

Richter Dr. Peter Dieterich, LL. M.\*

## Von Risiken und Nebenwirkungen – Ein Jahr (Online-)Prüfungen in der Corona-Pandemie

Etwa seit einem Jahr müssen Schulen und Hochschulen sowohl hinsichtlich des Lehr- als auch des Prüfungsbetriebs den besonderen Herausforderungen der Pandemie begegnen. Unabhängig von ihrer epidemiologischen und medizinischen Bewältigung wird im Prüfungswesen vieles von dem, was zunächst dem Ausnahmezustand geschuldet war, bis auf Weiteres auch den „Normalbetrieb“ prägen. Die in der Praxis vielfach diskutierten, vor allem verfahrensrechtlichen Problemlagen werden im nachstehenden Beitrag erörtert.

### I. Einleitung

Nachdem der Autor in einem gemeinsamen Beitrag mit *Edgar Fischer* zu Beginn der Pandemie erste mit ihr verbundene prüfungsrechtliche Fragestellungen skizzierte<sup>1</sup>, sollen nachfolgend einige der in den vergangenen Monaten in der Praxis besonders diskutierten verfahrensrechtlichen<sup>2</sup> Probleme sowie normative und judikative Reaktionen hierauf näher beleuchtet werden.

### II. Die Online-Prüfung im System der Prüfungsarten

Die Online-Prüfung ist als mittels digitaler Kommunikationssysteme (zB Videokonferenzanlage), durchgeführte (Fern-)Prüfung, bei der Prüfling und Prüfer nicht zugleich in einem vorgegebenen Prüfungsraum anwesend sind, zu ver-

---

\* Der Autor ist Richter in Berlin und derzeit als Referent zum Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamt Berlin-Brandenburg abgeordnet.

<sup>1</sup> *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657.

<sup>2</sup> Für die Bewertung von Leistungen in (Online-)Prüfungen während der Pandemie bestehen weitgehend keine Besonderheiten, vgl. *Fischer/Dieterich*, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111). Insbesondere darf der Bewertungsmaßstab nicht aufgrund der Durchführung im Online-Format oder wegen allgemein schwieriger Lebens- und Lernumstände modifiziert werden, zu Recht restriktiv daher zB *VG Braunschweig*, Beschl. v. 7.10.2020 – 6 B 160/20, BeckRS 2020, 26415 Rn. 31. Nicht überzeugend insofern *VG Ansbach*, Beschl. v. 4.9.2020 – AN 2 E 20.01517, BeckRS 2020, 24953 Rn. 30. Ferner darf keine Bewertung fiktiver Leistungen aufgrund pandemiebedingter Prüfungsverschiebungen erfolgen, vgl. *VG München*, Beschl. v. 30.11.2020 – M 27 E 20.4147, BeckRS 2020, 34757 Rn. 33 (keine Anerkennung einer Durchschnittsnote aus dem klinischen Abschnitt als Note für die verschobene Zweite Ärztliche Prüfung).

stehen.<sup>3</sup> Sie stellt keine eigene Prüfungsart dar, sondern die kompetenz- und nicht formorientiert zu unterscheidenden Prüfungsarten<sup>4</sup> (schriftlich, mündlich, praktisch und elektronisch<sup>5</sup>) können entweder als Präsenz- oder als Online-Prüfung erfolgen. Da es sich bei Online-Prüfungen mithin um Varianten dieser überkommenen Prüfungsarten handelt, ist eine gesonderte gesetzliche Grundlage allein im Hinblick auf die Durchführung als Online-Prüfung nicht erforderlich.<sup>6</sup> Ein gesetzliches Tätigwerden kann aber bei Abweichungen von der Prüfungsordnung (zB wenn bei der mündlichen Online-Prüfung die vorgeschriebene Hochschulöffentlichkeit nicht eingehalten werden kann) erforderlich oder aus Gründen der Rechtssicherheit infolge der mit Online-Prüfungen verbundenen verfahrensrechtlichen Herausforderungen (vgl. III.) sachdienlich sein.<sup>7</sup> Sowohl auf landesgesetzlicher als auch auf Hochschulebene erfolgten in den vergangenen Monaten zahlreiche normative Anpassungen.<sup>8</sup> Eine Umstellung auf Online-Prüfungen kann dabei auch noch während eines laufenden Semesters und kurzfristig erfolgen, sofern Vertrauensschutz- und Verhältnismäßigkeitsanforderungen Genüge getan wird (zB keine kurzfristigen wesentlichen Änderungen des Prüfungsstoffs).<sup>9</sup> Die Erfahrungen der Pandemie lehren dabei, dass erleichterte Verfahrensmechanismen zur Anpassung der Prüfungsordnungen an aktuelle Entwicklungen hilfreich sein können, zB indem den relevanten Gremien ermöglicht wird, ihre Beschlüsse im Umlaufverfahren oder in Online-Sitzungen zu fassen.<sup>10</sup> Zudem ist es denkbar, Öffnungsklauseln dergestalt einzuführen, dass die Prüfungsordnung bereits eine Änderung des Prüfungsverfahrens bei entsprechender (zB infektiologischer) Erforderlichkeit vorsieht.<sup>11</sup>

### III. Anspruch auf Online- oder Präsenzprüfung

Grundsätzlich besteht innerhalb der jeweiligen normativen Vorgaben ein weites Ermessen der Prüfungsbehörden bzw. Lehrenden (Art. 5 III GG), das Prüfungsverfahren im Einzelnen festzulegen. Prüfungsbehörden sehen sich in der Pandemie nun mit der Frage konfrontiert, ob und unter welchen Voraussetzungen Prüflinge aufgrund des Infektionsgeschehens einen Anspruch auf Modifikation des vorgesehenen Prüfungsverfahrens haben können. Insbesondere Prüflinge, die einer coronaspezifischen Risikogruppe angehören oder unabhängig davon eine Infektion bei Teilnahme an einer Präsenzprüfung befürchten, könnten eine Online-Prüfung verlangen, um auf diesem Wege ihr Infektionsrisiko zu minimieren.<sup>12</sup> Prüfungsbehörden können solchen Begehren jedenfalls – freiwillig – nachkommen, sofern der Grundsatz der Chancengleichheit gegenüber den übrigen (an der Präsenzprüfung teilnehmenden) Kandidaten gewahrt wird (Art. 3 I GG), der Zweck der Prüfung, die relevanten Kompetenzen festzustellen, gesichert ist (Art. 12 I GG) und die sonstigen Vorgaben der Prüfungsordnung eingehalten werden. Gegenüber einer etwaigen Verpflichtung zur (partiellen) Umstellung auf eine Online-Prüfung zeigt sich die Rechtsprechung bisher jedoch restriktiv. Die wenigen hierzu veröffentlichten Entscheidungen erkennen an, dass sich im Einzelfall ein Anspruch auf Prüfung im Online-Format ergeben könnte, sofern der Prüfling bei Teilnahme an der Präsenzprüfung einer unzumutbaren Gefährdung ausgesetzt wäre. Zu Recht knüpfen sie hierbei dogmatisch nicht an die Grundsätze des Nachteilsausgleichs an, da es um die Vermeidung gesundheitlicher Risiken und nicht um die Kompensation einer beeinträchtigten Leistungsfähigkeit des Prüflings geht.<sup>13</sup> Vielmehr leiten sie die Möglichkeit eines solchen Anspruchs aus den grundrechtlichen Schutzpflichten für die Gesundheit des betroffenen und einer Risikogruppe zugehörigen Prüflings ab (vgl. Art. 2 II 1 GG).<sup>14</sup> Sie verneinen einen solchen Anspruch in den bisher zu

entscheidenden Sachverhaltskonstellationen dann jedoch unter Betonung des Organisationsermessens der Prüfungsbehörden, der Täuschungsanfälligkeit von Online-Prüfungen sowie der vor dem Hintergrund des aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstands jeweils für tragfähig erachteten konkreten Hygienekonzepte für die Durchführung der Präsenzprüfungen.<sup>15</sup> Sie stellen dabei auch das jeweilige (regionale) Infektionsgeschehen<sup>16</sup> und das individuelle gesundheitliche Risiko des Prüflings mit in die Abwägung ein.<sup>17</sup> Auch wenn die Gerichte sich damit bisher zurückhaltend gegenüber einem Anspruch auf eine Online-Prüfung zeigen, weisen die in den Entscheidungen entwickelten Maßstäbe darauf hin, dass die weitere Entwicklung der Pandemie (zB zu Erkenntnissen über Risikofaktoren und Virusmutanten) und die Hygienekonzepte im jeweiligen Einzelfall genau in den Blick zu nehmen sind, da sich das Ermessen der Prüfungsbehörde zur Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens durchaus zu einer Verpflichtung auf eine Online-Prüfung verdichten kann, sofern der Prüfling sich bei einer Teilnahme an der Präsenzprüfung „im Vergleich zu dem für ihn allgemein bestehenden Infektionsrisiko einer im nicht mehr hinnehmbaren Maße erhöhten Gefährdung aus-

