

Karoline Haake

## *Lehre und Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen*

*Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 30.10.2020*

Die Corona-Pandemie stellt die Hochschulen namentlich in den Bereichen Lehre und Prüfungen quasi von heute auf morgen vor neue, noch nie da gewesene Herausforderungen. Aus diesem Anlass befasste sich eine vom Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. ausgerichtete, erstmalig online stattfindende Tagung am 30.10.2020 mit aktuellen rechtlichen Fragestellungen bezüglich Lehre und Prüfungen in der Coronazeit. Die Tagung nahm diese besondere Situation zum Anlass, um sich mit dem Prüfungsrecht in Hinblick auf Online-Prüfungen sowie mit datenschutzrechtlichen Problemen der Online-Lehre und Online-Prüfungen auseinanderzusetzen, rechtlichen Anpassungsbedarf zu beschreiben und praxisnahe Möglichkeiten einer solchen Anpassung aufzuzeigen.

*Prof. Volker Epping* eröffnete die Tagung als Vorstandsmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts mit der Beobachtung, dass die etwa 200 Teilnehmenden ein starkes Anzeichen für die Relevanz des Themas seien, welches die Hochschulen aktuell vor viele Fragen stelle. Als Präsident der Leibniz Universität Hannover müsse er sich seit Beginn der Corona-Pandemie mit vielzähligen praktischen und rechtlichen Problemen auseinandersetzen, um rechtssichere Prüfungen durchführen zu können, die gleichzeitig dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen.

### **I. Prüfungsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie**

Mit prüfungsrechtlichen Fragestellungen befasste sich der Vortrag mit anschließender Fragerunde von *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich* (Richter, derzeit am Verwaltungsgericht Berlin).<sup>1</sup>

Die Referenten machten zunächst deutlich, dass im Prüfungsrecht streng zwischen dem Prüfungsverfahren

selbst und der Bewertung der Leistung, welche im Prüfungsverfahren abgeliefert wurde, zu unterscheiden sei. Durch die Corona-Pandemie stellen sich Schwierigkeiten hauptsächlich in der Gewährleistung eines fehlerfreien Prüfungsverfahrens. Diese sollten aber nicht zu Anpassungen in der Bewertung, sondern nur zu Anpassungen im Prüfungsverfahren führen.

Hochschulprüfungen hätten immer auch Grundrechtsrelevanz. Wegen der negativen Auswirkungen im Falle des Nichtbestehens einer berufsqualifizierenden Prüfung stelle jede Prüfung dabei einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, welcher aber regelmäßig dadurch gerechtfertigt sei, dass durch die Prüfung der Nachweis der für den Beruf erforderlichen Qualifikation gebracht werden solle. Dieser Eingriff muss dabei unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschehen. Gleichzeitig vermittele Art. 12 Abs. 1 GG den Studierenden auch ein subjektives Recht auf Durchführung der Prüfung, welches beachtet werden müsse.

Zudem sei bei der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens der sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Grundsatz der Chancengleichheit zu wahren. Ein Prüfling im Prüfungsverfahren habe das Recht darauf, nicht durch ein unterschiedlicheres und womöglich schwierigeres Verfahren schlechter gestellt zu werden als seine Mitprüflinge.<sup>2</sup>

Aufgrund des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG seien für die Prüfung, deren konkrete Prüfungsart sowie die Prüfungsmodalitäten hinreichende Rechtsgrundlagen erforderlich. Während die wesentlichen Entscheidungen dabei vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen, dürfen Einzelheiten der Prüfung in untergesetzlichen Normen wie Prüfungsordnungen der Hochschulen geregelt werden. Diese müssen aber genaue Angaben zum Prüfungsverfahren, zulässigen Prü-

1 *Fischer* ist Herausgeber und *Dieterich* neuer Autor des Standardwerks *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht. Die Referenten verfassten schon zu Beginn der Corona-Pandemie einen Aufsatz zum Prüfungsrecht in Coronazeiten, veröffentlicht in NVwZ 2020, 657 ff.

