

# Carsten Morgenroth und Barbara Wieczorek

## Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil I – Online-Lehre

### Übersicht

#### I. Einleitung

#### II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

##### 1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

###### a. Beschaffung

###### b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

##### 2. Vorüberlegungen für Lehrende

###### a. Überlegungen zur inhaltlichen und didaktischen Gestaltung

###### b. Verwendung von open access-Inhalten

###### c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

###### d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

##### 3. Fehlverhalten der Studierenden

###### a. Staatliches Recht

###### b. Hochschulrecht

#### III. Ergebnisse

### I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat auch das deutsche Hochschulleben in kürzester Zeit stark verändert.<sup>1</sup> Die Mitte März 2020 in Deutschland beginnenden Maßnahmen, Kontakte zu beschränken und Mindestabstände einzuhalten, hatte dabei erhebliche organisatorische und rechtliche Konsequenzen. Innerhalb weniger Wochen hatten die Hochschulen die Aufgabe, das anstehende Sommersemester 2020 über online-Angebote zu Lehre und Prüfung abzusichern.<sup>2</sup> Diese Absicherung ließ sich nur mit einer intensiven Kraftanstrengung aller Beteiligten bewältigen, zumal die rechtliche Lage unsicher und volatil war und der Prozess der Digitalisierung von Lehre und Prüfung in den deutschen Hochschulen sich weitgehend noch nicht auf der Zielgeraden befindet.<sup>3</sup> Immer-

hin konnten im Verlaufe des Sommersemesters 2020 erste Erfahrungen mit der online-Lehre und einem Prüfungszeitraum im online-Format gesammelt werden.<sup>4</sup>

Nach einer Beruhigung der Infektionslage über den Sommer 2020, die mit Lockerungen der Infektionsschutzmaßnahmen verbunden war,<sup>5</sup> stiegen die Zahlen der positiven Testergebnisse deutschlandweit wieder erheblich an. Es galt deshalb, die Erkenntnisse und Erfahrungen der vergangenen Monate zu konsolidieren, sich intensiv mit den Ausgestaltungen des online-Hochschulbetriebs zu befassen und diese in einem sinnvollen Maß dauerhaft zu integrieren.

Diese Abhandlung unternimmt daher den Versuch, die Fortentwicklung des Rechts der online-Lehre nach derzeitigem Stand aufzuarbeiten. Teil 2 wird dann neben einigen grundlegenden Fragestellungen den aktuellen Zwischenstand für online-Prüfungen beleuchten. Hoffentlich kann damit ein kleiner Beitrag geleistet werden, den derzeit nur begrenzt möglichen kollegialen Austausch zu befördern.

### II. Praxisfragen im Zusammenhang mit online-Lehre

Obwohl die online-Lehre kein neuartiges Phänomen in der deutschen Wissenschaftslandschaft ist,<sup>6</sup> hat die Corona-Situation den Bedarf danach und damit den Klärungsbedarf bezüglich seiner rechtlichen Dimensionen erheblich erhöht. Aus der praktischen Innensicht sollen deshalb die wesentlichen Aspekte angeschnitten werden, zu denen einige Vorüberlegungen zum verwendeten Softwaresystem (1.) und Hinweise für Lehrende für die Erstellung ihrer Lehrunterlagen (2.) gehören. Aber nicht nur die Verantwortungssphäre der Hoch-

Online-Fundstellen wurden zuletzt abgerufen am 24. November 2020.

- 1 Eine anschauliche Beschreibung der Anforderungen und Reaktionen aus den ersten Monaten vermittelt *Sandberger*, OdW 2020, 155 ff.
- 2 Dem Beginn der wesentlichen Corona-Maßnahmen Mitte März 2020 folgte die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Bedeutung nach § 5 IfSG durch den deutschen Bundestag mit Wirkung zum 28. März 2020, s. *Rixen*, NJW 2020, 1097 ff. Der übliche Semesterstart im Sommersemester liegt ca. Mitte April des Jahres und war von diesen einschneidenden Maßnahmen nur wenige Wochen entfernt.

3 Mit ausführlichen Nachweisen dazu *Eisenraut*, OdW 2020, 177 ff.

4 Eine Zusammenfassung des ersten Corona-Semesters bietet [Hochschulen ziehen Bilanz des Digitalsemesters \(faz.net\)](#), seitens der Hochschulrektorenkonferenz [Stellungnahmen der HRK - Hochschulrektorenkonferenz](#).

5 Es wurde im Bundestag sogar über eine Aufhebung der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne von § 5 IfSG debattiert, s. [Deutscher Bundestag - Streit um Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite](#).

6 So bieten etwa die Fernuniversität Hagen oder die Virtuelle Hochschule Bayern seit Längerem online-Angebote an.

schule gehört hierhin, sondern auch eine Betrachtung möglichen Fehlverhaltens der Studierenden mit Bezug zu den Unterrichtsmaterialien (3.).

#### 1. Vorüberlegungen zum Softwaresystem

Vorüberlegungen zum Softwaresystem inkludieren dessen Beschaffung (a.), und dessen bestmögliche datenschutzrechtliche Absicherung (b.).

##### a. Beschaffung

Auch für die Beschaffung von Software zu Zwecken der online-Lehre hat eine Hochschule das geltende Vergaberecht einzuhalten, zumindest dann, wenn sie ein sog. öffentlicher Auftraggeber ist. Dies ist für staatliche Hochschulen immer der Fall. Für private, staatlich anerkannte Hochschulen bestimmt sich dies nach dem Umfang ihrer Anerkennung.<sup>7</sup>

Innerhalb des Vergaberechts ist sodann in zweierlei Hinsicht zu strukturieren. Wir unterscheiden in erster Stufe das auf EU-Recht basierende Oberschwellenvergaberecht gemäß GWB und VgV vom Unterschwellenvergaberecht nach der UVgO bzw. – soweit die betreffenden Bundesländer diese noch nicht für gültig erklärt haben<sup>8</sup> – die VOL/A. Der aktuelle Schwellenwert<sup>9</sup> beträgt für die hier relevanten Beschaffungsarten 214.000 € netto. Für den Unterschwellenbereich, also für Gesamtnettokosten unter 214.000 €, relevant ist eine weitere Unterscheidung zwischen gewerblichen Lieferungen bzw. sonstigen Leistungen einerseits und sog. freiberuflichen Leistungen andererseits. Freiberufliche Leistungen sind solche Leistungen, bei denen nach der Art der Leistung freiberufliche Anbieter<sup>10</sup> zumindest auch als Bieter im Vergabeverfahren in Frage kommen können. Gerade für Soft-

wareprodukte ist dies mit Bezug zu individueller Entwicklung bzw. Anpassung sehr wahrscheinlich und deshalb in der Vorbereitung des Verfahrens immer mit zu beobachten.<sup>11</sup> Für derart komplexe, integrierte Systeme wie online-Lehrsoftware wird der potenzielle Anbieterkreis aber wohl doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausschließlich aus gewerbetreibenden, industriellen Anbietern bestehen können, so dass die richtige Vergabeart die gewerbliche Lieferung bzw. Leistung ist. Diese Frage könnte allerdings für konkrete Weiterentwicklungen einer bestehenden Software anders zu beurteilen sein.<sup>12</sup>

Essenziell für die Beschaffung ist in jedem Fall die Vorbereitung. Im Rahmen der sog. Bedarfsermittlung<sup>13</sup> hat die Hochschule nämlich möglichst genau vorab zu überlegen, welche Formen der online-Lehre – bzw.: ggf. inklusive online-Prüfungen – sie einzusetzen plant. Danach bestimmt sich dann im Rahmen der sog. Markterkundung, welche potenziellen Anbieter für eine derart ausgestattete Software in Frage kommen.<sup>14</sup> Da die Markterkundung in der Regel auch einen Schätzwert für die Beschaffungskosten beinhaltet,<sup>15</sup> ist damit zugleich auch der zutreffende rechtliche Rahmen<sup>16</sup> für das Verfahren gesichert. Bezüglich der potenziellen Bieter empfiehlt es sich, im Rahmen des Verfahrens aktuelle, einschlägige Referenzen abzufordern, um bei den betreffenden Stellen nach deren Erfahrungen mit dem Bieter und der Software konkret zu erfragen.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Leistung selbst ist es vergaberechtlich zulässig, vor der Erteilung des Zuschlags eine sog. Teststellung<sup>18</sup> zu absolvieren, in der die Software dann im praktischen Einsatz getestet werden kann, um die Richtigkeit der Bieterangaben zum System im konkreten Umfeld der Hochschule

7 Bei juristischen Personen des Privatrechts hat nach § 99 Nr. 2 GWB eine Feststellung zu erfolgen, dass deren Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse liegt, s. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, 2020, § 99 GWB, Rn. 55. Dies könnte idealerweise durch die Anerkennung der privaten Hochschule erfolgen.

