

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 3 / 2024

## Aufsätze

- Rolf Schwartzmann, Sonja Kurth  
und Moritz Köhler* Der Einsatz von KI an Hochschulen – eine  
rechtliche Betrachtung **161-168**
- Margrit Seckelmann und Jan Horstmann* Künstliche Intelligenz im Hochschulbereich  
und Datenschutz **169-184**
- Anna K. Bernzen* Urheberrechtsverletzungen bei der Erstellung  
von Fake Research Papers **185-192**
- Matthias Bode* Zwischen Digitalisierung und Künstlicher  
Intelligenz: Chancen und Risiken der digitalen  
Transformation für die Hochschulzulassung  
**193-206**
- Ulf Pallme König* Medizinische Universität in Brandenburg –  
ein wissenschaftspolitisches Neuland **207-212**

## Urteilsbesprechungen

- Tobias Mandler und Hannes Wolff* Personalratsbeteiligung bei Befristungen  
gemäß WissZeitVG – zugleich Besprechung  
von BAG, Urteil vom 21. Juni 2023 – 7 AZR  
88/22, LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom  
9. Dezember 2021 – 21 SA 329/21 und ArbG  
Potsdam, Urteil vom 15. Dezember 2020 –  
4 (5) Ca 1137/19 **213-222**
- Theodor Lammich* Universitäten haben kein Recht auf Meinungs-  
kampfteilhabe **223-228**

ISSN 2197-9197

**Buchbesprechung**

*Thomas Würtenberger* Besprechung von Michael Hartmer/Hubert Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis **229-232**

**Ausgegraben**

*Friedrich Carl von Savigny* Methodik des akademischen Studiums zum Behufe des Juristischen **233-234**

# Rolf Schwartmann, Sonja Kurth und Moritz Köhler

## *Der Einsatz von KI an Hochschulen – eine rechtliche Betrachtung*

### I. Einleitung

Künstliche Intelligenz (KI) ist in aller Munde, nicht zuletzt aufgrund der jüngst von der EU beschlossenen Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (KI-VO). Damit versucht sich die EU an einem ausdifferenzierten Regelwerk hinsichtlich des Inverkehrbringens und der Verwendung von KI-Systemen.

Dass der Einsatz von KI tiefgreifende Änderungen in der Arbeitswelt, aber auch in anderen Bereichen wie der Kunst- und Kulturszene mit sich bringen wird, ist inzwischen offenkundig. Ein weiterer Bereich, der durch KI-Systeme vor Herausforderungen gestellt wird, ist der Hochschulbetrieb: KI verändert Forschung und Lehre, wie sie bislang praktiziert wurden.<sup>1</sup> Eine Studie des Digitalverbandes Bitkom fand heraus, dass zwei Drittel aller Studierenden *ChatGPT* kennen und in der Vergangenheit bereits genutzt haben.<sup>2</sup> Unter Schülerinnen und Schülern sind es laut einer repräsentativen Befragung von 14-20-Jährigen in Deutschland bereits 74%, die KI-Systeme zum Lernen, im Unterricht oder für Hausaufgaben nutzen.<sup>3</sup> Die Relevanz von KI an Hochschulen wird also in Zukunft wohl noch steigen.

Diese Zahlen werfen eine Vielzahl rechtlicher Fragen auf: Welche gesetzlichen Regelungen befassen sich mit dem Einsatz von KI im Hochschulbereich? Welche Probleme werden adressiert, welche offengelassen? Und: Besteht noch weiterer Regelungsbedarf?

Dieser Beitrag untersucht die derzeitige Rechtslage und gibt einen Ausblick hinsichtlich möglicher weiterer rechtlicher Entwicklungen. Dazu wird eine differenzierende Betrachtung vorgenommen: Untersucht wird der Einsatz von KI-Systemen sowohl auf Studierendenseite (dazu II.) als auch auf Hochschuleseite (dazu III.). Es sollen prüfungsrechtliche sowie datenschutzrechtliche Aspekte in den Blick genommen werden. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die KI-VO der EU gelegt werden.

In einem Fazit werden Handlungsempfehlungen für Hochschulen und deren Angehörige ausgesprochen (dazu IV.).

### II. Einsatz von KI auf Studierendenseite

Auf Studierendenseite kommt der Einsatz von künstlicher Intelligenz in mehreren Bereichen in Betracht: Zum einen kann KI beim eigenständigen Lernen bzw. der Prüfungsvorbereitung unterstützen. Da es Studierenden selbst überlassen ist, wie sie Lehrveranstaltung vor- bzw. nacharbeiten und sich auf Prüfungen vorbereiten, ergeben sich hierbei keine großen rechtlichen Probleme.

Ungleich mehr Raum für juristische Erörterung bietet der Einsatz von KI-Systemen beim Ablegen von Prüfungen, z.B. Klausuren, Referaten oder Hausarbeiten.

#### 1. Rechtlicher Rahmen

Wenig überraschend enthalten die deutschen Landeshochschulgesetze bislang keine Regelungen zum Einsatz von KI-Systemen durch Studierende in Prüfungen. Auch in der KI-VO der EU spielt diese Konstellation keine Rolle. Folglich obliegt es den Hochschulen selbst, in Prüfungs- und Studienordnungen Regelungen zum Einsatz von KI bei Prüfungsleistungen zu erlassen. Solche spezifischen Regelungen finden sich längst nicht in allen Prüfungsordnungen.<sup>4</sup>

Wo Spezialgesetze fehlen, muss grundsätzlich auf generelle Regelungen zurückgegriffen werden, hier auf allgemeines Prüfungsrecht. Demnach liegt eine Täuschungshandlung vor, wenn eine selbständige und reguläre Prüfungsleistung vorgespiegelt wird, obwohl unerlaubte oder nicht offen gelegte Hilfen genutzt wurden.<sup>5</sup>

#### 2. Übertragung des allgemeinen Prüfungsrechts auf den KI-Einsatz

Bei Präsenzprüfungen zieht das Verbot zur Nutzung unzulässiger technischer Hilfsmittel, unter das eindeutig

<sup>1</sup> Vgl. zur Thematik den Podcast „Von Schummerei bis Chance - KI an der Hochschule“, Prof. Dr. Rolf Schwartmann im Gespräch mit Lisa Becker und Ursula Kals, F.A.Z. Beruf & Chance v. 10.6.2024, abrufbar auf allen gängigen Plattformen.

<sup>2</sup> Bitkom, Presseinformation v. 21.3.2024, [https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#\\_](https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#_) (zuletzt abgerufen am 22.05.2024).

<sup>3</sup> Vodafone Stiftung, Presseinformation v. 13.3.2024, <https://www.vodafone-stiftung.de/jugendstudie-kuenstliche-intelligenz> (zuletzt abgerufen am 22.05.2024).

<sup>4</sup> Bitkom, Presseinformation v. 21.3.2024, [https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#\\_](https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#_) (zuletzt abgerufen am 22.05.2024).

<sup>5</sup> Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 223.

auch KI-Systeme fallen, eine klare rechtliche Grenze. Bereits das Mitführen eines Smartphones zählt hier als Täuschungsversuch.<sup>6</sup> Da dies den Studierenden in aller Regel hinlänglich bekannt sein sollte, kommt der Klausur in Präsenz in dieser Frage keine besondere Bedeutung zu.

Interessanter erscheint die rechtliche Beurteilung generativer KI-Systeme wie *ChatGPT* bei der Erstellung von häuslichen Arbeiten oder Referaten. Die Relevanz dieser Frage spiegelt sich auch im Prüfungsalltag wider: Mehr als ein Viertel der Studierenden in Deutschland gibt an, bei einer Hausarbeit schon einmal auf *ChatGPT* zurückgegriffen zu haben.<sup>7</sup> Das weitgehende Fehlen von Regelungen in diesem Bereich wirft die Frage auf, wie mit den neuen Tools rechtlich umzugehen ist. Insofern sind mehrere Möglichkeiten denkbar: So lässt sich aus dem Fehlen von Regelungen unter Rückgriff auf das allgemeine Prüfungsrecht unter Umständen ein allgemeines Verbot zur Nutzung von KI-Systemen ableiten. Alternativ wäre eine allgemeine Erlaubnis denkbar. Als dritte Möglichkeit kommt eine individuelle Entscheidung im Einzelfall in Betracht.

Ein allgemeines Verbot der KI-Nutzung, wie es an mehreren ausländischen Universitäten beschlossen wurde,<sup>8</sup> ist aus mehreren Gründen problematisch: Nicht jede Verwendung textbasierter KI-Systeme mündet in die Ausgabe eines neu generierten Textes. Unter den vielfältigen Einsatzmöglichkeiten künstlicher Intelligenz besteht die Option, eine KI beispielsweise nur die Gliederungsebenen einer Hausarbeit überarbeiten zu lassen. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass noch eine erhebliche Eigenleistung durch den Prüfling vorliegt. Vor diesem Hintergrund erscheint es rechtlich nicht haltbar, auf Grundlage des allgemeinen Prüfungsrechts von einem generellen Verbot der KI-Nutzung auszugehen.

Wo ein allgemeines Verbot fehlt, könnte eine allgemeine Erlaubnis zur Nutzung bestehen. Eine ausnahmslose Erlaubnis liefe jedoch dem Sinn und Zweck von Prüfungen zuwider und bedroht zudem den Grundsatz auf Chancengleichheit,<sup>9</sup> der aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt. Sinn und Zweck von Prüfungen ist der Nachweis eines (für jede Prüfung individuellen) Studienerfolgs. Bei Haus- und Abschlussarbeiten umfasst dieser Erfolg unter anderem die Fähigkeit, wissenschaftlich zu arbeiten. Hierbei spielt die persönliche und eigenständige

Anfertigung der Arbeit ohne fremde Hilfe eine besondere Rolle. Die Prüflinge sollen unter Beweis stellen, dass sie in der Lage sind, ein bestimmtes Thema u.a. durch Textstruktur, Quellenrecherche und kritische Auseinandersetzung mit Literatur wissenschaftlich aufzuarbeiten. Wird eine komplette Aufgabenstellung oder das individuelle Thema der Arbeit mit dem Zusatz „Verfasse eine Hausarbeit zum Thema x mit maximal y Seiten“ als Prompt in Programme wie *ChatGPT* eingegeben und der ausgegebene Text ganz oder zu einem großen Teil übernommen, so wird das beschriebene Anforderungsprofil völlig ausgehöhlt. Mithin kann die Verwendung künstlicher Intelligenz den Sinn und Zweck einer Prüfung vollständig konterkarieren. Auch eine allgemeine Erlaubnis zur Verwendung von KI-Systemen ist also rechtlich nicht zulässig.

Entscheidend für die Ablehnung sowohl einer allgemeinen Erlaubnis als auch eines allgemeinen Verbots ist damit die Vielzahl an Anwendungsszenarien von KI-Systemen: Gegen ein allgemeines Verbot spricht der Umstand, dass die Systeme in eng umgrenzten Aufgaben als Assistenzsysteme eingesetzt werden können, ohne dem jeweiligen Prüfling einen unzulässigen Vorteil zu verschaffen. Gegen eine allgemeine Erlaubnis spricht, dass die Systeme zur vollautonomen Übernahme der Prüfungsleistung eingesetzt werden können, was einen Vergleich mit den Prüfungsleistungen anderer Prüflinge unmöglich macht. Entscheidend wird sein, ob der konkrete Einsatz des KI-Systems einen Vorteil mit Blick auf bewertungsrelevante Kriterien verschafft.<sup>10</sup> Welche Form des Einsatzes von den Prüfern im Einzelfall als entsprechend vorteilhaft verstanden wird, ist allerdings nicht ersichtlich. Folglich bewegen sich Studierende, die KI-Systeme bei Haus- und Abschlussarbeiten nutzen, nach derzeitiger Rechtslage in einer rechtlichen Grauzone.

Dabei stellt sich auch die Frage, ob der Prüfling den Vorwurf der Täuschung abwenden kann, indem er den Einsatz der KI offenlegt. Dazu ist zunächst festzustellen, dass hinter einem KI-generierten Ergebnis keine geistige Eigenleistung einer identifizierbaren Person steht, so dass ein bloßer Verweis auf den KI-Einsatz nicht geeignet ist, die geistige Leistung im Sinne einer zitierfähigen Quelle zuzuordnen. Durch Angabe des Hilfsmittels kann der Prüfling aber zumindest den Vorwurf der Täu-

<sup>6</sup> OVG NRW, Beschluss vom 16.2.2021 – 6 B 1868/20, Rn. 4.

<sup>7</sup> [https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#\\_](https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen#_) (zuletzt abgerufen am 22.05.2024).

<sup>8</sup> Beispielsweise Sciences Po in Paris, vgl. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/chatgpt-texte-maschine-mensch-erkennung-101.html> (zuletzt abgerufen am 23.05.2024).

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Schnellenbach*, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, 13. Kap. Rn. 47.

<sup>10</sup> Vgl. *Birnbaum*, NVwZ 2023, 1127 (1128).

schungshandlung abwenden. Für die praktische Umsetzung wurde vorgeschlagen, der Prüfungsleistung ein Protokoll des KI-Einsatzes anzuhängen und in den relevanten Textpassagen darauf zu verweisen.<sup>11</sup> Daraus ergeben sich zwar Schwierigkeiten für den wissenschaftlichen Diskurs, der prüfungsrechtlich relevante Maßstab der Eigenständigkeit sei aber durch die Offenlegung gewahrt. Unabhängig von der Frage der Täuschung kann sich die Berufung auf KI-generierte Inhalte allerdings negativ auf die Bewertung der Prüfungsleistung auswirken.

### 3. Neue Prüfungsordnungen und -formen

Dass der Einsatz von KI je nach Nutzung im Einzelfall erlaubt bzw. untersagt ist, ist bereits jetzt gelebte Praxis an vielen deutschen Universitäten. Das Letztentscheidungsrecht hat in der Regel der Prüfer bzw. die Prüferin. Gleichwohl trägt das Risiko der Nutzung der einzelne Studierende. Im Sinne der Rechtssicherheit besteht folglich ein hohes Interesse daran, dass Prüflinge bereits vor Anfertigung einer Haus- oder Abschlussarbeit wissen, welcher Hilfsmittel sie sich bedienen dürfen und welche unzulässig sind. Es liegt insoweit in der Verantwortung der Hochschule, Täuschungen präventiv abzuwehren und sicherzustellen, dass die Prüfungsleistung eigenständig ohne unerlaubte Hilfsmittel erbracht wird.<sup>12</sup> Daher stellt sich die Frage, ob dieser Zustand der Rechtsunsicherheit hingenommen werden sollte.

Aus dem Umstand, dass *de lege lata* präzise Regelungen zur Einhegung von KI-Nutzung durch Studierende fehlen, könnte das Erfordernis zur genauen Normierung in Prüfungsordnungen folgen.

Dem mag man entgegenhalten, dass Fälle der Verwendung unerlaubter Hilfsmittel bereits jetzt durch allgemeines Prüfungsrecht bzw. die einschlägigen Prüfungsordnungen hinreichend erfasst sind. Die Vorgabe, dass Haus- und Abschlussarbeiten eigenständig und ohne fremde Hilfe anzufertigen sind, führt zu dem Schluss, dass Prüflinge verpflichtet sind, bei Prüfungen nicht zu täuschen.<sup>13</sup> Dies könnte – auch im Hinblick auf den Einsatz von KI-Systemen – als ausreichend erachtet werden.

Es sind aber gewisse Zweifel angebracht, ob Studierende allein anhand dieser Angaben eindeutig ermitteln

können, welche Funktionen von KI-Systemen sie im Detail anwenden dürfen und welche nicht. Es damit bewenden zu lassen, dass die einzureichende Arbeit am Ende eine eigenständige Leistung darstellen muss, wird der komplexen Ausgestaltung unterschiedlicher KI-Anwendungen nicht gerecht und lässt außer Acht, dass die Grenzen zwischen einzelnen Funktionen fließend sein können. Dieses Risiko allein den Studierenden aufzubürden, wo die Entscheidungsgewalt über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit allein bei der Hochschule als Prüfungsbehörde liegt, erscheint nicht angemessen und führt zu einer Rechtsunsicherheit, die nicht hingenommen werden sollte.

Als Ausweg bietet es sich an, Prüfungsordnungen zu präzisieren und dem Stand der Technik anzupassen. Dazu könnten auch die Landeshochschulgesetze derart angepasst werden, dass sie Hochschulen verpflichten, in ihren Prüfungsordnungen detaillierte Nutzungsregelungen für KI aufzustellen. Bis sich hier eine prüfungsrechtlich belastbare Praxis herausgebildet hat, dürfte es sinnvoll sein, wenn die Praxis sich mit modifizierten Prüfungsformen behilft. So kommt in Betracht, Hausarbeiten mit mündlichen Prüfungen zu kombinieren und Teilnoten zu vergeben, wobei eine stärkere Gewichtung auf den mündlichen Beitrag gelegt werden kann. Denkbar ist auch, dass der Einsatz von KI bewusst zum Prüfungsgegenstand gemacht wird. Gestatten Prüfungsordnung und Prüfer den Einsatz von KI oder ordnen ihn gar an, dann müssen Prüflinge den Einsatz der KI, ihre Prompts und die Antworten der KI offenlegen und dokumentieren, damit im Rahmen der Prüfung bewertet werden kann, ob und inwieweit die Prüflinge die KI als (erlaubtes) Hilfsmittel unter deren Kontrolle eingesetzt haben. Hier kommt es auf die konkreten Umstände der Aufgabenstellung an.

### 4. Beweisrechtliche Fragen

Ein weiteres Problemfeld offenbart sich angesichts des gerichtlichen Nachweises einer unerlaubten Verwendung von KI-Systemen. Die Beweislast für Täuschungshandlungen trägt die Prüfungsbehörde,<sup>14</sup> also die Hochschule. Für den Nachweis von Täuschungen im Rahmen schriftlicher Prüfungen gelten vor Gericht die Grundsätze des Anscheinsbeweises.<sup>15</sup> Dazu muss die nachzuwei-

<sup>11</sup> Dieterich im Rahmen einer Veranstaltung des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts zum Thema „Aktuelles zu digitalen Prüfungen – Welche Zukunft hat KI?“. Der Tagungsbericht hierzu erscheint in der kommenden Ausgabe der OdW.

<sup>12</sup> Schnellenbach, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, 13. Kap. Rn. 51.

<sup>13</sup> Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 455 ff.

<sup>14</sup> Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 623.

<sup>15</sup> BVerwG, Beschluss vom 23.1.2018 – 6 B 67/17, Rn. 7; Sächs. OVG, Beschluss vom 16.2.2022 – 2 B 274/21, Rn. 10; VG Köln, Urteil vom 6.12.2022 – 6 K 1428/22, Rn. 42.

sende Tatsache zunächst auf einen typischen Sachverhalt gestützt werden können, der nach allgemeiner Erfahrung den Schluss zulässt, dass die streitige Tatsache vorliegt; darüber hinaus dürfen keine tatsächlichen Umstände vorliegen, die ein atypisches Geschehen im Einzelfall ernsthaft möglich erscheinen lassen.<sup>16</sup>

Im verhältnismäßig neuen Bereich der Täuschung mittels KI-Einsatzes war das VG München bereits vom Vorliegen einer Täuschungshandlung anhand des Beweises des ersten Anscheins überzeugt – im konkreten Fall zu Ungunsten eines Studienbewerbers.<sup>17</sup> Dies wirft mehrere Probleme auf: Einerseits konnten sich in der kurzen Zeitspanne, in der Textgenerierung durch KI möglich ist, noch überhaupt keine allgemeinen Erfahrungssätze herausbilden.<sup>18</sup> Andererseits ist der Nachweis, dass ein Text von KI erstellt wurde, bislang kaum verlässlich möglich – weder durch Computersysteme,<sup>19</sup> etwa in Form von spezieller „Plagiatssoftware“, noch durch Menschen. Nicht selten stuft künstliche Intelligenz von Menschen verfasste Texte als KI-generiert ein.<sup>20</sup> Insbesondere darf der Vorwurf einer Täuschungshandlung nicht alleine auf das Ergebnis einer KI-basierten Plagiatssoftware gestützt werden, da deren Ergebnis wiederum den Anforderungen an Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Vorhersehbarkeit nicht genügt.<sup>21</sup> Solange eine solche Analyse keine verlässlichen Ergebnisse liefert, erscheint es immer ernsthaft möglich, dass im Einzelfall ein atypisches Geschehen vorliegt und der Anscheinsbeweis nicht als erbracht angesehen werden kann. Letztlich geht es hier um die aus Ghostwriter-Fällen bekannte Nachweisproblematik; mit dem Unterschied, dass die KI als „Ghostwriter“ sehr viel leichter zu beschaffen ist und die Parameter für die Erbringung des Nachweises bei autonomen Systemen bis auf Weiteres ein Rätsel bleiben dürften: Die Maßstäbe für das konkret generierte Ergebnis sind nicht erkennbar und Grenzwerte im Sinne eines Prozentsatzes, ab dem ein Text wahrscheinlich unter Zuhilfenahme von KI entstanden ist,<sup>22</sup> muten eher willkürlich an.

### III. Einsatz von KI auf Hochschuleseite

Neben dem Einsatz von KI durch Studierende spielt die Verwendung seitens der Hochschulen eine wichtige Rolle. Mehrere Einsatzmöglichkeiten sind denkbar: KI kann beispielsweise zur Erstellung von Lehrplänen und Lehrmaterialien herangezogen werden. Darüber hinaus kommt ein Einsatz künstlicher Intelligenz als „Tutorin“, die Stunden konzipiert, in Betracht. Schließlich ist die Verwendung von KI bei der Notenvergabe zumindest technisch möglich.

#### 1. Rechtlicher Rahmen

Auch in diesem Bereich stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung. Wie schon beim Einsatz von KI-Systemen auf Studierendenseite sucht man innerstaatliche (landesrechtliche) Bestimmungen zur Verwendung durch Hochschulen vergeblich. Allerdings werden dieser durch die europäische KI-VO rechtliche Grenzen gesetzt.

Die KI-VO teilt KI-Systeme in drei Kategorien ein und unterwirft ihre Verwendung je nach Einstufung einem eigenen Regelwerk. KI-Systeme mit allgemeinem Verwendungszweck<sup>23</sup> dürfen als einfache KI-Systeme grundsätzlich frei verwendet werden. Im Gegensatz dazu ist der Einsatz sog. Hochrisiko-KI-Systeme strengen Regeln unterworfen (vgl. Art. 6 ff. KI-VO). Zuletzt gibt es KI-Systeme, die ganz verboten sind (z.B. Systeme zum Social Scoring).<sup>24</sup>

#### a. Klassifizierung des KI-Einsatzes nach der KI-VO

Beim Einsatz auf Hochschuleseite kann KI entweder als GPAI-System oder als Hochrisiko-KI-System eingesetzt werden. Wann ein KI-System in der allgemeinen und beruflichen Bildung zu Hochrisikozwecken eingesetzt wird, regelt Art. 6 Abs. 2 iVm Anhang III Nr. 3 KI-VO: Betroffen ist demzufolge der Einsatz von KI bei der Zulassung zu Bildungseinrichtungen (lit. a), zur Prüfungsbewertung (lit. b), zur Bewertung des Bildungsni-

<sup>16</sup> Kraft, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl. 2022, § 108 Rn. 38.

<sup>17</sup> VG München, Beschluss vom 28.11.2023 – M 3 E 23.4371, NJW 2024, 1052; ebenso VG München, Beschluss vom 8. 5. 2024 – M 3 E 24.1136, BeckRS 2024, 11848, Rn. 31 ff.

<sup>18</sup> So auch Heckmann/Rachut, OdW 2024, 85 (95).

<sup>19</sup> Welt.de v. 25.7.2023, <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article246448574/ChatGPT-an-der-Uni-Was-bei-KI-im-Studium-erlaubt-ist-und-was-nicht.html> (zuletzt abgerufen am 23.05.2024).

<sup>20</sup> Spiegel.de v. 1.2.2023, <https://www.spiegel.de/netzwelt/apps/chatgpt-kostenloses-tool-soll-ki-generierte-texte-erkennen-helfen-a-b8a8e596-9adf-44de-bfbo-e736a1416b6e> (zuletzt abgerufen am

23.05.2024).

<sup>21</sup> Heckmann/Rachut, OdW 2024, 85 (94); mit dem Gedanken der fehlenden Nachvollziehbarkeit bereits Schwartmann, RDV 2023, 48 (48 f.).

<sup>22</sup> Die Antragsgegnerin im späteren Verfahren vor dem VG München geht bei einem Indexwert von unter 30% im Regelfall nicht von einem KI-Einsatz aus, VG München, Beschluss vom 8.5.2024 – M 3 E 24.1136, BeckRS 2024, 11848, Rn. 34.

<sup>23</sup> Engl. *general purpose AI* (im Folgenden: GPAI-Systeme), zur Definition vgl. die Begriffsbestimmung zu GPAI-Modellen in Art. 3 Nr. 63 KI-VO.

<sup>24</sup> Zu den genauen Verboten s. Art. 5 KI-VO.

veaus einer Person (lit. c). oder bei der Überwachung verbotenen Verhaltens im Rahmen von Prüfungen (lit. d).

Ausnahmsweise ist der Einsatz eines KI-Systems zu den genannten Zwecken gem. Art. 6 Abs. 3 UAbs. 1 KI-VO nicht als hochriskant zu bewerten, wenn es kein erhebliches Risiko der Beeinträchtigung in Bezug auf die Gesundheit, Sicherheit oder Grundrechte natürlicher Personen birgt, indem es unter anderem nicht das Ergebnis der Entscheidungsfindung wesentlich beeinflusst. Das ist nach der abschließenden Aufzählung in Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 KI-VO der Fall, wenn eine eng gefasste Verfahrensaufgabe durchgeführt, das Ergebnis einer zuvor abgeschlossenen menschlichen Tätigkeit verbessert, ein Entscheidungsmuster oder eine Abweichung von einem früheren Entscheidungsmuster erkannt, oder eine vorbereitende Aufgabe für eine Bewertung durchgeführt werden soll. Problematisch ist die Abgrenzung eines Einsatzes nach Art. 6 Abs. 3 KI-VO von einem herkömmlichen Einsatz nach Art. 6 Abs. 2 iVm Anhang III KI-VO.<sup>25</sup> Die fehlende Möglichkeit zur Absicherung einer entsprechenden Einordnung durch den relevanten Akteur führt vor diesem Hintergrund zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.<sup>26</sup> Diese soll durch Leitlinien der Kommission verringert werden, Art. 6 Abs. 5 KI-VO.

#### *b. Rolle der Hochschule und ihres Personals nach der KI-VO*

Für Hochschulen wird die KI-VO grundsätzlich erst dann relevant, wenn sie Anbieterin bzw. Betreiberin eines KI-Systems iSd KI-VO sind. Denn mit dieser Einordnung werden die Hochschulen zu Regelungsadressaten, die bestimmte rechtliche Pflichten erfüllen müssen.

„Anbieter“ ist nach Art. 3 Nr. 3 KI-VO eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System oder ein GPAI-Modell entwickelt oder entwickeln lässt und es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer Handelsmarke in Verkehr bringt oder in Betrieb nimmt.

„Betreiber“ ist gemäß Art. 3 Nr. 4 KI-VO grundsätzlich eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet.

Regelmäßig werden Hochschulen als Betreiber zu qualifizieren sein, was angesichts des umfassenden Maßnahmenkatalogs für Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen

aus Art. 16 KI-VO durchaus erstrebenswert ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings die Vorschrift des Art. 25 Abs. 1 Buchst. c) KI-VO, der einen Wechsel der Anbieterrolle ermöglicht. Demnach gelten Betreiber und sonstige Dritte als Anbieter iSd der KI-VO und haben die damit einhergehenden Pflichten zu erfüllen, wenn sie ein KI-System, das bisher nicht als Hochrisiko-KI-System klassifiziert war, zu hochriskanten Zwecken iSd der KI-VO einsetzen. Wie beschrieben können GPAI-Systeme wie *ChatGPT* beispielsweise zur Prüfungsbewertung eingesetzt werden. Sofern die Hochschule allerdings keine Lizenz für den Einsatz eines solchen KI-Systems zu hochriskanten Zwecken erworben hat, gerät sie in die Anbieterrolle, wenn sie die Prüfungsbewertung durch KI-Systeme trotzdem zulässt. Dem kann die Hochschule zunächst durch die angesprochene Lizenzierung eines KI-Systems zur Prüfungsbewertung und/oder anderen Hochrisiko-Zwecken entgegenwirken. Sofern ein KI-System dagegen lediglich als einfaches System lizenziert wird, ist der Ausspruch eines generellen Verbots dessen Einsatzes zu hochriskanten Zwecken zu empfehlen, um einen Wechsel in die Anbieterrolle zu verhindern. Beim Absehen von jeglicher Lizenzierung ist dagegen zu befürchten, dass das Personal private Accounts zu beruflichen Zwecken einsetzt und dabei gegen rechtliche Bestimmungen verstößt, die in den Verantwortungsbereich der Hochschulen fallen. Ein solches Vorgehen sollte daher vermieden werden.<sup>27</sup>

#### *c. Verhältnis der KI-VO zum sonstigen Recht*

Die KI-VO reguliert lediglich die Entwicklung und die Implementierung von KI-Systemen abschließend. Der Einsatz von KI-Systemen wird in dem Gesetz hingegen nur fragmentarisch behandelt. Dies ergibt sich zunächst aus Erwgr. 63 S. 1 KI-VO, der besagt, dass die Einstufung eines KI-Systems nach der KI-VO keine Aussage über die Rechtmäßigkeit des Einsatzes des Systems nach anderen Rechtsakten der Union oder nach nationalen Rechtsvorschriften enthält. Im Gesetzestext ergibt sich dies zudem aus Art. 26 Abs. 3 KI-VO, wonach sonstige Pflichten der Betreiber nach Unionsrecht oder nach nationalem Recht unberührt bleiben.<sup>28</sup> Hieraus folgt, dass beim Einsatz von KI-Systemen auch durch die Hochschulen stets das sonstige Recht berücksichtigt werden muss, namentlich etwa das Prüfungsrecht oder auch das Datenschutzrecht.

<sup>25</sup> Schwartzmann/Keber/Zenner (Hrsg.), KI-VO Leitfaden/Schwartzmann/Köhler 2. Teil 1. Kap. Rn. 131 ff., im Erscheinen.

<sup>26</sup> Schwartzmann/Keber/Zenner (Hrsg.), KI-VO Leitfaden/Schwartzmann/Köhler 2. Teil 1. Kap. Rn. 138, im Erscheinen.

<sup>27</sup> Hierzu bereits Schwartzmann/Keber/Zenner (Hrsg.), KI-VO Leitfaden/Schwartzmann 2. Teil 1. Kap. Rn. 190 ff., im Erscheinen.

<sup>28</sup> Schwartzmann/Keber/Zenner (Hrsg.), KI-VO Leitfaden/Schwartzmann/Köhler 2. Teil 2. Kap. Rn. 9, im Erscheinen.

## 2. Bewertung einzelner Anwendungsfälle

### a. Einsatz in der Lehre

Zunächst können KI-Systeme in der Lehre genutzt werden. Beim Einsatz in Vorlesungen, Seminaren und Tutorien haben Lehrende wohl nichts zu befürchten: Sie bewegen sich nicht in dem von der KI-VO abgesteckten Hochrisikobereich. Werden KI-Systeme genutzt, um beispielsweise eine Unterrichtsstunde zu planen, Lehrmaterialien zu übersetzen oder einen Lehrplan zu erstellen, ist die Hochschule bzw. die einzelne Lehrperson als Betreiberin des KI-Systems anzusehen, unterliegt aber als Betreiberin eines einfachen KI-Systems keinen besonderen Pflichten nach der KI-VO. Andere Pflichten auf Unions- oder nationalstaatlicher Ebene bleiben hiervon ausdrücklich unberührt (vgl. Art. 26 Abs. 3 KI-VO). Hinzu treten beim Einsatz von einfachen KI-Systemen die allgemeinen Betreiberpflichten nach der KI-VO. Demnach müssen Betreiber gem. Art. 4 KI-VO ein hinreichendes Maß an KI-Kompetenz vermitteln. Sie haben also die Fähigkeiten, Kenntnisse und das Verständnis zu vermitteln, die es ermöglichen, KI-Systeme sachkundig einzusetzen sowie sich der Chancen und Risiken von KI und möglicher Schäden, die sie verursachen können, bewusst zu werden, vgl. Art. 3 Nr. 36 KI-VO. Die allgemeinen Transparenzpflichten für besondere KI-Systeme nach Art. 50 KI-VO dürften für die Hochschulen zumindest in ihrer Rolle als Betreiber dagegen grundsätzlich nicht relevant werden.

### b. Einsatz zur Prüfungsbewertung

Interessant ist vor allem der Einsatz von KI zur Prüfungsbewertung, schon wegen der potenziell hohen Praxisrelevanz.

#### aa. Bewertung nach KI-Verordnung

Wie gezeigt, gilt der Einsatz von KI zur Leistungsbewertung gemäß Art. 6 Abs. 2 iVm Anhang III Nr. 3 KI-VO als hochriskant, sofern nicht die Ausnahme des Art. 6 Abs. 3 eingreift. Kommt es hiernach zu einem hochriskanten Einsatz, sind zwei unterschiedliche Szenarien denkbar: Zum einen kann die Bewertung mittels spezieller Softwaresysteme erfolgen, die zur Notenvergabe konzipiert wurden und die deshalb von vornherein als hochriskant eingestuft werden müssen. Zum anderen kann die Hochschule ein GPAI-System (z.B. ChatGTP) zur Prüfungsbewertung einsetzen. Beide Szenarien ziehen unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich.

Im ersten Fall ist die Hochschule als Betreiberin eines (*a priori*) Hochrisiko-KI-Systems anzusehen. Als solche treffen sie besondere Pflichten nach Art. 26 KI-VO: Unter anderem müssen Betreiber nach Art. 26 Abs. 2 KI-VO sicherstellen, dass hinreichend geschultes Personal die Systeme beaufsichtigt. Sobald ein KI-System Entscheidungen trifft, die natürliche Personen betreffen, oder bei einer solchen Entscheidung unterstützt, muss der Betreiber diese Person darüber informieren, dass die Entscheidung unter Einsatz des Hochrisiko-KI-Systems getroffen wurde (Art. 26 Abs. 11 KI-VO). Außerdem müssen Hochschulen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 27 Abs. 1, 2 KI-VO vor der ersten Inbetriebnahme eine Grundrechte-Folgenabschätzung durchführen, bei der u.a. die spezifischen Schadensrisiken des Einsatzes ermittelt werden müssen. Als möglicherweise betroffene Grundrechte kommen nach deutschem Recht beispielsweise der Grundsatz auf Chancengleichheit bei der Prüfungsbewertung (Art 3 Abs. 1 GG) sowie die informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG<sup>29</sup>) in Betracht.

Im zweiten Fall – der Verwendung eines GPAI-Systems zur Leistungsbewertung – wird die Hochschule, obwohl sie eigentlich Betreiberin ist, wegen der gesetzlichen Anordnung in Art. 25 Abs. 1 Buchst. c) KI-VO wie eine Anbieterin behandelt. Sie unterliegt dann den Anbieterpflichten aus Art. 16 KI-VO, zu denen vor allem Kennzeichnungs- und Informationspflichten zählen. Verstöße gegen diese Pflichten sind gemäß Art. 99 Abs. 4 Buchst. a) KI-VO bußgeldbewehrt.

#### bb. Bewertung nach Prüfungsrecht

Eine andere Frage ist die der prüfungsrechtlichen Zulässigkeit von KI zur Leistungsbewertung. Nach allgemeinem Prüfungsrecht ist Voraussetzung einer eigenverantwortlichen Prüfungsentscheidung, dass die erbrachte Leistung durch den Prüfer selbst, unmittelbar und vollständig erfasst und selbständig sowie eigenverantwortlich bewertet wird.<sup>30</sup> Dass eine Prüfungsbewertung das Ergebnis einer menschlichen Entscheidung darstellt, ist also unabdingbar. Daraus folgt die prüfungsrechtlich nur bedingte Zulässigkeit der Heranziehung eines KI-Systems: Zur Unterstützung bei der Entscheidungsfindung wird der Einsatz von KI rechtlich nicht zu beanstanden sein. Eine vollständige Übernahme der Korrektur ist indes nicht rechtskonform, denn das Ergebnis der Leistungsbewertung müssen Prüfende in Eigenverantwortung tragen. In diesem Sinne zulässig wäre es jeden-

<sup>29</sup> S. dazu weiter unten die Ausführungen zum Datenschutzrecht (II. 2. b. cc.).

<sup>30</sup> Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 320 f.

falls, nach erfolgter (menschlicher) Benotung die Einschätzung eines KI-Systems zur Fundierung und Präzisierung der Notenvergabe heranzuziehen.<sup>31</sup>

#### cc. Bewertung nach Datenschutzrecht

Auch angesichts datenschutzrechtlicher Aspekte wirft die Verwendung von KI zur Prüfungsbewertung Fragen auf. Konkret wird dies z.B. relevant, wenn Lehrende oder Prüfende Namen bzw. Mailadressen von Studierenden oder gar deren Leistungseinschätzung in Prompts verwenden.

In diesem Kontext ist zu beachten, dass gem. Art. 22 Abs. 1 DS-GVO eine Entscheidung nicht allein aufgrund automatisierter Verarbeitung ergehen darf, wenn sie von rechtlicher Relevanz ist oder die betroffene Person in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.<sup>32</sup> Daraus lässt sich schließen, dass die betroffene Person bei entsprechenden Entscheidungen ein Recht darauf hat, dass nicht eine Maschine, sondern ein Mensch entscheidet. Während eine Prüfungsbewertung regelmäßig keine rechtliche Relevanz aufweist, ist die Beeinträchtigung in ähnlicher Weise eine Frage des Einzelfalls. Auch vor diesem Hintergrund kann also eine rein automatisierte Prüfungsbewertung unzulässig sein. Dasselbe gilt selbstverständlich bei Entscheidungen über die Zulassung zum Hochschulstudium, die nach der KI-VO ebenfalls hochriskant ist (Art. 6 Abs. 2 iVm Anhang III Nr. 3 Buchst. a) KI-VO).

#### IV. Handlungsempfehlungen für Hochschulen und deren Angehörige

Der Einsatz von KI auf Studierendenseite geschieht weitgehend regelungsfrei: Prüfungs- und Studienordnungen enthalten oft noch keine Regelungen, und der Gesetzgeber scheint sich der Problematik bislang nicht widmen zu wollen. Prüfende, die den Einsatz von KI gestatten, müssen Studierende exakt mit Blick auf den Einsatz der KI anleiten und anweisen und methodische Wege entwickeln, die eine von der KI abgrenzbare Eigenleistung identifizierbar und bewertbar macht. Studierenden stehen als Informationsquellen aktuell häufig nur Informationsschreiben ihrer Hochschulen zur Verfügung. Angesichts der so entstandenen Rechtsunsicherheit sollten die Hochschulen im Interesse aller Beteiligten dafür Sorge

tragen, dass Prüfungsordnungen angepasst und auf die neuen Technologien eingestellt werden. Dabei sollte explizit festgelegt werden, welcher Einsatz eines KI-Systems in welcher Prüfungsform zulässig ist.

Auf Hochschulseite müssen vor allem die Vorgaben der KI-Verordnung beachtet werden. Gerade im Hochrisikobereich (hier besonders bei der Prüfungsbewertung) setzen KI-VO, allgemeines Prüfungsrecht sowie Datenschutzrecht dem Einsatz von KI zu Recht Grenzen. Für Hochschulen lassen sich folgende Handlungsempfehlungen zusammenfassen: Der Einsatz von KI-Systemen sollte kontrolliert erfolgen, da andernfalls die Gefahr besteht, dass die Hochschulen für den beruflichen Einsatz durch Mitarbeiter auf privaten Accounts zur Verantwortung gezogen werden. Dazu sollte eine Lizenzierung von KI-Systemen vorgenommen werden. Sofern einfache KI-Systeme wie *ChatGPT* lizenziert werden, sollten Hochschulen ihrem Personal den Einsatz zu Hochrisiko-Zwecken wie der Prüfungsbewertung ausdrücklich untersagen, um nicht in eine Anbieterrolle zu rutschen. Sofern originär hochriskante KI-Systeme lizenziert werden, werden diese Pflichten vom ursprünglichen Anbieter erfüllt. Die Hochschule hat dann lediglich den weit aus kleineren Pflichtenkatalog der Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen zu beachten.

Schließlich müssen Hochschulen ihren Mitarbeitern gem. Art. 4 KI-VO nach bestem Wissen KI-Kompetenz vermitteln, wenn sie deren Einsatz zulassen. Das setzt unter anderem voraus, dass sie ihr Personal mittels Schulungen in die Lage versetzen, die Zügel selbst in die Hand zu nehmen und sie dazu anhalten, KI nur als Hilfsmittel, nicht aber als Ersatz für eigenverantwortliche Entscheidungen zu betrachten.<sup>33</sup>

Welche Auswirkungen der KI-Einsatz in der wissenschaftlichen Arbeit ansonsten haben kann, hat einer der Verfasser dieses Beitrags am eigenen Leib erfahren:<sup>34</sup> Während der Arbeit an einem Beitrag zur Regulierung künstlicher Intelligenz suchte er nach einer Definition für „algorithmische Systeme“. Die in der Literatur gefundenen Definitionen, die vorrangig Entscheidungsprozesse betonen, entsprachen nicht seinen Anforderungen, woraufhin er eine eigene Definition entwickelte, die den Entscheidungsbegriff ausließ. Ein späterer Versuch, diese Definition mit Hilfe eines KI-Sprachsystems zu überprüfen, offenbarte die Tendenz der KI, bestehende Kon-

<sup>31</sup> Schwartzmann, *Forschung & Lehre* 2024, 352 (353), <https://www.wissenschaftsmanagement-online.de/beitrag/autonom-wie-eintier-ki-hochschullehre-und-pr-fung-16182> (zuletzt abgerufen am 29.5.2024).

<sup>32</sup> Vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 7.12.2023 – C-634/21.

<sup>33</sup> Eine allgemeine Handreichung zur Implementierung von KI-Systemen durch Bildungseinrichtungen findet sich bei Schwartz-

mann/Keber/Zenner (Hrsg.), *KI-VO Leitfaden/Schwartzmann* 2. Teil 1. Kap. Rn. 185 ff., im Erscheinen.

<sup>34</sup> Beispiel nach Köhler, *Blog der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht* 5/2024, [https://www.th-koeln.de/wirtschafts-und-rechtswissenschaften/ki-in-forschung-und-lehre-so-vermeidet-man-fallstricke\\_114968.php](https://www.th-koeln.de/wirtschafts-und-rechtswissenschaften/ki-in-forschung-und-lehre-so-vermeidet-man-fallstricke_114968.php) (zuletzt abgerufen am 29.5.2024).

zepte zu reproduzieren: Unbemerkt fügte sie den ausgelassenen Entscheidungsbegriff wieder ein, basierend auf ihrer Datenprogrammierung, die eine Verknüpfung zwischen „algorithmischen Systemen“ und „Entscheidungsfindung“ nahelegt. Das Beispiel unterstreicht die Schwäche des Einsatzes generativer KI in der Wissenschaft: Sie kann den kreativen Fortschritt zunichte machen, der Kern einer wissenschaftlichen Publikation ist, wenn der hinter dem Einsatz stehende Mensch sich seiner Eigenverantwortlichkeit nicht bewusst ist. Die rechtliche Umsetzung dieser Erkenntnis braucht in der demokratischen Gesellschaft naturgemäß Zeit. Bis der Prozess abgeschlossen ist, sollten Studierende ebenso wie Hochschulen die verlockenden Vorzüge des KI-Einsatzes mit Vorsicht genießen.

*Professor Dr. Rolf Schwartmann* ist Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln, Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD), e.V. und Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für KI- und Datenrecht. Er ist Mitherausgeber und Mitautor von Schwartmann/Keber/Zenner, Praxisleitfaden zur KI-Verordnung, der im Juli 2024 erscheinen wird.

*Sonja Kurth* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht.

*Moritz Köhler* ist Doktorand von Rolf Schwartmann und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht und Mitautor des Praxisleitfadens.

# Margrit Seckelmann<sup>1</sup> und Jan Horstmann

## *Künstliche Intelligenz im Hochschulbereich und Datenschutz*

### Übersicht

#### I. Einführung

1. Die richtigen Noten für die falschen Studierenden?
2. Grundlegende Einsichten für KI im Hochschulbereich

#### II. Potenziale von KI an der Hochschule: Lehre im Fokus

#### III. Spannungslagen zwischen KI und Datenschutz

1. Relevante Merkmale von KI
  - a) Grundlagen
  - b) Trennung und Verschränkung der Datenverarbeitung in Training und Einsatz
2. Ausgewählte datenschutzrechtliche Anforderungen und resultierende Spannungen
  - a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich
  - b) Datenschutzgrundsätze des Art. 5 DS-GVO
  - c) Rechtsgrundlagen
  - d) Übermittlung in Drittstaaten
  - e) Profiling und automatisierte Entscheidung im Einzelfall
  - f) Technisch-organisatorischer Datenschutz und Datenschutz-Folgenabschätzung

#### V. Fazit und Ausblick

### I. Einführung

#### 1. Die richtigen Noten für die falschen Studierenden?<sup>2</sup>

Gut gemeint ist nicht immer gut. Das demonstriert ein Beispiel aus Großbritannien, das unter dem etwas plakativen Titel „F\*ck the Algorithm!“ in die jüngere Bildungsgeschichte eingegangen ist. Der entsprechende Zornesruf erklang im Sommer 2020 vor dem Parlament in Westminster aus den Mündern hunderter Schülerinnen und Schüler. Er wurde zu einem Zeichen des Widerstands gegen ein Vorhaben des englischen Amtes für die Regulierung von Prüfungen und Abschlüssen (Office of Qualifications and Examinations Regulation, Ofqual). Da in der Covid-19-Pandemie keine Abschlussarbeiten in Präsenz hatten durchgeführt werden können, wollte Ofqual die Abschlussnoten der Schülerinnen und Schü-

ler für das zum Hochschulstudium berechtigende Advanced bzw. A-Level des General Certificate of Education durch einen Algorithmus festlegen lassen.<sup>3</sup> Dieser sollte eigentlich für Objektivität sorgen. Da sich aus der Forschung ergeben hatte, dass Lehrende bei einer Ersetzung schriftlicher Examina durch Noten für den Gesamteindruck von der Leistungsfähigkeit der Schülerinnen und Schüler (was zunächst überlegt worden war) dazu neigen, deren Leistungen positiver einzuschätzen, entschied sich das Ofqual für die Festlegung der Abschlussnote aufgrund einer parametrisierten Formel (eines Algorithmus), aus welcher dann die Abschlussnote abgeleitet wurde. Mit anderen Worten wurden in dem betreffenden „Pandemie“-Jahrgang keine Prüfungen mehr durchgeführt, sondern die Hochschulzugangsberechtigung wurde aufgrund eines Algorithmus ermittelt, der im Wesentlichen auf drei Variablen beruhte: der historischen Notenverteilung der drei vergangenen Jahre der Schule, dem Rang der Schülerin oder des Schülers innerhalb eines Fachs an der jeweiligen Schule (anhand der Einschätzung der Lehrenden<sup>4</sup>) sowie vorherigen Klausurnoten sowohl der historischen als auch der zu beurteilenden Schülerinnen und Schüler.

Das Problem dieser „Objektivität“ war jedoch, dass sie einen verborgenen Bias enthielt. In Großbritannien ist das Bildungswesen nach wie vor von großen Unterschieden geprägt. Allerdings sorgen eine weitgehende Vereinheitlichung und die zeitgleiche Durchführung der A-Level-Prüfungen in England dafür, dass die Noten landesweit weitgehend vergleichbar sind. Um den Zugang zu den bekannten Einrichtungen in Oxford, Cambridge oder auch London wird intensiv konkurriert, gute Noten sind hierfür essenziell. Da es Ofqual zuließ, dass es in denjenigen Fällen, in denen in einem Fach an einer Schule weniger als 15 Schülerinnen und Schüler die Abschlussprüfung abzulegen hatten, aus praktischen Gründen doch wieder auf die Einschätzungen der Lehrenden

<sup>1</sup> Der Beitrag beruht auf dem Vortrag von Prof. Dr. Margrit Seckelmann beim 16. Hochschulrechtstag in Erlangen am 28.09.2023.