- 3 Die Terminologie zur Kennzeichnung des hier als „Online-Prüfung“ definierten Formats divergiert (vgl. zB § 1 I Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung [BayFEV]: „elektronische Fernprüfungen“; § 6 I Verordnung zur Bewältigung der durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an den Hochschulbetrieb gestellten Herausforderungen in Nordrhein-Westfalen [Corona-VO NRW]: „Hochschulprüfungen in elektronischer Form oder in elektronischer Kommunikation [Online-Prüfungen]“; § 32 VIII BerlHG: „Hochschulprüfungen [...] in digitaler Form“).
- 4 Vgl. zur kompetenzbasierten Differenzierung der Prüfungsarten *Niehuels/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 28.
- 5 Nach hiesigem Verständnis werden bei einer elektronischen Prüfung die Eingaben des Prüflings unmittelbar in einem Datenverarbeitungssystem der Prüfungsbehörde verarbeitet und gespeichert, so dass nach Ende der Prüfungszeit keine Bearbeitung mehr möglich ist. Sie kann in Präsenz- oder Online-Form stattfinden. Vgl. *Niehuels/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 28; *Jeremias*, Elektronische Prüfungen, Antwort-Wahl-Verfahren und der Gesetzesvorbehalt, jM 2018, 25.
- 6 AA zB *Sandberger*, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen, OdW 2020, 155 (160 f.).
- 7 Vgl. zur Abweichung von der Prüfungsordnung im Einverständnis mit dem Prüfling *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (663).
- 8 Vgl. mit Beispielen *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (81); *Sandberger*, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen, OdW 2020, 155 (161).
- 9 Vgl. § 3 I 2 BayFEV.
- 10 Vgl. § 5 II Corona-VO NRW; *Sandberger*, Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen, OdW 2020, 155 (162 ff.).
- 11 Vgl. § 96 d I Fächerübergreifende Satzung zur Regelung von Zulassung, Studium und Prüfung der Humboldt-Universität zu Berlin (ZSP-HU).
- 12 Alternativ kommt – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – ein Rücktritt des gesundheitlich gefährdeten Prüflings in Betracht, was aber nicht dessen Ziel, die Prüfung zeitnah abzulegen, entspricht.
- 13 Aus den Grundsätzen des Nachteilsausgleichs (allg. *Niehuels/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 258 f.) kann aber im Einzelfall ein (uU einfachgesetzlich geregelter, jedenfalls verfassungsrechtlich fundierter) Anspruch auf Nachteilsausgleich dergestalt erwachsen, dass Prüfungsmodalitäten geändert werden müssen. Hierzu kann auch die Umstellung auf eine Online-Prüfung gehören, vgl. *VG Bremen*, Beschl. v. 2.10.2020 – 1 V 2738/19, BeckRS 2020, 33342 Rn. 36, im Zusammenhang mit psychischen Stressreaktionen bei Präsenzprüfungen.
- 14 *VG Bremen*, Beschl. v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, BeckRS 2020, 36065 Rn. 17 f.; iE genauso, aber ohne ausdrückliche Bezugnahme auf grundrechtliche Schutzpflichten *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2021, 58.
- 15 Vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2021, 58 Rn. 6 f.; *VG Bremen*, Beschl. v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, BeckRS 2020, 36065 Rn. 20 ff.
- 16 So *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2021, 58 Rn. 7.
- 17 Während dies mit der Rauchereigenschaft in *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2021, 58 Rn. 7, eher ein allgemeines Risikomerkmal betraf, handelte es sich in *VG Bremen*, Beschl. v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, BeckRS 2020, 36065 Rn. 7, 21, bei der Antragstellerin um eine Schülerin mit ärztlich attestierter neurologischer Erkrankung sowie einer Mutter mit verminderter Immunabwehr, die „in besonderem Maße Schutz vor den Gefahren der SARS-CoV2-Pandemie“ bedürften.

setzt<sup>18</sup> oder wenn die ergriffenen Maßnahmen „objektiv untauglich oder schlechthin ungeeignet wäre[n], der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG Rechnung zu tragen“.<sup>19</sup> Ein ersatzloser Ausfall oder eine zeitlich ungewisse Verschiebung der Prüfung für den betroffenen Prüfling könnte angesichts des Rechts auf Prüfung (Art. 12 I GG) unter diesen Umständen Bedenken begegnen.

Diese Zurückhaltung der Rechtsprechung gegenüber einem Anspruch auf eine Online-Prüfung wird durch weitere restriktive Entscheidungen zur Befreiung vom Präsenzunterricht in Schulen,<sup>20</sup> zum Anspruch auf einen eigenen Prüfungsraum für Prüflinge, die im Hinblick auf das Coronavirus als Risikopatienten einzustufen sind,<sup>21</sup> oder zur Abwehr sonstiger coronabedingter Gefährdungssituationen (zB der Pflicht zur Teilnahme an einer gerichtlichen Hauptverhandlung<sup>22</sup> oder der Sitzung eines Untersuchungsausschusses<sup>23</sup>) bestätigt.<sup>24</sup> Diesen Judikaten liegt stets die bereits in den Entscheidungen zum Anspruch auf Online-Prüfung zum Ausdruck kommende Ratio zugrunde, dass den staatlichen Stellen bei Vorliegen eines schlüssigen Gesamtkonzepts in der Pandemie ein weiter Gestaltungsspielraum zur Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten für die Gesundheit in Abwägung mit anderen verfassungsrechtlich anerkannten Werten (etwa dem staatlichen Bildungsauftrag) zukommt und derzeit ein gewisses Infektionsrisiko mit dem Coronavirus für die Gesamtbevölkerung und den Einzelnen zum allgemeinen Lebensrisiko gehört, da die Verfassung keinen vollkommenen Schutz vor jeglicher Gesundheitsgefahr gebietet.

Das weite Organisationsermessen der Prüfungsbehörden gilt gleichermaßen für die Fälle, in denen Prüflinge bei Anordnung einer Online-Prüfung eine Präsenzprüfung begehren. Auch hier dürfte sich ein solcher Anspruch nur in Ausnahmefällen ergeben. Sofern die Online-Prüfung für den konkreten Prüfungszweck ungeeignet ist, da die relevante Kompetenz auf diesem Weg nicht festgestellt werden kann (zB Untersuchung am Patienten im klinischen Abschnitt des Medizinstudiums), wäre ihre Durchführung rechtswidrig, da die Rechtfertigung für den mit ihr verbundenen Eingriff in Art. 12 I GG entfiel. Im Übrigen sind Konstellationen denkbar, in denen Prüflinge geltend machen, nicht über die erforderliche technische und räumliche Infrastruktur für eine Online-Prüfung zu verfügen. Grundsätzlich dürfen Prüfungsbehörden im Rahmen des durch den Grundsatz von Treu und Glauben geprägten Prüfungsrechtsverhältnisses, innerhalb dessen der Prüfling an der Realisierung seines Prüfungsanspruchs mitwirken muss,<sup>25</sup> davon ausgehen, dass dieser üblicherweise über die Ausstattung verfügt, die zur Durchführung einer „gewöhnlichen“ Online-Prüfung erforderlich ist.<sup>26</sup> Auch im Rahmen von Präsenzprüfungen müssen Prüflinge bestimmte Hilfsmittel eigenverantwortlich mitbringen. Sofern sie jedoch im Einzelfall glaubhaft machen, die notwendige Ausstattung für die Online-Prüfung nicht beibringen zu können, gebietet der Grundsatz der Chancengleichheit, dass die Prüfungsbehörde Abhilfe schafft, wobei dies nicht zwingend eine Präsenzprüfung erfordert, sondern auch durch eine Online-Prüfung mittels zur Verfügung gestellten Equipments und/oder Prüfung in Räumen der Hochschule erfolgen könnte.

Es erscheint weiterhin möglich, Online- und Präsenzprüfungen als Alternative anzubieten, sofern dem Grundsatz der Chancengleichheit Genüge getan wird. Unter dieser Voraussetzung ist auch keine zeitlich parallele Durchführung von Online- und Präsenzprüfung zu verlangen.<sup>27</sup> Einer solchen alternativen Präsenzprüfung kommt insbesondere im Rahmen der datenschutzrechtlichen Diskussion um die Videoaufsicht Bedeutung zu, denn besteht eine derartige Alternati-

ve, spricht viel dafür, dass die trotz Möglichkeit einer Präsenzprüfung gleichwohl erfolgende Teilnahme an der Online-Prüfung freiwillig geschieht (vgl. V.).

#### IV. Herausforderungen im Verfahren

Beachtliche und rechtzeitig gerügte<sup>28</sup> Fehler im Prüfungsverfahren führen grundsätzlich zu dessen Wiederholung. Im Rahmen von Online-Prüfungen (vgl. 1. und 2.), aber auch für Präsenzprüfungen unter Pandemiebedingungen (vgl. 3.), stellen sich verschiedene verfahrensrechtliche Herausforderungen, die mit der konsequenten Anwendung allgemeiner prüfungsrechtlicher Grundsätze jedoch weitgehend zufriedenstellend bewältigt werden können.