8 Da die UVgO – wie die VOL – keinen Gesetzescharakter hat, ist sie von jedem Bundesland gesondert einzuführen, beispielsweise als Verwaltungsvorschrift zu § 55 Landes-LHO.

9 Der Schwellenwert nach § 3 VgV wird von der EU-Kommission im Amtsblatt der EU bekanntgegeben, zuletzt am 30. Oktober 2019 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020, s. Amtsblatt der Europäischen Union, Nr. L 279/23.

10 § 50 UVgO nimmt zum Personenkreis freiberuflicher Anbieter insoweit Bezug auf die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

11 Variantenreich und instruktiv insoweit Kirch/Kumpf, Vergabe-News 2014, 94 ff.

12 Der für derartige Leistungen grundsätzlich eröffnete Wettbewerb

könnte natürlich dadurch ausgeschlossen sein, dass sich der Anbieter Exklusivrechte an der Software zu Grunde liegendem Quellcode ausbedungen hat, was bei Software außerhalb der open source Bewegung sehr wahrscheinlich ist. In diesem Falle kommt nach der Art der Leistung nur der Verkäufer der Ausgangssoftware in Frage – es handelt sich hierbei dann um eine privilegierte Form der gewerblichen Beschaffung.

13 Trutzel, in: Ziekow/Völlink (Fn. 7), § 28 VgV, Rn. 2.

14 OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2008, Az. 13 Verg 1/08.

15 OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2011, Az. Verg W 16/10.

16 Gemeint ist hier die Unterscheidung zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht, nicht dagegen die danach noch zu treffende Wahl der konkreten Verfahrensart.

17 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 08.04.2014, Az. 11 Verg 1/14.

18 Zu den Möglichkeiten und rechtlichen Maßstäben einer Teststellung vor bzw. nach Vertragsschluss Jennert/Werner, VergabeR 2016, 174 ff.

verifizieren zu können. Die vergaberechtliche Erleichterung, infolge unverschuldeter Dringlichkeit nach vereinfachten Vorgaben zu beschaffen,<sup>19</sup> sollte dagegen mit Blick auf die nunmehr seit mehreren Monaten bekannte Sonderproblematik Corona nicht mehr zulässig sein.<sup>20</sup>

#### b. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

Datenschutzrechtliche Überlegungen der Hochschule beinhalten sowohl das formelle als auch das inhaltliche Datenschutzrecht, letzteres bei Softwareanbietern außerhalb der EU insbesondere zum Recht des Datentransfers in Drittstaaten nach Art. 44 ff. EU-DSGVO.

In formeller Hinsicht bestehen Pflichten der Hochschule im Außenverhältnis zu Studierenden sowie interne Dokumentationspflichten. Zu letzteren gehört insbesondere das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (VVT) gemäß Art. 30 EU-DSGVO, in dem die wesentlichen Datenverarbeitungen, Verfahrensabläufe, Beteiligten und Rechtspositionen im Rahmen des Betriebs des Softwaresystems aufzuführen sind. Gegenüber den Studierenden hat die Hochschule dagegen über die Funktionsweise des Systems und die damit verbundenen Datenverarbeitungen zu informieren, Art. 13, 14 EU-DSGVO, sowie diese Information auch zu dokumentieren, Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO.<sup>21</sup> Ob diese Information über eine allgemeine Internetseite oder für jeden Studierenden individuell, beispielsweise in einem Fenster vor Nutzung des Systems, erscheint, bleibt der konkreten Ausgestaltung überlassen. Zum ebenfalls erforderlichen Nachweis der Dokumentation der Information bietet sich möglicherweise die IT-basierte, individualisierte Information in Verbindung mit der Speicherung der aktiv gesetzten Kenntnisaufnahme durch die Studierenden seitens der Hochschule als effektives Mittel an.

In materieller Hinsicht hat sich die Datenverarbeitung zunächst allgemein an den Grundsätzen von Art. 5 EU-DSGVO zu orientieren, insbesondere an den Geboten der Zweckbindung, Datensparsamkeit und Verhältnismäßigkeit. Nach dem Zweck der Lehre, interaktiven Austausch von Wissen zwischen Lehrenden und Studierenden zu ermöglichen,<sup>22</sup> sind dabei bestimmungsgemäß personenbezogene Daten dieser Beteilig-

ten zu beachten. Möchte die lehrende Person darüber hinaus im Rahmen der Lehre personenbezogene Daten Dritter verwenden, z. B. ein Video mit abgebildeten dritten Personen, so hat das System dies dem Grunde nach ebenfalls zu berücksichtigen.<sup>23</sup> Die Hochschule hat jedoch übergeordnet zwei Fragen zu klären: die technischen Voreinstellungen des Systems und die datenschutzrechtliche Kompatibilität bei Verwendung von Software von außerhalb der EU, insbesondere US-amerikanischer Software.

Die technischen Voreinstellungen des Systems haben neben der rein technischen Kompatibilität mit anderen verwendeten Systemen vor allem datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Diese als „technisch-organisatorische Maßnahmen“ vorgesehenen Anforderungen bestehen insbesondere in den Vorkehrungen zur Sicherheit der Datenverarbeitung nach Art. 32 EU-DSGVO sowie in Voreinstellungen, die von vornherein das Gebot der Datensparsamkeit umsetzen wollen und Verarbeitung nur der für den jeweiligen Zweck wirklich erforderlichen Daten überhaupt erst ermöglichen, Art. 25 Abs. 2 EU-DSGVO. Zu letzterem gehört – neben einem etablierten und regelmäßig überprüften Rechte- und Rollenkonzept<sup>24</sup> – vor allem die Frage, ob die Hochschule ein Softwaresystem für online-Lehre von vornherein für eine Aufzeichnung der betreffenden Veranstaltung sperrt und diese damit gar nicht erst zulässt.<sup>25</sup> Diese Frage stellt sich in dieser Absolutheit für die Hochschule natürlich nur dann, wenn unter keinen Umständen ein Vorhalten der Lehrveranstaltung als datenschutzrechtlich erlaubt, insbesondere erforderlich für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Hochschullehre, angesehen werden kann, Art. 6 Abs. 1 lit. e) EU-DSGVO.<sup>26</sup> Die in diese Abwägung einzustellenden Rechte und Interessen der Beteiligten sind vielfältig. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien im Folgenden einige praktisch wesentliche Aspekte diskutiert.

So erscheint es als durchaus offen, ob das Vorhalten digitaler Kopien von Lehrveranstaltungen ein legitimer Zweck für die Datenverarbeitungsform der „Speicherung“, die mit der Aufnahme einhergeht, sein kann. Aus der Verantwortung der Hochschule für die Sicherstel-

19 Zu den umfangreichen Sonderregelungen von Bund und Ländern im Zusammenhang mit der Covid-19-Situation s. *Braun*, in: Ziekow/Völlink (Fn. 7), § 134 GWB, Rn. 145 a ff.

20 Soweit die Beschaffung Angebote außerhalb der EU betrifft, wird jedoch auf den Zusammenhang mit der Entscheidung des *EuGH* zu Privacy Shield verwiesen, s. Fn. 54-56.

21 So der renommierte Datenschutzrechtler *Schwartzmann* anlässlich eines Webinars zum Recht von online-Lehre und online-Prüfungen am 30. Oktober 2020, hierzu *Haake*, *OdW* 2021, S. 62 ff.

22 Hierzu *Fehling*, *OdW* 2020, 137, 142.

23 Die konkrete Ausgestaltung ist dann Sache der bzw. des Lehren-

den, z. B. über *lecture pranks*, s. dazu Fn. 59.

