

DER HESSISCHE BEAUFTRAGTE FÜR DATENSCHUTZ UND INFORMATIONSFREIHEIT

Handlungsanleitung für Online-Prüfungen an hessischen Hochschulen

1. Einleitung

Elektronische Fernprüfungen sind eine probate Alternative für Präsenzprüfungen. Allerdings müssen hierfür rechtliche, technische und organisatorische Rahmenbedingungen geschaffen werden, um einem Anspruch der Vergleichbarkeit der Prüfumstände und Kontrollen sowie dem Schutz der Grundrechte der betroffenen Studierenden gerecht zu werden. Diese Handlungsanleitung für u.a. Prüferinnen und Prüfer, Hochschul-Datenschutzbeauftragte und anderer Verantwortungsträger soll einen Überblick über die rechtlichen und technisch-organisatorischen Fragestellungen und Möglichkeiten geben, um elektronische Fernprüfungen datenschutzkonform umsetzen zu können.

2. Rechtsgrundlagen

Bis zum 27. Dezember 2021 fanden Fernprüfungen ihre **Rechtsgrundlage** in der **Verordnung über die Durchführung elektronischer Fernprüfungen** vom 8. Dezember 2020 (GVBl. 2020, 944) (FernprüfungsVO). Diese knüpft die Zulässigkeit von elektronischen Fernprüfungen an die Corona-Pandemie. Nach ihrem § 1 Abs. 1 können die Hochschulen „elektronische Fernprüfungen anbieten, soweit Präsenzprüfungen wegen Einschränkungen und Hindernissen aufgrund eines erheblichen Infektionsgeschehens nicht oder nicht für alle Studierenden durchgeführt werden können“. Die Verordnung tritt wegen dieses aktuellen Bezuges nach ihrem § 7 am **31. März 2022 außer Kraft**.

Am 20. September 2021 hat die Hessische Landesregierung eine **Neufassung des Hessischen Hochschulgesetzes** beschlossen, das **am 28. Dezember 2021 in Kraft getreten** ist. Diese regelt in **§ 23 HHG-neu** die Möglichkeit elektronischer Fernprüfungen und löst deren Zulässigkeit von dem Bestehen der Corona-Pandemie. Vielmehr können nach § 23 Abs. 1 HHG-neu die Hochschulen ohne weitere Voraussetzungen „zur Erprobung neuer oder effizienterer Prüfungsmodelle ... vorsehen, dass Prüfungen, die ihrer Natur nach dafür geeignet sind, in elektronischer Form und ohne die Verpflichtung durchgeführt werden können, persönlich in einem vorgegebenen Prüfungsraum anwesend zu sein (elektronische Fernprüfungen)“. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber „eine **dauerhafte, tragfähige Rechtsgrundlage für elektronische Fernprüfungen**“ bieten (Gesetzesbegründung, LT-Drs. 20/6408, S. 86). Die Vorschrift des § 23 HHG-neu ist nicht zeitlich begrenzt.

Die gesetzliche Regelung des § 23 HHG-neu übernimmt die meisten Regelungen der Verordnung. Lediglich Einzelheiten zur zeitlichen Festlegungen der elektronischen Prüfungen (§ 1 Abs. 3 VO), zum Mittel der Identifizierung der zu Prüfenden (§ 1 Abs. 4 VO), zur Videoaufsicht bei nicht zwingenden Prüfungen (§ 4 Abs. 3) sowie zu technischen Störungen (§ 5 VO) werden nicht übernommen. Künftig sollen nach **§ 23 Abs. 6 HHG-neu** die Regelungen in § 23 Abs. 1 bis 5 HHG-neu nicht durch eine Verordnung, sondern durch **Satzungen der Hochschulen konkretisiert** werden, in denen diese das Nähere „insbesondere 1. zur Ausgestaltung der elektronischen Fernprüfung, 2. zur Verarbeitung personenbezogener Daten sowie 3. zum Umgang mit technischen Störungen und Täuschungsversuchen“ regeln. Die Hochschulen sind in ihren Satzungen nicht auf diese drei Themen beschränkt. Vielmehr sieht § 23 HHG-neu zu allen Regelungen in den verschiedenen Absätzen vor,

dass die Hochschulen in ihren Satzungen das jeweils angesprochene Thema regeln können. Die Hochschulen können daher in sich geschlossene systematische Vollregelungen zu den Fragen elektronischer Fernprüfungen treffen.

Das neue HHG ist am 28. Dezember 2021 in Kraft getreten und geht damit der Verordnung über die Durchführung elektronischer Fernprüfungen vor. Nach § 125 Abs. 5 HHG-neu können die Hochschulen „bis zum Erlass von Satzungen nach § 23 Abs. 6, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2022,“ die § 23 HHG-neu ergänzenden Regelungen der bestehenden Verordnung für die Durchführung elektronischer Fernprüfungen anwenden. „Mit dem Inkrafttreten von Satzungen nach § 23 Abs. 6 gehen deren Bestimmungen den Regelungen der Verordnung ... vor.“

Derzeit müssen elektronische Fernklausuren noch der Verordnung über die Durchführung elektronischer Fernprüfungen vom 8. Dezember 2020 entsprechen. Im kommenden Wintersemester werden die meisten elektronischen Fernprüfungen am Ende der Lehrveranstaltungen durchgeführt. Mit dem nun in Kraft getretenen neuen HHG haben elektronische Fernprüfungen dem § 23 HHG-neu zu entsprechen. Da § 23 HHG-neu und die Verordnung die meisten Sachverhalte gleich regeln, orientieren sich die folgenden Erläuterungen zu elektronischen Fernklausuren vorrangig an dem künftig geltenden § 23 HHG-neu.