##### 1. Technische Störungen

Durch die Verlagerung des Ortes, an dem die Prüfungsleistung erbracht wird, in den virtuellen Raum geht im Rahmen von Online-Prüfungen ein Teil der Organisationsverantwortung faktisch auf den Prüfling über. Bei Präsenzprüfungen muss grundsätzlich die Prüfungsbehörde dafür sorgen, dass die Prüfungsbedingungen einwandfrei sind (zB angemessene Temperatur, hinreichende Beleuchtung, etc.) und Störungen – so bald und so weit wie möglich – beseitigen. Auch bei Online-Prüfungen können Störungen verschiedener Art auftreten, etwa in der Bild-Ton-Übertragung oder beim Hochladen von Dateien.<sup>29</sup> Deren Ursprung ist mitunter aber schwieriger aufzuklären als bei Präsenzprüfungen. Die gesteigerten Mitwirkungspflichten des Prüflings dürfen hier jedoch nicht zu einer Verlagerung des Risikos führen.<sup>30</sup> Es kommt vielmehr weiterhin, wie bei Präsenzprüfungen, darauf an, in wessen Verantwortungssphäre die Störung fällt, wobei die Prüfungsbehörde die Darlegungs- und Beweislast trägt.<sup>31</sup> Sofern damit nicht nachweislich der Prüfling für die Störung verantwortlich ist (zB indem er nicht den vorgegebenen Browser verwandt hat), muss die Prüfungsbehörde Abhilfe schaffen und gegebenenfalls einen Ausgleich für die Störung

18 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2021, 58 Rn. 7.

19 VG Bremen, Beschl. v. 16.12.2020 – 1 V 2653/20, BeckRS 2020, 36065 Rn. 18.

20 OVG Koblenz, Beschl. v. 20.11.2020 – 2 B 11333/20, BeckRS 2020, 31831; VG Braunschweig, Beschl. v. 8.10.2020 – 6 B 187/20, BeckRS 2020, 26418; VG Aachen, Beschl. v. 25.11.2020 – 9 L 855/20, BeckRS 2020, 33640; VG Schleswig, Beschl. v. 18.8.2020 – 12 B 53/20, BeckRS 2020, 21118 und v. 21.10.2020 – 12 B 64/20, BeckRS 2020, 27896.

21 VG Berlin, Beschl. v. 4.3.2021 – VG 12 L 19/21, BeckRS 2021, 4173 Rn. 21.

22 BVerfG, NVwZ-RR 2020, 617.

23 BGH, NVwZ 2021, 93.

24 Vgl. im Zusammenhang mit Ansprüchen auf strengere Corona-Schutzmaßnahmen BVerfG, NVwZ 2020, 1823; VGH Mannheim, Beschl. v. 18.9.2020 – 1 S 2831/20, BeckRS 2020, 23917.

25 Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 4.10.2017 – 9 S 1965/16, BeckRS 2017, 150722 Rn. 69.

26 Fischer/Dieterich, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111). Restriktiv S. 7 der Begründung zur BayFEV.

27 Erhebliche zeitliche Abstände könnten wegen einer Verzögerung des Abschlusses problematisch sein. Wenig krit. hierzu OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 35.

28 Vgl. zur Reichweite der von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensfehler Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, Rn. 214 ff.

29 Zum primären Ziel, diese zu vermeiden, etwa durch Tutorials oder genaue Bestimmung der Hard- und Software-Voraussetzungen Fischer/Dieterich, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111). Vgl. auch § 3 III BayFEV.

30 Vgl. insgesamt Fischer/Dieterich, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111).

31 Vgl. VG Sigmaringen, Urt. v. 28.1.2020 – 4 K 5085/19, BeckRS 2020, 5785 Rn. 21 ff. zu technischen Schwierigkeiten bei einer Präsentation in der mündlichen Abiturprüfung; bestätigt durch VGH Mannheim, Beschl. v. 15.6.2020 – 9 S 1116/20, BeckRS 2020, 16545 Rn. 24. Vgl. auch § 9 I 3 BayFEV.

gewähren (zB Schreibzeitverlängerung)<sup>32</sup> oder die Prüfung wiederholen<sup>33</sup> (falls die Störung nicht bzw. nicht rechtzeitig behoben werden kann).<sup>34</sup> Dies weckt Befürchtungen, dass der Prüfling sich in die technische Störung „flüchten“ und dadurch einen zusätzlichen Wiederholungsversuch verschaffen könnte, zB indem er unerkannt den Stecker zieht.<sup>35</sup> Die Auswirkungen dieser Gefahr erscheinen jedoch begrenzt: Zunächst besteht für den Prüfling die Obliegenheit, eine Störung rechtzeitig zu rügen, um sich anschließend hierauf berufen zu können.<sup>36</sup> Weiterhin ist er verpflichtet, an der Aufklärung der Störungsquelle mitzuwirken.<sup>37</sup> Schließlich bietet es sich aus Sicht der Prüfungsbehörde an, bei einer vermuteten Flucht in die technische Störung den Wiederholungsversuch in entsprechend für eine Online-Prüfung ausgestatteten Prüfungsräumen der Hochschule durchzuführen, um jedenfalls keinen wiederholten Abbruch zu riskieren. Der Umgang mit technischen Störungen in Online-Prüfungen bedarf zwar nicht zwingend der eigenständigen Regelung in Prüfungsordnungen, die hierzu verschiedentlich erlassenen Vorschriften bieten jedoch Orientierung und Rechtssicherheit.<sup>38</sup>

## 2. Täuschungen bei Online-Prüfungen

Da bei Online-Prüfungen der Einfluss der Prüfungsbehörde auf die am Ort der Prüfung herrschenden Gegebenheiten begrenzt ist (zB keine Kontrolle der Toilettengänge)<sup>39</sup> und den Prüflingen vielfältige technische Möglichkeiten zur Verfügung stehen, bieten Online-Prüfungen zusätzliche Angriffsfläche für Täuschungsversuche. Diese erhöhte Täuschungsanfälligkeit haben auch die Erfahrungen der vergangenen Monate belegt.<sup>40</sup> Dieser Befund stellt indes keinen durchgreifenden Einwand gegen die Durchführung von Online-Prüfungen dar.<sup>41</sup> Auch bei Präsenzprüfungen lassen sich nicht sämtliche Täuschungsversuche verhindern.<sup>42</sup> Die Prüfungsbehörden sind jedoch gehalten, „im Rahmen des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren“<sup>43</sup> auch bei Online-Prüfungen Täuschungsversuchen entgegenzuwirken. Diese Verpflichtung resultiert nicht nur aus dem Charakter von „Klausuren“ als Aufsichtsarbeiten, sondern gilt generell für (Online-)Prüfungen. Sie beruht insbesondere auch auf dem Grundsatz der Chancengleichheit. Gerade bei der parallelen Durchführung von Präsenz- und Onlineprüfungen wird ersichtlich, dass sich die Prüfungsbedingungen – auch hinsichtlich der Aufsichtsmaßnahmen – nicht sachwidrig oder wesentlich unterscheiden dürfen.<sup>44</sup> Das Fehlen geeigneter Aufsichtsmechanismen würde auch den Zweck der Prüfung und damit die Rechtfertigung für den mit ihr verbundenen Eingriff in Art. 12 I GG – nämlich ein möglichst aussagekräftiges Bild der Leistungsfähigkeit des Prüflings abzubilden – infrage stellen.<sup>45</sup> Schließlich droht auch eine Verfälschung des Bewertungsmaßstabs: Grundsätzlich ist zwar jede Prüfungsleistung individuell und nach einem absoluten Maßstab zu bewerten, so dass generell irrelevant ist, wie andere Prüflinge dieselbe Prüfungsaufgabe lösen.<sup>46</sup> Doch es ist legitim und unvermeidlich, dass relative Elemente insofern die Bewertung beeinflussen, als Prüfer infolge der Wahrnehmung mehrerer Prüfungsleistungen den Schwierigkeitsgrad der Aufgabe einschätzen und eine Erwartung an die „Durchschnittsleistung“ entwickeln, um zu einer insgesamt angemessenen Bewertung zu gelangen.<sup>47</sup> Diese Eindrücke könnten durch „ungehinderte“ Täuschungen verzerrt werden, was zur Folge haben kann, dass die Prüfung wiederholt werden muss.<sup>48</sup> Es lässt sich jedoch kein spezifisches Untermaß an Täuschungsprävention ausmachen. Die Möglichkeiten der Prüfungsbehörden sind insgesamt vielfältig und umfassen Maßnahmen im Vorfeld (zB Authentifizierung des Prüflings,<sup>49</sup> Abgabe von Eigenständigkeitserklärungen),

während (zB Videoaufsicht, Deaktivieren der Zwischenablage, Kontrolle der Browseraktivität) und nach der Prüfung (zB Maßnahmen zur Identitätskontrolle, Durchsicht von Videoaufzeichnungen), die unterschiedliche Bedenken hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit aufwerfen (vgl. zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Videoaufsicht V.). Neben solchen Aufsichtsmaßnahmen stehen Prüfungsbehörden weitere „sanfte“ Instrumente zur Täuschungsabwehr zur Verfügung. Zunächst sollten, insbesondere bei innovativen Formaten wie open book-Klausuren,<sup>50</sup> klare Vorgaben zum Umfang der zulässigen Hilfsmittel oder zu etwaigen Zitierpflichten erfolgen, damit überhaupt eine Sanktionierung des etwaigen Fehlverhaltens möglich ist.<sup>51</sup> Denn die Prüfungsbehörde ist hinsichtlich eines Täuschungsvorsatzes beweispflichtig, so dass Zweifel über die Reichweite der erlaubten Quellen zu ihren Lasten gehen.<sup>52</sup> Weiterhin kann Täuschungen durch die Art der Aufgabenstellung entgegengewirkt werden, in Betracht kommen zB randomisierte Reihenfolge und Auswahl von Multiple Choice-Fragen, hoher Zeitdruck, Vorgabe handschriftlicher Lösungen oder Schwerpunktsetzung auf Transferleistung anstelle reiner Wissensabfrage.<sup>53</sup> Sofern dies mit dem Zweck der Prüfung vereinbar ist, kann

32 Ein solcher Ausgleich darf nicht auf der Bewertungsebene erfolgen, insbesondere darf keine fiktive Prüfungsleistung, die teilweise nicht wahrgenommen werden konnte (zB bei Tonausfall) oder verloren gegangen ist (zB bei Datenverlust) bewertet werden, vgl. *Fischer/Dieterich*, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111).

