

Karoline Haake  
*Prüfungen im digitalen Zeitalter – aktuelle rechtliche Fragestellungen*  
*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 12.5.2023*

Seit Beginn der Covid-19-Pandemie veranstaltete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts bereits drei Online-Tagungen am 30.10.2020, 15.1.2021 und 4.2.2022 mit Überlegungen zum Prüfungsrecht in der Corona-Zeit und den damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen.<sup>1</sup> Nach dem Ende der Pandemie sind die Hochschulen zwar überwiegend zu Präsenzveranstaltungen zurückgekehrt, jedoch werden auch in Zukunft digitale Lehre und Prüfungsformen eine nicht unerhebliche Bedeutung haben.

Aus diesem Grund beleuchtete der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts am 12.5.2023 abermals aktuelle rechtliche Fragestellungen in Bezug auf digitale Prüfungen, welche aus Pandemiezeiten mitgenommen werden. Die Vorstandsmitglieder des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts Prof. Dr. Volker Epping und Dr. Michael Stückradt betonten in ihrer Begrüßung, dass die erneut 160 Teilnehmenden unter Beweis stellten, dass seit der Pandemie entstandene Fragen rund um digitale Prüfungen die Hochschulen weiterhin vor Herausforderungen stellen. Die Veranstaltung solle insbesondere eine Analyse mittlerweile ergangener gerichtlicher Entscheidungen sowie die Diskussion über neue Herausforderungen wie Künstliche Intelligenz in Prüfungen bieten.

## **I. Prüfungsrecht im digitalen Zeitalter**

Im ersten Impulsvortrag stellten *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr.*

*Peter Dieterich*, LL.M. (Richter am Verwaltungsgericht Berlin)<sup>2</sup> aktuelle Entscheidungen im Hinblick auf digitale Prüfungen vor. Diesen sei zu entnehmen, dass die allgemeinen Grundsätze des Prüfungsrechts auch auf Online-Prüfungen anwendbar seien.

Rekurrierend auf die letzten Veranstaltungen wurde die Online-Prüfung in den Kanon der Prüfungsarten eingeordnet. Da zwischen den Prüfungsarten kompetenzbasiert abgegrenzt werde, sei die Online-Prüfung keine eigene Prüfungsart, sondern nur eine andere Modalität bzw. Durchführungsvariante der klassischen Prüfungsarten, namentlich der mündlichen oder schriftlichen Prüfungen. 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.<sup>3</sup> Im Gegensatz dazu sei eine elektronische Prüfung eine andere Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.<sup>4</sup> Da Klausuren grundsätzlich als Aufsichtsarbeiten zu verstehen seien, sei für die Durchführung einer Online-Klausur eine Form der Aufsicht erforderlich, nicht zuletzt auch um Chancengleichheit und Aussagekraft der Prüfung zu gewährleisten.<sup>5</sup>

Aufgrund der Entspannung der pandemischen Lage und der weitgehenden Rückkehr zu Präsenzprüfungen, welche nicht mehr unter Sonderbedingungen durchgeführt werden müssen, finde eine Funktionsverschiebung der Online-Prüfungen statt: Zu Beginn der Covid-19-Pandemie seien diese notwendig gewesen, um

<sup>1</sup> Berichte dieser Tagungen sind veröffentlicht in OdW 2021, 59 ff. und 201 ff. sowie OdW 2022, 215 ff.

<sup>2</sup> Beide sind Autoren der 2022 erschienenen 8. Auflage des Standardwerks *Fischer/Jeremias/Dieterich*, Prüfungsrecht.

<sup>3</sup> Dies bestätigen 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; a.A. VG Freiburg, Urteil v. 15.2.2022 – 8 K 183/21, welches eine gesonderte Rechtsgrundlage für erforderlich ansieht, da andere Rechtspositionen betroffen seien. Ggf. sei eine Anpassung der Prüfungsordnung dennoch notwendig, wenn diese z.B. explizit die Öffentlichkeit einer mündlichen Prüfung vorschreibe, vgl. bereits OdW 2021, 201 (202). Möglich sei auch, dass der Prüfling der

Abweichung der Prüfungsordnung zustimme. Auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung könne er sich dann im Anschluss nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr berufen, vgl. zuletzt VG Berlin, Urteil v. 19.4.2022 – 12 K 20/21.

