

# Carsten Morgenroth

## Zwischenbilanz zum Corona-Hochschulrecht aus Sicht der Hochschulpraxis, Teil II – Methodische und rechtliche Grundfragen zu Online-Prüfungen

Übersicht

I. Einleitung

II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

a. Gebot der Chancengleichheit

b. Unverletzlichkeit der Wohnung

5. Ergebnisse

III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

1. Grundlagen der Strukturbildung

2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

a. Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

b. Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

c. Einordnung in das geltende rechtliche Regime

d. Ergebnisse

3. Begriffliche Fragen

a. Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

b. Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

c. Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

IV. Ergebnisse

### I. Einleitung

Nach einer vorübergehenden Entspannung über den Sommer 2020 hat sich die Situation im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie über den Winter 2020/21 wieder drastisch verschärft. Infektionszahlen haben sich erheblich gesteigert und zu einem zweiten sog. Lock-down geführt. Diese Lage lässt Prüfungen im anstehenden Prüfungszeitraum zwar nicht gänzlich unmöglich erscheinen. Eine Umstellung auf IT-basierte Prüfungen (Online-Prüfungen) scheint aber nahezu unausweichlich zu sein, um dem Anspruch der Studierenden auf die Durchführung genügen zu können.<sup>1</sup> Das Recht der Online-Prüfungen ist deshalb ebenso relevant wie volatil

und wurde folgerichtig bereits von einigen namhaften Autoren adressiert.<sup>2</sup>

Gleichzeitig steht zu erwarten, dass Online-Prüfungen auch nach dem Abebben der Pandemie zumindest zu einem gewissen Grad Bestandteil der modernen deutschen Hochschullandschaft bleiben werden. Erfahrungen, Judikate und Netzwerke werden das Recht der Online-Prüfungen erweitern und verfeinern, es wird jedoch nicht verschwinden.

Dieser Entwicklung entsprechend wird sich Teil 2 dieses Praxisberichts mit allgemeinen Fragen des Rechts der Online-Prüfungen befassen. Zunächst soll hierbei die Anwendbarkeit des EU-Rechts im Rahmen der IT-basierten Überwachung beleuchtet werden (II.). Es schließen sich einige begriffliche und typologische Erwägungen im Zusammenhang mit Prüfungen an (III.). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV.) rundet die Darstellung ab. Teil 3 gestaltet diese Fragestellungen dann konkret aus stellt diese in Verbindung mit Aspekten der Prüfungsdidaktik interdisziplinär dar.

### II. EU-Recht als Maßstab für IT-basierte Überwachung

1. Hinführung

Die weitgehende Schließung der Hochschulen für den Studienbetrieb während der Corona-Zeit hat es erforderlich werden lassen, Prüfungen in der Form abzuhalten, dass die zu prüfende Person in ihrer Privatwohnung verbleibt. Um das Gebot der Chancengleichheit aller zu prüfenden Personen nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG sicherstellen zu können, kam hierbei der Bedarf auf, über eine IT-basierte Beaufsichtigung der zu prüfenden Person über Kameras nachzudenken (sog. Proctoring). Damit stellen sich neue datenschutzrechtliche, aber auch persönlichkeitsrechtliche Fragestellungen, war doch der private Rückzugsort der Studierenden bislang nicht Bestandteil der organisatorischen und rechtlichen Betrachtung durch die Hochschulen.

1 *Fischer/Dieterich*, Referat zum Prüfungsrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.

2 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 ff.; *Fehling*, OdW 2020, 137 ff.; *Sandberger*, OdW, 2020, 155 ff.; *Botta*, Grundrechtseingriffe durch

Online-Proctoring, abrufbar unter Grundrechtseingriffe durch Online-Proctoring – Verfassungsblog; aus Sicht eines Rechtsanwalts *Heinze*, <https://www.heinze-pruefungsanfechtung.de/pruefungsrecht-corona/>, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Kamerabedingte Wahrnehmungen von Details der Wohnung der Studierenden durch Personal oder Beauftragte der Hochschule sind nicht nur als personenbezogene Daten relevant und damit dem Datenschutzrecht zugehörig; diese Wahrnehmungen haben gleichzeitig auch Bezug zum verfassungsrechtlichen Schutz der Wohnung.<sup>3</sup>

Bislang ist dabei erkennbar jedoch von einem Schutz ausschließlich durch das Datenschutzrecht<sup>4</sup> oder durch den Schutz aus den deutschen Grundrechten aus Art. 13 GG<sup>5</sup> sowie aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG<sup>6</sup> ausgegangen worden. Weil sich das Datenschutzrecht jedoch nach der unmittelbar anwendbaren EU-Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend DSGVO) bestimmt, ist fraglich, ob die darin enthaltene Abwägung der Rechte und Interessen nicht EU-rechtlich zu geschehen hat.

Die Frage nach der Anwendbarkeit nationaler Grundrechte im Rahmen der Prüfung von EU-Recht durch das *BVerfG* ist nicht neu, sondern bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des *BVerfG*, der sog. „Solange-Entscheidungen“, gewesen.<sup>7</sup> Im Jahre 2019 hatte das *BVerfG* nun Bedarf und Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu präzisieren. Die Vorreiter der rechtlichen Aufarbeitung des Corona-Hochschulrechts sind hierzu in erster Annäherung davon ausgegangen, dass die deutschen Grundrechte das Niveau der europäischen Grundrechte bereits inkludieren.<sup>8</sup> Diese Filterung war im damaligen Erkenntnis-Zeit-Kontinuum klug und sinnvoll. Möglicherweise lohnt sich jedoch mittlerweile ein näherer Blick auf die Thematik. Die beiden Entscheidungen des *BVerfG* zum „Recht auf Vergessen“<sup>9</sup> vermitteln zusammengefasst eine etwas differenzierte Struktur. Wenden deutsche Stellen EU-Recht an, ohne dass ihnen dabei ein Gestaltungsspielraum obliegt, dann gebietet die Integrationsverantwortung aus Art. 23 Abs. 1 GG, dass diese Maßnahmen am Maßstab der EU-Grundrechte gemessen werden.<sup>10</sup> Steht den deutschen staatlichen Stellen jedoch ein Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des EU-Rechts zu, dann misst das *BVerfG* diese Maßnahmen am Maßstab der nationalen Grundrechte, gegebenenfalls im Lichte einer Interpretation der GrCh.<sup>11</sup> Für den hiesi-

gen Anwendungsbereich stellen sich damit auf mehreren Ebenen Fragen. Bedeutet eine landes- oder satzungrechtliche Ausgestaltung der Online Prüfungsdurchführung eine Ausübung eines Gestaltungsspielraumes, die den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte eröffnet? Ist ein Abs. ellen auf eine Einwilligung dagegen die reine Ausübung von Unionsrecht, wo ausschließlich die EU-Grundrechte gelten würden? Und selbst wenn eine Prüfung durch nationale Grundrechte angezeigt ist, kann tatsächlich von einer hinreichenden Niveauekongruenz EU-rechtlicher und nationaler Grundrechte im Sinne des *BVerfG* gesprochen werden?

## 2. Vorhandensein eines Gestaltungsspielraums

Auf der ersten Ebene ist zu klären, ob überhaupt ein Gestaltungsspielraum angenommen werden kann.

In Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e EU-DSGVO spricht zunächst der Wortlaut „spezifischere Bestimmungen“, der sich sowohl in Art. 6 Abs. 2 EU-DSGVO als auch in dessen Absatz 3 findet, für einen Gestaltungsspielraum. Weil das Verhältnis zwischen Art. 6 Absätzen 2 und 3 EU-DSGVO noch offen ist, empfiehlt es sich, die Voraussetzungen beider Absätze kumulativ zu beachten.<sup>12</sup> In die andere Richtung deutet jedoch die Entstehungsgeschichte der Norm, denn im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde der ursprünglich angedachte Begriff „strengere Bestimmungen“ durch „spezifischere Bestimmungen“ ersetzt, um dem Gebot der Vollharmonisierung der EU-DSGVO Vorschub zu leisten.<sup>13</sup> Dies könnte gegen einen wirklichen inhaltlichen Gestaltungsspielraum sprechen. Hinsichtlich der insbesondere in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO benannten Dimensionen, etwa der verarbeiteten Daten, besteht auch streng genommen kein Spielraum, weil die Hochschule hier die faktische Situation exakt abzubilden hat und nichts dazu erfinden kann. Hinsichtlich des Erfordernisses in Art. 6 Abs. 3 EU-DSGVO, die Zwecke der Verarbeitung in der spezifischen Bestimmung zu benennen, dürfte jedoch ein gewisser Gestaltungsspielraum der Hochschulen bestehen, je nach organisatorischer und struktureller Ausgangslage. Ob etwa eine Konferenz- bzw. Prüfungssoftware nur für eine Selbstverwaltungseinheit oder für die gesamte

3 So der renommierte Datenschutzrechtler *Schwartzmann* anlässlich eines Webinars zum Recht von Online-Lehre und Online-Prüfungen am 30. Oktober 2020, hierzu *Haake*, *OdW* 2021, 62 ff.

4 Ausführlich hierzu *Fehling*, oben Fn. 2, S. 145 ff.

5 *S. Schwartzmann*, oben Fn. Fn. 63.

6 *Botta*, oben Fn. 2.

7 Näher hierzu *Halter*, *Europarecht*, Band II, 3. Auflage, 2017, § 10, Rn. 1092 ff.

8 *Hoeren/Fischer/Albrecht*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen bei Online-Klausuren, Juni 2020, Rn. 47; <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/>

[RiDHnrw\\_11.06.20\\_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf](#).

9 Beschlüsse, Az. 1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17, jeweils vom 6.11.2019.

10 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 276/17, Rn. 41, 59.

11 *BVerfG*, Beschluss vom 06.11.2019, Az. 1 BvR 16/13, Rn. 43.

12 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, Kommentar, 3. Auflage, 2020, Art. 6 Rn. 196 m.w.N.

