

Memorandum

Zulässigkeit der Archivierung und Nutzung von
Abschlussarbeiten als Grundlage eines
Plagiatserkennungssystems

Management Summary

Datum: 30.03.2023

Zusammengefasst von: Lara Dagli-Yalcinkaya, Nina Deleiter, Jane Schaller

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung

1	Ausgangslage	1
2	Ergebniszusammenfassung	2
2.1	Anpassung von Studienordnungen	3
2.2	Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen	4
2.3	Risikominimierungsmaßnahmen	4
2.4	Erfasste Prüfungsleistungen	4
3	Risikoevaluierung und Maßnahmen zur Risikominimierung	4
3.1	Denkbare öffentlich-rechtliche Rechtsbehelfe	4
3.2	Denkbare zivilrechtliche Rechtsbehelfe	5
3.3	Maßnahmen zur Risikominimierung	6
4	Fazit	7

Vorbemerkung

Die nachfolgende Zusammenfassung entstand auf Basis des im Projekt PlagStop.nrw eingeholten Memorandums „Zulässigkeit der Archivierung und Nutzung von Abschlussarbeiten als Grundlage eines Plagiatserkennungssystems“, erstellt von Orth Kluth Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB. Das vorliegende Memorandum baut auf den Ergebnissen des im Vorprojekt PlagStop.nrw eingeholten Erstgutachtens auf und enthält ergänzende Ausführungen. Das Memorandum setzt sich mit der Fragestellung auseinander, ob schriftliche Abschlussarbeiten von Studierenden in einer Datenbank archiviert und für einen erneuten Abgleich zwecks softwaregestützter Plagiatsüberprüfung herangezogen werden können. Die hier beschriebene rechtswissenschaftliche Auslegung kann folglich nur auf diesen konkreten Fall bezogen werden.

Zu beachten ist außerdem, dass die nachfolgenden Ausführungen keine vollständige Rechtssicherheit gewährleisten, da für das beschriebene Szenario bis dato keine abschließende Rechtsprechung vorliegt. Die anhand des Memorandums skizzierte Zusammenfassung soll den Landeshochschulen vielmehr als Orientierung bei der Beantwortung datenschutzrechtlicher, urheberrechtlicher und prüfungsrechtlicher Fragestellungen dienen, die bei Implementierung und Nutzung eines softwaregestützten Plagiatserkennungssystems auftreten können. Etwaige die zuvor genannten Rechtsgebiete betreffenden Maßnahmen, die in Kombination mit der Nutzung einer Plagiatserkennungssoftware (nachfolgend PES) ergriffen werden, müssen stets in Abstimmung mit den zuständigen Justizariaten der Hochschulen und Universitäten erfolgen.

Bei Fragen zum Memorandum oder zur Einsichtnahme wenden Sie sich bitte an plagstop@hs-niederrhein.de.

Da es sich bei einigen Personenbezeichnungen im nachfolgenden Text um juristische Fachbegriffe handelt, wird an diesen Stellen das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

1 Ausgangslage

Im Vorprojekt *PlagStop.nrw* wurde ein Rechtsgutachten beauftragt, mit dem die generelle Zulässigkeit einer softwarebasierten Plagiatsprüfung aus prüfungsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und urheberrechtlicher Sicht beurteilt wurde. Im Ergebnis fiel die rechtliche Beurteilung positiv aus. Demnach sind Hochschulen grundsätzlich berechtigt, eine PES einzusetzen, wenn bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen eingehalten werden. Aufbauend auf den Ergebnissen des eingeholten Rechtsgutachtens wurde das Hauptprojekt *PlagStop.nrw* initiiert, in dessen Verlauf je eine PES zentral an den sieben beteiligten Hochschulen implementiert und betrieben wird.

