.1)?
- Welche Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Öffentlichkeitsauftrag des Staates (II.2)?
- Wie wirkt sich dieser Ausgangsfall auf die Social Media-Praxis der Hochschulen aus (III.)?

1. Verstößt der Betrieb einer Facebook-Fanpage gegen die DSGVO?

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Datenschutzverstoß vorliegt. Es ist wohl unstrittig, dass die Datenverarbeitung durch die Facebook Plattform, die

<sup>12</sup> Die Klage ist am 16.03.2023 beim VG Köln eingegangen und wird dort unter dem Aktenzeichen 13 K 1419/23 geführt, <https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/press/Interessante-Verfahren/index.php>.

<sup>13</sup> <https://www.facebook.com/Bundesregierung/>.

<sup>14</sup> Vgl. Rundschreiben des BfDI an die behördlichen Datenschutzbeauftragten der obersten Bundesbehörden v. 20.05.2019, abrufbar unter: [https://www.bfdi.bund.de/DE/DerBfDI/Dokumente/Rundschreiben/Allgemein/Rundschreiben\\_allg-node.html](https://www.bfdi.bund.de/DE/DerBfDI/Dokumente/Rundschreiben/Allgemein/Rundschreiben_allg-node.html).

<sup>15</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 1, abrufbar unter <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Dokumente-allg/2023/Bescheid-Facebook-Fanpage.html>.

<sup>16</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 20.

<sup>17</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 20.

<sup>18</sup> Auf dieses Datenschutzinstrument soll hier nicht näher eingegangen werden, vgl. hierzu Nguyen, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DSGVO – BDSG, 3. Auflage 2022, Art. 58 DS-GVO Rn. 14.

<sup>19</sup> Vgl. Mitteilung auf der Website des BfDI v. 09.11.2022, [https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Kurzmitteilungen/DE/2022/20\\_bfdi-loescht-Twitter-Account.html?nn=251928](https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Kurzmitteilungen/DE/2022/20_bfdi-loescht-Twitter-Account.html?nn=251928).

inzwischen vom Meta Konzern betrieben wird, teilweise datenschutzrechtswidrig erfolgt.<sup>20</sup> Die Hauptvorwürfe sind vorliegend das rechtswidrige Setzen von Cookies und das Fehlen einer wirksamen Vereinbarung in Bezug auf eine gemeinsame Verantwortlichkeit.<sup>21</sup>

Eine Datenverarbeitung auch mit Hilfe von Cookies<sup>22</sup> ist aufgrund des datenschutzrechtlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nur zulässig, wenn der Nutzer in diese Datenverarbeitung eingewilligt hat oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt, vgl. Art. 6 DSGVO. Da Meta nicht hinreichend transparent über die verwendeten Cookies und darüber informiert, welche personenbezogenen Daten hierüber erfasst werden, kann darin ein Datenschutzverstoß gesehen werden.<sup>23</sup> Es fehlt mangels wirksamer Einwilligung somit an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die Datenverarbeitung.<sup>24</sup>

Auch weitere rechtliche Ermächtigungsgrundlagen sind nicht ersichtlich: Meta nutzt nämlich Cookies, um Nutzerprofile anzulegen und auf dieser Grundlage Werbung auszuspielen. Die so adressierte Werbung ist Teil des Geschäftsmodells von Facebook, welches vorliegend das eigentliche Problem darstellt. Es besteht somit für die Datenverarbeitung mithilfe von Cookies zumeist keine technische, sondern lediglich eine ökonomische Notwendigkeit, für welche teilweise keine Ermächtigungsgrundlage ersichtlich ist.

Darüber hinaus werden die Anforderungen des Art. 26 DSGVO an die Vereinbarung bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit<sup>25</sup> nicht eingehalten. Facebook übernimmt zwar in seinen Seiten zu Page Insights-Ergänzungen (das sog. Page Insights Addendum) die Verantwortung für die Datenverarbeitung auf der Plattform<sup>26</sup>, legt jedoch die Datenverarbeitungsschritte, die

Facebook mit den erfassten personenbezogenen Daten seiner Nutzerinnen und Nutzer im Einzelnen vollzieht, nicht offen. Dieser Text ist damit nicht als hinreichende Vereinbarung i.S.d. Art. 26 DSGVO anzusehen.<sup>27</sup>

Wie sind diese Datenschutzverstöße von Meta nun aber dem BPA zuzurechnen?

Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit müssen die Verantwortlichen die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen, vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dabei ist auf die tatsächliche jeweilige Funktion bei der Verarbeitung abzustellen.<sup>28</sup> Eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist bei einem tatsächlichen Einfluss auf die Entscheidung der Verarbeitung anzunehmen.<sup>29</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>30</sup> und den Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses<sup>31</sup> kommt es darauf an, ob die Beiträge der Verantwortlichen mitursächlich für die Datenverarbeitung sind. Der BfDI wertet das Betreiben der Fanpage durch eine Bundesbehörde als das Setzen der primären Ursache, die es Meta erst ermöglicht, Daten über Besucherinnen und Besucher der Fanpage zu erheben. Zudem profitieren sowohl Meta als auch das BPA von der Datenverarbeitung. Das BPA erhöht als Fanpage-Betreiber die Reichweite seiner Öffentlichkeitsarbeit und Meta profitiert insoweit, als es mithilfe der über die Fanpage gewonnenen Daten die auf dem Netzwerk bereitgestellte Werbung optimieren kann. Somit ist von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO auszugehen.<sup>32</sup>

Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung zu Fanpages von 2018<sup>33</sup> festgestellt, dass Facebook und Betreiber einer Fanpage auf dieser Plattform in Bezug auf die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Besu-

<sup>20</sup> Zur datenschutzrechtlichen Diskussion um Facebook vgl. etwa *Hoffmann/Schmidt*, GRUR 2021, 679; Lohse, NZKart 2020, 292; Schweda, ZD-Aktuell 2015, 04659; Solmecke, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 21.1 Social Media, Rn. 43 ff. Auch gerichtlich wurde das Verhalten von Facebook bereits datenschutzrechtlich beanstandet, vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 11.09.2019 – 6 C 15.18 = NJW 2020, 414.

<sup>21</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, abrufbar unter [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/weitere\\_dokumente/DSK\\_Kurzzutachten\\_Facebook-Fanpages\\_V1\\_18.03.2022.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/weitere_dokumente/DSK_Kurzzutachten_Facebook-Fanpages_V1_18.03.2022.pdf).

<sup>22</sup> EuGH, MMR 2019, 732 – „Planet49“; vgl. hierzu auch: *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349.

<sup>23</sup> Unter Verweis auf Erwägungsgrund 42 der DS-GVO auch Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 31 ff.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Möller*, VuR 2022, 449, 453 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, S. 19.

<sup>26</sup> [https://www.facebook.com/legal/terms/page\\_controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum). Vgl. auch [https://www.facebook.com/legal/controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/controller_addendum).

<sup>27</sup> Vgl. Kurzzutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages v. 18.03.2022, S. 19.

<sup>28</sup> *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 26 DS-GVO Rn. 13.

<sup>29</sup> EuGH, NJW 2018, 2537, Rn. 31 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, MMR 2019, 579 – „Fashion ID“ wonach das Kriterium der gemeinsamen Verantwortlichkeit zum wirksamen Schutz von Betroffenen weit auszulegen ist; ansonsten: EuGH NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>31</sup> Leitlinien 07/2020 des European Data Protection Board zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO.

<sup>32</sup> Vgl. Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 14 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

<sup>33</sup> EuGH, NJW 2018, 2537 – „Wirtschaftsakademie“.

cherinnen und Besucher dieser Fanpage grundsätzlich als gemeinsame Verantwortliche zu werten sind. Daran ändert nach h.M. auch der Umstand nichts, dass Meta die Verantwortung für die Datenverarbeitung auf der eigenen Plattform übernimmt.<sup>34</sup> Dennoch müssen wir uns fragen: Darf eine Datenschutzaufsichtsbehörde trotz dieser Verantwortungsübernahme durch Meta einfach gegen das BPA vorgehen, obwohl die Datenschutzverstöße durch Meta erfolgen? Der BfDI kann selbst nicht gegen Facebook vorgehen, da für dieses Unternehmen die irische Datenschutzaufsichtsbehörde zuständig ist.<sup>35</sup>

In diesem Zusammenhang hat sich das Bundesverwaltungsgericht 2019 bereits eindeutig positioniert<sup>36</sup>: Mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit geht eine „Gesamt-schuld“ einher, so dass Aufsichtsmaßnahmen auch gegenüber dem Fanpagebetreiber möglich sind, obwohl dieser kaum Möglichkeiten hat, auf die technische Gestaltung Einfluss zu nehmen.<sup>37</sup> Zwar kann das BPA gewisse Einstellungen treffen und sich Statistiken beim Betreiben der Fanpage ausblenden lassen; hierdurch werden jedoch Datenschutzverstöße durch das Unternehmen Meta nicht verhindert.

Der BfDI als zuständige Aufsichtsbehörde zur Ahndung von Datenschutzverstößen durch öffentliche Stellen des Bundes kann nach § 9 Abs. 1 BDSG bzw. § 29 Abs. 2 TTDSG bei der Wahl des Maßnahmegegners eine „Störerauswahl“ treffen.

Nach geltender Rechtsprechung haftet das BPA damit auch für Datenschutzverstöße durch den Konzern Meta, dem Betreiber des sozialen Netzwerks Facebook.<sup>38</sup> Der BfDI nimmt das BPA vorliegend aus prozessökonomischen Gründen in Anspruch. Eine Inanspruchnahme von Meta wäre schwieriger, zumal hierfür die irische Datenschutzaufsicht zuständig ist. Faktisch adressiert der BfDI ein (durchaus fragwürdiges) Geschäftsmodell von Meta, beschränkt sich aber (inkonsequenterweise) auf eine einzige Fanpage, statt den Betrieb sämtlicher Fanpages in seinem Zuständigkeitsbereich zu untersagen.

## 2. Die Rolle des Öffentlichkeitsauftrags des Staates

Geht man von einem Verstoß gegen die DSGVO und das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) aus, stellt sich als zweites die Frage, welche Rolle der Öffentlichkeitsauftrag des Staates in diesem Fall spielt.

Datenschutzaufsichtsmaßnahmen müssen nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen werden.<sup>39</sup> Ist dieser verfassungs- bzw. europarechtliche Grundsatz nicht hinreichend bei der Abwägung berücksichtigt worden, kann die Untersagung/Abschaltung der Facebook-Fanpage die verfassungsrechtliche Pflicht der Bundesregierung zur Öffentlichkeitsarbeit beeinträchtigen.

Dabei müssen wir uns zunächst die Frage stellen: Ist der Öffentlichkeitsauftrag eine Pflicht aus der Verfassung bzw. aus dem EU-Primärrecht? Dies ist im Ergebnis zu bejahen. Die Meinungs-, Presse-, Informations- und Versammlungsfreiheit ist schlechthin konstituierend in einer Demokratie.<sup>40</sup> Das verfassungsrechtliche Gebot der Öffentlichkeitsarbeit wird durch das Bundesverfassungsgericht aus dem Demokratieprinzip, d.h. aus Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet und hat die Aufgabe, demokratische Teilhabe und gleichzeitig demokratische Kontrolle zu sichern.<sup>41</sup> Der Staat muss nicht nur seine Bürgerinnen und Bürger informieren, sondern es besteht eine generelle Pflicht zur Transparenz staatlichen Handelns.<sup>42</sup>

Demokratiethoretisch ist die rein repräsentative Demokratie nicht mehr die aktuell gelebte Erwartungshaltung des Volkes. Es genügt dem mündigen Souverän somit nicht mehr, sich nur alle vier Jahre zur Wahl in den politischen Diskurs einbringen zu können.<sup>43</sup> Vielmehr lebt die Demokratie von der Kommunikation und Interaktion des Staates mit seinen Bürgerinnen und Bürgern. Über Meinungsbilder und Korrekturen bzw. die Anpassung der Politik auf dieser Grundlage werden Erwartungen von Bürgerinnen und Bürgern in den politischen Diskurs eingebracht.<sup>44</sup> Das Fehlen von staatlicher Kom-

<sup>34</sup> [https://www.facebook.com/legal/terms/page\\_controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum); [https://www.facebook.com/legal/controller\\_addendum](https://www.facebook.com/legal/controller_addendum).

<sup>35</sup> Zur Zuständigkeit allgemein *Eichler/Matzke*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 43. Edition, Art. 55 DSGVO.

<sup>36</sup> BVerwG, NJW 2020, 414.

<sup>37</sup> BVerwG, NJW 2020, 414, 417.

<sup>38</sup> EuGH, NJW 2018, 2537.

<sup>39</sup> Vgl. *Nguyen*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 2022, Art. 58 DS-GVO Rn. 17; Selmayr, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 58 Rn. 18. Zur Berücksichtigung weiterer Grundrechte vgl. Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage

2022, Bd. I § 103 Rn. 120.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198.

<sup>41</sup> BVerfG, NJW 1977, 751. *Horn* spricht von der „Öffentlichkeit als Lebensgesetz der Demokratie“ in VVDStRL 68 (2009), 413, 418.

<sup>42</sup> *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, S. 148. Hierzu auch *Grezzick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 99. EL September 2022, Art. 20 Rn. 22; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 15 f.

<sup>43</sup> Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn. 10.

<sup>44</sup> Hierzu allgemein: *Emmer*, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 57-80.

munikation bedingt heute mehr denn je das Risiko von Desinformationskampagnen und ist in der Folge demokratiegefährdend.<sup>45</sup> Wenn der Staat Desinformation oder Akzeptanzdefizite ignoriert, werden die Grundfesten des demokratischen Rechtsstaates brüchig. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Öffentlichkeitsarbeit einer Regierung und gesetzgebenden Körperschaften auch notwendig ist, um den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig zu erhalten.<sup>46</sup> Somit übernimmt die Öffentlichkeitsarbeit eine wichtige verfassungsrechtliche Aufgabe.<sup>47</sup>

Die Herstellung von Öffentlichkeit ist auch über eine Präsenz in sozialen Netzwerken möglich. Öffentlichkeitsarbeit ist nämlich nicht auf ein bestimmtes Medium beschränkt. Insbesondere besteht keine Begrenzung auf „klassische Medien“ wie Rundfunk und Presse. Diese werden von vielen Personengruppen immer weniger konsumiert.<sup>48</sup> Im Gegenteil: Die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung muss sich an neue Medien und Kommunikationsräume anpassen.<sup>49</sup> Durch die sozialen Medien und die diesen immanente Schaffung neuer Kommunikationsräume manifestiert sich ein Kulturwandel.<sup>50</sup> Diesen darf der Staat nicht ignorieren.

Es besteht verfassungsrechtlich auch keine Beschränkung auf bestimmte alternative Kommunikationskanäle. Soziale Netzwerke sind nicht durch Rundfunk und Presse zu ersetzen. Der Staat darf und sollte dort sein, wo sich seine Bürgerinnen und Bürger aufhalten. Die Kommunikation hat sich gewandelt. Auch der BfDI erkennt an, dass Fanpages geeignet sind, ein gewisses Zielpublikum zu erreichen.<sup>51</sup> Zudem sind Soziale Medien der einzige Ort, an dem eine dialogorientierte Öffentlichkeitsarbeit erfolgen kann, und eine unmittelbare Reaktion des Adressaten möglich ist. Die Kommunikation mit

dem Staat über diese sogenannten neuen Medien erhöht deren Wirkmacht gegenüber einer eindimensionalen Information über den Staat, wie dies für klassische Medien üblich ist.

Der Wandel der Kommunikationskultur durch digitale Interaktion hat sich in den letzten 15 Jahren vollzogen, seit das Internet mit dem web 2.0 sog. „user generated content“<sup>52</sup> über Plattformen ermöglicht.<sup>53</sup> Die überraschende Bedeutung für den Staat ergibt sich nicht nur für dessen Information, sondern auch wegen der Unterbindung von Desinformation. Dem kann man nur durch eine Moderation und einen permanenten Diskurs gesteuern. Plattformbetreiber sind die neuen Intermediäre in der Kommunikation.<sup>54</sup>

Die Untersagung des Betriebens einer Fanpage hat der BfDI nach § 29 Abs. 3 TTDSG iVm Art. 58 Abs. 2 lit. f) der DSGVO verhängt. Dem müsste jedoch eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § 40 VwVfG zugrundeliegen. Genau diese kann jedoch bezweifelt werden. Hierfür hätte es einer Folgenabschätzung im Sinne einer „Belastungsgesamtrechnung“<sup>55</sup> bedurft. Denn nicht nur das BPA hat den Betrieb seiner Fanpage einzustellen. Wenn man der Rechtsauffassung des BfDI folgt, müssten tatsächlich alle (!) Behörden Facebook fernbleiben. Zudem gilt dies nicht nur für eine Präsenz auf Facebook, sondern auch für Instagram, Twitter, TikTok, Youtube, etc. Alle Behördenseiten bei den großen amerikanischen und chinesischen Diensteanbietern müssten danach wegen Datenschutzbedenken geschlossen werden.<sup>56</sup>

Damit würde ein Großteil der Öffentlichkeitsarbeit in der heutigen Zeit wegbrechen bzw. auf den Stand vor 2005, also zur alten Pressekonferenz, zurückgeworfen. Dies ist insoweit als kritisch anzusehen, da die Presse aufgrund des wirtschaftlichen Drucks durch das digitale

<sup>45</sup> Hierzu u.a. *Emmer*, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 63.

<sup>46</sup> BVerfG, NJW 1977, 751, 753.

<sup>47</sup> Vgl. auch *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, S. 96 ff., 148.

<sup>48</sup> *Brandt*, 2023, Print-Reichweite schrumpft, <https://de.statista.com/infografik/29857/umfrage-zur-nutzung-von-verlagsmedien-in-deutschland/>.

<sup>49</sup> So BVerfG, NVwZ 2015, 2019, 212 unter Verweis auf BVerfG, NJW 2002, 2621.

<sup>50</sup> Allgemein zum Kulturwandel im Prozess der digitalen Transformation Videomitschnitt des Leopoldina-Symposiums „Die Digitalisierung und ihre Auswirkungen auf Mensch und Gesellschaft“, <https://www.leopoldina.org/veranstaltungen/veranstaltung/event/2464/>. Zur Grundrechtsverwirklichung im Kontext der Digitalisierung vgl. *Heckmann/Paschke*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn. 1 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Informationszusammenstellung des BfDI über den Betrieb von Facebook-Fanpages auf der eigenen Website, <https://www.bfdi.bund.de/DE/Fachthemen/Inhalte/Telemedien/FacebookFanpages.html>.

<sup>52</sup> Hierzu etwa *Roggenkamp*, in: Barzsch/Briner (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2010, 197.

<sup>53</sup> *Heckmann/Paschke*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Auflage 2022, Bd. I § 121 Rn.4.

<sup>54</sup> Zum Begriff der Medienintermediäre vgl. *Ory*, ZUM 2021, 472, 475. Zur Plattformökonomie unter rechtlichen Aspekten vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, WD 6-3000-058/17, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/532608/.../wd-6-058-17-pdf-data.pdf>.

<sup>55</sup> Hier angelehnt an die Überwachungsgesamtrechnung von *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 ff.; eine ähnliche Anleihe im Sinne einer Determinierungsgesamtrechnung findet sich auch bei *Paschke*, MMR 2019, 563, 567.

<sup>56</sup> Diese Überlegung folgt der Annahme, dass weder die USA, noch China ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten. Vgl. hierzu eine Analyse der deutschen Datenschutzbehörden und des Europäischen Datenschutzausschusses, <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/02/where-is-data-processing-still-possible>.

Konsumverhalten der Bürgerinnen und Bürger immer weniger feste Journalistinnen und Journalisten beschäftigt.<sup>57</sup> Zudem könnten Bürgerinnen und Bürger staatliche Informationen nicht mehr kostenfrei erhalten, sondern müssten entweder Presseerzeugnisse erwerben oder auf den Webseiten der Presseverlage in die Verarbeitung und Weitergabe von personenbezogenen Daten auch an Drittunternehmen einwilligen. Die Presseverlage und Medienhäuser haben sich im Zuge der Verhandlungen zur ePrivacy-Verordnung in einem offenen Brief für die aktuell geltende seitenindividuelle Cookiepraxis und gegen eine datenschutzfreundlichere browserbasierte Regelung zu trackingbasierter Werbung ausgesprochen.<sup>58</sup> Auch für die sogenannten klassischen Medien sind die auf Basis von Trackingdiensten erzielten Werbeeinnahmen ein wichtiges neues Geschäftsmodell geworden.

Insofern erscheint es widersprüchlich, wenn der BfDI beklagt, dass Behörden mittelbar Profilbildung für Werbezwecke auf Facebook durch ihre Fanpages unterstützen, obwohl dies nicht vom Öffentlichkeitsauftrag gedeckt sei – um dann wiederum auf andere Kommunikationskanäle, etwa die Presseberichterstattung, zu verweisen, auf deren Online-Präsenzen nichts Anderes stattfindet.

Gerade für Hochschulen, aber auch viele weitere Behörden würde mit dieser Entscheidung eine wichtige Quelle für Recruiting-Kampagnen wegfallen. Über soziale Medien werden nämlich junge Menschen adressiert, die sich potentiell für ein Studium oder eine Ausbildung begeistern können. Über Fernsehspots und Pressekonferenzen werden ganze Generationen kaum mehr erreicht.<sup>59</sup> Und ein breit genutztes europäisches soziales Netzwerk zur privaten Kommunikation gibt es seit der Abschaltung von StudiVZ nicht mehr.<sup>60</sup>

Legt man dementsprechend die Rechtsauffassung des BfDI zugrunde, dürfte eigentlich keine (Bundes-)Behörde irgendein Angebot in den sozialen Medien nutzen. Insofern erscheint es willkürlich, wenn der BfDI eine einzige Seite einer einzigen Behörde in einem einzigen Netzwerk untersagt – alles andere aber bestehen lässt. Das erinnert auch an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Störerauswahl im Gefahrenabwehrrecht<sup>61</sup>: Wenn bei einem Festival hunderte Autos illegal geparkt wurden, wäre es willkürlich, ein hervorstechendes Auto herauszugreifen und nur dieses abzuschleppen, wenn dadurch die bestehende Gefahrenlage nicht effektiv beseitigt wird. Dem Einwand, es könnten ja nicht alle Fahrzeuge gleichzeitig abgeschleppt werden, ist zu entgegenen, dass die Effektivität der Gefahrenabwehr ein belastbares Konzept fordert. So könnten die Fahrzeuge zum Beispiel von vorne nach hinten konsequent abgeschleppt werden, um so den rechtswidrigen Zustand effektiv zu beseitigen. Ein solches transparentes Konzept, welche Webseite und welche Social Media-Nutzung als nächstes untersagt werden, fehlt vorliegend.

In seiner Abwägung unterschlägt der BfDI, dass er eigentlich gegenüber allen Bundesbehörden vorgehen müsste und alle Fanpages auf allen sozialen Netzwerken faktisch mit seinen Überlegungen abschalten möchte. Diese Annahme unterstützt auch die Ausführung des BfDI, wonach „alle Behörden in der Verantwortung stehen, sich vorbildlich an Recht und Gesetz zu halten“.<sup>62</sup> Die Hoffnung auf eine entsprechende Signalwirkung des vorliegenden Verfahrens hat der BfDI bereits öffentlich anklingen lassen.<sup>63</sup>

Zudem verweist der BfDI nur für die Facebook-Fanpage-Problematik auf Alternativen.<sup>64</sup> Es ist aber davon auszugehen, dass bei einer Verlagerung der Öffentlichkeitsarbeit auf TikTok oder Instagram auch diese Kanäle

<sup>57</sup> Vgl. F.A.Z.-Interview mit dem Leiter der Deutschen Journalistenschule, Jörg Sadrozinski, wonach nur noch rund 30 Prozent der Journalisten eine Festanstellung erhalten, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/buero-co/journalisten-beruf-in-der-krise-nur-30-prozent-mit-fester-stelle-12162566.html>. Allgemein zum Verhältnis von sozialen Medien zu Journalismus: Neuberger, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Auflage 2022, S. 81-102.

<sup>58</sup> Mitteilung auf der Website des Medienverband der freien Presse v. 07.03.2018, <https://www.mvfp.de/nachricht/artikel/offener-brief-europa-darf-die-datenrevolution-nicht-verpassen/>.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu Egger/Gattringer/Kupferschmitt, Media Perspektiven 5/2021, 270, 270.

<sup>60</sup> Unter den meistgenutzten sozialen Netzwerken befindet sich kein europäisches Netzwerk, *We are Social, Hootsuite, DataReportal*, 2023, Ranking der größten Social Networks und Messenger nach Anzahl der Nutzer im Januar 2023 (in Millionen), <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessten-social-networks-nach-anzahl-der-user/>. Die in Deutschland betriebene Plattform Xing wird primär im deutsch-

sprachigen Raum aber vorrangig als Berufsnetzwerkplattform verwendet, vgl. hierzu SimilarWeb, 2023, Anteil des Desktop-Traffics von xing.com nach Herkunftsland im März 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/501513/umfrage/laender-mit-dem-hoechsten-anteil-am-traffic-von-xing/>.

<sup>61</sup> Hierzu etwa VG Karlsruhe, BeckRS 2005, 24209, VG Bremen, BeckRS 2014, 55577. Allgemein zur er-messensfehlerfreien Störerauswahl Würtenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Auflage 2017, Rn. 358 ff.

<sup>62</sup> Pressemitteilung 6/2023 des BfDI, <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/06-Untersagung-Betrieb-Fanpage-BReg.html>.

<sup>63</sup> Vgl. Reply auf dem Mastodon-Account des BfDI (@bfdi@social.bund.de) vom 27.2.2023 „Wir stecken unsere Energie jetzt gerade erstmal in dieses Verfahren. In ein paar Wochen wissen wir, ob das Bundespresseamt gegen unseren Bescheid klagt oder nicht. Dann sehen wir weiter. Aber selbstverständlich hoffen wir auf eine gewisse Signalwirkung dieses „Muster“-Verfahrens.“ [https://social.bund.de/@bfdi/with\\_replies](https://social.bund.de/@bfdi/with_replies).

<sup>64</sup> Bescheid des BfDI vom 17.2.2023, S. 43.

sehr schnell datenschutzrechtlich in Frage gestellt werden. Das angegebene Tool Mastodon ist eben keine adäquate Alternative, da sich dort Menschen nicht in einem Netzwerk aufhalten.<sup>65</sup> Zudem nutzen dieses Tool nur sehr wenige Bürgerinnen und Bürger.<sup>66</sup>

Es wurde damit die Dimension, die diese Rechtsauffassung auch für den demokratischen Rechtsstaat hat, in der getroffenen Abwägung nicht erkannt. Insbesondere fehlen empirische Daten zur Anzahl der Behörden auf Facebook, wieviel Kommunikation dort stattfindet, und eine Wirksamkeitsmessung, welche Informationen über welchen Kanal wie rezipiert werden.

Vor diesem Hintergrund hätte sich der BfDI vorab ausführlich mit der Frage auseinandersetzen müssen, welche Rolle der Öffentlichkeitsauftrag des Staates in diesem Zusammenhang spielt. Will er den Vorwurf der Willkür vermeiden, müsste er sämtliche datenschutzwidrigen Aktivitäten auf sozialen Netzwerken untersagen, nicht nur jene des BPA auf Facebook. Dann aber wird eine (entscheidungs-)erhebliche Beeinträchtigung staatlicher Öffentlichkeitsarbeit herbeigeführt. Diese ist (einschließlich empirischer Daten) in den Abwägungsprozess der Datenschutzaufsicht einzubringen; aktuell ist daher davon auszugehen, dass ein Abwägungsdefizit vorliegt.

### III. Auswirkungen der Entscheidung des BfDI auf die Hochschulen

Natürlich kann man derzeit noch nicht absehen, wie das Verwaltungsgericht Köln und mögliche weitere Instanzgerichte im Fall BfDI vs. BPA entscheiden werden. Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung, müsste die Untersagungsverfügung des BfDI wegen des Abwägungsdefizits wohl aufgehoben werden. Je nachdem, wie die Entscheidung im Detail begründet wird und welcher Stellenwert den Datenschutzrisiken einerseits und dem Öffentlichkeitsauftrag des Staates andererseits zugemessen wird, könnte ein Verbleib staatlicher Behörden in sozialen Netzwerken kurz- oder langfristig möglich sein.

Was nach derzeitigem Kenntnis- und Verfahrensstand aber sicher ist: Die Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die Hochschulen und wissenschaftlichen Einrichtungen. Wie eingangs geschildert, sind diese vielfach mit Facebook-Fanpages, Instagram- und

Twitter-Accounts oder gar auf TikTok vertreten. Auch sie betreiben Öffentlichkeitsarbeit in diesen sozialen Medien, um insbesondere Schülerinnen und Schüler oder Studierende dort zu erreichen, wo diese sich vielfach aufhalten. Zwar sind die Möglichkeiten zur Öffentlichkeitsarbeit der Hochschulen keineswegs auf soziale Medien beschränkt. Diese spielen aber eine durchaus wesentliche Rolle, wenn man sich nur exemplarisch die Facebook-Fanpages von Hochschulen anschaut. So informiert etwa die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau ihre mehr als 18.000 Follower mehrfach in der Woche über aktuelle Ereignisse, Forschungserkenntnisse oder studentische Belange. Das gilt in ähnlicher Weise für die Technische Universität München mit 104.000 Followern auf Facebook. Es sind aber nicht nur solche empirischen Zahlen, die die Relevanz von sozialen Medien in der öffentlichen Kommunikation von Hochschulen belegen. Öffentlichkeitsarbeit zumindest bei den staatlichen Hochschulen hat einen vergleichbaren verfassungsrechtlichen Hintergrund wie jene der Bundesregierung oder Bundesverwaltung. Sie lässt sich gleichermaßen verfassungsrechtlich auf das Demokratieprinzip zurückführen. Man könnte auch so weit gehen und eine Verbindung zum Prinzip der responsiven Demokratie<sup>67</sup> herstellen. Will der Staat mit seinen Einrichtungen (wie eben auch den Hochschulen) im 21. Jahrhundert sein „Ohr am Puls der Zeit“ halten, muss er die Befindlichkeiten, Erwartungen und Aktivitäten seiner Bürgerinnen und Bürger dort erkunden, wo diese sich befinden: in den sozialen Medien. Dies stärkt auch Akzeptanz und Vertrauen des Staates, nicht zuletzt durch die partizipativen Elemente.<sup>68</sup>

Auch das Hochschulrecht erkennt die Bedeutung öffentlicher Kommunikation der Hochschulen an. So unterrichten die Hochschulen gem. § 2 Abs. 9 LHG (Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg) „die Öffentlichkeit regelmäßig über die Erfüllung ihrer Aufgaben und die dabei erzielten Ergebnisse.“ Auch nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 NGH (Niedersächsisches Hochschulgesetz) ist die Öffentlichkeit durch die Hochschulen über die Erfüllung ihrer Aufgaben sowie über ihre Veranstaltungen zu unterrichten. Ergänzend wird die Kontaktpflege mit ehemaligen Mitgliedern der Hochschule als Aufgabe definiert (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 NGH). Eine solche Kontaktpflege erfolgt insbesondere auch in

<sup>65</sup> <https://mastodon.help/de>.

<sup>66</sup> YouGov, 2022, Bekanntheit der Twitter-Alternative Mastodon in Deutschland insgesamt und nach Altersgruppen im Jahr 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1346383/umfrage/bekanntheit-von-mastodon-in-deutschland/>.

<sup>67</sup> Hierzu bereits Uppendahl, ZParl. 1981, 123 ff.; vgl. auch Rommelfanger, Das konsultative Referendum, 1988, S. 103 ff.; Zittel, Mehr

Responsivität durch digitale Medien?, 2010; sowie Würtenberger, Politik und Kultur, 1985, S. 51 ff., 59 ff.

<sup>68</sup> Allgemein zur Bedeutung von Akzeptanz Würtenberger, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996; vgl. auch Drefs, Die Öffentlichkeitsarbeit des Staates und die Akzeptanz seiner Entscheidungen, 2019.



sozialen Medien. Bemerkenswert ist auch § 2 Abs. 2 BayHIG (Bayerisches Hochschulinnovationsgesetz): Danach wirken die Hochschulen als offene und dynamische Bildungseinrichtungen in die Gesellschaft hinein. Sie betreiben und fördern den Wissens- und Technologietransfer für die soziale, ökologische und ökonomische Entwicklung. Durch eine kontinuierliche Wissenschaftskommunikation und künstlerischen Austausch setzen sich die Hochschulen für ein besseres Verständnis von Wissenschaft und Kunst ein, befähigen im öffentlichen Diskurs zur Einbringung wissenschaftlich geprüfter Fakten und zur Aufdeckung manipulativer Fehlinformationen. Sie nutzen und unterstützen den Fortschritt durch Digitalisierung in allen Bereichen. Um all diese Aufgaben zu erfüllen, bedarf es eines umfassenden Systems der öffentlichen Kommunikation, Plattformen für die öffentliche Debatte und einer Feedbackstruktur, die den einzelnen erreicht, um ihn zu informieren, vor Desinformation zu bewahren und gleichzeitig aufnimmt, wie diese Personen sich äußern, wie sie agieren und wie sie sich zu diesen Informationen verhalten. Konventionelle Pressekongresse, das lineare Fernsehen oder Printmedien erreichen diese Form der unmittelbaren Kommunikation nicht.

So gesehen müssten die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden ähnliche wie die hier angestellten Abwägungen vornehmen, bevor sie die Nutzung sozialer Medien durch die Hochschulen untersagen. Es ist allemal empfohlen, dass die Hochschulen und ihre Interessenverbände den Rechtsstreit vor dem VG Köln beobachten und zu gegebener Zeit auf diese Entwicklung reagieren bzw. sich für vergleichbare Verfahren wappnen.

#### IV. Fazit: Von Köln nach Europa und wieder zurück

Die datenschutzrechtliche Situation in Europa ist paradox. Derzeit betreibt selbst die EU-Kommission als Hüterin der Verträge und der Einhaltung des Europarechts eine Präsenz auf Facebook und die irische Datenschutzaufsichtsbehörde, die für die Aufsicht gegenüber Meta und anderen großen internationalen Digitalkonzernen zuständig ist, da diese in Irland ihren europäischen Sitz haben, sieht sie selbst keinen Bedarf, in diesem Zusammenhang gegen die Datenverarbeitung bzw. die teilweise unvollständige Bereitstellung von Informa-

tionen zur Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Plattform Facebook vorzugehen. Diese Entscheidung ist ebenfalls kritisch zu hinterfragen. Es zeigt zumindest, dass wir von dem Ziel der DSGVO der europäischen Harmonisierung der Datenschutzstandards in der Praxis noch weit entfernt sind.

Der derzeit vor dem VG Köln geführte Rechtsstreit zwischen zwei deutschen Bundesbehörden ist geeignet, auch Auswirkung auf das europäische Verständnis der DSGVO zu haben. Es bleibt dennoch zu hoffen, dass die Entscheidung den Instanzenzug beschreitet und die Justiz über den Einzelfall hinausgehend die dahinterliegenden komplexe demokratische und kommunikative Herausforderung in ihre Überlegungen einbezieht.

Wir erleben aktuell einen Kulturwandel durch die Digitalisierung der Kommunikation. Dieser kann nicht durch die Abschaltung einer einzelnen Fanpage auf einer Plattform durch eine Behörde gelöst werden. Gleichsam stellt ein kollektives Verbot für Behörden, soziale Medien zu nutzen und damit diesen Kommunikationsraum zu verlassen, keine adäquate Lösung dar. Übertragen stellen sich diese Herausforderungen nämlich in vielen weiteren Zusammenhängen, insbesondere auch bei allen Softwareangeboten von amerikanischen und chinesischen Anbietern, die über eine Cloud betrieben werden<sup>69</sup>, allen anderen sozialen Netzwerken und natürlich bei Videokonferenzsystemen, was in der Datenschutzpraxis bereits die verschiedensten Blüten getrieben hat.<sup>70</sup>

Die nationale und europäische Justiz kann zwar dabei helfen, eine einheitliche Datenschutzpraxis in Europa zu formen, es wäre jedoch wünschenswert, wenn die Datenschutzaufsichtsbehörden statt nationaler Alleingänge die praktischen und rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen, um auf eine einheitliche europäische Datenschutzpraxis hinzuwirken.

Prof. Dr. Anne Paschke ist Direktorin des Instituts für Rechtswissenschaften und Professorin für Öffentliches Recht, Technikrecht und Recht der Digitalisierung an der Technischen Universität Braunschweig.

<sup>69</sup> Eine Analyse der deutschen Datenschutzbehörden und des Europäischen Datenschutzausschusses hat ergeben, dass das Datenschutzniveau in den USA, Indien, China und Russland als nicht angemessen zu beurteilen sei, hierzu: <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2022/02/where-is-data-processing-still-possible>.

<sup>70</sup> Vgl. etwa Hinweise und Orientierungshilfen der Datenschutzaufsichtsbehörden zu datenschutzkonformen Videokonferenzsystemen, exemplarisch: <https://www.bfdi.bund.de/DE/Fachthemen/Inhalte/Telefon-Internet/Datenschutzpraxis/Videokonferenzsysteme.html>.

Simon Pschorr

## *Akademisches Höchstalter für die Juniorprofessur Zur Einordnung der Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track in das System wissenschaftlicher Qualifizierung*

Wie lange ist man eigentlich Nachwuchs?<sup>1</sup> Diese Frage wirft die Debatte rund um die Neugestaltung der Arbeitsbedingungen des wissenschaftlichen Mittelbaus regelmäßig auf. Hochschulen und Forschungseinrichtungen beschäftigen Forschende und Lehrende regelmäßig als „akademischen Nachwuchs“ bis Mitte 40<sup>2</sup> befristet. 2021 mussten sich das VG Freiburg<sup>3</sup> und der VGH Mannheim<sup>4</sup> mit dieser Problematik aus rechtlicher Sicht befassen. Der Antragssteller begehrte, der Antragsgegnerin, einer Universität, zu untersagen, eine Tenure-Track-Professur ‚Neuere Deutsche Literatur mit dem Schwerpunkt Interkulturelle Literaturwissenschaft‘ zu besetzen. Die Auswahlkommission der Universität hielt den promovierten, zunächst noch nicht habilitierten Antragssteller nicht mehr für einen „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“.<sup>5</sup>

Der vorliegende Beitrag will der Frage nachgehen, wie lange man auf Juniorprofessuren mit und ohne Tenure-Track berufen werden kann. Hierzu lohnt sich ein Blick zurück: Wie hat sich die Juniorprofessur entwickelt (I)? Die Tenure-Track-Professur sollte wesentliche Defizite der Juniorprofessur ausgleichen. Hier muss die gesetzgeberische Intention näher betrachtet werden (II). Dabei werden ein Konflikt der Juniorprofessur mit und

ohne Tenure-Track mit wesentlichen Wertungen des WissZeitVG und eine Disparität der landesrechtlichen Konzeptionen sichtbar. Mit den Folgen hatten auch die beiden Verwaltungsgerichte zu kämpfen (III). Die Reform des WissZeitVG könnte womöglich dazu beitragen, diese Wertungswidersprüche aufzulösen (IV).

### **I. Entwicklung der Juniorprofessur**

Will man das akademische Höchstalter zur Berufung auf eine Juniorprofessur bestimmen, muss man ihre Wurzeln verstehen. Die Juniorprofessur ist Teil einer intendierten umfassenden Umgestaltung der Hochschullandschaft.<sup>6</sup> Es wird sich zeigen: Diese umfassende Umgestaltung hat nicht stattgefunden.

#### **1. Die Vorstellungen des Bundesgesetzgebers**

Die Juniorprofessur ist eine Erfindung des Bundes. Mit dem Fünften Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes und anderer Vorschriften (5. HRGÄndG) vom 16.02.2002 sollte ein „neuer Weg zur Professur an Universitäten und gleichgestellten Hochschulen“ geschaffen werden.<sup>7</sup> Der daraus resultierenden neuen Personalkategorie sollte ein Recht zu selbständiger For-

<sup>1</sup> Die Formulierung „wissenschaftlicher Nachwuchs“ beschreibt Forschende und Lehrende, die nicht auf eine Professur berufen wurden. Er wird noch immer weithin verwendet, vgl. etwa § 72 SHSG; § 33 BbgHG; <https://www.bmbf.de/bmbf/de/forschung/wissenschaftlicher-nachwuchs/wissenschaftlicher-nachwuchs.html>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023; BeckOK Hochschulrecht Niedersachsen/Pautsch § 4 NHG Rn. 15; Epping/Epping § 24 NHG Rn. 45; Barnstedt, Die Verantwortung der Hochschulen für den wissenschaftlichen Nachwuchs, OdW 2018, 223, 224 ff.; Sieweke, Die Rechte des wissenschaftlichen Nachwuchses im Rahmen der Promotion, JuS 2009, 283. Der Bundesbericht wissenschaftlicher Nachwuchs selbst kritisiert dabei die Begrifflichkeit, vgl. BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 62; siehe auch BuWin 2017, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2017.pdf>, S. 65; zuletzt abgerufen am 06.04.2023; Döring, Wollen wir wirklich BeStI(e)n sein? Ein Plädoyer an und gegen „den wissenschaftlichen Nachwuchs“, abrufbar unter <https://mittelalter.hypotheses.org/9774>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023; Wilms, Wer

wächst wohin? Zum Begriff des wissenschaftlichen Nachwuchses, abrufbar unter <https://www.praefaktisch.de/wissenschaftlicher-nachwuchs/wer-waechst-wohin-zum-begriff-des-wissenschaftlichen-nachwuchses/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023. Im Folgenden wird für die Statusgruppe der Beschäftigten unterhalb der Professur deshalb der neutralere Terminus „wissenschaftlicher Mittelbau“ verwendet.

<sup>2</sup> Vgl. BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 196; <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2023069>

<sup>3</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384.

<sup>4</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932.

<sup>5</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 63.

<sup>6</sup> Zur Konzeption Hoins, Die Juniorprofessur als Zentralfigur der Personalstrukturreform an den Hochschulen, NVwZ 2003, 1343.

<sup>7</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 1.

schung und Lehre<sup>8</sup> zukommen, um „die im internationalen Vergleich unzureichende Selbständigkeit der Postdoktorandinnen und Postdoktoranden zu beseitigen“.<sup>9</sup> Darüber hinaus sollte sie ein Instrument gegen die „lange Qualifikationsdauer des wissenschaftlichen Nachwuchses“ und „das hohe Erstberufungsalter von Professorinnen und Professoren“ sein.<sup>10</sup> In Abkehr vom klassischen Habilitationsmodell<sup>11</sup> sollte die Juniorprofessur als neue „Bewährungsphase für eine Lebenszeitprofessur“ etabliert werden.<sup>12</sup> Die Juniorprofessur sollte nach Vorstellung des Bundesgesetzgebers in möglichst zeitnahe Anschluss an die Promotion angetreten werden, wobei die Länge der Promotions- und Beschäftigungsphase vor der Juniorprofessur insgesamt nicht mehr als sechs Jahre betragen sollte.<sup>13</sup> Jedoch war keine gesetzliche Altersgrenze vorgesehen.<sup>14</sup> Diese (Vor-)Beschäftigungszeit in der Wissenschaft soll im Folgenden als akademisches Alter bezeichnet werden.<sup>15</sup> Nach einer Zwischenevaluierung im Rahmen der Juniorprofessur nach drei Jahren und nach Ablauf von vier bis höchstens sechs Jahren sollte eine Bewerbung auf eine Lebenszeitprofessur<sup>16</sup> erfolgen.<sup>17</sup> Im gleichen Gesetz wurde der Grundstein für das Befristungsrecht des akademischen Mittelbaus gelegt: §§ 57a – 57b HRG aF,<sup>18</sup> die im Regelungskern weitgehend unmodifiziert in das WissZeitVG übernommen wurden.<sup>19</sup>

Doch die Konzeption des Bundesgesetzgebers hielt vor dem Bundesverfassungsgericht nicht stand. Es erklärte die Juniorprofessur<sup>20</sup> für mit dem Grundgesetz unvereinbar.<sup>21</sup> Zwar stand dem Bund zu diesem Zeitpunkt (noch) die Rahmengesetzgebungskompetenz zur Normierung der allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens gem. Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a GG aF zu. Doch überschritt der Bund diesen Kompetenztitel, weil er nicht nur eine Rahmenvorgabe setzte, sondern den Ländern die Möglichkeit entzog, die Sachmaterie entsprechend den besonderen Verhältnissen des Landes zu regeln.<sup>22</sup> Mit seiner detaillierten Regelung des neuen Hochschulpersonalmodells überschritt er zugleich Art. 75 Abs. 2 GG aF.<sup>23</sup> Das Dienstrecht erwies sich für den Bundesgesetzgeber als verfassungswidriges Mittel, um die personelle Organisation der Hochschulen und damit das Hochschulwesen insgesamt grundlegend umzugestalten.<sup>24</sup> Die Literatur erkannte umgehend, dass der Spruch des Bundesverfassungsgerichts die grundlegende Umstrukturierung der Hochschullandschaft beendete, jedoch die Juniorprofessur nicht beerdigte.<sup>25</sup>

Dies besiegelte spätestens das „Reparaturgesetz“<sup>26</sup> zur Änderung dienst- und arbeitsrechtlicher Vorschriften im Hochschulbereich vom 27.12.2004. Mit diesem rettete der Bund das Konzept der Juniorprofessur,<sup>27</sup> indem er in den §§ 42 S. 1, 47 f. HRG nur noch die Personalkategorie

<sup>8</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 1; zu den praktischen Folgen im Lehrdeputat vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.06.2004 - 2 NB 859/04 = NJOZ 2004, 3095, 3096.

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 14.

<sup>10</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 14.

<sup>11</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 15, 18 f.

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 16.

<sup>13</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 16.

<sup>14</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 17.

<sup>15</sup> Dem Verfasser ist bewusst, dass die Berufungspraxis den Begriff geringfügig anders verwendet. Das akademische Alter wird in Berufungsverfahren als Kenngröße der wissenschaftlichen Leistungen relativ zur Lebenszeit bzw. aktiven Publikationszeit genutzt. Siehe hierzu etwa OVG Münster, Beschluss vom 17.01.2022 – 6 B 1512/21 = BeckRS 2022, 294 Rn. 20 ff.; VG Minden, Beschluss vom 31.08.2021 – 4 L 265/21 = BeckRS 2021, 46261 Rn. 23; BeckOK Hochschulrecht Bayern/*Jaburek* Art. 18 BayHSchPG Rn. 56; [https://gb.uni-koeln.de/e2106/e2113/e37146/Handreichung\\_akad\\_Alter\\_UzK\\_ger.pdf](https://gb.uni-koeln.de/e2106/e2113/e37146/Handreichung_akad_Alter_UzK_ger.pdf); [https://www.ufz.de/export/data/2/272592\\_262666\\_Infoblatt\\_Akademisches%20Alter.pdf](https://www.ufz.de/export/data/2/272592_262666_Infoblatt_Akademisches%20Alter.pdf); <https://www.tu-berlin/stabbk/berufungen/berufungsverfahren/akademisches-alter>; [https://www.uni-frankfurt.de/83947891/FAQ\\_de\\_2020.pdf](https://www.uni-frankfurt.de/83947891/FAQ_de_2020.pdf); <https://www.uni-konstanz.de/forschen/akademische-karriereentwicklung/konstanzer-kodex/>; <https://tu-dresden.de/tu-dresden/universitaetskultur/diversitaet-inklusion/ressourcen/dateien/gleichstellung/berufungen/chancengleichheit-in-berufungsverfahren?lang=de>, S. 2, jeweils zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>16</sup> Mit der Terminologie des Bundesgesetzgebers wird im Folgenden die originäre Professur auf Lebenszeit als Lebenszeitprofessur

bezeichnet.

<sup>17</sup> BT-Drs. 14/6853, S. 17.

<sup>18</sup> Dazu näher BT-Drs. 14/6853, S. 20 ff.

<sup>19</sup> *Geis/Krause* WissZeitVG Einf. Rn. 4, 7; *ErfKomm/Müller-Glöge* § 1 WissZeitVG Rn. 4; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* § 1 WissZeitVG Rn. 3; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Boemke* § 1 WissZeitVG Rn. 1; anders aber *NomosKomm-BR/Joussen* § 1 Rn. 3; *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479; zu den Modifikationen des Anwendungsbereichs auch *Meißner*, Entstehung und Entwicklung des Hochschulbefristungsrechts, OdW 2016, 181, 184.

<sup>20</sup> Zu den Folgen für das Befristungsrecht der §§ 57a ff. HRG siehe *Löwisch*, Befristungen im Hochschulbereich - Rechtslage nach dem Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur, NZA 2004, 1065 und *Dieterich/Preis*, Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungsfalle! - Erwiderung auf Löwisch, NZA 2004, 1065 ff., NZA 2004, 1241.

<sup>21</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803.

<sup>22</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2804.

<sup>23</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2804 f.

<sup>24</sup> BVerfG, Urteil vom 27.07.2004 - 2 BvF 2/02 = NJW 2004, 2803, 2807.

<sup>25</sup> *Janz*, Aus für die Juniorprofessur?, JuS 2004, 852, 855.

<sup>26</sup> Zur Terminologie vgl. *Löwisch*, Die gesetzliche Reparatur des Hochschulbefristungsrechts, NZA 2005, 321.