13 *Gola*, Datenschutzgrundverordnung, Kommentar, 2017, Art. 6 Rn. 175.

Hochschule verwendbar sein soll, verändert die Ressourcenausrichtung im Haus mindestens spürbar, möglicherweise sogar erheblich. Aber auch diese faktische Offenheit geht nicht mit einem genuinen Gestaltungsspielraum einher, weil auch insoweit die tatsächliche Situation zu berücksichtigen und rechtlich zu bewerten ist. Ob die auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. e in Verbindung mit Abs. 2 und 3 EU-DSGVO basierenden spezifischen Bestimmungen deshalb einen hinreichenden Gestaltungsspielraum aufweisen, der den Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte auch im Bereich der Anwendung der EU-DSGVO eröffnen würde, darf in erster Annäherung tendenziell eher bezweifelt werden.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die nationale Regelung, sei es ein Gesetz,<sup>14</sup> eine Rechtsverordnung<sup>15</sup> oder auch eine Hochschulsatzung,<sup>16</sup> die Datenverarbeitung mit Blick auf die Online-Lehre bzw. Online-Prüfungen inhaltlich konform zur EU-DSGVO regelt,<sup>17</sup> ergeben sich bislang erkennbar ungeklärte Folgefragen. Denn für den Bereich der Wissenschaft bestehen in der EU-DSGVO an mehreren Stellen explizite Öffnungsklauseln.<sup>18</sup> Ob die hier relevanten Regelungen des deutschen Hochschuldatenschutzrechts im Lichte dieses Maßstabs geeignet sind, die grundsätzlich attestierte Vollharmonisierung der EU-DSGVO auszuschließen und damit den Bereich der nationalen Grundrechte wieder zu eröffnen, ist zweifelhaft. Denn es ist derzeit noch nicht eindeutig zu bestimmen, ob die hier angesprochenen Ausgestaltungen der Datenverarbeitung von Online-Lehre bzw. Online-Prüfung tatsächlich unter den privilegierten Bereich von Art. 85, 89 EU-DSGVO fallen. Das Wissenschaftsprivileg in Art. 85 EU-DSGVO zielt in erster Linie auf einen erleichterten Informationszugang im Rahmen wissenschaftlicher Betätigung ab.<sup>19</sup> Art. 89 EU-DSGVO spricht von „wissenschaftlichen bzw. historischen Forschungszwecken“. Erwägungsgrund 159 erfasst diesen Begriff zwar denkbar weit und lässt viele Ar-

ten der Forschung genügen. Lehrveranstaltungen und Prüfungen mit Bezug zu Forschung werden jedoch die Ausnahme sein, beispielsweise im Zusammenhang mit Abschlussarbeiten. Selbst wenn man die wissenschaftliche Lehre als privilegierbar<sup>20</sup> ansehen sollte,<sup>21</sup> fragt sich aber weiterhin, ob die hier in Rede stehenden Regelungen in ihrem Kern wissenschafts- bzw. lehrspezifisch sind. Denn die Dimensionen der Regelung wären identisch für eine innerhalb oder außerhalb des Hochschulbereichs liegende Prüfung, beispielsweise im Bereich der beruflichen Weiterbildung oder einer Prüfung im Bereich der staatlichen Berufsabschlüsse.<sup>22</sup>

Spannend dürfte in diesem Zusammenhang sein, nach welchen Kriterien die Zuordnung vorgenommen wird. So könnte auf das Regelungssystem abgestellt und die betreffende Rechtsgrundlage – als formal dem Hochschulrecht zugehörig – auch inhaltlich als Ausdruck des wissenschaftlichen Gestaltungsspielraums gesehen werden, den Art. 85, 89 EU-DSGVO belassen. Mit ebenso guten Gründen ist es jedoch auch denkbar, diese etwas schablonenhafte Sicht zu verlassen und stattdessen auf die Regelungssubstanz abzustellen. Hier läge es konsequenterweise näher, eine inhaltliche Parallele zu Prüfungen auch außerhalb des Wissenschaftsbereichs zu sehen und eine Wissenschaftsspezifität und damit einen nationalen Gestaltungsspielraum gerade abzulehnen.

### 3. Gestaltungsspielraum bei Einwilligung?

Nicht anders sieht dies für die andere Erlaubnisstruktur im Datenschutzrecht, nämlich die Einwilligung nach Art. 7 EU-DSGVO, aus. Hier besteht zunächst kein der Hochschule zugewiesener originärer Gestaltungsspielraum im Bereich der Formulierung, weil die Einwilligung seitens der einwilligenden Person formuliert wird. Der vom *BVerfG* beschriebene Gestaltungsspielraum könnte sich für die Hochschule hier lediglich aus der Prüfung vorgegebener Einwilligungstexte bzw. für die Dokumentation mündlich oder konkludent gegebener

14 Erwägungsgrund 1 zur EU-DSGVO.

15 *Gola* (Fn. 13), Art. 6 Rn. 173.

16 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12) lassen insoweit alle Gesetze im materiellen Sinne genügen und erwähnen beispielhaft hierzu die kommunale Satzung.

17 Hierfür ist nach *BVerfGE* 61, 1 ff. eine durch formelles Gesetz erfolgte Ermächtigungsgrundlage sowie die Einhaltung des Wesentlichkeitsgrundsatzes erforderlich; vgl. auch *Kühling/Martini*, Die EU-DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 28.

18 Neben der Anwendbarkeit der allgemeinen Konkretisierungsermächtigung in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO sind die Art. 85 und Art. 89 EU-DSGVO relevant.

19 *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, 2018, Art. 85 Rn. 9.

20 In diese Richtung *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner (Fn. 12),

Art. 89, Rn. 13 a.

21 Für Prüfungen wäre daneben – in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 GG – die rechtliche Zuordnung zur wissenschaftlichen Lehre erforderlich, s. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 3, Rn. 140.

22 Insoweit könnte das – auf der Vorgängerregelung der EU-DSGVO basierende – Urteil des *EuGH* zu datenschutzrechtlicher Relevanz von Anmerkungen der Prüfungen bei einer Bewertung einer staatlichen Prüfung zum Wirtschaftsprüfer/Steuerberater wichtige Hinweise für die Übertragung der dortigen Gedanken in den Hochschulbereich sein, s. *EuGH*, Urteil vom 20.12.2017, Az. C 434-16 – Nowak; zur Übertragung ins deutsche Recht, allerdings für die staatliche Prüfung des zweiten juristischen Staatsexamens *VG Gelsenkirchen*, Urteil vom 27.4.2020, Az. 20 K 6392/18.

Einwilligungen<sup>23</sup> ergeben. Um die Einwilligung an ihren zwingenden Vorgaben der Unmissverständlichkeit, der informierten Weise und der Freiwilligkeit nach Art. 4 Nr. 11 EU-DSGVO messen zu können,<sup>24</sup> wird es je nach konkreter Verarbeitungssituation inhaltlich eine erhebliche Vielfalt einzelner Formulierungen, Aufklärungsmaßnahmen und Abläufe geben. Damit ist jedoch die Frage noch nicht beantwortet, ob dies vom Gestaltungsspielraum im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts (hier der EU-DSGVO) im Sinne des BVerfG erfasst ist. Dafür spricht die Dispositionsverantwortung und -befugnis der Hochschulen bei der Vorbereitung und Behandlungen von Einwilligungen. Dagegen sprechen jedoch die im Wege der Harmonisierung des EU-Datenschutzrechts erfolgte Angleichung der internationalen Rechtsstandards mit Bezug zur Einwilligung<sup>25</sup> oder die Zuweisung der Verantwortung für Konturierung und Konkretisierung an die Rechtsprechung statt an den Regelungsgeber.<sup>26</sup> Schließlich sprechen auch systematische Gründe dagegen, denn in Art. 7 EU-DSGVO ist – anders als in Art. 6 Abs. 2, 3 EU-DSGVO – gerade keine gesetzliche Ermächtigung für ausgestaltende nationale Regelungen enthalten. Die besseren Gründe sprechen damit wohl dafür, dass für die Datenverarbeitung infolge einer Einwilligung ein nationalrechtlicher Gestaltungsspielraum nicht eröffnet wird, die Maßnahme deshalb ausschließlich anhand der EU-Grundrechtecharta geprüft zu werden hat.

#### 4. Inkongruenzen des EU-rechtlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes

Im Folgenden soll weiterhin von den Ergebnissen aus Nr. 2 abgewichen und angenommen werden, dass eine Prüfung des Proctorings am Maßstab der nationalen Grundrechte möglich ist. Hierbei ergeben sich interessante Stufungen des deutschen und des EU-rechtlichen Grundrechtsschutzes mindestens in zweierlei Hinsicht.

