

Karoline Haake

Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen

Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 4.2.2022

Am 30.10.2020 und 15.1.2021 veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts bereits zwei Online-Tagungen zu Lehre und Prüfungen in der Corona-Zeit und den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen.¹ Da die Coronavirus-Pandemie den Hochschulalltag sowie die Durchführung der anstehenden Semesterabschlussprüfungen weiterhin erschwert, bleibt insbesondere der Gesichtspunkt der Online-Prüfungen für die Hochschulen besonders relevant.

Prof. Dr. Volker Epping, Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts, betonte in seiner Begrüßung, dass das Interesse an dem Thema nicht abreiße und die Praxis weiterhin vor vielgestaltige Herausforderungen stelle, was die erneut 190 Teilnehmenden aus Wissenschaft und Praxis unter Beweis stellten. Die Veranstaltung solle insbesondere die Analyse mittlerweile ergangener Rechtsprechung sowie die Diskussion von Fragen aus dem Teilnehmerkreis ermöglichen.

I. Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie

Im ersten Impulsvortrag benannten *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich, LL.M.* (Richter am Verwaltungsgericht Berlin)² zunächst rekurrierend auf die ersten beiden Veranstaltungen die spezifischen Probleme des Prüfungsrechts in der Pandemie, insbesondere bei der Durchführung von Online-Prüfungen und stellten aktuelle Entscheidungen zum Prüfungsrecht während der Pandemie vor.

Zu trennen sei stets zwischen der Verfahrens- und Bewertungsebene einer Prüfung. Daher müssen auch die

Fehlerfolgen auf den beiden Ebenen separat betrachtet werden. Fehler im Prüfungsverfahren würden grundsätzlich zur Wiederholung der Prüfung führen, während Bewertungsfehler im Allgemeinen eine Neubewertung nach sich zögen. Die Pandemie werfe insbesondere hinsichtlich der Verfahrensebene vielfältige prüfungsrechtliche Fragestellungen auf. Pandemiespezifische Herausforderungen stellten sich hinsichtlich der Bewertungsebene hingegen nur vereinzelt, z.B. sofern flächendeckende Täuschungen im Prüfungsverfahren zur Verzerrung des relativen Bewertungsmaßstabs führen würden.³ Mängel im Verfahren dürften nicht durch Verschiebungen auf der Bewertungsebene ausgeglichen werden. Entsprechend kritisch seien einzelne Judikate zu sehen, die andeuteten, eine nachträgliche Anpassung des Bewertungsmaßstabs für denkbar zu halten, sofern die Ergebnisse der unter schwierigen Bedingungen leidenden „Pandemie-Kampagnen“ deutlich von früheren Jahrgängen abwichen.⁴

Bei Betrachtung der Zulässigkeit von Online-Prüfungen müsse man sich die betroffenen Rechtspositionen vor Augen führen. Für die Prüflinge⁵ seien die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, da die Prüfung ein Berufszugangshindernis darstelle, sowie die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG, welche während der Prüfung gewährleistet sein müsse, berührt. Daneben seien aber auch die Rechtspositionen der Allgemeinheit zu beachten. Diese komme mit den beruflichen Leistungserbringungen in Berührung und habe ein Recht darauf, dass die Eignung für den Beruf durch eine zweckmäßige, insbesondere hinreichend aussagekräftige, Prüfung nachgewiesen wurde. Insbesondere im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG müsse der Staat der Allgemeinheit gegenüber Schutzpflichten erfüllen und müsse daher das fachliche Niveau sowie die Vergleich-

1 Berichte dieser Tagungen sind veröffentlicht in *OdW* 2021, 59 ff. und 201 ff.

2 Beide sind Autoren der im März erschienen 8. Auflage des Standardwerks *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht.

3 S. dazu *Haake*, *OdW* 2021, 59 (61).

4 So *VGH Baden-Württemberg*, Beschluss v. 25.1.2021 – 9 S 3423/20; *VG Ansbach*, Beschluss v. 30.11.2020 – AN 2 E 20.01752.

5 Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

barkeit der Prüfungen auch zu Pandemiezeiten gewährleisten.

Aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Prüfungen sei ferner der grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt zu beachten. Es sei jedoch regelmäßig ausreichend, wenn sich die Rechtsgrundlage für die Prüfungen aus der Prüfungsordnung (insb. Satzungen) ergebe. Sofern die Prüfungsordnung die konkrete Art und Weise der geplanten Prüfungsdurchführung nicht deckt, müsse diese angepasst werden.⁶ Ggf. könne auch mit Einwilligung des Prüflings von der Prüfungsordnung abgewichen werden.⁷

Zwischen den Prüfungsarten werde kompetenzbasiert abgegrenzt. Daher sei die Online-Prüfung keine eigene Prüfungsart, sondern nur eine Durchführungsvariante der klassischen Prüfungsarten z. B. einer mündlichen oder schriftlichen Prüfung. Aus diesem Grund sei aus prüfungsrechtlicher Sicht nicht stets eine gesonderte Rechtsgrundlage für die Durchführung der Prüfung als Online-Prüfung und daher auch keine Änderung der Prüfungsordnung angezeigt.⁸ Zu beachten sei, dass unter einer Klausur vorbehaltlich abweichender Regelungen in den einschlägigen Prüfungsordnungen grundsätzlich eine Aufsichtsarbeit zu verstehen sei. Schriftliche Ausarbeitungen ohne Aufsicht (Open-Book-Arbeiten) seien daher prüfungsrechtlich als Hausarbeiten einzuordnen. Um eine Online-Klausur durchzuführen, sei daher eine Form von Aufsicht notwendig.⁹

In der Praxis hätten sich Täuschungen als wesentliches Problem der Online-Prüfungen erwiesen.¹⁰ Um die Zweckmäßigkeit der Prüfung für die Berufsqualifikation und die Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG aufrechtzuerhalten, sei es geboten, effektive Täuschungsabwehrmaßnahmen zu entwickeln. Auch aus diesem Grund sprachen sich *Fischer* und *Dieterich* bereits in der Vergangenheit für die Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht als Ersatz für Präsenzklausuren aus. Mit der Online-Prüfung erfüllten die Hochschulen wäh-

rend der Pandemie ihre Verpflichtung gegenüber den Prüflingen aus Art. 12 Abs. 1 GG zur (zeitnahen) Durchführung der Prüfung.

Ähnliche Ansichten vertreten auch neuere Judikate seit Beginn der Pandemie.¹¹ So erachtete das OVG Nordrhein-Westfalen nicht nur die Beaufsichtigung über Video- und Tonverbindung als zulässig, sondern auch die vorübergehende Aufzeichnung und Speicherung dieser erhobenen Daten (bei Unregelmäßigkeiten oder auf Antrag).¹² Dies sei auch zur Aufgabenwahrnehmung im Interesse der Allgemeinheit nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO erforderlich, um Täuschungen zur Wahrung der Chancengleichheit zu vermeiden. Es sei auch kein milderes Mittel ersichtlich. Insbesondere sei die Videoaufsicht auch verhältnismäßig im engeren Sinne, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Prüflinge müsse hinter der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG zurücktreten.

Das OVG Schleswig-Holstein setzte sich zudem ausführlich mit den Grundrechtspositionen der Prüflinge bei der Videoaufsicht auseinander.¹³ Die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG sei durch die Videoaufsicht nicht verletzt, da diese nur vor einem „Eindringen“ in die Wohnung schütze. Ein solcher Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts fehle aber bereits, wenn der Prüfling freiwillig Kamera und Mikrofon freigibt und damit an der Online-Prüfung teilnimmt. Zudem finde kein spezifischer Zugriff auf die Wohnung statt, da die Prüfung auch an anderen Orten abgelegt werden könne bzw. der Prüfling den Hintergrund so gestalten könne, dass kein privater Rückzugsort sichtbar ist.

Auch der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung sei durch die Chancengleichheit sowie Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt, die durch die berufsqualifizierenden Anforderungen der Prüfung geschützt würden. Insbesondere sei die Videoaufsicht dazu auch geeignet. Sie bleibe auch erforderlich, da keine milderen Mittel ersichtlich seien: Präsenzprüfungen seien

6 Zur Anpassung der Prüfungsordnung siehe auch die Ausführungen bei *Haake*, OdW 2021, 59 (60). Nach dem VG Berlin rechtfertige die Pandemie zudem nicht mehr die Annahme von pauschalen Eilkompetenzen, Urteil v. 16.8.2021 – 3 K 554/20.

7 So auch zuletzt vom VG Dresden angenommen, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21. Dazu *Haake*, OdW 2021, 59 (60).

8 So auch VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21; VG München, Urteil v. 25.2.2021 – M 3 K 20.4723; VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21 (letztere Entscheidung grenze jedoch die elektronische Prüfung und die Online-Prüfung nicht scharf genug voneinander ab). Eine Online-Prüfung könne jedoch im Einzelfall bei speziellen Regelungen in der Prüfungsordnung (z.B. zur Gewährleistung der Hochschulöffentlichkeit) nicht mit dieser konform sein. Zudem könne eine Änderung der Prüfungsordnung aus Klarstellungsgründen oder wegen des

Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrechts der Prüflinge angezeigt sein. S. auch *Haake*, OdW 2021, 201 (202 f.).

