

rücksichtigen sind, in die Entscheidungsfindung einbezogen hat. Mit der Überleitung eines Schenkungsrückforderungsanspruchs im engen familiären Umfeld wird häufig eine aus ideellen Motiven getroffene unentgeltliche Zuwendung rückgängig gemacht und typischerweise in die familiären Verhältnisse eingegriffen. Daher gehört es nicht zuletzt im Hinblick auf das Gebot familiengerechter Leistungen (§ 16 SGB XII) zur umfassenden Sachverhaltsermittlung, die Schenker anzuhören. Vorliegend sind die Eltern indes vor Er-

lass der Überleitungsanzeigen nicht ordnungsgemäß angehört worden. Bereits deswegen sind die Ermessensentscheidungen fehlerhaft. Wenn ein belastender Verwaltungsakt wegen Ermessensnicht- oder -fehlgebrauchs rechtswidrig ist, ist er durch das Gericht aufzuheben.<sup>22</sup>

22 BSG, Urt. v. 23. Februar 2023 – B 8 SO 9/21 R, NZS 2024, 95 m. Anm. Kellner, NZS 2024, 98; Bülow, NZFam 2023, 1007; Roth, SGB 2023, 699.

# Digitalisiertes Hochschulrecht: Online-Prüfungen, Benotungen, ChatGPT und Anwesenheitspflicht

Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, Rostock / Marie Bärenwaldt, B.A., Leipzig/Berlin\*

*Dieser Beitrag analysiert aktuelle Rechtsfragen der Digitalisierung, wie sie sich derzeit bei universitären Prüfungen erheben. In den Blick kommen vor allem Online-Prüfungen, Online-Benotungen und Fragen im Kontext von ChatGPT. Dabei zeigt sich (erneut) die Janusköpfigkeit der Digitalisierung für die grundrechtliche, verwaltungsrechtlich ausbuchstabierte Freiheit – und das offene Problem der Steuerbarkeit der Technikentwicklung durch Recht.*

## I. Problemstellung und Grundbegriffe

Die Digitalisierung ist in den vergangenen Jahren immer stärker zum Gegenstand der Forschung geworden und auch in den Hochschulen nicht mehr wegzudenken.<sup>1</sup> Der Prozess der Digitalisierung, insbesondere die Schaffung digitaler Infrastrukturen, durch die Hochschulen selbst erfolgt jedoch bislang schleppend,<sup>2</sup> gerade auch wegen damit verbundener offener Fragen. So stellt sich unter anderem die Frage, wie mit der Nutzung von Künstlicher Intelligenz (KI) umgegangen werden soll und welche Anforderungen sich an die digitale Lehre und digitale Prüfungen, insbesondere auch die Benotung von Prüfungsleistungen, stellen. Digitale oder hybride Lehre und der Einsatz verschiedener Medien, wie Vorlesungsvideos oder Podcasts, sind in Studium und Lehre längst fester Bestandteil geworden.<sup>3</sup> Der Grad der Digitalisierung sowie der Nutzung verschiedener Formate und Methoden fällt an den Universitäten allerdings noch unterschiedlich aus.<sup>4</sup>

Mit der voranschreitenden Digitalisierung ergeben sich neue Möglichkeiten und rechtliche Herausforderungen für Prüfungsformate. Der Begriff der digitalen Prüfung umfasst dabei alle Prüfungsszenarien, bei denen mindestens die Bearbeitung der Prüfung inklusive der Abgabe durch die Studierenden in wenigstens teilweise digitaler Form erfolgt.<sup>5</sup> Während digitale Prüfungen sowohl Prüfungen vor Ort als auch digitale Fern- oder Online-Prüfungen umfassen, meint die elektronische Prüfung (E-Prüfung) oder elektronische Klausur (E-Klausuren) elektronische Prüfungsformen, bei denen die Verteilung, Durchführung und Verarbeitung der Prüfung über ein einheitliches informationstechnisches System erfolgt.<sup>6</sup> Online-Prüfungen, die sich mit digitalen oder elektronischen Prüfungen stark überschneiden, nennt man wiederum Prüfungen, die mittels elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme außerhalb der Hochschu-

le abgelegt werden können.<sup>7</sup> Zugleich ist aber auch das Ablegen derartiger Prüfungen vor Ort an der Universität nicht ausgeschlossen und kann unter Beachtung des Gebots der Chancengleichheit die Bereitstellung räumlicher (und technischer) Kapazitäten sogar erforderlich machen.<sup>8</sup> In jedem Fall erfordert all dies eine angemessene digitale Infrastruktur, beruhend auf einer passenden personellen, räumlichen, technischen und organisatorischen Struktur.<sup>9</sup>

Zu weiteren diesbezüglichen Rechtsfragen führt das Release des Chatbots ChatGPT durch das Unternehmen OpenAI im November 2022.<sup>10</sup> Der Chatbot basiert auf einem Computermodell, das durch KI-Methoden zur Verarbeitung von

\* Der Autor Ekardt, LL.M., M.A., ist Gründer und Leiter der Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik (FNK) in Leipzig und Berlin und lehrt Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock. Die Autorin Bärenwaldt ist seit 2020 an der FNK seit 2020 in verschiedenen Projekten tätig.

- 1 Zu Chancen und Grenzen der Digitalisierung Ekardt, Für eine integrierte nachhaltige und digitale, sozial(rechtlich) flankierte Transformation, ZNER 2022, 433 ff.; Garske/Bau/Ekardt, Digitalization and AI in European Agriculture: A Strategy for Achieving Climate and Biodiversity Targets?, Sustainability 2021, 4652; Ekardt/Schily/Holz/Rath/Schiela, Chancen und Grenzen digitaler Anwendungen für die Mobilitätswende – eine Rechts- und Governance-Analyse, NZV 2024, i.E.
- 2 Vgl. Eisentraut, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft? Ordnung der Wissenschaft 2020, 177.
- 3 Hoffhues, in: Brockerhoff/ Keller (Hg.), Lust oder Frust? – Qualität von Studium und Lehre auf dem Prüfstand, GEW-Materialien aus Hochschule und Forschung, Nr. 126, 2019, 81 (85).
- 4 Näher dazu Gilch u.a., Digitalisierung der Hochschulen: Ergebnisse einer Schwerpunktstudie für die Expertenkommission Forschung und Innovation, Studien zum deutschen Innovationssystem, No. 14-2019, Expertenkommission Forschung und Innovation (EFI), Berlin 2019, 36 ff., 41 ff.
- 5 Bandtel u.a., Digitale Prüfungen in der Hochschule, Whitepaper Nr. 62, September 2021, 24.
- 6 Abgrenzung nach Bandtel u.a. (Fn. 5), , 24 f.; siehe auch Wannemacher u.a., Evaluation zum Thema Online-Prüfungen, HIS-HE:Forum 2023, Nr. 2, 31.
- 7 Bandtel u.a. (Fn. 5), 27; zur genauen Einordnung vgl. Wannemacher u.a. (Fn. 6), 32 ff.
- 8 Bandtel u.a. (Fn. 5), 27.
- 9 Bandtel u.a. (Fn. 5), 43.
- 10 Albrecht, ChatGPT und andere Computermodelle zur Sprachverarbeitung – Grundlagen, Anwendungspotenziale und mögliche Auswirkungen, Hintergrundpapier Nr. 26, 21. März 2023, Büro für Technikfolgenabschätzung beim Deutschen Bundestag, 9, 16; Buck u.a., KI-induzierte Transformation an Hochschulen, Hochschulforum Digitalisierung 2023, Diskussionspapier Nr. 26, 2.

