

# OdW ORDNUNG DER WISSENSCHAFT

Heft 1 / 2025

## Aufsätze

- Michael Fehling* Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen einschließlich der Verpflichtung zum Einbehalt von Nutzungsrechten – Ein Update **1-14**
- Thomas Würtenberger* Wandel der Lehrfreiheit durch Digitalisierung und Künstliche Intelligenz **15-26**
- Gerrit Christoph* Künstliche Intelligenz im industriellen Mittelstand: naive Hoffnungen, übertriebene Befürchtungen **27-32**
- Andreas Zöllner* Künstliche Intelligenz und Mitbestimmung im Hochschul- und Wissenschaftsbetrieb. Zugleich eine systematische Gegenüberstellung von BetrVG und Personalvertretungsgesetzen **33-44**
- Masao Homma* 20 Years of Activities of the ANUM: the Association of Innovative University Management **45-48**

## Buchbesprechung

- Wilfried Bernhardt* Besprechung von Sarah Rachut, Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten, 2024, 775 Seiten **49-52**

## Urteilsbesprechung

- Carsten Morgenroth* Globales statt konkretes Überdenken – aber wann und wie? – Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zum Überdenkungsverfahren **53-60**

**Berichte**

*Manfred Löwisch, Niclas Schütze* Wissenschaftszeitvertragsgesetz nach dem  
Ampel-Aus **61-62**

**Ausgegraben**

*Christoff Weigels Ständebuch von 1698* Der Rechtsgelehrte und Advocat **63-64**

# Michael Fehling

## *Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen einschließlich der Verpflichtung zum Einbehalt von Nutzungsrechten – Ein Update\**

### Übersicht

#### I. Neue Akzente durch veränderte Rahmenbedingungen

#### II. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

1. Unveränderte grundrechtsdogmatische Maßstäbe
  - a) Öffentliche Forschungsförderung auf nationaler Ebenen unter Art. 5 Abs. 3 GG
  - b) Weitgehende Übertragbarkeit auf die europäische Ebene trotz kleiner dogmatischer Unterschiede
  - c) Fehlende Bedeutung anderer Grundrechte im hiesigen Kontext
2. Gute wissenschaftliche Praxis als zunehmend zentrale Kategorie
  - a) Bedeutung für die Konturierung der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit
  - b) Verknüpfung von wissenschaftsethischen Standards und gelebter Praxis in einem rechtlichen Rahmen
3. Notwendigkeit vorsichtiger Neubewertung angesichts des disziplinspezifischen Wandels der relevanten Praktiken
4. Konsequenzen für zulässige Ausgestaltungsmöglichkeiten von Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen
  - a) Reichweite einer Verpflichtung zur Open Access-Publikation
  - b) Berücksichtigung der fachspezifisch unterschiedlichen Wissenschaftskulturen
  - c) Verbleibende freie Wahlmöglichkeiten des Autors
  - d) Vorschläge für Regelbeispiele
  - e) Steuerungsmöglichkeiten bei der faktischen Reichweite der Ausnahmen
  - f) Erweiterung der erfassten Publikationen durch zusätzliche Publikationszuschüsse

#### III. Verpflichtung in Förderbedingungen zum Einbehalt von Nutzungsrechten im Verlagsvertrag

1. Tendenziell geringer Eingriff in die Publikationsfreiheit
2. Verbleibende Bedeutung eines vertraglichen Rechte-Vorhalts trotz § 38 Abs. 4 UrhG
3. Unzumutbarkeit und subjektive Unmöglichkeit als Verhältnismäßigkeitsgrenze
4. Konsequenzen für zulässige Gestaltungen in den Förderbedingungen
  - a) „Comply or explain“-Verpflichtungen und Alternativen
  - b) Erleichterung durch Abschluss von Transformationsverträgen

#### IV. Zusammenfassung

#### **I. Neue Akzente durch veränderte Rahmenbedingungen**

Das Anliegen, öffentlich – etwa durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), aber auch durch Bundesministerien oder die Europäische Kommission – geförderte Wissenschaftler in den Förderbedingungen<sup>1</sup> zur Publikation der daraus entstandenen Aufsätze Open Access zu verpflichten, steht schon seit längerem im Raum und wurde in dieser Zeitschrift bereits ausführlich rechtlich analysiert.<sup>2</sup> Die Entwicklung ist dabei jedoch nicht stehen geblieben. Zwar hat sich Open Access in den meisten Fachdisziplinen noch nicht als regelmäßige oder vorherrschende Publikationsform durchgesetzt, doch werden mittlerweile immer mehr wissenschaftliche Artikel barriere- und kostenfrei im Internet zugänglich gemacht. Zudem verbreitet sich die Einschätzung,

\* Erweiterte und überarbeitete Fassung eines Kurzgutachtens, das der Verfasser im Herbst 2023 für die DFG erstattet hat. – Alle Internetquellen wurden zuletzt am 19.11.2024 abgerufen.

<sup>1</sup> Nicht unmittelbar Gegenstand dieses Beitrags ist demgegenüber die Auferlegung einer Zweitveröffentlichungspflicht (i. S. einer Pflicht des Urhebers, von der Ermächtigung in § 38 Abs. 4 UrhG Gebrauch zu machen) durch staatliche Hochschulen, wie es die Universität Konstanz auf Grundlage der landesrechtlichen Sat-

zungsermächtigung in § 44 Abs. 6 LHG BW versucht hatte; dazu Frenzel, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht BW, Stand 33. Edition 1.3.2021, § 44 LHG BW Rn. 34 ff.; Höpfner/Amschewitz, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, 2966 ff.; w.N. in Fn. 53.

<sup>2</sup> Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179 ff.

dass Creative-Commons-Lizenzen<sup>3</sup> einen sinnvollen Ausgleich zwischen der urheberrechtlichen Absicherung des Autors und den Nutzungsinteressen der Allgemeinheit zu gewährleisten vermögen.<sup>4</sup> Erste Ansätze gibt es dazu sogar schon in der Rechtswissenschaft,<sup>5</sup> wo die Publikationslandschaft bislang mit wenigen Ausnahmen<sup>6</sup> durch Subskriptionszeitschriften geprägt ist. Gestützt durch Rahmenvereinbarungen großer Wissenschaftsorganisationen mit großen Verlagen (sog. Transformationsvereinbarungen) gelingt es Autoren/-innen immer häufiger, eine für sie auch finanziell tragbare Open Access-Publikationsmöglichkeit zu sichern.

Vor diesem – noch näher zu analysierenden – Hintergrund soll hier der Schwerpunkt auf der Frage liegen, inwieweit sich die Rahmenbedingungen in der Scientific Community oder jedenfalls in bestimmten Disziplinen sowie in der urheberrechtlichen Praxis zwischenzeitlich dergestalt verändert haben, dass mittlerweile weiterreichende Verpflichtungen mit der negativen Publikationsfreiheit der Geförderten vereinbar sind als noch vor etwa zehn Jahren.

Dabei könnte der/die Förderungsempfänger/-in einer etwaigen Open Access-Verpflichtung grundsätzlich auf zwei Wegen nachkommen: entweder durch Erstveröffentlichung (Golden Road, idealerweise für den Autor/die Autorin ohne Publikationsgebühren – sogenannter Diamond Open Access) in einem Open Access Journal bzw. einem Repository, das für jedermann kostenfrei zugänglich ist, oder im Anschluss an die Publikation in einer Subskriptionszeitschrift bzw. in einem käuflich zu erwerbenden Buch – notfalls unter Einhaltung einer Embargofrist – durch eine entsprechende Zweitveröffentlichung (Green Road). Wiewohl die Golden Road aus Kostengründen bevorzugt wird, wäre „notfalls“ auch die Green Road ausreichend, um die barrierefreie Zu-

gänglichkeit der Forschungsergebnisse sicherzustellen. Die allgemeine Nutzbarkeit und Weiterverbreitungsmöglichkeit der Open Access-Publikation lässt sich durch die Verwendung einer Creative Commons-Lizenz absichern, doch sind auch andere Wege vorstellbar.

Eine wichtige Rolle spielt insoweit auch die Frage, inwieweit Geförderte verpflichtet werden können, sich bei Erstveröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift im Verlagsvertrag die Nutzungsrechte einzubehalten, damit ihnen eine Zweitpublikation Open Access (Green Road) möglich bleibt. Das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG enthält so viele Restriktionen, dass damit ein vertraglich ausgehandelter Rechte-Vorbehalt nicht obsolet wird. Optimalerweise sollte die Zweitveröffentlichung aufgrund der einbehaltenen Nutzungsrechte sofort möglich sein, notfalls wäre aber auch eine – möglichst kurze – Embargofrist (wie bei § 38 Abs. 4 UrhG) zu akzeptieren. Das bloße Einbehalten der Nutzungsrechte wird den/die Autor/-in regelmäßig nicht dazu berechtigen, das Layout der kommerziellen Erstpublikation auch für die Zweitveröffentlichung Open Access zu nutzen. Doch sollten die Nutzungsrechte möglichst das Recht enthalten, in der Zweitveröffentlichung zumindest die Seitenzahlen der Erstpublikation anzugeben, um die einheitliche Zitierfähigkeit des Beitrags zu sichern.

## II. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

Die zentralen (grund)rechtsdogmatischen Maßstäbe bleiben die gleichen wie in meinem früheren Aufsatz dargelegt (sogleich 1.). Doch erscheinen bei der objektivrechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit, also den

3 Dieses aus den USA stammende System soll eine Kultur des Teilens und der Weiterentwicklung fördern, indem den Autoren/-innen als Urhebern von Open Access publizierten Texten die Ausgestaltung der Dritten eingeräumten Nutzungsrechte erleichtert wird. Dazu bekommen die Urheber frei verfügbar verschieden weitreichende Lizenzen zur Verfügung gestellt. In einer Art Baukastensystem wird eine Grundversion mit verschiedenen Einschränkungsmöglichkeiten angeboten: In der Grundversion obliegt Dritten nur die Verpflichtung zur Namensnennung des Urhebers; Veränderungen und kommerzielle Nutzungen des Textes sind in den unabdingbaren Grenzen des Urheberpersönlichkeitsrechts zulässig. Einschränkend kann der Dritte verpflichtet werden, die Nutzung des von ihm verändert weiter verbreiteten Werks nur unter gleichen Bedingungen zu gestatten. Ferner kann die Nutzung zu kommerziellen Zwecken verboten oder können Bearbeitungen durch Dritte ausgeschlossen werden. Nähere Erläuterungen etwa unter <https://www.creativecommons.ch/wie-funktioniert/>.

4 Zur potentiellen Kollision mit einer Übertragung von Verwertungsrechten an die VG Wort siehe *Lauber-Rönsberg*, *Disponible Zugangsregeln? – Open Access als Testfall für das Verhältnis von individuellen, kollektiven und gesetzlichen Nutzungserlaubnissen*, ZUM 2023, 420 ff.

5 Insbesondere in der – freilich nicht allein juristische Beiträge enthaltenden – Zeitschrift „Medizinrecht“: dort Zweitpublikation neben der gedruckten Zeitschrift im Internet über „Creative Commons Namensnennung 4.0-Lizenz“, dabei „Open Access funding enabled and organized by Project DEAL“ (zu DEAL näher Fn. 51); anekdotisch-empirischer Überblick über frei verfügbare Volltextversionen von Beiträgen aus gängigen juristischen Fachzeitschriften bei *Radtke*, *Die Hintertür zu mehr Open Access?*, GRUR 2022, 1562, 1563 f.; *Hamann*, *Urheberrecht als Ermöglichsinfrastruktur für Open-Access-Publikationen*, ZUM 2023, 410.

6 Wie nicht zuletzt diese Zeitschrift; daneben etwa die (Ausbildungs-)„Zeitschrift für das juristische Studium -ZJS“.

Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems, einige Präzisierungen angezeigt. Zentrale Bedeutung gewinnen dabei die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, die es deshalb zu konturieren gilt (2.). Da sich die relevanten Praktiken der Scientific Community bezüglich einer Open Access-Publikation jedenfalls in manchen Disziplinen weiterentwickelt haben (3.), erscheinen vorsichtige Neubewertungen dessen angezeigt, was zugunsten der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems von den Geförderten verlangt werden kann (4.).

#### 1. Unveränderte grundrechtsdogmatische Maßstäbe

##### a) Öffentliche Forschungsförderung auf nationaler Ebenen unter Art. 5 Abs. 3 GG

Zur Vermeidung von Wiederholungen genügt es, hier die wesentlichen dogmatischen „Eckpunkte“ der verfassungsrechtlichen Analyse, die weiterhin maßgeblich bleiben, kurz in Erinnerung zu rufen:

Auch die DFG ist als semi-staatliche Forschungsförderungsorganisation an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>7</sup> Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) schützt die positive wie negative Publikationsfreiheit unter Einschluss auch der Freiheit des Forschenden, selbst darüber zu entscheiden, wo und wie er/sie publiziert.<sup>8</sup> Förderbedingungen bewirken einen faktischen Grundrechtseingriff, soweit Wissenschaftler/-innen auf Forschungsförderung angewiesen sind, weil die Grundausstattung für eine statusadäquate Forschung im jeweiligen Fach nicht ausreicht.<sup>9</sup> Die individuelle Publikationsfreiheit ist durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar, worunter nicht zuletzt die Funktionsbedingungen der Wissenschaft als objektivrechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit fallen.<sup>10</sup> Es bedarf eines verhältnismäßigen, möglichst schonenden Ausgleichs zwischen der individuellen und der objektivrechtlichen Seite von Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>11</sup> Unverändert bleiben auch die in der Verhältnismäßigkeitsabwägung grundsätzlich zu berücksichtigenden Gesichtspunkte.<sup>12</sup> Erst bei deren Gewichtung ergeben sich potenziell Ver-

änderungen im Lichte der Entwicklungen in den letzten Jahren.

Diese aus Art. 5 Abs. 3 GG herzuleitenden Maßstäbe gelten gleichermaßen für die finanzielle Forschungsförderung durch (Bundes-)Ministerien wie besonders das BMBF, die für die Wissenschaftsfinanzierung jedenfalls in manchen Fächern praktisch ebenfalls äußerst relevant ist. Private Forschungsförderer wie die Thyssen-Stiftung und wohl auch die VolkswagenStiftung sind dagegen nicht grundrechtsgebunden; immerhin kann aber die Praxis auch dieser nichtstaatlichen Forschungsförderer mit herangezogen werden, wenn es um die zunehmende Verbreitung von Open Access-Förderungsbedingungen geht.

##### b) Weitgehende Übertragbarkeit auf die europäische Ebene trotz kleiner dogmatischer Unterschiede

Die EU-Kommission sowie das European Research Council haben für ihre Forschungsförderung nach Art. 51 Abs. 1 GrCh i.V.m. Art. 179 ff. AEUV das EU-Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 13 Satz 1 GrCh zu beachten.<sup>13</sup>

Im Verfassungskonvent wurde die Reichweite der Forschungsfreiheit nur ganz am Rande diskutiert. Letztlich spricht aber nichts dagegen, auch bei Art. 13 Satz 1 GrCh die negative Publikationsfreiheit als mit geschützt anzusehen.<sup>14</sup>

Angesichts der hohen Bedeutung, die auch der Forschungsförderung auf EU-Ebene für eine funktionsadäquate Forschung zukommt,<sup>15</sup> namentlich im Programm „Horizon Europe“, kann auch auf dieser Ebene ein Grundrechtseingriff nicht mit der Erwägung in Abrede gestellt werden, der/die Wissenschaftler/-in lasse sich freiwillig auf entsprechende Forschungsbedingungen ein, weil er/sie ja auch auf die Förderung verzichten könne.<sup>16</sup>

Da in der EMRK eine Parallelbestimmung fehlt – die Wissenschaftsfreiheit ist dort allein als Teil der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK garantiert<sup>17</sup> –, greift Art. 52 Abs. 3 GrCh i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EMRK als Grund-

7 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 193 f.

8 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 190 ff.

9 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 194 ff.

10 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 197 f.

11 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 200.

12 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 201 ff.

13 Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 14; Kempen, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2016, Art. 13 Rn. 22 f.

14 So fast wörtlich Fehling/Tormin, Das Teilen von Forschungsda-

ten zwischen Wissenschaftsfreiheit und guter wissenschaftlicher Praxis, WissR 54 (2021), 281, 296.

15 Siehe etwa Massih-Tehrani/Baier/Gengnagel, EU-Forschungsförderung im deutschen Hochschulraum: Universitäten zwischen Wissensökonomie und akademischer Selbstbestimmung, Soziale Welt 66 (2015), 55.

16 Fehling/Tormin (Fn. 14), WissR 54 (2021), 281, 295.

17 Statt aller Grote/Wenzel, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG-Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 32; aus der Rspr. z.B. EGMR v. 8.6.2010 – 44102/04 – Sapan v. Turkey.

rechtsschranke nicht ein.<sup>18</sup> Vielmehr ist nach der allgemeinen Regel des Art. 52 Abs. 1 GrCh<sup>19</sup> auch die Forschungsfreiheit durch Gesetz einschränkbar, ohne dass es eines Nachweises kollidierender Rechtsgüter im Range des Primärrechts bedürfte. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GrCh verweist auf die „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“, worunter sich auch die Funktionsfähigkeit eines gemeinsamen europäischen Raumes der Forschung fassen lässt, wie er in Art. 179 Abs. 1 AEUV beschworen wird. Dabei bestehen mindestens große Ähnlichkeiten zu den Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems, deren Schutz bei Art. 5 Abs. 3 GG aus der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit hergeleitet wird.<sup>20</sup>

Im Abwägungsergebnis mag unter Art. 13 Satz 1 GrCh der Schutz der negativen Publikationsfreiheit vielleicht – einschlägige Rechtsprechung liegt insoweit nicht vor – etwas schwächer ausfallen als unter Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>21</sup> Denn in wohl keinem anderen EU-Mitgliedstaat wird der Wissenschaftsfreiheit ein so hoher Rang zugestanden wie in der deutschen Tradition.<sup>22</sup> Allerdings sind die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, auf die es wie noch zu zeigen hier zentral ankommt, aufgrund der internationalen Vernetzung der meisten Wissenschaftsdisziplinen grenzüberschreitend nahezu identisch;<sup>23</sup> dadurch dürften sich die Verhältnismäßigkeitsabwägungen auf der europäischen und der deutschen Rechtsebene letztlich doch mehr oder minder angleichen.

#### c) Fehlende Bedeutung anderer Grundrechte in hiesigen Kontext

Andere Grundrechte spielen hier keine wesentliche Rolle. Vereinzelt wird zwar zusätzlich die Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie bezweifelt, wenn der Urheber die Zweitveröffentlichung, wie in § 44 Abs. 6 LHG BW für die drittmittelunabhängige Hochschulforschung mit vorgeschriebener Nutzung eines Hochschul-Repository-

ums vorgesehen, ohne finanzielle Kompensation gestatten muss. Denn auch die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechts ist durch Art. 14 GG grundsätzlich dem Urheber zur eigenen Verfügung zugeordnet. Doch darf der Gesetzgeber – nicht dagegen der Forschungsförderer – den Inhalt des Eigentums abweichend ausgestalten, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse am Ausschluss eines Vergütungsanspruchs zwecks allgemeiner Zugänglichkeit des Textes besteht.<sup>24</sup> Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ließe sich möglicherweise darauf verweisen, dass das Open-Access-Zugangsmo- dell ansonsten durch erhebliche Zusatzkosten wesentlich erschwert würde.<sup>25</sup>

Indes dürfte sich jedenfalls für die vorliegende Konstellation, wo es nicht um staatliche oder universitäre Vorgaben, sondern um Vorgaben in Förderbedingungen öffentlicher Forschungsförderorganisationen geht, das ganze Problem gar nicht erst stellen. Denn Organisationen wie die DFG sind allein an der Open Access-Zugänglichkeit, nicht aber am Ausschluss einer Vergütung für den Autor für eine solche Zweitpublikation im Rahmen der Green Road interessiert. Wenn nämlich der Forschungsförderer die Zweitveröffentlichung nicht selbst vornimmt, hat er vom einem Vergütungsausschluss keinen eigenen finanziellen Vorteil – anders als ein Bundesland, bei dem eine etwaige Vergütung, die seine Hochschulen für die Gestattung der Zweitveröffentlichung in einem hochschuleigenen Repository bezahlen, letztlich den Staatshaushalt zusätzlich belasten würde.

Im übrigen erscheint es von vornherein fast durchweg ökonomisch illusorisch, dass ein Autor und Urheber für eine Open Access-Zweitpublikation eine Vergütung auszuhandeln im Stande wäre. Vielmehr bedarf es dafür gerade umgekehrt regelmäßig eines finanziellen Zuschusses, um die Kosten der Open Access-Publikation, etwa eines entsprechenden qualitätsgesicherten Reposi-

18 Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 13), Art. 13 insb. Rn. 6 f.; a.A. allerdings. I. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwartze/-Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Kommentar EUV/AEUV/GRC*, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 13 GRC Rn. 13 unter Verweis auf die Charta-Erklärungen, *Abl.* 2007 C 303/22, was jedoch mangels ausdrücklicher Garantie der Wissenschaftsfreiheit in Art. 10 EMRK nicht überzeugt; zum Meinungsstand m.w.N. auch *Thiele*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 13 Rn. 16 f.

19 Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 13), Art. 13 Rn. 12; *Ruffert*, in: *Callies Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 13 GrCh Rn. 11.

20 Zum Ganzen teilweise wörtlich *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 295.

21 Vgl. – dort auf Data Sharing bezogen – *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 295 ff.

22 Siehe etwa den – im Detail freilich mittlerweile nicht mehr aktuellen – Überblick über die Verbürgungen in anderen europäischen Staaten bei *Fehling*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 110 Lfg. Mai 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 294 ff.

23 *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 310.

24 Verneint für das damals unentgeltliche Schulbuchprivileg von *BVerfGE* 31, 229, 243 ff.

25 Zweifelnd allerdings *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), *NJW* 2019, 2966, 2969 f.

toriums, abzudecken. Der Ausschluss einer Vergütung, die ohnehin nicht zu erzielen ist, ergibt keinen Sinn.

## 2. Gute wissenschaftliche Praxis als zunehmend zentrale Kategorie

### a) Bedeutung für die Konturierung der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit

In ihrer objektiv-rechtlichen Funktion als „wertentscheidende Grundsatznorm für das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat“<sup>26</sup> statuiert die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eine staatliche Gewährleistungsverantwortung für die organisatorischen Rahmenbedingungen eines funktionsfähigen Wissenschaftssystems.<sup>27</sup> Ähnliches gilt, wie soeben erläutert, auch für Art. 13 Satz 1 GrCh. Dies führt zu der Frage, wie diese Rahmen- und Funktionsbedingungen zu ermitteln und in der Abwägung mit gegenläufigen individuellen Freiheitsrechten zu gewichten sind.

Dass die Publikation Open Access die Zugänglichkeit der Forschungsergebnisse verbessert und damit den wissenschaftlichen Austausch erleichtert, ist evident. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht automatisch, dass die Zugänglichkeit ohne Bezahlschranke für das Funktionieren des Wissenschaftssystem eine so hohe Bedeutung besitzt, dass dies grundrechtlich geschützte Interessen der Geförderten an der freien Wahl von Publikationsort und Publikationsweise überwiegt. Dies umso mehr, als sich sogar nach Einschätzung der DFG die Hoffnung, mit der Umstellung des Publikationswesens auf Open Access (und damit auf Publikationsförderung statt Förderung des Erwerbs der Publikationen) würde in der Summe Geld gespart, angesichts beträchtlicher Publikationsgebühren jedenfalls bislang kaum bewahrheitet hat.<sup>28</sup> Mehrkosten drohen besonders, aber nicht ausschließlich, bei der Green Road. Denn dann müssen die Autoren/-innen für die Publikation selbst bezahlen – was letztlich den finanziellen (Forschungs-)Förderungs-

bedarf erhöht. Nur beim Diamond Open Access, wenn also Wissenschaftsorganisationen bereits mit den Verlagen Open Access-Konditionen ausgehandelt haben, fallen bei den Autoren/-innen keine Publikationsgebühren an. Außerdem begünstigt in vielen Disziplinen der „Journal Impact Factor“ weiterhin die klassischen Subskriptionszeitschriften,<sup>29</sup> was die Golden Road für die geförderten Wissenschaftler weniger attraktiv macht. Demnach ist ein Wandel der Einstellungen in der Scientific Community zugunsten von Open Access zwar – in einem disziplinspezifisch unterschiedlichen Ausmaß – spürbar, geht aber jedenfalls in einigen Disziplinen nicht so schnell, wie sich dies manche erhofft hatten.<sup>30</sup>

Die Dynamik der Entwicklung lässt sich verfassungsrechtlich in den sich wandelnden Anschauungen darüber abbilden, was zu den Grundsätzen guter wissenschaftlicher Praxis gehört und deshalb im Wissenschaftssystem selbst für geboten erachtet wird. Die Bedeutung des Open Access für das Wissenschaftssystem erscheint umso höher, je mehr sich – gegebenenfalls disziplinspezifisch – Open Access bereits zu einem Standard guter wissenschaftlicher Praxis entwickelt hat.

### b) Verknüpfung von wissenschaftsethischen Standards und gelebter Praxis in einem rechtlichen Rahmen

Diese Standards vereinen rechtsethisch für geboten erachtete wissenschaftliche Vorgehensweisen mit den bereits akzeptierten Praktiken der jeweiligen Scientific Community und rechtlich normativer Wertung.<sup>31</sup>

Für die wissenschaftsethische Fundierung der guten wissenschaftlichen Praxis können die *Mertonschen* Grundsätze des Universalismus, Kommunismus, organisierten Skeptizismus und der Uneigennützigkeit<sup>32</sup> als Ausgangspunkt dienen.<sup>33</sup> Sofern es sich nicht um eindeutiges wissenschaftliches Fehlverhalten handelt, lässt sich freilich über dasjenige, was in Konkretisierung dieser allgemeinen Leitlinien wissenschaftsethisch objektiv geboten erscheint, oftmals streiten. In Zweifelsfällen

26 BVerfGE 35, 79, 112; 93, 85, 95.

27 Im hiesigen Kontext *Fehling* (Fn. 2), *OdW* 2014, 179, 192; auf Data Sharing bezogen *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 290.

28 Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“, Information für die Wissenschaft Nr. 56 v. 4.9.2018, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2018/info-wissenschaft-18-56> [19.11.2024]; vgl. auch *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S, *Soziopolis* v. 1.4.2020, <https://www.sozio.polis.de/die-deutsche-forschungsgemeinschaft-und-plan-s.html> [19.11.2024].

29 Erneut Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“

zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28).

30 Ähnlich *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S (Fn. 28).

31 Dies klingt an auch in dem Kommentar von *Fisahn*, Wahrheit und Fußnote, *NJW* 2020, 743, 747. Hierzu und zum Folgenden näher – dort zu Data Sharing in der Wissenschaft – und hier teilweise wörtlich übernommen *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 303 ff.

32 *Merton*, *Social Theory and Social Structure*, 1957, S. 552 ff.

33 Vgl. *Hartmann*, Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, 2005, S. 11 ff., 91 m.w.N. Demgegenüber kritisch zur Leistungsfähigkeit der *Mertonschen* Kriterien *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, *VVDStRL* 65 (2006), 146, 155 f.

kann es deshalb als Richtschnur dienen, was die großen Wissenschafts(förder)organisationen in ihren Leitlinien und Verlautbarungen als geboten ansehen. Dies kann ein Stück weit über das hinausgehen, was sich bereits voll in der Praxis durchgesetzt hat.

Doch darf der Bezug zur gelebten Praxis in der jeweiligen Community nicht verlorengehen. Denn sonst bestünde zumindest theoretisch das Risiko, dass große Organisationen wie die DFG oder die Max-Planck-Gesellschaft, die trotz ihres Fundaments in der wissenschaftlichen Selbstverwaltung semi-staatlich und damit grundrechtsgebunden bleiben, mit zu idealisierenden Setzungen die (negative Publikations-)Freiheit der Wissenschaftler übermäßig einschränken. Die reale Praxis muss daher bei der Konturierung der guten wissenschaftlichen Praxis als Korrektiv gegen Fremdbestimmungsgefahren dienen und kann zugleich als empirisch fundierter „Anker“ der Gefahr zu großer Beliebigkeit entgegenwirken, wie sie bei subjektiv geprägten ethischen Wertungen nicht ganz auszuschließen ist.

Da es letztlich jedoch um Gemeinwohlanforderungen an die Wissenschaft geht, dürfen diese nicht gänzlich der Einschätzung der Scientific Community und der gelebten Praxis überlassen werden. Deshalb muss der äußerste Rahmen für die Konturierung der jeweiligen Standards dem Recht als normativem Bezugspunkt entnommen werden.<sup>34</sup> Teilweise wird die Verbindung schon dadurch hergestellt, dass Standards guter wissenschaftli-

cher Praxis die Rechtsqualität einer (Hochschul-)Satzung oder von Vereins-Binnenrecht erhalten.<sup>35</sup> Dabei wirkt die besondere Akzentuierung individueller Freiheit in Art. 5 Abs. 3 GG der Konstruktion eines allzu rigiden wissenschaftsethischen „Gemeinwohlkorsetts“ ebenso entgegen wie umgekehrt das (z.B. wissenschaftliche Urheber-)Recht zu laxen Gewohnheiten (etwa die Autorenschaft oder die Zitierweise betreffend), die sich als Fehlentwicklungen in der Scientific Community eingeschlichen hatten.

### 3. Notwendigkeit vorsichtiger Neubewertung angesichts des disziplinspezifischen Wandels der relevanten Praktiken

Mittlerweile haben immer mehr deutsche Wissenschafts(förder)organisationen zu vermehrtem Open Access-Publizieren aufgerufen.<sup>36</sup> Einige legen dies den geförderten Wissenschaftlerinnen nur nahe (wie zum Beispiel bislang die DFG<sup>37</sup> und wohl auch die Max-Planck-Gesellschaft<sup>38</sup> sowie die Thyssen-Stiftung<sup>39</sup>), andere sehen dies als Regel vor, von der aber in begründeten Einzelfällen Ausnahmen gemacht werden können (wie etwa die VolkswagenStiftung<sup>40</sup>), wieder andere machen die Veröffentlichung Open Access sogar zur zwingenden Fördervoraussetzung. Letzteres gilt insbesondere für die Mitglieder der „cOAlition S“.<sup>41</sup> Allerdings stammen die meisten Mitglieder aus anderen Staaten, in denen die individuelle Wissenschafts- und Publi-

34 Ein ähnliches Argument ist aus der Verfassungsrechtsprechung zu Art. 12 GG bekannt: Berufsausübungsregelungen mit statusbildendem Charakter dürfen auch deshalb nicht allein den Kammern als Selbstverwaltungsorganisationen im Satzungswege überlassen werden, weil sonst reine Standesinteressen zulasten externer Gemeinwohlbelange zu dominieren drohen; vgl. BVerfGE 76, 171, 185.

35 Vgl. *Apel*, Verfahren und Institutionen zum Umgang mit Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2009, S. 228 ff.

36 Gesamtüberblick bei *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access v. 21.1.2022, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/2022/9477-22.html>, insb. Anhang.

37 DFG-Vordruck 2.00/1/23 sowie die Erläuterung dazu auf der Webseite „Aufforderung zur Open-Access-Veröffentlichung“, <https://www.dfg.de/de/foerderung/foerdermoeglichkeiten/programme/infrastruktur/lis/open-access/unterstuetzung-forschende>. Da die DFG Open Access bislang „nur“ unterstützt und unverbindlich dazu auffordert, ist sie auch nicht Mitglied der cOAlition S, dazu Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28); *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S (Fn. 28); zur Förderung vgl. auch DFG, DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“, Information für die Wissenschaft Nr. 26 v. 19.3.2022, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wis->

[wissenschaft/2022/info-wissenschaft-22-26](https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2022/info-wissenschaft-22-26).

38 Die MPG gehört zu den Unterzeichnern der „Berliner Erklärung“ und sucht Open Access besonders durch Verträge mit renommierten Wissenschaftsverlagen („transformation agreements“) zu fördern. Vgl. „Open Access Initiativen der Max-Planck-Gesellschaft“, <https://openaccess.mpg.de/de> [19.11.2024].

39 In den dortigen Förderbedingungen findet sich nichts zu Open Access, es können aber spezifische Druckbeihilfen für Open-Access-Publikationen beantragt werden. [https://www.fritz-thyssenstiftung.de/cms/wp-content/uploads/2020/04/FTS\\_de\\_Druckbeihilfen\\_April2020.pdf](https://www.fritz-thyssenstiftung.de/cms/wp-content/uploads/2020/04/FTS_de_Druckbeihilfen_April2020.pdf).

40 *VolkswagenStiftung*, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source, S. 3, [https://www.volkswagenstiftung.de/sites/default/files/documents/Open\\_Science\\_Policy\\_und\\_Umsetzung\\_VolkswagenStiftung.pdf](https://www.volkswagenstiftung.de/sites/default/files/documents/Open_Science_Policy_und_Umsetzung_VolkswagenStiftung.pdf).

41 *cOAlition S*, Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications, [https://www.coalition-s.org/wp-content/uploads/Plan\\_S.pdf](https://www.coalition-s.org/wp-content/uploads/Plan_S.pdf) [19.11.2024]: „With effect from 2021, all scholarly publications on the results from research funded by public or private grants provided by national, regional and international research councils and funding bodies, must be published in Open Access Journals, on Open Access Platforms, or made immediately available through Open Access Repositories without Embargo.“

kationsfreiheit tendenziell etwas weniger stark geschützt ist als in Deutschland nach Art. 5 Abs. 3 GG.<sup>42</sup> Die Europäische Kommission verpflichtet in ihrem Horizon-Programm die Geförderten ebenfalls zur Publikation Open Access,<sup>43</sup> Auch soweit Open Access zwingend gefordert wird, bleibt den Geförderten durchweg die Wahl zwischen Golden Road und Green Road; die „cOAlition S“ ist bei der Green Road allerdings insoweit besonders streng, als sie keinerlei Embargofrist vor der Open Access-Zweitveröffentlichung mehr zulässt.<sup>44</sup> Eine spezifische finanzielle Förderung der Publikation Open Access (Druckbeihilfen u.Ä.) wird hingegen teilweise auf die Golden Road beschränkt.<sup>45</sup> Was die Finanzierung angeht, so strebt man darüber hinaus teilweise einen Diamond Open Access an,<sup>46</sup> wobei bei der Open Access Erstpublikation weder für die Publizierenden noch für die Lesenden Gebühren anfallen und die Publikationsinfrastruktur von wissenschaftlichen Einrichtungen oder Wissenschaftsverbänden auf deren Kosten bereitgestellt wird. Leitlinien bzw. Standards zur guten wissenschaftlichen Praxis nennen die Open Access-Veröffentlichung der Forschungsergebnisse dagegen, soweit ersichtlich, nirgendwo ausdrücklich; dies gilt auch für die entsprechenden Leitlinien der DFG,<sup>47</sup> obwohl sie sich an anderer Stelle explizit zugunsten von Open Access ausspricht.<sup>48</sup>

In der gelebten Praxis zeichnet sich wohl<sup>49</sup> ebenfalls eine deutliche Tendenz zu vermehrtem Open Access-Publizieren ab, allerdings von Fach zu Fach in unterschiedlichem Ausmaß und in unterschiedlicher Geschwindigkeit. Um einen weitestgehend akzeptierten allgemeinen Standard handelt es sich (noch) nicht. In vielen Disziplinen scheint der Transformationsprozess hin

zu Open Access eher langsamer als erwartet voranzugehen.<sup>50</sup>

Der Abschluss von Transformation Agreements mit renommierten Wissenschaftsverlagen, wie vermehrt anzutreffen,<sup>51</sup> könnte diesen Prozess allerdings deutlich beschleunigen, wenn dann auch der „Impact Faktor“ einer Open Access-Publikation nicht mehr oder jedenfalls deutlich weniger im Wege steht.

Zusammenfassend lässt sich – mit aller Vorsicht mangels empirischer Daten – festhalten: Open Access in seinen verschiedenen Erscheinungsformen (mit Wahl des Geförderten zwischen Golden Road und Green Road) scheint in immer mehr Disziplinen auf dem Weg, sich als gute, wenn auch in den meisten Disziplinen längst (noch) nicht zwingende, wissenschaftliche Praxis zu etablieren. Je stärker Forschung und Publikationswesen in einer Disziplin internationalisiert sind, umso weiter hat sich Open Access auch für deutsche Forscherinnen und Forscher bereits etabliert. Besonders im Ausland und auf EU-Ebene, zunehmend aber auch im Inland, entwickelt sich Open Access zu einer Funktionsbedingung des Wissenschaftssystems, ohne dass dieser Publikationsweg jetzt schon als durchweg unverzichtbar wahrgenommen würde. Dabei bleiben die Unterschiede zwischen den einzelnen Wissenschaftsdisziplinen groß.

Mit dem Bedeutungsgewinn von Open Access im Hinblick auf die Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems wächst auch das Gewicht, das der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit in der Abwägung mit der negativen wie positiven Publikationsfreiheit der Geförderten zukommt. Allerdings erscheint umgekehrt die Entscheidungsfreiheit, Forschungsergeb-

42 Vgl. für die Free Speech-Garantie im First Amendment zur US-Verfassung – dort auf Data Sharing bezogen – *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 297 ff., insb. 302.