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

fungsarten und wesentlichen Prüfungsmodalitäten erhalten.<sup>3</sup> Entspreche im Folgenden die Gestaltung einer Prüfung nicht den in der Prüfungsordnung niedergelegten Vorgaben, sei sie rechtswidrig und bei Anfechtung durch den Prüfling grundsätzlich zu wiederholen. Ob pandemiebedingte Anpassungen der Prüfungsordnung insbesondere hinsichtlich Online-Prüfungen vorgenommen werden müssen, hänge daher davon ab, ob die konkret gewählte Prüfungsart und -modalitäten von der bestehenden Prüfungsordnung gedeckt werden.

Im Prüfungsverfahren sei dabei grundsätzlich zwischen drei Prüfungsarten zu unterscheiden: Schriftliche Prüfungen, unter denen Hausarbeiten und Klausuren verstanden werden, daneben mündliche Prüfungen, zu denen auch praktische Prüfungen gezählt werden können, und elektronische Prüfungen.

Trotz unterschiedlicher Bezeichnung<sup>4</sup> seien die aufgrund der Corona-Pandemie online durchgeführten Prüfungen nicht unter den Begriff der elektronischen Prüfung zu subsumieren. Denn bei letzterer handelt es sich um eine eigene Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer mittels eines Prüfprogramms unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird.<sup>5</sup> Eine solche Prüfung kann durch audiovisuelle oder interaktive Elemente stark von schriftlichen oder mündlichen Prüfungen abweichen und erfordert dafür in der Prüfungsordnung eine eigene Rechtsgrundlage.

Eine Online-Prüfung sei dagegen eine Prüfung mit elektronischen Informations- und Kommunikationsmitteln, bei der Prüfer und Prüfling sich in unterschiedlichen, nicht offiziellen Prüfungsräumen befinden. Dabei handele es sich grundsätzlich um keine eigene Prüfungsart, sondern nur einen anderen Übermittlungsweg für eine schriftliche oder mündliche Prüfung, sodass grundsätzlich aufgrund des Online-Stattfindens allein keine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden müsse.

Online-Prüfungen können dabei als mündliche Online-Prüfung, als Take Home-Arbeit oder als Klausur unter Videoaufsicht (sog. Proctoring) durchgeführt werden. Mündliche Online-Prüfungen seien dabei grundsätzlich ohne Änderung der Prüfungsordnung möglich, es sei denn, es gebe spezielle Verfahrensregelungen (z.B. zur Öffentlichkeit der Prüfung, räumlichen Anwesenheit während der Prüfung oder zur Anzahl der Prüflinge),

von denen abgewichen werde. Bei der Take Home-Arbeit, bei der regelmäßig auch die Nutzung von Hilfsmitteln zulässig, zumindest aber nicht zu verhindern sei, handele es sich jedoch nicht um eine Klausur, sondern um eine Hausarbeit. Charakteristisch für Hausarbeiten sei es, dass diese mit Hilfsmitteln ohne Aufsicht angefertigt werden dürfen, während eine Klausur per definitionem eine Aufsichtsarbeit ist. Daher kann unter einer online durchgeführten Klausur nur eine Leistung verstanden werden, die mithilfe von Proctoring überwacht wird. Soll eine Take Home-Arbeit angefertigt werden, während die Prüfungsordnung eine Klausur verlangt, muss diese folglich angepasst werden.

Auch wenn dies nicht der Fall ist, könne eine Anpassung der Prüfungsordnung sinnvoll sein, um Rechtssicherheit für die Prüfungen zu gewährleisten. So könne klarstellend ergänzt werden, dass Prüfungen auch über elektronische Kommunikationsmittel stattfinden können. Eine Anpassung der Prüfungsordnung hinsichtlich der Online-Prüfungen sei auch notwendig, wenn dies durch den Landesgesetzgeber vorgeschrieben wird.<sup>6</sup>

Eine Alternative zur Änderung der Prüfungsordnung könne auch das bewusste Abweichen von der Prüfungsordnung mit vorherigem Einverständnis des Prüflings sein.<sup>7</sup> Sofern das Einverständnis freiwillig und voll informiert gewesen sei, sei es für den Prüfling im Anschluss nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB unzulässig, sich auf einen Verstoß gegen die Prüfungsordnung zu berufen und die Prüfung aus diesem Grund anzufechten.