Die Übermittlung einer Arbeit auf den Server einer PES greift grundsätzlich in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nach §§ 15, 16 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ein, da eine Kopie erstellt und auf den Servern des Anbieters zwischengespeichert wird. Im Kontext der Plagiatsprüfung ist diese Vervielfältigung durch die Hochschule rechtlich solange zulässig, wie sie sich auf einen gemeinsamen Vertragszweck bezieht. Der gemeinsame verfolgte Zweck ist hier die Überprüfung einer Arbeit auf das Vorliegen von Plagiaten. Für die Dauer des

gemeinsamen Vertragszwecks wird ein einmaliges Nutzungsrecht (Zweckübertragungsregel) eingeräumt. Die Dauer umfasst jedoch ausschließlich die bloße Überprüfung einer studentischen Arbeit mit der PES, nicht aber ihre Archivierung. Die Hochschulen müssen aus diesem Grund dafür Sorge tragen, dass eingereichte Arbeiten nicht dauerhaft auf dem Server des Anbieters oder andernorts archiviert werden. Für eine dauerhafte Archivierung bedarf es einer Einräumung von Nutzungsrechten nach § 31 UrhG, die von den Studierenden freiwillig erteilt werden können.

Bedingt durch die fortschreitende Digitalisierung und die nationale sowie globale Vernetzung durch das Internet und Social-Media Social-Media und das Internet, ist es einfacher geworden, Haus- und Abschlussarbeiten untereinander auszutauschen und weiterzugeben. Studierende können heute auf leichtem Wege ihre eigenen Haus- und Abschlussarbeiten auf verschiedenen Plattformen an andere Studierende zur Wiederverwendung verkaufen. Für Hochschulen ist es daher praktikabel, auch solche Fälle in die softwarebasierte Plagiatsprüfung einbeziehen zu können. Kommerzielle Anbieter von PES bieten in der Regel die Funktion an, bei vorliegender Lizenz eine lokale Datenbank anzulegen, in der alle durch die Hochschule eingereichten Arbeiten gespeichert und für einen Abgleich erneut herangezogen werden können. Dies ließe sich auch auf andere lokale Datenbanken erweitern, sodass ein hochschulübergreifender Abgleich realisiert werden könnte. Im Übrigen ließe sich eine solche Datenbank auch anbieterunabhängig aufbauen.

Da wie beschrieben, eine dauerhafte Archivierung und Wiederverwendung studentischer Arbeiten urheberrechtlich nicht ohne Weiteres möglich ist, gab man im Hauptprojekt *PlagStop.nrw* ein weiteres Gutachten in Auftrag. Ergänzend erörtert das nun vorliegende Memorandum die Fragestellung, wie sich eine dauerhafte Archivierung studentischer Arbeiten unter Berücksichtigung der betroffenen Rechtsgebiete umsetzen lässt, um diese in entsprechenden Datenbanken zu realisieren. Zur Interpretation der nachfolgenden Ausführungen sind zwei grundlegende Voraussetzungen zu beachten:

- Ausschluss automatisierter Entscheidungsfindung

Eine Überprüfung einer Arbeit mittels PES ist zwar zulässig, allerdings darf es einzig durch das eingesetzte System nicht zu einer Entscheidungsfindung (Art. 22 Abs. 1 DSGVO) kommen. Die Bewertung der Arbeit obliegt, auch bei durch die PES ermittelten Treffern, stets den zuständigen Prüfer:innen und/oder Gremien. Die manuelle Nachüberprüfung muss stets gewährleistet sein.

- Kein rückwirkender Datenbankaufbau

Sofern auf Basis der rechtlichen Auffassungen im Memorandum die Entscheidung zum Aufbau einer lokalen / hochschulübergreifenden Datenbank getroffen wird, darf diese nicht rückwirkend erfolgen. In die Datenbanken dürfen folglich keine Arbeiten archiviert werden, die vor der Implementierung des erforderlichen Rechtsrahmens entstanden sind.