<sup>2</sup> Die Überschrift ist eine abgewandelte Version einer Überschrift der FAZ zur geschilderten Begebenheit, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/britische-pruefungsergebnisse-die-not-mit-den-noten-16915526.html> (Abruf 30.01.2024).

<sup>3</sup> In den übrigen Teilen des Vereinigten Königreichs gab es ähnliche Vorgänge. Ein ausführlicher technischer Bericht zu Ofquals Erwägungen und Methodik ist im Internet verfügbar: Ofqual,

Awarding GCSE, AS, A level, advanced extension awards and extended project qualifications in summer 2020: interim report, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f3571778fa8f5173f593d61/6656-1\\_Awarding\\_GCSE\\_AS\\_A\\_level\\_advanced\\_extension\\_awards\\_and\\_extended\\_project\\_qualifications\\_in\\_summer\\_2020\\_-\\_interim\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f3571778fa8f5173f593d61/6656-1_Awarding_GCSE_AS_A_level_advanced_extension_awards_and_extended_project_qualifications_in_summer_2020_-_interim_report.pdf) (Abruf 31.01.2024).

<sup>4</sup> Laut Ofqual (Fn. 2, S. 13ff.) sind die Einschätzungen der Lehrenden in relativer Hinsicht verlässlicher als in absoluter Hinsicht.

gesetzt werden sollte, wäre dieses – so vermutete man jedenfalls – Schülerinnen und Schülern an Privatschulen und in kleinen Kursen, vor allem in bildungsbürgerlich konnotierten Fächern wie Latein, Altgriechisch oder Kunstgeschichte, zugutegekommen. Zudem floss die allgemeine Notenverteilung an der betreffenden Schule aus den letzten Jahrgängen in die Formel ein und hätte zusätzlich diejenigen fleißigen und intelligenten Personen benachteiligt, die in der Abschlussprüfung trotz schlechter Startbedingungen beachtliche Punktzahlen erzielt hätten. Dieser implizite Bias wäre – hätte es keine Proteste dagegen gegeben – dadurch verstärkt worden, dass das zur Anfechtung der Noten vorgesehene Verfahren als kompliziert und kostenpflichtig erschien, so dass viele hiervor zurückgeschreckt hätten. Als dann noch bekannt wurde, dass aufgrund der Pandemie insgesamt weniger Studienplätze angeboten werden sollten, lief das Fass über – und es kam zu den eingangs erwähnten Protesten, bei denen interessanterweise die Schuld beim Algorithmus gesucht wurde. Letzten Endes wurde die angekündigte Formel nicht angewendet, es wurden die algorithmisch vergebenen Noten zurückgezogen und durch die Einschätzung der Lehrenden ersetzt.<sup>5</sup> Ob die gefundene Lösung allerdings mehr oder vielmehr weniger Bildungsgerechtigkeit enthielt, wurde danach von den Schülerinnen und Schülern nicht mehr problematisiert, denn in ihren Augen stand eines fest: Der Algorithmus war schuld.

## 2. Grundlegende Einsichten für KI im Hochschulbereich

Was lässt sich aus diesem Beispiel für den Einsatz von KI im deutschen Hochschulbereich lernen? Einerseits fallen

zunächst die Unterschiede zu diesem (für die Bildungssoziologie hochinteressanten Beispiel<sup>6</sup>) auf. Es macht auf der anderen Seite aber zwei grundlegende Einsichten für den Datenschutz im Hochschulbereich beim KI-Einsatz sehr deutlich:

Erstens lassen sich dieser und ähnliche Fälle des Einsatzes von KI mit den klassischen Begriffen des Datenschutzrechts nur begrenzt fassen. Denn zum einen gibt es auf die im Falle Ofqual berechtigterweise aufgeworfene Frage, für welche Zwecke man überhaupt KI nutzen sollte, keine Antwort. Zum anderen lag ein Großteil des Problems gerade in der Heranziehung der statistischen Verteilung von Noten in vorherigen Jahren für die Entscheidung über die aktuellen Schülerinnen und Schüler.<sup>7</sup> Zwar wird durch die Entscheidung über die individuelle Note letztlich ein Personenbezug hergestellt.<sup>8</sup> Skandalisiert wurde jedoch die Anknüpfung an gruppenbezogene Merkmale, also ein Bias, der – wie bei KI-Applikationen häufig – daraus resultiert, dass aus dem (historischen) Verhalten vieler auf das mögliche Verhalten eines Einzelnen geschlossen wird.<sup>9</sup> Und das wirft wiederum eine zentrale Thematik der Debatten um Datenschutz und KI auf: Inwieweit ist das Datenschutzrecht das richtige Instrument, um einen Schutz vor „unangemessenen Schlussfolgerungen“<sup>10</sup> zu gewährleisten? Beide Problemstellungen lassen sich nicht mit dem personenbezogenen Ansatz des Datenschutzrechts allein behandeln. Es kommt auch auf noch offene Fragen seines Zusammenspiels mit anderen Normen an, insbesondere dem technikbezogenen Ansatz der KI-Verordnung (KI-VO) der EU,<sup>11</sup> die einen ersten Baustein des KI-Rechts darstellt. Für KI-Systeme zur Anwendung in Einrichtungen der allgemeinen und beruflichen Bildung aller Stufen sind nach der KI-VO bei einer Reihe von Einsatzzwecken,

<sup>5</sup> Zum Ganzen: *Craven*, Ofqual grades algorithm: A recipe for unfairness, <https://upreach.org.uk/news/ofqual-grades-algorithm-a-recipe-for-unfairness>, abgerufen am 31.01.2024; *Willis/Chiusi*, United Kingdom – Research, in Chiusi et al., *Automating Society Report 2020*, S. 280; *Kolkman*, LSE Blog vom 26.08.2020, <https://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2020/08/26/fk-the-algorithm-what-the-world-can-learn-from-the-uks-a-level-grading-fiasco/>, abgerufen am 31.01.2024.

<sup>6</sup> S. die beginnende wissenschaftliche Durchdringung bei *Gardner*, *IEEE Tech. & Soc. Mag. Jg. 41 Ausgabe 2 (2022)*, 84-89; *Mallett*, *Reviewing the impact of OFQUAL's assessment 'algorithm' on racial inequalities in Lander/Kay/Holloman, COVID-19 and Racism – Counter-Stories of Colliding Pandemics (2023)*, S. 187-198.

<sup>7</sup> Zum Schluss von Verhaltensdaten vieler auf das zukünftige Handeln des Einzelnen *Seckelmann*, *Verwaltung 2023*, 1 (26f.).

<sup>8</sup> Nach der Rechtsprechung sowie langjähriger Ansicht der Aufsichtsbehörden ist der Personenbezug anhand des Inhalts, des Zwecks und der Auswirkungen einer Information zu beurteilen, s. insb. *EuGH*, 20.12.2017, C-434/16 - *Nowak* = *ZD* 2018, 113; s.a. *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP136 – *Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“*, 20.6.2007.

<sup>9</sup> *Seckelmann (Fn. 7)*, 26f.

<sup>10</sup> *Wachter/Mittelstadt*, *Columbia Business L. Rev.* 2019, 494. In seiner grundrechtlichen Konzeption ist jedenfalls das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als akzessorischer Vorfeldschutz vor freiheitsbegrenzenden Entscheidungen anderer angelegt, s. *Britz*, *Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts in Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft*, S. 570f.; krit. zu einem datenschutzrechtlichen Schutz vor unangemessenen Schlussfolgerungen *Steinbach*, *Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen - grundrechtliche Argumentation im Kontext von Artikel 22 DSGVO (2021)*, S. 220.

<sup>11</sup> *Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (Gesetzgebungsverfahren COD 2021/0106)*. Da sich der Gesetzgebungsprozess zum Zeitpunkt des Verfassens in der finalen Phase befand, wird hier die vom EP am 13.3.2024 angenommene Fassung (Dokument-Nr. P9\_TA(2024)0138 zugrunde gelegt, deren Annahme durch den Rat erwartet wird. Zur Übersetzung wurde teilweise die allgemeine Ausrichtung des Rates vom 6.12.2024 (ST 15698 2022 INIT) herangezogen.

insbesondere Zulassung und Bewertung (einschließlich Zwischenbewertungen), die Vorgaben für Hochrisiko-KI-Systeme anwendbar (Art. 6 Abs. 2 iVm Annex III Nr. 3 KI-VO).

Zweitens sind im Bildungsbereich existenzielle Güter der (beruflichen) Chancengleichheit und persönlichen Entfaltung betroffen. Es ist ein Versprechen von KI, dass diese Güter mittels Effizienz und Standardisierung nachgerade „automatisch“ maximiert würden. Zweifelsohne bietet zudem insbesondere generative KI ein enormes Potenzial zur Ausbildung und Entfaltung von Kreativität. Doch müssen Chancengleichheit und persönliche Entfaltung als umkämpfte, diskursiv bestimmte und verteilte Güter angesichts der oft verborgenen „Prägenkraft der Technik“<sup>12</sup> auch gegen diese behauptet werden.<sup>13</sup> Das ruft grundrechtliche Verbürgungen (insbesondere Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1, Art. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 12 GG sowie Art. 7, 8, 13 S. 2, 14, 15 GRCh) auf, die hinter den hier behandelten Normen des Datenschutzrechts stehen. Sie müssen im weitgehend staatlich geprägten Hochschulbereich durch die Hochschulen selbst zur Geltung gebracht werden.<sup>14</sup> Diese Belange sind also bei den folgenden Ausführungen zu den Spannungslagen zwischen KI und Datenschutzrecht im Bewusstsein zu behalten.

## II. Potenziale von KI an der Hochschule: Lehre im Fokus

Künstliche Intelligenz verfügt als Querschnitts-<sup>15</sup> oder „Meta-Technologie“<sup>16</sup> über kaum überschaubare Einsatzmöglichkeiten, die sich durch die Dynamik der technischen wie sozialen Entwicklung laufend erweitern. Entsprechend vielfältig sind auch die Einsatzmöglichkeiten im Hochschulbereich. Mit der Verbreitung großer Sprachmodelle (Large Language Models) wie ChatGPT

für den Einsatz durch private Nutzerinnen und Nutzer ohne besondere Vorkenntnisse bestehen breite Einsatzmöglichkeiten in allen Bereichen des Hochschulrechts von der Bewerbung bis zur Prüfung, insbesondere in der Produktion, im Erwerb und in der Repräsentation von Wissen. Ein Beispiel ist die Illustration von Wissen durch KI-Systeme, die aus Texteingaben Bilder generieren.<sup>17</sup> Mittels Schnittstellen können auf Sprachmodellen beruhende KI-Systeme bei Verfügbarkeit entsprechender Daten grundsätzlich auch für den konkreten Einsatzzweck angepasst werden.<sup>18</sup>

KI kann nunmehr also an allen Stationen einer Hochschullaufbahn eingesetzt werden: Bei der Zulassung Studierender, in der Lehre, im Selbststudium, in der Durchführung und Bewertung von Prüfungsleistungen, in beruflichen Auswahlentscheidungen,<sup>19</sup> in der Forschung sowie in der Verwaltung. Die Einsatzszenarien lassen sich grob in bewertende Anwendungen wie Prüfungsbeurteilung und Auswahlentscheidungen sowie vorrangig kreative und didaktische Anwendungen einteilen. Während KI in die Forschung idR weniger institutionell durch die Hochschule eingeführt werden dürfte, sondern von den Forschenden selbst als Arbeitsmittel herangezogen wird, bieten sich besonders im Bereich der Lehre, grundrechtlich verstanden als systematisch angelegte Verbreitung des in der Forschung Erkannten,<sup>20</sup> spannende Einsatzmöglichkeiten und zugleich Herausforderungen durch die grundrechtliche Betroffenheit der Studierenden.<sup>21</sup> Besonders im Selbststudium und in Ergänzung von Lehrangeboten können KI-Systeme eine strukturierende und unterstützende Funktion einnehmen. Dies kann verschiedene KI-Elemente wie beispielsweise Empfehlungsalgorithmen sowie Chatbots umfassen und diese kombinieren. Die Übergänge sind dabei fließend. Chatbots etwa könnten Lerninhalte – mit dem jeweiligen relevanten Lernstoff – nicht nur empfehlen,

<sup>12</sup> Wischmeyer, AöR 2018, 1 (20ff.).

<sup>13</sup> In diese Richtung deutet die Lehre, die Kolkman (Fn. 5) aus dem Eingangsbeispiel zieht: „Algorithmic accountability“ erfordert die Ausbildung kritischer Öffentlichkeiten für Algorithmen.

<sup>14</sup> Neben Studierenden und Lehrenden kommt auch privaten und öffentlichen Hochschulen der Schutz der Wissenschaftsfreiheit zu (Kempfen in BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 56. Ed. Stand 15.8.2023, Art. 5 Rn. 185). Dies wird relevant, wenn staatliche Regelungen Vorgaben zum KI-Einsatz in Forschung oder Lehre enthalten, wird hier aber nicht behandelt.

<sup>15</sup> Djeffal, DuD 2021, 529 (531).

<sup>16</sup> Oster, JZ 2021, 167.

<sup>17</sup> Von einem beeindruckenden Beispiel, in dem auch zusammenhängende Geschichten mit KI in die Form eines Comics gebracht wurden berichtet Heaven, MIT Technology Review, 5.3.2024, <https://www.technologyreview.com/2024/03/05/1089458/generative-ai-turn-my-story-into-comic-images-lore-machine/>

(Abruf 6.3.2024).

<sup>18</sup> Für ChatGPT s. FAQ: Enterprise privacy at OpenAI, Stand 10.01.2024, <https://openai.com/enterprise-privacy>.

<sup>19</sup> S. dazu Herrmann, ODW 2024, 25-44.

<sup>20</sup> Kempfen in BeckOK GG, Epping/Hillgruber, 56. Ed. Stand 15.8.2023, Art. 5 Rn. 183.

<sup>21</sup> Hier wird davon ausgegangen, dass Lehrende den KI-Einsatz selbst in die Lehre aufnehmen. Die Einführung von KI kann als äußere Beeinflussung des grundrechtlich geschützten methodischen Ansatzes der Lehre (Kempfen in BeckOK GG, Epping/Hillgruber, 56. Ed. Stand 15.8.2023, Art. 5 Rn. 183) im Einzelfall auch einen Eingriff in die Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) darstellen (s. Heckmann/Rachut, ODW 2024, 85 (88)). In diesem Zusammenhang wären auch mögliche Bedrohungen der Freiheit der Lehre zu reflektieren, die durch die Fortentwicklung eines zunächst durch die Lehrperson autonom eingeführten KI-Systems im Zeitverlauf entstehen können.

sondern in unterschiedlicher Darreichungsform generieren, um die präferierte (oder gar algorithmisch als am effektivsten ermittelte) Lernform individueller Studierender zu bedienen oder einfach das Lernen abwechslungsreicher zu gestalten. In der Lehre ergeben sich die Einsatzfelder des (ggf. begleiteten) Selbststudiums, der Präsenzlehre sowie der Prüfung. Die folgenden, nur beispielhaft aufgezählten Einsatzmöglichkeiten veranschaulichen die Breite und Vielfalt der Konstellationen:

Im Selbststudium:

- Auswahl und Empfehlung von Lerninhalten anhand allgemeiner Vorgaben des Lehrpersonals, potenziell auch anhand des Lernstands oder Vorlieben individueller Studierender (Empfehlungssysteme)
- Aufbereitung und Präsentation des Lernstoffs in immer wieder abgewandelter und ggf. personalisierter Form durch Sprachmodelle, wobei ein KI-Chatbot neben vielen anderen beispielsweise die Rolle eines sokratischen Dialogpartners einnehmen kann<sup>22</sup>
- Erstellung und Auswertung von Tests zur Selbstüberprüfung, auch mittels Abwandlung oder Personalisierung, Bewertung von Übungsaufgaben
- Erkennen von Lerndefiziten durch Auswertung des Lernfortschritts, um Beratungs- oder Fördermaßnahmen zu ergreifen

In der Präsenzlehre:

- Erstellung von Lehrmaterialien
- Einbindung von generativer KI zur Vermittlung von Fähigkeiten für den wissenschaftlichen oder künstlerischen Umgang mit KI

In der Prüfung:<sup>23</sup>

- Erkennung von Täuschungsversuchen (sog. E-Proctoring<sup>24</sup> oder Erkennung von KI-generiertem Text<sup>25</sup>)
- Auswertung der Prüfungsleistung vollständig oder

teilweise durch ein KI-System<sup>26</sup>

- Auswertung der Prüfungsleistung durch Lehrende, KI-Assistenz beim Verfassen von Korrekturanmerkungen und Voten<sup>27</sup>

Die Einsatzfelder gehen durchaus fließend ineinander über, wie schon die unverbindliche Lernstandsüberprüfung, abschlussrelevante Studienleistungen ohne Notenbewertung oder das Selbststudium mit anlassbezogener Einbindung des Lehrpersonals verdeutlichen. Abstrakt gesprochen besteht eine steigende Grundrechtsrelevanz, je mehr der KI-Einsatz von einer ermöglichenden Erweiterung der Lernmittel im Selbststudium in die heteronome Prüfungssituation übergeht, wobei er zusehends die eigene Sphäre der Studierenden verlässt und künftige berufliche sowie persönliche Entfaltungschancen betroffen sind. Datenschutzrechtliche Bestimmungen sind aber in allen Fällen relevant.

### III. Spannungslagen zwischen KI und Datenschutz

Da KI-Training und der hier im Fokus stehende KI-Einsatz in aller Regel personenbezogene Daten benötigen, ist zumeist auch das Datenschutzrecht einschlägig. Auch das Aufkommen der großen Sprachmodelle blieb nicht ohne datenschutzrechtliche Implikationen: Nachdem die italienische Datenschutzaufsichtsbehörde den Betrieb von ChatGPT für Italien im März 2023 vorübergehend untersagt und kurz darauf unter Auflagen wieder zugelassen hat,<sup>28</sup> scheint sich nun – auch in Anbetracht von Alternativen, die mehr Datenschutz bieten – bei den Aufsichtsbehörden die Ansicht durchzusetzen, dass sie unter Beachtung bestimmter Maßnahmen datenschutzkonform eingesetzt werden können.<sup>29</sup>

Mit einigen Vorschriften jedoch gerät KI aufgrund ihrer technischen Funktionsweise und den wirtschaftlichen Bedingungen ihrer Herstellung und ihres Einsatzes in besondere Spannung.

<sup>22</sup> Überblick bei *Sabzalieva/Valentini*, ChatGPT and Artificial Intelligence in higher education – Quick start guide, S. 9, [https://www.iesalc.unesco.org/wp-content/uploads/2023/04/ChatGPT-and-Artificial-Intelligence-in-higher-education-Quick-Start-guide\\_EN\\_FINAL.pdf](https://www.iesalc.unesco.org/wp-content/uploads/2023/04/ChatGPT-and-Artificial-Intelligence-in-higher-education-Quick-Start-guide_EN_FINAL.pdf) (Abruf 28.2.2024).

<sup>23</sup> Eine umfassende Systematisierung und rechtliche Einordnung bieten *Heckmann/Rachut* (Fn. 21), 85.

<sup>24</sup> Zur datenschutzrechtlichen Bewertung ausführlich *Giannopoulou/Ducato/Angiolini/Schneider*, JIPITEC 2023, 278.

<sup>25</sup> Dazu *Hoeren* in *Salden/Leschke*, Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung (2023), S. 32f.

<sup>26</sup> Dazu insb. aus prüfungsrechtlicher Perspektive *Hoeren*

(Fn. 25), 35ff.

<sup>27</sup> S. ebd.

<sup>28</sup> Pressemitteilungen und Verfügungen des Garante per la protezione dei dati personali sind, teilweise mit englischer Übersetzung, abrufbar unter <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870847> (Abruf 7.3.2024).

<sup>29</sup> So hat der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) eine erste Checkliste erstellt: Checkliste zum Einsatz LLM-basierter Chatbots, Stand 13.11.2023, [https://datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/HmbBfDI/Datenschutz/Informationen/20231113\\_Checkliste\\_LLM\\_Chatbots\\_DE.pdf](https://datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/HmbBfDI/Datenschutz/Informationen/20231113_Checkliste_LLM_Chatbots_DE.pdf) (Abruf 7.3.2024).

## 1. Relevante Merkmale von KI

## a) Grundlagen

KI bezeichnete ursprünglich ein Forschungsfeld mit dem Ziel der Simulation möglichst aller Aspekte der (menschlichen) Intelligenz durch Computer.<sup>30</sup> Die hier interessierenden KI-Systeme sind solche, die überwiegend auf maschinellem Lernen beruhen, also mittels der Auswertung von Daten (Trainingsdaten) unter Verwendung statistischer und mathematischer Methoden eine Funktion ermitteln, um Eingabewerten eine Ausgabe zuzuordnen. Dass sich die verwendeten Trainingsdaten stark auf das finale KI-System niederschlagen, offenbart sich im Bonmot „garbage in, garbage out“: auf einer unzureichenden Datengrundlage lässt sich kein brauchbares KI-System trainieren.<sup>31</sup>

Auf diese überragenden Bedeutung von Daten, die auch auf den hier im Fokus stehenden KI-Einsatz durchschlägt, gehen viele der Spannungen mit dem Datenschutzrecht zurück. Viele KI-Systeme, die gute Ergebnisse erzielen, beruhen im Übrigen auf neuronalen Netzen oder ähnlichen Techniken (insbesondere dem sog. Deep Learning). Dabei lassen sich aufgrund der großen Datenmengen, komplexer mathematischer Gewichtungen in den verdeckten Schichten des Netzwerks und einiger Methoden zur Reduzierung der benötigten Rechenleistung, die Faktoren, die eine bestimmte Ausgabe ausschlaggebend sind, nicht eindeutig und erst recht nicht für Nutzerinnen und Nutzer intuitiv verständlich nachvollziehen (Black-Box-Problematik).<sup>32</sup> Wichtig ist darüber hinaus, KI-Systeme als sozio-technische Systeme<sup>33</sup> zu begreifen, d.h. ihre Wechselwirkung mit institutionellen, ökonomischen und psychologischen Faktoren und Prozessen zu berücksichtigen, die die konkreten Formen und Wirkungen des KI-Einsatzes beeinflussen. Schließlich geschieht die Herstellung von KI-Systemen in verzweigten Wertschöpfungsketten bzw. Ökosystemen, die im Falle vieler beliebter KI-Systeme durch US-amerika-

nische und chinesische Unternehmen dominiert werden. Dass die substanzielle Durchsetzung europäischen Datenschutzrechts gegen diese trotz beachtlicher Bußgelder an Grenzen stößt, ist bekannt. Für einzelne betroffene Personen resultiert die Kombination dieser Umstände darin, dass ihnen Art und Umfang der Verarbeitung personenbezogener Daten im Wesentlichen oft verborgen bleiben und schon mangels Wissens ihrer Kontrolle entzogen sein können.

## b) Trennung und Verschränkung der Datenverarbeitung in Training und Einsatz

Bei KI lassen sich die Phasen des Trainings und des Einsatzes unterscheiden. In beiden können personenbezogene Daten verarbeitet werden. Auf die Datenverarbeitung zu Trainingszwecken soll hier zwar nicht näher eingegangen werden,<sup>34</sup> stets zu berücksichtigen ist aber, dass sie sich stark auf die Qualität des KI-Systems im Einsatz auswirkt. Das Datenschutzrecht stellt dies vor das grundlegende Problem, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten einer Gruppe natürlicher Personen im Training Erkenntnisse über andere Personen ermöglicht und sich auf ihre Rechte, Freiheiten und Interessen, zuweilen auch als Gruppe, auswirken kann, während der Datenschutz überwiegend individuell und an der einzelnen Verarbeitung orientiert konzipiert ist.<sup>35</sup>

Spezielle Probleme können durch die Trennung der beiden Phasen auftauchen, wenn die Datenverarbeitung für das Training eines Systems in Drittstaaten<sup>36</sup> stattfindet. In der Regel dürften einzelne Datenverarbeitungen (z.B. das sog. Labelling der Daten) in Form einer Auftragsverarbeitung oder durch gesonderte Einheiten des Verantwortlichen durchgeführt werden. Für Datenübermittlungen an diese sind dann zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen der DS-GVO die speziellen Bedingungen der Art. 44 ff. DS-GVO einzuhalten.<sup>37</sup> Bei einer vollständigen Entwicklung eines Systems außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs der DS-GVO hingegen können EU-Datenschutzstandards im Training

<sup>30</sup> S. McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, gekürzte Fassung in AI Magazine 2006, 12-14.

<sup>31</sup> Instrukтив zur Bedeutung der Datengrundlage und damit verbundener Gestaltungsentscheidungen Barocas/Selbst, 104 Cal. L. Rev. (2016), 671-732; Lehr/Ohm, 51 UC Davis L. Rev. (2017), 653-717.

<sup>32</sup> Einführend Burrell, Big Data & Society 2016 (1), 1-12; De Laat, Philos. Technol. 2018, 525 (529ff.).

<sup>33</sup> Prägnant Wischmeyer (Fn. 12), 21: "sozio-technische Assemblage". S.a. Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten, 2019, S. 25 (Empfehlung 36).

<sup>34</sup> Dazu Hornung, Trainingsdaten und die Rechte von betroffenen Personen – in der DSGVO und darüber hinaus? in BMUV/Rostalski, Künstliche Intelligenz – Wie gelingt eine vertrauenswürdige Verwendung in Deutschland und Europa?, S. 91-120.

<sup>35</sup> Zur möglichen Absicherung gruppenbezogener Ziele durch die DS-GVO Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, Bertelsmann Stiftung 2018, S. 39f.

<sup>36</sup> Außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EU-Staaten sowie Norwegen, Liechtenstein, Island).

<sup>37</sup> Zerdick in Ehman/Selmayr, 2. Aufl. 2018, Art. 44 DS-GVO Rn. 13.

unterschieden werden, später aber ein Einsatz im Anwendungsbereich der DS-GVO stattfinden.<sup>38</sup>

Überdies können Systeme eingesetzt werden, bei denen in der Einsatzphase laufend neues Feedback für den lernenden Algorithmus generiert wird und damit ein weiteres Training erfolgt. Gerade bei KI, die als Dienstleistung angeboten (AI as a Service, AIaaS) oder auf Plattformen eingebunden wird, ist es möglich, dass die während des Einsatzes eingegebenen Daten vom Dienstleister wiederum als Trainingsdaten verwendet werden. Teilweise bieten AIaaS-Anbieter gegen Aufpreis Leistungen an, in denen Eingaben nicht für das Training verwendet werden.<sup>39</sup>

## 2. Ausgewählte datenschutzrechtliche Anforderungen und resultierende Spannungen

Die allgemeinen Vorschriften der DS-GVO gelten für die Herstellung (insbesondere das Training) und den Einsatz von KI im Hochschulbereich, sofern dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Die DS-GVO wird durch Landes- und Bundesrecht ausgefüllt und ergänzt insbesondere die Landesdatenschutz- und Landeshochschulgesetze.<sup>40</sup>

### a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Die für die Anwendung der DS-GVO ausschlaggebenden Merkmale der Verarbeitung und der personenbezogenen Daten sind in Art. 4 Nr. 1, 2 DS-GVO definiert. Eine Verarbeitung ist entsprechend der offenen Aufzählung in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO jeder Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten, woraus sich für den hiesigen Zusammenhang keine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs ergibt.

Das wichtigste Kriterium für die Abgrenzung personenbezogener Daten von nicht erfassten Sachdaten, statistischen oder anonymen Daten (ErwG 26 DS-GVO) ist der Bezug zu einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person (betroffene Person). Dass durch die

Verknüpfung von Datenbeständen und leistungsstarke mathematisch-statistische Modelle die Möglichkeiten der Identifizierung und Ableitung von Wissen um natürliche Personen – oder jedenfalls von stochastisch hinreichend treffsichereren Schlussfolgerungen – im hiesigen Kontext enorm weit geworden sind, ist beinahe ein datenschutzrechtlicher Allgemeinplatz.<sup>41</sup> Dies liegt nicht zuletzt in der weiten Auslegung des Personenbezugs durch den EuGH und die Art.-29-Datenschutzgruppe begründet.<sup>42</sup> Es lässt sich sogar die noch nicht zufriedenstellend gelöste Frage aufwerfen, ob KI-Modelle selbst personenbezogene Daten enthalten, da sie die in den Trainingsdaten vorhandenen Informationen abbilden und diese sich in informationstechnischen Angriffsszenarien ggf. sehr granular rekonstruieren lassen.<sup>43</sup> Die Anonymisierung als Strategie der Vermeidung datenschutzrechtlicher Herausforderungen wirft selbst datenschutzrechtliche Fragen auf und ist bei KI oft technisch anspruchsvoll.<sup>44</sup> Grundsätzlich ist demnach davon auszugehen, dass in allen Phasen des KI-Einsatzes in personenbezogenen Kontexten wie dem Hochschulbereich personenbezogene Daten verarbeitet werden. Bei den oben exemplarisch aufgeführten Einsatzzwecken sind die betroffenen Personen vorrangig Studierende, während bei anderen Einsatzzwecken auch Beschäftigte betroffen sein können.

Perspektivisch (und im Einzelfall auch heute) scheint es möglich, dem Personenbezug speziell für das KI-Training mittels der Verwendung synthetischer Daten auszuweichen. Diese enthalten keine Informationen über natürliche Personen, weisen aber die für das KI-Training notwendigen statistischen Eigenschaften auf. Für die Erstellung solcher Daten wird echten Datensätzen beispielsweise mittels Techniken der differential privacy randomisierte Information (noise) hinzugefügt und ein Datensatz mit annähernd gleichen statistischen Eigenschaften generiert.<sup>45</sup> Man kann jedoch nicht pauschal davon ausgehen, dass die Schwelle der DS-GVO zum Personenbezug durch ein verbleibendes Risiko der Re-Iden-

<sup>38</sup> U.U. mag sich dies über die Datenqualität mittelbar auch auf betroffene Personen in der Union auswirken, durch die DS-GVO jedoch wird es nicht adressiert. Die KI-VO hingegen adressiert den internationalen Datenverkehr indirekt: Sie gilt für in der EU auf den Markt gebrachte und eingesetzte Systeme und sogar, wenn nur das Ergebnis eines Systems in der EU verwendet wird (Art. 2 Abs. 1 lit. a), c)). Art. 10 des KI-VO fordert mit Blick auf die Datenqualität u.a., dass Trainingsdatensätze geeignete statistische Eigenschaften hinsichtlich der vom Einsatz eines Hochrisiko-KI-Systems betroffenen Personen oder Gruppen aufweisen (Abs. 3 S. 2) sowie den geographischen Kontext berücksichtigen (Abs. 4). Dies muss nach Art. 11 auch dokumentiert werden.

<sup>39</sup> So im Team-Abonnement von OpenAI für GPT-4 oder bei Verwendung einer Schnittstelle (API), s. FAQ: Enterprise privacy at OpenAI (Fn. 18).

<sup>40</sup> Hier wird exemplarisch das nds. Landesrecht herangezogen.

<sup>41</sup> Grundlegend *Barocas/Nissenbaum* in Lane et al., *Privacy, Big data, and the Public Good: Frameworks for Engagement* (Cambridge UP 2014), S. 44-75; Mit reformorientierten Überlegungen *Karg*, ZD 2012, 255.

<sup>42</sup> *Purtova*, Law, Innovation & Technol. 2018, 40; *Ziebarth* in Sydow/Marsch, 3. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 37.

<sup>43</sup> *Veale/Binns/Edwards*, Phil. Trans. R. Soc. A 2018, 376:20180083; von Maltzan/Käde, DSRITB 2020, 505; *Boenisch*, DuD 2021, 448.

<sup>44</sup> Dazu mwN *Winter/Battis/Halvani*, ZD 2019, 489; anschaulich zur Problematik *Martini*, *Blackbox Algorithmen – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz* 2019, S. 160ff.

<sup>45</sup> *Winter/Battis/Halvani* (Fn. 44), 492f.; *Beduschi*, *Big Data & Society* 2024 (1), 1-5.

tifizierung bei synthetischen Daten nicht überschritten wird.<sup>46</sup> Zudem scheinen Aufwand und technische Reife den flächendeckenden Einsatz noch nicht zu ermöglichen.<sup>47</sup> Es kommt hier darauf an, mit verfeinerter Technik eine präzise Balance zwischen der Begrenzung von Informationsverlust und Identifizierungsrisiken herzustellen und diese rechtlich abzusichern. Unabhängig vom Personenbezug stellen sich bei diesen Techniken Fragen von Transparenz und Fairness, umso mehr mit Blick auf einen späteren, personenbezogenen Einsatz.<sup>48</sup>

Auch wenn sie nicht zwingend den Personenbezug ausschließen, sind die Erkenntnisse in diesem Bereich bei der Festlegung geeigneter technisch-organisatorischer Datenschutzmaßnahmen (Art. 24 Abs. 1, 32, 35 Abs. 7 lit. d) DS-GVO) zu berücksichtigen.

Persönlich treffen datenschutzrechtliche Pflichten v.a. den Verantwortlichen. Dies ist laut Art. 4 Nr. 7 DS-GVO die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Da es auf die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Verarbeitung ankommt, schließt die Auslagerung der Verarbeitung selbst an eine andere Stelle wie bei der Auftragsverarbeitung (Art. 4 Nr. 8 DS-GVO) die Verantwortlichkeit nicht aus. Entschließt sich die Hochschule, eine bestimmte KI-Anwendung, bei deren Einsatz personenbezogene Daten verarbeitet werden, für ihre Zwecke – insbesondere die Ergänzung bestimmter Lehrtätigkeiten – einzusetzen, so entscheidet sie damit idR über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung im Einsatz. Für die zuvor zwecks KI-Training geschehene Datenverarbeitung ist die Hochschule hingegen nur verantwortlich, wenn sie dieses Training selbst durchgeführt oder beauftragt hat. Manche Drittanbieter verarbeiten die im KI-Einsatz von der Hochschule erhobenen personenbezogenen Daten allerdings auch zu Zwecken des fortwährenden KI-Trainings. Wenn dies nicht ausgeschlossen ist, erscheint eine Verantwortlichkeit der Hochschule grundsätzlich auch für ihren tatsächlichen

Veranlassungsbeitrag hierzu möglich, nämlich die Erhebung und Übermittlung der Daten.<sup>49</sup>

#### b) Datenschutzgrundsätze des Art. 5 DS-GVO

Das Herzstück der materiellen Vorgaben der DS-GVO sind die Datenschutzgrundsätze des Art. 5 Abs. 1 DS-GVO. Sie sind bei jeder Datenverarbeitung zu beachten<sup>50</sup> und auch bei der Umsetzung der speziellen Pflichten zu berücksichtigen, wenn diese einen Interpretationsspielraum lassen, z.B. bei der Bestimmung der Speicherdauer von personenbezogenen Daten.<sup>51</sup>

Besondere Probleme im Zusammenhang mit KI werfen insbesondere die Grundsätze der Verarbeitung nach Treu und Glauben (engl. fairness), Transparenz und Zweckbindung auf.

Der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert eine Rücksichtnahme auf die Interessen der betroffenen Person<sup>52</sup> und ihre legitimen Erwartungen.<sup>53</sup> Im Zusammenhang mit KI wird betont, dass dies neben einer gewissen Transparenz auch impliziere, bei der Gestaltung der Verarbeitung besonders ihre Auswirkungen auf betroffene Personen (wie z.B. Diskriminierung) unter Berücksichtigung der speziellen Umstände sowie Machtasymmetrien abzuschätzen und die Datenverarbeitung dem angemessen zu gestalten.<sup>54</sup> Machtasymmetrien können sich v.a. aus der geringen Nachvollziehbarkeit von KI-Outputs sowie aus einem Mangel an Einblick in, aber auch bereits Überschaubarkeit der einer KI zugrunde gelegten Annahmen, Daten, Korrelationen und Schlüsse für die betroffenen Personen ergeben.<sup>55</sup> Auch die scheinbare Objektivität und eingeschränkte Angreifbarkeit der Ergebnisse von KI-Systemen sind hier zu nennen.<sup>56</sup>

Für den eng mit dem Grundsatz von Treu und Glauben verbundenen Transparenzgrundsatz bestehen vorranglich ähnliche Herausforderungen aufgrund der Black-Box-Problematik. Transparenzpflichten durchziehen die DS-GVO, insbesondere in Form der Informations- und Auskunftspflichten (Art. 13-15 DS-GVO). Für KI sind besonders die Pflichten zur Bereitstellung von aussagekräftigen Informationen zur involvierten Logik

<sup>46</sup> Überblick mwN bei *Beduschi* (Fn. 45).

<sup>47</sup> Vgl. *Winter/Battis/Halvani* (Fn. 44), 493.

<sup>48</sup> Für die Festlegung von prinzipienartigen Richtlinien für synthetische Daten *Beduschi* (Fn. 45).

<sup>49</sup> Vgl. EuGH, 29.7.2019, C-40/17 - Fashion ID Rn. 75ff.

<sup>50</sup> EuGH, 7.12.2023, C-634/21 - Schufa Holding (Scoring) = NJW 2024, 413 Rn. 67 mwN.

<sup>51</sup> *Schantz* in BeckOK DatenschutzR, 46. Ed. Stand 1.11.2022, Art. 5 DS-GVO Rn. 2.

<sup>52</sup> *Schantz* in BeckOK DatenschutzR, 46. Ed. Stand 1.11.2021,

Art. 5 DS-GVO Rn. 8.

<sup>53</sup> *Krügel/Pfeifenbring* in Datenschutzrechtliche Herausforderungen von KI in Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und Robotik (2020), § 11 Rn. 22.

<sup>54</sup> *Malgieri*, FAT\* '20, 154 (169).

<sup>55</sup> *Bayamlioglu*, EDPL 2018, 433 (435-438).

<sup>56</sup> *Prägnant Pasquale*, The Black Box Society - The Secret Algorithms That Control Money and Information (2016), S. 15 am Beispiel des Finanzsektors: „patina of inevitability“. Vgl. Auch *Wischmeyer* (Fn. 12), 21.

bei automatisierter Entscheidungsfindung (Art. 13 Abs. 2 lit. f), 14 Abs. 2 lit. g), 15 Abs. 1 lit. h) DS-GVO) relevant. Sie bieten im Lichte des Transparenzgrundsatzes (sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben) angewendet Potenzial, die inhärenten Transparenz- und Bestreitbarkeitsdefizite von KI zu adressieren. Dabei wird eine Vielzahl von Formen der Transparenz und benachbarten Konzepten diskutiert.<sup>57</sup> Das Potenzial ist aber angesichts von Beschränkungen und Streitigkeiten bezüglich des Anwendungsbereichs und Inhalts der genannten Pflichten stark begrenzt.<sup>58</sup> Zugleich ist Transparenz kein Allheilmittel für die Wahrung der dahinterstehenden Schutzgüter wie Autonomie oder Nichtdiskriminierung, da die Wirkungsmechanismen komplex sind und Transparenz häufig nicht zu selbstbestimmtem Handeln führt oder das Erkennen gruppenbezogener Benachteiligungen erlaubt.<sup>59</sup>

Der Grundsatz der Zweckbindung wird bei KI insbesondere dadurch infrage gestellt, dass potenziell alle Daten wertvolle Trainingsdaten für die Weiterentwicklung eines Systems oder das Training neuer Systeme darstellen.<sup>60</sup> Doch der Zweckbindungsgrundsatz fordert, dass personenbezogene Daten nur verarbeitet werden, wenn und soweit dies für den ursprünglichen Zweck ihrer Erhebung erforderlich ist. Zwar gelten Ausnahmen (s. Art. 6 Abs. 4 DS-GVO), die sog. Zweckvereinbarkeit ist aber insbesondere aufgrund einer fehlenden Verbindung des KI-Trainings zum ursprünglichen Zweck (idR Durchführung der Lehre) fraglich.<sup>61</sup> Insbesondere hat die Hochschule daher darauf zu achten, ob Anbieter von KI-Systemen, die zum Zweck der Hochschullehre eingesetzt werden, Daten auch für eigene Zwecke, z.B. für das Training verwenden und dies möglichst auszuschließen. Eine (Teil-)Verantwortlichkeit der Hochschule für diese zweckändernde Datenverarbeitung ist dabei nämlich idR schwierig auszuschließen (s. oben).

Den Verantwortlichen trifft darüber hinaus nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO eine Rechenschaftspflicht für die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze. Herausfordernd ist dies insbesondere beim Rückgriff auf Drittanbieter, in deren Datenverarbeitung die Hochschule selbst nur einen begrenzten Einblick hat.

Erneut sei hier auf die Verschränkung von Trainingsphase und KI-Einsatz hingewiesen, die auch Bedeutung idR Datenschutzgrundsätze erlangt. Besonders betrifft dies die Grundsätze der Transparenz und der Rechenschaftspflicht, die häufig die Berücksichtigung der Gestaltung des KI-Systems erfordern.<sup>62</sup> Perspektivisch könnten die Pflichten zur Dokumentation und Transparenz für die Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen (Art. 11, 13 KI-VO) für die datenschutzrechtlich Verantwortlichen die Berücksichtigung von gestalterischen Vorentscheidungen bei der Erfüllung ihrer eigenen Pflichten ermöglichen. Im Übrigen ist besonders die Rechenschaftspflicht bei der Auswahl von Dienstleistern und dem Abschluss entsprechender Verträge zu berücksichtigen.

### c) Rechtsgrundlagen

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DS-GVO erfordert jede Verarbeitung personenbezogener Daten eine der dort aufgeführten Rechtsgrundlagen. Da die Öffnungsklausel in Art. 6 Abs. 2, 3, Art. 89 DS-GVO nur die Verarbeitung zu „wissenschaftlichen und historischen Forschungszwecken“ erfasst, sind die davon Gebrauch machenden mitgliedstaatlichen Regelungen zugunsten der Lehre nicht anwendbar.<sup>63</sup>

Für den KI-Einsatz in der Lehre kommt daher zunächst die Einwilligung der betroffenen Person, idR Studierende, nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DS-GVO in Betracht. Dafür muss die betroffene Person nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich eine Willensbekundung abgeben, dass sie mit der Datenverarbeitung einverstanden ist. Problematisch ist bei KI die Bestimmtheit für den konkreten Fall. Diese muss hinreichend konkret mindestens die involvierten Stellen, verarbeiteten Daten und die verfolgten Verarbeitungszwecke in Bezug nehmen (ErwG 32 DS-GVO).<sup>64</sup> Werden bei der Nutzung von KI im Hochschulkontext neben den für diese Nutzung selbst erforderlichen Datenverarbeitungen zusätzliche Verarbeitungen durch Dritte vorgenommen, z.B. aufgrund der Nutzung von Drittanbieter-KI, bei der Nutzungsdaten für das weitere Training verwen-

<sup>57</sup> Als erste Auswahl und mwN s. *Edwards/Veale*, 16 Duke L. & Tech. Rev. (2017), 18 (54ff.); *Malgieri/Comandé*, IPDL 2017, 243; *Kumkar/Roth-Isigkeit*, JZ 2020, 277 (283ff.).

<sup>58</sup> Grundlegend *Wachter/Mittelstadt/Floridi*, IDPL 2017, 76; *Edwards/Veale* (Fn. 57), 44ff.; optimistischer *Goodman/Flaxman*, AI Mag 2017, 50 (55); *Selbst/Powles*, IDPL 2017, 233. Einen weiteren Anwendungsbereich bietet jedoch das „Recht auf Erklärung“ bei Hochrisiko-KI-Systemen im neuen Art. 86 KI-VO.

<sup>59</sup> *Edwards/Veale* (Fn. 57), 65ff.; *Dreyer/Schulz* (Fn. 35), S. 26f.

<sup>60</sup> Vgl. *Hornung* (Fn. 34), S. 100; mit mwN auch *Krügel/Pfeifferbring*

(Fn. 53), § 11 Rn. 24.

<sup>61</sup> Laut HmbBfDI (Fn. 29), S. 2 fehlt zudem idR eine Rechtsgrundlage.

<sup>62</sup> Treffend *De Laat*, (Fn. 32), 530: „[...]any account of how an algorithm has been constructed, cannot do without an account of how datasets have been used in the process (say, as concerns possibly biased data). So accounting for machine learning models can only make sense if all phases are taken into account.“

<sup>63</sup> *Krügel* in *Krügel/Schmieder NDSG*, 1. Aufl. 2023, § 12 Rn. 10.

<sup>64</sup> *Ernst* in *Paal/Pauly*, 3. Aufl. 2021, Art. 4 DS-GVO Rn. 78.

det werden, erscheint es kaum darstellbar, die betreffenden Verarbeitungsvorgänge hinreichend bestimmt in die Einwilligung aufzunehmen. Als weitere Hürde dürfte das Erfordernis der Freiwilligkeit die Einwilligung als Rechtsgrundlage in vielen Situationen ausschließen. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO und ErwG 43 konkretisieren die Voraussetzungen der Freiwilligkeit, wobei insbesondere ErwG 43 auf ungleiche Ungleichgewichte zwischen betroffener Person und Verantwortlichem als Ausschlussgrund abstellt, für das die Behördenstellung des Verantwortlichen als Indiz in der gelten kann. Wenngleich ErwG 43 trotzdem eine Einzelfallprüfung nahelegt, ist die Freiwilligkeit gegenüber einer Behörde ein Ausnahmefall.<sup>65</sup> Die Freiwilligkeit ist damit v.a. dann zu verneinen, wenn die Hochschule in hoheitlicher Tätigkeit oder deren Vorbereitung handelt wie etwa bei Prüfungen, aber angesichts der Bedeutung des Studienabschlusses für die Lebensgestaltung und Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten auch, wenn die Teilnahme an dem mit der Datenverarbeitung verbundenen Angebot essenziell ist, um ohne wesentliche Verlängerung der Studierendauer oder Einbußen bei der Benotung einen Studienabschluss zu erreichen. Schließlich ist die Einwilligung jederzeit widerruflich (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO), was sie für eine ihrem praktischen Zweck nach dauerhafte oder mit Interessen der betroffenen Person potenziell konfligierende Datenverarbeitung (beispielsweise zu Prüfungszwecken) nicht sinnvoll erscheinen lässt.

Denkbar ist eine Einwilligung in der Hochschullehre insbesondere für Zusatzangebote in der Lehre wie z.B. optionale Kursangebote, die für die Erreichung von berufsqualifizierenden Abschlüssen keine notwendige Voraussetzung sind. Je stärker der Studienerfolg aber durch derartige Angebote beeinflusst wird, desto eher kann es jedoch zu psychologischen und ökonomischen Drucksituationen kommen, die die Freiwilligkeit der Einwilligung infrage stellen.

Hochschulen nehmen grundsätzlich Aufgaben im öffentlichen Interesse wahr, sodass idR und vorzugswürdig eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DS-GVO in Betracht kommt, die sich nach Ab. 3 aus dem Unions- oder mitgliedstaatlichen Recht ergeben muss. Einschlägige Regelungen bieten die Landeshochschul- und Landesdatenschutzgesetze. § 17 Abs. 1, 4 NHG erlaubt den niedersächsischen Hochschulen neben weiteren Zwecken etwa u.a. die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die für die Einschreibung, die Teilnahme an Lehrveranstaltungen und Prüfungen, die Nut-

zung von Hochschuleinrichtungen Hochschulmitgliedern erforderlich und durch Ordnungen festgelegt sind, wobei § 17 Abs. 3 NHG die Verarbeitung dieser Daten generalklauselartig auch für die Erfüllung anderer Aufgaben nach § 3 NHG erlaubt. Eine mittelbare Beschränkung dürfte sich aus den lehrbezogenen Aufgaben der Hochschule ergeben, die nach § 3 NHG insbesondere "die Vorbereitung auf berufliche Tätigkeiten, die die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden oder die Fähigkeit zu künstlerischer Gestaltung voraussetzen" (Nr. 2), umfassen. Zu beachten ist, dass die vermittelten Erkenntnisse und Methoden wissenschaftlich sein oder die Fähigkeit zur künstlerischen Gestaltung betreffen müssen. Von einer wissenschaftlich-methodischen Vorgehensweise ist freilich auch die Erprobung neuer Formate und Medien umfasst,<sup>66</sup> ein KI-Einsatz allein zwecks Neuigkeitswerts oder „Show-Effekts“ könnte im Einzelfall problematisch sein. Eingedenk der Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ist aber eine weite, die autonomen Gesetzmäßigkeiten der Wissenschaft berücksichtigende Auslegung geboten. Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch die Arbeitswelt von der Verbreitung von KI geprägt wird. Der geschulte Umgang mit (generativer) KI wird voraussichtlich zu einer Schlüsselanforderung in nahezu allen Tätigkeitsbereichen von Beschäftigten mit wissenschaftlicher oder künstlerischer Ausbildung werden.<sup>67</sup> Die Vorbereitung auf entsprechende berufliche Tätigkeiten und die Vermittlung eines kritisch-methodischen Umgangs mit der Technologie wird die Hochschullehre daher nur angemessen leisten können, wenn sie in gewissem Umfang generative KI einsetzen und den Umgang mit ihr einüben lassen kann. Die mit dem Einsatz verbundene Datenverarbeitung muss freilich weiterhin den Datenschutzgrundsätzen und weiteren Regeln der DS-GVO und dem grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.<sup>68</sup>

Damit ist entscheidend, dass die zu verarbeitenden Daten gemäß § 17 Abs. 3 NHG in einer universitären Ordnung in hinreichender Bestimmtheit bezüglich der Datenarten, der Verarbeitungsverfahren und mit Benennung des jeweiligen Verarbeitungszwecks festgelegt werden. Hinzu treten Bestimmungen zu technisch-organisatorischem Datenschutz und zu Löschpflichten. Je nach Einsatzzweck und Gegebenheiten an der Hochschule kommen Studienordnungen, Prüfungsordnungen<sup>69</sup> oder gesonderte Ordnungen zum Einsatz von E-Learning in Betracht. Aufgrund der oben angesprochenen, grundrechtsrelevanten Merkmale von KI scheint es sinnvoll,

<sup>65</sup> Frenzel in Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, Art. 7 DS-GVO Rn. 19.