33 Vor dem Hintergrund des Erfordernisses der vollständigen (visuellen) Wahrnehmung einer mündlichen Prüfungsleistung – vgl. *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (664 f.) – krit. zu sehen ist die Regelung in § 9 II 4 BayFEV, wonach die Prüfung fernmündlich ohne Verwendung eines Videokonferenzsystems fortgesetzt werden kann, sofern die technische Störung auftritt, nachdem bereits ein wesentlicher Teil der Prüfungsleistung erbracht wurde.

34 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 15.6.2020 – 9 S 1116/20, BeckRS 2020, 16545 Rn. 25.

35 Vgl. S. 8 der Begründung zur BayFEV.

36 Es sollte daher während Online-Prüfungen ein stets erreichbarer technischer Support der Prüfungsbehörde bestehen.

37 Vgl. S. 8 der Begründung zur BayFEV; zu den im Vergleich zu Präsenzprüfungen geringeren Möglichkeiten der Aufklärung für die Prüfungsbehörden, die daher auf die Mitwirkung des Prüflings angewiesen sind, vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 11.

38 Vgl. zB § 9 BayFEV oder § 10 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen – 2021 der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

39 Deren pauschale Untersagung kommt jedoch nicht infrage, vgl. *VG Lüneburg*, Urst. v. 8.3.2018 – 6 A 507/16, BeckRS 2018, 3294 Rn. 54 ff., 64.

40 Vgl. *Bilen/Matros*, Online Cheating Amid COVID-19, MPRA Paper No 103185, 12.9.2020, 2 (verfügbar unter <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/103185/>, zuletzt abgerufen am 27.3.2021).

41 Vgl. *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 43.

42 *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 43.

43 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (661); dem folgend *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 43.

44 *Fischer/Dieterich*, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111).

45 Vgl. *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 43.

46 *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 532.

47 *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 534 f.

48 Vgl. zur Wiederholung einer Prüfung, bei der einer Vielzahl von Prüflingen einzelne Aufgaben vorher bekannt waren *VG Berlin*, Beschl. v. 20.6.2008 – 3 A 226/08, BeckRS 2008, 37138; ferner *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 537.

49 Hierzu *Forgó/Graupe/Pfeiffenbring*, Rechtliche Aspekte von E-Assessments an Hochschulen, 2016, 32 ff.

50 Diese stellen aus prüfungsrechtlicher Sicht weiterhin Klausuren dar, solange eine hinreichende Aufsicht erfolgt, vgl. noch V.

51 Vgl. *Fischer/Dieterich*, Digitale Prüfungen, FuL 2021, 110 (111).

52 *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 236.

53 Insbes. bei open book-Formaten sollten Aufgabenstellungen vermieden werden, die durch reine „Abschreibeleistungen“ gelöst werden können, da diese vor dem Hintergrund von Art. 12 I GG ungeeignet zur Ermittlung der wahren Fähigkeiten des Prüflings sind, vgl. *Niehues/Jeremias/Fischer*, Prüfungsrecht, Rn. 231, 381.

das Problem hinreichender Aufsicht auch durch eine Umstellung von Klausuren auf Hausarbeiten umgangen werden.

Sofern im Rahmen einer Online-Klausur mehrere Prüflinge (teil-)identische Lösungen einreichen, gilt es Folgendes zu beachten: Sofern dies nicht durch die jeweiligen Hilfsmittelvorgaben ausgeschlossen ist, stellt das Einfügen zuvor gemeinsam in der Lerngruppe erarbeiteter identischer „Musterantworten“ durch mehrere Prüflinge in einer open book-Klausur keine Täuschung dar. Im Übrigen ist der geistige Urheber der Musterlösung – der diese zB über eine Cloud Mitprüflingen während der Online-Klausur zur Verfügung stellt – nicht wegen einer etwaigen Täuschung zu sanktionieren, da die fremdnützige Gestattung der Übernahme der eigenen Prüfungsleistung nicht mit der eigennützigen Täuschung gleichzusetzen ist.<sup>54</sup> Maßnahmen ihm gegenüber (zB wegen der Beeinträchtigung eines ordnungsgemäßen Prüfungsablaufs) bedürfen vielmehr einer gesonderten Ermächtigungsgrundlage.<sup>55</sup> Die Darlegungslast, wer Urheber und wer Plagiator einer identischen Antwort ist, trägt dabei die Prüfungsbehörde.<sup>56</sup>

### 3. Umgang mit Infektionsrisiken

Auch Präsenzprüfungen sehen sich pandemiebedingten Herausforderungen ausgesetzt.

So beurteilen die Verwaltungsgerichte die Rechtmäßigkeit der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes während der Klausurbearbeitung unterschiedlich.<sup>57</sup> Die Entscheidungen stellen auf die jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisse, das spezifische Hygienekonzept, die räumlichen Gegebenheiten sowie das konkrete Prüfungsgeschehen (vorgesehener Abstand, Kontakt zu Dritten, etc.) ab, bewerten den im Rahmen dieser Abwägung bestehenden Einschätzungsspielraum des Normgebers und das Ausmaß der Konzentrationsbeeinträchtigung für die Prüflinge aber unterschiedlich. Die Befreiung von einer (rechtmäßigen) Maskenpflicht in Präsenzklausuren dürfte – in Anlehnung an entsprechende Rechtsprechung zu Ausnahmen im Schulunterricht<sup>58</sup> – hinreichend aussagekräftige Atteste erfordern, die die gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch das Tragen des Mund-Nasen-Schutzes, deren Ursache (zB Vorerkrankungen) und die Grundlage der ärztlichen Einschätzung konkret benennen.<sup>59</sup> Dabei kann letztlich dahinstehen, ob eine solche Befreiung eine Maßnahme des Nachteilsausgleichs darstellt,<sup>60</sup> worunter gemeinhin eher Änderungen der Prüfungsmodalitäten im engeren Sinne fallen (zB Schreibzeitverlängerung), oder der (grundrechtlich fundierten) Schutz- und Fürsorgepflicht der Prüfungsbehörden aus dem bestehenden Hochschul- und Prüfungsrechtsverhältnis entnommen werden kann<sup>61</sup> – vielfach dürften bereits die allgemeinen Corona-Verordnungen in den Bundesländern entsprechende Befreiungstatbestände enthalten. Sofern ein Prüfling von der Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes befreit ist, muss der Infektionsschutz der Mitprüflinge durch entsprechende Hygienekonzepte sichergestellt werden, nötigenfalls durch alternative Prüfungstermine oder gesonderte Prüfungsräume.<sup>62</sup>

Prüfungsbehörden sehen sich zudem mit der Problematik konfrontiert, wie mit Prüflingen umzugehen ist, die an Präsenzprüfungen teilnehmen wollen, jedoch Erkältungssymptome aufweisen. Die Schutzpflicht für deren Mitprüflinge sowie die Verantwortung für die Eindämmung des Infektionsgeschehens verpflichten dazu, diese von der Prüfung auszuschließen, solange nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, dass keine Corona-Infektion vorliegt. Ein solcher Nachweis könnte gegebenenfalls durch entspre-

chende Schnelltests oder eine Impfbestätigung erfolgen, sobald die wissenschaftliche Erkenntnislage die fehlende Infektiosität Geimpfter mit hinreichender Sicherheit belegt. Der Ausschluss der Prüflinge von der Prüfung sollte als sanktionsähnliche Maßnahme auf eine eigene Rechtsgrundlage gestützt werden,<sup>63</sup> in Betracht kommt aber unter Umständen auch ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften zur Ausübung des Hausrechts durch die Prüfungsbehörde.

Ein Rücktritt von der Prüfung sollte – bereits aus Gründen der Chancengleichheit – weiterhin nur unter den allgemein anerkannten Voraussetzungen möglich sein, so dass insbesondere voraussetzungslose „Abmeldemöglichkeiten“ kritisch zu betrachten sind.<sup>64</sup> Erleichterungen sind aber insbesondere im Bereich des Nachweises eines wichtigen Grundes denkbar, etwa der Verzicht auf ein amtsärztliches Attest angesichts der ausgelasteten Kapazitäten der Amtsärzte. Auch eine Quarantäneanordnung für die Zeit der Prüfung dürfte zum Rücktritt berechtigen, selbst wenn diese auf fahrlässiges Verhalten des Prüflings zurückzuführen ist.