43 European Commission, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023, S. 41 f, [https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide\\_horizon\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide_horizon_en.pdf). Zum Hintergrund etwa *Winkler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand 83. EL Juli 2024, Art. 180 AEUV Rn. 42 ff.

44 Nachweis oben Fn. 41.

45 Vgl. *cOAlition S*, *Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications* (Fn. 41), S. 3 unten: „cOAlition S urges individual researchers, research institutions, other funders, and governments not to financially support ‘hybrid’ Open Access publishing when such fees are not part of transformation agreements“.

46 Siehe *DFG*, *DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“* (Fn. 37).

47 *DFG*, *Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher*

*Praxis“*, Stand April 2022, [https://zenodo.org/records/6472827/files/kodex\\_leitlinien\\_gwp\\_dfg.1.1.pdf?download=1](https://zenodo.org/records/6472827/files/kodex_leitlinien_gwp_dfg.1.1.pdf?download=1): Zu der dortigen Leitlinie 13 (Herstellung von öffentlichem Zugang zu Forschungsergebnissen) heißt es: „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler entscheiden in eigener Verantwortung – unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des betroffenen Fachgebiets – ob, wie und wo sie ihre Ergebnisse öffentlich zugänglich machen“ (S. 18).

48 Nachweis oben Fn. 37.

49 Mangels empirischer Daten kann es sich bei dieser und den folgenden Aussagen freilich nur um plausible Schätzungen handeln.

50 Siehe bereits oben 2. a) mit Fn. 30.

51 Zuletzt *MPG*, „It’s a deal! Das DEAL-Konsortium und der Fachverlag Elsevier haben eine deutschlandweite Open-Access-Vereinbarung beschlossen“ v. 6.9.2023, <https://www.mpg.de/20819529/open-access-vereinbarung-mit-elsevier>; Überblick über weitere frühere Vereinbarungen in *Wissenschaftsrat*, *Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access v. 21.1.2022* (Fn. 36), Anhang, S. 90 ff.

nisse in einer Subskriptionszeitschrift statt Open Access zu veröffentlichen, dann besonders schutzwürdig, wenn die Open Access-Publikation für den Geförderten mit höheren (Publikations-)Kosten verbunden ist, ohne dass er diese Mehrkosten refinanziert bekommt. Schließlich ist bei der Herstellung eines schonenden Ausgleichs zwischen den konfligierenden Rechtsgütern immer mit zu berücksichtigen, inwieweit im jeweiligen Fach Open Access-Publikationsmöglichkeiten mit gleichen (oder sogar höherem) Renommee zur Verfügung stehen als (bei Aufsätzen) die dortigen Subskriptionszeitschriften oder als (bei Buchpublikationen) entgeltlich vertriebene Bücher oder eBooks.

#### 4. Konsequenzen für zulässige Ausgestaltungsmöglichkeiten von Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

Vor diesem Hintergrund erscheinen in der grundrechtlichen Abwägung zwischen individueller Publikationsfreiheit und den objektiv-rechtlichen Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems etwas strengere Open Access-Vorgaben in den (DFG-)Förderbedingungen zulässig, als dies noch 2013/14 der Fall war. Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich allerdings allein um meine wissenschaftliche Einschätzung; mangels einschlägiger Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur<sup>52</sup> kann ich mich dabei auf keinerlei Autoritäten stützen.

##### a) Reichweite einer Verpflichtung zur Open Access-Publikation

Da sich die Publikationskultur noch im Wandel befindet und Open Access jedenfalls in Deutschland noch kein zwingendes Gebot guter wissenschaftlicher Praxis ist, lässt sich eine *strikte Verpflichtung* zur Veröffentlichung der Forschungsergebnisse aus einem öffentlich geför-

dernten Projekt im Open Access *weiterhin (noch) nicht rechtfertigen*.<sup>53</sup> Auch die – in anderem Kontext bereits genannten<sup>54</sup> – Gründe dafür, dass sich die DFG der „cOAlition S“ nicht als Mitglied angeschlossen hat, sondern diese nur von außen unterstützt,<sup>55</sup> bleiben weiter valide. Andererseits ist die Entwicklung sowohl aus wissenschaftsethischer Perspektive als auch in der gelebten Praxis schon so weit fortgeschritten, dass sich die DFG und andere öffentliche Förderer nicht mehr mit einer bloßen unverbindlichen Aufforderung sowie begleitenden Fördermaßnahmen begnügen müssen.

Als Mittelweg erscheint eine „*comply or explain*“ Regelung gangbar, wie sie anscheinend schon bei der VolkswagenStiftung vorherrscht:<sup>56</sup> Danach bestünde grundsätzlich eine Verpflichtung zur Veröffentlichung Open Access, doch bliebe mit einer tragfähigen Begründung ein opt-out möglich. Dadurch würden die Betroffenen zur Reflexion angehalten; zugleich würde ein moderater, aber doch spürbarer tatsächlicher Befolungsdruck aufgebaut, weil eine Begründung zusätzlichen Aufwand bedeutet und damit möglicherweise sogar ein Reputationsverlust verbunden sein kann.<sup>57</sup> Um insoweit etwas mehr Rechtssicherheit zu schaffen, könnten ergänzend einige als hinreichend eingestufte Gründe angeführt werden. Sie ließen sich etwa als (nicht abschließende und im atypischen Einzelfall wiederum widerlegbare) sogenannte Regelbeispiele<sup>58</sup> ausgestalten.<sup>59</sup> Zwecks möglichst grundrechtsschonender Ausgestaltung sollte die Entscheidung darüber, ob ein opt-out im konkreten Fall gerechtfertigt ist, Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung übertragen werden, etwa unter Einbeziehung der jeweiligen Fachvertreter in der DFG oder der Gutachter/-innen, die zur Beurteilung der Förderungswürdigkeit eingeschaltet werden. Dem/der Geförderten muss dabei zur Wahrung der Publikationsfreiheit ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden werden, wenn man die

52 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg), GG-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 105 (Lfg. 88 August 2019), spricht allgemein davon „die Frage der Publikationsbereitschaft [könne] legitimes Kriterium bei der Verteilung knapper Ressourcen sein“, doch ist damit keine Aussage über einen konkreten Publikationsmodus (Open Access) getroffen. An anderer Stelle (a.a.O. Rn. 113) statuiert er, „auch die Form der Veröffentlichung (z.B. online, als Buch oder in Aufsatzform) [sei] geschützt“.

53 Eine (gesetzliche) Zweitveröffentlichungspflicht wie in § 44 Abs. 6 LHG BW halten mehr oder weniger pauschal für unverhältnismäßig Gärditz, in Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 52), Art. 5 Abs. 3 Rn. 158; Haug, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, 89, 93 f.; etwas vorsichtiger Frenzel, in: von Colln/Haug (Fn. 1), § 44 LHG BW Rn. 35. Dieses Verdikt ist freilich

nicht ohne Weiteres auf Förderbedingungen, die mit zusätzlichen Finanzmitteln verbunden sind, übertragbar.

54 Zu den objektiven Gründen, die den Trend zu Open Access (noch) verlangsamen, siehe oben 2. a).

55 Nachweis oben Fn. 37.

56 Nachweis oben Fn. 40.

57 Vgl. zu diesen Mechanismen am Beispiel von Art. 63 DSA, aber insoweit verallgemeinerungsfähig, Marsch, in: Hofmann/Raue (Hrsg), Digital Service Act, 2023, Art. 63 Rn. 23

58 Zum Begriff und dessen – im Text in Klammern vorangestellten – Bedeutung statt vieler: F. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 134: „Konkretisierung mit bloßer Indizwirkung, so dass nicht zwingend das jeweilige Tatbestandsmerkmal oder der jeweilige Tatbestand erfüllt ist bzw. die Rechtsfolge eintritt“.

59 Näher, auch zum möglichen Inhalt, unten d).

Überprüfung der Begründung nicht von vornherein auf eine bloße Plausibilitätskontrolle beschränkt.

Als Alternative könnte man daran denken, die vorab erklärte Bereitschaft zur späteren Publikation Open Access oder auch bereits vorzuweisende Open Access-Publikationen als ein – gegenüber der fachlichen Qualität allerdings *nachrangiges* – Kriterium für die Bewilligung von Förderanträgen zu verwenden. Die Einbeziehung eines sogenannten „Open Science-Scores“ in die Auswahlentscheidung bei Förderanträgen wird anscheinend von der Europäischen Kommission angedacht.<sup>60</sup> Allerdings haben diese beiden Wege erhebliche Nachteile,<sup>61</sup> die bei derzeitigem Stand auch die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit ernsthaft in Frage stellen. Die Einbeziehung eines Open Science-Score in Förderentscheidungen begünstigt strukturell erfahrene(re) Forscher/-innen und geht damit zu Lasten der Jüngeren, die noch nicht so viele Publikationen vorweisen können und damit auch noch nicht so viele Möglichkeiten zur Open Access-Publikation und zur Bereitstellung von Forschungsdaten hatten. Gewiss lässt sich diese Schiefelage ein Stück weit ausgleichen, doch verkompliziert dies die Auswahlentscheidung zusätzlich.

Das Problem der strukturellen Benachteiligung Jüngerer stellt sich zwar von vornherein nicht, wenn *nur die vorab erklärte Bereitschaft* zur Publikation der Ergebnisse aus dem konkret beantragten Forschungsprojekt berücksichtigt wird. Doch würde es große Schwierigkeiten machen, das Gewicht dieser Bereitschaft bei der Auswahlentscheidung überzeugend und transparent zu bestimmen. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob sich die Bevorzugung eines inhaltlich (etwas) weniger überzeugenden Forschungsprojekts bei der Förderung nur deshalb rechtfertigen ließe, weil der/die Antragsteller/-in Open Access zu publizieren bereit ist, der- oder diejenige des eigentlich (etwas) gehaltvolleren Konkurrenzprojekts dagegen nicht. Würde man die Bereitschaft zur Veröffentlichung der Ergebnisse Open Access nur dann als (letztes) Hilfskriterium entscheiden lassen, wenn die um Förderung konkurrierenden Forschungsprojekte inhaltlich (exakt) gleich förderungswürdig erscheinen, so ist eine solche Gleichheit wiederum sehr schwer feststellbar.

Ähnliches ist von Klauseln bekannt, wonach bei Bewerbungen um eine Beamtenstelle das unterrepräsentierte Geschlecht bei (exakt) gleicher Qualifikation den Vorzug erhält.<sup>62</sup> Im Übrigen ist eine Auswahlentscheidung ohnehin nur zu treffen und wäre deshalb die aktuelle Open Access-Bereitschaft bzw. das frühere Open Science-Verhalten nur von Belang, soweit die verfügbaren Finanzmittel für die Förderung aller wissenschaftlich förderungswürdiger Anträge nicht ausreichen, also eine echte Konkurrenzsituation besteht.

b) Berücksichtigung der fachspezifisch unterschiedlichen Wissenschaftskulturen

Wegen der immer wieder (zu Recht) betonten großen Unterschiede zwischen den Gepflogenheiten und Publikationsstandards der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen wäre grundsätzlich an fächerspezifische Regelungen zu denken. Doch stößt dies wohl schnell an die Grenze des Machbaren; schon die Abgrenzung der Disziplinen wäre alles andere als einfach. Doch böte eine *opt out-Möglichkeit* ein hinreichendes Ventil *auch zur Berücksichtigung solcher fachspezifischen Unterschiede*.

c) Verbleibende freie Wahlmöglichkeiten des Autors

Der durchgängigen Praxis in der Scientific Community entsprechend, muss den Geförderten die *freie Wahl zwischen Golden Road und Green Road* verbleiben, auch wenn die Green Road wegen der Doppelveröffentlichung kostspieliger ist; ansonsten würde die freie Wahl des Publikationsorgans unverhältnismäßig eingeschränkt. Dies schließt es freilich nicht aus, dass die öffentlichen Forschungsförderer zusätzliche finanzielle Anreize für die Wahl der Golden Road setzen.

Wie der Autor/die Autorin die *Nutzungsmöglichkeiten des Open Access publizierten Beitrags gestaltet*, ob er/sie sich dabei etwa den Creative Commons Lizenzen bedient,<sup>63</sup> muss ihm/ihr überlassen bleiben. Es ist nur sicherzustellen, dass die Nutzer die nach allgemeinem Urheberrecht zugelassenen Verwendungsmöglichkeiten zum Lesen und Zitieren sowie Kopieren bzw. Herunterladen zum privaten Gebrauch in gleichem Umfang wie bei Subskriptionszeitschriften (beim Open Access natür-

60 Vgl. *European Commission*, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S. 41 oben.

61 Parallel für „Open Data“ angedeutet von *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 316 f.; vgl. auch *Overkamp/Tormin*, Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten, *OdW* 2022, 39, 48.

62 Vgl. dazu hier nur *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.),

GG-Kommentar, Art. 3 Abs. 2 Rn. 97 (Lfg. 74 Mai 2015).

63 Zur Bedeutung im Rahmen von Open Access-Modellen vgl. im Überblick m.w.N. *Fehling*, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access – zur Rolle des Rechts beim Wandel wissenschaftlicher Publikationskanäle, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 2016, S. 337, 342 f., 347, 348, 350 f.

lich ohne Bezahlschranke) erhalten. Eine zwingende Erweiterung der Nutzungsrechte Dritter – etwa mit einem Recht zur gekürzten Weiterverbreitung oder Weiterverbreitung mit beigefügter eigener Kommentierung, gar mit einem Recht zur mittelbar kommerziellen Nutzung, wie von der besonders weitreichenden Grundversion der Creative Commons-Lizenzen eingeschlossen<sup>64</sup> – würde die Wissenschaftler- und Autorenrechte weiter einschränken; dafür ist bei der Ausgestaltung des Open Access keine hinreichende Notwendigkeit für das Wissenschaftssystem und damit keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ersichtlich. Im Gegenteil: Kürzungen oder kommentierende Zusätze bergen ein nicht zu unterschätzendes Verfälschungsrisiko; mittelbar kommerzielle Nutzungen können die Glaub- und Vertrauenswürdigkeit der wissenschaftlichen Aussagen des Textes beschädigen.<sup>65</sup>

#### d) Vorschläge für Regelbeispiele

Als nicht abschließende, aber eine Vermutung für die Zulässigkeit eines opt-out (mit Widerlegungsmöglichkeit im Einzelfall) begründende *Regelbeispiele* ließe sich an Folgendes denken:

- Die Veröffentlichung Open Access schiebe aus, wenn für die Golden Road ein hinreichend renommiertes Open Access-Journals fehlt und gleichzeitig auch die Green Road unzumutbar ist. Letzteres kann sich zum einen daraus ergeben, dass kein hinreichend qualitätsgesichertes Repositorium o.Ä. für die Zweitpublikation zur Verfügung steht, oder zum anderen daraus, dass sich der Fachverlag der Erstpublikation weigert, dem Autor/der Autorin ein Zweitveröffentlichungsrecht einzuräumen. Bei Aufsatzpublikationen garantiert allerdings § 38 Abs. 4 UrhG gesetzlich ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht nach einer einjährigen Embargofrist, doch zumindest bei Buchpublikationen bleibt das Problem erhalten (dazu unten II. 2).
- Auch wegen zu hoher und nicht anderweitig (etwa

durch einen erhöhten Publikationszuschuss des Forschungsförderers oder der jeweiligen Wissenschaftseinrichtung) ersetzter Publikationsgebühren kann eine Open Access-Publikation unzumutbar erscheinen.

- Um den Gleichklang mit dem gesetzlichen Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG zu sichern, erscheint in den Förderbedingungen die pauschale Einräumung einer einjährigen Karenzfrist für die Zweitveröffentlichung bei der Green Road erwägenswert, aber wohl nicht zwingend geboten. Andernfalls muss es aber als hinreichender Grund für den verzögerten Open Access anerkannt werden, wenn es sich als nicht möglich erweist, im Verhandlungsweg vom gewählten Verlag den Verzicht auf diese Embargofrist zu erreichen.<sup>66</sup> Die freie Auswahlmöglichkeit einer Zeitschrift und eines Verlags und damit die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Publikationsfreiheit würden unverhältnismäßig stark eingeschränkt, wollte man von dem/der Geförderten verlangen, für die Erstpublikation in einer Subskriptionszeitschrift einen aus seiner/ihrer Sicht suboptimalen Verlag zu wählen, nur weil dieser auf die Embargofrist ganz oder jedenfalls teilweise zu verzichten bereit ist. Im Gegenteil lässt sich aus § 38 Abs. 4 UrhG das gesetzliche Leitbild entnehmen, dass eine einjährige Karenzfrist einen grundsätzlich zumutbaren Interessenausgleich darstellt.

#### e) Steuerungsmöglichkeiten bei der faktischen Reichweite der Ausnahmen

Die großen Forschungsförderorganisationen (namentlich die DFG) sowie die wissenschaftlichen Einrichtungen (Hochschulen, wissenschaftliche Gesellschaften und Forschungsinstitute) und Fachgesellschaften haben es zu einem gewissen *Teil selbst in der Hand, in welchem Umfang opt-out-Gründe* anzuerkennen sind. Denn sie können, sofern das entsprechende Geld dafür zur Verfügung

64 All dies wäre bei Namensnennung des Autors/Urhebers mit dem von der DFG empfohlenen („Appell zur Nutzung offener Lizenzen in der Wissenschaft“, Information für die Wissenschaft Nr. 68 v. 20.11.2014, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2014/info-wissenschaft-14-6,8>) und von der Europäischen Kommission sogar generell (European Commission, Horizon Europe, Program Guide, Stand 2023 [Fn. 43], dort S. 51) und der „cOAlition S“ mit Ausnahmen geforderte (cOAlition S, Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications [Fn. 41], S. 3 u. 4) Grundmodell der CC-BY-SA-Lizenz jedenfalls in gewissem Umfang möglich. Die Nutzung zu kommerziellen Zwecken kann durch den Zusatz „-NC“ („Non Commercial“) und die Bearbeitung

durch Dritte mit dem Zusatz „-ND“ („No Derivations“) ausgeschlossen werden; dazu Kurzüberblick bei *Fehling*, in: Hoffmann-Riem (Fn. 63), S. 337, 342 f. Allerdings ist es wohl umstritten, inwieweit jedenfalls unmittelbare(re) kommerzielle Nutzungen bereits durch den „-SA“-Zusatz ausgeschlossen sind, vgl. einerseits *Kreutzer*, Open Content Lizenzen – Ein Leitfaden für die Praxis, herausgegeben von der deutschen Unesco-Kommission e.V., 2011, S. 46, andererseits *Müller*, Freiheit mit Fallstricken: Creative-Commons-NC-Lizenzen und ihre Folgen, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2006, S. 271, 279.

65 Dazu *Fehling*, in: Hoffmann-Riem (Fn. 63), S. 337, 359 ff.

66 Näher dazu unten II. 3.

steht, durch eigene (Förder-)Maßnahmen zumutbare Open Access-Publikationsmöglichkeiten schaffen oder zumindest (finanziell) unterstützen:

- Zum ersten betrifft dies Aufbau und Pflege von – gegebenenfalls fachspezifischen – Repositorien oder sonstigen Publikationsinfrastrukturen für eine Open Access-(Zweit)Veröffentlichung, bei denen eine Qualitätskontrolle und die dauerhafte Zugänglichkeit gewährleistet sind. Der von der DFG unterstützte „Action Plan for Diamond Open Access“ dient genau diesen Zielen.<sup>67</sup> Die Europäische Kommission hat über ihr Programm Horizon Europe die Open-Access-Publikationsplattform „Open Research Europe“ zur Verfügung gestellt.<sup>68</sup> Da alles, was den Aufwand für die Geförderten verringert, auch die Eingriffsintensität von Open Access-Förderbedingungen mindert, empfehlen sich darüber hinaus Hinweise (etwa in Merkblättern, wie schon teilweise vorhanden) und bei Bedarf sogar eine individuelle Beratung zu einem konkret geeigneten Open Access-Publikationsort; dies gilt nicht nur für die Green Road, sondern auch für die Golden Road.
- Zusätzliche Kosten für die Geförderten lassen sich auf zweierlei Wegen vermeiden oder jedenfalls verringern. Zum einen kann der Forschungsförderer für die Open Access-Veröffentlichung anfallende Publikationsgebühren pauschal oder gedeckelt durch Aufstockung der Förderung übernehmen oder jedenfalls die Beantragung entsprechender zusätzlicher Publikationszuschüsse ermöglichen. Das DFG-Programm „Open-Access-Publikationskosten“<sup>69</sup> geht in diese Richtung. Die Volkswagen-Stiftung übernimmt sogar ohne Deckelung die vollen verlagsseitig geforderten „Article bzw. Book Processing Charges“.<sup>70</sup> Zum anderen sollten die Förderorganisationen und wissenschaftlichen Einrichtungen in noch weiterem Umfang als bisher<sup>71</sup> mit den Verlagen Transformationsvereinbarungen aushandeln, idealerweise mit dem Ziel eines Diamond Open Access.
- Vereinbarungen der Förderer und wissenschaftlicher Einrichtungen mit den Verlagen erscheinen zudem als probates Mittel, um den Verzicht auf eine

Embargofrist zu erreichen und die Einbehaltung einfacher Nutzungsrechte durch die Autoren zu erleichtern.<sup>72</sup>

f) Erweiterung der erfassten Publikationen durch zusätzliche Publikationszuschüsse

Selbstverständlich könnte die DFG die Veröffentlichung Open Access *auch dort unterstützen* (z.B. durch die Vergabe entsprechender Publikationszuschüsse), *wo die Ergebnisse nicht aus DFG-geförderten Forschungsprojekten resultieren*. Damit ließe sich womöglich die Transformation in Richtung Open Access, gegebenenfalls sogar spezifisch zur Golden Road, in der Scientific Community beschleunigen. Wenn sich dadurch die gute wissenschaftliche Praxis noch deutlich weiter in Richtung Open Access oder gar spezifisch der Golden Road entwickelt, könnte dies in der Zukunft noch strengere Vorgaben in den Förderbedingungen rechtfertigen. Denn die gelebte wissenschaftliche Praxis ist ein wesentlicher Anhaltspunkt dafür, was für die Bedingungen eines gut funktionierenden Wissenschaftssystems angemessen oder gar erforderlich ist und demnach auch die objektiv-rechtliche Seite von Art. 5 Abs. 3 GG prägt.<sup>73</sup>

### III. Verpflichtung in Förderbedingungen zum Einbehalt von Nutzungsrechten im Verlagsvertrag

In einer solchen Verpflichtung läge ein zusätzlicher Eingriff in die Publikationsfreiheit, der aber für sich genommen weit weniger schwer wiegen würde (sogleich 1.). Trotz § 38 Abs. 4 UrhG verbleibt dafür ein gewisses Bedürfnis (2.). Die Verhältnismäßigkeits-Grenze bildet die etwaige subjektive Unmöglichkeit, sich als einzelner Autor gegenüber einem Verlag ein solches Recht herauszuverhandeln (3.). Dementsprechend erscheint ein opt-out-Modell auch hier als verhältnismäßiger Interessenausgleich (4.).

1. Tendenziell geringer Eingriff in die Publikationsfreiheit

Zur grundrechtlich geschützten Publikationsfreiheit gehört auch die Freiheit des/der Forschers/-in, den Inhalt eines Verlagsvertrags einschließlich der Nut-

67 Siehe DFG, DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“ (Fn. 37).

68 *European Commission*, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S. 53; dazu *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access v. 21.1.2022 (Fn. 36), Anhang, S. 95.

69 DFG, Förderprogramm „Open-Access-Publikationskosten“, <https://www.dfg.de/de/foerderung/foerdermoeglichkeiten/>

programme/infrastruktur/lis/lis-foerderangebote/open-access-publikationskosten.

70 *VolkswagenStiftung*, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source (Fn. 40), S. 3.

71 Vgl. oben Fn. 51.

72 Dazu unter III) 3. b).

73 Näher oben 3.

zungsrechte mit dem Verlag frei auszuhandeln. Zwar berührt dies nicht unmittelbar das Kerninteresse an der aus eigener Sicht optimalen wissenschaftlichen Verbreitung der Forschungsergebnisse. Im Ausgangspunkt kann es dem Förderungsempfänger nur Recht sein, möglichst umfangreiche eigene Nutzungsrechte zu behalten. Doch könnten dem/der Geförderten gegebenenfalls höhere Kosten entstehen, wenn er/sie sich im Vergleich zu den Standardverträgen (die das abdingbare Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 Abs. 1 UrhG oft ausschließen) mehr Nutzungsrechte vorbehalten will; verweigert der gewählte Verlag gänzlich eine solche Vertragsgestaltung, müsste sich der Autor/die Autorin bei einer „absoluten“ Verpflichtung in den Förderbedingungen sogar einen anderen Verlag suchen, was einen schwerwiegenden Eingriff bedeutete.

Unterhalb der Schwelle einer unabdingbaren Verpflichtung bleibt dagegen die Eingriffsintensität für sich genommen gering, weil wie geschildert die Interessenlage des Geförderten und der DFG bzw. der Scientific Community hier in die gleiche Richtung weisen.

## 2. Verbleibende Bedeutung eines vertraglichen Rechte-Vorbehalts trotz § 38 Abs. 4 UrhG

Zur Ermöglichung der Green Road enthält § 38 Abs. 4 UrhG ein vertraglich nicht abdingbares<sup>74</sup> Zweitveröffentlichungsrecht (nicht automatisch auch eine -pflicht)<sup>75</sup> des Autors. Dieses Recht setzt aber erstens voraus, dass eine Forschungstätigkeit zugrunde liegt, die mindestens zur Hälfte mit öffentlichen (Dritt-)Mitteln gefördert wurde; aus dem allgemeinen Hochschulhaushalt finanzierte Forschung wird richtigerweise nicht erfasst<sup>76</sup> und ebensowenig die Forschungsförderung auf EU-Ebene, da diese schon nicht aus dem deutschen Staatshaushalt finanziert wird. Zweitens besteht das Zweitveröffentlichungsrecht erst nach einer Embargofrist von einem Jahr, was im schnelllebigen Wissenschaftsbetrieb teilweise als

nicht mehr zeitgemäß erachtet wird.<sup>77</sup> Drittens bezieht es sich nur auf Aufsätze „in einer periodisch mindestens zweimal im Jahr erscheinenden Sammlung“, also nicht auf Aufsätze in einmaligen oder jährlichen Sammelbänden und erst recht nicht auf Monografien. Schließlich erfasst das Zweitveröffentlichungsrecht vier-tens nur die Manuskriptfassung nach Peer Review. Dabei ist es nicht zu kritisieren, ja geradezu selbstverständlich, dass der Autor das Verlags-Layout für seine eigene Zweitveröffentlichung nicht nutzen darf. Doch ist, soweit ersichtlich, immer noch nicht abschließend geklärt, ob der Autor mittels Klammerzusätzen o.Ä. die Seitenumbrüche und Seitenzahlen aus der Printversion aufnehmen darf, was zur Sicherung einer einheitlichen Zitierfähigkeit von Erst- und Zweitpublikation höchst wünschenswert ist.<sup>78</sup>

Auch die internationale Reichweite des § 38 Abs. 4 UrhG ist umstritten. Dies betrifft besonders dessen Anwendbarkeit auf von in Deutschland geförderten Wissenschaftlern/-innen bei Publikation im Ausland bei einem ausländische Verlag. Denn Vertragsstatut wird dann regelmäßig – aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder subsidiär Art. 4 Rom I-VO – das materielle Recht desjenigen Staates sein, in dem der Verlag seinen Sitz hat. Ob § 38 Abs. 4 UrhG eine dennoch anwendbare Eingriffsnorm i.V.v. Art. 9 Rom I-VO darstellt, erscheint zweifelhaft. Außerdem weckt das auch im Urheberrecht geltende Territorialprinzip Zweifel daran, ob der Internet-Abruf des Aufsatzes aus dem Ausland erfasst ist, wenn der Aufsatz (etwa weil englischsprachig) die Absicht erkennen lässt, gerade auch Ausländer im Ausland anzusprechen.<sup>79</sup>

Vor diesem Hintergrund gibt es ein schutzwürdiges, in der objektiv-rechtlichen Seite von Art. 5 Abs. 3 GG abgebildetes Interesse der Scientific Community, die Green Road durch vertraglichen Vorbehalt von Nutzungsrechten – einschließlich der notwendigen Vorkeh-

74 Anders als beim nicht auf die Manuskriptversion beschränkten vertraglich oftmals abbedungenen § 38 Abs. 1 Satz 2 UrhG, zu den Voraussetzungen einer solchen abweichenden Vereinbarung *Radtke* (Fn. 5), GRUR 2022, 1562, 1564 ff.; *Hamann* (Fn. 5), ZUM 2023, 410, 412 f.

75 Zur Möglichkeit, eine solche aufgrund landesgesetzlicher Ermächtigung durch Hochschulsatzung anzuordnen, kritisch (im Anschluss an den Vorlagebeschluss des VGH BW, ZUM 2018, 211) wegen Verstoßes gegen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 i.V.m. Art. 71 GG, außerdem wegen angelegentlichem – dazu oben II. 1 c) – Verstoß gegen Art. 14 GG aufgrund der Unentgeltlichkeit der Zweitveröffentlichung *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966 ff.

76 Vgl. BT-Drs. 17/13423, S. 9. Die teilweise (etwa von *Sandberger*, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 470; *Wandtke/Grunert/König*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 38 UrhG Rn. 19; *Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 38 UrhG Rn. 45 ff.; vgl. auch *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, 137,

144 f.; BR-Drs. 643/13, 2) geforderte analoge Anwendung des § 38 Abs. 4 GG wegen im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG vermeintlich nicht zu rechtfertigender Ungleichbehandlung überzeugt nicht, weil im Anbetracht des doch recht klaren (anders *Peukert*, a.a.O.) Begrenzungswillens des Gesetzgebers die Grenzen der zulässigen Analogie sprengend (dazu *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966, 2267.

77 Besonders streng gegen jegliche Embargofrist die „cOAlition S“ (Fn. 41).

78 Dafür m.w.N. zu den (damaligen) Auffassungen *Fehling* (Fn. 2), OdW 2014, 179, 183; aus jüngerer Zeit unklar etwa *Schulze*, in *Dreier/Schulze* (Hrsg.), UrhG, 7. Aufl. 2022, § 38 Rn. 33; *Wandtke/König*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 76), § 38 Rn. 26; dagegen beiläufig *Radtk*e (Fn. 5), GRUR 2022, 1562, 1564; vgl. auch *Wildgans*, Zuckerbrot oder Peitsche? – Ein Plädoyer für Open Access im juristischen Publikationswesen, ZUM 2019, 21, 24.

79 Zum ganzen näher *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966, 2968 f. m.w.N.

rungen für die einheitliche Zitierfähigkeit – durch den Geförderten weiter zu erleichtern.

### 3. Unzumutbarkeit und subjektive Unmöglichkeit als Verhältnismäßigkeitsgrenze

Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen darf Unmögliches nicht verlangt werden, auch nicht in Förderbedingungen einer semi-staatlichen Förderorganisation wie der DFG, auf deren Förderung Wissenschaftler/-innen in vielen Disziplinen wegen unzureichender Grundausstattung mehr oder weniger angewiesen sind. Die Frage ist aber, wann es als unmöglich angesehen werden kann, dass sich ein Geförderter weitergehende Zweitveröffentlichungsrechte im Verlagsvertrag vorbehalten kann. Ganz allgemein ist dies wohl bei einem erfolglosen Versuch, eine entsprechende Änderung der sonst bei dem jeweiligen Verlag üblichen Bedingungen zu erreichen, der Fall.

Wie viel Verhandlungsaufwand und -versuche dem Einzelnen dabei zumutbar sind, lässt sich kaum trennscharf allgemeingültig umschreiben. Dies dürfte auch von der gegebenenfalls bekannten allgemeinen „Politik“ des jeweiligen Verlags abhängen: Wenn sich dieser schon in der Vergangenheit als nicht verhandlungsbereit erwiesen hatte, wäre mehr als eine einfache einmalige „Bitte“ kaum zumutbar; umgekehrt sind sehr viel umfangreichere Bemühungen angezeigt, wenn der Verlag in der Vergangenheit bereits Autorenverträge mit erweitert vorbehaltenen Nutzungsrechten abgeschlossen hatte.

Geht es „nur“ um etwaige Mehrkosten (z.B. einen höheren Druckkostenzuschuss des Autors an den Verlag) als Gegenleistung für die „unvollständigere“ Abtretung der Rechte, so dürfte es an der Zumutbarkeit dann fehlen, wenn die Mehrkosten spürbar und nicht anderweitig durch Zuschüsse finanzierbar sind. Einmal mehr obliegt es Forschungsförderern wie der DFG, solche Mehrkosten ganz oder jedenfalls zum Großteil zu übernehmen, soll daran nicht die Zurückbehaltung der zur Ermöglichung der Green Road notwendigen oder jedenfalls zur Erleichterung wünschenswerten Nutzungsrechte scheitern.

### 4. Konsequenzen für zulässige Gestaltungen in den Förderbedingungen

Bislang begnügen sich jedenfalls die DFG und die VolkswagenStiftung,<sup>80</sup> anders als anscheinend die Europäische Kommission,<sup>81</sup> mit bloßen Empfehlungen, sich entsprechende Nutzungsrechte in Verlagsverträgen vorzubehal-

ten. Dies ist ersichtlich der Tatsache geschuldet, dass es eben nicht immer möglich erscheint, solches in Vertragsverhandlungen zu erreichen. Auch wenn demnach solch eine Rechtevorbereitung noch nicht zur weitgehend konsentierten guten wissenschaftlichen Praxis in Deutschland gehört – sofern man diese bei einer derartigen nur mittelbar wissenschaftsrelevanten Frage überhaupt als berührt ansieht –, erscheint es jedenfalls angesichts der geringen Eingriffsintensität grundsätzlich zulässig, ein Stück weit über eine bloße Empfehlung hinauszugehen.

Vor diesem Hintergrund erscheint Folgendes rechtlich möglich und sinnvoll:

#### a) „Comply or explain“-Verpflichtungen und Alternativen

Auch hier ist eine *grundsätzliche Verpflichtung der Geförderten mit opt-out-Möglichkeit* erwägenswert. In diesem „comply or explain“-Modell wäre als hinreichende Begründung für ein opt-out anzuerkennen, wenn der/die Förderungsempfänger/-in darlegen kann, dass er die ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, den von ihm/ihr ausgewählten Verlag zu einer solchen Vertragsgestaltung zu bewegen.

Alternativ ließe sich an eine von vornherein abgeschwächte Verpflichtung der Förderungsempfänger denken, alles Zumutbare zu unternehmen, um sich entsprechende Nutzungsrechte vorzubehalten. Dies wäre jedoch kein Gewinn gegenüber der „comply or explain“-Lösung. Denn auch hier müsste letztlich beurteilt werden, was den Geförderten zumutbar war. Das Ausweichen auf einen anderen (suboptimalen) Publikationsort wäre jedenfalls nicht zumutbar, da mit einer massiven Einschränkung der individuellen Publikationsfreiheit verbunden.

#### b) Erleichterung durch Abschluss von Transformationsverträgen

Erneut hätten es Forschungsförderer und Wissenschaftseinrichtungen zu einem guten Teil selbst in der Hand, Hürden zu beseitigen. Neben dem Ersatz eventuell erhöhter Publikationskosten<sup>82</sup> ist hier ganz besonders an den vermehrten Abschluss von Transformationsverträgen mit Wissenschaftsverlagen zu denken. Forschungsförderer und große wissenschaftliche Gesellschaften wie die Max-Planck-Gesellschaft besitzen gegenüber den Verlagen eine ungleich größere Verhandlungsmacht als der/die einzelne Wissenschaftler/-in.

80 Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28); VolkswagenStiftung, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source (Fn. 40), S. 3.

81 European Commission, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S.51.

82 Siehe oben 3.

Wo selbst den großen Organisationen kein Abschluss eines „echten“ Transformationsvertrags gelingt, so wäre als Notlösung eine Vereinbarung anzustreben, in der der Wissenschaftsverlag zumindest zusichert, in seinen Verträgen den Autoren/-innen ein Zweitveröffentlichungsrecht in dem oben beschriebenen erweiterten Umfang einzuräumen.

#### IV. Zusammenfassung

Die – freilich fachspezifisch unterschiedlich weit reichenden – Veränderungen im Publikationswesen hin zu mehr Open Access gestatten es nunmehr öffentlichen Forschungsförderorganisationen wie der DFG, beim Open Access in Förderbedingungen über bloße dringende Empfehlungen und Fördermaßnahmen hinauszugehen. Allerdings kann es im Einzelfall weiterhin valide Gründe dafür geben, eine Publikation Open Access zu verweigern. Deshalb erscheint eine „comply or explain“-Lösung angemessen. Die Geförderten werden in den Förderbedingungen grundsätzlich zur Publikation Open Access verpflichtet (nach seiner/ihrer freien Wahl in der Golden Road oder der Green Road), behalten aber bei tragfähiger Begründung im Einzelfall die Befugnis zum opt-out. Dies ist in Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung zu prüfen, wobei dem Geförderten ein Beurteilungsspielraum verbleiben muss. Dabei sind auch Unterschiede zwischen den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen zu berücksichtigen. Zwecks erhöhter Rechtssicherheit ließen sich typische Verweigerungsgründe in Regelbeispielen festlegen. Forschungsförderer und Wissenschaftseinrichtungen haben es dabei ein

Stück weit selbst in der Hand, durch Förderung einer qualitätsgesicherten Open Access-Publikationsinfrastruktur sowie durch den Ersatz von Publikationsgebühren oder den Abschluss von Transformationsverträgen mit den Wissenschaftsverlagen opt-out-Gründe zu minimieren.