<sup>66</sup> Vgl. Patzke in Epping NHG, 2. Aufl. 2024, § 3 Rn. 10 zu neuen Lehrmethoden und E-Learning.

<sup>67</sup> Vgl. Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234 mwN.

<sup>68</sup> Vgl. Forgó/Graupe in Epping NHG, 2. Aufl. 2024, § 17 Rn. 23.

<sup>69</sup> Zu den Regelungsspielräumen Heckmann/Rachut (Fn. 21), 89.

auch Fragen der Anbieterwahl und der Gewährleistung von Transparenz der Systeme zu regeln. Besonders zu beachten ist bei allen gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DS-GVO auf die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe gestützten Rechtsgrundlagen wie § 17 Abs. 1, 3 NHG, dass betroffene Personen gemäß Art. 21 Abs. 1 DS-GVO unter Vortrag von aus ihrer besonderen Situation entspringenden Gründen ein unionsrechtlich verankertes Widerspruchsrecht haben. Schließlich erfordert § 17 Abs. 3 S. 2 NHG die frühestmögliche<sup>70</sup> Anonymisierung, was bei leistungsstarker KI mit einer Vielzahl von Eingangsdaten auf die dargestellten Schwierigkeiten stößt. Soweit zudem der Zweck des KI-Einsatzes die Personalisierung der Lernumgebung oder der Lerninhalte beinhaltet, wird er idR einen Personenbezug erfordern. Dies verschiebt den Schutz der betroffenen Personen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und zur technischen und organisatorischen Gestaltung der KI-Systeme und ihres Einsatzes.

#### d) Übermittlung in Drittstaaten

Gegenüber der Entwicklung eigener Systeme ist die Verwendung von durch Dritte entwickelten KI-Systemen in aller Regel technisch und wirtschaftlich einfacher. Die Dominanz von Anbietern aus Drittstaaten führt dazu, dass es dabei für Hochschulen nahe liegt, für die Einbindung von KI auf diese Anbieter zurückzugreifen, die bisweilen personenbezogene Daten in die USA oder andere Drittstaaten übermitteln.<sup>71</sup> Die DS-GVO geht aber davon aus, dass bei der Übermittlung von Daten an Stellen außerhalb ihres Anwendungsbereichs ein hinreichendes Datenschutzniveau nur unter zusätzlichen Bedingungen angenommen werden kann, die in den Art 44ff. DS-GVO niedergelegt sind. Für Verantwortliche führt dies zu zusätzlichen Unwägbarkeiten und Anforderungen. Eine Grundlage für Datentransfers stellen die Beschlüsse der EU-Kommission über ein angemessenes Datenschutzniveau in Drittstaaten dar (Art. 45 DS-GVO). Im Falle der USA sind die dortigen Regelun-

gen jedoch trotz einem Angemessenheitsbeschluss auf Grundlage von Übereinkommen zu besonderen Datenschutzrahmen vom EuGH wiederholt als unzureichende Grundlage für eine Übermittlung personenbezogener Daten qualifiziert wurden.<sup>72</sup> Die derzeitige Lösung für Datenübermittlungen in die USA ist das Trans-Atlantic Data Privacy Framework, bei dem jedoch auch aufgrund bereits angekündigter Klagen ebenfalls Unsicherheit verbleibt.<sup>73</sup>

Bei der Auswahl von KI-Systemen ist deshalb sorgfältig zu prüfen, ob Datenübermittlungen in Drittstaaten ausgeschlossen werden können. Auch im Hinblick auf die technisch-organisatorischen Maßnahmen (dazu unten) scheint es vorzugswürdig, Systeme nach Möglichkeit per Schnittstelle auf eigenen Servern zu betreiben oder personenbezogene Daten nur auf dem Gerät der oder des Nutzenden zu verarbeiten.

#### e) Profiling und automatisierte Entscheidung im Einzelfall

Einige Anwendungen von KI können im Einzelfall ein Profiling beinhalten. Dies gilt etwa, wenn personenbezogene Daten analysiert werden, um damit E-Learning-Angebote zu personalisieren und mithilfe von Schlüssen auf Merkmale wie Arbeitsleistung, persönliche Vorlieben oder Interessen z.B. Lernmaterial zu empfehlen oder das Umfeld auf einer E-Learning-Plattform zu gestalten. Eine Analyse solcher Aspekte stellt Profiling iSd Art. 4 Nr. 4 DS-GVO dar. Dieses ist in der DS-GVO über diese Definition hinaus nicht speziell geregelt, jedoch deutet die DS-GVO eine graduelle Steigerung einiger Pflichten an, wenn Profiling vorliegt.<sup>74</sup> Dies gilt insbesondere für Transparenzpflichten. Im Rahmen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die insbesondere in Rechtsgrundlagen und Datenschutzgrundsätzen vorhanden sind, ist ein Profiling als besonders eingriff-intensive Datenverarbeitung zu berücksichtigen.

Profiling kann auch in eine automatisierte Entscheidungsfindung im Einzelfall gemäß Art. 22 DS-GVO

<sup>70</sup> Dies ist an der Erforderlichkeit für den Verarbeitungszweck zu bemessen, *Forgó/Graupe* in Epping NHG, 2. Aufl. 2024, § 17 Rn. 38.

<sup>71</sup> Beispielsweise hat der LfDI Baden-Württemberg bei einer Prüfung von Microsoft Office 365 in einer für den Schuleinsatz konfigurierten Version weiterhin Datentransfers, insbesondere von Telemetrie- und Diagnosedaten, in die USA festgestellt, die nicht unterbunden werden können, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/ms-365-schulen-hinweise-weiteres-vorgehen/> (Abruf 6.3.2024). In den Datenschutzhinweisen von OpenAI heißt es knapp: „Where required, we will use appropriate safeguards for transferring Personal Information outside of certain

countries. We will only transfer Personal Information pursuant to a legally valid transfer mechanism.“, <https://openai.com/policies/privacy-policy> (Abruf 6.3.2024).

<sup>72</sup> EuGH, 6.10.2015, C-362/14 - Schrems = NJW 2015, 3151 und EuGH, 16.7.2020, C-311/18 - Facebook Ireland und Schrems = NJW 2020, 2613.

<sup>73</sup> *Glocker*, ZD 2023, 189 (192ff.).

<sup>74</sup> Für Beispiele aus der Praxis s. *Barros Vale/Zanfir-Fortuna*, Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities (2023), S. 20. Zu Informations- und Auskunftspflichten s.a. *Sesing*, MMR 2021, 288 (289f.).

übergehen. Eine solche Entscheidungsfindung, wie sie im Ausgangsbeispiel Ofqual anzunehmen sein dürfte,<sup>75</sup> unterliegt den zusätzlichen Rechtmäßigkeitsanforderungen einer speziellen Rechtsgrundlage für die Entscheidungsfindung sowie speziellen Schutzmaßnahmen (beispielsweise der Gewährleistung eines Rechts auf Anfechtung und menschliche Überprüfung). Derzeit ist keine der Rechtsgrundlagen aus Art. 22 Abs. 2 DS-GVO für die Hochschule einschlägig,<sup>76</sup> sodass KI-Einsatz im Anwendungsbereich der Regelung ausscheidet. Anwendbar sind diese Regelungen aber nur dann, wenn eine Entscheidung ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruht und rechtliche Wirkung entfaltet oder die betroffene Person in sonstiger Weise erheblich beeinträchtigt.

Ausgehend vom grundsätzlichen Befund der automatisierten Datenverarbeitung bei KI-Einsatz (III.2.a) sind das ausschließliche Beruhen einer Entscheidung darauf und die Wirkungen der Entscheidung für den Anwendungsbereich ausschlaggebend. Nachdem bislang – durchaus verbunden mit Kritik – die Anwendbarkeit dieser Regelungen auf die automatisierte Entscheidungsvorbereitung ganz überwiegend verneint wurde,<sup>77</sup> hat der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung zum Kredit-scoring die konzeptionelle Verbindung zwischen Profiling und automatisierter Einzelfallentscheidung unterstrichen und den Art. 22 DS-GVO für eine graduelle Anwendung geöffnet.<sup>78</sup> Das im Fall betroffene Kredit-scoring, eine Form des bewertenden Profilings, kann danach nicht per se als reine Vorstufe zu einer automatisierten Entscheidung eingeordnet werden, sondern ist bereits selbst als Entscheidung iSd Art. 22 DS-GVO anzusehen, wenn ein vertragsbezogenes Verhalten Dritter, dem das Ergebnis des Profilings übermittelt wird, maßgeblich davon abhängt. Löst das Verhalten des Dritten eine den Anforderungen von Art. 22 DS-GVO entsprechende rechtliche Folge oder Beeinträchtigung unmittelbar aus, wird diese dem Profiling gewissermaßen zugerechnet.<sup>79</sup> Das Urteil lässt weitere Schlüsse zu: Insbesondere eröff-

net es die Möglichkeit, dass eine mit KI-Unterstützung durch einen Menschen getätigte Entscheidung entsprechend dem zweiten Tatbestandsmerkmal des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhend einzustufen ist, wenn die finale Entscheidung dieses Menschen von der KI von einer durch KI mittels Profiling oder ähnliche automatisierte Datenverarbeitung ermittelten Bewertung maßgeblich abhängt.<sup>80</sup> Damit muss für die Beurteilung eines die Ausschließlichkeit unterbrechenden menschlichen Dazwischentretens statt einer formellen Betrachtung substanziell die Mensch-Maschine-Interaktion unter Beachtung von Faktoren wie insbesondere der Präsentationsform des KI-Outputs und ihrer arbeitsvertraglichen, betriebsorganisatorischen und arbeitspsychologischen Einbindung betrachtet werden.<sup>81</sup> In Zukunft können bei Hochrisiko-KI-Systemen dazu die Maßnahmen herangezogen werden, die das eingesetzte System aufgrund der Anbieterverpflichtung zur Gestaltung zugunsten wirksamer menschlicher Aufsicht in Art. 14 KI-VO ermöglicht<sup>82</sup> und die nach Art. 26 Abs. 2 KI-VO auch vom Nutzer umgesetzt worden sind. Die Beurteilung der Maßgeblichkeit ist von einer sorgfältigen Einzelfallprüfung abhängig.<sup>83</sup>

Nach alledem ist neben offensichtlichen Anwendungsfällen wie der vollautomatisierten Erkennung von Täuschungsversuchen oder Auswertung von Prüfungsleistungen auch beim Einsatz generativer KI für das Verfassen einer Prüfungsbewertung die Anwendbarkeit des Art. 22 DS-GVO denkbar. Zwar könnte man annehmen, es fehle an personenbezogenen Daten, wenn lediglich die Antworten eines Prüflings ohne identifizierende Merkmale in ein KI-System eingegeben werden,<sup>84</sup> doch dürfte nach EuGH-Rechtsprechung ein Personenbezug für die Hochschule bestehen, da die Antworten ihrem Verarbeitungszweck nach für die Bewertung des für sie identifizierbaren Prüflings verwendet werden.<sup>85</sup>

Auf dieser Datenverarbeitung kann eine Entscheidung nicht erst dann ausschließlich beruhen, wenn die

<sup>75</sup> Zum Zeitpunkt des Einsatzes des Ofqual-Algorithmus im Sommer 2020 war das Vereinigte Königreich seit dem 31.01.2020 aus der Europäischen Union ausgetreten, jedoch galt ihr Inhalt als UK GDPR soweit ersichtlich bis 31.12.2020 unverändert fort. Im Zwischenbericht von Ofqual (Fn. 3) finden sich keine rechtlichen Ausführungen.

<sup>76</sup> Eine vertragliche Notwendigkeit, lit. a), scheidet hier ebenso aus wie eine Einwilligung, lit. c) (s.o.). Allenfalls käme eine gesetzliche Regelung, lit. b), in Betracht, die soweit ersichtlich fehlt.

<sup>77</sup> Horstmann/Dalmer, ZD 2022, 260 (263) mwN; zur Kritik Krügel/Pfeifferbring (Fn. 53), § 11 Rn. 46ff.

<sup>78</sup> EuGH, C-634/21 - Schufa Holding (Scoring) = NJW 2024, 413, Rn. 40ff.

<sup>79</sup> Krit. Thüsing/Peisker/Musiol, RDV 2023, 82; Taeger, BKR 2024, 41; Marsch/Kratz, NJW 2024, 392 (393 Rn. 4f.).

<sup>80</sup> So die Interpretation bei Heine, NZA 2024, 33 (36).

<sup>81</sup> Vgl. dies nur andeutend Heine (Fn. 80), 36: Beurteilung im Einzelfall „anhand der internen Regeln und Praktiken des Verantwortlichen“.

<sup>82</sup> Diese sind auch in die zum KI-System gehörige Dokumentation (Art. 11 iVm Annex IV Nr. 2 (e), 3 KI-VO) sowie die Gebrauchsanweisungen (Art. 13 Abs. 3 (d) KI-VO) aufzunehmen.

<sup>83</sup> Für eine Einzelfallprüfung des Dazwischentretens bei Entscheidungsempfehlungen schon Horstmann/Dalmer (Fn. 77), 262; Heine (Fn. 80), 36.

<sup>84</sup> So geht Hoeren (Fn. 25), S. 37, jedenfalls davon aus, dass bei einem Einsatz von KI-Schreibtools in diesem Fall „datenschutzrechtlich nichts zu befürchten“ sei, geht später aber trotzdem auf Art. 22 DS-GVO ein.

<sup>85</sup> S. EuGH, 20.12.2017, C-434/16 - Nowak = ZD 2018, 113 Rn. 30.

korrigierende Person die zu einer Prüfungsleistung gehörenden Antworten vollständig als sog. Prompt eingibt und die Bewertung der KI unbesehen übernimmt, da dann ein menschliches Dazwischentreten ausbleibt. Auch vor der dargelegten EuGH-Entscheidung war es ganz hM, dass ein dazwischentretender Mensch jedenfalls eine inhaltliche Prüfung (mit umstrittener Tiefe) vornehmen und somit von den KI-generierten Ergebnissen abweichen können und dürfen muss.<sup>86</sup> Diese Prüfungskompetenz muss, wie das EuGH-Urteil bekräftigt, auch tatsächlich wahrgenommen werden.<sup>87</sup> Zentrales Merkmal des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ist die Entfaltung rechtlicher Wirkungen oder eine sonstige Beeinträchtigung in erheblicher Weise. Eine rechtliche Wirkung haben Verwaltungsakte wie Immatrikulation oder Exmatrikulation. Hängt von einer Prüfungsbewertung der Tatbestand eines gebundenen Verwaltungsaktes ab, wie im Falle des endgültigen Nichtbestehens (§ 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 b) NHG), liegt es nahe, schon der Prüfungsbewertung diese rechtliche Wirkung zuzuordnen, da im Anschluss schon rechtlich kein Raum für eine menschliche Überprüfung in der Sache bleibt. Der unbestimmte Rechtsbegriff der sonstigen Beeinträchtigung in erheblicher Weise bedarf hingegen erheblicher Konkretisierung. Hierbei ist vor allem darauf abzustellen, wie nachhaltig auf die Position der betroffenen Person eingewirkt wird.<sup>88</sup> Bei der Bewertung der Erheblichkeit sind Auswirkungen auf Umstände, Verhalten und Entscheidungen der betroffenen Person ebenso zu berücksichtigen wie mögliche Diskriminierungen (s. ErWG 71 S. 6 DS-GVO)<sup>89</sup> und die Dauer der Auswirkungen.<sup>90</sup> Die Auswirkungen von Prüfungsentscheidungen sind in allen Aspekten für die persönliche und berufliche Lebensführung beträchtlich. Das Eingangsbeispiel verdeutlicht dabei, dass Notengebung indirekt auch über den Zugang zu Bildungseinrichtungen entscheidet. In grundrechtlichen Wertungen ausgedrückt kann eine Ungleichbehandlung beim Zugang zu Bildungseinrichtungen neben einer Diskriminierung auch eine Beeinträchtigung des Rechts auf Bildung aus Art. 14 GRCh darstellen.<sup>91</sup> Daher

besteht beim Einsatz von KI in der Prüfung das Risiko eines zumindest mittelbaren Grundrechtseingriffs durch algorithmischen Bias. Schließlich ist zu beachten, dass nicht nur negative Entscheidungen vom Art. 22 DS-GVO erfasst werden. Vielmehr ist gerade die Benotung paradigmatisch dafür, dass die binäre Unterscheidung zwischen negativen und positiven bzw. belastenden und begünstigenden Entscheidungen für die Beurteilung der erheblichen Beeinträchtigung zu schematisch ist.<sup>92</sup> Aufgrund dieser Grundrechtsrelevanz überschreiten Prüfungsentscheidungen auch ohne die Folge des endgültigen Nichtbestehens in aller Regel die Schwelle der Erheblichkeit.

Weniger eindeutig zu beurteilen sind Leistungs- oder Lernstandsüberprüfungen ohne Außenwirkungen, beispielsweise Übungsklausuren und Tests, die auch im Selbststudium auf E-Learning-Plattformen erfolgen können. Denkbar ist sowohl die Auswahl und Zusammenstellung der Testaufgaben als auch ihre Auswertung mittels KI. Eine rechtliche Wirkung bleibt hierbei aus. Auch sind diese Bewertungen nicht unmittelbar mit Folgen für Rechte oder Freiheiten der betroffenen Personen verbunden. Naheliegender scheint hingegen angesichts des mit solchen Tests verfolgten didaktischen Zwecks, dass sie sich über Lernmotivation und Selbstbild der Studierenden mittelbar auf den Studienerfolg auswirken. Auch ist besonders zu berücksichtigen, dass an Hochschulen regelmäßig minderjährige Studierende betroffen sind. Diese sind als Kinder iSd DS-GVO zu verstehen<sup>93</sup> und die Regeln des Art. 22 DS-GVO in der Folge strenger zu handhaben (s. ErWG 71 S. 5).<sup>94</sup> Die Anwendbarkeit des Art. 22 DS-GVO erscheint daher zwar idR fernliegend, doch nicht vollkommen ausgeschlossen. Dies sollte reflektiert werden, wenn über die Einführung entsprechender Systeme nachgedacht wird.<sup>95</sup> Dies gilt besonders mit Blick darauf, die bei der Beurteilung der erheblichen Beeinträchtigung zu berücksichtigenden Biases und Diskriminierungsrisiken abzuschätzen.

Eine neue Qualität würde freilich erreicht, wenn die Ergebnisse die individuelle Sphäre der Studierenden ver-

<sup>86</sup> Krügel/Pfeiffenbring (Fn. 53), § 11 Rn. 45 mwN.

<sup>87</sup> Krügel/Pfeiffenbring (Fn. 53), § 11 Rn. 45; Günther/Gerigk/Berger (Fn. 67), 236.

<sup>88</sup> Martini in Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DS-GVO Rn. 27.

<sup>89</sup> Heine (Fn. 80), 36.

<sup>90</sup> Art.-29-Arbeitsgruppe, WP251rev.01 – Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, 6.2.2018, S. 23.

<sup>91</sup> Jarass in Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 14 Rn. 10.

<sup>92</sup> Martini in Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DS-GVO Rn. 28.

<sup>93</sup> Eine Legaldefinition mit der Altersgrenze von 18 Jahren in Art. 4 Nr. 18 des DS-GVO-Kommissionsentwurfs wurde zwar abge-

lehnt, Art. 8 Abs. 1 S. 1 DS-GVO zeigt aber, dass die Altersgrenze jedenfalls über 16 Jahren liegt (für Volljährigkeit als Grenze Martini/Nink, NVwZ-Extra 2017, 1 (6 Fn. 53)). Auch die Auslegung im Lichte der GRCh und internationalen Rechts spricht für diese Grenze (Frei, Bucerius L. J. 2022, 74 (75)).

<sup>94</sup> Dies ist auch die Schlussfolgerung der Art.-29-Arbeitsgruppe (Fn. 90), S. 31 aus ErWG 71 S. 5, dessen Wortlaut im Kontrast zum Fehlen eines absoluten Verbots in den verfügenden Teil steht.

<sup>95</sup> Zudem ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des Hochrisiko-Regimes im KI-VO in Annex III Nr. 3 (b) gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf auch auf KI-Systeme zur Bewertung von Lernergebnissen ausgeweitet wurde, auch wenn diese Ergebnisse zur Steuerung des Lernprozesses dienen.

ließen und beispielsweise genutzt würden, um Lehrende auf Defizite individueller Studierender hinzuweisen oder Studierende direkt bestimmten Kursangeboten zuzuweisen. Ein solcher didaktischer Einsatz nähert sich dem Einsatz zu Prüfungszwecken an und die vorhandene Außenwirkung könnte in vielen Fällen den Anwendungsbereich des Art. 22 DS-GVO eröffnen.<sup>96</sup>

Soll andersherum die Möglichkeit der Teilnahme an einem Kursangebot – sei es zur Auswahl förderungsbedürftiger oder besonders leistungsfähiger Kursteilnehmer – ohne wesentliche menschliche Mitwirkung vom Ergebnis eines KI-Systems abhängen, ist Art. 22 DS-GVO vollumfänglich einschlägig. Vorzugswürdig erschiene es in dieser Hinsicht, Selbstüberprüfungen mithilfe von KI zu ermöglichen, das Aufsuchen von Unterstützungsangeboten aber den Studierenden selbst anheimzustellen. Auf diese Weise können mögliche Vorteile von KI bei der Allokation von Lehrangeboten mit datenschutzrechtlichen Anforderungen vereinbart werden.

Zusammenfassend ist eine vollständige Delegation der Bewertung von Prüfungsleistungen an ein KI-System damit mangels entsprechender Rechtsgrundlagen aus Art. 22 Abs. 2 DS-GVO und auch prüfungsrechtlich idR ausgeschlossen.<sup>97</sup> Die Verwendung als rein sprachliche Formulierungshilfe oder zur ergänzenden Überprüfung der eigenen Einschätzung schließt dieser Befund hingegen auch für Einsatzzwecke über der Erheblichkeitsschwelle des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO nicht aus, solange die menschliche Beurteilung maßgeblich bleibt. Je stärker sich aus einem KI-generierten Ergebnis eine in sich bereits abgeschlossene und vollständige Bewertung ergibt und je intransparenter diese zustande kommt,<sup>98</sup> desto eher sind systemgestalterische und arbeitsorganisatorische Maßnahmen zu treffen, die eine Wahrnehmung der inhaltlichen Prüfungskompetenz durch die Lehrenden auch de facto sicherstellen. Bei Tests mit rein didaktischer Zielsetzung, die nicht die Sphäre des Selbststudiums verlassen, ist eine Einzelfallprüfung notwendig. Didaktische Anwendungen, die Lernmaterial aufbereiten und präsentieren, überschreiten die Erheblichkeitsschwelle des Art. 22 DS-GVO idR nicht – dennoch sollten mögliche Risiken, beispielsweise durch Biases, ungleiche Ausgangsbedingungen für Studierende bezüglich der effektiven Anwendung oder die Wahrnehmung von KI-Vorschlägen als besonders objektiv oder autori-

tativ (sog. automation bias) vorab reflektiert werden.

Ergänzt werden diese Regelungen der DS-GVO in Zukunft um die Vorgaben aus den Art. 14, 26 Abs. 2 KI-VO. Danach müssen Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen diese so gestalten, dass sie während ihres Einsatzes eine wirksame menschliche Aufsicht erlauben (Abs. 1). Diesem Ziel dienen je nach Risiko, Autonomielevel und Kontext die technische Konstruktionsweise (Abs. 3 a)) und die Identifizierung von im Einsatz umzusetzenden Maßnahmen (Abs. 3 b)). Die in Art. 14 Abs. 4 KI-VO aufgezählten Anforderungen dahingehend, zu welchen konkreten Formen von Aufsicht die KI-Systeme die beaufsichtigenden Menschen befähigen müssen, dürften auch die Gewährleistung menschlichen Eingreifens beim Einsatz von Drittanbieter-KI in der Entscheidungsfindung erleichtern. Die Nutzer, hier die Hochschulen, trifft auch nach der KI-VO die Pflicht, diese Maßnahmen entsprechend den Gebrauchsanweisungen umzusetzen und für eine entsprechende Kompetenz, Schulung und Berechtigung sowie notwendige Unterstützung der beaufsichtigenden Menschen zu sorgen (Art. 26 Abs. 1, 2 KI-VO). Die Wirkung dieser technikbezogenen Vorschriften für die praktische Umsetzung der DS-GVO sollte nicht unterschätzt werden. Dies gilt nicht nur für ein menschliches Dazwischentreten während der Entscheidungsfindung, sondern auch für die menschliche Überprüfung bei erlaubten automatisierten Entscheidungen im Rahmen des gemäß Art. 22 Abs. 2 lit. b) iVm ErWG 71 S. 4, Abs. 3 DS-GVO zu gewährleistenden Anfechtungsrechts.

#### f) *Technisch-organisatorischer Datenschutz und Datenschutz-Folgenabschätzung*

Ein großer Teil der konkreten Auswirkungen und Risiken des KI-Einsatzes lässt sich auf Fragen zurückführen, die durch die Inbezugnahme der personenbezogenen Daten des Einzelnen nur unzureichend adressiert werden – etwa solche der verwendeten statistisch-mathematischen Methoden, impliziter Annahmen und der Validität und Legitimität gruppenbezogener Schlussfolgerungen. Daher ist der klassische Ansatz des individuellen Schutzes in Bezug auf konkrete Verarbeitungstätigkeiten in seiner Steuerungskraft bei KI begrenzt.<sup>99</sup> Das lässt technische, organisatorische und system- statt verarbeitungsbezogene Vorgaben des Datenschutzrechts an

<sup>96</sup> EuGH, 7.12.2023, C-634/21 - Schufa Holding (Scoring) = NJW 2024, 413, Rn. 48-50 verdeutlicht, dass die beeinträchtigende Wirkung einer automatisierten Bewertung auch durch menschliches Verhalten vermittelt werden kann.

<sup>97</sup> Letztere ist vom Landesrecht und den Prüfungsordnungen abhängig, s. Hoeren (Fn. 25), S. 36f. Auch das Erfordernis bestimm-

ter, personengebundener Qualifikationen des Prüfenden (dazu Epping in Epping NHG, 2. Aufl. 2024, § 24 Rn. 50) kann den KI-Einsatz mittelbar einschränken.

<sup>98</sup> Zu diesem Risiko auch HmbBfDI (Fn. 29), S. 4f.

<sup>99</sup> Dreyer/Schulz (Fn. 35), S. 39.

Bedeutung gewinnen. Diese dürften mit den technikatrechtlichen Anforderungen der KI-VO in der Umsetzung die größten Synergien aufweisen und in der Schutzwirkung ergänzen.

Eine Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA, Art. 35 DS-GVO) liegt bei vielen Einsatzmöglichkeiten von KI nahe, insbesondere bei profilingähnlichen Analysen oder Bewertungen oder dem Einsatz von nach dem Stand der Technik neuen Technologien. Da an der Hochschule mit Studierenden, insbesondere bei Minderjährigkeit und in Prüfungssituationen, besonders schutzbedürftige Personen betroffen sind, ist in einem solchen Fall aufgrund der Kombination zweier Risiko-Indikatoren auch nach Meinung der Aufsichtsbehörden in den meisten Fällen die DSFA gemäß Art. 35 Abs. 1 DS-GVO obligatorisch.<sup>100</sup> Die DSFA ist vor dem Beginn des KI-Einsatz nach den Maßgaben des Art. 35 Abs. 7-11 DS-GVO durchzuführen. Zukünftig bietet es sich an, sie gemeinsam mit der ggf. nach Art. 27 KI-VO verpflichtenden Abschätzung der Grundrechtsauswirkungen vorzunehmen.

Zentral für den technischen und organisatorischen Datenschutz sind die Art. 24, 25, 32 DS-GVO. Der Verantwortliche hat danach unter Berücksichtigung des Stands der Technik, der Kosten und der spezifischen Merkmale und Umstände der Verarbeitung sowie der (ggf. im Rahmen der DSFA ermittelten) damit verbundenen Risiken technische und organisatorische Maßnahmen zur wirksamen Umsetzung der Datenschutzgrundsätze und des Schutzes der betroffenen Personen zu ergreifen. Die Orientierung an den Datenschutzgrundsätzen, insbesondere der Datenminimierung und der Zweckbindung, zeigt dabei die Stoßrichtung der Maßnahmen nach Art. 25 DS-GVO auf, während Art. 32 DS-GVO v.a. Datensicherheitsmaßnahmen erfordert.<sup>101</sup> Insbesondere bei der Einbindung von KI-Systemen auf E-Learning-Plattformen oder sonstiger Nutzung mit einem personengebundenen Konto sind datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25 Abs. 2 DS-GVO) vorzunehmen, wozu eine pseudonyme Nutzungsmöglichkeit gehören kann. Aber schon in der Systemgestaltung ist der Datenschutz zu berücksichtigen. Letztlich spricht dies für die Auswahl und Gestaltung von datensparsamen KI-Systemen und die Nutzung

einer möglichst geringen Zahl an personenbezogenen Parametern gemessen am Einsatzzweck.

Ein Datenschutzniveau im Sinne dieser Vorgaben kann erreicht werden, wenn die Hochschule die Nutzung von KI-Angeboten über eine Schnittstelle (API) mittels hochschulgebundener Konten bzw. Anwendungen ermöglicht. Das Beispiel von ChatGPT verdeutlicht dies: Durch den Anbieter OpenAI werden in diesem Fall laut eigener Beschreibung keine eingegebenen Daten für das Training verwendet und die Identität der Nutzenden ist OpenAI nicht bekannt.<sup>102</sup> Erste deutsche Hochschulen bieten deshalb bereits eine solche Nutzung von ChatGPT für ihre Studierenden an.<sup>103</sup> Dabei werden neben den für die Website-Bereitstellung technisch erforderlichen Log-Files lediglich personenbezogene Login-Daten eingegeben, um die Zugangsberechtigung zu überprüfen.<sup>104</sup> Unklar bleibt dabei, was mit bei der Nutzung anfallenden Nutzungs- und Metadaten geschieht. Nutzen die Studierenden hingegen - freilich idR außerhalb der rechtlichen Verantwortlichkeit der Hochschule - private Konten zu studienbezogenen Zwecken, besteht aber auch dieser Schutz nicht, zudem kann es durch Verbindung studienbezogener und privater Informationen zu einem tieferen Eingriff in das Privatleben kommen.<sup>105</sup> Daher erscheint es auch unter diesem Gesichtspunkt sinnvoll, klare Regelungen für den Einsatz von (generativer) KI in der Lehre in universitäre Ordnungen aufzunehmen, die den Einsatz unter der Voraussetzung einer solchen datenschutzfreundlichen Gestaltung ermöglichen. Eingedenk der obigen Feststellung, dass auch Forschende proaktiv den Einsatz von KI als Arbeitsmittel erproben, können entsprechende APIs zur Verbesserung des Datenschutzes (sowie des Schutzes forschungsbezogener Geheimhaltungsinteressen) auch für Forschende bereitgestellt werden.

## V. Fazit und Ausblick

Mit der Verbreitung von KI kommt es auch den Hochschulen zu, die Potenziale des KI-Einsatzes in ihren Aufgabenbereichen aufzunehmen und insbesondere die Einbindung von KI in die Lehre kurz- bis mittelfristig aktiv zu gestalten. So können sie ihre ausbildungsbezogenen Aufgaben in einem absehbar von KI geprägten

<sup>100</sup> Art.-29-Arbeitsgruppe, WP248 Rev. 01 - Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“, S. 10ff.

<sup>101</sup> Hierbei sind KI-spezifische Angriffsrisiken zu berücksichtigen, s. u.a. *Veale/Binns/Edwards* (Fn. 43); *Boenisch* (Fn. 43).

<sup>102</sup> FAQ: Enterprise privacy at OpenAI (Fn. 18).

<sup>103</sup> Forschung & Lehre: Erste Hochschulen bieten ChatGPT an, <https://www.forschung-und-lehre.de/management/erste-deutsche-hochschulen-bieten-chatgpt-an-6040> (Abruf 29.02.2024).

<sup>104</sup> Datenschutzerklärung zu HAWKI: GPT für die Hochschule, <https://ai.hawk.de/views/datenschutz.html> (Abruf 29.02.2024).

<sup>105</sup> Analog empfiehlt der HmbBfDI (Fn. 29), S. 2, aus diesen Gründen die Bereitstellung dienstlicher Konten für Mitarbeitende.

Umfeld adäquat erfüllen. Denn der wissenschaftlich geschulte, d.h. methodische und kritische, Umgang mit KI-Anwendungen ist nicht nur Teil beruflicher Anforderungen an Hochschulabsolventen,<sup>106</sup> sondern auch der persönlichen Entfaltung und demokratischen Teilhabe in einer immer stärker von Algorithmen geprägten Gesellschaft förderlich. Diesen Blick auf die Entwicklung nimmt der europäische Gesetzgeber wenigstens in Ansätzen normativ auf, indem er den im Bildungsbe- reich oft einschlägigen Anforderungen an Hochrisiko-KI in der KI-VO Forderungen nach Digitalkompetenzen und AI literacy zur Seite stellt (u.a. ErwG 20, 91, 165, Art. 4, 95 KI-VO). Wer wäre in einer besseren Position zur Verwirklichung dieser For- derung als die Hochschulen?

Das heißt nicht, allen durch KI geweckten Erwartun- gen eilig zu entsprechen. Klare Grenzen für unerwünschte Formen der Automatisierung liefert das Datenschutz- recht, insbesondere mit dem Verbot der automatisierten Entscheidung im Einzelfall und zumal bei Betroffenheit schutzbedürftiger Gruppen. Darüber hinaus aber gibt das Datenschutzrecht, ebenso wie die künftige KI-Regu- lierung, Verantwortlichen einen Gestaltungsauftrag für einen grundrechtskonformen und abgewogenen KI-Ein- satz, den erste Hochschulen bereits angenommen haben. Technik- und systembezogene Vorgaben spielen dabei eine herausgehobene Rolle. Mit Verweis auf das Ein- gangsbeispiel sei aber daran erinnert, dass KI-Lösungen an der Hochschule auch jenseits rein technischer Gestal- tungsoptionen offen für Kritik und Partizipation sowie die Wahrnehmung autonomer Handlungsspielräume gestaltet werden müssen. Im Datenschutzrecht bieten

dabei vor allem die Datenschutzgrundsätze die materiel- le Orientierung. Doch auch wenn man die Relevanz des Datenschutzrechts nicht abstreiten kann, ist es kein „Law of Everything“<sup>107</sup> für Fragen des KI-Einsatzes. Den im Hochschulbereich betroffenen Grundrechten und ande- ren einfachrechtlichen Vorgaben muss daher in ihrem Zusammenspiel mit dem Datenschutzrecht entspre- chende Aufmerksamkeit gelten. In Zukunft wird zudem die KI-VO häufig neben der DS-GVO Anwendung fin- den und wichtige Qualitäten der KI-Systeme und ihres Einsatzes prägen, etwa bei Transparenz und Erklärbar- keit sowie Schutz vor Biases und Diskriminierung.

Konkret können Hochschulen in ihren Satzungen Regelungen zur Ermöglichung des KI-Einsatzes festle- gen. Dabei bieten sich neben den gesetzlich notwendi- gen datenschutzrechtlichen Regelungen auch Gestal- tungs- und Verfahrensvorschriften an. Zu berücksichti- gen ist, dass personenbezogene Daten in der digitalen Gesellschaft nicht mehr lediglich für die organisatori- sche Durchführung der Hochschullehre notwendig sind (so wie es den gesetzlichen Rechtsgrundlagen wie § 17 NHG noch erkennbar zugrunde liegt), sondern faktisch auch beim eigentlichen Lehren und Lernen mit digitalen Mitteln eine Rolle spielen.

Prof. Dr. Margrit Seckelmann ist Professorin für Öffent- liches Recht und das Recht der digitalen Gesellschaft an der Leibniz Universität Hannover (Institut für Rechtsinformatik).

Dipl.-Jur. Jan Horstmann ist wissenschaftlicher Mitar- beiter am Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Univer- sität Hannover.

<sup>106</sup> Zumal solcher, die die in Zukunft zu gewährleistende, effektive menschliche Aufsicht über Hochrisiko-KI-Systeme übernehmen

werden (Art. 14, 26 Abs. 2 KI-VO).  
<sup>107</sup> Purtova (Fn. 42).



# Anna K. Bernzen

## *Urheberrechtsverletzungen bei der Erstellung von Fake Research Papers*

### Übersicht

- I. Ein bekanntes Problem nimmt neue Dimensionen an
- II. Rechtsverletzung durch das Hochladen fremder Werke
  1. Urheberrechtliche Relevanz des Hochladens
  2. Mögliche Schrankenregelungen
    - a) Schranke für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen
    - b) Text und Data Mining-Schranken
  3. Schlichte Einwilligung
- III. Rechtsverletzung durch Übernahmen aus fremden Werken
  1. Keine generelle Unzulässigkeit von Übernahmen
  2. Übernahme fremder Ideen
  3. Vervielfältigung fremder Werke
  4. Bearbeitung oder andere Umgestaltung fremder Werke
- IV. Rechtsverletzung aufgrund fremder Urheberschaft
  1. Urheberrechtsschutz für KI-generierte Papers
  2. Urheberschaft an KI-generierten Papers
- V. Nur punktuelle Handhabe nach dem Urheberrecht

Wird Künstliche Intelligenz genutzt, um gefälschte wissenschaftliche Ausarbeitungen zu generieren, kann das zwar in verschiedener Hinsicht mit dem Urheberrecht in Konflikt treten. Aus der wissenschaftlichen Unredlichkeit folgt dabei aber nicht zwingend die urheberrechtliche Unzulässigkeit. Das Urheberrecht kann deshalb nur punktuell zur Bekämpfung der sogenannten Fake Research Papers beitragen.

### **I. Ein bekanntes Problem nimmt neue Dimensionen an**

Das Phänomen der Fake Research Papers ist nicht neu: Bereits vor einigen Jahren wies etwa die Fachzeitschrift *Nature* auf einen Boom gefälschter Fachaufsätze hin, die aus sogenannten „paper mills“ stammen sollen.<sup>1</sup> Wer seine Dissertation nicht selbst schreiben will, kann schon lange auf einen Ghostwriter zurückgreifen. Und auch Plagiate in Haus- und Abschlussarbeiten, die als eigene Leistung ausgegeben werden, verärgern seit je her die

Korrektoren. Die allgemeine Verfügbarkeit von Systemen generativer Künstlicher Intelligenz, mit denen sich zu jedem beliebigen Thema in Sekundenschnelle Texte und Bilder herstellen lassen, hat auf der einen Seite jedoch den Aufwand der wissenschaftlichen Fälschung erheblich reduziert. Andererseits wirft der Einsatz dieser Technik neue urheberrechtliche Fragen auf, die sich bei einem menschlichen wissenschaftlichen Fehlverhalten nicht stellen.

Dieser Beitrag untersucht daher, inwiefern es das Urheberrecht verletzt, mithilfe von KI-Systemen Fake Research Papers anzufertigen und einzusetzen. Unter den Begriff der Fake Research Papers werden dabei scheinbar wissenschaftliche Ausarbeitungen gefasst, die vollständig oder jedenfalls weit überwiegend mithilfe einer KI erstellt wurden und deren vermeintlicher Autor dies zu verschleiern versucht. Sie sind damit erstens von wissenschaftlichen Ausarbeitungen abzugrenzen, bei deren Vorbereitung zwar ein KI-System zum Einsatz kommt – etwa, um einen fremdsprachigen Text ins Deutsche zu übersetzen –, deren Gestaltung aber ein menschlicher Autor vollständig in der Hand hatte. Zweitens sind damit nicht Ausarbeitungen gemeint, deren Gestaltung zwar ganz oder in Teilen auf eine Künstliche Intelligenz zurückgeht – mit deren Hilfe z. B. ein Abstract verfasst wurde –, bei denen der menschliche Autor deren Einsatz aber offenlegt.

### **II. Rechtsverletzung durch das Hochladen fremder Werke**

#### 1. Urheberrechtliche Relevanz des Hochladens

Betrachtet man die Erstellung eines Fake Research Papers chronologisch, kann es zunächst zu einer Urheberrechtsverletzung kommen, wenn der vermeintliche Autor fremde Werke auf den Server des KI-Anbieters hochlädt. Obwohl generative KI-Systeme wie z. B. ChatGPT häufig bereits über eine breite allgemeine Datenbasis verfügen,<sup>2</sup> kann es für das spezielle Paper erforderlich sein, dass der vermeintliche Autor der KI zusätzliche Informationen zur Verfügung stellt. Soll das

<sup>1</sup> Else/Van Noorden, The Battle Against Paper Mills, *Nature* 2021, 516 ff.

<sup>2</sup> Vgl. ChatGPT kennt künftig Ereignisse bis April 2023, [https://](https://www.zeit.de/digital/2023-11/chatgpt-neue-generation-wissen-april-2023)

[www.zeit.de/digital/2023-11/chatgpt-neue-generation-wissen-april-2023](https://www.zeit.de/digital/2023-11/chatgpt-neue-generation-wissen-april-2023) (16.2.2024).

Fake Research Paper etwa im Stil einer bestimmten Fachautorin verfasst sein, wird er deren Publikationen regelmäßig eingeben müssen. Diese Publikationen kann das KI-System dann auf den Stil der Autorin hin analysieren. Fachaufsätze sind allerdings oft als Sprachwerke nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt.<sup>3</sup> Indem der vermeintliche Autor sie auf den KI-Server hochlädt, nimmt er daher eine Vervielfältigung gemäß § 16 Abs. 1 UrhG vor.<sup>4</sup> Es ist dafür unerheblich, wenn die Aufsätze dort nur flüchtig zu Analyse Zwecken gespeichert und sodann rückstandslos gelöscht werden. Auch eine nur temporäre Kopie ist nämlich urheberrechtlich relevant.<sup>5</sup>

Das Recht zur Vervielfältigung ist dem Urheber vorbehalten (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG). Der vermeintliche Autor darf das fremde Werk – in diesem Beispiel: die Fachaufsätze – deshalb nur auf den Server des KI-Anbieters hochladen, wenn er sich hierfür entweder auf eine urheberrechtliche Schrankenregelung stützen kann oder mit Zustimmung des Urhebers handelt – hier also der Autorin, die er nachahmen will.

## 2. Mögliche Schrankenregelungen

### a) Schranke für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen

Wird nur eine temporäre Kopie des Werks hergestellt, die nach der KI-Analyse wieder gelöscht wird, scheint auf den ersten Blick die Schrankenregelung in § 44a UrhG passend.<sup>6</sup> Danach sind ausgewählte flüchtige Vervielfältigungen gestattet, die technisch erforderlich sind und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Eine solche Bedeutung liegt aber nur dann nicht vor, wenn die temporäre Kopie keine isoliert verwertbare Nutzungsmöglichkeit eröffnet.<sup>7</sup> Das trifft z. B. auf Vervielfältigungen eines Werks im Arbeitsspeicher eines Computers zu, die für das Browsen im Internet herge-

stellt werden müssen, aber spätestens beim Ausschalten des Computers wieder gelöscht werden.<sup>8</sup>

Damit sind Vervielfältigungen, die zum Zweck der KI-gestützten Analyse hergestellt werden, nicht vergleichbar. Die Analyse, die durch die flüchtige Kopie ermöglicht wird, ist zwar eine automatisierte Form des Werkgenusses, der ohne Zustimmung des Urhebers erlaubt ist.<sup>9</sup> Der Werkgenuss wird daher prinzipiell nicht isoliert verwertet. Indem die Analyse automatisiert wird, werden die Werke jedoch erheblich schneller gründlich untersucht, als es einem Menschen möglich wäre. Dieser Vorteil verleiht den Werkvervielfältigungen für die KI-gestützte Analyse eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, die es ausschließt, die Schranke des § 44a UrhG darauf anzuwenden.

### b) Text und Data Mining-Schranken

Zur Anwendung können allerdings die Text und Data Mining-Schranken kommen, die Vervielfältigungen geschützter Werke zum Zweck des Text und Data Mining (kurz: TDM) erlauben.<sup>10</sup> Damit ist die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren Werken gemeint, die das Ziel verfolgt, daraus Informationen zu gewinnen (§ 44b Abs. 1 UrhG). Auch die KI-gestützte Analyse z. B. der Fachaufsätze der nachgeahmten Autorin dient diesem Ziel. Im Rahmen der Analyse werden nämlich in einem ersten Schritt Informationen etwa zu den genutzten Stilmitteln und der Ausdrucksweise der Autorin extrahiert. Dass diese Informationen nicht in Reinform an den Nutzer ausgegeben, sondern in einem zweiten Schritt zur Generierung eines Fake Research Papers genutzt werden, ändert an dieser Bewertung nichts.<sup>11</sup> Dem eindeutigen Wortlaut der Legaldefinition nach setzt eine Subsumtion der Analyse unter den Begriff des TDM nämlich nicht voraus, dass die dadurch gewonnenen Informationen nicht weiterverarbeitet werden. Was

<sup>3</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), UrhR, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 141; Schulze, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 94.

<sup>4</sup> BGH, 18.9.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (260 Rn. 35) – CT-Paradies; Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), UrhR, 6. Aufl. 2022, § 16 UrhG Rn. 19; Maamar, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481 (487).

<sup>5</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 16 UrhG Rn. 5; Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, UrhR, § 16 UrhG Rn. 22; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 16 Rn. 12.

<sup>6</sup> Für ihre Anwendung Nägele/Apel, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 7.1 Rn. 32; Raue, Die Freistellung von Datenanalysen durch die neuen Text und Data Mining-Schranken

(§§ 44b, 60d UrhG), ZUM 2021, 793 (794 f.). In die Richtung auch Maamar, ZUM 2023, 481 (487 f.).

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, 4.10.2011 – C-403/08 und C-429/08, GRURInt 2011, 1063 (1074 Rn. 175) – Football Association Premiere League; EuGH, 17.1.2012 – C-302/11, GRURInt 2012, 336 (340 f. Rn. 50) – Infopaq II.

<sup>8</sup> Von Welsler, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 44a UrhG Rn. 3.

<sup>9</sup> Bernzen, Fruit of the poisonous KI? Welche Rechte beim KI-Training zu beachten sind, K&R 2023, Beihefter zu Heft 10, 6 (6 f.); Maamar, ZUM 2023, 481 (482 f.); Pukas, KI-Trainingsdaten und erweiterte kollektive Lizenzen, GRUR 2023, 614.

<sup>10</sup> A.A., jedoch ohne Begründung, Maamar, ZUM 2023, 481 (487).