Im Anschluss ordneten die Referenten ein, inwieweit welche Online-Prüfungsformen mit den grundrechtlichen Prüfungsgrundsätzen übereinstimmen. Aus dem Leistungsrecht der Studierenden aus Art. 12 Abs. 1 GG (Recht auf Prüfung) folge grundsätzlich die Pflicht der Hochschule, die Prüfungsverfahren ohne vermeidbare Verzögerungen durchzuführen und in angemessener Zeit abzuschließen.

Besondere Schwierigkeiten können sich durch die Online-Prüfungen bei der Absicherung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG bieten, insbesondere hinsichtlich der technischen Ausstattung der Prüflinge. Probleme im Prüfungsverfahren dürfen dabei jedoch nicht zu inhaltlichen Absenkungen der Prüfungsanforderungen führen, sondern müssen im Rahmen des Prüfungs-

3 Das BVerwG verlangt etwa eine Festlegung der konkreten Zahl der Prüfer und des Verfahrens im Falle von Bewertungsdifferenzen, Urteil v. 10.4.2019 – BVerwG 6 C 19.18.

4 In Berlin als digitale Prüfung, in Bayern als Fernprüfung bezeichnet.

5 Vgl. die Unterscheidung zwischen elektronischer und Online-Prüfung in §§ 96a, 107a der fächerübergreifenden Prüfungsordnung der Humboldt Universität zu Berlin (ZSP-HU).

6 In § 32 Abs. 8 BerlHG heißt es etwa: „Hochschulprüfungen können auch in digitaler Form durchgeführt werden. Näheres regelt die Hochschule in der Rahmenstudien- und -prüfungsordnung.“

7 Akzeptiert von OVG Bremen, Beschluss v. 2.12.2010 – 2 A 47/08. Die Philipps-Universität Marburg hat eine solche Möglichkeit in § 4 ihrer Satzung über Abweichungen im Zulassungs-, Studien- und Prüfungsrecht während der SARS-CoV-2-Pandemie 2020 kodifiziert.

verfahrens (etwa durch Zeitzuschlag) selbst ausgeglichen werden. Eine Verletzung der Chancengleichheit gegenüber anderen Prüfungsdurchgängen sei eher unwahrscheinlich, da Vergleichsgruppen zur Ermittlung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht jahrgangsübergreifend gebildet werden können, sondern immer nur durch die jeweiligen Prüfungskohorten abgebildet werden.

Die erhöhte Täuschungsanfälligkeit insbesondere der Take Home-Arbeiten berge ebenfalls Rechtsunsicherheit: Gelingen durch Täuschung vielen Prüflingen die Prüfung besonders gut, könne sich der relative Bewertungsmaßstab des Prüfers nach oben verschieben, wodurch die Bewertung der Prüfung verzerrt werde. Der besonders gute Ausfall einer Prüfung beeinflusse nämlich in der Regel die Einschätzung des Prüfers von der Schwierigkeit der Prüfung sowie dessen Annahme, worin eine durchschnittliche Leistung liegt, auf deren Basis die abgestuften Noten gebildet werden. Dies stelle einen Bewertungsfehler dar, der zur gerichtlichen Annullierung der Prüfung führen könne.<sup>8</sup>

Werde eine Take Home-Arbeit zudem allein durch Täuschung gelöst, sei diese nicht mehr geeignet, einen Nachweis über die Berufsqualifikation des Prüflings darzustellen. Da die Prüfung aber einen Grundrechtseingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bedeute, sei diese mangels Eignung dann nicht mehr verhältnismäßig. Die Vorteile durch Täuschung sollen daher durch die Prüfungsersteller durch eine entsprechende Aufgabenstellung (z.B. mehr Transferaufgaben, weniger reine Wissensabfrage) möglichst gering gehalten werden.

