

Michael Fehling

*Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz**

ÜBERSICHT

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Videokonferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

bb) Betroffene personenbezogene Daten

cc) Rechtfertigungstatbestände

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

* Alle Internet-Fundstellen wurden mit Ausnahme des FAZ Artikels unter Fn. 14 zuletzt am 14.5.2020 abgerufen; dieser wurde zuletzt am 25.5.2020 abgerufen. – Der Verfasser hat seine Hochschule (Bucerius Law School) im Anhörungsverfahren der Hamburger Datenschutzbehörde intern rechtlich beraten. Der Beitrag gibt jedoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Für digitale Lernplattformen im Bereich der „higher education“ allgemein mit bedenklicher Tendenz zur unkritischen Glorifizierung und Verknüpfung mit der modischen Forderung nach „Agilität“ etwa *Vogelsang/Greif/Tenspolde* et al., *Agiloe by technique – The role of technology enhanced learning in higher education*, in: *Beiträge zur Hochschulforschung* 3/2019, S. 28 ff.; etwas weniger euphorisch *Zwickel*, *JuraStudium* 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, *JA* 2018, 881 ff.

2 Kritisch zum juristischen Diskurs im Kontext der Digitalisierung; *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 34 f.; allgemeiner *Al-Ani*, *Deutschland muss lernen völlig anders zu denken*, *Die Zeit Online* v. 27.1.2019 (<https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel->

[cc\) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen](https://www.zeit.de/digital/internet/2019-01/digitalisierung-deutschland-kuenstliche-intel-)

V. Fazit

I. Problemverschiebung und -verschärfung durch die Covid 19-Pandemie

Durch das Internet mit seinen wachsenden Möglichkeiten ist die Digitalisierung auch der Hochschullehre schon seit längerem zu einem wichtigen Thema geworden. Entsprechende Forderungen¹ finden sich oftmals als Baustein der politisch verbreiteten Klage, Deutschland drohe bei der Digitalisierung international den Anschluss zu verlieren.² Speziell im Bildungswesen kommt hinzu, dass die neuen Generationen von Schülern und Studierenden mit dem Internet aufgewachsen sind und deshalb, so heißt es, für entsprechende Lehrangebote besonders empfänglich seien.³

Dabei ging es bislang meist allein um die Ergänzung traditioneller Lehre in Vorlesungen, Übungen und Seminaren durch zusätzliche internetbasierte Angebote, um eine Erweiterung des didaktischen Repertoires.⁴ Selbstverständlich ist diese Pluralisierung der Lehrmethoden und -medien keineswegs konfliktfrei; schon die Begrenztheit der finanziellen und personellen Ressourcen der Hochschulen wie auch der Zeit und Aufmerksamkeit der Studierenden sorgt dafür, dass der Ausbau der Online-Angebote zu einer gewissen Zurückdrängung klas-

lizenzbildung-digitalgipfel/komplettansicht); vgl. zur Kritik an einer „Digitalisierung um jeden Preis“ *Sander*, *Eine Denkpause für die Digitalisierung*, *FAZ* Einspruch v. 24.1.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/gastbeitrag-zu-cyberangriffen-eine-denkpause-fuer-die-digitalisierung-16595318.html>).

3 Vgl. zur Einstellung jüngerer Generationen gegenüber digitalen Medien *Fries*, *Geht die Digitalisierung schon bald wieder weg?*, *LTO* v. 21.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/juristenausbildung-digitalisierung-corona-was-bleibt-nach-der-krise/>); zur Empfänglichkeit für digitale Medien allgemein *Zwickel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881.

4 Vgl. etwa *Fehling*, *Die Lehrfreiheit als Grundlage didaktischen Handelns*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft lehren*, Rn. 28 (2019 verfasst, Erscheinen in Vorbereitung); *Zwickel* (Fn. 1), *JA* 2018, 881, 885, der dabei einen Perspektivenwechsel von der Lehr- zur Lernorientierung noch stärker betont; unter Gesichtspunkten des methodischen Bewusstseins in der Ausbildung grundsätzlich auch *Hanke*, *Handbuch Hochschullehre Digital*, 3. Aufl. 2020, S. 64 ff.

sischer Lehrformen führt. Nichtsdestotrotz wollten bislang nur wenige die traditionelle Präsenzlehre weitgehend durch digitale Angebote ersetzen.

Dies ändert sich im Zuge der Covid 19-Pandemie grundlegend. Wegen Abstandsgeboten und Kontaktbeschränkungen ist traditionelle Präsenzlehre zunächst gar nicht mehr möglich. Selbst nach einer schrittweisen Wiederöffnung der Hochschulen werden für einen noch nicht überschaubaren Zeitraum wohl nur noch Lehrveranstaltungen mit geringer Teilnehmerzahl als Präsenzveranstaltungen stattfinden können. Um ihren hochschulgesetzlichen (z.B. § 2 LHG BW, § 3 HmbHG, § 4 BremHG) und zugleich verfassungsrechtlich fundierten Lehr- und (Aus-)Bildungsauftrag⁵ auch in der Krise jedenfalls ansatzweise erfüllen zu können, müssen die Hochschulen ihre Lehrangebote im Rahmen des ihnen technisch Möglichen fast vollständig „auf Distanz“ umstellen und das bedeutet regelmäßig: in das Internet verlagern. Über die eigentliche Lehre hinaus erstreckt sich diese Notwendigkeit bis in die Prüfungen hinein.

Gewiss ist das vollständige Umschwenken auf Online-Lehre nur als Notmaßnahme für die (ungewisse) Dauer der Pandemie vorgesehen. Manche Veranstaltungstypen, namentlich Laborarbeit, Exkursionen und viele Praktika, lassen sich ohnehin kaum in den digitalen Raum verlagern. Doch mehren sich bereits die Stimmen, die den aus der Not geborenen Digitalisierungsschub dazu nutzen wollen, die Hochschullehre auch bei einer Rückkehr zur Normalität nachhaltig zu verändern.⁶ In der Krise wird vieles einfach ausprobiert und dabei zeigt sich, dass manches umsetzbar ist, was man zuvor als technisch, organisatorisch oder personell für nicht machbar erachtet hätte. Was sich in dieser Ausnahmelage tatsächlich oder auch nur scheinbar bewährt, dies wird – weiter verbessert – von Politik und Studierenden

wohl auch später verstärkt nachgefragt. Denn sind digitale Lehrformate erst einmal etabliert, bergen jedenfalls viele von ihnen (namentlich beliebig häufig nutzbare Podcasts u.Ä.) für die Politik ein beträchtliches Sparpotential und sind wegen der Bequemlichkeit der jederzeitigen Nutzbarkeit vordergründig auch für viele Studierende attraktiv. Die Frage der (didaktischen) Eignung für wissenschaftliche Lehre, die in der akuten Notsituation ohnehin nur wenig reflektiert werden kann, droht so auch später aus dem Blick zu geraten.

II. Bestandsaufnahme und Rechtsprobleme

In kürzester Zeit haben die Hochschulen für das Sommersemester 2020 digitale Angebote in einer Vielzahl und in einem Ausmaß ins Werk gesetzt, wie man es sich vorher kaum hätte vorstellen können.⁷ Not macht eben erfinderisch, lässt aber zugleich die Defizite bei der digitalen Ausstattung (bei den Lehrenden, aber auch bei den Studierenden) und oftmals schon bei geeigneten Konzepten schmerzlich spüren.

In der Lehre erprobt und nutzt man verschiedenste digitale Formate:⁸ Zum einen handelt es sich um zuvor aufgezeichnete Vorlesungen oder vorlesungsbegleitende Podcasts, welche von den Studierenden nunmehr von zuhause aus zu beliebiger Zeit konsumiert werden können (sog. asynchrone Angebote). Zwischenfragen, ggf. im Multiple-Choice-Format,⁹ können zur Aufrechterhaltung der Aufmerksamkeit integriert werden. Ein Minimum an Interaktivität lässt sich zudem über digitale Plattformen anstreben, auf denen Fragen gestellt und beantwortet werden und ggf. auch ein mündlicher „Chat“ möglich ist. Zum anderen können Lehrveranstaltungen aber auch zumindest teilweise interaktiv im Videokonferenzmodus abgehalten werden (synchrone Angebote).

5 Zur Fundierung in der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit besonders deutlich BVerfGE 126, 1 25; vgl. aber bereits BVerfGE 35, 79, 121 f.

6 Statt vieler *Pfund*, Klicken statt melden, Süddeutsche Zeitung v. 8.5. 2020, S. 25; *Fries* (Fn. 3); *Hanke*, Handbuch Hochschullehre Digital, 3. Aufl. 2020, S. 256.

7 Siehe z.B. *Universität Bonn* (<https://www.uni-bonn.de/die-universitaet/informationen-zum-coronavirus/coronavirus-spezifische-informationen-fuer-studierende/>); *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/start-in-die-online-lehre.html>); *Universität Hannover* (<https://www.uni-hannover.de/de/universitaet/aktuelles/corona-online-studium/>); *Universität Kiel* (<https://www.uni-kiel.de/de/detailansicht/news/corona-sommersemester>); *Universität München* (https://www.uni-muenchen.de/aktuelles/news/2020/digitales_sommersemester.html).

8 Überblick z.B. bei *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881,884 ff. m. w. N.; *Sutter*, Zum Stand des digitalen Lehrens und Lernens in juristischen Studiengängen, ZDRW 2016, 44, 45 m. w. N. jeweils bezogen auf die Juristenausbildung; vgl. auch *PRO Lehre (TU München)*, Alternativen zur Präsenzlehre. Asynchrone und Synchrone Online-Lehre (https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-online-lehrstrategien_v2.1.pdf), dies., Synchrone Online-Lehre / Live Lehren im Internet (<https://www.prolehre.tum.de/fileadmin/w00btq/www/Aktuelles/prolehre-handreichung-synchrone-onlinelehre-v2.7.pdf>).

9 Möglichkeiten und Grenzen eines solchen Multiple Choice-Formats mit Auswertungsmöglichkeit der Ergebnisse unter Nutzung von PlayPosit illustrieren z.B. die 12 Einführungsvideos von *Fehling* zur Vorlesung „Allgemeines Verwaltungsrecht“ (https://www.youtube.com/channel/UCs5GY_QWXqSvI02JzRqIL4Q).

Dafür werden verschiedenste Dienste erprobt;¹⁰ unter den vorhandenen Angeboten ist die von einem US-Unternehmen betriebene Plattform „Zoom“ wohl am benutzerfreundlichsten. Sie ist auch mit großer, wenn gleich nicht unbegrenzter Teilnehmerzahl nutzbar,¹¹ birgt aber zugleich die wohl größten Datenschutzprobleme.¹² Last but not least ist eine Umstellung auf mehr schriftliche Bearbeitungen (Hausarbeiten und Seminararbeiten, aber auch kürzere Essays, Arbeitsbögen u.Ä.) vorstellbar, wobei die Betreuung sogar per E-Mail oder Telefon erfolgen kann; diese vor allem in Großbritannien schon immer praktizierte Lehrmethode (im Normalzustand allerdings mit mündlichen Besprechungen der abgelieferten Arbeiten) ist allerdings im Vergleich zum klassischen Vorlesungsformat extrem personalintensiv.

Sogar für Klausuren lässt sich die Videokonferenztechnik nutzen, um ein Minimum an Prüfungsaufsicht zu ermöglichen. Allerdings kann per Video nur kontrolliert werden, dass nicht mehrere in einem Raum gemeinsam an der Aufgabe arbeiten; der Bildschirm der Bearbeiter kann von den Aufsichtlichen nämlich nicht ohne Weiteres eingesehen werden. Dies hat man an der Bucerius Law School für die Abschlussklausuren des Frühjahrstri-

mesters 2020, die zeitlich zu Beginn der Corona-Restriktionen anstanden, erprobt; genutzt wurde „WISEflow“ zur elektronischen Klausurbearbeitung und „Zoom“ für die Online-Klausuraufsicht. Dabei hatten die Studierenden die Wahl, ob sie sich an diesem Online-Prüfungsverfahren beteiligten oder lieber später, nach Aufhebung der Corona-bedingten Beschränkungen, die Klausur(en) unter gleichen Prüfungsbedingungen (daher ausnahmsweise ebenfalls mit Nutzung von Unterlagen, also „open book“) nachschreiben wollten.