<sup>4</sup> Schließlich könnten in elektronischen Prüfungen auch Audio- und Videosequenzen abgespielt werden, das Zurückklicken verhindert, und unterschiedliche Fragen angezeigt werden, sodass sich das Format wesentlich von einer herkömmlichen schriftlichen Prüfung unterscheidet. S. dazu auch bereits *Haake*, OdW 2021, 59 (60).

<sup>5</sup> So auch OVG NRW, Beschluss v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, ähnlich VG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 11.5.2021 – 1 L 124/21.

den verfassungsrechtlichen Anspruch der Prüflinge<sup>6</sup> auf Durchführung der Prüfungen aus Art. 12 Abs. 1 GG durchzusetzen, da Präsenzprüfungen nicht möglich waren.<sup>7</sup> Da die Durchführung der Online-Prüfungen – auch mithilfe von Videoaufsicht bei Online-Klausuren – zur Erfüllung dieses Prüfungsanspruches erforderlich gewesen sei, sei die Datenverarbeitung durch die Prüfung auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht nach Art. 6 Abs. 1 lit e) DS-GVO gerechtfertigt gewesen.<sup>8</sup>

Dies sei nach dem Ende der Pandemie nicht mehr der Fall. Online-Prüfungen könnten daher vor dem Hintergrund des Datenschutzrechtes weiterhin als Instrument genutzt werden, wenn Prüflinge nach Art. 6 Abs. 1 lit a) DS-GVO in diese einwilligten. Dies sei jedoch mit Folgefragen der Einwilligung verbunden: Diese müsse einerseits freiwillig sein. Dies sei grundsätzlich auch im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Prüfungsbehörde und Prüfling möglich. Ein (zeitnaher) alternativer Prüfungstermin in Präsenz spreche zudem ebenfalls für die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Online-Prüfung. Andererseits müsse die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO auch frei widerruflich sein. Aus Sicht des Prüfungsrechts wäre dies in den Augen von *Fischer* und *Dieterich* jedoch als – in der Regel nicht gerechtfertigter – Rücktritt zu werten, so dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung zwar jederzeit widerrufen, prüfungsrechtlich jedoch aus Gründen der Chancengleichheit nicht folgenlos bleiben könne.<sup>9</sup>

Im Falle von Störungen bei Online-Prüfungen hingen die Folgen der Störungen – wie bei Präsenzprüfungen – davon ab, in wessen Verantwortungssphäre diese fallen. Die Hochschule trage die Beweislast, dass der Fehler nicht in ihrer Verantwortungssphäre liege.<sup>10</sup> Liege der Fehler bei der Hochschule, so sei die Prüfung zu unterbrechen, die Störung zu beheben und die Prüfung anschließend fortzusetzen, wobei ggf. ein Ausgleich für die Störung gewährt werden müsse. Sei Abhilfe nicht oder nicht rechtzeitig möglich, sei die Prüfung abzubrechen und zu wiederholen. Fiktive Leistungen dürften bei Störungen nicht bewertet werden.

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. Bei Verdacht einer „Flucht in die technische Störung“ liege es im Ermessen der Prüfungsbehörde, für die Wiederholungsprüfung eine Einzelprüfung in den Räumen der Hochschule durchzuführen, um eine solche erneute Möglichkeit auszuschließen, welche dafür keine gesonderte Rechtsgrundlage benötige.<sup>11</sup> Um Störungen und Fehler im Prüfungsverfahren von Anfang an zu vermeiden, rieten *Fischer* und *Dieterich* dazu, klare technische Vorgaben zu machen<sup>12</sup> und ggf. Tutorials oder einen Probedurchgang anzubieten.

Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu Online-Prüfungen befassten sich mit der Frage der Täuschung bei der Erbringung der Prüfungsleistung. Dies zeige, dass die Täuschungsanfälligkeit bei Online-Prüfungen groß sei, insbesondere vor dem Hintergrund erschwerter Aufsichtsmöglichkeiten. Die Täuschung habe dabei sowohl eine objektive als auch subjektive Komponente. Objektiv sei eine Täuschungshandlung erforderlich, also die Vorspiegelung einer selbstständigen und regulären Prüfungsleistung, obwohl in Wahrheit unerlaubte bzw. nicht offen gelegte Hilfen genutzt werden. Dies sei etwa bei unerlaubter Zusammenarbeit oder Verwendung nicht freigegebener Hilfsmittel, insbesondere auch bei der (nicht zugelassenen) Nutzung von Künstlicher Intelligenz wie ChatGPT der Fall. Die Grenze zwischen einer zulässigen Vorbereitung<sup>13</sup> und einer sanktionswürdigen Täuschungshandlung werde übertreten, wenn der Prüfling bei Beginn der Prüfung das unzulässige Hilfsmittel bei sich führe, nicht erst, wenn auf das Hilfsmittel zurückgegriffen werde. Es reiche für eine objektive Täuschungshandlung daher beispielsweise aus, das Smartphone mit zum Prüfungsplatz zu nehmen, obwohl dies nicht zulässig sei. Zudem müsse in subjektiver Hinsicht noch der zumindest bedingte Vorsatz zur Täuschung hinzukommen.