2 Ergebniszusammenfassung

Für eine rechtssichere digitale Archivierung wurde mit dem im Vorprojekt eingeholten Gutachten empfohlen, dass die Hochschulen sich von den Studierenden die Nutzungsrechte

nach § 31 UrhG einräumen lassen. Diese Einräumung der Nutzungsrechte kann jedoch nur auf freiwilliger Basis erteilt werden, sodass davon auszugehen ist, dass in der Praxis nicht alle Studierenden ihre Nutzungsrechte übertragen würden. Das Vorhaben, alle an einer Hochschule entstehenden Arbeiten in eine lokale Datenbank einzuspeisen, kann daher mit diesem Szenario nicht ganzheitlich erfüllt werden. Eine Aufspaltung in die verpflichtende Plagiatsprüfung einerseits und einer freiwilligen Archivierung andererseits ist für das geplante Vorhaben des Aufbaus einer lokalen / konsortialen Datenbank folglich nicht praktikabel. Vielmehr wird eine Lösung angestrebt, mit der sichergestellt werden kann, dass alle Abschlussarbeiten in entsprechenden Datenbanken archiviert werden können.

Hierfür schlägt das vorliegende Memorandum folgende Lösung vor:

- Eine Verpflichtung zur Plagiatskontrolle sowie zur Archivierung von Abschlussarbeiten kann in die Studienordnungen aufgenommen werden; die Kenntnisnahme dessen muss von den Studierenden auf geeignete Weise bestätigt werden. Mit Studienordnungen sind hier insbesondere die Einschreibeordnung und die Rahmenprüfungsordnung gemeint.
- Die urheberrechtliche Zulässigkeit dieser Vorgehensweise ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit.
- Aus datenschutzrechtlicher Sicht lässt sich als Ermächtigungsgrundlage insbesondere die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse gem. Art. 6 Abs. 1 lit e) DSGVO heranziehen.
- Zusätzlich sind Maßnahmen zur Minimierung von verbleibenden Restrisiken zu ergreifen.

2.1 Anpassung von Studienordnungen

Hochschulen sind als Trägerinnen und Verpflichtete der grundrechtlich geschützten Wissenschafts- und Lehrfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG aufgrund hochschulrechtlicher Befugnisse berechtigt, eine softwarebasierte Plagiatskontrolle sowie eine Archivierung von Abschlussarbeiten vorzunehmen. Hierbei müssen jedoch bestimmte Grenzen eingehalten und weitere Maßnahmen ergriffen werden:

- Sowohl für die Plagiatskontrolle als auch für die Archivierung muss ein legitimer Zweck festgelegt werden (§ 4 Abs. 4 HG NRW i.V.m. Art. 5 Abs. 3 GG). Dieser muss durch eine entsprechende Anpassung der Studienordnungen erfolgen.
- Es darf keine inflationäre Archivierung stattfinden, d. h., es dürfen nur solche Arbeiten archiviert werden, die ohnehin im Täuschungsfall einer prüfungsrechtlichen Sanktion unterliegen würden.
- Den Studierenden gegenüber ist jederzeit Transparenz zu wahren, d. h. es müssen Informationen über Verarbeitungsprozesse, deren Rechtsgrundlagen usw. erteilt werden. Aus Gründen der Transparenz wird empfohlen, den Studierenden auch außerhalb des konkreten Prüfungsverhältnisses die erforderlichen Informationen mitzuteilen. Unter den Begriff der Studienordnungen fallen in diesem Zusammenhang daher sowohl die Rahmenprüfungsordnungen als auch die Einschreibeordnungen.
- Daten müssen unter Beachtung des Grundsatzes der Datenminimierung (Art. 5. Abs. 1 lit. c) DSGVO) und unter Anwendung bestimmter Risikominimierungsmaßnahmen verarbeitet werden.

2.2 Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen

Zusätzlich zur Anpassung der Studienordnungen bedarf es einer urheberrechtlichen Rechtsgrundlage, um die dauerhafte digitale Archivierung von Abschlussarbeiten rechtfertigen zu können. Zurückgegriffen wird in diesem Zusammenhang auf die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, die den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken erleichtern sollen. Im vorliegenden Memorandum wird § 60d UrhG (Text und Data Mining für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung) herangezogen.