Diese Nutzung von „Zoom“ zur virtuellen Klausuraufsicht hat jedoch auf Beschwerde einer/eines Beteiligten die Hamburger Datenschutzbehörde auf den Plan gerufen, die massive Bedenken geäußert und informell sogar die Möglichkeit eines „Bußgeldes bis in Millionenhöhe“ in den Raum gestellt hat. Die Bucerius Law School hat dazu schriftlich Stellung genommen, die Reaktion der Behörde steht noch aus. Datenschutzbehörden aus anderen Bundesländern haben sich – wenn auch nicht immer eindeutig¹³ – gegen die Nutzung von „Zoom“ bei der Online-Lehre ausgesprochen,¹⁴ so dass einige Hochschulleitungen von der Nutzung dieser Plattform zwischenzeitlich abgeraten haben.¹⁵ Datenschutz-

10 Auf professioneller Ebenen sind neben Zoom vor allem Jitsi und Big Blue Button sowie Skype zu nennen. Überblick etwa bei heise online v. 27.4.2020 (<https://www.heise.de/ct/artikel/Kostenlose-Videokonferenz-Programme-im-Funktionsueberblick-4704912.html>). An der *Universität Darmstadt* hat man auf Grundlage von „Big Blue Button“ ein System speziell für Hochschulzwecke entwickelt; dazu „Forschung aktuell: Computer und Kommunikation“, Deutschlandfunk v. 9.5.2020, (https://www.deutschlandfunk.de/jitsi-und-big-blue-button-open-source-angebote-fuer.684.de.html?dram:article_id=476375).

11 Der Benutzer (z.B. eine Hochschule oder ein einzelner Dozent) kann eine Sitzung einrichten und dann als Host den Teilnehmern mittels eines Links einen Beitritt ermöglichen; je nach Lizenz können bis zu ca. 500 Personen teilnehmen. Dabei lässt sich auch ein bestimmtes Zeitfenster für das „Meeting“ im Voraus festlegen. Dauern Meetings länger als 40 Minuten – was beim Einsatz in der Lehre praktisch immer der Fall sein dürfte – ist stets eine Lizenz erforderlich, wobei es ausreicht, wenn der Host über eine solche verfügt. Die Teilnehmer können dem „Meeting“ mit allen gängigen Endgeräten und (über einen Webbrowser) auch ohne Installation einer Software einfach durch Betätigung des Links beitreten und werden den jeweiligen Benutzer dann „live“ als Bild in einem „Fenster“ angezeigt, aber auch die Anzeige einer einfachen Liste ist möglich. Die Darstellung ist dabei in vielerlei Hinsicht variabel. Zoom ist standardmäßig dahingehend eingestellt, dass der Teilnehmer eingeblendet wird, der spricht. Außerdem kann grundsätzlich jeder Teilnehmende zur Wahrung seiner Privatsphäre einen virtuellen Hintergrund einstellen bzw. die Videoteilnahme auch ganz deaktivieren; auf diese Weise lässt sich bei einem „Meeting“ die Privatsphäre der Teilnehmer grundsätzlich wahren. Allerdings stellt der virtuelle Hintergrund in technischer Hinsicht gewisse Mindestanforderungen an die Hardware. Ferner kann jeder Teilnehmende relativ einfach den eigenen Bildschirminhalt (insbesondere eine Präsentation) teilen und auf diese Weise den übrigen Teilnehmern zugänglich machen. Wird

eine Präsentation oder auch ein virtuelles Whiteboard genutzt, ist die gleichzeitige Anzeige aller Teilnehmer – insbesondere bei einer großen Anzahl – freilich nur mittels Einbindung eines zweiten Bildschirms sinnvoll möglich. Im Übrigen verfügt Zoom über eine virtuelle „Meldefunktion“. Meldet sich ein Teilnehmer wird dies dem Host angezeigt, der auf diese Weise in die Lage versetzt wird, die Konversation ordnend zu lenken.

12 Insbesondere Zoom läuft über Server in den USA mit allen daraus folgenden Datenschutz-Risiken (siehe auch unten IV. 2. b). Einige andere Dienste (etwa *Jitsi* oder *BigBlueButton*) kann man dagegen von eigenen Servern aus nutzen. Dies erfordert (erhebliche) technische Ressourcen, bietet aber Vorteile im Hinblick auf den Datenschutz (kein Verkehr über Auslands-Server).

13 *Schröter/Zöllner*, Denn sie wollen wissen, was sie tun (dürfen), LTO v. 15.4.2020 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/datenschutz-behoerden-dsgvo-zoom-videokonferenz-unsicherheit/>)

14 So etwa im Interview der baden-württembergische Landesdatenschutzbeauftragte *Brink* (<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehrere-hochschulen-kaufen-fuer-das-sommersemester-zoom-lizenzen/>); „die Berliner Datenschutzbeauftragte hat ihre Warnung vor Skype, Teams und Zoom mittlerweile erneuert, vgl. FAZ v. 25.05.2020 (<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/berliner-datenschutzbeauftragte-warnt-vor-microsoft-produkten-16785095.html>).

15 Etwas verhalten andere Dienste empfehlend z.B. die *Universität Düsseldorf* (<https://www.uni-duesseldorf.de/home/startseite/news-detailansicht-inkl-gb/article/zoom-oder-nicht-zoom.html>). In Bayern wurde eine Petition gegen den Einsatz von Zoom an den Hochschulen gestartet (<https://www.change.org/p/bayerisches-staatsministerium-für-wissenschaft-und-kunst-nutzungsverbot-von-zoom-an-bayerischen-hochschulen-und-universitäten>); eine ähnliche Petition gibt es an der Universität Bonn (<https://www.openpetition.de/petition/online/kein-zoom-an-der-uni-bonn#petition-main>). Allzu breite Unterstützung haben diese Petitionen bislang allerdings nicht erhalten.

probleme stellen sich freilich nicht nur bei „Zoom“, sondern – möglicherweise abgeschwächt – auch bei anderen Videokonferenz-Plattformen für Lehrveranstaltungen. Viel hängt dabei allerdings von den konkreten Nutzungsmodalitäten ab (dazu unten IV.).

Vorgelagert stellt sich jedoch die Frage, inwieweit reine Online-Lehre in ihren verschiedenen Ausprägungen den Anforderungen der Wissenschaftlichkeit (Art. 5 Abs. 3 GG) genügen kann (III.). Zu klären ist dabei auch, inwieweit für Hochschullehrer eine Dienstpflicht zur Online-Lehre besteht, in der Krise oder auch allgemein.

III. Die Aufgabe wissenschaftlicher Lehre und die Lehrfreiheit

1. Lehrfreiheit und Dienstpflicht zur Online-Lehre

Die Umstellung auf reine Online-Lehre erfordert von den Lehrenden nicht nur zusätzliche technische Anstrengungen, sondern meist auch Anpassungen des wissenschaftsgeleiteten Lehrkonzepts. Nur bei kleineren Vorlesungen oder Seminaren mittels Videokonferenztechnik lässt sich Präsenzlehre weitgehend unverändert in den digitalen Raum übertragen, und selbst dann fehlt die für Präsenzveranstaltungen typische Lernatmosphäre, was wiederum Rückwirkungen auf die Kommunikation zwischen Lehrenden und Studierenden zeitigt.

Angesichts dieser erheblichen Strukturänderungen der Lehre bei Umstellung auf digitale Vermittlung wird teilweise bestritten, dass dies von Hochschullehrern als deren Dienstpflicht verlangt werden könne. Zwar seien Lehrverpflichtungen als solche, gestützt auf die entsprechenden Lehrdeputatsverordnungen, unbestritten eine durch den Ausbildungsauftrag der Hochschulen¹⁶ gerechtfertigte Einschränkung der in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten individuellen Lehrfreiheit. Doch die zur Lehrfreiheit gehörende Freiheit der Methodenwahl schütze die Hochschullehrer davor, dass Ihnen besondere Lehrformate wie die digitale Lehre durch die Fakultäts- oder Hochschulleitung aufgenötigt werden; dies gelte mit ge-

wissen Einschränkungen selbst in der derzeitigen Krisenzeit, wo traditionelle Lehre weitgehend unmöglich ist.¹⁷

Diese Auffassung vernachlässigt indes dreierlei. Erstens unterliegt auch die Methodenfreiheit in der Lehre einem gewissen, durch sich verändernde gesellschaftliche Umstände und neue didaktische Einsichten geprägten Wandel.¹⁸ 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.¹⁹ 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, wenngleich damit noch keine Festlegung auf konkrete technische und konzeptionelle Ausgestaltungen verbunden ist. Zweitens ist die Lehrfreiheit im Allgemeinen und die freie Wahl von Lehrformaten im Besonderen durch die Notwendigkeit beschränkt, mittels Koordination in der Fakultät und notfalls sogar Anordnungen der Fakultätsleitung die Abhaltung aller in der Studienordnung vorgesehenen Pflichtlehrveranstaltungen sicherzustellen.²⁰ Dabei geben Studienordnungen oftmals nicht nur das Thema und die Wochenstundenzahl von Pflichtlehrveranstaltungen vor, sondern auch den Veranstaltungstyp wie etwa Vorlesung, Übung, Seminar oder Labortätigkeit. Dies lässt sich im Grundsatz auf neue digitale Formate ausdehnen, solange innerhalb des so vorgegebenen Rahmens hinreichend Spielraum für den einzelnen Hochschullehrer zur Verwirklichung individueller wissenschaftlicher wie didaktischer Präferenzen verbleibt.²¹ Drittens schließlich wird die beamtenrechtliche Pflichtenstellung des Hochschullehrers zwar wesentlich durch die Wissenschaftsfreiheit überlagert

16 Zum Bedeutungsgewinn der staatlichen und universitären Gewährleistungsverantwortung für eine gute Hochschulausbildung *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 f.

17 *Dorff/Hartmer*, Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?, *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

18 Dazu näher *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), insb. Rn. 7: allgemeiner zur Entwicklungsoffenheit des Hochschulrechts und der Hochschulaufgaben mit Konsequenzen auch für den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG BVerfGE 126, 1, 19 f. (dort die Wissenschaftsfreiheit der Fachhochschullehrer betreffend); vgl. auch schon

BVerfGE 47, 327, 392.

19 Statt vieler *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 99; die kritisch-methodische Reflexion als Voraussetzung der Lehre ebenfalls betonend *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3 Rn. 115, 89. El. 2019.

20 *Fehling*, in: BK (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 178; speziell für die juristische Lehre *Basak*, in: Griebel/Gröblichhoff (Hrsg.), *Von der juristischen Lehre*, 2012, S. 93 (94).

21 Zur verbleibenden Gestaltungsfreiheit *Wendt*, in: v. Münch/Kunig Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 105.

und modifiziert, aber nicht gänzlich verdrängt;²² dies macht für einen Spezialfall auch Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG deutlich. Die besonders akzentuierte beamtenrechtliche Treuepflicht (z.B. § 3 Abs. 1 BeamStG, § 4 BBG) – abgeschwächt aber auch die arbeitsrechtlichen Pflichten angestellter Hochschullehrer an staatlichen wie staatlich anerkannten privaten Hochschulen – beinhalten die Dienstpflicht des Hochschullehrers, sich auch unter widrigen Umständen mit vollen Kräften und für die Erfüllung der dienstlichen (Lehr-)Verpflichtungen²³ einzusetzen.

Das beamtenrechtliche Sonderverhältnis mit der besonderen Treuepflicht, dem die besondere Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenübersteht, wird in der deutschen Tradition gerade damit gerechtfertigt, dass der Staat bei seinen Staatsdienern in Krisenzeiten auf besonderen Einsatz angewiesen ist, auch über „normale“ Dienststunden hinaus.²⁴ Dies gilt derzeit in der Pandemie nicht nur für den Polizisten oder den Amtsarzt, sondern auch für den (Hochschul-)Lehrer; gerade die Krise verdeutlicht, dass die (schulische wie auch wissenschaftliche) Bildung zu den für Staat und Gesellschaft unverzichtbaren Aufgaben gehört. Der beamtete Hochschullehrer ist deshalb verpflichtet, vorübergehend auch zu Lasten seiner Forschungszeit in neue, digitale Lehrformate einzuarbeiten. Darüber hinaus muss er oder sie für die Zeit, in der Präsenzlehre nicht oder nur eingeschränkt möglich ist, gegebenenfalls auch eigene – als solche durchaus valide (s.u. 2.) – wissenschaftlich-didaktische Bedenken gegenüber Online-Lehre zurückstellen, um wenigstens ein „Notprogramm“ in der Lehre aufrechterhalten zu können. Im Gegenzug verpflichtet die Fürsorgepflicht den Dienstherrn dazu, den Universitäten und den einzelnen Hochschullehrern die dafür notwendige digitale Ausstattung und gegebenenfalls entsprechende Schulungen o.Ä. zur Verfügung zu stellen. Denn auch für den Beamten gilt: Ihm (technisch) Unmögliches kann nicht verlangt werden.

