

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 2 / 2023

## Aufsätze

*Dirk Heckmann und Lorenz Marx* KI-Einsatz zur Leistungskontrolle am (Hochschul-)Arbeitsplatz  
Anforderungen aus Sicht des Datenschutzrechts **63-70**

*Hans Burkhardt* Ein Beitrag zur Künstlichen Intelligenz  
**71-78**

*Thomas Würtenberger* Studium der Psychotherapie - auch an Hochschulen für Angewandte Wissenschaften?  
**79-88**

*Sarah Rachut* E-Klausur und elektronische Fernprüfung:  
Technologischer Fortschritt und Prüfungskulturwandel im Spiegel des Rechts  
- Ein Werkstattbericht **89-98**

## Urteilsbesprechungen

*Georg Caspers* Arbeitszeiterfassung an Hochschulen -  
Anmerkung zum Beschluss des BAG vom  
13.9.2022 - 1 ABR 22/21 - **99-106**

*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**

**Berichte**

*Bernhard Weisser* Zur Ausstellung der Medailiensammlung  
Ius in nummis im Münzkabinett der Staatli-  
chen Museen zu Berlin **115-118**

*Johannes M. Deutsch* Juristenausbildung in Kanada **119-126**

**Ausgegraben**

*Johann Heinrich Gottlob Justi* Über die studierende Jugend **127-128**

# 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 Plagiatssoftware 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 Plagiatssoftware 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

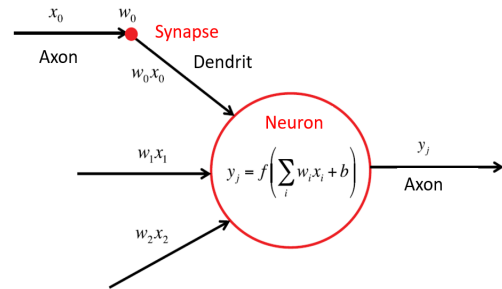


Abb. 2: Mathematisches Modell eines Neurons mit seinen Verbindungen von 1943<sup>3</sup>

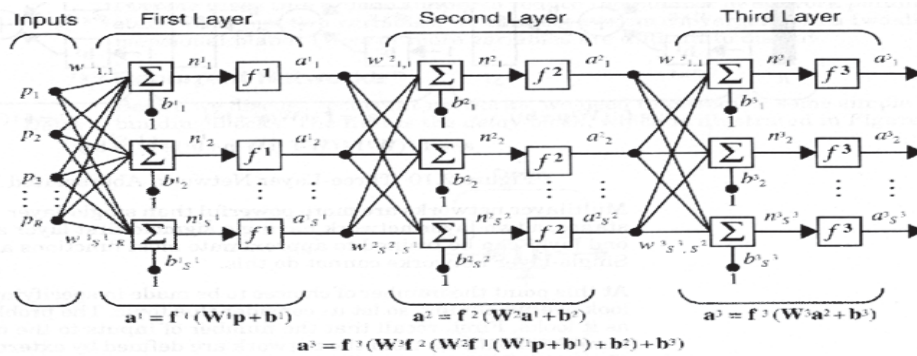


Abb. 3: Das Multilagen-Perceptron mit 3 Schichten<sup>4</sup>

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).

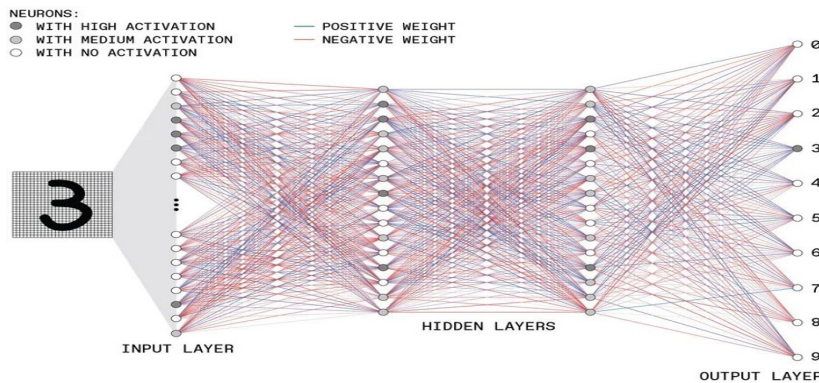


Abb. 4: Ein künstliches Neuronales Netz mit mehreren Lagen zur Mustererkennung von handgeschriebenen Ziffern