Handlungsempfehlung für die Hochschulen:

→ Erlass einer Satzung für Fernprüfungen.

3. Konzept und Zulässigkeit der Regelungen

Elektronischen Fernprüfungen können für alle Beteiligten Erleichterungen bringen. Sie müssen aber eine schwierige **Balance zwischen der Chancengleichheit der zu Prüfenden und dem Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte und ihrer informationellen Selbstbestimmung** einhalten. Um dies zu erreichen, sieht das Regelungskonzept des § 23 HHG-neu vor, dass **elektronische Fernprüfungen** nur „**zusätzlich zu entsprechenden Präsenzprüfungen angeboten werden**“ können (§ 23 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz HHG-neu). Elektronische Fernprüfungen sind also immer ein Zusatzangebot, das nicht verpflichtend wahrgenommen werden muss. Um sich entscheiden zu können, welche Prüfungsform sie wählen, sollen die Studierenden „die Möglichkeit erhalten, die Prüfungssituation in Bezug auf die Technik, die Ausstattung und die räumliche Umgebung im Vorfeld der Prüfung zu erproben“ (§ 23 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz HHG-neu).

Die Teilnahme an einer elektronischen Fernprüfung soll somit immer auf **Freiwilligkeit** beruhen. Bezogen auf den Ausdruck der Freiwilligkeit sieht § 23 HHG-neu **zwei Stufen** vor. Die **Freiwilligkeit der Teilnahme** kommt im Regelfall dadurch zum Ausdruck, dass die zu Prüfenden daran teilnehmen, obwohl **zeitgleich eine Präsenzprüfung** angeboten wird, die sie auch hätten wählen können (§ 23 Abs. 5 HHG-neu; Gesetzesbegründung, LT-Drs. 20/6408, S. 86). Wollen sie an einer elektronischen Fernprüfung mit **automatisierter Aufsicht** teilnehmen, darf diese nur erfolgen, wenn sie in diese **ausdrücklich schriftlich eingewilligt** haben. Die Datenverarbeitung bei elektronischen Fernprüfungen beruht somit grundsätzlich auf einer gesetzlichen Erlaubnis, die die Bedingung einer freiwilligen Teilnahme durch ein Alternativangebot sicherstellt. Findet eine automatisierte Auswertung statt, ist hierfür aufgrund des intensiveren Grundrechtseingriffs eine ausdrückliche schriftliche Einwilligung der jeweils teilnehmenden Studierenden erforderlich.

Das von Erwägungsgrund 43 Satz 1 DSGVO angesprochene **Problem, dass eine Einwilligung keine gültige Rechtsgrundlage liefern kann**, wenn „es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde“, **besteht hier nicht**. Zum einen beruht die Datenverarbeitung bei elektronischen Fernprüfungen und der grundsätzlich vorgesehenen Aufsicht nicht auf einer Einwilligung, sondern einer gesetzlichen Grundlage, die allerdings die Freiwilligkeit der Teilnahme durch ein zeitgleiches Alternativangebot sicherstellt. Zum anderen gilt dieses Alternativangebot bei einer automatisierten Auswertung, die von einer ausdrücklichen schriftlichen Einwilligung abhängig gemacht wird. Für diese Einwilligung besteht daher trotz des Machtungleichgewichts zwischen Hochschule und zu prüfender Person „in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall“ eine berechnete Vermutung, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde.

Diese Grundkonzeption des hessischen Gesetzgebers und ihre gesetzliche Regelung sind nach Art. 6 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO sowie Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO unionsrechtlich zulässig. **§ 23 HHG-neu regelt entsprechend dem Wesentlichkeitsprinzip die Grundrechtseingriffe durch Gesetz**. Die Vorschrift enthält eine verfassungsrechtlich zulässige Abwägung zwischen dem Gebot der Chancengleichheit und dem Schutz der Freiheitsrechte der betroffenen Personen (s. hierzu auch Gesetzesbegründung, LT-Drs. 20/6408, S. 86).

Bei der Durchführung der elektronischen Fernprüfungen müssen die **Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art. 5 DSGVO** wie Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Datenrichtigkeit, Speicherbegrenzung und Systemdatenschutz beachtet werden. Die Regelungen des § 23 HHG-neu berücksichtigen dies oder stehen der Erfüllung dieser Grundsätze nicht im Wege.

Als schwierig in der Umsetzung erweist sich der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Dieser erfordert insbesondere, dass für unterschiedliche Prüfungsgegenstände differenzierte Prüfungsmodalitäten umgesetzt und die Überwachungsmaßnahmen an die jeweiligen Prüfungsmodalitäten angepasst werden. So müssen und dürfen bei Open-Book-Arbeiten, bei denen die Nutzung von Hilfsmitteln weitgehend zulässig sind, wesentlich weniger Überwachungsmaßnahmen durchgeführt werden als bei Prüfungen mit streng reglementierten Hilfsmitteln. Deshalb ist es je nach Prüfungsmodalität erforderlich, die **Überwachungsmaßnahmen dem jeweiligen Kontext der Prüfung anzupassen**, was verschiedene Instrumente von Überwachungsmaßnahmen zur Folge haben kann. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit greift auch bei der differenzierten Betrachtung technischer und organisatorischer Prüfungsbedingungen, etwa bei der Auswahl einer möglichst eingriffsarmen Software oder bei der Unterscheidung zwischen in der Privatwohnung oder an der Hochschule durchgeführten elektronischen Fernprüfungen.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- ➔ Elektronische Fernprüfungen nur zusätzlich zu entsprechenden, zeitgleich stattfindenden Präsenzprüfungen anbieten.
- ➔ Einholen einer ausdrücklichen schriftlichen Einwilligung bei elektronischen Fernprüfungen mit automatisierter Aufsicht (siehe auch Kap. 4.5).
- ➔ Sicherstellen, dass die Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art. 5 DS-GVO auch bei elektronischen Fernprüfungen beachtet werden.
- ➔ Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssen insbesondere die Prüfungsmodalitäten (Überwachungsmaßnahmen) dem jeweiligen Kontext der Prüfung angepasst werden.