Nach einer schrittweisen Rückkehr zur Normalität fordert das strukturelle Gleichgewicht von Treuepflicht des Beamten und Fürsorgepflicht des Dienstherrn, das

im Beamtenverhältnis (und modifiziert sowie auf beiden Seiten etwas abgeschwächt auch im Angestelltenverhältnis) angelegt ist, dann tendenziell einen gewissen Ausgleich für den besonderen zeitlichen Einsatz für die Lehre in der Krise. Gegebenenfalls kann sich dies sogar zu einem Anspruch der Hochschullehrer sowie des akademischen Mittelbaus auf vorübergehend mehr zeitlichen Freiräumen für „liegendebliebene“ Forschungsarbeit verdichten. Vor allem aber müssen dann die methodisch-didaktischen Spielräume der Lehrenden wieder wachsen. Inwieweit der einzelne Hochschullehrer die gewonnenen Erfahrungen mit der Online-Lehre als positiv bewertet und deshalb solche Elemente auch in der Normallage ergänzend in seiner Lehre einsetzt, wird wieder ganz vorrangig zu seiner individuellen Entscheidung. Allerdings können Studienordnungen und -pläne auch in der Normalsituation Vorgaben für Veranstaltungstypen enthalten; im Zuge eines Digitalisierungsschubs ließen sich hier bei wissenschaftlicher Eignung (dazu sogleich 2.) vermehrt auch digitale Formate integrieren. Wie allgemein bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen innerhalb einer Fakultät gilt jedoch der Vorrang der individuellen Eigeninitiative²⁵ und sodann der kollegialen Verständigung der Hochschullehrer; nur wenn Pflichtangebote sonst nicht abgedeckt werden können, darf die Fakultätsleitung im Rahmen ihrer Verpflichtung zur Koordination des Lehrangebots als ultima ratio Veranstaltungen zuteilen.²⁶ Beim konkreten didaktischen Konzept muss, bei der Online-Lehre in den Grenzen des technisch Möglichen, stets Ausgestaltungsspielraum verbleiben, nicht anders als bei einer Präsenz-Lehrveranstaltung. Darüber hinaus haben finanzielle und sonstige Anreize, um das besondere Engagement einzelnen Lehrender für solche Formate auszugleichen und zu belohnen, im Rahmen der Finanzierbarkeit Vorrang vor Anordnungen „von oben“.

2. Wissenschaftlichkeit der Lehre als Grenze

Von Hochschullehrern kann im Studium²⁷ nur wissenschaftliche Lehre verlangt werden. Daher müssen auch Online-Lehrformate über reine Wissensvermittlung

22 Vgl. Gärditz, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 176 ff.; Antoni, in: Wolf/Hömig, Art. 5 Rn. 33, 12. Aufl. 2018 jeweils m. w. N. Früher brachte dies auch § 49 HRG zum Ausdruck; dazu Thieme, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 695, vgl. auch Rn. 700. Die Verfassungsrechtsprechung hat sich mehrfach nur mit der Frage beschäftigt, ob Art. 33 Abs. 5 GG über Art. 5 Abs. 3 GG dem Hochschullehrer zusätzliche Rechte verleiht und dies verneint, vgl. BVerfGE 122, 89, 100; 88, 129, 143.; 35, 79, 146 f.

23 Insoweit zur dienstlichen Pflichtenstellung *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2, GG-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 48; *Reich*, in: ders. (Hrsg.), BeamStG, 3. Aufl.

2018, § 34 Rn. 2 m. w. N.

24 *Reich*, in: ders. (Fn. 23), § 34 Rn. 3.

25 BVerfGE 35, 113, 129.

26 BVerfGE 126, 1, 25; zustimmend z.B. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 485; ferner statt vieler *Löwer*, Freiheit wissenschaftlicher Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band 4, 2011, § 99 Rn. 59.

27 Anderes kann für die Weiterbildung gelten, die in den Hochschulgesetzen ebenfalls als Aufgabe der Hochschulen genannt wird.

hinaus zu einem Mindestmaß wissenschaftlich-kritischer Reflexion geeignet sein,²⁸ um wie traditionelle Vorlesungen, Übungen und Seminare Teil eines Lehrveranstaltungskanons werden zu können. Dies gilt mit gewissen Abstrichen mittlerweile auch für die Fachhochschulen.²⁹

Prima facie weisen reine Online-Lehrformate aufgrund ihrer technischen Beschränkungen typischerweise Eigenheiten auf, die einer wissenschaftlich-kritischen Reflexion wenig förderlich erscheinen: Asynchrone Online-Formate wie Podcasts u.Ä. blenden die für Reflexion so wichtige interaktive Kommunikation³⁰ aus, verführen zum unreflektierten „Konsum“.³¹ Eingebaute Zwischenfragen u.Ä. schaffen einerseits mehr Interaktion, tendieren aber zwecks Überprüfbarkeit der „Richtigkeit“ der Ergebnisse zu Schematismus, namentlich im Multiple-Choice-Modus.³² Der im Vergleich zum (Lehr-)Buch und auch zur klassischen Vorlesung weitaus geringere Umfang gebräuchlicher digitaler Formate zwingt dort zu einer deutlichen Vereinfachung;³³ scheinbar einfache Rezepte wiederum verführen zu mechanischem Auswendiglernen. Dahinter verbergen sich nicht selten längst überholte³⁴ „Nürnberger-Trichter“-Vorstellungen von Lehre und Lernen. All dies scheint ein mehr oder minder klarer Antagonismus zu wissenschaftlicher Lehre, die über die Wissensvermittlung hinaus zum Hinterfragen von Routinen und vermeintlichen Wahrheiten anleiten soll.³⁵

a) Gewisse Flexibilisierung zugunsten der Ausbildungsgewährleistung in der Krise

In der Notlage einer Pandemie wird man bei der Wissenschaftlichkeit gegebenenfalls Abstriche machen müssen. Solange faktisch kein wissenschaftsnäheres Lehrformat verfügbar ist, muss es vor dem Hintergrund der Ausbil-

dungsaufgabe ausreichen, wenn reine Online-Lehre jedenfalls besser ist als gar keine Lehrveranstaltungen, allein mit Empfehlungen zur Lektüre und Eigenarbeit der Studierenden. Der Einwand mangelnder Wissenschaftlichkeit könnte einer Dienstverpflichtung zur Online-Lehre in der Krise also nur entgegengehalten werden, wenn die Studierenden durch solche Lehrformate komplett falsche Vorstellungen von den an sie gestellten Anforderungen zu entwickeln drohten und möglicherweise nach der Krise für „echte“ wissenschaftliche Lehre spürbar weniger empfänglich wären als zuvor. Dies wird man jedoch kaum pauschal unterstellen können, zumal – wie sogleich zu zeigen – auch Online-Formate durchaus gewisse Spielräume für eine wissenschaftsnähere Ausgestaltung belassen. Bei Fernuniversitäten ist die Lehre aus der Distanz – früher mit schriftlichen Unterlagen, heute immer mehr über das Internet – ohnehin immer schon Programm gewesen, ohne dass man deren Wissenschaftlichkeit deshalb grundsätzlich in Zweifel gezogen hätte.³⁶

b) Stärkere Betonung der wissenschaftlichen Standards in der Normalsituation

Nach Ende der Pandemie entschärft sich das Wissenschaftlichkeits-Problem ein Stück bereits dadurch, dass Online-Lehre nur noch eine Ergänzung zu traditionellen Präsenzveranstaltungen sein wird. Doch dürfte der durch die Krise ausgelöste Digitalisierungsschub elektronischen Lehrformaten auch in der „Zeit danach“ quantitativ einen massiven Bedeutungsgewinn beschere.³⁷ Dies führt zu der Frage, welche Rolle (quantitativ wie qualitativ) Online-Formate mittelfristig in der Lehre im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG spielen dürfen und sollten. Die wissenschaftlich-didaktische Eignung verschiedener Online-Lehrformate muss rechtzeitig reflektiert

28 Den Reflexionsvorgang in der juristischen Ausbildung betonend, *Hufen*, Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, S. 1 ff; ähnlich *Lammers*, Lernen im Jura Studium und in der Examensvorbereitung, JuS 2015, 289, 291.

29 Zu Fachhochschulprofessoren als Trägern der Wissenschaftsfreiheit BVerfGE 126, 1, 19 f.; zusammenfassend *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 129 m. w. N.

30 Zu wissenschaftlicher Lehre als interaktiver Kommunikationsprozess *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 1; andeutungsweise *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 111; aus der allgemeinen Lit. zur (Hochschul-)Didaktik etwa *Tulodziecki/Herzig/Blömeke*, Gestaltung von Unterricht, 2017, S. 291 ff.

31 Vgl. *Jordanova-Duda*, Lern-Avatare unterwegs, VDI-Nachrichten v. 15.5.2020, S. 3: „Alle Vorlesungen aufzeichnen, ins Netz stellen und gut ist es. Das ist RTL-Niveau: Let us entertain you“.

32 Die Kritik an der Eignung von Multiple-Choice-Fragen im wissenschaftlichen Kontext war schon vor dem Internet weit verbreitet (z.B. *Phillips*, Aufgabenform und Aufgabenmodus bei multiple-choice-Aufgaben, Datenverarbeitung im Recht 1978, 341 ff.); aufgeschlossener z.B. *Krüger*, Ankreuzen kann ja jeder, oder?

– Die Verwendung von Multiple-Choice-Prüfungen in der juristischen Ausbildung, in: Brockmann/Pilniok (Hrsg.), Prüfungen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 107 ff.

33 Positiv gewendet von *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885, der betont, dass die Stärken digitaler Lehre im auswendig erlernbaren Basiswissen liege, ohne die Wissenschaftsadäquanz zu hinterfragen.

34 Vgl. allgemein zur heutigen Konzeption *Hattie*, Lernen sichtbar machen, 3. Aufl. 2015, S. 249 f.

35 Ähnliche Charakterisierung der Ziele wissenschaftlicher Lehre bei *Britz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 Rn. 29; *Gärditz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 5 Abs. 3 Rn. 115; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck Bd. 2. (Fn. 23), Art. 5 Rn. 490.

36 Auf die Fernuniversitäten verweisen an Rande auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), Forschung und Lehre v. 3.4.2020 (<https://www.forschung-und-lehre.de/recht/ist-elektronische-lehre-dienstpflicht-2667/>).

37 Dazu schon oben I. a.E.

werden, um nicht der normativen Kraft des Faktischen zum Opfer zu fallen.

Ungeachtet der zuvor beschriebenen, durchaus validen grundsätzlichen Kritikpunkte an vielen – nicht allen – Online-Lehrformaten haben diese doch auch gewisse Vorzüge sogar in einer Hochschulausbildung. 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.³⁸ 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. Dabei können strukturelle Nachteile der Online-Lehre durch geschickte Kombination mit traditionellen Formaten minimiert werden.³⁹

Letztlich besitzt der einzelne Hochschullehrer hinsichtlich der didaktischen Eignung bestimmter Lehrformate als Teil seiner Wissenschaftsfreiheit einen weiten Einschätzungsspielraum.⁴⁰ Jede(r) kann und muss in der Lehre eine eigene Balance zwischen Wissenschaftlichkeit und Berufsausbildung finden. Obligatorische Online-Lehre muss deshalb den Hochschullehrern genügend Ausgestaltungsspielraum zur Sicherung des individuell als notwendig erachteten Gehalts an Wissenschaftlichkeit belassen. Auch wenn Online-Lehre in Studienordnungen als Grundbestandteil mit aufgenommen wird, heißt dies nicht, dass sich jeder einzelne Hochschullehrer sich daran zu beizeugen hat. Wie auch sonst muss nur das Pflichtangebot von der Fakultät insgesamt abgedeckt werden. Dabei wiederum ist die verpflichtende Einbindung eines individuellen Hochschullehrers nur das allerletzte Mittel, wenn die kollegiale Selbstkoordi-

nation bei der Verteilung der Lehrverpflichtungen versagt.