##### a) Gebot der Chancengleichheit

Seitens der Hochschule ist hierbei das Gebot der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren in zentraler Weise relevant. Dieser Grundsatz prägt das Prüfungsverfahren

bereits in der analogen Welt bestimmend und dient auch in den bisherigen Verlautbarungen für Online-Prüfungen als zentrales Kriterium im Kanon der Legitimationsgrundlagen und Handlungsspielräume der Hochschule.<sup>27</sup> Die verfassungsrechtliche Herleitung des Gebots der Chancengleichheit erfolgt entweder ausschließlich aus dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG<sup>28</sup> oder aus dessen Verbindung mit der Berufsfreiheit der Studierenden nach Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>29</sup> Aus dem Gebot der Chancengleichheit werden mehr oder weniger unmittelbar aus den genannten Grundrechten diverse Verpflichtungen der Beteiligten zueinander abgeleitet. Die Hochschule hat daraus etwa für zumutbare äußere Prüfungsbedingungen zu sorgen, Prüfungsformen, –arten und –zeiten gleich zu handhaben und Nachteilsausgleiche bzw. Prüfungsrücktritte bei entsprechender Gefahr für die Leistungsfähigkeit der Studierenden zu gewähren. Zu den wesentlichen Ableitungen für die Studierenden zählen die Verpflichtung, eigenständige Prüfungsleistungen nur unter Verwendung der zugelassenen Hilfsmittel abzuliefern sowie die Obliegenheit, unzumutbare Störungen im Zusammenhang mit der Leistungsermittlung, beispielsweise Baulärm, die eigene Prüfungsunfähigkeit oder die Befangenheit des Prüfers, selbst und unverzüglich anzuzeigen.<sup>30</sup> Dagegen fällt die Aufarbeitung des EU-rechtlichen Pendant weniger differenziert aus. So ist bereits offen, inwieweit prüfungsrechtliche Erwägungen überhaupt vom Anwendungsbereich des EU-Grundrechts auf „akademische Freiheit“ nach Art. 13 Satz 2 GrCh erfasst sind.<sup>31</sup> Dass die Freiheit der Lehre mit ihren aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannten Dimensionen und Implikationen erfasst sein dürfte, ist weitgehend konsensual.<sup>32</sup> Jedoch ist es auch nach deutschem Verfassungsverständnis keinesfalls selbstverständlich, die Gestaltungsfreiheiten von Lehrenden bzw. Prüfungen aus der Freiheit der Lehre auch für Prüfungen heranzuziehen.<sup>33</sup> Erst Recht bleibt dies in der Konkretisierung des EU-Grundrechts offen. Wie soll also mit dem Fall umgegangen werden, dass ein deutsches Grundrecht weiter gefasst ist als das entsprechende EU-Grundrecht?

23 Selzer, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2018, S. 137.

24 Plath, BDSG, DSGVO, Kommentar, 2. Auflage, 2016, Art. 7 Rn. 1.

25 Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 7 Rn. 10.

26 Schantz, NJW 2916, 1841, 1844.

27 Fischer/Dieterich, oben Fn. 2.

28 Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Auflage, 2018, Rn. 4.

29 BVerwG, NVwZ-RR 2015, 858 ff.

30 Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2. Aufl., 2020, *passim*.

31 Jarass erfasst ausschließlich die wissenschaftsbezogene Lehre

und grenzt sie zum Unterricht an Schulen ab; s. Jarass, GrCh, 3. Auflage, 2016, Art. 13, Rn. 8. Stern/Sachs erfassen Prüfungen ebenfalls nicht im Rahmen der Besprechung der „akademischen Freiheit“ in Art. 13 Satz 2 GrCh; s. Kempen, in: Stern/Sachs GrCh, Kommentar, 2016, Art. 13 Rn. 17.

32 S. Fn. 33.

33 Scholz, in: Maunz/Dürig Fn. 21), erwähnt Prüfungen immerhin implizit im Rahmen der „Studien- und Prüfungsordnungen“ (Rn. 140) oder der Anforderungen an die prüfende Person (Rn. 157). Bethge, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, erwähnt Prüfungen dagegen nicht.



## b) Unverletzlichkeit der Wohnung

Spiegelbildlich wird seitens der Studierenden deren Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG diskutiert, wenn Prüfungen im privaten Wohnbereich der Studierenden am Heimat- oder Studienort stattfinden müssen.<sup>34</sup> Eine nähere Betrachtung wirft dabei bereits Zweifel an der Einschlägigkeit des nationalen Grundrechts auf. Denn das Grundrecht aus Art. 13 GG unterliegt auf mehreren Ebenen Besonderheiten, die für diese Konstellation relevant werden. Auf der Ebene des Schutzbereichs hat Art. 13 GG in der Vergangenheit eine Reihe von Beschränkungen erfahren, die zu einer „Abwanderung“ bestimmter, traditionell mit Art. 13 GG verbundener Schutzgehalte in andere Grundrechte geführt haben.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund ließe sich bereits fragen, ob die Abbildungen der Privatsphäre der Studierenden durch die Kameraführung während der Prüfungen neben dem informationellen Selbstbestimmungsgehalt überhaupt eine weitere Schutzsubstanz beanspruchen oder ob hier nicht ausschließlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, das nach deutschem Verfassungsverständnis den grundrechtlichen Datenschutz vermittelt,<sup>36</sup> allein aktiv ist. Ein Blick auf die Ebene des Grundrechtseingriffs untermauert diese These. Denn die Struktur von Art. 13 GG regelt derartige Maßnahmen nicht unmittelbar. Besonders eingriffsintensive oder typische Maßnahmen, beispielsweise Lauschgriffe zu Zwecken der Strafverfolgung, werden in Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG erfasst. Die Auffangklausel von Art. 13 Abs. 7 GG setzt das Vorliegen einer Gefahr von enger Intensität voraus,<sup>37</sup> die im Rahmen regulärer Durchführung von Hochschulbildung erkennbar nicht vorliegt. Das EU-rechtliche Pendant, Art. 7 GrCh, wird demgegenüber von einer Reihe abweichender Strukturen und Erwägungen getragen. Zunächst weicht der Wortlaut voneinander ab: EU-rechtlich wird nicht die „Unverletzlichkeit“, sondern die „Achtung“ der Wohnung erfasst. Entsprechend universeller ist das Eingriffsverständnis – er kann

bei jeder beliebigen Maßnahme vorliegen, welche die Privatheit der geschützten Räume beeinträchtigt.<sup>38</sup> Außerdem ist der Schutz der Wohnung in Anlehnung an Art. 8 EMRK<sup>39</sup> strukturell anders geprägt und erfasst auch eigentumsrechtliche<sup>40</sup> und umweltbezogene<sup>41</sup> Belange, die Art. 13 GG fremd sind. In dieser Konstellation scheinen wir also – anders als oben zum Gebot der Chancengleichheit – von einem extensiven EU-Grundrecht im Vergleich zu seinem deutschen Pendant sprechen zu können.

Diese komplexe Gemengelage kann wegen der Vielfalt möglicher Gestaltungsformen weder entschieden noch in diesem Rahmen strukturell aufbereitet werden.<sup>42</sup> Den Hochschulen wird deshalb bis zur Generierung weiterer belastbarer Erkenntnisse und Erfahrungen empfohlen, bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit des Proctorings und bei der Ausgestaltung ihrer entsprechenden Regelungen die EU-Grundrechte mit einzubeziehen. Insoweit darf eine EU-rechtliche Aufarbeitung der Thematik mit Spannung erwartet werden – derzeit ist eine geplante optische bzw. akustische Überwachung in der Eingriffsdogmatik von Art. 7 GrCh erkennbar nicht vorgesehen.<sup>43</sup>

## 5. Ergebnisse

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass gute Gründe dafür sprechen, einen Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte nach den Vorgaben des *BVerfG* für die datenschutzrechtliche Behandlung von Online-Lehre und Online-Prüfung nicht eröffnet zu haben bzw. unterschiedliche Hochschulpraxis für Verarbeitungen auf gesetzlicher Grundlage und mittels Einwilligung einzurichten. Selbst wenn der Anwendungsbereich für nationale Grundrechte gesehen werden sollte, so ergeben sich mehrere Inkongruenzen im rechtlichen Maßstab von Grundgesetz und EU-Grundrechtecharta, mindestens mit Blick auf das prüfungsrechtliche Gebot der Chancengleichheit und das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

34 S. oben. Fn. 6.

35 Kühne, in: Sachs (Fn. 33), Art. 13, Rn. 13 m.w.N.

36 *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.) – *Volkszählung*.

37 Erfasst werden erhöhte individuelle Gefahren, etwa die Lebensgefahr von Personen, oder allgemeine Gefahren, z. B. die Raumnot, s. Art. 13 Abs. 7 GG.

38 Jarass (Fn. 31), Art. 7, Rn. 30.

39 Näher dazu Weber, in: Stern/Sachs (Fn. 31), Art. 7 Rn. 42.

40 *EGMR* Nr. 9063/80, Series A 190, Rn. 47.

41 *EGMR* NVwZ 2004, 1465.

42 Zu einer anderen gelungenen strukturellen Aufbereitung rechtlicher Fragestellungen mit Blick auf Online-Prüfungen s. Fn. 10.

43 So lässt sich diese Konstellation des Proctorings unter das Sammelbecken der möglichen Eingriffe bringen; etwa beschreibt

*Bernsdorff* dieses als „jede Art des Eindringens oder Verweilens gegen den Willen des Wohnungsinhabers“, s. *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 22. *Jarass* sieht optische bzw. akustische Überwachungen aber nur dann als Eingriff an, sofern mit der Überwachungsmaßnahme eine vorgesehene Abs. hirmung überwunden wird, s. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, 2016, Art. 7, Rn. 30. Wesentliche Ausgestaltungen eines Eingriffs in Art. 7 GrCh ist nach *Weber* außerdem das Betreten, Einschränken oder Zerstören der Wohnung ohne Einwilligung des Wohnungsinhabers, nicht dagegen eine im Rahmen des Proctorings vorgefundene Abbildung von Merkmalen der Wohnungsgestaltung in einer planmäßigen Prüfungssituation, s. *Weber*, in: Stern/Sachs (Fn. 31) Art. 7, Rn. 44.

### III. Strukturelle Überlegungen zum Prüfungsrecht

Hochschulprüfungen werden derzeit überwiegend in Prüfungsformen und Prüfungsarten unterteilt. Der Begriff der Prüfungsform stellt dabei den Oberbegriff dar, unter den sich dann verschiedene Prüfungsarten bringen lassen. Als Prüfungsoberkategorien weitgehend unstrittig anerkannt sind die schriftliche Prüfung, die mündliche Prüfung und die praktische Prüfung, während dies für die neuartige Form der elektronischen Prüfung unterschiedlich beurteilt wird.<sup>44</sup> Prüfungsrechtliche Relevanz hat dies für die Frage, ob die betreffende Prüfungsform eine eigenständige Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erfordert, was für Prüfungsformen, nicht aber für Prüfungsarten angenommen wird.