Bereits aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebe sich, dass die Rechtsfolgen der Täuschung in der jeweiligen Prüfungsordnung geregelt sein müssten. Da die Sanktion regelmäßig im Nichtbestehen bis hin zur Exmatrikulation liege, seien dies schwerwiegende Rechtsfolgen, die unmittelbar die Grundrechte des Prüflings berühren. Die Prüfungsordnung solle deshalb unterschiedliche Sankti-

<sup>6</sup> Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

<sup>7</sup> Ausführlich *Haake*, OdW 2021, 59 (59).

<sup>8</sup> *Haake*, OdW 2021, 201 (204) und OdW 2022, 215 (216 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. *Dieterich*, NVwZ 2021, 511 (519).

<sup>10</sup> So zuletzt VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22, welches bei einer Störung beim Zugang zur Online-Klausur eine Würdigung der Gesamtumstände vornahm und zum Ergebnis kam, dass die

Hochschule hierfür verantwortlich (und die Prüfung somit zu wiederholen) sei, da nicht auf das Erfordernis der aktuellsten Version des Browsers Google Chrome hingewiesen worden sei.

<sup>11</sup> Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil v. 26.4.2021 – 6 K 957/20.

<sup>12</sup> VG Köln, Beschluss v. 15.7.2022 – 6 L 651/22.

<sup>13</sup> Sächs. OVG, Beschluss v. 16.2.2022 – 2 B 274/21 zur gemeinsamen Erstellung von Lernmaterialien, Besprechung bei *Morgenroth*, OdW 2022, 273 ff.

onsregelungen je nach Schwere des Verstoßes treffen, vom Nichtbestehen der Prüfung bis zu einer Versagung weiterer Prüfungschancen.<sup>14</sup> Bei der Entscheidung über die konkrete Sanktionierung sei dann insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu beachten, indem die Rechte des Prüflings aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Interesse der Hochschule an der Redlichkeit der Wissenschaft sowie der Gewährleistung der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) abgewogen werden.

Die Prüfungsbehörde treffe die Beweislast im Hinblick auf die objektive Täuschungshandlung und den Täuschungsvorsatz. Allerdings könne die Beweisführung durch das Führen eines Anscheinsbeweises erleichtert werden.<sup>15</sup> Im Rahmen der freien Beweiswürdigung werde hierbei die allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt, wenn nach dieser ein typischer Geschehensablauf auf eine bestimmte Ursache oder Folge hindeute. Dies sei z.B. bei deckungsgleichen Arbeiten, insbesondere bei Fehleridentität der Fall: die unerlaubte Zusammenarbeit erscheine dann nach der allgemeinen Lebenserfahrung naheliegend.<sup>16</sup> Es bleibe dem Prüfling allerdings unbenommen, den Anscheinsbeweis zu erschüttern und einen atypischen Geschehensablauf nachzuweisen.

Der Anscheinsbeweis könne sowohl für die objektive als auch die subjektive Komponente der Täuschung geführt werden, z.B. auch für das bewusste Mitführen eines Smartphones als unerlaubtes Hilfsmittel.<sup>17</sup>

*Fischer* und *Dieterich* warnten vor einer „Flucht in die prüfungsrechtliche Ohnmacht“: Um die Zweckmäßigkeit der Prüfung für die Berufsqualifikation und die Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG aufrechtzuerhalten, seien die Prüfungsbehörden zudem zu einem Mindestmaß an Täuschungsabwehrmaßnahmen verpflichtet. Schließlich komme auch die Allgemeinheit später mit der beruflichen Leistungserbringung in Berührung und habe ein Recht darauf, dass die Eignung für den Beruf durch eine zweckmäßige, insbesondere hinreichend aussagekräftige, Prüfung nachgewiesen wurde, z.B. im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG für die Tätigkeit eines Arztes. Überdies sei die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf diejenigen Prüflinge verletzt, die nur mit zugelassenen Hilfsmitteln arbeiten. Weitreichende Täuschungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.<sup>18</sup>

schungen können zudem auch die relative Bewertungsebene der Korrektoren verschieben.<sup>18</sup>

