

Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren

Projekt Rechtsinformationsstelle Digitale Hochschule NRW

Leitung: Prof. Dr. Thomas Hoeren

Bearbeiter: wissenschaftliche MitarbeiterInnen Malin Fischer, Julian Albrecht

Veröffentlicht am 10. Juni 2020

Fragestellung und Grenzen des Gutachtens

Ist es für Hochschulen in NRW datenschutzrechtlich zulässig, bei der Durchführung von Online-Prüfungen gewisse digitale Überwachungsfunktionen qua Software (sog. Proctoring) zu nutzen?

Aus Kapazitätsgründen zugunsten einer schnelleren Verfügbarkeit des Gutachtens nicht *abschließend* geprüft wurden folgende prüfungsrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen: Erfüllen die hier geprüften Überwachungsfunktionen der Stufe 2 das Untermaß, welches der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet? Wie ist mit dem Problem unterschiedlicher technischer Ausstattung sowie technisch bedingter Unterbrechungen umzugehen? Genügt eine Satzung der Hochschulen als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts?

Executive summary

Online-Prüfungen werden als ein Element in der Organisation des Prüfungsbetriebes im Sommersemester 2020 diskutiert. Aufgrund der Hygienemaßnahmen können die Prüfungen kapazitätsbedingt nicht vollumfänglich auf klassische Art und Weise in Präsenz durchgeführt werden. Umwidmungen von zu erbringenden Prüfungsleistungen in Form von Aufsichtsarbeiten in Hausarbeiten sind aufgrund von § 7 CoEpHSV unabhängig der Prüfungsordnungen einfach möglich, aber möglicherweise pädagogisch nicht flächendeckend gewünscht.

Der in Art. 3 und 12 GG verankerte prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet, dass Täuschungsmöglichkeiten bei Prüfungen reduziert werden. Soweit klassische Aufsichtsarbeiten (keine Hausarbeit, keine OpenBook-Klausur) als Online-Prüfung durchgeführt werden sollen, müssen daher möglicherweise gewisse Überwachungsfunktionen eingesetzt werden qua verpflichtender Nutzung bestimmter Software durch die Prüflinge. Dies bedeutet aber zugleich umfassende automatisierte Datenverarbeitungen im Sinne der DSGVO. Im Hintergrund steht ein Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung der Studierenden aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. in das Recht auf Privatsphäre und Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 7 und Art. 8 GRCh. Je nach Ausgestaltung der Überwachung ist der Eingriff erheblich und kann durch die Formulierung „Videoüberwachung des WG-/Jugendzimmers“ verdeutlicht werden.

Ob und inwieweit eine Rechtfertigung möglich ist, ist Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Da Überwachungen in verschiedener Intensität eingerichtet werden können, haben wir für einen klaren Bezugsgegenstand der Untersuchung zunächst eine Systematisierung von vier Überwachungsstufen vorgenommen.

Wir kommen in der dann folgenden Untersuchung zu dem Ergebnis, dass der Einsatz von Überwachungsfunktionen bis zur *Stufe 2* im Zusammenhang mit Online-Prüfungen mit hoher Wahrscheinlichkeit *datenschutzrechtlich* zu rechtfertigen ist. Stufe 2 umfasst unter anderem die Live-Übertragung eines Video-Audio-Signals, z.B. über eine Videokonferenzsoftware, an eine Aufsichtsperson, die zugleich auch andere Prüflinge überwacht, *ohne die digitale Aufzeichnung* dieses Vorganges, sowie sog. 360°-Roomscans eingangs sowie *verdachtsbezogen* während der Prüfung (siehe für eine genaue Beschreibung Teil A. IV.).

Im Annex F erläutern wir unsere zunächst *vorläufige* Einschätzung, dass Überwachungsfunktionen der *Stufe 3 und 4* hingegen datenschutzrechtlich *nicht* gerechtfertigt werden können. Diese Stufen umfassen unter anderem die *Aufzeichnung und Speicherung* eines Video-Audio-Signals mit anschließend *automatisierter Auswertung* des Materials.

Zusammenfassung der Begründung:

Die rechtssichere Rechtfertigung per Einwilligung der Studierenden halten wir nicht für gänzlich ausgeschlossen. Es bestehen aber erhebliche Zweifel die Freiwilligkeit der Einwilligung betreffend.

Der Einsatz von Überwachungsfunktionen der Stufe 2 kann aus unserer Sicht mit hoher Wahrscheinlichkeit auf einer gesetzlichen Grundlage gerechtfertigt werden, die bestimmten Anforderungen genügt. Eine solche ist noch nicht in Kraft, kann aber zügig durch die Rektorate der Hochschulen jeweils für ihren Geltungsbereich auf der Grundlage von § 6 Abs. 3 CoEpHSV durch Erlass geschaffen werden. Die Rechtfertigung für die Datenverarbeitung stützt sich dann auf folgende Rechtsgrundlage: Art. 6 UAbs. 1 lit. e, UAbs. 2 und 3 DSGVO i.V.m. §§ 64 Abs. 2 S. 2, 82a HSG NRW i.V.m. § 6 Abs. 1, 2 CoEpHSVO und § 6 Abs. 3 CoEpHSVO i.V.m. den entsprechenden, noch zu erlassenden Regelungen des jeweiligen Hochschul-Rektorats hinsichtlich der Art und Weise der Prüfungsabnahme bei Online-Prüfungen.

Die Rechtsgrundlage muss verschiedene datenschutzrechtliche Anforderungen reflektieren wie etwa Zweckbestimmung und Angemessenheit. In Teil C.I.3.haben wir einen Regelungsvorschlag erarbeitet, der die datenschutzrechtlichen Anforderungen unseres Erachtens erfüllt. Wir bitten indes darum, den Vorschlag nicht ungeprüft zu übernehmen, da er im Hinblick auf prüfungsrechtliche Fragestellungen nicht vollständig ist.

Die vorgeschlagene Regelung ist befristet auf die Zeit der Epidemie insbesondere angemessen, weil diese zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu Online-Prüfungen als Teilelement des Prüfungswesens zwingt. Dann zwingt aber ein gleichfalls verfassungsrechtlich verankerter Grundsatz (prüfungsrechtliche Chancengleichheit) zu gewissen Überwachungsmaßnahmen. Die

Eingriffsintensität des Mittels kann durch frühe Aufklärung der Betroffenen und ein freiwilliges Alternativangebot an Prüfungskuben oder Computerräumen in der Hochschule abgemildert werden.

Soweit die Maßnahmen auf dieser Grundlage gerechtfertigt werden, sollten keineswegs zusätzlich die Einwilligung der Studierenden eingeholt werden. Die zusätzliche Einholung einer Einwilligung könnte zum einen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Zum anderen bedeutet die Einholung einer Einwilligung einen erheblichen Dokumentationsaufwand (siehe hierzu ausführlich E.I.2.). Hingegen sollten die Studierenden rechtzeitig über den Prüfungsablauf und auch die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitungen aufgeklärt werden. Wenn möglich, sollte ihnen die Alternative einer Prüfungskube oder eines Platzes im Computerraum angeboten werden.

Schritte für eine praktische Umsetzung der Überwachungsfunktionen der Stufe 2 haben wir unter E.II. zusammengetragen. Darin enthalten ist auch die Prüfung spezieller prüfungsrechtlicher Fragen, die wir kapazitätsbedingt nicht abschließend untersuchen konnten.

Nach *unserer Einschätzung* geht es dabei aber eher um Fragen des *Wie* einer Online-Prüfung und darum, welche Regelungen in einen entsprechenden Beschluss noch mit aufgenommen werden müssen. Die Frage hingegen, ob als Rechtsgrundlage auch ein Erlass der Rektorate den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügt, entscheidet darüber, ob zusätzlich ein Gesetz des Landtags nötig ist und damit womöglich über das *Ob* der Online-Prüfungen in diesem Sommer. Unter D.I. haben wir das Problem aufbereitet und verweisen auf weiterführende Literatur. Nach vorläufiger, nicht abschließender Einschätzung sind wir hier optimistisch zugunsten der Hochschulen.

Inhalt

Fragestellung und Grenzen des Gutachtens	1
Executive summary	1
Inhalt	4
A.Einführung.....	6
I.Hintergrund	6
II.Vorgehen und Methodik	6
III.Relevante Normen	7
1.Einfaches Recht	7
2.Prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit	7
3. Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	8
IV.Systematisierung der Überwachungsstufen	8
V.Rechtfertigungsnotwendigkeit der Datenverarbeitung.....	10
B. Rechtfertigung per Einwilligung	10
VI.I. Freiwilligkeit der Einwilligung	10
1. Machtgefälle verhindert Freiwilligkeit?	10
2. Angebot von Präsenzklausuren als Alternative	11
a)Präsenzalternative im gleichen Zeitpunkt.....	11
b)Probleme bei Präsenzalternative deutlich später.....	12
c)Prüfungsrechtliche Implikationen bei der Durchführung zweier Alternativen	13
3. Zwischenergebnis	13
VII.II. Folgen des Widerrufs einer Einwilligung.....	13
C. Rechtfertigung mit gesetzlicher Rechtsgrundlage	14
I.Rechtsgrundlage	14
1. Gesetzliche Anforderungen	14
2. Bereits Rechtsgrundlage vorhanden, die den Anforderungen entsprechen?.....	15
a)Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 u. 3 DSGVO i.V.m. § 63 Abs. 1 Hs. 1 HG NRW.....	15
b)Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs.. 2 und 3 DSGVO i.V.m. §§ 64 Abs. 2 S. 2, 82a Hochschulgesetz NRW (HSG NRW) i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 CoEphSVO	16
aa) Übersicht über die relevanten Regelungen.....	17
bb) Normtexte	17

cc) entspricht Anforderungen?	18
c) Zwischenergebnis	20
3. Noch zu schaffende gesetzliche Rechtsgrundlage	20
a) Übersicht der relevanten Regelungen	21
b) Anforderungen an die zu erlassende Regelung aus der DSGVO	21
aa) Zweckbestimmung	21
bb) Regelungsvorschlag	22
cc) im öffentlichen Interesse liegendes Ziel	25
dd) Verhältnismäßigkeit	25
ee) Zwischenergebnis	32
4. Zwischenergebnis	33
II. Erforderlichkeit der konkreten Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO	33
D. sonstige Einwände gegen die Zulässigkeit	34
I. Gesetzesvorbehalt	34
1. Grundproblem	34
2. Grundentscheidung durch Gesetzgeber?	35
3. Zwischenergebnis	36
II. Grundrechtsverstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	36
III. Prüfungsrechtliche Fragen	36
1. Untermaß des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit	36
2. Problem verschiedener technischer Ausstattung	37
3. Problem technisch bedingter Unterbrechungen	37
4. Problem der Neuheit	37
IV. Sonstiges	38
E. praktische Schritte	38
I. Verhältnis der Erlaubnistatbestände zueinander	38
1. Einwilligung „sicherer“?	38
2. Einwilligung „zur Sicherheit“ zusätzlich einholen?	38
3. Praktische Schlussfolgerungen im Fall	39
II. Praktische Schritte vor dem Einsatz von Überwachungsfunktionen	39
F. Annex: rechtl. Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen der Stufen 3 und 4	41

A. Einführung

I. Hintergrund

Die Corona-Krise erfordert ein in weiten Teilen „digitales Sommersemester“, welches die Hochschulen in NRW ad hoc organisieren müssen, teilweise ohne sich zuvor stark mit der Digitalisierung der Lehre beschäftigt zu haben. Eine zentrale Herausforderung ist die Organisation des Prüfungsbetriebes.

Nach gegenwärtiger Verordnungs- und Erlasslage ist es unter Einhaltung strenger Hygienemaßnahmen in NRW möglich, auch Präsenzprüfungen durchzuführen. Allerdings sind hierzu viel mehr Ressourcen (Räume, Mitarbeiter, Organisationsaufwand) nötig als bisher.

Die Umwidmung von zu erbringenden Prüfungsleistungen in Form von Klausuren zu Hausarbeiten, Aufsätzen und OpenBook-Klausuren kann ein Element sein, um weitere Prüfungen mit weniger Ressourcenaufwand rechtssicher durchzuführen (je nach Prüfungsordnungen nötigenfalls auf der Grundlage von durch die Rektorate zu erlassenden Regeln auf Grund von § 7 Abs. 1 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung (CorEpHSVO)).

Schließlich kommt als weiteres Element die Durchführung von Online-Prüfungen in Betracht. Hierunter sollen für die folgende Untersuchung Prüfungssituationen verstanden werden, bei denen viele Studierenden zur gleichen Zeit Aufgaben bearbeiten müssen, hierfür einen begrenzten Zeitrahmen haben, sich dabei nicht austauschen und auch nicht auf Hilfsmittel wie eigene Aufzeichnungen oder Onlinequellen zurückgreifen dürfen (= Äquivalent zur klassischen analogen Aufsichtsarbeit, abzugrenzen von der OpenBook-Klausur oben). Aus dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit folgt, dass Maßnahmen ergriffen werden müssen, um Täuschungsmöglichkeiten zu reduzieren. Allerdings verarbeiten digitale Überwachungsmaßnahmen im Rahmen von Online-Prüfungen in ganz erheblichem Umfang automatisiert personenbezogene Daten. Daher stellt sich die Frage, welche Überwachungsfunktionen datenschutzrechtlich gerechtfertigt werden können.

II. Vorgehen und Methodik

Auslegung vorhandener Normen; Auswertung der bisher nur spärlich vorhandenen rechtswissenschaftliche Spezialliteratur¹ (welche sich hauptsächlich mit Prüfungsrecht, wenig mit Datenschutzrecht beschäftigt) und der Rechtsprechung zu den Stichwort-Kombinationen Proctoring, elektronisch, digital, Prüfungen, Klausuren; Berücksichtigung grauer Literatur; Diskussion mit Kolleginnen und Kollegen in Bayern, Hamburg und Nordrhein-Westfalen. Um uns ein Bild von automatisiert auswertenden Überwachungsfunktionen zu machen und den Sachverhalt aufzuklären,

¹ *Fischer/Dieterich*, Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, NVwZ 2020, 657; *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, 2016, S. 49, abrufbar unter https://duepublico2.uni-due.de/servlets/MCRFileNodeServlet/duepublico_derivate_00042793/Gutachten_E-Assessment_NRW.pdf (zuletzt abgerufen am 10.06.2020); *Horn/Schmees*, E-Klausuren, abrufbar unter <https://elan-ev.de/dateien/E-Klausuren.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.06.20), *Jeremias*, Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, JM 2018, 25.

haben wir außerdem mit Kollegen IT-Abteilung der Universität Münster gesprochen, welche sich das Programm Proctorio haben vorführen lassen. Entsprechende Materialien wurden gesichtet.

Hinweise zum Zitierstil: Im Interesse einer zügigen Fertigstellung des Gutachtens haben wir anders als in einer wissenschaftlichen Publikation nicht erschöpfend zitiert, aber vor allem an Schlüsselstellen Belegstellen eingefügt zur Nachprüfung und dem Weiterdenken durch den Leser.

III. Relevante Normen

1. Einfaches Recht

Auf Ebene des einfachen Rechts sind in datenschutzrechtlicher Perspektive die Normen der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) entscheidend.

Für das Prüfungsrecht ist das Hochschulgesetz NRW (HSG NRW) relevant, insbesondere § 64 HSG NRW, sowie Prüfungsordnungen, die die Fachbereiche der einzelnen Hochschulen erlassen haben. Hier besteht also eine große Normenvielfalt. Jedenfalls gilt aber überall der Grundsatz der Chancengleichheit als allgemein geltender Grundsatz des Prüfungsrechts, welcher sich aus Grundrechten ableitet (s. dazu sogleich). Dieser Grundsatz erfordert aus Rechtsgründen, über Überwachungsmaßnahmen bei Online-Prüfungen zumindest nachzudenken.²

2. Prüfungsrechtlicher Grundsatz der Chancengleichheit

Hochschulprüfungen sind in Deutschland grundrechtlich nicht etwa vorrangig am Grundrecht der Wissenschafts- und Lehrfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Var. 2 Grundgesetz (GG) zu messen, sondern am Berufsgrundrecht aus Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 GG sowie dem Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 GG. Der Argumentationsgang ist folgender: Die Prüfungen sind eine Vorstufe zur beruflichen Betätigung und als Teil eines angestrebten formalen Abschlusses auch Voraussetzung zu solcher. Daher stehen die Prüflinge in einem Konkurrenzverhältnis, was das Bestehen und Abschneiden in Prüfungen angeht. Daraus folgt, dass Prüflinge weitgehend gleichbehandelt werden müssen, der sog. prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit.³

Dieser wirft im Zusammenhang mit Online-Prüfungen verschiedene Probleme auf:

1. Gefahr der Ungleichbehandlung durch verschieden leistungsfähige Hardware.
2. Gefahr erhöhter Täuschungsanfälligkeit. Wer täuscht, verletzt nicht nur Rechte der Hochschule, vor allem verletzt er Rechte seiner Mitprüflinge, die mit ihm in Konkurrenz stehen, dies nicht nur langfristig, sondern auch kurzfristig bei der Prüfungsbewertung, die oft relativ zum durchschnittlichen Abschneiden erfolgt. Den grundrechtsgebunden Prüfungssteller trifft eine Schutzpflicht, ein Mindestmaß an Maßnahmen zu treffen, um Täuschungsmöglichkeiten zu reduzieren; diese Pflicht kann verletzt werden.