Sprachdaten in der Lage ist. Er kann in kurzer Zeit wortgewandt erscheinende Antworten zu verschiedensten Themen liefern, ganze Essays verfassen oder sogar Computerprogramme entwickeln. Neben diesen Potenzialen bringen sprachverarbeitende Computermodelle aber auch Risiken mit sich. Sie können die Erreichung einer akademische Ausdrucks- und Diskursfähigkeit als übergeordnetem Lernziel<sup>11</sup> gefährden und werfen schwierige Fragen dahingehend auf, was künftig im Studium noch als eigenständige Leistung beurteilt werden kann.

Der vorliegende Beitrag geht einigen aktuellen Rechtsfragen in den beschriebenen Bereichen nach. Unberücksichtigt bei alledem bleiben in diesem Beitrag die Chancen für den Einsatz von KI-Systemen zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben an Universitäten, etwa bei der Rekrutierung neuer Studierender, in der Studienberatung, zur Schaffung von Einblicken in das Campusleben oder zur Erstellung von Veranstaltungshinweisen und Kursbeschreibungen.<sup>12</sup>

## II. Rechtsrahmen von Online-Prüfungen

Der Rechtsrahmen von Online-Prüfungen, wie er sich seit deren pandemiebedingten Ausweitung etabliert hat, löst eine Reihe von Rechtsfragen aus.<sup>13</sup> Prüfungen sind ein zentraler Bestandteil des Hochschulwesens<sup>14</sup> und dienen in erster Linie dem Nachweis, dass Studierende erlernte Prüfungsgegenstände in eigenständiger Bearbeitung unter Nutzung zugelassener Hilfsmittel korrekt wiedergeben, anwenden und umsetzen können.<sup>15</sup> Im Hinblick auf Online-Prüfungen gibt es keine übergeordneten Rechtsgrundsätze, welche Prüfungen unter Einsatz digitaler Medien generell erlauben oder verbieten.<sup>16</sup> Rechtliche Rahmenbedingungen ergeben sich allein aus dem den Prüfungen zugrunde liegenden Gesetz oder der darauf aufbauenden Prüfungsordnung der Universität, welche normalerweise eine spezifische Prüfungsform im Lichte der zugrundeliegenden Verfassungsgrundsätze festlegt.<sup>17</sup> Die Rechtsgrundlagen in den Hochschulgesetzen der Länder enthalten zumeist Mindestanforderungen für den Inhalt der Prüfungsordnungen.<sup>18</sup> Denn die Beachtung der betroffenen Grundrechtspositionen verlangt aufgrund des Parlaments- bzw. Gesetzesvorbehalts, dass der gewählte parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen Aspekte des Prüfungsverfahrens selbst regelt.<sup>19</sup> Einschlägig sind insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 f. GG und der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>20</sup> Denn Prüfungen sind notwendige Voraussetzung für die Erlangung eines Abschlusses als Vorstufe einer späteren beruflichen Betätigung. Die Prüflinge stehen insoweit in einer Art Wettbewerb miteinander, wenn es um das Bestehen und Abschneiden in Prüfungen geht. Daher verlangt der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>21</sup> dass Prüflinge weitgehend gleichbehandelt werden müssen.<sup>22</sup> Ferner liegt wegen des Parlamentsvorbehalts eine Normierung nahe, dass entweder die (Online-)Form der in Frage stehenden Prüfung in der Prüfungsordnung angegeben oder dass zumindest eine Abweichung von der Prüfungsordnung zulässig ist, ebenso wie Fragen des Ablaufs, der Authentifizierung oder von technischen Störungen regelungsbedürftig sind.<sup>23</sup>

Prüfungsordnungen sehen in der Regel mündliche, schriftliche Prüfungen in Form von Aufsichtsarbeiten oder Hausar-

beiten sowie praktische Arbeiten vor. Damit ist die Art und Weise der Abfrage von Kompetenzen festgelegt, nicht aber die Form der Erbringung der Prüfungsleistung. Die Form, z. B. die Abgabe einer Hausarbeit als elektronische Datei oder das Ablegen einer mündlichen Prüfung per Videokonferenz, richtet sich nach § 3 a VwVfG, welcher gemäß § 2 Abs. 3 VwVfG auch für das Prüfungswesen an Hochschulen gilt.<sup>24</sup> Sieht die Prüfungsordnung explizit die Schriftform für die Abgabe von Hausarbeiten oder Klausuren vor, kann eine elektronische Abgabe unter Einhaltung der Voraussetzungen in § 3 a Abs. 1 VwVfG zulässig sein, sofern dies durch die jeweilige Prüfungsordnung nicht explizit ausgeschlossen ist. Enthält eine Prüfungsordnung keine derartigen Formvorschriften, kann für eine elektronische Übermittlung auf § 3 a Abs. 2 VwVfG zurückgegriffen werden, sofern die Universität über die technischen Zugangsmöglichkeiten, wie Portale zum Hochladen der Arbeiten als Datei, verfügt.<sup>25</sup>

Bei Online-Prüfungen ist es unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit erforderlich, eine störungsfreie Prüfung durch angemessene technische Ausstattung und räumliche Infrastruktur beim Prüfling vor Ort zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass sowohl die Universitäten als auch die Studierenden über eine geeignete IT-Infrastruktur verfügen müssen, die einen reibungslosen Prüfungsablauf ermöglicht. Dazu müssen die Universitäten den Studierenden wiederum erlauben, ihre eigenen Endgeräte für Prüfungen zu nutzen. Erforderlich ist dafür zudem eine ausreichend leistungsfähige und stabile Internetverbindung zur Gewährleistung eines störungsfreien Ablaufs.<sup>26</sup>

Rechtliche Herausforderungen von Online-Prüfungen bestehen auch hinsichtlich des Datenschutzes respektive bezüglich

11 *Buck u.a.* (Fn. 10), 3, 6; *Friedrich*, Zur Bedeutung von ChatGPT & der Notwendigkeit eines progressiven Umgangs mit neuen KI-Technologien im Hochschulbereich – Ein Zwischenstand in 6 Thesen, 2023, abrufbar unter <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/chat-gpt-6-thesen> (letzter Abruf 16. Mai 2024).

12 *Albrecht* (Fn. 10), 78.

13 *Gilch u.a.* (Fn. 4), 153; *Birnbaum*, ChatGPT und Prüfungsrecht, NVwZ 2023, 1127.

14 *Halbherr u.a.*, Authentische, kompetenzorientierte Online-Prüfungen an der ETH Zürich. Zeitschrift für Hochschulentwicklung 2016, Vol. 11, Nr. 2, 247, 248.