<sup>27</sup> Bezeichnet als Beseitigung von Rechtsunsicherheiten, vgl. BT-Drs. 15/4132, S. 1; [becklink 129957](https://becklink129957).

als solche und wenige Berufungsvoraussetzungen normierte.<sup>28</sup> Dennoch schien er das umfassende Reformvorhaben nicht aufgegeben zu haben. Das zeigt sich, wenn man die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zum Regelungszweck näher betrachtet: Erneut wird die späte Berufung auf die Lebenszeitprofessur betont.<sup>29</sup> Neuerlich wird ein erheblicher Verlust kluger Köpfe an den ausländischen Wissenschaftsarbetsmarkt beklagt.<sup>30</sup> Anders als 2002 wurde nunmehr sogar das akademische Höchstalter von sechs Jahren als Soll-Regelung in § 47 S. 2 HRG aufgenommen. Dies sei durch das „Ziel der früheren Selbständigkeit des wissenschaftlichen Nachwuchses in Forschung und Lehre gerechtfertigt“.<sup>31</sup> Als Ausnahme wurde auf neue Regelungen zur familien- und behindertenpolitischen Komponente verwiesen (heute § 2 Abs. 5 WissZeitVG).

Die zuständige Bundesbildungsministerin *Buhlmann* erklärte die Juniorprofessur zum Erfolgsmodell.<sup>32</sup> Doch wurden bis 2018 nur 1304 Juniorprofessuren ohne Tenure-Track<sup>33</sup> bundesweit etabliert – die Zahl ist rückläufig.<sup>34</sup> In den unterschiedlichen Fachrichtungen wird unterschiedlich oft auf die Juniorprofessur zurückgegriffen.<sup>35</sup>

## 2. Die Konzeption der Länder

Die Bundesländer haben die Juniorprofessur in ihre Landeshochschulgesetze aufgenommen.<sup>36</sup> Mit der Föderalismusreform II verlor der Bundesgesetzgeber seine Regelungskompetenz des Hochschulrechts völlig, sodass die Landesnormen gem. Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG fortgeltendes Bundesrecht ablösten. Das neue Hessische Hochschulgesetz bildet insoweit die Ausnahme. Hier ist in § 70 Abs. 3 ff. HessHG eine sog. Qualifikationsprofessur

vorgesehen, die nur ausnahmsweise<sup>37</sup> (§ 70 Abs. 5 S. 1 HessHG) ohne eine sog. Entwicklungszusage gem. § 70 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 HessGH begründet werden darf. Obschon andere Begrifflichkeiten verwendet werden,<sup>38</sup> handelt es sich inhaltlich um Juniorprofessuren mit und ohne Tenure-Track.

Aufgabe der Juniorprofessur ist es, sich durch die selbstständige Wahrnehmung der ihrer Universität obliegenden Aufgaben in Forschung, Kunst, Lehre und Weiterbildung für die Berufung auf eine Professur<sup>39</sup> an einer Universität zu qualifizieren. So formuliert es § 35 Abs. 4 S. 2 NRWHG ausdrücklich.<sup>40</sup> In anderen Bundesländern, beispielsweise Sachsen-Anhalt, ergibt sich dies implizit aus den Berufungsvoraussetzungen auf eine Lebenszeitprofessur (§ 35 Abs. 3 S. 1 LSAHSG).<sup>41</sup> In allen Bundesländern kann man sich auf eine Lebenszeitprofessur bewerben, auch wenn man zuvor keine Juniorprofessur bekleidete. Dem Grunde nach haben somit alle Bundesländer das Regelungskonzept des Bundes, auf dem die Juniorprofessur basiert, übernommen.

Spannend wird es allerdings, wenn man die landesrechtlichen Regelungen zum akademischen Höchstalter betrachtet. Trotz identischer Grundkonzeption normieren die Länder unterschiedliche Höchstvorbeschäftigungszeiten in der Wissenschaft. In Baden-Württemberg etwa soll<sup>42</sup> eine Berufung auf eine Juniorprofessur nur erfolgen, wenn aufsummierte Beschäftigungszeiten<sup>43</sup> an deutschen Hochschulen oder wissenschaftlichen Einrichtungen (vgl. den Verweis in § 51 Abs. 3 S. 3 BWLHG auf § 2 Abs. 3 S. 1 WissZeitVG) vor und nach der Promotion sechs Jahre nicht überschreiten.<sup>44</sup> Diese zeitliche Begrenzung leitet Frenzel aus der Funktion als Qualifikati-

<sup>28</sup> Näher BT-Drs. 15/4132, S. 13 ff.

<sup>29</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 14.

<sup>30</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 14.

<sup>31</sup> BT-Drs. 15/4132, S. 15.

<sup>32</sup> becklink 143916.

<sup>33</sup> 2018 waren 276 von insgesamt 1580 Juniorprofessuren Teil des Tenure-Track-Programms, siehe BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 93.

<sup>34</sup> Statistisches Bundesamt, Anzahl der Juniorprofessorinnen und -Professoren nach Geschlecht in Deutschland in den Jahren von 2005 bis 2018, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1244537/umfrage/juniorprofessorinnen-und-professoren-nach-geschlecht/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>35</sup> Näher sowie zum hohen Frauenanteil siehe BuWin 2021, abrufbar unter <https://www.buwin.de/dateien/buwin-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 88 ff.

<sup>36</sup> Die maßgeblichen Normen sind § 51 BWLHG; § 54 RPFHocSchG; § 42 SHSG; § 30 NHG; Art. 14 ff. BayHSchPersG aF bzw. Art. 63 ff. BayHIG nF; §§ 45 f. BbgHG; § 64 S-HHSG; §§ 101, 102a f. BerlHG; § 89 ThürHG; §§ 18 f. HmbHG; § 62 M-VLHG; § 63 SächsHSFG;

§§ 40 f. LSAHSG; §§ 17 f. BremHG; §§ 36, 39 Abs. 5 f. NRWHG.

<sup>37</sup> Diese Ausnahme soll als Überbrückungsmöglichkeit bei negativer Evaluation dienen, vgl. BeckOK Hochschulrecht Hessen/*Globuschütz* § 70 HessHG Rn. 2. Hierfür ist sie disfunktional – ist bei Evaluation ja bereits eine Qualifikationsprofessur begründet.

<sup>38</sup> Der Begriff der Juniorprofessur wurde aufgrund der Stigmatisierungswirkung vermieden, vgl. BeckOK Hochschulrecht Hessen/*Globuschütz* § 70 HessHG Rn. 2.

<sup>39</sup> Auch hier ist die Lebenszeitprofessur gemeint. Das Gesetz soll jedoch wörtlich wiedergegeben werden.

<sup>40</sup> So auch § 51 Abs. 1 S. 1 BWLHG; § 42 Abs. 1 SHSG; § 30 Abs. 1 S. 1 NHG; Art. 63 Abs. 6 S. 1 BayPersHG; § 64 Abs. 1 SHSG; § 89 Abs. 1 S. 1 ThürHG.

<sup>41</sup> So auch § 49 Abs. 2 S. 1 RPFHocSchG; § 41 Abs. 2 S. 1 BbgHG; § 100 Abs. 2 S. 1 BerlHG; § 15 Abs. 2 HmbHG.

<sup>42</sup> Näher Hartmer/Detmer/*Hartmer* Kap. 5 Rn. 115.

<sup>43</sup> Zu den anrechnungsfähigen Zeiten vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 06.07.2005 - 1 Bs 190/05 = NVwZ-RR 2006, 186, 187.

<sup>44</sup> So auch § 42 Abs. 4 SHSG; § 102a S. 4 BerlHG; § 89 Abs. 3 S. 1 ThürHG; § 18 Abs. 4 S. 1 HmbHG; § 63 Abs. 3 S. 1 SächsHSFG.

onsstelle ab.<sup>45</sup> In Schleswig-Holstein (sieben Jahre)<sup>46</sup> und in Mecklenburg-Vorpommern (neun Jahre)<sup>47</sup> wurden höhere Grenzen gewählt.

Bayern hat kürzlich eine vergleichbare Vorschrift (Art. 14 S. 3 BayHSchPersG) abgeschafft und durch Art. 63 Abs. 1 S. 5 BayHIG ersetzt. Hiernach soll auf eine Juniorprofessur berufen werden, wessen Promotion zum Ende der Ausschreibungspflicht nicht mehr als vier Jahre zurückliegt.<sup>48</sup> Auch dies wird mit der Eigenschaft der Juniorprofessur als Qualifikationsstelle begründet.<sup>49</sup> Hier wird also nicht auf das gesamte akademische Alter, sondern nur auf die Länge der Postdoc-Phase zurückgegriffen. In Rheinland-Pfalz können gem. § 54 Abs. 1 S. 4 RPFHochSchG sogar sechs Jahre<sup>50</sup> seit der Promotion vergangen sein.<sup>51</sup>

Schließlich hat Hessen ein Zwittermodell normiert. Dort soll gem. § 70 Abs. 3 S. 3, Abs. 5 S. 2 HessHG eine Berufung nur bis zu einem akademischen Gesamthöchstalter von 9 Jahren und einer Postdoc-Phase von bis zu vier Jahren erfolgen. Nur Bremen (§ 18 Abs. 4 BremHG), Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen haben keine ausdrückliche Regelung.

Alle Bundesländer mit akademischer Höchstaltersbegrenzung berücksichtigen Kindererziehungszeiten explizit.<sup>52</sup> Einschränkungen durch Behinderung bzw. lange Krankheit werden in einigen Landesgesetzen durch Bezugnahme auf das WissZeitVG explizit Rechnung getragen<sup>53</sup> und können ansonsten als Ausnahmekonstellation in der „Soll-Regelung“ verortet werden. Schließlich bringen einige Bundesländer auch Wehrdienst- und Gremienzeiten in Abzug.<sup>54</sup> Dadurch entsteht ein sog. bereinigtes akademisches Alter.

3. Vergleich der landesgesetzlichen Konzeption mit dem WissZeitVG

Unter der Lupe der Regelungsziele des Bundesgesetzgebers 2002 und 2004 wirkt das Regelungsmodell des akademischen Höchstalters von sechs Jahren kohärent: Wie oben skizziert sollte der Weg zur Professur umgestaltet werden und die Juniorprofessur an die Stelle der Habilitation treten. Die Habilitationsschrift wurde regelmäßig während einer Beschäftigung als Postdoc auf einer Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter angefertigt. Für diese Tätigkeit sollte ein zeitlicher Höchststrahmen von sechs Jahren gesetzt werden (sog. Qualifikationsphase).<sup>55</sup> Die sechsjährige Juniorprofessur sollte der bevorzugte Qualifikationsweg für zukünftige Lebenszeitprofessuren sein. Damit wird ein dreistufiger Karriereaufbau vorgezeichnet: Promotionsphase (R<sub>1</sub>), Qualifikationsphase als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder Juniorprofessor (R<sub>2</sub>), Lebenszeitphase (R<sub>3</sub>).

Diejenigen Länder,<sup>56</sup> welche sich vom akademischen Gesamthöchstalter gelöst haben und nur noch oder auch die Postdoc-Phase betrachten, folgen einem anderen Regelungsmodell: Sie orientieren sich<sup>57</sup> an einem vierstufigen Karriereaufbau, den der Wissenschaftsrat 2014 bewarb.<sup>58</sup> Auf die Promotionsphase (R<sub>1</sub>) sollte eine Postdoc-Phase (R<sub>2</sub>) folgen, die die Evaluationsphase (R<sub>3</sub>) vorbereitet, die schließlich in der Lebenszeitphase (R<sub>4</sub>) enden soll. Die Juniorprofessur wird so zum Baustein der Evaluationsphase (R<sub>3</sub>). Statt also nach der Vorstellung des Bundesgesetzgebers von 2002 bzw. 2004 die Laufzeit bis zur Lebenszeitprofessur zu verkürzen, verlängert dieses System den wissenschaftlichen Karriereweg um vier bis sechs Jahre.

<sup>45</sup> BeckOK Hochschulrecht Baden-Württemberg/Frenzel § 51 Rn. 14.

<sup>46</sup> § 64 Abs. 3 S. 1 S-HHSG.

<sup>47</sup> § 62 Abs. 1 S. 4 M-VLHG.

<sup>48</sup> So auch § 45 Abs. 2 S. 1 BbgHG.

<sup>49</sup> BayLT-Drs. 18/22504, S. 119.

<sup>50</sup> In der Medizin neun Jahre.

<sup>51</sup> So auch § 40 S. 2 LSAHSG.

<sup>52</sup> § 70 Abs. 3 S. 3 Hs. 2, Abs. 4 S. 2 HessHG; § 45 Abs. 2 S. 3 BbgHG; Art. 63 Abs. 1 S. 7 BayHIG; § 102a S. 4 Hs. 2 BerlHG; § 51 Abs. 3 S. 2 BWLHG, § 89 Abs. 3 S. 2 ThürHG, § 18 Abs. 4 S. 2 HmbHG, § 62 Abs. 1 S. 5 M-VLHG, § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG und § 64 Abs. 3 S. 2 S-HHSG jeweils i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3 WissZeitVG.

<sup>53</sup> § 42 Abs. 4 S. 2 SHSG und § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 WissZeitVG

<sup>54</sup> § 51 Abs. 3 S. 2 BWLHG, § 64 Abs. 3 S. 2 SH-HSG,

§ 89 Abs. 3 S. 2 ThürHG, § 18 Abs. 4 S. 2 HmbHG,

§ 62 Abs. 1 S. 5 M-VLHG, § 63 Abs. 3 S. 2 SächsHSFG und

§ 42 Abs. 4 S. 2 SHSG jeweils i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 4, 5 WissZeitVG.

<sup>55</sup> Geis/Krause WissZeitVG Einf. Rn. 4.

<sup>56</sup> Mecklenburg-Vorpommern hat dieses System im Wesentlichen übernommen, da auch bei Ausschöpfung der Höchstbefristungsdauer in der Promotionsphase nach § 2 Abs. 1 S. 1 WissZeitVG noch drei Jahre Postdoc-Phase verbleiben, bevor die Bewerbung auf die Juniorprofessur regelweise gesperrt ist.

<sup>57</sup> Siehe explizit BeckOK Hochschulrecht Hessen/Globuschütz § 70 Rn. 2.

<sup>58</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 400 9 -14, abrufbar unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?blob=publicationFile&v=2>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 18.

## II. Der Tenure-Track als „Juniorprofessur Plus“

Dieser vierstufige Karriereaufbau des Wissenschaftsrats von 2014 sieht jedoch in der Evaluationsphase (R3) eine weitere Modifikation vor: Den Tenure-Track. Dieser sollte eine konzeptionelle Weiterentwicklung der Juniorprofessur sein.<sup>59</sup> Die rechtliche Regelungsstruktur dieser Beschäftigungsform wird im Folgenden betrachtet.

### 1. Konzeption des Tenure-Track-Programms

Auch das Instrument des Tenure-Tracks wurde durch den Bund initiiert, allerdings mangels Kompetenz nicht als Gesetzgeber, sondern mit dem Tenure-Track-Programm des Bundesministeriums für Bildung und Forschung 2016.<sup>60</sup> Hiermit fördert der Bund die Einrichtung von insgesamt 1000 sog. Tenure-Track-Professuren für insgesamt 15 Jahre. Auch dieses Programm zielt auf einen „Kulturwandel an den deutschen Universitäten“ ab und soll „ein[en] zusätzliche[n] Karriereweg zur Professur“ etablieren.<sup>61</sup> Daneben spielt nunmehr aber auch die mangelnde Sicherheit der Karriereentwicklung eine Rolle.<sup>62</sup> Bund und Länder haben hinsichtlich der Details des Programms eine Verwaltungsvereinbarung gem. Art. 91b Abs. 1 GG getroffen.<sup>63</sup> Sog. „jungen“ Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern sollte nach der Präambel dieser Vereinbarung früher als bisher eine Entscheidung über den dauerhaften Verbleib im Wissenschaftssystem ermöglicht werden. Die Tenure-Track-Professur sollte als eigenständiger Karriereweg neben dem herkömmlichen Berufungsverfahren auf eine Professur an deutschen Universitäten stärker etabliert werden.

Die Idee lautete also scheinbar: Die Tenure-Track-Professur sollte neben die bereits eingeführten Instru-

mente Postdoc-Phase im gem. § 2 Abs. 1 S. 2 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnis und Juniorprofessur ohne Tenure-Track treten. Dies deutete darauf hin, die Tenure-Track-Professur sei der Qualifikationsphase (R2) in einem dreistufigen Karriereaufbau zuzuordnen. In eine andere Richtung weist jedoch bereits § 4 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung, die ein Hausberufungsverbot als Soll-Vorschrift regelt. Demnach sollen Beschäftigte die Universität wechseln oder zwei Jahre außerhalb der Promotionshochschule tätig gewesen sein, bevor sie sich auf eine hiesige Tenure-Track-Professur bewerben. Ansonsten ist im fünften Spiegelstrich von § 4 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung nur von einer „frühen Karrierephase“ die Rede. Des Weiteren sollten gem. § 4 Abs. 2 S. 1 der Verwaltungsvereinbarung Beschäftigte berücksichtigt werden, die bereits auf einem anderen Qualifizierungspfad unterwegs seien. Blickt man in den vorbildgebenden Bericht des Wissenschaftsrats, wird die Tenure-Track-Professur der Evaluationsphase (R3) zugeordnet und soll auf eine bis zu vierjährige<sup>64</sup> Postdoc-Phase (R2) folgen.<sup>65</sup> An dieser Karrierestruktur orientiert sich auch das Emmy-Noether-Programm der DFG.<sup>66</sup> Das heißt im Ergebnis: bis zu 6+4+6 = 16 Jahre bis zur Berufung auf die Lebenszeitprofessur;<sup>67</sup> deutlich länger als der Bundesgesetzgeber 2002 und 2004 zu normieren beabsichtigte.

### 2. Landesrechtliche Umsetzung

Bundesgesetzlich oder in einer Verwaltungsvereinbarung verankert ist diese Karrierestruktur nicht.<sup>68</sup> Ein Blick in die Landesgesetze zeigt: Die Konzeption bildet sich im Recht nur teilweise ab. Zwar ist die Tenure-Track-Professur in allen Landeshochschulgesetzen geregelt<sup>69</sup> – in Hessen unter dem Namen Qualifikationspro-

<sup>59</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 4009-14, abrufbar unter [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 11.

<sup>60</sup> Näheres siehe <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/das-bund-laender-programm>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>61</sup> <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/das-bund-laender-programm>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>62</sup> <https://www.tenuretrack.de/de/tenure-track-programm/die-tenure-track-professur>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>63</sup> Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern gemäß Artikel 91b Absatz 1 des Grundgesetzes über ein Programm zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses vom 19.10.2016, abrufbar unter <https://www.tenuretrack.de/de/dateien/tenure-track/verwaltungsvereinbarung-wissenschaftlicher-nachwuchs-2016.pdf>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>64</sup> Zum internationalen Vorbild *Kauhaus*, Postdoc Forever: Ist das Wissenschaftszeitvertragsgesetz zu großzügig?, <https://www.alma-meta.de/postdoc-forever-ist-das-wissenschaftszeitvertragsgesetz->

[zu-grosszuegig/](https://www.alma-meta.de/postdoc-forever-ist-das-wissenschaftszeitvertragsgesetz-), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>65</sup> Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Karrierezielen und -wegen an Universitäten, Drs. 4009-14, abrufbar unter [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/4009-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 06.04.2023, S. 11.

<sup>66</sup> [https://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/emmy\\_noether/index.html](https://www.dfg.de/foerderung/programme/einzelfoerderung/emmy_noether/index.html), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>67</sup> In Baden-Württemberg liegt das Erstberufungsalter auf eine Lebenszeitprofessur aktuell bei durchschnittlich 42 Jahren, siehe unter <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2023069>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>68</sup> Siehe auch VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 6.

<sup>69</sup> § 51b BWLHG; § 43 Abs. 2 S. 8 SHSG; § 55 Abs. 1 RPFHochSchG; § 30 Abs. 4 S. 4 NHG; Art. 63 Abs. 4 S. 1 BayHIG; § 62a Abs. 1 S. 1 S-HHSG; § 45 Abs. 2 S. 1 BbgHG; § 102c BerlHG; § 85 Abs. 1 S. 4 Nr. 4 ThürHG; § 14 Abs. 6 Nr. 3 HmbHG; § 62a Abs. 1 S. 1 M-VLHG; § 59 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SächsHS-FG; § 36 Abs. 2 S. 4 Nr. 2 LSAHSG; § 18a BremHG; § 38a Abs. 1 NRWG.

fessur gem. § 70 Abs. 3 HessHG. Allerdings hat das akademische Höchstalter für die Tenure-Track-Professur nur in Brandenburg eine Sonderregelung gefunden. Hier kann man sich gem. § 45 Abs. 2 S. 2 BbgHG bis zu sechs Beschäftigungsjahre, also zwei Jahre länger als nach der Konzeption des Wissenschaftsrats, nach der Promotion auf eine solche Stelle bewerben.

In den anderen Bundesländern sind Tenure-Track-Professuren im Regelfall<sup>70</sup> Juniorprofessuren mit Zusage einer späteren Übernahme auf eine Lebenszeitprofessur, sofern eine Evaluation positiv ausfällt. In Baden-Württemberg wird in § 51b Abs. 1 S. 1 BWLHG dezidiert auf § 51 LHG verwiesen. In Rheinland-Pfalz wird ausdrücklich das akademische Höchstalter für Juniorprofessuren gem. § 54 Abs. 1 S. 4 RPFHochSchG in Bezug genommen.<sup>71</sup> Das bedeutet: Das akademische Höchstalter der Juniorprofessur begrenzt unmittelbar auch den Bewerberkreis der Tenure-Track-Professur.<sup>72</sup> In Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz korrespondiert dieses mit dem vierstufigen Karrieremodell.<sup>73</sup> In den anderen Bundesländern nicht. Mithin hat sich dort das Konzept des Wissenschaftsrats nicht normativ niedergeschlagen. Vielmehr wird ein dem Grundsatz dreistufiger Karriereaufbau und zugleich das Tenure-Track-Modell verfolgt, wobei letzteres der Logik des vierstufigen Karriereaufbaus folgt.

### III. Akademisches Höchstalter zur Berufung auf die Tenure-Track-Professur nach der verwaltungsrechtlichen Judikatur

Das VG Freiburg<sup>74</sup> musste in Anwendung dieses widersprüchlichen Landesrechts über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eines erfolglosen Bewerbers um eine Tenure-Track-Professur an der Universität Freiburg entscheiden. Der Antrag hatte erstinstanzlich Erfolg.

Der Bewerber blickte zum Entscheidungszeitpunkt<sup>75</sup> auf eine Vorbeschäftigungszeit von 11 Jahren zurück, wobei das Gericht offen lassen konnte, ob dieses akademische Alter nach § 51 Abs. 3 S. 2, 3 BWLHG i.V.m. § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 3-5 WissZeitVG zu korrigieren war.<sup>76</sup> Jedenfalls überschritt der Bewerber das akademische Höchstalter von sechs Jahren deutlich. Dennoch hielt das Gericht den Bewerber nicht grundsätzlich für ungeeignet. Das Gericht nahm an, das Tenure-Track-Verfahren sei als systemische Ausnahme von der Soll-Regelung des akademischen Höchstalters anzusehen.<sup>77</sup>

Dem ist nicht zu folgen. Wie gezeigt, hat Baden-Württemberg zwar das Tenure-Track-Programm, jedoch nicht die Wertungen des Wissenschaftsrats in das Gesetz implementiert. Stattdessen verweist die Sonderregelung des § 51b Abs. 1 S. 1 BWLHG dezidiert auf § 51 LHG. Hätte der Landesgesetzgeber für das Tenure-Track-Verfahren ein von § 51 BWLHG abweichendes akademisches Höchstalter regeln wollen, so hätte er dies in § 51b BWLHG verankert oder jedenfalls den Verweis eingegrenzt. Dies ist nicht der Fall. Durch die Verankerung der Tenure-Track-Professur im Gesetz kann auch nicht von einer Ausnahmekonstellation gesprochen werden – vielmehr handelt es sich um einen Standardfall der Besetzung einer Juniorprofessur. Schließlich bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Landesgesetzgeber die Regelungsproblematik übersehen hat, es sich mithin um eine planwidrige überschießende Regelung handelte.<sup>78</sup>

Sodann fragte sich das Verwaltungsgericht, ob der Bewerber habe ausscheiden müssen, weil er kein „Nachwuchswissenschaftler in einer frühen Karrierephase“ sei.<sup>79</sup> Aus diesem Grunde hatte die Berufungskommission den zunächst auf Platz eins eingeordneten Bewerber formal ausgeschieden.<sup>80</sup> Dabei war dieses Kriterium nicht Teil des Ausschreibungstextes gewesen – dort war nur von „hochqualifizierten Nachwuchswissenschaftle-

<sup>70</sup> Ausnahmsweise W2-Professuren, zB gem. § 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RPFHochSchG in Rheinland-Pfalz und gem. § 62a Abs. 1 S. 1 S-HHSG in Schleswig-Holstein.

<sup>71</sup> So auch § 18a Abs. 3 BremHG.

<sup>72</sup> Zur Übertragung der Voraussetzungen der Juniorprofessur auf die Tenure-Track-Professur auch BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen/Pernice-Warnke § 36 Rn. 24; offen lassend Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>73</sup> Zu den fehlenden Regelungen in Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen s.o.

<sup>74</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384.

<sup>75</sup> Wobei das akademische Alter des Bewerbers während des langwierigen Besetzungsverfahrens deutlich angewachsen war VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 57.

<sup>76</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 49.

<sup>77</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 51.

<sup>78</sup> Siehe BWLT-Drs. 16/3248, S. 41.

<sup>79</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 30.

<sup>80</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 6 f.

rinnen und -wissenschaftlern“ die Rede.<sup>81</sup> Auch auf die Verwaltungsvereinbarung zum Bund-Länder-Programm war nicht verwiesen worden.<sup>82</sup> Das Verwaltungsgericht hielt dieses Kriterium schließlich nicht für geeignet, weil die daraus resultierenden Anforderungen an die Bewerbung nicht konkretisierbar seien.<sup>83</sup>

Insofern ist dem Gericht zuzustimmen. Wie lange die „frühe Karrierephase“ dauert, ist mangels gesetzlicher Konzipierung einer Karrierephase vor der Tenure-Track-Professur (R2) in Baden-Württemberg nicht aufgrund eines konturierten Gesetzgeberwillens bestimmbar. Die Überlegungen des Wissenschaftsrats können mangels demokratischer Legitimation nicht herangezogen werden, zumal es an einem gesetzlichen Anker fehlt, zu dessen Auslegung sie herangezogen werden könnten.

Schließlich konstatierte das Verwaltungsgericht, auch der Begriff des „Nachwuchswissenschaftlers“ könne nicht bestimmt werden, sodass auch dieser nicht als formales Ausschlusskriterium geeignet sei.<sup>84</sup> Dem allerdings widersprach der Verwaltungsgerichtshof. Dieser stellte fest, dass der Bewerber wegen seiner zwischenzeitlichen Habilitation nicht mehr im Rahmen des Tenure-Track-Programms förderfähig und nicht mehr „auf dem Karriereweg zur Professur“ i.S.d. § 4 Abs. 2 der Verwaltungsvereinbarung zum Bund-Länder-Programm war, sondern diesen vielmehr abgeschlossen habe.<sup>85</sup> Mit der Berufungsfähigkeit sei der Bewerber kein Adressat des Tenure-Track-Programms mehr.<sup>86</sup> Dies werde dadurch bestätigt, dass die Tenure-Track-Professur landesrechtlich eine Juniorprofessur sei, zu deren Aufgaben es gehöre, sich zu qualifizieren.<sup>87</sup> Deshalb musste sich der Verwaltungsgerichtshof zur Anwendung des § 51 Abs. 3 S. 1 LHG nicht äußern.

Während das erstere Argument des Verwaltungsgerichtshofs mangels klarer Verankerung der Anforderungen des Tenure-Track-Programms in der Ausschreibung nicht verfangt, greift der zweite Begründungsansatz. Die Juniorprofessur ist nach der Konzeption des Gesetzge-

bers Baustein der Qualifikationsphase (R2). Die Juniorprofessur auch für die Lebenszeitphase im dreistufigen Karriereaufbau (R3) zu öffnen, widerspricht diesem Gesetzgeberwillen. Durch das Qualifizierungsziel findet dieser Gesetzgeberwille auch einen Anker im Gesetzestext. Mithin scheiden habilitierte Personen aus dem Bewerberkreis um die Juniorprofessur mit und ohne Tenure-Track aus.<sup>88</sup> Gleiches gilt für Personen, die habilitationsäquivalente Leistungen erbracht haben. Dies ist allerdings dahingehend unglücklich, als bei der Bewertung, ob solche vorliegen, einer Berufungskommission ein erheblicher Einschätzungsspielraum zukommt.<sup>89</sup> Um Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen, können deswegen nur evident berufungsfähige Personen ausscheiden.<sup>90</sup> Habilitierende sind noch auf dem Karriereweg zur Professur und deshalb geeignete Bewerber.<sup>91</sup>

#### IV. Vereinheitlichungsimpuls durch die Reform des WissZeitVG

Wie gezeigt korrespondiert die landesrechtliche Ausgestaltung der Juniorprofessur mit Tenure-Track in vielen Bundesländern nicht mit dem zugrundeliegenden vierstufigen Karriereaufbau. Dies verursacht Auslegungskonflikte und Rechtsunsicherheit in Berufungsverfahren. In den Bundesländern, die diese Problematik adressierten, passt die Juniorprofessur ohne Tenure-Track jedoch nicht mehr zum dreistufigen Karriereaufbau, der den befristungsrechtlichen Regelungen des WissZeitVG zugrundeliegt. Die Juniorprofessur schafft mithin in allen Bundesländern Friktionen im Karriereaufbau. Angesichts dessen zeichnet sich eine Tendenz an den Hochschulen ab, die Regelungen zum akademischen Gesamthöchstalter oder zur Beschäftigungsdauer nach der Promotion schlicht zu ignorieren und die Juniorprofessur als Karriereoption nach Ausschöpfung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 S. 2 WissZeitVG zu sehen. Das führt entgegen des Gesetzgeberwillens

<sup>81</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 4.

<sup>82</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 33.

<sup>83</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 42.

<sup>84</sup> VG Freiburg, Beschluss vom 12.04.2021 – 1 K 348/21 = BeckRS 2021, 10384 Rn. 45.

<sup>85</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 9.

<sup>86</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 9 f.

<sup>87</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 07.07.2021 – 4 S 1541/21 = BeckRS 2021, 19932 Rn. 11.

<sup>88</sup> aA Herrmann, Kein Tenure Track wegen „Überqualifikation“, *Forschung & Lehre* 2020, 218, 219 f., verkennend, dass der Wissenschaftsrat nur aktuell qualifizierenden, nicht aber qualifizierten Wissenschaftlern einen zusätzlichen Weg zur Professur eröffnen wollte – ungeachtet der Nicht-Berücksichtigungsfähigkeit dieser Wertungen mangels Umsetzungswille des Gesetzgebers. So wohl auch BeckOK Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen/Pernice-Warke § 36 Rn. 18; widersprüchlich Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>89</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 01.07.2022 – 4 S 483/22 = BeckRS 2022, 17418 Rn. 5, bezugnehmend auf BVerfG, Beschluss vom 05.02.2020 – 1 BvR 1586/14 = NVwZ 2020, 1829, 1831 Rn. 23.

<sup>90</sup> In diese Richtung auch Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.

<sup>91</sup> Nicht aufgelöst bei Hartmer/Dettmer/Hartmer Kap. 5 Rn. 113.



nicht zu einer schnelleren und transparenteren Wissenschaftskarriere, sondern zur Zuordnung von Wissenschaftlern zum Mittelbau bis in das fünften Lebensjahrzehnt.

Möglicherweise könnte die Reform des WissZeitVG<sup>92</sup> einen Impuls zur Vereinheitlichung der Karrierewege in allen Bundesländern setzen. Hier ist das sog. Anschlusszusagemodell in Diskussion.<sup>93</sup> Dieses sieht in seiner Variante als „Drei-Phasen-Modell“ eine maximal zweijährige Orientierungsphase vor. Hierauf soll eine Entwicklungsphase folgen, die (wie die Tenure-Track-Professur) bei positiver Evaluation anhand einer Ziel- und Leistungsvereinbarung auf eine unbefristete Beschäftigung führen soll. Unterschied: Hier wird eine Beschäftigung im akademischen Mittelbau angestrebt, während die Tenure-Track-Professur auf eine Lebenszeitprofessur führt. Mit diesem Modell wird ein verlässlicher Karrierepfad nach der Promotion angestrebt, um die nachhaltige Prekarisierung Promovierter durch Kettenbefristungen zu bekämpfen. Dasselbe Ziel verfolgt die Tenure-Track-Professur.

Anschlusszusagemodell, sowie Juniorprofessur ohne und mit Tenure-Track können in einem kohärenten Karrieremodell vereinbart werden: Versteht man die Orientierungsphase i.S.d. Anschlusszusagemodells als Postdoc-Phase (R2), könnte die Tenure-Track-Professur der „schnelle“ Weg zur Lebenszeitprofessur (Evaluationsphase R3) für risikobereite Bewerber darstellen, während das Durchlaufen der Entwicklungsphase (i.S.d. Evaluationsphase R3) von denjenigen favorisiert werden könnte, die nicht unbedingt eine Professur anstreben oder den Weg der klassischen Habilitation beschreiten wollen. Die

Juniorprofessur ohne Tenure-Track könnte schließlich für diejenigen verbleiben, die erwarten, eine Habilitation<sup>94</sup> oder habilitationsäquivalente Leistungen in sechs Jahren erbringen zu können bzw. keine dauerhafte Beschäftigung in der Wissenschaft anstreben. Es ergäbe sich mithin ein „Drei-Pfade-Karrieremodell“ nach der Promotion.

Schlüssig wird dieses „Drei-Pfade-Karrieremodell“, wenn die Landesgesetzgeber das akademische Höchstalter zur Bewerbung auf eine Juniorprofessur parallel zu den Phasen des Anschlusszusagemodells normierten.<sup>95</sup> Das bedeutete: Auf eine Juniorprofessur solle sich bewerben können, wer ein bereinigtes akademisches Höchstalter von maximal acht Jahren aufweist. Nach der Orientierungsphase stehen sodann drei Wege offen: Von der Juniorprofessur (1) mit und (2) ohne Tenure-Track unmittelbar auf die Lebenszeitprofessur („up or out“) und (3) über die Entwicklungsphase auf eine entfristete Stelle im akademischen Mittelbau, von der aus man sich auf eine Führungsposition in Wissenschaft und Forschung – einschließlich der Lebenszeitprofessur – bewerben kann. Dieses neue Karrieremodell würde eine Selbstverständlichkeit des allgemeinen Arbeitsmarkts auch im Wissenschaftssystem etablieren: Nicht alle wollen Führungskraft werden und trotzdem auf sicherer Beschäftigungsgrundlage mit ihrem Fleiß und ihrem Know-How zum Erfolg des Arbeitgebers beitragen.

Simon Pschorr ist Staatsanwalt und Abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er lehrt und promoviert im Strafrecht. Darüber hinaus forscht er im Hochschulrechtsrecht.

<sup>92</sup> Vgl. zu den Eckpunkten der bisher geplanten Reform [https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2023/230317-wisszeitvg.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmbf.de/SharedDocs/Downloads/de/2023/230317-wisszeitvg.pdf?__blob=publicationFile&v=1), zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>93</sup> Siehe hierzu *Pschorr*, Ein Kompromiss, der seinen Namen verdient, abrufbar unter <https://www.jmwiarda.de/2023/03/28/einkompromiss-der-seinen-namen-verdient/>, zuletzt abgerufen am 06.04.2023.

<sup>94</sup> Zwar wird nicht übersehen, dass die Juniorprofessur als Alternative zur Habilitation konzipiert war. In der Berufungspraxis wird das erfolgreich evaluierte Durchlaufen der Juniorprofessur

jedoch noch nicht allgemein als habilitationsäquivalente Leistung anerkannt, weshalb noch immer „zur Sicherheit“ in dieser Phase habilitiert wird.

<sup>95</sup> Darüber hinaus könnte angedacht werden, auch ein akademisches Höchstalter für die Bewerbung auf die Entwicklungsphase zu normieren, um Bewerbungen aus dem Ausland bzw. von Postdocs, die nach einer die Orientierungsphase überschreitenden Auslandsphase mit Wettbewerbsvorteilen zurückkehren. Dies kann allerdings Auswirkungen auf die Durchlässigkeit der Karrierepfade untereinander haben. Insoweit ist Beschäftigtenflexibilität gegen Egalität bei der Stellenbesetzung abzuwägen.

Antonia Hagedorn  
*Wissenschaft und Exportkontrolle*  
*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung*  
*des deutschen und internationalen*  
*Wissenschaftsrechts e. V. am 27. April 2023*

Prof. Dr. Volker Epping, Präsident der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität und Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts, stellte einleitend die Bedeutung der Exportkontrolle für die Wissenschaft dar. Durch diese Regelungen erführen die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 GG verankerte Wissenschaftsfreiheit ebenso wie die verfassungsrechtlich abgesicherte Außenwirtschaftsfreiheit<sup>1</sup> ihre Schranken.

Relevant werde die Exportkontrolle in jedem Bereich der Wissenschaft, was für die Betroffenen nicht immer intuitiv erkennbar sei. Verstöße gegen das Exportkontrollrecht führten im Einzelfall zu strafrechtlichen Sanktionen, weshalb gute Kenntnisse in diesem Bereich speziell für die jeweilige Institutsleitung als Ausfuhrverantwortliche<sup>2</sup> unentbehrlich seien. Epping erklärte als Ziel der Veranstaltung, Einblicke in die Grundzüge des Exportkontrollrechts zu vermitteln und anhand praktischer Beispiele Hilfestellungen für den Umgang mit dem Regime zu geben.

## **I. Grundlagen des deutschen und europäischen Exportkontrollrechts**

Einführend betonte Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang, Direktor des Instituts für Zoll- und Außenwirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, die Notwendigkeit der Etablierung eines Exportkontrollmechanismus in wissenschaftlichen Einrichtungen. Stets bestünde die Möglichkeit einer Außenwirtschaftsprüfung, es drohten Straf- oder Bußgeldverfahren sowie Reputationsschäden. Zugleich gingen mit der Exportkontrolle aber auch Sicherheitsaspekte einher, indem Wissen und Technologie vor Missbrauch geschützt wer-

den würden. Anschließend stellte Wolfgang die wesentlichen Strukturen des Exportkontrollrechts auf europäischer und deutscher Ebene dar.

### **1. Ziele und Rechtsrahmen der Exportkontrolle**

Die Exportkontrolle verfolge unterschiedliche Ziele: Mit der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und konventionellen Rüstungsgütern werde die Wahrung nationaler Sicherheitsinteressen sowie die Gewährleistung der Sicherheit der Europäischen Union einschließlich ihrer Mitgliedstaaten und Bürger bezweckt. Im Rahmen der Zusammenarbeit mit anderen Universitäten müsse etwa berücksichtigt werden, dass nicht all diese in einer Weise wie die deutschen Einrichtungen abgesichert seien. Ferner solle das friedliche Zusammenleben der Völker ebenso wie der Zweck erreicht werden, Konfliktstärkung in Krisengebieten zu verhindern. Die Exportkontrolle diene ferner dem Schutz vor Terrorismus, der Einhaltung von Menschenrechten und letztlich auch der Durchsetzung politischer und ökonomischer Ziele.

Diese Ziele könnten durch Bedrohungslagen insbesondere im Bereich von Waffen und der Trägertechnologie sowie im Bereich des Terrorismus konterkariert werden. Entsprechende Bedrohungen ergäben sich speziell unter Berücksichtigung der großen Reichweite russischer Raketen sowie der zahlreichen aktuellen Kriege und Konflikte weltweit, wie dem russischen Angriff auf die Ukraine<sup>3</sup>. Bedrohungen gingen auch von Chinas deklariertem Anspruch auf Taiwan<sup>4</sup> aus, wobei sich entsprechende Konflikte vom regionalen auf weltweite Bereiche ausweiten könnten.

Angesichts dieser Hintergründe verdeutlichte Wolfgang die Relevanz der Zusammenarbeit im Exportkont-

<sup>1</sup> Grundlegend Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, Tübingen 1998.

<sup>2</sup> Vgl. aktuell auch Ossenkopp/Wien, Der Ausfuhrverantwortliche in der Wissenschaft, Eigenschaft des Ausfuhrverantwortlichen in außeruniversitären Forschungseinrichtungen und Hochschulen, AW-Prax 2023, 157 (157 ff.).

<sup>3</sup> S. aktuell im Kontext der Sanktionen gegenüber Russland Schöffski, Sanktionen gegenüber Russland und Belarus: Ist der

„Ausfuhrverantwortliche“ auch für die Einhaltung von import- und einkaufsrelevanten Sanktionen verantwortlich?, CCZ 2023, 115 (115 ff.).

<sup>4</sup> Hierzu s. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Kurzinformation, Zum Herrschaftsanspruch der Volksrepublik China über Taiwan, WD 2 – 3000 – 063/22 (30.8.2022), <https://www.bundestag.de/resource/blob/913192/5449ed870b974dd3543e235bda193df5/WD-2-063-22-pdf-data.pdf> (zul. aufg. am 1.5.2023).

rollrecht, die sich in einer Gemengelage von Regelungen auf drei Ebenen äußerte: Auf internationaler Ebene veröffentlichte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen<sup>5</sup> Beschlüsse wie die Anordnung von Embargos etwa gegen den Iran<sup>6</sup>. Ferner seien die UN-Resolution 1540 zum Kampf gegen Terror<sup>7</sup> ebenso wie Terroristenlisten zu berücksichtigen. Hierneben seien internationale Verträge wie etwa der Vertrag über die Nichtverbreitung von Atomwaffen, das Chemie- und das Biowaffenübereinkommen relevant. Außerdem finde eine internationale Zusammenarbeit mit Soft-Law Regimen wie der Nuclear Suppliers Group, der Australia Group, dem Missile Technology Control Regime und dem Wassenaar Arrangement statt. Schließlich sei im internationalen Bereich auch die Weltzollorganisation von Bedeutung.

Auf Europäischer Unionsebene kämen Verordnungen wie insbesondere die EU-Dual-Use-VO zur Anwendung; im nationalen Recht finde die Exportkontrolle ihren Ausdruck im deutschen KrwaffKontrG, dem AWG und der AWV. All jene Vorschriften enthielten als Ausnahmen zur Außenwirtschaftsfreiheit Verbote und Genehmigungsvorbehalte; als mögliche Rechtsfolgen kämen im Einzelnen eine Zulässigkeit der beabsichtigten Aktivität (mit Genehmigung) sowie ein Verbot in Betracht.

In Bezug auf außenwirtschaftliche Beschränkungen auf nationaler Ebene nannte *Wolffgang* als aktuelles Beispiel den beabsichtigten Verkauf des Kerngeschäfts Wärmepumpen des Energieherstellerunternehmens Viessmann an das US-amerikanische Unternehmen Carrier<sup>8</sup>, der auf Grundlage der in AWG und AWV verankerten Regelungen durch das BMWK geprüft wird.<sup>9</sup>

## 2. Anknüpfungspunkte der Exportkontrolle

Sodann stellte *Wolffgang* die zahlreichen Anknüpfungspunkte der Exportkontrolle dar. Entscheidend sei zunächst die Frage, welche Güter betroffen sind. Hier wür-

de zwischen verkörperten Waren sowie einer jeweils in Speichermedien verkörperten Technologie und Software unterschieden. Maßgeblich für die Exportkontrolle seien insbesondere Kriegswaffen, Rüstungs- und Dual-Use-Güter. Während erstere beide lediglich national gelistet seien, erführen Dual-Use-Güter auch eine Listung auf Europäischer Unionsebene. Außerdem werde auf Unionsebene an einzelne Länder angeknüpft, indem einerseits gegen bestimmte Länder ein Total-, Teil- oder ein Waffenembargo erlassen werde. Als Waffenembargoländer seien insbesondere China, der Iran und Russland<sup>10</sup> beachtlich. Andererseits würden bestimmte Länder auch als sensitiv gem. Art. 4 Dual-Use-VO eingestuft. Seien Dual-Use-Güter nicht bereits in einer Liste aufgeführt, dann finde eine verwendungsbezogene Kontrolle in Bezug auf militärische Zwecke statt, sofern die Güter in bestimmte Länder gem. Art. 4 EU-Dual-Use-VO i.V.m. Länderlisten oder gem. § 9 AWV ausgeführt werden sollen. In diesem Fall werde eine Kenntnis des Ausführers von der spezifischen Verwendungsabsicht verlangt (sog. Verwendungsbezug).

Weiterer Anknüpfungspunkt der Exportkontrolle seien Technologien, also spezifisches technisches Wissen, welches für die Entwicklung, Herstellung und Verwendung von Gütern notwendig sei. Entwicklung meine hierbei alle Stufen der Serienfertigung und Herstellung all jene der Fabrikation, wohingegen Verwendung die Bereiche Betrieb, Wartung, Reparatur, Überholung und Wiederaufbereitung bedeute. Der untersuchte Technologietransfer erfasse technische Unterlagen, die in Schriftform oder auf einem sonstigen Medium verkörpert sind. Die Ausfuhr dieser Unterlagen unterliege der Güterkontrolle. Bedeutsam sei daneben aber auch der Transfer technischer Unterstützung, worunter geistige oder manuelle Dienstleistungen gem. Art. 2 Nr. 9 EU-Dual-Use-VO, § 2 Abs. 16 AWG gefasst werden. Hiervon würde die Ausbildung, Beratung und Weiterga-

<sup>5</sup> Vgl. *Kloke*, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen als Weltgesetzgeber – eine kritische Betrachtung aus völkerrechtlicher Sicht, Berlin 2016.

<sup>6</sup> Diesbezüglich vgl. die näheren Informationen des BAFA, Informationen zum Embargo gegen die Islamische Republik Iran, [https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Iran/iran\\_node.html](https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Iran/iran_node.html) (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>7</sup> S. *Zimmermann/Elberling*, Grenzen der Legislativbefugnisse des Sicherheitsrats, Resolution 1540 und abstrakte Bedrohung des Weltfriedens, Vereinte Nationen 3/2004, 71 (71 ff.).

<sup>8</sup> *Krapp/et al.*, Das bleibt von Viessmann nach dem Verkauf an den US-Konzern, Handelsblatt v. 28.4.2023, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/familienunternehmer/waermepumpen-deal-das-bleibt-von-viessmann-nach-verkauf-an-den-us-konzern/29113834.html> (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>9</sup> S. zur Prüfungsankündigung *Habecks Olk*, Habeck kündigt Prüfung von Viessmann-Verkauf an, Handelsblatt v. 26.4.2023, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/waermepumpen-deal-habeck-kuendigt-pruefung-von-viessmann-verkauf-an/29115556.html> sowie zur Stellungnahme des Bundeskanzlers *Scholz Welt* v. 26.4.2023, <https://www.welt.de/wirtschaft/article245005826/Kanzler-Scholz-sieht-Verkauf-von-Viessmann-Heizungssparte-grundsätzlich-positiv.html> (jew. zul. aufg. am 1.5.2023). Anwendung findet hier das sog. sektorübergreifende Investitionsprüfverfahren gem. §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 4a, 5 Abs. 2 AWG i.V.m. §§ 55 ff. AWV (vgl. weiterführend *Hagedorn*, Die Beschränkung ausländischer Direktinvestitionen in sicherheitsrelevante zivile Unternehmen, Berlin 2023 [im Erscheinen]; *Wolffgang/Rogmann/Pietsch*, AWR-Kommentar, Stand: 2022).

<sup>10</sup> Vgl. zur Verlängerung der unionalen Sanktionen jüngst *Redaktion AW-Prax*, Sanktionen gegen Russland I, EU verlängert Beschluss zu den Restriktionen gegenüber den russisch kontrollierten Gebieten in der Ukraine, AW-Prax 2023, 87 (87) m.w.N.

be von Informationen unabhängig von der Frage betroffen, ob sie mündlich, fernmündlich oder elektronisch erfolge. *Wolfgang* betonte, dass somit unter Umständen auch der alltägliche E-Mail-Verkehr betroffen sein kann.

Die Weitergabe technologischer Informationen sei grundsätzlich immer dann genehmigungspflichtig, wenn auch ein vergleichbarer Güterexport genehmigungspflichtig wäre. Dies veranschaulichte *Wolfgang* am Beispiel eines Panzerexports: Sei seine Ausfuhr nicht erlaubt, so dürfe man auch keine Informationen bezüglich dessen Entwicklung und Herstellung weitergeben. Als Ausnahme seien allerdings allgemein zugängliche Informationen sowie Fragen der wissenschaftlichen Grundlagenforschung vom Verbot ausgenommen. Letztlich unterstrich *Wolfgang* nochmals, dass der Ort der technischen Unterstützung unerheblich ist. Die Beschränkungen der Exportkontrolle fänden demnach für Deutsche weltweit Anwendung, wenn sie Gebietsfremde außerhalb Deutschlands oder der Europäischen Union unterstützten.