4. Vorbereitung der elektronischen Fernprüfung

Vor der Durchführung einer elektronischen Fernprüfung müssen **zulässige Softwaresysteme beschafft und Auftragsverarbeitungen vereinbart** werden, die **elektronischen Fernprüfungen passend geplant** werden, die **Studierenden umfassend informiert** werden und ihnen **Gelegenheit zum Erproben** der technischen Bedingungen der Fernprüfung gegeben werden.

4.1 Beschaffung

Die Hochschulen dürfen zur Durchführung elektronischer Fernprüfungen **Software und Dienstleistungen Dritter** einsetzen, die für sie als **Auftragsverarbeiter** tätig werden.

Bei der Auftragserteilung sind die **Vorgaben des Art. 28 DSGVO** zu beachten. Es ist insbesondere ein **Auftragsverarbeitungsvertrag** gemäß Art. 28 Abs. 3 DSGVO abzuschließen. Bei der Auswahl der Auftragsverarbeiter ist darauf zu achten, dass diese in der Lage sind, die datenschutzrechtlichen Anforderungen ohne Einschränkung zu erfüllen. Dies ist bei Auftragsverarbeitern, die personenbezogene Daten in Drittstaaten ohne vergleichbares Datenschutzniveau übertragen, nach dem Schrems-II-Urteils des EuGH (C--311/18) nur zulässig, wenn sie den Zugriff von Behörden dieses Drittstaats auf die Daten durch zusätzliche Schutzmaßnahmen ausschließen. Bei Auftragsverarbeitern, die die Daten zwar in der Europäischen Union verarbeiten, aber anderen Rechtsordnungen unterliegen und von ausländischen Behörden verpflichtet werden können, Daten zu speichern und herauszugeben, ist es in entsprechender Anwendung des **Schrems-II-Urteils** des EuGH zweifelhaft, dass sie in der Lage sind, die datenschutzrechtlichen Anforderungen ohne Einschränkung zu erfüllen.

Die zur Durchführung und Kontrolle der elektronischen Fernprüfungen eingesetzte **Software** muss in der Lage sein, **alle Anforderungen des § 23 HHG-neu** und des **Datenschutzes zu erfüllen**. Insbesondere ist zu prüfen, ob die eingesetzte Software eine **Datenverarbeitung in Drittstaaten** ohne vergleichbares Datenschutzniveau ermöglicht oder erfordert. Dies wäre nach dem Schrems-II-Urteil nur zulässig, wenn zusätzliche Schutzmaßnahmen den Zugriff von Behörden dieses Drittstaats auf die Daten ausschließen. Die Software muss insbesondere in der Lage sein, die **Anforderungen des § 23 Abs. 4 Satz 5 HHG-neu** zu erfüllen. Danach muss sie sicherstellen, dass bei „notwendigen Installationen ... auf den elektronischen Kommunikationseinrichtungen der Studierenden

1. die Funktionsfähigkeit der elektronischen Kommunikationseinrichtung ausschließlich während der Prüfung und nur in dem zur Sicherstellung der Authentifizierung und zur Unterbindung von Täuschungshandlungen erforderlichen Umfang beeinträchtigt wird,
2. die Vertraulichkeit der auf der Kommunikationseinrichtung befindlichen Informationen sowie die Informationssicherheit der elektronischen Kommunikationseinrichtung nicht beeinträchtigt werden und
3. eine vollständige Deinstallation nach der Fernprüfung möglich ist.“

Sie muss außerdem ermöglichen, dass alle Daten differenziert zum jeweils frühestmöglichen Zeitpunkt gelöscht werden können (**§ 23 Abs. 4 Satz 4 HHG-neu**).

Die eingesetzte Software und der eingesetzte Auftragsverarbeiter müssen sicherstellen, dass die **Rechte der betroffenen Person nach Art. 15 bis 18 DSGVO** auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und Einschränkung erfüllt werden können.

Die elektronischen Fernprüfungen müssen nach § 23 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz HHG-neu **diskriminierungs- und** entsprechend den Bedürfnissen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer **barrierefrei** durchgeführt werden können.

Auf Antrag ist nach **§ 23 Abs. 4 Satz 6 HHG-neu** Studierenden die zur Ablegung der Fernprüfung **erforderliche elektronische Kommunikationseinrichtung durch die Hochschule zur Verfügung zu stellen**.