Durch das Hinzutreten der Online-Dimension werden aber nicht nur die bekannten analogen Formen und Arten von Prüfungen eben IT-basiert durchgeführt. Hinzu kommen daneben weitere, bisher in Deutschland weitgehend unbekannte Prüfungsgestaltungen, so etwa die sog. open book Prüfung oder die sog. take home Prüfung. Beiden neuen Gestaltungen ist gemeinsam, dass sie – mit Abweichungen im Detail – fachliche Hilfsmittel in der Form allgemeiner Informationsquellen oder Studienmaterialien zulassen, was für Klausuren nicht zulässig ist. Die Online-Welt der Prüfungen bewirkt damit daneben auch eine erhebliche Auffächerung der ohnehin bereits reichhaltigen Gestaltungsvielfalt.

Welche Auswirkungen hat diese Bereicherung für die faktische Struktur der Prüfungslandschaft an deutschen Hochschulen? Und ergeben sich daraus Erkenntnisse für die rechtliche Erfassung oder für die operative Gestaltung von Prüfungen? Diesen Fragen widmet sich dieser Abschnitt. Nach einer Aufbereitung der wesentlichen rechtstheoretischen und rechtsmethodischen Fragen zur Strukturbildung (1.) wird die erweiterte faktische Gestaltungsvielfalt speziell mit Blick auf Online-Prüfungen einer Betrachtung unterzogen (2.). Infolge dessen ergeben sich weitere interessante begriffliche Konsequenzen (3.).

#### 1. Grundlagen der Strukturbildung

Strukturbildung ist kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Sie dient dazu, die einzelnen in der Rechts-

wirklichkeit vorfindbaren Varianten trennscharf voneinander abgrenzen und die aus ihrer faktischen Spezifik erwachsenden Risikopotenziale ordnungsgemäß erfassen zu können. Im Laufe der Zeit lässt sich dabei eine gewisse Entwicklungslinie erkennen, Ableitungen aus immer durchlässigeren Strukturen zu ermöglichen. War die vollständige Erfassung der Rechtswirklichkeit in einem geschlossenen System von aufeinander bezogenen Begriffen noch das Ideal des 19. Jahrhunderts,<sup>45</sup> so hat sich die Legitimität mehr und mehr unbestimmter Begriffe als taugliches Erfassungsobjekt von Strukturen im Recht etabliert.<sup>46</sup> Mittlerweile erlaubt die moderne Logik, auf der auch die Rechtstheorie und –methodik aufbaut, sogar Entscheidungen auf der Grundlage nicht vollständiger oder ungenauer Informationen, etwa in der Form der fuzzy logic.<sup>47</sup> Strukturbildung im modernen Recht darf deshalb durchaus auch etwas weniger dezidiert sein und annähernde oder zuordnende Elemente enthalten.

Speziell für die Landschaft deutscher Hochschulprüfungen ist dies ebenso passend wie nötig. Denn es besteht eine kaum überschaubare Vielzahl an Möglichkeiten, Prüfungen auszugestalten. Je nach zu erfassenden Lernzielen und Kompetenzen, Prüfungsfunktionen gemäß der Lehrdidaktik und Fachdisziplin sind der Ausgestaltung von Prüfungen nahezu keine Grenzen gesetzt. Strukturbildung ist damit geradezu gezwungen, annähernd zu arbeiten und Öffnungen bzw. Entwicklungstendenzen in ihre Arbeitsweise einzubeziehen.

Eine für genau diese aufgefacherten, diversifizierten Situationen passende Methode der Strukturbildung in der Rechtstechnik und -praxis ist die Bildung von Typen. Typen im Recht sind Phänomene, die sich dadurch auszeichnen, dass Anzahl, Ausgestaltung und Intensität der sie prägenden Elemente nicht fest stehen. Häufig vorkommenden gemeinsamen oder den Typus sogar prägenden Aspekten des Typus stehen auch Facetten gegenüber, die nicht in jeder Ausgestaltung des Typus vorhanden sein werden und sich sogar wechselseitig vertreten können.<sup>48</sup> Die Typenbildung ist stark an *Wittgensteins* philosophisches Modell der Familienähnlichkeit angelehnt, wonach bei hinreichend vorhandenen und intensiven Ähnlichkeiten mehrerer Gestaltungsformen ein

44 Ausführlich *Jeremias*, jM 2018, 25 ff.

45 Sog. Begriffsjurisprudenz, s. *Meyer-Ladewig*, DRiZ 1963, 255 ff.

46 Diese Entwicklungslinie nachzeichnend *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.

47 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung

für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, 2013, Rn. 230.

48 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, S. 303.

gemeinsames Merkmal sogar gänzlich fehlen kann.<sup>49</sup> Überwiegend<sup>50</sup> wird der Typus im Recht als Verbindung zwischen Sein und Sollen aufgefasst, also mit faktischen und zugleich normativen Elementen.<sup>51</sup> Weiterentwicklung von Typenbildung baut sowohl auf faktischen als auch auf bestehenden rechtlichen Strukturen auf – dies darf für die Erfassung der Online-Prüfungen ebenfalls erwartet werden. Die Arbeitsweise der Typenbildung muss deshalb zum Ziel haben, gerade auch die Verbindung von Tatbestandserfassung als rechtlicher Abbildung sozialer Sachverhalte und der normativen Regelungsanordnung als sachgerecht und angemessen<sup>52</sup> zu legitimieren. Dies geschieht insbesondere durch die Behandlung von Parallelentscheidungen, Fallabwandlungen und verwandten Fällen.<sup>53</sup> In diesem Sinne werden nun die wesentlichen neuen Online-Prüfungsgestaltungen einer typologischen Analyse unterzogen.

## 2. Typologische Analyse der neuen Online-Prüfungsarten

Will man die Diversität vorhandener Prüfungsgestaltungen an deutschen Hochschulen im Sinne der Typenlehre strukturell erfassen, so bietet sich eine Herangehensweise in drei Schritten an. Der erste Schritt soll der faktischen Erfassung der Prüfungslandschaft im Sinne der Typenlehre dienen (a). Ob diese faktischen Prüfungsstrukturen jedoch einer eigenständigen Regelung zugeführt werden müssen, bestimmt sich primär nach rechtlichen Merkmalen, deren Erarbeitung der zweite Schritt dient (b). Schließlich wird bestimmt, ob die vorgefundenen faktischen Strukturen unter die aktuellen rechtlichen Regelungen passen (c).

### a) Erarbeitung faktischer Typenbildung für Online-Prüfungen

Der Herausarbeitung faktischer Prüfungstypen dienen vorwiegend sachliche Dimensionen wie Häufigkeit oder organisatorische Regelmäßigkeit hinsichtlich der Vorbereitung, Durchführung und Bewertung der Prüfung.

### aa) Vorbereitung

Die Vorbereitung betrachtend, bestehen für Präsenzprüfungen und Online-Prüfungen einige Gemeinsamkeiten. Die kommunikative Übertragung über IT-basierte Systeme hat für sich genommen noch keinen Einfluss auf die Dauer und den Schwierigkeitsgrad der Prüfung. Es steht deshalb nicht zu erwarten, dass die Vorbereitung auf die Prüfung in inhaltlicher Hinsicht weniger zeit- und arbeitsintensiv wäre als bei Präsenzprüfungen.<sup>54</sup> Andererseits bietet die Online-Situation hinreichend Anlass für veränderte oder zusätzliche organisatorische Vorbereitungsmaßnahmen der Studierenden wie beispielsweise einen Technik-Check oder die bewusste Wahl der Prüfungsumgebung.<sup>55</sup> Seitens der Hochschule bietet die Vorbereitung der Prüfung eine Reihe von Veränderungen im Vergleich zu Präsenzprüfungen: Statt Prüfungsräumen sind virtuelle Räume zu organisieren, gegebenenfalls sind den bedürftigen Studierenden technische Leihgeräte zur Verfügung zu stellen, Fragestellungen für Online-Klausuren sind gegebenenfalls in einem didaktisch etwas anderen Format vorzubereiten. Diese faktischen Abweichungen von den Gegebenheiten einer Präsenzprüfung sind erheblich und für die Betrachtung faktischer Typologien von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Da die Prüfungsvorbereitung aber keinen Einfluss auf ihre prüfungsrechtliche Erfassung hat, spielen diese Erwägungen eher eine flankierende Rolle.

Etwas anders könnte dies allerdings für das Datenschutzrecht aussehen.<sup>56</sup> Denn sehr bedeutsam ist der Wechsel der Datenverarbeitung in die virtuelle Welt im zeitlich unmittelbaren Vorfeld der Prüfung, also bei der Anmeldung bzw. der Einwahl der Studierenden im Prüfungssystem oder die Identitätskontrolle der Studierenden. Liegen die datenschutzrechtlichen Erlaubnisse hierfür nicht vor, so steht die Prüfung in der Gefahr, einem Verfahrensfehler nach § 46 LVwVfG<sup>57</sup> zu unterliegen.<sup>58</sup> Insofern haben diese faktischen Veränderungen durchaus Relevanz für die rechtliche Erfassung der Prüfung.

49 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1953, S. 66 f.

Einer der gedanklichen Ausgangspunkte Wittgensteins für seine Untersuchungen zur Familienähnlichkeit war dabei die Gefahr, aus einem gemeinsamen Begriff vorschnell Schlüsse auf vermeintliche gemeinsame Merkmale zu ziehen: „We are inclined to think that there must be something in common to all games, say, and that this common property is the justification for applying the term „game“ to the various games, s. Wittgenstein, The Blue Book, 1965, S. 17.

50 Von einer rein faktischen Relevanz des Typus ausgehend Rütters/Fischer/Birk, Rechtsstheorie, 11. Auflage, 2020, Rn. 933.

51 Larenz, oben Fn. 48, Müller/Christensen, oben Fn. 47, Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, 1999, Rn. 149.

52 Larenz, oben Fn. 48.

53 Pawlowski, oben Fn. 51, Rn. 152.

54 10 Tipps für deine erfolgreiche Online Klausur (uniturm.de), s. Punkt 1.