Zuletzt knüpfte die Exportkontrolle an bestimmte Personen und Organisationen an. Es erfolge eine Listung durch die Vereinten Nationen, die mit unionsrechtlichen Verordnungen umgesetzt werden, oder allein eine Listung der Europäischen Union. Gelistet würden insbesondere Kriegsverbrecher, Terroristen und politisch Verantwortliche. In der Rechtsfolge würden Gelder und wirtschaftliche Ressourcen dieser Personen oder Organisationen eingefroren, ihnen dürften also weder direkt noch indirekt Gelder zur Verfügung gestellt werden. In diesem Bereich entfalteten die Kontrollvorschriften eine unionsweite Geltung, sodass in der Wissenschaft etwa keine Aufträge von diesen Personen angenommen werden dürften.

## II. Praxisbeispiele zum Themenfeld „Exportkontrolle und Wissenschaft (Academia)“

*Volker Anders*, Unterabteilungsleiter im Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), und *Dr. Marius Siebers*, Technisches Referat im BAFA, stellten in ihrem nachfolgenden Impulsvortrag aus der behördlichen Sicht die Bedeutung der Exportkontrolle für die Wirtschaft dar.<sup>11</sup> Zu berücksichtigen sei für die Wissenschaft insbesondere, dass auch die zivile Ausrichtung der Forschungs- und Tätigkeitsbereiche nicht die Exportkontrolle ausschließt; allein das objektive Miss-

brauchspotenzial sei entscheidend. Der Kontrollmechanismus greife demnach auch, wenn mit der Forschung ein „hehres“ Ziel, beispielsweise die Entwicklung eines Impfstoffs, verfolgt werde.

Im Rahmen einzelner Forschungsbereiche sei beachtlich, dass jedem ein eigenes Missbrauchspotenzial immanent ist. So führte *Anders* für den Bereich der Biotechnologie etwa die Vogelgrippe und für den Bereich der Luft- und Raumfahrttechnik die Zusammenarbeit mit ausländischen Forschern, die selbst im Rüstungsbereich tätig sind, auf.

### 1. Anwendungsbereich der Exportkontrolle und Listung

*Anders* nahm die Ausfuhr eines in Anhang I der EU-Dual-Use-VO gelisteten Prototyps zum Anlass für ein praktisches Beispiel der Exportkontrolle gem. Art. 3 Abs. 1 EU-Dual-Use-VO. Relevant sei, dass der Prototyp aus technischer Sicht von einer Position des Anhang I der E-U-Dual-Use-VO erfasst ist und dass dieser in ein Land außerhalb der EU mitgenommen wird. Damit liege eine genehmigungspflichtige Ausfuhr vor. Auf Zweck und Dauer der Ausfuhr komme es nicht an.

Als weiteres Beispiel nannte *Anders* die Übersendung einer E-Mail an einen Wissenschaftler in einem Land außerhalb der EU, in der ausführlich die Forschung zu einer in Anhang I der EU-Dual-Use-VO genannten Technologie erläutert wird. Hier liege ebenfalls eine genehmigungspflichtige Ausfuhr vor, weil wie in Beispiel 1 ein gelistetes Gut in ein Drittland ausgeführt würde. Irrelevant sei, in welcher Art und Weise die Technologie übermittelt wird. Die Übertragung von Technologien mittels elektronischer Medien bzw. das Einräumen von Zugriffsmöglichkeiten auf Server sei der Ausfuhr in körperlicher Form gleichgestellt.

Sodann erläuterte *Siebers* die Listung bestimmter Güter und ihre Struktur im Rahmen des Anhangs I der EU-Dual-Use-VO am Exempel der Fließdruckmaschine (Listung: 2B009). Diese Listung setze sich aus der Kategorie (2: Werkstoffbearbeitung), der Gattung (B: Prüf-, Test- und Herstellungsausrüstung) und der Kennung (0xx: Wassenaar Arrangement [WA]) zusammen.

### 2. Anwendungsbereich konkret im Rahmen der Technologiekontrolle

*Siebers* fuhr in seinem Impulsvortrag mit einer näheren Erläuterung der Technologiekontrolle fort. In diesem Bereich sei das weite Spektrum von offensichtlich nicht

<sup>11</sup> Vgl. auch das Handbuch der BAFA, Exportkontrolle und Academia, 2. Auflage, Berlin 2022. S. weiterführend dass., Exportkontrolle in Forschung und und Wissenschaft, <https://www.bafa.de/>

SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\_aca\_broschüre\_awareness.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=5 (zul. aufg. am 1.5.2023).

kontrollierter und offensichtlich kontrollierter Technologie maßgeblich. Erstere liege etwa vor bei einem Bachelorstudiengang in nicht technischen oder mathematischen Fachrichtungen. Eine offensichtlich kontrollierte Technologie sei gegeben, wenn an einem Forschungsvorhaben gearbeitet werde, in dem gelistete Güter weiterentwickelt werden.

Zwischen den beiden eindeutig bestimmbareren Bereichen befände sich eine Grauzone. Diesbezüglich habe im Einzelfall eine genauere Abgrenzung zu erfolgen, bei der zunächst eine Vorprüfung dahingehend erforderlich sei, ob eine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie vorliegt. Wäre dies abzulehnen, dann erfolge eine Abgrenzung zu offensichtlich kontrollierten Technologien anhand folgender Kriterien: Maßgeblich sei insoweit der Bezug der Technologie zur Güterliste, die Detailtiefe des zum Transfer beabsichtigten Wissens und das Vorliegen einer Grundlagenforschung. Sofern ein Bezug zu den Güterlisten bestünde, keine wissenschaftliche Grundlagenforschung vorliege und die Arbeiten nicht umfassend veröffentlicht seien, sollte ein Dialog mit dem BAFA angestrebt werden, um die Exportkontrollrelevanz zu klären.

In diesem Kontext nannte *Siebers* als erstes Praxisbeispiel den vorübergehenden Export einer Multicopter-Drohne nach Südafrika, um dort Agrar-Projekte vor Ort bei ihren Luftaufnahmen zu unterstützen. Als technische Daten hat die Drohne ein Gewicht von 907 g, maximale Flugzeit von 31 Minuten, maximalen Windwiderstand von 29-38 km/h, sie kann autonom fliegen und ist im Einzelhandel erhältlich. Hier handele es sich um keine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie. Die Drohne weise keinen Bezug zur Güterliste, insbesondere nicht zu 9A012 Anhang I EU-Dual-Use-VO auf, da ihr Windwiderstand zu gering ist. Ebenso seien die Merkmale von 9A112 Anhang I EU-Dual-Use-VO nicht erfüllt. Demnach handele es sich um keine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie.

Als zweites Praxisbeispiel erläuterte *Siebers* die Weiterentwicklung einer Virus-Kultivierungsmethode. Ein Forscher aus Deutschland arbeitet mit einem Forscher aus Indien zusammen an der Entwicklung einer neuen Kultivierungsmethode für das Nipah-Virus. In diesem Kontext übersendet er seine Forschungsergebnisse an den indischen Forscher per E-Mail. Eine offensichtlich nicht kontrollierte Technologie liege nicht vor. Das Ni-

pah-Virus werde speziell in 1C351 a) Nr. 35 Anhang I EU-Dual-Use-VO und die Technologie in 1E001 Anhang I EU-Dual-Use-VO gelistet. Da die Forschungsergebnisse nicht allgemein zugänglich oder Teil der Grundlagenforschung seien, werde gem. Art. 3 Abs. 1 EU-Dual-Use-VO eine Genehmigung benötigt. Folglich sei das BAFA zu kontaktieren.

### 3. Internal Compliance Programme<sup>12</sup>

Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass ein Internal Compliance Programme (ICP) im Bereich der Exportkontrolle einzurichten ist. Dieses könne in das Compliance-Management-System (CMS) der wissenschaftlichen Einrichtung eingebettet werden. In diesem Programm müsse die Sonderverantwortung des Ausführverantwortlichen berücksichtigt werden, der für die Einhaltung der Exportkontrollvorschriften und die Etablierung eines ICP persönlich verantwortlich sei.<sup>13</sup>

## III. Best-Practice-Beispiele

Auf Grundlage der vorstehenden theoretischen Grundlagen der Exportkontrolle konnte diese im zweiten Teil der Veranstaltung aus praktischer Sichtweise ihrer Handhabung an zwei wissenschaftlichen Einrichtungen näher erläutert werden. Neben der personellen Organisation des jeweiligen Exportkontrollmechanismus wurde auch ihre fachliche Strukturierung intensiv behandelt.

### 1. Exportkontrolle an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen

*Nicolas Lunz*, Sachgebietsleiter Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrollbeauftragter der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen, hat das ICP an seiner Hochschule entwickelt, mit aufgebaut und hat hier bislang zwei Außenwirtschaftsprüfungen miterlebt. *Lunz* stellte die Beobachtung auf, dass die Exportkontrolle neben den bereits genannten Gefahren für die wissenschaftliche Einrichtung auch positive Aspekte mit sich bringen kann, denn ein gutes internes Konzept sei geeignet, Marketingeffekte für Drittmittelgeber zu implizieren.

*Lunz* erläuterte sodann die nähere Ausgestaltung des ICP der RWTH Aachen. Personell sei die Exportkontrolle dergestalt aufgebaut, dass ein Ausführverantwortli-

<sup>12</sup> Vgl. auch BAFA, Merkblatt Firmeninterne Exportkontrolle (ICP), 3. Aufl. 2022, [https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk\\_merkblatt\\_icp.html](https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_merkblatt_icp.html) (zul. aufg. am 1.5.2023).

<sup>13</sup> S. weiterführend *Urso*, Step-by-step: Erstellung und innerbetriebliche Implementierung eines Internal Compliance Programme

(ICP) im Bereich Zoll- und Exportkontrolle, CB 2016, 344 (344 ff.); *Wolfgang/Witte*, Compliance in der Exportkontrolle, Herausforderungen für Unternehmen und Verantwortliche im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, CB 2015, 138 (138 ff.).

cher an der Spitze und darunter ein Exportkontrollbeauftragter in der Zentralen Hochschulverwaltung steht. Aufgaben des Exportkontrollbeauftragten seien im Einzelnen Information, Schulung, Beratung, Service, Organisation und auch die Exportkontrolle als rechtliche Prüfung konkreter Sachverhalte wie etwa von Verträgen mit Vertragspartnern aus Drittstaaten.

Beachtung finde hier vordergründig die besondere Sensibilisierung der einzelnen Mitarbeiter. Es sei unmöglich, jeden einzelnen als exportkontrollrechtlich eventuell relevanten Vorgang zu untersuchen. Vielmehr würden Hinweise in Bezug auf relevante Vorgänge, insbesondere betreffend die Versendung von Gütern und speziell Rüstungsgütern in Drittländer, die Mitnahme von Gütern im Reisegepäck sowie die digitale Übertragung gelisteter Software bzw. Technologie in Drittländer, erteilt. Die Sensibilisierung erfolge auf unterschiedliche Art und Weise anhand von Erklärvideos, Merkblättern, internen Schulungen oder Onboarding-Gesprächen mit neuen Dozenten. Für Lehrstühle mit einer besonders hohen Exportkontrollrelevanz, etwa demjenigen für Luft- und Raumfahrt, werden individuelle Institutsschulungen angeboten. Eine vorherige Kontrolle werde hingegen vornehmlich bei besonders kritischen Aktivitäten wie der Versendung von Gütern in Drittstaaten Prüfung vorgenommen. Hierfür werde ein bestimmtes Formular bereitgestellt, das im Einzelfall auszufüllen sei.

Schließlich betonte *Lunz* das Zusammenspiel von Exportkontrolle und Due-Diligence-Prüfung. In der RWTH sei es üblich, dass nach einer Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit in Bezug auf das Exportkontrollrecht auch die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den politischen und ethisch-moralischen Vorstellungen der Hochschule geprüft werde.

## 2. Exportkontrolle am Forschungszentrum Jülich

*Jochen Kuck*, Rechtsanwalt und Beschäftigter im Forschungszentrum Jülich, beschrieb einleitend die langjährige große Bedeutung des Außenwirtschaftsrechts für seine Einrichtung. Diese sei eine ehemalige Kernforschungsanlage mit den Forschungsschwerpunkten In-

formation, Energie und Bioökonomie. Er nahm noch einmal näher auf die Eingliederung der Exportkontrolle in die Struktur des Risikomanagements Bezug, der neben den Bereichen der Informationssicherheit, der geschäftspolitisch-strategischen Ebene sowie der Ethik eine erhebliche Relevanz zukomme.

Im Forschungszentrum Jülich sei dessen administrativer Geschäftsführer Ausführungsverantwortlicher i.S.d. Exportkontrolle. Darunter untergliedere sich die personelle Zuständigkeit in zwei Säulen: Dem Ausführungsverantwortlichen sei der Geschäftsbereich Rechte und Patente unterstellt, der den Fachbereich Recht impliziert. Hier werden Fragen des Personals, der Kooperation, Publikation und speziell des US-Rechts bearbeitet. Als zweite Säule unterliege der Geschäftsbereich Materialwirtschaft und Einkauf seiner Aufsicht. Letzterer Geschäftsbereich betreffe insbesondere die Warenausfuhr. Die Säulenaufteilung sei von einem gegenseitigen Austausch geprägt. Diese wiederum hätten gegenüber den wissenschaftlichen Instituten und der Verwaltung ein Stopp- und Weisungsrecht. Prioritär innerhalb dieser Bereiche sind nach *Kucks* Einschätzung die Warenausfuhr, das Personal und die Kooperation.

Die Exportkontrolle beginne im Forschungszentrum regelmäßig mit einem Prozessauslöser wie etwa der Einstellung eines ausländischen Wissenschaftlers. In die exportkontrollrechtliche Prüfung werde auch hier ein geschäftspolitischer Prozess integriert, der konkret einen china-spezifischen Prüfprozess sowie eine Chancen-Risiken Abwägung beinhaltet. Sodann werde weiteres Input des Instituts angefordert, auf dessen Grundlage die exportkontrollrechtliche Prüfung erfolgen könne.

## IV. Resümee und Ausblick

Schlussfolgernd gewinnt die Exportkontrolle allgemein und speziell im Bereich der Wissenschaft zunehmend an Bedeutung. Jede wissenschaftliche Institution sollte ihre Expertise im komplexen Bereich der Exportkontrolle auf- bzw. ausbauen. Dieser Komplexität kann mit formalisierten Prozessen begegnet werden, um dem steigen-

den Aufwand der exportkontrollrechtlichen Fragestellungen gewachsen zu sein. Hierbei stellt insbesondere die Sensibilisierung einzelner Wissenschaftler eine geeignete Hilfestellung dar. Daneben ist ein Austausch mit anderen Einrichtungen anzustreben.

Mit dem Widerstreit des für die Wissenschaft elementaren Austauschs einerseits und der notwendigen Kontrolle von Exporten andererseits geht eine Herausforderung einher. Es gilt jedoch auch zu berücksichtigen,

dass von der Exportkontrolle Chancen ausgehen, indem eine wissenschaftliche Einrichtung mit einem sicher etablierten Exportkontrollkonzept beispielsweise werben kann, um Drittmittel zu erhalten.

Dr. Antonia Hagedorn ist Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht München. Sie hat im Außenwirtschaftsrecht promoviert.

## Balthasar Gracian

### *Die Kunst des Ausdrucks besitzen:*<sup>1</sup>

Sie besteht nicht nur in der Deutlichkeit, sondern auch in der Lebendigkeit des Vortrags. Einige haben eine glückliche Empfängnis, aber eine schwere Geburt; ohne Klarheit können die Kinder des Geistes, die Gedanken und Beschlüsse, nicht wohl zur Welt gebracht werden. Manche gleichen in ihrer Fassungskraft jenen Gefäßen, die zwar viel fassen, aber wenig von sich geben. Andere wieder sagen sogar mehr, als sie gedacht haben. Was für den Willen die Entschlossenheit, ist für den Verstand die Gabe des Vortrages: zwei hohe Vorzüge.

<sup>1</sup> Balthasar Gracians Handorakel: Die Kunst der Weltklugheit, deutsch von Arthur Schopenhauer, neu herausgegeben von Hans Tabarelli, Wien und Berlin o. J., Nr. 216, S. 153.





Sarah Rachut

*Recht ohne Wirklichkeit?*

*Ein rechtswissenschaftlicher Ausblick ins Jahr  
2035\**

I. Eine Bestandsaufnahme: 12 Jahre in Recht und Wirklichkeit

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

II. Verstärkende Faktoren

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

III. Dem Steuerungsverlust des Rechts begegnen

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

IV. Fazit: Das Recht zwischen Kontinuität und Adaption

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

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

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

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

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

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

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

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

nem Fortschritt gesetzlicher Anpassung an die Lebenswirklichkeit sprechen kann. Während elektronische Kommunikation im privaten und beruflichen Umfeld seit Jahren Standard ist und sowohl Waren als auch Dienstleistungen bequem online bestellt bzw. gebucht werden können, ist dies bei staatlichen Verwaltungsangeboten weiterhin die Ausnahme. So wurde zum Beispiel 2003 erstmals durch eine Ergänzung des Verwaltungsverfahrensgesetzes geregelt, dass elektronische Kommunikation zwischen Bürger\*innen und Verwaltung überhaupt zulässig ist – zunächst nur auf freiwilliger Basis aller Beteiligten.<sup>2</sup> Zehn Jahre später sah das E-Government-Gesetz des Bundes dann eine Pflicht des Staates zu elektronischer Kommunikation vor<sup>3</sup> und durch das Online-Zugangs-Gesetz (OZG)<sup>4</sup> sollte erreicht werden, dass bis Ende des Jahres 2022 eine nennenswerte Anzahl an staatlichen Leistungen auch elektronisch zur Verfügung steht. Nachdem letzteres nicht gelungen ist, gibt es nun 2023 einen neuen Anlauf zur gesetzlichen Umsetzung der Verwaltungsdigitalisierung („OZG 2.0“).<sup>5</sup>

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

### I. Eine Bestandsaufnahme: 12 Jahre in Recht und Wirklichkeit

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

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

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

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

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

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

(BGBl. 2021 I, S. 2250).

<sup>5</sup> Schuster, MMR-Aktuell 2023, 455784.

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

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

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

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

Geschieht dies nicht – verliert das Recht somit seine Wirk- und Steuerungskraft – kommt die Macht, Regeln zu setzen und somit normativ zu wirken, anderen zu. Hierbei wird die normative Kraft des Faktischen<sup>8</sup> relevant: Diese beruht nicht auf einem gesamtgesellschaftlichen Werteverständnis, sondern ist vielmehr Ergebnis bestehender rechtlicher Lücken oder „Grauzonen“, welche das Schaffen von Tatsachen, „dem Faktischen“, ermöglichen. Wie sich die normative Kraft des Faktischen auch in einem vermeintlich durchnormierten Rechtsstaat ausbreiten kann, zeigt z.B. das Handeln des Unternehmens Uber Technologies Inc.<sup>9</sup> Der von Uber angebotene Fahrdienst umfasst verschiedenen Beförderungsmodelle, die stetig ergänzt oder verändert werden. Die Personenbeförderung, die durch Kund\*innen direkt über die Uber-App gebucht wird, erfolgt hierbei durch Privatpersonen mit ihren eigenen Fahrzeugen. Durch Uber wird lediglich die Plattform bereitgestellt, die ihrerseits Netzwerkeffekte nutzt. Das Interesse des Unternehmens Uber besteht darin, eine möglichst große Zahl von Personen an sich zu binden. Dabei hat es die Macht, einseitig die Regeln der Beförderung zu bestimmen und diese jederzeit anzupassen und somit auch unmittelbar oder mittelbar bestimmte Personen(-gruppen) von seinem Mobilitätsangebot auszuschließen.

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

sichtlich Sicherheit und Zuverlässigkeit der Personenbeförderung sicherstellen soll. Personenbeförderungsaufträge unterwegs anzunehmen, ist dabei Taxiunternehmen vorbehalten, an die erhöhte Anforderungen gestellt werden. Uber unterläuft mit seinem Modell diese Vorgaben und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorgaben für Taxiunternehmen für das eigene Geschäftsmodell schlicht nicht anwendbar seien. Seit 2015 kam es daher zwischen Uber und den nationalen Gerichten zu einem ständigen Hin-und-Her.<sup>10</sup> Während verschiedene Gerichte nach Klagen von Taxiunternehmen das Modell von Uber aufgrund der Missachtung der rechtlichen Vorgaben (u.a. § 49 Abs. 4 S. 2 und 3 PBefG) als rechtswidrig einstufen und dieses untersagen,<sup>11</sup> stellt sich Uber auf den Standpunkt, sein Angebot (die App) angepasst zu haben.<sup>12</sup> Weil sich das jeweilige Urteil daher auf ein früheres Modell der Uber-App erstrecke und nicht auf das aktuelle Geschäftsmodell, fühlt sich Uber nicht an das Urteil gebunden und setzt seine Tätigkeit daher fort. Konkurrierende Unternehmen, die diese Urteile erstritten hatten, schreckten auf Grundlage dieser Argumentation davor zurück, die Urteile – welche zumindest vorläufig vollstreckbar waren – durchzusetzen. Sie fürchteten etwaige Schadensersatzansprüche, sollte sich herausstellen, dass die jeweiligen Urteile tatsächlich nicht auf das „neue Uber-Geschäftsmodell“ angewandt werden könnten. Faktisch konnte sich Uber daher auf Dauer dem geltenden Recht entziehen. Der Gesetzgeber hat inzwischen reagiert und den sog. „Bedarfsverkehr“ sowie Vermittlerdienste von Mobilitätsplattformen im PBefG geregelt<sup>13</sup>, um der normativen Kraft von Uber und ähnlich agierender Akteure entgegenzuwirken.

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

<sup>8</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1929, S. 341 ff.

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

<sup>10</sup> Rachut, ZBR 2021, S. 29 f. m. w. N.

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

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

<sup>12</sup> Rachut, ZBR 2021, S. 29 f.

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

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

## 2. Gesetzgebung – Verlorener Wettlauf mit der Realität?

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

terricht<sup>17</sup> wichen auch Kirchen<sup>18</sup> oder Ärzte und Ärztinnen<sup>19</sup> auf Videokonferenzen aus.

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

Aktuell erfolgt dies in einem zweistufigen Prozess: Der Entwicklung neuer Technologien oder Konzepte (Innovation) schließt sich der Versuch an, diese zu reglementieren. Mitunter manifestiert sich hier das Faktische zum Normativen. Nur selten werden Experimentierräume geschaffen<sup>21</sup>, in denen regional und zeitlich begrenzt untersucht wird, welche tatsächlichen Folgen eine bestimmte Innovation hätte, um diese anschließend zu regulieren und darauf aufbauend Weiterentwicklungen zu ermöglichen.<sup>22</sup> Dies hat zur Folge, dass Regulierung nicht nur eine lange Zeit in Anspruch nimmt, sondern daneben oftmals auch nicht auf einer ausreichenden Datengrundlage basiert. Teilweise kommt es sogar vor, dass mittels einer politisch bedingten regulatorischen Wende (z.B. nach einem Regierungswechsel) die zuvor erlassenen Normen ins Gegenteil verkehrt werden oder sich Regelungen zu widersprechen scheinen.<sup>23</sup> Eine solch un-

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

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

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

<sup>18</sup> Vgl. Reimann/Sievert, Interaktion unerwünscht? Online-Gottesdienste während der Corona-Pandemie, in: *Cursor\_Zeitschrift für explorative Theologie*, 2021, S. 1 ff.

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

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

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

<sup>21</sup> Eine Experimentierklausel enthält zum Beispiel Art. 56 BayDiG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>28</sup> Robert Koch Institut, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, 2. Übertragungswege, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=C3091F506673DDD7F3711AEA354526FE.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText2](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=C3091F506673DDD7F3711AEA354526FE.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText2).

<sup>29</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.11.222 – 3 CN 2.21 = BeckRS 2022, 31961.

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

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

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

### 3. Rechtsprechung – In 12 Jahren zum Recht?

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

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

Gerichten beschäftigt. Allein zwischen 1978 und 2008 verurteilte der EGMR die Bundesrepublik Deutschland in 24 Verfahren wegen überlanger Gerichtsverfahren und stellte hierbei Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) sowie teils zudem gegen Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) fest.<sup>35</sup> Denn gerade in bestimmten Verfahren (z.B. in Strafsachen, familien- oder sozialgerichtlichen Verfahren) stellt ein nicht abgeschlossenes Verfahren eine erhebliche Belastung für die Beteiligten dar. Die Entscheidungen gegen Deutschland bezogen sich dabei nicht lediglich auf einzelne Rechtsbereiche, sondern vielmehr auf unterschiedliche Gerichtsbarkeiten<sup>36</sup> und zeigen damit die vielfach sehr langen Entscheidungswege im gesamten bestehenden Rechtssystem auf.

Als Konsequenz dieser EGMR-Entscheidung wurde 2011 das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren<sup>37</sup> erlassen. Darüber hinaus einigten sich Bund und Länder 2019 auf einen „Pakt für den Rechtsstaat“.<sup>38</sup> Diese bereits im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vorgesehene Übereinkunft sollte vor allem durch die Aufstockung des Personals zu einer besseren und schnelleren Rechtsdurchsetzung beitragen.<sup>39</sup> Im September 2022 folgte die Ankündigung von Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP) zu einem „Pakt für den digitalen Rechtsstaat“, durch welchen die Gerichte bei der Modernisierung und Digitalisierung unterstützt werden sollen.<sup>40</sup>

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

<sup>32</sup> Z.B. mit einer Schadensersatzpflicht nach § 717 Abs. 2 ZPO.

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

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

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

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

<sup>37</sup> Vgl. BGBl. 2011 I, S. 2302.

<sup>38</sup> Pressekonferenz der Bundesregierung v. 31.01.2019.

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

<sup>40</sup> Vgl. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2022/0927\\_Pakt\\_Rechtsstaat.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2022/0927_Pakt_Rechtsstaat.html).

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

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

Dass ein Verfahren, welches mehrere Instanzen bis zur Rechtskraft durchläuft, somit mehrere Jahre dauern kann, ist somit nicht unüblich. Dennoch gibt es bestimmte Rechtsstreitigkeiten, die hier herausstechen und demonstrieren, zu welchem Ausmaß sich die Verfahrenszeiten summieren können. Neben den über mehrere Jahre dauernden und medial intensiv begleiteten strafrechtlichen Verfahren im NSU-Prozess<sup>46</sup> und zur Aufklärung des Loveparade-Unglücks 2010,<sup>47</sup> dürfte das bekannteste zivilrechtliche Verfahren mit außerordentlicher Verfahrenslänge jenes der Gruppe Kraftwerk („Metall-auf-Metall“) sein. 1997 wurde das von Moses Pelham produzierte Lied „Nur mir“ veröffentlicht und löste damit einen Rechtsstreit aus, der bis heute (26 Jahre später) noch immer die Gerichte beschäftigt. Das allein mag bereits für Aufsehen sorgen, kurioser wird es, wenn man bedenkt, dass Gegenstand der Streitigkeit nicht das gesamte Lied, sondern ein lediglich zwei Sekunden langer „Tonfetzen“ ist. Pelham hatte diese kurze Sequenz dem Lied „Metall auf Metall“ der Band Kraftwerk entnommen und seinem Song unverändert zugrunde gelegt (sog. Sampling). Ob dies eine Verletzung der Tonträgerrechte von Kraftwerk darstellt, ist weiterhin umstritten. Kompliziert macht diesen Fall einerseits, dass neben der nationalen Rechtslage auch EU-Recht zu beachten ist.

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

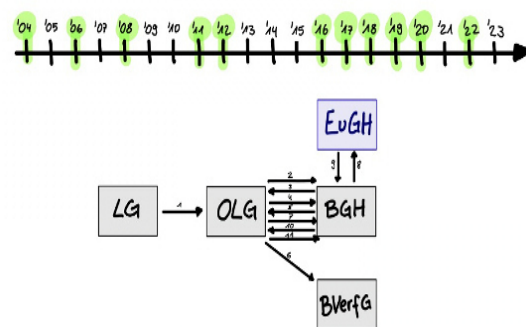


Abbildung: Verfahrensgang des Rechtsstreits „Metall-auf-Metall“, Stand: August 2023

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

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

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

<sup>44</sup> LT-Drs. 18/2325, S. 4, 9.

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

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

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

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



entsprechender Softwareunterstützung in Sekunden-schnelle Werke erstellen und sich und seine Meinung ausdrücken. Die Form zu kommunizieren, sich auszutauschen und auszudrücken, wird zunehmend multimedialer; Memes, Pastiches oder Reels gehören zum Alltag, wie es früher für Briefe oder Nachrichtensendungen galt. Bei dieser neuen Art zu kommunizieren, geht es gerade darum, auf bestehende Werke zurückzugreifen und sie in einen anderen Kontext zu stellen; dabei wird häufig auf eine ganz bestimmte Situation oder ein Gefühl Bezug genommen, welches als Grundlage für die eigene Botschaft dient. Derselbe Effekt würde sich mit einer eigenen Darstellung gar nicht erreichen lassen. Dem (Kunst-) Urheberrecht war diese Art der (Massen-) Kommunikation indes lange fremd. Aktuell sind weitere Entwicklungen zu sehen, die von einem neuen Verständnis von und dem Umgang mit Kunst sprechen. Zu nennen sind hier z.B. die Aktion des Künstlers Banksy, der während einer Auktion bei Sotheby's sein Bild sich teilweise selbst zerstören ließ,<sup>48</sup> NFT-Kunst<sup>49</sup> oder die Protestaktionen der „Letzten Generation“. Letztere ließen bereits die Forderungen nach neuen Straftatbeständen und härteren Strafen entstehen, wobei fraglich ist, ob der Weg über das Strafrecht tatsächlich zielführend ist.<sup>50</sup>

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

#### 4. Rechtsumsetzung

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

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

Ein Beispiel für die besonders langwierige Umsetzung ist die Einführung der elektronischen Patientenakte.<sup>52</sup> Bereits 2003 wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherungen<sup>53</sup> angestoßen, dass die wichtigen Gesundheitsdaten der Patient\*innen nicht mehr ausschließlich dezentral bei den Behandelnden vorliegen sollten. Der erste Ansatz hierzu war die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte (eGK), die zunächst 2006 erfolgen sollte, dann jedoch mehrfach verschoben wurde. Die genaue Funktionsweise der eGK war darüber hinaus zunächst umstritten und wurde erst 2020 mit der Neuregelung des SGB V durch das Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG)<sup>54</sup> endgültig geklärt. So verfügten die Versicherten mit der eGK im Gegensatz zur vorherigen Krankenversichertenkarte z.B. bereits über die technische Möglichkeit, elektronische Rezepte zu verwenden oder weitere Daten neben den Patientenstammdaten zu speichern. Wie genau diese neuen elektronischen Funktionen jedoch ausgestaltet werden sollten, war nicht geregelt,<sup>55</sup> sodass von diesen Optionen kein Gebrauch gemacht wurde. Einerseits hätte die (technische) Möglichkeit bestanden, auf der eGK möglichst viele Patientendaten zu speichern, sodass die eGK somit als mobile elektronische Patientenakte hätte fungieren können („eGK als Speicher“), andererseits hätte sie ausschließlich eine bloße Authentifizierungs- und Autorisierungsfunktion haben können („eGK als Schlüssel“). Durch die ausführliche Normierung der elektronischen Patientenakte (ePA) in den §§ 341 ff. SGB V und der Neuregelung der eGK wurde durch den Gesetzgeber 2020 schließlich klargestellt, dass die eGK selbst nicht als elektronische Akte fungieren

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

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

<sup>50</sup> Vgl. Rostalski, Das Strafrecht ist keine Therapie, libra-rechtsbriefing v. 15.11.22.

<sup>51</sup> S. hierzu auch Fobbe, Sind zwanzig Jahre zuviel?,

Rechtsempirie v. 13.12.2022 DOI 10.25527/re.2022.03.

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

<sup>53</sup> BGBl. 2003 I, S. 2190.

<sup>54</sup> BGBl. 2020 I, S. 2115.

<sup>55</sup> Vgl. Thüsing/Rombey, NZS 2019, 201, 202.

soll. Stattdessen wurde der stufenweise Aufbau der ePA ab 2021 beschlossen.<sup>56</sup> Hierbei wurden die Krankenversicherungen verpflichtet, diese ihren Versicherten ab dem 1.1.2021 zur Verfügung zu stellen und sie stufenweise auszubauen.<sup>57</sup> Doch auch die konkreten Vorgaben hierzu stellten die Krankenversicherungen vor enorme praktische Herausforderungen. Nicht nur musste die ePA technisch umgesetzt werden, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) hielt die Regelungen der ePA zudem für rechtswidrig und rief die Krankenversicherungen unter Androhung etwaiger aufsichtsrechtlicher Maßnahmen dazu auf, von der Bereitstellung einer seiner Ansicht nach rechtswidrigen ePA abzusehen.<sup>58</sup> Diese Debatte mag zudem dazu beigetragen haben, dass die (mittlerweile eingeführte) ePA kaum genutzt wird. Es scheint an Wissen, Akzeptanz, Transparenz und Funktion der ePA<sup>59</sup> zu fehlen. Die gesetzgeberische Absicht, die Gesundheitsversorgung durch eine elektronische Aktenführung in vielen Punkten zu verbessern, stößt inhaltlich auf Zustimmung, entfaltet in der Realität jedoch auch nach mehreren Jahren kaum Wirkung. Die aktuelle Regierung hat sich daher dazu entschlossen, das Modell der ePA weiter zu reformieren und die Nutzung im Wege eines Opt-Out-Verfahrens zu gestalten.<sup>60</sup>

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

## 5. Juristenausbildung – Nach 12 Jahren qualifiziert?

Nachdem der Faktor Mensch bei Veränderungsprozessen eine zentrale Rolle spielt, könnte auch die Ausbildung der Jurist\*innen als Hebel für die Beschleunigung des Rechts fungieren. Wie die anderen Bereiche des Rechts, zeichnet sich auch die juristische Ausbildung durch seit vielen Jahren etablierte Strukturen aus. Das zweistufige Ausbildungsformat kann bereits auf eine lange Historie zurückblicken: 1750 wurde in Preußen eine mehrstufige Ausbildung eingeführt, an deren Ende der Assessorentitel stand.<sup>61</sup> Die Ausbildung mit Referendarsexamen (nach der universitären Ausbildung) und dem Assessorexamen (nach der weiteren praktischen Ausbildung) gibt es seit 1869.<sup>62</sup> Die Grundgedanken stammen somit aus einer Zeit, in denen Herausforderungen, wie sie die digitale Transformation und die aktuellen globalen Entwicklungen mit sich bringen, noch gar nicht bedacht waren und das Rechtswesen nur bestimmten Personen(-gruppen) vorbehalten war. So wurde vor gerade einmal 100 Jahren (am 7.12.1922) erstmals eine Frau als Rechtsanwältin zugelassen. Noch heute geht man davon aus, dass die Referendar\*innen während der circa zweijährigen Vorbereitungszeit auf das zweite juristische Staatsexamen von familiärer Seite finanziell unterstützt werden. Aus diesem Grund gewährt der Staat ihnen lediglich eine Unterhaltsbeihilfe, die „eine Hilfe zum Bestreiten des Lebensunterhalts während der Ausbildung darstellt“<sup>63</sup> und lässt Nebentätigkeiten während des Referendariats nur in engen Grenzen bzw. „in Ausnahmen“ zu.<sup>64</sup> U.a. Referendar\*innen aus einkommensschwächeren Familien wird der Erwerb des zweiten Staatsexamens und damit der Zugang zum Richteramt oder zur Anwaltschaft dadurch weiterhin erschwert.

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

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

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

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

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

Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\_2021-2025.pdf.

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

<sup>62</sup> Vgl. Wegner/Suchrow/Bussmann-Welsch, Was bisher nicht geschah (und warum), FAZ Einspruch v. 25.2.20, abrufbar unter: [https://www.faz.net/einspruch/reform-des-jurastudiums-was-bisher-nicht-geschah-und-warum-16650988.html?GEPIC=s3&premium=ox261782a4edba5f46303d071148ee73e5&fbclid=IwAR19hoUiiVarFd4ho7OORQPTrP1wE\\_iY2xeV-B\\_lT-t3oWoFMqRFHjRplTE](https://www.faz.net/einspruch/reform-des-jurastudiums-was-bisher-nicht-geschah-und-warum-16650988.html?GEPIC=s3&premium=ox261782a4edba5f46303d071148ee73e5&fbclid=IwAR19hoUiiVarFd4ho7OORQPTrP1wE_iY2xeV-B_lT-t3oWoFMqRFHjRplTE).

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

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

Auch wenn sich die juristische Ausbildung, bestehend aus dem Studium der Rechtswissenschaft und dem zweijährigen Rechtsreferendariat, theoretisch innerhalb von sieben bis acht Jahren durchlaufen ließe,<sup>65</sup> sieht die Realität für viele anders aus. Durch das regelmäßige Überschreiten der Regelstudienzeit,<sup>66</sup> die Notwendigkeit von Wiederholungsversuchen, um die für den Wunschberuf weiterhin ausschlaggebende Examenspunktzahl zu erreichen,<sup>67</sup> Wartezeiten bis zum Beginn des Referendariats<sup>68</sup> und zur Verkündung der Prüfungsergebnisse<sup>69</sup> dauert es deutlich länger. Diese Zeit kann sich durch Auslandsaufenthalte, Auszeiten, Carearbeit oder eine Promotion weiter erhöhen. An den Abschluss des zweiten Examens schließt sodann die weitere Ausbildung („on the job“) in dem konkret zu ergreifenden Beruf sowie der Erwerb von Zusatzqualifikationen, z.B. eine Mediations- oder Fachanwaltsausbildung, an.

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

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

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

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

## 6. Zwischenergebnis

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

## II. Verstärkende Faktoren

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

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

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

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

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

## 1. Zunehmende Komplexität

Die Komplexität der Sachverhalte, denen sich das Recht annehmen muss, wird kontinuierlich steigen. Nachdem der Rechtsstaat bereits jetzt an seine Grenzen stößt, erscheint es fraglich, wie mit diesen Herausforderungen auf tatsächlicher und rechtlicher Seite umgegangen werden soll.<sup>72</sup>

### a) Komplexität auf der Sachverhaltsebene

Die Verfahren zum NSU-Prozess<sup>73</sup> oder im Zuge des Loveparade-Unglücks<sup>74</sup> zeigen, dass eine gründliche Aufarbeitung großer Sachverhalte Zeit benötigt. Verfahren, die aktuell als besonders komplex beschrieben werden, zeichnen sich vor allem durch eine große Zeitspanne oder Personenzahl aus. Hier braucht es die entsprechenden prozessualen Mittel, um Verfahren zu bündeln, sowie Ressourcen, um diese Vielzahl an Informationen aufzuarbeiten. Umfangreiche Akten bedürfen schlicht einer längeren Zeit zum Lesen und Bearbeiten.

Sachverhalte können auch derart komplex sein, dass ein bloßes Mehr an bestehenden Ressourcen (insbesondere Zeit und Personal) nicht genügt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn für deren Erfassung und Bewertung Spezialkenntnisse notwendig sind, etwa wenn es um eine bestimmte Technologie geht, die eine besondere Expertise erfordert. Insbesondere hinsichtlich des Einsatzes von KI-gestützten Systemen, Quantentechnologie oder IoT-Diensten wird es in den kommenden Jahren zu rechtlichen Fragestellungen kommen, die auch durch die Gerichte beantwortet werden müssen.

Gerichte bzw. Spruchkörper, die auf bestimmte Themen spezialisiert sind, bilden die Ausnahme, sodass solche Situationen der Unwissenheit Jurist\*innen grundsätzlich nicht fremd sind. Niemand – auch nicht Richter\*innen – muss alles wissen und verstehen. In solchen Fällen behilft man sich durch das Hinzuziehen externer Sachverständiger, die einen bestimmten (z.B. vom Gericht vorgegebenen) Fragenkatalog aufgrund ihres speziellen Sachverständnisses beantworten. Dies geschieht beispielsweise regelmäßig bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unfällen im Straßenverkehr. Wie schnell das Auto eines Beteiligten war oder ob ein technischer Defekt vorlag, wird dann durch Sachverständige ermittelt. Grundsätzlich lässt sich dieses Prinzip auch auf neue oder komplexere Systeme übertragen, hat jedoch sehr

wohl seine Grenzen. Zum einen gibt es (technische) Sachverhalte, welche sich nicht aufklären lassen bzw. einem stetigen Wandel unterliegen, sodass beispielsweise der Sachverhalt in der Zeit, in der ein Mensch ihn nachvollzogen hätte, sich bereits geändert hat und für die rechtliche Beurteilung nicht mehr relevant ist. Dies ist z.B. bei selbstlernenden algorithmischen Systemen der Fall. Hier geht es in der Anwendung nicht darum, zu verstehen, wie genau das System funktioniert, sondern nur darum, dass es (zu einem bestimmten Grad) funktioniert. Dieser Ungewissheit in der Praxis steht jedoch das Bedürfnis des Rechts nach Gewissheit gegenüber.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob ab einem gewissen Punkt eine Entscheidung gänzlich ohne entsprechendes Fachwissen überhaupt noch möglich sein wird. Immer neue Gutachter\*innen müssten zu immer mehr Fragen angehört werden, was den Prozess nicht nur immer weiter verlangsamen würde, sondern auch die Frage aufwirft, ob das Gericht überhaupt noch über die notwendige Kompetenz verfügt, seine Rolle auszufüllen.

### b) Komplexität auf der Rechtsebene

Hinzu kommt, dass die Komplexität auch auf der rechtlichen Ebene weiter steigt. Solange keine speziellen Regelungen für Technologien wie KI, Blockchain oder NFTs existieren, stellt sich in der Rechtsanwendung die Frage, unter welche der bestehenden Normen diese Technologie zu subsumieren ist, ob und wenn ja, welche Ausnahmen oder teleologischen Reduktionen vorzunehmen sind. Ähnlich dem rechtlichen Umgang mit Musiksampling, herrscht gerade in Hinblick auf den Einsatz bestimmter Technologien oder der Zu- bzw. Einordnung bestimmter Konzepte (etwas des Metaverse oder Web 3.0) eine allgemeine Rechtsunsicherheit. Neben den Entwicklungen auf der nationalen Ebene muss zudem vermehrt auch das internationale Geschehen in den Blick genommen werden. Insbesondere die EU bemüht sich gerade um ein umfassendes Regulierungspaket und hat sich mit ihrer Datenstrategie zum Ziel gesetzt, in den nächsten Jahren an die Spitze der datengesteuerten Gesellschaften zu gelangen sowie einen einheitlichen Binnenmarkt für Daten zu errichten, sodass eine EU-weite und branchenübergreifende Datenweitergabe zum Nutzen von Unternehmen, Forschenden und öffentlichen Verwaltungen möglich sein soll.<sup>75</sup> Darauf basierend befinden sich aktuell verschiedene regulatorische Vorhaben auf dem Weg

<sup>72</sup> Zur Komplexität als Rechtsproblem s. Zollner, Komplexität und Recht, Berlin, 2014, S. 47 ff.

<sup>73</sup> Vgl. <https://www.spiegel.de/panorama/nsu-prozess-warum-dauerte-der-prozess-fuenf-jahre-lang-a-00000000-0003-0001-0000-000002602349>.

<sup>74</sup> Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/panorama/loveparade-prozess-urteil-1.4896181>.

<sup>75</sup> Europäische Kommission, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final.

(u.a. AI Act, Data Governacne Act, Data Act, Digital Markets Act, Digital Services Act), deren konkretes Zusammenwirken noch nicht genau absehbar ist. Andere Rechtsfragen, wie beispielsweise hinsichtlich der Möglichkeit, personenbezogene Daten in Drittstaaten – vor allem die USA – zu übertragen, sind nach dem letzten Urteil des EuGH,<sup>76</sup> trotz Angemessenheitsbeschluss erneut in der Schwebe.<sup>77</sup>

### c) Folgen der Komplexität

Eine Komplexitätsreduktion ist zum Erhalt einer funktionierenden Rechtsordnung notwendig, Wege dorthin aber bisher nicht absehbar. Was am Beispiel der Gerichte erläutert wurde, gilt ebenso für die anderen Bereiche des Rechtsstaats. Die drohenden Folgen dessen können von Qualitätsverlust bis hin zum (zumindest partiellen) Stillstand im Hinblick auf Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung reichen.

### 2. Keine Abhilfe durch Technologieeinsatz

Insoweit könnte man nun darauf hoffen, dass auch der Rechtsstaat sich bestimmter Technologien zur Unterstützung bedient. Allerdings hat sich gerade in der Corona-Pandemie gezeigt, wie schlecht u.a. die Gerichte technisch ausgestattet sind. Zwar besteht z.B. im Zivilrecht mit § 128a ZPO bereits seit 2013 die Möglichkeit, eine Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung durchzuführen, sodass nicht mehr alle Parteien vor Ort sein müssen.<sup>78</sup> Doch auch knapp zehn Jahre später ist eine solche Verhandlung weiterhin die Ausnahme. *Hautli* und *Schlicht* haben über 3000 Anträge von Anwalt\*innen auf Durchführung einer Videoverhandlung ausgewertet und kommen zu einem ernüchternden Ergebnis<sup>79</sup>: Knapp die Hälfte der Anträge (48,4 Prozent) wurde negativ beschieden, wobei als Gründe dafür seitens der Gerichte auf eine fehlende technische Ausstattung, Fehlen des hinreichend technisch versierten

Gerichtspersonals oder die Nichtnotwendigkeit aufgrund eines ausreichend großen Gerichtssaals während der Pandemie verwiesen wurde.

Auch in anderen Bereichen, etwa der elektronischen Kommunikation, zeigt sich, wie schwer sich die über Jahrzehnte bis Jahrhunderte gewachsenen Strukturen des deutschen Rechtsstaats mit der Digitalisierung tun. Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) beispielsweise dient zur sicheren elektronischen Kommunikation der Anwalt\*innen mit den Gerichten. Bereits 2013 wurde hier der Grundstein zur aktiven Nutzungspflicht (Pflicht zur Übersendung von bestimmten Dokumenten an die Gerichte ausschließlich in elektronischer Form) gelegt. In den Jahren des Aufbaus des beA sowie im ersten Jahr der aktiven Nutzungspflicht ereigneten sich dennoch zahlreiche Pannen.<sup>80</sup>

Vom Einsatz unterstützender, z.B. automatisierter Systeme oder eines KI-Einsatzes in der Breite ist die Justiz noch weit entfernt. Auch wenn es hier bereits erste Überlegungen gibt, benötigen all diese Technologien neben der Infrastruktur zunächst eine entsprechende Datengrundlage. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Informationen überhaupt elektronisch bestehen und somit verarbeitet werden können, sondern auch, wo, in welcher Qualität und wie diese ausgetauscht werden. Aktuell besteht nicht einmal ein vollständiges Bild über die in Deutschland getroffenen gerichtlichen Entscheidungen. Denn nur ein verschwindend kleiner Teil davon (ca. 1 Prozent) wird überhaupt veröffentlicht und elektronisch zugänglich bereitgestellt.<sup>81</sup>

### 3. Unattraktivität der klassischen juristischen Berufe

Nimmt man den demografischen Wandel hinzu<sup>82</sup>, müssen komplexere Verfahren perspektivisch von immer weniger Personen bearbeitet werden, was zu einer weiteren Erhöhung der Bearbeitungszeit und damit Verlängerung der Verfahren an den Gerichten führt.

<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 16.7.20 – C-311/18 = NJW 2020, 2613.

<sup>77</sup> Für eine technologische, statt rechtliche Lösung s. *Heckmann*, *libra-rechtsbriefing* v. 10.5.22.

<sup>78</sup> Vgl. zur Entwicklung der Digitalisierung in der Justiz *Anne Paschke*, *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, Berlin, 2018, S. 235 ff.

<sup>79</sup> *Hautli/Schlicht*, *Ablehnungen von Videoverhandlungen: Eine Analyse von 3.000 „Dieselverfahren“*, *zpo-blog* v. 27.5.2021, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/hautli-schlicht-ablehnung-videoverhandlungen-128a-zpo-diesel-verfahren>.

<sup>80</sup> S. z. B. *Müller*, BSG: Signatur bei Übermittlung elektronischer Dokumente über das beA, in: NJW 2022, 1336; *Oelschlägel*, *Zumutbarkeit der Nutzung des beA*, in: IT-Rechtsberater 2021, S. 79; *Günther*, *Haftungsfallen rund ums beA*, in: NJW 2020, 1785; *NZA* 2019, S. 825; *Siegmund*, *Das beA von A bis Z*, in: NJW, 2017, S. 3134; *BGH*, Urt. v. 22.3.21 – AnwZ (Brfg) 2/20 = NJW 2021, 2206; *BGH*,

Beschl. v. 29.9.21 – VII ZB 12/21 = NJOZ 2022, 93; *BGH*, Beschl. v. 11.5.21 – VIII ZB 9/20 = NJW 2021, 2201;

<sup>81</sup> <https://www.lto.de/recht/justiz/j/studie-veroeffentlichung-gerichtsentscheidungen-deutschland-transparenz-justiz/>; zur Veröffentlichungspflicht von Gerichtsentscheidungen s. z.B. kürzlich *OVG Münster*, Beschl. v. 11.1.2023 – 15 E 599/22 = NJW 2023, 1232.