Die anschließende Fragerunde moderierten *Prof. Ulrike Gutheil* (ehemalige Kanzlerin der TU Berlin, Staatssekretärin im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg a.D.) und *Prof. Volker Epping*. Teilnehmende konnten ihre Fragen dabei nicht nur bereits im Vorfeld online einreichen, sondern auch während der Veranstaltung mithilfe der Chatfunktion stellen.

Die Referenten stellten dabei zunächst klar, dass ein Anspruch auf Durchführung einer konkreten Prüfungsart oder -form sich grundsätzlich nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG

herleiten ließe. Vielmehr stehe den Hochschulen das Organisationsermessen in dieser Hinsicht zu, sofern nicht eine bestimmte Prüfungsart im Hochschulgesetz oder in der Prüfungsordnung kodifiziert sei. Wenn in absehbarer Zeit Präsenzprüfungen nicht möglich sind, könne sich aus dem Anspruch auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelfall die Pflicht ergeben, alle zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um irgendeine Form von Prüfung zu ermöglichen. Ein Wahlrecht des Prüflings zwischen Präsenz- und Online-Prüfungen besteht dabei aber grundsätzlich nicht.<sup>9</sup> Ansprüche auf bestimmte Prüfungsformen können sich allerdings im Einzelfall verdichten, wenn dem Prüfling die Prüfung anders nicht möglich oder zumutbar ist.<sup>10</sup>

Auch technische Störungen im Verlauf der Online-Prüfung dürfen nicht allein der Verantwortung des Prüflings zugewiesen werden. Die Beweislast liege vielmehr bei der Hochschule.<sup>11</sup> Können diese sich exkulpieren und nachweisen, dass von ihrer Seite aus technisch keine Fehler vorlagen, müsse der Prüfling den Gegenbeweis antreten, dass die Störung ebenfalls nicht aus seiner Verantwortungssphäre stamme. Gleichzeitig gelte aber für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren die Rügeobliegenheit für den Prüfling. Unterlasse der Prüfling eine unverzügliche Rüge eines Fehlers im Prüfungsverfahren, könne er sich später nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen. Praktisch zu empfehlen sei den Hochschulen die Durchführung eines Funktionstests mit dem Prüfling, um Rügen vorzubeugen.

Ein veränderter Umgang mit Prüfungsrücktritten sei jedoch aufgrund der Corona-Pandemie nicht gerechtfertigt. Rücktritte mit Wiederholungsrecht seien weiterhin nur unter den üblichen Voraussetzungen – Nachweis der Prüfungsunfähigkeit und unverzügliche Rücktrittserklärung – möglich. Schwierige Prüfungsbedingungen im Rahmen der Pandemie seien allein kein Rücktrittsgrund.<sup>12</sup> Die Gewährung eines voraussetzungslosen Rücktritts nur aufgrund der Pandemie eröffne eine zusätzliche Prüfungschance trotz nicht nachgewiesener Prüfungsunfähigkeit und stelle daher einen Verstoß gegen die Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG dar.

8 Ähnlich VG Berlin, Beschluss v. 20.6.2008 – 3 A 226.08.

9 Ein solches dürfe jedoch wie in § 8 der Bayerischen Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV) freiwillig in der Prüfungsordnung normiert werden. Soll ein Wahlrecht zwischen Online- und Präsenzprüfungen durch die Prüfungsordnung vermittelt werden, sei aber wichtig, an beide Prüfungsformen die gleichen Leistungsanforderungen zu stellen, um nicht die Chancengleichheit zwischen den Prüflingen zu verletzen. So dürfe die Online-Prüfung dann etwa nicht als Take Home-Arbeit und damit als Kurzarbeit durchgeführt werden, während die Präsenzprüfung als Klausur angefertigt wird.

10 Z. B. ein Anspruch auf eine Online-Prüfung wegen Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe (vom OVG Niedersachsen zu Zeiten niedriger Infektionsraten für einen Raucher noch abgelehnt, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20).

11 VG Sigmaringen, Urteil v. 28.1.2020 – 4 K 5085/19, nachfolgend VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 15.6.2020 – 9 S 1116/20, vgl. auch § 9 Abs. 1 S. 3 BayFEV.