24 In Erwägungsgrund 78 zu Art. 25 EU-DSGVO als „Maßnahme zur Transparenz der Verarbeitung“ bezeichnet.

25 S. auch *Fehling* (Fn. 22), S. 146 ff.

26 Sollte dagegen eine datenschutzrechtliche Bewertung ein differenziertes Bild ergeben, so ist dies je nach dem Grad der Differenzierbarkeit, also etwa nach Fachdisziplinen, Selbstverwaltungseinheiten, Studiengängen oder sogar Modulen individuell zu erfassen und den jeweils vorgegebenen Verfahren in den einzelnen Hochschulen zuzuführen.

lung des Lehrangebots<sup>27</sup> wird sich sicherlich ein digitales Streaming, aber tendenziell keine Aufzeichnung ableiten lassen. Seitens der Studierenden ist die effektive Verwirklichung der Studierfreiheit durch nahezu unbegrenzte Wiederholungsmöglichkeit sowie das erhöhte Rezeptionspotenzial speziell für auditive bzw. visuelle Lerntypen sicherlich von Vorteil – ob sich dieser Aspekt aber rechtsverbindlich aus der Studierfreiheit heraus ableiten lässt, ist zweifelhaft, zumal bereits die Ebene der rechtlichen Verankerung einer Studierfreiheit alles andere als geklärt ist.<sup>28</sup> Demgegenüber lässt sich seitens der Lehrenden anführen, die aus der über Art. 5 Abs.3 GG vermittelten Lehrfreiheit folgende Wahl der Lehrmethoden<sup>29</sup> schließe nicht nur eine Bedienung der virtuellen Welt an sich über die einmalige, sondern gerade über die Aufzeichnung eine dauerhafte oder sonst perpetuierte Rezeptionsmöglichkeit der Lehrinhalte für die Studierenden ein. Hinsichtlich der Wahl didaktischer Konzepte für Lehrveranstaltungen ist die Methode des „Flipped Classroom“<sup>30</sup> zu nennen, bei der die Nutzung von Aufzeichnungen in besonderem Maße relevant ist. Die Tatsache, dass bei geeigneter Konzeption ein „Flipped Classroom“-Ansatz zu verbesserten Lernergebnissen im Vergleich zu traditionellen Ansätzen führt<sup>31</sup>, unterstreicht die Bedeutung von Lehrmethoden unter Nutzung digitaler Hilfsmittel, wie auch Aufzeichnungen zur Verbesserung der Lehrqualität. Die Bedeutung des Konzeptes „Flipped Classroom“ wird auch an seiner Verbreitung sichtbar.<sup>32</sup> Jedenfalls auf der Ebene des legitimen Zwecks beachtlich sind daneben Erwägungen der Teilhabe von unverschuldet verhinderten Studierenden, etwa infolge von Krankheit, Schwangerschaft oder Mutterschutz bzw. Elternzeit<sup>33</sup> – insoweit kann der oben angestellte Vergleich zur analogen Welt verlassen und die Chancen der digitalen Möglichkeiten in die Abwägung eingestellt werden. Für die Arbeit mit und am Menschen kann dieser Gedanke der nicht fortgesetzten Analogie fortgeführt und ein legitimer Zweck einer Aufnahme durchaus darin erkannt werden, die Übungsfunktion derartiger Lehre mit Blick auf die Lebens- bzw. Gesund-

heitsrisiken in der späteren beruflichen Praxis als neue, digital vermittelte Chance der Lehre anzusehen. Zugunsten einer weiteren Prüfung wird deshalb von der Verfolgbarkeit legitimer Zwecke durch die Aufnahme von Lehrveranstaltungen ausgegangen.

Eine hinreichende Eignung der Aufnahme zur Verfolgung der benannten legitimen Zwecke wird man der Aufnahme einer Lehrveranstaltung nur dann absprechen können, wenn man das Maß an erforderlicher Interaktion als Grundbestandteil wissenschaftlicher Lehre<sup>34</sup> auch in Zeiten wie diesen als unverändert hoch ansähe. Dieser Anspruch wäre für das Sommersemester 2020 angesichts der herrschenden Rahmenbedingungen verfehlt gewesen. Je länger die Hochschulen mit der Corona-Situation umgehen und sich adaptieren können, desto mehr wird dieser Anspruch an Interaktion auch digitaler Lehre – im Sinne einer vollendeten Transformation – gelten. Aus jetziger Sicht, zu Beginn des zweiten „Corona-Semesters“, scheinen gewisse Abstriche von diesem Maßstab allerdings nach wie vor geboten zu sein. Die Eignung der Aufnahme wird deshalb zumindest derzeit nicht bestreitbar sein.

Im Rahmen der Erforderlichkeit der Maßnahme ist zu fragen, welche der möglichen Varianten die Rechte der Betroffenen, ihre Grundrechte aus Art. 7, 8 GrCh, am wenigsten einschränkt, die verfolgten legitimen Zwecke jedoch verwirklichen kann.<sup>35</sup> Hierbei ist insbesondere an Beschränkungen der Verwendung personenbezogener Daten der Studierenden zu denken, da die lehrende Person über die Verwendung ihrer eigenen personenbezogenen Daten im Rahmen ihrer Methodenwahl autonom bestimmen kann. Im Lichte der Verwirklichung von Studien- bzw. Teilhaberechten und -interessen sind deshalb Stufungen vorzunehmen zwischen der Verwendung von studentischen Video- bzw. Bildeinblendungen, Chatfunktionen, Klarnamen oder Pseudonymen und anderen denkbaren Varianten. Zu beachten ist hier für die Teilmenge der sog. biometrischen Daten<sup>36</sup> der Studierenden nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO, dass diese datenschutzrechtlich als besonders sensibel gelten und des-

27 Fehling, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3, Rn. 99.

28 Eine anschauliche Darstellung der verschiedenen Ebenen und Positionen bei VGH Mannheim, Urteil vom 21.11.2017, Az. 9 S 1145/16, Rn. 45 ff. bei juris.

29 BVerfGE 90, 1, 11 ff.

30 Spannagel/Spannagel, Designing In-Class Activities in the Inverted Classroom Model, in: Handke/ Kiesler/ Wiemeyer. The Inverted Classroom Model. 2013. S. 113 ff.

31 van Alten/ Phielix/Janssen/Keßer. Effects of flipping the classroom on learning outcomes and satisfaction: A meta-analysis, Educational Research Review, 2019, passim.

32 Eine Studie der Bertelsmann-Stiftung belegt, dass etwas mehr als die Hälfte der Lehrenden, die Blended Learning-Formate ein-

setzen, das Konzept „Flipped Classroom“ verwenden, s. Schmid/Goertz/Radomski/Thom/Behren, Monitor Digitale Bildung. Die Hochschulen im digitalen Zeitalter, 2017, S. 15.

33 Die Möglichkeiten, auch im Mutterschutz bzw. in Elternzeit, ggf. auf der Grundlage einer Beurlaubung, Prüfungsleistungen absolvieren zu dürfen, wodurch eine Verfolgung von Lehrveranstaltungen auch in diesen Zeiten sinnvoll bzw. erforderlich sein kann, ist – aufbauend auf dem seit 2019 geltenden MuSchG – sehr differenziert unter den Hochschulen geregelt.

34 Fehling (Fn. 27).

35 EuGH, MMR 2009, 175, 177.

36 Gola, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2017, Art. 9 Rn. 12.

halb durch besondere Mechanismen zu schützen sind, insbesondere die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 EU-DSGVO.<sup>37</sup> Speziell diese personenbezogenen Daten sind deshalb besonders sorgfältig zu prüfen, bevor deren flächendeckende Verwendung freigegeben werden kann. Ebenso ist in die Abwägung einzustellen, welchen Grad von Öffentlichkeit die verarbeiteten personenbezogenen Daten erfahren werden, also etwa die Stufen des Internets, des hochschulweiten Intranets oder auch lediglich einer Fakultäts- bzw. Kursöffentlichkeit. Für den Bereich der Arbeit mit und am Menschen sei hier auf den rechtlich ebenfalls besonders sensiblen Bereich der Arbeit mit Patientendaten hingewiesen und eine entsprechende Stufung der Verwendung personenbezogener Patientendaten entsprechend des Ausbildungszwecks angeregt. Welche dieser Stufen im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung beschränkt zu werden hat, richtet sich nach den in den Studienordnungen verankerten Zielen der Lehre. Da diese Regelungen als spezifische Bestimmungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. b) in Verbindung mit Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO zu sehen sind<sup>38</sup> und auch einen genuin wissenschaftsspezifischen Bereich regeln, die nationalen Grundrechte also herangezogen werden dürfen,<sup>39</sup> sind diese Erwägungen als Ausgestaltungen der einzelnen Grundrechtsträger der nationalen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG vollwertig in die Abwägung einstellbar. Teilweise wird gegen die Erforderlichkeit der Aufzeichnung angeführt, der Zweck der Wiederholung sei durch andere Maßnahmen, beispielsweise virtuelle Sprechstunden, ebenso erreichbar.<sup>40</sup> Dieser Ansatz trifft jedoch in Fällen nicht zu, in denen die Adressaten nicht wirkungsvoll über derartige Maßnahmen zu erreichen sind. Zu denken wäre etwa an die Einstellung in einen Pool von Lehrinhalten ohne feste Rezeptionsstrukturen, beispielsweise in großen OER-Netzwerken oder überregionalen Lehrverbänden.

