

Karoline Haake

Prüfungen in der Coronazeit – aktuelle rechtliche Fragestellungen
Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen
und internationalen Wissenschaftsrechts e.V. am 15.1.2021

Die andauernde COVID-19-Pandemie stellt die Hochschulen weiterhin vor Herausforderungen bei der Durchführung des Online-Semesters und insbesondere bei den vor der Tür stehenden Semesterabschlussprüfungen.

Der Verein zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts veranstaltete daher am 30.10.2020 eine Tagung zu den aktuellen rechtlichen Fragestellungen zu Lehre und Prüfungen in der Corona-Zeit, bei der jedoch eine Vielzahl prüfungs- und datenschutzrechtlicher Fragestellungen offenblieben.¹ Insbesondere verschiedene Details zur rechtssicheren Durchführung von Online-Prüfungen blieben noch ungeklärt. Daher veranstaltete der Verein am 15.1.2021 eine weitere Tagung, um die aufgeworfenen Fragestellungen zu diskutieren und vertiefen.

Prof. Dr. Volker Epping eröffnete die Tagung als Vorstandmitglied des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts und wies auf den Erfolg der letzten Veranstaltung hin. Die erneuten 200 Teilnehmenden zeigten auf, dass auch weiterhin großes Interesse am Thema bestehe.

I. Prüfungsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie

In einem Impulsreferat setzten sich abermals *Edgar Fischer* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Berlin) und *Dr. Peter Dieterich*, (Richter, derzeit abgeordnet zum GJPA Berlin-Brandenburg) mit der prüfungsrechtlichen Perspektive von Online-Prüfungen auseinander und beantworteten sowohl im Vorhinein eingereichte als auch während der Veranstaltung gestellte und von *Prof. Dr. Ulrike Gutheil* (Staatssekretärin im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Brandenburg a.D.) und *Dr. Michael Stückradt* (Kanzler der Universität zu Köln) moderierte Fragen.²

Bei der Bewertung der prüfungsrechtlichen Zulässigkeit einer Prüfung seien neben den Vorgaben des Landeshochschulrechts und der jeweiligen Prüfungsordnung insbesondere die zugrundeliegenden Grundrechtspositionen zu beachten: Art. 3 Abs. 1 GG vermittele im Prüfungsrecht nicht bloß ein Willkürverbot i.S. des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern verdichte sich zu einem strengen prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit.³ Da Prüfungen in Gestalt von Leistungsanforderungen den Zugang zu einem Beruf und damit Art. 12 Abs. 1 GG beschränken, bedürften sie einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Art. 12 Abs. 1 GG vermittele zudem einen Anspruch des Prüflings⁴ auf Durchführung der Prüfung. Die Prüfungen dürften daher nicht ohne weiteres bei pandemiebedingten Schwierigkeiten ihrer Durchführung ins kommende Semester geschoben werden, sondern die Hochschulen müssten im Rahmen des Möglichen Prüfungen anbieten. Es bestehe jedoch grundsätzlich kein Anspruch des Prüflings auf Durchführung der Prüfung in einer bestimmten Prüfungsart oder -form. Die Auswahl dieser stehe weitgehend im Organisationsermessen der Hochschule. So bestehe auch grundsätzlich kein Anspruch, die Prüfung entgegen den jeweiligen Vorgaben der Prüfungsordnung als Online- (bzw. Präsenz-)Prüfung durchzuführen, ein solcher könne sich aber im Einzelfall ergeben: Sei eine Präsenzprüfung aufgrund des Infektionsgeschehens nicht möglich, aber durch eine Online-Prüfung ersetzbar, könne sich das Ermessen der Hochschule bzgl. der Auswahl der Prüfungsform auf Null reduzieren, sodass sie zur Durchführung einer Online-Prüfung verpflichtet wäre.⁵ Ein Anspruch auf Online-Prüfung könne zudem im Einzelfall bei Zugehörigkeit des Prüflings zu einer Risikogruppe, bei hohem Infektionsgeschehen und einem nicht ausreichenden Hygienekonzept entstehen.⁶

Sofern Studierenden die technische und/oder räumliche Infrastruktur zur Durchführung einer Online-

¹ Für den Tagungsbericht zur Tagung vom 30.10.2020 siehe *Haake*, OdW 2021, 59-64.