55 Gut vorbereitet in die mündliche Online-Prüfung - univie bloggt.

56 Schwartzmann, Referat zum Datenschutzrecht der Online-Prüfungen am 15. Januar 2021 anlässlich eines Webinars des Vereins zur Förderung des deutschen und europäischen Wissenschaftsrechts.

57 Bitte beachten Sie abweichende Nummerierungen für die Länder Berlin und Schleswig-Holstein.

58 Fischer/Dieterich, oben Fn. 1.

Ob sie jedoch geeignet sind, entscheidenden Einfluss auf die prüfungsrechtliche Typologie zu haben, bleibt für den Moment offen.

Eine weitere wesentliche Neuerung im Rahmen der Vorbereitung und Organisation der Online-Prüfungen ist die Verantwortung der Hochschule, für Möglichkeiten zu sorgen, wie die Studierenden eine Online-Prüfung absolvieren können, die nicht über das entsprechende technische Equipment verfügen.<sup>59</sup> Neben der Bereitstellung von räumlichen Ersatzkapazitäten in der Hochschule kommt hier vor allem in Betracht, den Studierenden entsprechende Leihgeräte zur Verfügung zu stellen. Das ist nicht nur mit organisatorischem Aufwand, sondern auch mit finanziellem Einsatz für deren Beschaffung und personellen Ressourcen zum Nachhalten von Rücklauf, Reparatur etc. verbunden, was bislang so nicht bestand.

#### bb) Durchführung

Hinsichtlich der Durchführung der Prüfung bestehen einige faktische Besonderheiten.

Einer der wesentlichen Unterschiede zur Präsenzprüfung ist die Durchführung der Prüfung mit Hilfe einer technisch-visuellen Überwachung, sog. Proctoring.<sup>60</sup> Hierfür werden bei den Beteiligten Webcams eingesetzt, die eine effektive Prüfungsaufsicht ersetzen und die ordnungsgemäße Absolvierung der Prüfung sicherstellen sollen. Das Proctoring kann in vielen verschiedenen Ausgestaltungen vorkommen, etwa mit oder ohne Wahrnehmung der Geräusche im Prüfungsraum. All dies ist nicht nur mit neuen technischen Gegebenheiten und Risikopotenzialen, sondern auch bisher unbekannt Dimensionen von Datenverarbeitungsvorgängen verbunden.

So ist es beispielsweise beim hauptsächlich vertretenen Pendant zur analogen Klausur, der sog. open book Prüfung, erlaubt und üblich, inhaltliche Hilfsmittel zuzulassen.<sup>61</sup> Dies verändert auf nahe liegende Weise tragende Pfeiler der schriftlichen Klausurarbeit, werden doch nicht nur das qualitative Potenzial der Leistung, sondern auch das Recherche-Performance-Verhältnis

und damit die Herangehensweise an die Bearbeitung auf fundamentale Weise verändert. Eine gewisse Differenzierung wird innerhalb dessen durch eine Begrenzung der Hilfsmittel erreicht.<sup>62</sup> Dadurch stellt sich automatisch die Folgefrage, ob die verwendeten Quellen als fremde Gedanken anzuzeigen sind.<sup>63</sup> Dafür spricht sicherlich die strukturelle Nähe zur Hausarbeit und das Lernziel, die Gebote der guten wissenschaftlichen Praxis einzuüben; dagegen spricht möglicherweise die verfügbare Zeit.

Eine weitere faktische Unterscheidung bei open book Prüfungen ist die Differenzierung zwischen der freien Bearbeitung und der Bearbeitung direkt im Prüfungssystem.<sup>64</sup> Erstere Variante beinhaltet das Herunterladen der Prüfungsaufgaben aus dem Prüfungssystem und das spätere Hochladen der bearbeiteten Prüfung durch die Studierenden.<sup>65</sup> Das Hochladen involviert dabei in einigen Fällen die Verwendung eigener technischer Geräte der Studierenden, etwa das Smartphone für den Scan der Prüfungsdatei.<sup>66</sup> Speziell Letzteres trägt neben den faktischen Neuerungen auch rechtliche Implikationen, denn in der analogen Welt mussten Papier und Stift der Studierenden funktionsfähig sein, während nun auch die technische und gegebenenfalls datenschutzrechtliche Integrität der Geräte in den regulären Prüfungsablauf fällt. Im Rahmen der freien Bearbeitung kann sogar noch dahingehend differenziert werden, dass die Prüfung selbst dann am technischen Endgerät oder handschriftlich angefertigt wird, was sich beispielsweise für Prüfungen im Zusammenhang mit Formeln oder Zeichnungen anbieten könnte. Auch für all dies wird zu zeigen sein, inwieweit sich dies rechtlich und speziell prüfungsrechtlich auswirkt.

Eine derartig intensive Veränderung der faktischen Strukturen ist dagegen bei mündlichen Prüfungen nicht zu verzeichnen. Der reguläre Ablauf der Prüfung erfolgt wie in der Präsenzgestaltung auch, nur eben auf einem technisch gestützten Übertragungsweg. Allerdings kann die Durchführung von vielfältigen technischen Störungen begleitet sein, die das Verständnis für die Aufgabenstellung, die Leistungserbringung und insgesamt die

59 Informationen für Studierende (<https://www.uni-jena.de/digitalesprüfen/informationenstudierende>).

60 Online-Proctoring - Beaufsichtigung digitaler Prüfungen (<https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring>).

61 Open-Book-Klausuren und was sich dahinter verbirgt – @LLZ (<https://blog.llz.uni-halle.de/2021/01/open-book-klausuren-und-was-sich-dahinter-verbirgt/>).

62 Frölich-Steffen, Handreichung zur Online-Lehre, Stand: Wintersemester 2020/21, S. 12 ([https://www.profil.uni-muenchen.de/profil-start/profil\\_hands-on-lehre\\_pruefung.pdf](https://www.profil.uni-muenchen.de/profil-start/profil_hands-on-lehre_pruefung.pdf)).

63 Open Book Prüfungen Juridicum: Tipps, Tricks & Survivalpackages - LexisNexis Österreich ([https://www.lexisnexis.at/blog-](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/)

[post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/](https://www.lexisnexis.at/blog-post/open-book-pruefungen-juridicum-tipps-tricks-survivalpackages/))

64 Open Book Klausuren - Universität Bielefeld (<https://www.uni-bielefeld.de/einrichtungen/bits/elearningmedien/lernplattformen/e-pruefungen/openbook/>).

65 Open Book Take-Home Exam Download and Upload Quick Guide ([https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Klement/Quick\\_Guide\\_fu\\_r\\_Download\\_und\\_Upload.pdf](https://www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Klement/Quick_Guide_fu_r_Download_und_Upload.pdf)).

66 Wintersemester 2020/2021 | Universität des Saarlandes (<https://tu-dresden.de/tu-dresden/organisation/rektorat/prorektor-bildung/zill/e-learning/corona/digitale-pruefungen>).



Kommunikation stark beeinflussen können. Die mündliche Online-Prüfung würde zudem erlauben, dass die Prüfung aufgezeichnet wird, um gegebenenfalls verhinderten Prüfenden eine spätere Anschauung und Bewertung zu ermöglichen.

#### cc) Bewertung

Die Bewertung vor allem schriftlicher Prüfungen ist durch die IT-basierte Einsendung auch innerhalb des technischen Systems möglich. Zudem besteht nunmehr die soeben angesprochene Möglichkeit einer späteren Bewertung, wo sonst die tatsächliche Anwesenheit und Anschauung zwingend erforderlich war.

#### dd) Abgrenzung zu bestehenden Strukturen

In Anwendung des ersten Schritts der Vorüberlegungen lässt sich deshalb Folgendes konstatieren.

1. Es bestehen gute Gründe, den gängigen neuen Online-Prüfungsgestaltungen open book Prüfung und take home Prüfung eigene faktische Typusmerkmale im Vergleich zur Klausur und der Hausarbeit zuzubilligen:

a. Open book Prüfung und take home Prüfung unterscheiden sich von der analog absolvierten Klausur in Anwesenheit erheblich. Denn erstens sind inhaltliche Hilfsmittel zugelassen, was die Möglichkeiten, aber auch die Arbeitsweise der zu prüfenden Personen erheblich verändert. Und zweitens entfällt wegen der Arbeit in Abwesenheit die Möglichkeit und das Erfordernis einer Beaufsichtigung durch die Hochschule, was organisatorische Veränderungen für die Hochschule in Sachen Prüfungsplanung und Fragestellungen für die zu prüfenden Personen bei der Prüfungsvorbereitung nach sich zieht.

b. Eine Zuordnung von open book Prüfung und take home Prüfung zur anderen hauptsächlichen Spielart der schriftlichen Prüfung, der Hausarbeit, ergibt dagegen gewisse Übereinstimmungen. Hier wie dort sind die Fragestellungen der Prüfung in einer vorgegebenen Zeit selbstständig und mit allen verfügbaren Hilfsmitteln zu bearbeiten.

c. Open book Prüfung und take home Prüfung teilen andererseits auch einige Gemeinsamkeiten mit der Klausur. Denn wegen der begrenzten Bearbeitungszeit sind abzurufende Kompetenzen oder die Inhalte der Prüfung nach Breite und Tiefe eher mit einer Klausur vergleichbar als mit denen einer Hausarbeit. Ebenso sind die begleitenden Anforderungen, etwa an Inhaltsver-

zeichnis, Gliederung oder Quellenverzeichnis, eher der Klausur ähnlich als der Hausarbeit.

2. Die mündliche Prüfung im persönlichen Gespräch und in IT-basiert durchgeführter Form sind hinsichtlich ihrer faktischen Typizität weitgehend vergleichbar, was Vorbereitung, Durchführung und Bewertung angeht. Dass sich bei der IT-basiert durchgeführten mündlichen Prüfung durch den nur bedingt für die Hochschule einsehbaren Prüfungsraum andere, erweiterte Täuschungspotenziale ergeben, ist auf dieser gedanklichen Ebene noch nicht zu betrachten. Als Zwischenergebnis sind also diese beiden Ausgestaltungen unter einen faktischen Prüfungstyp „mündliche Prüfung“ zu bringen.