9 So auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE = NJW 2021, 1414, ähnlich VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21.

10 Auch andere Tagungsteilnehmende berichteten aus der Praxis, dass eine steigende Anzahl an Täuschungen und Zusammenarbeit unter den Prüflingen als Reaktion auf die nun schon seit vier Semestern stattfindenden Online-Prüfungen zu beobachten sei.

11 Ausführlich dazu auch *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 ff.

12 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE = NJW 2021, 1414.

13 OVG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21 = NJW 2021, 1407.

zu Hochzeiten der Pandemie nicht möglich. Andere Prüfungsformen wie die Open-Book-Ausarbeitungen ohne Aufsicht seien als Hausarbeiten ein Aliud zur Klausur und keine gleichwertige Alternative, da andere Kompetenzen abgefragt würden.¹⁴

Sollten hingegen Open-Book-Arbeiten durchgeführt werden, bei denen der Gebrauch unbegrenzter Hilfsmittel zulässig ist, sei zur rechtssicheren Täuschungsprävention zu beachten, dass es sich um eine neuartige Prüfungsform handle und daher die Prüflinge nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass eine Zitierpflicht bezüglich verwendeter Quellen bestehe.¹⁵ Hier seien deutliche Hinweise notwendig, zumal die Hochschule für Täuschungsversuche die Beweislast trage und insbesondere den Täuschungsvorsatz des Prüflings nachzuweisen habe. Der Beweis des ersten Anscheins der Täuschung könne nur bei glaubwürdigem Vortrag eines abweichenden atypischen Verlaufs durch den Prüfling entkräftet werden.¹⁶

Für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren gelte die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen.¹⁷ Bei Verdacht einer „Flucht in die technische Störung“ liege die Befugnis, für die Wiederholungsprüfung eine Einzelprüfung in den Räumen der Hochschule durchzuführen, um eine solche erneute Möglichkeit auszuschließen, im Ermessen der Prüfungsbehörde, welche dafür keine gesonderte Rechtsgrundlage benötige.¹⁸

Ein Anspruch auf Durchführung einer Online-Prüfung anstelle einer Präsenzprüfung bestehe grundsätzlich nicht, könne sich aber im Einzelfall aus der Prüfungsordnung ergeben oder entstehen, wenn sich das Ermessen der Prüfungsbehörde bezüglich der Durch-

führung der Prüfung als Online-Prüfung auf Null reduziere.¹⁹ Auch ein Anspruch auf Präsenz- statt Online-Prüfung bestehe grundsätzlich nicht. Werden Präsenzprüfungen durchgeführt, könnten Prüflinge bei Corona-Symptomen wegen der Schutzpflicht der Hochschule für die Gesundheit der anderen Prüflinge von der Prüfung ausgeschlossen werden, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass keine Covid-19-Infektion vorliegt. Dafür sei jedoch eine hinreichende Rechtsgrundlage erforderlich. Auch für die Anordnung einer Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes während der Prüfung sei eine Rechtsgrundlage notwendig.²⁰ Für die Befreiung eines Prüflings von dieser Pflicht würden hinreichend aussagekräftige Atteste benötigt.²¹

Ein Rücktritt von der Prüfung sei weiterhin nur unter den allgemeinen prüfungsrechtlichen Voraussetzungen möglich, jedoch plädierten *Fischer* und *Dieterich* dafür, den Nachweis des Rücktrittsgrundes im Hinblick auf pandemiebedingte Kapazitätsgrenzen der (Gesundheits- und Hochschul-)Verwaltung zu erleichtern, indem z.B. kein amtsärztliches Attest gefordert werde.²² Auch die Quarantäneanordnung für die Zeit der Prüfung berechtige zum Rücktritt, selbst wenn diese auf fahrlässiges Verhalten des Prüflings zurückzuführen ist, sofern kein missbräuchliches Verhalten vorliege.²³

II. Datenschutz in Zeiten der Corona-Pandemie

Im nächsten Impulsvortrag setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit den datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.²⁴ *Schwartmann* stellte die Beobachtung auf, dass das Datenschutzrecht in vie-

14 Auch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, die Open-Book-Arbeit sei ohne unzulässige Hilfsmittel angefertigt worden, sei kein gleichwertiges Mittel zur Täuschungsprävention.