<sup>11</sup> Vgl. Linke, in: Kuschel/Asmussen/Golla (Hrsg.), Intelligente Systeme – Intelligentes Recht, 2021, S. 179 (S. 189 f.).

hiermit passiert, ist für die Frage, inwiefern die Analyse ein TDM darstellt, vielmehr unerheblich.<sup>12</sup>

Für die Wissenschaft existiert in § 60d UrhG eine spezielle TDM-Schranke. Das TDM ist danach bestimmten Personen, wie etwa nicht-kommerziell Forschenden (§ 60d Abs. 3 Nr. 2 UrhG) oder Institutionen wie z. B. Hochschulen (§ 60d Abs. 2 UrhG), gestattet, wenn es für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erfolgt. Zu wissenschaftlicher Forschung zählen sowohl das methodisch-systematische Streben nach neuer Erkenntnis als auch deren anschließende Vermittlung.<sup>13</sup> Es ist zwar denkbar, dass TDM mit diesem Ziel eingesetzt wird, z. B. um Trends in einer Forschungsrichtung zu ermitteln, die sich in Fachpublikationen zeigen. TDM, das zur Erstellung eines Fake Research Papers durchgeführt wird, dient aber im Ergebnis nicht der Gewinnung neuer Erkenntnisse. Es soll dem vermeintlichen Autor vielmehr ermöglichen, ein solches Erkenntnisstreben vorzutäuschen. Die Mühen, die dieses Streben mit sich bringt, möchte er sich dadurch gerade ersparen. Die KI-gestützte Analyse fremder Werke, deren Ergebnis in ein Fake Research Paper einfließt, verfolgt deshalb den Zweck der Wissenschaftssimulation, nicht der wissenschaftlichen Forschung.

Weil die Wissenschaftsschranke nicht eingreift, kann der vermeintliche Autor seinen Upload fremder Werke auf den Server des KI-Anbieters allenfalls auf die allgemeine TDM-Schranke in § 44b UrhG stützen. Diese Schrankenregelung gestattet Vervielfältigungen für TDM, das jedem beliebigen Zweck dienen kann.<sup>14</sup> Das folgt bereits daraus, dass sie ihrem Wortlaut nach nicht auf bestimmte Ziele beschränkt ist. Damit unterscheidet sie sich von der zuvor betrachteten Schranke in § 60d UrhG, die auf das TDM zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung begrenzt ist. Für die Anwendung des § 44b UrhG ist es deshalb irrelevant, dass das Ziel, mit den durch das TDM extrahierten Informationen ein Fake Research Paper zu erstellen, wissenschaftlich unlauter ist.

Damit die allgemeine TDM-Schranke eingreift, muss der vermeintliche Autor rechtmäßigen Zugang zu dem Werk haben, das er auf den KI-Server hochlädt (§ 44b Abs. 2 S. 1 UrhG). Das ist z. B. zu bejahen, wenn er das Werk aus einer Datenbank heruntergeladen hat, die er im Rahmen seiner universitären Lizenz nutzen darf.

Auch auf frei im Internet verfügbare Werke greift er rechtmäßig zu, z. B. wenn er den Pre-Print eines Aufsatzes von der Webseite der Autorin herunterlädt.<sup>15</sup> Aus seinem „right to read“ für diese Werke folgt dann sein „right to mine“.<sup>16</sup> Der vermeintliche Autor darf die fremden Werke also nicht nur selbst lesen, sondern auch durch das KI-System „lesen“ lassen.

Anders als auf Basis der Wissenschaftsschranke ist das TDM nach der allgemeinen Schrankenregelung jedoch nur erlaubt, wenn der Rechteinhaber sich diese Nutzung nicht selbst vorbehalten hat (§ 44b Abs. 3 S. 1 UrhG). Dies muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Einschränkend ist zwar zu sagen, dass der Nutzungsvorbehalt bei online zugänglichen Werken lediglich wirksam ist, wenn er maschinenlesbar geäußert wird (§ 44b Abs. 3 S. 2 UrhG). Diese Anforderung ist nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings nicht besonders schwer zu erfüllen: Es soll z. B. ausreichen, wenn ein Vorbehalt in den Metadaten des Werks enthalten oder in den AGB der Webseite zu finden ist, auf der es abgerufen werden kann.<sup>17</sup>

Ob die allgemeine TDM-Schranke es rechtfertigt, dass der vermeintliche Autor fremde geschützte Werke auf dem Server des KI-Anbieters hochlädt, muss also im konkreten Fall geprüft werden. Hat er rechtmäßigen Zugang zu den fraglichen Werken und wurde kein Nutzungsvorbehalt erklärt, greift § 44b UrhG unabhängig von der wissenschaftlichen Unredlichkeit seines Tuns ein. Nur wenn eine der beiden Voraussetzungen fehlt, kann der vermeintliche Autor sich nicht auf diese Schrankenregelung stützen.

### 3. Schlichte Einwilligung

Für Werke, die im Internet frei zugänglich sind, kommt als Rechtfertigung für das Hochladen auf den Server des KI-Anbieters auch eine schlichte Einwilligung des Rechteinhabers in Betracht. Das kann etwa den genannten Pre-Print betreffen, den dessen Autorin auf ihrer Webseite veröffentlicht hat. Das Rechtsinstitut der schlichten Einwilligung stammt aus der sog. Vorschau-Bilder-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH). Für diese Bildnutzung durch Suchmaschinen konstatierte der BGH, dass der Rechteinhaber hierin konkludent einwillige, wenn er geschützte Bilder im Internet zugänglich mache, ohne existierende technische Möglichkeiten zu

<sup>12</sup> Dies ist allerdings für die Frage relevant, auf welche der TDM-Schranken die Analyse gestützt werden kann, s. dazu den folgenden Absatz.

<sup>13</sup> Grübler, in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), BeckOK UrhR, 40. Ed., Stand: 1.8.2023, § 60c UrhG Rn. 5.

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/27426, S. 87.

<sup>15</sup> Zu beidem BT-Drs. 19/27426, S. 88.

<sup>16</sup> S. für diese Formulierung Raue, Text und Data Mining, CR 2017, 656.

<sup>17</sup> ErwGr. 18 DSM-RL.

ergreifen, um sie von der Bildersuche und der Anzeige als Vorschau bild auszuschließen.<sup>18</sup> Schließlich müssten Rechteinhaber, die ihre Inhalte im Internet ohne Einschränkung zugänglich machten, mit allen Nutzungshandlungen rechnen, die dort nach den Umständen üblich seien.<sup>19</sup>

KI-Systeme, die für die automatisierte Analyse fremder Werke eingesetzt werden können, haben in jüngster Zeit eine große Verbreitung gefunden. Es lässt sich daher argumentieren, dass der für die Analyse nötige Upload der Werke zu den üblichen Nutzungen gehört, mit denen der Rechteinhaber rechnen muss. Das kann allerdings nicht gelten, wenn er technische Schutzmaßnahmen implementiert hat, die genau diese Verwendung seiner Werke verhindern sollen. Er hat dann nämlich die Möglichkeit des Nutzungsausschlusses ergriffen, die einer konkludenten Einwilligung nach der Rechtsprechung des BGH entgegensteht. Um Gleichlauf mit der allgemeinen TDM-Schranke zu erzielen, sollte dasselbe auch gelten, wenn der Rechteinhaber einen maschinenlesbaren Nutzungsvorbehalt i. S. d. § 44b Abs. 3 S. 2 UrhG erklärt hat. Auch in diesem Fall scheidet nämlich eine Auslegung als Einwilligung aus.<sup>20</sup>

### III. Rechtsverletzung durch Übernahmen aus fremden Werken

#### 1. Keine generelle Unzulässigkeit von Übernahmen

Zu Urheberrechtsverletzungen kann es nicht nur bei der Vorbereitung des Fake Research Papers kommen. Auch das KI-generierte Paper selbst kann mit dem Urheberrecht in Konflikt treten, wenn darin geschützte Werke Dritter enthalten sind. Nicht alle Übernahmen aus fremden Werken stellen allerdings eine Rechtsverletzung dar. Inwiefern sie zulässig sind, hängt vielmehr davon ab,

welche Elemente in dem Fake Research Paper im konkreten Falle wie wiedergegeben worden sind.

#### 2. Übernahme fremder Ideen

Unproblematisch ist es aus urheberrechtlicher Sicht zunächst, wenn sich das Fake Research Paper fremder Thesen oder Argumente bedient.<sup>21</sup> Ein Ideenschutz besteht im Urheberrecht nicht (s. etwa § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG). Dadurch, dass nur die konkrete Ausdrucksform der Idee geschützt wird, soll verhindert werden, dass die Idee zulasten der Allgemeinheit monopolisiert wird.<sup>22</sup> Im Bereich der Wissenschaft, die von der Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen und Überlegungen Dritter lebt, ist dies von besonderer Relevanz.<sup>23</sup> Das Freihaltebedürfnis für fremde Ideen besteht dabei unabhängig davon, ob diese allein von einem Menschen oder mithilfe einer Künstlichen Intelligenz übernommen werden. Aus urheberrechtlicher Sicht ist es sogar unerheblich, wenn der vermeintliche Autor die fremden Ideen im Fake Research Paper fälschlich als seine eigenen ausgibt.<sup>24</sup> Eine Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 UrhG besteht schließlich nur, wenn fremde geschützte Werke zitiert werden. Die fremde Idee, die im Paper übernommen wird, ist aber gerade nicht urheberrechtlich geschützt.<sup>25</sup>

#### 3. Vervielfältigung fremder Werke

##### a) Legitimierung durch die Zitatschranke

Das Urheberrecht kann aber verletzt sein, wenn in dem Fake Research Paper nicht nur eine fremde Idee, sondern deren konkrete Ausdrucksform übernommen wird.<sup>26</sup> Dies gilt nicht nur, wenn das gesamte Werk eines Dritten im Paper wiedergegeben wird,<sup>27</sup> z. B. indem eine fremde technische Zeichnung neben dem Text eingefügt

<sup>18</sup> BGH, 29.4.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (631 f. Rn. 33 ff.) – Vorschau bild I; BGH, 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 (604 Rn. 18) – Vorschau bild II.

<sup>19</sup> BGH, 29.4.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (632 Rn. 36) – Vorschau bild I unter Verweis auf BGH, 6.12.2007 – I ZR 94/05, GRUR 2008, 245 (247 Rn. 27) – Drucker und Plotter.

<sup>20</sup> Bernzen, K&R 2023, Beihefter zu Heft 10, 6 (8).

<sup>21</sup> Vgl. OLG Frankfurt/Main, 1.4.2003 – 11 U 47/02, ZUM-RD 2003, 532 (535) – Abstracts; OLG Hamburg, 31.3. 2004 – 5 U 144/03, GRUR-RR 2004, 285 (286) – Markentechnik; LG Frankfurt/Main, 6.4.2005 – 2/6 O 13/05, AfP 2005, 402.

<sup>22</sup> EuGH, 2.5.2012 – C-406/10, GRUR 2012, 814 (815 Rn. 40) – SAS Institute; BGH, 23.2.2023 – I ZR 157/21, GRUR 2023, 577 (581 Rn. 31) – Action Replay; Loewenheim/Leistner, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, § 2 UrhG Rn. 73.

<sup>23</sup> S. dazu BGH, 21.11.1980 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 352 (353) – Staatsexamensarbeit; BGH, 27.2.1981 – I ZR 29/79, GRUR 1981, 520 (521 f.) – Fragensammlung; BGH, 12.7.1990 – I ZR 16/89, GRUR 1991, 130 (132 f.) – Themenkatalog.

<sup>24</sup> Schack, Wissenschaftsplagiat und Urheberrecht, in: Dreier/Ohly (Hrsg.), Plagiate. Wissenschaftsethik und Recht, Tübingen 2013, S. 81 (S. 83 f.).

<sup>25</sup> Vgl. OLG Hamburg, 31.3. 2004 – 5 U 144/03, GRUR-RR 2004, 285 (286) – Markentechnik.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, 7.12.1979 – I ZR 157/77, GRUR 1980, 227 (230) – Monumenta Germaniae Historica; BGH, 21.11.1980 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 352 (353) – Staatsexamensarbeit; BGH, 27.02.1981 – I ZR 29/79, GRUR 1981, 520 (522) – Fragensammlung.

<sup>27</sup> Schack, in: Dreier/Ohly, Plagiate, S. 81 (S. 83).

wird. Auch die Übernahme einzelner Teile eines Werks kann eine Rechtsverletzung begründen, wenn die Teile für sich genommen eine persönliche geistige Schöpfung i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG sind.<sup>28</sup> Das kommt z. B. für Absätze eines wissenschaftlichen Aufsatzes in Betracht.<sup>29</sup> Fremde Werke oder Werkteile unverändert in das Fake Research Paper zu übernehmen, stellt eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung dar, die einer Rechtfertigung bedarf.<sup>30</sup>

Diese Vervielfältigung kann zunächst in der Form auftreten, dass das fremde Werk oder der Werkteil wissenschaftlich korrekt dem Urheber zugeschrieben werden. So könnte die technische Zeichnung aus dem obigen Beispiel ordnungsgemäß mit einer Fußnote versehen werden. In diesem Fall kann sich der vermeintliche Autor unter Umständen auf die Zitierschranke in § 51 UrhG berufen.<sup>31</sup> Sie erlaubt die Vervielfältigung eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Zitats. Ein Zitat liegt vor, wenn ein fremdes Werk genutzt wird, „um Aussagen zu erläutern, eine Meinung zu verteidigen oder eine geistige Auseinandersetzung [zwischen dem zitierten Werk und den Aussagen des Zitierenden] zu ermöglichen“.<sup>32</sup> Nötig ist demnach eine „innere Verbindung“ zwischen dem zitierten Werk und den eigenen Überlegungen.<sup>33</sup>

Auf den ersten Blick kommt die Zitatschranke für Übernahmen in KI-generierten Fake Research Papers nicht in Betracht, weil keine Überlegungen vorliegen, zu denen eine Verbindung hergestellt werden könnte.<sup>34</sup> Ähnlich wie für die Wissenschaftsschranke in § 60d UrhG ließe sich argumentieren, der vermeintliche

Autor wolle sich die geistige Auseinandersetzung mit dem fremden Werk gerade ersparen.<sup>35</sup> Ein solches Verständnis des Zitatzwecks verkennt aber dessen Funktion. Diese Voraussetzung des § 51 UrhG soll gewährleisten, dass das fremde Werk nur als Hilfsmittel eingesetzt wird.<sup>36</sup> Wer dieses Hilfsmittel einsetzt, gibt sie nicht vor. Entsprechend kann die Zitatschranke z. B. auf ein Paper, das sich allein aus Absätzen fremder Veröffentlichungen zusammensetzt, nicht angewendet werden.<sup>37</sup> Die Werkteile werden darin nämlich nicht zum Zweck des Zitats, sondern als Ersatz für eigene Ausführungen übernommen.<sup>38</sup> Das ist aber unabhängig davon der Fall, ob das Paper menschengemacht oder KI-generiert ist. Andererseits gilt dasselbe: Würde die Übernahme eines Werks einen Zitatzweck verfolgen, wenn sie ein Mensch vornehmen würde, ist eine KI-gesteuerte Übernahme ebenso zu bewerten. Wird im Fake Research Paper also z. B. eine fremde technische Zeichnung analysiert, kommt ihr im Verhältnis zur Analyse nur eine Hilfsmittelfunktion zu. Bei teleologischer Betrachtung gibt es daher keinen Anlass, die Anwendung der Zitatschranke auf KI-generierte Vervielfältigungen pauschal zu verneinen.

Sie kann allerdings nicht eingreifen, wenn der vermeintliche Autor das übernommene fremde Werk oder den Werkteil als seine eigene Kreation ausgibt.<sup>39</sup> Ein Zitat liegt schließlich nicht vor, wenn das zitierte Werk ununterscheidbar in die eigenen Ausführungen eingefügt wurde. Es muss darin vielmehr als fremd zu erkennen sein.<sup>40</sup> In dem Punkt laufen die wissenschaftlichen und urheberrechtlichen Anforderungen also gleich: Erst die Kennzeichnung eines zitierten Werks oder Werkteils als

<sup>28</sup> EuGH, 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041 (1044 Rn. 39) – Infopaq; BGH, 10.12.1987 – I ZR 198/85, GRUR 1988, 533 (534) – Vorentwurf II; BGH, 3.7.2008 – I ZR 204/05, GRUR 2008, 1081 (1082 Rn. 18) – Musical Starlight.

<sup>29</sup> *Waiblinger/Pukas*, Der Plagiatsvorwurf bei Schriftwerken im Lichte aktueller Debatten – Mehr Schein als Sein?, ZUM 2022, 85 (88).

<sup>30</sup> *Bernzen*, in: *Künstler/Louven* (Hrsg.), *Plattform-Governance und Recht*, 2024, Kap. V. Urheberrecht und Künstliche Intelligenz Rn. 30; *Konertz*, Urheberrechtliche Fragen der Textgenerierung durch Künstliche Intelligenz: Insbesondere Schöpfungen und Rechtsverletzungen durch GPT und ChatGPT, WRP 2023, 796 (802); *Schack*, Auslesen von Webseiten zu KI-Trainingszwecken als Urheberrechtsverletzung de lege lata et ferenda, NJW 2024, 113 (114). A.A. aber *Käde*, Kreative Maschinen und Urheberrecht, 2021, S. 74 f.

<sup>31</sup> *Gernhardt*, Urheberrechtsverletzungen durch künstliche Intelligenz am Beispiel der bildenden Künste; Werk ohne Autor einmal anders, GRUR-Prax 2022, 69 (71); *Hofmann*, Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht, WRP 2024, 11 (17); *Konertz*, WRP 2023, 796 (804).

<sup>32</sup> EuGH, 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940 (945 Rn. 78) – Reformistischer Aufbruch; EuGH, 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019,

929 (933 Rn. 71) – Pelham. S. auch BGH, 30.4.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843 (848 Rn. 53 f.) – Metall auf Metall IV.

<sup>33</sup> BGH, 23.5.1985 – I ZR 28/83, GRUR 1986, 59 (60) – Geistchristentum; BGH, 17.12.2015 – I ZR 69/14, GRUR 2016, 369 (370 f. Rn. 25) – Exklusivinterview; BGH, 30.4.2020 – I ZR 228/15, GRUR 2020, 859 (867 Rn. 82 f.) – Reformistischer Aufbruch II.

<sup>34</sup> So *Finke*, Urheberrechtliche Zulässigkeit der Nutzung des Outputs einer Künstlichen Intelligenz, ZGE 2023, 414 (435 f.).

<sup>35</sup> S. oben II. 2. b).

<sup>36</sup> BGH, 12.6.1981 – I ZR 95/79, GRUR 1982, 37 (40) – WK-Dokumentation; BGH, 23.5.1985 – I ZR 28/83, GRUR 1986, 59 (60) – Geistchristentum; BGH, 30.6.1994 – I ZR 32/92, GRUR 1994, 800 (803) – Museumskatalog.

<sup>37</sup> *Schack*, in: *Dreier/Ohly*, *Plagiate*, S. 81 (S. 88) unter Verweis auf BGH, 21.11.1991 – I ZR 190/89, GRUR 1992, 382 (384) – Leitsätze.

<sup>38</sup> Vgl. KG, 13.1.1970 – 5 U 1457/69, GRUR 1970, 616 (618) – Eintänzer; KG, 6.4.2011 – 24 U 1/11, ZUM 2011, 661 (663) – Editorial.

<sup>39</sup> *Waiblinger/Pukas*, ZUM 2022, 85 (90).

<sup>40</sup> OLG München, 26.3.1998 – 29 U 5758/97, NJW 1999, 1975 (1976) – Stimme Brecht; OLG Köln, 31.7.2009 – 6 U 52/09, ZUM 2009, 961 (962) – Wie ein Tier im Zoo; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, *UrhR*, § 51 UrhG Rn. 31.

fremder Gedanke ermöglicht dem vermeintlichen Autor, sich für die Übernahme im Fake Research Paper auf die Schranke in § 51 UrhG zu berufen. Die Analyse der technischen Zeichnung aus dem obigen Beispiel ist davon also nicht gedeckt, wenn diese Zeichnung im Paper als eigene Zeichnung ausgegeben wird.

#### b) Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Stellt der vermeintliche Autor das Fake Research Paper inklusive des fremden Werks oder Werkteils als eigene Kreation dar, liegt außerdem eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts vor. § 13 UrhG schreibt nämlich vor, dass die Urheberschaft an einem Werk anzuerkennen ist. Daran fehlt es bei einem Plagiat.<sup>41</sup> Ob dieses Plagiat allein von einem Menschen oder mittels einer Künstlichen Intelligenz geschaffen wurde, ist dafür unerheblich. Der Urheber verdient in beiden Fällen gleichermaßen Schutz davor, dass Dritte sein Werk als ihr eigenes ausgeben.<sup>42</sup>

#### 4. Bearbeitung oder andere Umgestaltung fremder Werke

Denkbar ist zuletzt, dass fremde Werke oder Werkteile im Fake Research Paper nicht eins zu eins, sondern in veränderter Form enthalten sind. Die Übernahme kann in diesem Fall eine Bearbeitung oder andere Umgestaltung darstellen.<sup>43</sup> Sie darf dann nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG zwar im Grundsatz frei hergestellt, kann jedoch nur mit Zustimmung des Urhebers des bearbeiteten bzw. umgestalteten Werks veröffentlicht oder verwertet werden. Die ungefragte Publikation des Fake Research Papers z. B. in einer Fachzeitschrift wäre eine solche Veröffentlichung und würde daher das Urheberrecht verletzen.

Eine Bearbeitung oder andere Umgestaltung liegt gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG jedoch nicht vor, wenn das neu geschaffene Werk<sup>44</sup> – also das Fake Research Paper – einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk wahrt. Es kann dann ohne Zustimmung von dessen Urheber veröffentlicht werden. Ein solcher Abstand ist zu beja-

hen, wenn die „eigenpersönlichen Züge“, die aus dem benutzten Werk entlehnt wurden, „dem Gesamteindruck nach gegenüber der Eigenart des neuen Werkes so stark „verblassen“, dass das [benutzte] Werk nicht mehr oder nur noch rudimentär zu erkennen ist“.<sup>45</sup> Ob das der Fall ist, hängt nicht davon ab, ob ein Mensch das neue Werk allein oder mittels eines KI-Systems geschaffen hat.<sup>46</sup> Es kommt einzig darauf an, inwiefern die individuellen Merkmale des fremden Werks bei objektiver Betrachtung in dem Fake Research Paper noch zu erkennen sind. Das ist eine Frage des Einzelfalles. So können die eigenpersönlichen Züge einer übernommenen Textstelle etwa verblassen, wenn sie sprachlich neu gefasst wird.<sup>47</sup> Dagegen verblassen die individuellen Merkmale einer technischen Zeichnung z. B. nicht bereits, wenn deren Farbe geändert wird.

#### IV. Rechtsverletzung aufgrund fremder Urheberschaft

##### 1. Urheberrechtsschutz für KI-generierte Papers

Eine Verwertung des Fake Research Papers kann das Urheberrecht Dritter auch dann verletzen, wenn das Paper sich nicht aus fremden Werken zusammensetzt, sondern vollständig neu generiert wurde. Dies ist denkbar, wenn ein Dritter und nicht der vermeintliche Autor dessen Urheber ist. Dem Dritten wäre es in diesem Fall nämlich vorbehalten, das Paper zu verwerten (vgl. § 15 UrhG). Zudem müsste seine Urheberschaft anerkannt werden (§ 13 UrhG). Wenn der vermeintliche Autor das Fake Research Paper unter seinem eigenen Namen publiziert, würde das in beiderlei Hinsicht das Urheberrecht des Dritten verletzen.

Das setzt zunächst allerdings voraus, dass an einem KI-generierten Fake Research Paper überhaupt ein Urheberrecht entstehen kann. Problematisch ist auf den ersten Blick, dass § 2 Abs. 2 UrhG hierfür fordert, dass es sich bei dem Paper um eine persönliche geistige Schöpfung handelt. Schöpfungen können nämlich nur von ei-

<sup>41</sup> Peukert, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, § 13 UrhG Rn. 9; Schack, in: Dreier/Ohly, Plagiate, S. 81 (S. 86); Waiblinger/Pukas, ZUM 2022, 85 (89).

<sup>42</sup> Vgl. Gerecke, Social Media und Recht: Einige urheberrechtliche Gedanken zu generativen KI-Modellen, GRUR-Prax 2023, 381 (382 f.); Hofmann, WRP 2024, 11 (18).

<sup>43</sup> Bernzen, in: Künstler/Louven, Plattform-Governance und Recht, Kap. V Rn. 31; Nordemann, Generative Künstliche Intelligenz: Urheberrechtsverletzungen und Haftung, GRUR 2024, 1. Eher ablehnend aber Gernhardt, GRUR-Prax 2022, 69 (70).

<sup>44</sup> S. zum Werkcharakter sogleich IV. 1.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/27426, S. 78 unter Bezugnahme auf BGH, 11.3.1993 – I

ZR 264/91, GRUR 1994, 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

<sup>46</sup> Bernzen, in: Künstler/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 31. A.A. Finke, ZGE 2023, 414 (429 ff.); Peifer, Roboter als Schöpfer – Wird das Urheberrecht im Zeitalter der künstlichen Intelligenz noch gebraucht?, in: von Lewinski/Wittmann (Hrsg.), Urheberrecht! Festschrift für Michel Walter zum 80. Geburtstag, 2018, S. 222 (S. 229 f.). Zweifeln auch Heinze/Wendorf, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 9 Rn. 83.

<sup>47</sup> Waiblinger/Pukas, ZUM 2022, 85 (92). Vgl. dazu auch OLG Hamburg, 31.3.2004 – 5 U 144/03, GRUR-RR 2004, 285 (286 f.) – Markentechnik.

nem Menschen stammen, nicht von einer Künstlichen Intelligenz.<sup>48</sup> Das schließt jedoch nicht aus, dass dieser Mensch sich bei der Erstellung des Papers eines Hilfsmittels bedient.<sup>49</sup> Ein solches Hilfsmittel kann ein KI-System sein, wenn das damit generierte Fake Research Paper im Ergebnis auf die Entscheidungen des Menschen zurückzuführen ist.<sup>50</sup> Dafür muss dieser Mensch nicht konkret darüber entschieden haben, wie das Paper strukturiert, illustriert oder formuliert sein soll. Er muss nur steuernde Voreinstellungen für seinen Gestaltungsprozess getroffen haben, die sich in ausreichendem Maße auf die Ausgestaltung des Papers ausgewirkt haben.<sup>51</sup>

Durch den Einsatz des KI-Systems wird die menschliche Kreativität in diesem Fall schließlich nicht verdrängt; der Schwerpunkt des Kurationsprozesses verschiebt sich nur. Der Mensch wird eher in der Phase der Vorbereitung des Fake Research Papers tätig. In der Gestaltungsphase, in der dessen Inhalt generiert wird, ist dann der Anteil des KI-Systems größer.<sup>52</sup> Zu keinem Zeitpunkt trifft dieses System aber wirklich autonome Entscheidungen, die einer Rückführung des Fake Research Papers auf die gestalterischen Entscheidungen des Menschen entgegenstünden. Es gibt schließlich noch keine sogenannte starke KI, die eigenmächtig gestaltend tätig werden und dadurch diesen Zusammenhang unterbrechen könnte.<sup>53</sup>

Dem Werk einer heute einzig verfügbaren „schwachen“ KI – oder präziser: dem Werk des Menschen, der diese KI verwendet – den Schutz durch das Urheberrecht zugestehen, gebietet dessen Schutzzweck. Der

Mensch, der ein KI-System einsetzt, um ein Fake Research Paper zu erstellen, fordert dieses System schließlich dazu heraus, das Paper zu generieren.<sup>54</sup> Dieser Prozess mag dann mehr oder weniger automatisiert ablaufen, sodass der Mensch die finale Fassung des Papers nicht im Detail vorhersehen kann. Trotzdem handelt es sich bei diesem Paper normativ betrachtet doch um ein, also: ein menschliches Erzeugnis.<sup>55</sup>

## 2. Urheberschaft an KI-generierten Papers

Inwiefern die Nutzung dieses Erzeugnisses das Urheberrecht verletzt, hängt davon ab, welchem Menschen das Erzeugnis zuzurechnen ist. Neben dem vermeintlichen Autor kommt auch der Entwickler des eingesetzten KI-Systems als Urheber des Fake Research Papers in Betracht. Die Frage, wer von ihnen beiden die erforderlichen steuernden Voreinstellungen vorgenommen hat, lässt sich nur mit Blick auf die Ausgestaltung der eingesetzten Künstlichen Intelligenz beantworten.<sup>56</sup>

Wenn der Entwickler bereits so umfassende Voreinstellungen getroffen hat, dass der vermeintliche Autor die KI nur noch in Betrieb nehmen musste, ist das damit generierte Paper dem Entwickler zuzurechnen.<sup>57</sup> Ein (wohl hypothetisches) Beispiel hierfür wäre ein KI-System, das speziell dafür genutzt wird, wissenschaftliche Aufsätze auf einem bestimmten Fachgebiet zu verfassen und bei dem der vermeintliche Autor lediglich einen Prompt eingeben muss, um ein fertig formuliertes Fake Research Paper zu erhalten. Der Urheber jenes Papers wäre der KI-Entwickler, der das passende Modell erstellt

<sup>48</sup> Loewenheim/Leistner, in: Schrickler/Loewenheim, UrhR, § 2 UrhG Rn. 41; Thum, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 7 UrhG Rn. 18.

<sup>49</sup> Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 2 UrhG Rn. 16; Loewenheim/Leistner, in: Schrickler/Loewenheim, UrhR, § 2 UrhG Rn. 40; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 2 Rn. 8.

<sup>50</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 18.

<sup>51</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 19; Specht-Riemenschneider, Urheberrechtlicher Schutz für Algorithmerzeugnisse? – Phasenmodell de lege lata, Investitionsschutz de lege ferenda?, in: Specht-Riemenschneider/Buchner/Heinze/Thomsen (Hrsg.), IT-Recht in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Jürgen Taeger, 2020, S. 711 (S. 718). In die Richtung auch Gerecke, GRUR-Prax 2023, 381 (382); Krone, Urheberrechtlicher Schutz von ChatGPT-Texten?, RD 2023, 117 (122 f.); Lauber-Rönsberg, Autonome „Schöpfung“ – Urheberrecht und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, 244 (247). Diesen Ansatz ablehnend aber Heinze/Wendorf, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und Robotik, § 9 Rn. 64. Die h.M. ist insgesamt zurückhaltender bei der Annahme der Schutzfähigkeit, s. exemplarisch Baumann, Generative KI und Urheberrecht – Urheber und Anwender im Spannungsfeld, NJW 2023, 3673 (3676); Maamar, Computer als Schöpfer, S. 189 ff.; Nägele/Apel, in: Kaulartz/Braegemann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 7.1 Rn. 42.

<sup>52</sup> Für die Unterscheidung in diese zwei Phasen, allerdings mit

anderer Grenzziehung, bereits Specht-Riemenschneider, in: Festschrift Taeger, S. 711 (S. 718).

<sup>53</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 20; Käde, Kreative Maschinen und Urheberrecht, S. 187 f.; Olbrich/Bongers/Pampel, Urheberrechtsschutz für Kunstwerke künstlicher Intelligenz?, GRUR 2022, 870 (872). A.A. aber Dornis, Die „Schöpfung ohne Schöpfer“ – Klarstellungen zur „KI-Autonomie“ im Urheber- und Patentrecht, GRUR 2021, 784 (788 f.); Finke, ZGE 2023, 414 (431); Maamar, Computer als Schöpfer, S. 196.

<sup>54</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 20; Specht-Riemenschneider, in: Festschrift Taeger, S. 711 (S. 717 f.).

<sup>55</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 20.

<sup>56</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 21. Anschaulich stellt die verschiedenen Möglichkeiten menschlicher Einflussnahme Käde, Kreative Maschinen und Urheberrecht, S. 193 ff. dar.

<sup>57</sup> Bernzen, in: Künstner/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 21; Dreier, Creation and Investment: Artistic and Legal Implications of Computer-generated Works, in: Leser/Isomura (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, S. 869 (S. 884); Lauber-Rönsberg, GRUR 2019, 244 (248).

und mit den relevanten Publikationen trainiert sowie validiert hat. Diese Voreinstellungen haben schließlich entscheidenden Einfluss auf die Abfassung des Papers. Dass der vermeintliche Autor die KI mit seinem Prompt in Gang gesetzt hat, wirkt sich demgegenüber nicht ausreichend auf die Ausgestaltung des Papers aus.

Startet der vermeintliche Autor den Kurationsprozess dagegen nicht nur, sondern gestaltet er diesen Prozess erst im Einzelnen aus, ist das Fake Research Papers ihm zuzurechnen.<sup>58</sup> Das kommt insbesondere für ein KI-System mit breitem Anwendungsfeld in Betracht,<sup>59</sup> z. B. für ChatGPT. Der Entwickler dieser KI hat nämlich keine ausreichenden steuernden Voreinstellungen getroffen, die sich im konkreten Paper niederschlagen könnten. Diese Voreinstellungen nimmt vielmehr der vermeintliche Autor vor, bspw. indem er einschlägige Aufsätze und Urteile hochlädt, die in das Paper einfließen sollen, die Textgattung „juristischer Fachaufsatz“ und die Struktur sowie den Sprachstil des Textes vorgibt. Denkbar ist auch, dass er seinen Prompt in einem iterativen Prozess so lange modifiziert, bis das ausgegebene Paper seinen Vorstellungen entspricht. All dies wirkt sich maßgeblich auf dessen fertige Fassung aus.

Es ist damit zwar eine Frage des Einzelfalles, wer der Urheber eines Fake Research Papers ist und dieses Paper daher verwerten darf. Auf dem aktuellen Stand der Technik ist allerdings davon auszugehen, dass die steuernden Voreinstellungen in aller Regel vom vermeintlichen Autor vorgenommen werden. Verwertet er das Fake Research Paper sodann z. B. durch Publikation in einer Fachzeitschrift, verletzt er damit keine Urheberrechte Dritter.

## V. Nur punktuelle Handhabung nach dem Urheberrecht

Wer ein Fake Research Paper mithilfe eines KI-Systems generiert, kann dabei in verschiedenerlei Hinsicht das Urheberrecht verletzen. Teilweise schlägt die wissenschaftliche Unlauterkeit seines Tuns dabei auf die urheberrechtliche Bewertung durch. So kann sich der vermeintliche Autor für das Hochladen fremder Werke auf den Server des KI-Anbieters zu Analysezwecken z. B. nicht auf die wissenschaftsspezifische TDM-Schranke berufen. Ebenso verletzt er sowohl Verwertungs- als auch Persönlichkeitsrechte des Urhebers, wenn er dessen Werk unverändert und ungekennzeichnet in sein Fake Research Paper übernimmt. Die wissenschaftliche und die urheberrechtliche Bewertung laufen allerdings nicht vollständig parallel. So kann der vermeintliche Autor sich für den Upload fremder Werke auf den KI-Server auch dann auf die allgemeine TDM-Schranke berufen, wenn er damit ein gefälschtes Paper generieren will. Genauso ist es ihm urheberrechtlich erlaubt, fremde Thesen oder Argumente ohne Quellenangabe in sein Fake Research Paper übernehmen. Das Urheberrecht kann mithin nur punktuell einen Beitrag zur Bekämpfung dieses Phänomens leisten.<sup>60</sup> Vorrangig bleibt dies eine Aufgabe für die Wissenschaftsethik und das Wissenschaftsrecht.

Prof. Dr. Anna K. Bernzen ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Recht der Digitalisierung an der Universität Regensburg.

<sup>58</sup> Bernzen, in: Künstler/Louven, Plattform Governance und Recht, Kap. V Rn. 21; Dreier, in: Festschrift Kitagawa, S. 869 (S. 884); Lauber-Rönsberg, GRUR 2019, 244 (248).

<sup>59</sup> Bernzen, in: Künstler/Louven, Plattform Governance und Recht,

Kap. V Rn. 21.

<sup>60</sup> So schon für die Bekämpfung klassischer Plagiate Schack, in: Dreier/Ohly, Plagiate, S. 81 (S. 82).

# Matthias Bode

## *Zwischen Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz: Chancen und Risiken der digitalen Transformation für die Hochschulzulassung*

Die Möglichkeiten, die Künstliche Intelligenz (im Weiteren: KI) eröffnet, sind derzeit in aller Munde. Dabei werden natürlich auch Anwendungsfelder der öffentlichen Verwaltung bzw. der Hochschulen in den Blick genommen, etwa die Studienplatzvergabe. Dieser Beitrag soll aufzeigen, welche Spielräume der europäischen wie auch der deutsche Rechtsrahmen dafür bietet. Es wird sich herausstellen, dass das Zulassungsrecht eher eine Frage der Digitalisierung im engeren Sinne bleiben wird und die Chancen der KI mit guten Gründen – zumindest in Deutschland – eher auf dem Gebiet der vorgelagerten Studienberatung oder der verwaltungsinternen Verfahrensüberwachung liegen.

### I. Einleitendes

Eine Studie der Harvard Business School im Verbund mit weiteren Forschungseinrichtungen aus dem September 2023 hat gezeigt, dass Menschen, die bei ihrer wissensbasierten Arbeit KI nutzten, 12,2 % mehr Arbeiten erledigten, um 25,1 % schneller und um 40 % erfolgreicher arbeiteten als ihre analog tätigen Kolleginnen und Kollegen.<sup>1</sup> Für die öffentliche Verwaltung formuliert der CIO des Bundes auf seiner Homepage, KI könne „Verwaltungsabläufe effizienter [...] gestalten, zur Arbeitsentlastung beitragen und die Kommunikation mit dem Bürger verbessern“. Auf diese Weise unterstütze sie „die

Entwicklung einer modernen, effizienten und krisenresilienten Verwaltung für die digitale Gesellschaft von morgen“.<sup>2</sup> Insbesondere mit dem Erfolg des Textgenerators ChatGPT der amerikanischen Firma OpenAI ist KI in das Bewusstsein breiter öffentlicher Kreise getreten.<sup>3</sup> Der Hype um die KI erfasst nahezu alle Branchen und Fachrichtungen, etwa auch das Bildungssystem.<sup>4</sup> KI ist im größeren Kontext der Digitalisierung bzw. der „digitalen Transformation“ zu betrachten.<sup>5</sup> Selbstverständlich handelt es sich um eine Entwicklung mit Ambivalenz; die immer detailliertere Wahrnehmung der Welt und die damit einhergehenden Datenfluten bergen auch die Gefahr von Überwachung, Fehlwahrnehmung und Überforderung.<sup>6</sup>

Der „Algorithmic Turn“ hat inzwischen auch das juristische Universum erreicht.<sup>7</sup> Im Gesellschaftsrecht wird etwa gefragt, ob es zulässig ist, dass unternehmerische Vorstandsentscheidungen auf Algorithmen übertragen werden<sup>8</sup>, und die verwaltungswissenschaftliche Literatur diskutiert die Thematik ebenfalls,<sup>9</sup> seit jüngstem sogar mit Blick auf die Hochschulzulassung.<sup>10</sup> Laut Medienberichten nutzen in den USA derzeit bereits etwa 56 Prozent der Colleges KI zur Administration ihrer Zulassungsverfahren; überwiegend zur Auswertung der Essays, die neben oder anstatt der sonstigen Zulassungskriterien, etwa Studienfähigkeitstests und Interviews, herangezogen werden.<sup>11</sup> Allerdings muss vor einer vor-

<sup>1</sup> F. Dell'Acqua/S. Rajendran/E. McFowland III u.a., Navigating the Jagged Technological Frontier, Working Paper 24-013, 2, www.hbs.edu (7.5.2024).

<sup>2</sup> „Künstliche Intelligenz in der Verwaltung“, www.cio.bund.de (7.5.2024).

<sup>3</sup> J. J. Vasel, Künstliche Intelligenz und die Notwendigkeit agiler Regulierung, NVwZ 2023, 1298 (1298).

<sup>4</sup> C. de Witt/C. Gloerfeld/S. E. Wrede (Hrsg.), Künstliche Intelligenz in der Bildung, 2023; F. Pasquale, New Laws of Robotics, 2020, S. 60 ff.

<sup>5</sup> Vgl. W. Hoffmann-Riem, Die digitale Transformation als rechtliche Herausforderung, JuS 2023, 617 (617 f.).

<sup>6</sup> Vgl. A. Thiele, § 10 Verwaltung, B. Verwaltungsverfahren, in: K. Chibanguza/C. Kuß/H. Steege, Künstliche Intelligenz, 2022, Rn. 1 f., 16; T. Klenk/F. Nullmeier/G. Wewer, Auf dem Weg zum Digitalen Staat? Stand und Perspektiven der Digitalisierung in Staat und Verwaltung, in: dies., Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung, 2020, S. 3 (10 ff.).

<sup>7</sup> N. Lettieri, Law in Turing's Cathedral, Notes on the Algorithmic Turn of the Legal Universe, in: W. Barfield, The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms, 2020, S. 691 (691 ff.);

m.w.N. G. Britz/M. Eifert, § 26 Digitale Verwaltung, in:

A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, Rn. 84 ff.

<sup>8</sup> Vgl. F. Möslin, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, ZIP 2018, 204 (207 ff.).

<sup>9</sup> M.w.N. M. Heine/A.-K. Dhungel/T. Schrißls/D. Wessel, Künstliche Intelligenz in öffentlichen Verwaltungen, 2023; Klenk/Nullmeier/Wewer (Fn. 6), 3 ff.; M. Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019; H. Hill, Was bedeutet Künstliche Intelligenz (KI) für die Öffentliche Verwaltung?, VM, 2018, 287 (287 ff.).

<sup>10</sup> T. Rademacher, Digitalisierung des Zugangs zu staatlichen Leistungen: Darf – oder soll – künstliche Intelligenz über die Studienzulassung entscheiden?, RdJB 2021, 254 (254 ff.); M. Martini/J. Botta/D. Nink/M. Kolain, Automatisch erlaubt?, 2020, S. 16 ff; vgl. aus sozialwissenschaftlicher Perspektive M. Lünich, Der Glaube an Big Data, 2022, S. 202 ff.

<sup>11</sup> „8 in 10 Colleges Will Use AI in Admissions by 2024“, 27.9.2023, in: www.intelligent.com (7.5.2024); vgl. N. Singer, A.I. Tools Might Hurt or Help When Applying to College, New York Times, Kapitel 2, S. 4.

schnellen Übertragung dieser Modelle gewarnt werden, greifen sie doch - wie zu zeigen sein wird - tief in die Grundprinzipien der kontinentaleuropäischen Verfassungsordnungen ein.

Zunächst sollen die Begrifflichkeiten geklärt werden, um sodann Potentiale von KI für den Übergang von der Schule zur Hochschule aufzuzeigen (III.). Auf dieser Grundlage sind die europarechtlichen sowie staatsrechtlichen Grenzen zu untersuchen (IV.) und Anwendungsfelder für Digitalisierung (V.) zu beleuchten.

## II. Rahmenbedingung und Terminologie

Um die Betrachtung zu strukturieren, sollen zunächst die Begriffe KI (1.) und Digitalisierung (2.) geklärt werden (3.). Zudem ist auf Hochschulzugang und Hochschulzulassung einzugehen (4.).

### 1. Was ist KI?

KI wird terminologisch ursprünglich der Informatik zugerechnet. Sie wird „als automatisiertes intelligentes Verhalten“ definiert und beschreibt „die Fähigkeit von Maschinen, menschliches Entscheidungsverhalten durch komplexe Algorithmen zu imitieren.“<sup>12</sup> KI schaffe die Möglichkeit, „aus einer anwachsenden Basis zutreffender Daten für die Zukunft stärkere (auch kontextbezogene) Wiedererkennungseffekte“ zu generieren und dadurch „reale Unsicherheiten statistisch präziser“ zu reduzieren. Dabei sei sog. „schwache KI“, die einzelne Teilbereiche des Lebens nachmodelliere, von „starker KI“ zu unterscheiden, bei der Maschinen „umfassend das Niveau menschlichen Denkens“ erreichen.<sup>13</sup> *Christoph Krönke* zieht den Vergleich zum Menschen und versteht unter KI Technologien, „die in der Lage sind, durch algorithmengesteuerte Verarbeitung von Dateninput in -output eine Aufgabe auszuführen, von der man, würde sie von einem Menschen ausgeführt, behaupten würde, dass sie Intelligenz erfordere.“<sup>14</sup>

Im Gegensatz zum sog. maschinellen Lernen, bei dem der Mensch über die Hierarchie des Lernstoffes entscheidet, erfolgt diese Bewertung im Rahmen des KI-gesteuerten sog. Deep Learning durch das System selbst, das starke und schwache Abhängigkeiten unterscheiden

und damit Muster erkennen kann.<sup>15</sup> Charakteristikum der KI ist also das sich selbst erweiternde Fortschreiben von Wissen und die Anwendung auf neue Kontexte. Mit hoher Geschwindigkeit können KI-Anwendungen „große Datenmengen nach subtilen Mustern oder Typabweichungen [...] durchforsten“ sowie „Rückschlüsse aus erkannten Mustern ziehen und ihr Verhalten an diese Erkenntnisse anpassen.“<sup>16</sup> Auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeiten und Unsicherheiten werden Entscheidungen getroffen.<sup>17</sup>

Allein für den Bereich der Verwaltung kommen unzählige Anwendungsfelder für KI in Betracht. Generative IT kann Text, Sprache, Bilder o.ä. erstellen, was die Kommunikation erleichtert und die Entscheidungsfindung unterstützt.<sup>18</sup> Auch die Vorhersage von Sicherheitsrisiken im Rahmen der Polizeiarbeit, die Bedarfsplanung, etwa im Personalbereich, aber auch die Anlagenüberwachung und die Verkehrsleitung sind Anwendungsfälle.<sup>19</sup>

### 2. Was ist Digitalisierung?

Nach allgemeinem Verständnis bezeichnet Digitalisierung im engeren Sinne „die Umwandlung von herkömmlichen nicht-digitalen Medien und Informationseinheiten sowie von kontinuierlichen (analogen) Signalen in diskrete (digitale) Objekte“. Im weiteren Sinne zähle dazu die „zunehmend allgegenwärtige Nutzung von vernetzter Computertechnologie zur Unterstützung von Prozessen im privaten wie gesellschaftlichen Leben.“<sup>20</sup> Inzwischen wird der Begriff zunehmend breiter verstanden und bezeichnet auch die „automatisiert[e] und autonomisiert[e] Entscheidungsfindung; überdies soll er auch die Effekte erfassen, die die digitalen Medien auf Politik und Verwaltung haben.“<sup>21</sup> Digitalisierung hat sich zum übergreifenden „Leitbild“ entwickelt.<sup>22</sup>

### 3. Begriffliche Überschneidungen, Übergänge

Insbesondere im politischen Bereich verschwimmen beide Begriffe zuweilen. Aber auch in der Wissenschaft wird KI teilweise der Digitalisierung zugeordnet.<sup>23</sup> Die Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages prognostizierte, KI werde „zu einer neuen Stufe der Digitalisierung der Arbeit führen, mit

<sup>12</sup> G. Groh, Künstliche Intelligenz, in: K. Weber, Rechtswörterbuch, 31. Ed. 2023, „Künstliche Intelligenz“.

<sup>13</sup> G. Groh (Fn. 12); vgl. C. Djeffal, Künstliche Intelligenz, in: Klenk/Nullmeier/Wewer (Fn. 6), S. 51 (53).

<sup>14</sup> C. Krönke, Digitale Verwaltungshilfe, Die Verwaltung 56 (2023), 31 (36).

<sup>15</sup> Martini (Fn. 9), S. 23 f.

<sup>16</sup> Martini (Fn. 9), S. 21.; Britz/Eifert (Fn. 7), Rn. 88.

<sup>17</sup> Djeffal (Fn. 13), S. 53.

<sup>18</sup> Djeffal (Fn. 13), S. 56 ff.

<sup>19</sup> M.w.N. G. Hornung, in: F. Schoch/J.-P. Schneider, Verwaltungsrecht, 3. EL 2022, § 35a Rn. 36 f.

<sup>20</sup> M. Rehbein, Digitalisierung, Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Auflage 2017.

<sup>21</sup> Klenk/Nullmeier/Wewer (Fn. 6), S. 5 f.

<sup>22</sup> L. Michael, Rechtsstaatliche Systembildung am Beispiel des vollständig automatisierten Verwaltungsaktes, DVBl 2023, 186 (188).