15 VG Bremen, Urt. v. 28. April 2023 – 7 K 1941/21, BeckRS 2023, 10554, Rn. 33; *Salden/Leschke* (Hg.), Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, Zentrum für Wissenschaftsdidaktik der Ruhr-Universität Bochum, 2023, 16; *Buck u.a.* (Fn. 10), 12.

16 *Birnbaum* (Hg.), Bildungsrecht in der Corona-Krise, 2021, Rn. 39.

17 *Birnbaum* (Hg.) (Fn. 16), Rn. 39.

18 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 33 f.

19 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 34; *Sandberger*, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen, Ordnung der Wissenschaft 2020, 155 (160); VG Koblenz, Urt. v. 15. Oktober 2020 – 4 K 116/20.KO, BeckRS 2020, 28263, Rn. 26 m.w.N.

20 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 33; *Hoeren/Albrecht/Fischer* (Fn. 20), 7.

21 Vgl. u.a. BVerfG, Urteil v. 1. Juli 2021 - 1 BvR 145/20, NVwZ-RR 2021, 921.

22 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 33 f.; *Hoeren/Albrecht/Fischer* (Fn. 20), 7; *Birnbaum* (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127, 1131.

23 *Birnbaum* (Hg.) (Fn. 16), Rn. 50.

24 *Horn/Schmees*, Online-Prüfungen, ELAN e.V. Handouts 2021, 16.

25 *Horn/Schmees* (Fn. 24), 16.

26 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 45 f.

des Schutzes der Persönlichkeits- oder Privatsphäre.<sup>27</sup> Es handelt sich in formaler Hinsicht hauptsächlich um Verpflichtungen der Universitäten gegenüber Studierenden und um interne Dokumentationspflichten.<sup>28</sup> Inhaltliche Überlegungen zum Datenschutz betreffen beispielsweise die Nutzung von Softwareanbietern außerhalb der EU sowie das Recht auf Datenübertragung in Drittstaaten (Art. 44 Abs. 1 DSGVO).<sup>29</sup> Gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO ist eine Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu einem oder mehreren bestimmten Zwecken gegeben hat. Ob und wann eine Einwilligung der Studierenden freiwillig ist, ist jedoch schon mit Blick auf das Machtgefälle und Abhängigkeitsverhältnis zwischen Universitäten und Studierenden problematisch.<sup>30</sup> Um echte Freiwilligkeit im Sinne einer Wahlmöglichkeit der Studierenden zur Teilnahme an Online-Prüfungen zu gewährleisten, müsste es an sich die Möglichkeit geben, anstelle der Online-Prüfung auch eine Präsenzprüfung abzulegen zu können.<sup>31</sup> Eine solche Wahlmöglichkeit dürfte jedoch wiederum ein Widerspruch zum prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit stehen, wonach für Prüflinge gleiche Prüfungsbedingungen geschaffen werden müssen, um gleiche Erfolgchancen zu gewährleisten. Dies kann aber gerade nicht gewährleistet werden, wenn einige Prüflinge eine Online-Prüfung absolvieren, während andere die Prüfung – unabhängig vom Inhalt – analog mit Stift und Papier ablegen, weil die Erstellung eines Textes am Computer wesentlich einfacher und schneller erfolgen kann als handschriftlich.

Rechtlicher Regelungsbedarf besteht zudem zur Abwehr von Ungleichbehandlungen durch verschieden leistungsfähige Hardware, aufgrund der unterschiedlichen technischen Ausstattung der Prüflinge, aufgrund möglicher technischer Probleme oder infolge der erhöhten Täuschungsanfälligkeit von Online-Prüfungen.<sup>32</sup> Durch eine digitale Prüfungsaufsicht soll dem Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG bei Online-Prüfungen Rechnung getragen werden. Zugleich liegt hierin aber auch ein Eingriff in die Privatsphäre der Studierenden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt nämlich unabhängig vom räumlichen Aufenthaltsort die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu entscheiden.<sup>33</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde vom BVerfG schon im Jahre 1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) abgeleitet.<sup>34</sup> In die gleiche Richtung weisen EU-rechtlich das Recht auf Privatsphäre und auf den Schutz der personenbezogenen Daten (Art. 7, 8 EuGRD).<sup>35</sup> Bereits die reine Audio- und Videoüberwachung der Prüflinge im Rahmen der virtuellen Prüfungsaufsicht stellt einen Grundrechtseingriff dar, da neben der Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Blick in private Räumlichkeiten auch das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG beeinträchtigt wird.<sup>36</sup> Daher ist auch hier eine Einwilligung der Studierenden erforderlich, um die hohen Rechtfertigungsanforderungen zu erfüllen. Für Online-Prüfungen sind daher explizite diesbezügliche Regelungen notwendig.<sup>37</sup>

Auch die Benotung von Online-Prüfungen wirft Rechtsfragen auf. Da es sich bei der Bewertung von Prüfungsleistungen grundsätzlich um die Wahrnehmung einer den Prüfenden zustehenden Beurteilungsermächtigung handelt, unter-

liegt die Prüfungsbenotung generell nur einer eingeschränkten Kontrolle. Denn verfassungstheoretisch gesprochen, können Vorgaben nur soweit reichen, wie Entscheidungen objektiv überprüfbar sind; dies gilt für die Faktenermittlung, die in der Ermittlung der Leistung der Prüflinge durch den fachkundigen Prüfer liegt, jedoch nicht in vollem Umfang, weil insofern ein Rest an Unbestimmtheit verbleibt.<sup>38</sup> Konkret bedeutet dies, dass die gerichtliche Überprüfung von Leistungsbewertungen dort ihre Grenze findet, wo der Beurteilungsspielraum der Prüfenden beginnt. Sie hat sich folglich auf die Beurteilung zu beschränken, ob bei der Benotung einer Leistung anzuwendendes Recht verkannt, ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt, sachfremde Erwägungen angestellt oder allgemein gültige Benotungsmaßstäbe missachtet wurden.<sup>39</sup> Schon dem Gesetz-, Verordnungs- oder Satzungsgeber steht bei der Festlegung eines Verfahrens zur Leistungsbenotung, welches sachgerechte Ergebnisse gewährleisten soll, ein weiter Beurteilungsspielraum zu.<sup>40</sup> Gleichzeitig entfalten aber auch die allgemeinen Benotungs-

27 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 36; *Gilch u.a.* (Fn. 4), 140; hinzu kommt auch die Frage nach der Urheberschaft an KI-generierten Texten; vgl. dazu *Hoeren*, in: Salden/Leschke (Hg.), *Didaktische und rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung*, Zentrum für Wissenschaftsdidaktik der Ruhr-Universität Bochum, 2023, 22 (23, 30).

28 Dazu gehört etwa das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (VVT) gemäß Art. 30 DSGVO, in dem die wesentlichen Datenverarbeitungen, Verfahrensabläufe, Beteiligten und Rechtspositionen im Zusammenhang mit der Funktionsweise des Softwaresystems aufgelistet sind; *Morgenroth/Wieczorek*, *Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis*, Teil I – Online-Lehre, *Ordnung der Wissenschaft* 2021, Heft 1, 7, 9.

29 *Morgenroth/Wieczorek* (Fn. 28), 9.