Findet ein Datentransfer in ein Land außerhalb des Geltungsbereichs der EU-DSGVO statt, so sind die zu-

sätzlichen inhaltlichen Vorgaben für eine Datenübermittlung in ein Drittland nach Art. 44 ff. DSGVO zu beachten. Prominente Beispiele sind hierbei sicherlich die Konferenzsoftwares Zoom, Skype oder Microsoft Teams, die von US-amerikanischen Firmen vertrieben werden. Diese Fragestellung hat für das laufende Wintersemester 2020/21 an Bedeutung gewonnen, denn der *EuGH* hat mit Urteil vom 16. Juli 2020<sup>41</sup> die bisher geltende datenschutzrechtliche Legitimation für den transatlantischen Datentransfer zwischen der EU und den USA (sog. Privacy Shield)<sup>42</sup> mangels hinlänglichem Datenschutzniveau in den USA für unwirksam erklärt. Der *EuGH* hat außerdem zur zweiten Säule rechtmäßiger transatlantischer Datenübermittlung, den sog. Standardschutzklauseln,<sup>43</sup> Stellung bezogen: Diese seien nach dem Scheitern von Privacy Shield zwar weiterhin zulässig und denkbar, im Verhältnis zu den USA in der konkreten Fallgestaltung jedoch nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen tragfähig.<sup>44</sup> Damit stehen die deutschen Hochschulen vor einem erheblichen Legitimationsproblem, personenbezogene Daten ihrer Bediensteten bzw. Studierenden in die USA weiterzuleiten oder deren direkte Erhebung in den USA zu verantworten.

Die nach wie vor mögliche und erforderliche Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung nach Art. 28 EU-DSGVO vermag diese Defizite nach aktuellem Stand nicht vollständig zu kompensieren. Sie bezieht sich inhaltlich auf die operative Abwicklung der Datenverarbeitung, lässt die materiell-rechtliche Zulässigkeit des Datentransfers dagegen unberührt. Vor Geltung der EU-DSGVO ging das deutsche Datenschutzrecht zwar von einer Privilegierungswirkung der ADV dergestalt aus, dass eine Einheit von Verantwortlichem und Auftragsdatenverarbeiter angenommen wurde, sodass die Erlaubnis der Verarbeitung beim Verarbeiter direkt genügte, der Transfer zum Auftragsdatenverarbeiter also nicht mehr gesondert legitimationsbedürftig war.<sup>45</sup> Mangels erkennbarer gerichtlicher Klärung unter Geltung der

37 Von dieser kann aber gegebenenfalls abgesehen werden, wenn die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung diese bereits hinreichend enthält, Art. 35 Abs. 10 EU-DSGVO; s. *Jandt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 35, Rn. 22 ff.

38 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 37) Art. 6, Rn. 196 m.w.N. lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

39 In seinen aktuellen Urteilen *Recht auf Vergessen I* (Az. 1 BvR 16/13) und *Recht auf Vergessen II* (1 BvR 276/17) vom 6. November 2019 hat das *BVerfG* seine Linie zur Behandlung nationaler staatlicher Maßnahmen an Hand der Grundrechte der GrCh und des GG, aufbauend auf der Linie seiner *Solange*-Entscheidungen, dahin gehend präzisiert, dass die Ausführung von EU-Recht (hier der EU-DSGVO) zumindest auch dann an den nationalen

Grundrechten zu messen ist, wenn das betreffende EU-Recht den Mitgliedsstaaten einen Gestaltungsspielraum einräumt, wie dies hier über die Öffnungsklauseln nach Art. 85, 89 EU-DSGVO der Fall ist.

40 *Schwartzmann* (Fn. 21).

41 *EuGH*, Urt. v. 16.07.2020, Az. C 311/18 – Schrems II.

42 Beschluss 2016/1250 der Europäischen Kommission zur Übermittlung personenbezogener Daten in die USA.

43 Art. 46 Abs. 2 Nr. c und d EU-DSGVO sieht Standardvertragsklauseln der EU-Kommission (Alt. c) oder nationaler Aufsichtsbehörden, die von der EU-Kommission nach Art. 93 Abs. 2 EU-DSGVO genehmigt wurden, vor.

44 *EuGH*, Fn. 20, 41.

45 *Gola*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, Kommentar, 1. Auflage, 2010, § 11 Rn. 2.

EU-DSGVO ist offen, ob diese Privilegierung noch besteht – bis auf Weiteres ist deshalb von einer rechtlichen Unsicherheit auszugehen.<sup>46</sup>

Sind die Hochschulen durch diese Sach- und Rechtslage gezwungen, auf Angebote aus den USA zu verzichten, bis eine tragfähige Folgeregulierung in Kraft getreten ist? Oder lässt sich möglicherweise doch eine Rechtfertigung für die Verwendung von Zoom & Co. finden? Eine ganze Reihe von Gründen scheinen dies jedenfalls nahezu legen.

Zunächst kann hierbei auch auf das Erfordernis der Aufrechterhaltung funktionsfähiger Hochschulen trotz der Ausnahmesituation Corona zugegriffen werden.<sup>47</sup> Die Pandemie und ihre Folgen sind zwar seit mittlerweile einem guten halben Jahr bekannt. Seriöse Prozesse zum Umstieg ganzer Hochschulen auf flächendeckende online-Lehre benötigen jedoch erheblich mehr Zeit. Das parallele Argument lässt sich finden für Hochschulen, die den Datentransfer in die USA praktiziert und sich hierbei auf Privacy Shield berufen haben<sup>48</sup> – auch diesen Hochschulen ist ein rechtlich gesicherter und technisch-inhaltlich reibungsloser Umstieg in den wenigen Monaten vom Urteil des *EuGH* bis zum Beginn des Wintersemester 2020/21 schlicht nicht möglich gewesen. Einer sehr schnell beschaffbaren, im Grundbetrieb und damit trotz geringeren performativen Potenzials sicheren EU-DSGVO-kompatiblen Software an sich könnte daneben entgegenstehen, dass die Lehrenden für den Umgang mit einer neuen Software flächendeckend und hinreichend geschult werden müssen, um qualitativ hinreichende wissenschaftliche Lehre anbieten zu müssen. Neben einer schnellen und sicheren Durchdringung der neuen Materie durch das technische Personal der Hochschule könnte in Zeiten mobiler Arbeit eine hinreichend breite und gründliche Einweisung des Lehrpersonals einer solche Maßnahme (vorübergehend) entgegenstehen. Könnte für diesen Kontext nicht der allgemeine Rechtsgrundsatz herangezogen werden, dass Unmögliches rechtlich nicht gefordert werden darf?<sup>49</sup>

Darüber hinaus wird auch teleologisch damit argumentiert, ein Vergleich der US-amerikanischen Software (z. B. Zoom) mit in der EU hergestellten Produkten weise ein vergleichbares Produktivrisiko auf, wobei dem sicherlich entgegengehalten werden könnte, dass das hauptsächlichliche Datenschutzrisiko in der Zugriffsmöglichkeit von US-Behörden infolge des Cloud Act<sup>50</sup> und nicht durch technische Unzulänglichkeiten besteht.<sup>51</sup> Aus dem gleichen Grund genügt es auch nicht, dass die US-amerikanischen Anbieter den Vertrieb an Abnehmer in der EU über in der EU ansässige Zweigstellen<sup>52</sup> abwickeln. Denn hier wäre zwar nach Art. 3 EU-DSGVO der europäische Datenschutz auch bei einem Transfer in die USA anwendbar, was den Cloud Act mit den entsprechenden Befugnissen der US-Behörden jedoch nicht berührt.<sup>53</sup>

Ein weiteres Argument für eine zumindest vorübergehende Verwendung von US-amerikanischen Systemen könnte sein, dass die derart konsequente Ablehnung datenschutzrechtlicher Möglichkeiten durch den *EuGH* so nicht absehbar war. Denn der Generalanwalt beim *EuGH* hatte in seinem Gutachten zum Fall zwar Privacy Shield ebenfalls kritisch gewürdigt, einen Transfer über die Standardvertragsklauseln dagegen nach wie vor als zulässig bewertet.<sup>54</sup> Berücksichtigt man den Erfahrungswert, dass der *EuGH* oft dem Gutachten des zugewiesenen Generalanwalts folgt,<sup>55</sup> so bestärkt dieser Erfahrungssatz in der konkreten Anwendung für die deutschen Hochschulen neben dem Eileffekt, der durch das Urteil ohnehin eingetreten war, auch den Überraschungseffekt.

Dieser Überraschungseffekt wirkt sich vergaberechtlich dagegen tendenziell privilegierend aus. Denn die Tatsache, erst im Juli 2020 vom Erfordernis einer EU-DSGVO-kompatiblen Software erfahren zu können, die mit Wirkung zum Oktober 2020 funktionsfähig sein soll, erlaubt keine langen Vergabeverfahren. Mit dem Plädoyer des Generalanwalts vor dem *EuGH* und der davon abweichenden Entscheidung des Gerichtshofs rückt der Fall argumentativ auch stärker in die Nähe einer „unver-

46 Für einen Wegfall der Privilegierungswirkung *Roßnagel/Kroschmann*, ZD 2014, 495 ff.; dagegen *Koos/Englisch*, ZD 2014, 276 ff.