Nach *Fischer* und *Dieterich* sollten daher sowohl „sanfte“ Gegenmaßnahmen zur Täuschungsprävention ergriffen werden, um Täuschungshandlungen von Vornherein zu erschweren, z.B. ein hoher Zeitdruck, das Erfordernis handschriftlicher Ausarbeitungen, die Umstellung auf Hausarbeiten oder die Auswahl randomisierter Fragen und Fragereihenfolgen. Diese „sanften Maßnahmen“ zur Täuschungsabwehr könnten jedoch keinen Ersatz für eine Aufsicht bei Aufsichtsarbeiten (Klausuren) darstellen, sondern nur zusätzlich ergriffen werden. „Harte“ Gegenmaßnahmen, die daten- und persönlichkeitsrechtliche Fragen aufwerfen, könnten zudem die Authentifizierung mittels Ausweises bzw. Lichtbildes vor der Prüfung bzw. die Videoaufsicht oder Nutzung eines Lockdown-Browsers während der Prüfung sein. Zur rechtssicheren Täuschungsprävention sei zu beachten, dass insbesondere bei Open-Book-Prüfungen nicht ohne weiteres von einer Zitierpflicht bzgl. verwendeter Quellen ausgegangen werden könne.<sup>19</sup> Hier seien deshalb eindeutige Hinweise der Prüfungsbehörde erforderlich, welche Anforderungen bei den unterschiedlichen Prüfungsformaten gestellt werden.

Überdies stelle die Nutzung künstlicher Intelligenz das Prüfungsrecht vor große Herausforderungen. Die unerlaubte oder (erlaubte, aber) ungekennzeichnete Verwendung von Ergebnissen, die mittels ChatGPT erzeugt worden sind, stelle nach prüfungsrechtlichen Grundsätzen eine Täuschung dar, da eine selbstständige Prüfungsleistung vorgespiegelt werde, jedoch mangels eigener Formulierung keine eigenständige Leistung vorliege. Ein Plagiat dürfe hingegen mangels zitierfähiger Quelle nicht vorliegen. Zur Inspiration dürfe KI allerdings genutzt werden, wenn dies einem wissenschaftlichen Austausch gleiche, nur die Antworten dürften nicht in die Arbeit kopiert werden. Eine Sanktionierung der unerlaubten bzw. nicht offen gelegten Nutzung von ChatGPT sei meist bereits durch die bestehenden Prüfungsordnungen rechtlich möglich. Problematisch sei vielmehr die Nachweisbarkeit solcher unter Einsatz von KI erfolgter Täuschungen.

Es seien zwei verschiedene prüfungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten gegeben: Es könne versucht werden, die Nutzung von KI zu verhindern, indem hauptsächlich

<sup>14</sup> So z.B. VG Berlin, Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

<sup>15</sup> So für das Prüfungsrecht schon vor der Covid-19-Pandemie das BVerwG, Beschluss v. 23.1.2018 – 6 B 67/17.

<sup>16</sup> S. z.B. VG Berlin, Beschluss v. 28.1.2022 – 12 K 65/21; Urteil v. 6.2.2023 – 12 K 52/22.

<sup>17</sup> OVG NRW, Beschluss v. 16.2.2021 – 6 B 1868/20.

<sup>18</sup> So im Zusammenhang mit Täuschungen bei Online-Prüfungen VG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 11.5.2021 – VG 1 L 124/21.

<sup>19</sup> So VG Dresden, Beschluss v. 16.2.2021 – 5 L 5/21.

Präsenzprüfungen durchgeführt würden. Zur Unterbindung der Nutzung in Hausarbeiten schlugen *Fischer* und *Dieterich* die Kombination der Prüfungsleistung aus der Hausarbeit und einer anschließenden Disputatio vor, um zu überprüfen, ob der Prüfling die Leistung tatsächlich durchdrungen habe. Zudem könne der Leistungsprozess in die Bewertung eingehen, indem z.B. mit den Prüflingen im Laufe des Prozesses über die Zwischenergebnisse diskutiert werde. Ferner könnten die Aufgabenstellungen geändert werden, sodass keine reine Wissensabfrage stattfindet. Es könne z.B. die Verwendung bestimmter Quellen oder Aufbautechniken in der Hausarbeit vorausgesetzt werden, welche in der Lehrveranstaltung behandelt wurden. Dies erschwere, eine Lösung mit Hilfe der KI zu erarbeiten.