² Fischer/Dieterich, NVwZ 2020, 657, 661.

³ BVerfG, Beschl. v. 25.06.1974 – 1 BvL 11/3, BVerfGE 37, 342, 353 f.

3. Gefahr der Ungleichbehandlung aufgrund unterschiedlicher Prüfungsart, sofern die Wahl zwischen Online-Prüfung und analoger Präsenzprüfung besteht

3. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Demgegenüber steht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, vom Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1983 hergeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 GG⁴, ebenfalls ein Wert von Verfassungsrang. Dieses Recht ist das verfassungsrechtliche Fundament des deutschen Datenschutzrechts, europäisches Pendant sind das Recht auf Privatsphäre gemäß Art. 7 und das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh).⁵

Hierin eingegriffen wird bei jeder automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten und auch bei nicht automatisierter Verarbeitung, soweit ein Dateisystem angelegt wird.

Klar ist, dass praktisch bei jeder digitalen Überwachungsfunktion einer Software im Rahmen von Online-Prüfungen personenbezogene Daten verarbeitet werden.⁶ Eine sofortige Pseudonymisierung, bei welcher der Personenbezug von Daten entkoppelt und eine Zuordnung der Daten zu einer Person nur noch unter Heranziehung von weiteren Informationen möglich ist, ändert daran nichts. Denn pseudonymisierte Daten stellen weiterhin Informationen über eine identifizierbare natürliche Person und damit personenbezogene Daten dar, auf welche die datenschutzrechtlichen Grundsätze Anwendung finden.⁷

Hingewiesen sei eingangs darauf, dass es keinen „allgemeinen Krisen-Vorbehalt“ im Recht gibt, der etwa bei einer Epidemie aktiviert werden könnte. Auch in Krisenzeiten gelten Recht und Gesetz uneingeschränkt.⁸ Speziell auch die DSGVO kennt keinen Ausnahmezustand.⁹ Wenn der Landesdatenschutzbeauftragte Rheinland-Pfalz Aussagen tätigt wie: „Datenschutzrecht gilt, aber seine Anwendung in Zeiten der Pandemie ist mit Augenmaß und Fingerspitzengefühl zu gewährleisten.“¹⁰, ist diese so zu verstehen, dass die Pandemie natürlich neue und auch schwere Bedrohungen für andere Rechtsgüter mit sich bringt und diese in den vielen Abwägungsvorgängen im Datenschutzrecht berücksichtigt werden müssen. Dies ist Kern der Abwägungsdogmatik.

IV. Systematisierung der Überwachungsstufen

Zur besseren Übersicht und Möglichkeit der Bezugnahme in der folgenden Untersuchung staffeln wir die unterschiedlichen denkbaren Überwachungsfunktionen im Rahmen von Online-Prüfungen in vier

⁴ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – BvR 209/83, NJW 1984, 419.

⁵ vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-594-/12, NJW 2014, 2169.

⁶ Faoud, Privacy in Online Proctoring, S. 2, abrufbar unter https://www.onlineproctoring.eu/wp-content/uploads/2017/10/White-Paper_Privacy-in-Online-Proctoring.pdf (zuletzt abgerufen am 10.06.20)

⁷ Ernst/Paal/Pauly, DSGVO Art. 4, Rn. 40.

⁸ Fuhlrott/Fischer, Corona – virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, 345, 350.

⁹ Kugelmann, Gesundheitsnot kennt Datenschutzgebot v. 26.3.2020, <https://verfassungsblog.de/gesundheitsnot-kennt-datenschutzgebot/> (zul. abgerufen am 10.6.2020).

¹⁰ So etwa der LfDI Rheinland-Pfalz, zitiert nach Kugelmann, Gesundheitsnot kennt Datenschutzgebot v. 26.3.2020, <https://verfassungsblog.de/gesundheitsnot-kennt-datenschutzgebot/> (zul. abgerufen am 10.6.2020).

Stufen, wobei die datenschutzrechtliche Eingriffsintensität zunimmt. Die genannten Funktionen sind abstrahiert und finden sich in unterschiedlicher Ausprägung bei verschiedenen Anbietern von Proctoring-Software (wie z. B. Proctorio, ProctorExams) auf dem deutschen Markt, beziehungsweise können mit verschiedenen Videokonferenzdiensten (wie z. B. Zoom, Webex, JitsiMeet) eingerichtet werden.

Stufe 0: Kontrollierte Online-Klausurumgebung, dh. Sachverhalt wird angeboten, Zeit beginnt zu laufen, Lösung muss rechtzeitig hochgeladen werden, Versicherung, dass Bearbeitung persönlich erfolgte und nicht getäuscht wurde (ähnlich Hausarbeiten in Vergangenheit).

Stufe 1: Identifikationskontrolle durch eine Aufsichtsperson via Videokonferenz; Einsatz folgender technischer Funktionen via einer Webanwendung auf dem Rechner der Teilnehmer: Verhindern eines zweiten Bildschirms, Schließen geöffneter Tabs und neue Tabs verhindern, Deaktivieren der Zwischenablage (Copy+Paste), Deaktivieren eines Rechtsklicks, Vollbildschirm erzwingen, Drucken deaktivieren, Löschen des Cache, Verhindern des Wiederaufnehmens der Prüfung.

Stufe 2: Wie Stufe 1 und zusätzlich: Live-Video- und Audioüberwachung durch Aufsichtspersonen (z. B. eine Aufsichtsperson für 6 Prüflinge) während der Prüfung *ohne Aufzeichnung*, entweder durch Übertragung des Video-Audio-Signals der Bildschirmlinse oder eines Smartphones; eingangs der Prüfung 360° Roomscan; verdachtsbezogene weitere Roomscans bei einzelnen Prüflinge während der Prüfung; handschriftliche Protokollierung der Prüfung inkl. auffälligen Verhaltens und Beobachtungen beim Roomscan durch die Aufsichtsperson.

Stufe 3: Wie Stufe 4 mit Deaktivierung einzelner Funktionen, z.B. der automatisierten Auswertung von Kopf- und Augenbewegungen des Prüflings.

Stufe 4: Wie Stufe 1 und zusätzlich: *aufgezeichnete* Video- und Audioüberwachung durch ein Programm; zusätzlich *Aufzeichnung* des Web Traffics und Bildschirminhalts; 360° Raumscan eingangs und zusätzlicher zufällig angeforderte Roomscans während der Klausur; *automatisierte Auswertung bestimmter Parameter, um für den Prüfer einen Report anzufertigen, der auffälliges Verhalten einzelner Prüflinge meldet* - diese Reports dienen als „Wegweiser“/Vorauswahl für *eine nachträgliche menschliche Sichtung* des aufgezeichneten Materials durch den Prüfer und seine Mitarbeiter an auffälligen Stellen. Automatisiert ausgewertete Parameter: Navigation (falls nicht unterbunden), Tastenschläge, Copy+Paste (falls nicht unterbunden), Änderungen der Fenstergröße (falls nicht Vollbild erzwungen), Geräuschlevel, Kopf- und Augenbewegungen des Prüflings, Verlassen des Raumes, Erscheinen weiterer Personen, Mausbewegungen, Mausrad usw., ungewöhnliche Prüfungsdauer, ungewöhnliche Prüfungszeiten, gleichzeitige Prüfungen.

Abschließend untersucht haben wir zunächst die Rechtfertigung des Einsatzes von Überwachungsfunktionen der Stufe 2 oder niedriger. Alle folgenden Ausführungen beziehen sich auf diese Stufe. Gleichwohl treffen viele Ausführungen auch auf Stufe 4 zu mit der Maßgabe, dass die Eingriffsintensität dort wegen der Aufzeichnung der Überwachung viel stärker ist. Erwägungen zur Zulässigkeit der Stufe 4 finden sich am Ende der Ausarbeitung in Form einer vorläufigen Einschätzung als Annex.

V. Rechtfertigungsnotwendigkeit der Datenverarbeitung

Die Verarbeitung personenbezogener Daten steht unter einem sogenannten Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹¹ Eine Datenverarbeitung ist also grundsätzlich verboten, es sei denn, es greift eine Einwilligung der betroffenen Person oder eine gesetzliche Grundlage ein.¹² Dieses Grundprinzip ist mit Art. 6 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), welcher die Zulässigkeitstatbestände für eine Datenverarbeitung normiert, auch im europäischen Datenschutzrecht determiniert.¹³

Im Folgenden wird untersucht, ob Überwachungsfunktionen der Stufe 2 auf Grund einer Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO oder aufgrund des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO gerechtfertigt werden können.

B. Rechtfertigung per Einwilligung

Gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO ist eine Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat.

Nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO muss die Einwilligung insbesondere freiwillig, in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben werden.

VI. I. Freiwilligkeit der Einwilligung

Dabei ist vor allem die Freiwilligkeit der Einwilligung für ihre Wirksamkeit von entscheidender Bedeutung.¹⁴ Nach Erwägungsgrund 42 S. 5 DSGVO ist die Einwilligung dann freiwillig erteilt, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“.

1. Machtgefälle verhindert Freiwilligkeit?

Problematisch im Hinblick auf das Merkmal der Freiwilligkeit ist zunächst das mögliche Machtgefälle zwischen Hochschule und Studierenden.¹⁵ Die DSGVO geht in Erwägungsgrund 43 S. 1 davon aus, dass zwischen einer Behörde und einem Bürger ein solches Ungleichgewicht besteht, dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung regelmäßig gar nicht freiwillig erteilt werden kann. Die Studierenden stehen in vielerlei Hinsicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Hochschule¹⁶, durch welches sich dieses Ungleichgewicht äußert. Dieses Abhängigkeitsverhältnis wird insbesondere auch im Zusammenhang mit Hochschulprüfungen deutlich, die die Studierenden regelmäßig absolvieren müssen, um das jeweilige Semester oder aber eine bestimmte Studienphase abschließen zu können. Es ist jedoch in Frage zu stellen, ob sich dieses Machtgefälle auch bei der Entscheidung der Studierenden über die Einwilligung in die Datenverarbeitung im Rahmen einer Online-Prüfung manifestiert. Denn diese Entscheidung betrifft nicht die Frage, ob die Prüfung überhaupt abgelegt wird oder nicht. Vielmehr

¹¹ Schröder, Datenschutzrecht für die Praxis, 2. Kapitel, S. 15.

¹² Tinnefeld/Buchner/BeckOK Datenschutzrecht, Syst. I, Rn. 67.

¹³ Albers/Veit, BeckOK Datenschutzrecht DSGVO Art. 6, Rn. 11, wobei sich die Autoren gegenüber der Bezeichnung „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ kritisch positionieren.

¹⁴ Krohm, Abschied vom Schriftformgebot der Einwilligung, ZD 2016, 368, 373.

¹⁵ Uphues, Learning-Analytics-Software zur Erstellung von Studienverlaufsprognosen vor dem Hintergrund der DS-GVO, DÖV 2020, 234, 239.

¹⁶ Golla/Spocht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 23 Rn. 80; Reimer, Verwaltungsdatenschutzrecht, Teil III, Rn. 150.

entscheidet der jeweilige Prüfling nur darüber, in welcher Form und ggf. zu welchem Zeitpunkt er die Prüfung absolvieren möchte. Eine solche Wahl hat ein Prüfling unter „gewöhnlichen“ Bedingungen jedoch gar nicht. Denn jedenfalls über die Form der abzulegenden Prüfung kann er regelmäßig nicht entscheiden. Es ließe sich also argumentieren, dass dem Prüfling durch diese Entscheidungsmöglichkeit ein Mehr an Rechten von der Hochschule eingeräumt wird, was gegen ein Machtgefälle in der konkreten Situation spricht. Dennoch bleibt es aber dabei, dass der Studierende die Prüfung absolvieren und aus diesem Grunde auch eine Entscheidung darüber treffen muss, wann und in welcher Form er diese ablegt. Dieser Entscheidung kann er sich nicht entziehen. Dadurch äußert sich im Ergebnis das Abhängigkeitsverhältnis der Studierenden zu ihrer Hochschule und damit auch das zwischen beiden bestehende Machtgefälle.

Mit guten Gründen lässt sich also bestreiten, ob Studierende im Zusammenhang mit Prüfungen überhaupt freiwillige Einwilligungen erteilen können.

2. Angebot von Präsenzklausuren als Alternative

Für das Abhalten von Online-Prüfungen und den damit verbundenen Einsatz von Online-Proctoring bedeutet das Folgendes: Der Prüfling muss, um freiwillig in die Datenverarbeitung einwilligen zu können, die Wahl haben, an der Online-Prüfung teilzunehmen oder nicht. Entscheidet er sich dagegen, an der Prüfung teilzunehmen, dürfen damit keine negativen Konsequenzen für ihn verbunden sein. Das wäre dann der Fall, wenn der Prüfling, sofern er sich gegen die Teilnahme an der Online-Prüfung entscheidet, die Prüfung gar nicht absolvieren kann. Das heißt, dass stets die Möglichkeit gegeben sein muss, auch eine Präsenzprüfung abzuleisten.¹⁷

a) Präsenzalternative im gleichen Zeitpunkt

Soll eine Präsenzprüfung bereits zum jetzigen Zeitpunkt als Alternative zur Online-Prüfung angeboten werden, so sind entsprechende Vorkehrungen zu treffen, um einen möglichst umfassenden Infektionsschutz zu gewährleisten. Dazu sind insbesondere die empfohlenen Abstände während der gesamten Dauer der Prüfung zu gewährleisten und einzuhalten. Zudem müssen erhöhte Hygienestandards gelten.¹⁸ Nur mit entsprechenden Vorkehrungen zum Infektionsschutz kann sichergestellt werden, dass die Studierenden, die sich gegen eine Einwilligung in die Datenverarbeitung im Rahmen einer Online-Prüfung und somit für eine Präsenzprüfung entscheiden, durch diese Entscheidung keine Nachteile erleiden. Das wiederum ist wie beschrieben zwingende Voraussetzung dafür, dass eine Einwilligung in die Datenverarbeitung freiwillig erfolgen kann.

Die weiterhin abstrakt bestehende Gesundheitsgefahr bei einer Präsenzprüfung dürfte in diesem Fall hingegen für die Studierenden keinen so wesentlichen Nachteil bedeuten, als dass dieser die Freiwilligkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ausschließen würde. So hat das *VG Berlin* einen Eilantrag einer Schülerin auf Aussetzung der Abiturprüfung wegen der Ansteckungsgefahr mit dem Coronavirus abgelehnt, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich gewesen wären, dass die Vorgaben der entsprechend einschlägigen seuchenrechtlichen Verordnung z.B. zu Mindestabständen nicht

¹⁷ Krüger, Online-Proctoring – Interview zur Beaufsichtigung von digitalen Prüfungsformaten, abrufbar unter <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring> (zuletzt abgerufen am 22.05.20); Sietses, White Paper Online Proctoring, S. 12, abrufbar unter https://www.surf.nl/files/2019-04/whitepaper-online-proctoring_en.pdf (zuletzt abgerufen am 22.05.20).

¹⁸ Fischer/Dieterich, NVwZ 2020, 657, 659 f.

eingehalten worden seien.¹⁹ Daraus könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine bloß abstrakt bestehende Gesundheitsgefahr bei einer (Hochschul-)Präsenzprüfung keine derart negative Konsequenz für die Prüflinge darstellt, dass diese keine echte oder freie Wahl zwischen einer Online-Prüfung inklusive der damit verbundenen Datenverarbeitung und der Präsenzprüfung hätten und somit auch nicht freiwillig ihre Einwilligung erteilen könnten. Für eine solche Bewertung spricht insbesondere das auch von dem *VG Berlin* angeführte Argument, dass bei Einhaltung der vorgeschriebenen Vorkehrungen zum Infektionsschutz im Rahmen einer Prüfung die Gefahr der Infektion mit dem Coronavirus im Vergleich zu der für die Gesamtbevölkerung derzeit allgemein bestehenden Infektionsgefahr nicht nennenswert erhöht ist.²⁰

b) Probleme bei Präsenzalternative deutlich später

Kann die Präsenzprüfung erst zu einem deutlich späteren Termin, wohmöglich sogar erst zu einem noch unbestimmten Zeitpunkt angetreten werden, stellt sich wiederum die Frage, ob eine Einwilligung im Zuge der Teilnahme an der Online-Prüfung tatsächlich freiwillig erteilt wird. Dagegen ließe sich anführen, dass eine erst deutlich später stattfindende Präsenzprüfung den Nachteil für den Prüfling bedeuten würde, die bereits gelernten Inhalte bis zu diesem Zeitpunkt abrufbereit halten zu müssen.²¹ Wird die Prüfung in das nächste Semester verschoben, hat dies für den Prüfling zudem eine Mehrbelastung zur Folge, da er neben der verschobenen Klausur regelmäßig weitere, für das jeweilige Semester anstehende Prüfungen ablegen muss.

Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass nicht jeder geringfügige Nachteil die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließt. Es bedarf vielmehr eines Nachteils von einigem Gewicht.²² Ob die Tatsache, dass eine Präsenzprüfung erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden kann, für die Prüflinge einen solchen Nachteil von einigem Gewicht darstellt, ist allerdings fraglich. Das Argument, die Studierenden müssten den Lernstoff länger „im Kopf behalten“, lässt sich genauso gut umdrehen: Die Studierenden haben, sofern sie sich für eine spätere Präsenzprüfung entscheiden, tatsächlich mehr Zeit, sich auf diese vorzubereiten. Einer etwaigen Mehrbelastung der Studierenden durch eine höhere Anzahl an Klausuren im nächsten Semester kann zumindest teilweise entgegengewirkt werden, indem genügend Abstand zwischen den einzelnen Klausuren eingeplant wird und die nachzuholende Prüfung beispielsweise bereits früher im Semester angesetzt wird als andere Klausuren. Zudem haben die Studierenden, dadurch, dass die jeweilige Klausur in diesem Semester wegfällt, bereits jetzt Zeit, sich auf die Prüfungen im kommenden Semester vorzubereiten.

¹⁹ *VG Berlin*, Beschl. v. 17.04.2020 – VG 14 L 59/20, abrufbar unter <https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/14-l-0059-20-200417-beschluss-eilverfahren-anonymisiert.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.06.2020).

²⁰ *VG Berlin*, S. 5.

²¹ *Pettinger*, Homeoffice, Klausuren und Videoüberwachung – Datenschutz: 0 Punkte, abrufbar unter <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/homeoffice-klausuren-und-videoeuberwachung-datenschutz-0-punkte/> (zuletzt abgerufen am 10.06.2020).

²² *Stemmer/BeckOK*, DSGVO Art. 7, Rn. 38.

Es kann also mit guten Gründen auch davon ausgegangen werden, dass eine erst zu einem späteren Termin stattfindende Präsenzprüfung keinen Nachteil von einigem Gewicht für die Prüflinge darstellt und die Einwilligung in eine Datenverarbeitung deshalb auch freiwillig erteilt werden kann.

c) Prüfungsrechtliche Implikationen bei der Durchführung zweier Alternativen

Hat die betroffene Person die Wahl, die Prüfung online oder in Präsenz zu absolvieren, kann sie zwar nach datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten gegebenenfalls freiwillig in die Datenverarbeitung einwilligen. Aus dieser Wahlmöglichkeit kann sich aber wiederum ein Widerspruch zum prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit ergeben. Danach müssen für die Prüflinge dieselben äußeren Prüfungsbedingungen geschaffen werden, um gleiche Erfolgchancen zu schaffen.²³ Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn einige Teilnehmer eine Online-Prüfung ablegen, während andere Prüflinge analog, also mit Stift und Papier, die Prüfung ablegen, unabhängig davon, ob die Prüfungen denselben Inhalt aufweisen.²⁴ So können beispielsweise in Prüfungsarbeiten, die handschriftlich angefertigt werden, einzelne Textbausteine, anders als bei Prüfungen, die digital erfolgen, nicht einfach ausgeschnitten und in einen anderen Abschnitt eingefügt werden.

Um möglichst vergleichbare Bedingungen zwischen den beiden Prüfungsarten zu schaffen, wäre es zunächst denkbar, die Präsenzprüfungen ebenfalls an einem digitalen Endgerät stattfinden zu lassen. Kann die Hochschule nicht die nötige Anzahl an Endgeräten für die Präsenzprüfung bereitstellen, besteht in einigen Online-Programmen zur Durchführung von digitalen Prüfungen die Möglichkeit, beispielsweise die Funktion des Ausschneidens und Einfügens von Inhalten zu deaktivieren, um die Vergleichbarkeit zu einer analogen Prüfungsarbeit zu schaffen.²⁵ So könnte dieses Problem möglicherweise beseitigt werden.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung im Rahmen der Überwachung von Online-Klausuren mit einigem Argumentationsaufwand möglicherweise auf eine Einwilligung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO gestützt werden könnte. Die aufgezeigten Problemfelder verdeutlichen jedoch die erheblichen Bedenken, die in diesem Zusammenhang bestehen.

VII. II. Folgen des Widerrufs einer Einwilligung

Gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Der Widerruf der Einwilligung führt jedoch nicht dazu, dass die bis dato erfolgte Datenverarbeitung rechtswidrig ist. Vielmehr kann erst die Datenverarbeitung ab dem Zeitpunkt des Widerrufs nicht mehr auf die Einwilligung gestützt werden.²⁶ Wurde also die Datenverarbeitung im Rahmen der Online-Überwachung während der Prüfung auf eine wirksame Einwilligung gestützt und widerruft der Prüfling diese Einwilligung später, führt dieser Widerruf nicht zur Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung im Zuge der bereits erfolgten Online-Überwachung. Es kann aber keine weitere Datenverarbeitung auf Grundlage der widerrufenen Einwilligung erfolgen.

²³ BVerwG, Urt. v. 13.10.1972 – VII C 17.71, NJW 1973, 1147 (1147).

²⁴ Krüger, Online-Proctoring – Interview zur Beaufsichtigung von digitalen Prüfungsformaten, abrufbar unter <https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/blog/online-proctoring> (zuletzt abgerufen am 10.06.20).

²⁵ Möglich z.B. über Proctorio, s. <https://proctorio.com/platform/content-protection> (zuletzt abgerufen am 10.06.2020).

²⁶ Peuker/Sydow, DS-GVO Art. 17 Rn. 18.

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO hat die betroffene Person allerdings das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten gelöscht werden, wenn sie ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung widerrufen hat und es an einer anderweitigen Rechtsgrundlage fehlt. Dieser Anspruch der betroffenen Person auf Löschung kollidiert mit den umfangreichen Dokumentationspflichten hinsichtlich Prüfungsleistungen in den jeweiligen Prüfungsordnungen der Hochschulen.²⁷ Zwar ist in den Prüfungsordnungen regelmäßig lediglich eine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich schriftlich erbrachter Leistungen vorgesehen. Der sogenannte Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es allerdings, dem Prüfling – im Rahmen jeder Prüfung – eine (gerichtliche) Überprüfung der Bewertung durch den jeweiligen Prüfer in gewissem Umfang zu ermöglichen.²⁸ Dies beinhaltet zwangsläufig auch die Dokumentation der Prüfungsleistung – auch in elektronischer Form – des jeweiligen Prüfungsteilnehmers.²⁹ Der Widerspruch zwischen diesen Dokumentationspflichten und dem Recht der betroffenen Person auf Löschung ihrer personenbezogenen Daten wird jedoch über Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO aufgelöst. Danach gilt die Löschpflicht nach Abs. 1 für den Verantwortlichen nicht, soweit die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erfolgt. Eine solche rechtliche Verpflichtung dürften auch die in den Prüfungsordnungen vorgesehenen Dokumentationspflichten darstellen.

C. Rechtfertigung mit gesetzlicher Rechtsgrundlage

Möglicherweise lassen sich die Überwachungsfunktionen der Stufe 2 in NRW auf der Grundlage des Erlaubnistatbestandes Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO rechtfertigen, welcher Datenverarbeitungen erlaubt, die „für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich [ist], die im öffentlichen Interesse liegt“.

Es ergeben sich aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO zwei große Prüfungspunkte: Zum einen das Vorliegen einer Rechtsgrundlage, welche eine Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse näher konkretisiert und Anforderungen aus Abs. 3 genügen muss. Zum anderen die Erforderlichkeit bei jeder einzelnen, konkreten Datenverarbeitung auf Basis dieser Rechtsgrundlage.

I. Rechtsgrundlage

1. Gesetzliche Anforderungen

Art. 6 Absatz 2 DSGVO stellt klar, dass auch Mitgliedsstaaten Normen schaffen können und sollen, welche Absatz 1 Unterabsatz 1 lit. e konkretisieren.

Absatz 3 stellt dann spezifische Anforderungen an entsprechende Rechtsgrundlagen, welche nötig sind, um die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe näher zu bestimmen und in Kombination mit Absatz 1 Unterabsatz 1 lit. e Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung sein können.

- a) Nach Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 muss der Zweck der Datenverarbeitung oder aber die Bestimmung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, aus der die Zweckbestimmung mittelbar folgt, in der Rechtsgrundlage ausdrücklich festgelegt sein.³⁰

²⁷ *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 49.

²⁸ *BVerfG*, Urt. v. 17.4.1991 – 1 BvR 1529/84, 1 BvR 138/87, NJW 1991, 2008 (2011).

²⁹ *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 49.

³⁰ *Frenzel/Paal/Pauly/Frenzel*, DS-GVO Art. 6 Rn. 37, 41.

- b) Satz 3 statuiert, dass die Rechtsgrundlage ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen muss.
- c) Nach S. 4 muss das in der gesetzlichen Regelung vorgesehene Mittel (die Datenverarbeitung) in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen, was sich wegen der Betroffenheit von Art. 8 GRCh bereits aus Art. 52 Abs. 1 GrCh ergibt³¹ und im Übrigen auch eine Erforderlichkeitsprüfung auf abstrakter Ebene mit einschließt. Aus der Systematik des Art. 6 DSGVO ergibt sich demnach, dass die Erforderlichkeit doppelt geprüft werden muss: Auf Ebene der Rechtsgrundlage, und auf Ebene der Datenverarbeitung im Einzelfall, welche sich auf die Rechtsgrundlage stützt.

Absatz 2 des Art. 6 DSGVO enthält lediglich eine Kann-Regelung und damit keine zwingenden Vorgaben. Aus der Kommentarliteratur ergibt sich ferner, dass die Rechtsgrundlage nicht notwendig die Qualität eines formellen Gesetzes haben muss. Jedes materielle Recht ist tauglich, somit auch Satzungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts wie z. B. Hochschulen.³² Die Rechtsgrundlage muss gemäß Erwägungsgrund 41 S. 2 DSGVO hinreichend klar, präzise und vorhersehbar sein.³³

2. Bereits Rechtsgrundlage vorhanden, die den Anforderungen entsprechen?

a) *Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 u. 3 DSGVO i.V.m. § 63 Abs. 1 Hs. 1 HG NRW*

Im niedersächsischen Hochschulgesetz (NHG) findet sich mit § 17 eine Vorschrift, die der Hochschule die Verarbeitung personenbezogener Daten der Studierenden, die u.a. für die Durchführung von Prüfungen erforderlich ist, explizit erlaubt, sofern die zu verarbeitenden Daten in einer Ordnung der Hochschule festgelegt sind (vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 NHG). Der niedersächsischen Landesdatenschutzbeauftragten zufolge ist diese Vorschrift als konkretisierende Norm im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO einzuordnen.³⁴ Auch die mit der Durchführung von Online-Prüfungen und deren Überwachung verbundene Datenverarbeitung müsste sich dieser Ansicht zufolge konsequenterweise auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 1 NHG stützen lassen.³⁵

Diese Grundsätze dürften sich, sofern man der Auffassung der niedersächsischen LDI folgt, auch auf die Datenverarbeitung durch Hochschulen in NRW übertragen lassen. Erforderlich wäre allerdings eine Regelung im Hochschulgesetz NRW (HG NRW), die eine Datenverarbeitung durch die Hochschule (u.a. im Rahmen von Prüfungen) ausdrücklich erlaubt. Eine dementsprechende Regelung fehlt jedoch im HG NRW. In § 8 Abs. 5 HG NRW wird lediglich festgestellt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Maßgabe der allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften erfolgt.

³¹ Frenzel/Paal/Pauly, DS-GVO Art. 6 Rn. 45.

³² Frenzel/Paal/Pauly, DS-GVO Art. 6 Rn. 36.

³³ Heberlein/Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 6 Rn. 20.

³⁴ Vgl. <https://fd.niedersachsen.de/startseite/themen/hochschulen/hochschulen-56169.html> (zuletzt abgerufen am 10.06.2020).

³⁵ Vgl. hierzu Horn/Schmees, E-Klausuren, S. 15, abrufbar unter <https://elan-ev.de/dateien/E-Klausuren.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.06.20).

Teilweise wird allerdings vertreten, dass die Hochschulen eine Datenverarbeitung auch auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. mit einer Norm zur allgemeinen Aufgabenzuweisung aus dem jeweiligen Hochschulgesetz stützen können (im HG NRW in den §§ 58 ff.).³⁶ Diesem Ansatz folgend könnte eine Datenverarbeitung im Rahmen der Überwachung von Online-Klausuren auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO i.V.m. § 63 Abs. 1 S. 1 HG NRW erfolgen. Gemäß dieser Vorschrift wird der Studienerfolg durch Hochschulprüfungen festgestellt, die studienbegleitend abgelegt werden sollen.

Dieser Auffassung liegt allerdings eine sehr großzügige Auslegung der Anforderungen an eine Rechtsgrundlage iSd Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 u. 3 DSGVO (s.o.) zugrunde. Zwar fordert Art. 6 Abs. 3 S. 2 UAbs. 2 DSGVO nicht, dass der Zweck der Datenverarbeitung ausdrücklich in der jeweiligen Regelung festgelegt wird. Es ist vielmehr auch ausreichend, dass er sich aus dem Kontext der jeweiligen Aufgabe ergibt, die zu erfüllen ist.³⁷ Es ist jedoch kaum ersichtlich, wie sich der Zweck der Datenverarbeitung – die Wahrung des prüfungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz durch Vorbeugung und Verhinderung von Täuschungen mittels Überwachungsmaßnahmen der Stufe 2 im Rahmen von Online-Klausuren – aus § 63 Abs. 1 S. 1 HG NRW ergeben soll. Zudem fordert Erwägungsgrund 41 S. 2, dass eine Rechtsgrundlage, auf die in der DSGVO Bezug genommen wird, klar und präzise und ihre Anwendung für die Rechtsunterworfenen vorhersehbar ist. Auch diese Voraussetzungen, insbesondere die Vorhersehbarkeit der Anwendung, sind hinsichtlich § 63 Abs. 1 S. 1 HG NRW und dessen generell gehaltener Formulierung ausdrücklich in Frage zu stellen.

Die generelle Aufgabenzuweisung aus § 63 Abs. 1 Hs. 1 HG NRW dürfte folglich keine ausreichende Rechtsgrundlage iSd Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 u. 3 DSGVO darstellen.

b) Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 und 3 DSGVO i.V.m. §§ 64 Abs. 2 S. 2, 82a Hochschulgesetz NRW (HSG NRW) i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 CoEpHSVO

Möglicherweise stellen die folgenden bereits geltenden Normen eine Rechtsgrundlage dar, die den Anforderungen entspricht: Art. 6 UAbs. 1 lit. 2, UAbs. 2 und 3 DSGVO i.V.m. §§ 64 Abs. 2 S. 2, 82a Hochschulgesetz NRW (HG NRW) i.V.m. § 6 Abs. 1 und 2 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung (CoEpHSVO).

³⁶ Golla/Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 23 Rn. 83.

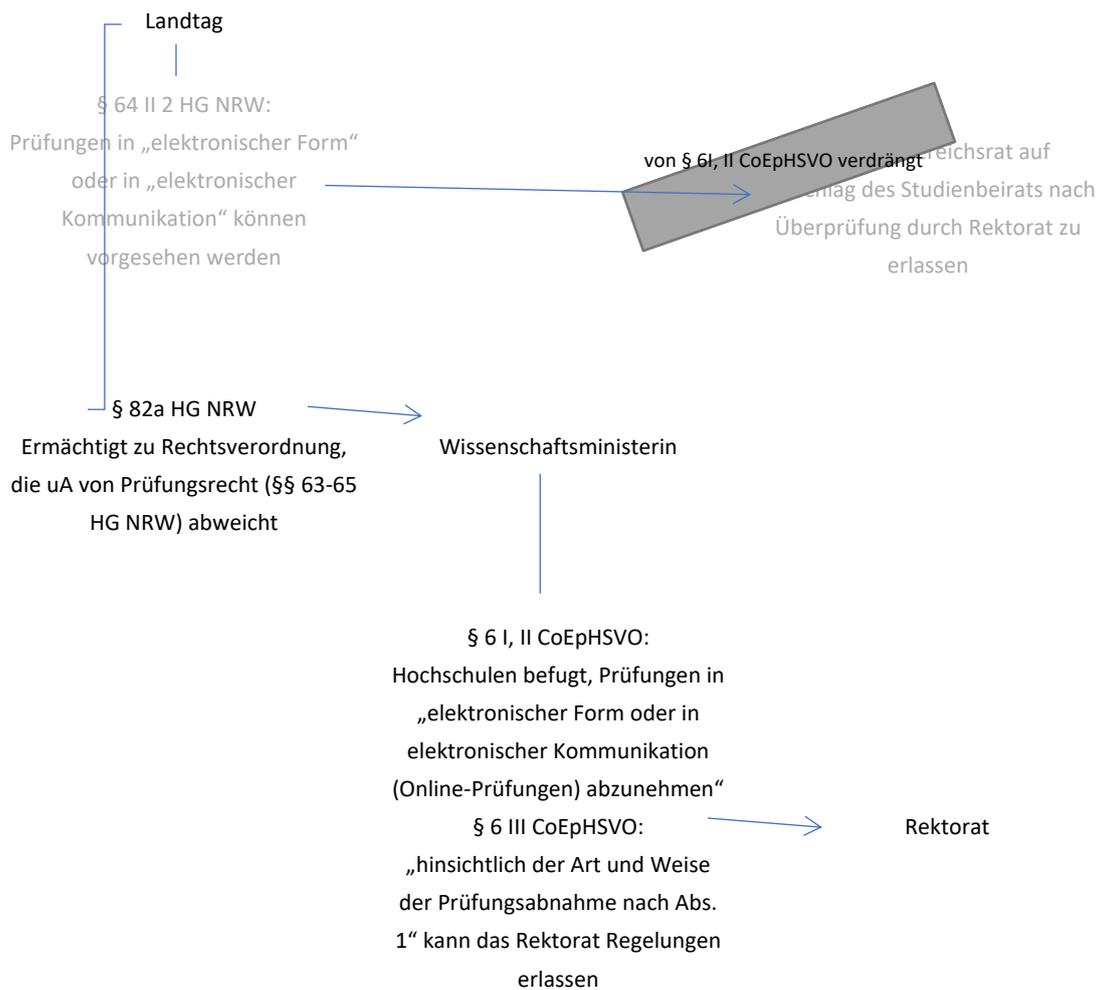
³⁷ Frenzel/Paal/Pauly, DSGVO Art. 6 Rn. 41.

aa) Übersicht über die relevanten Regelungen

Legende:

→
Ermächtigt

—
Erlassen von



bb) Normtexte

§ 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW:

In der Prüfungsordnung kann geregelt werden, dass Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation abgelegt werden können.