Eine Verpflichtung der Geförderten in den Förderbedingungen, sich die für eine über § 38 Abs. 4 UrhG hinausgehende (vor allem schnellere und auch Buchpublikationen erfassende) Zweitveröffentlichung vorzubehalten, stellte ebenfalls einen Eingriff in die individuelle Publikationsfreiheit dar. Dieser Eingriff bliebe für sich genommen angesichts der Parallelität der Interessen von Autoren/-innen und Scientific Community jedoch isoliert betrachtet von relativ geringem Gewicht, sofern auch hier eine opt-out Möglichkeit im Einzelfall verbleibt. Dafür wäre als hinreichende Begründung anzuerkennen, wenn es dem/der Geförderten im Einzelfall unmöglich ist, einen Vorbehalt entsprechender Nutzungsrechte bei dem von ihm frei gewählten Verlag herauszuverhandeln. Auch hier haben Forschungsförderer durch Ersatz eventueller Mehrkosten und den Abschluss von Transformationsvereinbarungen mit den Verlagen (unter Nutzung der weit größeren Verhandlungsmacht dieser Organisationen im Vergleich zu den einzelnen Geförderten) die Gelegenheit, Hindernisse zu beseitigen oder jedenfalls zu minimieren.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg, und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.

# Thomas Würtenberger

## *Wandel der Lehrfreiheit durch Digitalisierung und Künstliche Intelligenz*

### Einleitung

Digitalisierung und Künstliche Intelligenz sind der große Zug unserer Zeit, der unser Leben revolutioniert. Im akademischen Bereich hat ein Wandlungsprozess eingesetzt, der manche feste Traditionen aufzugeben zwingt. Dies gilt nicht nur für die Forschung, sondern auch für die Lehre. Die Vorlesung stand über Jahrhunderte hinweg im Zentrum akademischer Lehre. Mit der fortschreitenden Digitalisierung und mit den Möglichkeiten der Künstlichen Intelligenz hat sich ihr Stellenwert geändert. Sie wird nun von Trabanten umgeben, die auf eine Optimierung der Lehr- und Lernleistung gerichtet sind. Neue Formen der Kommunikation zwischen Dozenten und Studierenden, Lehr- und Lernplattformen mit dialogorientierten Programmen<sup>1</sup> sowie die Einbeziehung von generativer Künstlicher Intelligenz<sup>2</sup> werden zunehmend Bestandteile einer zeit- und sachangemessenen akademischen Lehre.<sup>3</sup> In einem rasanten Fortschritt konkurrieren eine Vielzahl von netzbasierten Lehr- und Lernhilfen um Nutzer – ein florierender Markt im Bereich eines neuen Feldes der Hochschuldidaktik.<sup>4</sup> Was bedeutet dies für die Hochschullehre und mit ihr für die verfassungsrechtlich garantierte Lehrfreiheit? Bleibt es dem Hochschullehrer überlassen, die traditionellen Lehrformen beizubehalten? Oder gerät die Lehrfreiheit in den Sog der Veränderungen, die die digitale Zeitenwende im akademischen Bereich mit sich bringt?<sup>5</sup>

- 1 Seit 2000 etwa gibt es die Lernplattform Ilias (Integriertes Lern-, Informations- und Arbeitskooperations-System), auf der Dozenten ihre Materialien hochladen können – etwa die Powerpoints, die sie in den Lehrveranstaltungen verwenden, oder die Pflichtliteratur im Seminar. Auf dieser und ähnlichen Plattformen kann zwischen Lehrenden und Lernenden zudem kommuniziert, kooperiert und evaluiert werden. In Vorlesungen können über verschiedene Anbieter etwa interaktive Whiteboards benutzt werden, vorlesungsbegleitend gibt es Möglichkeiten digitaler Lernspiele oder eines Community Learning.
- 2 Manche Programme zielen darauf, wissenschaftliches Arbeiten zu erleichtern oder zu übernehmen, etwa Recherche-Tools wie ResearchRabbit (<https://www.tha.de/ResearchRabbit.html>, abgerufen am 26.7.2024) oder Elicit (<https://digitalllearninglab.de/tools/elicit>, abgerufen am 26.7.2024). Andere, etwa ChatGPT, werden dazu eingesetzt, Texte zu erstellen, oder auch nur zur Verbesserung von Grammatik und Stil oder, wie etwa DeepL, zum Übersetzen.
- 3 So wird, um nur zwei Beispiele aus dem Hochschulbereich zu nennen, von der IU Internationale Hochschule der „AI Tutor“ Syntea

### I. Der verfassungsrechtliche Kontext der Fragestellung

Die digitale Zeitenwende legt eine Neuorientierung des verfassungsrechtlichen Schutzes der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährten Lehrfreiheit nahe: Können Hochschulgremien unter Berufung auf die ihnen durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG garantierte akademische Selbstverwaltung die digitale akademische Lehre ihrer Professorenschaft regeln? Oder aus der Sicht der Professorenschaft: Können sich Professoren gegen Regelungen von Formen digitaler Lehre auf ihre verfassungsrechtlich verbürgte Lehrfreiheit berufen? Bei diesen Fragestellungen geht es um die Abgrenzung der verfassungsrechtlich garantierten Lehrfreiheit zwischen drei Rechtsträgern, nämlich der Hochschule mit ihren akademischen Gremien, den Professoren an der Hochschule sowie den Studierenden mit ihrem Recht auf berufsbezogene Ausbildung (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Gleichheit in Prüfungsverfahren (Art. 3 Abs. 1 GG).

1. Keine gesetzliche Regelung der Verteilung von Lehrfreiheit

Die Verteilung der verfassungsrechtlich geschützten Lehrfreiheit auf verschiedene Rechtsträger und Hochschulgremien bleibt weitgehend der akademischen Selbstverwaltung überlassen. Die Hochschulgesetze der Länder regeln meist nur, dass der Staat die Freiheit von

eingesetzt, durch den Studierende unter anderem direkt Fragen zu den Skripten ihrer Dozenten stellen können, <https://www.iu.de/syntea/>. AIEDN von der Hochschule der Medien, gefördert vom Land Baden-Württemberg, ermöglicht unter anderem Fragen in einen Chat zu stellen, um dann direkt an die relevante Stelle in einem Lernvideo, an der diese Frage beantwortet wird, verwiesen zu werden, <https://ai.hdm-stuttgart.de/research/aiedn-ai-education/download-studie/>.

- 4 Zu neueren Entwicklungen vgl. Witt/Herrmann u. a. (Hg.), *Di- versität und Digitalität in der Hochschullehre*, 2024; Schmohl u. a. (Hg.), *Künstliche Intelligenz in der Hochschulbildung*, 2023.
- 5 Hierzu Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg (Hg.), *Zukunftslabor Hochschulen in der digitalen Welt*, 2022, [https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Publikationen/MWK\\_Zukunftsworkshop\\_Ergebnis-Dokumentation.pdf](https://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-mwk/intern/dateien/pdf/Publikationen/MWK_Zukunftsworkshop_Ergebnis-Dokumentation.pdf), S. 16 ff. mit wegweisenden Vorschlägen, die bislang im akademischen Bereich aber kaum aufgegriffen worden sind.

Forschung und Lehre an Hochschulen zu garantieren habe.<sup>6</sup> Welche konkreten Freiheiten die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Lehrfreiheit wem verleiht, wird vom Gesetzgeber nicht näher bestimmt. Bisweilen werden die inhaltliche und methodische Gestaltung von Lehrveranstaltungen sowie die Äußerung wissenschaftlicher Lehrmeinungen als Eckpunkte der Lehrfreiheit genannt.<sup>7</sup> Eingrenzungen der Lehrfreiheit durch Studien- und Prüfungsordnungen oder aus organisatorischen Gründen werden zwar vom Gesetzgeber vorgesehen; nicht geregelt wird aber, welche konkreten Rechte die Organisation des Lehrbetriebes verleiht oder in welchem Umfang die Lehrfreiheit durch Studien- und Prüfungsordnungen reglementiert werden kann.

Die Verteilung der Lehrfreiheit auf Professorenschaft und akademische Gremien unter Berücksichtigung legitimer Anforderungen der Studierenden ist damit der Hochschulautonomie überantwortet. Diese ist freilich nicht grenzenlos, sondern unterliegt verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen. Diese müssen bestimmt werden, wenn es im Bereich der Lehrfreiheit zu Kollisionen zwischen Grundrechtsträgern kommt.

## 2. Überblick über die verfassungsrechtlichen Fragestellungen

Die Auflösung von Grundrechtskollisionen im Bereich der Lehrfreiheit zwischen akademischen Gremien einerseits und der Professorenschaft andererseits unter Berücksichtigung des Rechts der Studierenden auf eine sachangemessene Lehre beginnt mit der Bestimmung des Schutzes, den die verfassungsrechtlich gewährleistete Lehrfreiheit den Professoren gewährt (II., 1.). Darüber hinaus wird geklärt, ob und inwieweit zwischen dem Schutz der Lehrfreiheit an staatlichen und an privaten Hochschulen zu differenzieren ist (II., 2.). Im folgenden Abschnitt geht es um die akademischen Hochschulgremien (III.), die mit ihrem Auftrag, in akademischer Selbstverwaltung die Forschung und Lehre ihrer Hochschule zu ordnen, die professorale Lehre regeln können. Mit Blick auf die Studierenden eröffnen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG weitere Rahmenseetzungen der Lehrfreiheit (IV.). Nach der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen ist der fünfte

Abschnitt der Auflösung von Grundrechtskollisionen im Bereich der Lehrfreiheit gewidmet. Hier geht es um den Schutz der Lehrfreiheit zunächst durch Beteiligungsrechte (V., 1.). Des Weiteren werden nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit sowie der Je-desto-Formel Leitlinien der Verteilung der Lehrfreiheit auf die verschiedenen Grundrechtsträger entwickelt (V., 2.). Und nicht zuletzt werden Kompetenzen der Hochschulverwaltung einerseits und der akademischen Organe andererseits in Sachen Regelung der Lehrfreiheit abgegrenzt (IV., 3.). Auf dieser Grundlage lässt sich eine Reihe von Einzelfragen zu den Regelungsmöglichkeiten im Bereich der Lehrfreiheit klären (VI.). Eine abschließende Bemerkung fasst das Ergebnis des Beitrages zusammen (VII.).

## II. Der verfassungsrechtliche Schutz der Lehrfreiheit von Professoren

Fragen wir zunächst nach dem Schutz, den die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgte Lehrfreiheit den Professoren gewährt.

### 1. Der Schutzbereich

Wissenschaftsfreiheit und Lehrfreiheit der Professoren sind äußerst eng miteinander verbunden. Die Lehrfreiheit lässt sich in ihrem Kernbereich als Verbreitungsfreiheit wissenschaftlicher Erkenntnisse an wissenschaftlichen Hochschulen definieren. Damit erfasst die Lehrfreiheit alle Gegenstände akademischer Natur; Sprachkurse oder die Vermittlung praktischer Fähigkeiten, also alles was nicht wissenschaftlich ist, wird von der Lehrfreiheit dagegen nicht geschützt.

Die verfassungsrechtliche Literatur geht, jedenfalls im Ansatz, von einer mittlerweile antiquierten Schutzbereichsbestimmung aus. Sie erklärt, dass „der zur Wissenschaft ausgebildete Lehrer als Herr des Stoffes frei in formeller, thematischer, inhaltlicher und methodischer Hinsicht“ sei.<sup>9</sup> Dabei seien die Veranstaltungsformen Vorlesung, Seminar oder Internetauftritt zur studentischen Unterweisung in gleicher Weise geschützt. Auch soll die Hochschullehre, anders als der Unterricht an Schulen, als individuelle Freiheit von Verfassung wegen keinen besonderen didaktischen Anforderungen unter-

6 Z. B. § 8 Abs. 1 Thür HG, § 3 Abs. 1 LHG BW, § 4 S. 1 SächsHSG, § 5 Abs. 1 SHSG, § 5 Abs. 1 BayHSchG.

7 Z. B. § 8 Abs. 3 Thür HG, § 3 Abs. 3 LHG BW, § 4 S. 3 SächsHSG, § 5 Abs. 3 SHSG, § 5 Abs. 3 BayHSchG.

8 BVerfGE 35, 79, 113.

9 Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in:

Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 53 mit Nachw.; Hartmer/Dorf, Elektronische Lehre als Dienstpflicht?, in: Forschung und Lehre 2020, S. 394; Fehling, Art. 5 Abs. 3 GG, in: Bonner Kommentar, Stand März 2004, Rn. 88 ff.

liegen. Die Lehrfreiheit des Hochschullehrers umfasse die „Aufbereitung und Darbietung wissenschaftlicher Erkenntnisse einschließlich der Vermittlungsmethoden und Vermittlungsmedien“.<sup>10</sup> Und nicht zuletzt soll sich die Freiheit „auch auf die Wahl von Ort und Zeit des Lehrangebots“ erstrecken.<sup>11</sup>

Solche pauschalen Zuordnungen übersehen zweierlei: Zum einen lassen sich Konflikte zwischen akademischen Gremien, die unter Einbeziehung der Interessen der Studierenden Studien- und Prüfungsordnungen beschließen, und der Professorenschaft nicht mit derartigen Großformeln lösen. Zum anderen ist der verfassungsrechtliche Schutz der Lehrfreiheit nicht an akademischen Traditionen festzumachen, sondern mit Blick auf die gegenwärtigen Zeitumstände und auf Umbrüche in der sozialen Wirklichkeit, die von Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz geprägt sind, zu bestimmen.<sup>12</sup>

## 2. Zur Differenzierung zwischen dem Schutz der Lehrfreiheit an staatlichen und an privaten Hochschulen

Private Hochschulen sind zunehmend im Bereich von Forschung und Lehre präsent. Aber sind sie auch an Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebunden? Diese Frage zielt auf den Status privater Hochschulen. Sie werden von juristischen Personen des Zivilrechts gegründet und finanzieren sich vor allem durch Entgelt für Leistungen, die in den privatrechtlichen Studienverträgen mit ihren Studierenden festgelegt sind. Die Rechtsbeziehungen privater Hochschulen zu ihren Professoren und Studierenden sind also privatrechtlich geordnet. Dies hat zur Konsequenz, dass die Grundrechte für private Hochschulen grundsätzlich nicht gelten;<sup>13</sup> für ihre Organisation und ihr Handeln gelten, soweit nicht das Hochschulrecht des Landes Anwendung findet, nur die bürgerlich-rechtlichen Regelungen. Im Bürgerlichen Recht herrschen Privatautonomie und Vertragsfreiheit. Der Vertragsfreiheit bei der Gestaltung von dienstvertraglichen Regelungen im Bereich von Forschung und Lehre kann allerdings entgegenstehen, dass

Grundrechte der Professorenschaft zu beachten sind. Nimmt man hier Drittwirkung an,<sup>14</sup> wird das Verhalten eines Privatrechtssubjekts gegenüber einem anderen Privatrechtssubjekt an Grundrechten gemessen und dessen Vertragsfreiheit eingeschränkt.

Grundrechten kann auch im Privatrechtsverkehr eine begrenzte Drittwirkung zukommen.<sup>15</sup> Sind Einzelne der rechtlichen Regelungsmacht von sozial Mächtigen ausgeliefert, bedarf es der grundrechtlichen Sicherung ihrer Freiheitssphäre vor Willkür und einseitigem Diktat von Vertragsbedingungen. Private Hochschulen üben allerdings bei ihrer Vertragsgestaltung mit ihrer Professorenschaft grundsätzlich keine solche freiheitsgefährdende soziale Macht aus. Es besteht für Professoren an privaten Hochschulen die Möglichkeit, bestimmte Vertragsklauseln abzulehnen und Vertragsbeziehungen mit einer der zahlreichen anderen privaten Hochschulen anzubahnen.<sup>16</sup>

Trotz der Ablehnung einer Drittwirkung von Grundrechten im Bereich privater Hochschulen gibt es eine *hochschulverfassungsrechtliche Bindung* an Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG: Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verpflichtet den Staat, funktionsfähige Institutionen akademischer Forschung und Lehre für einen freien Wissenschaftsbetrieb bereitzustellen.<sup>17</sup> Mit klaren Worten fordert das BVerfG:

„Der Staat muss für funktionsfähige Institutionen eines freien universitären Wissenschaftsbetriebs sorgen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist.“<sup>18</sup>

Auch wenn das BVerfG hier nur von der Garantie der freien wissenschaftlichen Betätigung spricht, so ist damit auch die Freiheit der Lehre erfasst, die vom Staat an privaten und staatlichen Hochschulen zu schützen ist.

10 Mager, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 14 mit Nachw.

11 Löwer, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Meriten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 99 Rn. 53 mit Nachw.

12 Zu diesem methodischen Ansatz, der der Zukunftsoffenheit des Grundgesetzes Rechnung trägt: Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 21, 32 ff.

13 Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 Rn. 135.

14 Zur Frage der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrechtsverkehr: Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 18 Rn. 14 ff. mit Nachweisen zur umfangreichen Literatur.

15 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 18 Rn. 16 ff.

16 Den Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen des Grundgesetzes im Verhältnis zwischen privaten Vertragspartnern wird auch dann Geltung verschafft, wenn einer der Vertragspartner nicht in freier Selbstbestimmung handeln kann (BVerfGE 89, 214). Vorliegend gibt es keine Gründe, die dafür sprechen würden, dass sich die Professoren an privaten Hochschulen bei Abschluss ihres Dienstvertrages in einer Situation befinden könnten, die ihre Selbstbestimmung bei Vertragsschluss beeinträchtigen könnte.

17 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 36 Rn. 32 mit Nachw.

18 BVerfGE 136, 383 Rn. 55.

Denn die Freiheit der Lehre der Hochschullehrer gehört auch bei privaten Hochschulen zu dem, was eine Hochschule ausmacht, also zur sog. Hochschulformigkeit, ein Begriff, der vom Wissenschaftsrat in Akkreditierungsverfahren verwendet wird. Hochschulverfassungsrechtlich ist damit gefordert: Nur wenn Freiheit der Lehre garantiert ist, lässt sich von einer wissenschaftlichen Hochschule sprechen.<sup>19</sup>

Dies hat für die privaten Hochschulen zur Konsequenz: Sie müssen ihren Professoren und akademischen Repräsentativorganen jenes Mindestmaß an Lehrfreiheit ermöglichen, das von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG an wissenschaftlichen Hochschulen garantiert<sup>20</sup> sein muss und dessen Einhaltung vom Staat kontrolliert werden kann. Alle wissenschaftlichen Hochschulen müssen als Mindestmaß freiheitlicher Lehre garantieren, dass jedwede wissenschaftliche Erkenntnis in die Lehre einbezogen werden darf. Jenseits dieses Kernbereichsschutzes kann aus nachvollziehbaren sachlichen Gründen in die *Didaktik* der Lehre eingegriffen werden. Dieser Ausdifferenzierung der zu gewährenden Lehrfreiheit gelten die folgenden Ausführungen.

### III. Der verfassungsrechtliche Schutz der Lehrfreiheit der Hochschulen und ihrer akademischen Gremien

Hochschulen<sup>21</sup> und ihre akademischen Leitungsgremien können sich im Bereich ihrer akademischen Selbstverwaltung auf den Schutz durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen.<sup>22</sup> Das gilt etwa für alle wissenschafts- und lehraffinen Entscheidungen ihrer akademischen Gremien und Leitungsgremien. Von der Lehrfreiheit der Lehrenden zu unterscheiden ist also die Selbstverwaltungsgarantie der Hochschule selbst und ihrer organisatorischen Gliederungen, die gestattet, ihrerseits als Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG die Lehrfreiheit regelnd zu konkretisieren.

Die Gestaltung der Studieninhalte und auch der Lehrformen mittels Studienordnungen durch den Senat oder die Fakultäten ist also von deren Selbstverwaltungsgarantie, die unter anderem nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ihre Freiheit, die Lehre an der Hochschule zu gestalten beinhaltet, geschützt.<sup>23</sup> Daneben kann sich die Hochschule selbst auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen, wenn sie ein neues Lehrprogramm entwickelt oder Räume für Lehrveranstaltungen zuweist.

### IV. Grundrechtsschutz der Studierenden durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG

Bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen der Lehrfreiheit kommen mit den Studierenden weitere Grundrechtsträger hinzu, deren verfassungsrechtlich geschützten Rechte von den Hochschulen und von den Hochschullehrern zu berücksichtigen sind:

#### 1. Durch Art. 12 Abs. 1 GG

Die Freiheit der Lehre (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) findet ihre verfassungsimmanente Schranke<sup>24</sup> und Grenze insbesondere in den Anforderungen, die die Berufsfreiheit der Studierenden (Art. 12 Abs. 1 GG) und – dem korrespondierend – den Ausbildungsauftrag der Hochschule betreffen:

„Die Lehrfreiheit ist ein fremdnütziges Grundrecht, das der Verwirklichung des Ausbildungsauftrags der Hochschulen dient und mit Rücksicht auf die Grundrechtspositionen der Studenten ausgeübt werden muss.“<sup>25</sup> Die Ausbildungsfreiheit der Studierenden gem. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst also auch eine hochschul- und ausbildungsadäquate Lehre.<sup>26</sup> Diese weitreichende, aber nur schwer konkretisierbare Berechtigung findet ihren verfassungsrechtlichen Bezugspunkt im Ausbildungsauftrag der Hochschulen und in dem korrespondierenden Ausbildungsanspruch der Studierenden. Auf diesen ver-

19 Ähnlich *Hartmer/Dorf*, Elektronische Lehre als Dienstpflicht?, in: *Forschung und Lehre* 2020, S. 396; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Grundgesetz, 18. Aufl. 2024, Art. 5 GG Rn. 147; *Huber/Voßkuhle/Paulus*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 5 GG Rn. 497.

20 Zu diesem Mindestmaß: *Fehling*, Art. 5 Abs. 3 GG, in: *Bonner Kommentar*, Stand März 2004, Rn. 53.

21 Nach ganz überwiegender Ansicht können sich auch die Rechtsträger privater Hochschulen auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und damit auf die Lehrfreiheit berufen: *Messer*, in: *Haug* (Hg.), *Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg*, 3. Aufl. 2020, Kap. 4, Rn. 1181, 1179; *BeckOK HochschulR Bayern/Penßel*, 24. Ed. 1.2.2022, *BayHSchG* Art. 76 Rn. 41; *Penßel*, in: *Geis*, *Hochschulrecht Bayern*, 2. Aufl. 2017, Kap. 6, Rn. 41; *Lindner*, *Die Europäisierung des Wissenschaftsrechts*, *WissR*, *Beih.* 19, 2009, S. 100; *Kämmerer/Rawert/*

*Kämmerer*, *Hochschulstandort Deutschland*, Bd. 2, 2003, S. 131; *Steinkemper*, *Verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung*, 2002, S. 146; *Württemberg*, *Privathochschulfreiheit – Auch bei der Organisation der Leitungsebene?*, *OdW* 2019, S. 15, 18 ff.

22 *Dreier/Krüper*, *Grundgesetz*, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 153.

23 *OVG Bautzen BeckRS* 2020, 1092, Rn. 9.

24 Zu den verfassungsimmanenten Schranken von Grundrechten: *Zippelius/Württemberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 48 ff.

25 *Dreier/Krüper*, *Grundgesetz*, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 140.

26 *BeckOK HochschulR BW/Haug*, 31. Ed. 1.12.2022, *LHG* § 5 Rn. 21.

fassungsrechtlichen Grund der Begrenzungen der Lehrfreiheit ist zurückzukommen.

2. Durch Art. 3 Abs. 1 GG

Hinzu kommt eine weitere verfassungsimmanente Schranke der Lehrfreiheit: Insbesondere bei Prüfungen, die gleichermaßen der Lehrfreiheit unterfallen, ist der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten.

## V. Zur Auflösung von Grundrechtskollisionen im Bereich der Lehre

Vorliegend ist die Kollision der Lehrfreiheit der Professorenschaft mit den Regelungen der Lehre, die die Hochschule selbst oder vertreten durch ihre Gremien im Rahmen ihrer Selbstverwaltungskompetenz treffen kann, unter Berücksichtigung der legitimen Interessen der Studierenden aufzulösen. Die Auflösung von Grundrechtskollisionen kann unterschiedliche Wege beschreiten: In einem ersten Zugriff geht es um den Schutz der Lehrfreiheit durch Organisation, Verfahren und Beteiligungsregelungen (1.). Weitere Eingriffe in die Lehrfreiheit lassen sich mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und der *Jedesto-Formel* rechtfertigen (2.). Schließlich wird geklärt, in welchem Umfang die Leitungsebene der Hochschule in Abgrenzung zu ihren akademischen Gremien im Bereich der Lehrfreiheit Regelungen treffen kann (3.).

1. Grundrechtsschutz durch Organisation, Verfahren und Beteiligungsrechte

Grundrechte wie Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützen nicht nur unmittelbar grundrechtliche Freiheit, sondern wirken auch auf die Organisation und das Verfahren – im vorliegenden Fall von wissenschaftlichen Hochschulen – ein.<sup>27</sup> Ihre Organisation und ihre Verfahren sind so auszugestalten, dass die Lehrfreiheit ihrer Hochschullehrer nicht übermäßig beeinträchtigt wird.<sup>28</sup> Organisations- und verfahrensrechtliche Regelungen stärken die Effektivität des Schutzes von Grundrechten zudem dadurch, dass sie Grundrechtsträgern Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte bei der Gestaltung grundrechtlicher Freiheit, hier der Lehrfreiheit, eröffnen.

Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer wird auch dadurch geschützt, dass sie an den die Lehre betreffenden Vorgaben und Regelungen über ihre Repräsentation im Senat sowie in anderen akademischen Gremien mitwirken. Diese Gremien können sich im Rahmen ihrer Selbstverwaltungskompetenz ebenfalls auf die grundrechtlich geschützte Lehrfreiheit berufen. Sie sind damit legitimiert, hochschulintern die Lehre näher auszugestalten. Die Mitwirkung von Hochschullehrern in diesen Gremien lässt erwarten, dass die entsprechenden Beschlüsse und Ordnungen die Lehrfreiheit sachangemessen regeln:

„Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG gilt [...] nicht uneingeschränkt; insbesondere genießt die Lehrfreiheit eines Hochschullehrers keinen absoluten Vorrang vor anderen Grundrechten und verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgütern. Ein Hochschullehrer muss daher, bedingt durch das Zusammenwirken mit anderen Grundrechtsträgern wie auch durch den Ausbildungszweck der Fachhochschule, Einschränkungen hinnehmen. Die sich hieraus ergebenden Einschränkungen hat der Hochschullehrer grundsätzlich hinzunehmen, da sie in zulässiger Weise die Grenzen seines Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG konkretisieren. Der Organisationsfreiheit der Hochschule sind jedoch insbesondere durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkürverbot Grenzen gesetzt.“<sup>29</sup>

2. Beachtung der Verhältnismäßigkeit bei der Abgrenzung der Lehrfreiheit verschiedener Grundrechtsträger

Blicken wir also auf das die Verfassungsinterpretation bestimmende Verhältnismäßigkeitsprinzip:<sup>30</sup> Aus den vielfältigen Beziehungen und Konkurrenzen, in denen die Grundrechte zueinander und zu der verfassungsmäßigen Ordnung insgesamt stehen, erwächst immer wieder die Aufgabe, die verfassungsimmanenten Schranken einzelner Grundrechte zu ermitteln. Hier gebietet das Verhältnismäßigkeitsprinzip, einen schonenden Ausgleich oder praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Bereichen grundrechtlicher Freiheit zu finden.<sup>31</sup> Praktische Konkordanz<sup>32</sup> beim Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen ist erreicht, wenn

27 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 17 Rn. 41 ff.

28 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 46 Rn. 65.

29 OVG Magdeburg LKV 2008, 474, 475.

30 Hierzu ausführlich Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 84 ff.; § 19 Rn. 84 ff. mit Nachw.

31 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 19 Rn. 56 mit Nachw.; Hartmer/Dorf, Elektronische Lehre als Dienstpflicht?, in: *Forschung und Lehre* 2020, S. 396.

32 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 37 mit Nachw.; Fehling, Art. 5 Abs. 3 GG, in: *Bonner Kommentar*, Stand März 2004, Rn. 159 ff.

man zwar grundsätzlich einer Position einen Vorrang zuweist, das zurücktretende Grundrecht aber zu wahren versucht.

Zur Konkretisierung eines schonenden Ausgleichs zwischen kollidierenden Grundrechten fordert die Je-desto-Formel:<sup>33</sup> Je tiefer eine Maßnahme in Grundrechte eines Berechtigten eingreift, desto erheblicher muss das Gewicht der die Beeinträchtigung rechtfertigenden Gründe sein. Vorliegend also: Je tiefer eine Maßnahme in die Lehrfreiheit eines Professors eingreift, desto gewichtiger müssen die Gründe sein, die diesen Eingriff legitimieren.<sup>34</sup> Unterscheiden wir also Eingriffe in die Lehrfreiheit nach ihrer Eingriffstiefe:

a) Besonders tiefe Eingriffe in die mit der Forschungsfreiheit verbundene Lehrfreiheit

Die Je-desto-Formel schließt in der Regel aus, dass eine Hochschule *inhaltlich* in die Lehrfreiheit eines ihrer Professoren dadurch eingreift, dass für seine Lehre etwa bestimmte wissenschaftliche Aussagen vorgeschrieben werden. Dies wäre ein besonders tiefer Eingriff in die Lehrfreiheit. Denn diese gestattet eine Lehre, die auf wissenschaftlicher Erkenntnis des Hochschullehrers beruht. Soweit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Einflussnahmen auf die Forschung und wissenschaftliche Erkenntnis eines Hochschullehrers verbietet, ist in gleichem Umfang auch seine Lehrfreiheit geschützt.<sup>35</sup> Eingriffe in diese inhaltliche Seite der Lehrfreiheit, also in ihren Kernbereich, wären so tiefgreifend, dass nach der Je-desto-Formel nur ganz ausnahmsweise ein Grund ersichtlich sein kann, der einen solchen Eingriff rechtfertigen könnte. So könnten etwa an einer theologischen oder weltanschaulich orientierten Hochschule Eingriffe in die Forschungs- und Lehrfreiheit statthaft sein.

b) Eingriffe in die Didaktik betreffen nur Randbereiche der Lehrfreiheit

Die *unterschiedlichen Methoden der Vermittlung von Lehrmeinungen* werden, wie bereits entwickelt, ebenfalls von der verfassungsrechtlich geschützten Lehrfreiheit umfasst. Blicken wir auch hier wieder auf die Tiefe von

Grundrechtseingriffen: Die angewandte Didaktik hat in der Regel nur wenig mit den Inhalten der Lehre zu tun. Sie ist nur ein Hilfsmittel, um das Lehrprogramm verständlich, überzeugend und erlernbar zu vermitteln. Eingriffe in die Didaktik erfolgen sozusagen im Randbereich dessen, was die verfassungsrechtliche Lehrfreiheit schützt.<sup>36</sup> Sachliche Gründe, wie etwa die Qualitätssicherung oder -verbesserung, können Eingriffe in die didaktische Tätigkeit von Professoren rechtfertigen.

Nach vielfach vertretener Ansicht umfasst die Methodenfreiheit grundsätzlich auch die Entscheidung, in welchem Umfang digitale Lehrformate zum Einsatz kommen sollen.<sup>37</sup> Diese traditionelle Meinung lässt allerdings Ausnahmen zu:

„Die mediale Gestaltungsfreiheit als Teil der Lehrfreiheit kann [...] durch die zuständigen Hochschulorgane eingeschränkt werden. So sind Vorgaben zu den elektronischen Formaten der Lehrerbringung und zur Nutzung elektronischer Übertragungsmöglichkeiten möglich. Wegen des damit aber verbundenen Grundrechtseingriffs soll dies jedoch nur zulässig sein, soweit es zur Sicherung des Studienbetriebs erforderlich ist. Diese hohe Hürde soll nur dann erfüllt sein, wenn andernfalls kein geordnetes Studienangebot mehr gewährleistet wäre.“

Dieser Forderung nach derart hohen Hürden bei Eingriffen in die professorale Lehrfreiheit kann nur bedingt gefolgt werden. Denn verfassungsrechtliche Vorgaben können weitergehende Eingriffe in die Lehrfreiheit rechtfertigen:

(1.) Die Studierenden haben aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur ein Recht auf den Zugang zu Hochschulen, sondern auch auf eine sachangemessene Bildung und Ausbildung. Die Lehrfreiheit des Hochschullehrers unterliegt verfassungsimmanenten Einschränkungen, „die sich aus dem Ausbildungszweck“ der Hochschule ergeben.<sup>38</sup> So können einzelne Hochschulen als (Aus-)Bildungsauftrag festlegen, die Studierenden bereits über ihre Lehrmethoden in die Digitalisierung der Arbeitswelt einzuführen. Auch muss die Lehre nicht nur wissenschaftlich, sondern auch didaktisch auf der Höhe der Zeit erfolgen. Die digitale Zeitenwende mit ihrer Ermög-

33 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, § 7 Rn. 42.

34 Fehling, Art. 5 Abs. 3 GG, in: Bonner Kommentar, Stand März 2004, Rn. 161.

35 Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 156.

36 Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 163.

37 Zu dieser Didaktik-Freiheit: Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 161; Messer, Besonderheiten

einzelner Bereiche, in: Haug (Hg.), Das Hochschulrecht in BW, 3. Aufl. 2020, Kap. 4, Rn. 1009 mit Fn. 174; „Problematisch wäre etwa die Verpflichtung, in den Lehrveranstaltungen ‚Papers‘ auszugeben“; Detmer, Das Recht der (Universitäts-)Professorinnen und Professoren, in: Hartmer/Detmer (Hg.), Hochschulrecht, 4. Aufl. 2022, Kap. 4, Rn. 173 mit Fn. 479: keine Verpflichtung von Professoren, „ein spezielles digitales Angebot zu unterbreiten“.

38 BeckOK HochschulR BW/Haug, 31. Ed. 1.12.2022, LHG § 3 Rn. 17.

39 BeckOK GG/Kempfen, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 5 Rn. 183.

lichung besonders effektiver Lehr- und Lernmethoden kann bei einer realitätsadäquaten Verfassungsinterpretation nicht ohne Einfluss auf die Festlegung von Lehrkonzepten bleiben.

(2.) Wissenschaftliche Hochschulen haben die Qualität ihrer Lehre – die allgemeine Pflicht zur Qualitätssicherung ist in den Landeshochschulgesetzen geregelt – ständig zu sichern und zu optimieren. Das BVerfG definiert die Aufgabe der Qualitätssicherung:

„Die Qualitätssicherung der wissenschaftlichen Lehre muss nicht auf wissenschaftlich-fachliche Kriterien beschränkt sein, sondern kann die Studienorganisation, die Studienanforderungen und den Studienerfolg bewerten. Ein Hochschulabschluss kann den Berufszugang nur ermöglichen, wenn das Studium bestimmte Qualifikationen vermittelt, potentielle Arbeitgeber dessen Qualität anerkennen und der Abschluss auf einem Arbeitsmarkt mit anderen Abschlüssen verglichen werden kann. Es ist daher unbedenklich, die Qualitätssicherung des Hochschulstudiums mit Blick auf Erkenntnisse der Forschung und mit Blick auf eine Verwertbarkeit erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten am Arbeitsmarkt zur Förderung der in Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit auszugestalten.“<sup>40</sup>

(3.) Zu ihrer Selbstdarstellung und ihrem Markenzeichen im Kampf um Studierende gehört bei privaten und zunehmend auch bei staatlichen Hochschulen ein Studienangebot, das an neuesten didaktischen Methoden ausgerichtet ist. Und bei der Akkreditierung von privaten Hochschulen überprüft der Wissenschaftsrat, ob sie im Hochschulbetrieb einlösen, wofür sie werben. Ein solches Hochschul-Branding ist sachangemessen umzusetzen, was zur Begrenzung der Lehrfreiheit von Professoren führen kann. Deutlich formuliert: Wer als Professor an einer Hochschule tätig ist, die moderne Lehrmethoden entwickelt und für sie wirbt, muss jene Lehrmethoden nutzen, die die Leitungsorgane festlegen und die die Studierenden erwarten.

Diese Erwartungshaltung der Studierenden und des Arbeitsmarktes, gespiegelt im Auftrag der Hochschulen zu sach- und zeitangemessener Lehre und Ausbildung, legitimiert Eingriffe in die Lehrfreiheit,<sup>41</sup> die etwa die Formate von Lehrveranstaltungen vorschreiben, die Vorbereitung auf Prüfungen mittels modernster Lehrmethoden optimieren, die bei der Bewertung von Prüfungsleistungen strikt am Gleichheitssatz orientiert sind

oder die den Kontakt der Hochschullehrer zu ihren Studierenden regeln. All dies sind keine tiefen Eingriffe in die Lehrfreiheit; sie konkretisieren nur deren verfassungsimmanente Schranken. Der Bildungs- und Ausbildungsanspruch der Studierenden und der entsprechende Auftrag der Hochschulen sind sachliche Gründe, die derartige Eingriffe rechtfertigen.

Solche Eingriffe dürfen natürlich nicht willkürlich sein, sondern müssen in angemessener Weise zur Verbesserung der Lehre geeignet zu sein.