<sup>23</sup> So wohl A. Guckelberger, Deutschlands E-Government-Performance im Vergleich zu Österreich und der Schweiz, DÖV 2023, 317 (318).

deutlichen Unterschieden zur bisherigen Automatisierung und Digitalisierung“.<sup>24</sup> Als Oberbegriff fasst das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz die „Digitalisierung“ auf; sie bedeute „die Verwendung von Daten und algorithmischen Systemen für neue oder verbesserte Prozesse, Produkte und Geschäftsmodelle.“<sup>25</sup>

Die Frage nach den Begrifflichkeiten darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich in technischer Hinsicht um eine kontinuierliche Entwicklung handelt; begonnen hat sie bereits in den 1960er Jahren mit den frühen Stufen der Automatisierung, die heute eher der Digitalisierung im engeren Sinne zuzuordnen wären, etwa der automatisierten Datenerfassung.<sup>26</sup> Hinzu treten Systeme, die nach vorgegebenen Parametern arbeiten. Als Anwendungsfelder algorithmischer Prozessoptimierung in diesem Sinne gelten im Bereich der öffentlichen Verwaltung beispielsweise Verkehrsleitsysteme, die Erstellung und Auswertung von Geodaten.<sup>27</sup> Je stärker weitere, nur der Kategorie nach bekannte Umstände verarbeitet werden und eine automatisierte, z.T. sich selbst optimierende<sup>28</sup> Leistungserbringung erfolgt, desto eher handelt es sich um KI. Hierzu können bereits der automatisierte Erlass von Steuerbescheiden oder die automatisierte und wohnortnahe Kita-Anmeldung gezählt werden, aber auch der Einsatz generativer KI etwa bei der Kommunikation mit Bürgerinnen und Bürgern.<sup>29</sup>

In diesem Beitrag ist unter KI die Nutzung digitaler Daten zum Erkennen von Mustern, zur Abgabe von Prognosen und zur Entscheidungsfindung zu verstehen. Als Digitalisierung wird – in einem engeren Sinne – die Umwandlung von Daten und Prozessen in digitale, also nicht-analoge Form verstanden, bei der es zur Optimierung von Geschäftsprozessen kommen kann.

#### 4. Hochschulzugang und -zulassung

Die Vergabe von Studienplätzen nach gleichförmigen Regeln und mit einem hohen Technisierungsgrad bietet sich in besonderer Weise für den möglichen Einsatz von KI bzw. für die Digitalisierung an. Der Hochschulzugang ist landesrechtlich ausgestaltet und regelt, wer zur Aufnahme eines Studiums berechtigt ist, vgl. etwa § 49 Hochschulgesetz NRW (HG NRW). Der Regelfall ist das

Abitur als allgemeine Hochschulzugangsberechtigung. Stehen in einem Studiengang weniger Studienplätze zur Verfügung als Bewerberinnen und Bewerber vorhanden sind, so erfolgt eine Zulassungsbeschränkung. Bei den besonders stark nachgefragten Studiengängen Human-, Zahn- und Tiermedizin sowie der Pharmazie findet ein sog. Zentrales Auswahlverfahren (ZV) nach weitgehend einheitlichen Kriterien statt, bei örtlich zulassungsbeschränkten Studiengängen führen die Hochschulen die Auswahl nach eigenem, die landesrechtlichen Vorgaben konkretisierendes Recht durch.<sup>30</sup> Um zu verhindern, dass Plätze doppelt vergeben werden, erfolgt eine Koordination im Rahmen des Dialogorientierten Serviceverfahrens (DoSV) seitens der Stiftung für Hochschulzulassung (SfH). Diese IT koordiniert die priorisierten Studienwünsche der Bewerberinnen und Bewerber und gleicht sie mit den vorhandenen Studienplätzen ab.

Der Prozess der Bewerbung – vielfach die erste eigenständige Berührung junger Menschen mit der Verwaltung – steht traditionell im Fokus öffentlichen Interesses, symbolhaft verkörpert im ambivalenten Image der früheren Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS). Mit ihren auf den ersten Blick rigiden Regelungen, die auf den zweiten Blick vielfach auch gerade unter Aspekten der Verteilungsgerechtigkeit geboten sind, stellt die Hochschulzulassung ein Themengebiet dar, das geradezu prädestiniert ist für Modernisierung bzw. für die Berücksichtigung veränderter Erwartungen der Digital Natives.<sup>31</sup> Die täglichen Erfahrungen, die in der Online-Welt bzw. der „Verwobenheit von Online- und Offline-Interaktionen“<sup>32</sup> gemacht werden, beeinflussen die Erwartungen, welche an sonstige Bereiche, etwa auch an Verwaltungsleistungen, gestellt werden.<sup>33</sup> Dazu gehört auch die Vorstellung, Unterschiede und (vermeintliche) Ungerechtigkeiten der Benotung im Bildungsbereich ausgleichen zu können.<sup>34</sup>

Nicht nur dem Recht kommt damit übrigens die Funktion des Unterscheiders zwischen einerseits normativen, also im Enttäuschungsfall aufrecht zu erhaltenden, und andererseits kognitiven, also bei Enttäuschung aufzugebenden Erwartungen zu.<sup>35</sup> Vielmehr ist es zunehmend Software, die die Rolle des „de facto regulator of

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/23700, 300.

<sup>25</sup> BM für Wirtschaft, Was ist Digitalisierung?, [www.de.digital](http://www.de.digital) (7.5.2024).

<sup>26</sup> Vgl. *Britz/Eifert* (Fn. 7), Rn. 5.

<sup>27</sup> *Martini* (Fn. 9), S. 16 f.

<sup>28</sup> Vgl. *Thiele* (Fn. 6), Rn. 36.

<sup>29</sup> Vgl. *C. Funke*, § 10 Verwaltung, A. Einführung, in: *K Chibanguza/C. Kuß/H. Steege*, Künstliche Intelligenz, 2022, Rn. 12 f.

<sup>30</sup> Vgl. m.w.N. *M.-E. Geis*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum „Recht auf Bildung“ in den Jahren 1972–1977, in: *WissR*, Beiheft

18, 2007, 9 (9 ff.); *M. Bode*, Nach Numerus clausus III: Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzulassungsrechts, *NVwZ* 2022, 1672 (1672 ff.).

<sup>31</sup> Vgl. *Michael* (Fn. 22), 189.

<sup>32</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 618.

<sup>33</sup> Vgl. *Lettieri* (Fn. 7), S. 701 f.

<sup>34</sup> *S. Hartong/A. Breiter/J. Jarke/A. Förchler*, Digitalisierung von Schule, Schulverwaltung und Schulaufsicht, in: *Klenk/Nullmeier/Wewer* (Fn. 6), S. 485 (493).

<sup>35</sup> Vgl. *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 133 f.

human societies“ einnimmt.<sup>36</sup> Im Folgenden sind daher einerseits die sich aus den faktischen bzw. technischen Möglichkeiten ergebenden Erwartungen mit den normativ – insbesondere durch Gesetzgeber und Gerichte – geschaffenen Grundlagen abzugleichen.

### III. Out of the box: Chancen von KI

Auf der Suche nach Vorteilen, die durch KI für die Zulassungsprozesse entstehen, bietet es sich an, – im Sinne eines Feldversuchs – zunächst die generative KI selbst zu befragen, bildet sie doch *cum grano salis* eine Art Querschnitt des im Internet vertretenen und auslesbaren Informationsspektrums ab. Sowohl ChatGPT als auch sein Konkurrent Bard kommen zu ähnlichen Ergebnissen: Durch die schnelle Analyse großer Datenmengen könne die Hochschulzulassung schneller und effizienter werden. „Vorurteile und Diskriminierungen“ würden reduziert, indem die Entscheidung „auf objektive[n] Kriterien basiert und menschliche Voreingenommenheit minimiert“. Auch zur „Identifizierung von Talenten und Potenzialen“ solle KI beitragen, „indem sie Muster und Zusammenhänge in den Bewerbungsdaten erkennt, die für menschliche Beobachter möglicherweise schwer zu erkennen sind.“<sup>37</sup> Da sich diese Einschätzung mit den naheliegenden und allgemein bekannten Vorteilen der KI als Querschnittstechnologie generell deckt<sup>38</sup> und ebenso den Erwartungen im juristischen Fachkreis entspricht,<sup>39</sup> sollen diese drei Aspekte im Folgenden näher untersucht werden.

#### 1. Schnellere Analyse großer Datenmengen

Die Analysefähigkeit in Bezug auf große Datenmengen wird vor allem im Zusammenhang mit „Big Data“ schon lange diskutiert.<sup>40</sup> Bei der Hochschulzulassung handelt es sich tatsächlich um eine Materie, bei der große Datenmengen in kurzen Zeiträumen, nämlich bis zur Vergabe der Studienplätze im Februar und im August eines jeden Jahres, erfasst, sortiert, validiert und verarbeitet werden müssen.

So bewarben sich zum WiSe 2022/23 beispielsweise im Zentralen Verfahren 42.214 Personen, die insgesamt 1.061.237 Bewerbungen abgaben.<sup>41</sup> In den allermeisten Fällen prüfte die SfH die eingereichten Unterlagen. In Bezug auf sog. Sonderanträge, etwa Anträge unter Hinweis auf besondere individuelle Härte, Zweitstudium

(1.120 Anträge), beruflich Qualifizierte (482 Anträge) oder ausländische Bewerberinnen und Bewerber traf die SfH eigene, in der Regel über eine reine Validierung hinausgehende Entscheidungen. Gleiches gilt für Anträge auf Verbesserung der Durchschnittsnote aufgrund individueller Nachteile. Im DoSV koordinierte die SfH im selben WiSe insg. 1.818.774 Bewerbungen (inkl. den genannten des Zentralen Verfahrens) von 265.534 Bewerberinnen und Bewerbern an 164 Hochschulen.

Es handelt sich also zweifelsfrei um eine große Datenmenge. Fraglich ist allerdings, ob bei deren Auswertung KI hilfreich sein könnte. Bereits gegenwärtig erfolgt die Prüfung der Daten nach gesetzlichen bestimmten Regeln. Aufwändig ist derzeit vor allem die Validierung. Um diese vereinfachen zu können, wäre eine schlichte Digitalisierung bzw. Hinterlegung der Zeugnisdaten erforderlich, nicht unbedingt KI. Auch soweit die intelligente Steuerung von Eingabemöglichkeiten in Suchmaschinen etc. betroffen sind, handelt es sich eher um einen Aspekt der Digitalisierung (siehe Kap. V.).

Soweit es um die Bearbeitung von Sonderanträgen geht, also solche auf Zulassung wegen besonderer persönlicher Härten oder auf Zulassung zum Zweitstudium, wäre KI dazu in der Lage, Texte zu erfassen und Entscheidungen vorzuschlagen. So könnten etwa im Bereich der Härteanträge ärztliche Gutachten zusammengefasst und entsprechend der medizinischen Fachterminologie sortiert bzw. beurteilt werden. Dies würde dazu beitragen, die Verwaltungspraxis gleichförmiger zu gestalten als es Menschen angesichts der Einflussfaktoren Stress, Tagesform etc. erreichen können. Gleichwohl muss die Letztentscheidung hier beim Menschen verbleiben, um Besonderheiten Rechnung zu tragen.

Bei der Textanalyse durch Programme wie ChatGPT ist allerdings zu beachten, dass die datenschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) höchstens dann verarbeitet werden dürfen, wenn eine entsprechende Einwilligung vorliegt oder ein sonstiger Ausnahmegrund nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO vorliegt. Dies dürfte bei Antragsdaten regelmäßig ausscheiden. Entsprechende Auswertungssoftware käme also nur in Betracht, soweit sichergestellt wäre, dass die Daten das Auswertungssystem nicht verlassen bzw. einer Verarbeitung zugestimmt wird.

<sup>36</sup> Lettieri (Fn. 7), S. 703.

<sup>37</sup> Anfrage an ChatGPT 3.5 v. 21.9.2023; ähnliche Antwort auf Anfrage an Bard AI v. 21.9.2023.

<sup>38</sup> Djeffal (Fn. 13), S. 54.

<sup>39</sup> Vgl. Rademacher (Fn. 10), 256 ff.; vgl. Hoffmann-Riem (Fn. 5), 625 f.

<sup>40</sup> M.w.N. G. Borges, in: ders./U. Keil, Rechtshandbuch Big Data, 2024, § 1.

<sup>41</sup> Statistische Angaben zum WiSe 2022/23, www.hochschulstart.de (Zugriff: 7.5.2024).

<sup>42</sup> Vgl. zum Arbeitsrecht M. Mohn, Dürfen Arbeitnehmer ChatGPT zur Erledigung ihrer Aufgaben einsetzen?, NZA 2023, 538 (540).

## 2. Reduktion von Vorurteilen und Diskriminierungen

Ob algorithmische Entscheidungen zur Reduktion von Diskriminierungen beitragen, erscheint zunächst fraglich. Bislang ist eher das Gegenteil bewiesen: So zeigte eine mit Zuwendungen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erstellte Studie auf, dass algorithmisch getroffene Aussagen häufig sog. „statistische Diskriminierung[en]“<sup>43</sup> enthalten. Es werden dabei „zur Differenzierung Ersatzinformationen bzw. Variablen oder Proxies (z. B. Alter) herangezogen, weil die eigentlichen Eigenschaften, nach denen differenziert werden soll (z. B. Arbeitsproduktivität), für die Entscheidenden durch Einzelfallprüfungen nur schwer ermittelbar sind“.<sup>44</sup> Gerade die durch KI möglich gewordene Erkennung von Mustern und die Identifizierung von Korrelationen befördert diese Gefahr.<sup>45</sup> Daher erscheint es nötig, eine Digitale Ethik zu etablieren, die als Bereichsethik dazu beitragen kann, dass bereits bei der Konstruktion von Software ethische Standards Berücksichtigung finden (sog. *ethics by design*) und die insbesondere auch der Verwaltung helfen sollte, die Verlagerung von Entscheidungen auf Maschinen in ihren gesellschaftlichen Folgen abzuschätzen.<sup>46</sup>

Gerade bei der Verteilung öffentlicher Güter – hier Studienplätze – ist die diskriminierungsfreie Normierung der maßgeblichen Regelungen von grundsätzlicher Bedeutung. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlich armierten Grundsatz der Chancengleichheit des Zulassungssystems, wie ihn das BVerfG in seiner Rechtsprechung 1972 erstmals ausdrücklich begründet hat und seitdem fortschreibt.<sup>47</sup> Auch der EuGH und die einfachen Gerichte beteiligen sich hieran. So dürfen etwa sonstige Staatsangehörige aus EU-Mitgliedstaaten beim Übertritt in das Studium nicht anders behandelt werden als deutsche Staatsangehörige,<sup>48</sup> es sei denn, es fehlen ihnen die erforderlichen Sprachkenntnisse.<sup>49</sup> Hinsichtlich des Alters ist beispielsweise entschieden, dass bis zum 55. Lebensjahr keine Differenzierung unter den Studien-

bewerberinnen und -bewerbern erfolgen darf, jenseits dessen jedoch schon.<sup>49</sup> Auch eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts erfolgt ganz bewusst nicht, auch wenn dies zuweilen gefordert wird<sup>50</sup> und wohl verfassungsrechtlich auch zulässig wäre.<sup>51</sup> Vor diesem Hintergrund scheint die KI, abgesehen von der bereits oben angesprochenen Unterstützung einer gleichförmigen Entscheidungspraxis, wenig zu einem höheren Maß an Chancengleichheit in der Hochschulzulassung beitragen zu können. Insbesondere ist das aus anderen Teilen der Welt bekannte Korruptionsproblem bei Zugang zu Elite-Universitäten in Deutschland angesichts der engmaschigen rechtlichen Durchdringung des Zulassungsprozesses nicht gegeben.<sup>52</sup>

## 3. Identifizierung von Talenten und Potenzialen

Auf den ersten Blick scheint KI ein wesentliches Problem der Hochschulzulassung verbessern zu können, nämlich eine individuell zugeschnittene Information über die Studienmöglichkeiten bieten zu können und gleichzeitig das Profil des Studiengangs mit den Fähigkeiten und Vorbildungen der Bewerberinnen und Bewerber abzugleichen. Denkbar wäre etwa, die „Datenschätze aus beruflichen und privaten Onlineplattformen wie LinkedIn oder Facebook“ zu erheben, die „technisch ermöglichen, Indikatoren dafür zu bestimmen, welche Bewerber sich im Studium als besonders erfolgreich entpuppen“.<sup>53</sup> Damit würde über die Hochschulzulassung tatsächlich auf einer fundamental anderen Datengrundlage entschieden als bislang. Dies greift Erwartungen etwa aus dem Bereich der Eignungsdiagnostik auf, die den Einsatz von KI beispielsweise zur „Vorhersage von Berufserfolg oder Karriereaussichten“ diskutieren.<sup>54</sup> Auch im Arbeitsrecht finden entsprechende Auswahltools bereits Anwendung.<sup>55</sup> In vielen Staaten, etwa den USA, wird Software zur Prognose der Studienverläufe, des Finanzierungsbedarfs etc. herangezogen, und auch in China werden (nicht nur) Bildungsbiographien per KI beobachtet.<sup>56</sup>

<sup>43</sup> C. Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. XII; vgl. Rademacher (Fn. 10), 268 ff.

<sup>44</sup> Vgl. m.w.N. Orwat (Fn. 43), S. 8 f.; Britz/Eifert (Fn. 7), Rn. 120 ff.

<sup>45</sup> Vgl. m.w.N. G. Wewer, Digitale Ethik, in: Klenk/Nullmeier/ders. (Fn. 6), S. 231 (233, 240); U. Schliesky, Digitale Ethik und Recht, NJW 2019, 3692 (3695 ff.).

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303 (303 f.); 43, 291 (317 f.).

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 293/83 (Gravier), ECLI:EU:C:1985:69. Dem folgen Art. 5 Abs. 2 S. 2 StV über die Hochschulzulassung sowie die entsprechenden Normen für die örtlichen Zulassungsverfahren.

<sup>48</sup> Vgl. etwa § 49 Abs. 9 HG NRW.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 4 StV über die Hochschulzulassung. Vgl. statt vieler OVG NRW, Beschl. v. 19.11.2019 – 13 B 1352/19 –, juris, Orientierungssatz.

<sup>50</sup> Vgl. Bundestierärztekammer, „Tiermedizin ist weiblich“, www.bundestieraerztekammer.de (7.5.2024); ausführlich zu dieser A.-L. Comba, Geschlechterspezifische Chancen und Herausforderungen in der Veterinärmedizin in Deutschland, 2020.

<sup>51</sup> Martini/Botta/Nink/Kolain (Fn. 10), S. 16.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Martini/Botta/Nink/Kolain (Fn. 10), S. 17.

<sup>53</sup> Martini/Botta/Nink/Kolain (Fn. 10), S. 17; Rademacher (Fn. 10), 262.

<sup>54</sup> Vgl. M. Langer/V. Lazar, Künstliche Intelligenz in eignungsdiagnostischen Interviews, in: S. Schulte/M. Hiltmann, Eignungsdiagnostische Interviews, 2023, S. 311 (314 f.).

<sup>55</sup> Vgl. F. Lang/H. Reinbach, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, NZA 2023, 1273 (1274 ff.); F. Malorny, Auswahlentscheidungen durch künstlich intelligente Systeme, JuS 2022, 289 (292 ff.).

<sup>56</sup> Rademacher (Fn. 10), 257 ff.

Ähnlich dem Vorbild des Online-Shoppings wäre es in einem solchen Modell denkbar, den Interessierten – ggf. sogar unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Bedarfs – „entortet“ und „entzeitet“ Studienangebote anzubieten.<sup>57</sup> Dies könnte ein Weg sein, um das „Beziehungsgefüge“ des Staates gegenüber seinen Bürgern „transparenter, partizipativer und interaktiver“ zu gestalten.<sup>58</sup> Ließe sich dies auf Grundlage des geltenden Rechts ermöglichen?

#### IV. Rechtliche Grenzen der Anwendung von KI

Es ist zu überprüfen, welche rechtlichen Spielräume für ein Zulassungsverfahren bestehen, in dem Talente und Potenziale automatisch identifiziert und ggf. sogar beschieden werden. Dabei ist zunächst auf die Grundlagen der KI-Regulierung (1.), bzw. die europarechtlichen (2.) und staatsrechtlichen Perspektiven (3.) einzugehen. Welche Anwendungsfelder bieten sich hiernach für KI (4.)?

##### 1. Normierung von KI

Der Regulierung von KI widmen sich weltweit derzeit diverse Akteure, wobei sich eine „Tripolarität“ aus den USA, China und der EU abzuzeichnen scheint.<sup>59</sup> Hinzu treten die Vereinten Nationen, deren Sicherheitsrat sich auf Betreiben Großbritanniens mit der Thematik befasst und die Bildung einer eigenen Behörde diskutiert.<sup>60</sup> Die EU begreift KI auch als Ergänzung ihrer Digitalisierungsstrategie für die öffentliche Verwaltung und als Unterstützung des gemeinsamen Binnenmarktes.<sup>61</sup>

Eine gesetzliche Regulierung von KI ist auch deshalb kompliziert, weil Software sich von der Herstellung einer, etwa auf Disketten, verkörperten Ware zunehmend zum global und open source verfügbaren Service entwickelt.<sup>62</sup> Außerdem ist die Entwicklung rasant und unvorhersehbar. Unsicherheiten und künftige Entwicklungen sind daher möglichst bereits im Rahmen der Normierung so weit wie möglich zu berücksichtigen; die Normen sollten adaptiv und „lernend“ ausgestaltet werden – ein Ansatz der als „agile Regulierung“ bezeichnet wird.<sup>63</sup> Weitergehend wird sogar versucht werden, ethische

Grundsätze im Recht der Digitalisierung zu verankern.<sup>64</sup>

##### 2. Europarechtlich: KI-Verordnung und DSGVO

Der Entwurf der KI-Verordnung<sup>65</sup> der EU, dem das Europäische Parlament inzwischen zugestimmt hat, unterscheidet sog. verbotene Praktiken, etwa die biometrische Personenerfassung oder Social Scoring, Titel 2. Daneben stehen Hochrisiko-KI, welche unter gewissen Bedingungen eingesetzt werden darf, Titel 3, und „Bestimmte KI-Systeme“ mit begrenztem Risiko, Titel 4.

Als hochriskant sollen u.a. solche KI-Systeme angesehen werden, „die in der allgemeinen oder beruflichen Bildung eingesetzt werden, insbesondere um den Zugang von Personen zu Bildungs- und Berufsbildungseinrichtungen oder ihrer Zuordnung dazu zu bestimmen oder um Personen im Rahmen von Prüfungen als Teil ihrer Ausbildung oder als Voraussetzung dafür zu bewerten“, denn ihnen kommt entscheidender Einfluss auf den weiteren Bildungsverlauf und das Berufsleben zu. „Bei unsachgemäßer Konzeption und Verwendung können solche Systeme das Recht auf allgemeine und berufliche Bildung sowie das Recht auf Nichtdiskriminierung verletzen und historische Diskriminierungsmuster fortzuschreiben“, wie Erwägungsgrund 35 bestimmt.

Sowohl Anbieter als auch Nutzer dieser Systeme müssen dafür sorgen, dass im Rahmen eines Risikomanagementsystems die kontinuierliche Beobachtung des Programms erfolgt, Tests vorgesehen werden und ein Training mit diskriminierungsfreien Daten<sup>66</sup> stattfindet. Auch sind Dokumentationspflichten einzuhalten und eine menschliche Aufsicht sicherzustellen, Artt. 8 ff. E AI-VO. Nach alledem wäre der Einsatz von KI-gestützten Zulassungsverfahren als „Zuordnung“ zu Bildungseinrichtungen zwar möglich, müsste aber unter menschlicher Aufsicht, diskriminierungsfrei und dokumentiert erfolgen.

Weiter sind die Vorgaben des europäischen Datenschutzrechts einzuhalten. Eine Verarbeitung zur Sicherstellung der „Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt“, wie die Hochschulzulassung, kann durch eine mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage ge-

<sup>57</sup> Thiele (Fn. 6), Rn. 7; Djeffal (Fn. 13), S. 58.

<sup>58</sup> M. Martini, Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung, DÖV 2017, 443 (443).

<sup>59</sup> Vasel (Fn. 3), 1300.

<sup>60</sup> UN SCPV, 78th year, 9381<sup>st</sup> meeting.

<sup>61</sup> Guckelberger (Fn. 23), 319. Vgl. A. Jüngling, Die Digitalstrategie der EU-Kommission: Regulierung von Künstlicher Intelligenz, MMR 2020, 440–445 (441).

<sup>62</sup> P. Bräutigam, Die rechtliche Emanzipation der Software – von der

Lochkarte in die Cloud, NJW 2022, 3118 (3120 f.); Hoffmann-Riem (Fn. 5), 626 f.

<sup>63</sup> M.w.N. Vasel (Fn. 3), 1301 f.

<sup>64</sup> Schliesky (Fn. 45), 3695 ff.

<sup>65</sup> EU, Vorschlag für ein Gesetz über Künstliche Intelligenz, COM(2021) 206 final v. 21.4.2021.

<sup>66</sup> Vgl. P. Müller-Peltzer/V. Tanczik, Künstliche Intelligenz und Daten, Data-Governance nach der geplanten KI-Verordnung, RD 2023, 452 (452 f.).

stattet werden, die den Zweck festlegt und die Verhältnismäßigkeit wahrt, Art. 6 Abs. 1 S. 1 e) i.V.m. Art. 6 Abs. 3 DSGVO.<sup>67</sup> Weiterhin sieht Art. 22 Abs. 1 DSGVO das Recht vor, „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die [...] rechtliche Wirkung entfaltet oder [...] in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“ Allerdings darf der Gesetzgeber durch Rechtsvorschrift Ausnahmen vorsehen. Dabei ist zu beachten, dass das Fachrecht, das die automatisierte Entscheidung gestattet, gem. Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO „angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten“ muss.<sup>68</sup>

Die Norm schließt eine völlig automatisierte Entscheidung nicht aus, setzt ihr aber enge Grenzen. Erwägungsgrund 71 konkretisiert dies, indem er vorsieht, dass dem Betroffenen die „Darlegung des eigenen Standpunkts“ ermöglicht werden müsse, die Verarbeitung habe „fair und transparent“ zu erfolgen.<sup>69</sup> Je automatisierter und undurchschaubarer ein algorithmengesteuertes bzw. -gestütztes Verfahren ausgestaltet wird, umso klarer und niederschwelliger muss der Gesetzgeber die Verfahrensrechte die Betroffenen ausgestalten. Ein KI-gesteuertes Auswahlssystem wäre hiernach nicht ausgeschlossen, solange es gesetzlich normiert ist.

### 3. Staatsrechtlich

Staatsrechtlich ist zunächst der Wesentlichkeitsgedanke zu beachten, wenn es um den Einsatz von KI geht.<sup>70</sup> Das BVerfG hat in jüngster Zeit seine Rechtsprechung hierzu konkretisiert: Im Zusammenhang mit der automatisierten Datenanalyse zu Polizeizwecken führte das BVerfG aus, dass der Gesetzgeber „die wesentlichen Grundlagen zur Begrenzung von Art und Umfang der Daten und der Verarbeitungsmethoden selbst durch Gesetz vorgeben“ müsse. Der Verwaltung seien „Art und Umfang der Daten und die Verarbeitungsmethoden insgesamt inhaltlich ausreichend, normenklar und transparent“ vorzugeben.<sup>71</sup> Dies gelte auch für die heranzuziehenden Datenbestände; je umfassender diese seien, desto stärker

wiege der Eingriff. Eine „umfassend[e]“ Normierung seitens des Gesetzgebers wird auch in der Literatur gefordert.<sup>72</sup>

Besondere Bedeutung erfährt der Wesentlichkeitsgedanke im Zusammenhang staatlicher Verteilungsentscheidungen. Der Gesetzgeber müsse „die Auswahlkriterien der Art nach selbst festlegen“, wie das BVerfG 2017 ausführte. Zwar kämen den Hochschulen „gewisse Spielräume für die Konkretisierung dieser Auswahlkriterien“ zu, doch kein eigenes „Kriterienerfindungsrecht“.<sup>73</sup> Erst recht darf der Staat die Verteilungsregeln nicht von privaten Dritten bestimmen lassen.

Eine weitere Grenze stellt das aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsende Gebot der Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle dar. Unter Bezugnahme auf den Einsatz von KI führte das BVerfG aus, ihr „Mehrwert, zugleich aber auch ihre spezifischen Gefahren liegen darin, dass nicht nur von den einzelnen Polizistinnen und Polizisten aufgegriffene kriminologisch fundierte Muster Anwendung finden, sondern solche Muster automatisiert weiterentwickelt oder überhaupt erst generiert und dann in weiteren Analysestufen weiter verknüpft werden.“ Ihr Einsatz müsse aber im Bereich der eingriffsintensiven Polizeiarbeit ausgeschlossen bleiben.<sup>74</sup> In ähnlicher Weise wird in der Literatur der Einsatz selbst lernender Algorithmen für die unmittelbare Entscheidungsfindung abgelehnt, denn die Mustererkennung, „entziehe sich der juristischen Programmierung weitgehend und könne daher auch nur beschränkt rekonstruiert und damit erklärt werden“.<sup>75</sup>

Rechtsstaatlichkeit gebietet, „jede Form staatlicher Machtausübung vorhersehbar und rekonstruierbar auszugestalten“.<sup>76</sup> Dies korrespondiert mit dem Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG und bezieht sich auf alle Verfahrensschritte, die zu einer Verwaltungsentscheidung führen; umso wichtiger ist dieses Recht bei automatisiert getroffenen Entscheidungen, da IT Fehler aufweisen kann.<sup>77</sup> Auch beim deterministischen, also nicht auf das Selbst-Lernen ausgelegten Einsatz von Algorithmen, die zur Auswertung von Daten eingesetzt werden, „muss der Gesetzgeber für schützende Regelungen sor-

<sup>67</sup> So auch Rademacher (Fn. 10), 263.

<sup>68</sup> Vgl. dazu M. Ludwigs/A. Velling, Der vollständig automatisierte Verwaltungsakt in den Grenzen des Europa- und Verfassungsrechts, *VerwArch* 2023, 71 (88). Werden diese Rechte nicht ausdrücklich erwähnt, so müssen sie „in jedem Fall aber zumindest auf der Vollzugsebene beim vollständig automatisierten Erlass“ Beachtung finden. W. Lent, Neues zum Rundfunkbeitragsrecht, *LKV* 2020, 337 (342).

<sup>69</sup> Verordnung (EU) 2016/679 v. 27.4.2016, L 119/1.

<sup>70</sup> M.w.N. Britz/Eifert (Fn. 7), Rn. 106 ff.

<sup>71</sup> BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, 1 BvR 1547/19 u. 2634/20 -,

Rn. 112, 117.

<sup>72</sup> M.w.N. Thiele (Fn. 6), Rn. 35.

<sup>73</sup> BVerfGE 147, 253 (253 f.).

<sup>74</sup> BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, 1 BvR 1547/19 u. 2634/20 -, Rn. 100, 121.

<sup>75</sup> J. Eichenhofer, Der vollautomatisierte Verwaltungsakt zwischen Effizienz- und Rechtsschutzgebot, *DÖV* 2023, 93 (96).

<sup>76</sup> M.w.N. Martini (Fn. 9), S. 68.

<sup>77</sup> H. P. Bull, Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt, *DVBl* 2017, 409 (416).

gen.<sup>78</sup> Es sei „eine unabhängige Kontrolle“ zu gewährleisten.<sup>79</sup>

Um algorithmisch getroffene Entscheidungen nachvollziehbar zu machen, wird inzwischen explainable artificial intelligence entwickelt.<sup>80</sup> Auch die Offenlegung des Quellcodes bietet nicht unbedingt mehr Erhellendes, zumindest soweit die Algorithmen unbekannte Datenmengen filtern bzw. verarbeiten.<sup>81</sup>

Die Nutzung der prädiktiven Vorteile von KI wird im Bereich der Grundrechtsausübung beschränkt. Eine bedarfsgerechte staatliche „Berufslenkung“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen der Hochschulzulassung ausgeschlossen, da sie die Freiheit der Berufswahl nach Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt.<sup>82</sup>

Ein Anspruch auf eine Entscheidung durch einen Menschen dürfte – vom Objektivierungsverbot des Art. 1 GG abgesehen, das letztlich auch in Art. 22 DSGVO zum Ausdruck kommt, – nicht bestehen. Wenn allerdings „Neutralität, Objektivität und Rechtmäßigkeit“ der Verwaltungsentscheidung durch KI verletzt würden, käme dem Telos nach auch ein Verstoß gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht, nach dem hoheitsrechtliche Befugnisse durch öffentlich-rechtlich Bedienstete wahrzunehmen sind.<sup>83</sup>

In der Zusammenschau ergibt sich hieraus, dass der Gesetzgeber – derzeit die Länder<sup>84</sup> – das Zulassungsrecht jedenfalls in Bezug auf die Entscheidungskriterien vorgeben muss. Darunter sind alle Umstände zu verstehen, die einer Person gegenüber anderen Personen einen Vorteil bei der Verteilung des Studienplatzes einräumen. Diese Kriterien müssen auch belastbar und im Vorhinein erkennbar sein. Ihre Anwendung kann maschinell erfolgen und muss überprüfbar sein.

#### 4. Anwendungsfelder für KI

Auf dieser Grundlage sind nun Anwendungsfelder für KI im Zulassungsrecht zu untersuchen.

##### a. Nutzung von Daten aus sozialen Medien

Die Nutzung der Profile aus sozialen Medien mag im Einzelfall Hinweise auf Motivation und Neigung geben, ist aber bereits aufgrund der Unbestimmtheit der auszuwählenden Kriterien und der Invalidität der Daten völlig ungeeignet für die rechtssichere Entscheidung in einem Verteilungsverfahren. Darüber hinaus sind Daten, die Private – häufig zufällig – in sozialen Medien ablegen, grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzogen.<sup>85</sup> Dass private Headhunter zuweilen Kundschaft über soziale Medien, etwa Portale wie LinkedIn, akquirieren, ändert hieran nichts. Die fehlende Rekonstruierbarkeit und die Invalidität stehen dem Einsatz von KI entgegen.<sup>86</sup> Ihre Nutzung zur Erkennung von Motivationsmustern o.ä. kommt hier also nicht in Frage.

##### b. Eignungstests

In Betracht käme die Heranziehung von KI im Rahmen von Eignungstests.<sup>87</sup> Insbesondere könnte sie hier das Verhalten von Probanden simulieren, deren Verfügbarkeit vielfach ein erhebliches Ressourcenproblem darstellt. In ähnlicher Form wird bereits derzeit an der Universität Münster im Rahmen von Augmented and Virtual Reality Applications in der medizinischen Lehre mit virtuellen Patienten gearbeitet.<sup>88</sup> Solange die von der KI gestellten Aufgaben bzw. Szenarien und die vom Prüfling gelieferten Antworten dokumentiert und durch einen Menschen überprüft werden können, ist gegen die Heranziehung entsprechender Programme nichts einzuwenden. Nicht in Betracht kommen hingegen die automatisierte Auswertung und die unmittelbare Entscheidung über einen Studienplatz.

##### c. Studienberatung

Auch in der Studienberatung kann KI unterstützen.<sup>89</sup> Ihr kommunikative Potential, insbesondere beim Abgleich von Erwartungen mit Fakten-basierten Zusammenhän-

<sup>78</sup> BVerfG, Urt. v. 16.2.2023, 1 BvR 1547/19 u. 2634/20 -, Rn. 101.

<sup>79</sup> BVerfGE 154, 152 (260 Rn. 192).

<sup>80</sup> M.w.N. Rademacher (Fn. 10), 267 f.

<sup>81</sup> Vgl. Rademacher (Fn. 10), 268.

<sup>82</sup> BVerfGE 33, 303 (330); zuvor bereits: BVerwGE 6, 13 (15); 7, 287 (136).

<sup>83</sup> R. Kreyßing, Verwaltungsentscheidungen durch KI, DÖV 2024, 266 (269 f.).

<sup>84</sup> Zwar kommt dem Bund eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 6, Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG zu, doch erscheint es nicht als wahrscheinlich, dass er sich dieser Materie auf absehbare Zeit annehmen möchte.

<sup>85</sup> Vgl. m.w.N. Thiele (Fn. 6), Rn. 9.

<sup>86</sup> Thiele (Fn. 6), Rn. 35.

<sup>87</sup> Zu den Auswahltests generell vgl. L. Fleck/A. Fuchs/

I. Schneider/S. C. Herpertz, Studieneignungstest im Auswahlverfahren“ (AdH), ZBS (3) 2022, 82 (83).

<sup>88</sup> Vgl. S. J. Anbro/R. A. Houmanfar/J. Thomas/K. Baxter u.a., Behavioral Assessment in Virtual Reality: An Evaluation of Multi-User-Simulations in Healthcare Education, Journal of Organizational Behavior Management (43) 2023, 92 (92 ff.); A. Junga/P. Kockwelp/D. Valkov/B. Marschall u.a., Virtual Reality based teaching – a paradigm shift in education?, in: 73. Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Neurochirurgie, 2022; Uni Münster, „Virtuelles Lernen, damit es den echten Patienten umso besser geht“, 9.7.2021, www.medizin.uni-muenster.de (7.5.2024).

<sup>89</sup> Zur Bedeutung der Studienberatung vgl. M. Worf/F. Lorz/S. Seidel, Brauchen Hochschulen Beratung für ihre Studierenden?, ZBS (1+2) 2021, 40 (41 f.).

gen, etwa Wissen über den Studiengang, die Hochschule etc., ist längst erkannt. So sehen Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen für viele Studiengänge, etwa im Bereich der Psychologie, der Wirtschaft oder des Rechts, das Absolvieren eines Self-Assessment-Tests als Immatrikulationsvoraussetzung vor.<sup>90</sup> Diese Tests ermöglichen die „selbstverantwortliche Erfassung studienfolgsrelevanter Eignungsmerkmale“ und finden in der Praxis Anklang.<sup>91</sup> In vergleichbarer Weise können KI-geleitete Chatbots etwa StudienanfängerInnen Hilfestellung bei der Analyse von Wissenslücken oder bei der Optimierung ihrer Lernmethoden bieten.<sup>92</sup> Auch interaktive Umfrage- und Feedbacksysteme steigern den Lernerfolg.<sup>93</sup> Ebenso könnten intelligente berufsspezifische Bedarfskalkulationen hier Anwendung finden. Anders als in den oben betrachteten Szenarien werden dabei keine unmittelbar rechtlich verbindlichen Entscheidungen getroffen, sondern nur Informationen geboten.

#### *d. Technische Unterstützung, etwa im Überbuchungsprozess*

Weiter kommt in Betracht, per KI die Funktionalität der IT zu unterstützen. Ein Anwendungsfall könnte die Kontrolle von Überbuchungsentscheidungen sein. In der Vergangenheit hat sich die Überbuchung von Studienplätzen mit dem Ziel, eine möglichst passgenaue Erschöpfung der Studienplatzkapazitäten zu erreichen, hin und wieder als fehleranfällig erwiesen.<sup>94</sup>

Hier kann KI dazu beitragen, aus den bekannten Überbuchungswerten der Vergangenheit einerseits und aus der Anzahl an Bewerbungen und an Studienplätzen andererseits eine Prognose des erwartbaren Ergebnisses zu erstellen. Derartige Kalkulationen abstrakter Art ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten sind rechtlich unangreifbar.

## V. Digitalisierung

Damit ist der Blick auf die Digitalisierung im engeren Sinne zu richten, also die Frage, welche Maßnahmen jenseits von KI in Frage kommen, um Hochschulzulassungsprozesse zu optimieren. Hier kann zwischen Zulassungs-externen Vorgaben, also allgemeinen Anforderungen an die Verwaltungsdigitalisierung, und Zulassungs-immanenten Bedarfen unterschieden werden. Während die externen Vorgaben vor allem auf die EU und den Bund zurückgehen (1.), orientieren sich die Bedarfe an den bereits existierenden verwaltungsrechtlichen Gestaltungsspielräumen (2.).

### 1. Zulassungs-externe Vorgaben für die Digitalisierung

Im Rahmen ihrer Digitalisierungsstrategie entwickelt die EU Leitlinien und Vorgaben für Verwaltungsdienstleistungen,<sup>95</sup> die unter anderem den Bereich der Bildung betreffen. Die Single Gateway Verordnung<sup>96</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen einheitlichen Zugang zu verschiedenen Verwaltungsleistungen vorzusehen. So muss etwa der Antrag auf die „Zulassung zu einer öffentlichen Hochschuleinrichtung“ elektronisch gestellt werden können; gleiches gilt für akademische Zeugnis-Anerkennungsentscheidungen, Anhang II, Artt. 6, 14 Single Gateway VO. Dafür richten Kommission und Mitgliedstaaten ein öffentliches Portal<sup>97</sup> ein, das die einmalige Erfassung von Benutzerdaten („Once Only Principle“) ermöglicht und mit den Portalverbänden von Bund und Ländern in Deutschland kompatibel ist.

Der Bund hat mit dem Onlinezugangsgesetz (OZG) die Grundlage für die BundID bzw. das Nutzerkonto Bund geschaffen, § 3 Abs. 2 OZG.<sup>98</sup> Im Rahmen der Registrierung für die Teilnahme am DoSV kann die BundID, also das Nutzerkonto Bund, verwendet werden, vgl.

<sup>90</sup> Die Entscheidung über den Einsatz obliegt der Hochschule; die erzielten Ergebnisse haben jedoch keinen Einfluss auf die Auswahlentscheidung. Vgl. § 48 Abs. 9 HG BW; § 60 Abs. 2 Nr. 6 HG NRW.

<sup>91</sup> P. Petri/M. Kersting, Studienplatzvergabe 2.0, ZBS (3) 2022, 77 (78 ff.).

<sup>92</sup> Vgl. m.w.N. A.-K. Helten/U. Wienkop/D. Wolff-Grosser/C. Zitzmann, „Wie kann ich dich unterstützen?“ Chatbot-basierte Lernunterstützung für Studienanfänger:innen, in: T. Schmohl/A. Watanabe/K. Schelling, Künstliche Intelligenz in der Hochschulbildung, 2023, S. 145 (146 ff.).

<sup>93</sup> A. Lawall, Steigerung des Lernerfolgs der Studierenden durch digitale, interaktive Umfrage- und Feedbacksysteme, HM (1+2) 2022, 55 (57 f.).

<sup>94</sup> 2022 betraf dies etwa die Goethe Universität Frankfurt a.M.

mit ca. 282 Plätzen, 2023 die Universität Münster mit ca. 1.320 Plätzen. Vgl. G. Grodensky, Panne bei Studienplatzvergabe an der Goethe-Uni zieht bundesweit Kreise, Frankfurter Rundschau, 6.9.2022, www.fr.de (7.5.2024); K. Völker, Universität sieht bei sich keine Fehler, Westfälische Nachrichten, 12.10.2023, www.wn.de (7.5.2024).

<sup>95</sup> Vgl. A. Guckelberger, Deutschlands (Rück-)Stand in der Verwaltungsdigitalisierung, LTZ 2023, 167 (167 f.); G. De Gregorio, The rise of digital constitutionalism in the European Union, International Journal of Constitutional Law, 19(1), 2021, 41 (41 ff.).

<sup>96</sup> Verordnung (EU) 2018/1724 v. 21.11.2018, L 295/1.

<sup>97</sup> Dies wird als „einheitliches digitales Zugangstor“ bezeichnet und befindet sich im Portal „Ihr Europa“.

<sup>98</sup> Vgl. Thiele (Fn. 6), Rn. 29 ff.; J. Botta, Der digitale Staat als gläserner Staat, DÖV 2023, 421 (422).

etwa § 4 Abs. 1 S. 2. Ts. Vergabeverordnung NRW (VergabeVO NRW). Dies ermöglicht die Übernahme der dort hinterlegten Stammdaten. Innerhalb der EU sieht die eIDAS Verordnung<sup>99</sup> eine einheitliche Identifikation u.a. für natürliche Personen vor. Dem trägt die aktuelle OZG-Novelle Rechnung.<sup>100</sup> Die EU-weite Übernahme bewerbungsspezifischer Daten stellt für alle Beteiligten eine Erleichterung dar.

Der Bund sieht überdies – ohne dass dies EU-rechtlich zwingend wäre<sup>101</sup> – eine einheitliche Identifikationsnummer vor, „um Daten einer natürlichen Person in einem Verwaltungsverfahren eindeutig zuzuordnen“, um die Datenqualität der Register zu verbessern und Mehraufwände zu reduzieren. Hierfür wird die Steuer-ID nach § 139b AO genutzt, § 1 Identifikationsnummerngesetz (IDNrG). Auch Hochschulen sind hinsichtlich der „systematisch geführten personenbezogenen Datenbestände zu Bildungsteilnehmenden“ sog. registerführende Stellen, müssen also bis Ende 2026 ihre Daten mit der zentralen Datenbank abgleichen und die einheitliche ID vorsehen, Anlage zu § 1 IDNrG Nr. 25. Die SfH ist hierzu nicht verpflichtet, könnte die Nummer aber als öffentliche Stelle für ihre digitalen Verwaltungsdienstleistungen übernehmen, § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IDNrG. Zwar begegnet eine ausufernde Nutzung der ID in Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>102</sup> Im Bereich der Hochschulzulassung könnte eine einheitliche Nutzung der ID das Problem unzulässiger Mehrfachregistrierungen lösen, das derzeit über die Angabe der E-Mail-Adresse zu verringern versucht wird, vgl. § 4 Ab. 1 S. 2 VergabeVO NRW.

Zwar können nunmehr auch Personen eine Steuer-ID erhalten, die „bislang noch nicht steuerlich in Erscheinung getreten“ sind,<sup>103</sup> allerdings nur auf Veranlassung der Meldebehörden, § 5 Abs. 2 IDNrG, was einen Aufenthalt im Bundesgebiet voraussetzt. Damit dürfte die ID für eine Heranziehung im vorgelagerten Zulassungsprozess ausscheiden. Wünschenswert wäre, dass künftig auch ausländische Studienbewerberinnen und -bewerber entsprechend identifiziert werden könnten.

## 2. Zulassungsimmanente Bedarfe für Digitalisierung

In Bezug auf einige Aspekte bringt das Zulassungsverfahren Digitalisierungsbedarfe mit sich, die z.T. bereits erkannt sind und im Rahmen des bestehenden Rechts berücksichtigt werden können.

### a. Nutzerfreundliche Ausgestaltung von Formularen

Gerade im Zusammenhang mit digitalen Formularen und Eingabemöglichkeiten ist entsprechend der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Betreuungspflicht heraus geboten,<sup>104</sup> möglichst nutzerunterstützende Lösungen zu wählen. Gem. § 25 Abs. 1 S. 1 VwVfG soll die Behörde „die Abgabe von Erklärungen [...] oder die Berichtigung von Erklärungen oder Anträgen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis“ unterbleiben oder fehlerhaft abgegeben werden. Algorithmisch gesteuertes „Techno-Nudging“ kann hier dazu beitragen, Falschangaben zu reduzieren.<sup>105</sup> Die Rechtsprechung erkennt dabei freilich gewisse Mitwirkungspflichten der Bewerberinnen und Bewerber an: So gilt es etwa für künftige Studierende als zumutbar, sich eine E-Mail-Adresse zuzulegen; auch die besonders sorgfältige Lektüre von Hinweistexten in Portalen sei zu erwarten, da im Rahmen der Zulassung eine „bedeutsame Lebensentscheidung“ getroffen werde.<sup>106</sup> Überdies kommt der Behörde – gerade in massenhaften Verfahren – keine Amtsermittlungspflicht zu, vgl. etwa § 6 Abs. 2 S. 4 VergabeVO NRW.

### b. Digitalisierung der Bildungsnachweise

Bei der massenhaften Erfassung von Daten im Rahmen elektronischer Formulare können sowohl bei der Antragstellung als auch bei der Bearbeitung Fehler unterlaufen. Im eigenen Interesse wird die Behörde soweit wie möglich auf bereits vorhandene und validierte Daten zurückgreifen. Dies ist auch vorteilhaft für die Studienbewerberinnen und -bewerber und vereinfacht den Datentransfer, etwa im Bewerbungsprozess oder beim Studienortwechsel.

<sup>99</sup> Verordnung (EU) 910/2014 v. 28.8.2014, L 257/73.

<sup>100</sup> Vgl. § 3 Abs. 4 E-OZG, BT-Drs. 20/8093, 9.

<sup>101</sup> Botta (Fn. 98), 423.

<sup>102</sup> Bedenklich wäre die umfassende Verwendung der neuen ID um, „umfassende Persönlichkeitsprofile“ zu erstellen. Botta (Fn. 98), 424; vgl. E. Peuker, Einführung einer einheitlichen Bürger-Identifikationsnummer, ZRP 2024, 83 (84 f.).

<sup>103</sup> BT-Drs. 19/24226, 82.

<sup>104</sup> D. Herrmann, in: J. Bader/M. Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 62. Ed. 2024, § 25 VwVfG Rn. 1.

<sup>105</sup> Vgl. Lettieri (Fn. 7), S. 703 f.