§ 82a HG NRW (Hervorhebungen durch die Verf.):

§ 82a Maßnahmen zur Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie

(1) Im Rahmen der Bewältigung der SARS-CoV-2-Pandemie wird das für Wissenschaft zuständige Ministerium zur Sicherstellung der Lehre, zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Gremien der Hochschule und der Studierendenschaft und zum Schutz der Grundrechte der Hochschulmitglieder sowie der Studienbewerberinnen und -bewerber ermächtigt, durch Rechtsverordnung Regelungen betreffend **die Prüfungen**, die Anerkennung von Prüfungsleistungen und sonstigen Leistungen, die Regelstudienzeit, die Verfahrensgrundsätze hinsichtlich der Sitzungen und der Beschlüsse, die Amtszeit der Gremien der Hochschule und der Studierendenschaft sowie die Einschreibung zu erlassen und dabei von den Regelungen der § 7 Absatz 1, § 12, § 13, § 48, § 50, § 53 Absatz 4 Satz 4 Nummer 2, § 54 Absatz 3, § 61 und §§ 63 bis 65 sowie des § 28 Absatz 3 Satz 3, Absatz 4 Satz 1 des Juristenausbildungsgesetzes Nordrhein-Westfalen vom 11. März 2003 (**GV. NRW. S. 135 ber. S. 431**), zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (**GV. NRW. S. 310**), abzuweichen. Soweit von den Regelungen des § 28 Absatz 3 Satz 3, Absatz 4 Satz 1 des Juristenausbildungsgesetzes Nordrhein-Westfalen abgewichen wird, bedarf die Rechtsverordnung des Einvernehmens des für die Justiz zuständigen Ministeriums.

(2) Das für Wissenschaft zuständige Ministerium berichtet dem Landtag hinsichtlich der Rechtsverordnung unverzüglich und umfassend über den jeweiligen Sachstand.

§ 6

Online-Prüfungen

(1) Die Hochschulen sind befugt, Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation (Online-Prüfungen) abzunehmen. Der Grundsatz der prüfungsrechtlichen Gleichbehandlung gilt unter den Bedingungen der Epidemie und damit in Ansehung der Berufsgrundrechte der Studierenden und in Ansehung des Umstands, dass die Studierenden von der Epidemie sämtlich gleichermaßen betroffenen sind. Die Hochschulen tragen insofern dafür Sorge, dass dieser auf die Bedingungen der Epidemie bezogene Grundsatz eingehalten wird.

(2) Die Hochschule kann Online-Prüfungen auch außerhalb ihres Sitzes oder ihres Standortes durchführen oder durchführen lassen und sich dabei der Hilfe Dritter, auch im Wege der Amtshilfe, bedienen.

(3) Hinsichtlich der Art und Weise der Prüfungsabnahme nach Absatz 1 und der Durchführung nach Absatz 2 kann das Rektorat Regelungen erlassen. Für diese Regelungen gilt Absatz 1 Satz 2 und 3 entsprechend.

cc) entspricht Anforderungen?

Zunächst müssten die Normen den Regelungsinhalt haben, dass Überwachungsfunktionen der Stufe 2 durchgeführt werden können. Unter anderem nach dem Erwägungsgrund 41 S. 2 DSGVO muss der Regelungsinhalt hinreichend klar und vorhersehbar sein.

Der Wortlaut von § 6 Abs. 1 CoEpHSVO ist denkbar weit, indem er Hochschulen generell befugt, Online-Prüfungen abzunehmen. Davon als umfasst könnte man auch Überwachungsfunktionen der Stufe 2 erachten.

Dagegen spricht indes, dass § 6 Abs. 1 S. 3 CoEpHSVO ausdrücklich den Hochschulen die Verantwortung für die Einhaltung des prüfungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zugesprochen wird. Mit der Ermächtigung des Rektorats zum Erlass von Regelungen „hinsichtlich der Art und Weise der Prüfungsabnahme“ in Abs. 3 ist diesen auch ein konkretes Mittel an die Hand gegeben. Dies spricht dafür, dass über die Notwendigkeit und die konkrete Ausgestaltung einer Überwachung das Rektorat der Hochschulen entscheiden soll. Bei diesem Verständnis verbleibt S. 1 auch noch ein sinnvoller Anwendungsbereich, da die „Grundentscheidung“ für Online-Prüfungen getroffen wird und überdies trotz prüfungsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatzes Online-Prüfungen ohne Überwachungsfunktionen der Stufe 2 denkbar sind (z. B. OpenBook-Exams mit der bloß schriftlichen Versicherung, dass man persönlich die Arbeit angefertigt hat).

Diese Auslegung wird durch die Begründung der Verordnung bestätigt, welche auf Anfrage beim Landesministerium für Kultur und Wissenschaft NRW (MKW) oder bei uns zu erlangen ist. Darin heißt es: „Satz 3 gibt den Hochschulen auf, dem auf die Bedingungen der Epidemie bezogenen Grundsatz der prüfungsrechtlichen Gleichbehandlung Rechnung zu tragen. Dies kann beispielsweise über die Abgabe einer entsprechenden Erklärung der Prüflinge bei mündlichen Prüfungen via Videokonferenz-Technik oder anderen Online-Kommunikationsplattformen zu bewerkstelligen sein.“ Erst recht müssen dann darüberhinausgehende Überwachungsfunktionen erst durch die Hochschulen vorgesehen werden.

Zwar werden als Rechtsgrundlagen iSd Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO auch bloße Ermächtigungen für ausreichend erachtet.³⁸ Anders als in lit. c sei ja gerade keine Rechtspflicht nötig.³⁹ Gleichwohl müssen die Anforderungen an die Klarheit, Präzision und Vorhersehbarkeit der Norm aus Erwägungsgrund 41 S. 2 DSGVO gewahrt werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund des eben Gesagten eher fernliegend.

Zudem gehen mit der Datenverarbeitung im Rahmen der Überwachungsstufe 2 zum Teil erhebliche Eingriffe in die Privatsphäre einher, insbesondere durch die Durchführung der Roomscans in den Privaträumen der Klausurteilnehmer. Ein solcher Eingriff erfordert umso mehr eine hinreichend spezifische und detaillierte Rechtsgrundlage.⁴⁰

Damit enthalten die Normen nicht den nötigen Regelungsgehalt und entsprechen somit allein nicht den Anforderungen an eine Rechtsgrundlage iSd Art. 6 UAbs. 3 lit. e DSGVO.

c) Zwischenergebnis

Mithin besteht de lege lata noch keine gesetzliche Rechtsgrundlage, die den Einsatz der Überwachungsfunktionen rechtfertigen kann.

³⁸ Reimer/Sydow, DSGVO Art. 6 Rn. 46.

³⁹ Heberlein/Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 6 Rn. 20, 40.

⁴⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014, 844/14/EN, S. 34, abrufbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_de.pdf (zuletzt abgerufen am 10.06.20).

3. Noch zu schaffende gesetzliche Rechtsgrundlage

Indes könnten die Rektorate von ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 6 Abs. 3 CoEpHSVO Gebrauch machen und Regelungen „hinsichtlich der Art und Weise“ der Abnahme von Online-Prüfungen erlassen. Aus unserer Sicht kann auf diese Weise unter Beachtung der im Folgenden zu entwickelnden Anforderungen recht zügig eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, die den Einsatz von Überwachungsfunktionen der Stufe 2 rechtfertigen kann.

Die Datenverarbeitung würde dann auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 3 DSGVO i.V.m § 82a HSG NRW i.V.m § 6 Abs. 1, 2 CoEpHSVO und § 6 Abs. 3 CoEpHSVO i.V.m. den entsprechenden, noch zu erlassenden Regelungen des jeweiligen Hochschulrektors hinsichtlich der Art und Weise der Prüfungsabnahme bei Online-Prüfungen erfolgen.

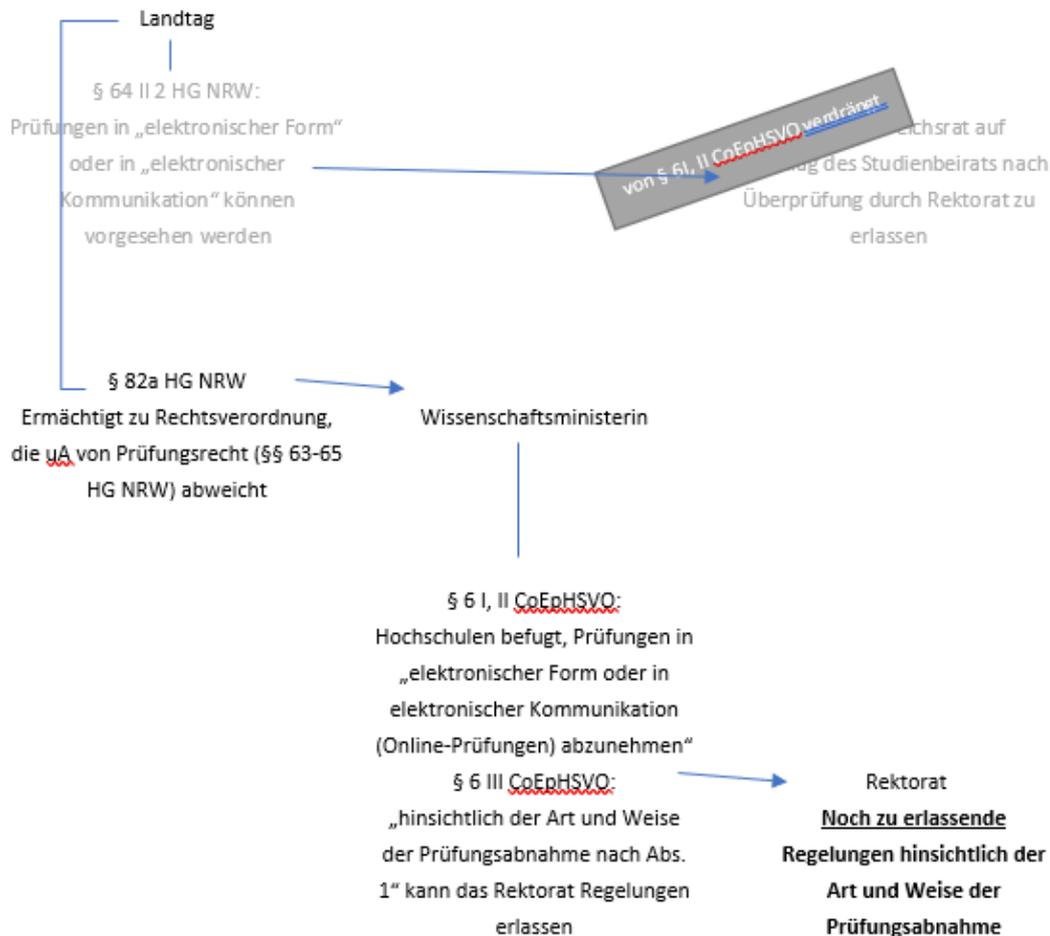
Wir haben noch keine Kenntnis von einem entsprechenden Rektorsbeschluss. Im Folgenden werden daher teilweise die DSGVO-Vorgaben abstrakt entwickelt, dann aber eine konkrete Regelung vorgeschlagen, welche auf die Übereinstimmung der bereits entwickelten und weiteren Vorgaben überprüft wird.

a) Übersicht der relevanten Regelungen

Legende:

→ Ermächtigt

— Erlassen von



b) Anforderungen an die zu erlassende Regelung aus der DSGVO

Nachfolgend werden die bereits oben genannten Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 DSGVO an die Rechtsgrundlage nochmals nacheinander aufgegriffen und auf die noch zu erlassende Regelung bezogen

aa) Zweckbestimmung

Nach Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 muss der Zweck der Datenverarbeitung oder aber die Bestimmung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, aus der die Zweckbestimmung mittelbar folgt, in der Rechtsgrundlage ausdrücklich festgelegt sein.⁴¹

Der auf den ersten Blick verwirrenden Formulierung wird entnommen, dass die Datenverarbeitungszwecke nicht notwendig ausdrücklich festgelegt werden müssen, in dem Fall, dass

⁴¹ Frenzel/Paal/Pauly, DS-GVO Art. 6 Rn. 37, 41.

die Rechtsgrundlage die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe hinreichend konkretisiert und die Datenverarbeitungszwecke diesem Kontext entnommen werden können.

Im Hinblick darauf, dass Erwägungsgrund 41 S. 2 DSGVO aber Normenklarheit, -präzision und Vorsehbarkeit auch in diesem Fall⁴² verlangt, ist es unseres Erachtens vorzugswürdig, möglichst präzise zu arbeiten. Soweit eine Rechtsgrundlage erst noch geschaffen wird, ist dies mit wenig Mehraufwand möglich. Dies mag die Flexibilität der Prüfenden einschränken, erhöht indes die Rechtssicherheit. Im Übrigen bestehen für die Durchführung herkömmlicher Prüfungen in den Fachbereichen ebenfalls genaue Vorgaben. Wegen der neuen Situation, dass das Rektorat und nicht mehr die Fachbereiche die Regeln erlässt, wird angeregt, die Bedürfnisse verschiedener Fachbereiche bereits im Rechtssetzungsprozess zu berücksichtigen, auch, um eine hohe Rechtskonformität zu fördern, für welche die Hochschule Verantwortliche i.S.d DSGVO ist.

bb) Regelungsvorschlag

Wir schlagen vor, in den zu erlassenden Regelungen ausgehend von der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe die Zwecke einzelner Datenverarbeitungsvorgänge im Zusammenhang mit Überwachungsfunktionen bei Onlineprüfungen *differenziert aufzufächern*. Dies könnte etwa nach folgendem Beispiel geschehen. Zu berücksichtigen ist, dass diese Formulierung nur die *datenschutzrechtlichen* Anforderungen berücksichtigt, nicht auch vollumfänglich prüfungsrechtliche Aspekte (vgl. zu diesen Teil D); die Formulierung daher bitte nicht ungeprüft übernehmen:

„Zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Prüfungswesens während der Sondersituation einer Epidemie (ähnlich in der Begründung des Epidemie-Gesetzes des LT NRW⁴³) – und daher mit befristeter Geltung zunächst bis zum 30.09.20 – und genauer zur Sorgetragung für die Einhaltung des auf die Bedingungen der Epidemie bezogenen Grundsatzes der prüfungsrechtlichen Gleichbehandlung im Zusammenhang mit Online-Prüfungen (§ 6 Abs. 1 S. 3 CoEpHSV und zugehörige Begründung⁴⁴) sind angesichts der erhöhten Täuschungsanfälligkeit verglichen mit der klassischen Präsenzprüfung auch nach Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gewisse digitale, datenverarbeitende Aufsichtsfunktionen erforderlich, die Täuschungsmöglichkeiten bei Online-Prüfungen auf ein vernünftiges Maß reduzieren.

Die Prüfer sind daher entsprechend dem Prüfungsszenario nach sorgfältiger Erwägung im Einzelfall, welche die Täuschungsanfälligkeit der individuellen Prüfung berücksichtigt, befugt, die verpflichtende Nutzung folgender datenverarbeitende Software-Funktionen mittels der von der Hochschule bereitgestellten Software X [Anm.: genau benennen, z.B. ExamWeb] sowie der Software Y [Anm.: genau benennen, z.B. Zoom] [sowie ggfs. weiterer Software] im Rahmen folgender Zwecke nach Genehmigung der in der Hochschule eingerichteten zentralen Datenschutz-Online-Prüfungskommission XY anzuordnen:

⁴² Heberlein/Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 6 Rn. 20, 40.