### 3. Kompetenzteilung zwischen zentraler Leitungsebene und den Repräsentativorganen bei der Festlegung der Vorgaben für die Lehre

In die Lehrfreiheit wird in der Regel auf Grund von Gremienbeschlüssen der Hochschule eingegriffen. Einschränkungen der Lehrfreiheit ergeben sich dabei aus der institutionellen Ausbildungsaufgabe der Hochschule. Der Senat, die Fachbereiche, die Bereichsausschüsse mitsamt ihren Vorsitzenden sind für die äußere Regelung des Unterrichts zuständig und können Gegenstand, Art und Umfang der Lehrveranstaltungen festlegen. Diese Vorgaben<sup>42</sup> konkretisieren in zulässiger Weise die Grenzen des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

Wie aber steht es mit der Abgrenzung zwischen einer Regelungskompetenz der Leitungsebene mit ihrer Verwaltung einerseits und den akademischen Repräsentativgremien andererseits? Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann die Lehrfreiheit verletzt werden, wenn eine Gesamtbetrachtung des hochschulorganisatorischen Gefüges ergibt, dass die freie Lehre „strukturell gefährdet“ ist.<sup>43</sup> Dies kann der Fall sein, wenn die Befugnisse der Leitungsorgane (Präsidium, Rektorat, Dekanat usw.) zulasten der repräsentativeren Selbstverwaltungsorgane (Senat, Fachbereichs- bzw. Fakultätsrat), die ebenfalls in Sachen Lehre zu entscheiden haben, zu stark ausgeweitet werden.<sup>44</sup> Bei der Abgrenzung der Kompetenzen der Leitungsebene einerseits und der Ebene partizipatorischer Mitbestimmung der repräsentativen Vertretungsorgane andererseits darf es kein strukturelles Ungleichgewicht geben. Dies ist solange nicht der Fall, als der Senat und andere zuständige Organe auf der Ebene der Fächer im Regelfall sowie die Leitungsebene mit ihrer Verwaltung aus organisatorischen Gründen berechtigt sind, Rahmenbedingungen für die Lehre festzulegen, die die individuelle Lehrfreiheit des Professors begrenzen können.

40 BVerfGE 141, 143, 172.

41 Andere Gewichtung bei Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Artikel 5 III (Wissenschaft) Rn. 161.

42 OVG Koblenz BeckRS 1997, 21995, Leitsatz 2.

43 BVerfGE 111, 333, 355 f. zur Wissenschaftsfreiheit.

44 Penßel, Zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Rechtsstellung des kollegialen Selbstverwaltungsorgans. Anmerkungen zu den Nichtannahmebeschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2. und 6.3.2020, OdW 2020, 253, 254.

## VI. Einzelfragen der Zuordnung der Lehrfreiheit

Nach Klärung der verfassungsrechtlichen Vorgaben und Rahmensetzungen werden nun einige bisweilen in Streit geratende Fragen zur Organisation der Lehre und zu den Weisungsmöglichkeiten hinsichtlich der Durchführung von Lehrveranstaltungen beantwortet.

### 1. Vorgaben durch die Studien- und Prüfungsordnungen

Den Hochschulen steht nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG das Recht zu, ihre Studiengänge nach eigenen wissenschaftlichen Kriterien festzulegen und dabei eigene Schwerpunkte zu setzen.<sup>45</sup> Diese Gestaltungsbefugnis der Hochschulen ist zudem vom Recht der Studierenden auf Berufsfreiheit gefordert:

„Entscheidungen der zuständigen Hochschulorgane in Fragen der Lehre sind [...] grundsätzlich insoweit zulässig, als sie sich auf die Organisation des Lehrbetriebes und auf die Aufstellung und Einhaltung von Studien- und Prüfungsordnungen beziehen. In diesem Sinne hat das BVerwG entschieden, dass Studien- und Prüfungsordnungen in Anbetracht ihres Inhalts und ihrer Zielrichtung vorrangig an dem Grundrecht der Studenten auf Berufsfreiheit zu messen sind.“<sup>46</sup>

Einschränkend wird vom BVerwG aber erwogen, ob eine Kollision mit dem Lehrfreiheitsgrundrecht der Hochschullehrer insoweit denkbar sei, „als von den gestellten Leistungsanforderungen Rückwirkungen auf die inhaltliche und methodische Gestaltung der Lehrveranstaltungen ausgehen“.<sup>47</sup> Sollten Leistungsanforderungen im Einzelfall mittelbar auf die inhaltliche Gestaltung der Lehre Einfluss haben, indem die Lehre etwa an einer bestimmten Wissenschaftstheorie auszurichten ist, so ist dies ein erheblicher Eingriff in die inhaltliche Lehrfreiheit, der nach der Je-desto-Formel nur mit äußerst gewichtigen Gründen, etwa der Ausrichtung der Hochschule, gerechtfertigt werden kann.

### 2. Geringstmöglicher Eingriff: zum Vorrang der Selbstorganisation der Lehre durch die beteiligten Hochschullehrer

Terminpläne für Vorlesungen, Prüfungen usw. müssen aufeinander abgestimmt sein. Professoren können Wünsche für Zeit und Ort ihrer Lehrveranstaltungen äußern. Sie können sich auch intern über Terminpläne einigen.

Verfassungsrechtlich hat die Selbstorganisation der die Lehrfreiheit betreffenden Aufgaben als geringstmöglicher Eingriff in dieses Freiheitsrecht<sup>48</sup> Vorrang gegenüber Regelungen der Hochschule, da sie Eingriffe Dritter in die individuelle Lehrfreiheit minimiert.<sup>49</sup>

Allerdings muss auf das Gelingen dieser Selbstorganisation Verlass sein und sie muss legitime (Stundenplan-)Interessen der Studierenden berücksichtigen. Je größer die Hochschule ist, desto größer ist der Koordinationsbedarf und je unzuverlässiger die Einigungsbereitschaft der Professoren in Sachen Zeit und Ort der Lehrveranstaltungen ist, desto eher müssen seitens der Hochschulen in Terminplänen Vorgaben gemacht werden.

Soweit aller Erfahrung nach interne Einigungen nicht zustande kommen, ist es Aufgabe von Studiengangsleitern oder auch der Hochschulverwaltung, möglichst nach Anhörung der betroffenen Professoren, Terminpläne festzulegen. Eine vorherige Anhörung sollte erfolgen, damit Wünsche von Professoren bei der Ausgestaltung ihrer Lehre berücksichtigt werden können. Die Lehrfreiheit der Professoren ist also durch die lehrplanmäßige Koordination des Lehrangebots begrenzt.

### 3. Vorgaben zu den Lehrformaten innerhalb eines akkreditierten Studiengangs

Als Lehrformate gelten Vorlesungen, Seminare, Übungen, Projektarbeiten, Kolloquien, auch Exkursionen, Praktika etc. Die zuständigen akademischen Gremien können für Lehrveranstaltungen in Studien- und Prüfungsordnungen die jeweiligen Lehrformate vorschreiben.

Dies ist geboten, damit die Lehre in vergleichbarer Weise stattfindet. Diese Gleichheit in der Lehre fördert die Chancengleichheit der Studierenden beim Erbringen ihrer Studien- und Prüfungsleistungen; aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) „folgt die Verpflichtung der Hochschulen, möglichst einheitliche Rahmenbedingungen für alle Studierenden zu schaffen. Diese Vorgabe gilt jedenfalls für solche Lehrveranstaltungen, deren erfolgreicher Abschluss zugleich Bedingung für die Zulassung einer berufseröffnenden Prüfung ist.“<sup>50</sup>

### 4. Zur Freiheit der Methodenwahl

Bei der Freiheit der Methodenwahl ist zu unterscheiden zwischen der Freiheit der Wahl wissenschaftlicher

45 BVerfGE 147, 253, 311.

46 BVerwG NVwZ-RR 2006, 36.

47 BVerwG ebenda.

48 Zum geringstmöglichen Eingriff als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staats-

recht, 33. Aufl. 2018, § 12 Rn. 88.

49 BVerfGE 126, 1, 25; *Pernice-Warnke*, BeckOK Hochschulrecht NRW, 30. Ed. 1.3.2024, § 35 Rn. 22 f.

50 OVG Koblenz BeckRS 1997, 21995, Rn. 30.

Methoden einerseits und didaktischer Methoden andererseits.

Bei der inhaltlichen und damit wissenschaftsbasierenden Lehre besteht Freiheit der Methodenwahl. Die Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit der Wahl des methodischen Vorgehens in der Forschung, sie schützt auch die Freiheit, zur Erklärung wissenschaftstheoretischer Grundlagen besondere Formen methodischen Vorgehens der Lehre zugrunde zu legen.

Anders als die Wahl der wissenschaftlichen Methoden kann die Wahl der didaktischen Methoden beschränkt werden. Hier gilt:

„Didaktische Lehrformate sind nicht zeitlos. Konnte man früher etwa das Wort ‚Vorlesung‘ noch wörtlich nehmen, ist mittlerweile weitgehend anerkannt, dass ein Hochschullehrer, der nur vorträgt oder gar abliest und keinerlei Fragen zulässt, seine Lehrfreiheit missbraucht. Die enge Verknüpfung von Lehrfreiheit und Ausbildungsauftrag macht es erforderlich, unter sich verändernden Umständen nach immer neuen Wegen und dabei auch Lehrformaten zu suchen, um die Studierenden tatsächlich zu erreichen und den Ausbildungserfolg – auch und gerade in seiner wissenschaftlichen Fundierung – zu verbessern. Dies schließt bei der heutigen Generation der Studierenden digitale Formate grundsätzlich mit ein.“<sup>51</sup>

Heute haben zum Beispiel Online-Lehrformate gewisse Vorzüge:

„Dies gilt besonders, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Wissenschaftlichkeit der Lehre in einem gewissen Spannungsverhältnis zur ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Ausbildungsaufgabe der Hochschulen und der Hochschullehrer steht. Je stärker man dabei die Ausbildungsaufgabe betont, umso mehr muss sich die traditionelle Lehrorientierung zu einer Lernorientierung wandeln. Man schaut nun verstärkt darauf, was von der wissenschaftlichen Lehre bei den Adressaten überhaupt ankommt. Eine gewisse Abwechslung von Lehrmethoden und Integration neuer ‚jugendnaher‘ Medien wirkt auf viele Studierende motivierend. Motivation wiederum erleichtert nicht nur die Aneignung von Wissen, sondern ist auch ein wesentlicher Schlüssel zur Weckung des Interesses an Reflexion und damit zu einem Hineinwachsen in wissenschaftliches Denken.“<sup>52</sup>

Ergebnis dieses Wandels von Lehrformaten in der di-

gitalen Welt ist: Hochschullehrer können, wie bereits oben entwickelt, verpflichtet werden, sich an Online-Formaten in der Lehre zu beteiligen und auch bestimmte Online-Formate zu nutzen.<sup>53</sup>

#### 5. Vorgaben zu den Prüfungsformen

Die Prüfungsformen schriftliche oder mündliche Prüfung sowie die Formate der schriftlichen Prüfung (Hausarbeit, Klausur, Multiple Choice, Protokoll etc.) werden traditionell in den Studien- und Prüfungsordnungen geregelt. Auch dies ist, wie die Regelung der Lehrformate, durch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG geboten.

Auch dem Studiengangsleiter kann die Regelung von Prüfungsformen übertragen werden. Derartige Regelungen müssen bereits bei Studienaufnahme bestimmen, in welcher Weise Prüfungen abzulegen sind. Außerdem müssen sie transparent, also allen Studierenden zugänglich, sein.

#### 6. Fristen für Korrekturen etc.

Fristen für die Korrektur von Prüfungsleistungen einschließlich der Abschlussarbeiten müssen gesetzt werden, damit die Studierenden für ihre weiteren Planungen rechtzeitig erfahren, ob eine Prüfungsarbeit bestanden wurde, oder wie sie leistungsmäßig bewertet wurde. Für den Lehr- und Lernerfolg ist mitentscheidend, dass die Studierenden möglichst umgehend über ihren Leistungsstand informiert sind, um ihre weiteren Studienarbeiten etc. zu planen.

Die Korrektur- und Begutachtungsfristen dürfen daher nicht dem Ermessen des Prüfers oder des Gutachters überlassen bleiben. Um ein ordnungsgemäßes Studium in der dafür vorgesehenen Zeit zu garantieren, sind derartige Fristen von den akademischen Gremien festzulegen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass die Korrekturfristen zumutbar sind.

#### 7. Tools zur Lehr- und Lernbegleitung und zur Verbesserung der Effizienz des Studiums

Tools, wie etwa die eingangs genannten oder eine Simulation-Software,<sup>54</sup> können in Vorlesungen und anderen Lehrveranstaltungen verwendet und zur Vor- und Nachbereitung sowie zur Lernbegleitung eingesetzt werden.

51 Fehling, Reine Online-Hochschullehre, OdW 2020, 137, 140.

52 Fehling, OdW 2020, 143.

53 Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 159.

54 Die Analyse möglicher Maßnahmen auf Grund einer Simulation, ohne die Maßnahme tatsächlich auszuführen.

Welche Tools den Studierenden an die Hand gegeben werden, ist der Entscheidung des Leiters der Lehrveranstaltung überlassen.

Aus besonderen Gründen kann aber auch die Nutzung bestimmter Tools von den akademischen Gremien der Hochschule<sup>55</sup> oder den Studiengangsleitern festgelegt werden. Kriterien können etwa sein, dass bestimmte Tools besser als andere Tools für die Lehre geeignet sind, dass sie im Bereich von Prüfungen genutzt werden können oder dass der Umgang mit ihnen aus didaktischen Gründen für mehrere Lehrveranstaltungen der Hochschule vorgeschrieben werden soll. Vor allem kann entscheidend sein, dass die Nutzung bestimmter Tools festgelegt wird, um *gleiche Studien- und Prüfungsbedingungen* zu gewährleisten.

Chatbots, die den Dialog zwischen Mensch und technischem System ermöglichen, können als Lernbegleiter dienen und den Studierenden den Wissenserwerb erleichtern; sie können für Dozenten eine Inspirationsquelle für weiterführende Analysen sein und bei vielfältigen zeitraubenden Routinetätigkeiten entlasten, so dass im Idealfall das Zeitbudget für die Einarbeitung in neue Themenbereiche und für die Forschung entlastet wird. So ist etwa Syntea als ein KI-gesteuerter Lehr- und Lernassistent vom Träger der International University gemeinsam mit deren akademischen Gremien entwickelt worden.<sup>56</sup>

Mit derartigen Lehr- und Lernplattformen wird ein neues und innovatives Konzept akademischer Lehre verwirklicht.<sup>57</sup> Ihre in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Lehrfreiheit sowie die Werbung mit einem solchen Tool in ihrem Internet-Auftritt kann es der Hochschule gestatten, ihre Professoren zu verpflichten, bei ihrer Lehre von dieser Lehr- und Lernplattform Gebrauch zu machen. Eine solche Weisung kann nur in allgemeiner Weise erfolgen. Wie eine Lehr- und Lernplattform von einem Professor im Einzelnen in seine akademische Lehre integriert wird, ist wegen seiner Lehrfreiheit ihm überlassen. Kontrolliert werden kann allerdings, ob die von der Hoch-

schule angebotene Lehr- und Lernplattform überhaupt Verwendung findet und zielgerecht eingesetzt wird.

#### 8. Prüfungsaufsicht und Proctoring

Die Regelung der Prüfungsaufsicht und – damit auch des (Online-)Proctoring – gehört seit jeher zu den Aufgaben der akademischen Hochschulgremien wie Senate und/oder Fachbereiche. Die Chancengleichheit im Prüfungsrecht und eine angemessene Vorbereitungsöglichkeit der Studierenden auf ihre Prüfung, wie sie vor allem bei Online-Prüfungen erforderlich ist, verbietet Einzelfallentscheidungen von Professoren.

#### 9. Formen generativer Künstlicher Intelligenz wie zum Beispiel ChatGPT

Etwa zwei Drittel der Studierenden haben Künstliche Intelligenz bereits genutzt.<sup>58</sup> Den meisten von ihnen dürften deren Möglichkeiten, Grenzen und Gefahren wenig geläufig sein. Deshalb ist zu fordern, dass die Vermittlung von Formen generativer Künstlicher Intelligenz, wie zum Beispiel ChatGPT, als Programmpunkt für Lehrveranstaltungen verpflichtend gemacht wird. Dies gilt nicht nur für Einführungslehrveranstaltungen, sondern auch für alle Lehrveranstaltungen, deren Thematik die neuen Formen generativer Künstlicher Intelligenz berühren:

(1.) Hierfür spricht zunächst der Auftrag der Hochschulen, die Studierenden nicht allein wissenschaftlich, sondern auch für den Arbeitsmarkt auszubilden. Denn die Befähigung zum Umgang mit generativer Künstlicher Intelligenz wird auf dem Arbeitsmarkt, auf dem akademisch Ausgebildete nachgefragt werden, erwartet. Ergänzend lässt sich darauf verweisen, dass das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) auch das Recht auf eine am Arbeitsmarkt orientierte Ausbildung umfasst.

(2.) Blicken wir auf die Nutzung generativer Künstlicher Intelligenz durch Prüflinge in Prüfungsverfahren:<sup>59</sup> Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz

55 Dreier/Krüper, Grundgesetz, 4. Aufl. 2023, Artikel. 5 III (Wissenschaft) Rn. 162.

56 Im Internet-Auftritt der IU wird zusammengefasst: „Syntea ist ein KI-gesteuerter Lehr- und Lernassistent, der aktuell mehr als 10.000 IU-Studierenden zur Verfügung steht und bald für die gesamte Studentenschaft der IU zugänglich gemacht werden soll. Syntea wurde entwickelt, um eine personalisierte Interaktion mit den Studierenden zu ermöglichen und ihre Lernergebnisse zu verbessern. Es bietet eine Reihe leistungsstarker Funktionen, darunter ein Frage-Antwort-Tool, Prüfungsvorbereitung, sokratische Dialoge und vieles mehr.“, <https://www.iu.de/news/syntea-ki-gesuetzte-loesung-revolutioniert-online-bildung-und-interaktion->

mit-studierenden/ [zuletzt abgerufen 09.07.2024].

57 In der Hochschullehre sind die modernen Lehr- und Lernplattformen allerdings noch wenig verbreitet: *Budde/Tobor/Friedrich*, Blickpunkt – Künstliche Intelligenz: Wo stehen die deutschen Hochschulen? Hochschulforum Digitalisierung, 2024, [https://hochschulforumdigitalisierung.de/wp-content/uploads/2024/06/Blickpunkt\\_KI-Monitor.pdf](https://hochschulforumdigitalisierung.de/wp-content/uploads/2024/06/Blickpunkt_KI-Monitor.pdf) S. 13 ff. – ein Zeichen für die Reformfähigkeit des akademischen Bereichs in Deutschland

58 <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/So-digital-sind-Deutschlands-Hochschulen>.

59 Zum hier nicht erörterten, sehr fragwürdigen Einsatz von KI in Prüfungsverfahren: *Schwartzmann*, KI bei der Notenvergabe ist

(Art. 3 Abs. 1 GG) fordert Chancengleichheit in Prüfungsverfahren. Dies wiederum verlangt, dass alle Prüflinge in ihrem Studium die gleiche Chance hatten, den Umgang mit KI zu erlernen. Ferner gilt, dass deren Nutzung in Prüfungsverfahren nicht verboten werden kann. Denn nach überwiegender Meinung lässt sich nicht verhindern, dass beim Abfassen von prüfungsrelevanten Hausarbeiten zum Beispiel ChatGPT als Informations- und Inspirationsquelle oder Formulierungshilfe genutzt wird. Da die Hochschulen bei der Bewertung solcher Prüfungsarbeiten in der Regel nicht feststellen können, in welchem Umfang bei ihrer Anfertigung von KI Gebrauch gemacht wurde, darf diese prinzipiell nicht nachweisbare Nutzung auch rechtlich nicht verboten werden. Es darf nämlich nicht passieren, dass diejenigen Studierenden, die sich an das KI-Verbot halten oder mangels KI-Kenntnissen halten müssen, in Prüfungen möglicherweise schlechter abschneiden als diejenigen, die sich nicht an das KI-Verbot halten, weil sie wissen, dass Verstöße nicht nachweisbar sind.<sup>60</sup>

Wenn die Einhaltung eines generellen Verbots der Nutzung Künstlicher Intelligenz bei der Bewertung von Prüfungsarbeiten nicht nachgewiesen werden kann, muss der Umgang mit ihr zur Wahrung der Chancengleichheit in Prüfungsverfahren an der Hochschule gelehrt werden.<sup>61</sup> Jeder Studierende soll die Chance haben, in gleicher Weise wie andere Studierende mit KI umzugehen und diese auch in Prüfungsverfahren, soweit zugelassen, zu nutzen. Die Professoren müssen sozusagen als Annex zu dafür geeigneten Lehrveranstaltungen immer auch die Möglichkeiten und Probleme im Umgang mit Künstlicher Intelligenz vermitteln. Dies kann in Lehrplänen etc. vorgeschrieben werden. Der vor allem an Universitäten zu findende bisherige lediglich kritische und abwehrende Umgang mit generativer Künstlicher Intelligenz muss dringend korrigiert werden.<sup>62</sup>

(3.) Sowohl für die Lehrenden als auch für die Studierenden sollte Rechtssicherheit beim Umgang mit KI geschaffen werden. Der Einsatz von KI in der Lehre und in

Prüfungsverfahren sollte in den Studien- und Prüfungsordnungen näher konkretisiert werden.<sup>63</sup>

#### 10. Plagiatssoftware

Darüber hinaus sollten Professoren, die an Prüfungen beteiligt sind, eine Plagiatssoftware<sup>64</sup> nutzen. So können Urheberrechtsverstöße vermieden und die Eigenständigkeit wissenschaftlicher Leistung kontrolliert werden. Um ein Erschleichen akademischer Abschlüsse zu vermeiden und um Chancengleichheit in Prüfungsverfahren zu garantieren, können Hochschulen ihren an Korrekturen von Prüfungsarbeiten beteiligten Professoren in Prüfungsordnungen die Verwendung von Plagiatssoftware vorschreiben. Aus besonderen Gründen kann eine Regelung statthaft sein, an der Hochschule eine bestimmte oder eine der am Markt angebotenen Plagiatssoftwares zu nutzen. Dabei bleibt zu beachten, dass auch digitale Umformulierungsvorschläge erhältlich sind, um eine Plagiatssoftware zu umgehen.

#### 11. Verwendung von KI bei der Leistungsbewertung in Prüfungsverfahren?

Eine andere Frage ist, ob und wie die Hochschule ihre Prüfer hinsichtlich einer Nutzung von KI in Prüfungs- und Bewertungsverfahren anweisen kann. Seckelmann/Horstmann stellen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zusammenfassend fest:

„Eine vollständige Delegation der Bewertung von Prüfungsleistungen an ein KI-System ...[ist] mangels entsprechender Rechtsgrundlagen aus Art. 22 Abs. 2 DSGVO und auch prüfungsrechtlich idR ausgeschlossen. [...] Je stärker sich aus einem KI-generierten Ergebnis eine in sich bereits abgeschlossene und vollständige Bewertung ergibt und je intransparenter diese zustande kommt, 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

hochriskant, FAZ vom 24.4.2023, S. N 4.

<sup>60</sup> Heckmann/Rachut, Rechtssichere Hochschulprüfungen mit und trotz generativer KI, OdW 2024, S. 85, 96.

<sup>61</sup> Zu derartigen hier nicht zu vertiefenden Fragestellungen: Heckmann/Rachut, Rechtssichere Hochschulprüfungen mit und trotz generativer KI, OdW 2024, S. 85, 94 ff.; VG München NJW 2024, S. 1052 ff. mit kritischer Anmerkung von Rachut.

<sup>62</sup> Zum Einsatz von KI in der Präsenzlehre und im Selbststudium ausführlich Seckelmann/Horstmann, Künstliche Intelligenz im Hochschulbereich und Datenschutz, OdW 2024, S. 169, 171 ff.; Salden/Lordick/Wiethoff, KI-basierte Werkzeuge in der Hochschule, in: Salden/Leschke (Hg.), Didaktische und rechtliche Perspektiven

auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, 2023, S. 12 und passim.

<sup>63</sup> Hierzu Hoeren, Rechtsgutachten zum Umgang mit KI-Software im Hochschulkontext, in: Salden/Leschke (Hg.), Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, 2023, S. 39. Viele Hochschulen verweigern allerdings die Vorgabe klarer Regeln: Schwab, KI an der Uni: Mit ChatGPT zum Bachelor-Abschluss, <https://www.swr.de/wissen/ki-in-pruefungen-100.html>.

<sup>64</sup> Zu einer Übersicht: <https://www.omt.de/online-marketing-tools/plagiatssoftware/>.

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.<sup>65</sup>

## VII. Schlussbemerkung

Nach einer neueren Entscheidung des BVerfG liegt es in der Regelungskompetenz des Gesetzgebers, in welchem Umfang und bezogen auf welchen Fächerzuschnitt Personen damit betraut werden, wissenschaftlich eigenständig zu forschen und zu lehren. Der Gesetzgeber kann damit für Hochschulen vorschreiben, welcher Teil der Arbeitszeit in welchen Fächern für Forschung und Lehre zur Verfügung gestellt wird. Diese Begrenzung der Lehrfreiheit lässt sich dahin fortschreiben, dass auch die Modalitäten der hochschulinternen Lehre geregelt werden können.<sup>66</sup> Dies gilt jedenfalls für die jüngste Zeit, in der neue Formen der Informationsverarbeitung und Wissensgenerierung überkommene Lehrformen dysfunktional werden lassen und deshalb zeitangemessene Lehrmethoden angewandt werden müssen.

Die verfassungsrechtliche Argumentation zur Eingrenzung der Lehrfreiheit der Professoren lässt sich auf folgende Faustformel bringen: In aller Regel darf in die Freiheit, die Lehre an der Vermittlung wissenschaftlicher

Erkenntnis zu orientieren, nicht eingegriffen werden (Kernbereichsschutz der Lehrfreiheit). Die auf Didaktik bezogene Lehrfreiheit der Professoren kann aus nachvollziehbaren sachlichen Gründen durch die Studien- und Prüfungsordnungen sowie durch Weisungen zuständiger Gremien oder Organe eingeschränkt werden. Zu diesen sachlichen Gründen gehören:

- der Auftrag von Hochschulen zu einer berufseröffnenden und berufsadäquaten Ausbildung,
- ein korrespondierender Anspruch der Studierenden auf eine an der modernen Arbeitswelt orientierten Ausbildung,
- die Verwirklichung von Gleichheit im Studium und in Prüfungsverfahren,
- das Recht der Hochschule auf Werbung bei Studierenden mit modernen Ausbildungskonzepten,
- das Recht der akademischen Gremien auf Erlass sachangemessener Studien- und Prüfungsordnungen sowie
- die Stiftung von Rechtssicherheit beim Umgang mit neuen didaktischen Methoden durch Regelung in den Studien- und Prüfungsordnungen.

Dr. Thomas Würtenberger, em. Professor an der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät, ist Leiter der Freiburger Forschungsstelle für Hochschulrecht.

65 Seckelmann/Horstmann, Künstliche Intelligenz im Hochschulbereich und Datenschutz, OdW 2024, S. 169, 181; Heckmann/Rachut, Rechtssichere Hochschulprüfungen mit und trotz generativer KI, OdW 2024, S. 85, 94 mit weiteren Nachw.

66 BVerfG-K BeckRS 2020, 4223 Rn. 13.

Gerrit Christoph

## *Künstliche Intelligenz im industriellen Mittelstand: naive Hoffnungen, übertriebene Befürchtungen*

### I. Um was geht es?

Künstliche Intelligenz (KI) aus der Perspektive der medialen Debatte scheint eine Schicksalsfrage für Deutschland zu sein.\* Noch bevor die Allgemeinheit weiß, um was es sich bei KI genau handelt, glauben viele schon zu wissen, dass wir an einem Zuwenig an KI untergehen werden. Während das Ausland angeblich alles, was KI bedeutet, längst im Übermaß hat, *verschläft* die deutsche Wirtschaft – und besonders der schläfrige Mittelstand – jede Chance, die sich offenkundig auch dem Dümmersten bietet. Stimmt das in dieser oft vorgetragenen schablonenhaften Form wirklich? Was bedeutet KI für die Industrie? Wo stehen wir? Was sollen wir tun? Und was sollten wir zukünftig besser lassen?

### II. Definitionen und Formen von KI

KI ist ein Teilgebiet der Informatik. Es gibt nicht die eine Definition von Künstlicher Intelligenz. Häufig finden sich Begriffe wie *das Nachahmen menschenähnlicher, intelligenter Verhaltensweisen* in den Beschreibungen. KI wird häufig auch als Oberbegriff für Methoden genannt, die auf die Automatisierung von Entscheidungsvorgängen abzielen, die traditionell den Einsatz menschlicher Intelligenz erfordern.<sup>1</sup>

Maschinelles Lernen ist ein Teilgebiet der KI, bei dem ein Rechner beim Lösen von Aufgaben selbstständig lernt, sich zu verbessern. Dem Rechner wird dabei kein expliziter Lösungsweg als Algorithmus vorgegeben. Basierend auf großen Datenmengen entwickelt er selbst Algorithmen und Modelle, erkennt Muster und löst so spezifische Probleme. Maschinelles Lernen ist nicht sinnvoll, wenn Probleme klare, deterministische Lösungen erfordern oder nur geringe Datenmengen vorhanden sind. Die Bedeutung des Maschinellen Lernens hat in den letzten Jahren durch gesteigerte Rechenleistungen stark zugenommen. Ein konkretes Anwendungsbeispiel

ist das Transportieren eines Werkstücks von einem Punkt zum anderen durch einen Roboter. Der Roboter bekommt nur gesagt, von wo nach wo das Werkstück zu transportieren ist und lernt selbst durch Ausprobieren und Feedback, wie er es greift und auf welcher Bahnkurve er es bewegt.

Neuronale Netze sind ein Teilgebiet des Maschinellen Lernens. Sie sind den Nervenzellen im menschlichen Gehirn nachempfunden und bestehen aus Reihen von Datenknoten, die mit unterschiedlichen Gewichtungen vernetzt sind. Beim Trainieren mit immer wieder neuen Daten werden die Gewichtungen der Vernetzungen verändert und das Modell immer weiter verbessert. Beim Deep Learning sind zusätzlich große Mengen an Neuronenschichten außerhalb der Eingabe- und Ausgabeschicht vorhanden. Sprach- und Gesichtserkennung sind Beispiele für Anwendungen, die es ohne Deep Learning und stark verbesserte Rechenleistung nicht gäbe. Eine Generative KI schließlich nutzt die vorgenannten Techniken, um eigene Inhalte zu erstellen. Bild- und Textdateien oder sogar Programmcodes können mit einer Generativen KI erzeugt werden und Unternehmensprozesse deutlich effizienter und schneller machen.

### III. KI als internationaler Wettbewerbsvorteil

So vielfältig die Anwendungsmöglichkeiten sind, so groß ist die Anzahl der KI-Lösungen, die auf dem Markt angeboten werden. Der strategisch geplante Einstieg in die Welt der KI-Anwendungen mit Mehrwert für mittelständische Unternehmen ist anspruchsvoll, weil das Thema erst jetzt mit vielen Pionier-Lösungen in den unterschiedlichsten Anwendungsfeldern in voller Breite entsteht. Wo soll man anfangen?

Grundsätzlich besteht zu Panik auch in diesem Fall kein Anlass. Deutschland bewegt sich mit den USA und China in der Spitze der KI-Forschung. Zu dem, was KI ist und technologisch in der Perspektive leisten kann,

\* Dieser Artikel ist keine wissenschaftliche Arbeit. Er lebt nicht von Zitaten und Zusammenfassungen anderer Veröffentlichungen, sondern basiert auf Erfahrungen aus der Zusammenarbeit und dem Austausch mit vielen mittelständischen Industrieunternehmen im Südwesten.

<sup>1</sup> Vgl. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Künstliche Intelligenz – wir bringen Ihnen die Technologie näher, o. J., online verfügbar unter: <https://www.bsi.bund.de/dok/12776368> (abgerufen am 11.09.2024).

tragen unsere Wissenschaftler und Forscher an der Weltspitze mit bei.

Natürlich, die USA haben mit Microsoft, Google und Amazon sogenannte Hyperscaler, die die grundlegenden Technologien in Verbindung mit bestehenden Software-Paketen in die Fläche bringen. Stichwort ChatGPT. China hat ähnliche Giganten und einen jahrzehntelangen „nationalen Großeinsatz“ von KI in der Frage der automatisierten Personenüberwachung. Das ist seit vielen Jahren so und daran kann der Rest der Welt so schnell nichts ändern, auch wenn ausgerechnet ein Freiburger Startup namens „Black Forest Labs“ die Szene im Silicon Valley und „Beijing“ ordentlich aufmischt. Es geht aber für Deutschland mehr um die kluge Anwendung als um die technologische Erfindung, wie noch zu zeigen sein wird.

Deutlich schwächer ist die Positionierung derzeit noch bei den umgesetzten KI-Lösungen in Unternehmen, insbesondere im Mittelstand. Häufiger sind Forschungseinrichtungen noch auf der Suche nach Projektpartnern als umgekehrt. Ähnlich wie beim Einzug von Industrie 4.0 oder allgemein der Digitalisierung in die Industrie, ist der Übergang inkrementell und findet nicht zentral gesteuert statt. Dementsprechend gibt es auch selten Strategien in mittelständischen Unternehmen, die das Ziel haben, vorhandene Technologien systematisch und konzeptgetrieben einzusetzen. Der Einzug findet schrittweise über viele kleine Einzellösungen (*low hanging fruits*) statt, die konkrete Mehrwerte für die Unternehmen mit sich bringen. Dies geschieht pragmatisch schon seit vielen Jahren.

Gravierend scheint die Diskrepanz zwischen dem Nutzen, den Unternehmen im Einsatz von KI sehen, und der tatsächlichen Umsetzung zu sein. Nach einer Umfrage des Branchenverbandes Bitkom sehen 68 % der befragten Unternehmen KI eher oder weit überwiegend als Chance.<sup>2</sup> Auf der anderen Seite sehen sich 43 % als Nachzügler und zusätzliche 38 % meinen gar, sie hätten den Anschluss verpasst. Schaut man sich international vergleichbare Unternehmen an, so stimmt dies vermutlich nicht. Deutsche Unternehmen sind generell besser vorbereitet, als oft vertrieblisch motivierte Umfragen nahelegen. Die *KI-Züge* sind aktuell keineswegs alle für Deutschland abgefahren, dazu sind das Thema und die jeweiligen Branchenlösungen zu neu. Vermutlich überzeichnet der allgegenwärtige Medien-Hype die tatsächlichen aktuellen Chancen und verzerrt die nationale

Wahrnehmung, worauf am Schluss einzugehen sein wird.

#### IV. Wo liegen brachliegende Potenziale?

Ungeachtet dieser Einschätzung und der generell häufig fehlenden gesamthaften KI-Strategie, sind KI-Anwendungen bereits in vielen Geschäftsprozessen zu finden. Die wichtigsten Einsatzgebiete in Industrieunternehmen sind derzeit:

##### 1. Finanz- und Rechnungswesen

KI kann Routineaufgaben bei der Buchhaltung, Rechnungsprüfung und im Controlling mit deutlich höherer Geschwindigkeit und Präzision übernehmen. Beispiele sind die automatische Erfassung, Verarbeitung und Freigabe von Eingangsrechnungen oder Budgetplanungen.

##### 2. Personalmanagement

Im Recruiting-Prozess kann eine KI-Lösung helfen, Bewerbungsunterlagen zu sichten und mit den Anforderungsprofilen abzugleichen. Weitere Anwendungsbereiche betreffen das Onboarding, die Personalentwicklung, Weiterbildung und die Kontrolle der Mitarbeiterzufriedenheit.

##### 3. Produktion

KI kann wesentliche Effizienzsteigerungen ermöglichen, indem Prozesse optimiert und Tätigkeiten automatisiert werden. Die verbreitetsten Anwendungen sind die Bilderkennung in der Qualitätssicherung, die Nutzung von großen Datenmengen zur Verbesserung von Maschinen-Verfügbarkeiten und selbstlernende Roboter. In Produktionsprozessen nehmen Kamerasysteme Bild Daten von Produktionsteilen auf. Mit Hilfe von Maschinellem Lernen werden die Bilder analysiert und Oberflächenfehler, Formabweichungen oder fehlende Teile erkannt. Die Leistungsfähigkeit der KI steigt mit zunehmender Datenbasis. Typische Anwendungsbeispiele sind die Kontrolle von Schweißnähten, Gussteilen oder Leiterplatten.

Kamerasysteme werden auch zur Maschinenüberwachung eingesetzt. KI unterstützt dabei, die Maschinenverfügbarkeit zu steigern, indem beispielsweise Werkzeugzustände überwacht werden. Fehlerhafte Komponenten oder kritische Betriebszustände in Maschinen geben veränderte akustische Signale ab, die mit akusti-

<sup>2</sup> Vgl. Wintergerst, Künstliche Intelligenz – Wo steht die deutsche Wirtschaft?, in: Bitkom Research 2024, online verfügbar unter:

<https://www.bitkom.org/sites/main/files/2023-09/bitkom-charts-ki-im-unternehmen.pdf> (abgerufen am 11.09.2024).

schen Sensoren aufgenommen und mit Hilfe von KI analysiert werden. Die KI erkennt Muster in den großen Datenmengen, die auf anderem Wege unauffindbar wären. Ebenfalls zur Steigerung der Maschinenverfügbarkeit werden interne Dokumente, Benutzerhandbücher und Kundensupport-Tickets in einer zentralen Datenbank zusammengeführt. Die KI empfiehlt bei Störungen Lösungen, die vor Ort zur Verfügung gestellt werden. Im Gegenzug werden aktuelle Störungen und erfolgte Maßnahmen und ihre Auswirkungen durch Foto, Sprach- oder Texteingabe zurückgespielt. Das Onboarding neuer Produktionsmitarbeiter wird wesentlich erleichtert.