Alle diese Anforderungen müssen in der Ausschreibung des Auftrags für eine Aufsichtssoftware, das Kommunikationssystem sowie möglichen Verarbeitungsaufträgen aufgenommen und vor dem Zuschlag sorgfältig geprüft werden. Werden bereits solche Systeme oder Dienstleister eingesetzt, ist zu prüfen, ob die Software weiterhin genutzt und die Dienstleister weiterhin beauftragt werden können. Die fehlende Berücksichtigung dieser Vergabekriterien bei Abschluss der Verträge kann nicht dazu führen, dass sie bis zum Laufzeitende der Verträge genutzt werden können.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

Bei der Beschaffung von Software und Dienstleistungen Dritter im Zusammenhang mit Fernprüfungen ist folgendes zu bedenken:

- ➔ Vorgaben des Art. 28 (Auftragsverarbeitung) DS-GVO müssen Beachtung finden.
- ➔ Anforderungen des § 23 HHG-neu und des Datenschutzrechts (insb. Schrems-II-Urteil zur Drittstaatenübermittlung) müssen erfüllt werden.
- ➔ Es muss sichergestellt werden, dass die Betroffenenrechte nach Art. 15-18 DSGVO erfüllt werden können.
- ➔ Elektronische Fernprüfungen müssen diskriminierungs- und barrierefrei durchgeführt werden.
- ➔ Es muss sichergestellt werden, dass den Studierenden auf Antrag die zur Ablegung der Fernprüfung erforderliche Kommunikationseinrichtung zur Verfügung gestellt werden können.

4.2 Planung

Elektronische Fernprüfungen dürfen nach § 23 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz HHG-neu nur **„zusätzlich“ zu entsprechenden Präsenzprüfungen** angeboten werden. Denn die Teilnahme an elektronischen Fernprüfungen soll nach § 23 Abs. 5 Satz 1 HHG-neu nur „auf freiwilliger Basis“ möglich sein. Eine **freiwillige Teilnahme** – so definiert § 23 Abs. 5 Satz 2 HHG-neu – liegt vor, „wenn eine **termingleiche Präsenzprüfung** als Alternative angeboten wird“. „Termingleich“ sind nach § 23 Abs. 5 Satz 3 HHG-neu „Prüfungen, die innerhalb desselben Prüfungszeitraums unter strenger Beachtung der Grundsätze der Chancengleichheit stattfinden“. Weder das Gesetz noch seine Begründung definieren, was unter **demselben Prüfungszeitraum** zu verstehen ist. Manche Hochschulen interpretieren dies als den kompletten Zeitraum, in dem in demselben Semester Prüfungen durchgeführt werden können. Damit könnten zwischen der Präsenzprüfung und der elektronischen Fernprüfungen Wochen liegen. Eine zeitliche Diskrepanz zwischen beiden Prüfungsformen könnte jedoch die Freiwilligkeit der Entscheidung der Studierenden massiv beeinflussen und die Freiwilligkeit der Entscheidung, die ja gerade durch diese Festlegung der Gleichzeitigkeit gesichert werden soll, in Frage stellen. Würde z.B. die elektronische Fernprüfung mit spürbarem zeitlichen Abstand nach der Präsenzprüfung liegen, hätten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an der elektronischen Fernprüfungen den Vorteil, sich länger auf die Prüfung vorbereiten zu können. Denn die spätere Prüfung – auch wenn sie einen anderen Inhalt hat – muss, um

vergleichbar zu sein, den gleichen Charakter haben, die gleiche Prüfungsformen (z.B. Freitext, Lückentext und Multiple Choice) nutzen, den gleichen Detaillierungsgrad der Fragen beinhalten, einen vergleichbaren Zeitraum für die Beantwortung der einzelnen Frage vorsehen und viele andere Gemeinsamkeiten aufweisen, deren Kenntnis die Vorbereitung erleichtert. Auch kann ein anderer Tag oder eine andere Uhrzeit für die Studierenden entscheidend sein. Alle diese Aspekte können die Freiwilligkeit der Entscheidung für die Wahl der Prüfungsform gefährden. Sie werden ausgeschaltet, wenn die Präsenz- und die elektronische Fernprüfungen zeitgleich durchgeführt werden. „Derselbe Prüfungszeitraum“ ist daher so zu verstehen, dass beide Prüfungen zur gleichen Zeit angesetzt sein müssen und nur gleich lang dauern dürfen. Sollte die elektronischen Fernprüfung wegen technischer Störungen wiederholt werden müssen, genügt es, dass beim ersten Versuch eine zeitgleiche und diskriminierungsfreie Präsenzprüfung angeboten worden ist. Entscheidend ist, dass die zu prüfende Person zum Zeitpunkt der verbindlichen Anmeldung zur Prüfung eine Wahlmöglichkeit hatte und sich dennoch für die elektronischen Fernprüfung entschieden hat.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- Fernprüfungen und Präsenzprüfungen müssen zur gleichen Zeit und für die gleiche Dauer angesetzt werden.

4.3 Information

Das **Angebot einer elektronischen Fernprüfung soll möglichst frühzeitig festgelegt werden**. Die Bestimmung von § 1 Abs. 3 FernprüfungsVO, nach der die elektronische Fernprüfung „grundsätzlich vor Beginn der Lehrveranstaltungen des betreffenden Semesters“, jedenfalls aber „vor Ablauf der für die jeweilige Präsenzprüfung geltenden Anmeldefrist“ festzulegen ist, hat § 23 HHG-neu nicht übernommen. Eine solche Regelung könnte aber **Gegenstand einer Satzung** der Hochschule zur Durchführung von elektronischen Fernprüfungen sein. Auch ohne eine solche Regelung muss das Angebot einer elektronischen Fernprüfung ausreichend vor dem Termin zur verbindlichen Anmeldung zur Prüfung bekannt gegeben werden, damit die Studierenden genügend Zeit für die Wahl zwischen den beiden Prüfungsformen Präsenzprüfung und elektronische Fernprüfung haben.