² *Fischer* ist Herausgeber und *Dieterich* neuer Autor der neuen Auflage des Standardwerks *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht.

³ So schon in BVerfGE 37, 342.

⁴ Soweit im Folgenden allein aus Gründen besserer Lesbarkeit die Form des generischen Maskulinums verwendet wird, sind stets alle Geschlechter mitumfasst.

⁵ Da keine vollkommene Schutzpflicht vor jeglicher Gesundheitsgefahr bestehe, gehöre ein gewisses Infektionsrisiko

mit dem Corona-Virus jedoch derzeit für die Gesamtbevölkerung zum allgemeinen Lebensrisiko, BVerfG, Beschlüsse v. 12.5.2020 – 1 BvR 1027/20, v. 19.5.2020 – 2BvR 483/20, v. 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20; BGH, Beschluss v. 17.11.2020 – 3 Ars 14/20.

⁶ Ablehnend OVG Niedersachsen zu Zeiten niedriger Infektionsraten für einen Raucher, Beschluss v. 2.9.2020 – 2 ME 349/20, und VG Bremen für einen Schüler mit chronischer Vorerkrankung, weil die Schule genügend Sicherheitsmaßnahmen getroffen habe, Beschluss v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20.

Prüfung fehlt, müsse die Hochschule ggf. entsprechende Hilfsmittel bzw. Räume zur Verfügung stellen, um dem Grundsatz der Chancengleichheit Genüge zu tun.

Auch sei es grundsätzlich möglich, den Prüflingen die Wahl zwischen Online- und Präsenzprüfungen zu geben, solange die beiden Auswahloptionen vergleichbar blieben und so die Chancengleichheit gewahrt werde.

Ob eine Maskenpflicht für die Durchführung von Präsenzprüfungen implementiert werden kann, sei im Einzelfall abhängig vom Infektionsgeschehen, den räumlichen Begebenheiten der Hochschule und den Spezifika der jeweiligen Prüfung (z.B. Länge der Prüfung, Kontakt zu Dritten, etc.).⁷ Ein Nachteilsausgleich in Form einer Schreibzeitverlängerung o.Ä. durch die Anordnung der Maskenpflicht sei jedoch nicht grundsätzlich angezeigt. Ist es Prüflingen aus gesundheitlichen Gründen nicht oder nur schwer möglich, für die Dauer der Prüfung eine Maske zu tragen, müssten diese sich durch ein ärztliches Attest von der Maskenpflicht befreien lassen.⁸ Aufgrund der Grundrechtsrelevanz sei für die wesentlichen Verfahrensabläufe sowie die Bestimmung der Prüfungsarten, Bewertungskriterien und Leistungsanforderungen stets eine normative Grundlage erforderlich.

Eine Online-Prüfung⁹ stelle keine eigene Prüfungsart dar, welche explizit in der Prüfungsordnung normiert werden muss, sondern lediglich eine Modalität der klassischen Prüfungsarten, namentlich der schriftlichen, mündlichen, praktischen und elektronischen Prüfung.¹⁰ Für die Durchführung einer Online-Prüfung müsse die Prüfungsordnung der Hochschule daher grundsätzlich nur angepasst werden, wenn die Online-Prüfung in ihrer geplanten Durchführungsweise aus anderen Gründen nicht von der Prüfungsordnung gedeckt wird (z.B. sofern die von der Prüfungsordnung geforderte Hochschulöffentlichkeit einer mündlichen Prüfung nicht gewährleistet werden kann).

Aus Rechtssicherheitsgründen sei eine Anpassung der Prüfungsordnung dennoch zu empfehlen, wenn

nicht schon der Landesgesetzgeber eine Änderung im Hochschulgesetz in Hinblick auf die Online-Prüfungen vorgenommen habe.