KI unterstützt Roboter dabei, kognitiv zu agieren. Roboter nehmen mit Sensoren ihr Umfeld wahr, lernen aus Erfahrung und erzeugen selbstständig Handlungen. Dies verbessert die Möglichkeit zur Zusammenarbeit von Mensch und Roboter entscheidend. Bisher dem Menschen vorbehaltene Aufgaben mit Hand-Auge-Koordination, beispielsweise das Aussortieren von als fehlerhaft erkannten Teilen auf einem Förderband, können von Robotern übernommen werden.<sup>3</sup>

#### 4. Supply Chain Management

Mit Hilfe von KI können genauere Nachfrageprognosen erstellt, Lieferketten angepasst und Bestandssituationen kontinuierlich überwacht und optimiert werden. Im Einkauf können in Sekundenbruchteilen Angebotsinhalte mit Ausschreibungstexten und Verträge untereinander verglichen werden. Selbst die vertrauensvolle Aufgabe der Produktionsplanung und -steuerung ist mit KI möglich.<sup>4</sup>

Eine starke Verbesserung erfährt die Intralogistik durch Maschinelles Lernen. Transport-Roboter werden befähigt, durch Objekterkennung und Greifplanung ihr Tätigkeitsspektrum von der Behälter- auf die Produktebene auszudehnen. Sie sind so in der Lage, unbekannte, vorher nie gesehene Objekte aus- oder einzupacken und damit den End-to-End-Prozess zu vervollständigen.<sup>5</sup>

#### 5. Kundenkommunikation und Service

Insbesondere im B2C tätige Unternehmen nutzen Chatbots, virtuelle Assistenten im Service und personalisierte Produktempfehlungen. Die virtuellen Assistenten sind

rund um die Uhr erreichbar, können Stimmungen erkennen und liefern schnelle Antworten.

#### 6. Marketing und Vertrieb

KI analysiert das Kundenverhalten aus Vergangenheitsdaten und Social-Media-Aktivitäten, erstellt personalisierte Angebote und optimiert die Zielgruppenansprache. Mit einfachen Sprachaufnahmen werden Kundengespräche festgehalten und in Berichte oder Follow-Up-Mails umgewandelt. Kaltakquise-Aktivitäten werden geplant, eine Lead-Qualitätskontrolle durchgeführt und Verhandlungen mit dem Chatbot erprobt. Das Erstellen von Texten und Bildmaterial mit KI beschleunigt die Abläufe im Marketing deutlich.

#### 7. Entwicklung und Innovation

KI hilft, den Innovationsprozess zu beschleunigen. Neue Geschäftsmodelle und Produkte können entwickelt und bestehende optimiert werden. Simulation und Prüfzyklen werden erheblich verkürzt und führen zu deutlich kürzeren Entwicklungszeiten. Im Patentwesen hilft KI bei der Kategorisierung von Patenten und dem Aufdecken von Schutzrechtsverletzungen. Aber: Patentrechtlich kann die KI selbst kein Erfinder sein.

In der Produktentwicklung spielt die Embedded-KI, die Einbettung von KI-Lösungen lokal im Produkt, eine immer größere Rolle. Durch eine lokale Verarbeitung der Daten ist nur eine geringe Konnektivität erforderlich und die letztlich gespeicherten Datenmengen lassen sich deutlich reduzieren.

### V. Woran scheitert die zügige Einführung von KI in Unternehmen?

#### 1. Mensch

An den Beispielen sieht man, dass neben der IT mit der Entwicklung, Produktion, dem Supply Chain Management, Personalmanagement, Finanz- und Rechnungswesen, Marketing und Vertrieb viele Unternehmensbereiche mit KI-Anwendungen in Berührung kommen. Viele der KI-Anwendungsmöglichkeiten sind immer wieder Thema in den über 60 Erfahrungsaustauschgruppen der wvib Schwarzwald AG. Nur selten sind bereits flächendeckende Erfahrungen vorhanden. KI-Kompe-

3 Kunze, Nachgefragt: Wie KI-Robotik die Automatisierung bewegt, in: MM MaschinenMarkt, 2024, online verfügbar unter: <https://www.maschinenmarkt.vogel.de/nachgefragt-wie-ki-robotik-die-automatisierung-bewegt-a-82517efd5c6423040929e142c4e5cdf2/?r=ext> (abgerufen am 11.09.2024).

4 Vgl. Wiendahl/Huber, KI macht's möglich: Kundenwünsche von morgen, schon heute eingeplant, in: Fraunhofer-Institut für Produktionstechnik und Automatisierung IPA 2020, online

verfügbar unter: <https://www.ipa.fraunhofer.de/de/presse/presseinformationen/ki-machts-moeglich.html> (abgerufen am 11.09.2024).

5 Vgl. Kraus, KI-basierte Robotik: Intralogistik profitiert am stärksten, in: faz.net 2024, online verfügbar unter: <https://www.faz.net/pro/digitalwirtschaft/transformation/ki-basierte-robotik-intralogistik-profitiert-am-staerkersten-19672942.html> (abgerufen am 11.09.2024).

tenz ist, speziell in den Fachabteilungen, in mittelständischen Unternehmen nur selten vorhanden. Ein Grundverständnis für KI und die fachspezifischen Möglichkeiten sollte in Schule, Ausbildung und Studium unbedingt vermittelt werden.

Vertrauen und das Einlassen auf dem Menschen überlegene Technik sind unabdingbar beim Einsatz von KI. Wer mit einem Navigationssystem im Auto unterwegs ist, tut gut daran, den Vorschlägen des Navis zu glauben. Nur mit Verspätung ans Ziel kommt, wer abwechselnd dem System glaubt und eigene Lösungen einstreut. KI-Anwendungen bringen häufig große Veränderungen in den Abläufen mit sich. Eine offene Kommunikation, Schulungen und eine Kultur der Veränderung sind entscheidend für die Akzeptanz. KI-Lösungen müssen als sinnvolle Ergänzung und nicht als Bedrohung wahrgenommen werden.

Die Zeit des Expertenwissens, des unentbehrlichen Mitarbeiters, der Maschinen und Abläufe so gut kennt wie keiner, ist vorbei. Das Domänenwissen der Mitarbeiter wird in die Datenbanken der Maschinen und Prozesse gebracht und durch KI-Anwendungen für alle Bediener nutzbar gemacht. Die Tatsache, dass der technologische Wandel gerade in eine Zeit fällt, in der viele Experten in Rente gehen und nur wenige Fachkräfte nachrücken, beschleunigt Erfordernis, aber auch Akzeptanz der KI-Lösungen.

## 2. Technik

KI-Systeme benötigen große Mengen spezifischer Daten. In mittelständischen Unternehmen stehen diese Daten häufig gar nicht, nicht in der benötigten Vollständigkeit oder nur in unzureichender Qualität zur Verfügung. Aber auch bei der Erzeugung von Daten kann KI weiterhelfen. Durch automatisierte Modellbildung können Maschinendaten erzeugt und hinterher überprüft werden. Selbst Bilddaten von Gut- und Schlechteilen zur Qualitätskontrolle können synthetisch mit KI erzeugt werden, um schnell ausreichende Datenmengen zur Verfügung zu haben. Die Speicherung und der Schutz sensibler Daten stellen Herausforderungen für mittelständische Unternehmen dar, die bewältigt werden müssen.

85% der befragten Unternehmen nannten Anforderungen an den Datenschutz als größtes Hemmnis für den Einsatz generativer KI.<sup>6</sup>

## 3. Kosten

Viele mittelständische Unternehmen befinden sich gerade in schwierigem Fahrwasser. Die Kostensituation hat

sich in den letzten Jahren verschlechtert, die Planungssicherheit hat durch politische Eingriffe und die globale Marktsituation signifikant abgenommen und der Fachkräftemangel in technischen Berufen hat stark zugenommen. Da für die Umsetzung von KI-Projekten größere finanzielle und personelle Ressourcen notwendig sind, ist dies ein weiteres Hemmnis für ein schnelles Vordringen von KI-Lösungen im Mittelstand. Die Förderung von KI auf der Forschungsseite mag Sinn machen, ein Verzetteln in Förderungen mit der Gießkanne für alle und jeden sicherlich nicht.

Die großen Vorteile von KI in der mittelständischen Industrie liegen in der Automatisierung von Routineaufgaben, die schneller, effizienter und fehlerfreier ausgeführt werden können – sowohl in wertschöpfenden wie in nicht-wertschöpfenden Unternehmensbereichen. KI unterstützt bei der strategischen Entscheidungsfindung, indem in großen Datenmengen Muster erkannt werden, die dem Menschen verborgen bleiben. Insgesamt entsteht durch den gezielten Einsatz von KI ein Wettbewerbsvorteil, der auf den Eckpfeilern Kosten, Qualität und Geschwindigkeit basiert. Einen großen, disruptiven Umbruch wird KI in der produzierenden Industrie nicht verursachen. Das Entwickeln und Anfertigen von Produkten zum Anfassen wird auch zukünftig in Wertschöpfungsprozessen ablaufen, die sich in den nächsten Jahren nicht grundlegend von den heutigen unterscheiden werden.

## VI. Naive Hoffnungen, übertriebene Befürchtungen?

Die Stärke der mittelständischen Industrie in Deutschland war es immer, Innovationen zu schaffen, herausragende Produkte auf den Markt zu bringen und die Prozesse dahinter optimal zu gestalten. Grundlage dafür ist Expertenwissen, ein tiefes Verständnis für Produkte und Prozesse, das seinen Anfang in Ausbildung und Studium nimmt. Mit KI ändert sich das Spielfeld. Expertenwissen wird weniger wichtig. Das „Ausprobieren, bis es klappt“ geht in anderen Kulturen häufig leichter von der Hand als in Deutschland, wo erst gerechnet und verifiziert wird, bis die Details verstanden sind.

KI beschleunigt das Probieren und führt schneller zum Erfolg. Das tiefe Verstehen wird trotzdem nicht verschwinden, es wird weiterhin die Basis bilden für Innovationen und letztlich für Geschäftserfolg. Ausbildung und Studium in Deutschland müssen ihre Stärken erhalten, ergänzt um Inhalte, die für Verständnis und Lösungsfindung bei Digitalisierung und KI notwendig

<sup>6</sup> Vgl. Wintergerst, Künstliche Intelligenz (Fn. 2).

sind. So früh wie möglich und so flächendeckend wie möglich. Eigene Studiengänge, die das Programmieren und Anwenden von KI in allen Facetten abdecken, sind wünschenswert. Trotzdem bilden grundlegende Studiengänge wie der Maschinenbau ein zentrales Fundament für Innovation und gerade hier bereiten sinkende Studierendenzahlen Sorgen. Die Freude am Gestalten eines Produktes zum Anfassen muss wieder mehr ins Bewusstsein vordringen, ein Arbeitsplatz in der Industrie erstrebenswert sein. Hier liegt die Basis für Innovation, die die deutsche Industrie vom Rest der Welt unterscheidet.

Chinas Stärke in der Industrie ist die schiere Masse an Menschen und Material. Der sorglose Umgang und das Nutzen von großen Datenmengen mit KI, verbunden mit der Probier-Mentalität, sorgen für immer größere Geschwindigkeit in der Industrie-Produktion. In den USA sind Datenkraken bereits seit Jahrzehnten zu Giganten gewachsen. Verbunden mit größerer Risikobereitschaft und einem Sinn für Marketing spielt KI auch der US-amerikanischen Vormachtstellung in der Industrie in die Karten. Um in diesem Konzert weiterhin gleichberechtigt mitspielen zu können, müssen wir in Deutschland KI ohne Angst dort nutzen, wo es Mehrwert bringt. Grundlegend wird aber sein, unsere eigentliche Stärke, die Kreativität für Innovationen in Produkten und Prozessen zu erhalten und sogar auszubauen. Dann wird KI nicht für den großen Umbruch in der globalen Industrielandschaft sorgen. Dabei sein ist alles.

Das galt für die Digitalisierung, gilt für KI und wird auch beim Quanten-Computing in ein paar Jahren nicht anders sein.

## VII. Fazit

Panikmache ist nicht angebracht. KI bringt nicht die heraufbeschworene Disruption in der mittelständischen Industrie mit sich. Aber die Voraussetzungen, im Mittelstand in sinnvoller Art und Weise auf den KI-Zug aufzuspringen, sind nicht schlecht. Die von außen diktierte und mit Steuermilliarden bezahlte große Lösung aus Brüssel und Berlin braucht es nicht. Deutschland hat kein Google und wird auch keines mehr bekommen. Der KI-Zug hält an vielen kleinen Bahnhöfen und nach und nach fließen viele kleine Lösungen ein. KI wird letztlich dort eingesetzt, wo es Nutzen bringt. Wenn die Politik ihre Hausaufgaben macht, für unternehmerfreundliche und innovationsfördernde Rahmenbedingungen und die nötige Infrastruktur sorgt, dann kümmert sich der industrielle Mittelstand um den Rest. Aus Eigeninteresse und aus der Leidenschaft zu Technik und Innovation – wie schon seit vielen Jahrzehnten.

Dr.-Ing. Gerrit Christoph ist stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Wirtschaftsverbandes wvib Schwarzwald AG. Der Physiker und promovierte Maschinenbauer leitet dort das Cluster-Management und verantwortet die Schwerpunkte Automotive, Maschinenbau und Technologie.



# Andreas Zöllner

## *Künstliche Intelligenz und Mitbestimmung im Hochschul- und Wissenschaftsbetrieb.*

### *Zugleich eine systematische Gegenüberstellung von BetrVG und Personalvertretungsgesetzen*

Der Einzug von Systemen Künstlicher Intelligenz in die Arbeitswelt ruft längst Arbeitnehmervertretungen auf den Plan. Davon zeugte zuletzt eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg, das über die Mitbestimmung bei Einführung von ChatGPT und ähnlichen generativen KI-Systemen befinden musste.<sup>1</sup> Nur wenige Wochen später führte die Universität Hamburg als eine der ersten deutschen Hochschulen ein „eigenes“ KI-System ein. „UHHGPT“ steht seither allen Beschäftigten der Universität als Arbeitsmittel zur Verfügung. Beide Fälle werfen Fragen zur Beteiligung der Betriebs- und Personalräte bei der Implementierung Künstlicher Intelligenz an Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf, die hier eingehend untersucht werden. Viele Ergebnisse lassen sich auch auf betriebs- und personalverfassungsrechtliche Sachverhalte außerhalb von Wissensorganisationen übertragen.

#### **I. Künstliche Intelligenz in der Betriebs- und Personalverfassung**

Da Lehr- und Forschungsbetriebe großteils öffentlich-rechtlich, zum Teil aber auch privatrechtlich organisiert sind, können sich Mitbestimmungsfragen sowohl nach den Personalvertretungsgesetzen der Länder (LPersVG) bzw. dem des Bundes (BPersVG) richten als auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Dabei fällt zunächst auf, dass KI-spezifische Regelungen bislang nur im BetrVG zu finden sind.

#### 1. KI-Regelungen durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz

Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz (BRätModG)<sup>2</sup> trug der Gesetzgeber dem Befund Rechnung, dass die frühzeitige Einbindung der Betriebsräte das Vertrauen und die Akzeptanz der Beschäftigten bei der Einführung und der Anwendung von KI stärke.<sup>3</sup> An drei Stellen im BetrVG wurde die Einbindung des Betriebsrats beim Einsatz von KI ausdrücklich geregelt (§ 80 Abs. 3 Satz 2, § 90 Abs. 1 Nr. 3, § 95 Abs. 2a).

#### 2. Fehlende KI-Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen

In den LPersVG finden sich entsprechende Regelungen nicht – bemerkenswerterweise auch nicht im neuen BPersVG<sup>4</sup>, das immerhin auch in der ersten Jahreshälfte 2021 novelliert und damit in etwa zur gleichen Zeit wie das BRätModG verabschiedet wurde.

#### 3. Vergleich zwischen BetrVG und Personalvertretungsgesetzen – Mitbestimmungsdefizit in öffentlichen Dienststellen?

Bei einigen Beobachtern hat die Aussparung von KI-Regelungen im BPersVG zum Teil für Verwunderung gesorgt. Sie fordern bereits legislative Nachbesserungen.<sup>5</sup> Doch ist aus der Absenz solcher Regelungen in den PersVG auf ein Mitbestimmungsdefizit in öffentlichen Dienststellen zu schließen? Oder kommt hier sogar eine

1 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 = NZA 2024, 426 (Ls.).

2 Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) v. 14.6.2021 (BGBl. 2021 I S. 1762).

3 Vgl. BT-Drucks. 19/28899, S. 2 f. unter Verweis auf die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, 2018, S. 28, abrufbar

unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1550276/9e7fdd5a73cc9ff55f422eab6c75487b/2018-11-15-ki-strategie-data.pdf> (aufgerufen, wie jede URL in diesem Aufsatz, am 19.06.2024).

4 Vgl. dazu Löwisch/Kurz, Neues Bundespersonalvertretungsgesetz: Relevanz für das Personalvertretungsrecht der Hochschulen der Länder, OdW 2022, 35 ff.

analoge Anwendung der KI-spezifischen BetrVG-Normen in Betracht? Die nähere Betrachtung der drei KI-Regelungen aus dem BetrVG und ein systematischer Vergleich sollen Klarheit bringen.

#### a) Hinzuziehung von externen KI-Sachverständigen

aa) *BetrVG*. Nach § 80 Abs. 3 Satz 2 *BetrVG* darf der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben, sofern er dabei die „Einführung oder Anwendung von Künstlicher Intelligenz beurteilen“ muss, stets einen Sachverständigen hinzuziehen. Die Norm stellt insoweit die unwiderlegliche Vermutung dafür auf, dass externer Sachverständiger zu KI-Systemen „erforderlich“ im Sinne des § 80 Abs. 3 Satz 1 *BetrVG* ist.<sup>6</sup> Bislang galt es in EDV-Fragen zunächst zu prüfen, ob der Informationsbedarf des Betriebsrats nicht mit Bordmitteln (Fachkräfte des Betriebs, Fachliteratur etc.) befriedigt werden kann.<sup>7</sup> Voraussetzung ist weiterhin eine nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber hinsichtlich Person, Kosten und Umfang der Beauftragung des KI-Sachverständigen. Bemerkenswert ist, dass der Regierungsentwurf die Kosten für eine Beauftragung mit 833 € brutto beziffert.<sup>8</sup> Ein Auftrag, der diesen Betrag übersteigen würde, dürfte demnach im Regelfall nicht mehr erforderlich sein und unter dem Vorbehalt einer eingehenden Begründung stehen.<sup>9</sup>

Da es gerade an Forschungseinrichtungen nicht fernliegt, dass fachkundige Expertise, die den externen Sachverständigen bisweilen übersteigt, im Hause zu finden ist, muss in entsprechend gelagerten Einzelfällen aber über Ausnahmen von § 80 Abs. 3 Satz 1 *BetrVG* zumindest diskutiert werden.<sup>10</sup> Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 *BetrVG*) könnte es hier gebieten, auf die Grundsätze aus § 80 Abs. 2 Satz 4 *BetrVG* zurückzugreifen.

bb) *PersVG*. Vereinzelt finden sich in einigen LPersVG allgemeine Vorschriften für die Hinzuziehung

von Sachverständigen (z.B. § 40 Abs. 3 BlnPersVG),<sup>11</sup> ein grundsätzlicher Anspruch des Personalrats bei Einführung von KI besteht dort jedoch ebenso wenig wie nach dem BPersVG. Da an staatlichen Einrichtungen das Gebot zur sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Beachtung finden muss,<sup>12</sup> ist die Ausgangslage auch anders als an privaten Einrichtungen. Demnach scheidet die analoge Heranziehung des § 80 Abs. 3 Satz 2 *BetrVG* im Anwendungsbereich der PersVG aus. Der Schluss, dass die Heranziehung von Sachverständigen dadurch prinzipiell ausgeschlossen ist, wäre indessen auch zu weit.<sup>13</sup> Es besteht im Regelfall zunächst eine umfassende Unterrichtungspflicht der Dienststelle (z.B. gem. § 66 Abs. 1 BPersVG): Alle Möglichkeiten der Unterrichtung müssen ausgeschöpft werden. Erst danach lässt sich beurteilen, ob zur Wahrnehmung einer Personalarbeitsaufgabe weitere Kenntnisse erforderlich sind, die nur ein Sachverständiger vermitteln kann. Die Rechtsprechung hebt dabei auch auf die Möglichkeit einer Überprüfung von EDV-Systemen durch die zuständigen Datenschutzbehörden ab.<sup>14</sup> Gerade an Hochschulen ist, wie unter aa) schon ausgeführt, sachkundiger Rat oft intern einholbar (Rechenzentrum, Professuren). Die Bundesländer als Träger vieler Hochschulen haben zudem eigene öffentlich-rechtliche IT-Dienstleister.<sup>15</sup>

#### b) Rechtzeitige Unterrichtung und Beratung vor KI-Einsatz

aa) *BetrVG*. Gem. § 90 Abs. 1 Nr. 3 *BetrVG* müssen Arbeitgeber den Betriebsrat nun über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen *einschließlich des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz* rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen unterrichten. Die Ergänzung des Tatbestandes um den hier hervorgehobenen Teil wird im Schrifttum nur als Klarstellung gelesen, da sich die Einführung von KI-Systemen in aller Regel

5 So etwa *Baunack*, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, *PersR* 10/2023, 8, 10. Lediglich in § 98 Abs. 1 Satz 1 BPersVG wurde der Arbeitsgemeinschaft der Hauptpersonalräte ein Stellungnahmerecht bei ressortübergreifenden Digitalisierungsmaßnahmen eingeräumt. Die Norm dürfte jedenfalls im Hochschul- und Wissenschaftsbereich keine Relevanz haben.

6 *Richardi* *BetrVG/Thüsing*, 17. Aufl. 2022, § 80 *BetrVG* Rn. 103; *Rieger*, Das Betriebsverfassungsgesetz und der Begriff der künstlichen Intelligenz, *RdA* 2024, 205, 206.

7 BAG, 04.06.1987 – 6 ABR 63/85 – NZA 1988, 208.

8 BT-Drucks. 19/28899, S. 17: „Es wird angenommen, dass der Sachverständige für einen Tag eingesetzt wird und dass der Tagessatz (inkl. Mehrwertsteuer) 833 Euro beträgt.“

9 So wohl auch: *ErfK/Kania*, 25. Aufl. 2025, § 80 *BetrVG* Rn. 36; ähnlich: *Rieger*, Das Betriebsverfassungsgericht und der Begriff der künstlichen Intelligenz, *RdA* 2024, 205, 207.

10 In diese Richtung auch: *Schiefer/Worzalla*, Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz – Eine „Mogelpackung“?, *NZA* 2021, 817, 822.

11 Vgl. dazu VG Berlin 12.06.2013 – 60 K 8/13 – BeckRS 2013, 52793.

12 OVG Berlin-Brandenburg 22.06.2022 – OVG 62 PV 6/21 – BeckRS 2022, 19963 Rn. 14 m.w.N.

13 Vgl. BVerwG 08.11.1989 – 6 P 7/87 – NVwZ-RR 1990, 426; *Kunze*, Sachverständige und Auskunftspersonen im Personalvertretungsrecht, *PersV* 2004, 248 ff.

14 BVerwG 08.11.1989 – 6 P 7/87 – NVwZ-RR 1990, 42, 428.

15 Vgl. Dataport-Staatsvertrag für die Länder Hamburg, Schleswig-Holstein, Bremen und Sachsen-Anhalt.

auf Arbeitsverfahren und -abläufe auswirke.<sup>16</sup> Im Anschluss an die Unterrichtung muss der Arbeitgeber den KI-Einsatz dann mit dem Betriebsrat beraten (§ 90 Abs. 2 BetrVG). Unterrichtung und Beratung haben so rechtzeitig stattzufinden, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats noch Eingang in den Willensbildungsprozess beim Arbeitgeber finden können.<sup>17</sup>

bb) *PersVG*. Nach den Personalvertretungsgesetzen, z.B. in Bremen oder Rheinland-Pfalz,<sup>18</sup> kann sich bei KI als *neue* Arbeitsmethode ein Mitbestimmungsrecht ergeben, das über einen Unterrichtsanspruch, wie ihn § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vorsieht, hinausgeht. In den meisten *PersVG* – so auch in § 80 Abs. 1 Nr. 20 BPersVG<sup>19</sup> – wird allerdings eine *grundlegend neue* Arbeitsmethode verlangt. Das setzt eine einschneidende Veränderung voraus.<sup>20</sup> Dem Wortlaut nach weist der personalvertretungsrechtliche Beteiligungstatbestand eher Ähnlichkeit zu § 111 Satz 3 Nr. 5 BetrVG auf (Betriebsänderung durch grundlegend neue Arbeitsmethoden). Während im arbeitsrechtlichen Schrifttum eine Betriebsänderung durch Einführung von KI nur in Ausnahmefällen bejaht wird,<sup>21</sup> scheint die personalvertretungsrechtliche Literatur eine grundlegend neue Arbeitsmethode eher annehmen zu wollen: Zumindest die erstmalige Implementierung von generativen KI-Systemen, wie z.B. ChatGPT, sei demnach darunter zu fassen.<sup>22</sup> Bei anderer Ansicht, könnte künftig Art. 26 Abs. 7 KI-VO im Personalvertretungsrecht eigenständige Bedeutung erlangen.<sup>23</sup>

#### c) Personelle Auswahlrichtlinien durch/mittels KI

aa) *BetrVG*. Auch § 95 Abs. 2a BetrVG erweitert die Rechte des Betriebsrats nicht. § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG ermöglichte es dem Betriebsrat bereits zuvor, bei personellen Auswahlrichtlinien für Einstellungen,

Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen mitzuzentscheiden. Abs. 2a stellt nunmehr lediglich klar, dass nichts anderes gilt, wenn bei der Aufstellung der Richtlinien KI zum Einsatz kommt.<sup>24</sup> Zweck der Norm ist es, das Bewusstsein der Betriebsparteien für die Mechanismen und Konsequenzen des Einsatzes von KI zu schärfen,<sup>25</sup> wozu etwa das Risiko diskriminierender algorithmischer Auswahlentscheidungen oder der Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben zählen.<sup>26</sup>

bb) *PersVG*. Die Personalvertretungsgesetze sehen für Auswahlrichtlinien ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht vor (z.B. § 80 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG). Da § 95 Abs. 2a BetrVG eben nur der Klarstellung dient, sind Personalräte *de lege lata* auch ohne die ausdrückliche Erwähnung von KI bei Auswahlrichtlinien nach den Personalvertretungsgesetzen zu beteiligen.<sup>27</sup>

#### d) Fazit

Der Regelungsgehalt der KI-Normen im BetrVG ist überschaubar. Ein Mitbestimmungsdefizit, das im Vergleich dazu im Personalvertretungsrecht besteht, ist nicht auszumachen. Lediglich die Hinzuziehung von externen KI-Sachverständigen ist Personalräten, im Vergleich zu Betriebsräten, nicht ohne Weiteres möglich, was seine Rechtfertigung allerdings in den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit an öffentlichen Einrichtungen findet, zumal dort interne Sachkunde oft auch einfacher zu finden ist als in privaten Betrieben.

#### 4. Keine (Legal-)Definition für „Künstliche Intelligenz“ im BetrVG

Ungeachtet des schmalen Regelungsgehalts der KI-Normen im BetrVG hat besonders Kritik erfahren, dass der Begriff „Künstliche Intelligenz“ im Gesetz unbestimmt bleibt. Weder im Regelwerk selbst noch in den Gesetzes-

16 *Meinecke*, Datenschutz und Data Science, 2021, S. 365; *Reinartz*, Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA-RR 2021, 457, 468; BeckOK ArbR/Werner, 71. Ed., § 90 BetrVG Rn. 5; *Rolfs/Wolf*, Modernisierung des Betriebsverfassungsrechts, ZIP 2021, 1895, 1897.

17 BAG 11.12.1991 – 7 ABR 16/91 – NZA 1992, 850, 852. Vgl. zum Umfang von Unterrichtung und Beratung bei Einführung eines KI-gestützten Weisungssystems: *Frank/Heine*, Künstliche Intelligenz im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2021, 1448, 1449.

18 Vgl. § 66 Abs. 1 Lit. b BremPersVG; § 80 Abs. 2 Nr. 1 LPersVG RhPf.

19 Das Anhörungsrecht aus § 87 Abs. 3 BPersVG hat dort nur Aufnahmefunktion.

20 BeckOK BPersVG/Else, 16. Ed., § 80 BPersVG Rn. 151.

21 *Kalbfus/Schöberle*, Arbeitsrechtliche Fragen beim Einsatz von KI am Beispiel von ChatGPT, ArbRAktuell 2023, 251, 253; *Lang/Reinbach*, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396, 1399 f.

22 *Wedde*, ChatGPT – Das Ende der Mitbestimmung?, PersR 6/2023, 17, 18; *Richardi/Dörner/Weber/Annuß/Annuß*, 6. Aufl. 2024, § 80 BPersVG Rn. 299 unter Verweis auf *Ilbertz/Widmaier*, Bundespersonalvertretungsgesetz, 15. Aufl. 2022, § 80 BPersVG Rn. 179 („Einführung grundlegend neuer Algorithmen“); tendenziell auch: *Bünnemann*, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 248.

23 Vgl. dazu unter VI.

24 BT-Drucks. 19/28899, S. 23.

25 *ErfK/Kania*, § 95 BetrVG Rn. 9.

26 Vgl. *Fitting*, 32. Aufl. 2024, § 95 BetrVG Rn. 11b m.w.N.; umfassend: *Schindler*, Zulässigkeit und Grenzen algorithmischer Systeme bei arbeitsrechtlichen Auswahlentscheidungen, 2023, S. 51 ff. und 279 ff. (frei abrufbar unter: <https://digitalrecht-z.uni-trier.de/index.php/drz/catalog/view/33/32/142>).

27 So wohl auch: *Baunack*, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, PersR 10/2023, 8, 11.

materialien findet sich eine Definition oder nähere Beschreibung.

Teilweise wird das Tatbestandsmerkmal weit verstanden und die Begriffsbestimmung aus Art. 3 Abs. 1 KI-VO herangezogen.<sup>28</sup> Da die EU-Kommission regelmäßig Leitlinien in Bezug auf die Definition erarbeitet<sup>29</sup>, ermöglichte der Rückgriff auf die KI-VO auch im BetrVG eine „gewisse Dynamisierung der Definition.“<sup>30</sup>

Die mittlerweile h.M. besinnt sich darauf, dass KI-spezifische Regelungen im BetrVG dort geschaffen wurden, wo der Betriebsrat komplexe informationstechnische Zusammenhänge verstehen, bewerten und mitgestalten soll.<sup>31</sup> Im Schrifttum dominiert deshalb die Ansicht, dass jene Komplexität nur bei nicht-deterministischen Systemen besteht: „Künstliche Intelligenz“ im Sinne des BetrVG meint demzufolge nur solche technischen Systeme, die aufgrund von Informatikanwendungen in der Lage sind, ein menschenähnliches Verhalten nachzubilden, das nicht vollständig vorhersehbar ist.<sup>32</sup> Letztlich spricht viel dafür, den Begriff mit der h.M. restriktiv zu verstehen, da auch der Gesetzgeber einen etwa im Vergleich zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG engeren Anwendungsbereich im Auge hatte.<sup>33</sup>

## II. Weitere Mitbestimmungstatbestände

Abseits KI-spezifischer Regelungen kommen allgemeine Mitbestimmungsrechte in Betracht. Kardinalnorm ist bei Einführung neuer Technologien stets § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.<sup>34</sup> Trotz extensiver Lesart<sup>35</sup> dieser Norm, gilt, dass nur die Überwachung *der Arbeitnehmer* mitbestimmungspflichtig ist. Bewerber sind, bspw. beim Einsatz

von KI-Recruiting-Tools („Robo-Recruiting“), nicht vom Schutzbereich der Nr. 6 erfasst.<sup>36</sup>

Neben Nr. 6 sind aus § 87 Abs. 1 BetrVG noch Nr. 1 (betriebliche Ordnung) und Nr. 7 (Gesundheitsschutz) hervorzuheben – sie werden im nächsten Abschnitt genauer beleuchtet. Außerdem kommen § 94 (KI-basierte Personalfragebögen und Beurteilungsgrundsätze) oder § 97 Abs. 2 (Berufsbildungsmaßnahmen zu KI) in Frage; in besonderen Ausnahmefällen, wie schon ausgeführt, auch § 111 BetrVG.<sup>37</sup>

Das BPersVG kennt entsprechende Mitbestimmungsrechte in § 80 Abs. 1 Nr. 11, 15, 16, 18 und 21. Nach Nr. 19 kommt auch die Hebung der Arbeitsleistung oder Erleichterung des Arbeitsablaufs in Betracht.<sup>38</sup>

## III. KI-Mitbestimmung in der Rechtsprechung: Beschluss des ArbG Hamburg vom 16.01.2024

Die Rechtsprechung zu Mitbestimmungsfragen im Rahmen von KI beschränkt sich bislang auf einen Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg vom 16.01.2024.<sup>39</sup> In einem Eilverfahren hatte die Kammer darüber zu entscheiden, ob der Konzernbetriebsrat von der Arbeitgeberin verlangen kann, den Einsatz von ChatGPT und anderen KI-Tools im Unternehmen zu verbieten. Die Entscheidung wurde von mir bereits an anderer Stelle ausführlich besprochen;<sup>40</sup> die nachstehende Darstellung und Analyse beruhen im Wesentlichen auf jener Ausarbeitung.

### 1. Sachverhalt

Die Arbeitgeberin hielt ihre Mitarbeiter an, generative Künstliche Intelligenz (ChatGPT und ähnliche KI-Tools) bei der Arbeit zu nutzen, es bestand aber keine Pflicht. Im Intranet veröffentlichte sie Guidelines zur Nutzung von KI. ChatGPT selbst wurde auf den betrieblichen Rechnern nicht installiert, sondern nur über den

28 HaKo-BetrVG/Kohte/Schulze-Doll, 6. Aufl. 2022, § 90 BetrVG Rn. 13. Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396.

29 Art. 96 Abs. 1 Lit. f) KI-VO.

30 Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396.

31 Vgl. BT-Drucks. 19/28899, S. 14.

32 Für die h.M.: Frank/Heine, Das KI-basierte Arbeitsverhältnis, NZA 2023, 935 m.w.N.; a.A. Rieger, Das Betriebsverfassungsgesetz und der Begriff der künstlichen Intelligenz, RdA 2024, 205, 215 ff.

33 So auch: Steiner/Schunder, Aktuelle Kostenfragen im Zusammenhang mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA 2022, 12, 16.

34 Zu hier nicht behandelten datenschutzrechtlichen Aspekten der Mitarbeiterüberwachung durch KI ausführlich: Heckmann/Marx, KI-Einsatz zur Leistungskontrolle am (Hochschul-)Arbeitsplatz, OdW 2023, 63.

35 Ausführlich dazu unter III.3.a).

36 Hoffmann, Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting, NZA 2022, 19, 24; GK-BetrVG/Gutzeit, 12. Aufl. 2021, § 87 BetrVG Rn. 606. Anders wohl: Möllenkamp, Zustimmungsersetzungsverfahren unter Einsatz eines Bewerbungsmanagementsystems, NZA-RR 2021, 76, 81, aber ohne nähere Begründung.

37 Eine ausführliche Auflistung aller in Betracht kommenden Beteiligungsrechte findet sich bei: Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396 ff.

38 Eingehender: Baunack, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, PersR 10/2023, 8, 10; Bümmemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 246, 248.

39 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 = NZA 2024, 426 (Ls.).

40 Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386 ff.

Webbrowser abgerufen. Mitarbeiter mussten sich einen privaten Nutzeraccount einrichten, dienstliche Accounts wurden nicht vergeben. Die Arbeitgeberin wusste somit nicht, wer einen Account hat. Auch auf Nutzungs- und Eingabedaten hatte sie keinen Zugriff.

Der Konzernbetriebsrat war der Auffassung, dass seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG sowie das Mitwirkungsrecht nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verletzt seien. Er beantragte u.a., die Guidelines zur KI-Nutzung aus dem Intranet zu entfernen und der Arbeitgeberin aufzugeben, die Nutzung von ChatGPT zu verbieten.

## 2. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Die Kammer wies die Anträge vollumfänglich zurück. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. Nr. 1 BetrVG bestehe nicht. Die KI-Guidelines betreffen das mitbestimmungsfreie Arbeits-, nicht das Ordnungsverhalten. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sei ebenfalls nicht verletzt, da die Arbeitgeberin mangels Zugriffs auf die ChatGPT-Daten keinen Überwachungsdruck ausübe. Zwar zeichne der Webbrowser arbeitnehmerbezogene Verhaltensinformationen (etwa den Surfverlauf) auf. Zum Browser als technische Überwachungseinrichtung hätten die Beteiligten allerdings eine Konzern-BV abgeschlossen, weshalb das Mitbestimmungsrecht bereits ausgeübt worden sei. Es bestehe auch kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da konkrete Gefährdungen der Beschäftigten weder vorgetragen worden noch ersichtlich seien.