30 *Hoeren/Albrecht/Fischer* (Fn. 20), 10.

31 *Hoeren/Albrecht/Fischer* (Fn. 20), 11.

32 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 35f.; *Hoeren/Albrecht/Fischer*, *Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren v. 10.06.2020*, Projekt Rechtsinformationsstelle Digitale Hochschule NRW, 2020, 7; *Fischer/Dieterich*, *Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie*, NVwZ 2020, 657 (661).

33 *Bandtel u.a.* (Fn. 5), 102 m.w.N.

34 BVerfG, *Urt. v. 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83*, NJW 1984, 419, Rn. 91ff.; siehe dazu, dass indes wegen Art. 1 Abs. 2-3 GG die Vorstellung fehlerhaft, dass die Menschenwürde selbst ein Individualrecht (oder überhaupt eine auf die Lösung von Einzelfällen angelegte Rechtsnorm) sei, *Ekardt*, *Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge*, 4. = 3. Aufl. der Neuausgabe 2021, § 4 B.

35 *Hoeren/Albrecht/Fischer* (Fn. 20), 8; vgl. EuGH, *Urt. v. 8. April 2014 – C-594-/12*, NJW 2014, 2169.

36 *Bandtel u.a.* (Fn. 5), 102; anders OVG Schleswig *Beschl. v. 3. März 2021 – 3 MR 7/21*, COvUR 2021, 305, Rn. 33 f.

37 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 36.

38 Vgl. dazu, dass sowohl Sollensaussagen (z. B. Norminterpretationen) als auch Seinsaussagen (z. B. die Faktenerhebung durch die Gesetzgebung vor einem Gesetzeserlass oder eben auch die Ermittlung der Prüfungsleistung durch einen Prüfenden) im Ausgangspunkt objektiv sein können, aber in manchen Bereichen in Unsicherheiten führen, die nur subjektiv gefüllt werden können, *Ekardt* (Fn. 34), § 1 D. I.; *Ekardt*, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law*, 2. Aufl. 2024, Ch. 1.6. Oft wird dies kurzschlüssig durch die Gleichsetzung „Tatsachenaussagen = objektiv, Wertungsaussagen = subjektiv“ übergangen (wobei objektiv/ subjektiv als erkenntnistheoretisches Begriffspaar häufig auch mit der Scheidung objektives/ subjektives Recht verwechselt wird).

39 VG Mainz, *Urt. v. 7. Juli 2021 – 3 K 578/20.MZ*, BeckRS 2021, 21603, Rn. 18 m. w. N.; VG Arnberg, *Urt. v. 17. April 2012 – 9 K 399/11*, BeckRS 2012, 54767, Rn. 57ff.

40 *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich*, *Prüfungsrecht*, 8. Aufl. 2022, Rn. 520, 523.

grundsätze, die sich aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, Bindungswirkung, unabhängig von speziellen Regelungen in einzelnen Prüfungsordnungen.<sup>41</sup> Dabei fließen in die Benotung auch relative Elemente mit ein, indem der Prüfende die Leistungen der Teilnehmenden vergleicht, um so eine vernünftige und gerechte Abstufung zwischen den Einzelnen zu erreichen. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass durch die Benotung in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird und daneben der Grundsatz der Chancengleichheit aus der Zusammenschau mit Art. 3 Abs. 1 GG zu wahren ist.<sup>42</sup> Nun können sich beispielsweise bei mündlichen Prüfungen in Gestalt von Online-Prüfungen schon bei geringsten Störungen Schwierigkeiten ergeben, da es ein wesentlicher Grundsatz des Prüfungsrecht ist, dass die Prüfenden sämtliche prüfungs- und bewertungsrelevante Leistungen korrekt und vollständig wahrnehmen können. Für die Benotung einer derartigen Prüfung, in der es darum geht, die Leistungs- und spontane Reaktionsfähigkeit des Prüflings zu testen, ist es essentiell, dass alle Beteiligten einen direkten Eindruck vom gesamten Prüfungsgeschehen erhalten. Sollte dies nicht gewährleistet sein, ist die gesamte Prüfung fehlerhaft und muss wiederholt werden. Es reicht auch nicht aus, wenn ein Prüfer bei einer Unterbrechung den anderen nachträglich über den unterbrochenen Teil berichtet, da jeder Prüfer die Leistungen eigenverantwortlich erfassen und bewerten muss. Die Benotung darf daher nicht – auch nicht teilweise – anderen Personen überlassen werden.<sup>43</sup>

### III. ChatGP und Täuschung im digitalen Zeitalter

Daneben bestehen urheberrechtliche<sup>44</sup> (hier nicht zu vertiefende) und spezielle prüfungsrechtliche Fragen im Gefolge der Nutzung von KI-Tools, welche in der Lage sind, Texte zu generieren, etwa dahingehend, wie sich dies in der Benotung derjenigen Arbeiten niederschlagen soll und welche Gewichtung vorzunehmen ist.<sup>45</sup> KI-Tools wie ChatGPT führen dazu, dass Studierende einen Teil ihrer Arbeit „auslagern“ können, indem das Tool nicht nur zur Optimierung der sprachlichen Gestaltung, sondern auch zur Erstellung von Forschungsfragen, Gliederungen und sogar zur Literaturrecherche und -analyse in der Lage ist.<sup>46</sup> Die Prüfungsordnungen müssen vor diesem Hintergrund im Sinne der Chancengleichheit und des Gesetzesvorbehalts jedenfalls klar und abschließend festlegen, unter welchen Voraussetzungen KI-Tools als Hilfsmittel zulässig sind.<sup>47</sup> Ein vollständiges Verbot von ChatGPT und anderen KI-Tools als unerlaubtes Hilfsmittel wäre vor dem Hintergrund fehlender Überprüfungsmöglichkeiten in der Praxis wohl kaum sinnvoll.<sup>48</sup> Mit dem „Transparenzgebot als wissenschaftliches Redlichkeitsprinzip“<sup>49</sup> geht es zudem immer auch darum, Studierende im kritischen Umgang auch mit KI zu sensibilisieren.<sup>50</sup> Was man genau zulassen kann, wenn Chancengleichheit bestehen soll und überdies die fachliche Eignung der Studierenden noch sinnvoll überprüfbar sein soll, ist nicht leicht zu beantworten.

Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich im Kern, wenn man versucht, eine Grenze dafür festzulegen, wann eine Arbeit noch „selbständig“ angefertigt wurde und wie eine Kennzeichnung KI-generierter Textstellen zu erfolgen hat.<sup>51</sup> Der gekennzeichnete Einsatz von KI-Schreibwerkzeugen bei wis-

senschaftlichen Arbeiten dürfte keinen Verstoß gegen die Regeln guter wissenschaftlicher Praxis darstellen.<sup>52</sup> Gleichzeitig ist es erkennbar keine selbständige Prüfungsleistung, wenn jemand sich eine Seminararbeit ganz oder weitgehend einfach von ChatGPT erstellen lässt. Schwierigkeiten bereitet eine nähere Grenzziehung in einer Prüfungsordnung. Zwar müssen Studierende schon jetzt Eigenständigkeitserklärungen zu wissenschaftlichen Arbeiten abgeben. Eine Anpassung der Eigenständigkeitserklärung dient in diesem Zusammenhang der Klarstellung und ist daher zu empfehlen.<sup>53</sup> Doch beantwortet dies nicht die Frage, wie weit man die inhaltlich zulässige Nutzung von KI-Tools fassen soll.