2.3 Risikominimierungsmaßnahmen

- Pseudonymisierung personenbezogener Daten z. B. durch Vergabe einer Prüfungs-ID
- Personenbezogene Daten in den zu überprüfenden / archivierenden Arbeiten (falls vorhanden), müssen anonymisiert werden
- Implementierung eines IT-Sicherheitskonzepts: Nach Möglichkeit Verzicht auf kommerzielle Anbieter, Verarbeitung und Archivierung von Daten im besten Fall auf hochschuleigenen Servern, darüber hinaus ein enges Rollen- und Berechtigungskonzept
- Arbeiten dürfen nicht unbegrenzt gespeichert werden (max. 10 Jahre)
- Erteilung der Datenschutzzinformation nach Art. 13,14 DSGVO
- Verzicht auf Hosting außerhalb der EU
- Keine Übernahme der Haftung für die Rechtmäßigkeit der Inhalte bzw. Nutzung einer konsortialen Datenbank
- Durchführung einer Datenschutzfolgeabschätzung

2.4 Erfasste Prüfungsleistungen

Für die Archivierung in Frage kommen, in Anlehnung an die rechtswissenschaftliche Auslegung des Memorandums, ausschließlich Abschlussarbeiten, also Bachelor- und Masterarbeiten oder Dissertationen, die im Täuschungsfall einer prüfungsrechtlichen Sanktion unterliegen. Zwar trifft dies auch auf Hausarbeiten zu, bei diesen ist aber anzunehmen, dass sie weniger Forschung enthalten, als Abschlussarbeiten und Dissertationen. Ob folglich auch Hausarbeiten einer Archivierungspflicht unterliegen können, kommt auf die Auslegung des Forschungsbegriffs an, da die rechtliche Zulässigkeit der Archivierungspflicht sich hieraus ableitet (siehe nachfolgend in der detaillierten Erläuterung der rechtswissenschaftlichen Auslegung). Je weiter der Forschungsbegriff ausgelegt wird, desto eher können auch Hausarbeiten der Archivierungspflicht unterliegen; hierbei gilt jedoch auch, dass mit einer weiteren Auslegung des Forschungsbegriffs ein höheres verbleibendes Restrisiko einhergeht.

3 Risikoevaluierung und Maßnahmen zur Risikominimierung

3.1 Denkbare öffentlich-rechtliche Rechtsbehelfe

Sollte die softwarebasierte Plagiatsprüfung und Archivierung studentischer Arbeiten als Verpflichtung in der Prüfungsordnung hinterlegt werden, kämen verschiedene, insbesondere verwaltungsrechtliche, Rechtsbehelfe in Frage.

Zu einer Überprüfung könnte es beispielsweise kommen, wenn ein Studierender Widerspruch gegen eine Prüfungsentscheidung einlegen würde; in solch einem verwaltungsrechtlichen Verfahren könnten Studierende auch überprüfen lassen, ob die Prüfungsordnung gegen höherrangiges Recht verstößt. Bei Feststellung einer Rechtswidrigkeit müsste der bewerteten Prüfungsleistung die Rechtsgrundlage entzogen werden. Voraussetzung hierfür ist aber, dass Studierende in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren mit dem Argument Erfolg haben, dass ihre Rechte aufgrund der in der Prüfungsordnung hinterlegten Verpflichtung verletzt wurden. Das Eintreten eines solchen Szenarios erscheint zwar unwahrscheinlich, sollte sich aber dennoch herausstellen, dass die Verpflichtung zur Plagiatsprüfung und Archivierung nicht im Einklang mit höherrangigem Recht stünde, würde die Rechtsgrundlage für den Softwareeinsatz und der Archivierung *ex tunc* entfallen. Dadurch wäre aber nicht die gesamte Prüfungsordnung rechtswidrig, da die Plagiatsprüfung und Archivierung von den ansonsten zulässigen hochschulrechtlichen Befugnissen klar abgegrenzt werden kann. Weiterhin hätte ein solches Gerichtsurteil nur Wirkung *inter partes* (zwischen den Prozessbeteiligten). Folglich müsste die Hochschule die archivierten Daten des betreffenden Studierenden löschen und eine erneute Prüfungsmöglichkeit ohne den Einsatz von Plagiatserkennungssoftware einräumen. Je nach Ausgestaltung und Begründung des konkreten Urteils, wäre die Praxis aber nicht grundsätzlich allen Studierenden gegenüber einzustellen. In jedem Falle müsste die Hochschule jedoch eine erneute Überprüfung der Rechtslage vornehmen und die Studienordnungen ggf. anpassen.