<sup>82</sup> Bundesweit geht man von einem Ausscheiden von gut 40 Prozent aller Jurist\*innen bis 2030 aus. So *Deutscher Richterbund*, *Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 7, abrufbar unter: [http://rba-nw.de/uploads/DRB-Positionspapier%20Nachwuchsgewinnung\\_kl.pdf](http://rba-nw.de/uploads/DRB-Positionspapier%20Nachwuchsgewinnung_kl.pdf); jüngst warnen zudem mehrere Gewerkschaften in diesem Zusammenhang vor der Handlungsunfähigkeit des Staates, s. <https://www.welt.de/wirtschaft/article246878548/Fachkraeftemangel-Gewerkschaften-warnen-vor-staatlicher-Handlungsunfaehigkeit.html>.

<sup>83</sup> Gleichzeitig könnte man von den Werten und Sichtweisen der

Zwar könnte man den bestehenden und aufkommen- den Personalmangel möglicherweise durch die Einstel- lung von jungen, motivierten und idealerweise digitalaf- finen Jurist\*innen beseitigen.<sup>83</sup> Dies wirft jedoch ein weiteres Problem auf: Die für die Aufrechterhaltung von Justiz und Verwaltung wichtigen Berufe (also sämtliche Organe der Rechtspflege oder Verwaltungsjurist\*innen) werden zunehmend als unattraktiv wahrgenommen. Sie erfordern einerseits ein zweites juristisches Staatsexamen – immer mehr Absolvent\*innen entscheiden sich nach dem ersten Examen jedoch gegen das Referendariat und damit gegen den Eintritt in die klassischen juristi- schen Berufe.<sup>84</sup> Andererseits entstehen auch im juristi- schen Bereich neue Berufsfelder, die eine flexiblere, indi- viduellere aber gleichzeitig sinnstiftende Tätigkeit er- möglichen. Legal Tech ermöglicht bspw. die Verknüpfung neuester Technologien mit Rechtsfragen. Mittels Legal Design erhält darüber hinaus der Design Thinking-An- satz Einzug in das Bearbeiten von Rechtsfragen und zahlreiche Jurist\*innen haben ihren Weg in Unterneh- men gefunden, wo sie als eine Art Übersetzer\*innen tä- tig sind, um rechtliche Gesichtspunkte z.B. frühzeitig in Entwicklungsprozesse einzubringen. Selbst wenn man das zweite Examen mit den vom Staat geforderten guten Noten ablegt, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Weg in Justiz und Verwaltung vorgegeben ist, um dort im Bereich von Rechtsprechung und Rechtsanwendung oder der Vorbereitung von Regulierungsverfahren mit- zuwirken. Der öffentliche Dienst ist hier gegenüber vie- len möglichen Alternativen schlicht im Nachteil. Dies bezieht sich in erster Linie nicht auf die niedrigere Ver- gütung, sondern vor allem auf die geringeren Möglich- keiten von individueller Förderung, Aufstiegschancen und Selbstbestimmtheit der Arbeit.

#### 4. Kultur und Selbstverständnis von Jurist\*innen

Des Weiteren zeigen sich Jurist\*innen vermehrt auch in anderen Rollen, die nicht unbedingt eine neue Berufs- sparte bedeuten. Gerade bei der Frage des Datenschutzes bzw. der Beurteilung der dahinterstehenden Rechte (auf EU-Ebene: Achtung des Privat- und Familienlebens sowie Schutz bezogener Daten, Art. 7, 8 GrCh; auf natio- naler Ebene: Recht auf informationelle Selbstbestim- mung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG) hat sich in den letzten Jahren eine intensive und kontrovers geführte Diskussion gezeigt. Hierbei kommt es vor, dass

Jüngeren profitieren.

<sup>84</sup> *Deutscher Richterbund* ebda., S. 10 ff.

<sup>85</sup> Zur Grundrechtsgewährleistung durch Datennutzung siehe *Heckmann/Paschke*, Datenschutz, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, München, 2022, § 103 Rn. 97 ff.

<sup>86</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik

Jurist\*innen, die eigentlich dazu angehalten wären, den Umgang mit Daten in einen rechtlich zulässigen Rah- men zu lenken und dabei die verschiedenen rechtlich geschützten Positionen in einen angemessenen Aus- gleich zu bringen, sich eher als Lobbyist\*innen hervor- getan haben. Keine Frage, Jurist\*innen dürfen parteiisch sein, wenn ihre Position dies erfordert. Werden sie aber (im staatlichen und damit allgemeinen Interesse) für bestimmte Aufgaben, z.B. als Datenschutzbeauftragte, bestellt, so gilt es, alle relevanten Positionen einzubezie- hen. Neben dem Schutz personenbezogener Daten bein- haltet das auch das Recht auf Nutzung (personenbezoge- ner) Daten.<sup>85</sup> Des Öfteren scheint in der (öffentlichen) Debatte vergessen zu werden, dass bspw. die DSGVO nicht nur „Vorschriften zum Schutz natürlicher Perso- nen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“, sondern auch „zum freien Verkehr solcher Daten“ ent- hält, vgl. Art. 1 Abs. 1 DSGVO. Das Recht auf Daten- schutz ist kein „Übergrundrecht“ und übertrumpft daher auch nicht pauschal andere Interessen. Wie bei anderen Kollisionen ebenfalls, gilt es, die betroffenen Rechtsposi- tionen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Kollidieren verschiedene Grundrechte miteinander, muss ihnen im Wege der praktischen Konkordanz zu Geltung verholfen werden. Demnach gilt es, eine Lösung zu finden, bei der beide Grundrechte bestmöglich zum Tragen kommen, durch das eine das andere jedoch nicht an Wirkkraft verliert.<sup>86</sup>

Das Datenschutzrecht ist hierbei nur ein Beispiel da- für, dass sich Jurist\*innen durchaus als „Verhinderer“ und weniger als „Ermöglicher“ positionieren. Statt in den aufgeworfenen Rechtsfragen die Möglichkeit zu se- hen, Chancen zu ergreifen und Wege aufzuzeigen, wird oftmals betont, was *nicht* geht. Damit wird mitunter der Weg zu einer möglichen funktionierenden und rechts- konformen Lösung verbaut.

Eng mit dem Selbstverständnis der Jurist\*innen ver- bunden ist die bestehende Kultur. Die Ausbildung för- dert weiterhin Einzelkämpfer\*innen und belohnt Indivi- duen, die sich von der Gruppe abheben. Der Fokus der Ausbildung und Bewertung liegt dabei auf dem Repro- duzieren bestimmter Streitstände und Rechtsprechung. Mittelbar wird dadurch die Abgrenzung unter den Stu- dierenden gefördert, Auswendiglernen geht Verständnis vor und zusätzliche Aktivitäten und das Erlernen weiter- er Kompetenzen<sup>87</sup>, die nicht examensrelevant sind,

Deutschland, Heidelberg, 1999, S. 71.

<sup>87</sup> Zur Teamfähigkeit und ihrer Einbeziehung in Ausbildung und Prüfung siehe auch *Heckmann/Seidl/Pfeifer/Koch* c.t. <compliant teamwork>. Teamorientiertes Lernen in den Rechtswissenschaf- ten, Berlin, 2015.

<sup>88</sup> Vgl. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechts-

werden nur selten honoriert. Es wundert daher nicht, dass man auch den „fertigen Jurist\*innen“ nachsagt Einzelkämpfer\*innen zu sein und sich schwer tun, als Gruppe oder Team etwas zu erreichen. Möglicherweise bedingt dies ebenfalls, dass Fehler eher versteckt werden, als diese öffentlich zu machen, um einen gemeinsamen Lernprozess anzustoßen.

### 5. Negative Synergien

Hinzu kommt, dass sich die vorgenannten Faktoren gegenseitig verstärken. Das immer weitere Entfernen von Recht und Wirklichkeit sorgt für eine stetige Ausweitung von Rechtsunsicherheit und damit zu negativen Folgen für das Individuum und die Gesellschaft. Ein Staat, der nicht in der Lage ist, Innovationen durch einen entsprechenden Rechtsrahmen zu ermöglichen und zu fördern, verliert seine Attraktivität als Wirtschaftsstandort. Fehlende Ressourcen bei steigendem Bedarf sowie die im Verhältnis unattraktiver werdenden beruflichen Aussichten, verstärken den bestehenden Personalmangel und verringern die Handlungsmöglichkeiten des Staates weiter. Eine Lösung erscheint hier nicht mehr allein über das Aufbringen enormer finanzieller Mittel möglich, sondern es droht zumindest ein zeitweises Abfallen der Qualität. Schließlich können die individuellen negativen Erfahrungen mit dem Recht in all seinen Facetten zum Schwinden der Akzeptanz in der Gesellschaft beitragen und die Steuerungsmöglichkeit des Rechts weiter einschränken, bis der Rechtsstaat schließlich ganz zum Erliegen kommt.

### 6. Zwischenergebnis: Der Rechtsstaat in einer Abwärtsspirale

Ein Auseinanderfallen von Recht und Wirklichkeit ist unserem Rechtsstaat zu einem gewissen Grad nicht fremd.<sup>88</sup> Die zögerliche bzw. überlegte Adaption des Rechts mag zum Teil sogar als Vorteil im Sinne eines Ge-

genpols an Beständigkeit zu den sich ansonsten so schnell verändernden Umständen angesehen werden.

Gewiss bedeutet Kontinuität im Recht auch Verlässlichkeit, Absicherung und Vorhersehbarkeit; Attribute, die man mit einem funktionierenden Rechtsstaat verbinden sollte. Nichtsdestotrotz kann die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit irgendwann so groß werden, dass die beiden Ebenen nur noch losgelöst voneinander existieren, das Recht mithin seine Steuerungskraft im Wesentlichen verliert.

In einer solchen Situation helfen auch abstrakte Werte oder Ordnungsprinzipien nicht, wenn sie nicht (mehr) mit Vorstellung und Moral der gegenwärtigen Gesellschaft als Subjekte der Rechtsordnung übereinstimmen. Die Folge einer solchen Abwärtsspirale ist der schlichte Akzeptanzverlust des Rechts und mit ihm die fehlende Möglichkeit, zu wirken.

Dieser Abwärtsspirale entgegenzuwirken wird daher zentrale Aufgabe der kommenden Jahre sein, um auch unter Zeitdruck den verschiedenen Krisen trotzen zu können.

## III. Dem Steuerungsverlust des Rechts begegnen

Aus dieser beschriebenen Abwärtsspirale ergibt sich nichts weniger als ein drohender Steuerungsverlust des Rechts, dem es ganzheitlich zu begegnen gilt.

### 1. Das Ziel: Der Rechtsstaat als Standortfaktor

Ziel der Maßnahmen kann dabei nicht nur sein, die Steuerungskraft in irgendeiner Art zu erhalten, sondern vielmehr einer klaren Vision zu folgen.<sup>89</sup> Das deutsche Rechtssystem ist im EU-weiten und internationalen Vergleich hoch angesehen, verfügt über viele Stärken und sowohl Rechtsprechung als auch Gesetze gelten als Vorbilder und Orientierungsmarken für verschiedene Länder weltweit.<sup>90</sup> Ein funktionierender, im Sinne von Kon-

normen, 1997, S. 173 ff.; *Bringewat*, Geltungsverlust von Normen und Verfügungen des öffentlichen Baurechts im Spannungsverhältnis von Recht und Wirklichkeit, Baden-Baden, 2012, S. 19; vgl. auch, jedoch mit stärkerem Fokus auf Österreich *Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, Berlin, 1970, S. 30.

<sup>89</sup> Zum Entwickeln von Visionen aus Science-Fiction s. *Hermann*, Von Science-Fiction lernen: Welche Digital- und Datenpolitik wollen wir?, *Tagesspiegel* Background v. 2.12.22, abrufbar unter: <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/von-science-fiction-lernen-welche-digital-und-datenpolitik-wollen-wir>.

<sup>90</sup> So beeinflussten die im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verankerten Werte und Konzepte die Verfassungen einer Vielzahl von Demokratien, u.a. erkennbar z. B. auch bei der Verankerung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen in die post-franquistische Verfassung Spaniens von 1978, vgl. *Oehling de*

*los Reyes*, El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, S. 164 ff. Auch im zivil- und strafrechtlichen Bereich konnten zahlreiche deutsche jur. Konzepte und Standards ihren Fingerabdruck in diversen internationalen Rechtsordnungen hinterlassen (v.a. in Estland, Asien und Südamerika), vgl. *Kull*, Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law, in: *Juridica International*, 2008, S. 122 ff.; *Zaffaroni/Croxatto*, El pensamiento alemán en el derecho penal argentino, in: *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 2014, S. 192 ff.; *Luney Jr.*, Traditions and foreign influences: Systems of Law in China and Japan, in: *Law and Contemporary Problems*, 1989, S. 129 ff.

<sup>91</sup> Vgl. z.B. LL.B Legal Tech (Passau), <https://www.uni-passau.de/>

tinuität und Zuverlässigkeit getragener, Rechtsstaat stellt hierbei auch einen wichtigen Standortfaktor dar, auf den es sich zu besinnen und diesen es auch künftig zu fördern gilt. Fraglich ist daher, mit welchen Impulsen es gelingen kann, den Rechtsstaat auch im Jahre 2035 (noch) als wertvollen Standortfaktor zu etablieren bzw. zu fördern. Denn die oben dargestellten negativen Synergien auf Wirtschaft, Politik und Zivilgesellschaft könnten mit einem starken Rechtsstaat ebenso ins Gegenteil verkehrt werden. Der Rechtsstaat wäre somit Garant für eine Gesellschaft nach unseren freiheitlich demokratischen Vorstellungen und Werten – mithin im Sinne aller.

## 2. Modernisierung der juristischen Ausbildung

Das Recht ist ohne die Menschen nichts. Wie bei anderen Transformationsprozessen, hängt dessen Erfolg maßgeblich von den Personen ab, die sie bewirken und die von ihnen betroffen sind. Der effektivste Prozess und die besten Technologien sind wertlos, wenn sie nicht genutzt werden. Aus diesem Grund gilt es, die juristische Ausbildung an die Arbeitswelt und Herausforderungen von Gegenwart und Zukunft anzupassen. Neben der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung mit Digitalisierungsthemen (wie z.B. durch die Möglichkeit sich bereits während der Ausbildung darauf zu spezialisieren (sog. Schwerpunktbereich oder Berufsfeld) oder im Rahmen spezieller und interdisziplinärer Studiengänge<sup>91</sup>), bedarf es ebenso der Vermittlung der praktischen Fähigkeiten. Jurist\*innen arbeiten bereits jetzt zu wesentlichen Teilen am Computer, nutzen verschiedene Datenbanken und Software zur Erstellung der Schriftsätze oder Berechnung von Ansprüchen. Eine Reform der juristischen Ausbildung hätte nicht nur den Vorteil, dass diese inklusiver und chancengerechter gestaltet wäre und die Absolvent\*innen die tatsächlich benötigten Fähigkeiten vermittelt bekämen,<sup>92</sup> sondern auch, dass die tendenziell bestehende Hemmung gegenüber Innovationen im Rechtsbereich abgebaut werden könnte. Dies ebnet den Weg dafür, das technisch Mögliche gekonnt einzusetzen und so zur dringend benötigten Entlastung des knappen Personals beizutragen. Jurist\*innen sind nicht ersetzbar, es gibt jedoch Aspekte der juristischen Arbeit, die sich automatisieren oder zumindest vereinfachen ließen, wenn man es denn zuließe.

legaltech, sowie LL.M. Legal Tech (Regensburg), <https://www.legaltech-ur.de/>.

<sup>92</sup> Vgl. Heckmann/Rachut, E-Klausur und Elektronische Fernprüf-

Initiativen wie iur.reform<sup>93</sup> setzen sich bereits jetzt für eine Modernisierung der juristischen Ausbildung ein. Dazu wurde die seit über 20 Jahren bestehende Reformdiskussion ausgewertet und in 44 zentrale Thesen gefasst, welche schließlich in die bundesweit größte Umfrage unter Jurist\*innen geflossen sind. Solche Bestrebungen gilt es zu fördern und deren Ergebnisse als ersten Impuls zu nutzen.

## 3. Netzwerke schaffen und fördern

Netzwerke sind auch für Jurist\*innen wichtig. Sie sollten weniger mit drohenden Befangenheitsanträgen assoziiert und stattdessen bewusst geschaffen und genutzt werden. Solche Netzwerke entstehen aktuell vor allem auf natürliche Weise in den verschiedenen Institutionen und über die üblichen beruflichen Kontakte. In einigen Bereichen finden sich auf Initiative Einzelner bereits orts- bzw. institutionsübergreifend Menschen zum Austausch zusammen. Foren wie die digitale Richterschaft oder Vereine wie der Next e.V. ermöglichen es Interessierten einerseits, sich mit ihren Erfahrungen und Fragen an ein größeres Publikum zu wenden und persönliche Kontakte zu knüpfen. Dies schafft Vertrauen untereinander und fördert einen ehrlichen Umgang mit Problemen und Herausforderungen. Andererseits informieren solche Initiativen und lenken Aufmerksamkeit auf bestimmte Themen, sorgen somit für eine gewisse Sichtbarkeit und motivieren möglicherweise zum eigenen Engagement. Dadurch wiederum können vermeintliche Einzelkämpfer\*innen ermutigt und zusammengebracht werden. Diese Netzwerke sind zudem notwendig, um der steigenden Komplexität auf technischer und rechtlicher Ebene zu begegnen. Es gilt daher, sie aktiv einzurichten und zu fördern.

## 4. Durchlässigkeit und Interdisziplinarität stärken

Die Vielseitigkeit der juristischen Berufe und die unterschiedlichen Erfahrungen, die dadurch gesammelt werden können, bieten eine weitere große Chance voneinander zu lernen. Dennoch sind Perspektivwechsel eher eine Seltenheit. Nur wenige Jurist\*innen wechseln aus der Anwaltschaft ins Richteramt und umgekehrt, oftmals wird der nach dem Examen eingeschlagene Karriereweg über viele Jahre weiterverfolgt. Gerade das Dienst- und Beamtenrecht bietet hier nur wenig Durchlässigkeit

fung, Berlin, 2023, S. 22.

<sup>93</sup> Vgl. <https://iurreform.de/>.

<sup>94</sup> Zum bisherigen Stand und Verständnis s. Wrase/Scheiwe, Rechts-



und Anreize, die in anderen Bereichen erworbenen Fähigkeiten (zeitweise) in den Dienst des Staates zu stellen.

Anpassungen in diesem Bereich müssen zudem nicht auf Jurist\*innen beschränkt sein. Bereits jetzt stellt diese Berufsgruppe z.B. einen großen Teil der ministeriellen Beamt\*innen und schließt dadurch wertvolle Perspektiven und Methoden anderer Fachrichtungen aus. Fellowship-Programme wie Work4Germany haben den Mehrwert dieses Ansatzes bereits unter Beweis gestellt und gezeigt, dass interdisziplinäres Arbeiten auch im öffentlichen Sektor gelingen kann.

Neben der Durchlässigkeit zwischen den verschiedenen Berufen, gilt es daher, die Rechtswissenschaft mit weiteren Disziplinen zu verknüpfen. Recht und Rechtsstaat sind jetzt auf die Erkenntnisse anderer Wissenschaften und Disziplinen angewiesen. So wird es aufgrund der digitalen Transformation immer wichtiger, neben der technischen Funktionsweise auch die Auswirkungen auf Gesellschaft oder Wirtschaft zu begreifen.

Damit dies gelingt, mithin eine „gute“ Rechtsetzung ermöglicht wird, die den Regelungsbedarf erkennt und im Rahmen der (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben und anhand des politischen Willens umsetzt, bedarf es mehr als die aktuell im Gesetzgebungsprozess etablierten Anhörungen. Es ist vielmehr ein frühzeitiger und echter interdisziplinärer Austausch notwendig. Dies umfasst insbesondere eine Kommunikation auf Augenhöhe, die Fähigkeit, sich in andere Positionen hineinzusetzen und das Hinterfragen der eigenen Annahmen. Interdisziplinäres Arbeiten ist mehr als das Beteiligen verschiedener Disziplinen. Es erfordert weniger die höchsten Fertigkeiten im eigenen Fachbereich, sondern vielmehr bestimmte, oft unter der Kategorie *soft skills* zusammengefasste Fähigkeiten, die somit als „Zukunftsskills“ in den Mittelpunkt rücken.

##### 5. Fehler- und Lernkultur etablieren

Auch wenn ein Rechtsstaat danach strebt, Fehler zu vermeiden, so kommen sie zwangsläufig vor und werden sich möglicherweise häufen, wenn man innovative Ansätze verfolgt. Eine Kultur, in der Fehler unweigerlich negative Konsequenzen für den Einzelnen haben, regt dazu an, diese zu verschweigen. Dass Fehler nicht verschwiegen, sondern offen behandelt werden sollten, ist per se nicht Neues. Wichtig ist jedoch sich bewusst zu machen, dass der transparente Umgang mit Fehlern nicht nur aus Sicht des Einzelnen wünschenswert ist,

sondern vor allem die Möglichkeit bietet, durch Aufklärung und Adaption des Systems weitere Fehler zu vermeiden. Daher müssen solche Strukturen geschaffen werden, die sicherstellen, dass etwaige Fehler nicht nur kommuniziert, sondern aus ihnen auch die notwendigen Schlüsse gezogen werden, somit neben einer Fehlerkultur auch eine Lernkultur sicherstellen.

##### 6. Digitalisierung des Rechts

Entscheidend wird zudem sein, ob es gelingt, die Potentiale der Digitalisierung auch im und für das Recht zu nutzen. Eine flächendeckende elektronische Aktenführung kann hierbei nur ein erster Schritt sein, um eine umfassende elektronische Grundlage für die weitere Arbeit zu schaffen. Es bedarf darüber hinaus einer umfassenden Datengrundlage und der qualitativen Aufbereitung dieser, um den künftigen Herausforderungen zu begegnen. Nicht nur würde z.B. eine Veröffentlichung und Aufbereitung sämtlicher Gerichtsentscheidungen in anonymisierter Form dazu beitragen, dass Richter\*innen bei ihren Entscheidungen im gesamten Bundesgebiet auf umfassende Materialien zur Bewertung und Einschätzung zurückgreifen könnten, sondern ebnete dies auch den Weg zu einer umfassenden Rechtswirkungsforschung. Auf der einen Seite würden dadurch die Entscheidungsträger\*innen in Exekutive, Legislative und Judikative entlastet, da sie ihre wertvollen Kapazitäten nicht mehr zur mühsamen Erfassung und Aufbereitung des Sachverhalts, der Beauftragung von weiteren Gutachten oder Studien sowie der Tatsache, dass bestimmte Informationen schlicht nicht eingeholt werden können, verwenden müssten. Zudem schafft ein solch datenbasiertes Recht Transparenz und dadurch nicht nur Vertrauen in den Rechtsstaat, sondern ermöglicht es ebenso, dass das Recht gerechter wird. Verhältnismäßig leicht könnten z.B. regionale Unterschiede in der rechtlichen Bewertung dargestellt und hinterfragt werden. Zudem könnte dadurch überprüft werden, ob die Regelungsintention des Gesetzgebers mit einer konkreten Norm tatsächlich erreicht wird sowie, ob und wo sich Probleme in der Rechtsanwendung stellen, um entsprechend schnell darauf reagieren zu können (Rechtswirkungsforschung<sup>94</sup>). Weiter könnten Regulierungswirkungen von Umständen oder Dritten aufgedeckt werden, die bei der bisherigen Fokussierung auf formelles und materielles Recht unberücksichtigt bleiben. Neben der normativen Kraft des Faktischen gilt es ebenso, die normativen Wirkungen von Code<sup>95</sup>, (Industrie-)

wirkungsforschung revisited, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2018, S. 5 ff.

<sup>95</sup> S. Lessig, Code: And Other Laws Of Cyberspace, New York, 1999,

S. 3 ff.

<sup>96</sup> Insbes. auch nicht gesetzlich normierte Regularien, sog. (Industrie-)

Standards<sup>96</sup> oder die Macht nichtstaatlicher und/oder globaler Akteure zu untersuchen.<sup>97</sup>

In diesem Zusammenhang ist zudem zu hinterfragen, inwieweit durch technische oder systemimmanente Vorgaben Rechtsbrüche bereits vermieden werden können. So mag es auf der einen Seite vorteilhaft erscheinen, dass bestimmte rechtswidrige Handlungen schlicht unmöglich gemacht würden, auf der anderen Seite darf nicht vergessen werden, dass Gegenstand einer solchen Regulierung durch Technik der Mensch ist, dessen individuelle (Entscheidungs-)Freiheit es durch das Recht zu schützen gilt. Eine solche Lösung löst daher nur das oberflächliche Problem der Überlastung, schützt in Wahrheit aber nicht die individuelle Freiheit und ist daher im Ergebnis abzulehnen. So mag es vielleicht kein „Recht auf Rechtsbruch“ geben, jedoch schützen grundlegende Freiheiten vor einer vollständigen Determinierung menschlicher Entscheidungen und Handlungsweisen durch umfassende technologisch ermöglichte Automatisierung des Normvollzugs<sup>98</sup>.

Mehr Daten führten darüber hinaus keinesfalls dazu, dass Jurist\*innen obsolet würden. Die komplexen Einschätzungsspielräume und Abwägungen erfordern gerade eine menschliche Entscheidung, die nicht automatisiert werden kann. Daten und der Einsatz entsprechender datenbasierter Technologien (z.B. durch Legal Tech) können jedoch die notwendige Entlastung im Bereich des Rechts schaffen. Dies kann indes nur gelingen, wenn neben der technischen Infrastruktur, dem Aufbau der Daten und der Kompetenzvermittlung auch ein allgemeines Bekenntnis zur Datennutzung erfolgt. Dies bedeutet, dass eine etwaige bestehende einseitige Fokussierung auf Datenschutz in einen verhältnismäßigen Ausgleich mit den Interessen an der Datennutzung gebracht werden muss.

Darüber hinaus müssen die Fragen der praktischen Umsetzung, u.a. das Aufbringen der notwendigen finanziellen Mittel, diskutiert werden. Im Bundesrat wurde hierzu beispielsweise schon ein Vorschlag für eine diesbezügliche Grundgesetzänderung eingebracht.<sup>99</sup>

rie-)Standards (z. B. DIN-Normen), nehmen mittlerweile einen hohen Stellenwert im internationalen Handel ein, vgl. *Sandl*, Technische Normen und Standards – unterschätzte Größen im geopolitischen Macht Wettbewerb, in: *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik*, 2021, S. 265 ff.

<sup>97</sup> Bspw. Gewerkschaften als konstruktive Vetospieler, vgl. *Urban*, Gewerkschaften als konstruktive Vetospieler. Kontexte und Probleme gewerkschaftlicher Strategiebildung, in: *Forschungsjournal NSB*, 2005, S. 44 ff.

## 7. Wandel der Rechtskultur

Kein Zweifel: Wir werden innerhalb der nächsten 12 Jahre einen Wandel des Rechts – von der Art, wie es entsteht, über die Mechanismen seiner Verwirklichung bis zu der Rolle der (menschlichen) Akteure in der Rechtsordnung – erleben, wie es dies über all die Jahre, Jahrzehnte, Jahrhunderte nicht gab, in denen Rechtsstaatlichkeit zum prägenden Element moderner Gesellschaften avancierte. Die rasante technologische Entwicklung schafft neue Zugänge zum Recht durch Digitalisierung, Konfliktvermeidung durch Automatisierung, produktive Mensch-Maschine-Interaktionen und Verfahrenseffizienz durch smarte Prozesse auf besserer Datenbasis. So forscht man bereits an algorithmenbasierter Gesetzgebung, die künftig Grundlage des automatisierten Gesetzesvollzugs, aber auch der digitalen Vermittlung von Norminhalten an die (rechtsunkundigen) Normadressaten sein wird.

Es leuchtet ein, dass dies alles schon aufgrund seiner Komplexität und Dynamik nicht in die Denkweise überkommener Rechtspraxis und Juristenausbildung passt. Um so mehr (und schneller) muss man umdenken und die Rechtsordnung – behutsam anpassend – umgestalten, solange dies noch in beherrschbaren Schritten erfolgen kann. Das alles gelingt unterdessen nur, wenn man das überkommene Recht nicht gegen innovative Rechtsideen ausspielt, ganz nach dem Motto: Die hier dargestellten juristischen Innovationen seien letztlich rechtswidrig und schon deshalb zu unterbinden. Um genau dies zu verhindern, fordert *Dirk Heckmann* einen Rechtskulturwandel<sup>100</sup> hin zu einer konstruktiv-abwägenden Haltung gegenüber dem Neuen, dem Unbekannten: „Konstruktiv in dem Sinne, dass man auch als Jurist nicht einfach Bedenken in den Raum stellt, sondern sofort Lösungen anbietet oder zumindest anstrebt – und dabei zugleich den Wert der digitalen Innovation anerkennt. Sowie abwägend in dem Sinne, dass man bei dem (im Übrigen notwendigen) Rechtsgüterschutz nicht nur das eine Rechtsgut benennt und verteidigt, um das man

<sup>98</sup> So zutreffend in Anlehnung an das Böckenförde-Diktum *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung, in: *MMR* 2019, 563: „Nur ein totalitärer Staat verhindert flächendeckend den Rechtsbruch, erzwingt die Einhaltung dessen, was er als Recht setzt, durch Totalüberwachung oder allgegenwärtigen technischen Zwang.“

<sup>99</sup> BR-Drs. 165/1/18, S. 10 f.

<sup>100</sup> Siehe den IFO-Schnelldienst 08/2023 vom 16. August 2023, S. 22 ff.

<sup>101</sup> Hierzu der Werkstattbericht von *Rachut*, ODW 2023, 89 ff.

sich sorgt, sondern zugleich kollidierende Rechtsgüter in den Blick nimmt, deren Wert und Wichtigkeit ebenso auf die Waagschale gehören.“

Das alles lässt sich aber nur bewältigen, wenn man stärker als je zuvor wissenschaftliche Expertise in all diese Prozesse einbezieht, und zwar von der Konzeptionsphase über Sachverständigengutachten in der Projektentwicklung bis zur fachlichen Unterstützung vor, während und nach einer Evaluation. Eine solche Rolle nimmt etwa das TUM Center for Digital Public Services ([www.tum-cdps.de](http://www.tum-cdps.de)) seit seiner Entstehung im Juni 2020 mit Erfolg ein.<sup>101</sup>

Die Neugestaltung einer (digitalisierten) Rechtsordnung kann nicht „von innen heraus“ gelingen – vielmehr sollte hier die (Rechts-)Wissenschaft solche Transformationsprozesse begleiten: sie hat die notwendige Expertise, Glaubhaftigkeit und Gestaltungskraft. Rechtswissenschaft, zumal in ihrer interdisziplinären Verflechtung, kann mehr als nur das Recht erklären und Debatten leiten. Sie kann und sollte auch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung darin unterstützen, sich unter den Bedingungen fortwährender Digitalisierung, Automatisierung und Vernetzung zu erneuern.

#### **IV. Fazit: Das Recht zwischen Kontinuität und Adaption**

Die vorstehenden Maßnahmen zeigen erste Ansatzpunkte auf, um den Rechtsstaat zukunftsfähig zu machen. Unbenommen wird das Recht stets auf Veränderungen reagieren müssen. Denn Aufgabe des Rechts ist es nicht, zu regulieren, was in ferner Zukunft sein könnte, sondern allgemein gültige abstrakt-generelle Regelungen für das Heute aufzustellen und über deren Anwendung zu wachen. Diese Normen anzupassen kann aus verschiedenen Gründen notwendig sein. Innovationen können ein Treiber dieser Entwicklung sein, nicht jeder Fortschritt erfordert jedoch eine Anpassung des Rechts. Die bekannten Herausforderungen in die-

sem Anpassungsprozess erhalten durch die aktuell bestehenden, zu erwartenden und noch nicht absehbaren Entwicklungen eine neue Dimension. Die digitale Transformation und der stetige technologische Fortschritt sind nur ein Beispiel für Herausforderungen in einer Größe, dass, sollten sie ignoriert werden, sie zu einem Steuerungsverlust des Rechts führen könnten.

Die Fragen, mit denen sich der Rechtsstaat konfrontiert sieht, haben sich durch das Digitale bereits vervielfacht und werden dies künftig in immer schnellerer Abfolge tun. Damit der Rechtsstaat weiterhin handlungsfähig bleiben kann und nicht externen Zwängen unterworfen wird, sind bereits heute weitsichtige Anpassungen erforderlich. Bei dem Ruf nach Adaption und Innovation, darf gleichzeitig nicht vergessen werden, dass die Kontinuität des Rechts ein zentraler Erfolgsfaktor unseres Rechtsstaats ist. Eine gewisse Zerrissenheit des Rechts zwischen Kontinuität und Adaption ist daher unausweichlich. Statt zu versuchen diesen Konflikt aufzulösen oder zu umgehen, kann er stattdessen genutzt werden, um das Gleichgewicht zwischen diesen beiden Polen herzustellen und zu bewahren. Dies mag sich als besonders herausfordernd und in der Praxis durchaus aufreibend gestalten, kann letztlich jedoch die Zukunftsfähigkeit des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates gewährleisten. Allemal lohnt es sich, über die Rolle des Rechts in der digitalen Transformation innovativ, kreativ und auch disruptiv nachzudenken – und dies jetzt, nicht erst in 12 Jahren.

Sarah Rachut ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Recht und Sicherheit der Digitalisierung (Prof. Dr. Dirk Heckmann) an der Technischen Universität München und Geschäftsführerin der Forschungsstelle TUM Center for Digital Public Services. Sie forscht und lehrt zu verfassungsrechtlichen Fragen der Digitalisierung, schwerpunktmäßig in den Bereichen E-Government, E-Health und E-Education.

Ralf P. Schenke\*

## *Promotion und Wissenschaftsplagiate: Eine Bestandsaufnahme im Regelungsverbund zwischen Landesgesetzgebung, Hochschulen und Richterrecht*

### Übersicht\*

#### I. Einleitung

#### II. Grundrechtliche Einordnung

#### III. Überblick über die geltenden Rechtsgrundlagen

1. Hochschulgesetze der Länder
2. Promotionsordnungen
3. Zwischenbetrachtung

#### IV. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung

1. Täuschung und „geltungserhaltende Reduktion“
2. Sanktionierung und Grenzen der Satzungsautonomie

#### V. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

### I. Einleitung

Seit im Februar 2011 erste Meldungen über Unregelmäßigkeiten in der Doktorarbeit des damaligen Verteidigungsministers Karl-Theodor zu Guttenberg die Runde

machten,<sup>1</sup> vergeht praktisch kein Monat, in dem das Thema Wissenschaftsplagiate nicht die Öffentlichkeit bewegt. Die Liste derjenigen, die sich gegen Plagiatsvorwürfe verteidigen mussten, ist lang und prominent. Auf Ebene der Bundesminister hat dies nicht nur bei Karl-Theodor zu Guttenberg,<sup>2</sup> sondern auch bei Annette Schavan<sup>3</sup> sowie Franziska Giffey<sup>4</sup> zum Titelentzug geführt. Nicht bestätigt haben sich oder jedenfalls folgenlos geblieben sind hingegen die Vorwürfe, die gegen die frühere Verteidigungsministerin und heutige Präsidentin der Europäischen Kommission Ursula von der Leyen<sup>5</sup> sowie den früheren Außenminister und heutigen Bundespräsidenten Frank-Walter Steinmeier<sup>6</sup> erhoben worden sind.

Die Gründe, warum das Thema Wissenschaftsplagiate an Relevanz gewonnen hat, sind vielfältig. Gelegenheit macht bekanntlich Diebe. Mit dem Internet ist eine nahezu unbegrenzte Wissensressource nur einen Mausklick entfernt.<sup>7</sup> Auch Bücher und Zeitschriftenartikel,

\* Der Beitrag ist in Dankbarkeit und Verehrung meinem akademischen Lehrer Thomas Würtenberger zu seinem 80. Geburtstag gewidmet. Dem gesamten Team des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Dt., Europ. und Intern. Steuerrecht, Universität Würzburg danke ich ganz herzlich für die wertvolle Unterstützung bei der Abfassung des Beitrags, insbesondere bei der umfangreichen Sichtung der Rechtsquellen.

<sup>1</sup> Angestoßen worden ist die Affäre bekanntlich durch *Fischer-Lescano*, Rezension zu Guttenberg, Verfassung und Verfassungsvertrag, KJ 2011, 112, aufgegriffen in der SZ vom 16.02.2011 *Preuß/Schultz*, Guttenberg soll bei Doktorarbeit abgeschrieben haben, Süddeutsche Zeitung 16.2.2011 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/plagiatsvorwurf-gegen-verteidigungsminister-guttenberg-soll-bei-doktorarbeit-abgeschrieben-haben-1.1060774-0#seite-2>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

<sup>2</sup> Tagesschau Meldung v. 23.02.2011 (Uni Bayreuth entzieht Guttenberg den Doktor [www.tagesschau.de/inland/guttenberg-ts-198.html](http://www.tagesschau.de/inland/guttenberg-ts-198.html), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Wikipedia-Eintrag zur Plagiatsaffäre Guttenberg ([wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Guttenberg), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); maßgeblichen Anteil hatte GuttenPlag Wiki, ein offenes Wiki, dessen Mitarbeiter plagiierte Stellen der Dissertation dokumentierten ([https://guttenplag.fandom.com/de/wiki/GuttenPlag\\_Wiki](https://guttenplag.fandom.com/de/wiki/GuttenPlag_Wiki), zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

<sup>3</sup> Schavan verliert Dokortitel - und kündigt Klage an, Süddeutsche Zeitung 5.2.2013; Annette Schavan bei Wikipedia ([https://de.wikipedia.org/wiki/Annette\\_Schavan#Plagiatsvorwurf\\_%C3%BCrfe,\\_Aberkennung\\_des\\_Dokortitels\\_und\\_%C3%BCcktritt](https://de.wikipedia.org/wiki/Annette_Schavan#Plagiatsvorwurf_%C3%BCrfe,_Aberkennung_des_Dokortitels_und_%C3%BCcktritt), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Entzug gerichtlich bestätigt durch VG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2014, 15 K 2271/13, ZUM 2014, 602; siehe auch <https://schavanplag.wordpress.com>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

<sup>4</sup> Meldung der FU Berlin vom 10.06.2021 (Freie Universität Berlin entzieht Franziska Giffey den Doktorgrad – [https://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2021/fup\\_21\\_109-ergebnispruefverfahren-franziska-giffey/index.html](https://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2021/fup_21_109-ergebnispruefverfahren-franziska-giffey/index.html), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Wikipedia Eintrag zu Franziska Giffey u.a. zur Plagiatsaffäre ([wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Franziska_Giffey), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); die Dissertation wurde von VroniPlag Wiki überprüft, siehe dazu <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Dcl>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

<sup>5</sup> *Greiner/Gebauer/Töpper*, Darum darf von der Leyen ihren Doktor behalten, Spiegel 9.3.2016; Ursula von der Leyen bei Wikipedia ([https://de.wikipedia.org/wiki/Ursula\\_von\\_der\\_Leyen#Plagiate\\_in\\_der\\_Dissertation](https://de.wikipedia.org/wiki/Ursula_von_der_Leyen#Plagiate_in_der_Dissertation), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); siehe auch Ursula von der Leyen bei VroniPlag Wiki (<https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Ugv>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023).

<sup>6</sup> Plagiatsverdacht gegen SPD-Politiker Steinmeier – Vorwürfe aus umstrittener Quelle, Süddeutsche Zeitung vom 29.9.2013 (<https://www.sueddeutsche.de/bildung/plagiatsverdacht-gegen-spd-politiker-steinmeier-vorwurfe-aus-umstrittener-quelle-1.1783302>, zuletzt abgerufen am 17.07.2023); auch thematisiert im Wikipedia-Eintrag zu Frank-Walter Steinmeier ([https://de.wikipedia.org/wiki/Frank-Walter\\_Steinmeier](https://de.wikipedia.org/wiki/Frank-Walter_Steinmeier), zuletzt abgerufen am 17.07.2023); Überprüfung der Dissertation auf VroniPlag Wiki, siehe dazu <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Fws>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

<sup>7</sup> Trotz Plagiatsvorwürfen lesenswert zu den Möglichkeiten der juristischen Recherche im Internet (*Holznapel/Schumacher/Ricke*, Juristische Arbeitstechniken und Methoden, 1. Aufl. 2012, S. 35 ff.).

die nicht originär digital angeboten werden, können eingescannt, sprachlich verschleiert und dann als eigener Text ausgegeben werden. Wichtiger als die Mühelosigkeit des Plagiiens durch „Copy and Paste“ ist aber ein anderes Moment. Der digitale Fortschritt hat gegenläufig auch verbesserte Möglichkeiten geschaffen, Plagiatoren auf die Schliche zu kommen. Um einen ersten Plagiatsverdacht zu begründen, muss kein großer technischer Aufwand betrieben werden. Sofern aus frei zugänglichen Internetquellen plagiiert wurde, kann sich bereits die schlichte Eingabe einzelner Passagen der Arbeit in eine Suchmaschine als zielführend erweisen. Aufwendiger ist eine systematische Plagiatssuche, wenn die Referenztexte hinter Bezahlschranken verborgen oder zunächst nicht digital verfügbar sind. Hier führt kein Weg daran vorbei, die Vergleichstexte zunächst in digitaler Form zu erfassen. Schon wer über begrenzte Programmierkenntnisse verfügt, kann sich dann aber einen Plagiatsdetektor auf einem Standardrechner installieren, der die Einspeisung zuvor eingescannter Referenztexte ermöglicht.<sup>8</sup> Die noch bessere Alternative sind professionelle Programme zur Plagiatssuche, wie beispielsweise Ithenticate.<sup>9</sup>

Zusätzlich befeuert worden ist die Aufdeckung von Plagiaten durch die kollaborative Plagiatssuche. Goldstandard der kollaborativen Plagiatssuche ist die Internetplattform vroniplag-wiki.<sup>10</sup> Die Seite ging Ende März 2011 online. Namensgeberin war Veronica Saß, die Tochter des früheren bayerischen Ministerpräsidenten Edmund Stoiber, deren Doktorarbeit zunächst im Rahmen des Wiki Guttenplag diskutiert wurde. Auf vroniplag-wiki sind Stand Juli 2023 217 Dissertationen gelistet, die sich einer kollaborativen Plagiatssuche unterziehen mussten. Nach eigenen Angaben sind die Mitwirkenden rein ehrenamtlich tätig. Nach den Regeln der Community setzt eine Aufnahme in die öffentliche Liste plagiatsverdächtiger Arbeiten einen Anfangsverdacht voraus, der eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten haben muss.<sup>11</sup> Die Qualität der dort geleisteten Arbeit darf bei aller Kritik, die an der Einrichtung geübt wird,

keinesfalls unterschätzt werden. Dies unterstreicht schon die Anzahl der Entziehungen, die auf der Seite von vroniplag-wiki dokumentiert und in den allermeisten Fällen wohl entscheidend durch den auf der Seite geäußerten Plagiatsverdacht angestoßen worden sind.

Wenn Titel entzogen wurden, hatte dies in nicht wenigen Fällen ein juristisches Nachspiel. Die Versuche, sich dagegen verwaltungsgerichtlich zur Wehr zu setzen, sind zahlreich. Insgesamt waren sie aber nur von sehr bescheidenem Erfolg gekrönt.<sup>12</sup> Bei den Verwaltungsgerichten können Plagiatoren offensichtlich auf wenig Sympathie hoffen. Soweit ersichtlich, sind bislang nahezu sämtliche Klagen erfolglos abgewiesen worden.<sup>13</sup> Dies gründet in wesentlichen Teilen darauf, dass der Standardeinwand, die Arbeit weise trotz der Plagiate noch hinreichend viel Substanz auf, regelmäßig zurückgewiesen wurde.<sup>14</sup>

Die relative Geräuschlosigkeit der administrativen und juristischen Verarbeitung des Phänomens erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, die rechtswissenschaftlichen Fragen der Entziehung des Doktorgrades seien abschließend und zufriedenstellend beantwortet. Anlass, diesen Befund in Zweifel zu ziehen, bieten aber sowohl jüngere Entwicklungen im Landeshochschulrecht, den Promotionsordnungen der Fakultäten, aber auch in der Rechtsprechung, die im Folgenden nachgezeichnet werden sollen.

Um die Analyse vorzubereiten, soll die Thematik in einem ersten Schritt zunächst grundrechtlich eingeordnet werden (dazu II.). Dies ist notwendig, weil die grundrechtliche Dimension nicht nur im Rahmen von Ermessensentscheidungen über die Aberkennung mitgedacht werden muss, sondern bereits die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen für den Titelentzug bestimmt. Im Anschluss ist ein Überblick über die geltenden Regelungen in den Landeshochschulgesetzen und den Promotionsordnungen zu geben (dazu III.). Mit Recht viel Beachtung haben eine bereits 2017 ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Täuschungstatbe-

<sup>8</sup> <https://github.com/topics/plagiarism-checker?l=python> (zuletzt abgerufen am 11.09.2023).

<sup>9</sup> <https://www.ithenticate.com/> (zuletzt abgerufen am 11.09.2023).

<sup>10</sup> Abrufbar unter <https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/Home>. Nicht verwechselt werden darf vroniplag-wiki mit vroniplag.de. Hierbei handelt es sich um ein kommerzielles Angebot zur Plagiatssuche, das seinen Auftraggebern strikte Anonymität zusichert und für den „Einstieg in die Plagiatssuche“ offensichtlich noch nicht einmal einen Anfangsverdacht voraussetzt (<https://www.vroniplag.de/plagiatssuche/articles/plagiatssuche-der-einstieg.html>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023).

<sup>11</sup> [https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/VroniPlag\\_Wiki:FAQ](https://vroniplag.fandom.com/de/wiki/VroniPlag_Wiki:FAQ) - Wie wird die Plagiatsdokumentation finanziert? (zuletzt abgerufen am 19.7.2023).

<sup>12</sup> *Esposito, Anna/Schäfer, Ansgar*, Überblick über die Rechtsprechung zu Plagiaten in Hochschule und Wissenschaft, 07.02.2017 (ausgewertet wurde eine Auswahl von rund 80 besonders relevanten einschlägigen Gerichtsentscheidungen in Deutschland).

<sup>13</sup> *Gärditz*, Der Entzug von Doktorgrad oder Habilitation wegen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, *WissR* 2021, 150 (167) unter Verweis auf VG Köln, *Urt. v. 12.01.2017*, 6 K 7332/15 und einen weiteren Fall, in dem verwaltungsgerichtliche Entscheidungen nicht veröffentlicht wurden. In beiden Fällen gründete der Erfolg der Anfechtungsklagen auf formellen Mängeln, weil die entscheidenden Hochschulgremien falsch besetzt waren.

<sup>14</sup> VGH BW, *Urt. v. 18.11.1980*, IX 1302/78, *ESVGH* 31, 54 (57); VGH BW, *Urt. v. 19.4.2000*, 9 S 2435/99, *juris* Rn. 25; VG Düsseldorf, *Urt. v. 20.03.2014*, 15 K 2271/13, *ZUM* 2014, 602, *juris* Rn. 149.

stand<sup>15</sup> sowie ein 2020 ergangener Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Regelungsverbund zwischen Landesgesetzgebung und Satzungsautonomie der Hochschulen<sup>16</sup> erfahren. Nach der Analyse der Entscheidungsgründe und den sich aus ihnen ergebenden Folgerungen (dazu IV.) schließt die Untersuchung mit einem rechtspolitischen Ausblick (dazu VI.).

## II. Grundrechtliche Einordnung

Aus grundrechtlicher Perspektive bewegt sich der Entzug eines Doktorgrades in einem komplexen Spannungsfeld.<sup>17</sup> Vorsätzliches ebenso wie grob fahrlässiges wissenschaftliches Fehlverhalten steht außerhalb des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit.<sup>18</sup> Solange ein entsprechender Nachweis nicht erbracht ist, müssen sich aber die von einem Plagiatsverdacht Betroffenen zunächst auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können.<sup>19</sup> Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ist zugunsten der Betroffenen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen. Da im Fall der Aberkennung regelmäßig mit Nachteilen im beruflichen Werdegang zu rechnen ist, wird dies zumindest ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung sein (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>20</sup> Sofern die Promotion, wie insbesondere im Bereich der Hochschullehre, Voraussetzung für die Ausübung eines Berufs ist, berührt ein Entzug darüber hinaus sogar die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG).<sup>21</sup> Vor dem mit der Aberkennung verbundenen sozialen und gesellschaftlichen Ansehensverlust schützt das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Gegenläufiger grundrechtlich geschützter Belang ist die den Hochschulen und ihren Fakultäten anvertraute Pflege der Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).<sup>22</sup> Dass ein systematisches Plagiiere der Wissenschaft schweren Schaden zufügt, versteht sich von selbst. Plagiatoren bauen wissenschaftliche Reputation auf Kosten Dritter auf, enthalten den wahren Autoren die verdiente wissenschaftliche Anerkennung vor und untergraben so die Integrität und das Vertrauen in die Wissenschaft insge-

samt. Zu Recht geht das Bundesverwaltungsgericht deshalb davon aus, dass die Universitäten nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sind, wissenschaftliches Fehlverhalten zu sanktionieren.<sup>23</sup>

Auch im Hochschulbereich wirkt sich die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme auf das “Ob” und das “Wie” einer gegebenenfalls notwendigen Ermächtigungsgrundlage aus. Allerdings muss die tradierte Wesentlichkeitslehre, die den Vorbehalt des Gesetzes konkretisiert, hier modifiziert werden. Üblicherweise steigen die Anforderungen an die Regelungsdichte, je intensiver staatliches Handeln Grundrechte berührt.<sup>24</sup> Angesichts der oben skizzierten Grundrechtsbezüge würde dies auf den ersten Blick für eine hohe Regelungsdichte mittels parlamentsgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage sprechen. Ein derartiger Schluss ist aber zumindest voreilig und verkennt die institutionelle Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit und die Rolle der Hochschulen. Diese verfügen als Selbstverwaltungskörperschaften über Satzungsautonomie.<sup>25</sup> Durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist ihnen das Recht verliehen, ihren Wissenschaftsbetrieb, d. h. Angelegenheiten von Forschung und Lehre, eigenverantwortlich zu regeln. Diesem geschützten Bereich ist nach einhellig vertretener Auffassung auch das Promotionswesen zuzuordnen, das innerhalb der Hochschule den Fakultäten anvertraut ist.