Hier bestätigt sich noch einmal: Die individuelle Freiheit der Methodenwahl der Hochschullehrer, worin sich auch ihr jeweiliges Wissenschaftsverständnis widerspiegelt, bleibt auch in der Krise zu schützen. Die Lehrfreiheit steht jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Hochschul-Ausbildungsaufgabe, deren Aufrechterhaltung in der Krise, nicht zuletzt angesichts der beamtenrechtlichen Treuepflicht, ein temporär höheres Gewicht erlangt.

IV. Anforderungen des Datenschutzes bei Nutzung digitaler (Videokonferenz-)Plattformen

Videokonferenz-Plattformen ermöglichen, wenn sie von Zuhause genutzt werden, allen Teilnehmern (bei Lehrveranstaltungen also dem Dozenten und den beteiligten Studierenden) sowie dem Veranstalter (der Hochschule und dort möglicherweise Personen aus der Verwaltung, bei Prüfungen vor allem auch den Aufsichtsführenden) durch die Bildübertragung einen gewissen Einblick in die räumliche Privatsphäre aller mit Bild Zugeschalteten. Darüber hinaus hat das Unternehmen, das die entsprechende Konferenztechnik anbietet und die technische Plattform dafür zur Verfügung stellt, potentiell Zugriff auf die dabei generierten Daten (Teilnehmer- oder zumindest Endgerätidentifizierung, Bilder, ggf. sogar Gesprächsinhalt). Unter beiden Aspekten stellen sich Probleme des Datenschutzes. Vor allem aber das Risiko des unkontrollierten Datenabflusses an den Dienstleister ist massiv in die Kritik geraten, ganz besonders bei dem US-amerikanischen Anbieter „Zoom“ angesichts einiger dort im März/April 2020 aufgedeckter Mängel.

Allerdings ist der Blickwinkel der einschlägigen EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mit dem zugrundeliegenden EU-Primärrecht keineswegs einseitig allein auf die Datensparsamkeit ausgerichtet, wie einige Datenschutzbehörden glauben machen wollen. Der freie Datenverkehr fungiert in Art. 1 Abs. DSGVO als weiteres (wenngleich nicht voll gleichberechtigtes) Ziel neben dem Schutz personenbezogener Daten.⁴¹ Dieser Dualis-

38 Hierzu und zum Folgenden *Fehling*, in: Krüper (Fn. 4), Rn. 13 ff.; die Verschiebung „from teaching to learning“ ebenfalls betonend *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 885; vgl. auch *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – Ein verlorenes Grundrecht?, 2006, S. 244 ff.

39 Vgl. *Zwickel* (Fn. 1), JA 2018, 881, 884 ff.

40 Vgl. zur „Lehrmethodenfreiheit“ *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 23), Art. 5 Rn. 491; ferner auch *Dorf/Hartmer* (Fn. 17), *Forschung und Lehre* v. 3.4.2020.

41 Allerdings wird der freie Datenverkehr auf EU-Ebene primär

als Ausprägung der Grundfreiheiten angesehen und ist damit weniger individualrechtlich konnotiert; näher *Hornung/Spiecker*, gen. *Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. *Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 1 Rn. 25 ff. Deutlicher wird die Parallelität des Datenschutzes und der Möglichkeiten zum Datenaustausch im deutschen Verfassungsrecht, wo BVerfGE 65, 1 (44) beides als Ausprägungen der informationellen Selbstbestimmung begreift.

mus der Ziele spiegelt sich auch im Regelungsauftrag an die europäische Gesetzgebung in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV wider. Das Verbotsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 DSGVO) ist zusammen mit den verschiedenen möglichen Rechtfertigungsgründen für eine Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 6 Abs. 1 DSGVO auf der Basis von Art. 8 Abs. 1 bzw. 2 GrCh) so zu lesen, dass eine Balance zwischen dem Schutz persönlicher Daten vor unbefugter Verwendung und dem Interesse der Einzelnen wie des Geschäftsverkehrs an den Vorteilen der Datenverarbeitung geschaffen werden soll. Die gesetzliche Regelungstechnik darf – jedenfalls zwischen Privaten – nicht dahingehend überinterpretiert werden, als müsse die rechtstechnische Regel des Verbots der Verarbeitung personenbezogener Daten auch quantitativ der Normalfall und die Rechtfertigung die seltenere Ausnahme bleiben.⁴² Dies gilt unabhängig von der umstrittenen und hier nicht zu klärenden Frage, ob in die europäischen Regelungen die deutsche Sichtweise der informationellen Selbstbestimmung im Sinne des Volkszählungsurteils⁴³ hineininterpretiert werden kann⁴⁴ oder eine stärker objektive, auf die Herstellung eines funktionsfähigen Marktes für Datenverarbeitung ausgerichtete Lesart⁴⁵ zu bevorzugen ist.

1. Relativierung des Datenschutzes in der „Ausnahmelage“?

Die deutsche Kanzlerin nannte die Corona-Krise die größte Herausforderung für Deutschland seit dem zweiten Weltkrieg;⁴⁶ in anderen Staaten wurde sogar die

Kriegsrhetorik bemüht. Vor diesem Hintergrund scheint es nahe zu liegen, die Sentenz „Not kennt kein Gebot“⁴⁷ zu bemühen und das Datenschutzrecht kurzerhand für nachrangig zu erklären, sofern es einer effektiven Krisenbewältigung in der Ausbildung im Wege zu stehen scheint.

Ein solches Argumentationsmuster lässt sich – scheinbar – auf die bekannten staatsrechtlichen und -theoretischen Überlegungen zur Rechtsbindung im Ausnahmezustand zurückführen. Die These, Rechtsbindung (Normativität) setze faktische Normalität voraus, fand sich besonders prominent bei *Carl Schmitt*, wurde aber auch von dessen Antipode *Hermann Heller* übernommen.⁴⁸ Solchermaßen gleichsam entdämonisiert durchzieht eine derartige oder jedenfalls ähnliche Argumentation auch Teile der heutigen Staatsrechtslehre.⁴⁹ Andere wollen den Ausnahmezustand deshalb ungerechtfertigt lassen, weil darauf zugeschnittene Rechtsregeln einen falschen Anreiz zu deren Nutzung setzen könnten; ohne Regelung seien die Hemmungen größer, Notstandsbefugnisse in Anspruch zu nehmen.⁵⁰ Dem gegenüber steht die Gegenthese,⁵¹ der Ausnahmezustand müsse soweit wie möglich durch Verrechtlichung gezähmt werden,⁵² wie es das Grundgesetz mit der Notstandsverfassung versucht hat.

An dieser Stelle zeigt sich zugleich aber schon der Unterschied zur Sicherung der Hochschulausbildung in der heutigen Corona-Krise. Hier steht gerade nicht die massive Ausweitung staatlicher Befugnisse zu Lasten der Grundrechte als individuelle Abwehrrechte in Rede. Es werden in diesem speziellen Zusammenhang⁵³ nicht der

42 Vgl. aus deutschem Blickwinkel etwa *Masing*, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2003, 2306 f.; *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91, 100.

43 BVerfGE 65, 1.

44 So etwa *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 19; *Krönke*, Datenpaternalismus, Der Staat 55 (2016) S. 319, 342 ff.

45 Gegen eine Orientierung am deutschen Konzept mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte *Kranenberg*, in: *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 8 Rn. 08.25; *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, S. 74 f.; gegen eine simple Übertragung des deutschen Datenschutzverständnisses auch *Albers*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Band II, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 45; für eine verhaltensökonomische Fundierung ferner eingehend *Gebhardi*, „Nudging“ – Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im deutschen Verwaltungsrecht (in Vorbereitung).

46 Ansprache v. 18.3.2020 (<https://www.bundesregierung.de/bregde/themen/coronavirus/ansprache-der-kanzlerin-1732108>).

47 Zur Genese eingehend *Kaiser*, *Ausnahmerechtsverfassungsrecht*, 2020, S. 25 ff.

48 *Schmitt*, *Politische Theologie*, 2. Aufl. 1934, S. 11 u. 19 f.; *Heller*,

Staatslehre, 1934, S. 255.

49 Z.B. *Isensee*, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion? in: *Brugger/Haverkate* (Hrsg.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft Nr. 84, 2002, S. 58, 65; *S. Augsberg*, Denken vom Ausnahmezustand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Deskonstruktion des Normativen, in: *Arndt et al.* (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 2009, S. 28 ff.

50 Paradigmatisch *Lübbe-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht, ZParl 11 (1980), S. 110, S. 117 ff.

51 *Kaiser* (Fn. 47), S. 112 ff., stellt die beiden Positionen als Exklusions- versus Inklusionsthese gegenüber und plädiert selbst für eine „modifizierte Inklusion“.

52 Auf eine Generalermächtigung setzend *K. Hesse*, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DÖV 1955, 741, 744; *ders.*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, JZ 1960, 105 ff.; mit anderer Akzentuierung *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ff.

53 Die allgemeine Problemlage in der Covid 19-Krise kommt allerdings der Diskussion um ein „Ausnahmerechtsverfassungsrecht“ (*Kaiser*) strukturell näher, weil insoweit klassische Freiheitsrechte (namentlich die Versammlungsfreiheit und die Berufsfreiheit, aber auch die allgemeine Fortbewegungsfreiheit) zugunsten des Großen und Ganzen in Gestalt des allgemeinen Gesundheitsschutzes massiv zurückgedrängt werden.

Fortbestand des Staates und die staatliche Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit seiner Bürger gegen die individuellen Freiheiten in Stellung gebracht. Vielmehr geht es, gleichsam mehrere Stufen „tiefer“, um den Schutz von Entfaltungsmöglichkeiten der Studierenden durch und in der Hochschulausbildung im Spannungsverhältnis zu ihren grundrechtlich fundierten Datenschutzinteressen. Man ruft nicht nach dem Leviathan, sondern nach dem Kollisionslagen schlichtenden Staat, der (hier besonders in Gestalt der Datenschutzbehörden), wie so oft auch in der Normalsituation, verschiedene verfassungsrechtlich geschützte Belange im Sinne praktischer Konkordanz zum Ausgleich bringen muss. Dies wird zusätzlich dadurch verdeutlicht, dass staatliche wie private Hochschulen gleichermaßen betroffen sind. Insoweit ist eine andere Rechtsschicht⁵⁴ betroffen als in der klassischen Auseinandersetzung über die juristische Bewältigung des Ausnahmezustands.

Eher könnte man an Überlegungen aus der Frühphase des Verwaltungsrechts anknüpfen, wonach in das – damals spärliche – Gesetzesrecht nach Sinn und Zweck eine mehr oder minder weite „Dispensations“-Ermächtigung im Ausnahmefall hineinzulesen sei.⁵⁵ Allerdings ist das heutige (Verwaltungs-)Recht weitaus dichter geknüpft als das aufkommende Verwaltungsrecht des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts (vom Wegfall der monarchischen Prerogative ganz abgesehen), so dass eine Lückenfüllung durch die Konstruktion immanenter Abweichungsbefugnisse in atypischen Fällen nicht mehr gleichermaßen benötigt wird. Vielmehr ist es ein Gebot des Rechtsstaates, solche Ausnahmelagen jedenfalls unterhalb des „echten“ Ausnahmezustands gesetzesimmanent – und dies heißt: mit Mitteln der Gesetzesauslegung – zu bewältigen. Auch unter Art. 20 Abs. 3 GG enthalten Gesetze oftmals offene oder versteckte Konkretisierungsspielräume; unbestimmte Gesetzesbegriffe und offene Ermessensklauseln sollen nicht zuletzt eine „situationsgeleitete“ – und das kann auch bedeuten: eine besondere Krisenlage berücksichtigende – Handhabung ermöglichen.⁵⁶

Für das Datenschutzrecht bei der Online-Hochschullehre in der Krisenzeit bedeutet dies: Es ist primär da-

nach zu suchen, wo die einschlägige DSGVO durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsklauseln selbst schon Wertungsspielräume enthält, die zur Berücksichtigung der besonderen Lage genutzt werden können. Darüber hinaus lässt sich auch an eine teleologische Reduktion⁵⁷ weitreichender Datenschutzerfordernissen denken, wenn und soweit dies nicht mit pauschaler Krisenrhetorik, sondern methodisch diszipliniert begründbar erscheint. Bei näherem Hinsehen erweist sich das Datenschutzrecht als flexibler, als es bislang manchmal den Anschein hatte. Dies gilt ganz besonders vor dem bereits betonten Hintergrund, dass die DSGVO ohnehin schon auf einen schonenden Ausgleich zwischen Datenschutz- und legitimen Datenverarbeitungsinteressen – beides Ausdruck grundrechtlicher Freiheit – angelegt ist. Zugleich ist aber darauf zu achten, dass nach einer Rückkehr zur Normallage die „klassischen“ Datenschutzbelange in allfälligen Abwägungen wieder an Gewicht gewinnen können. Nicht alles, was in der Krise zulässig ist, wird es auch später sein.