Betrachtet man den sprachlichen Ausdruck von studentischen Prüfungsarbeiten, so wird man schnell feststellen, dass dieser oft herangezogen wird, um einen Lernfortschritt bei der Entwicklung des Wissens beurteilen zu können, welche nicht direkt beobachtbar ist, da es hier gerade um gedankliche Kompetenzen geht.<sup>54</sup> Diesen Zusammenhang stellt ChatGPT gerade infrage. Es ist bislang noch nicht möglich, Texte, die mit sprachverarbeitenden Systemen erzeugt wurden, zuverlässig zu erkennen, anders als es bei Plagiaten der Fall ist.<sup>55</sup> Demgemäß könnte ein sinnvoller Weg sein, eine Anpassung im Sinne einer neuen Gewichtung der Bewertungskriterien oder Prüfungsaufgaben vorzunehmen. Statt der Fokussierung auf Form, Stil, Rechtschreibung oder Li-

41 Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 206 f., vgl. auch OVG Bautzen, Urt. v. 13. Juni 2023 – 2 A 301/22, BeckRS 2023, 19736, Rn. 17.

42 VG Bremen, Urt. v. 28. April 2023 – 7 K 1941/21, BeckRS 2023, 10554, Rn. 33; Fischer, in: Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 41), Rn. 520, 640; Haase/Achelpöhler, in: Johlen/Oerder (Fn. 42), Rn. 206, 213.

43 Fischer/Dieterich (Fn. 32), NVwZ 2020, 657, 664.

44 Siehe zu urheberrechtlichen Fragen beim Einsatz von KI-Systemen Brockmann, ChatGPT, die Lehre und die Verwaltung – wie verändert KI unsere Institutionen?, NdsVBl 2023, 287, 288; Hoeren, in: Salden/Leschke (Hg.) (Fn. 27), 25 ff.; Buck u.a. (Fn. 10), 11.

45 Buck u.a. (Fn. 10), 11.

46 Buck u.a. (Fn. 10), 11; Sailer/Abel/Schweppes, Bildungstechnologische Fragen in der Hochschullehre im Überblick, ZeHF 2023, 4, 10; Albrecht (Fn. 10), 75.

47 Vgl. Gesellschaft für Informatik e.V., Künstliche Intelligenz in der Bildung, Positionspapier v. 17. Juli 2023, Berlin, 3, abrufbar unter <https://dl.gi.de/server/api/core/bitstreams/7c533204-8a9e-4436-91a8-069b7d74fc8d/content> (letzter Abruf 16. Mai 2024); Kepser, KI-Text in Prüfungsarbeiten erkennen – Probleme und Lösungen, VK:KIWA, Blogbeitrag v. 15. Dezember 2023, 2; Hoeren, in: Salden/Leschke (Hg.) (Fn. 27), 23, 28.

48 Albrecht (Fn. 10), 77; Gesellschaft für Informatik e.V. (Fn. 48); Vogelgesang u.a., Nutzung von ChatGPT in der Lehre und Forschung – eine Einschätzung der AIDAHO-Projektgruppe, Universität Hohenheim, 2023, 9.

49 Vogelgesang u.a. (Fn. 48), 9.

50 Birnbaum (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127 f.; Gesellschaft für Informatik e.V., (Fn. 48); Vogelgesang u.a. (Fn. 48), 9; Weinmann-Sandig, ChatGPT – Eine Chance zur Wiederbelebung des kritischen Denkens in der Hochschullehre, Hochschulforum Digitalisierung, Blogbeitrag v. 16. Februar 2023. <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/praxistest-chatgpt-weinmann-sandig> (letzter Abruf 16. Mai 2024).

51 Birnbaum (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127 ff.; Hoeren, in: Salden/Leschke (Hg.) (Fn. 27), 23, 29.

52 Hoeren, in: Salden/Leschke (Hg.) (Fn. 27), 32.

53 Hoeren, in: Salden/Leschke (Hg.) (Fn. 27), 38.

54 Vgl. Albrecht (Fn. 10), 76.

55 Albrecht (Fn. 10), 77; Vogelgesang u.a. (Fn. 48), 7; Weßels/Gottschalk, Hochschullehre unter dem Einfluss des KI-gestützten Schreibens, Hochschulforum Digitalisierung, Blogbeitrag v. 14. Juli 2022, <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/Hochschullehre-KI-gestuetztes-Schreiben> (letzter Abruf 17. Mai 2024).

teraturrecherche sollte der Schwerpunkt eher auf die Fähigkeit zur kritischen Auseinandersetzung mit und Analyse von komplexen, wissenschaftlichen Themen sowie das Produzieren von kohärenten, inhaltlich einschlägigen Texten gesetzt werden.<sup>56</sup> Dabei wirkt sich momentan noch vorteilhaft aus, dass Tools wie ChatGPT keinesfalls perfekte Texte liefern. Unabhängig von der Frage der Eigenständigkeit wird die weitgehende Verwendung ihrer Ergebnisse daher regelmäßig den fachlichen Anforderungen schon in puncto Qualität nicht genügen. Für die nächste Zeit liegt der naheliegendste Regelungsansatz für Prüfungsanforderungen daher darin, diese stärker in das Abprüfen eigenständigen Denkens im Rahmen komplexer Fragestellungen zu verschieben. Denn dort liefern Tools wie ChatGPT keine umfassende Hilfe.