Jedenfalls sind die Studierenden nach **§ 23 Abs. 5 Satz 4 HHG-neu** „bei der Festlegung der Möglichkeit einer elektronischen Fernprüfung über

1. die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten, insbesondere den Verarbeitungszweck, die Lösungsfristen und die Betroffenenrechte,
 2. die technischen Anforderungen an die einzusetzenden Kommunikationseinrichtungen, die für eine ordnungsgemäße Durchführung der elektronischen Fernprüfung erfüllt sein müssen, sowie
 3. die organisatorischen Bedingungen für eine ordnungsgemäße Durchführung der elektronischen Fernprüfung
- zu informieren“.

Zu den organisatorischen Bedingungen gehören etwa auch die Möglichkeit, die Technik, die Ausstattung und die räumliche Umgebung im Vorfeld der Prüfung zu erproben (s. Kap. 4.4), die Konsequenzen eines Widerrufs der Einwilligung in die automatisierte Auswertung der elektronischen Fernprüfung (s. Kap. 4.5) und die Folgen einer Störung (s. Kap. 7).

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- Das Angebot einer elektronischen Fernprüfung muss ausreichend vor dem Termin zur verbindlichen Anmeldung zur Prüfung bekannt gegeben werden.
- Der Zeitpunkt der Bekanntgabe einer elektronischen Fernprüfung sollte Gegenstand einer Satzung der Hochschule zur Durchführung von elektronischen Fernprüfungen sein.

4.4 Erprobung

Ausreichend „**vor Ablauf der für die jeweilige Präsenzprüfung geltenden Anmeldefrist**“ sollen die **Studierenden** nach § 23 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz HHG-neu die Möglichkeit erhalten, „die **Prüfungssituation** in Bezug auf die Technik, die Ausstattung und die räumliche Umgebung im Vorfeld der Prüfung zu **erproben**“. Sie sollen danach frei und informiert darüber entscheiden können, ob sie an der elektronischen Fernprüfung oder an der Präsenzprüfung teilnehmen.

4.5 Einwilligung

Da eine **automatisierte Aufsicht** nach § 23 Abs. 4 Satz 4 erster Halbsatz HHG-neu nur erfolgen darf, wenn zuvor die **ausdrückliche schriftliche Einwilligung der Studierenden** für die jeweilige elektronische Fernprüfung erfolgt ist, sind die Einwilligungen der angemeldeten Teilnehmer rechtzeitig vor der Fernprüfung einzuholen. Zuvor sind jedoch die Studierenden nach § 23 Abs. 5 Satz 4 zweiter Halbsatz HHG-neu „vor Erteilung der Einwilligung“ nach § 7 DSGVO „über die Wirkungsweise einer automatisierten Videoaufsicht und die bestehenden Möglichkeiten zur Ablegung einer Präsenzprüfung zu unterrichten“. Die schriftliche Einwilligung kann ohne Medienbruch auch durch eine elektronische Erklärung erteilt werden. Die Hochschule ist jedoch verpflichtet, die Erteilung der Einwilligung im Einzelfall nachzuweisen. Sie hat die Einwilligung „in beweisgeeigneter Weise zu dokumentieren“ (Gesetzesbegründung, LT-Drs. 20/6408, S. 86).

Die Einwilligenden haben jederzeit die Möglichkeit, die **Einwilligung zu widerrufen**, können dann aber auch nicht an der elektronischen Fernprüfung mit automatisierter Aufsicht teilnehmen. Da ein Widerruf nur für die Zeit nach seinem Zugang rechtliche Wirkung entfalten kann, kann ein Widerruf nach der elektronischen Fernprüfung nur dazu führen, dass die spezifischen Daten und Aufzeichnungen der betroffenen Person unverzüglich zu löschen sind. Unabhängig davon, ob der Widerruf vor oder nach der Prüfung erfolgt, fehlt es an einer wichtigen Bedingung für die Teilnahme an der Prüfung, nämlich an einer zulässigen automatisierten Auswertung, so dass die Prüfung nicht gewertet werden kann. Allgemeine Aufzeichnungen und Daten zur elektronischen Fernprüfung, die auch weitere Personen betreffen, müssen nicht gelöscht werden. Erfolgt der Widerruf vor der Prüfung, steht der betroffenen Person frei, an der Präsenzklausur teilzunehmen, wenn sie sich rechtzeitig zu der Prüfung an sich angemeldet hat.

5. Aufsicht über elektronischen Fernprüfungen

Um die **Chancengleichheit** zwischen den Teilnehmenden an Präsenzprüfungen und an elektronischen Fernprüfungen zu gewährleisten, müssen die Hochschulen nach § 23 Abs. 2 Satz 1 HHG-neu die notwendigen Maßnahmen treffen, um die **Identität der teilnehmenden Person** während der gesamten Prüfung festzustellen und **Täuschungshandlungen** zu unterbinden. Dies erfolgt im Regelfall durch eine geeignete Prüfungsaufsicht. Dabei müssen die Hochschulen je nach **Erfordernis** und unter Berücksichtigung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** die geeigneten Kontrollmodalitäten wählen. Diese müssen sich an den Kontrollmöglichkeiten im Rahmen einer Präsenzprüfung ausrichten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Unterschiede der konkreten Situation, also

Präsenz- versus Fernprüfung, eine absolute Vergleichbarkeit nicht zulassen. Vielmehr müssen die Kontrollmaßnahmen den Täuschungsmöglichkeiten entsprechen und daher unterschiedlich sein. **Vergleichbar müssen sie aber im Kontrollniveau** sein. Es liegt an den Verantwortungsträgern, im Rahmen ihres Ermessens die Kontrollmechanismen so zu gestalten, dass die Vergleichbarkeit und Angemessenheit der Maßnahmen weitgehend gewährleistet ist.