Ein Abweichen von der Prüfungsordnung könne auch mit Einwilligung des Prüflings zulässig sein.¹¹ Muss tatsächlich eine Änderung in der Prüfungsordnung zur Durchführung von Online-Prüfungen vorgenommen werden, sei dies grundsätzlich auch im laufenden Semester möglich, solange sich die Prüflinge noch rechtzeitig darauf einstellen können und die Änderung keine Erschwerung der Prüfungen mit sich zieht.¹² Um die Änderung durch die Hochschulgremien trotz des Infektionsgeschehens zu ermöglichen, plädierten die Referenten für innovative Verfahren wie Online-Gremiensitzungen oder Umlaufverfahren. Ebenfalls sei es möglich, durch Änderung der Prüfungsordnung bereits Anpassungsbedürfnisse für Online-Prüfungen bei höherem Infektionsgeschehen zu antizipieren, indem etwa eine Öffnungsklausel für abweichende Prüfungsarten oder -formen in die Prüfungsordnung aufgenommen wird.¹³

Weiterhin müssten geeignete Maßnahmen getroffen werden, um Täuschungen zu verhindern. Ein Untermaß an Täuschungsprävention sei auch in Hinblick auf Grundrechtspositionen der Prüflinge notwendig: Da die Prüfung in Art. 12 Abs. 1 GG eingreife, müsse dieser Eingriff verhältnismäßig sein. Werde die Prüfungsleistung der Prüflinge allein durch Täuschung oder Abschreiben erzielt, sei die Prüfung nicht mehr zum Nachweis einer Berufsqualifikation geeignet und stelle daher einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Wegen des ungerechtfertigten Vorteils täuschender Prüflinge sei zudem die Chancengleichheit der ehrlichen Mitprüflinge aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

Die Hochschulen müssten daher geeignete Maßnahmen im Rahmen des organisatorisch-technisch Möglichen treffen. Zu empfehlen sei auch, in Online-Prüfungen kreative Aufgabenstellungen zu wählen. Copy-Paste-Arbeiten und reine Abschreibleistungen könnten etwa durch vermehrte Transferaufgaben anstelle von reiner Wissensabfrage verhindert werden. Bei Multiple Choice-Aufgabenstellungen könnten

⁷ Ablehnend VG Göttingen, Beschluss v. 27.5.2020 – 4 B 112/20; bejahend VG Köln, Beschluss v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20.

⁸ Atteste zur Befreiung von der Maskenpflicht müssen dabei gesundheitliche Beeinträchtigungen, deren Ursache und die Grundlage der ärztlichen Einschätzung konkret benennen, OVG NRW, Beschluss v. 24.9.2020 – 13 B 1368/20; a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 4.1.2021 – 11 S 132/20.

⁹ Auch bezeichnet als Prüfung in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation (§ 6 Abs. 1 Corona-Epidemie-HochschulVO NRW), elektronische Fernprüfung (§ 2 Abs. 1 BayFeV), Prüfung in digitaler Form (§ 32 Abs. 8 BerlHG), oder Prüfungen, die unter Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme erbracht werden (Entwurf des 4. HochschulrechtsänderungsG BW).

¹⁰ Diese werden anhand der Kompetenzen abgegrenzt, die abgefragt werden. Eine elektronische Prüfung ist dabei kein Synonym für eine Online-Prüfung, sondern eine eigene

Prüfungsart, bei der die Prüfungsantwort am Computer mittels eines Prüfprogramms unmittelbar in ein Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde eingegeben wird. Eine Online-Prüfung ist dagegen eine Prüfung mit elektronischen Informations- und Kommunikationsmitteln, bei der Prüfer und Prüfling sich in unterschiedlichen, nicht offiziellen Prüfungsräumen befinden. Dabei handele es sich grundsätzlich um keine eigene Prüfungsart, sondern nur einen anderen Übermittlungsweg für schriftliche, mündliche oder elektronische Prüfungen.

¹¹ Akzeptiert von OVG Bremen, Beschluss v. 2.12.2010 – 2 A 47/08. Dazu Haake, OdW 2021, 59 (60).

¹² Näheres bei Niehues/Fischer/Jeremias, Rn. 64 ff.