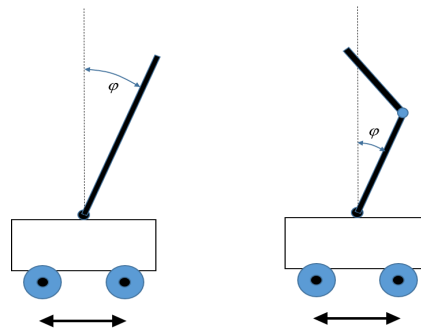


Abb. 5a: Überkopfpendel

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.

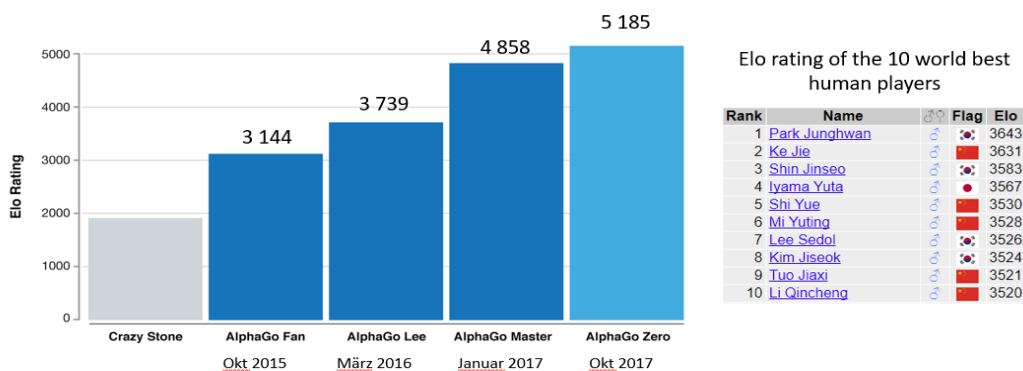


Abb. 6: Fortschritt in der Spielstärke von AlphaGo

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

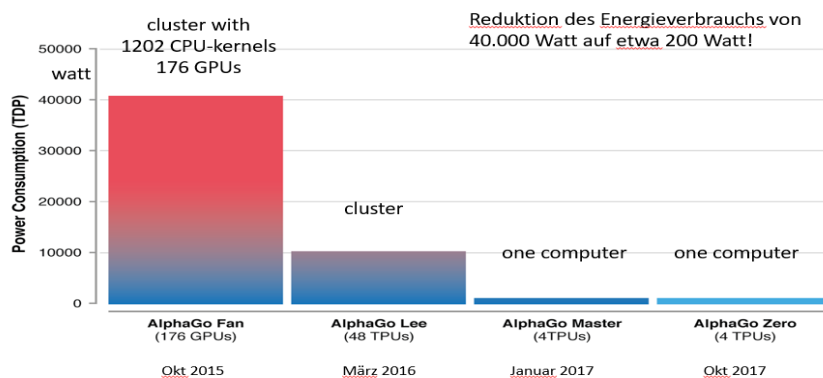


Abb. 7: Fortschritte bei der Hardware und dem Energieverbrauch beim Spielen

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/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/P/PsychThG-RefE.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/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-monatelangewartezeiten-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 beitrüge. 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.

<sup>29</sup> Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 63 ff.

<sup>30</sup> Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 68.

<sup>31</sup> Siehe <https://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2020/107.php>. (letzter Zugriff am 09.02.2023).

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> Vgl. etwa BVerfG, NVwZ 1989, 645.

<sup>34</sup> Zum Wahlrecht ausführlich Heckmann/Rachut, E-Klausur und elektronische Fernprüfung, S. 117 ff.

<sup>35</sup> 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 Studien-gang 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 Quarantänpflicht 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 achten 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 Höchstarbeitszeit 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 Höchstarbeitszeit 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 geworden. 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 Medaillensammlung  
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 als bald 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 *Soliciter*-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 International 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.