15 So VG Dresden, Beschluss v. 16.2.2021 – 5 L 5/21.

16 VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21.

17 VG Dresden, Beschluss v. 27.5.2021 – 5 L 261/21.

18 VG Düsseldorf, Urteil v. 26.4.2021 – 6 K 957/20.

19 Dies ist abhängig vom Infektionsgeschehen, dem Hygienekonzept vor Ort oder der Zugehörigkeit des Prüflings zu einer Risikogruppe. Restriktiv jeweils OVG Niedersachsen, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20), VG Bremen, Beschluss v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, VG Gießen, Beschluss v. 5.3.2021 – 9 L 491/21, GI, VG Berlin, Beschluss v. 10.9.2021 – 12 L 237/21.

20 Unter Umständen kann auch auf das Hausrecht der Hochschule zurück gegriffen werden, OVG Niedersachsen, Beschluss v. 20.5.2021 – 2 ME 105/21. Ablehnend zur Maskenpflicht VG Göttingen, Beschluss v. 27.5.2020 – 4 B 112/20, bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

21 Atteste zur Befreiung von der Maskenpflicht müssen dabei gesundheitliche Beeinträchtigungen, deren Ursache und die Grundlage der ärztlichen Einschätzung konkret benennen, OVG NRW, Beschluss v. 24.9.2020 – 13 B 1368/20; VG Düsseldorf, Beschluss v.

24.8.2021 – 29 L 1693/21; VG Münster, Beschluss v. 4.12.2020 – 5 L 1027/20; VG Braunschweig, Beschluss v. 19.11.2020 – 4 B 397/20; VG Regensburg, Beschluss v. 19.11.2020 – RO 14 E 20.2770; VG Düsseldorf, Beschluss v. 25.8.2020 – 18 L 1608/20; VG Aachen, Beschluss v. 2.12.2020 – 9 L 887/20; OLG Dresden, Beschluss v. 6.1.2021 – 6 W 939/20; a.A. außerhalb des (Hoch-)Schulkontexts OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 4.1.2021 – 11 S 132/20.

22 Von weiteren Erfordernissen wie etwa zusätzlich zur positiven Infektion dem Nachweis eines symptomatischen Verlaufs oder dem Nachweis der Infektion einer Kontaktperson rieten *Fischer* und *Dieterich* ebenfalls ab. Jedoch rechtfertige eine Quarantäneanordnung ohne Infektion noch keinen Rücktritt von einer Online-Prüfung.

23 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 23.3.2021 – 14 B 277/21.

24 *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

len Hinsichten strengere Maßstäbe als das Prüfungsrecht anlege.

Anders als ein Verstoß gegen das Prüfungsrecht möge eine datenschutzrechtliche Verletzung nicht zu Fehlern im Verfahren oder der Bewertung der Prüfung führen. Dies könne nach § 46 VwVfG (ggf. analog) nur der Fall sein, wenn sich der datenschutzrechtliche Verstoß auf das Ergebnis der Prüfung auswirke.²⁵

Ein Verstoß gegen die DS-GVO würde vielmehr andere Sanktionen mit sich ziehen: Ein Bußgeld nach Art. 83 DS-GVO sei nach § 43 Abs. 3 BDSG zwar für öffentliche Stellen wie staatliche Hochschulen ausgeschlossen. In Betracht kämen allerdings Schadensersatzansprüche gegen die Hochschule nach Art. 82 DS-GVO. Demnach kann der Ersatz eines materiellen oder immateriellen Schadens aufgrund einer Datenschutzverletzung verlangt werden. Ob ein solcher immaterieller Schaden z.B. bei einer Videoaufsicht vorliegt, kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Anlass zur Sorge gibt *Schwartmann* aber, dass das Bundesverfassungsgericht kürzlich die Möglichkeit bestätigte, dass eine einzelne unerwünschte Werbemail einen Datenschutzverstoß darstellt, der einen Schmerzensgeldanspruch in Höhe von 500 Euro auslöst.²⁶ Daher warnte *Schwartmann* vor datenschutzrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Schadensersatzforderungen der Studierenden. An die bestehende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Videoaufsicht seien die über die Schadensersatzforderungen entscheidenden Zivilgerichte nicht gebunden.²⁷

Anschließend lieferte *Schwartmann* eine aktuelle Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der in der Pandemie von den Hochschulen zur Durchführung von Prüfungen und Vorlesungen vorgenommenen Maßnahmen.²⁸ Grundsätzlich könne die Datenverarbeitung durch die Hochschulen über Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO gerechtfertigt werden, der es als umsetzungspflichtige Öffnungsklausel erlaube, Ermächtigungsnormen in Landesdatenschutzrecht zu schaffen.²⁹ Demnach sei die Datenverarbeitung gerechtfertigt, wenn sie zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erforderlich sei.