Offen ließ das Gericht die Verletzung von Mitwirkungsrechten nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 und Abs.2 BetrVG, da ein einmaliger Verstoß dagegen den Eilanträgen jedenfalls nicht zum Erfolg ver helfe.

## 3. Bewertung der Entscheidung

Der Beschluss aus Hamburg überzeugt und wurde auch im Schrifttum ganz überwiegend positiv aufgenommen.<sup>41</sup> Alle Kommentatoren heben jedoch die Besonderheiten des Sachverhalts hervor: Bei Ausgabe von

Firmenaccounts oder bei fester Installation der Tools auf den betrieblichen Rechnern wäre die Entscheidung vermutlich anders ausgefallen.

a) Keine technische Überwachung durch KI (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)

Im Zentrum der Aufmerksamkeit steht, dass das Arbeitsgericht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. Nr. 6 BetrVG verneint.

aa) Sobald ein KI-Tool auf einem Hardwaregerät (PC, Smartphone etc.) läuft, handelt es sich dabei um eine *technische Einrichtung*. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Software fest installiert ist oder webbasiert läuft.<sup>42</sup>

bb) *Überwachung* ist nach ständiger Rechtsprechung ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern seitens des Arbeitgebers erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die technische Einrichtung müsse „selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge erheben, speichern und/oder verarbeiten.“<sup>43</sup> Das ArbG Hamburg unterstellte zwar, dass OpenAI, der Hersteller von ChatGPT, leistungs- und verhaltensbezogene Informationen von Arbeitnehmern technisch aufzeichnet.<sup>44</sup> Damit wäre der Schutzbereich von Nr. 6 berührt.

cc) Entscheidend ist nach Auffassung der Kammer aber, dass ChatGPT und ähnliche KI-Systeme dem Arbeitgeber diese Informationen nicht zur Verfügung stellen, weshalb der Überwachungsdruck nicht vom Arbeitgeber ausgehe und die technischen Einrichtungen damit letztlich nicht *zur Überwachung bestimmt* seien.<sup>45</sup> Diese Ausführungen des Gerichts sind bemerkenswert, da sie das herrschende extensive Verständnis von Bestimmtheit zur Überwachung nicht unerheblich eingrenzen. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine technische Einrichtung – wider den Wortlaut – bereits zur Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer bestimmt, wenn sie dazu objektiv geeignet ist.<sup>46</sup> Die-

41 Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386 ff.; Mückl/Hillus, Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Gestattung der browserbasierten Nutzung von ChatGPT über private Accounts der Arbeitnehmer, ZIP 2024, 1252 ff.; Schäfer/Schnabel/Runkowski, Zurück in die Zukunft: Die Mitbestimmung bei IT-Systemen iSv § 87 I Nr. 6 BetrVG im Kontext aktueller Entscheidungen, NZA-RR 2024, 281, 287. Kritisch indes: Witzel, Mitbestimmung bei Möglichkeit der Nutzung von ChatGPT [sic!] über einen Privat-Account, ArbRAktuell 2024, 153.

42 Zu Facebook als webbasierte technische Einrichtung: BAG

13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 37.

43 BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 22 m.w.N. Ausführliche Kritik zu diesem Verständnis bei: Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 387 m.w.N.

44 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 29.

45 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 29.

46 StRSpr. seit BAG 09.09.1975 – 1 ABR 20/74 – NJW 1976, 261.

ses Verständnis führt im digitalen Arbeitsumfeld zu einem uferlosen Anwendungsbereich.<sup>47</sup> Das ArbG Hamburg stellt diese Lesart zwar nicht grundsätzlich in Abrede. Es modifiziert das Tatbestandsmerkmal aber insoweit, als es die Zugriffsmöglichkeiten auf Verhaltensinformationen zum Kriterium für das Bestimmt-Sein macht. Angesichts früherer BAG-Entscheidungen war diese Rechtsprechung des ArbG Hamburg nicht zwingend erwartbar: Zum einen ließ in der Vergangenheit eine Auslagerung der Datenverarbeitung auf Dritte das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht schlechthin entfallen.<sup>48</sup> Zum anderen hat das BAG bereits entschieden, dass es für die Mitbestimmung nach Nr. 6 unerheblich sei, ob der Arbeitgeber selbst Zugriff auf die erfassten Daten nehmen könne.<sup>49</sup> Das Arbeitsgericht Hamburg folgt indes der ganz h.M. im Schrifttum, für die der fehlende Datenzugriff des Arbeitgebers das schlagende Argument ist, mit dem ein Mitbestimmungsrecht nach Nr. 6 bei KI abgelehnt wird.<sup>50</sup>

dd) Das überzeugt auch in Anbetracht des *Schutzzwecks der Norm*. Der Überwachungsdruck, vor dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Arbeitnehmer schützen soll, kann vom Arbeitgeber ohne Zugriff auf Verhaltensinformationen nicht ausgeübt werden. Auf einen von Dritten (ggf. vom Softwarehersteller) ausgehenden Überwachungsdruck kann es im Gefüge des Betriebsverfassungsgesetzes dagegen nicht ankommen: Das Gesetz regelt schließlich das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.<sup>51</sup>

b) Auch keine Überwachung durch Kennzeichnung der KI-unterstützten Arbeitsergebnisse

Im Übrigen führt auch die Vorgabe, dass Arbeitnehmer Arbeitsergebnisse, die mithilfe von KI entstanden sind,

kennzeichnen müssen, nicht zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die manuelle Kennzeichnung und die damit verbundene Möglichkeit, nachzuvollziehen, wer KI einsetzt, erfolgt durch den Arbeitnehmer selbst, nicht durch das Tool.<sup>52</sup> Das Arbeitsgericht stellt damit überzeugend auf die fehlende technische Komponente der Überwachung ab.<sup>53</sup>

c) Ordnungsverhalten im Betrieb nicht berührt (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)

Wie zuvor bereits die ganz h.M. im Schrifttum,<sup>54</sup> kommt das Arbeitsgericht auch zu dem Ergebnis, dass Vorgaben zur Nutzung von ChatGPT und anderen KI-Systemen keine Fragen des Ordnungsverhaltens i.S.d. § 87 Abs. Nr. 1 BetrVG berühren. Das ist nur betroffen, wenn es um das „betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer“ geht (z.B. allgemeinverbindliche Verhaltensregelungen und Maßnahmen zu deren Durchsetzung).<sup>55</sup> Die von der Arbeitgeberin veröffentlichten Guidelines konkretisieren indes die Art und Weise der Arbeitserbringung. Anordnungen zum konkreten Umgang mit Arbeitsmitteln betreffen offensichtlich das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten.<sup>56</sup>

Die betriebliche Ordnung ist auch nicht allein deshalb betroffen, weil die Arbeitgeberin die Nutzung von KI-Systemen freistellt und Vorgaben somit nur für den Fall der tatsächlichen, freiwilligen Nutzung macht.<sup>57</sup>

d) Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG wurde vom Gericht schon mangels entsprechenden Vortrags des Konzernbetriebsrats zu Gesundheitsgefährdungen verneint. Dass solche Gefährdungen *per se* nicht

47 Zur Kritik: *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 387 m.w.N.; *ders.*, Digitalisierungshemmer Betriebsrat? Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei technischer Arbeitnehmerüberwachung in der digitalen Arbeitswelt, AssT ArbR (2019), 113, 130 f.; *Hanau*, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613, 2615. Die Kritik teilen nun auch: *Lang/Reinbach*, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396, 1398.

48 BAG 17.03.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 748; vgl. auch: ArbG Wesel 24.04.2020 – 2 BVGa 4/20 – ZD 2020, 368 Rn. 80.

49 BAG 27.01.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 559; ähnlich: BAG 26.01.2016 – 1 ABR 68/13 – NZA 2016, 498 Rn. 26 ff.

50 *Heine*, ChatGPT im Arbeitsverhältnis – Meilen- oder Stolperstein für Arbeitgeber?, ZdiW 2023, 221, 225; *Janko/Krüger/Adam*, Digitalisierung und künstliche Intelligenz im arbeitsrechtlichen Kontext, BB 2023, 2100, 2101; *Mohn*, Dürfen Arbeitnehmer ChatGPT zur Erledigung ihrer Aufgaben einsetzen? NZA 2023, 538, 541.

51 *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 388; dem folgend: *Schäfer/Schnabel/Runkowski*, Zurück

in die Zukunft: Die Mitbestimmung bei IT-Systemen iSv § 87 I Nr. 6 BetrVG im Kontext aktueller Entscheidungen, NZA-RR 2024, 281, 287; *Dalmer/Rauter*, Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Nutzung von ChatGPT durch Arbeitnehmer, KIR 2024, 34, 35.

52 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 30.

53 Vgl. auch BAG 10.12.2013 – 1 ABR 43/12 – NZA 2014, 439 Rn. 25.

54 *Holthausen*, Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die „schöne neue Arbeitswelt X.o.“, RdA 2023, 361, 365; *Niklas*, ChatGPT und das Arbeitsrecht – Ein Überblick über Fragestellungen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Chatbots in Unternehmen, ArbRB 2023, 268, 271; *Witteler*, ChatGPT – ein Thema für den Betriebsrat?, ZD 2023, 377, 379.

55 BAG 27.01.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 557 m.w.N.

56 Vgl. BAG 22.8.2017 – 1 ABR 52/14 – NZA 2018, 50 Rn. 26.

57 Dazu ausführlich: *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 389.

ersichtlich sind, ist damit indes nicht gesagt. Im Schrifttum wird zu Recht auf mögliche durch den Einsatz von KI ausgelöste psychische<sup>58</sup> (zum Teil auch auf physische<sup>59</sup>) Gesundheitsfolgen hingewiesen. Die Bedeutung von Nr. 7 wird daher im Kontext von KI-Einsatz künftig stark zunehmen.<sup>60</sup> Das kann zum einen notwendige Gefährdungsbeurteilungen nach § 3 BetrSichV betreffen.<sup>61</sup> Zum anderen werden derzeit aber, z.B. in einem laufenden Projekt der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), Potentiale Künstlicher Intelligenz zur Risikoanalyse im betrieblichen Arbeitsschutz ausgelotet.<sup>62</sup> Der Einsatz von KI-Tools als Maßnahme des Gesundheitsschutzes kann ebenfalls in den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG fallen.

#### IV. Relevanz der Entscheidung für das öffentliche Hochschularbeitsrecht

Die Entscheidung des ArbG Hamburg ist auch für öffentlich-rechtliche Wissensorganisationen in hohem Maße relevant.

##### 1. Gleichlauf der Mitbestimmung in BetrVG und Personalvertretungsgesetzen

Die Grundsätze der Entscheidung des ArbG Hamburg können auf personalvertretungsrechtliche Sachverhalte übertragen werden. Insbesondere bei den gegenständlichen Mitbestimmungsrechten aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG besteht ein weitgehender Gleichlauf zu denen aus den PersVG (vgl. z.B. § 80 Abs. 1 Nr. 18, 21 und 16 BPersVG). Auch die Rechtsprechungslinien der Arbeits- und Verwaltungsgerichte verlaufen insoweit nahezu parallel.<sup>63</sup>

##### 2. Digitalisierungsfreundliche Tendenzen der Verwaltungsgerichte

Beim Mitbestimmungsrecht bzgl. technischer Überwachung ist in letzter Zeit sogar eine, im Vergleich zur BAG-Rechtsprechung, eher restriktivere Auslegung der Verwaltungsgerichte erkennbar – und das, obwohl das

umstrittene Verständnis, wonach bereits die objektive Überwachungseignung ausreichen soll, um ein *Bestimmt-Sein* zur Überwachung zu bejahen, in einigen LPersVG (z.B. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG) mittlerweile ausdrücklich niedergeschrieben ist.

Das BVerwG stellte zuletzt – unter Rückgriff auf den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts aus § 80 Abs. 1 Nr. 21 BPersVG bzw. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG – für den Betrieb einer Instagram- oder Facebook-Seite mit Kommentarfunktion differenzierte Anforderungen an die Ermittlung der Überwachungseignung auf, indem es auf die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines Überwachungsdrucks abhob.<sup>64</sup> Die Leipziger Richter zeigen somit einen Weg auf, wie man in der Praxis den ausgefertigten Mitbestimmungstatbestand in der digitalen Arbeitswelt handhabbarer machen kann.

Ein digitalisierungsfreundlicher Ansatz ist auch einer jüngeren Entscheidung des VG Berlin zu entnehmen, nach der bei Einführung einer neuen Software allein die Protokollierung von technisch bedingten Logdaten nicht ohne Weiteres das Mitbestimmungsrecht nach § 85 Abs. 1 Nr. 13b BlnPersVG auslösen soll. Es bedürfe konkreter Anhaltspunkte, welche die Gefahr einer zweckwidrigen Verwendung der Logdaten durch den Dienststellenleiter möglich erscheinen lassen.<sup>65</sup> Würde dieser Ansatz Schule machen<sup>66</sup>, so müssten selbst die vielzähligen Hinweise darauf, dass die Hamburger Entscheidung zu ChatGPT nur auf den Besonderheiten des Einzelfalls beruhte (keine Ausgabe von dienstlichen Accounts, Protokollierung des Browserverlaufs war bereits durch eine Konzern-BV mitbestimmt), gänzlich neu überdacht werden.

#### V. Ausnahmen von der Mitbestimmung im Wissenschaftsbetrieb

##### 1. Tendenzschutz gem. § 118 Abs. 1 BetrVG

An privaten Wissenschaftseinrichtungen gelten die Mitbestimmungsgrundsätze vorbehaltlich

58 Auch dazu ausführlich: Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 389 mit zahlreichen Nachweisen; dem folgend: ErfK/Roloff, § 4 ArbSchG Rn. 2.

59 Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, NZA 2023, 1273, 1279.

60 So nun auch die Einschätzung von Bünnemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 246 f. Skeptisch: Hördt, Soziale Medien, ChatGPT und Co. – ein Überblick über die jüngsten Entscheidungen und die Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, ArbRAktuell 2024, 108, 111.

61 Dazu ausführlich Günther/Böglmüller, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53, 54. Die Notwendigkeit

einer Gefährdungsbeurteilung für den ChatGPT-Einsatz ablehnend: Wittler, ChatGPT – ein Thema für den Betriebsrat?, ZD 2023, 377, 380.

62 Vgl. <https://www.baua.de/DE/Forschung/Forschungsprojekte/f2536.html>.

63 Dazu grundlegend: BVerwG 16.12.1987 – 6 P 32/84 – NZA 1988, 513.

64 BVerwG 04.05.2023 – 5 P 16/21 – NZA 2024, 74 Rn. 24; 04.05.2023 – 5 P 2.22 – NZA-RR 2023, 612 Rn. 13. Im Kontrast dazu: BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 40.

65 VG Berlin 14.11.2019 – VG 61 K 8.19 PVL – CR 2020, 228 Rn. 24.

66 Kritisch insoweit die Einschätzung von Grimm, Aktuelle Herausforderungen im Umgang mit § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ArbRB 2022, 177, 178.

§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG: In Unternehmen und Betrieben, die unmittelbar und überwiegend wissenschaftlichen Zwecken dienen, finden die Vorschriften des BetrVG keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Dieser Tendenzschutz sichert u.a. die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG.

## 2. KI-Tools zu Lehr- oder Forschungszwecken

Das kann sich im Kontext von KI vor allem auf die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auswirken: Es besteht kein Mitbestimmungsrecht, wenn ein KI-System zu Forschungszwecken in einen wissenschaftlichen Betrieb integriert wird.<sup>67</sup> Die Einschränkung des Beteiligungsrechts setzt voraus, dass es sich um eine tendenzbezogene Maßnahme handelt, die einen Tendenzträger betrifft.<sup>68</sup> Wer selbst zu 30 Prozent forscht oder lehrt, ist bereits Tendenzträger.<sup>69</sup>

Dem Tendenzschutz unterliegt also die Einführung eines KI-Systems zu Forschungszwecken, nicht aber die Verwendung des Systems zur Überwachung durch den Arbeitgeber – insoweit kommt es auf einen tatsächlichen Einsatz zur Verhaltenskontrolle an.<sup>70</sup> Ferner muss zwischen der mitbestimmungsfreien Einführung von KI-Systemen für das Wissenschaftspersonal und der grds. nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Einführung von KI beim Verwaltungspersonal differenziert werden. Für Mitarbeiter von Rechenzentren gilt, dass allein die Bereitstellung der KI-Software für das Forschungspersonal keine unmittelbare wissenschaftliche Tätigkeit darstellt. Auch die „Spezialberatung“ der User zum KI-Tool wäre – zumindest für sich genommen – noch keine wissenschaftliche Tätigkeit.<sup>71</sup>

## 3. Tendenzschutz auch an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen?

Ein deckungsgleicher Tendenzschutz besteht an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen nach dem BPersVG<sup>72</sup> und nach den meisten LPersVG nicht. Zum Teil finden sich spezielle personalvertretungsrechtliche Vorschriften für Lehre und Forschung, bspw. in § 99 BW-LPVG

oder Art. 78 BayPVG. Ein einheitlicher oder mit § 118 BetrVG vergleichbarer Umfang existiert allerdings nicht. Eine analoge Anwendung des § 118 Abs. 1 BetrVG kommt im Geltungsbereich der PersVG mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.<sup>73</sup> Konflikte zwischen Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung müssen deshalb weitgehend verfassungsrechtlich gelöst werden, wobei Art. 5 Abs. 3 GG das Mitbestimmungsrecht des Personalrats grundsätzlich nicht ausschließt.<sup>74</sup>

## VI. Auswirkungen der KI-Verordnung

### 1. Art. 26 Abs. 7 KI-VO – kollektivrechtlicher Auffangtatbestand

Nach Art. 26 Abs. 7 Satz 1 der KI-Verordnung, die ab 2026 EU-weit Anwendung findet, müssen Arbeitgeber, die Betreiber eines Hochrisiko-KI-Systems sind, vor der Inbetriebnahme oder Verwendung dieses Systems am Arbeitsplatz die Arbeitnehmervertreter und die betroffenen Arbeitnehmer darüber informieren, dass sie der Verwendung des Hochrisiko-KI-Systems unterliegen werden. Der Wortlaut der Norm ist missverständlich: Er legt nahe, dass die Unterrichtungspflicht gegenüber Arbeitnehmervertretungen dann besteht, wenn „sie“ (die Arbeitnehmervertretungen) Subjekt des KI-Einsatzes sind. Allerdings verweist Abs. 7 Satz 2 auf „Gepflogenheiten auf nationaler Ebene“ – Informationsrechte des Betriebsrats bezwecken, dass dieser seine ihm zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen kann, wozu namentlich Schutzpflichten ggü. einzelnen Arbeitnehmern zählen (z.B. § 75 BetrVG). Deshalb greift das Unterrichtsrecht der Betriebsräte auch dann, wenn die vertretenen Arbeitnehmer von der KI-Verwendung betroffen sind.<sup>75</sup> Gleiches gilt für Personalräte.

Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO begründet damit zwar grds. ein unionsrechtsautonomes Unterrichtsrecht für Betriebs- und Personalräte. Dennoch fungiert die Norm, wie sich aus Erwägungsgrund 92 Satz 2 ergibt, auf kollektiver Ebene nur als Auffangtatbestand, da Unterrichtungspflichten hierzulande weitgehend in BetrVG und den PersVG geregelt sind.<sup>76</sup> Soweit man aber KI z.B.

67 Vgl. LAG München 17.09.1987 – 6 TaBV 4/87 – CR 1988, 562, 564.

68 HWK/Hohenstatt/Dzida, 11. Aufl. 2024, § 118 BetrVG Rn. 21 m.w.N.

69 BAG 20.11.1990 – 1 ABR 87/89 – NJW 1991, 2165, 2167.

70 LAG München 17.09.1987 – 6 TaBV 4/87 – CR 1988, 562, 564; ErfK/Kania, § 118 BetrVG Rn. 23.

71 Ausführlich: BAG 20.11.1990 – 1 ABR 87/89 – NJW 1991, 2165, 2167.

72 Dort lediglich enge Ausnahmen in personellen Angelegenheiten (§ 78 Abs. 2 BPersVG).

73 Vgl. BVerwG 18.03.1981 – 6 P 27/79 – NJW 1982, 666 f.; VGH München, 08.02.2010 – 17 P 09.144 – BeckRS 2010, 9964 Rn. 69; Germelmann, Der Tendenzschutz als Grenze der Mitbestimmung in kulturellen Einrichtungen, PersV 2014, 4, 8.

74 BVerwG 30.08.1985 – 6 P 20/83 – NJW 1986, 1360, 1364 f.; vgl. dazu auch Löwisch/Kaiser, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlich geführten Bühnenunternehmen, 1996, S. 66.

75 Im Ergebnis auch: Frank/Heine, Arbeitsrechtliche Dimension der KI-Verordnung, NZA 2024, 433, 437.

76 Dazu schon unter I.3.b).

nach § 80 Abs. 1 Nr. 20 oder § 87 Abs. 3 BPersVG nicht als *grundlegend* neue Arbeitsverfahren betrachten will,<sup>77</sup> könnte Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO sogar selbständig greifen.

## 2. Eigenständige Bedeutung im Wissenschaftsbetrieb?

Daneben könnte ausgerechnet im Wissenschaftsbetrieb, in dem der Tendenzschutz aus § 118 Abs. 1 BetrVG ausnahmsweise sogar Unterrichtsrechte des Betriebsrats *aus dem BetrVG* suspendieren kann,<sup>78</sup> Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO plötzlich eigenständige kollektivrechtliche Bedeutung entfalten. Hier könnte sich künftig die Frage stellen, inwieweit die auf Grundrechtsschutz ausgerichtete KI-VO den grundrechtsdienenden Tendenzschutz verdrängt. *Prima facie* wird die KI-VO als unmittelbar geltendes Unionsrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem BetrVG genießen. Mit Blick auf den europäischen Grundrechtsschutz wäre jedoch nicht ausgeschlossen, dass die in Art. 13 GrCH unional verbrieftete Forschungsfreiheit in § 118 Abs. 1 BetrVG hineinstraht.<sup>79</sup>

## 3. Regelungssperren durch die KI-VO?

Augenmerk verdient künftig die Frage, inwiefern die KI-VO Regelungssperren<sup>80</sup> für die Betriebsparteien insbesondere bei technischer Überwachung auslösen kann. Zwar enthält die Verordnung keine abschließenden Bestimmungen zur Einführung und Anwendung von Künstlicher Intelligenz. Doch könnte z.B. Art. 26 Abs. 6 KI-VO „Alt“-Regelungen zu Speicherfristen, die in letzter Zeit oder bis 2026 in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen getroffen wurden, wegen des Gesetzesvorrangs ab 2026 obsolet machen. Die Betriebspartner sollten die KI-VO deshalb schon heute bei Mitbestimmungsverfahren im Blick haben.

## VII. Einführung von ChatGPT an der Universität Hamburg (UHHGPT)

Die Universität Hamburg (UHH) öffnete im April 2024 für alle Mitarbeiter den Zugang zu „UHHGPT“, einem auf ChatGPT basierenden KI-System. Der Zugang

erfolgt über ein Webtool, das eigens für die Universität Hamburg angepasst wurde. Die Universität verspricht, dass jedes Hochschulmitglied die Anwendung nutzen könne, „ohne dass personenbezogene Daten an ChatGPT übertragen oder gespeichert werden. Auch werden die eingegebenen Informationen nicht für die weitere Entwicklung des Chatbots verwendet.“<sup>81</sup>

### 1. Keine Beteiligung des Personalrats

Der Personalrat wurde bei der Einführung des KI-Tools nach Auskunft der Universität nicht beteiligt; es wurde namentlich keine Dienstvereinbarung abgeschlossen. Durch die Nutzung von UHHGPT sei es „nicht möglich, Verhalten oder Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu überwachen. Ein Mitbestimmungsrecht gem. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG oder andere Mitbestimmungsbestimmungsrechte bestehen daher nicht.“<sup>82</sup>

Zum technischen Hintergrund erläuterte die Universität, die Nutzung von UHHGPT erfolge über ein zentrales Nutzerkonto der UHH, die Einrichtung persönlicher Nutzerkonten bei OpenAI sei nicht erforderlich. Die Daten der Nutzer würden nicht erfasst, die Anmeldung mit der UHH-Kennung über Shibboleth erfolge nur zum Schutz des Zugangs und zur Authentifizierung. Es würden insbesondere keine Login- oder Nutzungsdaten oder die Eingaben (Prompts) gespeichert oder ausgewertet.<sup>83</sup>

### 2. Bewertung

Gemäß dieser Informationen dürfte ein Fall des § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG, nach dem der Personalrat mitzubestimmen hat bei „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die das Überwachen des Verhaltens oder der Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes ermöglichen“, nicht vorliegen.

Wie in dem Verfahren des ArbG Hamburg verfügen auch UHH-Mitarbeiter über keine vom Arbeitgeber zugeleiteten ChatGPT-Accounts. Auch sonst werden Verhaltensdaten der Beschäftigten nicht erfasst. Anders als im Fall des ArbG Hamburg, bei dem die Arbeitnehmer durch die Verwendung privater Accounts zumindest

77 Auch dazu unter I.3.b.bb).

78 Dazu Richardi/Forst, § 118 BetrVG Rn. 110.

79 Vgl. dazu auch GK-BetrVG/Weber, § 118 BetrVG Rn. 34 ff.

80 § 87 BetrVG, § 80 BPersVG jeweils Abs. 1 Eingangshalbsatz.

81 Universität Hamburg, Pressemitteilung 22/24 vom 09.04.2024, abrufbar unter <https://www.uni-hamburg.de/newsroom/pres->

[se/2024/pm22/pm-22-24.pdf](https://www.uni-hamburg.de/newsroom/pres-).

82 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

83 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

OpenAI gegenüber Verhaltensinformationen offenbaren mussten (ohne Zugriffsmöglichkeit für den Arbeitgeber), sollen bei Verwendung von UHHGPT nicht einmal an den KI-Hersteller personenbezogene Daten übertragen werden. Da UHHGPT nach Angaben der Hochschule damit einen gänzlich anonymisierten Nutzungsvorgang gewährleistet,<sup>84</sup> dürfte es tatsächlich mitbestimmungsfrei nach Nr. 32 sein.<sup>85</sup>

Zwar könnte durch die Anmeldung via Shibboleth das Anmeldeverhalten der Beschäftigten grds. kontrollierbar gemacht werden,<sup>86</sup> doch dürfte es sich dabei, genauso wie bei dem zum Aufruf des KI-Tools notwendigen Webbrowser, um eine eigenständige mitbestimmungspflichtige technische Einrichtung handeln.<sup>87</sup> In diesem Zusammenhang ist zudem die Entscheidung des BVerwG zu § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG in Erinnerung zu rufen, wonach der Maßstab der abstrakten Überwachungseignung einer Korrektur anhand der Sichtweise eines vernünftigen Betrachters bedarf, der nach den objektiv feststehenden und erkennbaren Bedingungen für den konkreten Einsatz der Anlage Anlass zur Befürchtung einer Überwachung haben muss (Stichwort: „hinreichende Wahrscheinlichkeit“).<sup>88</sup>

Die Ausgestaltung als nicht verpflichtende, sondern freiwillige Nutzung von UHHGPT löst auch kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 HmbPersVG aus (Ordnung in der Dienststelle).<sup>89</sup>

Dass UHHGPT als gänzlich mitbestimmungsfrei anzusehen wäre, ist damit indes nicht gesagt. Hier wären die folgenden, zum Teil schon eingehender behandelten Mitbestimmungsrechte, zumindest zu prüfen: § 87 Abs. 1 Nr. 14 HmbPersVG (Gesundheitsschutzmaßnahmen),<sup>90</sup> § 88 Abs. 1 Nr. 31 HmbPersVG (grundlegend neue Arbeitsmethoden)<sup>91</sup> sowie Nr. 33 HmbPersVG (Hebung der Arbeitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs).<sup>92</sup> Einen Ausschluss von Mitbestimmungsrechten wegen Tendenzschutz wie in § 118 BetrVG kennt das HmbPersVG nicht.

3. Einführung von DeepL mit Zustimmung des Personalrats

Bei der Implementierung des Übersetzungstools DeepL sah die UHH übrigens ein Mitbestimmungsrecht gegeben, da es aus technischen Gründen erforderlich war, dass Nutzer ein personalisiertes Konto bei DeepL haben. Dementsprechend holte die Hochschule vor Einführung die Zustimmung des Personalrats ein.<sup>93</sup>

An privaten Einrichtungen dürfte die Implementierung von DeepL zumindest keinen KI-spezifischen Tatbestand erfüllen (insbesondere kein Recht auf einen KI-Sachverständigen gem. § 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG), da DeepL nach herrschender Lesart schon nicht unter den KI-Begriff fällt. Die Ausgabe des Übersetzungsprogramms ist „vollständig vorsehbar“.<sup>94</sup>

### VIII. Fazit

Die Untersuchung zeigt, dass trotz zum Teil unterschiedlicher Ausgangslagen in BetrVG und den PersVG in allen Regimen Arbeitnehmervertretungen in ähnlichem Umfang zu beteiligen sind.

Die Einführung von KI-Systemen ist auch im Hochschul- und Wissenschaftsbereich nicht *per se* mitbestimmungspflichtig. Insbesondere die Überwachungsbestimmung von generativen KI-Systemen kann durch entsprechende technische oder organisatorische Ausgestaltung ausgeschlossen werden. Mit steigenden Fähigkeiten und Einsatzmöglichkeiten von KI-Systemen ist zu erwarten, dass sich die Mitbestimmung künftig eher in den Bereich der Gesundheitsschutzmaßnahmen verlagert. Aufgrund des Tendenzschutzes ist die Einführung von Künstlicher Intelligenz an privaten Forschungseinrichtungen in weitem Maße ohne Mitbestimmung durch den Betriebsrat möglich.

Ein Unterschied zwischen BetrVG und BPersVG besteht bei der Hinzuziehung externer KI-Sachverständigen.

84 Kritisch insoweit die Einschätzung von Gärtner, ChatGPT in der Wissenschaft – Pilotprojekt an der Uni Hamburg, 17.04.2024, <https://www.dr-datenschutz.de/chatgpt-in-der-wissenschaft-pilotprojekt-an-der-uni-hamburg/>. In der Stellungnahme der UHH wird die von Gärtner als bedenklich eingeschätzte Übermittlung von Prompts an OpenAI indes bestritten (<https://www.dr-datenschutz.de/wp-content/uploads/2024/05/Stellungnahme-UHH.pdf>).

85 Vgl. dazu ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 53 m.w.N.

86 Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 15. Aufl. 2022, § 80 BPersVG Rn. 221.

87 Vgl. auch dazu ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 28.

88 BVerwG 04.05.2023 – 5 P 2.22 – NZA-RR 2023, 612 Rn. 13.

89 Dazu unter III.3.c). A.A. Wedde, Künstliche Intelligenz – neu im Personalrat?, ZfPR 2023, 126, 128.

90 Dazu unter III.3.d).

91 Dazu unter I.3.b.bb).

92 Dazu unter II. Das Mitbestimmungsrecht verneint Bünnemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungssowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 248.

93 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

94 Frank/Heine, Künstliche Intelligenz im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2021, 1448, 1452.

diger, wodurch allerdings kein Informationsdefizit bei Personalräten zu befürchten steht.

Die KI-VO wird eigenständige kollektivrechtliche Bedeutung, wenn überhaupt, eher für Personalräte als für Betriebsräte entfalten, im Anwendungsbereich des BetrVG könnte sie aber in Forschungsbetrieben relevant werden.

Andreas Zöllner ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg an der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Hans Hanau) sowie Rechtsanwalt in Hamburg.



Masao Homma

*20 Years of Activities of the ANUM: the Association  
of Innovative University Management*

**I. “*Houjinka*” (Quasi-Privatization) of National Universities**

In April 2004, the biggest structural change in Japan’s higher education took place, namely all the 87 national universities were incorporated and all their academic and non-academic staff ceased to be national civil servants. Instead of being part of the national government, they became an independent entity with the power and responsibility to manage their own affairs, including finances and personnel. Before this change (“incorporation” or “*houjinka*”), almost every aspect of university management from salaries to the restructuring of faculties was controlled by the government, and important positions of the university administration such as Chancellor and chief financial officer were filled from among the MEXT’s<sup>1</sup> officials.

In the Japanese higher education system, the national universities’ share in the nation’s total student number is only 15%, but their importance in research, ranging from pure to applied sciences, is overwhelming.

For example, about 60% of “*Kakenhi*” (the equivalent of DFG’s basic research fund) goes to national universities, while all the 25 Nobel Prize winners in the natural sciences are graduates of national universities (8 from Kyoto and 6 Tokyo). The universities of Tokyo and Kyoto are the most difficult to enter among more than 800 universities.

**II. National Universities vs. Private Universities**

Why this overwhelming excellence of the national universities, the universities of Tokyo and Kyoto in particular ?

It derives from the fact that as a part of the *Meiji* Government’s “Rich Nation, Strong Army” policy after the *Meiji* Revolution in 1867 in order to defend the newborn country from the European and American colonization movement, a substantial part of the nation’s limi-

ted resources was invested in the creation of the modern university as the centre of the import of the advanced civilization and modern technologies from the west on one hand, and the nurture of engineers, administrators and industrialists on the other.

In accordance with this policy, 9 “Imperial Universities” were created, after Tokyo and Kyoto in the late 19th century, in Tohoku, Osaka, Hokkaido, Kyushu, Nagoya, Seoul and Taipei and received heavy investments from the government.

Under these circumstances, private universities which were more or less established by critics of the autocratic *Meiji* government<sup>2</sup> like S. *Okuma* (founder of Waseda) or Y. Fukuzawa (Keio) were not given official “university” status until the mid-1930’s and were discriminated in various aspects of social life, e.g., qualification for civil service examination.

Although an entirely new school education system was introduced in the aftermath of the Pacific War by the Occupation Forces based on the American model and private universities acquired an equal status with national ones, de facto discrimination in favour of national universities against private institutions remained.

For example, annual subsidies to national universities (currently about 6.3 billion euros) is almost 4 times as much as those to private universities. Thanks to heavy subsidies, national universities are able to keep the level of tuition fees at about 3,400 euros p.a., while private universities, depending heavily on tuition fees for running costs,<sup>3</sup> have to charge more than double or even 6 times as much in the case of the medical faculty.

**III. Mounting Discontents Against the National Universities’ Performance**

By the beginning of the 21st century, national universities have almost completely lost (or did not have from the very beginning) the ability and “mind-set” to mana-

1 Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology (MEXT).

2 Between 1867 and 1911.

3 Subsidies from the national government account for only 9% of private universities’ running costs, while it amounts to 60% for national universities.

ge themselves effectively and efficiently, for money as well as management staff were “delivered” from the MEXT, and important decisions, academic or managerial, were made by the MEXT for more than 100 years.

Nevertheless as a result of “*houjinka*” (quasi-privatization of the national universities), the national universities are expected to, with enhanced autonomy, establish “a clearly defined philosophy and objectives” for the respective university, introduce third-party **evaluation and clear accountability for management, promote outsiders’ participation in management, improve efficiency** and accelerate information disclosure.<sup>4</sup>

Behind this drastic change, there existed mounting discontents with the national universities among politicians, industries and the society at large: politicians criticized inefficient management and asked for more “value for money”, and industries started demanding that national universities enhance university-industry cooperation and produce more “globalized” talents fit for a “knowledge-driven economy” in order for them to survive in international competition which became severer every year.

Ms Atsuko Toyama, the then education minister and former high official in the MEXT, made the following statement when she declared “A Plan for the Structural Reform” in May 2001 on the occasion of the annual conference of the Association of National Universities Presidents (“*Kokudaikyou*”) and this showed very clearly the general feelings towards the national universities at the time:

“Japanese (national) universities have not performed to the expectations of the country and are severely criticized by the society and industries. Therefore, they must listen to these criticisms humbly and make even greater efforts for reform. I am convinced that **no structural change of the universities: no re-birth and development of the country.**”

#### IV. Why ANUM?

I worked for Kyoto University for nearly 6 years, first as Chancellor and later (after “*houjinka*”) as Vice-President. And served under the 2 presidents Prof. S. Nagao and Prof. K. Oike.

##### 1. Success and Failure at Kyoto University (2001-06)

I succeeded in getting an approval for the budget allocation from the MEXT in constructing a third campus for

graduate schools of engineering in the west of Kyoto City, obtained 2 large-scale donations from *Funai Denki* (an electrical appliances manufacturing company) and *Rohm* (a semiconductor manufacturer) and set up a number of facilities open to the general public. Before my arrival at Kyoto University, the university was closed and almost inaccessible for the public. I wanted the university to be open to the public so that they could have a better understanding of the university and eventually receive more support from them.

After “*houjinka*”, I, in line with the “Toyama Plan” and through numerous meetings and consultations, drew up a comprehensive plan to restructure an administrative office comprising some 3,000 staff, thus realizing an efficient and effective administration.

**I then tried to reform a seniority personnel system in which “No Miss” and the length of the career were the most valued in deciding promotion and there was practically no chance for young administrative staffs to become a division director (“*kacho*”) until mid-50’s even if they were lucky enough to be promoted to “*kacho*”.** The important part of the reform in the personnel system is how to deal with the “*ido kanshoku*”, i.e. Chancellors and middle management staff on loan from the MEXT. They moved from one national university to another every 2-3 years (“*ido*” means “moving”, “*kanshoku*” officials).