47 Zu den Implikationen mit Bezug auf den Standard der Wissenschaftlichkeit der Hochschullehre s. oben, Fn. 27; zum freien Datenverkehr als eigenständigem Ziel der EU-DSGVO und dessen Besonderheiten *Fehling* (Fn. 22), S. 143.

48 Exemplarisch die Universität Kiel, abrufbar unter [Informationen zu Datenschutz und Sicherheit — Rechenzentrum \(uni-kiel.de\)](https://www.uni-kiel.de/informationen-zu-datenschutz-und-sicherheit).

49 Ausführlich zum bereits im Römischen Recht entwickelten „nulla obligatio – Grundsatz“ *Seong*, Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Diss., Frankfurt, 2004.

50 Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act des US-Kongresses vom 22. März 2018, s. *Cording/Götzinger*, CR 2018, 636 ff.

51 *Schwartmann* (Fn. 21).

52 Auf eine eigenständige Rechtspersönlichkeit, etwa als eigenständige Tochtergesellschaft innerhalb einer Konzernstruktur, kommt es nicht an, s. *Zerdick*, in: *Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 3, Rn. 8.

53 *Berengaut/Lensdorf*, CR-Beilage 2019, 111 ff.

54 <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenschutz-facebook-schrems-privacy-shield-1.4730186>.

55 Zur Bedeutung der Schlussanträge der Generalanwälte beim *EuGH* für Findung und Darstellung der Entscheidung *Oppermann/Claasen/Nettesheim*, *Europarecht*, 8. Auflage, 2018, § 5 Rn. 143; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/ AEUV*, Kommentar, 5. Auflage, 2016, Art. 252 AEUV, Rn. 3

schuldeten“ Dringlichkeit, die für eine privilegierte Beschaffung erforderlich ist.<sup>56</sup> Dieser zeitnahen Beschaffung standen, nicht nur angesichts der Urlaubszeit im relevanten Zeitraum, jedoch organisatorische Erfordernisse der technisch sicheren Implementierung, vor allem aber der Einführung und Schulung der bearbeitenden Personen in so gravierendem Maße entgegen, dass auch die privilegierte Beschaffung der Software den Bereich der faktischen Unmöglichkeit einer Umstellung nicht verlassen ließ.

Letztlich ist aber auch diese Abwägung in erster Linie zu messen an den individuellen Gegebenheiten jeder Hochschule, insbesondere der Frage, ob und ggf. inwieweit die Etablierung vom Umstieg auf eine Struktur der online-Lehre, die EU-DSGVO-kompatibel ist, möglich und zumutbar ist. Für diese Abwägung kann dabei die Entscheidung für oder gegen eine Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen, mit erheblicher Wirkung für die performative Beanspruchung des Systems, relevant sein.

Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, sich gegen datenschutzrechtliche Angriffe effektiv wehren zu können, zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum. Belastbare Entscheidungen hierzu werden abzuwarten bleiben. Die Hochschulen scheinen darüber hinaus gut beraten, diese Materie nicht aus den Augen zu verlieren und an dieser Frage zu arbeiten sowie den Prozessfortschritt zu dokumentieren. Flankierend könnten die politischen Interessenvertretungsstrukturen des deutschen Hochschulsystems auf die Brisanz der derzeitigen Rechtslage hinweisen und neue Lösungen für eine Legitimierung des wichtigen Datenaustauschs zwischen den USA und der EU fördern.

## 2. Vorüberlegungen für Lehrende

Zu den Vorüberlegungen, die sich Lehrende vor Beginn einer online-Lehrveranstaltung machen sollten, zählen die inhaltliche bzw. didaktische Gestaltung (a.), die Verwendung von Materialien im Wege von open access (b.),

die Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems (c.) und die rechtliche Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch (d.).

### a. Überlegungen zur inhaltlichen bzw. didaktischen Gestaltung

Inhaltliche bzw. didaktische Planungen und Gestaltungen sind kein neues Thema, sondern aus der bisherigen Abwicklung der Hochschullehre bekannt. Neu ist dagegen die Anforderung an viele Lehrende, innerhalb kurzer Zeit eine Umstellung vieler Lehrveranstaltungen und Lehrmaterialien auf die online-Variante zu bewerkstelligen. In inhaltlicher Hinsicht ist dabei maßgeblich, das erforderliche Niveau an Wissenschaftlichkeit der Lehre sicherzustellen.<sup>57</sup> Didaktisch gilt es, die neuen Herausforderungen der online-Vermittlung zu meistern.

Prägende Merkmale für die didaktische Annäherung an die online-Lehre können dabei die räumlichen und zeitlichen Verschiebungen im Vergleich zur Präsenzlehre sein. Der räumlichen Verlagerung curricularer Kommunikation und Interaktion entsprechen dabei digitale Tools wie Chats oder Umfragen. Der Möglichkeit in zeitlicher Hinsicht, Lehre in vor- bzw. nachbereitende Zeiträume zu verlagern, kommt beispielsweise der Ansatz des „Flipped Classroom“-Konzepts entgegen. Denn hiermit können Elemente zur Vorbereitung, die asynchron bearbeitet werden, mit der Abbildung der Präsenzphasen im digitalen Raum miteinander verknüpft werden. Für die Zeit nach der Lehrveranstaltung bzw. für Zeiten zwischen Lehrveranstaltungen bieten sich E-Learning-Plattformen<sup>58</sup> an. Hier könnten wesentliche didaktische Erwägungen, die sich gerade durch den Umstieg auf digitale Formate ergeben, eingebaut werden.<sup>59</sup>

In inhaltliche und methodische bzw. didaktische Überlegungen einbezogen werden können dabei auch urheberrechtliche Fragestellungen. Denn es ist anerkannt, dass Urheberrechte an Arbeitsergebnissen, die auf freier wissenschaftlicher Tätigkeit beruhen, nicht nach

56 Vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO.

57 Fehling (Fn. 22).

58 Schneider/ Preckel, Variables Associated With Achievement in Higher Education: A Systematic Review of Meta-Analyses, *Psychological Bulletin*, 2017, S. 8 weisen einen Cohens d-Wert für das Feedback von 0,47 aus, was auf einen mittleren Effekt

schließen lässt.

59 Ein effektives Mittel zur Auflockerung von Lehrinhalten können dabei auch sog. lecture pranks sein, also Videosequenzen, in denen Lehrveranstaltungen mit überraschenden, humorvollen Elementen überzogen werden, z.B. das Erscheinen von Zorro oder Superman im Hörsaal.

§ 43 UrhG auf den Dienstherrn übergehen, sondern bei den Urhebern verbleiben.<sup>60</sup> Soweit eine lehrende Person also wissenschaftlich tätig ist und dabei keinem inhaltlichen Weisungsrecht unterliegt, bleiben die Urheberrechte daran dieser Person zugewiesen. Für Lehrmaterialien von Hochschullehrern ist dies deshalb immer der Fall, für wissenschaftliche Mitarbeitende im Rahmen ihrer freien Anteile im Arbeitsvertrag, nicht dagegen für Inhalte, die durch nichtwissenschaftliches Personal erstellt wurden.<sup>61</sup> Sollte eine gemeinsame Erstellung von Inhalten von weisungsfreiem und weisungsgebundenem Personal geben, so ergeben sich Abgrenzungsfragen im Einzelfall.

Schließlich können auch datenschutzrechtliche Erwägungen die inhaltlichen bzw. methodisch-didaktischen Gestaltungen beeinflussen. Dies betrifft beispielsweise die Konstellation, dass die lehrende Person den reinen Lernfortschritt der Studierenden IT-basiert messen und zu diesem Zweck massenweise Bearbeitungen der Studierenden speichern möchte, z.B. in Form von interaktiven Quiz-Aufgaben in Lernplattformen oder eingereichten Aufgaben inklusive dem entsprechenden Feedback. Diese Speicherungen werden in aller Regel Verarbeitungen personenbezogener Daten sein, da die lehrende Person sie ja den betreffenden Studierenden zuordnen können muss. Datenschutzrechtlich sind diese Speicherungen nach verbreiteter Auffassung bedenklich, weil ihre Erforderlichkeit für Zwecke der ordnungsgemäßen Ausübung der Hochschullehre im Zweifel steht.<sup>62</sup> Eine andere Bewertung ließe sich dagegen dann rechtfertigen, wenn der reine Lernerfolg durch didaktische Überlegungen Relevanz für die Prüfung bekommen würde, z. B. als Prüfungsvorleistung, Teilprüfungsleistung oder auch als Studienleistung<sup>63</sup>, zum Beispiel in Form von E-Portfolios<sup>64</sup>. Diese Erkenntnis hat nicht nur Auswirkungen auf die (Um-)Gestaltung dieser Module durch Fakultät bzw. Fachbereich, sondern auch für den methodischen Aufbau und die inhaltliche Planung der

Abfolge durch die lehrende Person im konkreten Einzelfall.