Die Aufzeichnung von Vorlesungen könne demnach gegebenenfalls gerechtfertigt sein. Sei die Aufzeichnung nicht nach lit. e) erforderlich, müssten die Teilnehmenden jedoch in die Aufzeichnung einwilligen nach

Art. 6 Abs. 1 lit. a), 7 DS-GVO. Eine solche Einwilligung genüge dem Freiwilligkeitserfordernis des Art. 7 DS-GVO, da die personenbezogenen Daten in der Vorlesung auch verborgen werden können (durch technische Unkenntlichmachung des Klarnamens, Bilds und Tons), während die Teilnahme an der Vorlesung trotzdem möglich bleibe. Allerdings seien dann im Vorfeld eine Einverständniserklärung sowie eine Datenschutzinformation gem. Art. 13 DS-GVO notwendig. Die Einwilligung der Teilnehmenden bleibe jedoch jederzeit widerruflich und die Aufzeichnung müsse bei Widerruf der Einwilligung gelöscht werden.

Die Aufzeichnungen von Prüfungsleistungen, etwa mündlichen Prüfungen oder der Mitschnitt der Videoaufsicht einer schriftlichen Fernprüfung seien jedoch datenschutzrechtlich unzulässig, da sie zur Aufgabenerfüllung der Hochschule nicht erforderlich seien. Auch in Präsenz erbrachte Prüfungsleistungen werden schließlich nicht aufgezeichnet.

Auch der Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht steht *Schwartmann* weiterhin kritisch gegenüber. Zwar erfülle die Hochschule mit der Durchführung von Online-Prüfungen während der Coronavirus-Pandemie den Anspruch der Prüflinge aus Art. 12 Abs. 1 GG. Daher liege in Online-Prüfungen grundsätzlich die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO i.V.m. dem jeweiligen Landesrecht. *Schwartmann* warf jedoch die Frage auf, ob die generellen landesdatenschutzrechtlichen Ermächtigungsnormen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch auf die datenschutzrechtlich sensible Durchführung von Fernklausuren mit Videoaufsicht anwendbar sind. Aus demselben Grund seien daher schon einige konkretere Ermächtigungsnormen durch die Landesgesetzgeber³⁰ oder Landesverordnungsgeber³¹ erlassen worden.

Da die Open-Book-Arbeit ohne Aufsicht als schriftliche Arbeit ein milderes Mittel darstelle, seien Fernklausuren unter Videoaufsicht meist nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Zwar handele es sich um eine andere Prüfungsform, namentlich eine Hausarbeit anstelle einer Klausur, es können aber oft trotzdem ähnliche Kompetenzen wie in einer Klausur abgefragt werden. In vielen Fällen seien daher weniger eingriffsintensive Alternativen vorhanden.

25 Dies lehnten sowohl *Schwartmann* als auch *Fischer* und *Dieterich* bereits in vorherigen Diskussionen ab, *Haake*, OdW 2021, 201 (205).

26 Das BVerfG ordnete in dem ursprünglich vom AG Goslar entschiedenen Fall die Vorlage an den EuGH zur Prüfung des Schmerzensgeldanspruchs an, Beschl. v. 14.1.2021, Az. 1 BvR 28531/19.

27 S. zu den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und mögli-

chen Schadensersatzansprüchen nach Art. 83 DS-GVO *Schwartmann*, Ist volle Kontrolle möglich?, FAZ v. 11.3.2021.

28 Für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit weiterer Maßnahmen s. *Haake*, OdW 2021, 201 (204).

29 Wie z.B. § 3 NDSG, § 3 DSG NRW, Art. 4 BayDSG.

30 Z.B. § 32a LHG Baden-Württemberg.

31 Z.B. die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) v. 16.9.2020.

Eine Rechtfertigung der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit e) DS-GVO gelinge daher in vielen Fällen nicht.

Die Durchführung einer Videoaufsicht sei auch nicht durch Einholen einer Einwilligung der Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO zu rechtfertigen. Denn für eine wirksame Einwilligung fehle es an deren Freiwilligkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO: Auch wenn die Nichtteilnahme an der Fernklausur keine rechtlichen Konsequenzen (wie etwa die Anrechnung als Fehlversuch) trage, so sei zumindest bei mangelnden Prüfungsalternativen die Teilnahme an der Online-Prüfung nicht freiwillig, da sich bei Nichtteilnahme an der Prüfung zumindest auch die Studiendauer der Prüflinge verlängere.