#### b) Bewertung faktischer Strukturen nach rechtlichen Merkmalen

Diese faktischen Besonderheiten sollen nun in das bestehende rechtliche Gefüge eingeordnet und auf ihre Passfähigkeit innerhalb dessen überprüft werden.

##### aa) Art. 12 Abs. 1 GG - Qualitätsanforderungen

Erster hauptsächlicher rechtlicher Maßstab für die Erfassung von Prüfungen ist dabei die Ausrichtung der Prüfung an den qualitativen Anforderungen der Gesellschaft im Hinblick auf die mit der konkreten Ausbildung verfolgten typischen Berufsbilder.<sup>67</sup> Dieser Maßstab scheint zunächst indifferent zu wirken, da die Art der kommunikativen Übertragung einer Prüfungsleistung gedanklich unabhängig von den inhaltlichen Anforderungen an die Prüfung ist. Allerdings besetzt speziell für open book Prüfungen eine gewisse Verbindung zwischen technischer Übertragung und inhaltlicher Ausgestaltung. Denn durch die Zulässigkeit von Hilfsmitteln tritt eine reelle Möglichkeit der Abfrage von Wissenskompetenzen weitgehend in den Hintergrund. Stattdessen werden Fragestellungen, die auf Transfer- bzw. Synthesekompetenzen einwirken, wichtiger.<sup>68</sup> Jedoch ist diese Auffächerung von Prüfungsgestaltungen auch ohne die Betrachtung von Online-Prüfungen bereits vorhanden und in der Hochschullandschaft verbreitet. Die digitalen Übertragungswege der Online-Prüfungen und die damit verbundenen Neugestaltungen von Prüfungsfragen werden diesen Prozess der Auffächerung und Diversifizierung sicherlich weiter modifizieren und voranbringen. Ob sie allerdings eine Intensität erreichen, die zu der Annahme verleitet, der Qualitätsmaßstab aus

67 BVerfGE 13, 97 ff.

68 Frölich-Steffen, oben Fn. 62, D. 9.

Art. 12 GG sei nicht mehr hinreichend für die prüfungsrechtliche Erfassung der inhaltlichen Anforderungen an eine Prüfung, darf bezweifelt werden.

bb) Art. 3 Abs. 1 GG – Gebot der Chancengleichheit

Der zweite bedeutsame, eher auf das Prüfungsverfahren einwirkende rechtliche Maßstab ist das Gebot prüfungsrechtlicher Chancengleichheit. Dieser wird aus Art. 3 Abs. 1 GG,<sup>69</sup> teilweise in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>70</sup> abgeleitet und beinhaltet das Erfordernis weitgehend gleicher Prüfungsbedingungen und Bewertungsmaßstäbe für vergleichbare Prüfungen.<sup>71</sup> Hierbei ist zu differenzieren. Soweit die organisatorische Durchführung für alle Prüflinge einer Prüfungskampagne nach gleichen äußeren Bedingungen arbeitet, sollte der administrative Anteil der Chancengleichheit auch bei Online-Prüfungen gewahrt werden können. Inhaltlicher Ausfluss des Gebots der Chancengleichheit ist allerdings auch, dass keine unzulässigen Hilfsmittel verwendet werden dürfen. Hierzu zählt auch die Erbringung der Leistung in eigener Person sowie ohne fremde persönliche Hilfe.<sup>72</sup> Ein Abgleich der soeben herausgearbeiteten faktischen Besonderheiten am Maßstab der Chancengleichheit, speziell mit Blick auf die vorhandenen Täuschungspotenziale, ergibt dabei die nachfolgenden Betrachtungen:

1. Die stark veränderte Organisation und Vorbereitung der Prüfung hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Chancengleichheit, soweit sie für alle beteiligten Studierenden gleichermaßen angewendet werden.

2. Auch die Pflicht der Hochschule, technische Ersatzgeräte zur Verfügung zu stellen, trägt keine Auffälligkeiten im Hinblick auf die Chancengleichheit in sich, zumindest so lange nicht, wie die erforderlichen (Grund-)Funktionalitäten für die Prüfung bei den Endgeräten vorhanden sind.

3. Die technische Überwachung (Proctoring) der Prüfung birgt neue, bisher ungeahnte Möglichkeiten für die Prüflinge, unerlaubte Hilfsmittel zu verwenden. Der geringe Überwachungswinkel der Webcam lässt Möglichkeiten, in anderen Zimmern als dem eigentlichen Prüfungsraum, im Prüfungsraum selbst oder sogar am Arbeitsplatz unerlaubte Hilfsmittel aufzubewahren und zu verwenden. Diese Möglichkeiten bestanden bisher in inhaltlicher Hinsicht ebenfalls, etwa in Kleidungsstücken oder in Taschen, werden bei Online-Prüfungen

aber nicht unerheblich erweitert. Die Möglichkeit, unerlaubte persönliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist außerdem insbesondere bei Proctoringsystemen ohne Audiofunktion erheblich gestiegen.

4. Die Zulassung von Hilfsmitteln verändert die Anforderungen an die Sicherstellung der Chancengleichheit ebenfalls gravierend. Denn im gleichen Maße ist die Hochschule von einer entsprechenden Beweislast im Streitfall befreit, was zum Wegfall der Notwendigkeit für entsprechende Überwachungsmaßnahmen führt. Gleichzeitig wird das Täuschungspotenzial und damit die Gefährdungslage für die Chancengleichheit während der Prüfung herabgesenkt.

5. Die Einführung der Kennzeichnungspflicht fremder Gedanken bei Online-Prüfungsformaten hat Auswirkungen auf die Qualität der Arbeit und ist damit eher für den Maßstab der Qualitätserwartungen relevant als für die Chancengleichheit aller Prüflinge im Verfahren.

6. Die Verwendungspflicht eigener technischer Geräte im Rahmen der freien Bearbeitung birgt zwar kein näheres Gefährdungspotenzial für Täuschungen. Eine funktionale Minder- oder Fehlfunktion dieser Geräte während der Prüfung kann jedoch einen anderen Aspekt der Chancengleichheit aktivieren, nämlich die Pflicht zum Ausgleich unverschuldeter Nachteile der Prüflinge in deren Darstellung der Prüfungsleistung, sog. Nachteilsausgleich.<sup>73</sup> Diese Fallgruppe von Nachteilsausgleichen während der Prüfung, insbesondere in der Form der Verlängerung der Prüfungsdauer, ist zwar nicht unbekannt aus der analogen Welt, denkt man etwa an vorübergehenden Lärm im Umfeld des Prüfungsraums.<sup>74</sup> Hier wären jedoch nicht nur die Ebene der Gewährung verschieden - individuell statt generell, sondern auch die Wahrnehmungs- und Aufklärungsstruktur anders. Nachteilsausgleiche durch technische Störungen, insgesamt und speziell mit Blick auf die studentischen Endgeräte bei der freien Bearbeitung, tragen deshalb eher die Struktur der üblichen, vor Beginn der Prüfung gewährten individuellen Nachteilsausgleiche als von solchen während der Prüfung.

69 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

70 BVerwG DVBl. 2020, 125 ff.

71 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 402.

72 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 45 ff.

73 Niehues/Fischer/Jeremias, oben Fn. 28, Rn. 259.

74 Morgenroth, oben Fn. 30, Rn. 441.

## cc) Datenschutzrecht

Durch die IT-basierte Übertragung weitgehender Informationen bzw. Daten mit Bezug zur Prüfung haben sich neue Bereiche datenschutzrechtlicher Betrachtung ergeben.<sup>75</sup> Dazu zählen nicht nur Verarbeitung bekannter Datenkategorien in neuen, IT-basierten Kontexten, etwa von Name oder Matrikelnummer in IT-Systemen statt einer Papier-Teilnehmerliste. Daneben bestehen auch und vor allem komplett neue Datenkategorien, etwa IP-Adressen oder biometrische Daten wie Gesicht oder Stimme,<sup>76</sup> wobei letztere zusätzlich noch besonders zu schützen sind, Art. 9, 35 EU-DSGVO.<sup>77</sup> Schließlich stellen sich auch neue Fragen der Intensität der Verarbeitung personenbezogener Daten, etwa räumlich – Erfassung des kompletten (privaten) Prüfungsraums oder von Teilen dessen, zeitlich – Frequenz der Proctoring-Aufnahmen – oder inhaltlich – Proctoring mit oder ohne Audiofunktion.

All dies eröffnet nicht nur neue rechtliche Welten im Zusammenhang mit dem Datenschutz. Die datenschutzrechtlich gesetzten Grenzen wirken daneben auch auf die Gestaltung der Prüfung ein und prägen die faktischen Prüfungstypen und –strukturen gleichzeitig mit. Das Absolvieren der Prüfung im ansonsten vor Einblicken der Hochschule geschützten privaten Prüfungsraum, Verkürzungen von Wahrnehmung der Prüfungsinhalte oder Nachteile bei Leistungserbringung (mündliche Online-Prüfung) oder Übertragung (schriftliche Online-Prüfung) wirken auf Inhalt und Verfahren der Prüfung ein.

## c) Einordnung in das geltende rechtliche Regime

Welche Folgerungen für die rechtliche Erfassung der Typologie von Online-Hochschulprüfungen können aus den erarbeiteten Erkenntnissen abgeleitet werden?

1. Die open book Prüfung unterscheidet sich von der Präsenzklausur faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung und Durchführung, dabei vor allem mit Blick auf die Zulässigkeit von Hilfsmitteln. In rechtlicher Hinsicht bedeutsam sind die neue datenschutzrechtliche Erfassung der Prüfungsleistung, bei vorgeschalteter IT-basierter Identitätskontrolle zusätzlich von Kategorien wie Prüfungsraum, IP-Adresse oder biometrischer Daten, die Bedeutsamkeit der Kennzeichnung fremder Gedanken für die inhaltliche Qualität der Arbeit, das abgesenkte Täuschungspotenzial durch die zugelassenen Hilfsmittel

sowie die neue Dimension des individuellen Nachteilsausgleichs während der Prüfung.