2. Beschränkte Wertungsoffenheit der EU-Datenschutz-Grundverordnung

In der Analyse sind auf mehreren Ebenen verschiedene Konstellationen und Konfliktfelder zu unterscheiden. Erstens können die Privatsphäre und der Datenschutz der Studierenden sowohl durch die Hochschule selbst bei ihrer Nutzung einer Plattform wie „Zoom“ als auch durch den Plattformbetreiber beeinträchtigt werden. Geht es um den Missbrauch der generierten Daten durch den Betreiber der Videoplattform (die zweitgenannte Konstellation), so stellt sich die Frage, inwieweit die das Konferenzsystem nutzende Hochschule dafür datenschutzrechtlich überhaupt verantwortlich gemacht werden kann. Auf einer zweiten Ebene muss jeweils danach differenziert werden, ob eine Videokonferenzplattform zu Lehr- oder aber zu Prüfungsüberwachungszwecken genutzt wird. Bei diesen beiden Nutzungsarten kommen auch unterschiedliche Rechtfertigungen der Datenerhebung und -verarbeitung in Betracht.

54 Ein Vier-Schichtenmodell entwickelt *Kaiser* (Fn. 47), S. 65 f. Die hier behandelten Probleme dürften in diesem Modell noch auf der ersten Ebene, dem Recht der reinen Normallage mit mittelbarem Krisenbezug, anzusiedeln sein.

55 Rückblickend zur Befugnis des Monarchen und seiner Verwaltung zu „Dispensationen“ *G. Meyer*, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. 1905, S. 652 m.w.N. in dortiger Fn. 11, der diese Lehre aber bereits als überholt bezeichnet; gegen solche (kaiserlichen) Dispensationen auch *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Zweiter Band, 2. Aufl. 1891, S. 1031; vgl. aber auch *v.d. Mosel*, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts, 12.

Aufl. 1912, Stichwort „Ausnahmebewilligung (Dispensation)“. Bei der Behandlung der Herrschaft des Gesetzes und des Gesetzesvorrangs durch *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924 (Nachdruck 2004), S. 64 ff. taucht eine solche Relativierung bereits nicht mehr auf.

56 Ähnlich allgemein *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 60.

57 Zu Möglichkeiten und Grenzen als rechtstechnisches Instrument der Ausnahmebildung allgemein *Kaiser* (Fn. 47), S. 48.

a) Erstes Konfliktfeld: Verletzung der Privatsphäre der Studierenden durch die Hochschule mittels der Video-Konferenzplattform

aa) Fall der Auftragsdatenverarbeitung

Aus Sicht der Hochschule wird regelmäßig eine Auftragsverarbeitung (wenig aussagekräftig definiert in Art. 4 Nr. 8 DSGVO) angenommen.⁵⁸ Der Videokonferenzanbieter (z.B. „Zoom“) verarbeitet die Daten für den Konferenzveranstalter. Bei Prüfungen oder Lehrveranstaltungen ist dies die Hochschule, die demnach als Auftraggeber datenschutzrechtlich Verantwortlicher ist. Die Hochschule treffen über die allgemeinen Anforderungen des Art. 24 DSGVO hinaus auch die besonderen Verpflichtungen des Art. 28 DSGVO. Insbesondere muss eine Vereinbarung über die Auftragsdatenverarbeitung abgeschlossen werden. Ganz eindeutig ist die Abgrenzung zu sonstigen Formen von Funktionenübertragung auf einen Dritten und zu einer gemeinsamen Verantwortung (Art. 26 DSGVO) freilich nicht.⁵⁹ Denn die Auftragsverarbeitung geht idealiter davon aus, dass dem Auftragnehmer kaum mehr Spielraum bei der Aufgabenerfüllung bleibt und er voll weisungsabhängig ist.⁶⁰

Das wird man bei einem Videokonferenzplattformanbieter mit oftmals zusätzlichem, auf eigener weiterer Datenverarbeitung basierendem Geschäftsmodell nicht pauschal bejahen können. Dennoch bleibt die Einordnung als Auftragsverarbeitung im Ergebnis überzeugend, weil sich, wie noch darzulegen, zwischen der Abwicklung der Konferenz und eventueller zusätzlicher eigeninteressierter Datenverarbeitung durch den Plattformbetreiber trennen lässt. Im Übrigen würde eine andere Einordnung an der datenschutzrechtlichen Verantwortung der Hochschule im Hinblick auf deren Datenverarbeitung nach Art. 24 DSGVO nichts ändern.

bb) Betroffene personenbezogene Daten

Bei der Videokonferenz werden nicht nur die Namen der beteiligten Studierenden angezeigt und ihre Gesichter abgebildet, sondern gegebenenfalls ist auch ein räumlicher Hintergrund aus ihrer häuslichen Privatsphäre sichtbar. All dies sind geschützte personenbezogene Daten, deren Erhebung und gegebenenfalls Weiterver-

beitung einer Rechtfertigung nach Art. 6 DSGVO bedarf. Allerdings ist spätestens bei der Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung, wenn nicht schon bei der Frage der Beeinträchtigung als solcher, zu berücksichtigen, dass Gesicht und möglicherweise auch Identität der Studierenden für den Dozenten und die beteiligten Kommilitonen auch bei Präsenzveranstaltungen offenliegen, die Umstellung auf Online-Lehre oder -Prüfung insoweit also keinen oder kaum einen Unterschied macht. Online-typisch ist demgegenüber der Einblick in die räumliche Privatsphäre. Bei Lehrveranstaltungen kann dies jedoch durch die Teilnahme ohne Bild oder – sofern mit dem eigenen Endgerät technisch möglich – die Nutzung eines virtuellen Hintergrunds vermieden werden. Bei Online-Prüfungsaufsicht ist dieser Selbstschutz dagegen nicht möglich, weil der räumliche Einblick zur Reduzierung der Täuschungsmöglichkeiten und damit für den Aufsichtszweck zwingend notwendig ist.

Zu einem deutlich stärkeren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt es, wenn die Videokonferenz aufgezeichnet wird. Dies ist jedoch weder bei Online-Lehrveranstaltungen noch bei der Online-Prüfungsaufsicht notwendig. Will man den Studierenden eine Vorlesungs-„Konserve“ zum beliebigen „Nachhören“ zur Verfügung stellen, so ist eine bloße Aufzeichnung des Dozentenvortrags ohne studentische (Diskussions-)Beiträge datenschutzrechtlich vorzugswürdig, denn dazu ist nur die Einwilligung des Dozenten erforderlich.

cc) Rechtfertigungstatbestände

Die möglichen Rechtfertigungsgründe für die Datenverarbeitung im Auftrag der Hochschule sind in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgelistet. Primär ist an eine Einwilligung (definiert in Art. 4 Nr. 11 DSGVO) der Studierenden zu denken (lit. a), wobei sich nähere Anforderungen an eine solche Einwilligung aus Art. 7 DSGVO (insb. Abs. 4) ergeben. Daneben kommt aber im Lichte des gesetzlichen Lehr- und Ausbildungsauftrags der Hochschulen auch die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Rechtspflicht (lit. e) als Rechtfertigungsgrund in Betracht; hilfsweise ist auch an das öffentliche Interesse im Sinne von lit. f zu denken. Dabei muss zwischen der Nutzung einer Videokonferenzplattform zur Prüfungs-

58 *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020), S. 1 (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1145&token=7c30ea4e2f93a4e489ed576abe9905231536b453>); *Lukaß*, Videochats & Datenschutz – Heute: „Zoom“ (<https://www.datenschutz-notizen.de/videochats-datenschutz-heute-zoom-4325330/>); *Stoklas*, Datenschutz in Zeiten von Corona, ZD-Aktuell 2020, 07093; in der Tendenz allgemein für „Plattform as a Service“, dabei jedoch die Wertungsbedürftigkeit

im Einzelfall betonend, *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 16.

59 Ganz allgemein zur schwierigen Abgrenzung *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Nr. 8 Rn. 1.

60 Vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 3; einen „gewissen[n] Spielraum“ zuerkennend, sofern rechtliche und tatsächliche Einflussmöglichkeiten bestehen, *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 30

aufsicht und zur Abhaltung von Lehrveranstaltungen (Vorlesungen und Seminare, ggf. auch Übungen) unterschieden werden

(1) Für die *Prüfungsaufsicht* über „Zoom“ an der Bucerius Law School hatte die Hamburger Datenschutzbehörde behauptet, eine Einwilligung der Prüflinge scheidet bereits mangels Freiwilligkeit aus. Diese Rechtsauffassung basiert jedoch auf falschen rechtlichen Vorstellungen von Freiwilligkeit im Datenschutzrecht. Generell lässt sich nicht mehr von Freiwilligkeit sprechen, wenn eine der Parteien eine solche Übermacht besitzt, dass sie die (Vertrags-)Bedingungen faktisch einseitig diktieren kann.⁶¹ Im Verhältnis zwischen Hochschule und Studierenden besteht ein massives Machtgefälle zwar bei Prüfungen generell, aber nicht speziell bei der hier zu treffenden Entscheidung, wann und unter welchen Bedingungen die Prüfung abgelegt wird. Letztlich wird der Rechtskreis der Studierenden durch die Möglichkeit, die Prüfung zum Normaltermin über die Videokonferenzplattform (hier: „Zoom“) zu absolvieren, gegenüber der einzig realistischen Alternative – alle müssten wegen der Schließung der Hochschulen später mit Doppelbelastung nachschreiben – nur erweitert. Die zu Prüfenden erhalten die zusätzliche Option, eigenverantwortlich abwägen zu können, ob sie den Eingriff in ihre Privatsphäre durch diese Klausuraufsicht für weniger belastend erachten als die spätere Zusatzbelastung durch nachzuholende Klausuren. Zwar ist es für die Studierenden zweifelsohne ein gewisser Nachteil, wenn sie Klausuren mangels Einwilligung in das Zoom-Verfahren später im Hörsaal nachschreiben müssen, weil dadurch im folgenden Trimester eine Doppelbelastung entsteht. Freiwilligkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Verweigerung der Einwilligung keinerlei Nachteile mit sich bringen darf. Im Gegenteil: Man willigt gerade ein, weil man sich davon einen Vorteil verspricht. Dementsprechend ist anerkannt, dass der Nachteil, einen Dienst nicht nutzen zu können, die Freiwilligkeit der Einwilligung als solche nicht infrage stellt. Das Koppelungsverbot des

Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist sehr schwach formuliert;⁶² es fordert nur, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, ob die Erbringung einer Dienstleistung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Dieser Maßstab stellt die Freiwilligkeit der Einwilligung jedenfalls dann nicht in Frage, wenn und soweit eine zumutbare Alternative besteht und kein massives Machtgefälle eine autonome Entscheidung faktisch ausschließt.