### V. Online-Prüfungen und Videoaufsicht

Die Durchführung von Online-Prüfungen wirft datenschutzrechtliche Fragen auf, die vielfältiger Natur sind (zB betreffend Authentifizierungsmaßnahmen, Auswahl des Videokonferenztools, Speicherung von Daten, etc.). Im Folgenden soll die grundsätzliche Diskussion um die in der Praxis besonders relevante Frage der Videoaufsicht (verbunden mit einer Audioübertragung) einer Online-Prüfung, insbesondere der Online-Klausur,<sup>65</sup> näher beleuchtet werden. Hierbei wird nicht auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Videoaufsicht im Einzelfall, die stark divergieren<sup>66</sup> und die Rechtmäßigkeit

54 *Niehues/Jeremias/Fischer*, Prüfungsrecht, Rn. 234; vgl. auch *VGH Mannheim*, Urt. v. 21.11.1978 – IX 1112/78, juris Rn. 30.

55 Vgl. zum Gesetzesvorbehalt für Sanktionen *Niehues/Jeremias/Fischer*, Prüfungsrecht, Rn. 30.

56 Vgl. *VGH Mannheim*, Urt. v. 21.11.1978 – IX 1112/78, juris Rn. 33 ff., wobei ein Erfahrungssatz dafür spreche, dass derjenige Prüfling geschrieben habe, der in der betreffenden Prüfung im Übrigen ein deutlich schlechteres Ergebnis erzielte.

57 Abl. *VG Göttingen*, Beschl. v. 27.5.2020 – 4 B 112/20, BeckRS 2020, 12287 Rn. 8 f., bej. *VG Köln*, Beschl. v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20, BeckRS 2020, 16703 Rn. 6 ff.

58 Vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 19.2.2021 – 13 B 2078/20, BeckRS 2021, 2348 Rn. 6; *VG Regensburg*, Beschl. v. 19.11.2020 – RO 14 E 20.2770, BeckRS 2020, 31513 Rn. 54.

59 Krit. hierzu, aber nicht im spezifischen Schulkontext (sondern im Rahmen eines Normenkontrollantrags) *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 4.1.2021 – 11 S 132/20, BeckRS 2021, 2 Rn. 21.

60 So *VG Köln*, Beschl. v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20, BeckRS 2020, 16703 Rn. 19.

61 Vgl. zu einem Anspruch auf Bereitstellung eines separaten Prüfungsraumes für Corona-Risikopatienten *VG Berlin*, Beschl. v. 4.3.2021 – VG 12 L 19/21, BeckRS 2021, 4173 Rn. 21.

62 *VG Köln*, Beschl. v. 17.7.2020 – 6 L 1246/20, BeckRS 2020, 16703 Rn. 19 schlägt vor, dass der von der Maskenpflicht befreite Prüfling die Klausur in einem gesonderten Raum schreibt. Ist dies nicht möglich, kommt auch ein Rücktritt des befreiten Prüflings in Betracht.

63 Vgl. für den Ausschluss vom Präsenzunterricht bei rechtswidriger Weigerung, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen *OVG Münster*, Beschl. v. 19.2.2021 – 13 B 2078/20, BeckRS 2021, 2348 Rn. 4 f.; *VG Münster*, Beschl. v. 4.12.2020 – 5 L 1019/20, BeckRS 2020, 34545.

64 *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (660 f.).

65 Für mündliche Prüfungen wird die Videoaufsicht verbreitet akzeptiert, da diese zwingend den unmittelbaren visuellen Eindruck (von Prüfling und Prüfern) voraussetzen, vgl. *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657 (664 f.).

66 ZB ob (i) Raumschans vor bzw. (bei begründetem Verdacht) während der Prüfung erfolgen, (ii) es sich um eine automatisierte Aufsicht handelt, (iii) die Zuschaltung dauerhaft oder temporär erfolgt, (iv) der Bildausschnitt verändert werden kann (zB durch Zoomen) oder (v) eine Speicherung der Aufzeichnung für nachträgliche Kontrollen erfolgt. Vier Aufsichtsstufen unterscheidend *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 8 f. (online verfügbar).

der jeweiligen Datenerhebung beeinflussen können,<sup>67</sup> eingegangen, sondern es sollen hiervon abstrahierend die generelle Möglichkeit der Überwachung der Video- und Audiosignale durch Aufsichtspersonen und die bereits hiergegen vorgebrachten datenschutzrechtlichen Einwände analysiert werden. Die kritischen Stimmen<sup>68</sup> setzen die (mitunter entsprechend verunsicherten) Prüfungsbehörden einem scheinbaren Dilemma zwischen prüfungs- und datenschutzrechtlichen Anforderungen an Online-Prüfungen aus. Indes sprechen überzeugende Argumente dafür, dass die Videoüberwachung von Online-Prüfungen sowohl mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)<sup>69</sup> als auch den Grundrechten (insbes. Art. 2 I iVm Art. 1 I, 13 GG) vereinbar ist.

Die Prüfungsbehörden sind dazu verpflichtet, den grundrechtlich fundierten Prüfungsanspruch des Prüflings umzusetzen und bei den hierfür – angesichts der nicht oder nur eingeschränkt möglichen Präsenzprüfungen – (ergänzend) notwendigen Online-Prüfungen<sup>70</sup> ein hinreichendes Maß an Täuschungsprävention zu gewährleisten (vgl. IV. 2.). In Betracht kommt dafür insbesondere die Videoaufsicht. Diese wird, jedenfalls für Online-Klausuren, jedoch teils für unzulässig gehalten, da kein Erlaubnistatbestand nach Art. 6 DSGVO für die mit ihr verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten vorliegt: Weder sei die Videoüberwachung geeignet und erforderlich iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO noch könne nach Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. a DSGVO wirksam in diese eingewilligt werden, da es an der Freiwilligkeit der Einwilligung fehle, die zudem jederzeit widerrufen werden könne und sich daher nicht für Prüfungen eigne (vgl. Art. 7 III 1 DSGVO).<sup>71</sup>

Diese gegen die Zulässigkeit einer Videoaufsicht vorgebrachten Argumente nehmen jedoch Zweck und Charakteristika von Prüfungen im Allgemeinen und der Prüfungsart „Klausur“ im Besonderen nicht hinreichend in den Blick. In zwei Normenkontrollverfahren gegen hochschulrechtliche Regelungen sprechen sich nun auch das OVG Münster<sup>72</sup> und das OVG Schleswig<sup>73</sup> für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Videoaufsicht in Online-Prüfungen aus. Auch wenn es sich jeweils um summarische Eilrechtsschutzverfahren (vgl. § 47 VI VwGO) handelt, enthalten die Entscheidungen bereits grundsätzliche Aussagen.<sup>74</sup>

### 1. Vereinbarkeit mit Art. 6 I UAbs. 1 lit. e DSGVO und dem Grundgesetz

Gemäß Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO<sup>75</sup> ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt.<sup>76</sup> Die Erforderlichkeit ist zu bejahen, wenn keine zur Zielerreichung gleich geeigneten, aber mildereren Mittel bestehen. Das Merkmal ist zudem tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für Verhältnismäßigkeitserwägungen (zB im Hinblick auf die Betroffenheit der Art. 7, 8 EU-GRCh; vgl. auch Art. 6 III UAbs. 2 S. 3 DSGVO).<sup>77</sup>

a) *Erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse.* Die Durchführung von (Online-)Prüfungen stellt eine Aufgabe im öffentlichen Interesse iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO dar.<sup>78</sup> Sie liegt nicht nur im Individualinteresse des Prüflings, sondern insbesondere auch im Gemeinwohlinteresse. Denn Prüfungen sind essentieller Bestandteil einer funktionsfähigen Bildungsgesellschaft und erst der erfolgreiche Abschluss der universitären/staatlichen (Abschluss-)Prüfung bestätigt, dass der Prüfling über das entsprechende Wissen und die Fähigkeiten für eine qualifizierte Ausübung der beruflichen Tätigkeit verfügt (vgl. Art. 12 I GG, Art. 14, 16 EU-GRCh).<sup>79</sup> Dieser Prü-

fungszweck ist unmittelbarer Ausdruck der staatlichen Schutzpflichten Dritten gegenüber, die bestimmungsgemäß mit der späteren beruflichen Tätigkeit des Prüflings in Berührung kommen. Die Prüfungsbehörden sind dementsprechend mit der Aufgabe der Durchführung von Prüfungen betraut und hierzu verpflichtet. Da Präsenzprüfungen infolge der pandemiebedingten Einschränkungen (zB einzuhalten Mindestabstände, Vorgaben an Raumluftanlagen, etc.) auf absehbare Zeit nur in begrenztem Umfang möglich sind, ist der Rückgriff auf Online-Prüfungen zur effektiven Umsetzung dieser Aufgabe im öffentlichen Interesse notwendig.<sup>80</sup>

Dies wiederum rechtfertigt die Annahme, dass die Videoaufsicht von Online-Prüfungen – bis Präsenzprüfungen wieder (weitgehend) unbeschränkt möglich sind<sup>81</sup> – erforderlich iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO ist. Es ist rechtlich geboten (vgl. IV. 2.), geeignete Maßnahmen zur Täuschungsprävention zu ergreifen, um eine rechtmäßige Durchführung von Online-Prüfungen zu gewährleisten. Folgerichtig erläutert das OVG Münster in seinem Beschluss, der zwar nicht

67 In der Praxis ist entsprechend zwischen der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Ermächtigungsgrundlage sowie – insbesondere bei eher weiten normativen Vorgaben – der Einzelfallanwendung zu unterscheiden, vgl. *Hoeren* ua, *Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren*, 10.6.2020, 33.