<sup>106</sup> OVG HH, Beschl. v. 5.2.2010 – 3 Bs 179/09 –, juris, Rn. 19; OVG NRW, Beschl. v. 4.10.2021 – 13 B 1272/21 –, juris, Rn. 12.

Wie auch bei der elektronischen Aktenführung bedeutet Digitalisierung hier „nicht einfach nur, Papierdokumente einzuscannen und in Form von PDFs abzuspeichern“, sondern es ist ein Konzept zu entwickeln, das „die bruch- und verlustfreie Weiterverarbeitung ermöglicht, insbesondere auch durch andere Behörden.“<sup>107</sup> Dabei sind gemeinsame Standards für die Validierung und Authentifizierung von Daten zu erarbeiten. Hierzu laufen gegenwärtig einige Projekte, doch lässt sich ein Ersteinsatz nicht absehen.<sup>108</sup>

Auch hinsichtlich der Abiturzeugnisse dürfte ein Grund für die schleppende Digitalisierung in den unterschiedlichen Länderregelungen liegen und dem Fehlen ausreichender finanzieller Mittel sowie hinreichender Projektkompetenz. Hier zeigt sich besonders auffällig, dass sich „Deutschland mit der Digitalisierung schwer tut“, wie es *Annette Guckelberger* ausdrückt.<sup>109</sup>

#### c. Unterstützung bei der „Bereinigung“ von Schul- oder Hochschulnoten

In seinem Numerus clausus III-Urteil entschied das BVerfG 2017, dass die „mangelnde Aussagekraft der unbereinigten, nominellen Abiturnote hinsichtlich einer Beurteilung der Eignung der Studienbewerber“ zu einem „Vergleichbarkeitsdefizit“ führte und die Noten daher zumindest in Studiengängen mit einem erhöhten Nachfrageüberhang auszugleichen seien.<sup>110</sup> Dieser Ausgleich wirft allerdings viele Fragen auf; etwa, wer zur Vergleichskohorte gehört, wie unter föderalistischen Aspekten gewünschte unterschiedliche Traditionen beim Übergang in die Sekundarstufe II abgebildet werden können und wie weit auch intertemporale Aspekte, etwa der frühere Erwerbszeitpunkt des Abiturs und ein zeitgebunden anderes Notenniveau, berücksichtigt werden sollen.<sup>111</sup> Derzeit wird, um die Vergleichbarkeit herzustellen, auf die Kohorte der Personen zurückgegriffen, die sich auf mindestens einen der in das ZV einbezogenen Studiengänge bewerben.<sup>112</sup> Um die Repräsentationskraft zu erhöhen und auch die – verfassungsrechtlich gebotene – Anwendung auf örtlich zulassungsbeschränkte Stu-

diengänge mit erhöhtem Bewerberüberhang zu ermöglichen, läge ein Rückgriff auf die länderübergreifenden, jährlich veröffentlichten und Dezimal-genauen KMK-Statistiken<sup>113</sup> nahe. Derzeit erweisen sich die analogen Ermittlungsprozesse als zu langwierig; hier könnte Digitalisierung durch Vernetzung der Schulbehörden bzw. zeitnahe Erstellung der Referenzstatistiken nützlich sein und sich zu einem Anwendungsfall für „datenbasierte Schulsteuerung“ entwickeln.<sup>114</sup> Es ließe sich auch an die Einbeziehung von Noten aus dem EU-Umfeld denken. Da diese Studienbewerberinnen und -bewerber Deutschen bundesweit zulassungsrechtlich gleichgestellt sind,<sup>115</sup> ist es als bedenklich abzusehen, dass hierzu derzeit<sup>116</sup> keine belastbaren Umrechnungsreferenzen bestehen.<sup>117</sup>

Eine vergleichbare Relevanz weisen – je nach landesrechtlicher Ausgestaltung – die Bachelor-Noten bei Zugang und Zulassung zum Master auf.<sup>118</sup> Es ist inzwischen in der Eignungsdiagnostik anerkannt, dass die absoluten Notenergebnisse wenig valide sind und sie idealerweise unter Heranziehung des im Studiengang an der Hochschule erreichten Notenperzentils bzw. ggf. unter Berücksichtigung weiterer Lebenslaufdaten korrigiert werden sollten.<sup>119</sup> Gleichwohl haben sich auch hier die Versuche, „relative Noten“ auszuweisen, nicht durchgesetzt.<sup>120</sup> Eine solche Korrektur könnte eine bundesweite studiengangspezifische Referenzdatenbank ermöglichen.

#### d. Automatisierter Erlass von Verwaltungsakten

Fraglich ist, ob sich die Hochschulzulassung für den automatisierten Erlass von Verwaltungsakten eignet. Seit dem Jahr 2017 sehen der Bund und die meisten Länder den „vollständig durch automatische Einrichtungen“ erfolgenden Erlass von Verwaltungsakten vor, „sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht“, § 35a VwVfG des Bundes. Entsprechende Normen bestehen mit § 155 Abs. 4 AO für den Steuerbescheid bzw. mit § 31a SGB X für das Sozial- sowie mit § 10a Rundfunk-

<sup>107</sup> Vgl. C. Krönke, Information als Voraussetzung des Verwaltungshandelns, DVBl 2023, 1044 (1048).

<sup>108</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Handreichung „Digitale Zeugnisse“, 2024, www.bsi.bund.de (7.5.2024); vgl. M. Bode, Zwischen Öffnung und Digitalisierung, Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Hochschulzugangsrechts, OdW 2022, 181 (196 f.).

<sup>109</sup> Bis Ende 2022 waren erst 22 der vorgesehenen 575 Verwaltungsleistungen digitalisiert. Guckelberger (Fn. 23), 322 f.

<sup>110</sup> BVerfGE 147, 253 (338 Rn. 184).

<sup>111</sup> Vgl. M. Bode, Zwischen Realität und Utopie: Die „Numerus clausus III“-Entscheidung des BVerfG, OdW 2018, 173 (180 ff.).

<sup>112</sup> Vgl. Bode (Fn. 30), 1676.

<sup>113</sup> Vgl. KMK, Schnellmeldung Abiturnoten 2023, 2024, www.kmk-

org (7.5.2024).

<sup>114</sup> Hartong/Breiter/Jarke/Förschler (Fn. 34), 486 f.

<sup>115</sup> Vgl. etwa Art. 5 Abs. 2 StV über die Hochschulzulassung.

<sup>116</sup> Vgl. zum gescheiterten Projekt einer sog. Prozenrangtransformation der KMK Bode (Fn. 108), 192.

<sup>117</sup> Das BVerfG forderte „eine annähernde Vergleichbarkeit der Noten“. BVerfGE 147, 253 (337 Rn. 182).

<sup>118</sup> M.w.N. Bode (Fn. 108), 191 f.

<sup>119</sup> Vgl. J. Bergerhoff/L. Bergholz/P. Seegers/S. Segt, Statistische Korrekturen verbessern die Aussagekraft der Bachelornoten, in: HM (1+2), 2022, 49 (50 f.).

<sup>120</sup> Vgl. zur inzwischen wieder abgeschafften Regelung in Brandenburg M. Bode, in: L. Knopp/F.-J. Peine/H. Topel, Brandenburgisches Hochschulgesetz, 3. Aufl. 2018, BbgHZG, § 2 Rn. 12 ff.

beitragStV für das Rundfunkbeitragsrecht. Diese „algorithmendeterminierte Entscheidung“ erfolgt seitens der Behörde ohne menschliches Tun; ausgelöst wird sie durch die vom Verwaltungshandeln betroffene Person selbst, etwa durch das Einreichen der elektronischen Steuererklärung.<sup>121</sup> Demgegenüber werden bei bloß „algorithmensbasierten Entscheidungen“ – die den Regelfall darstellen – Menschen bei der Entscheidungsfindung durch technische Hilfsmittel, etwa Textverarbeitungsprogramme, lediglich unterstützt.<sup>122</sup> Solche „mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene[r]“ Verwaltungsakte ließ bereits § 35 VwVfG zu, wie die Gesamtschau mit §§ 28 Abs. 2 Nr. 4 und § 37 Abs. 5 bzw. § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ergibt. Bei beiden Arten von Verwaltungsakten kann gem. § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auf die Anhörung verzichtet werden.<sup>123</sup>

Der Unterschied zwischen teil- und vollautomatisierten Verwaltungsakten liegt zum einen in dem Maß der Entscheidungshoheit, die dem Menschen als Verantwortlichen für die zu treffende Entscheidung zukommt; überprüft er etwa im Rahmen der (automatisierten) Sachverhaltsermittlung Tatsachen auf ihre Glaubhaftigkeit, so liegt lediglich eine Teilautomatisierung vor.<sup>124</sup> Zum anderen entscheidet „der Sachverhalt und dessen Subsumtion unter das materielle Recht“; als vollautomatisiert kann eine Entscheidung gelten, bei der keine „echte“ Sachverhaltsermittlung stattfindet, etwa bei Ampeln im Straßenverkehr oder Streckenbeeinflussungsanlagen.<sup>125</sup> Dagegen erfolgt beim vollautomatisierten Verwaltungsakt die „Sammlung, Auswertung und Verifizierung der Sachverhaltsdaten“ ohne oder nur unter nahezu irrelevantem Dazwischentreten des Menschen.<sup>126</sup> Der Vollautomatisierung steht jedoch nicht entgegen, dass ausnahmsweise das „Aussteuern“ eines Falles zur menschlichen Entscheidung vorgesehen wird.<sup>127</sup>

Das Fachrecht muss die automatisierte Entscheidung nach § 35a VwVfG ausdrücklich (mindestens per Rechtsverordnung oder Satzung<sup>128</sup>) gestatten, was der Wertung des Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO entspricht. Sein Erlass soll über den einschränkenden Wortlaut für Ermessen und Beurteilungsspielraum auch dann ausgeschlos-

sen sein, „wenn sich unbestimmte Rechtsbegriffe nicht in die IT-Sprache übersetzen lassen oder eine automatisierte Sachverhaltsaufklärung unzulänglich wäre“.<sup>129</sup> Aus diesem Grund wird etwa die Bescheidung von Härtefallanträgen, beispielsweise im Bereich des Rundfunks, in automatisierter Form für unzulässig gehalten.<sup>130</sup> „Befremdlich“ unterschiedlich<sup>131</sup> und entscheidend behördenfreundlicher erlaubt das Steuerrecht die Vollautomatisierung gem. § 155 Abs. 4 AO, „soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten“.

Im ZV bei der SfH erfolgt derzeit eine antragsindividuelle Freigabe der geprüften Unterlagen durch Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter; bei sog. Wiederbewerberinnen und -bewerbern, die bereits einen Zulassungs- oder Ablehnungsbescheid erhalten haben, werden die Daten automatisch übernommen. Sog. Sonderanträge, etwa bei Bewerbungen auf ein Zweitstudium, auf einen Platz in der sog. Härtequote oder unter Beifügung einer Hochschulzugangsberechtigung aus Drittstaaten, werden ebenfalls manuell geprüft. An vielen Hochschulen wird es ähnlich gehandhabt. Eine gewisse Ausnahme stellen Zulassungsverfahren, vor allem an der TU München dar, bei denen im Rahmen von Eignungsfeststellungsverfahren bestimmte Segmente an offenkundig besonders geeigneten bzw. ungeeigneten Bewerbungen abhängig von einem erreichten Punktwert automatisch beschieden werden.<sup>132</sup> Ähnliches ist bei der automatisiert gesteuerten Exmatrikulation bei unvollständiger Überweisung des Semesterbeitrags an der Universität zu Köln zu beobachten.<sup>133</sup>

Die rechtspolitische Symbolwirkung, die § 35a VwVfG zukommt,<sup>134</sup> spricht dafür, auch in der Massenverwaltung vollautomatisierte Verwaltungslösungen zuzulassen. Wie *Hans Peter Bull* betont, sollten bei der Beurteilung der Frage, welche Bescheide elektronisch erlassen werden dürfen, die „Besonderheiten der verschiedenen Verwaltungsaufgaben“ sowie die „Interessen [sic] der verschiedenen Beteiligten“ berücksichtigt werden.<sup>135</sup> So obliegt es dem Fachgesetzgeber zu entscheiden, welche Arten von Verwaltungsentscheidungen automatisierungsgerecht sind; je geringer der „Realanteil“ einer Ent-

<sup>121</sup> Umfassend *Bull* (Fn. 77), 411.

<sup>122</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 619.

<sup>123</sup> *A. Berger*, in: H. J. Knack/H.-G. Henneke, *VwVfG*, 11. Aufl. 2020, § 35a Rn. 56.; kritisch: *N. Braun Binder*, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, *DÖV* 2016, 891 (895).

<sup>124</sup> Vgl. *Bull* (Fn. 77), 410 f.; *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/H. J. Bonk, *VwVfG*, 10. Aufl. 2023, § 35 a Rn. 19 f.

<sup>125</sup> Diese wurden bereits vor Erlass des § 35 a VwVfG unter § 35 VwVfG subsumiert. *Stelkens* (Fn. 124), § 35 a Rn. 22; *N. Braun Binder*, Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale, *DÖV* 2016, 891 (894).

<sup>126</sup> *Stelkens* (Fn. 124), § 35 a Rn. 21.

<sup>127</sup> *Stelkens* (Fn. 124), § 35 a Rn. 21; *Berger* (Fn. 123), § 35a Rn. 37 f.

<sup>128</sup> *Braun Binder* (Fn. 125), 893.

<sup>129</sup> M.w.N. *Guckelberger* (Fn. 23), 321; vgl. *dies.*, Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven, *DÖV* 2021, 566 (569).

<sup>130</sup> *Lent* (Fn. 68), 343.

<sup>131</sup> *Bull* (Fn. 77), 411.

<sup>132</sup> VG München, Beschl. v. 24.2.2022 – M 4 E 21.6611 –, juris.

<sup>133</sup> VG Köln, Urt. v. 9.2.2021 – 6 K 444/20 –, juris.

<sup>134</sup> *Michael* (Fn. 22), 190.

<sup>135</sup> *Bull* (Fn. 77), 414, 417.

scheidung, also die Bewertung umweltbezogener Umstände, ausfällt und je weniger Abwägung sie erfordert, desto höher ist ihr „Automationspotential“.<sup>136</sup>

Der Verteilungsalgorithmus des DoSV trifft klar normierte Verteilungsentscheidungen; keinem Menschen wäre es möglich, die Vielzahl der Verteilungsentscheidungen, die sich insbesondere aus dem Nachrücken oder Umbuchen zwischen Quoten ergeben, gleichzeitig zu übersehen oder gar selbst zu bescheiden. Auch besteht hinsichtlich der allermeisten zu prüfenden Dokumente (von den Sonderanträgen abgesehen) im Rahmen der Antragsprüfung keinerlei über die Verifizierung hinausgehende Bewertungsentscheidung. Mag man auch die Bescheide in der derzeitigen Ausgestaltung des ZV aufgrund dieser Verifizierungsdienste nur als teilautomatisiert ansehen, so spricht vieles dafür, dass diejenigen Zulassungsprozesse, die zumindest in den sog. Hauptquoten keine Antragsprüfung mehr vorsehen, vollautomatisierte Bescheide hervorbringen. Spätestens mit Einbindung digitaler Bildungsnachweise dürfte dies der Regelfall werden. Dies ist auch interessengerecht, da eine gleichförmige, IT-gesteuerte Entscheidungspraxis im Massenverfahren dem Gleichbehandlungsgrundsatz entspricht. Dem steht nicht entgegen, dass Sonderanträge bis auf Weiteres manuell zu bescheiden wären. Die erforderliche fachrechtliche Berechtigungsnorm liegt jedenfalls bereits vor.<sup>137</sup>

#### e. Automatisierte Bekanntgabe von Bescheiden

Das Verwaltungsrecht stellt verschiedene Methoden bereit, anhand derer in Verfahren mit massenhaftem Bescheidaukommen eine rechtssichere Bekanntgabe erfolgen kann. Die sicherste Variante, nämlich die Zustellung mit Zustellurkunde, ist zugleich die aufwändigste bzw. teuerste und kommt daher faktisch nur im Ausnahmefall zum Einsatz. Auf dem Gebiet der elektronischen Verwaltungsakte hat der Normgeber zwei unterschiedliche Modelle vorgesehen: Zum einen Regelungen, die auf den

tatsächlichen – und nachweisbaren<sup>138</sup> – Abruf des Betroffenen abstellen, etwa § 41 Abs. 2a VwVfG, § 37 Abs. 2a SGB X (sog. Abrufvariante); zum anderen kann auch die Bereitstellung des Bescheides seitens der Behörde genügen, wobei die fiktive Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreicht, vgl. etwa § 122a AO, § 9 OZG (sog. Fiktionsvariante).<sup>139</sup> § 9 OZG ist als am „behördenfreundlichsten“ angesehen, da er anders als § 122a AO für den Eintritt der Fiktionswirkung nicht auf den schwierig zu erbringenden Nachweis des „Zugang[s] der Benachrichtigung“ über die Bereitstellung, sondern auf den Nachweis der „Bereitstellung und den Zeitpunkt der Bereitstellung“ abstellt. Hier dürfte ein einfaches Bestreiten der bzw. des Betroffenen unter Berufung darauf, der Bescheid sei nicht bereitgestellt worden,<sup>140</sup> zwar möglich sein; es kann aber seitens der Behörde schnell widerlegt werden.<sup>141</sup>

Beide Varianten sind technikoffen gefasst und können durch Abruf „über öffentlich zugängliche Netze“, in der Praxis also das Internet oder Hochschulportale,<sup>142</sup> erfolgen, wobei die Fiktionsvariante aber zumindest ein Nutzerkonto voraussetzt.<sup>143</sup> Die Kommunikation über Portale ist inzwischen „üblich geworden“.<sup>144</sup> Diese Varianten sind nicht abschließend, wie der Wortlaut des § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG zeigt („[...] oder in anderer Weise [...]“) zeigt. Alle denkbaren Modelle müssen in ihrer Ausgestaltung jedenfalls dem Rechtsstaatsgebot entsprechen, unter anderem also rechtliches Gehör bieten und transparent bzw. verständlich ausgestaltet sein.<sup>145</sup> Entsprechend haben die Landesgesetzgeber bereits 2012 ein an der Fiktionsvariante orientiertes Modell eingeführt, bei dem zulassungsrechtliche Bescheide im DoSV-Benutzerkonto, dessen Nutzung verpflichtend ist,<sup>146</sup> zum Abruf bereitgestellt werden. Sie gelten „am dritten Tag nach Absendung der E-Mail über die Bereitstellung“ als bekannt gegeben. Den Zugang der Benachrichtigungsmail müssen im Zweifel SfH bzw. Hochschulen nachweisen, § 21 Abs. 6 VergabeVO NRW. Da der Zugang von

<sup>136</sup> Berger (Fn. 123), § 35a Rn. 59 ff.; vgl. T. Stuhlfauth, in: M. Funke-Kaiser/K. Obermayer, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 35a Rn. 8.

<sup>137</sup> § 21 Abs. 5 VergabeVO NRW.

<sup>138</sup> Stelkens (Fn. 124), § 41 Rn. 134s.

<sup>139</sup> H. Schmitz/L. Prell, Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, NVwZ 2016, 1273 (1279).

<sup>140</sup> Einfaches Bestreiten lässt das BVerwG im Bereich der postalischen Bekanntgabe nach § 41 VwVfG grundsätzlich ausreichen. BVerwG, Urt. v. 29.11.2023 – 6 C 3/22 –, juris, Rn. 19 ff.

<sup>141</sup> C. Tegethoff, Die Dogmatik der Bekanntgabefiktion von Verwaltungsakten auf dem Prüfstand, in: C. Brüning/W. Ewer/S. Schlaacke/ders., Festschrift U. Ramsauer, 2023, S. 215 (229 f.); ders., in: U. Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 41 Rn. 88; vgl. auch H. Schmitz/L. Prell, in: Stelkens/Bonk (Fn. 124), § 3a Rn. 5g.

<sup>142</sup> Die Behörde muss die Authentifizierung des Nutzers und die Speicherbarkeit des Dokuments gewährleisten, das dann am Tag nach dem Abruf als bekanntgegeben gilt. Vgl. auch zu den Voraussetzungen der Öffentlichkeit D. Couzinet/D. Fröhlich, in: T. Mann/C. Sennekamp/M. Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 41 Rn. 101 f., 105 f.

<sup>143</sup> Tegethoff (Fn. 141), § 41 Rn. 43 f.

<sup>144</sup> Stelkens (Fn. 124), § 41 Rn. 134a.

<sup>145</sup> Couzinet/Fröhlich (Fn. 142), § 41 Rn. 106.

<sup>146</sup> Der Nutzungszwang wird ergänzt um das Angebot der Assistenz für „Bewerberinnen und Bewerber, die glaubhaft machen, dass ihnen die Kommunikation über die Webportale der Hochschule und der Stiftung nicht möglich ist“. §§ 4 Abs. 1, 3 S. 3 VergabeVO NRW. Vgl. Britz/Eifert (Fn. 7), Rn. 55.

Bescheiden allerdings in der Praxis des Zulassungsrechts eher selten bestritten wird,<sup>147</sup> erscheint es möglich, aber nicht unbedingt geboten, auf das OZG-Modell umzustellen.

## VI. Fazit

Die Vorstellung, dass KI – ganz entsprechend den großen an sie gestellten Erwartungen – die Verteilungsverfahren für Studienplätze ersetzt, dürfte bis auf Weiteres eine Illusion bleiben. Die Anwendung von KI scheidet für Verwaltungsverfahren mit Grundrechtsbezug derzeit weniger deswegen aus, weil die Auswertung der erforderlichen Daten oder die Berechnungen zu kompliziert wären, sondern weil ihr der Grundsatz der Verfahrenstransparenz entgegensteht. Erst wenn KI – ebenso wie digitale Services – ihre Entscheidungen erklären können, nicht nur technisch rekonstruierbar, sondern auch rechtlich plausibilisierbar werden, scheinen hier Fortschritte möglich. Der sich allmählich herausbildende „Digitale Konstitutionalismus“, wie er etwa in der KI-Verordnung der EU zum Ausdruck kommt,<sup>148</sup> ebenso wie die staatsrechtlichen Grundsätze halten an diesen Prinzipien fest.

Dass aber bestimmte Teilaspekte des Verfahrens durch KI, vor allem aber auch Digitalisierung im engeren Sinne, evident verbessert werden könnten, ist unbestritten. Dies beginnt bei elektronischen Bildungsnachweisen, geht über kommunikative Erleichterungen und endet beim Erlass automatisierter Bescheide.

Langfristig könnte KI allerdings zu einer Optimierung der Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf Studienplätze beitragen. Denn sie ermöglicht der Forschung, das tatsächliche Verhalten auf diesen non-profit-Märkten besser zu verstehen und auch auszuwerten.<sup>149</sup> Dies hat Rückwirkung auf die rechtliche Theoriebildung. Hier ist mit *Nicola Lettieri* ein neuer, IT-gestützter Empirismus zu beobachten, der sich für die kognitiven und sozialen Mechanismen interessiert, durch die das Recht seine Wirkung entfaltet.<sup>150</sup> Auf diese Weise kann KI zur theoretischen Reflektion und interessengerechten Gestaltung von Verwaltungsverfahren beitragen.

Dr. iur., M.A. Matthias Bode ist Professor für Staats- und Europarecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung (HSPV) NRW.

<sup>147</sup> Vgl. aber OVG Bremen, Beschl. v. 19.4.2023 – 8 B 321/22 –, juris.

<sup>148</sup> *De Gregorio* (Fn. 95), 56 ff.; vgl. *Vasel* (Fn. 3), 1303.

<sup>149</sup> Vgl. *S. Braun/N. Dwenger/D. Kübler/A. Westkamp*, Implementing quotas in university admissions, An experimental analysis,

*Games and Economic Behavior*, Vol. 85, 2014, 232 (232 ff.).

<sup>150</sup> Zu diesem „computation-enhanced legal empiricism“ vgl. *Lettieri* (Fn. 7), 719.

# Ulf Pallme König

## *Medizinische Universität in Brandenburg - ein wissenschaftspolitisches Neuland*

### **I. Historie und gegenwärtige Strukturen der staatlichen Hochschulmedizin in Deutschland**

Das dem Beitrag zugrundeliegende aktuelle, der Struktur der Hochschulmedizin zuzuordnende Thema kann ohne eine kurze Befassung mit seiner Historie und der gegenwärtigen Situation der staatlichen Hochschulmedizin in Deutschland nicht eingeordnet werden.

#### 1. Überkommene Strukturen auf dem Prüfstand

Vor ca. 25 Jahren setzte in Deutschland eine Entwicklung ein, die dazu führte, dass die für die staatliche Hochschulmedizin maßgeblichen Strukturen massive Änderungen erfuhren. Seitdem wurden in den 14 Bundesländern, in denen bisher staatliche hochschulmedizinische Einrichtungen vertreten sind, sukzessive und bis in die jüngste Vergangenheit hinein unterschiedliche Organisationsmodelle umgesetzt. Bevor der Blick darauf gewendet wird, soll kurz skizziert werden, wie die staatliche Hochschulmedizin vor Eintritt der Änderungen organisiert war und welche wesentlichen Gründe bestanden, neue Strukturen in der Hochschulmedizin zu suchen.

##### *a. Ursprünglicher Rechtscharakter hochschulmedizinischer Einrichtungen*

Bis Ende der 90er Jahre waren die die Hochschulmedizin bestimmenden staatlichen Medizinischen Einrichtungen, von wenigen rechtlichen Besonderheiten abgesehen, in hochschulrechtlicher Hinsicht unselbständige Anstalten ihrer jeweiligen Universitäten, soweit sie mit Aufgaben der Krankenversorgung betraut waren. Haushaltsrechtlich trugen sie bezogen auf diese Aufgabenstellung anknüpfend an den Umstand, dass die Universitäten nicht nur Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern zugleich auch staatliche Einrichtungen waren - und im übrigen von wenigen Ausnahmen abgesehen (so z.B. in Nordrhein-Westfalen und überwiegend in Niedersachsen) in den meisten Bundesländern immer noch sind -, den Charakter von Landesbetrieben; sie waren damit rechtlich gesehen unselbständige Bestandteile der jeweiligen Landesverwaltung. Zwar verfügte der von der Medizinischen Fakultät, die der Universität in ihrem Rechtsstatus als Körperschaft zuzuordnen war, zu unter-

scheidende krankenversorgende Teil, der im übrigen nur in ganz seltenen Fällen bereits die Bezeichnung „Universitätsklinikum“ aufwies, über eigene, wenn auch in den Ländern unterschiedlich ausgestaltete Organe (in Nordrhein-Westfalen z.B. über einen Klinischen Vorstand). Dies bedeutete jedoch nicht, dass damit in jeder Hinsicht autonom zu treffende Entscheidungen verbunden waren. Vielmehr führte der Rechtscharakter des Krankenhausbetriebes dazu, dass die von diesem in der Krankenversorgung wahrzunehmenden Aufgaben vor allem mit Blick auf maßgebliche finanz-, personal- und organisationsrechtliche Aspekte einer umfassenden Staats- und damit insbesondere einer Fach- und Dienstaufsicht unterworfen waren.

##### *b. Änderungsbedarf und zu beachtende Grundsätze*

Im Ergebnis - wenn auch mit unterschiedlichen Lösungsansätzen - waren sich im Zuge einer in den 90er Jahren intensiv geführten Debatte sowohl die Kultusministerkonferenz als auch der Wissenschaftsrat im Rahmen ihrer jeweiligen Analyse der Hochschulmedizin jedenfalls darin einig, dass deren bis dato geltende Struktur nicht mehr tragfähig sei. Vor dem Hintergrund in diesen Jahren greifender, massiver, im Einzelnen nicht darzustellender Veränderungen der Rahmenbedingungen in der Krankenhausfinanzierung einschließlich der Einführung neuer Vergütungsstrukturen wurde vorgeschlagen, die Hochschulklinika rechtlich zu verselbständigen. Auf diese Weise sollte ihnen eine größere Flexibilität und wirtschaftliche Handlungsfähigkeit gegeben werden, auch um im Wettbewerb mit konkurrierenden krankenversorgenden Einrichtungen bestehen zu können.

Die bisherigen Weisungs- und Verantwortungsstrukturen im Verhältnis zwischen dem Land und den Medizinischen Einrichtungen sollten einer klaren Abgrenzung zwischen Träger- und Betreiberverantwortung sowie zwischen Aufsichts- und Geschäftsführungskompetenz weichen. Eine Trennung der Verantwortungsbereiche von medizinischer Forschung und Lehre einerseits und der Krankenversorgung andererseits sollte vor allem im Wege getrennter Finanzkreisläufe auf der Grundlage einer sog. Trennungsrechnung erfolgen.

Auch wenn nach allem das Bestreben bestand, den universitären Krankenhausbetrieb zu einem selbständig

handlungsfähigen Wirtschaftsbetrieb zu machen, sollten gleichwohl alle rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die Universität, die Medizinische Fakultät und das Universitätsklinikum in sachgerechter Weise organisatorisch miteinander zu verbinden. Dabei sollte einerseits gewährleistet werden, dass die die Hochschulmedizin kennzeichnende Aufgabentrias von Forschung, Lehre und Krankenversorgung mit ihren häufig nicht miteinander in Einklang zu bringenden wissenschaftlichen und ökonomischen Herausforderungen funktionsgerecht wahrgenommen werden kann. Andererseits sollte aber auch sichergestellt werden, dass die Gesamtverantwortung der Universität für ihre Medizin gewahrt bleibt.

## 2. Gegenwärtige Hochschulmedizin mit einer Vielfalt von Strukturen

Auf dieser Grundlage gibt es derzeit in Deutschland im staatlichen Bereich 38 Medizinische Fakultäten und 36 Universitätsklinika, sofern man bei der Ermittlung dieses Zahlenverhältnisses von gewissen, hier nicht weiter zu erörternden Sonderregelungen einmal absieht. Die Divergenz ist dadurch zu erklären, dass die Medizinischen Fakultäten der Universitäten Kiel und Lübeck sowie Marburg und Gießen jeweils ein gemeinsames Universitätsklinikum haben, nämlich das Schleswig-Holsteinische Universitätsklinikum und das 2006 privatisierte Universitätsklinikum Marburg/Gießen, dessen Betreiber die Rhönklinikum Aktiengesellschaft ist. Demgegenüber spielen die wenigen privaten Hochschulen in Deutschland, an denen eine relevante Medizinische Forschung und eine medizinische Ausbildung erfolgen kann, kaum eine nennenswerte Rolle. Eine Ausnahme mag insoweit die vor 40 Jahren gegründete und insbesondere in ihren Anfängen eher kritisch gesehene Universität Witten-Herdecke sein mit ihrer mittlerweile - auch nach jüngster Auffassung des Wissenschaftsrates - gewachsenen Struktur.

Die dafür allein zuständigen Länder haben in den letzten Jahrzehnten zur Realisierung der genannten Überlegungen und Empfehlungen der Kultusministerkonferenz und des Wissenschaftsrates unterschiedliche Strukturmodelle in der staatlichen Hochschulmedizin entwickelt. Ohne in diesem Zusammenhang auf zum Teil sehr komplexe rechtliche Fragestellungen und darüber hinaus auf den sich als wenig ergiebig erweisenden, bis heute - so scheint es - nicht ausgetragenen Streit einzugehen, welches der Modelle den Zielsetzungen der Hochschulmedizin am ehesten entspricht, können grundsätzlich zwei Organisationsmodelle unterschieden

werden: Das sog. *Kooperationsmodell* und das sog. *Integrationsmodell*.

### a. Kooperationsmodelle

Das Kooperationsmodell sieht von seiner Grundstruktur her vor, dass das - wie dargelegt, zuvor nur an wenigen Standorten als solches so bezeichnete - Universitätsklinikum (zumeist) als rechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt verselbständigt wird. Dagegen verbleibt die Medizinische Fakultät im Verbund der Universität als deren integraler Bestandteil. Die Kooperation zwischen der Universität einschließlich ihrer Medizinischen Fakultät und dem Universitätsklinikum wird einerseits gesetzlich vorgeregelt und zudem im Wege eines öffentlich-rechtlichen Kooperationsvertrages mit Blick auf örtliche Besonderheiten konkretisiert. In dieser Ausprägung wird dieses Modell derzeit in den Ländern Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Hessen, Sachsen, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt und im Saarland sowie an einem Hochschulstandort in Niedersachsen (Oldenburg) praktiziert. Es weist zum Teil stark divergierende, hier nicht weiter zu vertiefende gesetzliche Ausgestaltungen und Variationen auf. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang das sog. Bochumer, Regensburger und Mannheimer Modell und neuerdings die vor allem zusätzliche Studienplätze in der Humanmedizin generierenden sog. Zweitcampus-Modelle z.B. an den bisher nicht hochschulmedizinisch ausgewiesenen Standorten in Siegen, Bayreuth und Chemnitz. Diese wirken eng mit den räumlich jeweils in einiger Entfernung liegenden hochschulmedizinischen Einrichtungen der Universitäten in Bonn, Erlangen und Dresden kooperativ zusammen.

### b. Integrationsmodelle

Demgegenüber steht das Integrationsmodell, demzufolge das Universitätsklinikum zusammen mit der Medizinischen Fakultät als Körperschaft des öffentlichen Rechts zwar rechtlich verselbständigt, diese zugleich aber auch eine Gliedkörperschaft der Universität ist. Für dieses Modell haben sich die Länder entschieden, die entweder nur über eine hochschulmedizinische Einrichtung verfügen, wie Berlin, Hamburg, Thüringen (Jena) und Rheinland-Pfalz (Mainz) oder maximal zwei dieser Einrichtungen aufweisen, so Mecklenburg-Vorpommern (Rostock und Greifswald) sowie - mit der bereits erwähnten Ausnahme in Oldenburg - Niedersachsen (Hannover und Göttingen). Auch dieses Modell weist unterschiedliche, hier im Einzelnen ebenfalls nicht weiter zu erörternde gesetzliche Ausgestaltungen und Ausprägungen auf.

## II. Errichtung einer Medizinischen Universität in Brandenburg

Danach verfügten bisher nur noch die Bundesländer Brandenburg und Bremen über keine eigene staatliche Hochschulmedizin. Nun hat sich allerdings auch das Land Brandenburg als letztes Flächenland entschlossen, am Standort Cottbus eine eigene staatliche hochschulmedizinische Einrichtung zu errichten.

### 1. Anlass, Struktur, Inhalte und Finanzierung

Hintergrund für diese politische Entscheidung ist folgender:

Mit dem 2020 beschlossenen Braunkohleausstieg befindet sich u.a. die Lausitz in einem tiefgreifenden Strukturwandel. Damit der Kohleausstieg in den betroffenen Regionen als echte Chance genutzt werden kann, die Weichen für die Zukunft zu stellen, fördert der Bund bis 2038 Projekte für einen nachhaltigen Strukturwandel. Die Modellregion Gesundheit Lausitz befindet sich unter der Bezeichnung „*Innovationszentrum Universitätsmedizin Cottbus (IUC)*“ im *Investitionsgesetz Kohleregionen* (einem Bundesgesetz) als Vorhaben wieder.

#### a. *Selbständige Körperschaft und Studienbetrieb*

Auf dieser Grundlage hat die Regierung des Landes Brandenburg, so wie im dortigen Koalitionsvertrag vereinbart, beschlossen, am Standort Cottbus eine staatliche Universitätsmedizin durch die Errichtung einer *Medizinischen Universität als rechtlich selbständige Körperschaft des öffentlichen Rechts* aufzubauen. Demgegenüber ist der anfängliche Plan, an diesem Standort mit Hilfe der dort bereits bestehenden Technischen Universität ein Integrationsmodell in dem dargelegten Sinne zu etablieren, aufgegeben worden. Die Medizinische Universität soll aus einem wissenschaftlichen Teil und dem derzeit kommunal getragenen, in Landsträgerschaft zu überführenden und zu einem Universitätsklinikum auszubauenden Carl-Thiem-Klinikum Cottbus bestehen. Die Universität, die auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Kooperationsvertrages eng mit der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus zusammenarbeiten soll, soll am 1.7.2024 und damit noch vor der nächsten Landtagswahl im Herbst 2024 errichtet werden und vorläufig den Namen „*Medizinische Universität Lausitz - Carl Thiem*“ tragen. Der Studienbetrieb im humanmedizinischen Studiengang soll auf der Grundlage der sich derzeit noch in einem Entwurfsstadium befindlichen neuen Approbationsordnung zum WS 2026/2027 aufgenommen werden. Im Endausbau

soll die Universität 80 Professuren umfassen und unter Einschluss einer auch in anderen Ländern geltenden Landarztquote 200 humanmedizinische Studierende pro Jahr aufnehmen. Daneben sind auch Studiengänge zur Ausbildung in nichtärztlichen Gesundheitsberufen geplant. Mit ihnen soll ab WS 2028/2029 begonnen werden.

#### b. *Forschungsschwerpunkte, Versorgung und Arbeitsplätze in einer Modellregion*

Als Forschungsschwerpunkte soll sich die Universität - im Wesentlichen der Empfehlung einer vom Land frühzeitig eingesetzten Expertenkommission folgend - der Gesundheitssystemforschung und der Digitalisierung des Gesundheitswesens widmen. In dieser Verbindung soll sie im Vergleich zu den anderen hochschulmedizinischen Einrichtungen in Deutschland nicht nur ein Alleinstellungsmerkmal aufweisen, sondern auch eine internationale Sichtbarkeit erzeugen. Dies gilt auch deswegen, weil sich mit Hilfe der Medizinischen Universität die Region Lausitz zu einer Modellregion Gesundheit entwickeln soll. Durch den Aufbau eines digitalen Netzwerkes der regionalen Leistungserbringer der Gesundheitsversorgung sowie durch den Ausbau des Universitätsklinikums zu einem sog. digitalen Leitkrankenhaus soll die infrastrukturelle Anbindung der Modellregion realisiert werden. Ziel dieser Bemühung soll sein, im Wege des genannten, in der Medizinischen Universität zusammenlaufenden Netzwerkes neue Versorgungsmodelle in der Region datenbasiert zu erproben, damit einen Beitrag zur Weiterentwicklung (nicht nur) des deutschen Gesundheitssystems zu leisten und die gesundheitliche Versorgung, insbesondere im ländlich geprägten Raum, zu stabilisieren und zu verbessern.

Dass im Übrigen mit der Gründung der Universität auch ein Beitrag zur Erfüllung der immer intensiver werdenden bundesweiten Forderung geleistet werden soll, die Studienplatzkapazität in der Humanmedizin zu erhöhen, um damit auch der problematischen ärztlichen Unterversorgung in Brandenburg und hier insbesondere in der Lausitz entgegenzuwirken, liegt auf der Hand. Daneben besteht das mindestens ebenso wichtige Bestreben des Landes, dass sich die Universität mit der Schaffung von 1300 neuen Arbeitsplätzen in der Region zu einem „*Jobmotor*“ für die Lausitz entwickelt.

#### c. *Finanzierung*

Für dieses Vorhaben stehen bis 2038 insgesamt ca. 3,7 Mrd. Euro zur Verfügung, davon rund 1,9 Mrd. Euro Bundes- und rund 1,8 Mrd. Euro Landesmittel. Die Vor-

aussetzungen dafür, dass diese Mittel bereitgestellt werden und auch eine mögliche Folgefinanzierung ab 2038 sichergestellt werden kann, sind jetzt auf Grund einer positiven Begutachtung des Vorhabens durch den Wissenschaftsrat erfüllt. Dessen zustimmende, mit einigen grundlegenden, sehr beachtenswerten Empfehlungen versehene Entscheidung, die mit Blick auf die Realisierung des Vorhabens aus der Sicht des Bundes und des Landes eine unabdingbare Voraussetzung ist, ist Ende April 2024 getroffen worden.

Betrachtet man die Finanzierungsmodalitäten für sich, erweist sich das brandenburgische Vorhaben bereits finanzpolitisch als singulär. Erstmals wird sich der Bund mit Blick auf die genannte Sicherstellung des Strukturwandels in der Lausitz über einen längeren Zeitraum hinweg und darüber hinaus mit der Option einer Weiterfinanzierung an der (Grund-) Finanzierung einer staatlichen hochschulmedizinischen Einrichtung beteiligen, soweit Bestandteile der Forschung betroffen sind. Demgegenüber obliegt in allen sonstigen Fällen die Grundfinanzierung der Hochschulmedizin auf Grund der verfassungsrechtlich geregelten Zuständigkeiten ausschließlich den Ländern.

## 2. Wissenschaftspolitisches Neuland

Das Land Brandenburg betritt neben dieser finanzpolitischen Besonderheit vor allem aber auch *wissenschaftspolitisches Neuland* mit wissenschaftsrechtlicher Relevanz.

Erstmals wird in Deutschland eine *rechtlich eigenständige, mit Arbeitgeber-, Dienstherrn- und Bauherrnfunktion ausgestattete Medizinische Universität* errichtet werden. Damit wird das bisher vorhandene Spektrum an Strukturmodellen in der Hochschulmedizin um ein weiteres, singuläres Modell bereichert. Ihm am nächsten kommt - ebenfalls als sog. *institutionelles Integrationsmodell* - die Medizinische Hochschule Hannover (MHH). Diese stellt sich zwar ebenso als eine ausschließlich staatliche hochschulmedizinische Einrichtung mit einem für eine Hochschule unverzichtbaren Körperschaftsrechtlichen Status dar. Sie erweist sich jedoch im Unterschied zur geplanten Medizinischen Universität in Cottbus bezogen auf einen Teilbereich, nämlich dem der Krankenversorgung, zugleich als niedersächsischer Landesbetrieb gemäß der dortigen Landeshaushaltsordnung. Damit fehlt der MHH jedenfalls die vollständige rechtliche Selbständigkeit, die der geplanten Medizinischen Einrichtung in Brandenburg - mit der Absicherung durch ein eigenständiges Universitätsmedizingesetz des Landes - zugesprochen werden soll.

## III. Verselbständigungstendenzen in der staatlichen Hochschulmedizin in Deutschland

Der guten Ordnung halber ist allerdings festzustellen, dass die Hochschulmedizin immer schon innerhalb der Universitäten auf Grund der für sie charakteristischen Aufgabentrias einen gewissen Sonderstatus eingenommen hat bzw. einnimmt, der auch noch dadurch verstärkt wird, dass die Medizinischen Fakultäten im Vergleich zu anderen Fakultäten grundsätzlich über den größten Personalbestand und über die meisten sonstigen Ressourcen innerhalb der Universitäten verfügen. Überdies haben sich mittlerweile an einigen Standorten in Deutschland hochschulmedizinische Einrichtungen - losgelöst von ihren jeweiligen „Mutteruniversitäten“ - zu eher selbständigen hochschulischen Einrichtungen hin entwickelt. Es dürften daher durchaus Zweifel angebracht sein, ob gerade in diesen Fällen wirklich noch von einer Verantwortungsgemeinschaft von Universität, Medizinischer Fakultät und Universitätsklinikum für die Hochschulmedizin, so wie sie nicht zuletzt auch von der Hochschulrektorenkonferenz in mehreren grundlegenden Stellungnahmen gefordert worden ist, gesprochen werden kann.

### 1. Einrichtungen im Integrationsmodell

Dies gilt zunächst vor allem für Einrichtungen, die dem Integrationsmodell folgen. Ohne auf Einzelheiten gesetzlicher Regelungen einzugehen, ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Charité Universitätsmedizin Berlin mit ihrer nur noch sehr „losen“ Verbindung zur Humboldt-Universität und Freien Universität Berlin hinzuweisen. Ähnliches dürfte für die Universitätsmedizin Hamburg-Eppendorf mit ihrer ebenfalls lediglich formalen Anbindung an die Universität Hamburg und für die Universitätsmedizin Göttingen gelten. Mit dem Universitätsklinikum und der dortigen Medizinischen Fakultät erweist sich diese als ein mit großer Selbständigkeit ausgestatteter Teil der seit 2002 existierenden „Stiftung Georg-August-Universität Göttingen“.

### 2. Einrichtungen im Kooperationsmodell

Solche Verselbständigungstendenzen sind aber durchaus auch bei hochschulmedizinischen Einrichtungen im Rahmen des in Deutschland nach wie vor vorherrschenden Kooperationsmodells zu beobachten. Ein gutes Beispiel dafür bietet die durch die Gesetzgebung begünstigte Stellung der staatlichen Hochschulmedizin in Nordrhein-Westfalen. Sie ermöglicht - jedenfalls in dem aufgezeigten klassischen Kooperationsmodell - nur eine

begrenzte Einflussnahme der Universitäten auf ihre Medizinischen Fakultäten. Diese erfahren im Vergleich zu den anderen Fakultäten der Universitäten eine nicht unerhebliche Sonderbehandlung. Dies zeigt sich maßgeblich bei der staatlichen Zuführung des Betrages für Forschung und Lehre, den die Medizinische Fakultäten aus dem Landeshaushalt erhalten. Dieser wird zwar vom Land den jeweiligen Universitäten zugewiesen, ist von diesen dann aber unverzüglich und ungeschmälert an die dazugehörigen Universitätsklinika, die für die Bewirtschaftung dieser Mittel allein zuständig sind, weiterzuleiten. Die Folge ist, dass die zentralen Organe der Universitäten (Hochschulräte, Rektorate und Senate) bezogen auf ihre Medizinische Fakultäten über keine Budgethoheit verfügen und damit auch kaum einen Einfluss darauf haben, wie die Mittel in den Medizinischen Fakultäten verwendet werden. M.a.W.: Eine der Hochschulmedizin in Nordrhein-Westfalen kraft Gesetzes eingeräumte Finanzautonomie schließt nennenswerte finanzielle Steuerungsmöglichkeiten der Universitäten bezogen auf ihre Medizinische Fakultäten aus. Sie fördert - gewissermaßen im Wege eines verkappten Integrationsmodells - die Tendenz einer schleichenden Loslösung dieser Fakultäten von den Universitäten im Verbund mit den Universitätsklinika.

#### **IV. Die Struktur der staatlichen Hochschulmedizin in Österreich**

Unabhängig von dieser in Deutschland zu beobachtenden, vielfältigen Entwicklung von Strukturen in der Hochschulmedizin bietet es sich an, insbesondere im Vergleich mit der in Brandenburg geplanten Medizinischen Universität noch einen kurzen Blick auf die staatliche Universitätsmedizin in Österreich zu werfen.

Im Zuge einer 2002 verabschiedeten großen Universitätsreform wurden in dem Nachbarland 2004 die dortigen staatlichen Medizinischen Fakultäten der Universitäten Graz, Innsbruck und Wien, die in Österreich unter der Verantwortung des Bundes stehen, zu rechtlich eigenständigen Medizinischen Universitäten umgewandelt. Damit wurde jedoch nur der wissenschaftliche Teil der Medizin, wurden mithin die Bereiche von Forschung und Lehre erfasst. Die seinerzeit mit den Medizinischen Fakultäten und auch heute mit den an ihre Stelle getretenen Medizinischen Universitäten kooperierenden Universitätsklinika an den drei Standorten behielten ihren bisherigen Status und verblieben in der Trägerschaft des jeweiligen Bundeslandes bzw. der Stadt/dem Land Wien - wenn auch mit unterschiedlichen rechtlichen Ausge-

staltungen. Damit unterscheiden sich auch diese Konstrukte in einem entscheidenden Punkt von der in Brandenburg geplanten Medizinischen Universität, weil - anders als in Österreich - in diesem Bundesland das Universitätsklinikum unter der (Gewährs-) Trägerschaft des Landes integraler Bestandteil der Universität sein wird.

#### **V. Zurück zum Vorhaben in Brandenburg**

Es bleibt zunächst abzuwarten, welche Entwicklung die geplante Medizinische Universität in Brandenburg nehmen und ob sie in der Lage sein wird, die ambitionierten Ziele, die das Land mit ihr verwirklichen will, zu erreichen. Bei einer ersten summarischen Analyse dürften die Herausforderungen, die sich dem nach dem Universitätsmedizinengesetz zuständigen Gründungsvorstand zusammen mit einem Übergangsaufsichtsrat und einer die Aufgaben eines Senates wahrnehmenden Gründungskommission im Rahmen der praktischen Umsetzung des Vorhabens in vielerlei Hinsicht stellen, immens sein. Sie im Einzelnen aufzuzeigen, wäre einen gesonderten Beitrag wert.