#### b. Verwendung von open access Inhalten

Die digitale Verwendung von Lehrinhalten bringt ein erhöhtes Potenzial ihrer Verbreitung und damit auch erhöhte rechtliche Risiken mit sich. Ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk durch eine Sicherungspanne im Internet einsehbar, so bedeutet dies weltweiten Zugriff.<sup>65</sup> Es kann deshalb allein aus rechtlichen Gründen sinnvoll sein, auf Inhalte zurückzugreifen, die rechtlich ganz oder weitgehend freigegeben sind. Zudem bilden die im Rahmen der open access Bewegung mittlerweile entstandenen Werksammlungen auch eine große Chance für inhaltliche oder visuelle Anregungen, Ergänzungen oder Bereicherungen der eigenen Gedanken und Strukturen.

Open access (dt. freier Zugang) bedeutet den unbeschränkten und kostenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.<sup>66</sup> Hinsichtlich der Unbeschränktheit könnte schnell das Missverständnis aufkommen, dass dies tatsächlich automatisch die Befreiung von sämtlichen Rechten dritter Personen bedeuten könnte. Dem ist jedoch nicht so. Die weitgehende Rechtsfreiheit der open access Bewegung bezieht sich stattdessen hauptsächlich auf das Urheberrecht.<sup>67</sup> Andere relevante Rechtsgebiete, beispielsweise das Bildnisschutzrecht nach dem KUG oder das Datenschutzrecht, bleiben davon unberührt und sind nach wie vor vollständig zu beachten.<sup>68</sup> Speziell mit Blick auf Materialien in der Hochschullehre spricht man häufig auch von open educational resources (OER).<sup>69</sup>

Hauptanwendungsfall für eine urheberrechtlich weitgehend befreite Be- und Verarbeitungsmöglichkeit von fremden Inhalten im Rahmen von OER sind die Creative Commons Lizenzen.<sup>70</sup> Die Creative Commons Bewegung hat eine Serie von Lizenzformen hervorgebracht, die eine Verwendung der lizenzierten Inhalte mit mehr oder weniger großen rechtlichen Beschränkungen be-

60 Götting/Leuze, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht – Ein Handbuch für die Praxis, 3. Auflage, 2017, § 13, Rn. 124 ff.; s. bereits Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst und in den Hochschulen, 1998, S. 113 ff.

61 Leuze (Fn. 60), S. 124 ff.

62 Schwartmann (Fn. 21).

63 Sandberger (Fn. 1), S. 167.

64 van den Berk/Tan, ePortfolio-Prüfung, 2018, abrufbar unter: [https://www.researchgate.net/publication/322519665\\_E-Portfolio-Prüfung](https://www.researchgate.net/publication/322519665_E-Portfolio-Prüfung).

65 Sosnitzer, Rechtswissenschaft 2010, 225 ff.

66 Für den Wissenschaftsbereich einführend Eisentraut (Fn. 3), S.

179 f.; Zu gesetzlichen Regelungen im Rahmen eines Zweitverwertungsrechts von Forschungsergebnissen Haug, OdW 2019, 89 ff.

67 Vgl. Informationsplattform Open Access: Rechtsfragen in Deutschland ([open-access.net](http://open-access.net)).

68 Exemplarisch hierzu Lizenzbestimmungen für die sehr liberale Creative Commons Lizenz CC BY: [Creative Commons — Namensnennung 2.0 Deutschland — CC BY 2.0 DE](https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/de/).

69 Kreutzer/Hirche, Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre, 2017, S. 25 ff.; Eisentraut (Fn. 3), S. 179 m.w.N.

70 Grundlegend Krujatz, Open Access, Diss. 2012, Tübingen, S. 125 ff.



deuten. In der am stärksten urheberrechtlich befreiten Lizenz namens CC BY hat die verwendende Person nur noch den Namen des Urhebers zu nennen, ansonsten sind alle Nutzungsmöglichkeiten erlaubt, also z. B. die Bearbeitung, die Verbreitung oder die Verwendung zu eigenen kommerziellen Zwecken. In derjenigen Variante mit den stärksten rechtlichen Vorbehalten darf der verwendete fremde Inhalt weder kommerziell genutzt noch bearbeitet werden, zudem ist auch hier der Name des Urhebers zu nennen, sog. Lizenz CC BY-NC-ND. Vereinzelt findet sich dagegen auch die sog. Creative Commons Zero (CCO) Lizenz, in der alle urheberrechtlichen Beschränkungen aufgehoben sind. Hinsichtlich anderer Rechte gilt hierzu jedoch der soeben gezeigte Hinweis.

Die Verwendung von OER-Materialien und speziell Creative Commons Lizenzen bringt eine Reihe von Chancen und Potenzialen hervor, können fremde Inhalte doch vermeintlich schnell und rechtssicher in die eigenen Unterlagen eingepflegt werden. Dennoch bergen auch die CC-Lizenzen und andere OER-Materialien eine Reihe von rechtlichen Herausforderungen. So kann die Frage des zutreffenden Klägers, die Erfüllung der Lizenzbedingungen oder auch die Schadensberechnung im Falle einer Pflichtverletzung Gegenstand diffiziler Streitfragen sein.<sup>71</sup> Nicht umsonst ist der Leitspruch der Creative Commons Bewegung auch „some rights reserved“ (dt. einige Rechte vorbehalten).<sup>72</sup>

Die Hochschulen sollten deshalb überlegen und ggf. regulieren, ob sie für die Verwendung von fremden OER-Materialien grundlegende Kontrollstrukturen wie z. B. Informationspflichten etablieren oder sogar die Verwendung aller oder einzelner Lehrmaterialien von einer fachlichen Freigabe abhängig machen wollen.

#### c. Information der Studierenden über die Funktionsweise des Systems

Soweit nicht die Hochschule als Institution die datenschutzrechtliche Information über die verwendeten Softwaresysteme der online-Lehre vornimmt, könnte sich eine individuelle Information, vermittelt und verantwortet durch die lehrende Person, anbieten. Auch hierzu sind mehrere Varianten denkbar, beispielsweise eine automatische, auf das betreffende System individualisierte Information zu Beginn jedes Semesters oder auch eine IT-basierte oder mündliche Information durch die lehrende Person zu Beginn der Veranstaltungsreihe. Um die erforderlichen Nachweise der Information

sicherzustellen, könnte sich ein individueller Aufruf, verbunden mit einer per opt-in betätigten Kenntnisnahme durch die Studierenden und die interne Speicherung dieser Aktionen, als effektives Mittel anbieten.

#### d. Sicherung der Lehrmaterialien gegen Missbrauch

Zu einer abgerundeten Planung der Verwendung von Lehrmaterialien gehört auch, diese bestmöglich gegen Missbrauch zu schützen. Typischer Fall ist dabei das Informationsleck infolge einer unverschuldeten technischen Panne und das daraufhin erfolgende Hinausschwemmen der Inhalte ins Internet, wo sie dann unkontrollierbar verwendet werden können. Denkbar sind in Ausnahmefällen jedoch leider auch unbefugte Nutzungshandlungen durch die Adressaten der Lehrveranstaltung.

Auf die technischen Dimensionen der Datensicherung durch Strukturen der globalen Hochschularchitektur hat die einzelne lehrende Person in aller Regel keinen Einfluss. Jedoch ist zu überlegen, ob sich die Lehrmaterialien effektiv und elegant durch einen prägnanten Vermerk zur rechtlichen Zugehörigkeit in hohem Maße sichern lassen.<sup>73</sup> Wegen der bereits behandelten Problematik, wem die Rechte an den Lehrmaterialien zugewiesen sind,<sup>74</sup> kann sich dabei durchaus die Frage stellen, ob der „copyright-Vermerk“ als Rechtsträger die lehrende Person oder nicht lieber doch die Hochschule beinhalten sollte. Dies soll der Gestaltung der Hochschule im Ergebnis überlassen bleiben, zumal in vielen Fällen die Lehrmaterialien komplett von der lehrenden Person erstellt und deshalb dieser rechtlich zugewiesen sein werden. Aus Sicht eines Verwenders ist dagegen möglicherweise die Sichtweise interessanter, wer im Falle einer Rechtsverletzung als haftende Person in Frage kommt. Weil die Durchführung von Hochschullehre eine dienstliche Tätigkeit, damit eine Amtshandlung im Sinne des Staatshaftungsrechts ist, haftet bei Verletzungen im Außenverhältnis zur anspruchsführenden Person zunächst die Hochschule als Dienstherr nach den Grundsätzen der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Außerdem zählt es zu den dienstlichen Pflichten wissenschaftlichen Personals, Recht und Gesetz einzuhalten,<sup>75</sup> so dass im Falle bekannt werdender Rechtsverletzungen auch der jeweilige Dienstvorgesetzte auf Abhilfe drängen darf. Insgesamt sprechen deshalb gute Gründe dafür, in diesem Kontext eher eine rechtliche Zugehörigkeit der Hochschule in den Vermerk einzuflechten.