2. Es bestehen auch Differenzierungsmöglichkeiten der open book Prüfung zur Hausarbeit. Die hier wie dort verwendbaren Hilfsmittel lassen zwar Aufsichtsmaßnahmen gleichermaßen entfallen. Abzuprüfende Kompetenzen und Begleitleistungen sind jedoch wegen der stark abweichenden Prüfungsdauer verschieden. Bedeutsame rechtliche Abweichungen, abgesehen von den datenschutzrechtlichen Implikationen bei Identitätskontrolle im Rahmen der open book Prüfung, bestehen dagegen nicht.

3. Diese beiden Aussagen gelten entsprechend für die take home Prüfung mit der Besonderheit, dass eine Identitätskontrolle hier in aller Regel nicht stattfindet und die entsprechenden datenschutzrechtlichen Implikationen nicht typusprägend sind.

4. Die mündliche Online-Prüfung unterscheidet sich von der mündlichen Präsenzprüfung faktisch spürbar in ihrer Vorbereitung, dagegen kaum in ihrer Durchführung. Rechtlich bedeutsam ist dagegen sowohl die stark veränderte, durchgängige datenschutzrechtliche Erfassung als auch die neue individualisierte Form des Nachteilsausgleichs während der Prüfung infolge von technischer Störungen.

## d) Ergebnisse

Aus diesen Ableitungen lassen sich folgende Ergebnisse extrahieren.

## aa) Open book Prüfung und take home Prüfung

Open book Prüfung und take home Prüfung stehen in ihrer faktischen Ausgestaltung und rechtlichen Erfassung zwischen Klausur und Hausarbeit. Sie verdienen deshalb jedenfalls eine Anerkennung als jeweils eigenständige Prüfungsart innerhalb des Typus der schriftlichen Prüfungen.

Das rechtstheoretisch-rechtsmethodische Erfordernis, einen neuen Prüfungstypus abzuleiten, scheint dagegen für open book Prüfung und take home Prüfung noch nicht gegeben zu sein. Die prüfungsrechtlichen Maßstäbe sind im Vergleich zu Klausur und Hausarbeit zwar modifiziert. Die Abweichungen lassen eine Erfassung unter dem Typus der schriftlichen Prüfungen jedoch weder als unangemessen im Sinne von *Larenz*<sup>78</sup> erscheinen, noch lässt sich die Verbindung von Tatbestand und (prüfungsrechtlicher) Rechtsfolge im Sinne von

75 Die Bayrische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) vom 16.9.2020 erfasst als erkennbar erste integrierte staatliche Regelung die verschiedenen Aspekte des Datenschutzes bei Online-Prüfungen; *Sandberger*, oben Fn. 2, S. 157 f.

76 *Fehling*, oben Fn. 2, S. 146.

77 *Morgenroth/Wieczorek*, *OdW* 2021, 7, 10.

78 Oben, Fn. 52.

*Pawlowski*<sup>79</sup> nicht mehr plausibel erklären. Zwar besteht insoweit die Möglichkeit einer Einwirkung datenschutzrechtlicher Verkürzungen auf die Prüfung nach § 46 LV-wVfG. Es wird aber weiterer faktischer Verdichtung, praktischer Erfahrung und vor allem wissenschaftlicher und forensischer Aufarbeitung bedürfen, um belastbare, anderslautende typologische Erkenntnisse zu generieren. Bis dahin wird hier davon ausgegangen, dass open book Prüfung und take home Prüfung, weder einzeln noch in ihrer Zusammenschau, einen eigenständigen Prüfungstypus bilden.

Die vor allem durch das Datenschutzrecht bedingten abweichenden faktischen Strukturen legen jedoch in jedem Falle eine eigenständige Erfassung in der Prüfungsordnung durch eigene Regelungen nahe. Denn es bestehen hinreichende, faktisch und rechtlich bedingte Risikopotenziale, die es durch Regelung zu steuern gilt.

#### bb) Mündliche Online-Prüfungen

Die faktischen und rechtlichen Abweichungen der mündlichen Prüfung in der Online-Variante im Vergleich zur Präsenzprüfung fallen dagegen stärker aus. Die IT-Dimension bewirkt sowohl für die Vorbereitung als auch für die Durchführung erhebliche Modifizierungen im Vergleich zur mündlichen Präsenzprüfung mit Wirkung für Nachteilsausgleiche und Performance. Zudem besteht hier auch noch die faktische Möglichkeit der späteren Bewertung einer aufgezeichneten Prüfung, der rechtlich entsprechend zu begegnen ist. All dies führt sicher zu einer Anerkennung als eigenständige Prüfungsart und auch zum Erfordernis einer eigenständigen Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung.

Ob eine Anerkennung der mündlichen Online-Prüfung als eigenständiger Prüfungstypus gerechtfertigt ist, kann noch nicht abschließend beantwortet werden, liegt nach Lage der Dinge aber deutlich näher als für open book Prüfung oder take home Prüfung. Denn die visuelle Überwachung bewirkt nicht nur das Erfordernis der Betrachtung neuer datenschutzrechtlicher Aspekte, sondern auch von Grundrechten mit Bezug zum Schutz der Wohnung.<sup>80</sup> Vieles wird des Weiteren davon abhängen, welchen Einfluss die prüfungsrechtlichen Beteiligten in den Gerichten, in der Wissenschaft und aus der Hochschulpraxis den datenschutzrechtlichen Gegebenheiten beimessen. Auf den ersten Blick scheinen die Abweichungen zur mündlichen Präsenzprüfung nicht geringer

zu sein als etwa diejenigen einer elektronischen Prüfung zu einer schriftlichen Prüfung, die anerkanntermaßen als verschiedene Prüfungsformen bestehen.<sup>81</sup> Auch hier darf die weitere Entwicklung und Aufarbeitung mit Spannung abgewartet und begleitet werden.

#### 3. Begriffliche Fragen

Impulse für Veränderungen der verwendeten Begrifflichkeiten gibt es aus dem Vorgesagten für die Verwendung des Oberbegriffs „Prüfungsform“ (a), für die synonym verwendete Bezeichnung „Aufsichtsarbeit“ für die Klausur (b), und für die Benennung der Online durchgeführten Prüfungen als „Fernprüfungen“, „digitale Prüfungen“ oder Online Prüfungen“ (c).

##### a) Begriff der „Prüfungsform“ als Oberbegriff?

Aus zwei Gründen erscheint der Begriff „Prüfungstyp“ gegenüber dem Terminus „Prüfungsform“ treffender und mit weniger Missverständnispotential behaftet zu sein. Denn erstens ist – unabhängig von den soeben angestellten typologischen Betrachtungen – die Form im Recht ihrerseits eines von vielen Verfahrensbestandteilen, nicht aber eine Oberkategorie selbst. Für die Schriftform (§§ 125 f. BGB) und für die elektronische Form (§ 126 BGB) gibt es dezidierte rechtliche Vorgaben, die jedoch mit der Einhaltung dieser Formen auf Elemente des Verfahrens abzielen, ohne das Gesamtphänomen zu erfassen, in das diese Formen eingebettet sind. Der Begriff „Form“ ist im Recht deshalb traditionell anders besetzt, seine Verwendung für Oberkategorien kontraintuitiv. Und zweitens ist die begriffliche Verknüpfung von Typus und Regelungsbedarf im Recht bereits sehr verbreitet, denkt man beispielsweise an Vertragstypen<sup>82</sup> oder Straftatbestände. Anstelle von „Prüfungsformen“ erscheint deshalb eine Oberstruktur von „Prüfungstypen“ sowohl Sinngehalt als auch Erkenntnisinteresse besser zu erfassen.

Dass gegebenenfalls mehrere Prüfungsarten unter einen Oberbegriff, nach hier vertretener Auffassung des „Prüfungstyps“ zu bringen sind, wie das bisher verbreitet vertreten wird, ist dagegen unschädlich und wegen der Kürze und Prägnanz gegenüber anderen, ähnlich geeigneten Begriffen wie „Prüfungsausgestaltung“ auch vorzugswürdig.

79 Oben, Fn. 53.

80 S. oben, Nr. II.

81 *Jeremias*, oben Fn. 44.

82 S. oben, Fn. 48, 51.



## b) Bezeichnung der Klausur als „Aufsichtsarbeit“?

Trotz einer verbreiteten definitiven Zuordnung der Beaufsichtigung zum Begriff der Klausur<sup>83</sup> erscheint die synonyme Setzung der Begriffe Aufsichtsarbeit und Klausur fragwürdig. Ein Blick auf die etymologische Entwicklung des Begriffs „Klausur“ zeigt zunächst, wie weit sich dessen Bedeutung zumindest für Prüfungen<sup>84</sup> von seinem Ursprung entfernt hat. Der ursprünglich essenzielle Teil des Begriffs, die Ableitung aus den lateinischen Wörtern „claudere“ (dt. schließen) und „clausura“ (dt. Verschluss), verdeutlicht die Abgeschlossenheit und Unzugänglichkeit des Klausurgegenstands als das primäre namensgebende Element.

Zudem hat sich gezeigt, dass die strukturelle Erfassung des Prüfungssystems durch die Online-Prüfungen eine Erweiterung erfahren hat. Diese bewirkt, dass andere Abgrenzungskategorien an Bedeutung gewinnen und zunehmend prägend werden. Für die hier relevante Betrachtungsgruppe der schriftlichen Prüfungen mit Ausnahme der Hausarbeit scheint es nunmehr tendenziell auf die Unterscheidung der Prüfung mit und ohne zugelassene Hilfsmittel als auf die Aufsicht anzukommen.