12 VG Berlin, Beschluss v. 20.4.2020 – 3 L 155.20, 3 L 159.20; bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 21.4.2020 – OVG 3 S 30.20, 3 S 31.20; vgl. auch VG Braunschweig, Beschluss v. 6.10.2020 – 6 B 160/20.

Um das Infektionsrisiko zu verringern, sei es auf Grundlage des Hausrechts der Hochschule auch gerechtfertigt, in der Hochschule zur Anfertigung der Prüfung eine Maskenpflicht zu verhängen.<sup>13</sup> Einem Prüfling mit Erkältungssymptomen die Teilnahme an einer Präsenzprüfung zu verweigern, würde einen Eingriff in sein Recht auf Prüfung aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Ein solcher Eingriff könnte etwa aus gefahrenabwehrrechtlicher Sicht gerechtfertigt sein, sofern ein solches Betretungsverbot in einer Rechtsgrundlage kodifiziert sei.<sup>14</sup>

## II. Datenschutz in Zeiten der Coronavirus-Pandemie

Der Vortrag von *Prof. Rolf Schwartmann* (Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln) beleuchtete die datenschutzrechtliche Perspektive von Online-Lehre und -Prüfungen.<sup>15</sup>

*Swartmann* betonte zunächst, dass selbst, wenn im Online-Prüfungsverfahren nicht gegen das Prüfungsrecht verstoßen worden sei, unabhängig davon trotzdem noch ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegen und ein gerichtliches Verfahren nach sich ziehen könne. Denn die Studierendendaten, welche bei Online-Lehre und -Prüfungen verarbeitet werden, sind personenbezogene Daten und unterstehen daher dem Regime der DSGVO. Diese setze einen engen Rahmen für den Datenschutz, der nicht pandemiebedingt ausgesetzt werden könne. Weder die DSGVO noch die konkretisierenden Bundes- und Landesdatenschutzgesetze bieten den Hochschulen Spielräume beim Datenschutz.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten müsse für die Rechtmäßigkeit der Online-Lehre und -Prüfungen daher durch Art. 6 DSGVO erlaubt sein. In Betracht komme eine Einwilligung der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c) oder die Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Erfüllung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO. Eine Einwilligung zur Datenverarbeitung müsse also nicht eingeholt werden, wenn die Verarbeitung nach anderen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO rechtmäßig sei.

Für die Online-Lehre bedeute dies, dass die Verarbeitung der Studierendendaten in der Videokonferenz grundsätzlich zur Aufgabenerfüllung – Durchführung der Lehre und die Vermeidung eines „Nullsemesters“ – erforderlich sei, weil es in der Coronazeit im Massenbetrieb keine Alternativen gebe. Der Mitschnitt dieser Videokonferenz sei jedoch weder zur Herstellung einer „Konserve“ für die Studierenden noch zur Verfolgung von Lernfortschritten erforderlich. Die betroffenen Studierenden müssten die Hochschule daher per Einwilligung dazu legitimieren. Diese Einwilligung kann jedoch jederzeit gem. Art. 7 Abs. 3 DSGVO mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Faktisch sei diese laut *Swartmann* daher unbrauchbar, da selbst bei Einwilligung aller Teilnehmenden der Videokonferenz unter mündlicher Beteiligung der Mitschnitt gelöscht werden müsse, wenn nur eine Person die Einwilligung später widerrufe und die Beiträge der Person nicht aus dem Mitschnitt entfernt werden können.

Weitere Unsicherheiten hinsichtlich der Durchführung der Online-Lehre bieten sich bei der Auswahl des richtigen Tools für Videokonferenzen. Dabei müssen die Hochschulen nach Art. 32 DSGVO technisch-organisatorische Maßnahmen unter Berücksichtigung des Stands der Technik ergreifen, um die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. *Swartmann* machte deutlich, dass auch, wenn sich die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) etwa in einem Positionspapier gegen die Nutzung von Microsoft 365 aussprach oder in der öffentlichen Diskussion Kritik an nicht in der EU gehosteten Tools wie Zoom bestehe, die Benutzung dieser Tools bislang nicht rechtlich unzulässig sei, da weder eine bindende Untersagungsverfügung durch die Datenschutzaufsichtsbehörden noch eine gerichtliche Untersagung vorliege.