Dies kann dann die ansonsten schwierige Anwendung der Rechtsregeln für Täuschungen in universitären Prüfungen weitgehend ersparen. Der Zweck von Prüfungen besteht darin, die (realen) Leistungen und Fähigkeiten des Prüflings zu ermitteln. Ein wesentlicher Grundsatz des Prüfungsrechts verlangt daher, dass der Prüfling seine Prüfungsleistung persönlich und ohne unerlaubte Hilfsmittel erbringt. Folglich können Leistungen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, keinen Prüfungserfolg rechtfertigen. Deshalb bestimmen Prüfungsordnungen, wie mit Täuschungshandlungen und -versuchen umzugehen ist.<sup>57</sup> Nichts anderes gilt für die rechtswidrige Verwendung von KI-Tools.<sup>58</sup> Der Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG verlangt i. V. m. der nach Art. 12 Abs. 1 GG geforderten Aussagekraft der Prüfung besondere Vorkehrungen, um Täuschungsversuche zu erschweren.<sup>59</sup> Insbesondere verlangt Art. 12 Abs. 1 GG, dass die Rechtsfolgen einer Täuschung (wie Nichtbestehen einer Prüfung, über die Versagung weiterer Prüfungschancen bis hin zur Exmatrikulation<sup>60</sup>) in den Prüfungsordnungen geregelt sein müssen.<sup>61</sup> Anders als bei ChatGPT besteht bei Online-Prüfungen ein gut greifbarer Anwendungsbereich für dieses Instrumentarium. Die Frage der Täuschung bei Online-Prüfungen, die außerhalb der Hochschulräume abgelegt werden, ist naturgemäß sehr relevant, da die Täuschungsfähigkeit bei Online-Prüfungen höher ist, da die Aufsichtsmöglichkeiten im Gegensatz zu herkömmlichen Präsenzklausuren stark eingeschränkt sind.<sup>62</sup> Ganz generell kann man einer Täuschungshandlung dabei in eine objektive und eine subjektive Komponente zerlegen. Objektiv bedarf es einer Täuschungshandlung in Form des Vorspiegels einer selbständigen und ordnungsgemäßen Prüfungsleistung, trotz Nutzung von unerlaubten oder nicht offen gelegten Hilfsmitteln, worunter auch KI-Tools fallen. Subjektiv bedarf es hinsichtlich der Täuschung zumindest bedingten Vorsatz.<sup>63</sup> In diesem Sinne wurde z. B. eine Exmatrikulation aufgrund des Chattens von Studierenden über die Prüfungsaufgabe während einer Online-Prüfung für rechtmäßig erklärt.<sup>64</sup> Der Sanktion vorgelagert ist dabei die Frage der Entdeckung und des Nachweises der (versuchten) Täuschung, in der Regel ausgelöst durch einen Anfangsverdacht.<sup>65</sup> Um diesen Verdacht überprüfen zu können, ist es ratsam, dass sich Hochschulen mit Software ausstatten, die in der Lage ist, die (wahrscheinliche) Nutzung von KI-Tools zu erkennen.<sup>66</sup> Dies wirft jedoch zugleich die Frage auf, ob und inwieweit eine solche Software eine – nötigenfalls gerichtsfeste – Nachweisfunktion zukommen kann. Hochschulen oder Prüfungsbehörden müssen in jedem Fall Vorkehrungen treffen, um

das Risiko von Täuschungen zu minimieren, beispielsweise indem den Prüflingen eindeutig mitgeteilt wird, welche Hilfsmittel erlaubt sind oder welche als Täuschungsversuch gewertet werden.<sup>67</sup> Ähnlich wie bei ChatGPT kann man auch bei Online-Prüfungen die immer noch relativ komplexe Problematik auch so vereinfachen, dass man die Leistungskriterien verschiebt – und z. B. auf Open-Book-Klausuren bei gleichzeitig schwierigeren Fragestellungen setzt.

Man kann bei alledem die Frage nach ChatGPT aber auch umgekehrt stellen – als Frage danach, ob die Prüfenden solche oder vergleichbare Mittel zum Zwecke der Benotung einsetzen dürfen. Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen KI-Tools für die Leistungsbewertung eingesetzt werden, hängt maßgeblich von den jeweiligen Prüfungsordnungen der Fakultäten insgesamt oder denen einzelner Studienfächer ab.<sup>68</sup> Die meisten Prüfungsordnungen schreiben die Benotung und Begründung der Entscheidung durch einen Prüfenden vor. Dies verlangt eine Person, welche über die notwendigen Kompetenzen in dem betreffenden Gebiet verfügt. Wird die Bewertung vollständig einer KI-Software überlassen, ist diese unzulässig. Es bedarf in jedem Fall einer eigenständigen Würdigung durch die prüfende Person selbst.<sup>69</sup> Dies verlangt auch der Text des am 13. März 2024 vom Europäischen Parlament angenommenen Gesetzes über künstliche Intelligenz (KI-VO).<sup>70</sup> Zwar erscheint danach der Einsatz einer KI bei der Bewertung von Prüfungsleistungen grundsätzlich zulässig. Aus Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Anhang III Nr. 3 KI-VO ergibt sich jedoch, dass solche Systeme, die zur Bewertung von Lernergebnissen (lit. b), im Rahmen von Hochschulzulassungsprü-

56 *Buck u.a.* (Fn. 10), 11; *Gesellschaft für Informatik e.V.* (Fn. 48).

57 *Fischer/Dieterich* (Fn. 32), NVwZ 2020, 657, 664; *Haake*, Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen, Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissensrechts e.V. am 12. Mai 2023, *Ordnung der Wissenschaft 2023*, 235, 236; vgl. auch *Hoeren*, in: *Salden/Leschke* (Hg.) (Fn. 27), 23.

58 *Birnbaum* (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127, 1129.

59 *Bandtel u.a.* (Fn. 5), 120.

60 *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 40; *Haake*, Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen, Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissensrechts e.V. am 12.5.2023, *Ordnung der Wissenschaft 2023*, 235 (236) m.w.N.

61 *Haake* (Fn. 57), 235, 236.

62 *Haake* (Fn. 57), 235, 236; vgl. auch *Hoeren*, in: *Salden/Leschke* (Hg.) (Fn. 27), 23; *Birnbaum* (Hg.) (Fn. 16), Rn. 95; *Fischer/Dieterich* (Fn. 32), NVwZ 2020, 657, 664.

63 *Haake* (Fn. 57), 235, 236; vgl. auch *Hoeren*, in: *Salden/Leschke* (Hg.) (Fn. 27), 23; vgl. auch VG Bremen, *Urt. v. 15. September 2023 – 7 K 313/22*, BeckRS 2023, 26950, Rn. 49 ff.

64 VG Berlin, *Urt. v. 6. Februar 2023 – VG 12 K 52/23*, LKV 2023, 284, juris.

65 *Birnbaum* (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127, 1130; näher dazu auch *Kepser* (Fn. 47), 7.

66 *Birnbaum* (Fn. 13), NVwZ 2023, 1127, 1130.

67 *Fischer/Dieterich* (Fn. 32), NVwZ 2020, 657, 664; näher dazu *Wannemacher u.a.* (Fn. 6), 40 ff.; *Bandtel u.a.* (Fn. 5), 119.

68 *Hoeren*, in: *Salden/Leschke* (Hg.) (Fn. 27), 36.

69 *Hoeren*, in: *Salden/Leschke* (Hg.) (Fn. 27), 36 f.; hierin liegt eine Parallele zum Zusammenwirken durch zwei oder mehrere prüfende Personen, wobei jeder Prüfende die Leistung selbst, unmittelbar und vollständig beurteilen muss; *Fischer*, in: *Fischer/Jeremias/Dieterich* (Fn. 41), Rn. 520, 558; *Haase/Achelpöhler*, in: *Johlen/Oerder* (Fn. 42), Rn. 206, 208 ff.

70 Abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 17. Mai 2024). Vgl. auch den Vorschlag der europäischen Kommission für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz vom 21. April 2021, KOM/2021/206 final.

fungen (lit. c) oder zur Überwachung und Erkennung verbotener Verhaltensweisen während der Prüfung (lit. d) eingesetzt werden, als Hochrisiko-KI-Systeme einzustufen sind. Bei dem Einsatz derartiger Systeme sind gemäß Art. 8 Abs. 1 KI-VO die in Abschnitt 2 des Kapitel III festgelegten Anforderungen zu erfüllen, so zum Beispiel die Unterhaltung eines Risikomanagementsystems nach Art. 9 KI-VO, die technische Dokumentation nach Art. 11 KI-VO, die Einhaltung des Transparenzgebots nach Art. 13 KI-VO oder die menschliche Aufsicht gemäß Art. 14 KI-VO.