71 OLG Köln, Urteil vom 31.10.2014, Az. 6 U 60/14; ausführlich Rauer/Ettig, WRP 2015, 94 ff.

72 [Some Rights Reserved Archives - Creative Commons](#).

73 Die Ernst-Abbe-Hochschule Jena bietet ihren Lehrenden einen

solchen Vermerk an.

74 Leuze (Fn. 60, 61).

75 § 36 Abs. 1 BeamtStG.

### 3. Fehlverhalten der Studierenden

Das Mitgliedschaftsverhältnis der Studierenden zur Hochschule ist weniger intensiv ausgestaltet als ein Beschäftigungsverhältnis. Die verbindlichen Rechtsverhältnisse sind deshalb wenig allgemein und abstrakt, sondern verstärkt an einzelne Regelungsbereiche angebunden. Hauptanwendungsfall hierfür ist die Prüfung. Aber auch außerhalb dieser sind konkrete Verhaltenspflichten und zugehörige Sanktionen denkbar. Für die Lehre sind dies zum Einen der rechtliche Rahmen des staatlichen Zivil- bzw. Strafrechts (a.), sowie spezielle hochschulrechtliche Mechanismen in Anlehnung an das Ordnungsrecht (b.).

#### a. Staatliches Recht

So kann bereits die Aufnahme einer Lehrveranstaltung auf einem dauerhaften Datenträger, beispielsweise einem *Smartphone*, strafbar sein. Denn § 201 Abs.1 Nr. 1 StGB verbietet die Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes. Soweit eine online-Lehrveranstaltung nicht einer breiten und unbestimmbaren Öffentlichkeit zugänglich ist, wie dies etwa bei den sog. MOOCs<sup>76</sup> der Fall ist, sollte der Teilnehmerkreis einer Lehrveranstaltung hinreichend nichtöffentlich sein.<sup>77</sup> Problematisch ist das Merkmal „unbefugt“, das nicht Bestandteil des Tatbestands der Norm, sondern ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Handelns ist.<sup>78</sup> Die Unbefugtheit des Handelns kann deshalb durch eine rechtfertigende Einwilligung<sup>79</sup> oder andere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Hierbei stellen sich interessante Abgrenzungsfragen. Ist nämlich nur die lehrende Person zu hören, so kommt es ausschließlich auf ihren Willen an. Werden dagegen auch Redebeiträge anderer Studierender mit aufgefangen, so sind alle ihre Einwilligungen erforderlich. Außerdem ist offen, wie sich die lehrende Person zu einer Aufnahme positioniert, ob dies also als sinnvolle Bereicherung je nach Lerntyp oder als übergreifige Ambush-Aktion gesehen wird. Aus der Einwilligung der lehrenden Person in die Aufzeichnung der Veranstaltung, die aus ihrem Verhalten folgt,<sup>80</sup> kann insofern nicht ohne Weiteres auch auf die Einwilligung zur Speicherung durch Studierende ausgegangen werden. In jedem Fall ist es ratsam, diese Konstellation vor Beginn

einer Lehrveranstaltungsreihe belastbar zu besprechen und möglicherweise zusätzlich auch schriftlich für diejenigen Studierenden vorzuhalten, die bei der Besprechung nicht anwesend waren.<sup>81</sup>

Etwas eindeutiger ist die Rechtslage dann bei § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der das Zur-Verfügung-Stellen dieser Materialien unter Strafe stellt. Hauptanwendungsfall dessen ist sicherlich der Upload auf öffentlich zugänglichen Plattformen. Dass dies vom Willen aller hörbaren Personen gedeckt bzw. sonst gerechtfertigt werden kann, dürfte sich auf Ausnahmesituationen beschränken.

Die Gelegenheit für eine strategische Überlegung der Hochschule bietet in diesem Zusammenhang noch, dass Straftaten nach § 201 Abs. 1 StGB nur auf Strafantrag verfolgt werden, § 205 StGB. Die Hochschule hat in diesem Zusammenhang das Recht und gleichzeitig auch die Verantwortung, sich mit dem Zusammenspiel von Strafrecht und Hochschulrecht mit Blick auf die Gegebenheiten vor Ort zu befassen. Dabei könnte das Interesse an einer Durchsetzungsfähigkeit angesichts des eher lockeren rechtlichen Bandes der Hochschulmitgliedschaft für eine stärkere Strafverfolgung ebenso eine Rolle spielen wie der Kontrollverlust durch das staatliche Strafverfolgungsmonopol dagegen. Hochschulen in Bundesländern, denen ordnungsrechtliche Regelungssysteme wie das Ordnungsverfahren<sup>82</sup> zur Seite stehen, könnten dieses Element in ihre Abwägung ebenfalls einfließen lassen.

Parallel zum Schutz persönlicher Rechtsgüter wird auch das Urheberrecht als geistiges Eigentum geschützt. Denn § 106 UrhG stellt mit der Vervielfältigung ebenfalls bereits die Aufnahme sowie mit der öffentlichen Wiedergabe das Hochladen auf öffentlich zugängliche Plattformen ebenso unter Strafe wie § 201 StGB, solange die Lehrmaterialien urheberrechtlich geschützt sind und keine Einwilligung aller Beteiligten vorliegt. Die inhaltliche Strafbarkeit ist deshalb weitgehend parallel zu § 201 StGB. Anders als dort unterliegt eine Verfolgung von Taten nach § 106 UrhG aber nicht der ausschließlichen Dispositionsbefugnis der Hochschulen, denn nach § 109 UrhG kann die Staatsanwaltschaft bei besonderem öffentlichen Interesse die Strafverfolgung auch von Amts wegen einleiten. Soweit jedoch keine Präzedenz- oder

76 Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), 2020; Besprechung bei Golla, OdW 2020, 209 ff.

77 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 30. Auflage, 2018, § 201, Rn. 7 f.

78 Heuchemer/Paul, JA 2004, Heft 4, 1, 4.

79 Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 77), § 201, Rn. 29 ff.

80 S. oben, Nr. II 1 b.

81 Dies bietet sich unabhängig von bestehenden Teilhaberechten der unverschuldet abwesenden Studierenden, s. oben, Fn. 33, aus Gründen effektiver Verfahrensgestaltung an.

82 § 76 ThürHG.

sonstigen gravierenden Fälle vorliegen, sollten die soeben genannten Erwägungen gleichermaßen gelten können.

Daneben können diejenige Person, welche die Verletzungshandlung zu verantworten hat, auch zivilrechtliche Ansprüche treffen, z. B. Unterlassungsansprüche hinsichtlich des Urheberrechts aus § 97 UrhG,<sup>83</sup> bezüglich anderer Aspekte, etwa des Bildnisschutzrechts aus §§ 823 in Verbindung mit 1004 BGB,<sup>84</sup> oder Schadensersatzansprüche aus § 98 UrhG für Urheberrechtsverletzungen oder aus §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 201 StGB.<sup>85</sup> Spannende Konstellationen ergeben sich hierbei dann, wenn die widerrechtlich verwendeten Inhalte zumindest auch der lehrenden Person zugewiesen sind und diese deshalb mindestens teilweise selbst berechtigt ist, Ansprüche geltend zu machen, sog. Aktivlegitimation. Hier könnte die Hochschule ein Interesse daran haben, das Verfahren selbst zu führen. Im Falle einer ausschließlichen Rechtsinhaberschaft der lehrenden Person kommt dabei die Abtretung der Forderung gegen den Verletzer von Seiten der lehrenden Person auf die Hochschule nach § 398 BGB in Betracht. Befinden sich beide in einer Rechtsgemeinschaft bezüglich der Lehrinhalte, so sollte eine Streitgenossenschaft nach § 59 ZPO im Prozess eine taugliche Alternative zur alleinigen Prozessführung der Hochschule nach Abtretung sein.