Die Auswahl des Tools obliege dabei der Hochschule. Datenschutzrechtlich müssen Hochschulen mit Software-Anbietern eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abschließen, die den inhaltlichen Anforderungen des Art. 28 Abs. 3 DSGVO entsprechen muss.<sup>16</sup>

Ferner müsse die Hochschule Betroffenenrechte sowie technisch-organisatorische Pflichten nach der DSGVO beachten. Nicht nur aus dienstrechtlichen Gründen sollten sich die Hochschullehrer an diese Vorgaben

13 Ablehnend im Mai noch VG Göttingen, Urteil v. 27.5.2020 – 4 B 112/20; bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

14 Z.B. § 7 der Corona-Verordnung des Landes Baden-Württemberg.

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

16 Entsprechende Vorlagen stelle etwa die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. online bereit.

der Hochschulen halten, sondern auch aus datenschutzrechtlichen Erwägungen. Denn trotz der grundsätzlichen Erlaubtheit von abweichenden Formaten aufgrund der Lehr- und Weisungsfreiheit treffen den Hochschullehrer die Konsequenzen von Alleingängen, da nunmehr der Lehrende selbst datenschutzrechtlich allein verantwortlich sei.

Bezüglich der Durchführung von Online-Prüfungen muss auch im Datenschutzrecht zwischen den verschiedenen Prüfungsarten unterschieden werden. Für Hausarbeiten ändere sich dabei nichts, da diese weiterhin aufsichtsfrei unter Verfügbarkeit von Hilfsmitteln angefertigt werden.

Online-Klausuren, die mithilfe einer Videoaufsicht überwacht werden (Proctoring), seien jedoch datenschutzrechtlich nicht zulässig. Denn beim Proctoring den Prüflingen die technische und räumliche Hoheit über ihre eigene Beaufsichtigung zu verantworten und dies per Videokamera zu überwachen, verletze die Prüflinge in Art. 13 Abs. 1 GG, da die Klausur i.d.R. in der eigenen Wohnung und damit im privaten räumlichen Rückzugsbereich angefertigt werde, sowie in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Videoaufsicht sei auch nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO zur Aufgabenwahrnehmung der Hochschule erforderlich, da ein milderer Mittel die Anfertigung von Take Home-Arbeiten darstelle. Eine Einwilligung in die Videoaufsicht müsse zudem freiwillig sein. Hier sei jedoch sehr fraglich, ob im Verhältnis zwischen Prüfer und Prüfling aufgrund des Machtungleichgewichts nicht ein faktischer Zwang zum Einverständnis vorliege. Zudem bestünde keine echte und freie Wahl, wenn der Prüfling bei Verweigerung der Videoaufsicht auf die Durchführung seiner Prüfung verzichten müsste. Aber auch ein Wahlrecht zwischen der Online-Klausur mit Einwilligung in die Videoaufsicht und der Ablegung einer Präsenzklausur könne das Problem der Freiwilligkeit der Einwilligung oftmals nicht überwinden. Denn eine echte und freie Wahl zwischen zwei gleichwertigen Prüfungsalternativen liege zumindest für einen Risikopatienten während der Coronapandemie nicht vor, wenn dieser bei Durchführung einer Präsenzprüfung eine Infektion und damit ein erhebliches Gesundheitsrisiko befürchten muss.<sup>17</sup> Eine Aufzeichnung und automatische Auswertung der Online-Klausur zu Aufsichtszwecken sei datenschutzrechtlich erst recht unzulässig.

17 Trotz der Wahlmöglichkeit in § 8 BayFEV schätzte *Schwartmann* die Klausuranfertigung unter Videoaufsicht i. S. d. § 6 BayFEV als datenschutzrechtlich unzulässig ein. Unzulässig sei zudem die Möglichkeit der Aufzeichnung und automatischen Auswertung nach § 6 Abs. 4 BayFEV.