#### IV. Anwesenheitspflicht und Digitalisierung

Fraglich ist darüber hinaus, welche Auswirkungen eine sukzessive Digitalisierung des Prüfens und Lehrens auf die Teilnahme an Lehrveranstaltungen hat. Studierende sind keine bloße Zuhörerschaft, sondern wichtiger Bestandteil des wissenschaftlichen Diskurses an Universitäten. Durch ihre Beteiligung in Lehrveranstaltungen, insbesondere durch kritische Nachfragen, werden sie aktiv einbezogen und gestalten so den universitären Alltag grundlegend mit.<sup>71</sup> Auch lernpsychologisch ist bekannt, dass eine Kombination von Lesen, Hören und eigener Aktivität – etwa in privaten Arbeitsgemeinschaften oder durch Mitdiskutieren in Seminaren und Vorlesungen – zum bestmöglichen Lernerfolg und damit zur bestmöglichen Ausbildung führen kann. In diesem Zusammenhang wird im Zuge der Digitalisierung auch – gegenläufig – gefragt, ob man, soweit äußere Umstände wie eine Pandemie nichts anderes gebieten, nicht stärker eine verpflichtende Teilnahme an Lehrveranstaltungen normieren könnte.

Für den diesbezüglichen Rechtsrahmen ist zunächst von der Wissenschaftsfreiheit der Lehrenden aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auszugehen. Diese umfasst die Forschung und Lehre und damit die Freiheit, Inhalt, Ablauf und methodische Ansätze der Lehrveranstaltungen frei zu wählen. Dies schließt eben auch ein, Lehrinhalte digital zu vermitteln. Ein konkret darauf – oder auf Online-Prüfungen – gerichteter verfassungsrechtlicher Anspruch der Studierenden besteht aber ebenso wenig wie ein exakt bestimmter Qualitätsanspruch in inhaltlicher Hinsicht.<sup>72</sup> Unbestritten ist freilich auch, dass es eine verfassungsrechtlich gewährleistete Studierfreiheit gibt. Uneinigkeit besteht hingegen darüber, wie diese im Grundrechtssystem verankert ist und welchen Gewährleistungsinhalt sie hat.<sup>73</sup> Möglich ist eine Anknüpfung an die Ausbildungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG. Es scheint aber auch eine Ableitung aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG naheliegend.<sup>74</sup> Bei dem Zugang zur Hochschule sowie der Wahl des Studienorts und des Studienfachs, also der Frage des „Ob“, ist eine Anknüpfung an die Ausbildungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zweifellos möglich. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist zugleich ein umfassendes Abwehrrecht gegen Freiheitsbeschränkungen im Ausbildungsbereich mit der Folge, dass z. B. die Teilnahme an Lehrveranstaltungen oder Prüfungen geschützt ist.<sup>75</sup> Aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auch ein Recht auf die Gestaltung des Studiums, also auf das „Wie“ entnehmen. Die Studierfreiheit wird also nur im Rahmen des vorhandenen Studienangebots gewährleistet. Zieht man die Grenzen der Studierfreiheit hingegen weiter und sieht auch das Recht mit umfasst, sein Studium selbständig und eigenverantwortlich zu gestalten, so ist Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG heranzuziehen.<sup>76</sup> Die Freiheit des Stu-

diums wurde jedenfalls auch vom einfachen Gesetzgeber in § 4 Abs. 4 S. 1 HRG explizit anerkannt. Davon umfasst ist insbesondere die freie Wahl von Lehrveranstaltungen, aber auch das Recht, Schwerpunkte in einem Studiengang eigenständig zu wählen.<sup>77</sup> In den Hochschulgesetzen der Länder sind gleichlautende oder ähnliche Regelungen zu finden.<sup>78</sup>

Ein Eingriff in die Studierfreiheit liegt demnach vor, wenn eine Pflicht zur Anwesenheit in bestimmten Lehrveranstaltungen durch die Hochschule, die Fakultät oder die Dozierenden selbst angeordnet wird.<sup>79</sup> In jedem Fall muss die Einführung einer Anwesenheitspflicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einen legitimen Zweck verfolgen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Hochschulprüfungen dienen der Beurteilung individueller Leistungen und somit der Feststellung von Fähigkeiten, welche sich die Studierenden während ihres jeweiligen Studienabschnitts aneignen sollen.<sup>80</sup> Diesem Zweck dienen auch die Prüfungsordnungen, welche den Rahmen der zu absolvierenden Leistungen und die entsprechenden Zulassungsvoraussetzungen festlegen.<sup>81</sup> Vor diesem Hintergrund ist es das Ziel der Anwesenheit und darüber hinausgehenden Beteiligung in Lehrveranstaltungen, einen schrittweisen Aufbau und Ausbau des Wissens zu ermöglichen und so die Studierenden auf die abschließenden Prüfungsleistungen vorzubereiten.<sup>82</sup> Auch die Geeignetheit der Anwesenheitspflicht wird sich ohne weiteres im Lichte der beschriebenen lernpsychologischen Erkenntnisse bejahen lassen.

Die angeordnete Präsenzpflcht müsste indes auch erforderlich und angemessen sein. Dies setzt voraus, dass das angestrebte Lernziel nur durch eine Teilnahme der Studierenden an den Lehrveranstaltungen erreicht werden kann und keine anderen, milderen Mittel ersichtlich sind – und dass die damit verfolgten Ziele nicht evident einseitig der Studierfreiheit vorgezogen werden. Bei der Beurteilung der zugrundeliegenden Fakten steht der Universität als Satzungsgeberin ein Beurteilungsspielraum zu, sofern über die Faktenlage Unsicher-

71 Vgl. *Böttner*, Das (neue) Thüringer Hochschulrecht und die Anwesenheitspflicht, ThürVBl 2018, 169 (169)

72 OVG Lüneburg, Beschl. v. 2. September 2020 – 2 ME 349/20, NVwZ-RR 2021, 58; *Wolff/Zimmermann*, Rückkehr in die (hybriden) Hörsäle – Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Hochschullehre, NJW 2021, 2866, Rn. 33; *Faller*, Rechtsfragen zu digitalen Lehrformaten. Themengruppe „Governance & Policies“. Arbeitspapier des Hochschulforums Digitalisierung, 2015 6; vgl. auch *Birnbaum* (Hg.) (Fn. 16), Rn. 29; OVG Bautzen, Beschl. v. 4. Februar 2021 – 2 B 27/21, LKV 2021, 225, 226.

73 *Horneber/Penz*, Anwesenheitspflicht von Studierenden in Lehrveranstaltungen an Hochschulen. Zur Reichweite der Studierfreiheit, WissR 2014, 150 (160); *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, Berlin 2006, 202 m. w. N.

74 *Horneber/Penz* (Fn. 73), WissR 2014, 150, 160.

75 Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Grundgesetz, 102. EL August 2023, Art. 12 Abs. 1, Rn. 112.