⁴³ LT NRW Drucks. [17/8920](#), S. 40 f.

⁴⁴ Auf Nachfrage beim Ministerium zu erlangen.

- *Obligatorische Video-Audio-Konferenz mit dem Prüfling*

zu dem Zweck der Durchführung einer Identifikationskontrolle durch eine Aufsichtsperson durch Abgleich eines Ausweisdokuments und dem Gesicht des Prüflings;

- *Verhindern eines zweiten Bildschirms, Schließen geöffneter Tabs, neue Tabs verhindern, Deaktivieren der Zwischenablage, Deaktivieren des Rechtsklicks, Vollbildschirm erzwingen, Drucken deaktivieren, Löschen des Cache, Verhindern der Wiederaufnahme der Prüfung*

zu dem Zweck, dass die Täuschungsmöglichkeiten durch die Zuhilfenahme unzulässiger Hilfsmittel auf dem Prüfungsgerät selbst reduziert werden (z. B. per Google-Recherche, Austausch in Foren, Austausch per Chat);

- *Deaktivieren der Zwischenablage*

zu dem Zweck, dass eine Vergleichbarkeit der Prüfung zu alternativen analogen Präsenzprüfungen mit Stift und Papier der gleichen Klausur hergestellt wird;

- *Video-Audio-Übertragung des Prüfungsgerätes, welches im Regelfall das Gesicht des Prüflings zeigt, an eine Aufsichtsperson kurz vor und nach sowie während der Dauer der Prüfung, ausdrücklich ohne die Befugnis, diese Übertragung aufzuzeichnen,*

zu dem Zweck, dass Täuschungsmöglichkeiten durch Kommunikation mit einer anderen Person vor Ort, durch Hilfsmittel wie Übersichten, Notizen („Spickzettel“) und ähnliches, und durch weitere, nicht mit dem Prüfungsgerät verbundene elektronische Geräte (z. B. ein mit einem weiteren Smartphone oder einem mp3-Player verbundenes Audiokabel) reduziert werden;

- *Je nach Prüfungsszenario kumulativ oder alternativ zu der vorgehenden Programmfunktion die Video-Audio-Übertragung eines Smartphones, welches so ausgerichtet ist, dass es im Regelfall den gesamten Oberkörper des Prüflings sowie seinen PC-Bildschirm zeigt, an eine Aufsichtsperson kurz vor und nach sowie während der Dauer der Prüfung, ausdrücklich ohne die Befugnis diese Übertragung aufzuzeichnen,*

zu dem Zweck, dass Täuschungsmöglichkeiten durch Kommunikation mit einer anderen Person vor Ort, durch Hilfsmittel wie Übersichten, Notizen („Spickzettel“) und ähnliches, und durch weitere, nicht mit dem Prüfungsgerät verbundene elektronische Geräte (z. B. ein mit einem weiteren Smartphone oder einem mp3-Player verbundenes Audiokabel) reduziert werden; ggü. der vorgehenden Programmfunktion insbesondere

zu dem Zweck, dass unzulässige Interaktionen im unmittelbaren Umfeld des Prüfungsgerätes („tote Winkel der Bildschirmkamera“) aufgedeckt werden;

- Video-Audio-Übertragung, welche im Regelfall das Gesicht des Prüflings zeigt, an eine Aufsichtsperson kurz vor und nach sowie während der Dauer der Prüfung, ausdrücklich ohne die Befugnis, diese Übertragung aufzuzeichnen,

zu dem Zweck, dass Täuschungsmöglichkeiten durch Kommunikation mit einer anderen Person vor Ort, durch Hilfsmittel wie Übersichten, Notizen („Spickzettel“) und ähnliches, und durch weitere, nicht mit dem Prüfungsgerät verbundene elektronische Geräte (z. B. ein mit einem weiteren Smartphone oder einem mp3-Player verbundenes Audiokabel) reduziert werden;

- Sog. Roomscans eingangs der Prüfung, d.h. das langsame Schwenken des Bildschirms durch das gesamte Zimmer (°360) und insbesondere über den gesamten Arbeitsplatz unter den Anweisungen der Aufsichtsperson, welche sich nicht abgedeckte oder auffällige Stellen zeigen lassen darf („nachsteuern“),

zu dem Zweck, dass Täuschungsmöglichkeiten durch einen präparierten Arbeitsplatz (z. B. Verstecken einer Person unter dem Tisch oder das Verstecken einer Notiz unter der Tastatur) reduziert werden;

- Weitere verdachtsbezogene sog. Roomscans während der Prüfung, d.h. das langsame Schwenken des Bildschirms durch das gesamte Zimmer (°360) und insbesondere über den gesamten Arbeitsplatz unter den Anweisungen der Aufsichtsperson, welche sich nicht abgedeckte oder auffällige Stellen zeigen lassen darf („nachsteuern“),

zu dem Zweck, dass Täuschungsmöglichkeiten durch einen präparierten Arbeitsplatz (z. B. Verstecken einer Person unter dem Tisch oder das Verstecken einer Notiz unter der Tastatur) reduziert werden und bei tatsächlichen Täuschungsversuchen Beobachtungen dokumentiert werden können;

die Aufsichtsperson trifft die Pflicht die Verdachtsmomente, die sie zu Anforderung veranlasst haben, zu dokumentieren;

- Schriftliche, auch elektronische Dokumentation der Prüfung und insbesondere von Auffälligkeiten durch die Aufsichtspersonen,

zu dem Zweck, dass Täuschungsversuche rechtssicher dokumentiert werden können.“

Die folgende Untersuchung bezieht sich auf die eben vorgeschlagene Regelung.

cc) im öffentlichen Interesse liegendes Ziel

Art. 6 Abs. 3 S. 4 statuiert, dass die Rechtsgrundlage ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen muss.

Die vorgeschlagene Regelung würde die Ziele verfolgen, das Prüfungswesen auch in Zeiten der Epidemie aufrecht zu erhalten und, soweit dazu Online-Prüfungen nötig sind, dem Grundsatz prüfungsrechtlicher Gleichbehandlung ausreichend Rechnung zu tragen. Dieser ergibt sich jedenfalls aus dem nationalen Verfassungsrecht (Art. 3, 12 GG), womöglich aber auch aus Art. 14 (Recht auf Bildung) und Art. 16 (Berufsfreiheit) GRCh und liegt damit zweifellos im öffentlichen Interesse. Auch die Aufrechterhaltung des Prüfungswesens lässt sich in diesen Rechten verankern.

dd) Verhältnismäßigkeit

Nach Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO muss das in der gesetzlichen Regelung vorgesehene Mittel (die verschiedenen Datenverarbeitungen) in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Dies ergibt sich wegen der Betroffenheit von Art. 8 GRCh bereits aus Art. 52 Abs. 1 GrCH⁴⁵ bzw. aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des dt. Verfassungsrechts, hergeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG, und wird in Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO daher lediglich deklaratorisch wiederholt. Die Verhältnismäßigkeit in diesem Sinne umfasst die Prüfung eines legitimen Zwecks, der Eignung, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit im engeren Sinne. Anders als gleich noch unter II. ist hier nicht die Erforderlichkeit der konkreten Datenverarbeitung eines Verantwortlichen zu prüfen („für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich“, Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO), sondern auf abstrakter Ebene die Erforderlichkeit der in der Rechtsgrundlage vorgesehenen Möglichkeit zur Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO) – im Blick sind also die abstrakte Gruppe der möglichen, zukünftigen Datenverarbeitungen, welche am Maßstab des europäischen Primärrechts bzw. deutschen Verfassungsrechts zu messen sind.

Je spezifischer die Regelung vorgenommen wird, desto stärker wird die Prüfung der Erforderlichkeit von der konkreten (Abs. 1) auf die abstrakte Ebene (Abs. 3) vorverlagert. Dies ist aber auch wünschenswert, da dem Rektorat im Vergleich zu einzelnen Prüfungsstellern mehr demokratische Legitimation zukommt sowie mehr Zeit, die komplizierte Grundrechtsabwägung vorzunehmen; der Erforderlichkeit auf der konkreten Ebene verbleibt, die grundsätzlich durch die Regelung ermöglichten Überwachungsfunktionen angepasst auf das Prüfungsszenario nur soweit erforderlich anzuordnen.

(1) Prüfungsmaßstab

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und der *Europäische Gerichtshof* (EuGH) sind sich nicht ganz einig in der Frage, wann deutsches Verfassungsrecht und wann ausschließlich oder auch europäisches Primärrecht den Überprüfungsmaßstab nationalstaatlicher Regelungen bildet.⁴⁶ Zugunsten einer schnelleren Bearbeitung der hier behandelten Fragen wird im Folgenden mit dem BVerfG seit Recht auf Vergessen I davon ausgegangen, dass mit der Prüfung der deutschen Grundrechte in der Regel auch das Schutzniveau der GRCh erreicht ist.⁴⁷ Vorweggenommen werden kann, dass konkrete

⁴⁵ Frenzel/Paal/Pauly, DS-GVO Art. 6 Rn. 45.

⁴⁶ Neumann/Eichberger, JuS 2020, 502, 503 ff.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300, Rn. 55 ff.

Anhaltspunkte dafür, dass das Schutzniveau der Unionsgrundrechte ausnahmsweise auch bei Vereinbarkeit mit den Grundrechten nicht gewährleistet wird, unseres Erachtens nicht vorliegen. Da das *BVerfG* nunmehr die GRCh auch als Auslegungshilfe heranzieht⁴⁸, wird vereinzelt auch Kommentarliteratur zu Art. 6 DSGVO zitiert, welche bzgl. Art. 6 Abs. 3 DSGVO so zu verstehen ist, dass sie sich auf eine Spezialprüfung der GRCh-Verhältnismäßigkeit bezieht.

Jedenfalls die Prüfungsprogramme gleichen sich auch. Das bestätigt auch die Kommentarliteratur speziell zu Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, UAbs. 3 DSGVO.⁴⁹

Verhältnismäßig ist ein Mittel, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt (bb)), zur Zweckerreichung geeignet (cc)), erforderlich (dd)) und angemessen im engeren Sinne (dd)) ist.

(2) Wiederholung: legitimer Zweck

Die vorgeschlagene Regelung würde die Ziele verfolgen, das Prüfungswesen auch in Zeiten der Epidemie aufrecht zu erhalten und dabei dem Grundsatz prüfungsrechtlicher Gleichbehandlung ausreichend Rechnung zu tragen. Diese Zwecke finden im Wesentlichen in Art. 12 Abs. 1, 2 GG und Art. 3 Abs. 1 i.V.m. 12 Abs. 1, 2 GG ihre verfassungsrechtliche Verankerung.

(3) Eignung

Ein Mittel ist geeignet, wenn es die Zweckerreichung zumindest fördert.

Teilweise wird in Zweifel gezogen, ob Video-Audio-Übertragungen allein überhaupt geeignet sind, Täuschungen durch Prüflinge vorzubeugen oder diese aufzudecken. Mit der genannten Funktion allein könne nicht genau überprüft werden, ob ein Prüfling sich mittels eines zweiten Gerätes mit anderen Klausurteilnehmern beispielsweise per Messenger-Dienst o.ä. austauschte⁵⁰ oder Informationen über das Internet oder andere Quellen erlangte.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die hier unter Stufe 2 zusammengefassten und in der vorgeschlagenen Regelung vorgesehenen Überwachungsfunktionen mehr umfassen als eine bloße Videoüberwachung und damit gerade die genannten Täuschungsszenarien erschweren.

Zudem erfordert das Merkmal der Geeignetheit nicht, dass das verfolgte Ziel stets und vollumfänglich erreicht wird. Vielmehr ist ausreichend, dass das eingesetzte Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das verfolgte Ziel zumindest teilweise erreicht wird.⁵¹ Dies kann unseres Erachtens sogar schon für die bloße Videoüberwachung von Online-Klausuren angenommen werden. Diese ermöglicht nämlich die Überprüfung, ob sich der Prüfling physisch (Mundbewegungen, Audio) mit anderen Personen austauscht, Telefonate führt oder – zumindest auffällige – nicht erlaubte Hilfsmittel wie Bücher verwendet. Zudem kann überprüft werden, ob der Prüfungsteilnehmer die vorgegebene

⁴⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 300, Rn. 60 ff.

⁴⁹ *Albers/Veit/BeckOK* Datenschutzrecht, DSGVO Art. 6 Rn. 44; *Reimer/Sydow*, DSGVO Art. 6 Rn. 47; *Roßnagel/Simitis/Hornung/Spieker* gen. Döhmman, DatenschutzR, DSGVO Art. 6 Rn. 81.; *Frenzel/Paal/Pauly*, DSGVO Art. 6 Rn. 119; *Taeger/Gabel*, DSGVO Art. 6 Rn. 79.

⁵⁰ So geschehen während einer Online-Prüfung an der Bucerius Law School, s. *Schneider*, Jura-Klausuren aus dem Home-Office, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/corona-virus-jurastudium-klausuren-homeoffice-bucerius-law-school-debatte-taeuschung/> (zuletzt abgerufen am)

⁵¹ *Grzeszick/Maunz/Dürig*, GG Art. 20 Rn. 112; *Kingreen/Callies/Ruffert*, EUV/AEUV Art. 36 Rn. 92.

Prüfungszeit einhält. Die Videoüberwachung erhöht folglich die Wahrscheinlichkeit, dass *gewisse* Täuschungen vorgebeugt oder dokumentiert werden. Damit wird die prüfungsrechtliche Chancengleichheit zumindest gefördert. Sie stellt insofern ein geeignetes Mittel zur Wahrnehmung dieser Aufgabe dar.

Das Mittel ist mithin geeignet.

(4) Erforderlichkeit

Erforderlich ist ein Mittel, soweit kein mildereres, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht.⁵²

- i. Als möglicherweise gleich geeignetes Mittel kommt die Durchführung von Präsenzprüfungen in Betracht. Denn bei Präsenzprüfungen ist es für die Aufsichtspersonen regelmäßig deutlich einfacher, zu erkennen, wenn ein Prüfling nicht erlaubte Hilfsmittel verwendet oder sich mit anderen Klausurteilnehmern austauscht. Gleichzeitig werden im Rahmen einer Präsenzprüfung im Vergleich zur Überwachung von Online-Prüfungen viel weniger personenbezogene Daten automatisch oder im Rahmen eines Dateisystems verarbeitet. Daher würden sie ein mildereres Mittel darstellen.

Allerdings steht dieses Mittel vielen Hochschulen vor dem Hintergrund der derzeitigen, durch das Coronavirus bedingten, Umstände, die rechtsverbindlich Hygienemaßnahmen und vor allem räumliche Abstände erfordern, nur in beschränktem, nicht ausreichendem Umfang zur Verfügung. **Jedenfalls soweit die dennoch vorhandenen Kapazitäten für Präsenzprüfungen genutzt werden, entfällt dieses Mittel im Übrigen als mildereres Mittel. In die Untersuchung beziehen wir an dieser Stelle aus Gründen der Effizienz das Szenario nicht ein, in dem sich eine Hochschule dazu entscheiden möchte, aus organisatorischen Gründen eine einheitliche Lösung zu wählen und vollständig auf Online-Prüfungen zu setzen.** Dafür, dass dies möglicherweise auch gerechtfertigt werden kann, spricht, dass teilweise vertreten wird, dass in der Definition des verfolgten legitimen Zwecks/Ziels auch das vorgesehene Maß an Effizienz der Aufgabenerfüllung enthalten ist.⁵³ Zugrundegelegt wird im Folgenden aber das aus unserer Sicht wahrscheinlichere und verbreitetere Szenario, dass Online-Prüfungen nur einen Teil der Lösung darstellen sollen.

- ii. Das Verschieben von Präsenzprüfungen würde das Prüfungswesen nicht in gleicher Weise erhalten und schon gar nicht „in Zeiten der Epidemie“ (vgl. Wortlaut und Begründungen des Epidemie-Gesetzes des LT NRW und der CoEphSV der Wissenschaftsministerin) und scheidet somit mangels gleicher Eignung aus.
- iii. Ähnliches gilt für das zeitliche „Auseinanderziehen“ der Prüfungen verschiedener Fachbereiche, sodass nicht wie sonst üblich, alle Klausuren der Hochschule in einem Zeitraum von wenigen Wochen geschrieben werden, sondern in einem längeren Zeitraum. Dadurch

⁵² Vgl. auch *Frenzel/Paal/Pauly*, DSGVO Art. 6 Rn. 119; *Taeger/Gabel*, DSGVO Art. 6 Rn. 79.

⁵³ *Reimer/Sydow*, DSGVO Art. 6 Rn. 47; *Heberlein/Ehmann/Selmayr*, DS-GVO Art. 6 Rn. 23.

würden Raumkapazitäten für die Durchführung von Präsenzklausuren frei.