Entschieden abzulehnen sei zumindest die automatisierte Videoaufsicht mittels einer dafür vorgesehenen Software (Proctoring).³² Dabei wird eine Software auf das private Endgerät der Studierenden geladen, die in das informationstechnische System eingreift. Neben der vollen Kontrolle des Geräts findet über die Software u.a. eine Gesichtserkennung statt, die etwa Blicke des Prüflings vermessen und auf unübliche Aktivität untersuchen kann. Dies stelle eine deutliche Verletzung des Grundrechts der Prüflinge in ihrem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.

Aber auch der weniger intensiven Methode der Videoaufsicht, der Durchführung der Aufsicht durch Hochschulpersonal mittels Videokonferenz ohne Aufzeichnung, begegnete *Schwartzmann* mit Zweifeln: Zur effektiven Täuschungsabwehr sei diese Form der Aufsicht nicht geeignet. Außerhalb des Erfassungsbereichs der Kamera wären Täuschungen problemlos möglich, auch den Bildschirm des Bearbeiters könne die Aufsicht nicht einsehen. Damit könne durch die Videoaufsicht mittels einer einfachen Videokonferenz die prüfungsrechtliche Chancengleichheit nicht gewährleistet werden.

Schwartzmann warf zudem die Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkung der Studierenden während der Anfertigung der Fernklausur, ob die Prüflinge etwa als

Verwaltungshelfer der Hochschulen an der eigenen Aufsicht beteiligt seien, auf.

Ein weiteres Konfliktfeld bleibe neben der Beeinträchtigung der Privatsphäre bei der Online-Lehre und Online-Prüfungen die Auswahl der technischen Systeme, insbesondere vor dem Hintergrund des potentiellen Missbrauchs der generierten Daten durch den Plattformbetreiber. Insbesondere Plattformbetreiber aus den USA stehen unter Verdacht, die Daten der Studierenden weiterzuverarbeiten.³³ Nach Art. 32 DS-GVO sind die Hochschulen aber dazu verpflichtet, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. So müssten neben einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung mit dem Plattformbetreiber zum Beispiel Standardeinstellungen beim Betrieb des Tools zur Gewährleistung dieses Schutzniveaus vereinbart werden, etwa eine standardmäßige Schwärzung des privaten Hintergrunds der Studierenden. Bezüglich der Auswahl datenschutzrechtlich sicherer Tools herrsche auch unter den Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder noch Uneinigkeit. So habe etwa die Berliner Datenschutzbehörde eine behördliche Warnung bezüglich der Verwendung der Software Cisco Webex ausgesprochen.³⁴ Diese und andere Warnungen beziehen sich aber häufig nicht auf konkrete Ermittlungsergebnisse der Datenschutzbehörden, sondern werden pauschal gegen in den USA gehostete Plattformen ausgesprochen. Endgültige Entscheidungen in Form von Untersagungsverfügungen oder gar gerichtlichen Entscheidungen bestehen jedoch noch nicht. Rechtssicherheit bestehe für die Hochschulen daher nur, wenn sie europäisch gehostete Tools verwenden, bei denen jeglicher Datentransfer in sog. unsichere Drittstaaten ausgeschlossen ist.³⁵ Wenn solche Software jedoch nicht dieselbe Funktionalität und Sicherheit wie die der US-Anbieter vorweise, stünden die Hochschulen vor der Frage, entweder einen potentiellen Rechtsverstoß zu begehen oder im harten Lockdown keine Online-Lehre und -Prüfungen betreiben zu können.³⁶ Aufgrund ihres Verfassungsauftrags zur Durchführung von Lehre und Prüfungen müssten sich die Hochschulen aber zumindest die Handlungsfähigkeit beibehalten können. Bis eine konkrete, rechtskräftige

32 Nicht umsonst habe die Proctoring-Software im Jahr 2021 mit dem Big Brother Award einen Negativpreis für die besondere Beeinträchtigung der Privatsphäre erhalten, vgl. <https://bigbrotherawards.de/2021/bildung-proctorio>.

33 Insbesondere bei dem US-Tool Zoom waren zu Beginn der Pandemie im März/April 2020 Mängel entdeckt worden, die eine Ermittlung der US-Generalstaatsanwaltschaft auf den Plan rief.

34 Die FU Berlin erlaubte in dem Fall jedoch im Vertrag mit der Plattform die Weitergabe der Daten der Studierenden an Dritte, Thiel, Aufruf zum Grundrechtsverzicht?, FAZ v. 14.1.2021.