Schließlich spricht auch die gedankliche Gegenprobe eher gegen eine Gleichsetzung der Begriffe. Denn sollte es im Einzelfall vorkommen, dass eine eingeplante Beaufsichtigung – sei es durch Krankheit des Personals oder durch Ausfall der Proctoringsysteme – ganz oder vorübergehend nicht eingesetzt werden kann, so wird es dennoch fernliegend sein, die durchgeführte Prüfung deshalb nicht als Klausur anzusehen oder sogar gerichtlich mit der Begründung einer fehlerhaft durchgeführten Prüfung zu argumentieren.

Wegen der traditionell üblichen Ausübungsform ist eine synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ deshalb eine geeignete begriffliche Annäherung, sollte in rechtsverbindlichen Texten jedoch insbesondere dann nicht verwendet werden, wenn es gerade um die rechtliche Bewertung von Details dieses Prüfungstyps geht.

## c) Benennung der IT-basiert durchgeführten Prüfungsgestaltungen

Die durch die Corona-Situation verstärkt verwendeten IT-basiert durchgeführten Prüfungsformen werden in verschiedener begrifflicher Ausgestaltung verwendet, etwa als „Fernprüfung“, „digitale Prüfung“ oder „Online-Prüfung“. Hierzu soll im Folgenden begrifflich Stellung genommen werden.

Die „Fernprüfung“<sup>85</sup> ist für sich genommen kein genau abgegrenztes Phänomen, sondern kann in vielen verschiedenen Gestaltungen auftreten. Insoweit unterliegt der Begriff auch nach dem Willen seiner Schöpfer noch einem Konkretisierungs- bzw. Konsolidierungsprozess. Dennoch scheint die gedankliche Nähe zum „Fernunterricht“ nach dem FernUSG nicht optimal, um begrifflichen Missverständnissen vorzubeugen. Zwar verwendet das FernUSG selbst den Begriff der „Fernprüfung“ nicht. Es erscheint jedoch durchaus naheliegend, die „Überwachung des Lernerfolgs“ nach absolviertem Fernunterricht im Sinne von § 2 Abs. 1 FernUSG als Fernprüfung zu bezeichnen. Um dieser Verknüpfung, die keine inhaltliche Entsprechung hätte, zu vermeiden, soll deshalb von der Verwendung des Begriffs „Fernprüfung“ abgeraten werden.

Auch die Verwendung des Begriffs „digitale Prüfung“ scheint den Kern des zu erfassenden Sachverhalts nicht vollständig zu erfassen. „Digital“ bedeutet die Abbildung von Informationen als Zahlenkombinationen.<sup>86</sup> Dies erfasst zwar den Prozess der Informationsübertragung nach beiden Seiten, der sowohl für das Verfahren als auch für die Bewertung der Prüfung wesentlich ist. Den Charakter der neuen Prüfungsarten gerade als Substitut für die nicht mehr durchführbaren Prüfungsarten erfasst diese Bedeutung jedoch in weiten Teilen nicht, etwa die Dimensionen An- oder Abwesenheit oder A/Synchronizität in zeitlicher Hinsicht. Der Begriff „digitale Prüfung“ scheint damit für die Zwecke der vollständigen Einordnung der neuen Prüfungsarten etwas zu kurz zu greifen.

83 So Fischer/ Dieterich, oben Fn. 1, in Abgrenzung zur keine Aufsicht erfordernden Hausarbeit.

84 Die Redewendung „in Klausur gehen“ ist dagegen in anderen Kontexten noch verbreitet, beispielsweise mit Blick auf die all-

jährlichen Klausursitzungen der politischen Parteien.

85 S. BayFEV, oben Fn. 75.

86 Duden | digital | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

Bisweilen wird auch das Kürzel „e“ vor der Benennung der einzelnen Prüfungsart verwendet, z. B. als „e-Klausur“. Das Kürzel verweist hierbei auf „electronic“ oder „elektronisch“. Wegen der begrifflichen und gedanklichen Nähe zur elektronischen Form wird auch hier empfohlen, in rechtsverbindlichen Dokumenten darauf zu verzichten.

Auch der Begriff „IT-basiert“ scheint den Wesensgehalt des zu Erfassenden nur unzureichend abzubilden. Denn IT-basiert als „auf Informationstechnologie beruhend“ erfasst auch etablierte Prüfungsarten aus der analogen Welt, beispielsweise die Hausarbeit oder den Essay, die mittlerweile in den allermeisten Fällen auf dem Computer und damit IT-basiert verfasst werden dürften.

Der Erfassung der vielfältigen neuen Gestaltungsformen von Prüfungen am nächsten zu kommen scheint der Begriff „Online-Prüfung“. „Online“ meint hier die aktive Verbindung des die Prüfungsleistung hauptsächlich übertragenden Geräts der Informationstechnologie,<sup>87</sup> etwa von Computer oder Kamera also, zur Informationsverarbeitungsanlage. Dieser Begriff inhäriert bereits die digitale Informationsumwandlung und –übertragung, geht aber bezüglich der Interaktion zwischen prüfender und zu prüfender Person entscheidend darüber hinaus. Dass in Einzelfällen zur Minimierung von Täuschungsrisiken Prüfungen ganz oder teilweise offline, z. B. im Flugmodus, zu absolvieren sind, schadet der begrifflichen Passgenauigkeit von „Online“ nicht, weil der Begriff die Anwendungsfälle dennoch alle abstrakt korrekt erfasst.

Im Ergebnis wird deshalb empfohlen, für die infolge der Corona-Situation aufgekommenen Prüfungstypen bzw. -arten die Bezeichnung „Online-Prüfungen“ zu verwenden.

#### IV. Ergebnisse

Zusammengefasst seien abschließend nochmals die nachfolgenden wesentlichen Ergebnisse genannt:

1. Es bestehen gute Gründe dafür, die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Bewältigung der Corona-Situation, insbesondere zur Erfassung von Online-Lehre und Online-Prüfungen, in Anwendung der Vorgaben des BVerfG zumindest auch, möglicherweise ausschließlich, am Maßstab von EU-Grundrechten prüfen zu müssen. (oben, II. 2). Dies gilt besonders, wenn die daten-

schutzrechtliche Legitimation der Datenverarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgt (s. oben, II. 3). Den Hochschulen wird deshalb empfohlen, den Maßstab der EU-Grundrechte zu berücksichtigen.

2. Für den Fall, dass eine Anwendbarkeit nationaler Grundrechte neben den EU-Grundrechten angenommen wird, so ist zu beachten, dass die relevanten Grundrechte unterschiedliche Schutzgehalte, Strukturen und Intensitäten aufweisen: Im Rahmen des prüfungsrechtlichen Gebots der Chancengleichheit steht einer traditionell anerkannten und detailliert ausgestalteten deutschen Grundrechtsverbürgung aus Art. 3 Abs. 1 GG eine bestenfalls rudimentär vorhandene EU-rechtliche Grundrechtserfassung gegenüber (s. oben, II. 4 a.). Umgekehrt ist das EU-Grundrecht auf Achtung der Wohnung in Art. 7 GrCh europarechtlich solide entwickelt und strukturell leicht zu erfassen, während die Anwendbarkeit des deutschen Pendantes aus Art. 13 GG infolge fortschreitender Grundrechtskonkurrenzen zunehmend erodiert und zudem strukturell die hiesige Problematik bestenfalls am Rande erfasst (s. oben, II. 4 b.).

3. Die neuartigen Gestaltungen schriftlicher Online-Prüfungen in den Formen der open book Prüfung und der take home Prüfung weisen eigenständige, faktische und rechtliche Charaktermerkmale auf, die sowohl eine Zubilligung als eigenständige Prüfungsarten als auch das Erfordernis einer Erfassung in eigenständigen Rechtsgrundlagen in der Prüfungsordnung rechtfertigen. Die Identifizierung dieser Prüfungsgestaltungen als eigener Prüfungstypus im Sinne einer rechtstheoretisch-rechtsmethodischen Einordnung scheint dagegen vorerst nicht angezeigt (s. oben, III. 2 d aa.)

4. Ebenso sind Online absolvierte, mündliche Prüfungen wegen Art und Intensität ihrer Besonderheit sowohl als eigene Prüfungsart als auch als Gegenstand eigener Regelung in der Prüfungsordnung zu betrachten. Zudem sprechen gute Gründe für ihre Erfassung als eigenständiger Prüfungstypus, vor allem wegen der starken Implikationen des Gebots der Chancengleichheit bei technischen Störungen sowie der erheblichen Erweiterung der grundrechtlichen Relevanz im Datenschutzrecht und im Recht des räumlichen Schutzes der Privatheit. Die weitere Entwicklung wird zeigen, inwieweit sich diese Annahme verifiziert (s. oben, III. 2 d bb.).

5. Statt des Begriffs „Prüfungsform“ wird der Begriff des „Prüfungstyps“ als Oberbegriff für die Erfassung

87 Duden | Online | Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft, letzter Abruf am 4. Februar 2021.

hinreichend gleichartiger Prüfungsformen vorgeschlagen, da die Verwendung von „Form“ im Recht üblicherweise eher einzelne Verfahrenselemente als Gesamtphänomene beschreibt und dieser Begriff der methodischen Herangehensweise der Typenbildung auch näher ist (s. oben, III. 3 a.).

6. Die verbreitete synonyme Verwendung der Begriffe „Aufsichtsarbeit“ und „Klausur“ ist als semantische Annäherung gut geeignet, vor allem in methodischen Kontexten jedoch aus etymologischen, aktuellen strukturellen und auch praktischen Erwägungen heraus ungenau (s. oben, III. 3 b.).

7. Für die Bezeichnung von auf der Grundlage von IT-Systemen durchgeführten Prüfungen erscheint der Terminus der „Online-Prüfung“ gegenüber ebenfalls verwendeten Begriffen wie „Fernprüfung“, „digitale Prü-

fung“ oder „e-Prüfung“ vorzugswürdig, weil er die Besonderheiten gerade dieser Kommunikationsstruktur am besten erfasst (s. oben, III. 3 c.).

Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar der Ernst-Abbe-Hochschule sowie Referent und Fachautor im Hochschulstudien- bzw. -prüfungsrecht. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wider.