Das verbleibende Risiko, dass ein gerichtliches Urteil gefällt wird welches die Verwendung einer Plagiatserkennungssoftware sowie die Archivierung in einer lokalen oder konsortialen Datenbank vollständig untersagt, erscheint zwar unwahrscheinlich, lässt sich aber auch nicht vollständig ausschließen. Wahrscheinlicher wäre hingegen, dass ein Gericht eine negative Entscheidung hinsichtlich der Anwendung von Plagiatserkennungssoftware und der Archivierungspraxis trafe und in Konsequenz auf eine alternative Lösung zurückgegriffen werden müsste. Diese könnte bspw. so aussehen, dass eine Archivierung nur auf freiwilliger Grundlage vorgenommen werden kann. Das Szenario der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit hätte ggf. auch ein datenschutzrechtliches Beschwerdeverfahren zur Folge. Gegenüber der Hochschule als öffentlich-rechtlicher Selbstverwaltungskörperschaft können Datenschutzbehörden zwar kein Bußgeld verhängen (§ 43 Abs. 3 DSGVO) allerdings kämen eine Verwarnung (Art. 58 Abs. 1 lit. b) DSGVO) oder die Anweisung die Rechtmäßigkeit herzustellen (Art. 58 Abs. 1 lit. d) DSGVO) in Betracht.

3.2 Denkbare zivilrechtliche Rechtsbehelfe

Studierende könnten sich auch auf urheberrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten berufen und zivilrechtliche Ansprüche gegen die Hochschule geltend machen. Solche Ansprüche könnten sich in Form von Unterlassungs-, Beseitigungs-, Auskunft-, Schadensersatz und Kostenerstattung äußern. Dies erscheint jedoch weniger wahrscheinlich als eine verwaltungsrechtliche oder datenschutzrechtliche Verfahrensüberprüfung, zumal die Hochschule mit der Verwertung studentischer Arbeiten keine kommerziellen Interessen verfolgt.

3.3 Maßnahmen zur Risikominimierung

Die zuvor genannte rechtliche Beurteilung beruht auf der Annahme, dass alle rechtlichen Anforderungen streng eingehalten werden. Folgende Maßnahmen sind daher sowohl bei einer lokalen als auch einer konsortialen Archivierung zwingend erforderlich:

- Umfassende datenschutzrechtliche Information der Betroffenen
- Abschluss eines Joint-Controller-Agreements bei konsortialer Datenbank sowie Auftragsverarbeitungsvertrag mit einem kommerziellen Anbieter
- Datenschutzrechtskonforme Programmierung der Software; Wahrung der Grundsätze „Privacy by Design“ und „Privacy by Default“ Löschkonzept: Die Software muss so programmiert werden, dass die Löschung einzelner Arbeiten aus dem Archiv möglich ist
 - Eine Trennung zwischen der Plagiatsprüfung und der anschließenden Archivierung muss gewährleistet werden
- Beachtung des Grundsatzes der Datenminimierung sowie Pseudonymisierung personenbezogener Daten
- Angemessene Begrenzung der Dauer der Archivierung inkl. Löschkonzept und technische und organisatorische Maßnahmen (TOM)
- Implementierung datenschutzkonformer Abläufe: Sicherstellung, dass in den zu überprüfenden Arbeiten keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten enthalten sind bzw. Anonymisierung dieser Daten
- Anpassung der Studienordnungen
- unentgeltliche Lizenzierung der konsortialen Datenbank

Die oben genannten Maßnahmen müssen sorgfältig konzeptionell und verfahrensrechtlich in Schriftform umgesetzt werden. Um das verbleibende Restrisiko nach Möglichkeit zu minimieren, wird empfohlen flankierend weitere Maßnahmen zur Risikominimierung zu ergreifen.