Was dies speziell für den Regelungsverbund von Landesgesetzgebung und Promotionsordnungen im Fall der Aberkennung akademischer Grade bedeutet, war Gegenstand jüngerer Entscheidungen sowohl des Bundesverwaltungsgerichts als auch des Bundesverfassungsgerichts. Hierauf wird noch im Einzelnen im Teil IV 2 näher einzugehen sein.

## III. Überblick über die geltenden Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen für den Entzug eines Doktorgrades finden sich im Hochschulrecht der Länder sowie in den Promotionsordnungen der Fakultäten. Die folgende Analyse muss sich auf anfängliche Mängel beschränken.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148.

<sup>16</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385.

<sup>17</sup> Vgl. etwa *Zenthöfer*, Plagiate in der Wissenschaft, 2022, S. 108 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Fehling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 167.

<sup>19</sup> *Schulze-Fielitz*, Reaktionsmöglichkeiten des Rechts auf wissenschaftliches Fehlverhalten, WissR 2012, 1 (51); *Gärditz* (Fußn. 13) (154).

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 16.

<sup>21</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 16.

<sup>22</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 23.

<sup>23</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 40; s. auch *Hebeler*, Entziehung des Doktorgrades wegen Plagiats, JA 2018, 399 (400).

<sup>24</sup> Zur Wesentlichkeitslehre nur *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 43 ff.

<sup>25</sup> Allgemein zu den Grenzen der Satzungsautonomie *Zippelius/Würtenberger* (Fußn. 24), § 45 Rn. 135 ff.

## 1. Hochschulgesetze der Länder

Auf einfachgesetzlicher Ebene war die Materie lange Zeit bundeseinheitlich durch § 4 Abs. 1 Buchst. a GFaG (Gesetz über die Führung akademischer Grade)<sup>26</sup> geregelt, auf den auch vielfach in früheren Promotionsordnungen verwiesen wurde. Nach dieser vorkonstitutionellen Norm konnte der von einer deutschen staatlichen Hochschule verliehene akademische Grad wieder entzogen werden, „wenn sich nachträglich herausstellt, dass er durch Täuschung erworben worden ist, oder wenn wesentliche Voraussetzung für die Verleihung irrigerweise als gegeben angenommen worden sind.“ Weitere Entziehungstatbestände waren die „Unwürdigkeit“ entweder bereits bei Verleihung des akademischen Grades (§ 4 Abs. 1 Buchst. b GFaG) oder durch späteres Verhalten nach der Verleihung (§ 4 Abs. 1 Buchst. c GFaG). Das GFaG ist über Art. 123 Abs. 1 GG in die bundesdeutsche Rechtsordnung überführt worden. Da sein Regelungsgegenstand zum maßgeblichen Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes kompetenzrechtlich der Gesetzgebungshoheit der Länder zuzuordnen war, galt das GFaG als Landesrecht fort.<sup>27</sup> Einzige Ausnahme war die auf Ebene des Bundesrechts einzuordnende Strafnorm des § 5 GFaG, die erst 2010 aufgehoben worden ist. Hinsichtlich des Titelentzugs stand es den Ländern hingegen von Anfang an frei, das GFaG durch eigenständige Regelungen zu ersetzen.

Von dieser Möglichkeit ist mittlerweile durchgehend Gebrauch gemacht worden.<sup>28</sup> Gegenwärtig können auf Ebene des förmlichen Landesrechts drei Regelungskonzeptionen unterschieden werden, die sich nach dem Grad der Bindung der Satzungsautonomie durch den Landesgesetzgeber ausdifferenzieren. Sämtlichen Landeshochschulgesetzen ist gemein, dass sie die Universitäten zum Erlass von Promotionsordnungen ermächtigen. Das erste Regelungsmodell, wie es in Brandenburg,

Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz sowie Schleswig-Holstein umgesetzt worden ist, lässt es dabei bewenden.<sup>29</sup> In Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland sind die einschlägigen Bestimmungen in den Promotionsordnungen zum Titelentzug noch zusätzlich durch Satzungsermächtigungen abgesichert, die die Hochschulen zum Erlass von Prüfungsordnungen einschließlich der Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften ermächtigen.<sup>30</sup> Deutlich stärkeren Bindungen unterliegt die Satzungsautonomie im zweiten Regelungsmodell, das sich in Berlin, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt sowie Thüringen durchgesetzt hat. Dort sieht das Landeshochschulgesetz Sondertatbestände für den Titelentzug vor, die an eine Täuschung<sup>31</sup> anknüpfen. Der Entzug steht dann entweder im Ermessen (Sachsen, Sachsen-Anhalt)<sup>32</sup> oder ist als Sollvorschrift<sup>33</sup> ausgestaltet. Das dritte Regelungsmodell liegt den baden-württembergischen und den bayerischen Vorschriften zugrunde. Beide Länder verweisen in ihren Landeshochschulgesetzen für Entzug eines Hochschulgrades auf die Parallelvorschriften im Landesrecht zur Rücknahme von Verwaltungsakten.<sup>34</sup> Ergänzt wird der Verweis durch die Generalermächtigung zum Erlass von Promotionsordnungen sowie durch eine weitere Ermächtigung, im Falle von Verstößen gegen die Prüfungsordnung auch Sanktionen zu regeln.<sup>35</sup>

Im ersten und zweiten Regelungsmodell, d.h. außerhalb von Baden-Württemberg und Bayern, stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein Titelentzug neben den spezialgesetzlichen Vorschriften in den Landeshochschulgesetzen bzw. den Promotionsordnungen auch auf die Parallelvorschriften zu § 48 VwVfG im Landesrecht gestützt werden kann. Tatbestandlich setzt § 48 VwVfG zunächst nicht mehr, aber auch nicht weniger als die schlichte Rechtswidrigkeit voraus.<sup>36</sup> Wären die Parallelvorschriften zu § 48 VwVfG generell neben den spezial-

<sup>26</sup> G. v. 07.06.1939 RGBL. I S. 985; aufgehoben durch Artikel 9 Abs. 2 G. v. 23.11.2007 BGBL. I S. 2614.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 31.07.2013, 6 C 9.12, BVerwGE 147, 292. Abweichendes gilt allein für die Strafnorm des § 5 GFaG. In dieser war das Angebot, gegen Vergütung den Erwerb eines ausländischen akademischen Grades zu vermitteln, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bewährt. Diese Norm galt im Rang von Bundesrecht und ist erst durch Art. 9 Abs. 2 des Zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz (G. v. 23.11.2007 BGBL. I S. 261) aufgehoben worden.

<sup>28</sup> Die einschlägigen Landeshochschulgesetze werden wie folgt zitiert: Baden-Württemberg: BW LHG; Bayern: BayHIG; Berlin: BerlHG; Brandenburg: BbgHG; Bremen: BremHG; Hamburg: HmbHG; Hessen: HessHG; Mecklenburg-Vorpommern: LHG M-V; Niedersachsen: NHG; Nordrhein-Westfalen: HG-NRW; Rheinland-Pfalz: HochSchG; Saarland: SHSG; Sachsen: SächsHSG;

Sachsen-Anhalt: HSG LSA; Schleswig-Holstein: HSG SH; Thüringen: ThürHG.

<sup>29</sup> § 32 Abs. 3 S. 2 BbgHG; § 65 Abs. 4 BremHG; § 70 Abs. 6 HmbHG; § 43 Abs. 3 S. 1 LHG M-V; § 9 Abs. 3 NHG; § 67 Abs. 3 S. 3 HG-NRW; § 34 Abs. 8 S. 2 HochSchG; §§ 69 Abs. 3 S. 1 i.V.m. 64 SHSG; § 54 Abs. 3 S. 1 HSG SH.

<sup>30</sup> § 38 Abs. 2 Nr. 12 LHG M-V; § 64 Abs. 2 Nr. 9 HG-NRW; § 69 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 64 Abs. 3 Nr. 10 SHSG.

<sup>31</sup> § 34 Abs. 7 Nr. 1 BerlHG; § 32 S. 1 Alt. 1 HessHG; § 40 Abs. 4 Nr. 1 SächsHSG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 HSG LSA; § 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ThürHG.

<sup>32</sup> § 40 Abs. 4 SächsHSG; § 21 Abs. 1 HSG LSA.

<sup>33</sup> § 34 Abs. 7 BerlHG; § 32 HessHG; § 58 Abs. 7 S. 1 ThürHG.

<sup>34</sup> Siehe § 36 Abs. 7 S. 1 BW LHG; Art. 101 S. 1 BayHIG.

<sup>35</sup> Art. 84 Abs. 3 Nr. 9 BayHIG.

<sup>36</sup> Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uetrichtz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48 VwVfG Rn. 252.

gesetzlichen Regelungen anwendbar, könnten so die speziellen Entzugstatbestände ausgehebelt werden, die den Entzug an qualifizierte Voraussetzungen binden.<sup>37</sup> Dies spricht dafür, dass die allgemeinen Vorschriften im Landesrecht zur Rücknahme von Verwaltungsakten durch die spezielleren Regelungen im Landeshochschulrecht verdrängt werden.<sup>38</sup>

## 2. Promotionsordnungen

An dieser Stelle kann kein umfassender und fakultätenübergreifender Überblick über die Regelungen für den Titelentzug in den Promotionsordnungen gegeben werden. Vielmehr wird sich folgende Auswertung von vornherein auf Promotionsordnungen juristischer Fakultäten beschränken und je Bundesland jeweils auch nur eine Promotionsordnung berücksichtigen. Ausgewählt wurden die Promotionsordnungen der juristischen Fakultäten in Tübingen, München, Berlin (FU), Potsdam, Bremen, Hamburg (Landesuniversität), Frankfurt am Main, Greifswald, Hannover, Düsseldorf, Mainz, Saarbrücken, Leipzig, Halle, Kiel und Jena.<sup>39</sup> Aus Gründen der Einfachheit wird auf die exakte Bezeichnung der Ordnungen verzichtet und abkürzend allein die jeweilige Universitätsstadt benannt.

Auffällig ist, dass sich die unterschiedlichen Rege-  
lungskonzeptionen in den Landeshochschulgesetzen

nur sehr bedingt in den Promotionsordnungen widerspiegeln. Grund- bzw. Zentraltatbestand der Aberkennung wegen anfänglicher Mängel ist durchgehend die Täuschung. Dies gilt auch für Tübingen<sup>40</sup> und München<sup>41</sup>. An die Stelle der Täuschung treten in Düsseldorf<sup>42</sup> „ein nicht nur geringfügiges wissenschaftliches Fehlverhalten“ und in Kiel<sup>43</sup> der Erwerb durch „grobe Verstöße gegen die gute wissenschaftliche Praxis“. Diese Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe im Lichte des Kodex der DFG-Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis<sup>44</sup> führt dann aber über das dort genannte „Plagiat“ im Ergebnis doch wieder auf die Täuschung zurück.

Wenn der Täuschungstatbestand erfüllt ist, verfügen die Fakultäten im Regelfall über ein nicht näher konkretisiertes Entziehungsermessen.<sup>44</sup> Den zwingenden Entzug sehen allein Potsdam<sup>45</sup>, Kiel<sup>46</sup> sowie Jena<sup>47</sup> vor, der dann an qualifizierte Voraussetzungen gebunden ist. In Einklang mit den landesgesetzlichen Vorgaben ist der Entzug in Berlin (FU)<sup>48</sup> und Frankfurt<sup>49</sup> bei Täuschung als Sollbestimmung ausgestaltet. Selten differenzieren die Promotionsordnungen bei der Ermessenausübung danach, in welchen Teilen der Arbeit getäuscht wurde. Dies ist lediglich in Düsseldorf<sup>50</sup> und in Hamburg<sup>51</sup> vorgesehen. Insoweit kommt in Düsseldorf als Alternative zum Entzug eine Rüge insbesondere in Betracht, wenn

<sup>37</sup> OVG-NRW, Urt. v. 10.12.2015, 19 A 2820/11, juris Rn. 47.

<sup>38</sup> S. auch OVG-NRW, Urt. v. 10.12.2015, 19 A 254/13, BeckRS 2016, 40861 Rn. 52 sowie *Hebeler* (Fußn. 23) (400), allerdings mit problematischem Rückgriff auf § 1 Abs. 1 LVwVfG; differenzierend *Löwer*, *Aus der Welt der Plagiate*, RW 2012, 116 (133), der von einem Vorrang der Rücknahmevorschriften ausgeht, sofern im Landeshochschulrecht nicht zumindest eine Ermächtigung an den Satzungsgesetzgeber enthalten ist, Rechtsfolgen für die Verstöße gegen Prüfungsnormen in der Prüfungsordnung zu regeln.

<sup>39</sup> Im Einzelnen wurden ausgewählt: für Baden-Württemberg die Promotionsordnung der Eberhard-Karls-Universität Tübingen (amtl. Bek. der zentralen Verwaltung, Jahrgang 41 – Nr. 12 – 30.07.2015), für Bayern die Promotionsordnung der Ludwig-Maximilians-Universität München (Bekanntmachung durch Anschlag in der Ludwig-Maximilians-Universität München am 03.11.2017), für Berlin die Promotionsordnung der Freien Universität Berlin (Amtsblatt der Freien Universität Berlin 13/2017, 251, 24. Mai 2017), für Brandenburg die Promotionsordnung der Universität Potsdam (amtl. Bek., 1998, Nr. 1, I. Rechts- und Verwaltungsvorschriften), für Bremen die Promotionsordnung der Universität Bremen (bekanntgemacht am 13.11.2017), für Hamburg die Promotionsordnung der Universität Hamburg (amtl. Anz. Nr. 100 vom 21.12.2010, S. 2634), für Hessen die Promotionsordnung der Goethe-Universität Frankfurt am Main (UniReport Satzungen und Ordnungen vom 23.07.2015), für Mecklenburg-Vorpommern die Promotionsordnung der Universität Greifswald (Hochschulöffentlich bekanntgemacht am 25.08.2021), für Niedersachsen die Promotionsordnung der Leibniz Universität Hannover (Verköndungsblatt 20/2017 der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover vom 07.09.2017), für Nordrhein-Westfalen die Promotionsordnung der

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (amtl. Bek. Nr. 35/2022 vom 30.06.2022), für Rheinland-Pfalz die Promotionsordnung der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (bekanntgemacht am 28.03.2023), für das Saarland die Promotionsordnung der Universität des Saarlandes (Dienstblatt der Hochschulen des Saarlandes, Nr. 26, ausgegeben zu Saarbrücken, 06.07.2020), für Sachsen die Promotionsordnung der Universität Leipzig (amtl. Bek. Nr. 32/2020, 11.09.2021), für Sachsen-Anhalt die Promotionsordnung der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Amtsblatt der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 22. Jahrgang, Nr. 1 vom 30.01.2012, S. 3), für Schleswig-Holstein die Promotionsordnung der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (bekanntgemacht am 27. März 2017), für Thüringen die Promotionsordnung der Friedrich-Schiller-Universität Jena (Verköndungsblatt der Friedrich-Schiller-Universität Jena Nr. 1/2019 S. 2, 16.10.2018).

<sup>40</sup> § 22 Abs. 1 der PromO Tübingen.

<sup>41</sup> § 23 Abs. 1 der PromO München.

<sup>42</sup> § 13 Abs. 1 der PromO Düsseldorf.

<sup>43</sup> § 40 Abs. 2 der PromO Kiel.

<sup>44</sup> DFG-Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, Kodex, Stand April 2022, S. 25, (<https://is.gd/PEqmdL>, zuletzt abgerufen am 20.07.2023).

<sup>45</sup> § 25 Abs. 1 PromO Potsdam.

<sup>46</sup> § 40 Abs. 2 PromO Kiel.

<sup>47</sup> § 20 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz PromO Jena.

<sup>48</sup> § 32 PromO FU Berlin i.V.m. § 34 Abs. 7 BerlHG.

<sup>49</sup> § 19 Abs. 2 lit. a) PromO Frankfurt.

<sup>50</sup> § 13 Abs. 1 Satz 2, 3 und 4 PromO Düsseldorf.

<sup>51</sup> § 18 Abs. 2 Satz 2 PromO Hamburg.



„Falschangaben in einem untergeordneten Teil der Arbeit nicht deren Hauptaussagen betreffen und wenn die wissenschaftliche Leistung insgesamt durch diese Mängel ausnahmsweise nicht gänzlich entwertet wird und deshalb der Entzug des Doktorgrades unverhältnismäßig wäre.“<sup>52</sup> Ähnlich bestimmt Hamburg, dass die Aberkennung insbesondere dann zu erfolgen hat, „wenn die Täuschung Leistungen in solchen Teilen der Promotion betrifft, die für die Bewertung der Dissertation oder Disputation oder die Gesamtnote einen wichtigen Stellenwert hat“.<sup>53</sup>

Als Rechtsfolge sehen die Promotionsordnungen mit einer Ausnahme allein den Entzug vor und widersetzen sich damit dem Trend anderer Fachbereiche, alternative Reaktionsmöglichkeiten vorzusehen.<sup>54</sup> In Düsseldorf kann hingegen in nicht schwerwiegenden Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens statt der Entziehung des Doktorgrades auch eine Rüge erteilt werden.

Im Verhältnis der Promotionsordnungen zu den landesgesetzlichen Vorgaben stellt sich eine vergleichbare Frage, wie sie schon oben zum Verhältnis spezieller landesgesetzlicher Regelungen zu den allgemeinen Vorschriften zur Rücknahme von Verwaltungsakten diskutiert worden ist. Vielfach sind die Entzugstatbestände in den Promotionsordnungen enger als im Landesrecht gefasst. Vordergründig könnte ein entsprechendes Konkurrenzverhältnis im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen der Rechtsquellenlehre durch den Vorrang der höherrangigen Norm aufzulösen sein. Damit wäre ein Entzug unter Rückgriff auf die einschlägigen Bestimmungen des Landeshochschulrechts auch dann möglich, wenn ein Entzug auf Ebene der Promotionsordnungen an dort vorgesehenen qualifizierten Tatbeständen scheitern würde.<sup>55</sup>

Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit und Autonomie der Hochschulen ist aber eine andere Auflösung des (scheinbaren) Konkurrenzverhältnisses vorzugswürdig. Soweit der Entzug auf Ebene des Landesrechts in das Ermessen der zuständigen Gremien gestellt wird, sind entsprechende Vorschriften als Ermessensdirektiven zu interpretieren.<sup>56</sup> Dies ist so lange unkritisch, wie die Selbstprogrammierung der Ermessensausübung nicht

die Grenzen sprengt, die sich aus den § 40 VwVfG entsprechenden Vorschriften des Landesrechts ergeben.

### 3. Zwischenbetrachtung

Bei isolierter Betrachtung der landesgesetzlichen Vorgaben ergibt sich regelungstechnisch zunächst ein relativ buntes Bild. In der Zusammenschau mit den Promotionsordnungen der Fakultäten wird die Aberkennung eines Titels wegen anfänglicher Mängel im Ergebnis aber doch weiterhin ganz überwiegend von einer Täuschung abhängig gemacht, was dem Tatbestand der früher bundeseinheitlich geltenden Regelung des § 4 GFaG entspricht. Die Bereitschaft, sich auf ein differenziertes Rechtsfolgenregime einzulassen,<sup>57</sup> ist in den juristischen Fakultäten offensichtlich noch unterentwickelt. Die einzige Ausnahme der hier betrachteten Promotionsordnungen stellt bislang die Universität Düsseldorf dar.

## IV. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung

Wie in der Einleitung schon angedeutet wurde, sollen im Folgenden jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung näher beleuchtet werden, denen das Potential zukommt, die tradierten Grundsätze für die Aberkennung in Frage zu stellen. Hier ist einmal auf die Mathiopoulos-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sowie einen Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts einzugehen, die aber zunächst in ihren jeweiligen Kontext einzuordnen sind.

### 1. Täuschung und „geltungserhaltende Reduktion“

Häufig wird in Plagiatsverfahren vorgetragen, die nicht-plagiierten Stellen der beanstandeten Arbeit würden ausreichen, um den in der Promotion zu erbringenden Nachweis der Befähigung zu selbstständiger wissenschaftlicher Arbeit zu erbringen.

Dass dieser Einwand den Tatbestand der Täuschung nicht infrage zu stellen vermag, entsprach lange Zeit der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Maßstabbildend war hierfür die Rechtsprechung des VGH BW,<sup>58</sup> die häufig zitiert worden ist<sup>59</sup> und die bereits auf eine 1980 getroffene Entscheidung zurückgeht.<sup>60</sup> Für

<sup>52</sup> § 13 Abs. 1 Satz 4 PromO Düsseldorf.

<sup>53</sup> § 18 Abs. 2 Satz 2 PromO Hamburg.

<sup>54</sup> So etwa in der Promotionsordnung, die dem Fall Mathiopoulos (BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 42) zugrundelag und die nachträgliche Änderung der Bewertung erlaubt hätte.

<sup>55</sup> So wohl BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

<sup>56</sup> Vgl. auch Löwer (Fußn. 38) (133).

<sup>57</sup> Dies rechtspolitisch befürwortend etwa auch Gärditz, Die Feststell-

ung von Wissenschaftsplagiaten im Verwaltungsverfahren, WissR 2013, 3 (34).

<sup>58</sup> VGH BW, B. v. 13.10.2008, 9 S 494/08, NVwZ-RR 2009, 285.

<sup>59</sup> Vgl. etwa VG Hamburg, Urt. v. 06.07.2018, 2 K 2158/14; Fortführung Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, B. v. 09.02.2015, 9 S 327/14; Vgl. VG Darmstadt, Urt. v. 14.04.2011, 3 K 899/10.DA.

<sup>60</sup> VGH BW, Urt. v. 19.4.2000, 9 S 2435/99, BeckRS 2000, 21248, Rn. 24 ff.; VGH BW, Urt. v. 18.11.1980, IX 1302/78, ES-VGH 31, 54 (57).

das Vorliegen eines Irrtums über die Eigenleistung des Doktoranden muss danach von der Identität der konkreten Arbeit ausgegangen werden, was eine hypothetische Beurteilung einer in dieser Form und mit diesem Inhalt nicht vorgelegten Arbeit verbieten muss.<sup>61</sup> Damit wurde in die gleitende Skala zwischen einer einzelnen, ganz unbedeutenden Plagiatsstelle und dem Vollplagiat ein harter Schnitt gezogen. Jenseits eines bloßen Bagatellvorbehaltes liegt immer eine beachtliche Täuschung vor. Welchen wissenschaftlichen (Rest-)Wert die übrigen Teile der Arbeit hatten, war ausnahmslos irrelevant.

Umstritten ist, ob an diesen Grundsätzen nach der 2017 ergangenen Entscheidung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtssache „Mathiopoulos“ festzuhalten ist.<sup>62</sup> Die einschlägige Passage in dem Urteil wandelt zunächst auf vertrauten Pfaden. Danach ist die Verleihung durch Entziehung des Doktorgrades rückgängig zu machen, wenn sich nach der Verleihung eine Täuschung über die grundlegende Pflicht herausstellt, mit der Arbeit die Befähigung zum selbstständigen wissenschaftlichen Arbeiten nachgewiesen zu haben.<sup>63</sup> Ob die Dissertation noch als Eigenleistung des Promovenden gelten könne, soll sich dann aber einer allgemeingültigen Bewertung entziehen. Für die Würdigung des jeweiligen Sachverhaltes seien die Anzahl der Plagiatsstellen, ihr quantitativer Anteil an der Dissertation sowie ihr qualitatives Gewicht, d.h. ihre Bedeutung für die wissenschaftliche Aussagekraft, zu berücksichtigen.<sup>64</sup> An der notwendigen Eigenleistung fehle es, wenn die Plagiatsstellen die Arbeit quantitativ, qualitativ oder in einer Gesamtschau beider Möglichkeiten prägen würden. Von einer quantitativen Prägung will der 6. Senat ausgehen, wenn „die Anzahl der Plagiatsstellen und deren Anteil an der Arbeit angesichts des Gesamtumfangs überhandnehmen“. „[W]enn die restliche Dissertation den inhaltlichen Anforderungen an eine beachtliche wissenschaftliche Leistung nicht genügt“, ist die Arbeit qualitativ durch plagierte Teile geprägt.<sup>65</sup>

Diese Ausführungen sind in der Literatur sehr unterschiedlich gedeutet worden. So ist in einem vielbeachteten Beitrag die Auffassung vertreten worden, nunmehr seien Inhalt, Erkenntnisgewinn oder Originalität mit

den unkorrekten oder falschen Quellenangaben in Beziehung zu setzen. Nur wenn die Plagiate in der „berühmten Gesamtschau“ die Arbeit quantitativ und qualitativ prägen, so dass die Eigenleistung in den Hintergrund trete, könne man einen Titel aberkennen.<sup>66</sup> Dieser Interpretation der Entscheidungsgründe ist nachdrücklich zu widersprechen. Sie mag rechtspolitisch vertretbar sein. Mit den Anforderungen an eine Täuschung, wie sie der 6. Senat in der Entscheidung „Mathiopoulos“ formuliert hat, hat dies aber nichts zu tun. Der 6. Senat verlangt keine „Gesamtschau“. Vielmehr sind drei, im Ergebnis voneinander unabhängige Fallgestaltungen zu unterscheiden, die jeweils für sich betrachtet den Täuschungsvorwurf begründen können. Die Täuschung liegt vor, wenn in quantitativer Hinsicht von einer fehlenden Eigenleistung auszugehen ist, kann sich aber auch aus dem qualitativen Gewicht der Plagiatsstellen ergeben. Begründet weder eine isolierte quantitative noch eine isolierte qualitative Betrachtung den Täuschungsvorwurf, kann es auch noch in einer Gesamtschau an der notwendigen Eigenleistung fehlen.

Umgekehrt vermag es aber wohl auch nicht zu überzeugen, die Entscheidung des 6. Senats als eine bloße Fortschreibung der früheren Bagatellrechtsprechung zu deuten.<sup>67</sup> Dies ist kaum mit einer Passage in den Urteilsgründen zu vereinbaren, wonach es in der Verantwortung der Hochschulen bzw. ihrer Fakultäten liegt, ob eine Dissertation „trotz zahlreicher Plagiatsstellen noch als wissenschaftliche Eigenleistung“ gelten kann.<sup>68</sup> Damit müssen auch jenseits von Bagatellen Fälle denkbar sein, in denen Plagiate noch nicht überhandnehmen. Eine derartige Interpretation würde zudem der dritten Variante einer fehlenden Eigenleistung, nämlich der Gesamtschau der quantitativen wie qualitativen Elemente, die Berechtigung entziehen. Wenn sich die Anzahl der Plagiate noch unterhalb einer Bagatellgrenze bewegt, ist schwer einzusehen, wie trotz einer nicht qualitativen Prägung der Arbeit durch Plagiate noch von einer nicht ausreichenden Eigenleistung auszugehen ist. Richtigerweise muss das quantitative Moment damit eine eigenständige Grenze jenseits bloßer Bagatellen markieren.<sup>69</sup>

<sup>61</sup> Vgl. etwa VG Düsseldorf, Urt. v. 20.03.2014, 15 K 2271/13, ZUM 2014, 602 (615); aus der Literatur etwa Linke, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, WissR, 146(157 f.); Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uetrichtz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48 VwVfG Rn. 254; Löwer (Fußn. 38) (138).

<sup>62</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

<sup>63</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

<sup>64</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

<sup>65</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

<sup>66</sup> Fisahn, Wahrheit und Fußnote - Wissenschaftliche Ehrlichkeit

und der Plagiatspranger, NJW 2020, 743 (746).

<sup>67</sup> So aber Gärditz, Gutachterliche Stellungnahme betreffend die Überprüfung einer Dissertation durch die Freie Universität Berlin (Fall Dr. Franziska Giffey), 27.10.2020, S. 13; Gärditz (Fußn. 13) (177).

<sup>68</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 39.

<sup>69</sup> So im Ergebnis wohl auch Solte, Gutachten zu einer Reihe von Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Entzug eines Dokortitels aufgrund der Aufdeckung von Plagiaten Abgeordnetenhaus von Berlin - Wissenschaftlicher Parlamentsdienst -, 31.7.2020, S. 6.

Zumindest unglücklich ist, dass die Konkretisierungen der beiden Elemente in der Entscheidung nur wenig hilfreich sind und eher mehr Fragen aufwerfen als dort beantwortet werden. Wenn „die Anzahl der Plagiatsstellen und deren Anteil an der Arbeit angesichts des Gesamtumfangs überhandnehmen“ dürfen, kann es für die quantitative Prägung nicht auf eine absolute Zahl der beanstandeten Stellen ankommen. Vielmehr müssen diese in Relation zu den übrigen Teilen gesetzt werden. Eine im Sinne der Rechtssicherheit begrüßenswerte Quantifizierung ist der 6. Senat allerdings schuldig geblieben. Kaum vertretbar dürfte es sein, von einem Überhandnehmen erst auszugehen, wenn die Arbeit zum überwiegenden Teil aus Plagiaten besteht. Wenn „Überhandnehmen“ in „übermächtiger Weise an Zahl, Stärke zunehmen; stark anwachsen, sich stark vermehren“ bedeutet,<sup>70</sup> erscheint bereits ein Anteil von 5 % plagiatsbehafteter Seiten als diskussionswürdig, um diesen Tatbestand zu erfüllen.

Von einer qualitativen Prägung soll hingegen auszugehen sein, „wenn die restliche Dissertation den inhaltlichen Anforderungen an eine beachtliche wissenschaftliche Leistung nicht genügt“.<sup>71</sup> Hierunter dürften vor allem Strukturplagiate fallen, weil von einer eigenständigen wissenschaftlichen Leistung auch dann nicht mehr ausgegangen werden kann, wenn Fremdtex te zwar nicht wortwörtlich abgeschrieben, sondern lediglich paraphrasiert werden.

Fast sechs Jahre nach der „Mathiopoulos“-Entscheidung ist das Urteil des 6. Senats mittlerweile in einer Vielzahl von Entscheidungen rezipiert worden.<sup>72</sup> Auffällig ist, dass es sich dabei um ziemlich eindeutige Fälle handelt, bei denen im großem Stil plagiiert worden ist.<sup>73</sup> Über die Gründe hierfür kann nur spekuliert werden. Eine Erklärung könnte sein, dass die Fakultäten prozesuale Risiken minimieren wollen und sich in weniger eindeutigen Fällen eher gegen einen Entzug aussprechen. Damit droht eine schleichende Erosion bestehender Standards, weil jeder Fall, der nicht sanktioniert wird, aus Gründen der Gleichbehandlung eine Untergrenze einzieht, die in zukünftigen Fällen überschritten werden muss.

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es daher wünschenswert, das quantitative Moment auch tatsächlich zu quantifizieren. Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit spricht viel dafür, dass diese Aufgabe nicht durch die Rechtsprechung, sondern in den Fakultäten geschultert werden sollte. Das Steuerrecht bietet reichlich Anschauungsmaterial dafür, dass derartige Quantifizierungen immer angreifbar, aber letztlich der einzige Weg sind, Abgrenzungsfragen intersubjektiv vorzustrukturieren.<sup>74</sup> Die Schwelle für ein „quantitatives“ Plagiat sollte dabei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht zu niedrig angesetzt werden. Hierfür besteht auch keine Notwendigkeit, weil ein Plagiat auch noch unter dem qualitativen Aspekt bejaht werden kann. Wo die Grenzen im Einzelnen zu setzen ist, wird von Fach zu Fach variieren. Im Bereich der Rechtswissenschaft könnte eine 10 %-Grenze der Seiten, die substantielle Plagiate enthalten, für die gebotene Rechtssicherheit sorgen.

## 2. Sanktionierung und Grenzen der Satzungsautonomie

Wie im Abschnitt zur grundrechtlichen Einordnung ausgeführt wurde, verfügen die Universitäten nur über eine eingeschränkte Rechtssetzungsbefugnis.<sup>75</sup> Gegenstand und Zweck der Satzungsautonomie hat der Gesetzgeber zu umreißen. Inwieweit es darüber hinaus noch inhaltlicher Vorgaben oder doch jedenfalls einer Rahmenvorgabe bedarf, soll dann von der Intensität des Grundrechtseingriffs abhängig sein.<sup>76</sup> Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu dem Themenkreis war durch eine starke Betonung der (Satzungs-)Autonomie der Hochschulen geprägt. Dies lässt sich anhand zweier bereits 2006 und 2012 getroffener Entscheidungen zur Plagiatsproblematik verdeutlichen.

In der im Jahr 2006 getroffenen Entscheidung<sup>77</sup> konnte sich eine bayerische Universität allein auf die einschlägige Bestimmung im Landeshochschulrecht stützen, die für den Titelentzug auf die § 48 VwVfG entsprechende Regelung im Landesverwaltungsverfahrensgesetz verwies. Auch in der damals geltenden Promotionsordnung wurde diese Vorgabe nicht näher konkretisiert. Deren Regelungsgehalt erschöpfte sich in einem Verweis

<sup>70</sup> Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ueberhandnehmen> (zuletzt abgerufen am 24.7.2023).

<sup>71</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148 Rn. 44.

<sup>72</sup> Stand Juli 2023 enthält die Datenbank von Beck 25 Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, in denen auf die Entscheidung des 6. Senats Bezug genommen wird.

<sup>73</sup> Vgl. exemplarisch VG Ansbach, Urt. v. 20.01.2022, AN 2 K 20.2658, BeckRS 2022, 12633.

<sup>74</sup> Vgl. etwa zu den rechtsmethodischen Problemen, die sich bei

dem Versuch stellen, im Einkommensteuerrecht zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel abzugrenzen *Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2008, S. 131 ff.

<sup>75</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148. Rn. 28.

<sup>76</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 3.16, BVerwGE 159, 148. Rn. 28.

<sup>77</sup> BVerfG, B. v. 20.10.2006, 6 B 67/06, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 116; vorgehend BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

auf das GFaG, das in Bayern zum damaligen Zeitpunkt aber bereits außer Kraft getreten war.<sup>78</sup> Ähnlich wie bereits die Vorinstanz erachtete das Bundesverwaltungsgericht den Verweis im Hochschulrecht auf Art. 48 BayVwVfG als ausreichende Rechtsgrundlage. Bei verfassungskonformer Auslegung böte Art. 48 BayVwVfG hinreichend Raum für das rechtsstaatlich gebotene Abwägungsprogramm zwischen Vertrauensschutz und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Umfangreiche und aufschlussreiche Ausführungen zur Reichweite der Satzungsautonomie enthält ein weiteres im Juni 2017 gefälltes Urteil des 6. Senats.<sup>79</sup> Der Entzug des Doktorgrades des Klägers gründete auf strafrechtlich relevantem Fehlverhalten nach der Promotion. Verurteilt worden war der Beschwerdeführer, weil ein von ihm geleitetes „Institut für Wissenschaftsberatung“ gegen Honorar Promotionswillige an Hochschullehrer vermittelt hatte. Die Verurteilung wegen Bestechung nahm die beklagte Hochschule zum Anlass, ihm selbst den Doktorgrad zu entziehen. Rechtsgrundlage war eine Bestimmung in der Promotionsordnung, wonach der Doktorgrad entzogen werden konnte, wenn der Promovierte wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder einer vorsätzlichen Straftat verurteilt worden war, bei deren Vorbereitung oder Begehung der Doktorgrad eingesetzt wurde. Das nordrheinwestfälische Hochschulrecht beschränkte sich hingegen auf die Satzungsermächtigung, das Nähere des Promotionsstudiums durch eine Prüfungsordnung (Promotionsordnung) zu regeln.

Das Bundesverwaltungsgericht sah im Landeshochschulrecht eine ausreichende gesetzliche Rechtsgrundlage und widersprach damit der Rechtsauffassung des Klägers, der eine Verletzung des Gesetzesvorbehalts gerügt hatte. Der Landesgesetzgeber sei zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, abschließend vorzugeben, welches wissenschaftliche Fehlverhalten den hochschulintern zuständigen Fakultäten Anlass zur Entziehung des Doktorgrades geben könne. Möglich sei es, stattdessen einen gesetzlichen Rahmen vorzugeben oder den Fakultäten stattdessen auch nur einen Regelungsauftrag zu erteilen. Die Verpflichtung der Fakultäten, schwerwiegende Verletzungen grundlegender Gebote der wissenschaftlichen Redlichkeit zu sanktionieren, folge bereits aus ihrer grundgesetzlichen Verantwortlichkeit für eine redliche Wissenschaft. Weiterhin seien sie bereits aufgrund ihrer Grundrechtsbindung verpflichtet, durch Gestaltung und

Anwendung des Satzungsrechts sicherzustellen, dass die grundrechtsrelevanten Nachteile einer Entziehung mit ihrem fallbezogenen Gewicht berücksichtigt würden.<sup>80</sup>

Gegen das letztinstanzliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden.<sup>81</sup> Diese wurde durch einen Nichtannahmebeschluss zurückgewiesen, weil es der Beschwerdeführer entgegen §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG versäumt hatte, seine Beschwerde hinreichend zu substantiieren. Umso mehr lassen die als obiter dictum formulierten Ausführungen aufhorchen. Der parlamentarische Gesetzgeber sei auch im Hochschulbereich verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen zu überlassen. Auch in Ansehung des vom Bundesverwaltungsgericht im Ansatz zutreffend betonten Rechts auf akademische Selbstverwaltung aus Art. 5 Abs. 3 HS. 1 GG erscheine es insoweit als zweifelhaft, ob die Entziehung des Doktorgrades wegen eines Fehlverhaltens nach seiner Verleihung auf Grundlage einer Satzung verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Aus dem Hochschulrecht des Landes ergebe sich lediglich, dass in der Promotionsordnung die Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften zu regeln sei. Das Verhalten nach der Prüfung gehöre nicht dazu.<sup>82</sup>

Auch wenn die Entscheidung unmittelbar allein die Entziehung eines Doktorgrades wegen nachträglichen Fehlverhaltens betrifft, wirft sie auch ein Schlaglicht auf die hier in Rede stehende Thematik. Sie unterstreicht, dass die Universitäten im Regelungsverbund mit Landesgesetzgebung nur über eine abgeleitete Satzungsautonomie verfügen. Was die Fakultäten in ihren Promotionsordnungen regeln, muss dort, wo es grundrechtsrelevant ist, parlamentsgesetzlich vorgezeichnet sein. Für die Sanktionierung von Plagiaten stehen damit die Bundesländer, die dem zweiten und dritten Regelungsmodell folgen, auf der sicheren Seite, weil die Sanktionierung entweder bereits im Landeshochschulrecht verankert ist oder dieses doch zumindest eine konkretisierende Spezialermächtigung enthält, die über die Generalermächtigung zum Satzungserlass hinausgeht. Letztlich dürfte aber auch das erste Regelungsmodell, bei dem sich der Landesgesetzgeber auf eine Generalermächtigung beschränkt, keinen durchgreifenden Einwänden ausgesetzt sein. Die Ermächtigung zum Erlass einer Prüfungsordnung kann nur so verstanden werden, dass damit auch die Befugnis zum Erlass von Regelungen zur Sicherung

<sup>78</sup> Vgl. hierzu BayVGH, Urt. v. 04.04.2006, 7 BV 05.388, BayVBl. 2007, 281.

<sup>79</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171.

<sup>80</sup> BVerwG, Urt. v. 21.06.2017, 6 C 4/16, BVerwGE 159, 171 Rn. 26.

<sup>81</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385.

<sup>82</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 25.05.2020, 1 BvR 2103/17, WissR 2020, 385 Rn. 10.

der Integrität der Promotionsprüfung eingeschlossen ist. Dazu gehören nicht nur die Regeln zum ordnungsgemäßen Ablauf, sondern auch die Reaktion auf prüfungsbezogene Verstöße. Dies muss umso mehr gelten, als der Umgang mit Wissenschaftsplagiaten kein unbeschriebenes Blatt ist, sondern festen Regeln folgt, die auch in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt sind. Mit der Generalermächtigung zum Erlass einer Promotionsordnung ist den Fakultäten damit kein Blankoscheck ausgestellt, sondern kann sich eine Fakultät allein in dem Rahmen des tradierten Reaktionsrechts bewegen.

Von diesem Rahmen dürften auf Ebene der Landesgesetzgebung auch sogenannte Minusmaßnahmen gedeckt sein. Auf einen Prüfungsverstoß kann eine Fakultät deshalb grundsätzlich auch mit einer Herabsetzung der Note oder einer schlichten Rüge reagieren. Voraussetzung hierfür muss aber sein, dass diese Option in den Promotionsordnungen eröffnet worden ist. In den hier betrachteten juristischen Fakultäten ist dies lediglich in Düsseldorf vorgesehen (§ 13 Abs. 1 S. 2 PromO Düsseldorf).

Der vereinzelt unternommene Versuch, derartige Minusmaßnahmen auch ohne ausdrückliche Ermächtigung zu legitimieren,<sup>83</sup> erweist sich hingegen als untauglich. Dies gilt insbesondere für den in diesem Zusammenhang häufig bemühten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dessen freiheitsschützender Gehalt wird geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn er gegen den Bestimmtheitsgrundsatz ausgespielt wird. Wenn der Tatbestand einer Eingriffsgrundlage nicht erfüllt ist, kann nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip eine andere Sanktion nicht allein deshalb zulässig sein, weil diese milder als die gesetzlich vorgesehene Sanktionierung ist. Vielmehr bedarf es einer klaren Regelung entweder bereits durch den Landesgesetzgeber oder doch jedenfalls in der Promotionsordnung. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Sanktionierung wissenschaftlichen Fehlverhaltens jedenfalls dann zwingend ausgeschlossen ist, wenn der Grad des Fehlverhaltens nicht die Schwere erreicht, die auch einen Entzug rechtfertigen würde. Damit sind einer Fakultät etwa in Fällen grober Fahrlässigkeit die Hände gebunden sind, wenn im Gesetz oder in der eigenen Promotionsordnung die Schwelle für ein Einschreiten auf ein vorsätzliches Handeln festgeschrieben ist. Wer das als unbillig ansieht, ist gehalten, die gesetzlichen Grundlagen zu ändern.

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob Minusmaßnahmen verhängt werden können, wenn die Schwelle zum Entzug erreicht ist, die Fakultät aber im Rahmen ihrer Ermessensausübung Milde walten lassen will. Wird in solchen Fällen eine Rüge ausgesprochen oder die Benotung herabgesetzt, kann dem der oben formulierte Einwand, durch Aufweichung des Tatbestandes den Vorrang des Gesetzes zu missachten, nicht entgegengehalten werden. Gleichwohl drängen sich andere rechtsstaatliche Bedenken auf. Der Vorbehalt des Gesetzes beruht neben dem grundrechtlichen auch auf einem objektiv-rechtsstaatlichen Fundament. Letzteres zielt darauf, staatliches Handeln berechen- und vorhersehbar zu machen. Dies erfordert, ein Sanktionenregime tatbestandlich zu vertypen, um willkürlichen Entscheidungen vorzubeugen. Dies spricht dafür, die Zulässigkeit von Minusmaßnahmen von einer entsprechenden Regelung in Promotionsordnungen abhängig zu machen.

Wenn sich Fakultäten über entsprechende Bedenken hinwegsetzen wollen, sind weitere Einschränkungen zu beachten. Zulässig können nur solche Sanktionen sein, die sich tatsächlich als Minusmaßnahmen darstellen. Hierunter fällt die Absenkung der Promotionsnote. Nicht zulässig kann es dagegen sein, den Betroffenen zu einem aktiven Tun zu verpflichten, wie ihm beispielsweise aufzugeben, sein Manuskript nach einer Überarbeitung erneut zu veröffentlichen. Ebenso unzulässig müssen von der Fakultät ausgesprochene förmliche Rügen sein. Eine solche Rüge tangiert den sozialen Achtungsanspruch und greift deshalb in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Auch wenn die Betroffenen kaum schutzwürdig sind, handelt es sich in beiden Fällen nicht mehr um Minusmaßnahmen zum Entzug, sondern um ein Aliud. Fakultäten, die an die Stelle des bisherigen Alles-oder-Nichts-Regimes differenzierte Regelungen treten lassen wollen, sind daher gehalten, diese Möglichkeiten explizit in ihren Promotionsordnungen zu verankern.

## V. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

Weder das Mathiopoulos-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch der Nichtannahmebeschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts bieten Anlass, den bestehenden Umgang mit Plagiaten grundsätzlich in Frage zu stellen. Dieser Befund bedeutet aber noch lange

<sup>83</sup> *Battis*, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der Freien Universität Zur Klärung der Rechtsfrage: „Ist es rechtmäßig, auf der Grundlage von § 34 Absätze 7 und 8 Berliner Hochschulgesetz (BerIHG) eine Rüge zu erteilen, auch wenn das BerIHG dies nicht

ausdrücklich regelt und die jeweilige Promotionsordnung zur Entziehung eines Doktorgrades auf die gesetzlichen Bestimmungen bzw. das BerIHG verweist?“, 11.2020.

nicht, dass sich die gegenwärtige Praxis bewährt hat. Sofern Prominente, insbesondere Spitzenpolitiker betroffen sind, finden Plagiatsverfahren unter einem erheblichen medialen Druck statt.<sup>84</sup> Das Ideal, unparteiisch zu entscheiden und sich nicht von persönlichen Interessen leiten zu lassen, kommt dann einer Herkulesaufgabe gleich. Gleiches gilt aber auch, wenn Plagiatsfälle zügig auffallen und die betroffene Fakultät zum Richter in eigener Sache wird. Die sinnvollste Strategie, diesen Druck zu neutralisieren, besteht in der normativen Vorstrukturierung des Entscheidungsprozesses. Je offener die Entscheidungsmaßstäbe hingegen formuliert sind, umso größer ist auch die Gefahr sachwidriger Einflussnahmen.

Noch schwer abzuschätzen ist zudem, welche Auswirkungen die Entwicklung der KI auf den Wettlauf zwischen Plagiatoren und Plagiatsjägern haben wird. Die Textproduktion mit Hilfe von KI lässt Texte entstehen, bei denen der menschliche Benutzer nur noch als Stichwortgeber fungiert. Auch der Selbstversuch, Teile dieses Beitrages durch die KI so umformulieren zu lassen, dass die Paraphrase nicht mehr als Plagiat zu erkennen ist, lieferte durchaus vielversprechende Ergebnisse. Ein plumpes „Copy and Paste“ dürfte also zukünftig der Vergangenheit angehören, was zusätzliche Anreize setzt, die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis außer Acht zu lassen. KI eröffnet aber nicht nur neue Optionen zu plagiieren, sondern auch neue Möglichkeiten, Strukturplagiate offenzulegen.<sup>85</sup> Damit könnte auf die Fakultäten eine gigantische Welle von Plagiatsverfahren zurollen.

Hierauf sind die Fakultäten gegenwärtig nur schlecht vorbereitet. Daran hat die Aufgabe der früheren Baga-

tellgrenze durch die Rechtsprechung des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichts einen nicht unerheblichen Anteil. Wenn es jetzt eine zweite, noch nicht wirklich quantifizierte Grenze gibt, bei deren Unterschreitung in eine qualitative Betrachtung und zuletzt möglicherweise auch noch in eine Gesamtschau eingetreten werden muss, ist hiermit eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Misslich ist dabei insbesondere, dass jeder Plagiatsfall, der nicht zum Titelentzug geführt hat, einen neuen Benchmark setzt, der bei weiteren Fällen als Referenz dient. Um einer Erosion wissenschaftlicher Standards entgegenzuwirken, sind unterschiedliche Strategien denkbar. Eine Option wäre es, für Altfälle erneut über eine Verjährungsregel nachzudenken.<sup>86</sup> Vorzugswürdig erscheint es, den Fakultäten klare Entscheidungsmaßstäbe an die Hand zu geben. Nach der grundgesetzlichen Aufgabenverteilung sind hier aber weder die Landesgesetzgeber noch die Rechtsprechung, sondern in erster Linie die Fakultäten selbst aufgerufen, für Rechtssicherheit zu sorgen.

Prof. Dr. Ralf P. Schenke ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Seine Forschungsinteressen liegen neben dem Steuerrecht vor allem im Verwaltungsprozessrecht, im Datenschutzrecht sowie in der juristischen Methodenlehre. Von 2013 bis 2019 war er Vorsitzender der Ständigen Kommission zur Untersuchung wissenschaftlichen Fehlverhaltens der Universität Würzburg.

<sup>84</sup> Reiches Anschauungsmaterial hierfür bieten die Plagiatsverfahren Giffey und Schavan (s. oben die Nw. in Fn. 3 und 4).