¹³ So könne etwa normiert werden, dass es zu einer Änderung des Verfahrens kommen kann, wenn eine Entwicklung der Pandemie bestimmte Prüfungsmodalitäten nicht mehr erlaubt.

unterschiedliche Fragenkataloge oder eine randomisierte Reihenfolge der Fragen gewählt werden. Denkbar sei auch die Nutzung eines sog. Lockdown-Browsers, der während der Prüfungszeit nur die Bearbeitung der Online-Prüfung erlaube, nicht jedoch das Aufrufen von sonstigen Websites.

Für Täuschungsversuche trage die Hochschule die Beweislast. Insbesondere den Täuschungsvorsatz des Prüflings habe die Hochschule daher nachzuweisen. Gerade bei Take-Home/Open-Book-Arbeiten sei es daher dringend angeraten, im Vorhinein von Seiten der Hochschule deutliche Vorgaben zu machen, welche zusätzlichen Hilfsmittel erlaubt sind.¹⁴

Bei einer Vielzahl an identischen Lösungen sei es Aufgabe der Hochschule, den Urheber der Originallösung zu ermitteln. Als Anscheinsbeweis könne dafür gelten, dass derjenige Urheber ist, der im Übrigen die deutlich bessere Leistung erbracht hat.¹⁵ Der Urheber begehre dabei keinen Täuschungsversuch durch das Abschreibenlassen. Für eine Sanktionierung dieser unzulässigen Beeinflussung der Prüfung sei daher eine eigene Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung erforderlich.

Der Toilettengang dürfe während der Online-Prüfung nicht untersagt werden, um Täuschungen zu verhindern.

Die Täuschungskontrolle müsse jedoch auch nicht so weit gehen, dass Täuschungen komplett unterbunden werden. Da Täuschungsversuche auch bei Präsenzprüfungen nicht vollständig unmöglich gemacht werden könnten oder müssten, müsse dies auch bei Online-Prüfungen nicht gewährleistet werden. Die Hochschule müsse nur geeignete Maßnahmen treffen, um Täuschungsmöglichkeiten zu erschweren.

In besonderem Maße könnten bei Online-Prüfungen auch Störungen auftreten. Die Hochschule treffe bei Fehlern im Prüfungsverfahren die Beweislast dafür, dass die Störung nicht in ihrer Verantwortungssphäre lag.¹⁶ Liege der Fehler bei der Hochschule, müsse die Prüfung unterbrochen, die Störung beseitigt und die Prüfung anschließend fortgesetzt werden, wobei ggf. ein Ausgleich für die Störung gewährt werden müsse. Sei Abhilfe nicht oder nicht rechtzeitig möglich, sei die Prüfung abzubrechen und zu wiederholen. Fiktive Leistungen dürften bei

Störungen oder Prüfungsverschiebungen nicht bewertet werden.¹⁷

Gleichzeitig gelte aber für technische Störungen wie auch für andere Störungen im Prüfungsverfahren die unverzügliche Rügeobliegenheit für den Prüfling, ansonsten könne sich dieser nicht mehr auf die Beachtlichkeit des Fehlers berufen.¹⁸ Praktisch zu empfehlen sei den Hochschulen die Durchführung eines Funktionstests mit dem Prüfling sowie klare Vorgaben zu den technischen Voraussetzungen der Online-Prüfung zu machen, um Rügen vorzubeugen. Der Prüfling sei zudem zur Mitwirkung an der Aufklärung des Fehlers verpflichtet.

II. Datenschutz in Zeiten der Corona-Pandemie

Im nächsten Impulsvortrag setzte sich *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* (Technische Hochschule Köln und Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht) mit den datenschutzrechtlichen Fragestellungen rund um Online-Prüfungen auseinander.¹⁹

Gem. Art. 6 Abs. 3 DSGVO sowie aufgrund des mit der Datenverarbeitung einhergehenden Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Prüflings sei für Online-Prüfungen eine Rechtsgrundlage erforderlich und müsse ggf. in der Prüfungsordnung oder im jeweiligen Landeshochschulgesetz geschaffen werden.