Freiwilligkeit setzt allerdings hinreichende Informiertheit voraus. Die Hochschule als Verantwortlicher muss deshalb über Art und Umfang der im Zuge der Prüfungsaufsicht beabsichtigten eigenen Auftragsdatenverarbeitung hinreichend und klar verständlich belehren.⁶³

(2) Auf die Teilnahme an „Zoom“-Lehrveranstaltungen lässt sich die obige Argumentation zur Freiwilligkeit einer Einwilligung der Studierenden nicht ohne weiteres übertragen. Dies wäre allenfalls der Fall, wenn es konkret die Alternative gibt, die gleiche Vorlesung oder das gleiche Seminar sofort nach Ende der Krise unter normalen Bedingungen nachholen zu können. Das wird keineswegs immer möglich sein; oftmals werden Veranstaltungen nur in einem längeren (jährlichen) Turnus wiederholt und dies jedenfalls bei Seminaren nicht notwendig mit genau derselben Ausrichtung.

Deshalb kommt es insoweit verstärkt auf die anderen Rechtfertigungsmöglichkeiten an. In Vordergrund steht die Erfüllung des hochschulgesetzlichen Ausbildungsauftrags im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO. Dies erfasst auch staatlich anerkannte private Hochschulen, unabhängig davon, ob man schon in deren Anerkennung eine Beleihung sieht.⁶⁴ Außerdem dürfte auch lit. f einschlägig sein, weil die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (der Hochschule als zur juristischen Ausbildung Berechtigten) oder auch eines Dritten (den Studierenden, um ihnen das Ablegen der Pflicht-Prüfungen im normalen

61 Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 54 ff.; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 46, 53; es besteht eine enge Verwandtschaft zur Verfassungsrechtsprechung über eine massiv asymmetrische Verhandlungsposition (vgl. BVerfG JZ 2007, 576 [577]).

62 Eingehend dazu etwa Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 58 ff.; vgl. auch Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 42 ff.

63 Allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen Vollständigkeit und Verständlichkeit bei der Pflicht des Verantwortlichen, die erforderlichen Informationen bereitzustellen, Klement, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 7 Rn. 74 ff.; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 60; skeptischer gegenüber der Freiwillig-

keit Hoeren, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 2020. S. 10 ff.

64 Die Hamburger Datenschutzbehörde zieht insoweit gegenüber der Bucerius Law School fälschlicherweise (fast) ausschließlich Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO in Betracht: Die Verarbeitung der Daten sei erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, hier in Gestalt der Studienverträge der Studierenden mit der Hochschule. Dies vernachlässigt jedoch die Tatsache, dass die Bucerius Law School eine staatlich als gleichwertig anerkannte wissenschaftliche Hochschule ist, die die Studierenden ebenso zum Ersten Examen führt wie die staatlichen Universitäten.

Zeitplan zu ermöglichen) erforderlich erscheint – sofern nicht die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person (der Prüflinge), die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, was im Anschluss geprüft wird.

dd) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Nach allen genannten Rechtfertigungsgründen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO muss die Datennutzung im konkreten Fall für den jeweils genannten legitimen Zweck „erforderlich“ sein; außerdem trifft den Verantwortlichen ganz allgemein die Pflicht zur Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO). Im Schrifttum ist darüber hinaus auch von der Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs die Rede.⁶⁵ Damit werden allgemeine Grundsätze der Verhältnismäßigkeit rezipiert. Der dabei eröffnete Abwägungsspielraum muss, wie allgemein bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, situationsangemessen gefüllt werden. Hier liegt der rechtsdogmatische Schlüssel für die angemessene Berücksichtigung der Ausnahmelage.⁶⁶ In der Krise kann der Einsatz von Videokonferenz-Plattformen u.Ä. zur Aufrechterhaltung interaktiver Lehre notwendig sein, auch wenn solche Techniken bei den derzeit am Markt befindlichen Anbietern datenschutzrechtlich deutlich suboptimal bleiben, so dass deren Einsatz auf längere Sicht, außerhalb der Krise, bedenklich erschiene. Wenn schnell gehandelt werden muss, ist es weit weniger möglich und zumutbar, zunächst aufwendig nach der datenschutzfreundlichsten Lösung zu suchen oder gar eigene technische Systeme zu entwickeln; längerfristig wird dies dagegen notwendig sein, wenn man solche Tools auch nach der Pandemie dauerhaft (wenn auch in deutlich reduziertem Umfang, da nur noch die Präsenzlehre ergänzend) nutzen wollte.

Es besteht ein hohes Interesse daran, das Bildungswesen so weit wie möglich gerade im Interesse der Studierenden (kaum anders als bei den Schülern) im derzeitigen Ausnahmezustand aufrecht zu erhalten; auch aus psychologischen Gründen. Neben der allgegenwärtigen Angst vor potentiell Massensterben (und sei es auch „nur“ bei Angehörigen und Freunden aus sog. „Risikogruppen“) sollte nicht noch die weitere Sorge treten müssen, für das zukünftige Studium zusätzliche Prüfungslasten aufzuhäufen bzw. das Studium kostenträchtig deut-

lich verlängern zu müssen.

(1) Bei der „Zoom“-Klausuraufsicht will die Hamburger Datenschutzbehörde fälschlicherweise bereits die Eignung zur Unterbindung von Täuschungsversuchen verneinen. Zwar ist es richtig, dass die Aufsichten den Bildschirm der Klausurbearbeiter/-innen nicht einsehen und damit verbundene Täuschungsmöglichkeiten nicht enttarnen konnten. Nach allgemeinen Grundsätzen setzt die Geeignetheit jedoch nicht voraus, dass das Ziel immer und im vollen Umfang erreicht wird; es genügt, wenn man dem Ziel substantiell näher kommt, es also teilweise erreicht.⁶⁷ Durch die „Zoom“-Klausuraufsicht kann zumindest sichergestellt werden, dass sich nicht mehrere Personen zusammen im jeweiligen Raum mit der Klausur beschäftigen. Dies reduziert die Täuschungsmöglichkeiten spürbar. Psychologisch wird so jedenfalls ansatzweise eine ernsthafte Prüfungsatmosphäre gesichert, wenn auch weniger als bei einer Präsenzprüfung. Eine deutliche Ankündigung der Sanktionierung von Täuschungsversuchen kann und muss hinzukommen, ist aber entgegen den Ausführungen der Datenschutzbehörde allein keine gleich geeignete, die Erforderlichkeit der „Zoom“-Aufsicht in Frage stellende Alternative.

Angesichts des zugegebenermaßen begrenzten Nutzens dieser Aufsicht stellt sich freilich hier mit besonderer Schärfe die weitere Frage, ob dieser Nutzen die „Kosten“ für die Privatsphäre der Prüfungsteilnehmer/-innen in der Abwägung rechtfertigen kann. Doch auch der Eingriff in die Privatsphäre bleibt relativ gering. Denn fast jede(r) kann sich in seinen/ihren Räumlichkeiten bei der Klausur am Laptop (der Normalfall bei den Studierenden) so platzieren, dass nicht allzu viel von ihren/seinen räumlichen Privatsphäre sichtbar ist. Damit erscheint der Einsatz dieser Technik zur Prüfungsüberwachung jedenfalls dann vertretbar, wenn den Studierenden die freie Wahl bleibt, stattdessen später unter gleichen Prüfungsbedingungen im Hörsaal nachzuschreiben.

Sobald die Hochschulen wieder (zumindest für Prüfungen) geöffnet sind, dürfte dagegen eine Online-Klausuraufsicht mit Einblick in das häusliche Umfeld der zu Prüfenden regelmäßig unzulässig sein, da dann ohne Zeitverlust die datenschutzfreundlichere Präsenzprüfung möglich ist.

65 Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 7 Rn. 54; Hoeren (Fn. 63), S. 33.

66 Von der Hamburger Datenschutzbehörde wurde dies im Anhörungsverfahren zur Zoom Klausuraufsicht komplett ignoriert, obwohl diese Behörde die Ausnahmelage doch in einer früheren allgemeineren Handreichung (im Internet nicht mehr verfügbar, nunmehr ersetzt durch eine neue Version unter <https://>

datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq), noch zur Kenntnis genommen hatte ebenfalls eher zurückhaltend hinsichtlich der Ausnahmelage im Rahmen der Abwägung Hoeren (Fn. 63), S. 27 ff.

67 Siehe etwa BVerfGE 30, 292 (316); 115, 276 (308); Manssen, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, Rn. 209 für die konkrete Konstellation grundsätzlich auch Hoeren (Fn. 63), S. 26 f.

(2) Für *Lehrveranstaltungen* ist der Einsatz einer (bestimmten) Videokonferenztechnik geeignet und erforderlich, wenn es keine (auch in der Bedienung) zumutbare technische Alternative gibt, mit der auch größere Gruppen während der Corona-Ausnahmelage online interaktiv (mit der Möglichkeit, sich zu melden und aufgerufen zu werden) unterrichtet werden können. Grundsätzlich ist zwar nur die datenschutzfreundlichste Lösung „erforderlich“, doch die Anforderungen an die Suche und die Optimierung dürfen dabei in der Krise und unter großem Zeitdruck, wie bereits betont, nicht überspannt werden. Ein Ausweichen auf rein asynchrone Angebote (Podcasts u.Ä.) ist nicht gleichermaßen geeignet, selbst wenn über die Möglichkeit von schriftlichen Nachfragen (per Mail oder auf einer entsprechenden Plattform) zeitversetzt eine gewisse Interaktivität möglich ist. Denn damit lässt sich lernpsychologisch die direkte Interaktion und die dadurch geschaffene größere Aufmerksamkeit nicht ersetzen; auch in Podcasts o.Ä. eingebaute (Multiple-Choice-) Fragen bieten nur einen äußerst unvollkommenen Ersatz für individuelle Nachfragen und Diskussionsmöglichkeiten.

Der Eingriff in die Privatsphäre ist bei solchen Online-Lehrveranstaltungen noch deutlich geringer als bei der Prüfungsüberwachung. Denn den Studierenden bleiben bei virtuellen Vorlesungen, Übungen oder Seminaren zwei zusätzliche und damit insgesamt drei Schutzmöglichkeiten: Sie können nicht nur – wie bei den Klausuren – einen möglichst neutralen realen (Zimmer-) Hintergrund wählen, sondern können zweitens, soweit mit ihren Endgeräten technisch möglich, auf einen virtuellen Hintergrund ausweichen (was bei den Klausuren zwecks Täuschungerschwerung nicht erlaubt war). Drittens schließlich können die Studierenden ganz ohne Bild, allein mit Anzeige ihres Namens, teilnehmen. Die

Möglichkeit, sich elektronisch zu melden oder auch vom Lehrenden aufgerufen zu werden, bleibt – jedenfalls bei „Zoom“ – auch ohne Bild mittels Namensanzeige erhalten. In der Abwägung überwiegt deutlich das krisenspezifische Interesse an der Aufrechterhaltung eines der Präsenzlehre möglichst angenäherten Lehrbetriebs.

Auf die Normallage lässt sich diese Argumentation allerdings nicht übertragen. Geht es nur um die Ergänzung interaktiver Präsenz-Lehrveranstaltungen, werden asynchrone Angebote regelmäßig ausreichen. Anders mag dies im Einzelfall aussehen, wenn, beispielsweise in einem Online-Doktorandenseminar, Teilnehmer/-innen aus verschiedenen Teilen der Welt eingebunden werden sollen.

b) Zweites Konfliktfeld: Verantwortung der Hochschule für potentiellen Missbrauch der generierten Daten durch den Plattformbetreiber?

Weitaus mehr Gewicht besitzen Bedenken, Plattform-Anbieter vor allem aus den USA könnten dort anfallende Daten entgegen der eigenen Datenschutzerklärung weiterverarbeiten (insb. speichern, an Dritte verkaufen und übermitteln). Gerade bei „Zoom“ hatte man im März 2020 insoweit Missstände aufgedeckt;⁶⁸ das Unternehmen hat allerdings zwischenzeitlich Verbesserungen vorgenommen – ob in ausreichendem Umfang, darüber wird gestritten.⁶⁹

Aber auch gegenüber anderen Anbietern werden mehr oder minder massive datenschutzrechtliche Bedenken geäußert;⁷⁰ dies betrifft nicht nur Videokonferenzplattformen, sondern auch Plattformen für schriftlichen Austausch.⁷¹ Dass ein nicht zu unterschätzendes Risiko des Daten-Missbrauchs besteht, wird zusätzlich dadurch plausibel, dass der Daten-Weiterverkauf zum typischen Geschäftsmodell von Online-Anbietern (vor

68 Siehe etwa *Scheuer/Neuerer/K erkmann*, Datenschützer warnen vor Videochat-Software Zoom, Handelsblatt online v. 30.3.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/homeoffice-tool-datenschuetzer-warnen-vor-videochat-software-zoom/25694358.html?ticket=ST-5035650-ARFvUC4fOXDoeocrMn66-ap2>); *Ries*, Videokonferenz-Software: Ist Zoom ein Sicherheitsalptraum?, heise online v. 2.4.2020 (<https://www.heise.de/security/meldung/Videokonferenz-Software-Ist-Zoom-ein-Sicherheitsalptraum-4695000.html>); vgl auch *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (23.3.2020) (<https://www.uni-kassel.de/einrichtung/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=1092&token=0568e4e5bd9f740baf69bf375411bb6c8bd2e37a>).