Als weitere Reaktionsmöglichkeit sei auch die ausdrückliche Zulassung der Nutzung von KI denkbar: Wäre dies für alle Prüflinge möglich, bleibe deren Chancengleichheit gewahrt. Hier müsse dann aber gewährleistet sein, dass der Zweck der Prüfung, namentlich die Abfrage von Kompetenzen, die für den späteren Beruf erforderlich sind, erhalten bleibt.

## II. Datenschutz im digitalen Zeitalter

Daraufhin setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit aktuellen datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.<sup>20</sup>

Zunächst ging *Schwartmann* ausführlich auf Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Large Language Models (LLM) wie ChatGPT und anderen Bots in Prüfungen ein, welche Texte, Bilder oder ähnliches generieren. In LLM wie ChatGPT basiert die Auswahl der Ergebnisse von Anfragen („prompts“) auf einer Wahrscheinlichkeitsverteilung, die sich stochastisch aus dem Kontext der vorhergehenden Wörter ergibt. Es handele sich somit um eine Simulation auf Grundlage des vorherigen Trainings der Datenbasis des Sprachmodells. Da diese offenkundig auch aus falschen Tatsachen bestehen, seien Chat Bots wie ChatGPT problematisch.<sup>21</sup>

Bei der Verwendung solcher generativer KI sei zwischen Lehre und Prüfungen zu differenzieren: Es sei möglich, diese bewusst in der Lehre einzusetzen. Eine Verwendung in Prüfungen sei jedoch auszuschließen.

Dies sei allein schon der Vielzahl von Unsicherheiten und Unterschiedlichkeiten bzgl. der Datenbasis der Bots, welche auch von den genutzten Standorten abhängig sei, sowie der stochastischen Programmierung geschuldet. Aufgrund dieser technischen Bedingungen wiederholen sich die Antworten nicht, der Nutzer erhalte keine reproduzierbaren Ergebnisse, weshalb *Schwartmann* auch die Zitierfähigkeit von ChatGPT als Quelle entschieden ablehnte. Mangels Reproduzierbarkeit seien die Antworten nicht wissenschaftlich überprüfbar.

In Prüfungen müsse die Verwendung durch die Prüflinge deshalb unterbunden werden. Es sei lediglich vorstellbar, dass die Prüfungsbehörde durch die KI einen Text generierte, welche die Prüflinge bewerten müssten. Die Prüflinge jedoch als Prüfungsleistung selbst etwas generieren zu lassen, führe aufgrund der technischen Besonderheiten immer zu anderen Ergebnisse und verstoße daher gegen die prüfungsrechtliche Chancengleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG.

Zum Ausschluss der Nutzung von Bots durch Prüflinge könne daher in die Prüfungsordnung aufgenommen werden, dass KI-basierte Systeme (z.B. LLM wie ChatGPT) grundsätzlich keine zulässigen Hilfsmittel seien. Über Ausnahmen entscheide der Prüfungsausschuss.

In Klausuren und mündlichen Prüfungen sowie Präsentationen sei die Nutzung von LLM auch zu verhindern. Schwierigkeiten bereiten hingegen Hausarbeiten: Die Überprüfung der selbstständigen Erstellung der Prüfungsleistung sei nicht möglich. Anders als bei Plagiaten könne keine Software die Nutzung eines Bots wie ChatGPT nachweisen. Für den Nachweis der Täuschung trage aber die Prüfungsbehörde die Beweislast. Insbesondere angesichts der schnellen Entwicklung der KI sei es nicht möglich, mithilfe eines Programms einen sicheren Nachweis einer Nutzung zu führen.

*Schwartmann* plädierte daher ähnlich wie *Fischer* und *Dieterich* dafür, reine Hausarbeiten durch eine Prüfungsleistung, welche aus der Kombination aus einer Hausarbeit sowie einer mündlichen Prüfung bestehe, zu ersetzen. Nach der Anfertigung der Hausarbeit könne so in einer mündlichen Prüfung abgeprüft werden, ob der Prüfling das in der Vorlesung behandelte Wissen tatsächlich durchdrungen habe. Bei einer reinen Verteidigung der Arbeit könne dies jedoch nicht nachgewiesen werden, sodass *Schwartmann* eine ggf. von dem Stoff der Hausarbeit losgelöste mündliche Prüfung favorisierte.