*Schwartmann* empfahl stattdessen die Durchführung von Take Home-Arbeiten. Um Täuschungen zu vermeiden, könne dabei auf Transferaufgaben gesetzt und die Bearbeitungszeit knapp gehalten werden. Außerdem können von den Prüfungsbehörden ausschließlich handschriftliche Ausarbeitungen akzeptiert werden, welche eingescannt einzureichen sind, um „Copy-Paste-Antworten“ zu vermeiden. Zur Identitätsfeststellung des Prüflings könne gleichzeitig noch die eingescannte Unterschrift angefordert werden.

Auch bei der anschließenden Korrektur der schriftlichen Prüfung müsse datenschutzrechtlich zulässig vorgegangen werden. Selbst, wenn sich anhand der Matrikelnummer nicht direkt eine Person zuordnen lässt, handelt es sich um personenbezogene Daten. Eine dezentrale Abgabe der Ausarbeitung, bei der die Arbeit direkt an den Korrektor per Mail gesendet wird, offenbart neben der Matrikelnummer zusätzlich noch die Mail-Adresse und im Zweifelsfall die Person des Prüflings. Sowohl aus datenschutzrechtlicher als auch aus prüfungsrechtlicher Perspektive solle daher eine zentrale Ausgabe und Abgabe der Prüfung erfolgen.<sup>18</sup> Eine Speicherung der digitalen Ausarbeitung auf dem Computer des Korrektors bereite zudem Bedenken hinsichtlich des Zugriffs Dritter auf dem Computer. Beim Versenden der Prüfungsunterlagen an einen Korrektor außerhalb der Universität verließen die Unterlagen schließlich den Herrschaftsbereich der Hochschulen, sodass diese im Zweifel nicht mehr nachvollziehen können, wie dort mit den Prüfungsunterlagen verfahren wird. Auch bei der Korrektur sei die Hochschule nach Art. 32 DSGVO dafür verantwortlich, die Sicherheit der Datenverarbeitung zu gewährleisten. Prüfungsrechtlich müsse zudem die Akteneinsicht des Prüflings in die Korrektur weiterhin möglich bleiben.<sup>19</sup>

Mündliche Prüfungen per Videokonferenz seien mangels Alternative zur Aufgabenwahrnehmung durch die Hochschule erforderlich und daher datenschutzrechtlich zulässig. Es sei dabei Aufgabe der Hochschule, für eine stabile Infrastruktur zu sorgen und das richtige Tool i. S. d. Art. 32 DSGVO auszuwählen. Ebenfalls wie bei der Online-Lehre sollten sich die Prüfer an die Auswahl der Tools halten, um die Verantwortung für datenschutzrechtliche Alleingänge zu vermeiden. Eine Aufzeichnung der Prüfung unter Verwendung personenbezogener Daten der Teilnehmer etwa als Ersatz für das schriftliche Protokoll sei dabei jedoch nicht zur Aufga-

18 Etwa über die Plattformen Moodle oder ILIAS.

19 Aus diesen Gründen empfahl *Schwartmann* das zentrale Sammeln der Prüfungsunterlagen, welche dann ausgedruckt und außerhalb von digitalen Medien dem Korrektor übergeben werden.

benerfüllung nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO erforderlich und daher nur mit Einwilligung aller Beteiligten möglich. Dies berge aufgrund der Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung wiederum Rechtsunsicherheit.

Wenn die Datenverarbeitung durch die gewählte Art der Online-Lehre oder -Prüfungen datenschutzrechtlich grundsätzlich zulässig ist, stelle sich weiterhin die Frage, ob eine Anpassung der Prüfungsordnung erforderlich sei. Selbst, wenn eine solche prüfungsrechtlich nicht notwendig sei, habe die Verarbeitung personenbezogener Daten stets auf einer Rechtsgrundlage zu erfolgen. *Schwartmann* empfahl daher, eine entsprechende Formulierung in der Prüfungsordnung aufzunehmen.<sup>20</sup>

Verstößt die durchgeführte Online-Prüfung gegen Datenschutzrecht, bleibe fraglich, ob ein solcher Verstoß auch auf das Prüfungsrecht durchschlage und damit einen Fehler im Prüfungsverfahren bedeute. Handelt es sich bei der Prüfung um einen Verwaltungsakt, sei dies nach § 46 VwVfG zu bestimmen: Entscheidend sei im Einzelfall, ob der datenschutzrechtliche Verstoß das Ergebnis der Prüfung beeinflusst hat.