68 Vgl. zB *Schwartzmann*, *Volle Kontrolle? – Video-Überwachung bei Online-Prüfungen*, FAZ v. 10.3.2021. Zu Einwänden der Datenschutzbehörden *Fehling*, *Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz*, OdW 2020, 137 (139 f.).

69 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG.

70 Nicht überzeugend insofern *Sandberger*, *Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen*, OdW 2020, 155 (162), der Klausuren verschieben oder durch Hausarbeiten ersetzen möchte.

71 Vgl. zu einigen dieser Aspekte *Schwartzmann*, *Volle Kontrolle? – Video-Überwachung bei Online-Prüfungen*, FAZ v. 10.3.2021.

72 Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495.

73 Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354.

74 Vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 20: „Nach summarischer Prüfung erwies sich ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache sehr wahrscheinlich als erfolglos.“

75 Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. f DSGVO (Wahrung berechtigter Interessen) dürfte im Rahmen von Online-Prüfungen keine Rolle spielen, da staatlichen Stellen gem. Art. 6 I UAbs. 2 DSGVO der Rückgriff auf die Abwägungsklausel versperrt ist, soweit sie die Datenverarbeitung – wie hier – in Erfüllung ihrer Aufgaben vornehmen, vgl. BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, Art. 6 DSGVO Rn. 46. Ferner liegt die Anwendung von Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO näher als ein Rückgriff auf Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. c DSGVO, wonach die Verarbeitung auch erforderlich ist, sofern sie zur „Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung“ erforderlich ist. Letzteres dürfte eher die Fälle meinen, in denen die Datenverarbeitung gesetzlich angeordnet ist, während Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO die Fälle betrifft, in denen Datenverarbeitungsbefugnisse bestehen, vgl. BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, Art. 6 Rn. 34 f.

76 Im Folgenden soll das „Ob“ der Datenverarbeitung gem. Art. 6 DSGVO untersucht werden, auf weitere datenschutzrechtliche Anforderungen, zB die Einhaltung der Grundsätze der Datenverarbeitung in Art. 5 DSGVO (insbes. des Grundsatzes der Datenminimierung in Buchst. c)), wird nicht eingegangen.

77 Vgl. insgesamt BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, Art. 6 Rn. 16, 44; *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 118 f.; *Frenzel* in *Paal/Pauhy*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 6 DSGVO Rn. 23.

78 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 8; *Hoeren* ua, *Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren*, 10.6.2020, 25.

79 VGH München, Beschl. v. 12.1.2021 – 7 ZB 19.583, BeckRS 2021, 1718 Rn. 8.

80 Deutlich OVG Schleswig, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 46.

81 Vgl. hierzu *Fehling*, *Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz*, OdW 2020, 137 (148); *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (81).

die Videoaufsicht als solche, aber die sogar eingriffsintensivere Aufzeichnung und Speicherung der Daten aus der Videoüberwachung einer Online-Prüfung betrifft, dass insbesondere der Grundsatz der Chancengleichheit geeignete Mechanismen zur Täuschungsabwehr bei Online-Prüfungen verlange und die Videoüberwachung (und ihre Speicherung) eine diesbezüglich vor dem Hintergrund von Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO geeignete und erforderliche Maßnahme sei.<sup>82</sup> Auch das OVG *Schleswig* bejaht mit ähnlicher Argumentation die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch Videoaufsichtsmaßnahmen gem. Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO.<sup>83</sup> Die im Vergleich zur – allerdings ebenfalls nicht lückenlosen – Kontrolle bei Präsenzprüfungen geringeren Überwachungsmöglichkeiten und erhöhte Störungsanfälligkeit der Videoaufsicht stehen ihrer Eignung nicht entgegen. Denn sie schafft Entdeckungsrisiken und verschließt Täuschungsmöglichkeiten bzw. deckt Täuschungsversuche auf. Die Geeignetheit einer Maßnahme setzt nicht die vollständige Erreichung, sondern nur die Förderung des angestrebten Zwecks voraus.<sup>84</sup> Mildere, gleich wirksame Maßnahmen sind zudem nicht ersichtlich.<sup>85</sup> Insbesondere stellt die Möglichkeit einer Hausarbeit kein die Erforderlichkeit der Videoaufsicht infrage stellendes milderes Mittel dar: Sie dient der Feststellung anderer Kompetenzen und ist somit ein Aliud zur Klausur, die sich im Unterschied zur Hausarbeit insbesondere zur Wissensabfrage eignet.<sup>86</sup> Sofern in der Prüfungsordnung eine Klausur als Leistungsnachweis vorgeschrieben ist, muss der Charakter als „Aufsichtsarbeit“ gewährleistet sein, was durch die Videoüberwachung gesichert wird. Wollte man hierauf verzichten, handelte es sich – trotz der in der Regel nur wenige Stunden umfassenden Bearbeitungszeit – prüfungsrechtlich um die Prüfungsart einer Hausarbeit.<sup>87</sup>

b) *Verhältnismäßigkeit*. Die – mithin iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO erforderliche – Videoüberwachung der Online-Prüfung erweist sich auch nicht im Übrigen als unverhältnismäßig, sondern als zumutbar.<sup>88</sup> Dies soll nachfolgend am Maßstab der betroffenen verfassungsrechtlichen Grundrechtspositionen des Prüflings aufgezeigt werden,<sup>89</sup> wobei die in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen zu Eingriffsintensität und -zweck auch die Angemessenheit der Videoüberwachung iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e iVm Abs. 3 UAbs. 2 S. 3 DSGVO belegen sowie eine Rechtfertigung der Eingriffe in die bei Durchführung von Unionsrecht anwendbaren Art. 7, 8 EU-GRCh iVm Art. 51, 52 I EU-GRCh begründen.<sup>90</sup>

aa) *Art. 13 GG*. Die Videoaufsicht verletzt zunächst nicht das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG),<sup>91</sup> da dieses zwar nicht nur vor physischem Zutritt schützt, es aber dennoch bereits an einem Eingriff in dessen Schutzbereich fehlen dürfte. So verneint das OVG *Schleswig* einen Eingriff in Art. 13 I GG, da die Teilnahme an der per Videoaufsicht überwachten Online-Prüfung entsprechend der streitgegenständlichen Prüfungsordnung freiwillig gewesen und eine Präsenzprüfung als Alternative angeboten worden sei.<sup>92</sup> Der Freiwilligkeit stehe auch nicht entgegen, dass bei verweigerter Teilnahme an der Online-Prüfung eine Präsenzprüfung erst zu einem (ungewissen) späteren Zeitpunkt erfolgen könne, da Freiwilligkeit nicht voraussetze, dass keinerlei Nachteile bei einer Weigerung zur Teilnahme an der Online-Prüfung entstünden.<sup>93</sup> Art. 13 GG schütze nur vor einem (digitalen) „Eindringen“ in die Wohnung, woran es bei einer solchermaßen freiwilligen Teilnahme an der Online-Prüfung fehle.<sup>94</sup> Aber auch unabhängig von einer freiwilligen Teilnahme an der Online-Prüfung liegt ein Eingriff

in den Schutzbereich des Art. 13 GG fern. Bei Online-Prüfungen wird nicht spezifisch und zwangsläufig in die Privatheit der Wohnung eingegriffen, da der Prüfling sich auch andere Orte zur Prüfung suchen bzw. den zu sehenden Ausschnitt der Wohnung vorher seinem Willen nach gestalten kann, so dass ein visueller Zugriff auf den privaten Rückzugsraum vermieden werden kann.<sup>95</sup> Es ist für die aufsichtsführenden Personen auch nicht ohne weiteres erkennbar, ob sich der Prüfling in seinem oder überhaupt in einem unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 I GG fallenden Raum befindet.<sup>96</sup> Ähnlich wie bei der Online-Durchsuchung zur Gefahrenabwehr dürfte mithin auch die Videoaufsicht der Online-Prüfung nicht dem Schutz des Art. 13 GG unterfallen, „da der behördliche Zugriff unabhängig vom Standort, [...] erfolgt, so dass der raumbezogene Schutz des Art. 13 GG fehlgehen würde.“<sup>97</sup> Sofern man dennoch einen Eingriff bejahen wollte, sollte erwogen werden, ob in Anlehnung an die Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>98</sup> zu Betretungsrechten in Geschäfts- und Betriebsräumen auch bei der Videoaufsicht von Online-Prüfungen nicht auf die – dann wohl nicht gegebenen<sup>99</sup> – qualifizierten Rechtfertigungsvoraussetzungen des Art. 13 VII GG, sondern auf eine Verhältnismäßigkeitskontrolle gem. Art. 2 I GG abzustellen wäre, mit der Folge, dass

82 OVG *Münster*, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 7 ff.

83 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 42, 60 unter weitgehendem – zutreffendem – Verweis auf seine vorherigen Ausführungen zum informationellen Selbstbestimmungsrecht.

84 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 43; *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2020, 137 (148); *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, *ZD* 2021, 80 (81).

85 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 45 ff., zB zu eidesstattlichen Versicherungen.

86 Deutlich *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, *ZD* 2021, 80 (81); *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 1; vgl. allg. auch OVG *Lüneburg*, *NJW* 2020, 2425 Rn. 17 f.; *VG Bremen*, Beschl. v. 2.10.2020 – 1 V 2738/19, BeckRS 2020, 33342 Rn. 40 f.