<sup>20</sup> *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 *Schwart-*

*mann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

<sup>21</sup> Dazu *Schwartmann*, *Forschung & Lehre* 2023, 414 f.

Bei einfachen Hausarbeiten sei diese Änderung „im laufenden Geschäft“ möglich, bei Abschlussarbeiten wie Master- und Bachelorarbeiten müsse die Prüfungsbehörde dazu jedoch die Formulierung ihrer Prüfungsordnung überprüfen und diese ggf. geändert werden. Dies könne auch bei der Akkreditierung und Re-Akkreditierungen zu berücksichtigen sein.

Die Durchführung von Fernklausuren sieht *Schwartmann* weiterhin als schwierig an.<sup>22</sup> Da sich unter Klausuren Aufsichtsarbeiten verstehen lassen, werden diese mittels Videoaufsicht beaufsichtigt. Da jedoch die Open Book-Arbeit ohne Aufsicht als schriftliche Arbeit ein milderer 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. Eine Rechtfertigung der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO gelinge daher in vielen Fällen nicht. Zudem bezweifelt *Schwartmann* weiterhin die Eignung der Videoaufsicht zur Täuschungsprävention, da diese außerhalb des Erfassungsbereichs der Kamera weiterhin problemlos möglich seien.

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. Selbst beim Angebot einer alternativen Präsenzprüfung habe zumindest zu Zeiten der Covid-19-Pandemie wegen der Gefahr der Infektion keine Freiwilligkeit vorgelegen.

Über datenschutzrechtliche Probleme helfe auch keine Erlaubnis zur Videoaufsicht durch den Landesgesetz- oder -verordnungsgeber hinweg: Auch diese müssen sich an der höherrangigen DS-GVO messen lassen.

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.<sup>23</sup> Allerdings

wies *Schwartmann* erneut darauf hin, dass ein Verstoß die Sanktionsmöglichkeiten der DS-GVO auslöse. Ein Bußgeld nach Art. 83 DS-GVO sei gem. § 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. Die DS-GVO kenne daher auch anders als das deutsche Recht keine Bagatellgrenze, welche für die Geltendmachung eines Schmerzensgeldanspruchs überschritten werden müsse. Der Schaden könne bereits im Unwohlsein der Betroffenen über den Kontrollverlust ihrer rechtswidrigen Datenverarbeitung liegen.<sup>24</sup> Insbesondere vor diesem Hintergrund warnte *Schwartmann* vor datenschutzrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Schadensersatzforderungen der Studierenden.

### 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*<sup>25</sup> und *Prof. Dr. Volker Epping* moderiert.

Zum Führen eines Anscheinsbeweises über die unzulässige Zusammenarbeit während einer Online-Prüfung sei laut *Fischer* und *Dieterich* nicht allein das gleichzeitige Absenden der Antworten geeignet, welches am elektronischen Zeitstempel erkennbar sei. Es müssen weitere Anhaltspunkte wie beispielsweise Fehleridentität hinzukommen.

Fehleridentität oder eine Vielzahl gleichlautender Lösungen müsse nicht zwingend das Ergebnis einer unerlaubten Zusammenarbeit von Prüflingen sein, sondern könne auch darauf zurückzuführen sein, dass von einem Prüfling abgeschrieben wurde. Der Urheber der Lösung begehe dabei keinen Täuschungsversuch durch das Abschreibenlassen. Für eine Sanktionierung dieser – von der Prüfungsbehörde nachzuweisenden – unzulässigen Beeinflussung der Prüfung sei wegen des Gesetzesvorbehalts daher eine eigene Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erforderlich.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> S. Haake, OdW 2022, 215 (219). Insbesondere sei weiterhin das Proctoring, also die Videoaufsicht mittels einer dafür vorgesehenen Software abzulehnen, da darin ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG liege.

<sup>23</sup> Dies lehnten sowohl *Schwartmann* als auch *Fischer* und *Dieterich* bereits in vorherigen Diskussionen ab, *Haake*,

OdW 2021, 201 (205).

<sup>24</sup> EuGH, Urteil v. 4.5.2023 – C-300/21.