76 *Horneber/Penz* (Fn. 73), WissR 2014, 150 (160 m.w.N.; anders etwa BVerwG, Urt. v. 26. September 2012 – 6 CN 1/11, NVwZ-RR 2013, 413, 416; VG Berlin, Beschl. v. 15. Dezember 2010 – 30 L 2760.10, BeckRS 2010, 56901, Rn. 2.

77 *Horneber/Penz* (Fn. 73), WissR 2014, 150, 159.

78 *Horneber/Penz* (Fn. 73), WissR 2014, 150, 159 m.w.N.

79 v. *Coelln*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, Rn. 110.

80 Vgl. *Fischer/Dieterich* (Fn. 32), NVwZ 2020, 657, 664.

81 *Böttner* (Fn. 71), ThürVBl 2018, 169, 170.

82 Hierzu und zum Folgenden auch *Böttner* (Fn. 71), ThürVBl 2018, 169, 170.

heit besteht.<sup>83</sup> Es wird in der Regel nicht zulässig sein, bereits bei einmaligem unentschuldigtem Fehlen die Zulassung zu einer Prüfung zu verweigern, da hierdurch das Lernziel der Veranstaltung verfehlt wird. Evident verfassungswidrig wäre eine Anwesenheitspflicht aber nicht angesichts der Vorteile des präsenten Lernens – nicht im Sinne eines (im liberalen Staat) unzulässigen Schutzes vor sich selbst,<sup>84</sup> sondern im Sinne der Qualitätssicherung der Ausbildung gegenüber denjenigen, die mit den Absolventen (als Anwälte, Ärzte usw.) später konfrontiert sind.

Nicht zu verkennen ist dabei, dass Anwesenheitspflichten in einem Spannungsverhältnis zur ursprünglichen Idee der Universität stehen. Grundsätzlich sind Universitäten Orte der Wissenschaft, an denen die Eigenverantwortung der Studierenden im Mittelpunkt der universitären Ausbildung steht.<sup>85</sup> Führte man hier konsequent eine Anwesenheitspflicht ein, mit der Begründung der Vorbereitung der Studierenden auf ihren späteren Beruf, könnte dies die universitäre Lehre noch stärker zu einem reinen Ausbildungsvorgang machen und somit ihre ursprüngliche freiheitliche, auch Eigenverantwortung einschließende Intention verwischen. Zu bedenken ist freilich auch, dass im Zeitalter der Massenuniversität die allseitigen Erwartungen an die Hochschulen grundlegend andere sind als zu Kants oder Humboldts Zeiten. Geschichtlich ist nicht erst der Hochschulbesuch, sondern selbst der basale Besuch von Volksschulen erst dann zum (auch gesetzlich vorgeschriebenen) Massenphänomen geworden, als zur (insbesondere protestantisch induzierten) Bildungsbeflissenheit die beruflichen Anforderungen der fortschreitenden Industrialisierung hinzutreten.<sup>86</sup> Bildungsideale und praktische Ausbildung antithetisch zu begreifen, läuft daher auf einen doch etwas unhistorischen und zudem elitären Blick auf die Aufgaben von Bildungseinrichtungen hinaus.

## V. Ausblick: Digitalisierte Hochschule – mehr oder weniger Freiheit?

Die Betrachtung von Online-Prüfungen, Online-Benotungen und Fragen im Kontext von ChatGPT (und abgeleitet von

Fragen einer Anwesenheitspflicht) hat vor allem erhebliche Regelungsbedarfe im Bereich der Hochschulen sichtbar gemacht. Diese wurden in den letzten Jahren – pandemiegetrieben – auch in weiten Teilen eingelöst. Gleichzeitig wurden Regelungsprobleme vor allem im Hinblick auf KI-Tools wie ChatGPT deutlich, die gleichzeitig kaum regelbar sind. Dies verweist auf die seit langem offene steuerungstheoretische Frage, bis zu welchem Grad sich die Entwicklung und die Konsequenzen neuer Technologien tatsächlich rechtlich steuern lassen.<sup>87</sup> Ebenso verweisen die Detailanalysen der Regelungsprobleme eines digitalen Prüfungsrechts auf die generelle Janusköpfigkeit der Digitalisierung für die menschliche Freiheit. Ergeben sich doch (auch) mit Online-Lehre und Online-Prüfungen einerseits neue Entfaltungsoptionen (etwa im Sinne einer besseren Vereinbarkeit von Studium und Elternschaft), andererseits aber auch neue Eingriffe in Freiheitssphären etwa im Datenschutzbereich.<sup>88</sup>

83 Diese oft vergessene Spezifizierung findet sich aktuell im Klima-Beschluss bei BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 ff.; näher dazu *Ekardt/Heß/Bärenwaldt/Hörtzsch/Wöhlert*, Judikative als Motor des Klimaschutzes? Bedeutung und Auswirkungen der Klimaklagen, 2023; *Ekardt* (Fn. 34), § 5 C. II.

84 Vgl. dazu *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; *Ekardt* (Fn. 34), § 4 F. IV.

85 *Horneber/Penz* (Fn. 73), WissR 2014, 150, 171.

86 Vgl. Galor, *The Journey of Humanity. The Origins of Wealth and Inequality*, 2022.

87 Dazu etwa *Hanns-Peter Ekardt/Manger/Neuser/Pottschmidt/Roßnagel/Rust*, Rechtliche Risikosteuerung: Sicherheitsgewährleistung in der Entstehung von Infrastrukturanlagen, 1997.

88 Vgl. dazu näher *Ekardt*, Für eine integrierte nachhaltige und digitale, sozial(rechtlich) flankierte Transformation, ZNER 2022, 433 ff.; allgemeiner in soziologischer Perspektive zur Tendenz der Verrechtlichung (wahrgenommen als Kolonialisierung der Lebenswelt) *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, Bd. 2.

# Praxisrelevante Fallkonstellationen im Verkehrsstraf- / Bußgeld- und Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Dr. Ingo E. Fromm, Koblenz\*

*Im Anschluss an vorangegangene Fallbesprechungen<sup>1</sup> behandelt dieser Beitrag aktuelle praxisrelevante Fallkonstellationen im Verkehrsstraf- / Bußgeld- und Verwaltungsrecht sowie Lösungsansätze.*

## Verzicht auf Einspruchseinlegung gegen Bußgeldbescheid

Erhält der Betroffene kurz vor den Feiertagen oder dem geplanten Urlaub einen Bußgeldbescheid und möchte er zuvor das Fahrverbot antreten, da er während dieser Zeit auf den Führerschein nicht angewiesen ist, so ist Vorsicht geboten.

Sendet der Betroffene seinen Führerschein per Einschreiben innerhalb der Einspruchsfrist an die Bußgeldstelle, so ist der Bußgeldbescheid noch nicht rechtskräftig. Das Fahrverbot zählt erst ab Rechtskraft. Gegen einen Bußgeldbescheid (§ 66 OWiG) kann gem. § 67 I 1 OWiG innerhalb von zwei Wochen Einspruch eingelegt werden. Daher sollte mit dem Mandanten explizit besprochen werden, wann der Antritt des Fahrverbots (meist innerhalb von vier Monaten ab

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht sowie für Verkehrsrecht bei caspers mock Anwälte, Koblenz.

1 Zuletzt *Fromm*, NJ 2023, 523 ff.