<sup>85</sup> Vgl. hierzu etwa *Keita*, Plagiarism Detection Using Transformers (<https://www.pinecone.io/learn/plagiarism-detection/>), zuletzt

abgerufen am 23.7.2023).

<sup>86</sup> *Löwer*, Verjährungsfrist für Plagiatsvergehen?, *Forschung & Lehre* 2012, 550; dagegen etwa *Rieble*, Plagiatverjährung. Zur Ersitzung des Doktorgrades, *OdW* 2014, 19.



# Ulrich Rommelfanger

## *Von der Guten Wissenschaft zum wissenschaftlichen Fehlverhalten*

Erneut führt eine Plagiatsaffaire aus dem politischen Raum dazu, sich mit der Frage deren Sanktionierung, aber auch der Prävention wissenschaftlichen Fehlverhaltens auseinanderzusetzen.

### I. Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes

René Descartes hat als einer der ersten schon im 17. Jahrhundert die Forderung aufgestellt, dass mit „wissenschaftlichen Erkenntnissen das Wohl der Anderen zu fördern“ sei.<sup>1</sup> Ein Jahrhundert später war es der deutsche Alexander von Humboldt, der mit seinen Forschungsreisen „einen neuen Wissens- und Reflexionsstand des Wissens von der Welt“ schuf.<sup>2</sup>

Die jetzt vom Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit basiert ihrerseits auf Art. 142 WRV. Die Vorschrift übernimmt eine zentrale Rolle im System der grundgesetzlichen Kulturverfassung.<sup>3</sup> Geschützt ist jede wissenschaftliche Tätigkeit unabhängig von bestimmten Auffassungen und Wissenschaftstheorien. Als Eingriff kann deshalb schon eine Bewertung von Forschungs- und Lehrleistungen einzustufen sein.<sup>4</sup> Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit umfasst auch die Lehre als „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch Forschung gewonnenen Erkenntnisse“<sup>5</sup>, was ein ausreichendes Maß eigener Forschung voraussetzt.<sup>6</sup>

### II. Entwicklung der Guten Wissenschaft

Welche Qualität diese eigene Forschung zu leisten hatte, ist in den verschiedenen Zeitepochen unterschiedlich betrachtet worden. Im Mittelalter ist eine „Hochschätzung der Wissenschaft“ (M. Fuß) zu verzeichnen. Sie zu betreiben, galt als Privileg und Gnade, sie diente, wie

Thomas von Aquin entwickelte, einem höheren Zweck.<sup>7</sup>

Für Deutschland wird heute von Martin Fuß<sup>8</sup> ein gewisser Niedergang der Wissenschaftskultur gesehen, den er zeitlich der Durchsetzung des Bologna-Prozesses zuschreibt. Diesem Prozess sei die „Gute Wissenschaft“ entgegengesetzt. Sie überzeuge in einer pluralen, offenen Gesellschaft durch ihre Vernünftigkeit, d.h. jeder Wissenschaftler muss sich selbst auf das besinnen, „was das Humanum, das Vernünftige ausmacht“<sup>9</sup>. Zwar führe das zu Anforderungen an den Wissenschaftler, die „enorm hoch“ sind, aber dem gegenüber stünde vice versa der „Gewinn seiner Freiheit als Wissenschaftler, wenn es ihm gelingt, diese gegenüber immer stärker werdenden äußeren Zugriffen auf die Wissenschaft zu bewahren.“<sup>10</sup>

Theorie und Praxis liegen auseinander. Die „Gute Wissenschaft“ sieht sich damit konfrontiert, dass sich die Ansprüche an den Einzelnen und die Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung in den vergangenen Jahrzehnten zum Teil stark verändert haben. Thomas Ott<sup>11</sup> zufolge befinden sich die Geisteswissenschaften, besonders aber die Lebens-, Natur- und Ingenieurwissenschaften in einer „schier erbarmungslosen, vielschichtigen und vor allem Konkurrenzsituation“, in der sich gute Wissenschaft bewegen müsse, was namentlich eine hohe Publikationsleistung des wissenschaftlichen Nachwuchses bedinge. Gefragt sind dabei in den Lebens- und Naturwissenschaften vor allem Veröffentlichungen mit hohem sog. Impact-Faktor, in z.B. den Zeitschriften *Science* und *Nature* oder, für Medizin, *The Lancet* oder *New England Journal of Medicine*. Ott zufolge war es nur eine Frage der Zeit, bis solche Bewertungskriterien zu wissenschaftlichem Fehlverhalten führe.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Discours de la methode pour bien conduire sa raison et chercher la verité dans les sciences, 1637, in der Übersetzung von Lüder Gäbe, Hamburg 1960, VI 4.

<sup>2</sup> Dazu Otmar Ette, Alexander von Humboldt und die Globalisierung, 2009, S. 13.

<sup>3</sup> Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 56. ErgLFG, Art. 5 GG, Anm. 7.

<sup>4</sup> Vgl. nur Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl., Art. 5 GG, Rn. 142

<sup>5</sup> BVerfGE 35, 79, 113

<sup>6</sup> Jarass, ebda, Rn. 139

<sup>7</sup> Summa contra Gentiles, Buch I 3. Kap.: „Quis modus sit possibilis divinae veritatis manifestandae“, hrsg. und übersetzt von Karl Albert/Paulus Engelhardt, 1990.

<sup>8</sup> Fuß, Auf der Suche nach dem verlorenen Prinzip, in: Gute Wissenschaft, hrsg. von Spieker/Manzeschke, 2017, S. 52.

<sup>9</sup> Ebda, S.55.

<sup>10</sup> Ebda, S.56.

<sup>11</sup> Ott, Publish or Perish, in Spieker/Manzeschke, Fn. 8, S. 215 ff.

<sup>12</sup> Ott, ebda S. 232.



### III. Unterschiedliche Formen wissenschaftlichen Fehlverhaltens

Anders als im geisteswissenschaftlichen Umfeld sind die Lebens- und Naturwissenschaften von wissenschaftlichem Fehlverhalten regelmäßig im Zusammenhang mit gefälschten bzw. missinterpretierten Versuchsstudien betroffen. Letztere Fälle ereigneten sich – trotz der vor Veröffentlichung regelmäßig vorgenommenen anonymen, internationalen Begutachtung von Forschungsergebnissen (sog. Peer Review Process). Beispielhaft dafür sind zwei Studien des Koreaners Woo Suk Hwang zum angeblich erfolgreichen Klonen embryonaler Stammzellen, die in den Jahren 2004 und 2005 in *Science* veröffentlicht worden sind. Sie waren gefälscht; die Eizellen stammten dem Vernehmen nach von Laborangestellten.

Soweit in der medizinischen Forschung Fälschung und Plagiate vorkommen, werden sie teilweise dem Umstand zugeschrieben, dass in der klinisch orientierten Forschung oftmals sowohl eine starke Konkurrenzsituation bestehe, als auch die Patientenversorgung den Ärzten nur wenig Zeit für wissenschaftliche Arbeit lasse. Zankl<sup>13</sup> schildert vier Fallbeispiele, von denen ein Fall den Bereich der Deutschen Krebsforschung betrifft. Anhand der Auswertung einer im Jahre 2010 bei 36 Medizinischen Fakultäten durchgeführten Umfrage folgert er, dass angesichts der Zahl von 7265 Promotionen und 8 Habilitationen „schwerwiegende Plagiate an medizinischen Fachbereichen und Fakultäten nur sehr selten vorkommen“ scheinen. Weniger Forschungsergebnisse als vielmehr die Erkenntnis, auf Textplagiate in Veröffentlichungen zu stoßen, führten in der Vergangenheit im juristischen und politologischen Wissenschaftsbereich zu Doktorgradentziehungen bis hin zu politischen Rücktritten und Skandalen. Dies insbesondere dann, wenn sie im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Veröffentlichungen von bekannten Personen des öffentlichen Lebens stehen. Die Plagiatsaffäre von Guttenberg um die Dissertation des früheren Verteidigungsministers („Verfassung und Verfassungsvertrag – Konstitutionelle Entwicklungsstufen in den USA und der EU“) führte am 23.02.2011 zur Aberkennung des Dr. jur.-Grades durch die Universität Bayreuth und am 1.03.2011 zum Rücktritt als Bundesminister der Verteidigung.

Der Fall war der Beginn einer Reihe von Untersu-

chungen auf der Grundlage meist der internetgestützten Untersuchungsplattform *vroniplag.wiki.com* und in der Folge Anstoß zur Aberkennung des Doktorgrades bei 13 vornehmlich Politikerinnen und Politikern, von Annette Schavan über Brijan Djir-Sarai bis Silvana Koch-Mehring.<sup>14</sup>

### IV. Kontrolle der wissenschaftlichen Arbeiten und Forschungsergebnisse

Für Kamenz<sup>15</sup> ist Kernpunkt einer effektiven Plagiatsabschaffung die nötige Motivation der Professoren, alle Texte auf Plagiate hin zu untersuchen. Dies könne durch Hilfestellung mit einer speziellen, ihnen zur Verfügung gestellten Software geschehen.

Gegen eine flächendeckende Plagiatskontrolle spricht sich Goeckenjahn aus, die darauf hinweist, dass damit, neben einem hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand „nur eine simple Plagiatsform entdeckt werden könnte, während Übersetzungs- und Strukturplagiate sowie Paraphrasen und die Übernahme aus offline-Quellen unerkannt blieben.“<sup>16</sup>

Dem widerspricht mit Verve der Rechtswissenschaftler Volker Rieble. In seiner Studie „Das Wissenschaftsplagiat“ aus dem Jahre 2010 entwirft er für rechtswissenschaftliche Arbeiten vor dem Hintergrund von realen Fällen eine lesenswerte Plagiats-Phänomenologie und legt dar, dass die bislang erfolgten Abhilferversuche letztlich nicht fruchteten.

Bezogen auf aufgedeckte Fälle, die in keine strafrechtlichen Verfahren mündeten, sei es regelmäßig bei einer „wissenschaftskulturellen Zurückhaltung“ geblieben.<sup>17</sup> Ihm zufolge bezwecke das regelmäßig einschlägige Urheberrecht nicht den Schutz der wissenschaftlichen Redlichkeit, als vielmehr das Verwertungsrecht eines Werks. Der urheberrechtliche Verbraucherschutz begnüge sich also mit der durch die Urheberbenennung übernommenen „wissenschaftlichen Verantwortung“ für den Text: „ein möglicher anderer geistiger Urheber bleibe dabei außen vor.“<sup>18</sup>

Letztlich – so Riebles Einschätzung – führen die zuvor erwähnten Spezifika einer Plagiatsahndung dazu, dass die Plagiatoren „nicht scharf angegangen werden“; er meint plakativ: „Ans Leder geht es keinem“.

<sup>13</sup> Zankl, Plagiate in der Medizin, in Th. Rommel (Hrsg.), Plagiate, Gefahr für die Wissenschaft?, 2011, S. 269, 284.

<sup>14</sup> Zur Frage, wie Plagiate rechtlich zu behandeln sind, was hier nur gestreift werden soll, siehe ausführlich *Fritschel/Wankerl*, Das Plagiat im Recht, in Rommel, Fn 13, S. 159 ff.

<sup>15</sup> Kamenz, Abschaffung der Plagiate in Deutschland, in Rommel, Fn.13, S. 87 ff.

<sup>16</sup> Goeckenjahn, „Wissenschaftsbetrug“ als Straftat? in JZ 2014, 724, 732.

<sup>17</sup> Rieble, Das Wissenschaftsplagiat. Vom Versagen eines Systems, 2010, S. 57 ff.

<sup>18</sup> Rieble, ebda, S. 61 unter Rekurs auf Reh binder in Festschrift Pedrazzini zum 65. Geburtstag, 1990, S. 651.

Dies effizient zu ändern ist für Rieble das Gebot der Stunde. Denn die Plagiatsabwehr erfolgt „halbherzig oder gar nicht“. Dies selbst bei aufgedeckten Plagiaten, die in der Tagespresse thematisiert werden. Es finde keine „Selbstreinigung“ statt. Nachgewiesene Plagiatoren „agieren ungehemmt weiter als Autoren und Herausgeber, finden Mitautoren und Verlage“<sup>19</sup>.

## V. Abhilfe

Zur Frage der Abhilfe reichen die Vorschläge von der Plagiatsprävention bereits in der Sekundarstufe II bei der sog. digitalen Schulgeneration mittels einer Software, die jene Textstellen einer Arbeit, die dem Internet entnommen worden sind, identifizieren<sup>20</sup> über pädagogische Ansätze neben didaktischen Innovationen und Weiterbildung<sup>21</sup> oder der Propagierung eines erfolgreichen Zusammenschlusses in Forschung und Lehre durch einen vertrauensvollen Umgang statt der Etablierung einer Kultur des Misstrauens durch die Einführung von Kontrollen<sup>22</sup> bis zur Annahme des Ehrencodex der DFG, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis mit insgesamt 19 Leitlinien.<sup>23</sup>

In die Hochschulorganisation selbst weist der Ruf von Thomas Ott nach Entschleunigung und Verbesserung der Rahmenbedingungen für den wissenschaftlichen Nachwuchs in Deutschland durch Wiederbelebung des wissenschaftlichen Mittelbaus in einer modernen und kompetitiven Form.<sup>24</sup>

Dass diese Maßnahmen geeignet sind, die Vielzahl von wissenschaftlichem Fehlverhalten einzudämmen, darf gleichwohl bezweifelt werden. Gerhard Fröhlich, Lehrstuhl-Inhaber an der Universität Linz, der als international angesehener Experte für Kommunikation und Fehlverhalten in der Wissenschaft gilt, äußert sich sehr skeptisch:

„Sanktionen erwachsen aus diesem System selten. Meist kommen überführte Fälscher mit einer Ermahnung davon. In seltenen Ausnahmefällen dürfen sie bei der DFG für einige Jahre keinen Förderantrag mehr stellen. Kündigung und Entzug der Lehrbefugnis oder des akademischen Grades stehen zwar in den Richtlinienpapieren, kommen aber fast nie zum Einsatz“.<sup>25</sup> Für Rieble verspricht nur zweierlei Abhilfe: Ausgehend

- von einem erweiterten Plagiatsbegriff, „der – anders als das Urheberrecht – nicht das Opfer schützt“, wird der Täter rechtlich ins Visier genommen. Als Autor darf sich „nur derjenige gerieren, von dem der konkrete wissenschaftliche Text auch stammt“. Geschuldet ist also ein Herkunftsnachweis, der durch wissenschaftlich sauberes Zitieren erfüllt wird. Ghostwriting ist unzulässig.
- davon, dass auch eine stärkere Verrechtlichung nur dann hilft, wenn der Dienstherr bzw. Arbeitgeber der Wissenschaftler auch tatsächlich Sanktionen ergreifen, könne eine „Selbstreinigung“ der Wissenschaft erfolgen, sei es durch die wissenschaftsöffentliche Diskussion der Plagiate unter Nennung von Täter und Opfer neben expliziter Zitierung der betroffenen Werke.

Bei Ergreifung dieser Maßnahmen stehe in der Tat zu erwarten, dass das Wahrhaftigkeitsvertrauen in der wissenschaftlichen Gemeinschaft wieder hergestellt wird.<sup>26</sup> Insoweit sei auch auf das BVerwG hingewiesen, das zur Entziehung des Doktorgrades ausführte, dass zum Schutz des „...wissenschaftlichen Prozesses vor Irreführung eine Korrektur in Form der Entziehung vorgenommen werden“ müsse.<sup>27</sup>

## VI. Ausblick

Ob es, wie der Hochschulverband im Sommer des Jahres 2012 forderte, rechtspolitisch ratsam ist, einen eigenen Straftatbestand zu schaffen, darf bezweifelt werden. Es besteht keine (Strafbarkeits-)Lücke. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, man habe die Arbeit selbst verfasst, ist bereits grundsätzlich geeignet, eine tatbestandlich falsche Versicherung an Eides Statt gem. § 156 StGB zu prüfen und zu begründen.

Demgegenüber von Wissenschaftsbetrug zu sprechen, mag zwar einem landläufigen Sprachgebrauch entsprechen, verfehlt aber den jedem strafrechtlich relevanten Betrug wesenseigenen Vermögensschaden. Der Begriff des „Sportbetrugs“ mag insoweit „Pate stehen“. Der Erlanger Strafrechtler Hans Kudlich, der sich intensiv mit dem „Sportbetrug“ durch Doping auseinandersetzte, hält eine Kriminalisierung für ungeeignet angesichts der möglichen denkbaren Reaktionen der Sportverbän-

<sup>19</sup> Ebda, S. 109.

<sup>20</sup> Dazu Ludwig, Plagiatsprävention, in: Rommel, Fn. 13, S. 73 ff.

<sup>21</sup> Althaus, Disziplinierung und Teaching Moment in: Rommel, Fn. 13, S. 100 ff.

<sup>22</sup> Goeckenjahn, Fn.17.

<sup>23</sup> [https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche\\_rahmenbedingungen/gute\\_wissenschaftliche\\_praxis/kodex\\_gwp.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/rechtliche_rahmenbedingungen/gute_wissenschaftliche_praxis/kodex_gwp.pdf),

zuletzt abgerufen am 10.09.2023.

<sup>24</sup> Ott, in: Spieker/Manzeschke, Gute Wissenschaft (Fn.7), S. 231 f.

<sup>25</sup> Aus: Sendung „Betrug in der Wissenschaft“ von S. Billing und Petra Geist vom 25.02.2016, Deutschlandfunk.

<sup>26</sup> Rieble, ebda, S. 109 f.

<sup>27</sup> BVerwG- 6 C 9.12 - vom 31.7.2013.

de<sup>28</sup>, womöglich ein Gedanke, der sich auch im Hinblick auf die Reaktionsfähigkeit des Wissenschaftsbetriebs aktivieren ließe.

Da eine Evaluation der Erfahrungen mit der mittlerweile häufig erfolgten Professionalisierung des lokalen Ombudswesen ebenso noch aussteht wie mit „redlichen Whistleblowern“, spricht bei der Wissenschaft einiges für eine ihr affine spezifische Selbstkontrolle im Wege z. B. der Intensivierung und konsequenten Durchführung der internen Verfahren und einem Weniger des „Wegschauens“.

Mit dieser Zusammenstellung von Literatur und Rechtsprechung zum wissenschaftlichen Fehlverhalten soll es sein Bewenden haben. Einer gesonderten Darstellung könnte es vorbehalten bleiben, noch der Frage der Verschränkung von Politikberatung durch Wissenschaft

ebenso nachzugehen, wie der verstärkt auftretenden Frage nach der in der Praxis bedeutsamen und zunehmenden Verlagerung exekutiver Aufgaben auf nicht direkt demokratisch legitimierte Wissenschaftliche Beiräte (wie z.B. neben dem Gemeinsamen Bundesausschuss auch den Wissenschaftlichen Beirat für Psychotherapie gem. § 8 PsychThG im Medizin-Bereich)<sup>29</sup>.

Prof. Dr. Ulrich Rommelfanger ist in eigener Kanzlei  
Fachanwalt für Verwaltungs- und Medizinrecht in Wies-  
baden.

<sup>28</sup> Kudlich, in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate, Wissenschaftsethik und Recht, 2013, S. 117 ff.

<sup>29</sup> Zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesauss-

schusses ausführlich Sodan/Hadank, Demokratische Legitimation des GBA, Deutsches Institut für Gesundheitsrecht, 2017.

Samuel Weitz

## *Die neue Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit: Hochschulorganisation sui generis – auf Kosten der Wissenschaftsfreiheit*

Am 01.01.2022 ist das Gesetz zur Gründung der Hessischen Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit vom 30.09.2021 in Kraft getreten.<sup>1</sup> Dieses Gesetz bedeutet eine umfassende Reorganisation für die Polizei- und Verwaltungsausbildung im Land Hessen (I.). Die ehemals als Polizeibehörde<sup>2</sup> bestehende *Polizeiakademie Hessen*<sup>3</sup>, das bisherige Referat *Zentrale Fortbildung Hessen*<sup>4</sup> im Hessischen Ministerium des Innern und für Sport<sup>5</sup> sowie die *Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung*<sup>6</sup> sind in der *Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit*<sup>7</sup> aufgegangen. Für die neue HöMS hat der Landesgesetzgeber eine Hochschulorganisation sui generis erdacht. Der Einfluss der Professoren auf die Zusammensetzung der sie vertretenden Statusgruppe in den Hochschulgremien unterschreitet das verfassungsrechtlich erforderliche Maß erheblich (III., 1.). Der Einfluss des HMdIS auf die Bestellung und Abberufung der Leitungspersonen der HöMS schränkt das hochschulische Selbstverwaltungsrecht über Gebühr ein (III., 2.). Das Kuratorium der HöMS ermöglicht in verfassungswidriger Weise Einflussnahme durch staatsnahe Akteure (III., 3.). In der Gesamtschau stehen zahlreiche organisationsrechtliche Vorschriften des Gesetzes zur Gründung der HöMS im Widerspruch mit dem landesverfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen (II., 2.) sowie der Wissenschaftsfreiheit (II., 3.). Es ist zu erwarten, dass der Landesgesetzgeber das Organisationsrecht der HöMS – spätestens nach einer Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs in einem laufenden Normenkontrollverfahren<sup>8</sup> – wird modifizieren müssen. Sinnvoll erscheint im Grundsatz eine Ausgestaltung als Hochschule für angewandte Wissenschaften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG (IV.).

### **I. Gründungsgeschichte der HöMS**

#### **1. Organisation der Polizei- und Verwaltungsausbildung bis zum 31.12.2021**

Bis zum 31.12.2021 war die akademische und praktische Ausbildung, insbesondere der Anwärter für den Polizeivollzugsdienst, nahezu vollständig an der HfPV als nicht-rechtsfähiger Anstalt des Landes Hessen angesiedelt.<sup>9</sup> Die Anwärter erlangten etwa „unter Beachtung der einschlägigen Dienstvorschriften praktische Kenntnisse über Waffen, Gerät und das Schießen“<sup>10</sup>. Sie sollten „die dienstlich zugelassenen Schusswaffen sicher und schnell handhaben, treffsicher schießen sowie auftretende Störungen erkennen und folgerichtig handeln können“<sup>11</sup>. In akademischer Hinsicht beinhaltete die Ausbildung z.B. das Modul S 1.2 „Polizei in Staat und Gesellschaft“, dessen Inhalte die Verfassung und der Rechtsstaat sowie das Beamtenverhältnis waren.<sup>12</sup> Die HPA fungierte – im Gegensatz zur HfPV als Stätte erstmaliger Ausbildung – vor allem als Fort- und Weiterbildungsstätte für die Polizei des Landes Hessen. Ferner war der Zentrale Polizeipsychologische Dienst an der HPA angesiedelt. Anwärter begegneten der HPA als Einstellungsbehörde sowie, für den Zeitraum ihrer Ausbildung, als Dienstherrin i.S.v. § 2 HBG, § 2 BeamStG. Die ZFH war, wie die HPA, in der Fort- und Weiterbildung aktiv. Allerdings richteten sich die Angebote der ZFH nicht ausschließlich an die Polizei, sondern an alle Landesbediensteten. Zum Beispiel konzipierte und organisierte die ZFH die Führungsförderung.<sup>13</sup>

Nicht nur organisatorisch, sondern auch hinsichtlich der Rechtssetzung waren die hochschulischen und polizeilichen Aufgaben der Aus- und Weiterbildungsstätten

<sup>1</sup> GVBl. 2021, S. 622; berichtigt durch GVBl. 2021, S. 675; abweichend sind Art. 1 und 4 Nr. 2 des Gesetzes gemäß Art. 10 Satz 2 des Gesetzes bereits am Tag nach der Verkündung – dem 12.10.2021 – in Kraft getreten; siehe außerdem das Gesetz zur Neuordnung und Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 14.12.2021, GVBl. 2021, S. 931.

<sup>2</sup> § 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. e HSOG i.d.F. vom 23.08.2018.

<sup>3</sup> Im Folgenden: HPA.

<sup>4</sup> Im Folgenden: ZFH.

<sup>5</sup> Im Folgenden: HMdIS.

<sup>6</sup> Im Folgenden: HfPV.

<sup>7</sup> Im Folgenden: HöMS.

<sup>8</sup> HessStGH, P.St. 2891.

<sup>9</sup> §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 Satz 1 VerwFHG a.F. vom 28.09.2015.

<sup>10</sup> Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 30.

<sup>11</sup> Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 30.

<sup>12</sup> Modulbuch für den Studiengang Bachelor of Arts „Schutzpolizei“ der HfPV vom 20.09.2016, S. 15.

<sup>13</sup> Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 25.08.2017 (StAnz. 37/2017, S. 876); berichtigt durch Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 15.09.2017 (StAnz. 40/2017, S. 951).

von Polizei und Verwaltung im Land Hessen bis zum 31.12.2021 klar getrennt: Die Bestimmungen über die HfPV waren im VerwFHG normiert, die der HPA im HSOG und die der ZFH u.a. in einem ministeriellen Erlass<sup>14</sup>.

## 2. Reformbestrebungen und Gesetzentwürfe

Der politische Wille, die drei Aus- und Fortbildungsstätten HfPV, HPA und ZFH zusammenzuführen, wurzelt im Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen vom 23.12.2013 für die 19. Wahlperiode des Hessischen Landtags. Die Koalitionspartner hatten vereinbart, „die Einbindung der Verwaltungsfachhochschulen des Landes in das Wissenschaftssystem [zu] stärken“<sup>15</sup>. Konkreter fassten die gleichen Koalitionspartner ihr Vorhaben im nächsten Koalitionsvertrag vom 23.12.2018 für die 20. Wahlperiode des Hessischen Landtags: Sie „wollen [...] eine[r] Verwaltungsfachhochschule schaffen, in der auch HfPV, HPA und die Zentrale Fortbildung aufgehen“<sup>16</sup>. Mehr als sieben Jahre nach der erstmaligen Erwähnung in einem Koalitionsvertrag legte die hessische Landesregierung am 10.05.2021 schließlich den ersten Gesetzentwurf zur Gründung der HöMS vor.<sup>17</sup>

Mit der Gründung der HöMS hat die hessische Landesregierung im Wesentlichen drei Ziele verfolgt: Erstens sollte die Nachwuchsgewinnung für Polizei und Verwaltung gefördert werden.<sup>18</sup> Zweitens sollten Synergien zwischen akademischen und praktischen Aspekten der Polizeiausbildung gehoben werden.<sup>19</sup> Drittens beabsichtigte die Landesregierung die Stärkung des Wissen-

schaftssystems in Hessen.<sup>20</sup> Dass diese hehren Ziele durch das Gesetz zur Gründung der HöMS nicht zu erreichen sein werden, ist mehr Politikum als Rechtsfrage. Verfassungsrechtlich virulent ist vielmehr das hochschulorganisatorische Gefüge der HöMS.

Sowohl in den Medien<sup>21</sup> als auch in den Stellungnahmen der Sachverständigen im Rahmen der gemeinsamen Anhörung von Innenausschuss und Ausschuss für Wissenschaft und Kunst des Hessischen Landtags<sup>22</sup> wurde der Gesetzentwurf vom 10.05.2021 deutlich kritisiert und vielfach als verfassungswidrig bezeichnet. Zu diesem Urteil kamen die Sachverständigen insbesondere, weil sie das hochschulische Selbstverwaltungsrecht und die Wissenschaftsfreiheit verletzt sahen.<sup>23</sup> Infolgedessen haben die Regierungsfractionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN den Gesetzentwurf vom 10.05.2021 geringfügig modifiziert und am 15.09.2021 einen entsprechenden Änderungsantrag im Hessischen Landtag eingebracht.<sup>24</sup> Dort wurde das Gesetz zur Gründung der HöMS schließlich am 30.09.2021 beschlossen.<sup>25</sup> Die wesentlichen Vorschriften dieses Gesetzes sind am 01.01.2022 in Kraft getreten und haben die – auch nach dem Nachjustieren qua Änderungsantrag – fundamentaler Kritik<sup>26</sup> ausgesetzte Gründung der HöMS besiegelt.

## 3. Status quo

Die HöMS ist eine Hybride. Sie ist eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 HessHG) und zugleich – bei Erfüllung ihrer polizeilichen Aufgaben – eine Polizeibehörde (§ 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. e HSOG). Zum

<sup>14</sup> Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 25.08.2017 (StAnz. 37/2017, S. 876); berichtigt durch Fortbildungskonzept 2018 für die Hessische Landesverwaltung, Erlass vom 15.09.2017 (StAnz. 40/2017, S. 951).

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen für die 19. Wahlperiode des Hessischen Landtags vom 23.12.2013, S. 72, Rn. 3377 f.

<sup>16</sup> Koalitionsvertrag zwischen der CDU Hessen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Hessen für die 20. Wahlperiode des Hessischen Landtags vom 23.12.2018, S. 135.

<sup>17</sup> LT-Drs. 20/5722.

<sup>18</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

<sup>19</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

<sup>20</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

<sup>21</sup> v. Bebenburg, Gießener Allgemeine, Sorge um Freiheit der Wissenschaft, 04.08.2021, <https://www.giessener-allgemeine.de/hessen/sorge-um-freiheit-der-wissenschaft-90902481.html> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023]; Ogorek, Legal Tribune Online, Reform der Hessischen Polizeihochschule: Mehr Wissenschaft wagen, 20.08.2021, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/reform-hochschule-fuer-polizei-und-verwaltung-hessen-gesetzentwurf-verfassungsrecht-trennung-rechtsaufsicht-fachaufsicht-selbstverwaltung/> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

<sup>22</sup> Ausschussvorlage INA 20/35, WKA 20/25, Stellungnahmen der Anzuhörenden zur gemeinsamen mündlichen Anhörung des

Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 08.07.2021 und 14.07.2021; Stenografischer Bericht INA 20/46, WKA 20/29, Öffentliche Anhörung des Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 15.07.2021.

<sup>23</sup> Z.B. Fehling, in: Stenografischer Bericht INA 20/46, WKA 20/29, Öffentliche Anhörung des Innenausschusses und des Ausschusses für Wissenschaft und Kunst zum Entwurf der hessischen Landesregierung für ein Gesetz zur Gründung der HöMS (LT-Drs. 20/5722), 15.07.2021, S. 13.

<sup>24</sup> LT-Drs. 20/6389.

<sup>25</sup> GVBl. 2021, S. 622; berichtigt durch GVBl. 2021, S. 675; siehe auch das Gesetz zur Neuregelung und Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 14.12.2021, GVBl. 2021, S. 931.

<sup>26</sup> Z.B. Ogorek, Hessische Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit: Verpasste Chancen, geschwächte Wissenschaft, DP 2022, 89; v. Bebenburg, Frankfurter Rundschau, Neue hessische Hochschule stößt auf massive Kritik, 01.10.2021, <https://www.fr.de/rhein-main/landespolitik/neue-hessische-hochschule-stoesst-auf-massive-kritik-91027133.html> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

einen ist die HöMS in den Fachbereichen Polizei und Verwaltung zuständig für die Aus- und Fortbildung des Nachwuchses des gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes sowie der zur Ausbildung für den gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienst zugelassenen Tarifbeschäftigten des Landes, der Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 5 Satz 1 HessHG). Zum anderen übernimmt die HöMS als Auftragsangelegenheit die Zentrale Fortbildung der Beschäftigten der hessischen Landesverwaltung (§ 101 Abs. 2 HessHG). Zu den polizeilichen Aufgaben der HöMS gemäß § 95 Abs. 2 HSOG zählen wiederum z.B. die polizeiliche Aus- und Fortbildung aller Polizeibediensteten des Landes bis auf die berufliche Grundqualifizierung des gehobenen Dienstes sowie – ab dem 01.11.2023 – die Aus- und Fortbildung der Spezialeinheiten (Nr. 1). Ferner leistet die HöMS gemäß § 95 Abs. 2 HSOG polizeipsychologische Dienste (Nr. 4) und ist verantwortlich für das Nachwuchsmanagement sowie die Einstellung von Polizeianwärterinnen und -anwärtern (Nr. 2).

Nachdem schon im Gesetzgebungsverfahren Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 60 Abs. 1 Satz 2 und Art. 10 HessVerf aufgekommen waren, initiierten die Oppositionsfraktionen von SPD und FDP im Hessischen Landtag nach Inkrafttreten des Gesetzes ein abstraktes Normenkontrollverfahren gemäß Art. 132 HessVerf i.V.m. §§ 39, 40 StGHG. Sie beantragten die Feststellung, dass einzelne Vorschriften, die die Organisation der HöMS betreffen, mit der HessVerf im Widerspruch stehen und nichtig sind.<sup>27</sup> Mit einer Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs ist im Laufe der kommenden Monate zu rechnen.

## II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

### 1. Verfassung des Landes Hessen als Prüfungsmaßstab

#### a) Relevantes Landesverfassungsrecht

Gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf haben die Universitäten und staatlichen Hochschulen das Recht der Selbstverwaltung, an der die Studierenden zu beteiligen

sind. Art. 10 HessVerf garantiert die Wissenschaftsfreiheit: Niemand darf in seinem wissenschaftlichen Schaffen und in der Verbreitung seiner Werke gehindert werden. Art. 10 HessVerf und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf stehen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang: Das hochschulische Selbstverwaltungsrecht ist eine spezielle Ausprägung der Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre. Das Selbstverwaltungsrecht soll diesen Freiheiten zur Entfaltung verhelfen und dient den Hochschulen zur Wahrung ihrer Autonomie.<sup>28</sup>

Dass das hochschulische Selbstverwaltungsrecht nicht als Teil der Wissenschaftsfreiheit verstanden, sondern eigenständig im Wortlaut der Verfassung garantiert wird, ist kein hessisches Spezifikum. Mit Ausnahme der Bundesländer Berlin, Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein enthalten alle Landesverfassungen eine Norm, die – wie Art. 60 HessVerf – grundlegend die verfassungsrechtliche Stellung von Hochschulen regelt. Konkret das hochschulische Selbstverwaltungsrecht hat in zwölf Bundesländern ausdrücklich Verfassungsrang, z.B. gemäß Art. 20 BWVerf, Art. 138 BayVerf, Art. 5 Abs. 3 NdsVerf sowie Art. 16 NRWVerf. Die Beteiligung der Studierenden an der hochschulischen Selbstverwaltung schreiben neben dem Land Hessen (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 HessVerf) sechs weitere Bundesländer in unterschiedlichem Umfang fest.<sup>29</sup>

#### b) Verhältnis von HessVerf und GG

Auf Bundesebene ist die verfassungsrechtliche Stellung von Hochschulen – anders als die Wissenschaftsfreiheit i.S.v. Art. 10 HessVerf – im Wortlaut der Verfassung nicht ausdrücklich festgeschrieben. Es existiert keine Art. 60 HessVerf unmittelbar entsprechende Norm im GG.<sup>30</sup> Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft sowie Forschung und Lehre ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG normiert – ohne die hochschulische Perspektive auf Wissenschaft gesondert zu adressieren. Art. 5 Abs. 3 GG enthält neben dem individuellen Wissenschaftsfreiheitsrecht allerdings auch eine objektive Wertordnung: Es handelt sich um eine „das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm“<sup>31</sup>, die somit auch die hochschulische Selbstverwaltung betrifft.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> HessStGH, P.St. 2891.

<sup>28</sup> Rupp, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft (FS Unruh), 1983, S. 919, 920; Hillermann, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 57, 70.

<sup>29</sup> Siehe Art. 28 Abs. 1 ThürVerf, Art. 107 Abs. 2 Satz 2 SächsVerf, Art. 39 Abs. 1 Satz 2 RhPfVerf, Art. 33 Abs. 2 Satz 2 SaarVerf, Art. 138 Abs. 2 Satz 2 BayVerf, Art. 32 Abs. 1 BdbgVerf.

<sup>30</sup> Meister, in: PdK – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 60 Rn. 1.

<sup>31</sup> BVerwG 25.11.1977 – VII C 25.76 – BVerwGE 55, 73, Rn. 11 ff.; vgl. auch BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71 – BVerfGE 35, 79, Ls. 2.

<sup>32</sup> Kempen, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 5 Rn. 188; Hillermann, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 107 ff. m.w.N.

Grundsätzlich wird Landesrecht gemäß Art. 31 GG durch Bundesrecht gebrochen. Ausnahmsweise bleiben gemäß Art. 142 GG Bestimmungen der Landesverfassungen insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit Art. 1–18 GG Grundrechte gewährleisten.<sup>33</sup> Zwar erscheint die Gewährleistung des hochschulischen Selbstverwaltungsrechts in den Landesverfassungen dem Bundesverfassungsgericht „dort neben der Garantie der Wissenschaftsfreiheit als etwas Zusätzliches“<sup>34</sup>. Gleichwohl folgert das Bundesverfassungsgericht aus Art. 5 Abs. 3 GG das verfassungsrechtliche Gebot möglichst freiheitlicher Strukturen an Hochschulen<sup>35</sup> und hält für verfassungsrechtlich erforderlich, dass der Gesetzgeber ein „hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger sicherstellt“.<sup>36</sup> Die bundesverfassungsgerichtliche Interpretation der grundgesetzlichen Wissenschaftsfreiheit lässt den Schluss zu, dass das hochschulische Selbstverwaltungsrecht aus Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf sämtlich Art. 5 Abs. 3 GG implizit zu entnehmen ist.<sup>37</sup> Zwischen Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf einerseits sowie Art. 5 Abs. 3 GG andererseits besteht folglich zwar keine Textidentität, aber das erforderliche „Mindestmaß an Homogenität“<sup>38</sup>, also Übereinstimmung i.S.v. Art. 142 GG. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf ist vom Geltungsvorrang des Bundesrechts unberührt und in Kraft.<sup>39</sup> Gleiches gilt für Art. 10 HessVerf, der in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Wissenschaftsfreiheit gewährleistet.<sup>40</sup>

## 2. Art. 60 Abs. 1 HessVerf

### a) Institutionelle Garantie der Hochschulen

Art. 60 Abs. 1 HessVerf stellt die Universitäten und staatlichen Hochschulen unter den Schutz, aber auch unter die Aufsicht des Staates und räumt ihnen das Recht der

Selbstverwaltung unter Beteiligung der Studierenden ein. Art. 60 Abs. 1 Satz 1 HessVerf beinhaltet eine institutionelle Gewährleistung von staatlichen Hochschulen.<sup>41</sup> Der Verfassungsgesetzgeber garantiert ihr Fortbestehen als organisatorische Institution – ohne das Fortbestehen einzelner Hochschulen individuell zuzusichern. Aus dieser institutionellen Garantie folgt ein Abwehrrecht der Hochschulen bei ungerechtfertigten Eingriffen in ihren Rechtsbestand.<sup>42</sup> Andererseits gibt Art. 60 Abs. 1 Satz 1 HessVerf dem Landesgesetzgeber gerade auf, wissenschaftsrelevante Gemeinwohlbelange im Hochschulsystem einer sich wandelnden Gesellschaft fortwährend neu zu definieren und in Gestalt von Organisations- und Verfahrensregelungen abwägend zur Geltung zu bringen.<sup>43</sup> Der Landesgesetzgeber muss die Hochschulen also – auch hinsichtlich ihrer Binnenstruktur – regelmäßig den Zeitbedürfnissen anpassen. Hierbei hat der Landesgesetzgeber grundsätzlich einen großen hochschulorganisatorischen Spielraum:

*„Solange der Gesetzgeber ein [...] hinreichendes Maß an organisatorischer Selbstbestimmung der Grundrechtsträger sicherstellt, ist er frei, den Wissenschaftsbetrieb nach seinem Ermessen zu regeln, um die unterschiedlichen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und die Interessen aller daran Beteiligten in Wahrnehmung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung in angemessenen Ausgleich zu bringen [...]. Er ist dabei nicht an überkommene hochschulorganisatorische Strukturen gebunden. Er darf neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben und ist sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren [...]. Ihm stehen dabei gerade hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.“<sup>44</sup>*

<sup>33</sup> Zu Art. 142 GG im Kontext der HessVerf HessStGH 30.12.1981 – PSt. 880 – NJW 1982, 1381; *Schrodt*, Die Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofs zu den Grundrechten der Hessischen Verfassung, 1984, S. 9.

<sup>34</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 120.

<sup>35</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 123 f.

<sup>36</sup> BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87, 116.

<sup>37</sup> So allgemein in Bezug auf die Landesverfassungen auch *Kempen*, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 5 Rn. 192; zurückhaltender in Bezug auf NRWVerf *Günther*, in: Heusch/Schönenbroicher (Hrsg.) NRWVerf, 2. Auflage 2019, Art. 16 Rn. 6; differenziert *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Bd. I, 100. EL Januar 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 274; a.A. wohl *Hillermann*, Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem

Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, S. 131 f.

<sup>38</sup> BVerfG 29.01.1974 – 2 BvN 1/69 – BVerfGE 36, 342, 361.

<sup>39</sup> *Germann*, in: BeckOK GG, 55. Edition vom 15.05.2023, Art. 142 Rn. 15–24.

<sup>40</sup> *Stein*, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 10 Anm. 1; *Kallert*, in: PdK – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 10 Rn. 1.

<sup>41</sup> *Stein*, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60 Anm. 2.

<sup>42</sup> In Bezug auf die parallele Vorschrift in der NRWVerf *Löwer*, in: Löwer/Tettinger (Hrsg.) NRWVerf, Art. 16 Rn. 21.

<sup>43</sup> *Fehling*, Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2014, 113, 117.

<sup>44</sup> BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87, Rn. 116 m.w.N.

## b) Hochschulisches Selbstverwaltungsrecht

Das Recht des Gesetzgebers, die Hochschulorganisation auszugestalten, endet dort, wo das hochschulische Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf beginnt. Der Begriff Selbstverwaltungsrecht ist verfassungsrechtlich nicht allgemeingültig zu definieren.<sup>45</sup> Selbstverwaltung im Recht ist vielmehr kontextabhängig und im Lichte des jeweiligen Regelungszusammenhangs zu interpretieren.<sup>46</sup> Bei Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf handelt es sich – wegen der funktionalen Bezüge zu Forschung und Lehre – um ein auf die akademischen Angelegenheiten beschränktes Selbstverwaltungsrecht.<sup>47</sup> Akademische Angelegenheiten sind solche, die zum „Kernbereich“<sup>48</sup> des Unerlässlichen für eine freie wissenschaftliche Betätigung der Hochschulen zählen. Hierzu zählt insbesondere das Organisationsrecht der Hochschulen. Indem der Verfassungsgesetzgeber den Hochschulen ihre Selbstverwaltung zugesteht, verzichtet er auf staatseigene Wissenschaftsverwaltung.<sup>49</sup> Die Schwelle zur verfassungswidrigen Wissenschaftsverwaltung ist überschritten, wenn die freie wissenschaftliche Betätigung strukturell durch das hochschulorganisatorische Gesamtgefüge gefährdet ist.<sup>50</sup> Wegen des sensiblen Regelungsgegenstands der Wissenschaftsorganisation hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Hochschulorganisationsrechts bereits grundrechtliche Gefährdungslagen zu vermeiden.<sup>51</sup> Eine bloß hypothetische strukturelle Gefährdung der freien wissenschaftlichen Betätigung reicht gleichwohl nicht aus, um einen Verfassungsverstoß zu begründen – schließlich wirken sich die meisten hochschulorganisatorischen Entscheidungen zumindest mittelbar auf das wissenschaftliche Wirken aus.<sup>52</sup>

Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf schützt alles, was aus organisatorischer Sicht unerlässlich ist, um die Wissenschaftsfreiheit im hochschulischen Rahmen aufrechtzuerhalten: „Die Sicherung der Wissenschaftsfreiheit durch organisatorische Regelungen verlangt [...], dass die Träger der Wissenschaftsfreiheit durch ihre Vertreter in

Hochschulorganen Gefährdungen der Wissenschaftsfreiheit abwehren und ihre fachliche Kompetenz zur Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit in die Universität einbringen können. Der Gesetzgeber muss daher ein hinreichendes Niveau der Partizipation der Grundrechtsträger gewährleisten.“<sup>53</sup> Ergänzend schreibt Art. 60 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HessVerf die Beteiligung der Studierenden an der hochschulischen Selbstverwaltung vor.

## 3. Art. 10 HessVerf

Gemäß Art. 10 HessVerf darf niemand in seinem wissenschaftlichen oder künstlerischen Schaffen und in der Verbreitung seiner Werke gehindert werden. Angesichts der Pluralität und Revidierbarkeit der Ergebnisse wissenschaftlicher Bemühungen sowie der Prozesshaftigkeit der individuellen und kollektiven Anstrengungen der Erkenntnisgewinnung und -vermittlung sperrt sich der Begriff der Wissenschaft gegen eine einfache Definition.<sup>54</sup>

Obwohl es sich bei Art. 10 HessVerf – ebenso wie bei Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf – um eigenständige landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen handelt, die einer autonomen Interpretation durch den Hessischen Staatsgerichtshof unterliegen, können für die Konkretisierung der verbürgten Rechte die zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG entwickelten bundesverfassungsgerichtlichen Grundsätze zumindest als Auslegungshilfen herangezogen werden.<sup>55</sup> Somit ist Wissenschaft jede Tätigkeit, die nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.<sup>56</sup> Im Freiraum der Wissenschaft

*„herrscht absolute Freiheit von jeder Ingerenz öffentlicher Gewalt. In diesen Freiheitsraum fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei dem Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe. Jeder, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, hat [...] ein Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung auf den Prozeß der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse. Da-*

<sup>45</sup> Im Kontext von Art. 28 Abs. 2 GG BVerwG 27.08.1976 – IV C 97.74 – BVerwGE 51, 115.

<sup>46</sup> Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 392.

<sup>47</sup> Stein, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60 Anm. 2; Meister, in: Pdk – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 60 Rn. 1.

<sup>48</sup> Statt vieler BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79.

<sup>49</sup> Stein, in: Zinn/Stein (Begr.), Verfassung des Landes Hessen, 16. EGL, 1999, Bd. I, Art. 60, Anm. 3.

<sup>50</sup> Fehling, Neuorganisation der Polizeihochschulen und Wissenschaftsfreiheit, OdW 2014, 113, 117.

<sup>51</sup> BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 927/00 – BVerfGE 111, 333.

<sup>52</sup> BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 927/00 – BVerfGE 111, 333; BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79.

<sup>53</sup> BVerfG 20.07.2010 – 1 BvR 748/06 – BVerfGE 127, 87.

<sup>54</sup> Kallert, in: Pdk – Hessen, Verfassung des Landes Hessen, 7. Fassung 2020, Art. 10 Rn. 1 f.

<sup>55</sup> In diese Richtung Schmidt, in: Meyer/Stolleis (Hrsg.), Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1986, S. 20, S. 46 f.; Schrodt, Die Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofs zu den Grundrechten der Hessischen Verfassung, 1984, S. 7.

<sup>56</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 113.



*mit sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‚etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes‘ (Wilhelm von Humboldt) ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden. Damit ist zugleich gesagt, daß [die Wissenschaftsfreiheit] nicht eine bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie schützen will.*<sup>57</sup>

### III. Hochschulorganisation der HöMS

Die Zusammenlegung von HfPV, HPA und ZFH zur HöMS vermengt hochschulische und polizeibehördliche Organisationsstrukturen in verfassungswidriger Weise. Mit der Einrichtung der HöMS als besonderer Hochschule für angewandte Wissenschaften (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 HessHG) hat der Gesetzgeber einen Fremdkörper im HessHG geschaffen. Im Einzelnen stehen einige Vorschriften über die organisatorische Ausgestaltung der HöMS im Widerspruch zum hochschulischen Selbstverwaltungsrecht (Art. 60 Abs. 1 S. 2 HessVerf) und zur Wissenschaftsfreiheit (Art. 10 HessVerf). Im Folgenden werden exemplarisch drei Verfassungsverstöße des Gesetzes zur Gründung der HöMS untersucht.

#### 1. Zusammensetzung der Statusgruppe der Professoren

Für die Zusammensetzung der hochschulischen Statusgruppen für die Wahl ihrer Vertretung in den Selbstverwaltungsgremien hat das Bundesverfassungsgericht einen spezifischen Maßstab entwickelt: „Soweit gruppenmäßig zusammengesetzte Kollegialorgane über Angelegenheiten zu befinden haben, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, müssen folgende Grundsätze beachtet werden: a) Die Gruppe der Hochschullehrer muss homogen, d.h. nach Unterscheidungsmerkmalen zusammengesetzt sein, die sie gegen andere Gruppen eindeutig abgrenzen [...].“<sup>58</sup>

An der HöMS gilt gemäß § 104 Abs. 2 HessHG für die Wahl ihrer Vertretung in den Gremien § 37 Abs. 3 HessHG entsprechend mit der Maßgabe, dass die Gruppe nach § 37 Abs. 3 Nr. 1 HessHG (Professorengruppe) von den Professoren und Hochschuldozenten gebildet wird. Die Anforderungen an die akade-

mische Qualifikation von Hochschuldozenten sind in § 111 Abs. 6 Satz 1–2 HessHG normiert: „Hochschuldozentinnen und Hochschuldozenten müssen neben den beamtenrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich ein ihren Lehraufgaben entsprechendes Hochschulstudium, pädagogische Eignung und eine einschlägige berufspraktische Tätigkeit nachweisen. An die Stelle des abgeschlossenen Hochschulstudiums können berufspraktische Tätigkeiten treten, wenn sie Kenntnisse und Erfahrungen vermittelt haben, die die Bewerber auf ihrem Fachgebiet befähigen, eine Lehrtätigkeit auszuüben, die derjenigen von Lehrkräften mit abgeschlossenem Hochschulstudium entspricht.“ Die Mindestvoraussetzungen für die Einstellung als Professor sind gemäß § 68 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 HessHG „ein abgeschlossenes Hochschulstudium, die für die Erfüllung der Aufgaben nach § 67 Abs. 1 [HessHG] erforderliche Befähigung zu wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeit und die dafür erforderliche pädagogische Eignung. Als Nachweis der Befähigung zu wissenschaftlicher Arbeit gilt in der Regel die Qualität der Promotion; darüber hinaus werden nach den Anforderungen der Stelle verlangt: 1. zusätzliche wissenschaftliche Leistungen oder 2. besondere Leistungen bei der Anwendung oder Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, von der mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs ausgeübt worden sein müssen.“

Die Gegenüberstellung von Hochschuldozenten und Professoren zeigt, dass das HessHG signifikant niedrigere Anforderungen an die akademische Qualifikation von Hochschuldozenten stellt. Insbesondere müssen Hochschuldozenten nicht über einen Nachweis der wissenschaftlichen Befähigung verfügen und können sogar ein Hochschulstudium durch Praxiserfahrung ersetzen. Neben den Einstellungsvoraussetzungen unterscheiden sich auch die hochschulpolitischen Interessen von Professoren einerseits und Hochschuldozenten andererseits erheblich. § 104 Abs. 2 HessHG bildet somit eine äußerst heterogene Statusgruppe der Professoren, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen<sup>59</sup> nicht genügt.