35 Grund dafür sei das im Juli 2020 ergangene „Schrems II“ Urteil des EuGH, in dem das EU-US-„Privacy Shield“, welches den Transfer personenbezogener Daten aus der EU an US-amerikanische Unternehmen (u.a. Zoom, Microsoft) zu kommerziellen Zwecken ermöglichte, für ungültig erklärt wurde.

36 Laut *Schwartzmann* bestehen für die Hochschulen daher beizeiten nur die Alternativen, einen faktischen digitalen Lockdown einzugehen oder einen Rechtsbruch zu begehen, Thiel, Aufruf zum Grundrechtsverzicht?, FAZ v. 14.1.2021.

Entscheidung der Behörden oder Gerichte bezüglich des Tools bestehe, müssen Hochschulen daher eigene datenschutzrechtliche Risikoabwägung bei Auswahl der Tools vornehmen.

III. Fragerunde / Diskussion

Anschließend beantworteten die drei Referenten zunächst im Vorfeld eingereichte Fragen der Tagungsteilnehmenden. Diese Fragerunde und die anschließende Diskussion wurden von *Prof. Ulf Pallme König* und *Dr. Michael Stückradt* moderiert.³⁷

Fischer und *Dieterich* stimmten *Schwartmann* in der Hinsicht zu, dass eine Aufzeichnung und Speicherung der Online-Prüfung, wie sie das OVG NRW erlaube, kritisch anzusehen sei, insbesondere in Parallelbetrachtung zu Präsenzprüfungen, bei denen auch keine Aufzeichnung stattfindet. Auch die Beweislast der Hochschule für Täuschungen rechtfertige nicht grundsätzlich die Aufzeichnung und Speicherung.

Neben der Aufsicht sollten nach *Fischer* und *Dieterich* insbesondere auch „sanfte Maßnahmen“ ergriffen werden, um Täuschungen von vornherein zu minimieren, z.B. das Erfordernis handschriftlicher Ausarbeitungen und das Stellen von Transferaufgaben. Nicht nur für Online-Prüfungen sei aber im Multiple-Choice-Verfahren zu bedenken, dass die Vergabe von Maluspunkten (der Abzug von Punkten, die durch eine richtige Antwort erreicht worden sind, für falsche Antworten) je nach Einzelfallgestaltung prüfungsrechtlichen Grundsätzen widersprechen könnte.³⁸ Diese „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr könnten jedoch keinen Ersatz für eine Aufsicht im Sinne einer Aufsichtsarbeit darstellen, sondern nur zusätzlich ergriffen werden.³⁹ Im Nachhinein müssen Täuschungsversuche rechtssicher nachgewiesen werden. Dabei helfen klare, unmissverständliche Vorgaben zur Zitierpflicht und unzulässigen Formen der Zusammenarbeit und der Einsatz einer Plagiatssoftware. Um die Nachweisfähigkeit zu gewährleisten, seien die Prüfungsleistungen zudem bis zur Bestandskraft der Prüfung zu konservieren, unabhängig

davon, ob sie elektronisch oder in Papierform eingereicht werden.⁴⁰ Bei Verdacht einer Täuschung während der Prüfung schaffe eine Protokollierung Rechtssicherheit. Es könne bei Verdacht auch ein 360-Grad-Schwenk durch den Raum verlangt werden. Einen solchen Schwenk hielt auch *Schwartmann* bei Verdacht für möglich, sofern darin ein den Eingriff in die Privatsphäre rechtfertigender konkreter Anlass liegt.

Fischer warf zudem die Frage auf, ob Studierende bei Online-Prüfungen im Sinne ihrer Mitwirkungspflicht verpflichtet seien, für einen Hintergrund zu sorgen, der möglichst wenig häusliche Privatsphäre abbildet, um Datenschutzverstöße zu minimieren.

Uneinigkeit herrschte zwischen *Schwartmann*, *Fischer* und *Dieterich* bezüglich der Eignung einer Videoaufsicht zur Täuschungsabwehr. *Dieterich* wies darauf hin, dass zwar bei der Videoaufsicht per Videokonferenz der Bildschirm des Prüflings nicht eingesehen werden kann. Es herrsche daher ein geringerer Täuschungsabwehrstandard als bei der Präsenzprüfung. Dies beseitige jedoch nicht automatisch die Eignung der Videoaufsicht, denn die Geeignetheit setze zunächst einmal voraus, dass diese der Täuschungsabwehr förderlich sei und Täuschungen erschwere. Die Videoaufsicht könne zumindest Zusammenarbeit mit anderen Personen im selben Raum unterbinden und psychologisch eine ernsthafte Prüfungsatmosphäre sichern. Dazu kämen die angesprochenen „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr.