87 Deutlich OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 47.

88 In diese Richtung auch OVG *Münster*, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 13, wonach gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Unverletzlichkeit der Wohnung jeweils „das öffentliche Interesse an der Wahrung der Chancengleichheit [überwiegt]“.

89 Vgl. zu diesem Ansatz auch OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 30 ff., 60.

90 Zur Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes und zu deren Abdeckung des Schutzniveaus der EU-GRCh im Bereich der Durchführung des Unionsrechts, sofern dieses, wie hier, den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume belässt *BVerfG*, *NVwZ* 2020, 53 Rn. 49 ff.

91 So iErg auch OVG *Münster*, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 13.

92 Vgl. § 9 Corona-Ergänzungssatzung Elektronische Prüfungen – 2021 der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Auch zahlreiche weitere Prüfungsordnungen sehen eine freiwillige Teilnahme an Online-Prüfungen vor, vgl. § 8 BayFEV.

93 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 35.

94 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 11, 33 ff.

95 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 33, 36; hierzu im Rahmen von Art. 2 I iVm Art. 1 I GG *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, *ZD* 2021, 80 (81).

96 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 33.

97 So zur Online-Durchsuchung *Papier* in *Maunz/Dürig*, GG, 92. EL Aug. 2020, Art. 13 Rn. 145.

98 Vgl. hierzu etwa *Wolff* in *Hömig/Wolff*, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 27.

99 Anders wäre dies nur, wenn man in der Videoaufsicht von Online-Prüfungen eine Maßnahme zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit erblicken wollte. Dies andeutend *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, *ZD* 2021, 80 (82).

die geringe Eingriffsintensität durch den gewichtigen Zweck der Prüfung gerechtfertigt wäre (vgl. zur Abwägung bb)). Die Erwägungen, die das *BVerfG* zur Verschiebung des Rechtfertigungsmaßstabs bei der Kontrolle von Betriebs- und Geschäftsräumen anführt, lassen sich durchaus auf die Videoüberwachung von Online-Prüfungen übertragen: Auch diese betrifft nur Teilbereiche der Wohnung, die Kontrolle ist vorhersehbar und planbar und es wird nicht zwangsläufig die „Wohnung im engeren Sinne“ als Bestandteil der Intimsphäre berührt.<sup>100</sup>

bb) *Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 I GG*. Die Videoüberwachung von Online-Prüfungen verstößt auch nicht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen (*Art. 2 I iVm Art. 1 I GG*). Dieses umfasst insbesondere den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten. Verhältnismäßige Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind jedoch im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen.<sup>101</sup> Der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht durch die Videoaufsicht bei Online-Prüfungen wiegt nicht besonders schwer, da die Prüflinge auf den Ort der Prüfung sowie die zu sehenden Bildausschnitte entscheidenden Einfluss nehmen und damit eine Relevanz für die Intimsphäre ausschließen können (vgl. bereits aa).<sup>102</sup> Die Maßnahme erfolgt auch nicht heimlich oder verdeckt.<sup>103</sup> Ferner stellt die Online-Prüfung auch kein Zwangsmittel dar, sondern realisiert den Prüfungsanspruch, vermeidet Ausbildungsverzögerungen durch die Pandemie und gewährleistet damit gerade verfassungsrechtliche Freiheiten.<sup>104</sup> Die Videoaufsicht dient dem gewichtigen Zweck, das Prüfungswesen im Interesse der Prüflinge und der Allgemeinheit aufrechtzuerhalten sowie Chancengleichheit zu gewährleisten. Eine Überwachung der Eigenständigkeit der Leistungserbringung ist zudem sämtlichen Prüfungen – sei es als Online- oder Präsenzprüfung – inhärent und auch rechtlich geboten (vgl. IV. 2.).<sup>105</sup> Diese Belange rechtfertigen jedenfalls den Eingriff in *Art. 2 I iVm Art. 1 I GG* durch eine in Zweck, Umfang und Ausmaß eng begrenzte Videoaufsicht.<sup>106</sup>

c) *Ergänzende Hinweise*. Als weitere Maßnahme zur Vermeidung bzw. Milderung eines Eingriffs in *Art. 13 GG* bzw. *Art. 2 I iVm Art. 1 I GG* könnten die Prüfungsbehörden für solche Prüflinge, die nicht in ihrer Wohnung oder einem alternativen selbst gewählten Ort geprüft werden wollen, eine bestimmte Zahl von Prüfungsplätzen vorhalten, die für eine Online-Prüfung entsprechend ausgestattet sind.<sup>107</sup> Es steht nicht zu erwarten, dass ein solches Angebot übermäßig genutzt werden würde, da die gegenwärtige „Prüflingsgeneration“ ausweislich der Rückmeldungen der Prüfungsbehörden zu den Erfahrungen des vergangenen Jahres keine besonderen Berührungsängste mit Videoübertragungen auch aus der eigenen Wohnung hat.

*Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO* enthält selbst keine Ermächtigung zur Datenverarbeitung, sondern seine Legitimationswirkung greift nur, sofern eine den spezifischen Anforderungen des *Art. 6 III DSGVO* genügende Rechtsgrundlage<sup>108</sup> vorliegt.<sup>109</sup> Zudem besteht im Falle rechtmäßiger Datenverarbeitungen auf Basis von *Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO* ein Widerspruchsrecht des Betroffenen gem. *Art. 21 DSGVO*, sofern dessen „besondere Situation“ dies gebietet. Die Interessen des Widersprechenden überwiegen aber nur, wenn die gesteigerte Betroffenheit nicht allgemein aus der – angesichts der gesetzlichen Wertung grundsätzlich zulässigen – Datenverarbeitung resultiert, sondern in der besonderen

persönlichen Situation ähnlich einer atypischen Konstellation fußt.<sup>110</sup>

d) *Exkurs: Speicherung der Videoaufnahmen*. Von der Videoaufsicht als solcher getrennt zu betrachten ist die Frage, inwiefern eine Speicherung der Videoaufnahmen rechtmäßig ist. Dies wird überwiegend, auch von den Befürwortern einer Videoüberwachung, kritisch gesehen.<sup>111</sup> Das *OVG Münster* nimmt zuletzt eine deutlich offensivere Haltung ein und führt aus, dass zwar die Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung und Speicherung im Eilverfahren nicht geklärt werden könne, dass aber sowohl im Hinblick auf etwaige Täuschungsversuche als auch technische Störungen ein legitimes Bedürfnis zur Beweissicherung der sich in der Sphäre des Prüflings abspielenden Umstände bestehe. Dies gelte insbesondere, da die hiermit für den Prüfling verbundenen Belastungen zumutbar erschienen und die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten der Prüfungsbehörde im Vergleich zu Präsenzprüfungen reduziert seien.<sup>112</sup> Die Speicherung der Daten aus der Videoüberwachung begegnet jedoch gewichtigen Bedenken. Insbesondere sind Kontrollmaßnahmen auch im Rahmen von Präsenzprüfungen stets auf momentane und ausschnittsweise Beobachtungen der Aufsichtspersonen im Prüfungssaal beschränkt, so dass kein Anlass besteht, eine nachträgliche und umfassende Überwachung der Online-Prüfung anzustreben.<sup>113</sup> Mit technischen Störungen kann zudem auch ohne eine Speicherung der Daten sinnvoll umgegangen werden (vgl. IV. 1.). Sofern eine Speicherung vorgesehen wird, sollte die Eingriffsintensität jedenfalls möglichst weitgehend reduziert werden, indem zB Zweck, Umfang und Dauer der Speicherung auf das

100 Vgl. zu den Hintergründen der Rechtsprechung des *BVerfG Kühne in Sachs, GG*, 8. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 51 f.

101 *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 38.

102 Vgl. *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2020, 137 (148); *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 29.

103 Vgl. *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 54.

104 In diese Richtung *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 35, 53; *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2020, 137 (147).

105 Vgl. *OVG Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 35, 51, 54.

106 ZB schließt § 6 I 2 BayFEV Raumschans aus. Alternativ könnten für Raumschans konkrete Verdachtsmomente verlangt werden, vgl. *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (81).

107 Vgl. zur Bereitstellung solcher Plätze bei fehlendem Equipment bzw. zur Vermeidung wiederholter Flucht in die technische Störung III. und IV. 1. Siehe hierzu auch *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 29 f.

108 Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage resultiert zudem aus den Anforderungen an die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs, vgl. *Art. 52 I 1 EU-GRCh* oder *Art. 2 I iVm Art. 1 I GG*. Die Rechtsgrundlage muss dabei nicht zwingend ein förmliches Gesetz sein, vgl. *Frenzel in Paal/Pauly*, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO Rn. 36.

109 So stellt § 4 I BayFEV die datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage iSv *Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e, III DSGVO* für die Datenverarbeitung, zB im Rahmen der Videoaufsicht gem. § 6 BayFEV, dar, vgl. S. 4 der Begründung zur BayFEV.

110 Vgl. *Herbst in Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO Rn. 15; deutlich weiter aber *Forgó* in BeckOK/DatenschutzR, Art. 21 DSGVO Rn. 8.

111 Vgl. *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, *OdW* 2020, 137 (146); *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (81); *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 2, 41 ff.

112 *OVG Münster*, Beschl. v. 4.3.2021 – 14 B 278/21.NE, BeckRS 2021, 3495 Rn. 7 ff.

113 Vgl. auch *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (84).



notwendige Minimum begrenzt und hinreichend bestimmt definiert werden.