69 Dazu *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz

(3.4.2020) (Fn. 58); differenzierte Bewertung bei *Hansen-Oest*, Hilfe...ist „Zoom“ etwa eine Datenschleuder? (<https://www.datenschutz-guru.de/zoom-ist-keine-datenschleuder/>).

70 Siehe etwa die Kontroverse um die zwischenzeitlich von der Berliner Datenschutzbeauftragten veröffentlichten Warnung auch vor Skype und Microsoft Teams, *Hurtz*, Microsoft schickt bösen Brief nach Berlin, sueddeutsche online v. 18.5.2020 (<https://www.sueddeutsche.de/digital/microsoft-teams-datenschutz-videokonferenz-berlin-1.4911940>).

71 Vgl. etwa, auf Office 365 von Microsoft in Konkurrenz zur Open Source-Software Moodle bezogen, *Füller*, Microsoft erobert Schulen, taz v. 18.5.2020, S. 7.

alles, aber keineswegs nur von sozialen Netzwerken wie Facebook und Suchmaschinen wie Google) gehört. Hinzu kommt bei Unternehmen aus den USA die ebenfalls naheliegende Sorge, auch die dortigen Geheimdienste hätten prinzipiell Zugriff auf die im Zuge der digitalen Lehre generierten Daten.⁷²

Soweit Daten, wie hier bei der Nutzung zu Zwecken der Hochschullehre, im Rahmen der Tätigkeit einer europäischen Niederlassung mit Wirkung für die europäischen Nutzer – (in Gestalt einiger der deutschen Hochschulen und deren Studierender) generiert werden, ist die DSGVO nach deren Art. 3 auch dann anwendbar, wenn die Daten außerhalb Europas (weiter)verarbeitet werden.⁷³ Die Frage ist aber, ob neben dem Plattformanbieter auch die nutzende Hochschule für einen etwaigen Missbrauch der Daten in den USA nach der DSGVO verantwortlich ist und dementsprechend gegebenenfalls allein schon wegen der Nutzung einer solchen Plattform eine Sanktion (Bußgeld) zu befürchten hätte.

aa) Keine umfassende Verantwortung der Hochschule aufgrund Auftragsdatenverarbeitung

Teilweise versuchen die Datenschutzbehörden (u.a. in Hamburg), eine Verantwortung der Hochschule auch für solchen Missbrauch durch den Betreiber der (Video-Konferenz-)Plattform erneut auf die Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO zu stützen. Dagegen spricht bei unbefangener Betrachtung jedoch schon die Definition des Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird der Plattformanbieter im „Auftrag“ der Hochschule nur insoweit tätig, wie es um die Durchführung der Videokonferenzen oder Klausuraufsicht geht, nicht aber bei einer eventuellen darüber hinausgehenden Datenverarbeitung und gegebenenfalls rechtswidrigen Weiterleitung. Der Missbrauch der generierten Daten überschreitet gerade den von der Hochschule erteilten Auftrag; dafür kann nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nur der Plattformanbieter selbst verantwortlich gemacht werden. Darauf deutet

72 Dieser Aspekt findet sich auch bei *Universität Kassel (Roßnagel)*, Zoom und Datenschutz (3.4.2020) (Fn. 58) – Eine behördliche Nutzung von Zoom wurde gerade deshalb zwischenzeitlich teilweise untersagt, *Neuerer/Koch*, Auswärtiges Amt untersagt Nutzung von Zoom auf dienstlichen Geräten, Handelsblatt online v. 8.4.2020 (<https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/it-sicherheit-auswaertiges-amt-untersagt-nutzung-von-zoom-auf-dienstlichen-geraeten/25726922.html>); *Bergt*, Bild an, Schutz aus, taz v. 7.4.2020, S. 9.

73 Zu diesem sog. Marktortprinzip etwa *Klar*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 3 insb. Rn. 54 f.

74 Vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 76 f.; *Spoerr*, in: BeckOK

auch Art. 28 Abs. 10 DSGVO (früher § 11 BDSG a.F.) hin.⁷⁴

Allerdings wird im datenschutzrechtlichen Schrifttum teilweise behauptet, zwecks effektiven Datenschutzes müsste dennoch auch der Auftraggeber eine (Mit-) Verantwortung übernehmen, wenn und weil er sich eines gleichsam unzuverlässigen Auftragnehmers bediene.⁷⁵ Ein Auftraggeber darf nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nämlich nur mit einem Auftragnehmer zusammenarbeiten, der hinreichende Garantien für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bietet. Im Sinne einer absoluten Gewährleistungspflicht und kompletten Verantwortungsübernahme kann diese Bestimmung jedoch schon deshalb nicht verstanden werden, weil dies dem Auftraggeber etwas Unmögliches abverlangen würde. Der Auftragnehmer hat keinen Einblick in die unternehmensinternen (Datenverarbeitungs-) Prozesse seines Auftragnehmers (besonders, wenn dieser wie „Zoom“ in den USA sitzt) und kann diesen deshalb in keiner Weise effektiv kontrollieren, sondern muss sich auf dessen substantiierte Datenschutzerklärung verlassen. Eine pauschale Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers für jeglichen Missbrauch der generierten Daten durch den Auftragnehmer würde zudem zu der untragbaren und auch vom europäischen Gesetzgeber nicht intendierten Konsequenz (im Lichte des noch zu erörternden „Privacy Shields“) führen, dass US-amerikanische Plattformen und Suchmaschinen im Verhältnis zu Dritten (Studierenden, aber etwa auch Kunden) gar nicht mehr genutzt werden dürften. Denn die hier gegenüber Videoplattform-Betreibern wie namentlich „Zoom“ vorgebrachten Bedenken sind struktureller Natur (man denke nur an die vielen Datenschutz-Skandale bei Facebook) und nicht auf einzelne Anbieter oder Verwendungskontexte beschränkt.

Dementsprechend wird überwiegend zu Recht hervorgehoben, dass Art. 28 DSGVO durchaus eine Differenzierung zulässt, wenn kein einheitlicher Vorgang vorliegt, der die Zerlegung der Datenverarbeitung in recht-

Datenschutzrecht, Stand 1.2.2020, Art. 28 Rn. 104 f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fn. 44), Art. 28 Rn. 103; auf eine Kompetenzüberschreitung der eigenen Mitarbeiter des Unternehmens bezogen *Jung/Hansch*, Die Verantwortlichkeit in der DSGVO und ihre praktischen Auswirkungen. Hinweis zur Umsetzung im Konzern- oder Unternehmensumfeld, ZD 2019, 143, 146.

75 In dieser Richtung noch für das BDSG a.F. *Weichert*, Informationstechnische Arbeitsteilung und datenschutzrechtliche Verantwortung: Plädoyer für eine Mitverantwortung bei der Verarbeitung von Nutzungsdaten, ZD 2014, 605, 607 f.; zum Streitstand im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung vgl. *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 4 Rn. 7, 20; wenig klar etwa *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 4, 24 ff.

lich selbständige Teile ausschließt.⁷⁶ Damit ist der Nutzer (hier: die Hochschule) aufgrund einer Auftragsverarbeitung nur bei dem intendierten Teil (hier: der Durchführung der Videokonferenz zu Lehrzwecken oder zur Prüfungsaufsicht) datenschutzrechtlich verantwortlich und nicht für einen überschießenden Daten-Missbrauch durch den Plattformbetreiber.⁷⁷ Es handelt sich nämlich um zwei unterschiedliche und problemlos zu trennende Datenverarbeitungsvorgänge, wenn auch in Teilen auf dieselben Daten (generiert bei der Videokonferenz) bezogen.

Daran ändert auch die – noch zur alten, aber insoweit wohl vergleichbaren Datenschutz-Richtlinie ergangene – Fanpage-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nichts. Dieser hatte bei einer nicht direkt vom Auftragsverhältnis gedeckten Daten-Weiterverwendung durch Facebook im Zusammenhang mit der „Fanpage“-Seite eines hiesigen Unternehmens eine gemeinsame Verantwortung angenommen. Dabei stützte sich das Gericht jedoch wesentlich auf die Tatsache, dass das auftraggebende Unternehmen selbst von der internen Datenverarbeitung durch Facebook und den dafür gesetzten Cookies profitierte, weil Facebook nur so die für die Geschäftsoptimierung des Auftraggebers wichtigen Statistiken u.Ä. erstellen konnte.⁷⁸ Insoweit waren die Datenverarbeitung für das Betreiben der Fanpage-Seite und die weitere Datenverarbeitung durch Facebook in der Tat nicht ohne weiteres trennbar. Bei einer zu Zwecken der Lehre oder Prüfungsaufsicht genutzten Videokonferenzplattform ist dies anders; dass Differenzierungsmöglichkeiten bestehen, erkennt auch der Gerichtshof an.⁷⁹ Genau das ist hier der Fall: Die Hochschule und ihre Studierenden haben keinerlei Nutzen davon, dass der Plattformbetreiber die generierten Daten in den USA zu ausschließlich eigenen kommerziellen Zwecken weiterverarbeitet.

bb) Pflicht zur Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative

Vor diesem Hintergrund müssen die Pflichten der Hochschule als Auftraggeber aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO enger verstanden werden. Es besteht nur die Verpflichtung, einen (Videokonferenz-)Dienst auszuwählen, bei dem die Missbrauchsrisiken möglichst gering sind. Doch bedarf es auch insoweit einer Verhältnismäßigkeits-Abwägung. Ein besseres Leistungsangebot gerade für die spezifischen Bedürfnisse der Hochschullehre und größere Bedienungs-Freundlichkeit für Dozenten und Studierende können ein etwas höheres Missbrauchsrisiko aufwiegen.

Erneut wird die Abwägung in der Krisensituation, wo man auf entsprechend Lehr-Tools mehr oder minder angewiesen ist und einen Anbieter unter Zeitdruck auswählen muss, und in der Normallage tendenziell unterschiedlich ausfallen können und müssen. Die Suche nach eventuell datenschutzfreundlicheren technischen Alternativen ist grundsätzlich wichtig, kann aber in der Krise nur rudimentär stattfinden. Gegebenenfalls müssen alle technischen Lösungen, die von der jeweiligen Hochschule getestet oder auch nur erwogen wurden, der Datenschutzbehörde minutiös dargelegt werden, auch um den guten Willen zu Datensparsamkeit und Kooperation zu demonstrieren. Diese Kooperationsbereitschaft erhöht schon nach allgemeinen Grundsätzen⁸⁰ die Schwelle für eventuelle Sanktionen (hier vor allem Geldbußen, Art. 83 DSGVO).

Umgekehrt ist aber die Datenschutzbehörde im Rahmen ihrer allgemeinen Verpflichtung zu Auskunft und Beratung (§ 25 Abs. 1 HmbVwVfG) dazu angehalten, auf entsprechende Bitte einer Hochschule selbst eventuelle datenschutzfreundlichere Alternativen zu benennen (wobei die Hochschule freilich möglichst genau be-

76 Vgl., freilich in ganz anderem Zusammenhang, BayVGh, NVwZ 2019, 171, Rn. 11 ff.; verallgemeinernd *Spoerr*, in: BeckOK (Fn. 74), Art. 28 Rn. 18. Gelegentlich wird auch OVG Schleswig, ZD 2014, 643, 644 (mit zustimmender Anm. *Werkmeister*) für eine solche Teilbarkeit ins Feld geführt; für den konkreten Fall (Fanpages und Facebook) ist diese Einschätzung allerdings von der späteren EuGH-Entscheidung (unten Fn. 78) überholt, für andere Konstellationen (wie der hiesigen) bleiben die dortigen Überlegungen zur Teilbarkeit aber nach wie vor bedeutsam.