§ 23 Abs. 3 HHG-neu unterscheidet zwischen einer Aufsicht durch Menschen und einer Aufsicht durch Automaten.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- Die Hochschulen müssen bezogen auf die Prüfungsaufsicht ein vergleichbares Kontrollniveau zwischen Präsenz- und Fernprüfungen schaffen.

5.1 Aufsicht durch Menschen

Der **Regelfall** soll nach § 23 Abs. 3 Satz 1 erster Halbsatz HHG-neu die **Prüfungsaufsicht durch Personal der Hochschule** sein. Damit die Aufsichtsführenden in einer elektronischen Fernprüfung die Leistung der zu Prüfenden wie in einer Präsenzprüfung beobachten können, sieht § 23 Abs. 2 Satz 2 erster Halbsatz HHG-neu vor, dass sie die Studierenden insbesondere dazu verpflichten können,

„1. die **Kamera- und Mikrofonfunktion** der zur Prüfung eingesetzten Kommunikationseinrichtungen zu aktivieren und

2. den **Funktionsumfang ihrer elektronischen Kommunikationseinrichtungen** während der Prüfung in dem zur Sicherstellung der Authentifizierung und zur Unterbindung von Täuschungshandlungen erforderlichen Umfang **einzuschränken**“.

Um Täuschungshandlungen zu verhindern, kann es erforderlich sein, dass Studierende **Software heruntergeladen** müssen, die es anzeigt oder es ausschließt, wenn andere Anwendungen auf dem Computersystem der Studierenden genutzt werden, die als unzulässige Hilfsmittel angesehen werden müssen. Es sind jedoch **keine Aufzeichnungen der elektronischen Fernprüfungen zulässig**. Vielmehr ist die Aufsicht – wie in Präsenzprüfungen – auf das Sehen und Hören der Aufsichtsführenden beschränkt. Im Täuschungsfall können sie – ebenfalls wie in Präsenzprüfungen – als Zeugen fungieren und das Erlebte in einem Prüfungsprotokoll festhalten. Ausforschungen auf den Computern der Studierenden, die über die genannten Datenerhebungen hinausgehen, sind ebenfalls unzulässig.

Der Zwang, die Kamera- und Mikrofonfunktion zu aktivieren und die Beschränkung der Computerfunktionalitäten zu dulden, ist ein Eingriff in die Grundrechte der informationellen Selbstbestimmung und der Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität selbstgenutzter informationstechnischer Systeme. Wenn die elektronische Fernprüfung in Privaträumen der Studierenden erbracht wird, liegt auch ein Eingriff in deren Privatsphäre vor. Daher sieht § 23 Abs. 3 Satz 3 HHG-neu als Generalklausel zum Schutz der betroffenen Grundrechte vor, dass „die Videoaufsicht ... so einzurichten (ist), dass der **Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu den berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt** werden“. Daher ist bei jeder Aufsichtsmaßnahme intensiv danach zu forschen, ob die Aufdeckung oder Unterbindung von Täuschungshandlungen auch mit weniger eingriffsintensiven Maßnahmen erreicht werden kann. Die Aufsichtsführenden müssen immer die effektive Maßnahme wählen, die mit dem geringsten Eingriff verbunden ist. Unzulässig ist danach etwa ein 360-Grad-Scan des Raums, in dem die zu prüfende Person ihre Prüfungsleistung erbringt.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- ➔ Die Prüfungsaufsicht erfolgt auch bei Fernprüfungen im Regelfall durch Personal der Hochschulen, sodass sichergestellt werden muss, dass am Prüfungstag genügend Personal zur Verfügung steht, damit gleichzeitig eine Präsenz- und eine Fernprüfung beaufsichtigt werden kann.
- ➔ Es sollte frühzeitig sichergestellt werden, dass die Fernprüfungssoftware auf das Sehen und Hören im Live-Betrieb beschränkt ist und keine Aufzeichnung der Fernprüfung stattfindet.
- ➔ Es sollten Handlungsanweisungen für die aufsichtsführenden Personen bei Fernprüfungen erstellt werden, die den Umgang mit Täuschungsverdachtsmomenten festlegen und gewährleisten, dass kein unangemessener Eingriff in die Grundrechte der Prüfungsteilnehmenden stattfindet.

5.2 Automatisierte Aufsicht

Mit noch **stärkeren Eingriffen in die Grundrechte** der Studierenden ist eine **automatisierte Aufsicht** verbunden, die Funktionen künstlicher Intelligenz nutzt. Solchen automatisierten Verfahren ist im Regelfall ein **Überwachungsüberschuss** eigen, der unterbunden werden muss. Automatisierte Formen der Aufsicht sind daher **nur im begründeten Ausnahmefall und nur unter besonderen Schutzvorkehrungen zulässig**. Sie sind nach § 23 Abs. 3 Satz 1 erster Halbsatz HHG-neu nur möglich, „soweit dies notwendig ist“. Als Beispiel für eine solche Notwendigkeit nennt die Vorschrift, dass „hohe Teilnehmerzahlen eine zeitgleiche Aufsicht durch Hochschulpersonal ausschließen“. Eine solche Aufsicht ist erst dann ausgeschlossen, wenn unter keinen Umständen mehr geeignete Personen für die Prüfungsaufsicht in der Hochschule abgestellt werden können. Hierbei darf nicht auf das prüfende Fachgebiet oder das Institut der prüfenden Person abgestellt werden. Vielmehr sind mindestens alle geeigneten Personen eines Fachbereichs zu berücksichtigen, die für 60 oder 90 Minuten als Aufsichtspersonal aushelfen könnten. In diesem Fall hat die Hochschule sicherzustellen, dass geeignete Personen für die Aufsicht verpflichtet werden können. Die Voraussetzungen für eine automatisierte Aufsicht werden daher nur in den seltensten Fällen vorliegen.