<sup>25</sup> *Pallme König* ist Kanzler der Universität Düsseldorf a.D. und Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts.

<sup>26</sup> Dieses Verhalten sei in vielen Prüfungsordnungen als „unzulässige Beeinflussung der Prüfung“ oder „Störung des ordnungsgemäßen Prüfungsablaufs“ sanktioniert.

Was die Mitnahme von eigenen Geräten wie Laptops angeht, so treffe die Prüflinge aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht dahingehend, dass die Prüfungsbehörden eine heutzutage übliche technische Ausstattung grundsätzlich voraussetzen können. Ähnlich wie zum Gebrauch eines eigenen Taschenrechners oder Buches könnten diese deshalb aus prüfungsrechtlicher Sicht auch zur Verwendung eines eigenen Laptops verpflichtet. Mache der Prüfling allerdings im Einzelfall glaubhaft, dass er über keinen Laptop verfüge, müsse die Hochschule Abhilfe schaffen. Trete am (eigenen) Gerät in der Prüfung ein Defekt auf, liege das grundsätzlich in der Verantwortungssphäre des Prüflings. Die Hochschule sei nicht verpflichtet, ein Ersatzgerät während der Prüfung bereit zu stellen. Aus Kulanz sei jedoch zu empfehlen, einige Ersatzstücke vorzuhalten.

Dagegen sah *Schwartmann* das Mitbringen des eigenen Laptops zu Prüfungszwecken kritisch: Denn wie andere private Hilfsmittel müssten diese zur Täuschungsprävention im Vorfeld oder während der Prüfung kontrolliert werden. Dies sei bei einem Laptop jedoch nicht das gleiche wie bei einem Taschenrechner: Bei der Kontrolle des Inhalts eines privaten Laptops gerate die Prüfungsbehörde in Kollision mit dem Grundrecht auf Gewährleistung und Integrität informationstechnischer Systeme des Prüflings und verarbeite dessen personenbezogene Daten, ohne dass dies erforderlich sei. Auch eine Einwilligung des Prüflings helfe darüber nicht hinweg, da diese nicht freiwillig sein könne, wenn der Prüfling auf andere Weise nicht an der Prüfung teilnehmen könne. Es handele sich daher um einen datenschutzrechtlichen Verstoß, der vermieden werden sollte, indem die Hochschule eigene Geräte bereitstelle.

*Fischer* und *Dieterich* stimmten *Schwartmann* in der Hinsicht zu, dass ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht grundsätzlich nicht auf das Prüfungsrecht durchschlage und zur Fehlerhaftigkeit der Prüfung führe. Sie wiesen jedoch darauf hin, dass ein Datenschutzverstoß ggf. Probleme beim Nachweis einer Täuschung bereiten könne: Sollte dieser mittels einer datenschutzrechtswidrigen Proctoring-Software geführt werden, möge diese für die Beweisführung ungeeignet sein. Der Beweis wäre dann auf rechtswidrige Weise erlangt, sodass ggf. an ein Beweisverwertungsverbot ähnlich wie im Strafprozess zu denken sei.

In Zusammenhang mit der erlaubten Nutzung von ChatGPT durch Studierende in Lehre und Prüfungen warf *Schwartmann* die Frage auf, wie es mit der Haftung für Rechtsverstöße aussehe, entweder bei Datenschutz-

oder Urheberrechtsverstößen der KI, indem diese beispielsweise Interviews mit realen Personen erfinde. Ungeklärt bleibe, wem solche Verstöße zuzurechnen seien. Zudem sei undurchsichtig, welche Daten ihrer Nutzer die KI selbst zu welchen Zwecken verarbeite und speichere. Bevor Bots wie ChatGPT als „general purpose“ Anwendungen in Lehre und Prüfungen verwendet werden, seien diese Fragen dringend zu klären. Die sei allein schon der Pflichten der Hochschule aus Art. 32 ff. DS-GVO, insbesondere der Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung des Art. 35 geschuldet, welche ohne Klarheit über diese Fragen nicht möglich sei.

Was den Ausschluss von ChatGPT von der Liste zulässiger Hilfsmittel angeht, so stellten die Referenten klar, dass die Schwierigkeit der Überprüfung und des Nachweises nicht die rechtliche Option des Ausschlusses verschließe. Nur, wenn nicht mehr überprüfbar sei, ob eine eigenständige Leistung vorliege, habe die Prüfung keinen Aussagegehalt mehr, sodass deren Zweck vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht mehr erfüllt werden könne.