In theory, the university president can “hire and fire” any administrative staff at his/her will, but in practice, these “*ido kanshoku*” come and quit on the “propositions” from the MEXT.

They almost monopolize not only Chancellors’ posts but also strategically important positions such as directors responsible for mid- and long-term planning, finance, and personnel.

As far as my experience tell, they are more or less capable and equipped with knowledge and experience, e.g. on how budget and subsidies of various kinds are allocated by the MEXT. Furthermore, since they work in national universities of different sizes, with and without university hospitals and faculty mixture, they normally have wide experience and perspectives, which are valued by presidents.

However, they have the following vital shortcomings:

- - they are, generally speaking, **very conservative and dislike changes**: this is a fatal flaw at a time when innovations and changes are needed.
- - **their loyalty is to the MEXT**, not to the university

4 MEXT “White Paper on Education, Culture, Sports, Science and Technology 2001”.

they work at, since the MEXT has a power to promote or de-promote them.

- they quit by the time they begin to know the university and its people and problems.
- **they often lack knowledge and experience** concerning university management and policy-making in higher education since their professional backgrounds are mostly in primary and secondary education, sports or cultural bureau.

The National university president, as the highest and final authority in administration, finances and personnel as well as academic matters, is in theory encouraged to introduce outside experts, but in practice they hesitate to say “no” to the MEXT’s “propositions” for management staff, fearing perhaps the “revenge” from the MEXT in one way or the other.<sup>5</sup>

**My plan to make changes to this personnel system failed** partly because my term as Vice-President was about to end, partly because the resistance from within, namely from those who benefited from the seniority system, was so fierce.

## 2. Inbreeding of the Leadership Team and the University Closed to the Outside World

Another serious problem after the quasi-privatization of the national universities (“*houjinka*”) is that most of the executive board members (“*riji*”)<sup>6</sup> are recruited from among faculty members of the university concerned. As a matter of fact, they are scholars and critics not practitioners with experience in managing an organization of this scale, with 22.477 students, 8.020 academic staff and an annual budget of 11.8 billion euros. Moreover, “outside experts” appointed “*riji*” are mostly officials of the MEXT, or if they are from private companies, they are often part-timers, and their responsibilities are limited or vague, i.e., “management in general”: this means that national universities do not take “outside” experts seriously or more precisely, they do not like “interferences” from the outside.

After “*houjinka*”, I was appointed chairman of the training committee of “*Kokudaikyou*” and created 5-day training programmes for presidents, vice-presidents and top and middle managers. I am convinced that the core of an efficient and effective management is selecting the right person for the right position, someone with determination, passion, knowledge and experience. But only a year after “*houjinka*”, it became clear that presidents and

the management staff are not always good and capable managers, that they do not take management very seriously. Most of the “*riji*” appointed from among academics (mostly former department heads) tend to regard the job of “*riji*” only as a temporary deviation. They are half-hearted in executing their responsibilities and never give up teaching and research for the sake of their job as “*riji*”. And “*Kokudaikyou*’s” main concern is more or less limited to academic affairs such as entrance examinations.

## 3. Birth of the ANUM

**All these impelled me in July 2005 to set up a national organization whose mission is to share “innovative good practices” tried and implemented by different national universities, establish really effective and substantial training programmes for management staff as well as future management leaders.**

I talked to my colleagues, chancellors of about 20 national universities including old imperial universities such as Tokyo, Tohoku, Nagoya and Kyushu and other “local” universities like Tokushima and Kanazawa and persuaded them successfully to become founding members of “the Association of National Universities Management”.

The late Prof. Arima, former President of Tokyo University and Education Minister who decided to go along with “*houjinka*”, accepted to become an advisor of the ANUM. Thanks to wide newspaper coverage, about 500 national university academic and non-academic staff of all levels became full members, while 15 private companies such as Fuji Xerox and Nomura Security Holdings and 20 national universities joined the ANUM as corporate members. Several university co-operatives also became corporate members. The ANUM held an inauguration ceremony in Tokyo in July 2005.

## V. Memberships, Budget and Activities of the ANUM

### 1. Journal “University and College Management”

From the very outset, the main activity of the ANUM has been the publication of a monthly journal entitled “**The University and College Management**”. The 1st issue appeared in July 2005 and the latest issue published in October 2024 is its 232nd.

Up until now, contributions to the journal amount to about 2,000: they comprise not only articles on person-

<sup>5</sup> In fact, this fear is almost entirely groundless.

<sup>6</sup> The number of “*riji*” is fixed by law for the respective national

university. In the case of Kyoto University, the number of “*riji*” is fixed at 10, 2 of which have to be recruited from outside.

nel and financial management, strategic planning, risk management, BCP and the like, but also those on academic management and the introduction of AI and ICT technologies for teaching and learning. Monthly copies sold are 1,300.

Here is a summary of specific themes the journal dealt with in the last 20 years:

1) higher education policies, 2) university management (“student centered” university, enhancing diversity in university: LGBTQ, female and foreign professors and students, leadership of president, university management at the time of covid-19 pandemic, who leads reform, role of chancellor, management at the faculty and department level, how to train university leadership teams, marketing, BCP., how to draw lessons from failures, university reform based on the voices of students, etc.), 3) national universities (role of “local” national universities, national universities in the aftermath of “*houjinka*”, “*ido kanshoku*”, how to mobilize “outside” experts, etc.), 4) “local” universities, 5) articulation of high school and higher education entrance examination, 6) reform of university education (visualization of outcomes of education, active learning, role of head of department, how to make use of ICT in improving education, etc.) 7) student support (student engagement, role of dormitories in student’s development, how to train “globalized” students, “student centered” campus, etc.), 8) enhancement of research capabilities.<sup>7</sup>

## 2. Memberships

**The number of current corporate members (universities, private companies, university co-operatives and the Kansai Economic Federation) is 57**, and each member contributes as a membership fee 1,250 euros p.a., while individual members are 330 including university presidents, administrative staff and researchers on higher education. Their membership fee is about 600 euros and they are entitled to receive the journal and participate in various events such as the higher education forum or ANUM’s training programme at a discount price.

I am the editor in chief of the journal, and work in co-operation with an editorial board which consists of jour-

nalists specialized in higher education, university professors specialized in higher education and university staff. Some high-ranking officials of the MEXT including the Vice-Minister are observers of the editorial board so that I could obtain the latest and “inside” view of higher education policies.

This mixture of academic and non-academic staff of all universities, journalists and officials of the MEXT in the composition of the ANUM is a unique feature and at the same time the source of its strength since it can draw on a wide range of views, opinions and experiences.

## 3. Financing

Membership fees are the major source of income of the ANUM. Incomes from advertisements in the journal are also an important source of income. The president and executive board members as well as editorial board members work entirely voluntarily, i.e., no remuneration is received and this is the major reason why the ANUM has been financially viable for as long as 20 years without any subsidies from the government. The annual budget of the ANUM is about 190,000 euros.

## 4. From “The Association of National University Management” to “The Association of Innovative University Management”

The ANUM started its activities for national universities, but several years later it decided to deal with all the universities including private and public (local government) institutions and cover not only management but also issues and matters related to university education.

Masao Homma, Founding President of the ANUM, studied at London School of Economics, served at the OECD as a professional staff, and later at the Japanese Embassy in Paris. Afterwards he was appointed Chancellor and later Vice-President of Kyoto University, Vice President of Ritsumeikan University and the Ritsumeikan Asia-Pacific University. From 2013 - 2021 he was Chairman of the Executive Board, Baiko Gakuin University (Shimonoseki). He is the author of numerous books and articles on higher education policies and university management.

7 9) university-industry co-operation, copyrights, 10) AI, ICT, 11) university library, 12) administration (how to establish more effective and efficient administrative office, etc.), 13) risk management, 14) information disclosure, 15) finances (fund-raising, investment in trust funds, scholarship & tuition fees policy, financial strategy, etc.), 16) campus and facilities, 17) university hospital, 18) audit and auditor 19) international exchange, 20) faculty development,

21) distant education and re-skilling, 22) administrative staff and staff development (co-operation between academic and administrative staff, “generalist or specialist?”, reform in personnel system, ANUM’s programme to train reform-oriented administrative staffs, 23) alumni organization, 24) university ranking, 25) university co-operatives and private companies, 26) universities in Europe and Asia.

Wilfried Bernhardt  
*Besprechung von Sarah Rachut,  
Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten,  
2024, 775 Seiten<sup>1</sup>*

Die Monographie von Rachut, die unter dem Titel „Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten“ im Frühjahr 2024 von der TU München/School of Social Sciences and Technology als Dissertationsschrift angenommen und als Band 64 in der von Heckmann herausgegebenen Reihe „Internetrecht und Gesellschaft“ publiziert wurde, stellt in mehrfacher Hinsicht eine äußerst bemerkenswerte Arbeit dar: Sie führte zur ersten juristischen Promotion überhaupt an der TU München/School of Social Sciences and Technology. Ferner übersteigt sie bei Weitem mit ihren 775 Seiten nicht nur quantitativ, sondern qualitativ-inhaltlich die Anforderungen, die üblicherweise an eine Dissertation zu stellen sind. Die in dieser Monographie zum Ausdruck kommende Leistung ist von derart herausragendem Gewicht, dass sie ohne jeden Zweifel auch als sehr erfolgreiche Habilitationsschrift hätte Geltung beanspruchen können. Denn zur verdienstvollen juristischen Grundlagenforschung tritt noch eine äußerst gelungene interdisziplinäre und praxisorientierte wissenschaftliche Analyse hinzu.

Seit knapp 25 Jahren sind Bundes- und Landesgesetzgeber in Deutschland bemüht, die Herausforderungen, die sich für Staat und Gesellschaft aufgrund der digitalen Transformation stellen, durch Anpassungen der bisher für analoge Sachverhalte geltenden Normen und durch neue Regulierungen - etwa für die Verwaltung und Justiz - zu bewältigen. Die entsprechende Gesetzgebung führte zu einem immer komplexeren Normgefüge auf allen staatlichen Ebenen des Bundes, der Länder und der Kommunen. Hinzutritt gerade in den letzten Jahren eine stark anwachsende Regulierungstätigkeit der Europäischen Union, die weit über die bekannte Datenschutzgrundverordnung oder die KI-Verordnung hinausreicht und sich mittlerweile einer intensiven Kritik unter den Schlagworten „Regulierungswahn“ und „inakzeptable Bürokratie“ stellen muss.

Demgegenüber unterblieben Anpassungen der textlichen Verankerungen der Grundrechte im Grundgesetz; die Zahl entsprechender Ergänzungen in den Landesverfassungen ist überschaubar. Die Grundrechtecharta

der EU, die im Dezember 2000 in Nizza vom Europäischen Parlament, vom Rat und der Kommission förmlich proklamiert worden war, erfuhr zwar durch den EU-Vertrag von Lissabon eine Aufwertung, blieb aber inhaltlich trotz fortschreitender Digitalisierung unverändert.

Deshalb kommt vor allem der (Neu-)Interpretation und impliziten Fortentwicklung der textlichen Verbürgungen der Grundrechte im Lichte der durch die digitale Transformation bedingten starken Veränderungen eine wachsende Bedeutung zu. Ferner stellt sich die Frage, in welcher Weise die Grundrechte in digitalen Kontexten einer zunehmend digitalisierten Welt verwirklicht werden können – durch die Verwaltungspraxis, aber auch durch Anpassungen der Normen auf allen staatlichen Ebenen bis hin zu Verfassungsänderungen. Die Europäische Union spielt dabei eine immer gewichtigere Rolle, ferner sind internationale Kooperationen zu beachten. Diesen Fragen widmet sich das Buch, wobei sich die Arbeit nicht in der Analyse der Grundrechtsdogmatik und der Grundrechtstheorien mitsamt deren Neuausrichtung erschöpft, sondern die Wirkungsweise der Grundrechte in der sozialen Wirklichkeit unter Nutzung interdisziplinärer, sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse überprüft und konkrete Vorschläge entwickelt, ob und wie der Staat stärker seinen grundrechtsschützenden Pflichten nachkommen kann.

Die Verfasserin gibt in ihrer Dissertation Antworten auf die von ihr eingangs aufgeworfenen Fragen. Diese befassen sich mit dem heutigen Verständnis der Rolle der Grundrechte und den Vorgaben bezüglich ihrer Verwirklichung, den praktischen und rechtlichen Herausforderungen aus sich dynamisch weiterentwickelnden digitalen Technologien für die Verwirklichung der Grundrechte in digitalen Kontexten im Rechtsstaat sowie den diesbezüglichen Lösungsansätzen und deren Bewertungen.

Das Buch ist in vier Teile gegliedert. Der erste Teil (S. 41-168) beschreibt die Rolle der Grundrechte im verfassungshistorischen Kontext, die Dimensionen, Funktio-

<sup>1</sup> Duncker & Humblot, Berlin, ISBN 978-3-428-19305-9, geb., € 149,90

nen und Wirkrichtungen der Grundrechte und die Grundrechtskollisionen. Der zweite Teil (S. 169- 238) widmet sich gezielt dem digitalen Kontext mit den „digitalen Sachverhalten“ mithilfe von Begriffsdefinitionen, Praxisbeispielen und der Frage, inwieweit digitale Kontexte über digitale Sachverhalte hinausgehen. Der Dritte Teil (S. 239- 691) erforscht die – bisher sehr geringen – expliziten digitalen Anknüpfungspunkte im Grundgesetz (wie Art. 13 Abs. 3-6 GG, Art. 91c GG) sowie das vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das – ebenfalls als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelte – Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Die Verfasserin beschreibt die praktischen und rechtlichen Herausforderungen der Grundrechtsverwirklichung im digitalen Kontext, bezieht weitere Grundrechtsdimensionen in ihre Analyse ein (wie das Recht auf die digitale Teilhabe und digitale Leistungsrechte etwa beim Anspruch auf Open Data), erarbeitet Lösungsansätze für die Bewältigung dieser Herausforderungen und erläutert insbesondere Strategien zur Verhinderung von Grundrechtskollisionen und zur Auflösung von Grundrechtskollisionen in digitalen Sachverhalten mithilfe der digitalorientierten Feinjustierung bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Im vierten Teil (S. 692-713) präsentiert die Verfasserin ihr Gesamtergebnis vor allem in zusammenfassenden Thesen.

Schon die Darstellung der Entwicklung der Grundrechtstheorien und Grundrechtsdogmatik mit den Grundrechtsfunktionen und Rollen von den Vorbildern im 18. und 19. Jahrhundert über die Weimarer Reichsverfassung und bis zur Geltung des Grundgesetzes in Wissenschaft und Rechtsprechung beeindruckt, weil allein hierfür ein tiefgründiges Verständnis des Charakters der Grundrechte und deren Wandel im historischen Kontext unter Beweis zu stellen ist. Innerhalb der Darstellung der Grundrechtsdimensionen betont die Verfasserin insbesondere die durch das BVerfG entwickelte Wirkung der Grundrechte als staatliche Schutzpflichten, der sie auch in der weiteren Arbeit gerade im digitalen Kontext eine besondere Bedeutung beimisst (z.B. auf den Seiten 268 ff., 374 ff., 531 ff.). Die Rechtsprechung des BVerfG zu den aus Grundrechten abzuleitenden Pflichten etwa zum Schutz ungeborenen Lebens wird oft kritisiert, weil sie dem Gesetzgeber konkrete Handlungspflichten auferlegt

und damit dessen Spielräume stark einschränkt. Gerade bei der Formulierung gesetzgeberischer Schutzpflichten wird ein vom BVerfG zu beachtender „judicial self restraint“ anzuraten sein. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die gesellschaftlichen Auffassungen zum Inhalt der Schutzgüter einem starken Wandel unterzogen sind. Insofern ist gemäß Häberle die Grundrechtsauslegung „in den Kontext der jeweiligen Wirklichkeit zu stellen“, worauf auch die Verfasserin hinweist. Grundrechte sind also im jeweiligen Zeitkontext zu interpretieren, damit sie ihre Wirksamkeit entfalten können. Die Verfasserin misst in diesem Zusammenhang den Aspekten wie Akzeptanz und Vertrauen eine besondere Bedeutung bei der Beschreibung der Wirkungsweise der Grundrechte zu. Dies wird auch an der späteren Erörterung der Auswirkungen der Digitalen Transformation deutlich, wenn die Verfasserin die akzeptanz- und vertrauensfördernde Wirkung der Grundrechte gegen den Steuerungsverlust durch das Recht als wesentlich einstuft (S. 349 ff.) und akzeptanzfördernde Maßnahmen einfordert (S. 601 ff.).

Ferner analysiert die Verfasserin Grenzen und Konkurrenzen, die Auflösung von Grundrechtskollisionen mithilfe der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und durch Herstellung praktischer Konkordanz, explizite und implizite Änderungen von Grundrechten und Grundrechtsverständnissen, analysiert Dimensionen, Funktionen und Wirkrichtungen. Sie erörtert – im Ergebnis ablehnend – ein Hierarchieverhältnis der Grundrechte und der Grundrechtsträger. Der Verfasserin ist darin zuzustimmen, dass das in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung des BVerfG in den letzten Jahrzehnten erarbeitete Grundrechtsverständnis durchaus auch Bedeutung für die Bewältigung der im Zuge digitaler Kontexte auftretenden Probleme und Fragestellungen besitzt, wenngleich der insoweit über den Wortlaut des GG-Textes hinaus fortentwickelte grundrechtliche Werkzeugkasten nicht immer zum Einsatz kommt und die Realisierung der grundrechtlichen Vorgaben von zahlreichen praktischen und rechtlichen Herausforderungen geprägt ist. Der Verfasserin ist auch zuzustimmen, wenn sie konstatiert, dass die in der digitalen Welt veränderten Risiken und neuen Gefahrenlagen ein extensiveres Grundrechtsverständnis entstehen lassen und den in der Verfassung begründeten Schutzpflichten eine größere Bedeutung zukommt. Zu Recht verweist sie darauf, dass dies „das Spannungsfeld zwischen staatlichen Schutzpflichten und der Pflicht zur Ge-

währleistung der Freiheit des Einzelnen“ intensiviert. Aus dem Blickwinkel eines liberalen Staatsverständnisses wird dies Skepsis auslösen, ist doch davon auszugehen, dass es vor allem in der Verantwortung Privater liegt, ihre eigenen Entscheidungen zu treffen und für sich selbst zu sorgen. Es geht jedoch der Verfasserin nicht um ein paternalistisches Staatsverständnis, sondern um die Bewältigung der Gefahren für grundlegende Freiheiten, die im Kontext der zunehmenden Macht und Reichweite multinationaler IT-Unternehmen entstehen. Sie betont insoweit die Veränderung der Rolle des Staates, der im Falle eines potenziell größten Risikos für die individuelle Freiheit durch Dritte als aktiver Beschützer auftreten müsse. Zu beachten sei nicht nur das Übermaßverbot staatlichen Handelns, sondern auch das Untermaßverbot. Dazu müssten die Nachteile, die mit dem Nicht-Entscheiden bzw. dem Nicht-Handeln entstehen, in den Blick genommen werden.

Die Verfasserin bezieht auch die Grundrechtecharta der EU sowie die Europäische Menschenrechtskonvention ein, was angesichts der Rechtsprechung des BVerfG im Urteil „Vergessenwerden II“ vom 6. November 2019 - 1 BvR 276/17 – sowie den seit Langem diskutierten Wechselwirkungen zwischen nationalen und europarechtlichen Maßstäben des Grundrechtsschutzes naheliegt. Soweit demnach die Grundrechte des Grundgesetzes durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt werden, kontrolliert das Bundesverfassungsgericht dessen Anwendung durch deutsche Stellen am Maßstab der Unionsgrundrechte. Dabei neigt die Verfasserin der Ansicht zu, dass zwischen dem Grundrechtsschutz auf Unionsebene und dem Schutz im Grundgesetz und in den Landesverfassungen keine großen Unterschiede erkennbar sind und auch die in Deutschland entwickelte Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene anwendbar ist (S. 55). Hier bietet sich ein Ansatz für eine zukünftige weitergehende Analyse der Rechtsprechung des EuGH wie auch der verfassungsrechtlichen Literatur aus den anderen EU-Mitgliedstaaten. Spannend dürfte insoweit sein, ob beispielsweise die deutsche Grundrechtsdogmatik zu den staatlichen Schutzpflichten auf Unionsebene in gleicher Weise Anerkennung findet.

Mit großer Sorgfalt beschreibt *Rachut* die Entwicklungslinien der Informationstechnologien und der diesbezüglichen Regulierungen, etwa von der Datenschutzgrundverordnung bis hin zu der kürzlich verabschiedeten europäischen KI-Verordnung und kennzeichnet zu-

gleich die Schwierigkeit: Durch die Geschwindigkeit der technologischen Entwicklung und durch deren unabhägbare unmittelbare und mittelbare Folgen ergäben sich Schwierigkeiten bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Sie weist auch auf sich neu entwickelnde, inhaltlich kaum unterscheidbare Begriffe hin, wie etwa den Übergang von „elektronisch“ zu „digital“ und grenzt den digitalen von einem analogen Sachverhalt ab. Sie konstatiert, dass im Zuge der digitalen Transformation dem informationstechnologischen Aspekt irgendwann eine so bedeutsame Rolle zukommt, dass damit ein Wandel einhergeht, der über bloße technische Komponenten hinausgehe (S. 195) und tatsächliche Möglichkeiten der Datenverarbeitung, Vernetzung und Automatisierung umfasse. Dieser Übergang sei allerdings fließend. Im Einzelnen beschreibt sie die veränderten Prozesse und Wirkungen, aber auch die daraus entstehenden neuartigen Gefährdungslagen. Zwar gebe es analog-digital kongruente Sachverhalte, aber auch originär digitale Sachverhalte, die im Hinblick auf die Veränderungen in Dynamik und Prozess kein entsprechendes Abbild in der analogen Welt mehr finden. Gerade solche neuartigen Sachverhalte führten zu bisher unbekanntem mehrdimensionalen Grundrechtskollisionen, erforderten bei wesentlichen Abweichungen gegenüber bisherigen bekannten und bereits regulierten Sachverhalten teilweise neue Wertentscheidungen und machten wegen der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG Neubewertungen auch durch den Gesetzgeber erforderlich.

*Rachut* belässt es dabei nicht, das theoretische Fundament für eine neue digitale Grundrechtssicht zu entwickeln. Bemerkenswert ist, wie die Verfasserin das von ihr perfekt ausgebreitete, auf lange Traditionen bezogene Grundrechtsverständnis mit einer exzellenten Kenntnis der Instrumente der digitalen Transformation und der von ihr eingehend beschriebenen, aus digitalen Sachverhalten entstehenden neuen Gefährdungslagen verbindet und daraus neue Ansätze für Grundrechtsinterpretationen in digitalen Kontexten gewinnt.

Dabei gelingt es ihr in brillanter Weise, in ihrem Buch an verschiedenen Stellen die theoretischen Aussagen mit Praxisbezügen zu verbinden. Sie verweist auf das Praxisbeispiel der elektronischen Fernprüfungen an Hochschulen mit ihren Auswirkungen auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die IT-Sicherheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung und auf die wegen Art. 3 GG wesentliche Chancengleichheit. Sie befasst

sich mit den Herausforderungen bei der Erstellung und Nutzung der elektronischen Patientenakte im Hinblick auf die Kollisionen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und des Rechts auf Gesundheit bezogen sowohl auf die Gesundheit des individuellen Patienten als auch auf die Gemeinschaftsinteressen (der Prävention und Therapie von Krankheiten anderer Patienten) andererseits. Als weiteres Beispiel bezieht sie die Auswirkungen der Kontaktnachverfolgung während der Covid 19-Pandemie auf die Ausübung insbesondere des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wie auch des Gesundheitsgrundrechts in ihre wissenschaftlichen Untersuchungen ein. Diese Beispiele durchziehen wie ein roter Faden ihre gesamte Arbeit.

Besonderes Gewicht kommt naturgemäß den von der Verfasserin entwickelten Lösungsansätzen zu. Sie sieht keine besonderen Vorteile in einer Kodifizierung digitaler Grundrechte oder in einer neuen Staatszielbestimmung „Digitalisierung“, wohl aber in einer stärkeren Berücksichtigung von Schutzpflichten durch den Staat, in neuen Rechtssetzungsmodellen mit einer Verbesserung rechtlicher Steuerung („die oftmals bestehende Passivität“ müsse überwunden werden) sowie intensiverer Nutzung von Experimentierräumen, Reallaboren oder Sandboxes. Staatliche Abwägungsentscheidungen in digitalen Kontexten seien zu optimieren, es müsse ein Bewusstsein über die im jeweiligen konkreten Fall einschlägigen praktischen und rechtlichen Herausforderungen und diesbezügliche Lösungsansätze vorhanden sein. Dazu sei kontinuierlich eine entsprechende Wissensgrundlage aufzubauen, zu denken sei auch an eine verfassungsrechtliche Pflicht auf Informationsbeschaffung und Wissensgenerierung. Digitale Technologien könnten auch genutzt werden, um Grundrechten zu einer besseren Geltung zu verhelfen, und zwar durch ei-

nen auf digitale Instrumente setzenden serviceorientierten Staat, der sich transparent zeigt und Informationen leicht verfügbar und in verständlicher Sprache bereithält. Ferner seien Informationskampagnen vorzusehen oder die Vermittlung von Kompetenzen bei den Betroffenen zu stärken, um sie im Sinne einer Befähigung zur Selbsthilfe zu stärken. Dies könne die Notwendigkeit eines staatlichen Schutzes reduzieren. Dem ist unter Hinweis auf einen alten Grundsatz beizupflichten: Wenn der Staat frühzeitig seine vorrangigen Aufgaben der Bildung (gerade in Zeiten der digitalen Transformation) wahrnimmt, dann ist er weniger bei der „Nachsorge“ durch Schutzmaßnahmen zugunsten von nicht hinreichend Informierten gefordert.

Die Länge der Arbeit mag zwar einen unbefangenen Leser zunächst von der Lektüre abschrecken. Wer sich jedoch zur Beschäftigung mit dieser wissenschaftlichen Arbeit entschließt, wird in jeder Hinsicht beschenkt. Schnell stellt sich heraus, welches tiefgehende verfassungstheoretische Wissen sich hier mit intensivem und aktuellem Knowhow der für Juristinnen und Juristen oft schwer zugänglichen Informationstechnologie verbindet. Gerade deshalb lohnt sich nicht nur die einmalige Lektüre zur Erweiterung des eigenen Wissens um die Grundrechtsverwirklichung in digitalen Kontexten. Das Buch eignet sich auch als Nachschlagewerk für alle aufkommenden Fragen der Verbindung von Grundrechten mit aktuellen Herausforderungen der digitalen Transformation in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung.

Prof. Dr. Wilfried Bernhardt, Staatssekretär a. D.  
Rechtsanwalt in Berlin und Honorarprofessor an  
der Universität Leipzig.

# Carsten Morgenroth

## *Globales statt konkretes Überdenken – aber wann und wie? – Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zum Überdenkungsverfahren*

### I. Einleitung

Das Überdenkungsverfahren ist eine prüfungsrechtliche Besonderheit. Weil dem Gericht einige Bewertungsanteile der Prüfung, die sog. prüfungsspezifischen Wertungen (z. B. Schwierigkeitsgrad der Aufgabenstellung, Überzeugungskraft der Antworten) weitgehend entzogen sind, gebietet es nach Auffassung des BVerfG<sup>1</sup> das Grundrecht der Studierenden auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, dass diese prüfungsspezifischen Wertungen in einem gesonderten Überprüfungsverfahren zwischen Prüflingen und Prüfern<sup>2</sup> behandelt werden – dem sog. Überdenkungsverfahren.<sup>3</sup> Der dabei gerichtlich vorgezeichnete und in der Praxis auch etablierte Weg war bislang üblicherweise, dass keine umfassende Neubewertung der Prüfung erfolgen soll, sondern dass der Prüfling (nach entsprechender Kenntnis der Bewertungsgründe) konkrete Einwendungen gegen die Bewertung vorbringt und diese dann von den Prüfern erneut „überdacht“ werden. Das Gebot der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit verlangt hierbei, dass die Prüfer im Rahmen des Überdenkens ihren bei der Ausgangsbewertung angewendeten Bewertungsmaßstab nicht verändern.<sup>4</sup>

Der vorliegend besprochene Instanzenzug befasst sich nun mit einem in der Praxis höchst relevanten Aspekt des Überdenkungsverfahrens: dürfen die Prüfer nicht nur die gerügten Teile der Bewertung, sondern die gesamte Prüfungsleistung – unter Beibehaltung des Bewertungsmaßstabs – erneut überdenken? Dies wird von VG Gelsenkirchen,<sup>5</sup> OVG Münster<sup>6</sup> und BVerfG<sup>7</sup> bejaht.

Diese Abhandlung unternimmt es, die Entscheidungen und die dort besprochenen bzw. offengelassenen Fragestellungen nachzuzeichnen. Zunächst werden da-

bei die Entscheidungen in ihren wesentlichen faktischen und rechtlichen Dimensionen abgebildet (II.). Sodann sollen die offenen Fragestellungen analysiert und einer ersten Klärung zugeführt werden (III.). Ein Fazit und Ausblick rundet die Darstellung ab (IV.).

### II. Entscheidungen

Die besprochenen Entscheidungen werden in chronologischer Reihenfolge vorgestellt. Die Darstellung wird dabei auf das für das Verständnis der Entscheidungen in ihrem Werdegang erforderliche Minimum beschränkt – weitere Inhalte werden gegebenenfalls unter III. bei den betreffenden Fragestellungen ergänzt.

#### 1. VG Gelsenkirchen

In einer Zweiten Juristischen Staatsprüfung im Jahre 2019 erreichte der Prüfling<sup>8</sup> in acht Klausuren insgesamt 27 Punkte. Er erzielte damit einen Gesamtdurchschnitt von 3,375 Punkten. Erforderlich für die Zulassung zur mündlichen Prüfung war dagegen ein Durchschnitt von mindestens 3,50 Punkten. Der Prüfling erhob im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Einwendungen gegen die Bewertung unter anderem der Klausur „Strafrecht I“, die mit Note ausreichend - 6 Punkte bewertet wurde. Erstprüfer F und Zweitprüfer U hoben infolge der Einwendungen des Prüflings ihre Bewertungen „der Gesamtleistung“ übereinstimmend auf Note befriedigend - 7 Punkte an. Dadurch erreichte der Prüfling den für den Fortgang des Prüfungsverfahrens erforderlichen Durchschnitt von 3,50 Punkten. Die Widerspruchsbehörde – das Justizprüfungsamt (JPA) – wies die Prüfer in einem Schreiben darauf hin, dass im Rahmen des Überdenkungsverfahrens eine erneute Gesamtbewertung nicht zulässig sei, die Prüfer vielmehr auf das Überdenken der

1 BVerfG NJW 1991, 2005 ff.

2 Status- bzw. Funktionsbezeichnungen in dieser Abhandlung inkludieren Personen aller Geschlechter sowie solche ohne Geschlechtszugehörigkeit.

3 Kingreen, DÖV 2003, 1 ff.

4 Fischer/Jeremias/Dieterich, Prüfungsrecht, 8. Auflage, 2022, Rn. 797.

5 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 4. Mai 2022, 4 K 374/21.

6 OVG Münster, Beschl. v. 13. März 2023, Az. 14 A 1200/22.

7 BVerfG, NVwZ 2024, 420 ff.; s. dazu Fischer/Dieterich, NVwZ 2024, 423 ff., Hufen, JuS 2024, 710 ff.

8 Aus Gründen der Verständlichkeit und Lesbarkeit wird darauf verzichtet, den Prüfling je nach Verfahrensstand als Referendar bzw. Anwärter, Widerspruchsführer, Kläger oder Berufungs- bzw. Beschwerdegegner zu bezeichnen.

konkreten Einlassungen des Prüflings beschränkt seien. Daraufhin senkten beide Prüfer ihre Bewertungen in gesonderten zweiten Stellungnahmen wieder auf ihre ursprüngliche Bewertung von 6 Punkten ab.

Auf die Klage des Prüflings hin verpflichtete das VG Gelsenkirchen das beklagte Land, den Prüfling unter Berücksichtigung der Note befriedigend – 7 Punkte über das Ergebnis der schriftlichen Prüfungen neu zu bescheiden. Zur Begründung führt das Gericht dabei – entgegen der Literatur,<sup>9</sup> erkennbar erstmalig – aus, dass in einem globalen statt einem konkreten Überdenken keine Kompetenzüberschreitung der Prüfer läge und eine solche erneute Abwägung auch nicht zwingend eine Änderung des Bewertungsrahmens bewirke. Es verwirkliche im Gegenteil gerade den Zweck des Überdenkensverfahrens, einen effektiven Ausgleich für die eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit prüfungsspezifischer Wertungen zu bieten.

## 2. OVG Münster

Das OVG Münster wies die Berufung des beklagten Landes zurück. Aus der Pflicht der Prüfer, bei durchgreifenden Einwänden eine Überprüfung der Gesamtbewertung vorzunehmen, folge kein Verbot, die Bewertung auch dann zu prüfen, wenn kein Einwand durchdringt. In diesem Fall könne die neue Gesamtbewertung in der gleichen Bewertung, aber auch in ihrer Änderung bestehen.

Das OVG Münster ließ die Revision nicht zu. Dagegen wandte sich das beklagte Land mit der Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BVerwG.

## 3. BVerwG

Das BVerwG wies die Beschwerde zurück. Prozessual sei mit der Verpflichtungsklage die statthafte Klageart gewählt worden – die Abgrenzung nach der jeweiligen Begehr sei gesicherte Rechtsprechung und nicht klärungsbedürftig. Die seitens der Beschwerde aufgeworfenen materiellen Fragen seien zudem wegen tatsächlicher Bindung des BVerwG an die Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung des OVG Münster und mangels rechtlicher Klärungsbedürftigkeit (Beschwerdegrund der grundsätzlichen Bedeutung) bzw. Abweichung von bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung (Beschwerdegrund der Divergenz) einer Revision nicht zugänglich. Durchgreifende Verfahrensfehler (Beschwerdegrund des

Verfahrensfehlers) lägen ebenfalls nicht vor; insbesondere sei keine Überschreitung des tatrichterlichen Bewertungsspielraums durch das OVG Münster im Rahmen von Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung ersichtlich.

## III. Analyse

Die Analyse der Entscheidungen beginnt mit einer Einordnung der besprochenen Fragestellungen (1.). Daran schließen sich die offengebliebenen Themen an (2.).

### 1. Einordnung

Die Einordnung besteht aus einer grundsätzlichen Bewertung (a) und einer Erarbeitung möglicher erster Folgefragen (b).

#### a. Grundsätzliche Bewertung

Die Entscheidungen bilden eine begrüßenswerte Fortentwicklung des Überdenkensrechts.

Bislang gingen Literatur und Praxis davon aus, dass unsubstanzierte oder gar fehlende Einlassungen eines Prüflings unzulässig seien, weil sie seine Rechte im Prüfungsverfahren über Gebühr ausdehnen und dadurch wiederum die Chancengleichheit der anderen Prüflinge im Prüfungsverfahren verletzen würden.<sup>10</sup> Das VG Gelsenkirchen entwickelt diesen Gedanken nun weiter. Unter Bezug auf die Kernaussagen der Leitentscheidungen von BVerfG,<sup>11</sup> ein effektives Überdenken unter Berücksichtigung der Einwendungen des Prüflings zu ermöglichen, sowie des BVerwG,<sup>12</sup> ein Überdenken gerade der prüfungsspezifischen Wertungen vorzunehmen, sah das VG Gelsenkirchen weder eine Kompetenzverletzung der Prüfer noch eine Verletzung der Chancengleichheit anderer Prüflinge darin, nach einem Überdenken der konkret vorgetragenen Einlassungen des Prüflings das Überdenken von den vorgetragenen punktuellen Facetten auf die globale Ebene einer erneuten Gesamtbetrachtung der Prüfung zu erstrecken.<sup>13</sup> Die Unterlegung dieser Entwicklung durch das OVG Münster ist nicht vollständig stringent. Zunächst bezieht sich das OVG Münster auf den Grundsatz des BVerwG, die Prüfer haben sich „lediglich mit den beanstandeten Einzelwertungen auseinandersetzen“.<sup>14</sup> Nach einem Bezug auf die (ältere) Rechtsprechung des BVerwG zum unveränderten Bewertungssystem<sup>15</sup> kommt das OVG Münster dann je-

9 Fischer/Jeremias/Dieterich, o. Fußn. 4, Rn. 789; Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, S. 168.

10 Fischer/Jeremias/Dieterich, o. Fußn. 9.

11 BVerfG, o. Fußn. 1.

12 BVerwGE 92, 132 ff.

13 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Nr. A 1.