Die automatisierte Aufsichtsfunktion soll die beteiligten Aufsichtspersonen auf Auffälligkeiten hinweisen und den Fokus ihrer Aufmerksamkeit auf solche Vorfälle konzentrieren. Automatismus und Aufsichtspersonen können sich in dieser Aufsichtskonstellation die „Arbeit teilen“. Die automatisierte Aufsicht verfolgt gleichzeitig alle zu Prüfenden, während sich die Aufsichtspersonen auf Verdachtsfälle von Täuschungshandlungen konzentrieren. Eine **Aufzeichnung der elektronischen Fernprüfung findet auch in dieser Aufsichtsform nicht statt**.

Eine **Videoaufsicht unter Zuhilfenahme einer automatisierten Auswertung von Bild- und Ton-Daten, die während der elektronischen Fernprüfungen aufgenommen worden sind, darf als weitere Steigerung der Eingriffsintensität** nach § 23 Abs. 3 Satz 2 erster Halbsatz HHG-neu „nur erfolgen, wenn besondere Umstände eine herkömmliche Videoaufsicht ausschließen“. Welche „besonderen Umstände“ gemeint sind, erläutert weder die Vorschrift noch ihre amtliche Begründung. Sie müssen aber zu den in § 23 Abs. 3 Satz 1 zweiter Halbsatz HHG-neu genannten Voraussetzungen für eine automatisierte Aufsicht hinzukommen. Ansonsten wären die zwei Regelungen zur automatisierten Aufsicht in Satz 1 zweiter Halbsatz und Satz 2 erster Halbsatz nicht notwendig. Beispiele für die Voraussetzungen einer zulässigen Aufzeichnung und anschließender Auswertung können nur in den besonderen Umständen der Prüfungssituation liegen, die den aufsichtsführenden Personen trotz automatisierter Hinweise nicht ermöglichen, während der Prüfung mögliche Täuschungsversuche zu erkennen. Keine „besonderen Umstände“ liegen vor, wenn zu wenig Aufsichtspersonal zu Verfügung steht oder wenn die Aufzeichnung und Auswertung nur die

Aufsicht erleichtern soll. Ist eine automatisierte Auswertung beabsichtigt, ist dies nur zulässig, wenn die oder der Datenschutzbeauftragte, die oder der Antidiskriminierungsbeauftragte und die oder der Beauftragte für Studierende mit Behinderung oder chronischen Erkrankungen der Hochschule in die Entscheidung, diese Form der automatisierten Aufsicht anzuwenden, einbezogen sowie diese Einbeziehung und das Vorliegen „besonderer Umstände“ nach § 23 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz HHG-neu dokumentiert worden sind. Dadurch wird verhindert, dass vorschnell „besondere Umstände“ angenommen werden und dass die Entscheidung für diese besondere Form der automatisierten Aufsicht nachträglich überprüft werden kann.

Die **Aufzeichnung und Auswertung muss in besonderer Weise das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und des Minimierungsgebots beachten**. Um dies sicherzustellen, sollte jede Hochschule in ihrer Satzung nach § 23 Abs. 6 HHG-neu die Parameter festlegen, die aufgezeichnet und ausgewertet werden dürfen. Dies ist unter Anwendung strenger Kriterien abhängig von den spezifischen Eigenschaften der Prüfung nach der unbedingten Erforderlichkeit für das Erkennen von Täuschungshandlungen zu bestimmen. Dies könnte neben der Aufzeichnung der Audio- und Videosignale etwa die Erfassung des Bildschirminhalts und der Kopie- und Einfügen-Funktion betreffen. Unzulässig dürfte dagegen die Erfassung des Internetverkehrs, der Tastenanschläge, der Mausebewegungen oder der Kopf- und Augenbewegungen sein.

Zulässig ist jede Form der automatisierten Aufsicht nach § 23 Abs. 4 Satz 4 erster Halbsatz HHG-neu nur dann, wenn die betroffenen Studierenden in sie **ausdrücklich schriftlich eingewilligt** haben. Wollen sie keine automatisierte Aufsicht akzeptieren, können sie die Prüfungsleistung in der gleichzeitig stattfindenden Präsenzprüfung erbringen.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- ➔ Es ist zu für jede Fernprüfung im Einzelfall zu prüfen, ob der Einsatz einer automatisierten Aufsicht notwendig ist. Die Begründung der Notwendigkeit ist zu dokumentieren.
- ➔ Für jede Fernprüfung im Einzelfall wird geprüft, ob über die automatisierte Aufsicht hinaus zusätzlich noch eine automatisierte Auswertung von Bild- und Ton-Daten zum Einsatz kommen muss. Sofern dies notwendig ist, sollten die Hochschulen per Satzungsregelung festlegen, welche Parameter bei einer solchen Auswertung berücksichtigt werden können. Behördliche Datenschutzbeauftragte, Antidiskriminierungsbeauftragte und Beauftragte für Studierende mit Behinderung oder chronischen Erkrankungen der Hochschule werden eingebunden.
- ➔ Vor Fernprüfungen mit automatisierter Aufsicht muss die Einwilligung der Prüfungsteilnehmenden eingeholt werden.