Besonders problematisch ist die Vertretung der Professorengruppe i.S.v. § 37 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 104 Abs. 2 HessHG im Senat, dem Herzstück der akademischen Selbstverwaltung. Gemäß § 42 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 HessHG sind neun Mitglieder der

<sup>57</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, 113.

<sup>58</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, Ls. 8; grundlegend zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Maßstäben einer grundgesetzkonformen Hoch-

schulorganisation *Würtenberger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Hochschulleitung im Landeshochschulgesetz von Baden-Württemberg, OdW 2016, 1, 2 ff.

<sup>59</sup> BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79, Ls. 8.

Professorengruppe im Senat vertreten, die dort die Mehrheit bilden. Der Senat nimmt wichtige Aufgaben der hochschulischen Selbstverwaltung wahr: Er berät in Angelegenheiten von Forschung, Lehre und Studium, die die gesamte Hochschule betreffen und von grundsätzlicher Bedeutung sind (§ 42 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Ferner überwacht der Senat die Geschäftsführung des Präsidiums (§ 42 Abs. 1 Satz 2 HessHG) und ist zuständig für die Beschlussfassung über die Grundordnung im Einvernehmen mit dem Präsidium (§ 42 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Var. 1 HessHG). Dass die Professoren – gegenüber den Hochschuldozenten in Unterzahl – bei der Vertretung im Senat benachteiligt werden, war durch die Rechtssetzung des Gesetzes zur Gründung der HöMS vorgezeichnet. § 104 Abs. 2 HessHG verhindert, dass die Professoren der HöMS autonom an Entscheidungen über Forschungs- und Lehrfragen in verfassungsrechtlich gebotener Weise partizipieren können. Die Gefahr der Unterrepräsentation hat sich im Senat der HöMS längst realisiert: Die neunköpfige Professorengruppe im Senat besteht gegenwärtig aus sieben Hochschuldozenten und zwei Professoren im engeren Sinne.

Zweifelsohne sollte die verfassungswidrige Statusgruppenbildung nicht schlicht durch höhere Anforderungen an die Qualifikationen von Hochschuldozenten aufgelöst werden. Wer Anwärtern für den gehobenen Polizeivollzugsdienst einen adäquaten Schusswaffengebrauch beibringt, muss keine Habilitation über Waffen oder Schusstechnik verfasst haben. Die Anwärterausbildung darf nicht ohne Ansehen der Praxiserfordernisse verwissenschaftlicht werden. In Einklang mit der Verfassung müssen die Statusgruppen von Professoren und Hochschuldozenten aber unbedingt getrennt voneinander gebildet werden.

## 2. Ministerieller Einfluss auf die Bestellung und Abberufung der Leitungspersonen

Zur Mitwirkung der hochschulischen Selbstverwaltungsorgane an der Bestellung und Abberufung von Leitungspersonen hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „[Das] Recht eines plural zusammengesetzten Vertretungsorgans zur Bestellung und auch zur Abberufung von Leitungspersonen [ist] ein zentrales und effektives Einfluss- und Kontrollinstrument der wissenschaftlich Tätigen auf die Organisation. Je höher Ausmaß und Gewicht der den Leitungspersonen zustehenden Befugnisse sind, desto eher muss die Möglichkeit gegeben

sein, sich selbstbestimmt von diesen zu trennen. Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse dem kollegialen Selbstverwaltungsorgan entzogen und einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker muss im Gegenzug die Mitwirkung des Selbstverwaltungsorgans an der Bestellung und Abberufung dieses Leitungsorgans und an dessen Entscheidungen ausgestaltet sein. Der Gesetzgeber muss diesen Zusammenhang durchgängig berücksichtigen.“<sup>60</sup>

### a) Präsident

Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 HessHG wird ein Hochschulpräsident grundsätzlich durch den Senat gewählt. Für den Präsidenten der HöMS hat der Gesetzgeber hingegen ein eigenes Verfahren erdacht: Der Präsident der HöMS wird nach öffentlicher Ausschreibung der Stelle durch das HMdIS aufgrund einer Vorschlagsliste bestellt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 HessHG). Die Vorschlagsliste soll drei Namen enthalten (§ 107 Abs. 2 Satz 4 HessHG) und wird von Senat und Kuratorium gemeinsam erstellt (§ 107 Abs. 2 Satz 3 HessHG). Angelehnt an § 48 Abs. 5 HessHG bilden Senat und Kuratorium eine paritätisch besetzte Findungskommission.<sup>61</sup> Die von der Findungskommission erstellte Vorschlagsliste bedarf der Zustimmung von Senat und Kuratorium. Das HMdIS kann bei der Bestellung des Präsidenten von der vorgeschlagenen Reihenfolge abweichen (§ 107 Abs. 2 Satz 5 HessHG) – Leitlinien für diese Ermessensentscheidung enthält die Norm nicht. § 107 Abs. 2 Satz 6–7 HessHG legt nahe, dass das HMdIS die Vorschlagsliste sogar in Gänze abweisen kann: Kommt es aufgrund der Vorschlagsliste nicht zu einer Bestellung durch das HMdIS, so ist eine neue Vorschlagsliste vorzulegen. Wird in angemessener Frist keine neue Vorschlagsliste vorgelegt oder kommt es aufgrund der zweiten Vorschlagsliste nicht zu einer Bestellung, wird der Präsident nach Anhörung des Senats einseitig vom HMdIS bestellt (§ 107 Abs. 2 Satz 7 HessHG). Auch die Abberufung des Präsidenten „aus wichtigem Grund“ (§ 107 Abs. 4 Satz 1 HessHG) erfolgt ausschließlich durch das HMdIS sowie lediglich im Benehmen mit dem Senat (§ 107 Abs. 4 Satz 2 HessHG). Eine Abberufung auf einen Antrag aus der Mitte des Senats hin ist nur möglich, wenn das Kuratorium diesem Antrag vor Durchführung der Beschlussfassung über die Abberufung zugestimmt hat (§ 107 Abs. 4 Satz 3 HessHG). In der Gesamtschau

<sup>60</sup> BVerfG 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338, 365.

<sup>61</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 27.

sind die Hochschulorgane in die Bestellung und Abberufung des Präsidenten nur marginal eingebunden. Die Position des HMdIS ist wesentlich machtvoller als die des Senats.

Vor dem Hintergrund des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs<sup>62</sup> werden die geringen Mitwirkungsmöglichkeiten des kollegialen Selbstverwaltungsorgans virulent, weil der Präsident in der Organisation der HöMS eine elementare Rolle innehat. Er ist gemäß § 42 Abs. 7 HessHG Vorsitzender des Senats, verfügt über die Richtlinienkompetenz (§ 43 Abs. 3 Satz 1 HessHG) und hat das Vorschlagsrecht für die Vizepräsidenten (§ 46 Abs. 1 HessHG). Darüber hinaus ist der Präsident Dienstvorgesetzter des Hochschulpersonals (§ 44 Abs. 1 Satz 2 HessHG) und hat erheblichen Einfluss auf die Wahl und Abwahl der Dekane (§ 51 Abs. 3 Satz 2 und 5 HessHG). In der Gesamtschau wird der Präsident unter lediglich marginaler Beteiligung der hochschulischen Selbstverwaltungsorgane bestellt und abberufen, obwohl er substantielle wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse innehat. Folglich ist § 107 Abs. 2 und 4 HessHG mit dem hochschulischen Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 HessVerf nicht vereinbar.

#### b) Kanzler

Gemäß § 109 Satz 2 HessHG wird der Kanzler der HöMS, ein Beamter auf Lebenszeit, im Benehmen mit dem Senat auf Vorschlag des Präsidenten der HöMS von dem für das Dienstrecht zuständigen Ministerium, dem HMdIS, bestellt. Beim Benehmenserfordernis handelt es sich lediglich um eine geringfügige Beteiligung des Senats. Statt einer Willensübereinstimmung wird lediglich eine Anhörung gefordert, die dem Senat die Gelegenheit gibt, seine Vorstellungen in das Verfahren einzubringen.<sup>63</sup> Die geringe Mitwirkung des Senats bei der Bestellung des Kanzlers kann auch der in § 109 Satz 2 HessHG vorgeschriebene „Vorschlag [...] des Präsidenten“ als Ausgangspunkt der Kanzlerbestellung nicht ausgleichen – schließlich wird auch der Präsident unter maßgeblichem Einfluss des HMdIS bestellt.

Fraglich ist, ob § 109 Satz 2 HessHG wegen des überproportionalen Einflusses des HMdIS auf die Bestellung des Kanzlers verfassungswidrig ist. Zentrale Aufgabe des Kanzlers ist die Leitung der Hochschulverwaltung nach den Richtlinien des Präsidiums (§ 47 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Ferner ist der Kanzler gemäß

§ 47 Abs. 1 Satz 2 HessHG Beauftragter für den Haushalt, gehört dem Präsidium an (§ 43 Abs. 2 HessHG) und ist insoweit für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht durch das Gesetz einem anderen Organ übertragen sind. Die Aufgaben des Kanzlers sind zwar sehr bedeutsam, betreffen jedoch tendenziell wissenschaftsferne Hochschulbereiche. Im Ergebnis verschafft § 109 Satz 2 HessHG dem HMdIS in bedenklicher Weise Einfluss auf die Besetzung einer wichtigen Position. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen dürfte die Norm jedoch – isoliert vom hochschulorganisatorischen Gesamtgefüge betrachtet – noch genügen.

#### 3. Zusammensetzung des Kuratoriums

Üblicherweise wird an staatlichen Hochschulen im Land Hessen ein Hochschulrat i.S.v. § 48 HessHG gebildet. Er hat die Aufgabe, die Hochschule bei ihrer Entwicklung zu begleiten, die in der Berufswelt an die Hochschule bestehenden Erwartungen zu artikulieren und die Nutzung wissenschaftlicher Erkenntnisse und künstlerischer Leistungen zu fördern (§ 48 Abs. 1 Satz 1 HessHG). Konkret gibt der Hochschulrat etwa Empfehlungen zur Studiengangplanung (§ 48 Abs. 2 Nr. 1 HessHG) und zu den Evaluationsverfahren (§ 48 Abs. 2 Nr. 2 HessHG). Er nimmt z.B. Stellung zum Entwurf der Grundordnung (§ 48 Abs. 3 Nr. 1 HessHG) sowie zum Rechenschaftsbericht des Präsidiums und zu den Lehr- und Forschungsberichten (§ 48 Abs. 3 Nr. 2 HessHG). Einem Hochschulrat gehören gemäß § 48 Abs. 6 Satz 1 HessHG bis zu zehn Persönlichkeiten aus dem Bereich der Wirtschaft, der beruflichen Praxis und dem Bereich der Wissenschaft oder Kunst an. Die Mitglieder werden jeweils zur Hälfte vom Präsidium im Benehmen mit dem Senat und vom Ministerium im Benehmen mit der Hochschule benannt (§ 48 Abs. 7 Satz 2 HessHG).

An der HöMS hingegen wird gemäß § 110 Abs. 1 HessHG ein Kuratorium gebildet, das zu allen wichtigen und grundsätzlichen Angelegenheiten zu hören ist. Zentrale Aufgabe des Kuratoriums ist die Überwachung der Geschäftsführung des Präsidiums unter Einbeziehung der Stellungnahme des Senats (§ 110 Abs. 5 Nr. 1 HessHG). Darüber hinaus begleitet das Kuratorium die HöMS bei ihrer Entwicklung und gibt Empfehlungen zu den Evaluationsverfahren und Zielvereinbarungen ab (§ 110 Abs. 5 Nr. 3 und 5 HessHG). Das Kuratorium der HöMS hat 16 Mitglieder (§ 110 Abs. 2 HessHG): Unmittelbar vonseiten des Landes werden zwei Vertreter des HMdIS, ein Vertreter des

<sup>62</sup> BVerfG 24.06.2014 – 1 BvR 3217/07 – BVerfGE 136, 338, 365.

<sup>63</sup> In einem anderen Kontext zum Benehmenserfordernis BVerwG

29.04.1993 – 7 A 2/92 – NVwZ 1993, 890, 891.

Hessischen Ministeriums für Wissenschaft und Kunst, drei Vertreter der übrigen Ministerien und ein Vertreter des Hessischen Bereitschaftspolizeipräsidiums in das Kuratorium entsandt. Dem stehen gegenüber: Je ein Vertreter der drei kommunalen Spitzenverbände, des Landeswohlfahrtsverbands, des Hessischen Verwaltungsschulverbands, des Landesbezirks Hessen des Deutschen Gewerkschaftsbunds sowie des Landesverbands Hessen des Deutschen Beamtenbunds und zwei Vertreter aus dem Bereich der Wissenschaft. Mithin sind sieben der 16 Kuratoriumsmitglieder der unmittelbaren Staatsverwaltung zuzurechnen und einem Weisungsrecht des Landes Hessen unterworfen. Die Mitwirkung des Senats der HöMS an der Bestellung und Abberufung der Kuratoriumsmitglieder ist demgegenüber sehr schwach ausgeprägt. Besonders virulent wird diese staatsnahe Zusammensetzung des Kuratoriums wegen seiner Stellung als Überwachungsgremium der Geschäftsführung des Präsidiums. Anders als ein Hochschulrat i.S.v. § 48 HessHG hat das Kuratorium der HöMS nicht in erster Linie beratende Funktion: Der Hochschulrat „gibt Empfehlungen“ (§ 48 Abs. 2 HessHG) und „nimmt Stellung“ (§ 48 Abs. 3 HessHG); das Kuratorium überwacht. In der Gesamtschau der systemwidrigen Kompetenzen des Kuratoriums und seiner staatsnahen personellen Aufstellung, wird die teilweise Verfassungswidrigkeit von § 110 HessHG deutlich.

#### IV. Ausblick

Mit der Gründung der HöMS wollte der Landesgesetzgeber „etwas Besonderes schaffen“<sup>64</sup> – das ist ihm zweifellos gelungen. Eine „Hochschule aus einem ‚Guss‘“<sup>65</sup> sollte es sein, „Aus-, Fort- und Weiterbildung ‚aus einer Hand‘“<sup>66</sup>. Dass bei einem derartigen Vermengen polizeilicher und hochschulischer Strukturen das Wissenschaftsfreiheitsrecht und das hochschulische Selbstverwaltungsrecht strukturell gefährdet sind, dürfte im Gesetzgebungsverfahren auf der Hand gelegen haben. Bei der Rechtssetzung, insbesondere der §§ 99–114 HessHG, hat die hessische Landesregierung die skizzierten Risiken nicht hinreichend abgedeckt. Das Gesetz zur Gründung der HöMS verschafft dem HMdIS zahlreiche unmittelbare und mittelbare Eingriffsbefugnisse in die Hochschulorganisation, die mit den landesverfassungsrechtlichen Leitlinien im Widerspruch stehen.

Nicht zuletzt wegen der nahenden Landtagswahl in

Hessen am 08.10.2023 ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber das Organisationsrecht der HöMS alsbald novellieren wird. Wahrscheinlich wird der Gesetzgeber die Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs im laufenden Normenkontrollverfahren<sup>67</sup> abwarten. Der Verlauf der mündlichen Verhandlung dieses Normenkontrollverfahrens am 12.07.2023 bietet Grund zur Annahme, dass der Hessische Staatsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit einiger Vorschriften zur Hochschulorganisation der HöMS zumindest bezweifelt. Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber die Organisation seiner Polizei- und Verwaltungsausbildung abermals wird reformieren müssen.

Der Gesetzgeber täte gut daran, die Entscheidung für eine Hochschulorganisation *sui generis* zu revidieren. Zweifelsohne handelt es sich bei einer Hochschule des Landes, die u.a. den Nachwuchs des gehobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes ausbildet, um eine Hochschule mit speziellen Anforderungen. Die gegenwärtige Organisationsform *sui generis* rechtfertigen diese speziellen Anforderungen jedoch nicht. Vielmehr gewähren die hergebrachten Hochschulformen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1–3 HessHG) ein stabiles wie geeignetes Fundament für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der HöMS, die ausreichenden Nährboden für eine autonome Fortentwicklung der Polizei- und Verwaltungsausbildung in Hessen bietet.

Konkret sollte die HöMS als Hochschule für angewandte Wissenschaften i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG ausgestaltet werden. Die entsprechende Hochschulorganisation würde das Selbstverwaltungsrecht der HöMS garantieren und die Wissenschaftsfreiheit wahren. Das nachvollziehbare Bedürfnis des HMdIS, im Einzelnen bestimmte Inhalte der Modulbücher der Studiengänge für Polizei und Verwaltung zu beeinflussen, könnte ebenso befriedigt werden. Hierfür bedarf es keiner grundlegenden Reorganisation der Hochschule. Es genügen vielmehr einzelne, wenige Sondervorschriften, die für Entscheidungen über bestimmte Inhalte der Modulbücher der Studiengänge für Polizei und Verwaltung ein Einvernehmen mit dem HMdIS voraussetzen. Statt der gegenwärtigen §§ 99–114 HessHG würden deutlich weniger Sondervorschriften genügen, deren inhaltliche Abweichung vom Leitbild des § 2 Abs. 1 Nr. 3 HessHG in der Gesamtschau so gering wäre, dass die HöMS als Hochschule für angewandte Wissenschaft klassifiziert werden könnte. So würden sowohl die verfassungsrecht-

<sup>64</sup> Beuth im Rahmen seiner zusammenfassenden mündlichen Darstellung des Vortrags der Landesregierung als Verfahrensbeteiligte am 12.07.2023 in HessStGH, P.St. 2891.

<sup>65</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

<sup>66</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

<sup>67</sup> HessStGH, P.St. 2891.

lichen Vorgaben gewahrt als auch berechnigte ministerielle Interessen verwirklicht.

Im Übrigen würde eine solche Organisation der HöMS – im Sinne der Gesetzbeurkundung vom 10.05.2021<sup>68</sup> – das Wissenschaftssystem in Hessen stärken. Eine Abkehr von den zahlreichen strukturellen Ausnahmeregelungen in §§ 99–114 HessHG würde die Wissenschaftlichkeit der HöMS grundlegend fördern. Ergänzend sollte der Gesetzgeber das akademische Personal der HöMS quantitativ und qualitativ aufwerten. Wenn der Gesetzgeber das Wissenschaftssystem wirklich stärken möchte, braucht es nicht zuletzt einen leistungsstarken akademischen Mittelbau. Um dem speziellen Ausbildungsauftrag einer Hochschule für Polizei und Verwaltung gerecht zu werden, könnte der Mittelbau – mehr als anderswo – mit ergänzenden Lehrverpflichtungen betraut werden. Neben der Autonomie des Lehrkörpers würde dies auch die Nachwuchsausbildung des ge-

hobenen allgemeinen Verwaltungsdienstes und des gehobenen Polizeivollzugsdienstes stärken. Die Aus- und Fortbildung von Polizei und Verwaltung ist der Schlüssel für eine anpassungsfähige und leistungsstarke Organisation – deshalb hat sie eine echte Aufwertung verdient.

Samuel Weitz ist Doktorand an der Universität zu Köln. Von Juli 2021 bis März 2023 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln. Er ist Lehrbeauftragter für Staatsorganisationsrecht mit Verfassungsprozessrecht. Seine Forschungsschwerpunkte sind das Verfassungsrecht, das Hochschulrecht sowie das Sportverbandsrecht.

<sup>68</sup> LT-Drs. 20/5722, S. 19.

Karoline Haake

## *Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen*

### *Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 12.5.2023*

Seit Beginn der Covid-19-Pandemie veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts bereits drei Online-Tagungen am 30.10.2020, 15.1.2021 und 4.2.2022 mit Überlegungen zum Prüfungsrecht in der Corona-Zeit und den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen.<sup>1</sup> Nach dem Ende der Pandemie sind die Hochschulen zwar überwiegend zu Präsenzveranstaltungen zurückgekehrt, jedoch werden auch in Zukunft digitale Lehre und Prüfungsformen eine nicht unerhebliche Bedeutung haben.

Aus diesem Grund beleuchtete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts am 12.5.2023 abermals aktuelle rechtliche Fragestellungen in Bezug auf digitale Prüfungen, welche aus Pandemiezeiten mitgenommen werden. Die Vorstandsmitglieder des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts *Prof. Dr. Volker Epping* und *Dr. Michael Stückradt* betonten in ihrer Begrüßung, dass die erneut 160 Teilnehmenden unter Beweis stellten, dass seit der Pandemie entstandene Fragen rund um digitale Prüfungen die Hochschulen weiterhin vor Herausforderungen stellen. Die Veranstaltung solle insbesondere eine Analyse mittlerweile ergangener gerichtlicher Entscheidungen sowie die Diskussion über neue Herausforderungen wie Künstliche Intelligenz in Prüfungen bieten.

#### **I. Prüfungsrecht im digitalen Zeitalter**

Im ersten Impulsvortrag stellten *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr.*

*Peter Dieterich*, LL.M. (Richter am Verwaltungsgericht Berlin)<sup>2</sup> aktuelle Entscheidungen im Hinblick auf digitale Prüfungen vor. Diesen sei zu entnehmen, dass die allgemeinen Grundsätze des Prüfungsrechts auch auf Online-Prüfungen anwendbar seien.

Rekurrierend auf die letzten Veranstaltungen wurde die Online-Prüfung in den Kanon der Prüfungsarten eingeordnet. Da zwischen den Prüfungsarten kompetenzbasiert abgegrenzt werde, sei die Online-Prüfung keine eigene Prüfungsart, sondern nur eine andere Modalität bzw. Durchführungsvariante der klassischen Prüfungsarten, namentlich der mündlichen oder schriftlichen Prüfungen. Aus diesem Grund sei aus prüfungsrechtlicher Sicht nicht stets eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Durchführung der Prüfung als Online-Prüfung und daher auch keine Änderung der Prüfungsordnung angezeigt.<sup>3</sup> Im Gegensatz dazu sei eine elektronische Prüfung eine andere Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.<sup>4</sup> Da Klausuren grundsätzlich als Aufsichtsarbeiten zu verstehen seien, sei für die Durchführung einer Online-Klausur eine Form der Aufsicht erforderlich, nicht zuletzt auch um Chancengleichheit und Aussagekraft der Prüfung zu gewährleisten.<sup>5</sup>

Aufgrund der Entspannung der pandemischen Lage und der weitgehenden Rückkehr zu Präsenzprüfungen, welche nicht mehr unter Sonderbedingungen durchgeführt werden müssen, finde eine Funktionsverschiebung der Online-Prüfungen statt: Zu Beginn der Covid-19-Pandemie seien diese notwendig gewesen, um

<sup>1</sup> Berichte dieser Tagungen sind veröffentlicht in OdW 2021, 59 ff. und 201 ff. sowie OdW 2022, 215 ff.

<sup>2</sup> Beide sind Autoren der 2022 erschienenen 8. Auflage des Standardwerks *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht.

<sup>3</sup> Dies bestätigen auch VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21; VG München, Urteil v. 25.2.2021 – M 3 K 20.4723; a.A. VG Freiburg, Urteil v. 15.2.2022 – 8 K 183/21, welches eine gesonderte Rechtsgrundlage für erforderlich ansieht, da andere Rechtspositionen betroffen seien. Ggf. sei eine Anpassung der Prüfungsordnung dennoch notwendig, wenn diese z.B. explizit die Öffentlichkeit einer mündlichen Prüfung vorschreibe, vgl. bereits OdW 2021, 201 (202). Möglich sei auch, dass der Prüfling der

Abweichung der Prüfungsordnung zustimme. Auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung könne er sich dann im Anschluss nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr berufen, vgl. zuletzt VG Berlin, Urteil v. 19.4.2022 – 12 K 20/21.

<sup>4</sup> Schließlich könnten in elektronischen Prüfungen auch Audio- und Videosequenzen abgespielt werden, das Zurückklicken verhindert, und unterschiedliche Fragen angezeigt werden, sodass sich das Format wesentlich von einer herkömmlichen schriftlichen Prüfung unterscheidet. S. dazu auch bereits *Haake*, OdW 2021, 59 (60).

<sup>5</sup> So auch OVG NRW, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, ähnlich VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21.

den verfassungsrechtlichen Anspruch der Prüflinge<sup>6</sup> auf Durchführung der Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 GG durchzusetzen, da Präsenzprüfungen nicht möglich waren.<sup>7</sup> Da die Durchführung der Online-Prüfungen – auch mithilfe von Videoaufsicht bei Online-Klausuren – zur Erfüllung dieses Prüfungsanspruches erforderlich gewesen sei, sei die Datenverarbeitung durch die Prüfung auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht nach Art. 6 Abs. 1 lit e) DS-GVO gerechtfertigt gewesen.<sup>8</sup>

Dies sei nach dem Ende der Pandemie nicht mehr der Fall. Online-Prüfungen könnten daher vor dem Hintergrund des Datenschutzrechtes weiterhin als Instrument genutzt werden, wenn Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit a) DS-GVO in diese einwilligten. Dies sei jedoch mit Folgefragen der Einwilligung verbunden: Diese müsse einerseits freiwillig sein. Dies sei grundsätzlich auch im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Prüfungsbehörde und Prüfling möglich. Ein (zeitnaher) alternativer Prüfungstermin in Präsenz spreche zudem ebenfalls für die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Online-Prüfung. Andererseits müsse die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO auch frei widerruflich sein. Aus Sicht des Prüfungsrechts wäre dies in den Augen von *Fischer* und *Dieterich* jedoch als – in der Regel nicht gerechtfertigter – Rücktritt zu werten, so dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung zwar jederzeit widerrufen, prüfungsrechtlich jedoch aus Gründen der Chancengleichheit nicht folgenlos bleiben könne.<sup>9</sup>

Im Falle von Störungen bei Online-Prüfungen hingen die Folgen der Störungen – wie bei Präsenzprüfungen – davon ab, in wessen Verantwortungssphäre diese fallen. Die Hochschule trage die Beweislast, dass der Fehler nicht in ihrer Verantwortungssphäre liege.<sup>10</sup> Liege der Fehler bei der Hochschule, so sei die Prüfung zu unterbrechen, die Störung zu beheben und die Prüfung anschließend fortzusetzen, wobei ggf. ein Ausgleich für die Störung gewährt werden müsse. Sei Abhilfe nicht oder nicht rechtzeitig möglich, sei die Prüfung abzubrechen und zu wiederholen. Fiktive Leistungen dürften bei Störungen nicht bewertet werden.

Für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren gelte die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich

dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen. Bei Verdacht einer „Flucht in die technische Störung“ liege es im Ermessen der Prüfungsbehörde, für die Wiederholungsprüfung eine Einzelprüfung in den Räumen der Hochschule durchzuführen, um eine solche erneute Möglichkeit auszuschließen, welche dafür keine gesonderte Rechtsgrundlage benötige.<sup>11</sup> Um Störungen und Fehler im Prüfungsverfahren von Anfang an zu vermeiden, rieten *Fischer* und *Dieterich* dazu, klare technische Vorgaben zu machen<sup>12</sup> und ggf. Tutorials oder einen Probedurchgang anzubieten.

Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu Online-Prüfungen befassten sich mit der Frage der Täuschung bei der Erbringung der Prüfungsleistung. Dies zeige, dass die Täuschungsanfälligkeit bei Online-Prüfungen groß sei, insbesondere vor dem Hintergrund erschwerter Aufsichtsmöglichkeiten. Die Täuschung habe dabei sowohl eine objektive als auch subjektive Komponente. Objektiv sei eine Täuschungshandlung erforderlich, also die Vorspiegelung einer selbstständigen und regulären Prüfungsleistung, obwohl in Wahrheit unerlaubte bzw. nicht offen gelegte Hilfen genutzt werden. Dies sei etwa bei unerlaubter Zusammenarbeit oder Verwendung nicht freigegebener Hilfsmittel, insbesondere auch bei der (nicht zugelassenen) Nutzung von Künstlicher Intelligenz wie ChatGPT der Fall. Die Grenze zwischen einer zulässigen Vorbereitung<sup>13</sup> und einer sanktionswürdigen Täuschungshandlung werde übertreten, wenn der Prüfling bei Beginn der Prüfung das unzulässige Hilfsmittel bei sich führe, nicht erst, wenn auf das Hilfsmittel zurückgegriffen werde. Es reiche für eine objektive Täuschungshandlung daher beispielsweise aus, das Smartphone mit zum Prüfungsplatz zu nehmen, obwohl dies nicht zulässig sei. Zudem müsse in subjektiver Hinsicht noch der zumindest bedingte Vorsatz zur Täuschung hinzukommen.

Bereits aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebe sich, dass die Rechtsfolgen der Täuschung in der jeweiligen Prüfungsordnung geregelt sein müssten. Da die Sanktion regelmäßig im Nichtbestehen bis hin zur Exmatrikulation liege, seien dies schwerwiegende Rechtsfolgen, die unmittelbar die Grundrechte des Prüflings berühren. Die Prüfungsordnung solle deshalb unterschiedliche Sankti-

<sup>6</sup> Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

<sup>7</sup> Ausführlich *Haake*, OdW 2021, 59 (59).

<sup>8</sup> *Haake*, OdW 2021, 201 (204) und OdW 2022, 215 (216 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 (519).

<sup>10</sup> So zuletzt VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22, welches bei einer Störung beim Zugang zur Online-Klausur eine Würdigung der Gesamtumstände vornahm und zum Ergebnis kam, dass die

Hochschule hierfür verantwortlich (und die Prüfung somit zu wiederholen) sei, da nicht auf das Erfordernis der aktuellsten Version des Browsers Google Chrome hingewiesen worden sei.

<sup>11</sup> Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil v. 26.4.2021 – 6 K 957/20.

<sup>12</sup> VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22.

<sup>13</sup> Sächs. OVG, Beschluss v. 16.2.2022 – 2 B 274/21 zur gemeinsamen Erstellung von Lernmaterialien, Besprechung bei *Morgenroth*, OdW 2022, 273 ff.

onsregelungen je nach Schwere des Verstoßes treffen, vom Nichtbestehen der Prüfung bis zu einer Versagung weiterer Prüfungschancen.<sup>14</sup> Bei der Entscheidung über die konkrete Sanktionierung sei dann insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu beachten, indem die Rechte des Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Interesse der Hochschule an der Redlichkeit der Wissenschaft sowie der Gewährleistung der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) abgewogen werden.

Die Prüfungsbehörde treffe die Beweislast im Hinblick auf die objektive Täuschungshandlung und den Täuschungsvorsatz. Allerdings könne die Beweisführung durch das Führen eines Anscheinsbeweises erleichtert werden.<sup>15</sup> Im Rahmen der freien Beweiswürdigung werde hierbei die allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt, wenn nach dieser ein typischer Geschehensablauf auf eine bestimmte Ursache oder Folge hindeute. Dies sei z.B. bei deckungsgleichen Arbeiten, insbesondere bei Fehleridentität der Fall: die unerlaubte Zusammenarbeit erscheine dann nach der allgemeinen Lebenserfahrung naheliegend.<sup>16</sup> Es bleibe dem Prüfling allerdings unbenommen, den Anscheinsbeweis zu erschüttern und einen atypischen Geschehensablauf nachzuweisen.

Der Anscheinsbeweis könne sowohl für die objektive als auch die subjektive Komponente der Täuschung geführt werden, z.B. auch für das bewusste Mitführen eines Smartphones als unerlaubtes Hilfsmittel.<sup>17</sup>

*Fischer* und *Dieterich* warnten vor einer „Flucht in die prüfungsrechtliche Ohnmacht“: Um die Zweckmäßigkeit der Prüfung für die Berufsqualifikation und die Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG aufrechtzuerhalten, seien die Prüfungsbehörden zudem zu einem Mindestmaß an Täuschungsabwehrmaßnahmen verpflichtet. Schließlich komme auch die Allgemeinheit später mit der beruflichen Leistungserbringung in Berührung und habe ein Recht darauf, dass die Eignung für den Beruf durch eine zweckmäßige, insbesondere hinreichend aussagekräftige, Prüfung nachgewiesen wurde, z.B. im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG für die Tätigkeit eines Arztes. Überdies sei die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf diejenigen Prüflinge verletzt, die nur mit zugelassenen Hilfsmitteln arbeiten. Weitreichende Täuschungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.<sup>18</sup>

schungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.<sup>18</sup>

Nach *Fischer* und *Dieterich* sollten daher sowohl „sanfte“ Gegenmaßnahmen zur Täuschungsprävention ergriffen werden, um Täuschungshandlungen von Vornherein zu erschweren, z.B. ein hoher Zeitdruck, das Erfordernis handschriftlicher Ausarbeitungen, die Umstellung auf Hausarbeiten oder die Auswahl randomisierter Fragen und Fragereihenfolgen. Diese „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr könnten jedoch keinen Ersatz für eine Aufsicht bei Aufsichtsarbeiten (Klausuren) darstellen, sondern nur zusätzlich ergriffen werden. „Harte“ Gegenmaßnahmen, die daten- und persönlichkeitsrechtliche Fragen aufwerfen, könnten zudem die Authentifizierung mittels Ausweises bzw. Lichtbildes vor der Prüfung bzw. die Videoaufsicht oder Nutzung eines Lockdown-Browsers während der Prüfung sein. Zur rechtssicheren Täuschungsprävention sei zu beachten, dass insbesondere bei Open-Book-Prüfungen nicht ohne weiteres von einer Zitierpflicht bzgl. verwendeter Quellen ausgegangen werden könne.<sup>19</sup> Hier seien deshalb eindeutige Hinweise der Prüfungsbehörde erforderlich, welche Anforderungen bei den unterschiedlichen Prüfungsformaten gestellt werden.

Überdies stelle die Nutzung künstlicher Intelligenz das Prüfungsrecht vor große Herausforderungen. Die unerlaubte oder (erlaubte, aber) ungekennzeichnete Verwendung von Ergebnissen, die mittels ChatGPT erzeugt worden sind, stelle nach prüfungsrechtlichen Grundsätzen eine Täuschung dar, da eine selbstständige Prüfungsleistung vorgespiegelt werde, jedoch mangels eigener Formulierung keine eigenständige Leistung vorliege. Ein Plagiat dürfe hingegen mangels zitierfähiger Quelle nicht vorliegen. Zur Inspiration dürfe KI allerdings genutzt werden, wenn dies einem wissenschaftlichen Austausch gleiche, nur die Antworten dürften nicht in die Arbeit kopiert werden. Eine Sanktionierung der unerlaubten bzw. nicht offen gelegten Nutzung von ChatGPT sei meist bereits durch die bestehenden Prüfungsordnungen rechtlich möglich. Problematisch sei vielmehr die Nachweisbarkeit solcher unter Einsatz von KI erfolgter Täuschungen.

Es seien zwei verschiedene prüfungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten gegeben: Es könne versucht werden, die Nutzung von KI zu verhindern, indem hauptsächlich

<sup>14</sup> So z.B. VG Berlin, Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

<sup>15</sup> So für das Prüfungsrecht schon vor der Covid-19-Pandemie das BVerwG, Beschluss v. 23.1.2018 – 6 B 67/17.

<sup>16</sup> S. z.B. VG Berlin, Beschluss v. 28.1.2022 – 12 K 65/21; Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

<sup>17</sup> OVG NRW, Beschluss v. 16.2.2021 – 6 B 1868/20.

<sup>18</sup> So im Zusammenhang mit Täuschungen bei Online-Prüfungen VG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/21.

<sup>19</sup> So VG Dresden, Beschluss v. 16.2.2021 – 5 L 5/21.



Präsenzprüfungen durchgeführt würden. Zur Unterbindung der Nutzung in Hausarbeiten schlugen *Fischer* und *Dieterich* die Kombination der Prüfungsleistung aus der Hausarbeit und einer anschließenden Disputatio vor, um zu überprüfen, ob der Prüfling die Leistung tatsächlich durchdrungen habe. Zudem könne der Leistungsprozess in die Bewertung eingehen, indem z.B. mit den Prüflingen im Laufe des Prozesses über die Zwischenergebnisse diskutiert werde. Ferner könnten die Aufgabenstellungen geändert werden, sodass keine reine Wissensabfrage stattfindet. Es könne z.B. die Verwendung bestimmter Quellen oder Aufbautechniken in der Hausarbeit vorausgesetzt werden, welche in der Lehrveranstaltung behandelt wurden. Dies erschwere, eine Lösung mit Hilfe der KI zu erarbeiten.

Als weitere Reaktionsmöglichkeit sei auch die ausdrückliche Zulassung der Nutzung von KI denkbar: Wäre dies für alle Prüflinge möglich, bleibe deren Chancengleichheit gewahrt. Hier müsse dann aber gewährleistet sein, dass der Zweck der Prüfung, namentlich die Abfrage von Kompetenzen, die für den späteren Beruf erforderlich sind, erhalten bleibt.

## II. Datenschutz im digitalen Zeitalter

Daraufhin setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit aktuellen datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.<sup>20</sup>

Zunächst ging *Schwartmann* ausführlich auf Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Large Language Models (LLM) wie ChatGPT und anderen Bots in Prüfungen ein, welche Texte, Bilder oder ähnliches generieren. In LLM wie ChatGPT basiert die Auswahl der Ergebnisse von Anfragen („prompts“) auf einer Wahrscheinlichkeitsverteilung, die sich stochastisch aus dem Kontext der vorhergehenden Wörter ergibt. Es handele sich somit um eine Simulation auf Grundlage des vorherigen Trainings der Datenbasis des Sprachmodells. Da diese offenkundig auch aus falschen Tatsachen bestehen, seien Chat Bots wie ChatGPT problematisch.<sup>21</sup>

Bei der Verwendung solcher generativer KI sei zwischen Lehre und Prüfungen zu differenzieren: Es sei möglich, diese bewusst in der Lehre einzusetzen. Eine Verwendung in Prüfungen sei jedoch auszuschließen.

Dies sei allein schon der Vielzahl von Unsicherheiten und Unterschiedlichkeiten bzgl. der Datenbasis der Bots, welche auch von den genutzten Standorten abhängig sei, sowie der stochastischen Programmierung geschuldet. Aufgrund dieser technischen Bedingungen wiederholen sich die Antworten nicht, der Nutzer erhalte keine reproduzierbaren Ergebnisse, weshalb *Schwartmann* auch die Zitierfähigkeit von ChatGPT als Quelle entschieden ablehnte. Mangels Reproduzierbarkeit seien die Antworten nicht wissenschaftlich überprüfbar.

In Prüfungen müsse die Verwendung durch die Prüflinge deshalb unterbunden werden. Es sei lediglich vorstellbar, dass die Prüfungsbehörde durch die KI einen Text generierte, welche die Prüflinge bewerten müssten. Die Prüflinge jedoch als Prüfungsleistung selbst etwas generieren zu lassen, führe aufgrund der technischen Besonderheiten immer zu anderen Ergebnisse und verstoße daher gegen die prüfungsrechtliche Chancengleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG.

Zum Ausschluss der Nutzung von Bots durch Prüflinge könne daher in die Prüfungsordnung aufgenommen werden, dass KI-basierte Systeme (z.B. LLM wie ChatGPT) grundsätzlich keine zulässigen Hilfsmittel seien. Über Ausnahmen entscheide der Prüfungsausschuss.

In Klausuren und mündlichen Prüfungen sowie Präsentationen sei die Nutzung von LLM auch zu verhindern. Schwierigkeiten bereiten hingegen Hausarbeiten: Die Überprüfung der selbstständigen Erstellung der Prüfungsleistung sei nicht möglich. Anders als bei Plagiaten könne keine Software die Nutzung eines Bots wie ChatGPT nachweisen. Für den Nachweis der Täuschung trage aber die Prüfungsbehörde die Beweislast. Insbesondere angesichts der schnellen Entwicklung der KI sei es nicht möglich, mithilfe eines Programms einen sicheren Nachweis einer Nutzung zu führen.

*Schwartmann* plädierte daher ähnlich wie *Fischer* und *Dieterich* dafür, reine Hausarbeiten durch eine Prüfungsleistung, welche aus der Kombination aus einer Hausarbeit sowie einer mündlichen Prüfung bestehe, zu ersetzen. Nach der Anfertigung der Hausarbeit könne so in einer mündlichen Prüfung abgeprüft werden, ob der Prüfling das in der Vorlesung behandelte Wissen tatsächlich durchdrungen habe. Bei einer reinen Verteidigung der Arbeit könne dies jedoch nicht nachgewiesen werden, sodass *Schwartmann* eine ggf. von dem Stoff der Hausarbeit losgelöste mündliche Prüfung favorisierte.

<sup>20</sup> *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwart-*

*mann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

<sup>21</sup> Dazu *Schwartmann*, *Forschung & Lehre* 2023, 414 f.

Bei einfachen Hausarbeiten sei diese Änderung „im laufenden Geschäft“ möglich, bei Abschlussarbeiten wie Master- und Bachelorarbeiten müsse die Prüfungsbehörde dazu jedoch die Formulierung ihrer Prüfungsordnung überprüfen und diese ggf. geändert werden. Dies könne auch bei der Akkreditierung und Re-Akkreditierungen zu berücksichtigen sein.

Die Durchführung von Fernklausuren sieht *Schwartmann* weiterhin als schwierig an.<sup>22</sup> Da sich unter Klausuren Aufsichtsarbeiten verstehen lassen, werden diese mittels Videoaufsicht beaufsichtigt. Da jedoch die Open Book-Arbeit ohne Aufsicht als schriftliche Arbeit ein milderer Mittel darstelle, seien Fernklausuren unter Videoaufsicht meist nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Zwar handele es sich um eine andere Prüfungsform, namentlich eine Hausarbeit anstelle einer Klausur, es können aber oft trotzdem ähnliche Kompetenzen wie in einer Klausur abgefragt werden. In vielen Fällen seien daher weniger eingriffsintensive Alternativen vorhanden. Eine Rechtfertigung der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO gelinge daher in vielen Fällen nicht. Zudem bezweifelt *Schwartmann* weiterhin die Eignung der Videoaufsicht zur Täuschungsprävention, da diese außerhalb des Erfassungsbereichs der Kamera weiterhin problemlos möglich seien.

Die Durchführung einer Videoaufsicht sei auch nicht durch Einholen einer Einwilligung der Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO zu rechtfertigen. Denn für eine wirksame Einwilligung fehle es an deren Freiwilligkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Selbst beim Angebot einer alternativen Präsenzprüfung habe zumindest zu Zeiten der Covid-19-Pandemie wegen der Gefahr der Infektion keine Freiwilligkeit vorgelegen.

Über datenschutzrechtliche Probleme helfe auch keine Erlaubnis zur Videoaufsicht durch den Landesgesetz- oder -verordnungsgeber hinweg: Auch diese müssen sich an der höherrangigen DS-GVO messen lassen.

Anders als ein Verstoß gegen das Prüfungsrecht möge eine datenschutzrechtliche Verletzung nicht zu Fehlern im Verfahren oder der Bewertung der Prüfung führen. Dies könne nach § 46 VwVfG (ggf. analog) nur der Fall sein, wenn sich der datenschutzrechtliche Verstoß auf das Ergebnis der Prüfung auswirke.<sup>23</sup> Allerdings

wies *Schwartmann* erneut darauf hin, dass ein Verstoß die Sanktionsmöglichkeiten der DS-GVO auslöse. Ein Bußgeld nach Art. 83 DS-GVO sei gem. § 43 Abs. 3 BDSG zwar für öffentliche Stellen wie staatliche Hochschulen ausgeschlossen. In Betracht kämen allerdings Schadensersatzansprüche gegen die Hochschule nach Art. 82 DS-GVO. Demnach kann der Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens aufgrund einer Datenschutzverletzung verlangt werden. Die DS-GVO kenne daher auch anders als das deutsche Recht keine Bagatellgrenze, welche für die Geltendmachung eines Schmerzensgeldanspruchs überschritten werden müsse. Der Schaden könne bereits im Unwohlsein der Betroffenen über den Kontrollverlust ihrer rechtswidrigen Datenverarbeitung liegen.<sup>24</sup> Insbesondere vor diesem Hintergrund warnte *Schwartmann* vor datenschutzrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Schadensersatzforderungen der Studierenden.

### III. Fragerunde / Diskussion

Anschließend beantworteten die drei Referenten zunächst im Vorfeld eingereichte Fragen der Tagungsteilnehmenden. Diese Fragerunde und die anschließende Diskussion wurden von *Prof. Ulf Pallme König*<sup>25</sup> und *Prof. Dr. Volker Epping* moderiert.

Zum Führen eines Anscheinsbeweises über die unzulässige Zusammenarbeit während einer Online-Prüfung sei laut *Fischer* und *Dieterich* nicht allein das gleichzeitige Absenden der Antworten geeignet, welches am elektronischen Zeitstempel erkennbar sei. Es müssen weitere Anhaltspunkte wie beispielsweise Fehleridentität hinzukommen.

Fehleridentität oder eine Vielzahl gleichlautender Lösungen müsse nicht zwingend das Ergebnis einer unerlaubten Zusammenarbeit von Prüflingen sein, sondern könne auch darauf zurückzuführen sein, dass von einem Prüfling abgeschrieben wurde. Der Urheber der Lösung begehe dabei keinen Täuschungsversuch durch das Abschreibenlassen. Für eine Sanktionierung dieser – von der Prüfungsbehörde nachzuweisenden – unzulässigen Beeinflussung der Prüfung sei wegen des Gesetzesvorbehalts daher eine eigene Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erforderlich.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> S. Haake, OdW 2022, 215 (219). Insbesondere sei weiterhin das Proctoring, also die Videoaufsicht mittels einer dafür vorgesehenen Software abzulehnen, da darin ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG liege.

<sup>23</sup> Dies lehnten sowohl *Schwartmann* als auch *Fischer* und *Dieterich* bereits in vorherigen Diskussionen ab, *Haake*,

OdW 2021, 201 (205).

<sup>24</sup> EuGH, Urteil v. 4.5.2023 – C-300/21.

<sup>25</sup> *Pallme König* ist Kanzler der Universität Düsseldorf a.D. und Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts.

<sup>26</sup> Dieses Verhalten sei in vielen Prüfungsordnungen als „unzulässige Beeinflussung der Prüfung“ oder „Störung des ordnungsgemäßen Prüfungsablaufs“ sanktioniert.

Was die Mitnahme von eigenen Geräten wie Laptops angeht, so treffe die Prüflinge aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht dahingehend, dass die Prüfungsbehörden eine heutzutage übliche technische Ausstattung grundsätzlich voraussetzen können. Ähnlich wie zum Gebrauch eines eigenen Taschenrechners oder Buches könnten diese deshalb aus prüfungsrechtlicher Sicht auch zur Verwendung eines eigenen Laptops verpflichtet. Mache der Prüfling allerdings im Einzelfall glaubhaft, dass er über keinen Laptop verfüge, müsse die Hochschule Abhilfe schaffen. Trete am (eigenen) Gerät in der Prüfung ein Defekt auf, liege das grundsätzlich in der Verantwortungssphäre des Prüflings. Die Hochschule sei nicht verpflichtet, ein Ersatzgerät während der Prüfung bereit zu stellen. Aus Kulanz sei jedoch zu empfehlen, einige Ersatzstücke vorzuhalten.

Dagegen sah *Schwartmann* das Mitbringen des eigenen Laptops zu Prüfungszwecken kritisch: Denn wie andere private Hilfsmittel müssten diese zur Täuschungsprävention im Vorfeld oder während der Prüfung kontrolliert werden. Dies sei bei einem Laptop jedoch nicht das gleiche wie bei einem Taschenrechner: Bei der Kontrolle des Inhalts eines privaten Laptops gerate die Prüfungsbehörde in Kollision mit dem Grundrecht auf Gewährleistung und Integrität informationstechnischer Systeme des Prüflings und verarbeite dessen personenbezogene Daten, ohne dass dies erforderlich sei. Auch eine Einwilligung des Prüflings helfe darüber nicht hinweg, da diese nicht freiwillig sein könne, wenn der Prüfling auf andere Weise nicht an der Prüfung teilnehmen könne. Es handele sich daher um einen datenschutzrechtlichen Verstoß, der vermieden werden sollte, indem die Hochschule eigene Geräte bereitstelle.