#### b. Hochschulrecht

Den Hochschulen steht entweder auf der Grundlage eigener Regelungen, etwa einer Hausordnung, oder kraft funktionalen Annexes der Selbstverwaltungstätigkeit das Hausrecht zur Seite. Dieses berechtigt den Inhaber, die Benutzung der der Hochschule zugewiesenen Liegenschaften unter bestimmte Bedingungen zu stellen bzw. die Nutzung zu untersagen.

Vor allem für die derzeit so stark frequentierten online-Aktionswelten ist das Hausrecht insbesondere in seiner Ausgestaltung als virtuelles Hausrecht<sup>86</sup> interessant. So kann auch der virtuelle Kommunikations- und Interaktionsraum unter Spielregeln gestellt und die Teilnahme daran von deren Einhaltung abhängig gemacht werden. Da das klassische Hausrecht physisch wirkt und möglicherweise nicht alle hausrechtsbezogenen Regelungen die virtuelle Dimension bereits enthalten, empfiehlt sich eine konkrete Ausgestaltung in einer Regelung. Soweit das reguläre Hochschulrecht oder auch das

spezielle Corona-Recht für derartige Regelungen eine Rechtsgrundlage bieten, kann diese Fixierung darauf gestützt werden.

In einigen Bundesländern besteht darüber hinaus auch die Möglichkeit, gegen Studierende nach Durchführung eines Ordnungsverfahrens bestimmte Ordnungsmaßnahmen zu verhängen.<sup>87</sup> Durch die Verbindung nichtakademischen Fehlverhaltens mit akademischen Sanktionen trägt dieses Ordnungsverfahren damit zumindest in Ansätzen ordnungsrechtliche Züge. Diese Sanktionsmöglichkeiten stehen damit gewissermaßen zwischen dem eng begrenzten prüfungsrechtlichen Regelungssystem und dem allgemein geltenden staatlichen Recht. Zum Schutz der Studierenden sind diese Ordnungsverfahren sehr formal ausgestaltet.

### III. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Die Beschaffung von Konferenzsystemen für online-Lehre ist mittlerweile wohl im regulären Vergabeverfahren für gewerbliche Lieferungen und sonstige Leistungen zu tätigen. Unmittelbar nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie im März 2020 sowie möglicherweise auch mit Blick auf die wenig vorhersehbare Entscheidung des *EuGH* über die Unwirksamkeit von Privacy Shield war dagegen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine privilegierte Beschaffung wegen unverschuldeter Dringlichkeit möglich (oben, Nr. II 1 a).

2. Für die Frage der Zulässigkeit einer Speicherung personenbezogener Daten von Studierenden im Rahmen der online-Lehre im Wege der Aufzeichnung von Lehrveranstaltungen ist die rechtliche Gemengelage zwischen der Verantwortung der Hochschule für qualitativ hinreichend wissenschaftliche Lehre, der Lehrfreiheit der lehrenden Person unter Einschluss didaktischer Elemente und der Verwirklichung der Studierfreiheit der Studierenden maßgeblich. Die konkrete Abwägung hängt von vielen verschiedenen Faktoren, etwa der Art, Anzahl und Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Daten, dem speziellen Verwendungszweck oder dem Grad der vermittelten Öffentlichkeit, ab. Online-Lehre kann jedoch mehr sein als die virtuelle Abbildung von analog verwendeten Strukturen, angereichert um neue didaktische Elemente. Online-Lehre vermittelt die

83 *BGH*, Urteil vom 24.09.2014, Az. I ZR 35/11.

84 *BAG*, Urteil vom 11.12.2014, Az. 8 AZR 1010/13.

85 *OLG Köln*, Urteil vom 18.07.2019, Az. 15 W 21/19.

86 *LG Bremen*, Urteil vom 20.06.2019, Az. 7 O 1618/18 m.w.N.

87 § 15 BbgHG, § 51 a HG NRW, § 76 ThürHG.

Chance, unverschuldet abwesende Personengruppen wirksam teilhaben zu lassen. Nicht nur online-Lehre an sich, sondern auch die Abbildung gespeicherter Inhalte im Wege der Aufnahme erhält dadurch einen neuen Charakter und Zweck sowie eine andere Wertigkeit im Gefüge der bestehenden Interessen und Rechte (oben, Nr. II 1 b).

3. Mit guten Gründen lassen sich Produkte von außerhalb der EU auch nach der Kassierung von Privacy Shield durch den *EuGH* im Juli 2020 zumindest noch für eine gewisse Zeit aufrechterhalten. Zu diesen Gründen zählen etwa das Erfordernis, einen funktionsfähigen Wissenschaftsbetrieb aufrechtzuerhalten, die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung in dieser Konsequenz oder die latent vorhandene Privilegierungswirkung einer Vereinbarung über Auftragsdatenverarbeitung (oben, Nr. II 1 b).

4. Online-Lehre bedeutet die Chance und die Verantwortung, die sich verschiebenden räumlichen, zeitlichen und inhaltlichen Gegebenheiten anzunehmen und sie zu neuen inhaltlich-didaktischen Einheiten zu formen. Dabei stehen bereits viele verschiedene Elemente zur Verfügung. Rechtliche Aspekte, etwa die urheberrechtliche Zuweisung von Arbeitsinhalten oder die datenschutzrechtliche Bedenklichkeit der Messung reinen Lernfortschritts ohne Bewertungsbezug, sind hierbei einzuflechten (oben, Nr. II 2 a).

5. Die Möglichkeiten der open access-Bewegung sind groß und sind Teil des Selbstverständnisses des wissenschaftlichen Systems. Da die Begriffe „open“ access oder Creative „Commons“ komplette Rechtfreiheit suggerieren, in der Praxis aber selten mit einer faktischen Rechtfreiheit in diesem Ausmaß verbunden sind, bietet es sich für die Hochschulen an, Informations- und ggf. Prüfprozesse einzurichten bzw. auszubauen, um Rechtsverletzungen und daraus entstehende Vermögens- und Reputationsschäden zu vermeiden (oben, Nr. II 2 b).

6. Art. 5 Abs. 2 EU-DSGVO sieht nicht nur eine Information der Studierenden über ihre verarbeiteten personenbezogenen Daten, sondern auch deren Dokumentation, also Nachweisführung, vor. Dies kann je nach konkreten Gegebenheiten allgemein oder auch spezifisch für jedes verwendete System erfolgen (oben, Nr. II 2 c).

7. Arbeitsinhalte von weisungsfrei handelndem wissenschaftlichen Personal bleiben diesen Personen recht-

lich zugewiesen. Im Falle einer Rechtsverletzung im Rahmen von deren Tätigkeit wird wegen der Solvenz des Dienstherrn und dessen staatshaftungsrechtlicher Verantwortlichkeit in aller Regel der Dienstherr Gegner von Ansprüchen sein. Kennzeichnungen von Lehrmaterialien könnten deshalb sinnvollerweise nicht die wissenschaftlich tätige Person, sondern die Hochschule als Rechteinhaber ausweisen (oben, Nr. II 2 d).

8. Studierende, die Lehrmaterialien ohne Erlaubnis aufzeichnen bzw. insbesondere weiterverbreiten, begeben sich in die Gefahr einer zivil- bzw. strafrechtlichen Erfassung. Für die Hochschulen ergeben sich dabei strategische Möglichkeiten. So kann durch die Stellung eines Strafantrages die Ahndungsmöglichkeit von Verhalten innerhalb des ansonsten rechtlich eher wenig verflochtenen Mitgliedschaftsverhältnisses erhöht werden. Im Verhältnis zur lehrenden Person, deren Rechte ganz oder teilweise verletzt wurden, bieten sich die Forderungsabtretung oder die Streitgenossenschaft als forensische Gestaltungsmittel an (oben, Nr. II 3 a).

9. Der im Rahmen der online-Lehre betretene virtuelle Raum setzt virtuelle Steuerungsbefugnisse voraus, die über ein virtuelles Hausrecht zu verwirklichen sind, etwa bei Störungen von Lehrveranstaltungen. In Ländern, in denen über ein Ordnungsverfahren die Möglichkeit der Verhängung curricularer Sanktionen bei nicht notwendig curricular angebundener ordnungswidrigem Verhalten von Studierenden möglich ist, erhält die strategische Ausrichtung zwischen Ordnung und Mitgliedschaft, die sonst über Elemente wie Strafanträge oder eidesstattliche Erklärungen zu lösen sind, eine weitere Facette (oben, Nr. II 3 b).

Prof. Dr. rer. nat. Barbara Wiecek ist Vizepräsidentin der Ernst-Abbe-Hochschule Jena für Studium, Lehre und Weiterbildung und Leiterin des Teilprojekts „Hochschuldidaktik“ an der Hochschule. Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar der Ernst-Abbe-Hochschule sowie Referent und Fachautor im Hochschulstudien- bzw. -prüfungsrecht. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autorin und des Autors wieder.