In der anschließenden Fragerunde, moderiert vom Kanzler der Universität Köln *Dr. Michael Stückradt* und *Prof. Ulrike Gutheil*, stellte *Prof. Schwartmann* zunächst klar, dass es zur Durchführung einer mündlichen Prüfung per Videokonferenz erforderlich sei, für den Prüfer sichtbar teilzunehmen, sodass eine entsprechende Pflicht für den Prüfling nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO rechtmäßig sei. Ansonsten könne die Identitätsfeststellung des Prüflings nicht erfolgen. Zudem zulässig sei die Vorgabe für den Prüfling, vor Durchführung der mündlichen Online-Prüfung die Kamera durch den Raum zu schwenken, um zu zeigen, dass sich keine weitere Person im Raum befinde. Ansonsten könne die mündliche Prüfung aufgrund ihrer Täuschungsanfälligkeit nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden, sodass diese Überprüfung ebenfalls zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sei.

Der Unterschied der mündlichen Online-Prüfungsmittels Videokonferenz zur nach *Schwartmann* unzulässigen Videoaufsicht bei Online-Klausuren sei zunächst, dass das unmittelbare Gegenüberstehen von Prüfer und Prüfling der mündlichen Prüfung – ob online oder in Präsenz – grundsätzlich immanent sei, während dies bei der Präsenzklausur nicht der Fall sei. Zudem gebe es anstelle der Online-Klausur mit Proctoring das mildere Mittel der Take Home-Arbeit, sodass keine Erforderlichkeit für die Videoaufsicht nach der DSGVO vorliege.

Die Videoaufsicht sei auch nicht vergleichbar zu der Aufsicht, die bei Präsenzklausuren erfolge. Entscheidender Unterschied sei, dass die Hochschulen sich mit der elektronischen Überwachung aufgrund der Datenverarbeitung dem Regime der DSGVO unterwerfen, welche die personenbezogene Datenverarbeitung grundsätzlich verbietet, wenn nicht ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 DSGVO vorliegt. Die Videoüberwachung sei daher ebenso unzulässig, wenn sie durch zertifizierte Prüfungszentren oder durch Dritte, mit der Aufsicht beauftragte Unternehmen erfolge.

### III. Resümee und Ausblick

Ob Online-Lehre und Online-Prüfungen rechtmäßig sind und ob ein rechtlicher Anpassungsbedarf der Prüfungsordnungen besteht, ist sowohl prüfungsrechtlich als auch datenschutzrechtlich getrennt zu beurteilen. Größtes Problem ist dabei, die Präsenzklausur zu ersetzen, solange diese pandemiebedingt nicht möglich ist. Während aus prüfungsrechtlicher Sicht zur Gewährleistung der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG Online-Klausuren mit Videoaufsicht den Take Home-Arbeiten vorzuziehen sind, scheinen diese datenschutzrechtlich nur schwer durchführbar zu sein. Eine ideale Alternative besteht daher wohl noch nicht.

Anpassungen der Prüfungsordnungen müssen in prüfungsrechtlicher Hinsicht höchstens gemacht werden, wenn von der in der Prüfungsordnung vorgeschriebenen Prüfungsart oder den Prüfungsmodalitäten abgewichen wird. Datenschutzrechtlich ist es jedoch notwendig, in der Prüfungsordnung oder im Hochschulgesetz eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu schaffen.

Im Verlauf der Fragerunden wurde schnell deutlich, dass aufgrund der hohen Teilnehmerzahl sowie des äußerst relevanten Themas der Tagung sehr vieler, teilweise spezielle Fragen aufkamen, welche im zeitlichen Rahmen der Tagung nicht mehr geklärt werden konnten. Die Referenten und Veranstalter erklärten sich daher bereit, zeitnah noch eine zweite Veranstaltung durchzuführen.

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

20 Z. B. „Prüfungen können online und in elektronischer Form abgenommen werden.“