*Fischer* und *Dieterich* stimmten *Schwartmann* in der Hinsicht zu, dass ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht grundsätzlich nicht auf das Prüfungsrecht durchschlage und zur Fehlerhaftigkeit der Prüfung führe. Sie wiesen jedoch darauf hin, dass ein Datenschutzverstoß ggf. Probleme beim Nachweis einer Täuschung bereiten könne: Sollte dieser mittels einer datenschutzrechtswidrigen Proctoring-Software geführt werden, möge diese für die Beweisführung ungeeignet sein. Der Beweis wäre dann auf rechtswidrige Weise erlangt, sodass ggf. an ein Beweisverwertungsverbot ähnlich wie im Strafprozess zu denken sei.

In Zusammenhang mit der erlaubten Nutzung von ChatGPT durch Studierende in Lehre und Prüfungen warf *Schwartmann* die Frage auf, wie es mit der Haftung für Rechtsverstöße aussehe, entweder bei Datenschutz-

oder Urheberrechtsverstößen der KI, indem diese beispielsweise Interviews mit realen Personen erfinde. Ungeklärt bleibe, wem solche Verstöße zuzurechnen seien. Zudem sei undurchsichtig, welche Daten ihrer Nutzer die KI selbst zu welchen Zwecken verarbeite und speichere. Bevor Bots wie ChatGPT als „general purpose“ Anwendungen in Lehre und Prüfungen verwendet werden, seien diese Fragen dringend zu klären. Die sei allein schon der Pflichten der Hochschule aus Art. 32 ff. DS-GVO, insbesondere der Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung des Art. 35 geschuldet, welche ohne Klarheit über diese Fragen nicht möglich sei.

Was den Ausschluss von ChatGPT von der Liste zulässiger Hilfsmittel angeht, so stellten die Referenten klar, dass die Schwierigkeit der Überprüfung und des Nachweises nicht die rechtliche Option des Ausschlusses verschließe. Nur, wenn nicht mehr überprüfbar sei, ob eine eigenständige Leistung vorliege, habe die Prüfung keinen Aussagegehalt mehr, sodass deren Zweck vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht mehr erfüllt werden könne.

*Fischer* und *Dieterich* stellten klar, dass das Führen eines Anscheinsbeweises für die Nutzung von ChatGPT vom Einzelfall abhängig bleibe: Brüche in der Formulierung oder Argumentation reichten dafür regelmäßig nicht allein aus, da dies insbesondere bei längeren Arbeiten auch mit der gleichen Wahrscheinlichkeit aus anderen Umständen herrühren könne. Ferner gebe es auch manche Programme, die ggf. Hinweise auf die Nutzung von ChatGPT lieferten. Manche Hochschulen wählten z.B. auch versteckte Werte und Begriffe, welche erst beim Einkopieren der Prüfungsaufgabe in ein Programm sichtbar würden und dazu führten, die unerlaubte Verwendung von Hilfsmitteln aufzudecken. Darüber hinaus plädierten *Fischer* und *Dieterich* insbesondere auch für eine Anpassung der Aufgabenstellungen, um die Nutzung von Bots zu vermeiden (z.B. die Einbeziehung von Methoden und Quellen aus der Lehrveranstaltung).

Will die Hochschule die Nutzung von KI in Prüfungen dagegen zulassen, so herrschte unter den Referenten Uneinigkeit hinsichtlich der Zitierfähigkeit von Bots wie ChatGPT.

Es handele sich nach *Fischer* und *Dieterich* zwar nicht um eine zitierfähige Quelle im klassischen Sinne, da keine geistige Eigenleistung vorliege, die einer Person zuzuordnen sei, sodass es an einem identifizierbaren Urheber fehle. Ein Verweis auf den jeweiligen „Prompt“ sei auch nicht als Beleg geeignet, da sich die KI-basierte Antwort hierauf jederzeit ändern könne. Es sei aber denkbar, die Antworten von ChatGPT als Anlage einer Hausarbeit

beizufügen, wenn dies von der Prüfungsbehörde vorgegeben werde, etwa als Screenshot einer Kommunikation mit ChatGPT. In prüfungsrechtlicher Hinsicht könne auf diese Weise zumindest das Maß an Eigenständigkeit, mit welcher der Prüfling die Leistung erbracht habe, nachgewiesen werden. Dagegen hielt *Schwartmann* ChatGPT auch auf diese Weise nicht für zitierfähig. Auch die Anlagen seien nicht reproduzier- und damit nicht überprüfbar, sodass die Prüfungsbehörde nicht kontrollieren könne, ob es sich um ein Fehlzitat handele.

#### IV. Resümee und Ausblick

Nach der Rückkehr in den „Normalbetrieb“ der Hochschulen mit dem Ende der Covid-19-Pandemie werden digitale Formate da bestehen bleiben, wo sie einen Mehrwert für Lehre und Prüfungen bieten. Zumindest in prüfungsrechtlicher Hinsicht bestehen drei Jahre nach Beginn der Pandemie genug Judikate, um rechtssichere digitale Prüfungen durchzuführen. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist dagegen bisher keine richtungsweisende gerichtliche Entscheidung erfolgt. Dies mag auch der Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung der DSGVO geschuldet sein und hat zur Folge, dass die Hoch-

schulen eigene datenschutzrechtliche Risikoabwägungen vornehmen müssen.

Seit Ende letzten Jahres beschäftigt die Prüfungsbehörden zunehmend die Nutzung von Bots wie ChatGPT durch die Prüflinge. Dazu bestehen viele ungeklärte Fragen, insbesondere auf praktischer Ebene: Dass die unerlaubte Nutzung eine Täuschung darstellt, mag feststehen, diese nachzuweisen, fällt dagegen jedoch erheblich schwerer.

*Epping* betonte allerdings, dass die Hochschulen Innovationen wie ChatGPT nicht ignorieren dürften: Stattdessen solle der Entwicklung Rechnung getragen werden und die Hochschulen müssen ggf. andere Prüfungsformen entwickeln, um eigenständige Leistungen durch die Prüflinge sicherzustellen.

*Stückradt* resümierte, dass die Nutzung künstlicher Intelligenz durch Studierende und Prüflinge in Zukunft ein Schwerpunktthema sein könnte. Deshalb bestehe ggf. in Zukunft das Bedürfnis, sich mit dieser in einer gesonderten Veranstaltung auseinanderzusetzen.

Karoline Haake ist Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Celle und Doktorandin an der Leibniz Universität Hannover.



Maike Reimer  
*Governance in Wissenschaftsorganisationen -  
Konstruktiver Umgang mit Konflikten und Vorwürfen. Bericht über die Tagung am 16. und 17.3.2023  
an der Bergischen Universität Wuppertal*

Wissenschaftsgovernance ist ein hochaktuelles Thema: Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung kündigt die Förderung moderner Führungs-, Personal- und Organisationsstrukturen und Standards für Führungs- und Compliance-Prozesse im Wissenschaftssystem an.<sup>2</sup> Zugleich findet ein intensiver öffentlicher Diskurs über Machtmissbrauch, Arbeitsbedingungen, Führung und Zusammenarbeit in der Wissenschaft statt, in dem der Umgang mit Konflikten zwischen Organisationsmitgliedern thematisiert wird. Vor diesem Hintergrund trafen sich am 13. und 14. März 2023 Governance-Fachleute aus Politik, Verwaltung und Wissenschaft, Verantwortliche in Führungspositionen in der Wissenschaft und Forschende auf allen Karrierestufen zu Vorträgen, Debatten und Austausch. Eingeladen hatten die Bergische Universität Wuppertal (BUW) gemeinsam mit dem Bayerischen Staatsinstitut für Hochschulforschung und Hochschulplanung (IHF), der Universität Passau, der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) und dem Deutschen Hochschulverband (DHV).

Zunächst begrüßte *Professor Dr. Birgitta Wolff* als Rektorin der BUW die ca. 120 Teilnehmenden. Sie betonte, dass die Wissenschaft vor großen Herausforderungen in Bezug auf Governance und Konfliktbearbeitung stünde, dass aber die Forschung bereits in der Lage sei, empirisch fundierte, praxistaugliche Lösungsansätze anzubieten und weiterzuentwickeln. Die aktuelle Konferenz verstehe sich als Einladung, die Herausforderungen frühzeitig und aktiv gemeinsam anzugehen. DHV-Präsident *Professor Dr. Bernhard Kempen* und *Professor Dr. Oliver Günther*, HRK-Vizepräsident für Governance, Lehre und Studium, stellten in ihrer Begrüßung heraus, dass Konflikte überall dort, wo Menschen zusammenarbeiteten, unvermeidbar seien. Auch und gerade im Wissenschaftssystem habe es Machtmissbrauch und Fehl-

verhalten schon immer gegeben; neu sei allerdings, dass der dadurch entstehende Schaden sowohl für Individuen als auch für das diverser gewordene Wissenschaftssystem als Problem erkannt und thematisiert werde. Das Ziel von Veränderungen müsste sein, die Häufigkeit von Konflikten und Fehlverhalten zu reduzieren und den Umgang mit ihnen bewusster zu gestalten.

### **I. Die Herausforderungen verstehen**

In ihrem Einführungsvortrag knüpfte die ehemalige Präsidentin der Universität Passau und Professorin für Betriebswirtschaftslehre mit Schwerpunkt Governance, *Professor Dr. Claudia Jungwirth*, zunächst an die Einsichten aus der Vorläufertagung „Absender unbekannt. Verfahren der Wissenschaft zum Umgang mit anonymen Anschuldigungen“<sup>3</sup> im Jahr 2020 an. Hier sei ausgehend von der Herausforderung des Umgangs mit anonymen Meldungen von Fehlverhalten - insbesondere von Führungsfehlverhalten - klar geworden, dass in der Wissenschaft spezielle Bedingungen für professionelle Führung und den Umgang mit Konflikten herrschten, und dass Wissenschaftseinrichtungen anfällig für besonders problematische Konfliktkonstellationen und -entwicklungen seien. Insbesondere seien hierfür die unklaren Regelsysteme verantwortlich, eine mangelnde Qualitätssicherung in der Nachwuchsförderung sowie die unzureichende Ausbildung von Leitungspersonen in Führungs- und Managementfähigkeit. Neben dem potentiellen Schaden für die Personen sei auch der Schaden für die Wissenschaft als Institution zu bedenken, für deren Leistungsfähigkeit und Legitimation das Vertrauen der Akteure in allen Bereichen der Gesellschaft unverzichtbar sei. Als Arbeitsgrundlage für die Tagung seien unter dem Begriff „Governance“ die Prozesse, Regeln und Ver-

<sup>1</sup> Auf der Basis der Tagungsvorträge und -diskussionen wurde von den Veranstaltenden die „Wuppertaler Erklärung zur vertrauenswürdigen Wissenschaftsgovernance“ verabschiedet, in der elf Grundsätze für einen konstruktiven und im Einklang mit rechtsstaatlichen Prinzipien befindlichen Umgang mit Konflikten aufgestellt werden ([https://www.ihf.bayern.de/fileadmin/user\\_upload/IHF/Veranstaltungen/Tagung\\_Governance\\_2023/](https://www.ihf.bayern.de/fileadmin/user_upload/IHF/Veranstaltungen/Tagung_Governance_2023/)

Wuppertaler\_Erkl%C3%A4rung\_29032023.pdf [zuletzt abgerufen 15.08.2023]).

<sup>2</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800> [zuletzt abgerufen 14.08.2023].

<sup>3</sup> <https://www.digital.uni-passau.de/beitraege/2020/tagung-absender-unbekannt> [zuletzt abgerufen 14.05.2023].

fahren zu verstehen, die eine Wissenschaftsorganisation leiten und sicherstellen, dass das Organisationsziel effektiv und transparent erreicht wird.

*Professor Dr. Isabell Welp*, Leiterin des IHF, setzte den Einführungsvortrag mit einer Analyse der Herausforderungen von Governance in der Wissenschaft im Hinblick auf Kontroll- und Qualitätssicherungsansätze in Forschungsorganisationen fort. Sie stellte heraus, dass Ergebnisse und Erfolge wissenschaftlichen Arbeitens nur schwer direkt und zweifelsfrei zu messen, zu bewerten und zuzurechnen seien. Daher erhielten die Mechanismen der Prozess- und Inputkontrolle eine zentrale Bedeutung, die die Ausgestaltung von Prozessen, Regeln und Verfahren der Personalführung sowie der Auswahl und Sozialisation von Personal betreffen. Hier gebe es in der Wissenschaft deutlichen Optimierungsbedarf. Zwar gälten allgemeine Rechts-, Verwaltungs- und Personalführungsstandards sowie in zunehmendem Maße auch wissenschaftsspezifische Richtlinien (z.B. von Fachgesellschaften, der DFG oder in den Statuten einzelner Wissenschaftsorganisationen). Allerdings seien sowohl interne als auch externe Leitungs- und Aufsichtsebenen in Hochschulen und Forschungsorganisationen häufig unzureichend getrennt, so dass unklare Zuständigkeiten sowie Interessen- und Rollenkonflikte die Umsetzung professioneller und leitliniengerechter Verfahren der Personalrekrutierung und -führung beeinträchtigen. Insbesondere sei problematisch, dass dies systematisch diejenigen Mitarbeitenden benachteilige, die nicht in allen Merkmalen der Norm der jeweiligen Einrichtung entsprächen. Professor Dr. Welp wies darauf hin, dass Fehlverhalten und Machtmissbrauch sich sowohl gegen jüngere als auch gegen etablierte Personen richten könne und empfahl, den Fokus von den individuellen Personen zu nehmen und auf das System der Akteure zu richten, um sinnvolle und wissenschaftsadäquate Ansätze für die Lösung der skizzierten Probleme zu entwickeln.

Im anschließenden Beitrag „Governance, gender and conflict in research organisations: A case study“ von *Professor Dr. Nicole Boivin* beschrieb die ehemalige Direktorin am MPI für Menschheitsgeschichte detailliert den mehrjährigen Auseinandersetzungsprozess mit ihrem Arbeitgeber, der MPG, der zu ihrer Entlassung als Direktorin aufgrund von Vorwürfen des wissenschaftlichen und nichtwissenschaftlichen Fehlverhaltens geführt hatte. Dabei habe es zahlreiche Mängel in den Verfahren gegeben, die allerdings aufgrund der hochproblematischen Governancestrukturen der MPG und der fehlenden ex-

ternen Aufsicht keine Konsequenzen gehabt hätten. Sie thematisierte auch die Tatsache, dass ähnliche Entlassungen bzw. Rückstufungen in der MPG vor allem Frauen betroffen haben und dies auf einen im System inhärenten Bias hinweise.

In der Diskussion wurde die Etablierung einer offenen Fehlerkultur, in der Konfliktthematizierung und -bearbeitung als Stärke einer Organisation wahrgenommen würde, als wichtige Aufgabe der Führung angesprochen. Auch falle es in die Verantwortung der organisationalen Führungspersonen und -gremien, Fairness und Transparenz in internen Verfahren zu wahren und ihre Mitarbeitenden vor Mobbing und Belästigung zu schützen. Ansprechpartner wie Ombudsstellen oder Gleichstellungsbeauftragte seien in der Regel mit geringen Ressourcen ausgestattet und ohne reale Durchsetzungsmacht. Weiterhin wurde der Umstand, dass bisher vor allem Frauen aus Leitungspositionen der MPG entfernt worden seien, in Zusammenhang mit den auf intransparenten Netzwerken basierenden Machtstrukturen der Wissenschaft gebracht, die männerdominiert seien und daher den Status Quo gegen Veränderungen verteidigten.

## II. Perspektiven auf die Herausforderungen

Im ersten von drei Impulsvorträgen legte *Dr. Heide Ahrens*, Generalsekretärin der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), „Die Rolle der DFG bei Hinweisen auf Fehlverhalten aus der Wissenschaft“ dar. Hier seien zum einen die „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis“<sup>4</sup> der DFG zu nennen, deren Umsetzung durch Forschungsorganisationen ab August 2023 Voraussetzung für eine Antragstellung bei der DFG sei, zum anderen die Etablierung des Gremiums „Ombudsman für die Wissenschaft“<sup>5</sup>, das allen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auch ohne Bezug zur DFG zur Beratung und Unterstützung in Fragen guter wissenschaftlicher Praxis zur Verfügung stehe. Sie betonte auch, dass sich Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern stärker als Führungskräfte in ihren Forschungsteams und verantwortliche Vorgesetzte ihrer Mitarbeitenden begreifen müssten, und dass der Aspekt der Führungskompetenz auch bei der Auswahl von Personal ein höheres Gewicht bekommen sollten. Danach sprach *Professor Dr. Thomas Krieg* als Vizepräsident der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina zu „Governance-Regeln für Akademien – Orientierungspunkte aus der

<sup>4</sup> [https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen\\_rahmenbedingungen/gwp/](https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/) [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

<sup>5</sup> [https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen\\_rahmenbedingungen/gwp/ombudsman/index.html](https://www.dfg.de/foerderung/grundlagen_rahmenbedingungen/gwp/ombudsman/index.html) [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

Praxis der Leopoldina“. Diese sei als Gelehrten-gesellschaft in mehrfacher Hinsicht aufgefordert, die Frage von Konfliktbearbeitung und Fehlverhalten zu adressieren: zum einen bei Fehlverhalten der Akademiemitglieder selbst oder in ihren Forschungsteams, zum anderen in der Politikberatung. Hierzu seien Strukturen und Verfahrensregelungen geschaffen worden<sup>6</sup>.

Der grundlegenden Frage, ob aus dem Compliance-Anspruch heraus die Notwendigkeit einer externen Aufsicht über Wissenschaftsorganisationen folge, oder ob dies der akademischen Selbstverwaltung widerspräche, widmete sich *Professor Dr. Sascha Herms*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Professor an der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin (HTW), unter dem Titel „Anmerkungen und Beobachtungen zur Governance aus rechtlicher Sicht“ ausgehend von der Wissenschaftsfreiheit nach Artikel 5 des Grundgesetzes<sup>7</sup>. Diese bedeute sowohl eine individuelle Gewährleistung und den Schutz des wissenschaftlichen Personals, als auch einen institutionellen Schutzrahmen für Forschungseinrichtungen. Er gelangte zu der Schlussfolgerung, dass Compliance im Wissenschaftssystem ohne externe Aufsicht nicht zu verwirklichen sei und dass die staatlichen Finanzgeber (d.h. das BMBF bzw. die zuständigen Landesministerien) zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit verpflichtet seien, die Aufsicht selbst zu führen oder an geeignete Dritte zu übertragen. Dies gelte sowohl für Universitäten als auch für ausseruniversitäre Forschungsorganisationen.

Daran an schloss sich eine Paneldiskussion mit *Inge Bell*, Journalistin und Gründerin von Bell Consulting; *Elizaveta Bobkova*, der Sprecherin von N2 - Netzwerk von Promovierendennetzwerken und Doktorandin am MPI für terrestrische Mikrobiologie; *Professor Dr. Dr. h. c. Ursula Keller* vom Institut für Quantenelektronik an der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) Zürich sowie *Professor Dr. Eric Steinhauer*, dem Sprecher von „Ombudsman für die Wissenschaft“ und Honorarprofessor für Urheberrecht und Bibliotheksrecht an der Humboldt-Universität Berlin. Zunächst benannten die Panelisten die aus ihren jeweiligen Perspektiven besonders starken Spannungsverhältnisse und Herausforderungen. Hier wurden die geringe Handlungsmacht von Ombudsstellen genannt, der hohe Erwartungs- und Publikationsdruck auf Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler, die vielfach uningeschränkte Autonomie von hochrangigen Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen, denen keine unab-

hängige und professionelle wissenschaftsadäquate Administration gegenüber stehe, sowie der Widerspruch zwischen der stark hierarchischen, teilweise an feudale Systeme erinnernden Machtstrukturen, die institutionelles Mobbing begünstigen, und den Erwartungen insbesondere von jüngeren Akademikerinnen und Akademikern an Gleichberechtigung und Wertschätzung.

In der Diskussion möglicher Lösungsansätze wurden zunächst die Risiken und Chancen anonymer Hinweise auf Konflikte oder Fehlverhalten diskutiert. Die Möglichkeit, Konflikte oder Fehlverhalten anonym anzusprechen, wurde teilweise für sinnvoll befunden, wenn dies in objektiv nachweisbaren Fällen - etwa bei eindeutigem wissenschaftlichem Fehlverhalten - einer Konfliktbearbeitung nicht im Wege stünde. Auch im Rahmen einer niedrigschwelligen Beratung könne Vertraulichkeit gesichert werden, ebenso im Rahmen repräsentativer Surveys, die im Sinne eines Stimmungsbildes Anhaltspunkte für allgemeine Probleme geben können. Weiterhin sei es zwar möglich, dass Anonymität gezielt ausgenutzt würde, um anderen zu schaden, in der Realität komme dies aber ausgesprochen selten vor. Dennoch seien viele Konflikte aus dem Schutz der Anonymität heraus nicht angemessen zu bearbeiten, so dass eine offene und transparente Konfliktbearbeitung selbstverständlich möglich sein müsse, ohne dass die Beteiligten Nachteile für ihre Karriere befürchten müssten. Hiervon könne im Rahmen der hierarchischen, intransparenten und auf informellen Netzwerken beruhenden Wissenschaft derzeit nicht ausgegangen werden.

Als ein wichtiger Ansatzpunkt für Verbesserungen wurde eine Optimierung der Governanceverfahren genannt, die klar die Regeln und Erwartungen für die Zusammenarbeit in der Wissenschaft benennen und deren Einhaltung überwachen bzw. die Nichteinhaltung sanktionieren müsse. Diese Regeln müssten von allen leitenden Personen verinnerlicht und aktiv gelebt werden, um der Vielfalt von möglichen Problemkonstellationen gerecht werden zu können. Besonders hervorgehoben wurde, dass häufig eine Aufklärung nicht primär am Fehlen von Meldestrukturen und -verfahren scheitere, sondern vielmehr daran, dass geltende selbst auferlegte Regelungen nicht durchgesetzt werden könnten. Auch belegtes Fehlverhalten habe so keine Konsequenzen, und es gebe kaum adäquate Gremien oder Verfahren, dieses Durchsetzungsdefizit zu beanstanden. Um durch eine Veränderung der Governance „von oben“ einen grundlegenden Kulturwandel anzustoßen, sei es allerdings not-

<sup>6</sup> z.B. [https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/praesidium-und-gremien/regeln-fuer-den-umgang-mit-interessen-](https://www.leopoldina.org/ueber-uns/ueber-die-leopoldina/praesidium-und-gremien/regeln-fuer-den-umgang-mit-interessenkonflikten/)

senkonflikten/[zuletzt abgerufen am 17.08.2023].

<sup>7</sup> Art. 5 Abs. 3 GG.



wendig, dass durch die finanzierenden Ministerien handfeste materielle Anreize gesetzt würden, indem Ziele zur Governance und Compliance, Diversity und Gleichstellung festgelegt und die Vergabe von Mitteln an deren nachweisbarer Umsetzung geknüpft würden.

Hingewiesen wurde auch auf die ungünstigen Auswirkungen einer nicht zeitgemässen Vorstellung, exzellente Wissenschaft beruhe vor allem auf fachlich herausragenden, „genialen“ Einzelpersonen, denen daher in jeder Hinsicht möglichst freie Hand bei der Organisation ihrer Forschung gelassen werden müsse. Diese sowohl unterleitenden Forschenden als auch in der Administration verbreitete Ansicht führe dazu, dass letztere ihre Funktion nicht im Sinne eines Gegengewichts mit „Checks and Balances“ zur wissenschaftlichen Selbstverwaltung ausübe, sondern in ihren Dienst gestellt würde. In diesem Zusammenhang wurde auch die Abhängigkeit junger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler von ihren Betreuenden als Problem genannt, sowie der Umstand dass diese sich durch den hohen Zeit- und Leistungsdruck der wissenschaftlichen Laufbahn keinerlei Verzögerung leisten könnten und daher im Konfliktfall eher klein beigäben oder aus dem Wissenschaftssystem ausgeschieden. Es gebe erfolgreiche Modelle für geteilte Promovierendenbetreuung oder Rotationssysteme im In- und Ausland, die sich auch in Deutschland stärker verbreiten sollen.

### III. Empirische Daten

Zunächst stelle *Hang Liu*, Sprecher von PhDnet, der Doktorandenorganisation der MPG, sowie Doktorand am MPI für Herz- und Lungenforschung, unter dem Titel „Conflicts in Science: What we can know from doctoral researchers?“ Ergebnisse aus der aktuellen Befragung unter MPG-Promovierenden vor, an der sich mit ca. 2.500 Antwortenden etwa 50 Prozent der Eingeladenen auch beteiligt hatten<sup>8</sup>. Dieser seit 2009 etablierte jährliche Survey, der seit 2019 vergleichbar auch in den Nachwuchsorganisationen der Helmholtz-<sup>9</sup> und Leibniz-Gemeinschaft<sup>10</sup> sowie an einzelnen Universitäten durchgeführt wird, betrifft unter anderem Arbeitsbedingungen, Zufriedenheit, Unterstützung und Betreuung, Karriereentwicklung, psychische Gesundheit, Wahrnehmung von Machtmissbrauch sowie Gleichberechtigung. Herr Liu hob hervor, dass um die 13 Prozent der Teilneh-

menden einen schweren Konflikt mit einem Vorgesetzten erlebt hatten, diesen aber nicht einmal in der Hälfte der Fälle meldeten - meist (auch) aus der Furcht vor beruflichen Nachteilen, die sich darauf ergeben könnten. Bemerkenswerterweise seien diese Meldungen deutlich häufiger erfolgt, wenn es sich um Konflikte mit einer weiblichen und/oder einer jüngeren, erst seit kurzem etablierten Führungsperson gehandelt habe.

Unter dem Titel „Impressions from the 2022 MPG PostdocNet Survey“ gab Dr. Nicholas Russell, Generalsekretär des PostdocNet der MPG und Postdoc am MPI für Pflanzenzüchtungsforschung, Einblicke in die Ergebnisse einer ähnlichen Befragung, die 2022 unter allen postgradualen Mitarbeitenden der MPG durchgeführt wurde<sup>11</sup>. Hervorzuheben sei, dass die PostDocs der MPG in noch höherem Ausmaß als die Promovierenden - nämlich zu 75 Prozent - nicht aus Deutschland stammten, und noch häufiger als diese im Rahmen sehr kurzer Vertragslaufzeiten und unter hoher Unsicherheit über die nachfolgenden Karriereoptionen und teilweise Aufenthaltsgenehmigungen sowie unter hohem Leistungs- und Produktivitätsdruck arbeiteten. Insofern überrasche es nicht, dass auch hier die von um die 30 Prozent erlebten unsozialen Verhaltensweisen vor allem aus Sorge über mögliche Nachteile für die Karriere und eine Unkenntnis der Möglichkeiten und Optionen selten angesprochen würden.

Zuletzt behandelten *Professor Dr. Isabell Welp* und *Dr. Maike Reimer*, Leiterin und wissenschaftliche Referentin des IHf, „The senior perspective on conflict, reporting and governance“. Sie thematisierten zunächst methodische und empirische Herausforderungen in Bezug auf Definition und Erhebungsmethoden von zentralen Konzepten wie „Konflikt“, „Fehlverhalten“ oder „Mobbing“. Der Fokus lag weiterhin auf den Ergebnissen eines Forschungsprojektes, in dem die Sicht leitender Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der Physik auf die Erfahrungen mit Konflikte und Führung in ihren im Rahmen von Interviews untersucht wurden. Als Konfliktthemen seien zum einen wissenschaftliche Aspekte (z.B. Autorschaftskonflikte oder Plagiate) genannt worden, zum anderen Aspekte des Arbeitsverhaltens von Promovierenden oder Postdocs, etwa Arbeitsqualität, Unabhängigkeit in der wissenschaftlichen Arbeit sowie Arbeitshaltung und -einstellung. Unterstützung innerhalb der Universität oder Forschungsein-

<sup>8</sup> <https://www.phdnet.mpg.de/survey> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

<sup>9</sup> [https://www.helmholtz.de/fileadmin/user\\_upload/06\\_jobs\\_talente/Helmholtz-Juniors/Survey\\_Report2019.pdf](https://www.helmholtz.de/fileadmin/user_upload/06_jobs_talente/Helmholtz-Juniors/Survey_Report2019.pdf) [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

<sup>10</sup> <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/69403> [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

<sup>11</sup> <https://www.postdocnet.mpg.de/134932/survey-2022>; [zuletzt abgerufen am 14.08.2023].

richtungen sei in den seltensten Fällen gesucht worden, zum Teil, weil vorhandene Anlaufstellen sich als nicht zuständig betrachteten, zum Teil aus dem Eindruck heraus, dass es keine Unterstützungsmöglichkeiten für Professorinnen und Professoren gebe. Die Interviewten hätten häufig auch den eigenen Führungsstil reflektiert und auf den Umstand verwiesen, dass die Führung eines Teams nicht Bestandteil ihrer eigenen Ausbildung gewesen sei.

#### IV. Perspektiven der Politik, des Journalismus' und der Wirtschaft

In seinem Impulsvortrag „Warum das deutsche Wissenschaftssystem eine so miserable Governance betreibt – und was zu tun ist!“ empfahl *Dr. h. c. Thomas Sattelberger*, parlamentarischer Staatssekretär a.D., aus der Perspektive der Wissenschaftspolitik dem deutschen Wissenschaftssystem einen unabhängigen System Review, um die Personal- und Organisationsführung wissenschaftsadäquat zu modernisieren. Dabei sei von allen Akteuren anzuerkennen, dass hervorragende Wissenschaftlerinnen bzw. Wissenschaftler in der Regel nicht auch professionell und kompetent in der Führung von Organisationen und Mitarbeitenden seien, und hierzu auch keinerlei Ausbildung erführen. Wichtig sei dabei, die Spielräume für opportunistisches Verhalten einzuschränken und die Wissenschaftsadministration personell und professionell aufzuwerten.

*Kristin Haug*, Journalistin beim SPIEGEL, erläuterte in ihrem Beitrag „Berichterstattung über Machtmissbrauch an Hochschulen und Forschungseinrichtungen“, dass von Machtmissbrauch betroffene Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler häufig von sich aus Kontakt mit Journalistinnen oder Journalisten aufnahmen, da sie in einer aus ihrer Sicht ausweglosen Situation keine andere Unterstützung finden könnten. Dies geschehe auch häufig in Reaktion auf eine bereits erfolgte Berichterstattung zum Thema. Während der Recherche würden diese meist psychisch stark belasteten Personen grundsätzlich ernst genommen, ihre Aussagen aber auch hinterfragt und vor einer Veröffentlichung durch weitere Recherchen gestützt. Hier sei allerdings anzumerken, dass sich mögliche Zeugen, betroffene Organisationen und Professorinnen bzw. Professoren der Presse gegenüber häufig nicht äußern möchten, so dass ergänzende oder kontrastierende Perspektiven denen der

Hinweisgebenden nicht immer im wünschenswerten Maß gegenübergestellt werden könnten.

*Hauke Paasch*, Mitglied im Vorstand der Firma Vorwerk, beschrieb aus der Perspektive der Wirtschaft unter dem Titel „Governance @ Vorwerk - Governance in einem Familienunternehmen“, wie sich ähnliche Herausforderungen in seinem Unternehmen darstellten und welche Ansätze hier zur Lösung eingesetzt würden. Bei der Verfahrensgestaltung und -optimierung müsse stets zunächst die Leitfrage „Wo liegen (aktuell) die größten Compliance-Risiken für meine Organisation?“ geklärt und dann geeignete Maßnahmen umgesetzt werden. Im Bereich der Unternehmenskultur und des Umgangs miteinander sei stets der bzw. die jeweilige Vorgesetzte für das Arbeitsklima in seinem Team verantwortlich, und bezüglich Fehlverhalten gelte eine klare Linie der „Null-Toleranz“. Idealerweise sei Anonymität in der Konfliktbearbeitung nicht nötig; das Unternehmen kooperiere aber mit einer externen unabhängigen Meldestelle, an die sich Mitarbeitende auch anonym mit Hinweisen auf problematische Vorgänge wenden könnten.

In der anschließenden Diskussion wurde die Frage nach dem Zusammenhang von Governance und wissenschaftlicher Qualität bzw. Exzellenz aufgeworfen. Zu Unrecht werde häufig argumentiert, dass Maßnahmen zur Förderung eines besseren Umgangs mit Mitarbeitenden, zur Gleichstellung von Frauen und Männern oder zu einer stärkeren Kontrolle von Forschungsorganisationen die wissenschaftliche Exzellenz gefährdeten. Im Gegenteil seien es vielmehr die intransparenten und diskriminierenden Führungssysteme, die herausragende junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus aller Welt abschreckten und so selbst Innovationskraft und Erkenntnisgewinn der deutschen Wissenschaft beeinträchtigen. Erforderlich sei auch ein höheres Maß an Selbstreflexion leitender Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, damit sich diese der Diskrepanz zwischen ihrer Eigenwahrnehmung als „Leben für die Forschung“ und der Fremdwahrnehmung „Ausbeutung und schlechte Arbeitsbedingungen“ bewusst würden. Als wichtig für den Erfolg aller Lösungsansätze wurde auch hervorgehoben, dass jeweils klar zu definieren sei, welche Herausforderungen Priorität hätten und welcher Ansatz bzw. welches Instrument für ein konkretes Problem sinnvoll sei. Etwa kämen mangelnde Diversität einerseits und Machtmissbrauch andererseits auf unterschiedlichen Wegen zustande und müssten durch unterschiedliche,

wenn auch abgestimmte, Maßnahmen adressiert werden.

## V. Lösungsansätze

*Kerstin Dübner-Gee*, Leiterin der Abteilung Personalentwicklung & Chancen der MPG, stellte in ihrem Vortrag „Verantwortliche Führung in Hochleistungsorganisationen“ die seit 2019 neu entwickelten Programme und Maßnahmen für Führungskräfte in der MPG vor. Zum einen seien dies strukturelle Maßnahmen, die auf eine nachhaltige Verbesserung der Arbeitskultur durch ein regelmäßiges Feedback und Monitoring abzielen, so dass die einzelnen Institute ihre jeweilig wichtigsten Handlungsfelder identifizieren können. Weitere Maßnahmen betreffen die bessere Sichtbarkeit und Vernetzung konfliktpräventiver und -bearbeitender Stellen sowie die Einführung speziell geschulter Konfliktlotsen, die niedrigschwellig und bereits im Vorfeld einer Eskalation eine kollegiale Lösung von Konflikten unterstützen. Parallel dazu werde die Professionalisierung der Führungskräfte (Direktorinnen und Direktoren sowie Forschungsgruppenleitungen) durch einen Code of Conduct und dessen verbindliche Implementierung im Arbeitsalltag angestrebt, inklusive der obligatorischen Schulung und Mentoring neu eintretender Führungskräfte, damit diese ihre wissenschaftlichen Exzellenzansprüche mit verantwortungsvollem und professionellem Führungsverhalten in Einklang bringen können. Zuletzt sei eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und eine institutionalisierte Karriereförderung von Promovierenden und PostDocs in Anpassung an internationale Standards eingeführt worden.

Komplementär dazu stellte *Katharina Kleinlein*, eine frühere Mitarbeiterin an einem Max-Planck-Institut, in ihrem Vortrag „Case study on scientific governance: What (not) to do“ Erfahrungen aus ihrer einige Jahre zurückliegenden Promotionszeit vor. Sie und mehrere andere von Konflikten und Fehlverhalten Betroffene hätten unter 30 möglichen Anlaufstellen des Forschungsinstituts, der Forschungsgesellschaft, der Universität oder dem Cluster auswählen können; darunter Konfliktberater, Gleichstellungsbeauftragte, Ombudspersonen, Anwaltskanzleien und Diversitätsbeauftragte, teilweise auch auf Leitungsebene. Einige Stellen seien sehr verständnisvoll gewesen, hätten aber keine wirkungsvollen Unterstützung anbieten können; hingegen habe das Gespräch mit Leitungspersonen dazu geführt, dass zugesagte Vertraulichkeiten nicht eingehalten worden seien und der Rat erfolgt sei, die Zustände zu akzeptieren und

nichts weiter zu unternehmen, um die eigene Karriere nicht zu gefährden. Als Lösungsansätze forderte sie, neben der Reduktion von Abhängigkeiten des wissenschaftlichen Nachwuchses von ihren unmittelbaren Vorgesetzten, auch verbesserte externe Regulationsmechanismen sowie eine bessere Ausbildung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern in Bezug auf ihre Führungs- und Vorgesetztenrollen.

*Inge Bell*, Journalistin und Gründerin von Bell Consulting, adressierte in ihrem Vortrag „Alles Zicken oder was?! Warum es Fairness für Frauen und mutige Männer braucht“ insbesondere den Aspekt der konstruktiven Zusammenarbeit der Geschlechter in der Wissenschaft. Diese sei eine traditionsreiche „Branche“ mit jahrhundertelanger Geschichte, die stark von Hierarchie, Autorität und Macht gekennzeichnet und über die meiste Zeit ausschließlich von Männern ähnlichen Hintergrundes gestaltet worden sei. Dies verträge sich schlecht mit den Anforderungen einer modernen Wissenschaft, die von der konstruktiven Zusammenarbeit unterschiedlichster Personen lebe. Oftmals verließen daher Menschen mit hohem Potential das System, da erwartete Gleichheit bei erlebter Ungleichheit für Enttäuschung Sorge. Um das Vertrauen der Mitglieder in die Organisation zu erhalten, sei das Empowerment sowohl von Männern als auch von Frauen auf allen Ebenen und eine „Leadership“ erforderlich, die eine bedingungslose klare Haltung in Bezug auf jegliche Art von Fehlverhalten vertrete. Weiterhin sei auf allen Ebenen eine gelebte Zivilcourage von „Verbündeten“ erforderlich, die als nicht betroffene Zeugen von Fehlverhalten die Betroffenen unterstützten und ihre Beobachtungen öffentlich machten.

Auch *Dr. Norbert Sack*, promovierter Physiker und auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen spezialisierter Personalberater, fokussierte aus seiner langjährigen Beratungspraxis auf „Gender-Aspekte in Hochschul-Leadership & Governance“ und stellte die Frage, welche Aspekte in der deutschen Hochschul-Governance es weiblichen Führungspersonen erschwerten, erfolgreich zu werden und zu bleiben. Seiner Beobachtung nach sei die Führung in Wissenschaftsorganisationen deutlich anspruchsvoller als in vergleichbar großen Unternehmen, da es sich um „hochneurotische Gebilde mit einer teildysfunktionalen Schönwetter-Governance“ handle, die durch eine hohe institutionelle Komplexität, das Prinzip der Freiheit der Wissenschaft, die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen sowie ein fehlendes bzw. schwaches mittleres Management charakterisiert seien. In den Strukturen der akademischen Selbstverwaltung seien bestimmte sinnvolle, weiblich konnotierte

Führungsverhaltensweisen (etwa eine stärkere Inhalts- und Gemeinwohlorientierung und eine sachlichere, weniger über Beziehungsnetzwerke laufende Führung) häufig weniger erfolgreich. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Aufsicht sich weniger an klaren Zielen und Zielvorgaben orientiere und in den basisdemokratischen Entscheidungsprozessen starke Partikularinteressen wirksam seien. Entscheidungen würden oft weniger durch sachliche Argumente bestimmt, sondern durch strategische Allianzen und Versprechungen an Schlüsselpersonen. Lösungsansätze seien hier vor allem eine weitere Professionalisierung der Aufsicht, eine Stärkung der Managementstrukturen sowie eine stärkere Ausrichtung von Entscheidungen an der Zukunftsfähigkeit der Organisation.

In ihrem Schlusswort stellte *Professor Dr. Birgitta Wolff* fest, dass auf der Konferenz zum einen gezeigt worden sei, dass die Wissenschaft als System und Organisation eine große Herausforderung für faire, transparente und justiziable Governancestrukturen und -verfahren darstelle, und es aufgrund der Selbsterhaltungstendenzen des Systems nicht zu erwarten sei, dass sich Strukturen und Verfahren von selbst ändern und verbessern würden. Zum anderen seien zahlreiche vielversprechende Überlegungen und Ansätze für eine Optimierung

und zukunftsfähige Gestaltung ausgesprochen engagiert und konstruktiv diskutiert worden. Hier sei eine hervorragende Basis für weitere Entwicklungen und Optimierungen des Systems zu erkennen, die hoffentlich weitere Früchte tragen werde. Besonders wichtig sei in der Zukunft, klare Problemanalysen anzustellen und darauf abgestimmte, evidenzbasierte Lösungsstrategien zu entwickeln. Dabei sei es erforderlich, bei einzelnen, für Änderungen motivierten Akteuren zu beginnen und andere über nachgewiesene erzielte Erfolge zu motivieren. Sie wünsche sich einen „Werkzeugkasten“ von Governance- und Führungsinstrumenten, deren Wirksamkeit für wissenschaftliche Organisationen empirisch geprüft sei. Hierzu könne die Governanceforschung bereits viel beitragen, es seien aber noch zahlreiche Forschungsfragen offen. Besonders vielversprechend sei der Ansatz, probeweise in Reallaboren eingeführte Maßnahmen rigoros zu evaluieren und ggf. auch wieder zu beenden, wenn diese die angestrebten Ziele nicht erreichten.

Maïke Reimer ist als wissenschaftliche Referentin am Bayerischen Staatsinstitut für Hochschulforschung und Hochschulplanung in München. Sie nahm an der Konferenz als Vortragende und Mit-Organisatorin teil.



## *Landständische Forderungen einer ausreichenden Finanzierung der Universität Freiburg*

In der Sitzung der Zweiten Kammer der Badischen Landstände<sup>1</sup> vom 10. Mai 1819 beantragte der Freiburger Abgeordnete Johann Joseph Adrians<sup>2</sup>, die Finanzierung der Freiburger Universität solle in vergleichbarer Weise, wie die der Heidelberger Universität erfolgen:

„Ich habe angeregt, dass die Dotationen der Landesuniversität Freiburg nicht hinreichen, ihr jene Einrichtung zu geben, die dem Bedürfnis der Zeit angemessen ist ... und darauf den Antrag gemacht, die hochansehnliche Kammer wolle Se. Königl. Hoheit den Großherzog um den Vorschlag eines Gesetzes bitten, wodurch der Landesuniversität Freiburg aus der allgemeinen Staatskasse ein hinreichender Zuschuss zuteil wird.

Dass die Universität Freiburg so wie jene in Heidelberg als constitutionelle Landesanstalt zu betrachten und in ihrem Fortbestand gesichert sei, spricht der § 21 der Verfassungsurkunde aus.<sup>3</sup> Auch ist dieses die Voraussetzung, ....dass sie eine gemeinnützige Anstalt sei, die dem Land den meisten und edelsten – dem Staatszweck vorzugsweise entsprechenden – Gewinn bringe, nämlich Bildung des Geistes und Herzens, Religion und Sittlichkeit, Kunst und Wissenschaft, Überflus an tüchtigen Männern für alle Staatsdienste und Wirkungskreise geistiger Tätigkeit.

Ich komme auf die Angelegenheit der Universität Freiburg: Die jährliche Einnahme derselben beläuft sich auf 36.000 fl. ... Dass diese Einnahme nicht hinreicht, um die zum fruchtbringenden Dasein der Universität notwendigen Ausgaben zu decken, ist wohl ohne Erörterung klar. Ich bemerke nur, dass gemäß des mir vorliegenden Etats ... ein jährliches Defizit von 2 bis 3.000 fl. sich ergibt.

Dagegen hat die Heidelberger Universität eine jährliche Einnahme aus der Staatskasse von 70.000 fl., beinahe das Doppelte von den Einkünften der Freiburger. Welcher Baden'scher Bürger und welcher Freund der Wissenschaften sollte sich nicht freuen über Heidelberg's Wohlstand, der so herrliche Früchte fortwährend erzeugt. ... Auch heischt es die Ehre des Staates, dass eine Anstalt, die seinen Namen trägt, an den Mitteln zur Er-

reichung ihres Zweckes keinen Mangel leide. ... Es sei erlaubt, diese Betrachtungen auf die Universität Freiburg anzuwenden. Dieses einst blühende literarische Gemeinwesen hat durch unselige Unbilde der Zeit die härtesten Schläge erfahren. Es hat, wie Heidelberg, seine Besitzungen auf dem linken Rheinufer verloren, aber es ist nicht, wie seine Schwesterschule, so glücklich gewesen, dafür den reichen Ersatz in der Großmut eines neuen Stifters zu finden. ... (Kurzum) es ist kein freudiger Fortbestand des Gedeihens und des Glanzes, sondern ein kümmerlicher der Beschränkung und der durch ökonomische Sorgen gehemmten Wirksamkeit: Lehrstellen sind unbesetzt, berühmte Männer können nicht berufen werden, die Bibliothek leidet an Dürftigkeit der Zuflüsse usw.

Gleichwohl hat Freiburg die nämlichen Ansprüche auf die Sorgfalt des Staates wie Heidelberg: beide sind Landesuniversitäten, beider Ruhm und Gedeihen gereichen gleichmäßig dem Staat zur Ehre und zum Nutzen. Die eine ist für die oberen Provinzen so wichtig und vielleicht wichtiger, als die andere für die untere; die eine wird von den Katholiken, die andere von den Protestanten als ein kostbares Besitztum geachtet. Und wenn darin ein Unterschied liege, dass Heidelberg unmittelbar aus der Staatskasse und Freiburg aus eigenen Stiftungsgütern seine Einnahmen zieht, so möchte gerade dieser Umstand zur Rechtfertigung des Anspruchs wenigstens auf einige Unterstützung aus derselben Staatskasse dienen. Wird doch diese Staatskasse aus Beiträgen aller Bürger gebildet, die Bürger Freiburgs und des Oberlandes tragen also mit an der Unterhaltung der Universität Heidelberg bei; sollten nicht auch die Unterländer geneigt sein und es billig finden, wenigstens ein Sechstel von dem, was zu ihren Gunsten vom Oberlande bezahlt wird, auch zu Gunsten dieses Oberlandes zurückzuzahlen? .....

Ich will bemerken, dass mit einem Zuschuss von jährlichen 15 bis 18.000 fl. die Universität Freiburg nach den besonderen Vorteilen ihrer Lage und Verhältnisse ganz gewiss in einen blühenden, dem Interesse, wie der Ehre des Baden'schen und des Deutschen Vaterlandes entsprechenden Zustand würde versetzt werden. Gleich-

<sup>1</sup> Verhandlungen der Zweiten Kammer der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden, 3. Heft, 1819, S. 109 ff. – Der Text ist sprachlich etwas geglättet.

<sup>2</sup> Oberbürgermeister der Stadt Freiburg; vgl. den Artikel in Wikipedia.

<sup>3</sup> Nach § 21 der Badischen Verfassung von 1818 sollen „die Do-

tationen der beyden Landesuniversitäten und anderer höherer Lehranstalten, sie mögen in eigenthümlichen Gütern und Gefällen oder in Zuschüssen aus der allgemeinen Staatscasse bestehen, ... ungeschmälert bleiben“, ein Wortlaut, dem Adrians eine Bestandsgarantie der beiden Landesuniversitäten entnimmt.

ches Interesse am Wohlstand aller Badener und eines jeden – ist die Frucht der vollkommenen Verbindung seiner Teile durch die Constitution, die wir hier ja so in Eintracht pflegen, und mich hoffen lässt, dass meine Motion nicht umsonst war“.

Die Berufung auf die Universitätsgarantie der Badische Verfassung, auf die gleiche Finanzausstattung der badischen katholischen und protestantischen Universität, auf die universitäre Finanzierung aus dem unterländischen und oberländischen Steueraufkommen und auf hieraus hergeleitet die finanzielle Gleichbehandlung der beiden Landesuniversitäten brachte die in der Sitzung der Zweiten Kammer anwesenden Vertreter der Landesregierung in Zugzwang. Ihr dilatorischer Vorschlag bot die Einsetzung einer Kommission an, die in erster Linie

prüfen solle, ob die Administration der Freiburger Universität so verbessert werden könne, dass sie keines Landeszuschusses bedürfe.<sup>4</sup>

Die Abgeordneten Duttlinger<sup>5</sup> und Kern<sup>6</sup> stimmten in ihren Redebeiträgen der Einsetzung einer Kommission zu, aber nicht der Begrenzung ihres Prüfauftrages. Kern verlangte sehr deutlich: „Die Ehre der Regierung und der Stände fordert, die Freiburger Universität so zu stellen, dass sie wie ihre Schwester allen Forderungen entsprechen könne, welche die Zeit an ein solches wissenschaftliches Institut mache“.<sup>7</sup>

Beschlossen wurde: „Bei jetzt erfolgter Abstimmung wurde mit Stimmeneinhelligkeit die Beratung des Antrags und die Verweisung auf die Abteilungen beschlossen“.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Verhandlungen aaO, S. 105

<sup>5</sup> Duttlinger war Professor an der Universität Freiburg und repräsentierte den Wahlkreis von Waldshut, St. Blasien, Tiengen; zu ihm von Weech, Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 5, 1877, S. 498 f.

<sup>6</sup> Kern war Regierungsrat in Freiburg und repräsentierte in der Zweiten Kammer die Stadt Freiburg.

<sup>7</sup> Verhandlungen aaO, S. 107

<sup>8</sup> Verhandlungen aaO, S. 107.