Die Vielfalt der zu lösenden Probleme ist groß. Zu ihnen gehören nach Maßgabe der Empfehlungen des Wissenschaftsrats insbesondere die Schaffung von Interimsoberflächen und eine rasche Umsetzung der Bauplanung zur Gewährleistung von Studium, Lehre und Forschung einschließlich der mit Vorrang zu betreibenden sukzessiven Besetzung von Professuren, der zügige Aufbau einschließlich der digitalen Anbindung der „Modellregion Gesundheit Lausitz“, die Bewältigung des Transformationsprozesses im Rahmen des Übergangs von einem kommunalen Krankenhaus zu einem Universitätsklinikum und die Herstellung einer vertrauensvollen Partnerschaft mit der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus.

Darüber hinaus soll wenigstens auf drei weitere, als besonders bedeutsam zu erachtende Gesichtspunkte hingewiesen werden:

Entscheidend wird es sein, ob es - nicht zuletzt auch mit Blick auf den geplanten Studienbeginn WS 2026/2027 - mit den dafür notwendigen (hochschulrechtlichen) Verfahrensweisen gelingt, schnellstmöglich qualifiziertes wissenschaftliches und nichtwissenschaftliches Personal zu gewinnen, das bereit sein wird, den Weg nach Cottbus zu gehen, einer Stadt, die nicht zuletzt einige strukturelle Probleme zu bewältigen hat. Vor diesem Hintergrund wird es insoweit die Personalentwicklung der Medizinischen Universität unterstützend eine wesentliche Aufgabe der Stadt sein, vor allem durch geeig-

nete infrastrukturelle Maßnahmen einen eigenen Beitrag zu leisten, um auch und gerade für den Zuzug von Familien eine Attraktivität zu erzeugen.

Überdies wird die Medizinische Universität mit ihrem besonderen, in die genannte Modellregion hineinreichenden digitalen Anspruch beweisen müssen, inwieweit sie mit weiteren Einrichtungen vor allem mit Blick auf ihre angestrebten Forschungsschwerpunkte kooperieren und damit im Wettbewerb mit anderen hochschulmedizinischen Einrichtungen konkurrieren kann. Immerhin können diese jedenfalls überwiegend - ungeachtet der aufgezeigten Verselbständigungstendenzen - auf vielfältige und gewachsene interdisziplinäre Strukturen und Fächerverbünde ihrer jeweiligen „Mutteruniversitäten“ zurückgreifen.

Dies gilt insbesondere mit Blick auf die für die Medizin bedeutsamen Lebens- und Naturwissenschaften. Die jüngsten Erfolge z.B. der Charité Universitätsmedizin Berlin im Rahmen der Exzellenzinitiative sind dafür ein Beleg. Überdies kooperieren mittlerweile nahezu alle hochschulmedizinischen Einrichtungen in mannigfaltiger Weise mit außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Vor diesem Hintergrund können zahlreiche Standorte der Hochschulmedizin in Deutschland benannt werden, die bezogen auf ihre jeweiligen Forschungsschwerpunkte hervorragend aufgestellt sind und auch international sichtbare Leistungen hervorbringen. Daher dürften diese Einrichtungen - jedenfalls zunächst - gegenüber der Medizinischen Universität in Brandenburg nicht unerhebliche Vorteile beanspruchen, auch weil diese zumindest in der Anfangsphase bezogen auf

ihre zwei, in der angestrebten Kombination sicherlich singulären Forschungsschwerpunkte unter Verzicht auf die Etablierung einer ausgeprägten biomedizinischen Forschung naturgemäß nur auf wenige Kooperationspartner zurückgreifen kann.

Und schließlich muss das Land Brandenburg im Rahmen seines Haushaltes rechtzeitig dafür Sorge tragen, dass auch nach 2038 die Finanzierung der jetzt aufzubauenden staatlichen Hochschulmedizin gesichert ist. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass dann die bisherige Bundesfinanzierung entweder nur noch zum Teil erfolgen kann oder aber - im äußersten Fall - ganz wegfällt. Bei allem dürfte die Erwartung des Wissenschaftsrates, der beabsichtigt, das Vorhaben in der Lausitz 2031/2032 zu evaluieren, zu beachten sein, dass die Finanzierung der Universitätsmedizin in Cottbus nicht zu Lasten der anderen Hochschulen in Brandenburg gehen darf.

Prof. Ulf Pallme König ist seit 2014 Rechtsanwalt in Düsseldorf und in dieser Funktion u.a. beratend in der Hochschulmedizin tätig. Er war von 1991 - 2013 Kanzler der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, ist Honorarprofessor der dortigen Juristischen Fakultät und Ehrenvorsitzender des Vereins zur Förderung des deutschen & internationalen Wissenschaftsrechts, dessen Vorsitzender er von 2008 - 2022 war. Zudem gehörte er von 2007 - 2013 dem Medizinausschuss des Wissenschaftsrats als sachverständiges Mitglied an und war er von 2005 - 2012 Vorsitzender des Arbeitskreises Hochschulmedizin der Kanzlerinnen und Kanzler der Universitäten in Deutschland.

Tobias Mandler und Hannes Wolff  
*Personalratsbeteiligung bei Befristungen gemäß  
WissZeitVG – zugleich Besprechung von BAG, Urteil  
vom 21. Juni 2023 – 7 AZR 88/22, LAG Berlin-  
Brandenburg, Urteil vom 9. Dezember 2021 –  
21 SA 329/21 und ArbG Potsdam, Urteil vom  
15. Dezember 2020 – 4 (5) Ca 1137/19*

Die Entscheidung des BAG vom 21. Juni 2023 birgt für die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen im Zusammenhang mit einer ggf. erforderlichen Personalratsbeteiligung neue Fallstricke bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen gemäß den Befristungsgründen des WissZeitVG. Über die Beteiligung der Personalvertretung hinaus wirft der Fall zudem auch zahlreiche individualvertragliche Themen auf, die insbesondere in den – ebenso lesenswerten – vorinstanzlichen Entscheidungen angesprochen werden.

Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich daher in eine kurze Zusammenfassung der Entscheidungen der Arbeitsgerichte (I) mit einer anschließenden Würdigung (II), wobei insbesondere Fragen der Personalratsmitbestimmung für die Befristungsgründe des WissZeitVG (1.), der Anwendbarkeit des WissZeitVG n.F. auf Altverträge (2.), der rechtlichen Qualifizierung des Abschlusses eines Arbeitsvertrages in Bezug auf das Einverständnis gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG (3.), der Möglichkeit zur wissenschaftlichen Qualifizierung nach abgeschlossener Habilitation (4.) und schließlich der Möglichkeit einer einseitigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses ohne weitere Qualifizierungsmöglichkeit (5.) nachgegangen werden soll. Im Einzelnen:

## **I. Entscheidungen der Arbeitsgerichte**

Die Urteile der Arbeitsgerichte über drei Instanzen zeigen anschaulich, welchen Schwierigkeiten sich die Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären

Forschungseinrichtungen gegenübersehen. Auch für kundige Arbeitsjuristen wird die Rechtslage infolge der immer neuen Facetten des WissZeitVG zusehends undurchsichtiger. Dies mag zum einen den fortgesetzten gesetzgeberischen Regelungsversuchen<sup>1</sup> einer zugegeben schwierigen Interessenlage oder den immer neuen Anforderungen der Rechtsprechung<sup>2</sup> geschuldet sein, was im Kern darauf zurückgehen dürfte, dass gerade im Zusammenhang mit der Ausreizung und Ausdehnung der Höchstbefristungsgrenzen eine rückschauende Betrachtung oft jahrzehntelang bestehender Arbeitsverhältnisse erforderlich wird, wodurch sich dann eine Vielzahl von Fehlerquellen ergibt.

Die aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses folgende Komplexität mag schließlich auch dazu beigetragen haben, dass das ArbG Potsdam die Befristung als wirksam einstufte, das LAG wiederum die Unwirksamkeit der Befristung aus einer Überschreitung der Höchstbefristungsgrenzen schloss und das BAG schließlich auf der Grundlage einer fehlenden Personalratsmitbestimmung zur Unwirksamkeit der Befristung gelangte, was seinerseits bereits zu weiteren Voraussetzungen in der Instanzrechtsprechung geführt hat.<sup>3</sup>

### **1. Sachverhalt**

Den Entscheidungen liegt die Entfristungsklage einer – im Zeitpunkt der Klage – promovierten und im Fach „*Physikalische Biochemie*“ habilitierten Naturwissenschaftlerin zugrunde, wobei die folgenden Zeiten in den arbeitsgerichtlichen Entscheidungen Berücksichtigung fanden:

<sup>1</sup> Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Bildung und Forschung für den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft vom 6. Juni 2023; vgl. auch BT-Drs. 20/11265; BR-Drs. 156/1/24.

<sup>2</sup> Vgl. bspw. BAG NJW 2022, 2354 zum Erfordernis einer eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung des bereits wissenschaftlich tätigen Personals; zu Recht kritisch *Stalberg*, Zum Qualifizierungserfordernis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu

BAG, Urteil vom 2.02.2022 - 7 AZR 573/20, OdW 2022, 277 ff.; *Oehlschläger*, jurisPR-ArbR 45/2022 Anm. 1; *Hauck-Scholz*, öAT 2022, 144; *Herrmann*, RdA 2023, 50; *Jesgarzewski*, AA 2022, 189; *Günther*, ArbR 2022, 345; *Marquardt*, ArbRB 2022, 296; *Boemke*, jurisPR-ArbR 5/2024 Anm. 2 vgl. bereits *Mandler/Banerjee*, OdW 2021, S. 193 f.

<sup>3</sup> Vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2023 - 14 Sa 526/23 -, juris; vgl. *Bürger* oeAT 2024, 97.

Zeitraum <sup>4</sup>	Beschäftigung
16.09.1997 – 30.09.1998	Hilfskraft an einer anderen Hochschule
01.05.1999 – 30.06.2000	1. Promotion (abgebrochen)
17.07.2000 – 16.07.2002	Promotionsstipendium
15.07.2002 – 30.06.2003	1. Befristung beim beklagten Land
-	1. Kind Mutterschutz/Elternzeit 01.08.2003 – 31.12.2003
01.01.2004 – 15.03.2005	Befristung (mind. 6 Verlängerungen)
-	2. Kind Mutterschutz/Elternzeit 16.03.2005 – 31.08.2005
01.09.2005 – 31.12.2007	Befristung und Abschluss der Promotion am 16.01.2006 (mind. 2 Verlängerungen) <sup>5</sup>
17.01.2006 – 31.12.2014	Befristung (mind. 4 Verlängerungen); zugleich <b>stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte</b> , 13.09.2007 – 30.09.2012 (Freistellung: 8h/Woche ab 08.03.2011)
01.01.2015 – 31.12.2016	Befristung bis 15.01.2016: § 2 Abs. 1 WissZeitVG; ab 01.04.2015 <b>Vertretungsprofessur</b> <sup>6</sup> Befristung ab 16.01.2016: § 2 Abs. 1, 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG; bis 30.09.2016 <b>Vertretungsprofessur</b>
01.01.2017 – 02.07.2018	Befristung (§ 2 Abs. 1, 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG <sup>7</sup> ); Habilitation 31.01.2018 ( <i>venia legendi</i> 27.04.2018)
03.07.2018 – 16.07.2019	Befristung (§ 2 Abs. 1, 5 Nr. 2 WissZeitVG WissZeitVG <sup>8</sup> , Verlängerung gem. „§ 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG“ <sup>9</sup>

Die Klägerin hatte zudem als wissenschaftliche Mitarbeiterin die Beteiligung des Personalrats in personellen Angelegenheiten beantragt. Im Anhörungsschreiben für die zuletzt vorgenommene Verlängerung heißt es (Hervorhebung hinzugefügt):

„Gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 9 LPersVG beantrage ich Ihre Zustimmung zur befristeten Weiterbeschäftigung vom 01.07.2018 bis zum 16.07.2019 mit einem Umfang von 40 Wochenstunden in der Entgeltgruppe 13 TV-L (Stufe 5). Die Befristung des Arbeitsverhältnisses beruht weiterhin auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG i.V.m. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG (Verlängerung aufgrund der Inanspruchnahme von Sonderurlaub).“

Der Personalrat stimmte der Weiterbeschäftigung der Klägerin schließlich zu und die Parteien setzten ihre Zusammenarbeit auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 22. Juni 2018 fort. Der hierfür abgeschlossene „Arbeitsvertrag“ wich allerdings in § 3 Abs. 3 bis Abs. 5 und § 7 vom vorangegangenen Vertrag ab und enthielt eine neue Tätigkeitsbeschreibung mit Qualifizierungsziel. In der Befristungsabrede heißt es wie folgt (Hervorhebung hinzugefügt):

„Das Arbeitsverhältnis ist befristet für die Zeit vom 03.07.2018 bis 16.07.2019. Die Befristung beruht auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG, Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG.“<sup>9</sup>

Mit der am 6. August 2019 erhobenen Entfristungsklage machte die Klägerin die Unwirksamkeit ihrer Befristung und den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses geltend.

## 2. Arbeitsgericht Potsdam<sup>10</sup>

Das ArbG wies die Klage insgesamt zurück und bestätigte die Wirksamkeit der zuletzt geschlossenen Befristungsabrede. Im Kern – und Unterschied zum BAG – ging das Arbeitsgericht dabei davon aus, dass das Einverständnis der Klägerin in die Verlängerung ihres Arbeitsvertrages gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG durch den Abschluss des Arbeitsvertrages erfolgt sei. In der Entscheidung heißt es hierzu:

„Die für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 02.07.2018 vereinbarte Verlängerung des Arbeitsverhältnisses (Vertrag vom 27.07.2016) ist ebenfalls nicht zu beanstanden, da die Klägerin im Zeitraum vom 01.04.2015 bis 30.09.2016 mit

<sup>4</sup> Zusammenfassende Darstellung, für die Einzelheiten verweisen wir auf die Entscheidungen der Instanzgerichte und des BAG.

<sup>5</sup> Die Befristung vom 17.01.2006 bis zum 31.12.2007 erfolgte noch auf der Grundlage von § 57f Abs. 2 iVm. § 57b Abs. 1 HRG.

<sup>6</sup> In dem Schreiben hierzu heißt es: „Ihre Beschäftigung erfolgt in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis eigener Art. Ein Arbeitsverhältnis oder ein Beamtenverhältnis wird damit nicht begründet. Eine Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 und 3 Wissenschaftszeitvertragsgesetz erfolgt damit nicht.“; vgl. § 28 TV-L: „Beschäftigte können bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Verzicht auf die Fortzahlung des Entgelts Sonderurlaub erhalten.“

<sup>7</sup> Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom 12.4.2007 (BGBl. I S. 506) i.d.F.d. Änd. durch Art. 1 d. 1. WissZeitVGÄndG v. 11.3.2016

(BGBl. I S. 442).

<sup>8</sup> Wissenschaftszeitvertragsgesetz vom 12.4.2007 (BGBl. I S. 506) i.d.F.d. Änd. durch Art. 6 d. MuSchRNG v. 23.05.2017 (BGBl. I S. 1228).

<sup>9</sup> Insoweit ist es zumindest ungenau, wenn das BAG lediglich § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG als „Befristungsgrund“ angibt. Die Verlängerungstatbestände in Abs. 5 können nur im Falle des Einverständnisses des Arbeitnehmers zur einseitigen Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses führen. Andernfalls führen die Tatbestände lediglich zur Veränderung der Höchstbefristungsgrenze und ändern an dem Grund der Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG nichts.

<sup>10</sup> AG Potsdam, Urteil vom 15. Dezember 2020 – 4 (5) Ca 1137/19 (nicht veröffentlicht, die Autoren haben Akteneinsicht erhalten).

der Vertretung einer Professur beauftragt war und für ihre wissenschaftliche Tätigkeit beurlaubt war, der Arbeitsvertrag ruhte, so dass gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG das Arbeitsverhältnis sich verlängerte. Das erforderliche Einvernehmen der Klägerin hat diese mit Unterzeichnung des entsprechenden Arbeitsvertrages erklärt.<sup>11</sup>

Die Zeiten der Vertretung einer Professur seien ferner als Zeiten gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG berücksichtigungsfähig, da die Beschäftigung der Klägerin insoweit im Rahmen eines „öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses eigener Art“ außerhalb des bestehenden Arbeitsvertrages erfolgt sei.<sup>11</sup> Eine weitere Verlängerung „kraft Gesetzes“ folge aus den Zeiten, in denen die Klägerin als stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte zu mindestens einem Fünftel von ihrer Arbeitsleistung freigestellt war<sup>12</sup> und die nicht bereits verbraucht waren. Insoweit sei die Verlängerung auch nicht auf den Umfang der konkreten Freistellung beschränkt, sondern erfasse nach dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes den gesamten Zeitraum der Freistellung, wobei auch der Stellvertreter von der Freistellung profitieren könne, soweit diese tatsächlich erfolgt sei. Das Einvernehmen der Klägerin folge wiederum aus dem Abschluss des Arbeitsvertrages. Die fehlende Nennung von § 2 Abs. 5 WissZeitVG sei demgegenüber unerheblich, da die „angegebene Ziffer“ für „den Befristungs- oder Verlängerungsgrund“ nicht konstitutiv sei. Entscheidend sei einzig, dass ein entsprechender Befristungs- oder Verlängerungsgrund angegeben ist und ganz allgemein auf das WissZeitVG als das die Befristung bzw. Verlängerung tragende Gesetz abgestellt werde.

Die Klägerin habe sich zudem auch weiter qualifizieren können, da „auf den Abschluss des Arbeitsvertrages in 2015 abzustellen“ sei und die Klägerin in diesem Zeitpunkt „noch nicht habilitiert war“. „Bei einer durch Gesetz eintretenden Verlängerung des Arbeitsverhältnisses“ könne zudem „nicht unterschieden werden, ob die Qualifikation bereits eingetreten ist oder erst noch erfolgen wird, da der gesetzliche Automatismus ansonsten nicht greifen würde.“

Schließlich sei die Befristung auch nicht wegen einer fehlerhaften Personalratsbeteiligung unwirksam. „Schon bei Abschluss eines Arbeitsvertrages im wissenschaftlichen Bereich zur wissenschaftlichen Qualifizierung“ sei dem

Personalrat „bekannt, dass die Arbeitsverträge sich ggf. bei Vorliegen weiterer Bedingungen wie Beurlaubung zur wissenschaftlichen Tätigkeit oder Freistellung für ein Mandat verlängern können“, weshalb der Personalrat „also schon bei der Einstellung davon ausgehen [müsse], dass das Arbeitsverhältnis sich ggf. verlängert“. Darüber hinaus trete die Verlängerung mit dem Einverständnis der Klägerin „kraft Gesetzes“ ein, weshalb eine Beteiligung des Personalrats mangels Einflussnahme der Beklagten nur insoweit bestehen könne, wie die Befristung über das Einverständnis der Klägerin hinausgehe.

### 3. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg<sup>13</sup>

Anders als das ArbG ging das LAG von der Unwirksamkeit der Befristung aus, da die Voraussetzungen der Verlängerungstatbestände gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 5 WissZeitVG auf der Grundlage des zwischen den Parteien zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrages nicht erfüllt gewesen seien.

So könne sich die Klägerin auf ihre Verlängerungszeit durch ihr Amt als stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte schon deshalb nicht berufen, weil ihr Arbeitsvertrag vom 30. November 2009 nicht über den 31. Dezember 2011 hinaus verlängert worden sei. In dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags zum 1. Januar 2012, der sich auf die Kinderbetreuung gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG (a.F.) beziehe, liege daher ein „Verzicht“ auf die Möglichkeit zur einseitigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, da eine entsprechende Verlängerungserklärung zwar stillschweigend, nicht aber nach Ablauf des der Verlängerung zugrundeliegenden Anstellungsverhältnisses erfolgen könne. Die Zeiten der Vertretungsprofessur würden mit 18 Monaten allein schließlich ohnehin nicht ausreichen, um die letzte Befristung zu rechtfertigen.

Infolgedessen sei auch die Höchstbefristungsgrenze überschritten, denn selbst unter Berücksichtigung der eventuellen Verlängerungszeiten infolge der 18-monatigen Vertretungsprofessur ergäbe sich eine Befristungsdauer, die rund 10 Monate über der Befristungshöchstgrenze der Klägerin liege.

Die Frage, ob der Personalrat der Universität Potsdam ordnungsgemäß beteiligt wurde, ließ das LAG schließlich aus diesem Grund ebenso dahinstehen.

<sup>11</sup> Das ist zumindest dahingehend zweifelhaft, als dass § 2 Abs. 3 WissZeitVG auch Beamtenverhältnisse und „befristete Arbeitsverhältnisse, die nach anderen Rechtsvorschriften abgeschlossen wurden“ einbezieht, vgl. Löwisch in AR-Kommentar,

10. Aufl. 2021, § 2 Rn. 6.

<sup>12</sup> Vgl. ErfK/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, WissZeitVG § 2 Rn. 19.

<sup>13</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Dezember 2021 – 21 Sa 329/21 –, juris.

4. Bundesarbeitsgericht<sup>14</sup>

Auch das BAG gelangte schließlich zur Unwirksamkeit der Befristung.

So seien die Zeiten der Vertretungsprofessur der Klägerin zwar einer Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG zu Grunde zu legen und insoweit durch die Beschäftigung der Klägerin vom 1. Januar 2017 bis zum 2. Juli 2018 „verbraucht“.

In Bezug auf die Zeiten der Freistellung als stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte könne sich das beklagte Land hingegen nur auf § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG (Sonderurlaub) stützen und nicht auf den an sich einschlägigen § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 WissZeitVG, da in der Anfrage an den Personalrat nur auf § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG verwiesen wurde: „§ 2 Abs. 1 WissZeitVG i.V.m. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG (Verlängerung aufgrund der Inanspruchnahme von Sonderurlaub).“ Das arbeitgebende Land sei daher „durch die typologisierende Bezeichnung des Befristungsgrundes auf diesen festgelegt“ und könne diesen nur im Rahmen eines neuen Mitbestimmungsverfahrens ersetzen. Da es sich bei den Zeiten der Freistellung als stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte nicht um Sonderurlaub im Sinne von § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG handle, war die Höchstbefristungsgrenze überschritten und die Befristung unwirksam. Darauf, ob die Zeiten der Freistellung eine Verlängerung gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 WissZeitVG gerechtfertigt hätten, kam es dementsprechend nicht mehr an.

Das Land könne zudem nicht einwenden, dass es zu einer Zustimmung des Personalrats infolge der „automatischen“ Verlängerung der Befristung durch den Abschluss des Arbeitsvertrages gekommen sei. Zwar spreche „einiges dafür“, dass in einem solchen Fall eine Mitbestimmung nicht erforderlich sei, die Klägerin habe aber keine solche Verlängerung erklärt. Vielmehr handle es sich bei dem zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrag vom 22. Juni 2018 um einen neuen Arbeitsvertrag und keine Verlängerung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der zuletzt geschlossene Arbeitsvertrag regele in § 3 Abs. 3, Abs. 5 und § 7 Abweichendes gegenüber dem vorherigen Vertrag aus 2013 und enthalte zudem eine neue Tätigkeitsbeschreibung.

Dahinstehen ließ das BAG, ob Verlängerungszeiten auch dann nicht auf die Höchstbefristungsgrenze anzurechnen und daher im Rahmen einer Befristungsabrede genutzt werden könnten, wenn das Arbeitsverhältnis, in dem die Verlängerungszeit angefallen ist, bereits beendet wurde und die Verlängerungszeit vor dem Inkrafttreten des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG in der Fassung vom 16. März 2016 lag.

## II. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidungen zeigen, dass bereits ein „Standardfall“ eine Vielzahl von Rechtsfragen aufwerfen kann, deren Beantwortung auch nach drei Instanzen noch nicht eindeutig ist oder weitere Fragen über den Fall hinaus aufwirft.<sup>15</sup> Im Einzelnen:

## 1. Personalratsmitbestimmung

Die Personalratsmitbestimmung bei Wissenschaftlern ist Sache der Länder und die Vertretung des wissenschaftlichen Personals dementsprechend unterschiedlich geregelt.<sup>16</sup> Die Entscheidung des BAG stützt sich auf die – antragsabhängige – Mitbestimmung gem. §§ 90, 63 PersVG (Brandenburg). Ähnliche Regelungen finden sich bspw. in Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 Abs. 3 Satz 1 MVPersVG), im Saarland (§ 81 Abs. 2 lit. a) Saarl-PersVG) oder Sachsen (§ 82 Abs. 1 S. 1 SächsPersVG). Nordrhein-Westfalen<sup>17</sup> sieht ebenfalls eine Mitbestimmung vor (§§ 72, 66, 104 LPVG NW). Andere Länder schließen eine Mitbestimmung jedenfalls in Teilen aus, bspw. Baden-Württemberg (§ 99 Abs. 2 LPVG; vgl. aber im Übrigen Antragsbindung gem. § 76 Abs. 2 LPVG BW) und Bayern (Art. 78 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BayPersVG). Wieder andere Länder schwächen die Mitbestimmung auf eine Mitwirkung für das Hochschulpersonal ab (§ 89 Abs. 1 LPVG Berlin).

## a) Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG

Das BAG hat seine Entscheidung damit begründet, dass der Arbeitgeber durch die „typologisierende Bezeichnung des Befristungsgrundes auf diesen festgelegt“ sei. Das ist dem Grunde nach nachvollziehbar und sicher auch richtig. Allerdings stellt sich in Bezug auf § 2 Abs. 5 WissZeitVG die berechtigte Frage, ob es sich hierbei über-

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 21. Juni 2023 – 7 AZR 88/22 = NJW 2024, 105 = NZA 2023, 1527; NJW-Spezial 2023, 756; vgl. Besprechungen Krieger FD-ArbR 2023, 820557; ArbRAktuell 2023, 625; Laber öAT 2024, 13.

<sup>15</sup> Sofern die männliche Form genannt wird, ist stets auch die weibliche mit umfasst. Die Ausführungen beziehen sich entsprechend

auch auf künstlerisches Personal.

<sup>16</sup> Vgl. zum Spannungsverhältnis schon Schubert/Tarantino, Hochschullehrer im Personalvertretungsrecht, OdW 2015 S. 11 ff.

<sup>17</sup> Siehe auch weiterführend OVG NRW, Beschluss vom 26. Februar 2024 – 34 A 67/23.PVL –, juris.

haupt noch um einen Teil des „Befristungsgrundes“ handeln kann. Das WissZeitVG kennt die sachgrundlose Befristung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG für Promotions- und Post-Doc-Phase, die Drittmittelbefristung in § 2 Abs. 2 WissZeitVG als Sachgrundbefristung und die Befristung in § 6 WissZeitVG. § 2 Abs. 5 WissZeitVG ist demgegenüber jedenfalls dann kein Befristungsgrund, wenn die Verlängerung des Arbeitsvertrages nicht einseitig durch das Einverständnis des Arbeitnehmers erfolgt, sondern zweiseitig durch Vertragsabschluss. In diesem Fall kommt § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG lediglich die Bedeutung eines Verlängerungstatbestandes im Rahmen der Berechnung der Höchstbefristungsgrenze zu. Dass es sich insoweit nicht um einen Befristungsgrund handeln kann, zeigt sich – neben der Gesetzesbegründung – vor allem auch dann, wenn ein Verlängerungstatbestand innerhalb der Ausgangsbefristungshöchstgrenzen anfällt und die bereits eingetretene Verlängerung für die Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG gar nicht erforderlich ist. Auch wenn der Arbeitnehmer einseitig das Vertragsverhältnis durch sein Einverständnis verlängert, bleibt fraglich, ob dies § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG in den Rang eines Befristungsgrundes erhebt, da lediglich das ursprünglich vereinbarte Vertragsende – einseitig – verändert wird, ohne am ursprünglichen Befristungsgrund aus § 2 Abs. 1 WissZeitVG etwas zu ändern. Die Verlängerung der Höchstbefristungsgrenze folgt jedenfalls nach der derzeitigen Fassung des Gesetzes automatisch aus dem Gesetz in dem Zeitpunkt, in dem die jeweilige Verlängerungszeit eingetreten ist und ist nicht von einem vorherigen Einverständnis abhängig. Ihre Nutzung für eine beiderseitige Befristungsabrede im Rahmen der Höchstbefristungsgrenzen ist daher nicht von einer vorherigen „Auswahl“ des Verlängerungstatbestands oder seiner Klarstellung abhängig.

Letztlich hat das BAG in seiner Entscheidung daher nicht den Befristungsgrund zum Ausgangspunkt der Mitbestimmungsprüfung erhoben, sondern dessen Rechtfertigung und Berechnung, die sich aber bereits kraft Gesetzes automatisch ergeben und daher auch nicht zur Disposition der Parteien oder des Personalrats stehen. Hiermit setzt sich das BAG nicht auseinander. In der Entscheidung heißt es schlicht ohne weitere Begründung: „Diese Grundsätze finden auch im Geltungsbereich

des WissZeitVG Anwendung.“ Ob dies in dieser Form zutreffend ist, bleibt vor dem Hintergrund einer kraft Gesetzes eingetretenen Verlängerung der Höchstbefristungsgrenze zumindest zweifelhaft, dürfte aber jedenfalls mit Blick auf die Aufgabe des Personalrats in Bezug auf die Prüfung der Wirksamkeit der Befristung und die weitreichenden Informationspflichten des Arbeitgebers auch für Umstände außerhalb des eigentlichen Befristungsgrundes gerechtfertigt sein.

Die Auswirkungen der Entscheidung sind für die Praxis weitreichend, da auf diesem Weg auch an sich wirksame Befristungen mit einem validen Befristungsgrund aufgrund eines Schreibversehens oder Fehlers bei der Begründung der Höchstbefristungsgrenzen unwirksam werden können. Die Hochschulen, Universitätsklinik und außeruniversitären Forschungseinrichtungen sind daher gut beraten, entsprechende Erläuterungen ganz wegzulassen und lediglich pauschal auf „§ 2 Abs. 1, Abs. 5 WissZeitVG“ zu verweisen oder – ohne Angabe einer bestimmten Ziffer aus § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG – die tatsächlichen Umstände zu umschreiben, die eine Verlängerung rechtfertigen können, um bei der Begründung der Verlängerungstatbestände flexibel zu bleiben. Selbiges gilt für die Angabe des Verlängerungsgrundes im Arbeitsvertrag selbst, da sich auch hier durch eine versehentliche Falschangabe Abweichungen gegenüber der Personalratsbeteiligung und damit die Unwirksamkeit der Befristung ergeben können. Kleinste Fehler können sich andernfalls noch Jahre später fatal auswirken, wie der entschiedene Fall zeigt.

Bei der Information des Personalrats ist allerdings auch die Entscheidung des LAG Düsseldorf zu berücksichtigen nach der der Arbeitgeber den Personalrat jedenfalls nach § 72 LPVG NRW so zu informieren hat, „dass dieser sein Mitbestimmungsrecht wahrnehmen kann“, wobei der Personalrat anhand der Angaben prüfen können soll, „ob die beabsichtigte Befristung nach den Grundsätzen der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle wirksam ist“. Bei § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ist die Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten als Bestandteil der Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Befristung erforderlich. Das Mitbestimmungsrecht diene dem Schutz des Arbeitnehmers und soll dem Interesse an dauerhaften arbeitsvertraglichen Bindungen Rechnung tragen.<sup>18</sup> Zu diesen Angaben sei

<sup>18</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2023 – 14 Sa 526/23 –, juris; vgl. Burger oAT 2024, 97; ebenso ArbG Wuppertal, Urteil vom 4. Mai 2023 – 6 Ca 2250/22 –, juris: „Nur wenn der Personalrat über die konkreten vorangegangenen Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers unterrichtet wird, ist er in der Lage zu prüfen,

ob die zeitlichen Höchstgrenzen mit der aktuellen Befristung eingehalten werden, mithin wirksam sind, oder darauf hinzuwirken, weitere zeitliche Befristungsmöglichkeiten gegebenenfalls vollständig auszuschöpfen.“

der Arbeitgeber auch ohne besondere Aufforderung des Personalrats verpflichtet, ohne dass den Personalrat eine Verpflichtung zur Nachfrage treffe. Der Personalrat müsse über alle Informationen verfügen, die er zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seines Mitbestimmungsrechts benötigt und daher über sämtliche „*Vorbeschäftigungszeiten vollständig*“ informiert werden.<sup>19</sup> Im entschiedenen Fall genügte die Anfrage des Arbeitgebers den Anforderungen nicht, da es an konkreten Angaben zu den Zeiten der Vorbeschäftigung des Klägers fehlte.

Eine Information des Personalrats sollte daher jedenfalls dann, wenn die Ausgangshöchstbefristungsgrenzen durch die Befristung überschritten werden und infolgedessen eine Prüfung der verschiedenen Verlängerungstatbestände nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG in Betracht kommt, auf die gesamte Historie des Arbeitnehmers verweisen, um eine Beanstandung aufgrund fehlender Informationen auszuschließen.

Ob sich durch die Entscheidung des BAG langfristig die gewünschte Klarheit bei der Mitbestimmung einstellen wird, die das Urteil sicher vor Augen hatte, bleibt abzuwarten. Wahrscheinlicher dürfte hingegen eine „Flucht“ der arbeitgebenden Länder in die vorstehend skizzierten Verallgemeinerungen oder eine Neuregelung in den Landespersonalvertretungsgesetzen sein, um das Risiko einer ohnehin komplizierten Berechnung und Handhabung der Höchstbefristungsgrenzen jedenfalls mit Blick auf das Personalvertretungsrecht in den betroffenen Ländern abzumildern.

Dies vorausgeschickt, bleibt den Hochschulen, Universitätsklinika und außeruniversitären Forschungseinrichtungen natürlich die Option, eine einseitige Verlängerungserklärung des Arbeitnehmers vor Ablauf des jeweiligen Vertrages zu erwirken oder diese in der jeweiligen Vertragsverlängerung klarzustellen. Zwar hat das BAG die Frage der Mitbestimmung im Falle einer einseitigen Verlängerungserklärung des Arbeitnehmers offengelassen, die – zutreffende – Überlegung, wonach schon keine mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Arbeitgebers im Sinne des Personalvertretungsrechts vorliegt, aber anerkannt.

#### b) Befristung gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG

Die Entscheidung des BAG dürfte auch Auswirkungen auf die Anforderungen an eine Drittmittelbefristung haben. Die Beteiligung des Personalrats nach den jeweiligen Landesgesetzen vorausgesetzt, ist zu erwarten, dass die Arbeitsgerichte für eine wirksame Drittmittelbefristung auch vollständige Informationen über das jeweilige Drittmittelprojekt im Rahmen der Tatbestandsmerkmale des Befristungstatbestands fordern werden und eine unzureichende Information hier ebenfalls zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede führen kann.<sup>20</sup>

#### c) Befristung gem. § 6 WissZeitVG

Für Befristungen nach § 6 WissZeitVG stellt sich das Problem einer fehlerhaften Beteiligung des Personalrats nicht im selben Umfang, da hier die Verlängerungstatbestände aus § 2 WissZeitVG nicht greifen.

#### 2. Anwendbares Recht bei Altverträgen

Ausdrücklich offen gelassen hat das BAG die schwierige, aber folgenreiche Frage, ob § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG in der Fassung vom 16. März 2016 auch auf Verlängerungszeiten Anwendung findet, die vor dem Inkrafttreten der Novelle liegen. Der Autor *Mandler* hatte auf dieses Problem bereits im Vorfeld der Novellierung hingewiesen und die Aufnahme einer klärenden Übergangsregelung angeregt.<sup>21</sup> Eine entsprechende Regelung wurde jedoch schließlich nicht in das Gesetz aufgenommen. Letztendlich wird man – unter Inkaufnahme des Risikos einer abweichenden Rechtsprechung – aber davon ausgehen müssen, dass eine Berücksichtigung von Verlängerungszeiten vor dem 16. März 2016 möglich sein muss.

In § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG a.F. hieß es: „*Eine Verlängerung nach Satz 1 wird nicht auf die nach Absatz 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet*“, wobei die Gesetzesbegründung hierzu erläuterte: „*Satz 2 verdeutlicht, dass mit der Regelung des Absatzes 5 sichergestellt werden soll, dass die Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden kann. Für die Anwendbarkeit der Regelung kommt es nicht darauf an, dass die Beurlaubung oder sonstige*

<sup>19</sup> Eine derart weitgehende Informationspflicht erscheint jedenfalls in Anbetracht der „*partnerschaftlichen Zusammenarbeit*“ zwischen Arbeitgeber und dem Personalrat zweifelhaft, wenn der Personalrat der Beschäftigung auf der Grundlage der vorhandenen Informationen zustimmt, da er hierdurch zum Ausdruck bringt, dass gerade keine Bedenken gegen die angedachte Beschäftigung bestehen.

<sup>20</sup> Vgl. zum Rechtsmissbrauchseinwand unlängst LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 5. Dezember 2022 – 8 Sa 425/20 –, juris; *Mandler*, Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristungen gem. § 2 Abs. 2 WissZeitVG, OdW 2015, 221.

<sup>21</sup> Vgl. *Mandler/Meißner*, Entwurfsdiskussion WissZeitVG, OdW 2016, 46.

Freistellung nicht länger als zwei Jahre gedauert hat.“<sup>22</sup> Bezugspunkt ist daher die „Verlängerung nach Satz 1“. Keine Probleme ergeben sich daher, wenn ein Arbeitnehmer sein Einverständnis im Sinne von § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG abgegeben hat oder – bei Fortsetzung desselben Arbeitsverhältnisses – nach dem 16. März 2016 erklärt. In diesem Fall sind die Voraussetzungen für eine Nichtanrechnung jedenfalls gewahrt.

Dasselbe dürfte (in analoger Anwendung) aber auch dann gelten, wenn die Verlängerungszeiten in einem bereits abgeschlossenen Arbeitsverhältnis angefallen sind und daher nach dem 16. März 2016 nicht mehr für eine einseitige Verlängerung des Arbeitnehmers zur Verfügung stehen. Sinn und Zweck der Anrechnungsregelung a.F. war die „Ausschöpfung der Qualifizierungsphase insgesamt“. Der Begriff der „Verlängerung in Satz 1“ ist danach teleologisch dahingehend reduziert zu verstehen, dass lediglich die „Verlängerungs“-zeit in Satz 1 a.F. gemeint ist, ohne dass es einer Verlängerungserklärung bedürfte. Nur so kann die Qualifizierungsphase „insgesamt“ sicher ausgeschöpft werden. Ebenso in Betracht käme eine analoge Anwendung, denn planwidrige Regelungslücke und Vergleichbarkeit der Interessenlage dürften gegeben sein. Es kann für die Ausschöpfung der Qualifizierungsphase keinen Unterschied machen, wann die Verlängerungszeit vorlag.

Das gleiche Verständnis wird sich auch aus einer entsprechenden Anwendung von Satz 3 n.F. folgern lassen. Die Regelung stellt abstrakt auf „Zeiten“ ab, die (künftig) zu einer Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages „führen können“ und soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine Nichtanrechnung gerade auch für Zeiten sicherstellen, die in bereits beendeten Arbeitsverhältnissen/Verträgen angefallen sind.<sup>23</sup> Dass Satz 3 n.F. insoweit ausdrücklich auf die Tatbestände in Ziff. 1-6 Bezug nimmt und diese von der Altfassung abweichen, dürfte demgegenüber unschädlich sein. Die Verlängerungstatbestände der Altfassung sind jedenfalls mitumfasst.<sup>24</sup>

Ebenso unschädlich dürfte es sein, dass der Wortlaut von „führen können“ und nicht von „führen konnten“ spricht. Die Gesetzesbegründung stellt hier klar, dass auch Zeiten, die bspw. infolge eines Arbeitgeberwechsels nicht mehr für eine einseitige Verlängerung des Arbeitnehmers zur Verfügung stehen, nicht anzurechnen sind.

### 3. Abschluss des Arbeitsvertrags als Einverständnis oder Verzicht

Das Arbeitsgericht hat die Frage aufgeworfen, ob im Abschluss eines Arbeitsvertrages – bei bestehenden Verlängerungszeiten – gleichzeitig immer eine einseitige Verlängerungserklärung des Arbeitnehmers vorliegt und dies bejaht. Dem dürfte jedoch nur im Einzelfall zuzustimmen sein.

Die Einverständniserklärung ist als Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich, unwiderruflich und kann ohne bestimmte Form auch stillschweigend oder teilweise abgegeben werden.<sup>25</sup> Die Weiterarbeit nach dem Ablauf eines Arbeitsvertrages kann daher durchaus ein entsprechendes Einverständnis begründen.<sup>26</sup> Anderes gilt aber, wenn tatsächlich ein Arbeitsvertrag oder eine Verlängerung desselben zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbart wurde, da es in diesen Fällen – vorbehaltlich abweichender Umstände im Einzelfall – am erforderlichen Rechtsbindungswillen des Arbeitnehmers fehlen dürfte.<sup>27</sup> Die Fortsetzung der Beschäftigung setzt in diesem Fall das Einverständnis gerade nicht voraus, weshalb ein solches auch nicht „vorsorglich“ vermutet werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vertragslaufzeit hinter einer möglichen Verlängerung kraft Einverständnisses zurückbleibt oder sonst von dieser abweicht und infolgedessen schon tatsächlich keine Umstände für ein abgegebenes Einverständnis sprechen können. Selbiges gilt, wenn sich die arbeitsvertraglichen Regelungen ändern. Das Einverständnis des Arbeitneh-

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/3438 S. 16.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/6489 S. 12 f. „Die Änderung des künftigen Satz 3 zielt auf die Schließung einer Regelungslücke im Zusammenhang mit den in Satz 1 geregelten sogenannten Unterbrechungszeiten (zum Beispiel Elternzeit). Diese bewirken im Einverständnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter eine automatische Verlängerung des Vertrages, für die das WissZeitVG bislang ausdrücklich regelt, dass die Verlängerungszeit nicht auf den Befristungsrahmen des § 2 Absatz 1 angerechnet wird. Nicht ausdrücklich geregelt ist jedoch, wie sich eine Unterbrechungszeit auf den Befristungsrahmen auswirkt, wenn keine Vertragsverlängerung gewollt ist (beispielsweise wegen Wechsels zu einer anderen Hochschule im Anschluss an die Inanspruchnahme von Elternzeit). Mit der jetzt vorgesehenen Änderung wird für die Nichtanrechnung auf den Befristungsrahmen ausdrücklich an den die Verlängerung nach Satz 1 auslösenden

Unterbrechungstatbestand angeknüpft. Damit wird klargestellt, dass eine Unterbrechung der wissenschaftlichen oder künstlerischen Qualifizierung beispielsweise wegen Kinderbetreuung oder Pflege sich auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels nach der Unterbrechungszeit nicht nachteilig auf den Befristungsrahmen auswirkt.“

<sup>24</sup> Eine rückwirkende Anerkennung von Verlängerungszeiten aufgrund der neugeschaffenen Verlängerungstatbestände vor dem Inkrafttreten der Novelle im März 2016 ist freilich nicht möglich.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu sowie zu den vertraglichen und tariflichen Formvorschriften bereits Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 225 f.

<sup>26</sup> Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 225 f.

<sup>27</sup> Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 225 f.

mers verlängert den bestehenden Arbeitsvertrag mit dem im Zeitpunkt des Einverständnisses geltenden Bestimmungen. Werden hierzu abweichende Regelungen getroffen, bedarf es einer eigenständigen Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Für ein gleichzeitiges Einverständnis spricht in diesem Fall auch nicht – wie hier – der Hinweis auf einen der Verlängerungstatbestände in § 2 Abs. 5 WissZeitVG im Befristungsgrund. § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG stellt den Parteien die Nutzung der Verlängerungszeiten im Rahmen einer beiderseitigen Vereinbarung gerade frei. Ein Einverständnis ist daher nicht zwingend erforderlich und wird – außerhalb besonderer Umstände – nicht angenommen werden können.

Demgegenüber wird die Erklärung eines Einverständnisses durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages auch nicht ausgeschlossen. Es ist daher zulässig, die Befristung gleichzeitig auch durch ein Einverständnis des Arbeitnehmers abzusichern. Dies kann entweder ausdrücklich im Arbeitsvertrag, einem gesonderten Einverständnisschreiben oder auch nach Vertragsabschluss erfolgen<sup>28</sup>, wobei die entsprechende Erklärung schriftlich dokumentiert wird. Diese Lösung gibt jedenfalls ein weiteres Argument für die Wirksamkeit der Befristung im Falle einer zweifelhaften Beteiligung des Personalrats. Es ist allerdings zu erwarten, dass die Gerichte gerade im Falle AGB-mäßiger Einverständniserklärungen strenge Anforderungen stellen werden. Entsprechende Erklärungen sollten daher mit größter Sorgfalt und unter vollständiger Information des Arbeitnehmers verfasst werden.

Schließlich hat das LAG im Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages den „Verzicht“ auf eine Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG gesehen. Dies dürfte im Ergebnis für den entschiedenen Fall noch zutreffend sein, da die Parteien hier in erheblichem Umfang abweichende Regelungen und eine abweichende Tätigkeitsbeschreibung getroffen haben und infolge des Neuabschlusses eine einseitige Verlängerung nicht mehr mög-

lich war, was einem Verzicht zumindest ähnlich ist. Dieses Ergebnis ist aber nicht zwingend.

Letztlich kommt es darauf an, ob zwischen dem Alt- und Neuvertrag ein qualifizierter innerer Zusammenhang besteht, der die Arbeitsverhältnisse als ein Einziges erscheinen lässt.<sup>29</sup> Auch hier ist eine entsprechende Klarstellung im Arbeitsvertrag als „Neubefristung“ oder „Weiterbeschäftigung“ sinnvoll und geboten. Ebenso möglich ist eine gesonderte Regelung der Verlängerung mit anschließender Anpassung der inhaltlichen Regelungen, wie dies bei der Verlängerung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG bereits praktiziert wird. Jedenfalls stehen entsprechende Verlängerungszeiten aber für eine Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen weiterhin zur Verfügung, was das LAG infolge des angenommenen „Verzichts“ anscheinend für die Zeiten der Stellvertretung der Gleichstellungsbeauftragten übergangen hat.

#### 4. Qualifizierung bei abgeschlossener Habilitation

Ebenso nicht entschieden wurde die Frage, ob eine Qualifizierung bei abgeschlossener Habilitation noch möglich ist. Abseits einer Neu-Qualifizierung in einem anderen Fachgebiet stellt sich diese Frage in der Tat vor dem Hintergrund der Entscheidung des BAG vom 2. Februar 2022, in der das Gericht die wissenschaftliche Qualifizierung – neben der ohnehin erforderlichen wissenschaftlichen Tätigkeit gem. § 1 Satz 1 WissZeitVG – zum eigenen Tatbestandsmerkmal erhoben hat.<sup>30</sup> Die Frage wird man nicht pauschal beantworten können, allerdings spricht viel dafür, dass sich auch ein habilitierter Arbeitnehmer in seinem Bereich weiter qualifizieren kann und sei es auch nur zum Zwecke der Erlangung weiteren Fachwissens in einem bestimmten Gebiet.<sup>31</sup> Ein formales Qualifizierungsziel wird gerade nicht verlangt und neben einer angestrebten Promotion oder Habilitation ist jede Förderung der wissenschaftlichen Kompetenz, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere auch außerhalb der Hochschule befähigt, ausreichend.<sup>32</sup> § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG stellt lediglich auf eine bereits abgeschlosse-

<sup>28</sup> Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 225 ff.

<sup>29</sup> Vgl. bereits Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 222 f.

<sup>30</sup> Vgl. BAG NJW 2022, 2354; zu Recht kritisch Stalberg, Zum Qualifizierungserfordernis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG - Anmerkung zu BAG, Urteil vom 2.02.2022 - 7 AZR 573/20, OdW 2022, 277 ff.; Oehlschläger, jurisPR-ArbR 45/2022 Anm. 1; Hauck-Scholz, öAT 2022, 144; Herrmann, RdA 2023, 50; Jesgarzewski, AA 2022, 189; Günther, ArbR 2022, 345; Marquardt, ArbRB 2022, 296; Boemke, jurisPR-ArbR 5/2024 Anm. 2 zu LArbG Chemnitz 4. Kammer, Urteil vom 25.11.2022 - 4 Sa 519/21; siehe auch LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 - 5 Sa 451/20 -, juris; vgl. bereits Mandler/

Banerjee, OdW 2021, S. 193 f.