Auch hier würde das „Prüfungswesen“ aber nicht im gleichen Maße erhalten. Zudem würde die Lehrfreiheit beschränkt, da diese Lösung erfordert, dass der Stoff bereits früher als sonst üblich abgeprüft würde und somit etwa nicht ganz abgedeckt werden könnte.

- iv. Auch das Umwidmen von Prüfungsleistungen, die bisher als Aufsichtsarbeit zu erbringen waren, in Hausarbeiten oder OpenBook-Arbeiten wäre ein milderes Mittel. Schon mit Blick auf die Zweckdefinition, welche an das „Prüfungswesen“ und somit die Gesamtheit der Prüfungsformen anknüpft, entfällt jedoch die Gleichrangigkeit der Eignung. Aus unserer Sicht wäre hier auch die Wissenschaftsfreiheit der Lehrenden aus Art. 5 Abs. 3 Var. 2 GG zu berücksichtigen.
- v. Es erklärt sich von selbst, dass Überwachungsfunktionen der Stufe 0 und 1 (siehe oben) mildere, aber nicht gleich geeignete Mittel wären.
- vi. Man könnte zudem noch einmal die einzelnen vorgeschlagenen Funktionen differenzieren und auf ihre Erforderlichkeit hin überprüfen. Durch die in der Regelung vorgenommenen aufgefächerten Differenzierung und Konkretisierung des Zweckes jeder einzelnen Programmfunktion wurde jedoch bereits gezeigt, dass jede dieser Funktionen für die legitimen Zwecke erforderlich ist. Jede der Funktionen deckt weitere Täuschungsszenarien ab und ist mithin grundsätzlich erforderlich zur Zweckerreichung.
Ob der Einsatz all dieser Funktionen kumulativ in jeder spezifischen Prüfung erforderlich ist oder etwa einzelne Funktionen nicht genutzt werden müssen, bleibt der Prüfung der Erforderlichkeit auf zweiter Stufe, nämlich bei der konkreten Datenverarbeitung (unten II.) vorbehalten. Jedenfalls sind Prüfungsszenarien denkbar, in denen alle Funktionen kumulativ erforderlich sind, was an dieser Stelle zählt.
- vii. **Soweit Raumkapazitäten zur Durchführung von Präsenzprüfungen ausgenutzt werden**, steht aus unserer Sicht kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der legitimen Zwecke zur Verfügung. Mithin ist die vorgeschlagene Regelung erforderlich.

(5) Angemessenheit im engeren Sinne

Ein Mittel ist angemessen im engeren Sinne, wenn die Belastungen des Einzelnen nicht außer Verhältnis zu den Gemeinwohlgegewinnen durch die Erreichung der legitimen Zwecke stehen und diesem daher zumutbar sind.

i. Abstrakte Rechtswerte

Die legitimen Zwecke sind in der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1, 2 GG (Prüfungswesen allgemein) sowie dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit verankert, welcher auch der Berufsfreiheit in Verbindung mit den Gleichheitsrechten entspringt, Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 GG.

Eingegriffen wird durch das Mittel in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG, indem die Prüflinge gezwungenermaßen einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten ausgesetzt werden.

Die Rechte auf beiden Seiten sind Verfassungswerte und zudem beide von besonderer Bedeutung (Berufswahl, in welche die Hochschulbildung mündet, als echte Lebensentscheidung einerseits – andererseits die Nähe der informationellen Selbstbestimmung zur Persönlichkeit), sodass auf einer abstrakten Ebene kein Gefälle zwischen den Rechtswerten besteht.

ii. Intensität der Rechtsgutsgefährdung auf beiden Seiten

In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird in erheblichem Maße eingegriffen, vor allem durch die Übertragung des Video-Audio-Signals, insbesondere in den Situationen der 360°-Roomscans, und verbunden mit dem Zwangscharakter. Schon die bildliche Übertragung des Oberkörpers bedeutet einen erheblichen Eingriff; immerhin entzieht es sich durch die automatisierte Verarbeitung (elektronische Übertragung des Signals über das Internet, Verarbeitung auf den Servern von Zoom) der Kontrolle des Übertragenden, wann und wie genau die Aufsichtsperson ihn und ggfs. auch vergrößerte Bildausschnitte seiner selbst mustert.

Eine besondere Intensität entsteht dadurch, dass diese Musterung nicht im Kontext – wie sonst ja auch zumindest in geringerer Intensität möglich – von Prüfungsräumen der Hochschule geschieht, sondern im Kontext eines persönlich gewählten Zimmers des Prüflings. Dies wird häufig sein privater Lebensbereich sein. Dies intensiviert den Eingriff nicht unbeträchtlich. Ob dies coronabedingt das Jugendzimmer bei den Eltern oder das WG-Zimmer in Münster ist: Durch die Videoübertragung gerät der Prüfling damit in die Gefahr, Informationen über seine Persönlichkeitssphäre und eben nicht mehr nur seine Sozialsphäre (in den Prüfungsräumen z. B. durch Kleidung, Rucksack, Stifte etc.) an die Aufsichtsperson preiszugeben. Plakativ verdeutlicht werden kann die Eingriffstiefe mit der Umschreibung: „Videoüberwachung im Jugendzimmer“.

Letzterem Aspekt kann teilweise entgegengewirkt und damit die Eingriffstiefe deutlich abgemildert werden durch frühzeitige Aufklärung des Vorgehens bei Online-Prüfungen auch bezüglich dieses Aspektes und der damit verbundenen Aufforderung an die Prüflinge, sich Gedanken über den Prüfungsraum zu machen. Rechtzeitig vor der Videoübertragung können sie den Raum dann je nach persönlicher Entscheidung „depersonalisieren“, z. B. Fotos von der Wand nehmen, Plakate oder Ähnliches, in dem Wissen, dass eine Videoüberwachung stattfinden wird.

Soweit Kapazitäten bestehen, könnte man *auch* aus diesem Grund (nicht nur aus dem Grund fehlender techn. Ausstattung, siehe noch unten) sogar alternativ eine (nach gleichem Verfahren) videoüberwachte Prüfungskube oder ein Computer-Prüfungsraum an der Hochschule mit analoger Aufsicht zur Verfügung stellen. Soweit die Hochschule die Aufsicht wie hier empfohlen nicht auf der

Grundlage einer datenschutzrechtlichen Einwilligung, sondern einer gesetzlichen Grundlage durchführt, wäre sie nicht zum Angebot dieser Alternative verpflichtet. Dieses Angebot würde auch nicht automatisch das Umschwenken auf Einwilligungsrechtfertigung bedeuten. Es wäre ein freiwillig von der Hochschule angebotenes Alternativmittel, um die Eingriffstiefe abzusenken, da der Zwangscharakter entfiel. Natürlich müsste man sich über Kapazitäten Gedanken machen und darüber, wie eine Vergabe der Plätze bei „Überbuchung“ zu erfolgen hätte.

Allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Regelung so angelegt ist, dass die Eingriffstiefe minimiert ist. Zwar schlagen wir die Möglichkeit weiterer Roomscans auch während der Klausur vor, dies aber anders etwa als Stufe 4 nicht zufällig und absolut, sondern streng an das Kriterium der *Anlassbezogenheit* geknüpft. Die Aufsichtsperson kann danach nur bei zu dokumentierenden Verdachtsmomenten bzgl. eines Täuschungsversuches einen weiteren Roomscan bei einem individuellen Prüfling verlangen. Anlassbezogenheit ist ein bekannter Topos etwa aus der Diskussion um die Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung oder auch der Schleierfahndung und ist als entlastendes Element anerkannt.

Auf der anderen Seite ist die Zweckerreichung durch das Mittel ebenfalls erheblich. Deutlicher wird dies, wenn man es andersherum wendet: Was passiert, wenn das geprüfte Mittel nicht ergriffen wird, dennoch auf Online Prüfungen teilweise zurückgegriffen werden muss und diese dann mit Überwachungsfunktionen der Stufe 1 durchgeführt werden?

Es erscheint plausibel, dass es sowohl quantitativ als auch qualitativ zu erheblichen Täuschungen käme. Es wäre sehr leicht zu täuschen. Womöglich würden zudem psychologische Dynamiken die Vielzahl der Täuschungen erhöhen nach der Maßgabe, dass man nicht derjenige sein möchte, der sich als einziger an die Regeln hält. Sobald es indes zu Täuschungen kommt, wären diese mit gewisser Wahrscheinlichkeit auch qualitativ erheblicher im Vergleich zu herkömmlichen Täuschungen mit „Spickzetteln“ während einer Aufsichtsklausur. Immerhin bietet das Internet die Möglichkeit, in kurzer Zeit, auch zu speziellen Fragen Quellen zu finden, die dann auch noch als Arbeitsgrundlage einfach kopiert werden können.

Da Arbeiten immer zumindest auch relativ zu den Leistungen der Mitprüflinge bewertet werden, würden ehrliche Prüflinge erheblich schlechter abschneiden als es ihrer eigentlichen Leistung entspricht. Dies würde sich zumindest in Bachelor- und Master-Studiengängen unmittelbar auch im Gesamtergebnis der Bachelornote auswirken. Mit diesen Noten konkurrieren die Prüflinge aber um begrenzte Masterstudien- bzw. Arbeitsplätze. Schon die Klausuren eines Semesters können hier z. B. in den Grenzbereichen der NCs den Ausschlag geben. Soweit ein Prüfling deshalb zu einem Masterstudiengang nicht zugelassen wird, ist er erheblich belastet.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fast zwingend, dass ein Gericht den Grundsatz der prüfungsrechtlichen Chancengleichheit verletzt sehen würde. Das würde darin münden, dass Klausuren nicht gewertet werden könnten und Studierende ein Semester verlören. Auch das wäre eine erhebliche Belastung für die Betroffenen.

Zusammengefasst stehen daher auf beiden Seiten der Gleichung eine erhebliche Eingriffsintensität bzw. drohende Rechtsgutsgefährdung.

iii. Abwägung

Mit diesen Vorarbeiten kann in die abschließende Abwägung eingestiegen werden. Ein Mittel ist angemessen im engeren Sinne, wenn die Belastungen des Einzelnen nicht außer Verhältnis zu den Gemeinwohlgewinnen durch die Erreichung der legitimen Zwecke stehen und diesem daher zumutbar sind.

Dabei gibt es nicht eine korrekte Lösung. Vielmehr besteht ein Rahmen an Möglichkeiten angemessener Mittel in Bezug auf die Zweckerreichung. Die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung kontrolliert nur die Einhaltung der *äußeren Grenzen* dieses Rahmens. Eine Grenze dabei ist das sog. Untermaßgebot. Das bedeutet, dass ein bestimmtes Maß an Grundrechtsverwirklichung nicht unterschritten werden darf.⁵⁴ Eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG scheidet daher jedenfalls dann aus, wenn durch das Mittel *allenfalls* das Untermaß erfüllt wird, welches der prüfungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 GG gebietet.

Nach unserer Auffassung ist es entscheidend, dass durch das Mittel (Regelungen des Rektorats, welche Überwachungsfunktionen der Stufe 2 ermöglichen) lediglich das Überwachungsniveau analoger Aufsichtsklausursituationen in etwa erreicht wird. Es geht aber (anders als Überwachungsfunktionen der Stufe 3 und 4, vgl. dazu noch Ausführungen weiter unten) eben nicht darüber hinaus.

Auch in klassischen Präsenzprüfungen findet eine erhebliche Überwachung statt: Identifikation, Platzzuweisung, Jacken und Rucksäcke müssen an zentraler Stelle abgelegt werden, teilweise physische Kontrolle der Hilfsmittel (z.B. Durchblättern des Gesetzes), Sicht- und Audiokontrolle durch mehrere Aufsichtspersonen während der ganzen Klausur, teilweise mit Vorbeischreiten in der Reihe vor oder hinter dem Prüfling, Dokumentation der Toilettenpausen. Das hier geprüfte Mittel ermöglicht Maßnahmen, die auf andere Weise (weil durch elektronische Kommunikation vermittelt) in der Sache die gleiche Funktion erfüllen (man könnte dies mit dem Begriff der funktionalen Äquivalenz griffig kennzeichnen). Die Ausdifferenzierung der Zwecke jeder einzelnen Programmfunktion gewährleistet, dass jede davon mindestens einen neuen Teilbereich eines Täuschungsszenarios abdeckt und keine Doppelung oder ein Mehr an Überwachung entsteht. In einigen Bereichen besteht eine größere Lücke der Überwachung (z. B. bzgl. des vollen Umfelds des Prüflings); dies wird ausgeglichen durch ein geringes Mehr an Überwachungsmöglichkeiten in anderen Bereichen (Nähe des Bildausschnitts).

Wenn davon ausgegangen werden kann, dass das beschriebene herkömmliche Überwachungsniveau bei Präsenz-Aufsichtsklausuren das Untermaß ist, welches der prüfungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, dann folgt aus der eben begründeten Feststellung der

⁵⁴ BVerfGE 88, 203, 254.

(allenfalls) funktionalen Äquivalenz, dass der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt ist.

Teilweise scheint man sogar davon auszugehen, dass das Untermaß im Rahmen von Online-Klausuren nicht erreicht werden kann.⁵⁵ Das wäre in prüfungsrechtlicher Hinsicht problematisch und ein eigenes Gutachten wert; dieser Frage kann hier nicht abschließend nachgegangen werden (vgl. Überlegungen dazu aber unten). Für die Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedeutet das aber, dass der Eingriff erst recht gerechtfertigt wäre.

Soweit man davon ausgeht, dass das Überwachungs niveau bei Präsenzklausuren *über* dem Untermaß liegt, kann der Eingriff nicht schon mit der Feststellung funktionaler Äquivalenz gerechtfertigt werden. Auch in diesem Fall beurteilen wir es aber als überwiegend wahrscheinlich, dass das Mittel dem Einzelnen angesichts der Gemeinwohlgerinne noch zumutbar ist. Entscheidend ist, dass nicht irgendwelche legitimen Zwecke verfolgt werden, sondern verfassungsrechtlich fundierte Zwecke und die Eingriffstiefe auf Seiten der informationellen Selbstbestimmung zugleich durch frühe Information und Möglichkeiten der Depersonalisierung abgesenkt wird.

Der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wird außerdem dadurch abgemildert, dass die von dem Eingriff betroffenen Klausurteilnehmer selbst wiederum – und sogar in erster Linie – Profiteure des mit dem Eingriff bezweckten Schutzes der Berufsfreiheit bzw. dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit sind. Denn gerade sie haben ein Interesse daran, dass für jeden von ihnen auch bei einer Online-Klausur die gleichen Erfolgchancen gelten. Dies kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn Täuschungsmöglichkeiten soweit es geht eingedämmt werden. Anders als bei anderen Grundrechtseingriffen, die regelmäßig vornehmlich dem Schutz oder den Interessen der Allgemeinheit „im Ganzen“ dienen sollen, geht es hier also gerade und insbesondere auch um die Interessen der von dem Eingriff Betroffenen selbst.

Im Ergebnis halten wir das Mittel daher für angemessen im engeren Sinne.

(6) Zwischenergebnis

Die Regelung wäre also verhältnismäßig im Sinne des Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO.

ee) Zwischenergebnis

Die Regelung würde somit den Anforderungen der DSGVO genügen.

⁵⁵ *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 35, „nach derzeitigem Stand der Technik ein hinreichender Schutz vor Täuschungsversuchen durch die Prüfungsbehörde nicht gewährleistet werden kann“; a.A. *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661, „wirksame Vorkehrungen gegen Täuschungshandlungen“ können getroffen werden mit Verweis auf die IUBH Internationale Hochschule; Möglichkeiten zur Täuschungsprävention müssten „im Rahmen des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren“ genutzt werden.

4. Zwischenergebnis

Mithin besteht in NRW noch keine Rechtsgrundlage für die Rechtfertigung der untersuchten Überwachungsfunktionen im Zusammenhang mit Online-Prüfungen – eine solche könnte aber zügig durch die Rektorate der Hochschulen jeweils für den Geltungsbereich ihrer Hochschulen geschaffen werden, weil die entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen bereits vorhanden sind.

II. Erforderlichkeit der konkreten Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO

Gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO muss die *konkrete* Datenverarbeitung erforderlich zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe sein.

Die Prüfung wird hier wiederum – weiter als in der herkömmlichen deutschen Dogmatik – als Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden, die als *Bestandteil* die Erforderlichkeit im klassischen Sinne enthält, das heißt die Prüfung, ob nicht mildere, gleich geeignete Mittel zur Erfüllung der Aufgabe zur Verfügung stehen.⁵⁶ Nicht gleich geeignet ist ein Mittel etwa dann, wenn die Aufgabe ansonsten gar nicht, nicht vollumfänglich oder nicht in rechtmäßiger Weise wahrgenommen werden kann.⁵⁷

Zum Verhältnis zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtsgrundlage ist folgendes zu beachten: Je spezifischer die Rechtsgrundlage formuliert wird, desto stärker wird die Prüfung der Erforderlichkeit von der konkreten (Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) auf die abstrakte Ebene (Abs. 3) vorverlagert. Neben dem Erfordernis der Zwecksetzung (Abs. 3, siehe oben) ist ein höherer Grad an Spezifizierung bereits auf Ebene der Rechtsgrundlage aus unserer Sicht auch aus Legitimationsgründen und Gründen der Arbeitsteilung vorzugswürdig. Nicht jeder Prüfer hat die Ressourcen, die komplizierten Abwägungen vorzunehmen.