- Nutzung einer hochschuleigenen IT-Infrastruktur, um die durchgeführte Datenverarbeitung zu minimieren (Gegensatz: externer Dienstleister)
- Datenhosting nur über Server innerhalb des EWR
- Hohes IT-Sicherheitslevel auf Basis des Stands der Technik
- Strenges Rollen- und Berechtigungskonzept um den Kreis der zugriffsberechtigten zu minimieren sowie regelmäßige Schulungen der Zugriffsberechtigten mit entsprechender Dokumentation
- Strategische Ausrichtung der Hochschule: Gute wissenschaftliche Praxis als Gegenstand propädeutischer Studieninhalte
- Transparenz und Generalprävention: Aufklärung der Studierenden über die softwarebasierte Plagiatsprüfung und der Speicherung der Arbeiten
- Bei Berufung auf Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO (Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse) und Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO (berechtigtes Interesse) Einräumung des Widerspruchsrecht
- Archivierung nur von Abschlussarbeiten (Bachelor- und Masterarbeiten), da diese eher unter den Forschungsbegriff fallen können
- Bei der Archivierung in einer konsortialen Datenbank sind zusätzlich folgende Maßnahmen zu beachten:

- Verpflichtung der teilnehmenden Hochschulen, durch geeignete schriftliche Regularien, zur Einhaltung der Pflichten, welche die Hochschule gegenüber ihren Studierenden hat sowie zur Wahrung bestimmter Mindestanforderungen
- Weitestmöglicher Haftungsausschluss gegenüber den teilnehmenden Hochschulen im Rahmen des gewählten Organisationskonzepts sowie gegenseitige Freistellung von Ansprüchen Dritter, die auf einer Datenerhebung, Datennutzung und/oder der Softwarenutzung durch die anderen Projektpartner beruhen.

4 Fazit

Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen können eine softwarebasierte Plagiatsprüfung einschließlich einer Archivierung von Abschlussarbeiten in einer lokalen / konsortialen Datenbank unter Beachtung und Umsetzung spezifischer Risikominimierungsmaßnahmen durchführen. Sowohl die Plagiatsprüfung an sich als auch die langfristige Archivierung zum Abgleich mit künftig eingereichten Abschlussarbeiten anderer Studierender können auf eine neu gefasste Verpflichtung in den Prüfungsordnungen in Anknüpfung an § 4 Abs. 4 S. 1-3 HG NRW gestützt werden. Nicht ausbleiben dürfen hierbei die datenschutzrechtlichen Informationspflichten nach Art. 13 f. DSGVO sowie die Umsetzung weiterer datenschutzrechtlicher Vorgaben. Eine urheberrechtliche Rechtfertigung ergibt sich aus der wissenschaftsspezifischen urheberrechtlichen Schranke für das Text- und Datamining nach § 60d UrhG. Wichtig ist, dass die geplante Nutzungsweisen alle betroffenen Rechtsgebiete (Prüfungsrecht, Datenschutzrecht, Urheberrecht) berücksichtigen. Eine Berufung einzig auf § 60d UrhG oder die bloße Anpassung der Prüfungsordnung ist nicht ausreichend.

Sollte die zuvor genannte Vorgehensweise aufgrund des verbleibenden Rechtsrisikos keine Option sein, könnte auf eine risikoärmere Hybrid-Lösung ausgewichen werden. Hierbei würden die softwarebasierte Plagiatsprüfung und die anschließende Archivierung getrennt voneinander durchgeführt; d. h. die konkrete Plagiatsprüfung könnte sich auf eine in der Prüfungsordnung hinterlegte Verpflichtung stützen, wohingegen die Archivierung der Abschlussarbeit nach Abschluss des regulären Prüfverfahrens auf urheberrechtlicher freiwilliger Basis erfolgen würde. Dies hätte aber zur Folge, dass die Datenbank nicht vollständig gefüllt und so die Effektivität der Plagiatsprüfung reduziert werden würde, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Studierenden ihre Einwilligung erteilen.