14 BVerwG, NJW 2019, 2871 ff.

15 BVerwG, DÖV 2000, 78 ff.

doch zu dem Schluss, es bestehe kein Verbot, die Gesamtbewertung einer Überprüfung zu unterziehen, wenn kein Einwand des Prüflings allein verfährt.<sup>16</sup> Auf das wörtlich formulierte Gebot punktueller Einlassungen durch das BVerwG 2019 geht das OVG Münster dabei nicht ein. Dies erstaunt, denn ein Wechsel von einer punktuellen zu einer globalen Neubetrachtung hängt nicht unmittelbar mit der Frage zusammen, ob dabei der gleiche oder ein neuer Bewertungsmaßstab angelegt wird. Das BVerwG bestätigt diese Linie allerdings vollumfänglich. Es sei „nicht klärungsbedürftig, dass eine erneute Gewichtung einzelner Aspekte der Prüfungsleistung im Rahmen der Gesamtbewertung nicht allein deshalb eine mit dem Grundsatz der Chancengleichheit unvereinbare Änderung des Bewertungssystems darstellt, weil die vom Prüfling erhobenen Einwände jeweils für sich genommen nicht durchgreifen. Der Grundsatz der Chancengleichheit wird offensichtlich nicht beeinträchtigt, wenn der Prüfer im Rahmen des Überdenkensverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass die Prüfungsleistung innerhalb des zu Grunde liegenden Vergleichsrahmens anders einzuordnen ist.“<sup>17</sup>

Für die Praxis lässt sich damit festhalten: das BVerwG hat die Möglichkeit einer erneuten Globalbetrachtung neben die punktuelle Betrachtung der Einlassungen der Prüflinge gestellt.

Der Effekt dieser Entwicklung für die Prüflinge und auch für die Prüfer ist positiv. Die Rechte der Prüflinge auf effektive Rechtsdurchsetzung auch außerhalb gerichtlicher Verfahren sind erweitert worden. Außerdem begünstigen die Entscheidungen auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Prüfer. Denn bisher war erkennbar weder bekannt noch verbreitet, dass Prüfer auch ohne durchgreifende Einwände des Prüflings – bei gleichem Bewertungsmaßstab – eine erneute Gesamtbetrachtung durchführen dürfen und dass diese in einer Änderung oder Beibehaltung der ursprünglichen Bewertung resultieren kann.

#### b. Mögliche Folgefragen

Mit dieser begrüßenswerten Entwicklung stellen sich aber nun ganz neue Fragen bzw. bekannte Fragen ganz neu.

So ist zunächst offen, für welche Prüfungen dies anwendbar sein kann. Je stärker die Bewertung einer Prü-

fung nach Struktur und Inhalt in Unterbewertungen von Prüfungsteilen aufgeht, desto weniger „globales Überdenkenspotenzial“ kann sich hier ergeben. Von final zergliederten Prüfungen im Antwort-Wahl-Verfahren bis zu naturgemäß infolge eines Gesamteindrucks zu bewertenden mündlichen Prüfungen werden sich in der Hochschul- und Prüfungslandschaft vielfältige Schattierungen und Nuancierungen finden lassen. Die hier behandelte Zweite Juristische Staatsprüfung dürfte sich etwa in der Mitte bewegen zwischen konkret bewertbaren Prüfungsteilen und Gesamteindruck nach Inhalt, Aufbau, Sprache oder Stil. Insofern ist dieser Fall ein taugliches Beispiel für die hiesige Klärung und Entwicklung des Überdenkensrechts. Wie aber sieht es beispielsweise aus für Klausuren, die aus vielen Fragen bestehen, die (nach dem Prüfungsdesign oder aus Zeitgründen) jeweils nur mit kurzen Antworten bedacht werden können (sog. Q&A-Tests)? Findet sich hier überhaupt ein „globales Überdenkenspotenzial“? Oder sollte das globale Überdenken in der Praxis in jedem Fall ermöglicht werden, und im Einzelfall stellt sich dann heraus, dass es nicht zu einer Änderung der Bewertung kommt, gerade weil neben den vielen kleinen Einzelteilen zu wenig Gesamteindruck übrigbleiben kann? Für die Hochschulpraxis ist der zweite Weg sicherlich gangbar. Für eine strukturelle bzw. wissenschaftliche Betrachtungsweise des Überdenkensverfahrens, um die ich mich mehrfach bemüht habe,<sup>18</sup> ist es dagegen durchaus eine interessante Frage, ob der neu geschaffene Standard für das Überdenkensverfahren für bestimmte Prüfungstypen der Sache nach überhaupt keine Anwendung finden kann. Dann würden sich nicht nur die im Folgenden weiteren Fragen nicht oder anders stellen. Dies könnte auch zu Rückschlüssen auf die Qualitätssicherung von Studium und Prüfung führen – denn können Prüfungen, die den nunmehr erforderlichen Grundrechtsschutz der Prüflinge nicht erreichen, überhaupt noch angeboten werden, und falls ja, unter welchen Bedingungen?

Eine weitere Folgefrage drängt sich auf: wenn Prüfer auch ohne durchgreifende Einwände ein erneutes globales Überdenken durchführen dürfen, gilt dies dann auch, wenn der Prüfling nur ein Überdenken beantragt, daneben aber gar keine Einwände mehr erhebt?<sup>19</sup> Zwar hat das OVG Münster nicht von einer Verpflichtung, sondern von der Möglichkeit bzw. Berechtigung der Prüfer

16 OVG Münster, o. Fußn. 6, Rn. 43 – juris.

17 BVerwG, o. Fußn. 7, Rn. 24 – juris.

18 *Morgenroth*, OdW 2017, 13 ff.; ders. OdW 2018, 29 ff.

19 Das BVerwG behandelt diese Frage nicht direkt, sondern behauptet im Rahmen einer Divergenzrüge, das OVG Münster habe

keine voraussetzungslose globale Gesamtbewertung geschaffen, so dass es sich bereits deshalb nicht in Widerspruch zu früherer Rechtsprechung des BVerwG setzen konnte. Warum dies so sein soll, lässt das BVerwG dabei allerdings offen; s. o. Fußn. 7, Rn. 26 – juris.

zur Globalbetrachtung gesprochen. Müsste aber nunmehr nicht im Lichte des besagten effektiven Grundrechtsschutzes wenigstens eine abschlägige Begründung der Prüfer erfolgen, ob ohne Einwendungen des Prüflings eine erneute globale Gesamtbewertung erfolgt ist oder nicht und, falls ja, warum sie nicht zu einer abweichenden Bewertung geführt hat? Neben schwarz oder weiß sind darüber hinaus in der Praxis auch viele Grautöne denkbar. Wie ist es beispielsweise zu bewerten, wenn der Prüfling seinen Antrag auf Überdenken mit einer globalen Einlassung begleitet, etwa mit dem Hinweis, die Prüfungsleistung sei „insgesamt doch besser als ... (Note/ Punkte)“. Müssten die Prüfer auf diesen globalen Impuls nun auch mit einem globalen Überdenken reagieren? Verdichtet sich in einem solchen Fall die Berechtigung der Prüfer zu einer Verpflichtung? Oder wie wäre ein Fall zu beurteilen, in dem ein Prüfling sich auf konkrete Prüfungsteile bezieht, hier aber keine substantiellen, sondern wiederum globale Einwendungen erhebt, etwa in dem Stil: „meine Arbeit ist zu schlecht bewertet – ich denke da insbesondere an Aufgaben 3 und 6“? Der Vielfalt der möglichen Fallgestaltungen in der Hochschulpraxis sind hierbei keine Grenzen gesetzt, entsprechende Unsicherheit bei Prüfern scheint vorprogrammiert. Ob sich Prüfer nach dem Ausspruch des OVG Münster in all diesen Fällen auf den neuen Standard „Berechtigung, aber keine Verpflichtung“ zurückziehen können oder ob und dann in welchen Fällen nicht doch eine Verpflichtung zum globalen Überdenken erwächst und wie sich dies auf die Kommunikation mit den Prüflingen auswirkt, bleibt offen.

Durch die Möglichkeit einer erneuten globalen Betrachtung der Prüfungsleistung rückt schließlich auch die Verschlechterung der Bewertung (*reformatio in peius*) wieder stärker in den Fokus. Bislang war dies auf seltene Ausnahmefälle begrenzt: entweder die Prüfer sahen Substanz in den Einwendungen der Prüflinge und hoben die Bewertung an oder nicht. Eine Verschlechterung konnte damit nicht eintreten. Lediglich versehentliche Kalkulationsirrtümer zugunsten der Prüflinge waren als Fall einer verschlechternden Korrektur denkbar. Nun scheint es jedoch durchaus möglich zu sein, dass die Prüfer nicht nur von den Einlassungen der Prüflinge nicht überzeugt sind, sondern im Rahmen der abschließenden Gesamtbetrachtung – bei gleichem Bewertungsmaßstab – die Bewertung herabsetzen. Dies führt zu mindestens zwei interessanten Folgefragen, einer inhaltlichen und einer prozessualen. Materiell-rechtlich ist

eine *reformatio in peius* im Rahmen des Widerspruchsverfahrens dann zulässig, wenn eine entsprechende Entscheidung auch nach §§ 48 f. L-VwVfG hätte getroffen werden dürfen, weil es sich insoweit um eine Teilaufhebung handelt.<sup>20</sup> Gilt dies auch für das Überdenkungsverfahren? Dagegen könnte sprechen, dass es sich beim Überdenken der Prüfer gerade nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine Korrektur der (prozessual unselbständigen) Bewertung im Rahmen des Prüfungsverfahrens handelt.<sup>21</sup> Dafür könnte jedoch der Zweck des Überdenkungsverfahrens ins Feld geführt werden, der auf einen möglichst effektiven und äquivalenten Rechtsschutz für die Prüflinge abzielt, denen gerichtlicher Rechtsschutz für prüfungsspezifische Wertungen versperrt ist; lehnt man die Parallele zu §§ 48 f. L-VwVfG hier ab, dann ließe sich eine Prüferbewertung leichter verschlechtern als ein Verwaltungsakt. Unabhängig davon ist prozessual als Gegengewicht zur drohenden Verschlechterung der Notenverbesserungsantrag bekannt.<sup>22</sup> Können Prüflinge parallel dazu nunmehr „Bewertungsverbesserungsanträge“ stellen, ganz im Sinne gleichen Rechtsschutzniveaus? Die weitere Entwicklung in Hochschulpraxis und Justiz darf hier mit Spannung abgewartet werden.

## 2. Offene Themen

Die Entscheidungen hinterlassen drei offene Fragen. Zunächst soll die Frage erörtert werden, wie es sich verhält, wenn eine Einlassung des Prüflings nicht vollständig, sondern nur teilweise verworfen wurde (a). Sodann wird betrachtet, ob es einen Unterschied ausmacht, ob eine Bewertungsänderung im Rahmen des Überdenkens innerhalb einer Note verbleibt oder eine Notenänderung bewirkt (b). Schließlich soll auch die Interpretation relevanten Sachverhalts und deren Auswirkung auf gerichtliche Aufklärung und Beweiswürdigung untersucht werden (c).

### a. Vollständig vs. teilweise erfolgreiche Einlassung

Zunächst besteht eine mögliche Diskrepanz zwischen den Fakten des Falles und der rechtlichen Betrachtung. Die Entscheidungen des OVG Münster und des BVerwG gehen davon aus, dass die Prüfer keine Einlassungen der Prüflinge akzeptiert haben. Einige Passagen im Urteil des VG Gelsenkirchen deuten jedoch darauf hin, dass die Prüfer die Einwendungen des Prüflings zwar nicht vollständig, aber teilweise als berechtigt angesehen haben. So hat Erstprüfer F in seiner ersten Stellungnah-

20 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage, 2023, Rn. 1373.

21 Morgenroth, OdW 2018, 29 ff.

22 VG Würzburg, Urt. v. 5. Juli 2027, Az. W 6 K 16.570.

me Formulierungen verwendet wie „einen schweren Fehler begründet das allerdings tatsächlich nicht“ oder „im Folgenden finden sich durchaus zutreffende Gedanken, allerdings nicht in der Form exakter Subsumtion“.<sup>23</sup> Eine genaue Analyse dieser Passagen ist nicht möglich, weil die Einlassungen des Prüflings nicht mitgeteilt wurden. Aus beiden Formulierungen lässt sich allerdings mit einer hohen Wahrscheinlichkeit ein Entgegenkommen der Prüfer „auf halbem Wege“ erkennen. Für die hiesige Weiterentwicklung des Überdenkensverfahrens kann man davon sprechen, dass sich die Entscheidungen mit Stufe 1 (Einwendung akzeptiert oder nicht) befassen, der Fall jedoch bereits in Stufe 2 (Einwendungen teilweise akzeptiert) spielt.

Wie kann die Praxis mit dieser Diskrepanz umgehen? Wendet man den rechtsmethodischen „Erst-Recht-Schluss“ an und sagt, wenn schon eine Globalbewertung ohne jegliche akzeptablen Einwendungen zulässig ist, dann müsse das erst Recht bei geringer Substanz der Einlassungen gelten? Oder bleibt man für den Moment vorsichtig und überlässt Klärung und Ausspruch oben genannter „Stufe 2“ sicherheitshalber einem weiteren gerichtlichen Verfahren? Auch prozessual ergäben sich in einem Rechtsmittelverfahren herausfordernde Fragen. Denn bleibt man einerseits bei der „Stufe 1 - Begründung“ der Gerichte und bringt jedoch „Stufe 2 - Rügen“ vor, so besteht die Gefahr, dass diese Rügen mangels Entscheidungserheblichkeit verworfen werden. Rügt man andererseits, das Gericht habe einen „Stufe 2 - Sachverhalt“ einer „Stufe 1 - Begründung“ zugeführt, so könnte diese Rüge inhaltlich nicht erheblich sein, weil zwischen Stufe 1 und Stufe 2 kein rechtserheblicher Unterschied besteht. Insgesamt verbleibt damit ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit und Entwicklungspotenzial.

#### b. Bewertungsanpassung innerhalb oder außerhalb einer Note

Damit in einem gewissen Zusammenhang steht der zweite Aspekt. Die Anhebung der Bewertung durch die Prüfer um einen Punkt bewirkte im hiesigen Fall zugleich die Änderung der Note von „ausreichend“ auf „befriedigend“. Das VG Gelsenkirchen legitimiert dagegen lediglich die Flexibilität in der Bewertung im Juristischen Staatsexamen: „Angesichts der Komplexität des Bewertungsvorganges einer juristischen Aufsichtsarbeit im Staatsexamen liegt es in der Natur der Sache, dass aus

der Einordnung einer Klausur in das Bezugssystem nicht zwingend nur eine einzige Punktzahl der Notenskala resultiert, sondern sehr häufig eine Bandbreite von (zumindest) einem Punkt vorliegen wird.“<sup>24</sup> Das ist nicht das Gleiche. Mit der Passage „(zumindest) einem Punkt“ belässt das VG Gelsenkirchen zwar das Potenzial für eine gewisse Erweiterung der Aussage. Dennoch ist ein Notensprung von Gesetzes wegen nicht beliebig. Wie die meisten Hochschulprüfungssatzungen oder andere Gesetze für berufsbezogene Prüfungen auch enthält auch das JAG NRW für die Noten „befriedigend“ und „ausreichend“ nicht nur das jeweilige Punktespektrum, sondern auch eine generelle Beschreibung des Notentypus. Für die Note „befriedigend“ ist dabei vorgesehen, dass die Leistung „in jeder Hinsicht durchschnittlichen Anforderungen entspricht“, während die Note „ausreichend“ gekennzeichnet ist durch „eine Leistung, die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht“.<sup>25</sup> Für einen Wechsel von 6 zu 7 Punkten wäre konsequent, dass damit ein Übergang von „weniger oder kleinere, den Durchschnitt unterschreitende Mängel“ hin zu „keine den Durchschnitt unterschreitenden Mängel“ beschrieben wird. Dennoch, der Notentypus einer vollständig durchschnittlichen Leistung ist ein anderer als der einer (leicht) mangelhaften Leistung. Dies gilt umso mehr, als in diesem Verfahrenszug der Aspekt der Gesamtbewertung gerade besonders im Zentrum der Aufmerksamkeit stand. Die Legitimation einer Bewertungsflexibilität erklärt einen damit gleichzeitig verbundenen Notensprung nicht vollständig.

Hinzu treten die oben aufgezeigten faktischen Diskrepanzen. Die Gerichte gingen davon aus, dass die Einwendungen des Prüflings erfolglos blieben. Vor diesem Hintergrund wäre es nach dem soeben Gesagten umso wichtiger gewesen, den mit der Bewertungsänderung verbundenen Notensprung besonders zu adressieren und zu rechtfertigen. Dies wäre umgekehrt leichter gefallen, wenn die offenbar vorhandenen teilweisen Übernahmen der Einwendungen durch die Prüfer in die Entscheidungen einbezogen worden wären. Es erscheint durchaus möglich, dass genau die beiden kleinen Teile der Einwendungen, die die Prüfer positiv gesehen haben, den kleineren Schritt zur neuen Punktzahl und zugleich den größeren Schritt zur neuen Note bewirkt haben (auch wenn sich dann möglicherweise die Frage nach der Begründungstiefe der Prüfer stellt<sup>26</sup>). Diesen

23 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Nr. A 1.

24 VG Gelsenkirchen, o. Fußn. 5, Rn. 61 – juris.

25 § 17 JAG NRW.

26 Nach BVerwG, o. Fußn. 7, Rn. 26 – juris – hat eine Entscheidung

des Prüfers über eine Beibehaltung oder Änderung seiner Bewertung begründet zu werden. Zum etwas liberaleren Maßstab bei mündlichen Prüfungen *Fischer/Jeremias/Dieterich*, o. Fußn. 4, Rn. 794 m.w.N.

Aspekt haben die Gerichte jedoch erkennbar nicht angesprochen.

Für die Hochschulpraxis bleibt mit der Frage, ob eine Anhebung der Globalbewertung gleichzeitig einen Notensprung bedeuten kann und, falls ja, unter welchen Bedingungen (speziell mit Blick auf die Begründung), eine wesentliche Fragestellung dieser neuen Thematik weiterer Entwicklung vorbehalten.

#### c. Umfang von Aufklärung und Beweiswürdigung

Der letzte offene Aspekt entspringt Besonderheiten des konkreten Verfahrens, ist jedoch auch darüber hinaus einer Betrachtung wert. Er betrifft die Frage, ob und ggf. wann im Instanzenzug unklare faktische Elemente bezüglich Sachaufklärung und Beweiswürdigung einzu- bringen bzw. zu rügen sind.

In der zweiten Stellungnahme von Erstprüfer F heißt es nach der Darstellung des VG Gelsenkirchen wörtlich, er habe „seine Bewertung“ (unter Anlegung der Maßstäbe des JPA) „erneut überprüft“. OVG Münster und BVerwG gehen in ihren Entscheidungen dagegen übereinstimmend davon aus, die zweite Stellungnahme sei „nicht Ausdruck einer neuen, eigenen Überdenkungs- entscheidung“ der Prüfer gewesen.

Diese Ableitung des OVG Münster erscheint nicht selbsterklärend. Wenn ein Prüfer „seine Bewertung überprüft“, dann unternimmt er genau das, wozu er im Überdenkungsverfahren verpflichtet ist: er überdenkt. Durch den Zusatz zu den Hinweisen des JPA mag dieses Überdenken vielleicht eingeschränkt oder gar ergebnis- geleitet gewesen sein. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass ein Überdenken ausdrücklich stattgefun- den hat. Diese Absolutheit der Aussage des OVG Mün- ster überzeugt insoweit nicht. Mit dem OVG Münster lässt sich argumentieren, dass es hierauf nicht mehr ankam, weil die Hinweise des JPA rechtswidrig gewesen seien. Eine entsprechende Formulierung, etwa im Sinne von „es kann offenbleiben, ob ein erneutes Überdenken stattgefunden hat, weil jedenfalls die Hinweise des JPA rechtswidrig waren“, wäre dennoch der Aussage von Erstprüfer F stärker gerecht geworden.

Das BVerwG führt diese Unklarheiten fort, ohne sie aufzulösen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte wider- sprüchliche Feststellungen zum Inhalt der zweiten Stellungnahme von Erstprüfer F gerügt. Das BVerwG meint dazu, aus dem Bezug auf die Hinweise des JPA er- gebe sich „ohne Zweifel“, dass daraus ein „Beruhen der Rückstufung ausschließlich auf diesen Hinweisen“ abge-

leitet werden könne. Auf eine möglicherweise wider- sprüchliche oder unvollständige Sachverhaltsaufklärung oder Beweisführung und –würdigung durch das OVG Münster geht das BVerwG nicht mehr ein. Brisant ist dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das BVerwG an anderer Stelle die Frage, ob das JPA befugt war, den Prüfern die Grenzen ihres Bewertungsspielraums aufzu- zeigen, als offen bezeichnet hat.<sup>27</sup> Wenn diese Frage aber offen ist, dann wird die Frage, wie die Passage von Erst- prüfer F: „Bewertung ... erneut überprüft“, zu deuten ist, doch wieder aktuell. Ob die Nichtzulassungsbeschwerde speziell diesen Aspekt angeführt hatte, geht aus den Ent- scheidungen nicht hervor.

Für die Hochschulpraxis lässt sich hieraus sicherlich mindestens das Gebot entnehmen, in gerichtlichen Pro- zessen nicht nur Inhalte, sondern auch Verfahren und Begründung genau anzusehen und lieber einen Punkt mehr vorzubringen als zu wenig.

#### IV. Fazit, Ausblick

1. Die Rechtsprechung hat das prüfungsrechtliche Überdenkungsverfahren wesentlich weiterentwickelt.

a. Das VG Gelsenkirchen hat die Rechtmäßigkeit ei- ner erneuten globalen Gesamtbetrachtung (auch ohne durchgreifende Einwendungen) erkennbar erstmals for- muliert. Das OVG Münster hat diese Entscheidung in das komplexe Gefüge der vielen Facetten des Überden- kensverfahrens eingeordnet. Das BVerwG hat die Ent- scheidungen mit Blick auf den eingeschränkten Prü- fungsgegenstand prägnant bestätigt. Dies zeigt für die Hochschulpraxis erneut die Bedeutung einer genauen und vollständigen Prozessführung auf.

b. Nicht vollständig überzeugend sind die Entschei- dungen im Hinblick darauf, dass nicht – wie ihnen zu Grunde gelegt – Einwände des Prüflings abgelehnt wur- den, sondern offenbar teilweise durchdrungen. Materi- ell-rechtlich bleiben dadurch Fragen, ob die hiesigen Entscheidungen auf ein teilweises Durchdringen, direkt oder mittels rechtsmethodischer Hilfe, angewendet wer- den können. Prozessual bleibt die Frage, ob die Beru- fungs- bzw. Beschwerdeführer angesichts dessen ge- zwungen waren, den Vortrag am Fall vorbei zu gestalten, um nicht in die Gefahr einer Ablehnung mangels Ent- scheidungserheblichkeit zu geraten.

2. Das Überdenkungsverfahren ist in seinen Grundzü- gen, auch mit dem hier diskutierten Aspekt einer global- en Gesamtbewertung, verfassungsrechtlich geprägt. Die

27 BVerwG, o. Fußn. 8, Nr. II 1 c.

Entscheidungen haben insoweit gleichermaßen Bedeutung für Prüfungen auf der Grundlage von Berufsgesetzen und Hochschulsatzungen.

3. Ganz im Sinne einer ständigen Entwicklung des Prüfungsrechts werfen die Entscheidungen zugleich eine Reihe neuer Fragestellungen auf. Dazu gehören mindestens,

a. ob die gerichtlich bestätigte globale Gesamtbewertung für alle Prüfungen anwendbar sein kann, auch wenn deren Bewertung sehr engmaschig ist und vollständig oder weit überwiegend in Teilbewertungen aufgeht und ob sich daraus Folgefragen für Lehr- bzw. Prüfungsmethodik und –didaktik oder Maßnahmen der Qualitätssicherung stellen;

b. ob das globale Überdenken nunmehr auch ohne jegliche oder mit nicht hinreichend substantziellen Einwendungen der Prüflinge zulässig ist;

c. inwieweit eine *reformatio in peius* nunmehr wieder möglich erscheint und ob es hierbei Sonderbedingungen gibt, etwa den Vorbehalt einer Parallelwertung mit §§ 48 f. L-VwVfG oder die Möglichkeit eines „Bewertungsverbesserungsantrags“, sowie

d. ob eine Bewertungsanpassung, die zugleich eine Änderung der Note darstellt, mit weiteren Voraussetzungen verbunden ist.

4. Die Prüflinge gewinnen durch den Entscheidungszug nicht nur an gesicherter Kenntnis der Praxis über ihre (Grund)Rechte im Prüfungsverfahren hinzu, sondern ggf. auch die eine oder andere Rügemöglichkeit in weiterführenden Rechtsschutzverfahren, wenn die Globalbewertung zu Unrecht unterblieben, nicht vollständig durchgeführt oder unzureichend begründet worden sein sollte.

5. Für die Prüfer sind die Entscheidungen eine inhaltliche Erleichterung, denn sie bestätigen die Berechtigung einer gewissen Flexibilisierung im Bewertungsmaßstab. Dieser muss dadurch nicht allzu kleinteilig vorbereitet und angewendet werden. Ob hieraus als Kehrseite dieses inhaltlichen Vorteils ein Mehr an Inhalt und Tiefe in der Begründung des Überdenkens folgt, haben die Gerichte offengelassen. In Sinne einer nachvollziehbaren Begründung sollten zumindest die Tatsache der Globalbetrachtung und sich ggf. hieraus ergebende Änderungen, erst Recht Notenänderungen, von der Begründungspflicht der Prüfer erfasst sein.

6. Für die Hochschulen und Prüfungsbehörden scheinen die Entscheidungen Geschenk und Aufgabe zugleich zu sein. Ein wesentlicher, bislang anders gehandhabter oder unklarer Aspekt des Überdenkensverfahrens wurde legitimiert und dessen wesentliche Dimensionen geklärt. Damit wird das Überdenkensverfahren in seinen Konturen zwar klarer, in seinen Verästelungen aber noch ausdifferenzierter als bisher. Hochschulen und Prüfungsbehörden scheinen angesichts dessen gut beraten, ihre Maßnahmen der Sensibilisierung und Information zum Überdenkensverfahren auszubauen bzw. ein bestehendes Regelungsdefizit<sup>28</sup> auszugleichen.

Dr. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter der Kanzlerin der Ernst-Abbe-Hochschule Jena sowie langjähriger Referent und Fachautor zum Prüfungsrecht. Die Darstellung gibt seine persönliche Auffassung wider.

<sup>28</sup> Das Gebot gesetzlicher Ausgestaltung des Überdenkensverfahrens hatte das BVerwG bereits 1993 aufgestellt, s. o., Fußn. 12.



# Manfred Löwisch und Niclas Schütze

## *Wissenschaftszeitvertragsgesetz nach dem Ampel-Aus*

### I. Untergang des vorgelegten Entwurfs

Die Ampelregierung hat am 29.05.2024 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft beschlossen.<sup>1</sup> Die erste Lesung im deutschen Bundestag hat in der 193. Sitzung der 20. Wahlperiode am 16.10.2024 stattgefunden.<sup>2</sup> Der Bundestagsausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung hat in seiner 87. Sitzung der 20. Wahlperiode am 13.11.2024 eine öffentliche Sachverständigenanhörung zu dem Gesetzentwurf abgehalten.<sup>3</sup>

Mit dem Thema erneut befasst hat sich der Ausschuss in seiner 90. Sitzung am 04.12.2024. Gegenstand war ein Antrag der Gruppe Die Linke „Gute Wissenschaft braucht gute Arbeitsbedingungen – Paradigmenwechsel beim Wissenschaftszeitvertragsgesetz unverzüglich umsetzen“.<sup>4</sup> Dieser Antrag ist aufgrund einer interfraktionellen Absprache zwischen den Fraktionen von SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN und FDP vertragen worden.

Die mit der Auflösung des 20. deutschen Bundestages durch den Bundespräsidenten einhergehende Diskontinuität bedeutet, dass alle Beschlussvorlagen und damit auch die zum Wissenschaftszeitvertragsgesetz zu dem Zeitpunkt als erledigt gelten, zu dem die Auflösung mit dem Zusammentreten des neuen Bundestages wirksam geworden ist.<sup>5</sup> Zwar könnte der bestehende Bundestag bis zu diesem Zeitpunkt das Gesetz zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft noch verabschieden. Das ist jedoch nicht zu erwarten, weil einerseits der Entwurf von der CDU/CSU als derzeitige Opposition abgelehnt worden ist,<sup>6</sup> und weil andererseits auch die Vorstellungen der SPD-Fraktion von dem in

der Ampel gefundenen Kompromiss erheblich abweichen.<sup>7</sup>

### II. Neuer Anlauf in der kommenden Legislaturperiode?

Ob und wenn ja mit welchen Inhalten es in der kommenden Legislaturperiode zu einem neuen Anlauf für eine Novellierung des WissZeitVG kommt, ist offen. Die Reformvorstellungen, die in den untergegangenen Entwurf Eingang gefunden hatten, nämlich eine Lockerung der Tarifsperre, eine Mindestvertragslaufzeit für den ersten Arbeitsvertrag, eine Senkung der Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase auf vier Jahre, ein Vorrang der Qualifizierungsbefristung vor der Drittmittelbefristung, eine Erhöhung der Höchstbefristungsdauer für studentische Hilfskräfte und eine Erweiterung des Katalogs vertragsverlängernder sozialer Gründe,<sup>8</sup> werden sicher wieder artikuliert werden.

Dabei gehen die Vorstellungen zum Teil auch weit über die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen hinaus. So haben die Gewerkschaften schon in der Sachverständigenanhörung ihre Forderung bekräftigt, die Tarifsperre überhaupt aus dem Gesetz zu streichen.<sup>9</sup> Die Initiatoren von „#IchBinHanna“ haben dort die Festschreibung einer Befristungshöchstquote, eine Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase von nicht mehr als zwei Jahren und eine Tariföffnungsklausel verlangt, die den Bundesländern erlaubt, eigene Befristungshöchstquoten festzulegen.<sup>10</sup>

Auf der anderen Seite hält die Hochschulrektorenkonferenz Tariföffnungen „für nicht zielführend“ und wendet sich deshalb gegen erweiterte Tatbestände der

1 BT-Drucksache 20/11559.

2 Plenarprotokoll 20/193, S. 25173-25182.

3 Wortprotokoll zur 87. Sitzung (noch nicht veröffentlicht); die Stellungnahmen sind in den BT-Drucksachen 20(18)267a bis 20(18)268i enthalten.

4 BT-Drucksache 20/10802.

5 Vgl. § 125 S. 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

6 Siehe die Wortmeldungen der Abgeordneten Jarzombek, Rohwer und Staffler in der ersten Lesung des Entwurfs (Plenarprotokoll

der 193. Sitzung, S. 25173, 25177, 25179).

7 Siehe die Wortmeldungen der Abgeordneten Dr. Wagner, Kaczmarek und Mann in der ersten Lesung des Entwurfs (Plenarprotokoll der 193. Sitzung, S. 25174, 25178, 25181).

8 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs unter A. und B., BT-Drucksache 20/11559, S. 1 ff.

9 Siehe Stellungnahme in Ausschussdrucksache 20(18)267a, S. 8.

10 Siehe Stellungnahme in Ausschussdrucksache 20(18)268a, S. 3.

Tariföffnung.<sup>11</sup> Auch der Zusammenschluss der 15 führenden deutschen Universitäten „GermanU15“ lehnt die im Gesetzentwurf vorgeschlagene weitere Tariföffnung nachdrücklich ab und befindet eine Höchstbefristungsdauer von „4+2 Jahren“ (Anschlusszusagenmodell) gegenüber dem Status-Quo als Verschlechterung; eine Höchstbefristungsdauer von vier Jahren in der Post-Doc-Phase entspreche der absoluten unteren zeitlichen Grenze, innerhalb derer eine Qualifikation nach der Promotion überhaupt noch realisierbar ist.<sup>12</sup>

Ein neuer Anlauf hat auch Vorteile: Die im untergegangenen Gesetzentwurf enthaltenen vielfachen rechtlichen Ungereimtheiten<sup>13</sup> können bereinigt werden. Die Folgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfas-

sungsgerichts zum WissZeitVG und aus der Rechtsprechung des EuGH zu der Richtlinie 1999/70/EG zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge können überprüft werden.<sup>14</sup> Auch kann über das Verhältnis von Bundesrecht und Landesrecht in Fragen der Befristung von Arbeitsverhältnissen im Hochschulbereich neu nachgedacht werden.<sup>15</sup>

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Niclas Schütze ist dort wissenschaftliche Hilfskraft.

11 Siehe Stellungnahme in Ausschussdrucksache 20(18)267d, S. 3.

12 Siehe Stellungnahme in Ausschussdrucksache 20(18)267f, S. 3.

13 *Löwisch/Schütze*, Tarifsperre und Tariföffnung im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Befristungsrechts für die Wissenschaft, *OdW* 2024, 283 ff.; *Deinert*, Stellungnahme in der Sachverständigenanhörung, Ausschussdrucksache 20(18)267e.

14 BVerfG v. 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, *NJW* 1997, 513; EuGH v. 13.3.2014 – C-190/13, *NZA* 2014, 475.

15 *Löwisch*, Föderalismusreform: Neue Gestaltungsspielräume der Länder mit Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, *FS Otto* 2007, S. 317, 321 ff.; *Löwisch*, Tarifrecht und Landesarbeitsrecht, *FS Reuter* 2010, S. 681, 684.

## *Der Rechtsgelehrte und Advocat\**

Die Gesetze sind der Grund einer beständigen und klugen Regierung. ...Das Naturgesetz hat der höchste Gott allen vernünftigen Menschen in das Herz und Gemüt geschrieben, dass sie von sich selbst wissen können, ob sie recht oder übel handeln. ...Das Gesetz der Natur ist nicht geschrieben, sondern angeboren. Wir haben es weder erlernt, noch gelesen, noch von jemand empfangen, sondern es ist uns von der Natur eingedruckt und eingeflößt.

Das Völkerrecht hat seinen Ursprung aus dem Recht der Natur und ist von keinem gewissen Gesetzgeber angeordnet, sondern von fast allen Nationen, so nicht unter barbarische und wilde Völker gezählt werden, gleichsam nach und nach angenommen, in eine Gewohnheit gebracht und folglich zu einem allgemeinen Recht und Gesetz gemacht worden.

Bei den Griechen und Römern wurden die allergelehrtesten und beredsamsten Männer erwählt, welche vor dem Rat und Richter die Tat des Beklagten mit einer zierlich- und beweglichen Rede beschöneten und verteidigten, daher auch Oratores oder Redner genannt wurden, unter welchen bei den Griechen Demosthenes, bei den Römern Cicero die berühmtesten waren. Nachdem solche Rechtshandlungen sowohl mündlich als schriftlich vorzutragen in Übung gebracht worden, wurden sie mit dem Advocaten-Titel beehrt, als Vorsprecher, Verteidiger und Beschützer der unschuldig Beklagten.

Diese so herrliche und dem gemeinen Wesen ganz nutzbare Profession kann nicht recht genug hervorgehoben werden.

Wer die Advocaten in der Luft vergleicht den Adlern, der tut recht: Adler sind sie, denn gleichwie dieser Vogel

von dem höchsten Gipfel eines Berges das allermindeste sieht, was im tiefsten Tal ist, so tiefsinnig und tiefsichtig sind auch die Advocaten, dass sie auch das kleinste punctum in ihren Legibus und Satzungen in Obacht nehmen.

Wer die Advocaten auf Erden vergleicht mit einem Wund-Kraut, der tut recht: Ein Wund-Kraut sind sie, denn wie dieses alle gefährlichen Wunden heilt, also pflegen sie auch mit ihrer stattlichen Wissenschaft sogar die verwundeten Gemüter wieder zurecht zu bringen. In Summa, die Rechtsgelehrten sind rechtschaffene Leut. Weil aber selten ein Sommer ohne Mücken, selten ein Buch ohne Eselsohr, selten eine Schreibung ohne Sau, also ist auch ein Stand und Profession ohne böse Leut: daher auch unter den Advocaten ebenfalls gewissenlose und tadelhafte Gesellen anzutreffen sind.

Etliche sind wie ein Wagen, der immerzu will geschmiert werden. Etliche sind wie eine Wiege, die alle Zeit bald hin, bald her wankt. ... Etliche sind wie ein Aal, welcher Fisch nur das trübe Wasser liebt. Etliche sind wie ein Öl, so alle Zeit will oben schwimmen. Etliche sind wie ein Lachs, kein Fisch macht seltsamere Sprünge wie dieser. Etliche sind wie ein Lux, schauen aber nur auf Geld und Schenkungen.

Solchem nach sollten in den Ohren eines jeden gewissenhaften Advocaten und Rechtsgelehrten die Worte von Cicero ... unaufhörlich schallen: Das Recht kann weder durch Gunst gebogen, noch mit Gewalt gebrochen, noch durch Geld verfälscht werden, in dem es die Gesetze und die Gerechtigkeit zum Grund hat.

\* Christoff Weigels Ständebuch von 1698, mit beygeruckter Lehr und mäßiger Vermahnung durch P. Abraham a Santa Clara, ausgewählt von Fritz Helbig, 1936, S. 9 ff. (Der Text ist angelehnt an: Abraham a Sancta Clara, Etwas für Alle, Das ist: Eine kurtze Beschreibung allerley Stands- Ambts- und Gewerbs-Persohnen, 1699, S. 55 ff.).

Ständebücher orientierten über die frühneuzeitliche Ständegesellschaft, nämlich über den geistlichen Stand, über den Adel, den Bauernstand und die Berufsstände der freien Bürger. Der Text ist teilweise an heutige Schreibweise und Ausdrucksform angeglichen.