6. Nach Durchführung der elektronischen Fernprüfung

Unmittelbar nach Abschluss der Fernprüfung muss nach § 23 Abs. 4 Satz 5 Nr. 3 HHG-neu eine **vollständige Deinstallation der auf die Computer der Studierenden aufgebrachten Aufsichtssoftware** erfolgen.

Nach § 23 Abs. 4 Satz 1 HHG-neu dürfen die Hochschulen im Rahmen elektronischer Fernprüfungen personenbezogene Daten zu Prüfungszwecken verarbeiten, soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung zwingend erforderlich ist. Der Name der geprüften Person, das Datum der Prüfung, das Modul, die erstellte Prüfungsleistung und die Protokolle der Prüfung mit den darin festgehaltenen Vorfällen während der Prüfung und weitere Informationen dürfen wie bei Präsenzprüfungen mit den vorgesehenen Speicherfristen gespeichert werden.

Nur **bei elektronischen Fernprüfungen entstehen** auch durch die Aufsicht über die Fernprüfung **zusätzliche Daten**. Für diese gilt wie für alle Daten, die nicht mehr erforderlich sind, dass sie nach Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO zu **löschen** sind. Dies heißt für alle Prüfungen ohne Auffälligkeiten, dass alle Daten der Klausuraufsicht innerhalb von 24 Stunden nach dem Abschluss der Fernprüfung zu löschen sind. Diese Frist gibt genügend Zeit, die Erkenntnisse und Eindrücke verschiedener Aufsichtspersonen abzugleichen und mit dem Verantwortlichen der Fernprüfung zu besprechen. Besteht die Erkenntnis einer Täuschung oder eines Täuschungsversuchs, dürfen die zum Beweis erforderlichen Daten aufgehoben werden, bis der Verdacht geklärt und die Entscheidung über das Bestehen der Prüfung getroffen worden ist.

§ 23 Abs. 4 Satz 4 zweiter Halbsatz HHG-neu regelt ausdrücklich für **personenbezogene Daten**, die bei einer **automatisierten Videoaufsicht** verarbeitet werden, dass sie nicht länger gespeichert werden dürfen, als dies zu Kontrollzwecken unbedingt erforderlich ist, und zum **frühestmöglichen Zeitpunkt zu löschen** sind. Auch hier dürfte ohne Auffälligkeiten in der Aufsicht eine maximale Frist von 24 Stunden adäquat sein und nur im Verdachtsfall eine längere Aufbewahrung von Beweismitteln zulässig sein.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- ➔ Die Hochschulen sollten frühzeitig durch geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass im Nachgang einer Fernprüfung die dabei verarbeiteten personenbezogenen Daten entsprechend ihrer jeweils angemessenen Löschfristen vollständig gelöscht werden.
- ➔ Die Aufsichtssoftware sollte so gewählt werden, dass sie vollständig von den Endgeräten der Studierenden entfernt werden kann.

7. Technische Störungen

Den **Umgang mit technischen Störungen regelt § 23 HHG-neu nicht**. Eine Grundregel für den Umgang mit diesem Problem enthält jedoch **§ 5 Abs. 1 FernprüfungsVO**, der bis zum Erlass einer **Satzung der Hochschule**, längstens jedoch bis zum 31.12.2022 weitergilt. „Ist die Übermittlung der Prüfungsaufgabe, die Bearbeitung der Prüfungsaufgabe, die Übermittlung der Prüfungsleistung oder die Videoaufsicht zum Zeitpunkt der Fernprüfung bei einer Fernklausur technisch nicht durchführbar, wird die Fernprüfung im jeweiligen Stadium beendet und die Prüfungsleistung nicht gewertet. Der Prüfungsversuch gilt als nicht unternommen. Dies gilt nicht, wenn Studierende die Störung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben.“ Ungeregelt bleibt, ob die Hochschule, die die Beweislast dafür trägt, personenbezogene Daten speichern darf, mit denen sie Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen kann. Ohne entsprechenden Erlaubnistatbestand ist das zu verneinen. Auf berechnete Interessen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO kann sie sich nach UAbs. 2 nicht berufen. Sie wird versuchen müssen, den Nachweis durch nicht personenbezogene Daten zu führen, was ihr leichter fallen dürfte, wenn sie das Videokonferenzsystem selbst betreibt. Steht fest, dass die Prüfung nicht gewertet wird, sind alle bis dahin gespeicherten Daten der Prüfung zu löschen.

Handlungsempfehlungen für die Hochschulen:

- ➔ Es sollte eine Satzungsregelung getroffen werden, wie mit technischen Störungen bei Fernprüfungen umgegangen wird.
- ➔ Ein Prozess zum Nachweis von fahrlässiger oder vorsätzlicher Verursachung technischer Störungen bei Fernprüfungen sollte festgelegt werden. Dieser sollte ohne personenbezogene Daten geführt werden.

8. Weitere Regelungen für elektronische Fernprüfungen

Konkretisierungen der Regelungen des § 23 HHG-neu sollen nach Abs. 6 durch Satzungen der Hochschulen erfolgen. Sie können bis zum 31.12.2022 die wenigen Konkretisierungen der FernprüfungsVO anwenden, müssen aber vor diesem Enddatum Satzungen erlassen haben, die eine Vollregelung der jeweiligen Hochschule zu elektronischen Fernprüfungen enthalten und insbesondere Spezifika von Fernprüfungen genauer regeln (s. Kap. 2). Sie können dadurch Erfahrungen, die sie bis dahin mit elektronischen Fernprüfungen gesammelt haben, berücksichtigen und in ihre Satzungsregelungen eingehen lassen.

Stand: 08. März 2022