## 2. Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO

Neben einer Rechtfertigung der Videoaufsicht gem. Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO kommt auch eine Einwilligung gem. Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. a iVm Art. 7 DSGVO in Betracht. Hier bestehen allerdings mehr Unwägbarkeiten für die Prüfungsbehörden. Zunächst ist generell umstritten, inwiefern im Rahmen staatlicher Datenverarbeitung überhaupt eine Berufung auf diesen Erlaubnistatbestand möglich ist, da im Rahmen des Subordinationsverhältnisses zum Bürger gesetzliche Regelungen und keine individuellen „Verhandlungen“ geboten seien<sup>114</sup> – die Systematik der DSGVO spricht jedoch für die Anwendbarkeit von Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. a DSGVO auch im Bereich der öffentlichen Datenverarbeitung im Allgemeinen bzw. des Prüfungsrechts im Besonderen.<sup>115</sup> Unabhängig davon ist bei der Videoaufsicht von Online-Prüfungen fraglich, ob eine hinreichende Freiwilligkeit iSd Art. 4 Nr. 11 DSGVO vorliegt, solange ein gewisser „Druck“ auf die Teilnahme an Online-Prüfungen besteht, indem Präsenzprüfungen nicht bzw. nur mit deutlicher zeitlicher Verzögerung<sup>116</sup> angeboten werden können.<sup>117</sup> Der Ermächtigungstatbestand des Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. a DSGVO dürfte daher größere Bedeutung gewinnen, sobald Präsenzprüfungen wieder verbreitet alternativ (ohne gewichtige zeitliche Verzögerung) angeboten werden können, so dass weniger Bedenken hinsichtlich der Freiwilligkeit der Einwilligung bestehen – nicht zuletzt, da dann auch der Rückgriff auf Online-Prüfungen nicht mehr zwingend und somit auch die Erforderlichkeit iSd Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO infrage gestellt wäre. Doch bereits momentan bestehen durchaus Argumente für die Prüfungsbehörden, eine Einwilligung als zusätzliche Absicherung neben Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. e DSGVO in Betracht zu ziehen.<sup>118</sup> Ein gewisses Subordinationsverhältnis zwischen Prüfling und Prüfungsbehörde im Hinblick auf die Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens im Allgemeinen sowie die Kontrolle der eigenständigen Leistungserbringung im Besonderen ist Prüfungen grundsätzlich inhärent.<sup>119</sup> Die Erwägungsgründe zur DSGVO belegen indes, dass nicht jedes Machtungleichgewicht der Annahme einer freiwillig erteilten Einwilligung entgegensteht.<sup>120</sup> Weiterhin wird durch Online-Prüfungen – jedenfalls solange die Nichtteilnahme prüfungsrechtlich folgenlos bleibt (zB keine Anrechnung auf Wiederholbarkeitsfristen) – kein Zwang ausgeübt, sondern der verfassungsrechtlich fundierte Anspruch auf Durchführung der Prüfung wird gerade verwirklicht und der Rechtskreis des Prüflings damit letztlich erweitert.<sup>121</sup> Dass die Einwilligung gem. Art. 7 III DSGVO jederzeit widerrufen werden kann, steht der Durchführung einer Online-Prüfung mit Videoaufsicht auf Basis der Ermächtigung gem. Art. 6 I UAbs. 1 Buchst. a DSGVO ebenfalls nicht entgegen.<sup>122</sup> Wird die Einwilligung in die Videoüberwachung nach Beginn einer Prüfung widerrufen, ist dies aus prüfungsrechtlicher Sicht als Abbruch der Prüfung einzuordnen, da diese – egal ob mündliche Prüfung oder Klausur – ohne eine Videoaufsicht nicht rechtswirksam durchgeführt werden kann. Sofern die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt von der Prüfung jedoch nicht vorliegen, würde sie damit als nicht bestanden gelten. Hiergegen könnte eingewandt werden, dass auf diese Weise faktisch Druck für den Prüfling bestehe, das Widerrufsrecht nicht auszuüben, was dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit in Art. 7 III 1 DSGVO zuwiderliefe. Aufgrund dieser Vor-

gabe der freien Widerruflichkeit werden etwa auch vertragliche Schadensersatzansprüche sowie Vertragsstrafen infolge eines Widerrufs der Einwilligung als unzulässig angesehen.<sup>123</sup> Dies ist jedoch von hiesiger Problematik zu unterscheiden: Der prüfungsrechtliche Abbruch knüpft – anders als eine etwaige Vertragsstrafe – nicht unmittelbar an den Widerruf der Einwilligung als solchen, sondern an die Beendigung der Prüfung an.<sup>124</sup> Im Übrigen ist diese strenge Differenzierung zwischen prüfungs- und datenschutzrechtlichen Vorgaben auch geboten, um den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit zu gewährleisten, da ansonsten entgegen allgemeiner prüfungsrechtlicher Grundsätze ein im Belieben des Prüflings stehendes Rücktrittsrecht bestünde. Art. 7 III DSGVO dürfte nicht so zu verstehen sein, dass der Widerruf der Einwilligung gänzlich folgenlos bleiben muss.<sup>125</sup>

## 3. Prüfungsrechtliche Relevanz eines datenschutzrechtlichen Verstoßes

Verfahrensfehler können nur dann zur Aufhebung der Prüfungsentscheidung führen, wenn ihr Einfluss auf das Prüfungsergebnis nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>126</sup> Unabhängig von der – hier angenommenen – grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Zulässigkeit einer Videoaufsicht dürften sich etwaige datenschutzrechtliche Verstöße, die insbesondere in der rechtswidrigen Einzelfallgestaltung der Videoaufsicht liegen können, wohl nicht auf das Prüfungsergebnis auswirken und somit prüfungsrechtlich unbeachtlich sein.<sup>127</sup> Prüfungsbehörden müssen diesbezüglich also nicht mit der flächendeckenden Angreifbarkeit von Prüfungsverfahren rechnen.

114 Vgl. zum Meinungsstand *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG, Art. 7 Rn. 13 ff.

115 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 59.

116 Vgl. dazu, ob hierin ein hinreichend gewichtiger Nachteil liegt, der die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließt *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 12.

117 Diese Problematik deutlich identifizierend *Albrecht/Mc Grath/Uphues*, ZD 2021, 80 (83).

118 Wie Art. 6 DSGVO selbst klarstellt, können auch mehrere Erlaubnistatbestände parallel verwirklicht sein, vgl. *Reimer* in *Sydow*, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 8. In diesem Zusammenhang zusätzliche Belehrungspflichten (vgl. Art. 13 DSGVO) annehmend *Hoeren* ua, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, 10.6.2020, 38 f.

119 OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 35, spricht von einem „grundsätzliche[n] Abhängigkeitsverhältnis“, vgl. ebd. Rn. 62.

120 Vgl. Erwägungsgrund 43.

121 *Fehling*, Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz, OdW 2020, 137 (147).

122 Eine andere Ansicht andeutend OVG *Schleswig*, Beschl. v. 3.3.2021 – 3 MR 7/21, BeckRS 2021, 3354 Rn. 59.

123 Vgl. *Heckmann/Paschke* in *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 59.

124 Vgl. zu dieser Überlegung auch *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, Rn. 265 aE zu einer ähnlichen Konstellation (Widerruf einer Einwilligung in die Prüfungsteilnahme nach Prüfungsbeginn auf Basis des MuSchG).

125 So belegt etwa der Ausschluss des Anspruchs auf Löschung bereits erhobener Daten nach widerrufener Einwilligung, sofern die Datenverarbeitung zur Erfüllung anderweitiger Rechtspflichten erforderlich ist (vgl. Art. 17 I Buchst. b, III Buchst. b DSGVO), dass das Datenschutzrecht auch im Rahmen des Widerrufs einer Einwilligung die Wertungen anderer Rechtsregime anerkennt.

126 *BVerwG*, Beschl. v. 8.10.2013 – 6 PKH 7/13, BeckRS 2013, 57724 Rn. 6. Vgl. auch § 46 VwVfG.

127 Vgl. Art. 58, 83 f. DSGVO zu datenschutzrechtlichen Untersuchungs- und Sanktionierungsmöglichkeiten.

## VI. Fazit

Gerade Hochschulen sehen sich der Herausforderung ausgesetzt, den „Massenbetrieb“<sup>128</sup> der Prüfungen auch bei pandemiebedingten Einschränkungen und der Gemengelage der betroffenen Interessen aufrechtzuerhalten. Durch das kooperative und flexible Zusammenwirken aller beteiligten Stellen gelang dies bisher ganz überwiegend. Bestehende prüfungsrechtliche Grundsätze und deren mittlerweile durch die Rechtsprechung jedenfalls teilweise erfolgte Konkretisierung für das

Pandemie-Geschehen bieten dabei Orientierung sowohl für die normative Weiterentwicklung der Prüfungsordnungen als auch den Umgang mit den zahlreichen Einzelfallfragen, mit denen auch in den kommenden Monaten zu rechnen ist. ■

---

<sup>128</sup> So der Präsident der Leibniz Universität Hannover, Professor *Volker Epping*, abgedr. in *Haake*, Prüfungen in der Coronazeit – Aktuelle rechtliche Fragestellungen (Bericht über die Tagung des Vereins zur Förderung des deutschen und internationalen Wissenschaftsrechts eV am 15.1.2021), *OdW* 2021 (iErsch).