<sup>31</sup> Vgl. ebenso für eine bereits habilitierte Klägerin ArbG Mannheim BeckRS 2023, 16018: „Bereits nach der Dienstaufgabenbeschreibung hatte sie mindestens 50 % Forschungsarbeit zu erbringen. Hinzu kommt der Anteil der von der Klägerin geschuldeten Lehrtätigkeit, denn es hat sich hier um wissenschaftliche Lehre gehandelt...; Müller NZA-RR 2023, 619

<sup>32</sup> Noch strenger LAG Köln, Urteil vom 7. Oktober 2020 - 5 Sa 451/20 -, juris: „Zu dem wissenschaftlichen Gepräge müssen Tätigkeiten hinzukommen, die eine wissenschaftliche Qualifizierung fördern und sich nicht in der bloßen Gewinnung zusätzlicher Berufserfahrung erschöpfen“; Pschorr, RdA 2021, 237 ff.

ne Promotion ab, was eine weitere Befristung auch nach dem Abschluss der Habilitation nicht per se ausschließt.

#### 5. Verlängerung bei fehlender Qualifizierung

Eine Schwachstelle der Überlegungen des BAG zum Erfordernis einer Qualifizierung im Rahmen von § 2 Abs. 1 WissZeitVG zeigt sich freilich im Falle einer Verlängerungserklärung des Arbeitnehmers bei – nunmehr – fehlender Qualifizierung. § 2 Abs. 5 WissZeitVG erlaubt auch in diesem Fall eine Verlängerung, wobei die Weiterbeschäftigung – ohne Qualifizierung – den Zwecken der Verlängerungstatbestände gerade zuwiderliefe. Ob dies hinzunehmen ist oder hier durch eine teleologische Reduktion des Verlängerungstatbestands eingegriffen werden müsste, bleibt demgemäß offen. Derartiger Fälle dürfte man aber durch ein entsprechend weites Verständnis der „Qualifizierung“ habhaft werden, was letztlich darauf hinausläuft, dass zwischen der wissenschaftlichen Tätigkeit in § 1 Abs. 1 WissZeitVG und der Qualifizierung in § 2 Abs. 1 WissZeitVG keine spürbaren Unterschiede mehr bestehen und durch das weitere Erfordernis lediglich der Begründungsaufwand – auch mit Blick auf eine ggf. erforderliche Personalratsanhörung – erhöht wurde.<sup>33</sup>

### III. Zusammenfassung

Selbst bei der Zustimmung des Personalrats und der Einhaltung der zeitlichen Grenzen des WissZeitVG kann eine Befristung aufgrund einer fehlerhaften Mitteilung an den Personalrat unwirksam sein, sofern in dieser Anfrage ein unzutreffender Verlängerungsgrund angegeben wurde. Dies entbindet die Hochschulen, Universitätskliniken und außeruniversitären Forschungseinrich-

tungen jedoch nicht von ihrer Verantwortung, sondern erfordert – zumindest in den Ländern, in denen der Personalrat bei der Befristung wissenschaftlichen Personals zu beteiligen ist – eine gesteigerte Sorgfalt und Vorsicht.

Die Folgeentscheidung des LAG Düsseldorf demonstriert darüber hinaus, dass die Entscheidung bereits jetzt in der Praxis Anwendung findet. Die Unwirksamkeit einer Befristung kann demnach nicht nur aus der Benennung eines unzutreffenden Verlängerungstatbestandes, sondern auch aus einer nicht vollständigen Information des Personalrats resultieren.

Die betroffenen Dienststellen sind folglich gut beraten, die Entscheidung im Einzelnen nachzuvollziehen und praktisch handhabbare Prozesse aufzusetzen, um das Risiko künftiger Entfristungsklagen zumindest einzugrenzen. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil auch für die Gerichte mit der Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen oft ein erheblicher Aufwand einhergeht, der sich durch eine einfachere Prüfung der ordnungsgemäßen Personalratsbeteiligung leicht vermeiden lässt. Es ist daher nicht zu erwarten, dass die Rechtsprechung eventuelle Informationspflichten gegenüber dem Personalrat restriktiv einordnen wird.

Schließlich offenbaren die Entscheidungen der Instanzgerichte, dass selbst bei der Lösung eines „Standardfalls“ eine Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen verbleibt, welche den „risikofrei nutzbaren Bewegungsspielraum“ der Hochschulen, Universitätskliniken und außeruniversitären Forschungseinrichtungen weiter einschränken dürften.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Hannes Wolff ist Rechtsreferendar ebendort.

<sup>33</sup> Vgl. bereits Mandler/Banerjee, OdW 2021, S. 193 f.



# Theodor Lammich

## *Universitäten haben kein Recht auf Meinungskampfteilhabe*

Der Beitrag liefert eine Übersicht über und Anmerkung zum Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –<sup>1</sup> und dem zugrundeliegenden Sachverhalt. Die streitentscheidenden Normen sind Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 3 GG. Das Verfahren war Gegenstand eines bundesweiten medialen Interesses.<sup>2</sup> Grund hierfür ist die thematische Einbettung in die gesellschaftspolitischen Konflikte über die Bedeutung und Abgrenzung von Geschlechtsidentität und biologischem Geschlecht sowie über den Umgang von Universitäten mit kontroversen Meinungen ihrer korporierten Mitglieder.

### I. Sachverhalt (vereinfacht)

Die Antragstellerin, Marie-Luise Vollbrecht, ist Promotionsstudentin und war bis Oktober 2022 wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin (Antragsgegnerin).

Am 1. Juni 2022 verfasste sie in der überregionalen Tageszeitung *Die Welt* zusammen mit anderen Wissenschaftlern aus dem Bereich der Biologie und Medizin einen als „Meinung“ gekennzeichneten Beitrag mit der Überschrift „Wie ARD und ZDF unsere Kinder indoktrinieren“. Inhalt des Beitrags ist der Vorwurf an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, dass in dessen Sendungen „die bestätigte wissenschaftliche Erkenntnis der Zweigeschlechtlichkeit infrage gestellt“ und „eine bedrohliche Agenda“ verfolgt würde.<sup>3</sup>

Am 2. Juli 2022 wollte die Antragstellerin unter dem

Titel „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht: Sex, Gender und warum es in der Biologie zwei Geschlechter gibt“ einen Vortrag im Rahmen der Langen Nacht der Wissenschaft halten. Die Antragsgegnerin sagte den Vortrag kurzfristig ab und begründete dies auf ihrer Website in folgender Stellungnahme:

„[...] Der Vortrag [der Antragstellerin] musste im Interesse der Gesamtveranstaltung Lange Nacht der Wissenschaften abgesagt werden. Grund dafür waren Proteste gegen die Vortragende, die wegen ihrer Mitarbeit an einem Artikel in der „Welt“ Anfang Juni massiv in die öffentliche Kritik geraten ist. [...] Die Kritik an der Vortragenden war mit dem Vorwurf verbunden, die HU würde transfeindlichen Überzeugungen eine Bühne bieten. Grundsätzlich versteht sich die Humboldt-Universität als ein Ort, an dem kein Mensch diskriminiert werden sollte, sei es wegen seiner Religion, seiner vermeintlichen Rasse, seiner sexuellen Identität oder wegen irgendeines anderen Merkmals, das als Unterscheidungsmerkmal angesehen wird. Die HU hat sich in ihrem Leitbild dem „wechselseitigen Respekt vor dem/ der Anderen“ verpflichtet. *Die Meinungen, die Frau Vollbrecht in einem „Welt“-Artikel am 1. Juni 2022 vertreten hat, stehen nicht im Einklang mit dem Leitbild der HU und den von ihr vertretenen Werten.* [...]“<sup>4</sup>

Die Antragstellerin behauptet, sie sei in der Folge massiv angefeindet worden und beantragt im Rahmen der einstweiligen Anordnung die Unterlassung des durch den Verfasser hervorgehobenen Satzes der zitierten Stellungnahme.

<sup>1</sup> BeckRS 2023, 38682.

<sup>2</sup> De la Riva, Marie-Luise Vollbrecht siegt vor Gericht im Genders-treit gegen Humboldt-Uni, *Faz.net*, 08.12.2023, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/vortrag-zu-geschlecht-und-gender-an-der-hu-berlin-vollbrecht-siegt-vor-gericht-19369188.html>; Vahabzadeh, Was man sagen darf, *Sz.de*, 08.12.2023, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/medien/marie-luise-vollbrecht-humboldt-universitaet-transgender-gericht-1.6316610?reduced=true>; Selbst in der Schweiz wurde die Entscheidung diskutiert: Maksan, Trans-Streit: Die Biologin Marie-Luise Vollbrecht erringt einen Sieg gegen die Humboldt-Universität, *Nzz.ch*, 07.12.2023, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/international/trans-streit-die-biologin-marie-luise-vollbrecht-erringt-einen-sieg-gegen-die-humboldt-universitaet-ld.1769147>.

<sup>3</sup> Hümpel et al., Wie ARD und ZDF unsere Kinder indoktrinieren,

*Welt.de*, 01.06.2022, abrufbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/plus239113451/Oeffentlich-rechtlicher-Rundfunk-Wie-ARD-und-ZDF-unsere-Kinder-indoktrinieren.html>.

<sup>4</sup> Ursprünglich: Humboldt-Universität zu Berlin, Zur Absage des Vortrags „Geschlecht ist nicht (Ge)schlecht: Sex, Gender und warum es in der Biologie zwei Geschlechter gibt“ bei der Langen Nacht der Wissenschaften 2022, *Hu-berlin.de*, damals abrufbar unter: <https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/juli-2022/nr-2274-2>. Inzwischen ist der Text abrufbar unter der Website des Prozessvertreters der Antragstellerin: HÖCKER Rechtsanwälte, Erfolg gegen Cancel Culture an Universitäten, *Hoecker.eu*, 05.12.2023, abrufbar unter: <https://www.hoecker.eu/news/erfolg-gegen-cancel-culture-an-universitaet-1769147>.

## II. Probleme

Im Folgenden sollen drei wesentliche Fragestellungen des Rechtsstreits erörtert werden.<sup>5</sup>

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ableiten lässt, hat vielfältige Schutzdimensionen.<sup>6</sup> Die wohl umfangreichste Dimension ist das der Selbstdarstellung, gewährleistet etwa durch das Recht am eigenen Bild, am eigenen Namen oder auch dem Schutz der persönlichen Ehre. Zur Konkretisierung dieser Schutzbereiche finden sich etliche einfachgesetzliche etwa in §§ 22-24 KunstUrhG oder in Form des Rechts auf Gegendarstellung in den jeweiligen Landesmediengesetzen<sup>7</sup>. In besonders schwerwiegenden Fällen greift auch das Strafrecht, etwa bei Beleidigungen nach §§ 185 ff. StGB oder bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB. Vorliegend hat die Antragsgegnerin nach außen hin behauptet, dass die Meinungen der Antragstellerin nicht im Einklang mit dem Universitätsleitbild des wechselseitigen Respekts vor dem Anderen stünden. Problematisch ist, dass sich diese Äußerung zwar zweifellos abträglich auf das Ansehen der Antragstellerin auswirkt, jedoch nicht im engeren Sinne ehrverletzend ist, wie man es etwa im strafrechtlichen Kontext vorfindet. Damit stellt sich die Frage der Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

2. Universitäten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts. Damit fehlt ihnen grundsätzlich die Grundrechtssubjektivität, denn Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.<sup>8</sup> Eine Ausnahme gilt dann, wenn sie außerhalb des Delegationsmodells dezentralisierter staatlicher Aufgabewahrnehmung liegen und selbst Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie vom Staat unabhängig sind. Das ist bei den deutschen Universitäten der Fall. Sie sind zwar regelmäßig vom Staat gegründet und werden von ihm unterhalten, können sich aber in einer gleichermaßen grundrechtstypischen Gefährdungslage wie die Bürger befinden.<sup>9</sup> Es stellt sich die Frage, inwiefern die Antragsgegnerin bei der Publikation ihrer Stellungnahme ausnahmsweise als Grundrechtssubjekt agierte.

3. Schließlich ist die Antragsgegnerin nach § 5 Abs. 1 BerlHG dazu verpflichtet, die freie Entfaltung und Vielfalt der Wissenschaften und der Künste an den Hochschulen zu gewährleisten und sicherzustellen, dass die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgten Grundrechte wahrgenommen werden können. Sollte sich die Antragsgegnerin nicht bereits auf ein eigenes Grundrecht berufen können, so stellt sich die Frage, ob sich die Stellungnahme nicht durch die Pflicht der Wahrung des öffentlichen Vertrauens in die genannten Aufgaben rechtfertigt.

## III. Lösung des VG Berlin

Die 12. Kammer des VG Berlin sah den Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO als begründet an, da ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht worden seien. Bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs wurde der gewohnheitsrechtlich anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch herangezogen. Dieser setzt die begründete Besorgnis voraus, der Antragsgegner werde künftig durch sein hoheitliches Handeln rechtswidrig in die geschützte Rechts- und Freiheitssphäre, hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht, der Antragstellerin eingreifen.<sup>10</sup>

1. Bei der Frage zum sachlichen Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts stellt das VG Berlin fest:

„Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfasst die persönlichen Lebenssphären und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98 – juris Rn. 25). Dieses schützt, ohne seinem Träger einen Anspruch darauf zu vermitteln, nur so dargestellt zu werden, wie es ihm genehm ist, nicht nur die Ehre, sondern auch weitere Aspekte des sozialen Geltungsanspruchs einer Person. Namentlich umfasst es den Schutz vor Äußerungen, die – ohne im engeren Sinn ehrverletzend zu sein – geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Juni 2022 – 6 C 11.20 – juris Rn. 20; BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98 – juris Rn. 25). So umfasst das allgemeine Persönlich-

<sup>5</sup> Die Frage des eröffneten Rechtswegs ist vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig war, ebenfalls interessant, bleibt jedoch hier ausgeklammert. Beantragt wurde ursprünglich ein Verfahren vor dem ArbG Berlin, welches später, bestätigt mit dem Beschluss des LAG Berlin an das VG Berlin verwiesen hat.

<sup>6</sup> BeckOK GG/Lang, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 2 Rn. 66; Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, 102. EL August 2023, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 148; ErfK/Schmidt, 24. Aufl. 2024, GG Art. 2 Rn. 34; Martini, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839, 841

<sup>7</sup> Beispielsweise § 44 LMG NRW, § 11 LMG RLP, § 11 LPG BW.

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51 –, BVerfGE 7, 198-230.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 1963 – 1 BvR 316/60 –, BVerfGE 15, 256-268, Rn. 22; BeckOK GG/Kempfen, 56. Ed. 15.8.2023, GG Art. 5 Rn. 185.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2014 – 6 C 7/13 –, Rn. 20, juris; BVerwG, Beschluss vom 29. April 1985 – 1 B 149/84 –, Rn. 9, juris.

keitsrecht unter anderem den Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit rufschädigenden Äußerungen überzogen zu werden, die sich außerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung bewegen und schützt insbesondere vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind (BVerfG, Beschluss vom 17. August 2010 – 1 BvR 2585/06 – juris Rn. 21; Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98 – juris Rn. 25 m. w. N.).<sup>11</sup>

2. Dem Gedanken, die Antragsgegnerin könnte sich hier auf ihre im wissenschaftlichen Raum bestehende Meinungsfreiheit berufen, erteilt das VG Berlin eine Absage:

„Die vollziehende Gewalt ist zu rufbeeinträchtigenden Äußerungen grundsätzlich nur befugt, wenn und soweit diese auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen, denn Hoheitsträgern steht mangels Grundrechtsberechtigung kein Recht zur Teilhabe am „Meinungskampf“ zu. Sie befinden sich nicht in einem „freien Kommunikations- und Interaktionszusammenhang“ mit den Bürgern (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. August 2010 – 1 BvR 2585/06 – juris Rn. 23). Dies gilt auch für Universitäten, denen zwar im wissenschaftlichen Kontext Meinungsfreiheit aus Art. 19 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zukommt, welche sie jedoch nicht gegenüber ihren korporierten Mitgliedern – hier der Antragstellerin als Promotionsstudentin – in Ansatz bringen können. Denn im Verhältnis zu diesen treten sie selbst als Trägerinnen hoheitlicher Gewalt auf; sie können insoweit das ihnen zustehende Abwehrrecht gegen Eingriffe anderer Träger hoheitlicher Gewalt nicht als Eingriffsrecht gegenüber Studierenden anführen (vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 19. Juli 2004 – 8 TG 107/04 – juris Rn. 13).<sup>12</sup>

3. Als gesetzliche Ermächtigung, die es für die Antragsgegnerin, die sich nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen kann, braucht, kann nach den Feststellungen der 12. Kammer auch nicht das Interesse an der Wahrung des öffentlichen Vertrauens in ihre Aufgabenwahrnehmung nach § 5 Abs. 1 BerlHG herangezogen werden:

„Es bestehen schon Zweifel, ob ein objektiver Empfänger den biographischen Zusatz „ist Doktorandin der

Biologie an der (Antragsgegnerin)“ am Ende des Artikels dahingehend verstehen darf oder gar muss, dass die Antragstellerin für sich beansprucht, ihre Meinung stellvertretend für die Antragsgegnerin zu verbreiten oder diese mit ihrer Meinung zu assoziieren. Denn der Artikel wurde von vier weiteren, nicht an der Antragsgegnerin beschäftigten Personen unterzeichnet, nimmt in seinem Volltext Bezug auf „120 Wissenschaftler, Mediziner, Psychologen, Pädagogen und Vertreter anderer Professionen aus ganz Deutschland“ und führt die Anstellung als wissenschaftliche Mitarbeiterin der Antragsgegnerin nicht auf. Dass die Antragstellerin als einfache Doktorandin offiziell für die Antragsgegnerin auftritt, wird der durchschnittliche Leser danach nicht erwarten. Selbst wenn man von einem solchen Eindruck ausgehen wollte, hätte im hier zu entscheidenden Einzelfall beispielsweise der klarstellende Hinweis genügt, dass die Antragstellerin lediglich ihre private Meinung verbreitet und nicht für die Antragsgegnerin gesprochen habe. Einer inhaltlichen Bewertung der Ansichten der Antragstellerin, zumal unter Nennung ihres Namens, bedurfte es hingegen nicht.“<sup>13</sup>

#### IV. Anmerkung zu Entscheidung und Sachverhalt

Wie eingangs ausgeführt, genießt die Entscheidung eine besondere öffentliche Aufmerksamkeit, da ihr Tatbestand gleich zwei gesellschaftspolitische Konfliktfelder berührt: zum einen das Reizthema des Geschlechtsbegriffes, zum anderen die Frage des Umgangs von Universitäten mit kontroversen Meinungen ihrer korporierten Mitglieder.

Das erste Thema ist in der Regel nur in Bezug auf Kollateralfragen<sup>14</sup> für eine umfassende juristische Aufklärung empfänglich und soll hier nicht weiter thematisiert werden. Anders ist das bei der Kontroverse um den Umgang der Alma Mater mit ihren Studenten und Professoren gelagert. Die in mehrfacher Hinsicht tief vergrundrechtlichte Stellung der Universitäten präsentiert diesen hochschulbezogenen Zweig der sog. Cancel-Culture-Debatte als freiheitsrechtliches Forschungsobjekt. Auch wenn das VG Berlin vorliegend nicht über die Absage des Vortrags als solche entschieden hat, so hat es in überzeugender Weise rechtliche Grenzen dessen aufge-

<sup>11</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 21, juris

<sup>12</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 24, juris.

<sup>13</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 28, juris.

<sup>14</sup> Beispielsweise zur diskriminierenden Wirkung des Personenstandsrechts BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, BVerfGE 147, 1-31; zur Beeinflussung des juristischen Sprachgebrauchs siehe Lammich, Der Sexus im juristischen Sprachgebrauch, OdW 2022, 55 ff.

zeigt, was Interessenverbände als „weltanschauliche Normierung von Forschung und Lehre“ beklagen.<sup>15</sup>

Diese rechtlichen Grenzen sind in dem vorliegenden Fall das Ergebnis gefestigter Rechtsprechung und fundamentaler staatsrechtlicher Grundsätze.

Spätestens seit der Eppler-Entscheidung<sup>16</sup> ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>17</sup> ist die Erkenntnis, dass sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht im Ehrschutz erschöpft, sondern den gesamten vom Betroffenen selbst definierten sozialen Geltungsanspruch umfasst. So ging es in der Eppler-Entscheidung etwa um einen Politiker, dem die – für sich nicht unehrenhafte – Forderung in den Mund gelegt worden ist, man möchte „die Belastbarkeit der Wirtschaft prüfen“.<sup>18</sup> Auch ohne Ehrenrührigkeit können solche Äußerungen im Einzelfall das Ansehen des Einzelnen schmälern, seine sozialen Kontakte schwächen und infolgedessen sein Selbstwertgefühl untergraben. Sie sind für die Persönlichkeit mithin nicht weniger konstituierend als die Ehre.<sup>19</sup> Im vorliegenden Fall kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Aussage, die Artikel-Meinungen der Antragstellerin stünden nicht im Einklang mit dem Leitbild des wechselseitigen Respekts vor dem Anderen, das Ansehen des Betroffenen schmälern kann. Gar nicht erforderlich war der vom Gericht herangezogene<sup>20</sup> Maßstab, wonach die für die Antragsgegnerin ungünstigste Lesart zu bewerten ist<sup>21</sup>, da es nach hier vertretener Auffassung schlicht an alternativen Lesarten fehlt.

Weitaus staatskonstituierender als die Einzelfallreichweite des sich ohnehin ständig im Wandel befindlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>22</sup> ist die Grund-

rechtssubjektivität staatlicher Einrichtungen. Die von der allgemeinen Verwaltung daher auch losgelöste<sup>23</sup> Antragsgegnerin verteidigt zwar ihrer Natur nach in bestimmten Fällen Grundrechte nach Art. 5 Abs. 3 GG. Die ihr in diesem Fall zustehenden Freiheitsrechte können aber nicht zu Eingriffsrechten zum Nachteil derer pervertiert werden, die wiederum vor ihr Schutz suchen.<sup>24</sup> Während das VG Berlin hierauf hinweist<sup>25</sup>, findet sich aber noch ein weiterer Grund für die fehlende Grundrechtssubjektivität darin, dass jede Körperschaft im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG ungeachtet ihrer staatlichen oder nicht-staatlichen Natur durch ihre Kompetenz begrenzt wird.<sup>26</sup> Zwar beschäftigt sich das Gericht mit einer möglicherweise zugewiesenen Kompetenz zur Wahrung des öffentlichen Vertrauens in die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 5 BerlHG. Dies geschieht aber erst innerhalb einer – letztlich auch sachentscheidenden – Verhältnismäßigkeitsprüfung, die „jedenfalls“ zum Nachteil der Antragsgegnerin ausfällt.<sup>27</sup> Auch die vom Gericht zu recht verneinte Frage, ob ein objektiver Betrachter die Antragstellerin möglicherweise als Stellvertreterin der Antragsgegnerin verstehen durfte, ist folglich mittelbar eine Frage der Grundrechtssubjektivität. Denn nur unter dieser Bedingung kommt eine Handlungskompetenz zwecks Wahrung des öffentlichen Vertrauens überhaupt in Betracht.

Allgemein hochschulpolitisch interessant bei dem Selbstverständnis der Antragsgegnerin ist die Nähe zu einem altbekannten Streitpunkt: Seit den 1960er Jahren wird das schier unstillbare Bedürfnis verfasster Studentenschaften nach einem allgemeinpolitischen Mandat mit ebenjener geschilderten Argumentation im Prinzip<sup>28</sup>

<sup>15</sup> So bezeichnet im Manifest des Netzwerks Wissenschaftsfreiheit, einem Verein von über 700 forschenden und lehrenden Wissenschaftlern meist deutscher Hochschulen, abrufbar unter: <https://www.netzwerk-wissenschaftsfreiheit.de/ueber-uns/manifest/>. Vgl. auch die Gründungserklärung des studentischen Partnervereins *Studentische Initiative Hochschuldialog*, abrufbar unter: <https://www.sih-ev.de/gründungserklärung>.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 –, BVerfGE 54, 148-158, Rn. 16.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 1998 – 1 BvR 1861/93 –, BVerfGE 97, 125-156; BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98 –, BVerfGE 114, 339-356, Rn. 25; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17. August 2010 – 1 BvR 2585/06 –, juris.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 –, BVerfGE 54, 148-158, Rn. 2.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. November 1998 – 1 BvR 1531/96 –, BVerfGE 99, 185-202, Rn. 42.

<sup>20</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 26, juris.

<sup>21</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 8. September 2010

– 1 BvR 1890/08 –, BVerfGK 18, 33-42, Rn. 23.

<sup>22</sup> Martini, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 1963 – 1 BvR 316/60 –, BVerfGE 15, 256-268, Rn. 23.

<sup>24</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 7 C 58/78 –, BVerwGE 59, 231-240, Rn. 23.

<sup>25</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 24, juris.

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 7 C 58/78 –, BVerwGE 59, 231-240, Rn. 24.

<sup>27</sup> VG Berlin, Beschluss vom 1. Dezember 2023 – 12 L 399/23 –, Rn. 28, juris.

<sup>28</sup> Ihnen ist bei der Behandlung hochschulpolitischer Themen ein „Brückenschlag“ zu allgemeinpolitischen Fragestellungen erlaubt, wenn und soweit hochschulpolitische Belange im Schwerpunkt betroffen sind. Dies ist allerdings keine Frage der Grundrechtssubjektivität als solche, sondern eine Frage des diese eingrenzenden Kompetenzumfangs, vgl. VG Köln, Beschluss vom 24. November 2023 – 6 L 2352/23 –, Rn. 23, juris.

zurückgewiesen.<sup>29</sup> Auch in diesen Fällen ging es um Kompetenzüberschreitungen durch Aussagen zulasten politisch unliebsamer Akteure<sup>30</sup> und auch hier schlugen Versuche fehl, sich auf die partiell gestattete Grundrechtssubjektivität zu stützen. Vor diesem Hintergrund bleibt es nur zu hoffen, dass das Verhalten der Antragsgegnerin keinen gleichlaufend zähen wie unergiebigem Trend auf Ebene der Universitätsverwaltungen in Gang setzt<sup>31</sup>.

Rechtsassessor Dr. Theodor Lammich absolviert einen Master of Laws (LL.M.) an der Universität Edinburgh. Er ist Postgraduiertensprecher der Edinburgh Law School sowie Vorsitzender des Vereins Studentische Initiative Hochschuldialog e.V.

<sup>29</sup> Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 1979 – 7 C 58/78 –, BVerwGE 59, 231–240, Rn. 23; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 5. Februar 1998 – 8 TM 354/98 –, Rn. 6, juris; VG Berlin, Beschluss vom 19. März 2008 – 12 A 22.08 –, Rn. 14, juris; Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen,

Beschluss vom 26. Juli 1999 – 1 A 165/99 –, Rn. 5 juris.

<sup>30</sup> Regelmäßig Studentenverbindungen, aber auch völlig universitätsferne Akteure wie die Bundeswehr, vgl. VG Bremen, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 K 2248/17 –, Rn. 3, juris.

<sup>31</sup> Manch einer würde sagen „fortsetzt“.



# Friedrich Carl von Savigny

## *Methodik des akademischen Studiums zum Behufe des Juristischen*<sup>1</sup>

Ehemals im Mittelalter war wissenschaftliche und akademische Mitteilung ein und dasselbe. In neueren Zeiten, besonders seit Erfindung der Buchdruckerkunst, hat sich dies sehr geändert. Denn seitdem man nun fast alles, was man auf Universitäten hören, auch in Büchern lesen kann, haben die Universitäten sehr von ihrer sonstigen Achtung verloren, ebenso die Spruchkollegien [zur professoralen Richtertätigkeit nach Aktenlage], indem sie nun nicht mehr das Monopol der wissenschaftlichen Mitteilung haben.

Man hat daher behauptet, Universitäten wären jetzt sehr entbehrlich, allein man kann gerade umgekehrt sagen, daß sie nach dem Verlust jenes Monopols erst ein eigenes Gebiet gewonnen haben. Soll der Zweck eines gelehrten Studiums erreicht werden, so muß am Ende desselben für den Studierenden dadurch eine selbständige Ansicht der Wissenschaft gebildet sein, so daß er sich nachher frei darin bewegen kann. [...]

Bei jedem Menschen findet sich ein Prinzip geistiger Trägheit, in gewissem Grad, so daß er nur das treibt, was ihm zunächst dargeboten wird; — wenn also jemand bloß aus Büchern ohne allen Vortrag eine Wissenschaft erlernt, selbst dabei studiert, so wird er meistens doch immer nur an das zufällig Vorkommende sich halten, fremde Meinungen in sich aufnehmen, sich fast völlig passiv dabei verhalten, keine freie Ansicht von der Wissenschaft erlangen. [... Dieser] Mangel der planmäßigen Übungen der eigenen Tätigkeit, wird durch mündlichen Unterricht gehoben [...]

Die Ansicht der Universitäten ist gerade verkannt [...], wonach der Zweck derselben ist, die notdürftigsten Kenntnisse so kurz und leicht als möglich zu erlernen. Dieser Zweck läßt sich weit leichter durch Bücher erreichen. Der wahre Zweck der Universitäten ist vielmehr, uns ins wissenschaftliche Studium überhaupt so einzuführen, daß uns kein Teil in demselben fremd bleibt oder

wir wenigstens instand gesetzt werden, das Fehlende auf die leichteste und gründlichste Art zu erlernen.

Dies nun auf das akademische Studium der Jurisprudenz angewendet, müßte der Zweck des akademischen Studiums sein, auf alles das hinzuführen, was überhaupt zur Jurisprudenz gehört. In Ansehung des absoluten Studiums ist es also nötig, daß uns in Exegese, Geschichte und System nichts fremd bleibe, d. h., daß der Studierende das entweder selbst weiß oder wenigstens finden kann, wo das Weitere zu erlernen ist.

[...] Hierzu wird aber keineswegs Vollständigkeit des Materials, sondern nur dessen erfordert, was zur weiteren Bearbeitung aller Gegenstände hinreicht [...], wenn man bedenkt, wieviel durch Sparsamkeit und Vermeidung alles Unnötigen gewonnen werden kann für die Zeit und Empfänglichkeit des Zuhörers. Ein kürzerer Vortrag kann daher oft mehr reale Kenntnisse enthalten.

[...] Es kommt also darauf an, alles Vorgetragene nicht geradezu zu glauben, sondern zu prüfen.

[...] was vor dem Vortrag geschehen soll: Vorbereitung. Hier ist, wie überall, Quellenstudium das beste Hilfsmittel. Es scheint der Weg der beste: die Beweistellen nachzuschlagen und mit den zu beweisenden Sätzen zu vergleichen, allein dies wäre nur eben möglich, wenn im Zitieren selbst Plan und Vollständigkeit wäre, es dürfte darin nichts Unnötiges enthalten, nichts Wesentliches vergessen sein. Dies ist aber selten der Fall und findet sich in keinem Buche oder Lehrvortrage. Man übe sich daher vielmehr, die Quellen schnell durchlesen zu können, ohne dabei etwas Wichtiges zu übersehen. Dies notiere man sich dann. So wird es leicht möglich sein, zu einer Ansicht über die Methode des Dozenten zu kommen und so das Beste aus seinem Vortrag herauszunehmen.

<sup>1</sup> Dritter (und letzter) Teil einer doppelstündigen Vorlesung zur „öffentlichen Anleitung zum eigenen Studium der Jurisprudenz“ über 13 Wochen vom 7. November 1802 bis 1. März 1803. Erhalten nur dank handschriftlicher Rekonstruktion aus Vorlesungsnotizen des später berühmten Philologen und Märchensammlers *Jacob Ludwig Karl Grimm*. Sein Manuskript wurde erst 1933 durch *Hermann Kantorowicz* wiederentdeckt, 1951 durch *Gerhard We-*

*senberg* unter Autorenschaft Savignys und dem Titel „Juristische Methodenlehre“ herausgegeben (darin Dritter Teil S. 69–73) und 2024 durch *Hanjo Hamann* erstmals digital erschlossen ([www.doi.org/10.5281/zenodo.10649078](http://www.doi.org/10.5281/zenodo.10649078)) sowie für den vorliegenden Abdruck exzerpiert und mittels [Einfügungen in eckigen Klammern] redigiert.

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) galt noch Jahrzehnte später als „größter Rechtslehrer unseres Jahrhunderts“ (so ein Reichstagsabgeordneter 1896 bei Beratung des BGB). In Wetzlar als einzig überlebendes von 13 Kindern und seit seinem 14. Lebensjahr als Waise aufgewachsen, wurde er nach dem Studium der Rechte in Marburg 1800 promoviert und 1803 habilitiert. Zunächst nach Landshut berufen (1808/09), holte ihn Wilhelm von Humboldt 1810 an die neugegründete Berliner Universität. Dort wurde Savigny im Kodifikationsstreit mit Thibaut (1814) berühmt und lehrte jahrzehntelang, bevor er 1842–48 als königlicher Großkanzler die preußische Gesetzgebung ganz praktisch mitgestaltete und parallel sein achtbändiges Hauptwerk veröffentlichte: Das „System des heutigen römischen Rechts“.

Thomas Würtenberger  
*Besprechung von Michael Hartmer/Hubert Detmer  
(Hrsg.), Hochschulrecht. Ein Handbuch für die  
Praxis<sup>1</sup>*

Erscheint ein Handbuch des Hochschulrechts, das auf die Praxis zielt, innerhalb von knapp 20 Jahren in 4. Auflage, so ist dies einer Leserschaft zu verdanken, die statt einer ausufernden Diskussion von Detailfragen an einer übergreifenden, vergleichenden und kommentierenden Darstellung des gesamten deutschen Hochschulrechts interessiert ist. Die besondere Qualität des Handbuchs liegt in seiner wissenschaftlichen Orientierung mit Blick auf die Praxis des Hochschulrechts, nämlich „das Gemeinsame und Prägende, das historisch Gewachsene und das Reformatorische zu zeigen“ (Vorwort). Dies gelingt in überzeugender Weise auf über 1.000 Seiten, obgleich sich das Hochschulrecht der Länder, wie ebenfalls im Vorwort festgestellt, mehr und mehr auseinanderentwickelt. Gegenläufig zu dieser Tendenz hochschulrechtlicher Fragmentierung hat die Rechtsprechung des BVerfG ein engmaschiges Hochschulverfassungsrecht konstitutionalisiert, das ebenso wie das Recht der Europäischen Union, das immer wieder in den Blick kommt (hierzu u. a. Max-Emanuel Geis im 6. Kap. Rn. 3 ff.), einen hochschulrechtlichen Aktionismus der Landesparlamente begrenzt. Zu den Vorzügen dieses Handbuchs gehört, diese beiden Fundamente des deutschen Hochschulrechts in fast allen Kapiteln immer wieder zu thematisieren. So wird Orientierungssicherheit über die Statik, aber auch über Möglichkeiten der Reform des deutschen Hochschulrechts geschaffen. Im Folgenden seien einige Positionierungen des Handbuchs angesprochen, am Rande auch einige wenige Themen benannt, die aus der Agenda des Handbuchs ausgeblendet sind.

Das Handbuch behandelt in 16 Kapiteln die zentralen Schwerpunkte des Hochschulrechts: das institutionelle Hochschulrecht (Kap. 1 – 3), das Hochschuldienstrecht, auch im europäischen Vergleich (Kap. 4 – 6, 11), verschiedene Zweige des Binnenrechts von Hochschulen (Kap. 7 – 10), Rechtsfragen von Studium und Prüfung (Kap. 12 und 13), das Urheber- und Erfindungsrecht (Kap. 14 und 15) sowie die Hochschulfinanzierung und -steuerung (Kap. 16).

Im einleitenden Kapitel legt Bernhard Kempen die „Grundlagen des institutionellen Hochschulrechts“. In

verfassungsstaatlicher Perspektive werden die Freiheit von Forschung und Lehre sowie die Hochschulautonomie und Selbstverwaltung positivrechtlich anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt. Denn mit Recht verzichtet Kempen, wie auch andere Autoren des Handbuchs, auf „originelle“ verfassungsrechtliche Neuansätze (Rn. 3), weil diese für die Praxis des Hochschulrechts keinerlei Bedeutung haben.

Auf ebenfalls festem verfassungsrechtlichen Boden wendet sich Volker Epping im zweiten Kapitel einer „Typisierung von Hochschulen: Universitäten und Fachhochschulen“ zu. Historisch ansetzend, was ebenfalls zum Markenzeichen folgender Kapitel gehört, werden insbesondere die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Universitäten und Fachhochschulen einschließlich der Hochschulen für angewandte Wissenschaften mit Blick auf ihre Aufgabenstellung, Nachwuchsförderung, Qualifikation ihrer Hochschullehrer sowie auf die Zulassungsvoraussetzungen zum Studium strukturiert und vertiefend entwickelt. Im Bereich der Hochschulen für angewandte Wissenschaften hat sich im Vergleich zu den staatlichen Hochschulen eine relativ hohe Zahl an privaten Hochschulen etabliert, die im folgenden Kapitel angesprochen werden. An Hand wichtiger Einzelfragen, wie des Promotionsrechts an Hochschulen für angewandte Wissenschaften, wird die Entwicklung dieses Hochschultyps nachgezeichnet. Durchaus kritisch wird die stetige Angleichung der Hochschulen für angewandte Wissenschaften an die Universitäten (Rn. 37) gesehen.

Im dritten Kapitel setzen Michael Lynen und Silvia Pernice-Warnke die Hochschultypisierung mit Blick auf die Pädagogischen Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen, kirchlichen Hochschulen und privaten Hochschulen fort. Besondere Unterabschnitte unterscheiden zwischen staatlichen und privaten Hochschulen (Rn. 7), erwähnen die staatliche Anerkennung privater Hochschulen (Rn. 10), ihr Hochschulmanagement (Rn. 12), ihre Aufgaben (Rn. 36 ff.) und die Stellung ihrer Professoren. Beiden Autoren ist eine gewisse Skepsis gegenüber privaten Hochschulen anzumerken. Sie greifen den vom Wissenschaftsrat geprägten Begriff der Hoch-

<sup>1</sup> Verlag C. F. Müller, 4. Aufl. 2022, 1023 S., ISBN 978-3-8114-8775-8.

schulförmigkeit auf, was darauf zielt, die privaten Hochschulen möglichst eng an die rechtliche Ordnung der öffentlichen Hochschulen anzubinden. Bei dieser unreflektierten Übernahme des Konstrukts der Hochschulförmigkeit, einem Eigengewächs des Wissenschaftsrates, gerät aus dem Blick, dass gerade private Hochschulen ein Experimentierfeld von Führungs- und Organisationskonzepten sein können, die staatlichen Hochschulen, aus welchen Gründen auch immer, verweigert sind. Und auch der von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährte Freiheitsschutz verbietet es grundsätzlich, die privaten Hochschulen, wie von den Autoren wohl intendiert, mit dem Konzept der Hochschulförmigkeit in das Korsett des für öffentliche Hochschulen geltenden Hochschulrechts einzuzwängen. Bei einer Orientierung am fast nur vom Wissenschaftsrat vertretenen Konzept der Hochschulförmigkeit wird zudem übersehen, dass im demokratischen Rechtsstaat die Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung privater Hochschulen gesetzlich klar geregelt sein müssen. Im Regelungssystem des Hochschulrechts der Länder ist freilich der vom Wissenschaftsrat geprägte und hochschulrechtlich nirgends verwendete Begriff der Hochschulförmigkeit kein Anerkennungskriterium für private Hochschulen. Kaum auf dem Stand der Praxis sind schließlich die Bemerkungen zur Rekrutierung der Professorenschaft an privaten Hochschulen. Empirisch lässt sich nicht belegen, dass auch heute noch vielfach auf Professoren zurückgegriffen werde, die an staatlichen Hochschulen beschäftigt ihre Lehrtätigkeit an den privaten Hochschulen als Nebentätigkeit ausüben (Rn. 72). Dies verkennt, dass an privaten Hochschulen mindestens 50% der Lehre von hauptamtlich an der Hochschule tätigen Professoren ausgeübt werden muss. Und auch die Lehrbeauftragten an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften kommen meist, ähnlich wie auch bei Universitäten, aus der Berufspraxis, die Gegenstand der Hochschullehre ist. Die letzthin dynamische Entwicklung des privaten Hochschulwesens könnte es nahelegen, diesem Bereich ein eigenes Kapitel unter anderem mit Blick auf die staatlichen Anerkennungsverfahren und ihre Experimente im Bereich ihrer Organisation zu widmen. Gibt es doch über 200 private Hochschulen in Deutschland, eine der größten mit weit über 100.000 Studierenden.

Das Dienstrecht der (Universitäts-) Professoren ist von Hubert Detmer (4. Kapitel) unter besonderer Berücksichtigung der Einstellungs Voraussetzungen und des Berufungsverfahrens, das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses ist von Michael Hartmer (5. Kapitel)

mit nachdenklich stimmenden Schlussbemerkungen zu den Perspektiven des wissenschaftlichen Nachwuchses (Rn. 141 ff.) behandelt. Für den deutschen Leser, der „sein“ Hochschullehrerdienstrecht, von Ausnahmen natürlich abgesehen, besonders schätzt und sich kein anderes vorzustellen vermag, ist das 6. Kapitel von Max-Emanuel Geis über „Europäisches Hochschullehrerdienstrecht“ besonders aufschlussreich. Das zentralistische Hochschullehrerdienstrecht in zentralistischen Staaten – in Frankreich mit sehr langer Tradition – ist ein Gegenpol zum deutschen föderalen Konzept.

Christian von Coelln gibt einen gut informierenden Überblick über das „Binnenrecht der Hochschule“ (7. Kapitel). Dass Hochschulen mittlerweile als „bloße öffentlich-rechtliche Körperschaft“ organisiert sein können (Rn. 14 ff.), gehört zu neueren Perspektivenwechseln im deutschen Hochschulrecht. Die umstrittenen Tendenzen zu einer „hierarchischen Hochschule“ (Rn. 69 ff.) werden im Kontext der Rechtsprechung des BVerfG zur strukturellen Sicherung der Wissenschaftsfreiheit als gebändigt gesehen; die Beteiligung von Hochschulräten an Leitungsentscheidungen wird mit guten Gründen auf den Prüfstand des Verfassungsrechts gestellt (Rn. 135 ff.). Da Hochschulorgane mitunter über ihre Kompetenzen streiten, schließt diese Kapitel mit Rechtsschutzfragen (Rn. 146 ff.), die auch in anderen Kapiteln immer wieder angesprochen werden.

Gegenüber der Voraufgabe hat das 8. Kapitel zum „Transfer in Kooperationen“ aus guten Gründen einen neuen Zuschnitt erfahren. Manfred Nettekoven greift das Nebentätigkeitsrecht nur noch am Rande auf und widmet sich vorrangig den Transferaufgaben der Hochschulen. Mit Blick auf die Hochschulpraxis wird hier eine Vielzahl von ganz unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben für den gewichtigen Bereich des Wissenstransfers erläutert: Beihilferecht, Vergaberecht, Steuerrecht, Außenwirtschaftsrecht und anderes mehr. Ebenso praxisorientiert wird ein Überblick über einzelne Vertragstypen gegeben.

Im Binnenbereich von Hochschulen ist mittlerweile das „Forschungsdatenmanagement, Datenschutzrecht in der Wissenschaft“ (9. Kapitel) ein ständig wichtiger werdender Arbeitsbereich. Rolf Schwartmann entwickelt zunächst an Hand der DS-GVO die datenschutzrechtlichen Grundlagen für das Hochschulrecht, um sodann Lehre und Prüfungen recht detailliert datenschutzrechtlich einzugrenzen. Die Corona-Pandemie hat neue Lehr- und Prüfungsformate erzwungen, deren datenschutzrechtlich statthafte Realisierung bemerkenswert rasch

erfolgen konnte. Ob dies auch für die nach Erscheinen des Bandes in den Vordergrund tretende generative Künstliche Intelligenz gilt, bleibt abzuwarten.

Den Binnenbereich der Hochschule überschreitet das Recht der Hochschulmedizin (10. Kapitel). Georg Sandberger systematisiert die vielfältigen Organisationsreformen und -modelle, wobei manches berechtigte Kritik erfährt (u. a. Rn. 66 f. zu den Findungsverfahren). Deutlich gerügt wird das politische Versagen bei der Schaffung hinreichender Ausbildungskapazitäten, um dem gesellschaftlichen Bedarf an Medizinerinnen zu genügen. Den Bedenken gegen ein Medizinstudium an einer ausländischen Fakultät, weitgehend in Deutschland ohne Akkreditierung durchgeführt, hat man bislang kaum Rechnung getragen.

Im 13. Kapitel zum Prüfungsrecht konnte Helmut Schnellenbach Einzelfragen zu Online-Prüfungen weitgehend ausklammern, um die klassischen Anforderungen an das Prüfungsverfahren samt Rechtsschutz in der gebotenen Ausführlichkeit zu entwickeln. Bei Konflikten zwischen Prüfungsordnung und Wissenschaftsfreiheit, zwischen Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden Leistungsanforderungen, wird praxisnah eine Konfliktschlichtung „nach dem Muster der praktischen Konkordanz“ (Rn. 23) vorgeschlagen.

Das umfangreichste Kapitel 10 von Frank Wertheimer und Markus Meißner erörtert das Arbeitsrecht des Hochschulpersonals in all seinen Facetten, wobei ein Schwerpunkt u. a. auf Befristungsfragen, die immer wieder im Streit sind, gelegt ist. Ähnlich umfassend werden von Josef Franz Lindner die Rechtsfragen des Studiums im 13. Kapitel entwickelt, wobei allenfalls die Einschränkungsmöglichkeiten der Lehrfreiheit im didaktischen Bereich (Rn. 23) ausbaufähig sind.

Das „Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals“ (Kapitel 14) ist von Horst-Peter Götting, das „Erfindungsrecht des wissenschaftlichen Personals“ (Kapitel 15) ist von Rudolf Kraßer bearbeitet. Beide Bearbeitungen gehen, sehr nachvollziehbar, stärker in das Detail, als es an sich Ziel des Handbuchs ist. Gibt es doch im Bereich des Urheber- und Erfindungsrechts Veränderungen der Rechtslage, die nicht immer leicht zu verfolgen sind. Von Götting werden die unionsrechtlichen Vorgaben ebenso wie etwa das Data-Mining berücksichtigt. Seinen Bemerkungen zur Zweitveröffentlichungspflicht (Rn. 94) und zur Ablehnung professoraler Publikationspflichten (Rn. 132) kann man nur zustimmen. Zu knapp

kommt freilich die Hochschulen und Politik empfindlich treffende Plagiats-Problematik (Rn. 54 ff.), auch im Stichwortverzeichnis fehlt ein Hinweis. Die wichtige Thematik des wissenschaftlichen Fehlverhaltens wird allerdings von Hubert Detmer im 4. Kapitel, Rn. 166 ff. überblicksweise angesprochen.

Im abschließenden 16. Kapitel wendet sich Gerhard Möller der Verbindung von „Hochschulfinanzierung und Steuerung“ zu. Einer zuverlässigen Orientierung über die Verfahren und Modi der Hochschulfinanzierung steht ein recht knapper Abschnitt der „Instrumente der Hochschulsteuerung“ (Rn. 47 ff.) gegenüber. Die wichtigsten Steuerungskonzepte sind zwar angesprochen. Es fehlen aber nicht nur in diesem Kapitel Ausführungen zur Rolle des Wissenschaftsrates, vor allem zu seinen Empfehlungen und Strukturvorschlägen für viele Bereiche des Hochschulsektors. Auch sollten die fehlenden, rechtsstaatlich gebotenen Aufsichtsmöglichkeiten über den Wissenschaftsrat nicht unerwähnt bleiben.

Der „Hartmer/Detmer“ ist für jeden unverzichtbar, der sich mit dem Wissenschafts- und Hochschulrecht befasst. Die Herausgeber sind nicht der Versuchung erlegen, einen zweiten Band auf den Weg zu bringen, um der Dynamik der Rechtsentwicklung noch ausführlicher Rechnung zu tragen. Auch wenn man bisweilen eine etwas knappe Darstellung bedauern mag, so hat dies auch Vorteile: Die Autoren haben sich auf das Wesentliche beschränkt, was die Lesbarkeit der Beiträge fördert. Neuere Entwicklungen werden in der Regel eingehender vertieft, was der Praxistauglichkeit des Handbuchs besonders nützt. Der Praxistauglichkeit dienen ebenso die Orientierung an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere des BVerfG, die Hinweise auf historische Entwicklungslinien des Hochschulrechts sowie mancherlei Gestaltungsvorschläge. Aber nicht nur die Praxistauglichkeit sei besonders hervorgehoben. Der Hartmer/Detmer entfaltet auch die Grundrechtsverwirklichung im Bereich von Forschung, Lehre und Hochschule. Auch dies macht dieses Handbuch zum unentbehrlichen Begleiter bei der Klärung hochschulrechtlicher Fragen.

Dr. Thomas Würtenberger ist em. Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht.