Nach dieser Konzeption verlangt die Prüfung der Erforderlichkeit auf konkreter Ebene dann vom Prüfer noch, die *grundsätzlich* durch die Regelung ermöglichten Überwachungsfunktionen angepasst an das jeweilige Prüfungsszenario *nur soweit wie erforderlich* einzusetzen. Vor jeder Durchführung einer Klausur muss der Prüfer also eine Erforderlichkeitsprüfung hinsichtlich der geplanten Überwachungsmaßnahmen vornehmen, bei der insbesondere auch nach dem jeweiligen Klausurtyp zu differenzieren ist. So dürften beispielsweise im Rahmen von (randomisierten) Multiple-Choice-Klausuren, die jeweils nur eine korrekte Antwort zulassen, strengere Überwachungsmaßnahmen erforderlich sein als im Rahmen von Klausuren, in denen die Prüflinge Gutachten, Analysen o.ä. erstellen müssen und dabei unterschiedliche Ergebnisse und Begründungswege in der Aufgabenstellung angelegt sind. Aufgrund unserer nur auf einen Fachbereich beschränkten

⁵⁶ Albers/Veit/BeckOK Datenschutzrecht, DSGVO Art. 6 Rn. 44; Frenzel/Paal/Pauly, DSGVO Art. 6 Rn. 119; Taeger/Gabel, DSGVO Art. 6 Rn. 79.

⁵⁷ Albers/Veit/BeckOK Datenschutzrecht, DSGVO Art. 6 Rn. 44; Reimer/Sydow, DSGVO Art. 6 Rn. 47; Roßnagel/Simitis/Hornung/Spieker gen. Döhmann, DatenschutzR, DSGVO Art. 6 Rn. 81.

Prüfungserfahrung fehlt uns an dieser Stelle gewissermaßen die „Sachverhaltsgrundlage“, um weitere Differenzierungsmöglichkeiten zu identifizieren.

Wichtig ist jedenfalls, dass sich der Prüfer überhaupt noch einmal Gedanken darüber macht, welche Überwachungsfunktionen speziell für seine Prüfung erforderlich sind.

Sinnvoll in diesem Zusammenhang könnte die Einsetzung eines zentralen Gremiums innerhalb der Hochschule sein, welches die jeweilig geplanten Überwachungsmaßnahmen im Rahmen von anstehenden Online-Prüfungen genehmigt und durch die zentrale Befassung Leitlinien finden könnte, welche Differenzierungen nach Prüfungsszenarien vorsehen. Dies würde zu mehr Rechtskonformität führen, damit für Prüfer und Prüfungsteilnehmer Rechtssicherheit bedeuten und überdies eine einheitliche Anwendung der Maßnahmen innerhalb einer Hochschule führen.

D. sonstige Einwände gegen die Zulässigkeit

Die folgenden Einwände gegen die Zulässigkeit der Überwachungsfunktionen müssen zusätzlich zu dem bereits Dargelegten bedacht werden. Ob diese durchgreifen, konnte von uns bisher nicht abschließend geprüft werden.

I. Gesetzesvorbehalt⁵⁸

1. Grundproblem

Der Gesetzesvorbehalt ist im deutschen Verfassungsrecht als Ausprägung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips anerkannt. Er besagt, dass staatliches Handeln grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Mit der sog. Wesentlichkeitslehre hat das Bundesverfassungsgericht das Prinzip hinsichtlich der Qualität der demokratischen Legitimation dahingehend konkretisiert, dass Fragen, welche die Grundrechte wesentlich berühren, vom parlamentarischen Gesetzgeber mit einem formellen Gesetz geregelt werden müssen.

Oben wurde bereits herausgearbeitet, dass hier mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem prüfungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gleich zwei Güter von Verfassungsrang betroffen sind und sogar miteinander kollidieren. Diese Grundrechtssensibilität der Frage spricht dafür, dass die Grundentscheidung vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden muss. Dass eine solche Grundsatzentscheidung bereits den Gesetzen des Landtages (§ 64 Abs. 2 S. 2 oder § 82a HG NRW) entnommen werden kann, ist zweifelhaft (vgl. unten, 2.). Nach dem Wortlaut und der Begründung ist diese Grundentscheidung auch nicht in der CoEpHSV getroffen worden.

Indes wird eine Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung des Gesetzesvorbehalts eher zurückhaltend angenommen. In der Literatur wird zudem speziell im Fall von Hochschulen noch einmal auf eine großzügige Linie der Rechtsprechung hingewiesen, die sich mit Blick auf die ebenfalls grundrechtlich verankerte Satzungsautonomie von Hochschulen gem. Art. 5 Abs. 3 GG erklärt.⁵⁹ In einem Webinar

⁵⁸ Zur Frage des Gesetzesvorbehalts im Kontext von Prüfungsrecht ausführlich *Jeremias*, JM 2018, 25.

⁵⁹ *Jeremias*, JM 2018, 25, 26.

erklärte ein Mitarbeiter des Bundesbeauftragten für Datenschutz beim Thema Online-Prüfungen sinngemäß, dass ein Rechtssatz jeder Art, also auch eine Hochschulsatzung für Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e genüge.⁶⁰ Auf die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts wurde an der Stelle indes nicht explizit hingewiesen. Möglicherweise kommt auch er daher aus einer rein datenschutzrechtlichen Perspektive.

2. Grundentscheidung durch Gesetzgeber?

Für sich allein genommen stellt § 64 Abs. 2 S. 2 HG NRW keine taugliche Rechtsgrundlage für Überwachungsfunktionen der Stufe 2 dar, da es lediglich eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Prüfungsordnungen ist. Gleichwohl kann argumentiert werden, dass bereits bei Einfügen dieses Paragraphen Anfang 2019 die Grundentscheidung für Online-Prüfungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber gefallen ist und damit automatisch verbunden auch die Billigung gewisser Überwachungsfunktionen.

Schon aus dem Nebeneinander aus elektronischer Form und elektronischer Kommunikation ergibt sich, dass mit der Vorschrift nicht nur das Ermöglichen sog. E-Klausuren in „Testcentern“ der Universität vor Ort inkl. klassisch-analoger Überwachung gemeint ist. Dies wird durch die Gesetzesbegründung bestätigt, welche von „online gestützten Prüfungen“⁶¹ spricht, welche durch die Prüfungsordnungen entwickelbar sein sollen. Auch die CoEpHSVO legt dieses Begriffsverständnis zugrunde, da sie dieselbe Terminologie verwendet und diese im Oberbegriff „Online-Prüfungen“ zusammenfasst. Der Gesetzgeber sah für die neuen Prüfformaten in der Gesetzesbegründung dann auch jedenfalls Identifikationsfeststellungen als erforderlich an.

„Über den Begriff der elektronischen Kommunikation soll klargestellt werden, dass es bei Online-Prüfungen nicht nur um die Ersetzung der Schriftform, sondern auch um die Ersetzung weiterer Kommunikationsformen insbesondere unter Anwesenden geht.“ Dieser letzte Satz deutet auf die Zulässigkeit von mündlichen Prüfungen via Videokonferenzen.⁶² Als „weitere Kommunikationsformen“ könnten auch Überwachungskommunikation wie etwa die Übertragung von Video- und Audiospur auch während einer eigentlich schriftlichen Klausur verstanden werden. Das „insbesondere“ stellt klar, dass der Anwendungsbereich nicht auf mündliche Prüfungen („unter Anwesenden“) beschränkt ist. Außerdem könnte für eine Billigung von Überwachungsfunktionen durch den Gesetzgeber argumentiert werden, dass er ausweislich der Begründung („verfassungsrechtlich fundiert[er] Grundsatz der prüfungsrechtlichen Gleichbehandlung“ sei intensiv zu prüfen⁶³) den prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit gesehen hat und ebenso die erhöhte Täuschungsanfälligkeit bei dezentralen Online-Prüfungen. Daraus folgt zwingend der Schluss, dass

⁶⁰ Referatsleiter Sven Hermerschmidt (Referat 11: Grundsatz, Nationale Umsetzung DSGVO, BfDI) im Webinar „Rechtsfragen und Datenschutz für digitale Lehr- und Prüfungsformate“, abzurufen unter https://www.youtube.com/watch?time_continue=7&v=tp76unyx-gg&feature=emb_title (zuletzt abgerufen am 10.06.2020)

⁶¹ LT NRW-Drucksache 17/4668, S. 178.

⁶² *Birnbaum/Coelln/Schemmer*, BeckOK Hochschulrecht NRW, Rn. 51-52.1.

⁶³ LT NRW-Drucksache 17/4668, S. 179.

gewisse digitale Überwachungsfunktionen eingesetzt werden. Verkürzt: Ohne Überwachung keine Online-Prüfungen. Dies muss auch der Gesetzgeber gesehen haben, könnte man argumentieren.

Allerdings irritiert, dass der Gesetzgeber in der Begründung Überwachungsfunktionen trotz der Eingriffsintensität nicht nennt, sondern nach Nennung der Durchführung von Identitätsfeststellungen sofort verfassungsrechtlichen Zweifel anmeldet, soweit Zweifel an der selbstständigen Leistung bestehen. Hier hätten Überwachungsfunktionen genannt werden müssen. Immerhin ist auch auf dieser Seite ein Grundrecht betroffen. Aus diesem Grund ist die Auslegung, dass der parlamentarische Gesetzgeber noch keine Grundentscheidung getroffen hat, mit ebenso guten Gründen vertretbar. In diesem Fall würde daran auch die Verordnungsermächtigung in § 82a HG NRW nichts ändern, da hier gerade keine Entscheidung durch den Gesetzgeber selbst getroffen, sondern diese auf die Wissenschaftsministerin ausgelagert wird. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Abweichungsmöglichkeiten vom Prüfungsrecht an erster Stelle, obwohl chronologisch im HG NRW nicht zuerst kommend, zeigt, dass der Gesetzgeber sich der Notwendigkeit, das Prüfungsrecht anzupassen wohl bewusst war. Ebenso wenig ändert daran etwas die Begründung⁶⁴, die erklärt, dass es den Hochschulen ermöglicht werden kann „zügig und flexibel im Bereich des Prüfungswesens auf die Herausforderungen der Pandemie“ zu reagieren. Immerhin kann hierdurch auch die Umwidmung von Aufsichtsarbeiten in Hausarbeiten gemeint sein, nicht zwingend das Vorsehen von Aufsichtsfunktionen bei Online-Prüfungen vom eigenen Rechner aus.

3. Zwischenergebnis

Weiterer Prüfung bedarf mithin a) ob es überhaupt einer Grundentscheidung durch den Gesetzgeber bedarf oder es hier wegen Art. 5 Abs. 3 Var. 2 GG verfassungsgemäß ist, den Hochschulen die Entscheidung zu überlassen, und b) soweit es einer Grundentscheidung des Gesetzgebers bedarf, ob diese bereits gegeben ist. Jedenfalls lassen sich in beiden Fragen Argumente in beide Richtungen anführen.

II. Grundrechtsverstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Überwachungsfunktionen der Stufe 2 könnten das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen. Mit Art. 12 und Art. 3 GG besteht indes kollidierendes Verfassungsrecht. Mit ähnlichen Einschränkungen und Differenzierungen, die ohnehin zwingend aus den DSGVO-Vorgaben (legitimer Zweck, Zweckbindungsgrundsatz, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) folgen, wird unseres Erachtens zugleich eine verfassungskonforme Lösung erreicht.

III. Prüfungsrechtliche Fragen

Zu berücksichtigen sind mindestens noch folgende prüfungsrechtliche Frage:

1. Untermaß des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit

Erfüllen die hier geprüften Überwachungsfunktionen der Stufe 2 das Untermaß, welches der prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet?

⁶⁴ LT NRW Drucks. 17/8920, S. 40 f.

Zumindest 2016 wurde teilweise davon ausgegangen, dass das Untermaß im Rahmen von Online-Klausuren nicht erreicht werden kann.⁶⁵ Ausweislich der Begründungen scheinen Gesetzgeber und Verordnungsgeberin auch eher skeptisch zu sein. Die Verordnungsgeberin versucht sich damit zu behelfen, dass § 6 Abs. 1 S. 2 CoEpHSVO den grundsätzlich kontextlos verstandenen Grundsatz prüfungsrechtlicher Chancengleichheit auf die „Bedingungen der Epidemie“ bezieht. Sie scheint die Anforderungen dieses Grundsatzes damit absenken zu wollen. Da ein Landesministerium natürlich nicht den Inhalt eines verfassungsrechtlich abgeleiteten Grundsatzes ändern kann, ist dies als ein Verweis auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu deuten, in der sich natürlich die besonderen Umstände der Epidemie auswirken. In der Prüfung bzgl. des Datenschutzrechts oben kommt dies vor allem in der Frage der Erforderlichkeit zum Ausdruck. Ein allgemeiner „Epidemie-Vorbehalt“ besteht im Recht nicht⁶⁶, etwa auch nicht im Datenschutzrecht. Ein verfassungsrechtlich gebotenes Untermaß bzgl. gewisser Schutzpflichten hingegen kann aus unserer Sicht nicht verändert werden und gilt auch in der Krise. Fraglich ist aber, wie dieses Untermaß zu definieren ist und ob es nicht auch mit den geprüften Überwachungsfunktionen der Stufe 2 erreicht wird.

2. Problem verschiedener technischer Ausstattung

Möglicherweise ist dieses Problem beherrschbar, da für die hier vorgeschlagene Lösung nur überschaubare Systemmindestanforderungen gelten, die viele Studierenden mit ihren privaten Geräten erfüllen. Im Übrigen könnte man auf dieses Problem möglicherweise mit dem Angebot von Prüfungskuben/Computerräumen oder der Leihe von entsprechender Ausstattung ausreichend reagieren.⁶⁷

3. Problem technisch bedingter Unterbrechungen

Prof. Forgó hat in einem Webinar⁶⁸ zum Thema den aktuellen Stand der Uni Wien (26.03.) mitgeteilt, der umfasste, dass es ins Ermessen der Prüfer gestellt würde, wie bei einer Unterbrechung einer mündlichen Prüfung über Videokonferenz weiter zu verfahren ist: Wertung wie bei einem plötzlichen Krankheitsfall (daher Wiederholung gleich im Anschluss oder zu einem anderen Termin) oder Fortführung der Prüfung.

4. Problem der Neuheit

Wie ist damit umzugehen, dass die Software für alle Seiten neu sein wird und der Umgang damit noch nicht geschult? Möglicherweise sind Testläufe für jeden Prüfling zwingend erforderlich.⁶⁹

⁶⁵ *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 35, „nach derzeitigem Stand der Technik ein hinreichender Schutz vor Täuschungsversuchen durch die Prüfungsbehörde nicht gewährleistet werden kann“; aA heute *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661, „wirksame Vorkehrungen gegen Täuschungshandlungen“ können getroffen werden mit Verweis auf die IUBH Internationale Hochschule; Möglichkeiten zur Täuschungsprävention müssten „im Rahmen des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren“ genutzt werden.

⁶⁶ *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 350.

⁶⁷ So auch empfohlen in *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 35.

⁶⁸ Abzurufen unter https://www.youtube.com/watch?time_continue=7&v=tp76unyx-gg&feature=emb_title, (zuletzt abgerufen am 10.06.20).

⁶⁹ Dies fordern jedenfalls *Forgó/Graupe/Peiffenbring*, S. 37 m.w.N.

IV. Sonstiges

Wir sehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Hochschulrahmengesetz (HRG) der Nutzung von Überwachungsfunktionen der Stufe 2 im Rahmen von Online-Prüfungen entgegensteht, etwa § 15 HRG.

E. praktische Schritte

I. Verhältnis der Erlaubnistatbestände zueinander

In welchem Verhältnis stehen die aufgezeigten Wege, den Einsatz von Überwachungsfunktionen rechtfertigen zu können? Sollten beide gewählt werden oder nur einer?

1. Einwilligung „sicherer“?

Häufig besteht die größere Rechtsunsicherheit bezüglich des Vorliegens anderer Erlaubnistatbestände gegenüber der Einwilligung. Dann kann die Einwilligung die eindeutigere Lösung bieten.⁷⁰ Ergibt eine sorgfältige Prüfung jedoch, dass die Voraussetzungen des einschlägigen Erlaubnistatbestandes erfüllt sind, ist es ratsam, die Datenverarbeitung auf diesen zu stützen, statt eine Einwilligung einzuholen. Diese Lösung bietet deshalb mehr Planungssicherheit, da eine Einwilligung jederzeit widerrufen werden (s. noch unten, E.II.) kann. Daneben bedeutet die Einholung einer Einwilligung beispielsweise aufgrund der Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO einen deutlichen größeren Dokumentationsaufwand.⁷¹

Deshalb kann schon generell nicht von einer Vorzugswürdigkeit der Einwilligung gesprochen werden.