Fischer und *Dieterich* sahen zudem die Freiwilligkeit einer Einwilligung in die Videoaufsicht weniger kritisch an als *Schwartmann*. Letztlich werde der Rechtskreis der Studierenden auch erweitert. Ihnen bliebe in der Regel immer noch die Möglichkeit, die Prüfung stattdessen im Hörsaal nachzuholen.

Sei eine Open-Book-Ausarbeitung jedoch ohne erhöhte Täuschungsanfälligkeit dazu geeignet, die in der Prüfung nachzuweisenden Kompetenzen abzufragen, könne auf diese laut *Dieterich* ebenfalls zurückgegriffen werden, insbesondere dann, wenn eine Videoaufsicht durch das Hochschulpersonal per Videokonferenz we-

37 Beide sind Vorstandsmitglieder des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts. *Pallme König* ist Kanzler der Universität Düsseldorf a.D und *Stückradt* ist Kanzler der Universität zu Köln.

38 So OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 16.12.2008 – 14 A 2154/08 = NVwZ-RR 2009, 422; anders aber OVG Niedersachsen, Beschluss v. 20.7.2016 – 2 ME 90/16. Ausführlich dazu *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Rn. 588 ff.

39 Eine Aufsicht lasse sich auch nicht durch die zeitliche Begren-

zung der Bearbeitungszeit auf nur wenige Stunden oder den Ausschluss der Verwendung von Hilfsmitteln ersetzen. Verlange die Prüfungsordnung die Durchführung einer Klausur, sei daher eine Aufsicht erforderlich.

40 Dies gelte jedoch nicht für eventuelle – eh schon von allen Referenten kritisch betrachtete – Aufzeichnungen der Online-Prüfung, die vor dem Hintergrund der Datensparsamkeit so schnell wie möglich zu löschen seien.

gen der hohen Anzahl der Prüflinge nicht sinnvoll möglich sei. Zu beachten sei insbesondere, dass die Prüfung weiter prüfungsordnungskonform durchgeführt werde.

Sobald die Hochschulen wieder (zumindest für Prüfungen) geöffnet sind, sei fraglich, ob Online-Prüfungen noch als Alternative zu Präsenzprüfungen zulässig sein könnten. Eine Videoaufsicht sei dann unter Umständen nicht mehr zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO erforderlich. Gegebenenfalls könnten die Prüflinge jedoch weiterhin in diese nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO einwilligen. Hybride Lösungen, wie etwa die Durchführung von Klausuren nur teilweise in Präsenz und teilweise online, trügen je nach Einzelfallgestaltung das Risiko, gegen das Gebot der Chancengleichheit zu verstoßen. Ein solcher Verstoß läge z. B. bei unterschiedlichen Gestaltungen des Prüfungsumfangs oder -inhalts solcher hybriden Prüfungen vor.

IV. Resümee und Ausblick

In prüfungsrechtlicher Hinsicht sind im Laufe der Pandemie bereits einige gerichtliche Entscheidungen getroffen worden, die den Hochschulen „Rückendeckung“ bei der Durchführung der kommenden Semesterabschlussklausuren geben können. Datenschutzrechtlich stehen solche jedoch noch aus, da über die Auslegung der DSGVO letztendlich der EuGH entscheidet. Bis dahin gibt es insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Auffassungen der Landesdatenschutzbehörden nur wenig Sicherheit bezüglich der Zulässigkeit der Online-Prüfungen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aus Angst

vor Sanktionen gar keine Online-Prüfungen durchgeführt werden sollten, jedoch ist eine stringente Risikoabwägung der Hochschulen vor dem Hintergrund der datenschutzrechtlichen als auch prüfungsrechtlichen Implikationen notwendig.

Auch *Epping* betonte, dass in der Pandemie vor dem Hintergrund des Verfassungsauftrags der Hochschulen deren Handlungsfähigkeit bewahrt werden müsse. Als Präsident der Leibniz Universität Hannover betonte er, dass in der Prüfungspraxis auch die Rechtspositionen der Allgemeinheit nicht zu vernachlässigen seien. Schließlich müssen die Prüfungen eben auch sicherstellen, dass die Prüflinge zur späteren Berufsausübung geeignet sind.

Epping eröffnete zudem die Möglichkeit, im nächsten Jahr bei neuen Rechtsfragen eine erneute Veranstaltung anzusetzen. Abhängig davon, wie lange die Pandemie noch andauere, könne dann auch die Fragestellung beleuchtet werden, welche Prüfungsmodelle sich in die Zeit nach der Pandemie mitnehmen ließen.

Karoline Haake ist als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover tätig.