77 Schon, wenn der Plattformbetreiber die wesentlichen Entscheidungen über Mittel und Zweck der Datenverarbeitung, für die er beauftragt ist, trifft, ist dieser aufgrund eines „Funktionsexzesses“ gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO selbst Verantwortlicher, siehe d. N. in Fn. 74; für eine eigene Datenerhebung und -verarbeitung durch den Plattformbetreiber kann daher (erst recht) nichts

anderes gelten.

78 EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16, Rn. 34-38 = EuZW 2018, 534 (536 f.). Darauf verweist auch die Hamburger Datenschutzbehörde in ihrem Anhörungsschreiben an die Bucerius Law School bezüglich des Einsatzes von Zoom zur Prüfungsaufsicht.

79 EuGH (Fn. 78), Rn. 35: „Der bloße Umstand der Nutzung eines sozialen Netzwerks wie Facebook [macht] für sich genommen einen Facebook-Nutzer nicht für die von diesem Netzwerk vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten mitverantwortlich“. Vgl. allgemein zur schwierigen Abgrenzung von Auftragsdatenverarbeitung und gemeinsamer Verantwortung nach Art. 26 DSGVO gerade bei Social Media *Petri*, in: *Simitis et al.* (Fn. 41), Art. 26 Rn. 13, 15.

80 Bekannt vor allem aus dem Versammlungsrecht, grundlegend BVerfGE 69, 315 – Brokdorf.

schreiben muss, welche Funktionalität sie benötigt – insbesondere die aktive Beteiligung der Studierenden an den Lehrveranstaltungen betreffend). Die Grenze der Beratungspflicht ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erst dort erreicht, wo sie in anwaltsähnliche Interessenvertretung ausarten würde.⁸¹ Hier dagegen spricht das fachliche Wissensgefälle zwischen einer spezialisierten Datenschutzbehörde und einer Hochschule tendenziell sogar für erweiterte behördliche Beratungspflichten.⁸² Wenn der Datenschutzbehörde selbst dazu nichts Praktikables einfällt, können von einer Hochschule kaum sehr viel mehr Kenntnisse über die am Markt vorhandenen Alternativen verlangt werden. Soweit die Behörde Alternativen vorschlägt, kann und muss die Hochschule darauf gegebenenfalls gezielt reagieren.

Neben der Auswahlpflicht lässt sich aus Art. 28 Abs. 1 DSGVO auch eine gewisse Monitoring- und gegebenenfalls Verhaltensänderungspflicht der auftraggebenden Hochschule herleiten.⁸³ Wenn klare Verstöße des Plattformanbieters festgestellt worden waren und nicht zeitnah abgestellt werden, muss der Auftraggeber reagieren⁸⁴ und gegebenenfalls das Auftragsverhältnis beenden. Denn dann ist die Unzuverlässigkeit des Unternehmens deutlich. Eine Hochschule muss sich in diesem Fall nach einer unvermeidlichen Umstellungsfrist einen anderen Anbieter für eine solche (Videokonferenz-)Plattform suchen. Einmal mehr ist freilich zwischen Krise und Normallage zu unterscheiden. Wenn es in der Pandemie keine technische Alternative gibt, die den Anforderungen wissenschaftlicher, auf Interaktion angewiesener Lehre hinreichend Rechnung tragen kann, so erscheint es für eine Hochschule noch vertretbar, bei nur weniger schweren Datenschutzverstößen dennoch weiter mit dem entsprechenden Anbieter zusammenzuarbeiten. Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 DSGVO, der über eine pauschale Regelung zur Zulässigkeit der Zu-

sammenarbeit hinaus zum konkreten Vorgehen bei festgestellten Verstößen des Auftragnehmers keine Aussage trifft, bietet hier erneut genügend Spielraum für eine situationsangemessene Handhabung der Vorschrift. Außerhalb der Krise, wo man nicht auf reine Online-Lehre angewiesen ist, müssen schon leichtere, aber trotz Nachhakens nicht abgestellte Datenschutz-Verstöße durch den (Video-)Plattformbetreiber zur Beendigung des Auftragsverhältnisses führen.

cc) Der „Privacy Shield“ als Rechtfertigung für die Einschaltung US-amerikanischer Unternehmen

Müssen Hochschulen allgemein primär auf Anbieter mit Servern in Europa statt in den USA zurückgreifen, um vorsorglich das Daten-Missbrauchsrisiko zu verringern? Diese verbreitete Behauptung⁸⁵ vernachlässigt den sogenannten „Privacy Shield“. Dieses Übereinkommen der Europäischen Union mit den USA soll es gerade ermöglichen, auch dortige elektronische Unternehmensdienstleistungen, sofern in den USA zertifiziert und in eine entsprechende Liste aufgenommen, in der Europäischen Union zu nutzen. Rechtsdogmatisch hat der „Privacy Shield“ die Funktion eines Angemessenheitsbeschlusses nach Art. 45 Abs. 1 DSGVO.⁸⁶ Dementsprechend können deutsche Auftraggeber, etwa Hochschulen für Datenschutzverstöße eines Videoplattform-Anbieters wie „Zoom“ nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO nicht schon deshalb verantwortlich gemacht werden, weil man doch habe wissen müssen, dass man sich auf den Datenschutz in den USA nicht verlassen könne.⁸⁷

Es bleibt somit auch unter dem Gesichtspunkt der Auslandsdatenverarbeitung bei dem zuvor herausgearbeiteten Ergebnis: Die Beauftragung eines Anbieters wie „Zoom“ für die technische Durchführung von Videokonferenzen zu Lehr- oder Prüfungsüberwachungszwecken ist unter den Bedingungen der Corona-Pandemie zulässig, solange die Datenschutzbehörden den Hoch-

81 Vgl. *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 14 Rn. 51.

82 Zu diesem Grundsatz allgemein *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 308; zur Orientierung der Beratungspflicht am Adressaten *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG Stand: 1.4.2020, § 25 Rn. 10.

83 Allgemein zu dieser Überprüfungsspflicht *Petri*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 28 Rn. 93 f.

84 Typischerweise wird solch ein Verstoß von Dritten (bei Zoom etwa von Behörden in den USA) aufgedeckt werden. In dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Auftraggeber selbst solche

Verstöße durch den Auftragnehmer feststellt, muss die auftraggebende Hochschule zudem nach Art. 33 DSGVO die zuständige Datenschutzbehörde darüber informieren.

85 Vgl. etwa *Universität Tübingen*, Zentrum für Datenverarbeitung, Videokonferenzen und Datenschutz (<https://uni-tuebingen.de/de/176136>).

86 Vgl. etwa *Schantz*, in: Simitis et al. (Fn. 41), Art. 45 Rn. 44 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly (Fn. 74), Art. 45 Rn. 17 ff. Dies ist de lege lata zu akzeptieren, mag die annähernde Gleichwertigkeit des Datenschutzes realiter auch eine bloße Fiktion sein.

87 Klarstellend insoweit etwa *Hansen-Oest* (Fn. 69).

schulen keine datenschutzfreundliche und zugleich ähnlich geeignete Alternative nennen können.

V. Fazit

Die Pandemie beschert der Lehre einen Digitalisierungsschub, der die Hochschulausbildung auch dauerhaft tiefgreifend verändern dürfte. Während allerdings derzeit notgedrungen reine Online-Lehre dominiert, werden nach Rückkehr zur Normalität digitale Formate wohl primär zur Ergänzung der Präsenzlehre eingesetzt werden. Die zentrale Aufgabe besteht darin, Online-Lehrformate und zugehörige technische Lösungen möglichst wissenschaftsadäquat auszuwählen und auszugestalten.

In der Krise bedarf es dabei Flexibilität, um den Ausbildungsauftrag weiterhin so weit wie möglich erfüllen zu können. Nach Überwindung der Pandemie ist eine vertiefte Reflexion der wissenschaftlichen Eignung der verschiedenen Online-Formate und deren datenschutzrechtlicher Nachteile gefordert; man muss dem Risiko entgegenwirken, dass Notlösungen aus der Krise unreflektiert als scheinbar bewährt (da für die Studierenden bequem und für die Politik mittelfristig Sparpotentiale bergend) fortgeführt werden. Entgegen teilweise geäußelter Bedenken besitzen Lehrfreiheit und Ausbildungsaufgabe sowie das Datenschutzrecht hinreichendes Differenzierungspotential für unterschiedliche Anforderungen in Krise und Normallage. Weder „Not kennt kein Gebot“ noch „fiat iustitia et pereat mundus“ sind hier adäquate und verfassungskonforme Leitlinien zur Krisenbewältigung. Vielmehr gilt es, die Auslegungs- und Abwägungsspielräume im geltenden Recht sichtbar und nutzbar zu machen.

Wissenschaftliche Lehre erfordert ein gewisses Reflektionsniveau und ist dafür notwendig auf einen Kommunikations- und partiell auch Interaktionsprozess angewiesen. Diverse Online-Formate können dies nur (sehr) eingeschränkt leisten. Die Wissenschaftlichkeit der Lehre steht jedoch ohnehin in einem labilen Spannungsverhältnis zum Ausbildungsauftrag der Hochschulen. Dessen Erfüllung gewinnt in der Krise temporär abwägend

ein höheres Gewicht, während nach Rückkehr zur Normalität die wissenschaftliche Eignung diverser digitaler Lehrformate wieder stärker in den Vordergrund rückt. Beim einzelnen Hochschullehrer ist dessen methodische Freiheit als Teil der Lehrfreiheit auch in der Krise zu beachten, doch ist diese Freiheit seit jeher durch die Notwendigkeit zur Abdeckung der Pflichtlehre beschränkt. Die durch die Lehrfreiheit überlagerte, aber nicht gänzlich verdrängte beamtenrechtliche Treuepflicht gewinnt in Krisenzeiten zusätzliches Gewicht und fordert gegebenenfalls auch „überobligationsmäßiges“ Engagement zur Gewährleistung eines digitalen Lehrangebots.

Die Anforderungen der EU-Datenschutzgrundverordnung, die auch für die Online-Lehre und die digitale Prüfungsaufsicht gelten, enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsnötigkeiten. Namentlich die allfällige Anforderung, wonach eine bestimmte Datenverarbeitung „erforderlich“ sein müsse, ermöglicht eine der Krise angepasste Auslegung und Anwendung. Dabei ergeben sich aus der Pflicht, die Ausbildung auch bei geschlossenen Hochschulen fortzuführen, verschiedene Rechtfertigungstatbestände für die Verarbeitung von Daten der (etwa an Videokonferenzen) teilnehmenden Studierenden. Zwar kann ein Missbrauch der dabei generierten Daten durch den (wie etwa bei „Zoom“ häufig in den USA lokalisierten) Plattformbetreiber regelmäßig nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Doch die datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeitstatbestände und namentlich die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitungen fordern insoweit jedenfalls in der Krise nur die Wahl der datenschutzfreundlichsten Alternative, wobei Missbrauchsrisiken und Funktionalität der gewählten Plattform einer gewissen Abwägung zugänglich sind. Die Datenschutzbehörden trifft dabei eine Auskunftspflicht. In der Normallage, wo die Hochschulen nicht gleichermaßen auf Online-Lehrformate angewiesen sind, gewinnen demgegenüber Daten-Missbrauchsrisiken ein deutlich höheres Gewicht und ist den Hochschulen weitaus mehr Aufwand am Auffinden der datenschutzfreundlichsten Lösung und gegebenenfalls auch an Anstrengungen zur

Entwicklung eigener technischer Lösungen zumutbar.

So bleibt für die Zeit nach der Krise auch bei der Digitalisierung der Hochschullehre zu hoffen, dass man sich nicht von der (scheinbaren) „normativen Kraft des Faktischen“ überwältigen lässt, sondern die Erfahrungen aus der Ausnahmelage kritisch reflektiert. So könnten schrittweise „intelligentere“ digitale Formate entwickelt werden, die die wissenschaftliche Hochschullehre längerfristig bereichern. Denn gelingende Lehre ist – auch verfassungsrechtlich – nicht statisch, sondern als Kommunikationsprozess darauf angewiesen, auf die verän-

derte Sozialisation der Studierenden im digitalen Zeitalter mit einer Erweiterung des didaktischen Arsenal, aber ohne Einbuße an Wissenschaftlichkeit, zu reagieren.

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