Die Datenverarbeitung sei dabei zulässig, wenn ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO i.V.m. dem jeweiligen Landesdatenschutzgesetz vorliege, etwa weil die Hochschule mit der Prüfung eine Rechtspflicht gegenüber den Prüflingen erfülle oder die Datenverarbeitung zur Aufgabenerfüllung der Hochschule erforderlich sei, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c), e) DSGVO. Ist dies der Fall, sei eine Einwilligung des Prüflings gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a), Art. 7 DSGVO nicht mehr erforderlich. Die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO seien zudem rechtssicherer als die Einwilligung, welche freiwillig sein müsse und jederzeit widerruflich sei.

Als nächstes überprüfte der Referent noch einmal in Hinblick auf das aktuelle Pandemiegeschehen, inwieweit die verschiedenen Formen der Online-Prüfung datenschutzrechtlich zulässig sind. Da sich

¹⁴ So sei etwa klarzustellen, dass der Kontakt und Austausch zu Dritten untersagt sei, um eine unzulässige Zusammenarbeit der Studierenden in Chats oder Foren zu unterbinden.

¹⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 21.11.1978 – IX 1112/78.

¹⁶ VG Sigmaringen, Urteil v. 28.1.2020 – 4 K 5085/19, nachfolgend VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 15.6.2020 – 9 S 1116/20, vgl. auch § 9 Abs. 1 S. 3 BayFEV.

¹⁷ So auch VG Karlsruhe, Beschluss v. 6.10.2020 – 11 K 3691/20; VG München, Beschluss v. 30.11.2020 – M27 E 20.4147.

¹⁸ Zu diesem Zweck empfohlen die Referenten, eine Bereitschaftsnummer zur Meldung von technischen Störungen während der Prüfung zur Verfügung zu stellen.

¹⁹ *Schwartmann* ist zudem Sachverständiger des Deutschen Hochschulverbandes für IT- und Datenrecht und Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. sowie Herausgeber der datenschutzrechtlichen Kommentare *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Heidelberger Kommentar zu DS-GVO/BDSG und *Schwartmann/Pabst*, Kommentar zum LDG NRW.

durch die Pandemie für Hausarbeiten nur wenig ändern, könnten diese weiterhin wie gewohnt stattfinden. Auch Take-Home/Open-Book-Ausarbeitungen, welche prüfungsrechtlich eine Hausarbeit darstellen, da sie ohne Aufsicht unter Verfügbarkeit von Hilfsmitteln stattfinden, seien datenschutzrechtlich unproblematisch.

Mündliche Online-Prüfungen per Videokonferenz seien ebenfalls datenschutzrechtskonform, da die Abnahme der Prüfung per Videokonferenz erforderlich sei. Das könne auch für Präsentationen und praktische Übungen gelten. Ohne Wahrnehmung der Mimik und Gestik des Prüflings sei eine mündliche Prüfung nicht durchführbar. Die Aufzeichnung der Prüfung sei jedoch nicht erforderlich und daher unzulässig.

Das verwendete Tool für die Videokonferenz sollte dabei von der Hochschule bestimmt werden. Hochschullehrer sollten schon aus dienstrechtlichen Gründen die Tools verwenden, welche die Hochschule vorgibt. Zwar seien Alleingänge aufgrund der Lehr- und Weisungsfreiheit grundsätzlich gestattet. In diesem Fall seien die Lehrenden jedoch allein für datenschutzrechtliche Verstöße verantwortlich.

Welche Tools datenschutzrechtlich sicher sind, sei auch unter den Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder noch uneinig. Um Rechtsstreitigkeiten mit den Datenschutzaufsichtsbehörden zu vermeiden, sei die Hochschule nur sicher, wenn sie Tools europäischer Anbieter wähle, bei denen jeglicher Datentransfer in sogenannte unsichere Drittstaaten wie die USA ausgeschlossen ist.²⁰

Fernklausuren, also die Anfertigung einer schriftlichen Arbeit unter Videoaufsicht (Proctoring), seien jedoch nicht mit dem Datenschutzrecht konform.²¹ Da die Open-Book-Arbeit als schriftliche Arbeit ein milderes Mittel darstelle, seien Klausuren unter Videoaufsicht nicht zur Durchführung einer schriftlichen Online-Prüfung erforderlich. Die Datenverarbeitung bei der Videoüberwachung sei daher nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO erlaubt. Auch eine Einwilligung überwinde dies nicht. Zum einen sei diese jederzeit widerruflich. Andererseits müsse die Einwilligung gem. Art. 7 Abs. 4 DSGVO freiwillig erfolgen. Von einer freiwilligen Entscheidung für die Videoaufsicht könne selbst bei einer Wahlmöglichkeit der Studierenden zwischen einer Präsenzklausur und Fernklausur mit Proctoring nicht ausgegangen werden, wenn die Prüflinge aufgrund der