*Fischer* und *Dieterich* stellten klar, dass das Führen eines Anscheinsbeweises für die Nutzung von ChatGPT vom Einzelfall abhängig bleibe: Brüche in der Formulierung oder Argumentation reichten dafür regelmäßig nicht allein aus, da dies insbesondere bei längeren Arbeiten auch mit der gleichen Wahrscheinlichkeit aus anderen Umständen herrühren könne. Ferner gebe es auch manche Programme, die ggf. Hinweise auf die Nutzung von ChatGPT lieferten. Manche Hochschulen wählten z.B. auch versteckte Werte und Begriffe, welche erst beim Einkopieren der Prüfungsaufgabe in ein Programm sichtbar würden und dazu führten, die unerlaubte Verwendung von Hilfsmitteln aufzudecken. Darüber hinaus plädierten *Fischer* und *Dieterich* insbesondere auch für eine Anpassung der Aufgabenstellungen, um die Nutzung von Bots zu vermeiden (z.B. die Einbeziehung von Methoden und Quellen aus der Lehrveranstaltung).

Will die Hochschule die Nutzung von KI in Prüfungen dagegen zulassen, so herrschte unter den Referenten Uneinigkeit hinsichtlich der Zitierfähigkeit von Bots wie ChatGPT.

Es handele sich nach *Fischer* und *Dieterich* zwar nicht um eine zitierfähige Quelle im klassischen Sinne, da keine geistige Eigenleistung vorliege, die einer Person zuzuordnen sei, sodass es an einem identifizierbaren Urheber fehle. Ein Verweis auf den jeweiligen „Prompt“ sei auch nicht als Beleg geeignet, da sich die KI-basierte Antwort hierauf jederzeit ändern könne. Es sei aber denkbar, die Antworten von ChatGPT als Anlage einer Hausarbeit

beizufügen, wenn dies von der Prüfungsbehörde vorgegeben werde, etwa als Screenshot einer Kommunikation mit ChatGPT. In prüfungsrechtlicher Hinsicht könne auf diese Weise zumindest das Maß an Eigenständigkeit, mit welcher der Prüfling die Leistung erbracht habe, nachgewiesen werden. Dagegen hielt *Schwartmann* ChatGPT auch auf diese Weise nicht für zitierfähig. Auch die Anlagen seien nicht reproduzier- und damit nicht überprüfbar, sodass die Prüfungsbehörde nicht kontrollieren könne, ob es sich um ein Fehlzitat handele.

#### IV. Resümee und Ausblick

Nach der Rückkehr in den „Normalbetrieb“ der Hochschulen mit dem Ende der Covid-19-Pandemie werden digitale Formate da bestehen bleiben, wo sie einen Mehrwert für Lehre und Prüfungen bieten. Zumindest in prüfungsrechtlicher Hinsicht bestehen drei Jahre nach Beginn der Pandemie genug Judikate, um rechtssichere digitale Prüfungen durchzuführen. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist dagegen bisher keine richtungsweisende gerichtliche Entscheidung erfolgt. Dies mag auch der Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung der DSGVO geschuldet sein und hat zur Folge, dass die Hoch-

schulen eigene datenschutzrechtliche Risikoabwägungen vornehmen müssen.

Seit Ende letzten Jahres beschäftigt die Prüfungsbehörden zunehmend die Nutzung von Bots wie ChatGPT durch die Prüflinge. Dazu bestehen viele ungeklärte Fragen, insbesondere auf praktischer Ebene: Dass die unerlaubte Nutzung eine Täuschung darstellt, mag feststehen, diese nachzuweisen, fällt dagegen jedoch erheblich schwerer.

*Epping* betonte allerdings, dass die Hochschulen Innovationen wie ChatGPT nicht ignorieren dürften: Stattdessen solle der Entwicklung Rechnung getragen werden und die Hochschulen müssen ggf. andere Prüfungsformen entwickeln, um eigenständige Leistungen durch die Prüflinge sicherzustellen.

*Stückradt* resümierte, dass die Nutzung künstlicher Intelligenz durch Studierende und Prüflinge in Zukunft ein Schwerpunktthema sein könnte. Deshalb bestehe ggf. in Zukunft das Bedürfnis, sich mit dieser in einer gesonderten Veranstaltung auseinanderzusetzen.

Karoline Haake ist Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Celle und Doktorandin an der Leibniz Universität Hannover.