Im Fall hier kommt hinzu, dass Wirksamkeit der Einwilligung wegen des Erfordernisses der Freiwilligkeit sehr fraglich ist. Im Vergleich zur Rechtfertigung auf einer gesetzlichen Grundlage ist dieser Erlaubnistatbestand in diesem Fall mit größerer Rechtsunsicherheit behaftet.

2. Einwilligung „zur Sicherheit“ zusätzlich einholen?

Möglicherweise bietet es sich an, auch bei grundsätzlicher Rechtfertigung über Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO *zusätzlich* eine Einwilligung einzuholen. Das wäre dann von Vorteil, wenn der Verantwortliche auf diese zurückgreifen könnte, in dem Fall, dass der primäre Weg durch ein Gericht als rechtswidrig beurteilt würde.

Die einzelnen Zulässigkeitstatbestände des Art. 6 DSGVO stehen nebeneinander, sodass der für die Verarbeitung Verantwortliche grundsätzlich frei darüber entscheiden kann, auf welchen Zulässigkeitstatbestand er sich bei der Datenverarbeitung beruft.⁷² Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 DSGVO („mindestens eine der nachstehenden Bedingungen“) kann die Verarbeitung außerdem auf

⁷⁰ Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7, Rn. 16.

⁷¹ Baur, Wunderwaffe oder Notnagel, DFN-Infobrief 12/2018, abrufbar unter https://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefearchiv/Jahresbaende_Infobrief_Recht/Jahresband_1_Infobrief_Recht_2018.pdf (zuletzt abgerufen am).

⁷² Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7, Rn. 16.

mehrere Erlaubnistatbestände gestützt werden.⁷³ Der Verantwortliche kann folglich auch dann eine Einwilligung einholen, wenn bereits ein anderer Zulässigkeitstatbestand eingreift.⁷⁴

Ob der Verantwortliche sich, sofern er sich zur Einholung einer Einwilligung entscheidet, trotzdem alternativ auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand berufen kann, ist jedoch zweifelhaft. Denn mit der Einholung der Einwilligung entsteht bei der betroffenen Person der Eindruck, sie hätte die Entscheidungsmacht darüber, ob ihre Daten verarbeitet werden oder nicht. Wird allerdings dann, wenn die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Einwilligung unwirksam ist, einfach auf einen anderen Erlaubnistatbestand zurückgegriffen, so stellt dies widersprüchliches und somit nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unzulässiges Verhalten dar. Denn die Entscheidungsmacht, die der betroffenen Person suggeriert wurde, existiert letztlich gar nicht.⁷⁵ Eine Einwilligung kann in einem solchen Fall daher *nur dann* zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung herangezogen werden, wenn die betroffene Person im Voraus über das zusätzliche und alternative Eingreifen eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes informiert wurde, Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO.⁷⁶

Im Ergebnis ist ein Nebeneinander der Erlaubnistatbestände daher möglich, ebenso wie ein „Zurückgreifen“ auf die Einwilligung, sofern darüber explizit im Vorfeld informiert wird.

3. Praktische Schlussfolgerungen im Fall

Da wir im Fall hier die Wirksamkeit einer Einwilligung als eher unwahrscheinlich beurteilen, hingegen die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gestützt auf einer gesetzlichen Grundlage als wahrscheinlich, empfehlen wir schon aus diesem Grund, sich ausschließlich qua gesetzlicher Grundlage zu stützen.

Hinzu kommt der aufwändige Dokumentationsaufwand bei Einwilligungen.

II. Praktische Schritte vor dem Einsatz von Überwachungsfunktionen

- Verbleibende Rechtsfragen im Zusammenhang mit Online-Prüfungen (vgl. D.) klären.
- Online-Prüfungen nur als Teilelement des Prüfungsbetriebes verstehen: Präsenzklausuren sind nach den Prämissen dieses Gutachtens zwingend vorrangig. Nur soweit Kapazitäten nicht ausreichen, werden Online-Prüfungen mit Überwachung erforderlich. Möglicherweise können sie auch ohne Ausschöpfung der Präsenzkapazitäten gerechtfertigt werden; diese Frage wurde im Gutachten hier indes ausgeklammert.

Außerdem erwägen, ob teilweise Umwidmungen von Prüfungsleistungen in Hausarbeiten oder OpenBook-Klausuren in Betracht kommen. Hier müssen die Möglichkeiten unseres Erachtens zumindest aus rechtlicher Sicht nicht zwingend ausgeschöpft werden

⁷³ Buchner/Petri/Kühling, DS-GVO Art. 6 Rn. 22.

⁷⁴ Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7, Rn. 17.

⁷⁵ Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7, Rn. 18; Buchner/Petri/Kühling, DS-GVO Art. 6 Rn. 23; Schulz/Gola, DSGVO Art. 6 Rn. 12; Sokol/Simitis, BDSG § 4 Rn. 6.

⁷⁶ Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7, Rn. 18.

- Erlass von Regelungen durch das Rektorat auf Grundlage des § 6 Abs. 3 CoEpHSV. Nach unserer Auffassung würde etwa die oben vorgeschlagene Regelung den *datenschutzrechtlichen* Anforderungen genügen. Losgelöst davon erhöht die Berücksichtigung folgender Hinweise die Wahrscheinlichkeit, dass eine Regelung datenschutzrechtskonform ist:
 - Möglichst differenzierte Zwecksetzung einzelner Programmfunktionen unter ausdrücklicher Nennung des Zweckes
 - (Vorläufige) Befristung der Regelung auf die Zeit der Epidemie (mit konkretem Datum), ggf. anschließende Verlängerung
 - Zulassung nur von Programmfunktionen, die funktional der Überwachung in einer klassisch-analogen Klausuraufsichtssituation entsprechen
 - Maßnahmen, die die Eingriffsintensität abschwächen, vorsehen
 - Ausführliche und rechtzeitige Aufklärung über den Ablauf der Prüfung, inklusive expliziten Hinweis auf die Videoüberwachung des Arbeitsraums; so wird die Möglichkeit gegeben, den Raum auszuwählen und wenn gewünscht zu „depersonalisieren“
 - Alternativ zur Online-Prüfung zuhause die Möglichkeit eröffnen, eine videoüberwachte Prüfungskube in der Uni oder einen analog überwachten Computerraum zu nutzen
- Gegebenenfalls Rücksprache halten mit der Landesdatenschutzbeauftragten NRW
- Anschaffungsprozess von Programmen in Abstimmung mit der IT-Abteilung und dem/der Datenschutzbeauftragten, vgl. zur Orientierung den Leitfaden Zoom, insbesondere:
 - Abgewogene Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung verschiedener Alternativen insb. unter Einbeziehung des gewährleisteten Datenschutzniveaus der Programme (Informationsmaterialien der Anbieter, Nachfragen, Presse)
 - Abschluss von Safety Certificate Contractors (SCCs) und einem DSGVO-konformen Auftragsdatenverarbeitungsvertrags (AVV)
 - Datenschutzerklärung formulieren als Verantwortliche der Datenverarbeitung
- Information der Studierenden über den Prüfungsablauf und die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung rechtzeitig im Vorfeld der Klausuren
- Ggfs. Durchführen von Testläufen und andere Schritte, die aus einer dezidiert prüfungsrechtlichen Perspektive der Online-Prüfungen mit Überwachungsfunktionen folgt

F. Annex: rechtl. Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen der Stufen 3 und 4

Die ausführliche Prüfung oben bezieht sich auf die Stufe 2. Bezüglich der Stufen 3 und 4 konnten wir keine *abschließende* Prüfung vornehmen. Aus unseren bisherigen Erkenntnissen ergibt sich aber unsere vorläufige Einschätzung, dass der Einsatz der Überwachungsfunktionen der Stufen 3 und 4, die sich vor allem durch eine Aufzeichnung des Video-Audio-Signals und eine anschließende automatisierte Auswertung auszeichnen, datenschutzrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

Ansatzpunkte, die einer vertieften Recherche bedürften, und Überlegungen, die zu dieser vorläufigen Einschätzung geführt haben finden Sie im Folgenden skizziert:

- Kennzeichnung der Stufen 3 und 4 vor allem durch die *Aufzeichnung* von Video- Audio-Signalen und *automatisierte Auswertung* bestimmter Parameter, die zu Verdachtsfällen führen und die nachträgliche menschliche Kontrolle ermöglichen
- Keine Verhältnismäßigkeit i.S.d. Art. 6 Abs. 3 S. 4 DSGVO
 - Leg. Zweck (+)
 - Eignung (+)
 - **Erforderlichkeit (-)**
 - Verkürzte Definition: Kein anderes gleich geeignetes, aber milderes Mittel verfügbar
 - Durch die Speicherung der 1:1 Video-Audio-Aufzeichnung liegt gegenüber der Stufe 2 eine eingriffsintensivere Maßnahme vor. Stufe 2 wäre also ein milderes Mittel.
 - Nach unserer Auffassung ist **Stufe 2 auch mindestens gleich geeignet** hinsichtlich des legitimen Zwecks, Täuschungen zu verringern und Täuschungsversuche rechtssicher zu dokumentieren; **damit wäre Stufe 4 nicht erforderlich**
 - Als Ausgestaltung der Stufe 2 wird für die folgenden Aussagen ein „Beobachtungsschlüssel“ von 1:6 zugrunde gelegt, dh. eine studentische oder wissenschaftliche (dann ist der Betreuungsschlüssel bei gleichem Aufwand größer) MitarbeiterIn der Uni überwacht sechs Prüflinge. Nach den Gebühren einer Beispielssoftware, die wir im Rahmen dieser Ausarbeitung geprüft haben (Proctorio), ist dies das ungefähre Kostenäquivalent unter Zugrundelegung folgender Annahmen:
 - Gesamtkosten einer studentischen Hilfskraft je Stunde ca. 20 €
 - zweistündige Aufsichtsarbeiten erfordern klassischerweise einen

Aufwand von 3h

- Kosten pro Prüfung pro Prüfling bei Proctorio 10 €

Durch diese Äquivalenz entfallen Effizienzerwägungen, die wohl auch zulässigerweise in die Zieldefinition mit einbezogen werden können⁷⁷.

- Wesentlicher Vorteil von Stufe 2 gegenüber Stufe 4 ist, dass die 360° Roomscans individuell „nachgesteuert“ werden können. Bei dem Roomscan eingangs der Prüfung können Ecken, die noch nicht „ausgeleuchtet“ wurden, individuell von der Aufsichtsperson nachgefordert werden. Demgegenüber steht es nach unserem Verständnis bei Stufe 4 mehr oder weniger im Ermessen des Prüflings, wie sorgfältig er den Roomscan durchführt. Hierbei kann er leicht bestimmte Ecken absichtlich übergehen. Dies kann nach außen auch als „Schludrigkeit“ verkauft werden; wir hegen Zweifel, ob dies allein die Wertung als Täuschungsversuch rechtfertigen würde, zumal der Umgang mit der Technik für alle Seiten neu ist.
- Ähnlich stellt es sich bei den Roomscans während der Prüfung dar. Hier können bei Programmen der Stufe 4 in zufälligen Intervallen Roomscans angefordert werden. Bei verdachtsbezogenen manuell angeordneten Roomscans auf Stufe 2 können diese wiederum zielführender angefordert und gesteuert werden.
- Wir stehen bisher außerdem auf dem Standpunkt, dass Täuschungsversuche mit Stufe 4 weniger gut nachgewiesen werden können. Das bisherige Verfahren bei Präsenzklausuren sieht – soweit wir Prüfungserfahrung im Fachbereich Jura gesammelt haben – lediglich eine handschriftliche Dokumentation von auffälligem Verhalten und etwaigen Durchsuchungsergebnissen der zugelassenen Hilfsmittel etc. durch eine der Aufsichtspersonen vor. Diese Dokumentation dient in einem etwaigen Gerichtsverfahren in Kombination mit der Zeugenaussage der Aufsichtsperson als einziges Beweismittel, um die Annahme eines Täuschungsversuches zu bestätigen oder eben nicht.
Das gleiche Verfahren ist auf Stufe 2 ohne weiteres möglich. Hierfür ist nicht die Aufzeichnung der Video-Audio-Sequenz nötig, stattdessen nur die Aufmerksamkeit der Aufsichtsperson und eine schriftliche Dokumentation beobachteten auffälligen Verhaltens.

⁷⁷ Reimer/Sydow, DSGVO Art. 6 Rn. 47; Heberlein/Ehmann/Selmayr/Heberlein, DS-GVO Art. 6 Rn. 23.

Anders hingegen auf Stufe 4. Hier hat keine Aufsichtsperson persönliche Beobachtungen dokumentiert und daraufhin weitere Erforschungsmaßnahmen ergriffen. Hingegen steht als Beweismittel die Video-Audio-Aufzeichnung und die algorithmische Auswertung verschiedener Parameter wie die Augenbewegungen, Tastaturanschläge etc. zur Verfügung. Offensichtliche Täuschungsversuche wie etwa ein hörbares Gespräch oder das Erscheinen weiterer Personen im Hintergrund sind teilweise gut zu erkennen. Für diese Fälle lässt sich vorstellen, dass die entsprechenden Parameter für den Beweis ausreichen.

Für das Szenario eines „Abspickens“ z.B. von einem Handy/Zettel zwischen Bildschirm und Laptop etwa hegen wir aber erhebliche Zweifel, ob einem Gericht die Auswertung der genannten Parameter, die dann Auffälligkeiten im Vergleich mit dem Durchschnitt der Prüflinge ergibt, als Beweismittel reicht. Hier sehen wir die Möglichkeit der Stufe 2, *anlassbezogen konkrete Erforschungsmaßnahmen (weiterer Roomscan)* zu ergreifen, als geeigneter an.

Es lassen sich keine veröffentlichten Entscheidungen zur prüfungsrechtlichen Fragen rund um den Einsatz der Programme finden. Nach Aussage von Proctorio in einem Marketing-Meeting gäbe es auch noch keine Erfahrung mit deutschen Gerichten hinsichtlich der Rechtssicherheit ihrer Programmfunktionen (Stufe 3 und 4).

Im Übrigen können bestimmte Parameter des Überwachungsprogrammes auch durch Menschen zu verfolgen, z. B. auffällige Augenbewegungen in eine bestimmte Ecke des Raumes.

- Aus diesen Erwägungen ergibt sich unsere Überzeugung, dass Stufe 2 mindestens gleich geeignet ist wie Stufe 4, wenn nicht geeigneter. Damit entfällt die Erforderlichkeit für Stufe 4.
- **Angemessenheit im engeren Sinne (-)**
 - Wesentlich höhere Eingriffsintensität
 - durch die Speicherung der Video-Audio-Sequenzen. In Täuschungsfällen müssten mit Blick auf ein prüfungsrechtliches Verfahren die Aufzeichnungen zu Beweis Zwecken auch auf unbestimmte Zeit aufgehoben werden. Hier ergibt sich ein hohes Missbrauchspotential, welches sich der Kontrolle der Datensubjekte entzöge.
 - Durch die 1:1 Überwachung. Bei einem Human-Proctoring (Stufe 2) würde ein gewisser Verteilungsschlüssel gelten, der wohl nicht

geringer ausfallen würde als 1:6. Die Aufsichtsperson kann aber nicht durchgehend jeden der sechs beobachten, sondern müsste den Blick schweifen lassen. Anders bei Stufe 4. Zwar kann argumentiert werden, dass sich manches Video-Audio-Material wegen der automatisierten Auswertung gar nicht angeschaut wird. Allerdings lässt sich dies nicht kontrollieren und die Möglichkeit dazu bestünde jedenfalls. Außerdem liegt für den Fall der Nachprüfung eine 1:1 Überwachungsaufzeichnung jeder Person vor.

Das Äquivalent in der analogen Welt wäre für Stufe 2 ein kleiner Raum mit einer Aufsichtsperson für mehrere Prüflinge. Für Stufe 4 hingegen wäre das Äquivalent, dass vor jedem Prüfling eine Aufsichtsperson sitzen und sie die ganze Zeit anschauen würde.

- Selbst unter der Prämisse (Einschätzung aber anders, s.o.) geringfügig höherer Wirksamkeit könnte daher eine Unzumutbarkeit angenommen werden und also die Angemessenheit im engeren Sinne verneint werden.
- Gesetzesvorbehalt
 - Die schon oben für Stufe 2 aufgeworfenen Fragen, stellen sich hier wegen der stärkeren Eingriffstiefe noch dringlicher.
- Prüfungsrechtlich: Unter der Prämisse, dass von einer erhöhten technischen Fehleranfälligkeit auszugehen ist (komplexere Software; für alle Beteiligten eine weitere neue Anwendungsumgebung, daher auch Anwendungsfehler?; Performanz des Systems bei mehreren Hundert Teilnehmern?) ist zu überlegen, wie mit technisch bedingten Unterbrechungen prüfungsrechtlich umzugehen ist.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Es steht unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0. International (CC BY NC ND 4.0., <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.de>). Von der Lizenz ausgenommen sind Texte, Abbildungen oder anderes fremdes Material, soweit anders gekennzeichnet.