Pandemie Kontakte scheuen. Schließlich sei Videoüberwachung zur Verhinderung von Täuschungsversuchen ungeeignet. Studierende könnten sich unter dem Tisch per Messenger vor laufender Kamera in Gruppen austauschen, oder beim Verlassen des Raumes zu vorgegebenen Toilettenbesuchen. Daran ändere auch nichts, wenn die jeweilige Prüfungsordnung oder der Landesgesetzgeber durch eine Verordnung die Fernklausur unter Videoaufsicht oder sogar den Mitschnitt und die Speicherung der Klausur normiere. Ein Verstoß gegen die höherrangige DSGVO lasse sich daraus nicht legitimieren. Auch in den Bundesländern, in denen eine Verordnung Proctoring gestatte, ließen sich also keine rechtssicheren Fernklausuren durchführen²², zumal es im strengen Lockdown schon an der Möglichkeit eines alternativen Präsenztermins fehle.

Schwartmann plädierte daher weiterhin für Take-Home/Open-Book-Ausarbeitungen, die ohne Aufsicht auskommen. Um Täuschungsversuche zu verhindern, könne eine handschriftliche Abgabe verlangt und nur ein eng begrenzter Zeitraum zur Bearbeitung zur Verfügung gestellt werden. Vorher sei eine kurze Identitätsauthentifizierung per Video möglich.

Zur Organisation der Korrektur empfahl *Schwartmann*, die online abgelegten Prüfungen in den Prüfungsämtern oder Fakultäten der Hochschule zu sammeln, die Arbeiten auszudrucken und den Korrektoren zuzusenden. Zwar sei es auch möglich, die Arbeiten digital zu verteilen und zu speichern, jedoch warnte *Schwartmann* davor, dies ohne ein belastbares Datenschutzrecht durchzuführen. Im Streitfall müsse die Hochschule zudem eine körperliche Prüfungsakte vorlegen. Dies sei bei digital gespeicherten Arbeiten und Korrekturen problematischer und wenig erprobt.

III. Diskussion

Was das Verhältnis von Datenschutzrecht und Prüfungsrecht angeht, so waren sich *Schwartmann* und *Fischer/Dieterich* einig, dass sich ein datenschutzrechtlicher Verstoß meist nicht auf die Prüfung als solche auswirke, sodass kein erheblicher Fehler im Prüfungsverfahren vorliege. Entscheidend sei dabei nach § 46 VwVfG (analog, wenn die Prüfung nicht mit einem Verwaltungsakt endet), ob der datenschutzrechtliche Verstoß das Ergebnis der

²⁰ Grund dafür sei das im Juli 2020 ergangene „Schrems II“ Urteil des EuGH, in dem das EU-US-„Privacy Shield“, welches den Transfer personenbezogener Daten aus der EU an US-amerikanische Unternehmen (u.a. Zoom, Microsoft) zu kommerziellen Zwecken ermöglichte, für ungültig erklärt wurde. Laut Rspr. des BVerwG dürfen Datenschutzaufsichtsbehörden dann einschreiten. *Schwartmann* sah jedoch ein pauschales Verbot bestimmter Tools ohne konkrete Untersagungsverfügung als problematisch an.

²¹ A.A. *Hoeren/Fischer/Albrecht*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren.

²² So aber in § 6 BayFEV und § 4 FernprüfDV Hessen vorgesehen und auch im Entwurf des 4. HochschulrechtsänderungG BW geplant. Erst recht unzulässig sei die in diesen Regelungen normierte Aufzeichnung der Fernklausur bei mangelndem Aufsichtspersonal.

Prüfung beeinflusst habe. *Schwartmann* wies darauf hin, dass ein datenschutzrechtlicher Verstoß trotzdem zu einer vermeidbaren Ermittlung der Datenschutzaufsichtsbehörde führen würde und daher ein unnötiges Risiko darstelle. Auch der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch des Prüflings aus Art. 15 Abs. 3, Art. 12 Abs. 5 S. 1 DSGVO i.V.m. dem jeweiligen Landesdatenschutzgesetz auf Einsicht in Prüfungsunterlagen zeige, dass sich das Datenschutzrecht durchaus auf das Prüfungsrecht auswirken könne.²³

Uneinigkeit herrschte bei den Referenten bezüglich der Zulässigkeit der Fernklausur, die unter Videoaufsicht angefertigt wird.

Schwartmann sah die Täuschungsanfälligkeit von Open Book-Arbeiten mit den geeigneten präventiven Maßnahmen als gering an. Datenschutzrechtlich sei die Open-Book-Arbeit zudem ein milderes Mittel zur Fernklausur mit Videoaufsicht, sodass letztere nicht zur Durchführung der Prüfung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. c), e) DSGVO erforderlich sei.

Fischer und *Dieterich* sahen die Open-Book-Arbeit jedoch nicht als Ersatz zur Präsenzklausur an, sondern lediglich als Aliud, da aufgrund der Verfügbarkeit von Hilfsmitteln andere Kompetenzen abgefragt würden und die Klausur per Definition eine „Aufsichtsarbeit“ darstelle. Nur die Fernklausur unter Videoaufsicht könne daher eine in der Prüfungsordnung vorgeschriebene Präsenzklausur ersetzen. In manchen Fachrichtungen seien Open-Book-Ausarbeitungen nicht geeignet, um die Kompetenzen zu prüfen, welche mit der Präsenzklausur abgefragt werden sollten.

Epping merkte als Präsident der Leibniz Universität Hannover an, dass es aus Sicht der Hochschulen insbesondere wichtig sei, den Prüfungsanspruch gegenüber den Studierenden zu erfüllen und den Massenbetrieb zu gewährleisten. Irgendeine Form der Online-Prüfung müsse daher in jedem Fall durchgeführt werden. Eine hundertprozentige datenschutz- und prüfungsrechtliche Rechtssicherheit bestehe dabei jedoch noch nicht, da zu vielen Einzelfragen und insbesondere zu den Rechtsfragen um die Fernklausuren noch keine gerichtlichen Entscheidungen vorliegen, an denen man sich orientieren könne. Bis dahin müssten Prüfungsrecht und Datenschutzrecht so gut wie möglich in Übereinstimmung gebracht werden.

IV. Resümee und Ausblick

Das aktuelle Infektionsgeschehen legt nahe, dass nicht nur die unmittelbar bevorstehenden Semesterabschlussklausuren, sondern auch das kommende

Sommersemester online stattfinden werden. Die Hochschulen sollten daher alle möglichen Maßnahmen treffen, um Online-Prüfungen zu ermöglichen. In manchen Fällen muss dazu zunächst die Prüfungsordnung der Hochschule angepasst werden. Ist die Online-Prüfung konform mit der Prüfungsordnung, muss sie zudem noch in Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht und weiteren prüfungsrechtlichen Grundsätzen durchgeführt werden. Die Online-Prüfungen bieten dabei in Einzelfragen zu Täuschungen, technischen Störungen und zur Abwicklung der Korrektur andere Schwierigkeiten als Präsenzprüfungen, auf welche die Hochschulen vorbereitet sein sollten.

Mangels Rechtsprechung zu vielen offenen Fragen kann eine hundertprozentige Rechtssicherheit wohl aber aktuell noch nicht gewährleistet werden. Umstritten ist insbesondere noch die Zulässigkeit von Fernklausuren mittels Videoaufsicht.

Epping regte daher an, nach Ablauf eines halben Jahres eine Anschlussveranstaltung anzusetzen, weil dann eine Menge Rechtsprechung zu aktuell noch offen gebliebenen Rechtsfragen zu erwarten sei, was auf große Zustimmung traf.

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

²³ So VG Gelsenkirchen, Urteil v. 27.4.2020 - 20 K 6392/18.