

## **Memorandum**

Von: Dr. Moritz Indenhuck  
Thomas Britz  
Jan Max Wettlaufer

An: Stefan Kubica  
Thomas Hüsing

Datum: 10. Mai 2022

Akte: 12894/22-MIN

## **Maßnahmen zur Täuschungsabwehr bei Fernprüfungen**

---

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Executive Summary .....</b>	<b>4</b>
<b>B. Sachverhalt und Fragestellung .....</b>	<b>7</b>
I. Spezifikation für die Durchführung von Fernprüfungen .....	7
1. Vorbereitung elektronische Aufsicht .....	8
2. Identitätsfeststellung .....	8
2.1 „Händisch“ durch Prüfungspersonal .....	8
2.2 Automatisiert durch Gesichtserkennung .....	9
3. Prüfungsaufsicht .....	9
3.1 Videoaufsicht .....	10
3.2 Audioaufsicht .....	10
3.3 Anlassbezogene Täuschungskontrolle .....	10
3.4 Automatisierte Täuschungskontrolle .....	12
3.5 Protokollierung .....	12
4. Prüfungsnachbereitung .....	13
II. Hochschulrechtlicher Rahmen .....	13

III.	Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur .....	14
IV.	Fragestellung .....	15
<b>C.</b>	<b>Rechtliche Würdigung .....</b>	<b>15</b>
I.	Datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung .....	15
1.	Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Durchführung von Fernprüfungen.....	15
2.	Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO .....	17
2.1	Freiwilligkeit .....	17
2.1.1	Fehlende Freiwilligkeit aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses? .....	18
2.1.2	Alternative Präsenzprüfung .....	18
2.1.3	Gleichwertige Alternative zur Präsenzprüfung.....	19
2.1.4	Keine unzulässige Beeinflussung der Studierenden .....	20
2.1.5	Ausreichend zeitlicher Vorlauf .....	20
2.1.6	Keine Einwilligung in exzessive Maßnahmen.....	21
a)	Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Vorbereitung der elektronischen Aufsicht .....	22
b)	Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Identitätsfeststellung .....	22
c)	Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Audio- und Videoaufsicht sowie der anlassbezogenen Täuschungskontrolle .....	24
d)	Erforderlichkeit der nicht nur vorübergehenden Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen.....	25
e)	Erforderlichkeit der Auswertung der Tastaturanschläge .....	26
f)	Erforderlichkeit der Verhinderung unerlaubter Prozesse auf dem Prüfungscomputer .....	26
g)	Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Protokollierung .....	27
h)	Zwischenfazit .....	27
2.1.7	Sonderfall: Online-Studiengänge.....	27
2.2	Informiertheit und Transparenz .....	28
2.3	Widerruflichkeit der Einwilligung .....	31
2.4	Formelle Anforderungen .....	31
2.5	Zwischenergebnis .....	31
3.	Verarbeitung im öffentlichen Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO .....	32
3.1	Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen Befugnisnorm.....	32
3.2	Erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse .....	35
3.2.1	Geeignetheit .....	36

a)	Geeignetheit der Verarbeitung bei der Vorbereitung der elektronischen Aufsicht.....	36
b)	Geeignetheit der Verarbeitung bei der Identitätsfeststellung .....	37
c)	Geeignetheit der Verarbeitung bei der Audio- und Videoaufsicht sowie der anlassbezogenen Täuschungskontrolle .....	38
d)	Geeignetheit der nicht nur vorübergehenden Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen.....	38
e)	Geeignetheit der Auswertung der Tastaturanschläge.....	39
f)	Geeignetheit der Verhinderung unerlaubter Prozesse auf dem Prüfungscomputer .....	39
g)	Geeignetheit der Verarbeitung bei der Protokollierung .....	39
h)	Zwischenfazit .....	40
3.2.2	Keine ebenso effektiven aber weniger invasiven Alternativmaßnahmen.....	40
3.2.3	Verhältnismäßigkeit.....	41
a)	Verarbeitungsinteresse der Hochschule.....	41
b)	Schutzinteressen der Betroffenen .....	43
c)	Abwägungskriterien.....	44
aa)	Erwartungshaltung der Studierenden.....	44
bb)	Alternative Präsenzprüfung.....	44
cc)	Live-Aufsicht und Videoaufzeichnungen.....	45
dd)	Keine Unzulässige Diskriminierung.....	45
ee)	Alternative Prüfungsmodi.....	45
ff)	Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz personenbezogener Daten.....	46
d)	Konkrete Abwägung im Einzelfall .....	46
II.	Zusätzlich Anforderung bei der Verarbeitung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten gemäß Art. 9 DSGVO .....	47
1.	Bloße Videoübertragung.....	47
2.	Gesichtserkennung.....	48
2.1	Begriff der biometrischen Daten .....	48
2.2	Ausdrückliche Einwilligung (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO) .....	49
III.	Zusätzliche Anforderungen bei der Verarbeitung des Lichtbildausweises .....	49
IV.	Auftragsverarbeitung und Datenübermittlung in Drittländer .....	50
1.	Stufe 1: Auftragsverarbeitung.....	50
2.	Stufe 2: Übermittlung in Drittländer.....	50
V.	Besondere Anforderung nach TTDSG .....	51

## A. Executive Summary

- 1 Die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen sind in aller Regel mit einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch die Hochschule verbunden (Rn. 53 ff.).
- 2 Als Verarbeitungsgrundlage kommen entweder die Einwilligung der Studierenden gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO (Rn. 61 ff.) oder die Verarbeitung in Wahrnehmung öffentlicher Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO (Rn. 114 ff.) in Betracht.
- 3 Sofern die Verarbeitung auf eine **Einwilligung** gestützt werden soll, sind folgende Punkte zu beachten:
  - Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Studierende gegenüber der Hochschule freiwillig in die Datenverarbeitung für Online-Prüfungen einwilligen können (Rn. 63 ff.). Das grundsätzliche Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hochschulen und Studierenden steht einer freiwilligen Einwilligung nicht entgegen, wenn die Studierenden zwischen Online- und Präsenzprüfung frei wählen können (Rn. 67 ff.).
  - Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO muss die Datenverarbeitung dem Zweck angemessen und auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein (Rn. 76 ff.). Mit Blick auf die in der Spezifikation beschriebenen Maßnahmen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, dass diese das für die Zweckerreichung erforderliche Maß wahren und daher auf eine wirksame Einwilligung gestützt werden können (Rn. 80 ff.).
  - Die Einwilligung muss im Übrigen für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgen. Zur Orientierung dienen dabei die Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO. Die Studierenden sollten daher vor der Einwilligung insbesondere über die in Art. 13 DSGVO genannten Informationen erhalten (Rn. 104 ff.).
  - Studierende müssen nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung zu widerrufen. Welche Konsequenzen ein Widerruf für die Prüfung und betroffene Studierende im Übrigen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls und der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens ab. Die

Hochschule muss die Studierenden auf das Widerrufsrecht hinweisen (Rn. 109 ff.).

- Die Einwilligung sollte schriftlich oder elektronisch eingeholt und entsprechend dokumentiert werden (Rn. 111 ff.).

4

Als Verarbeitungsgrundlage für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Online-Prüfungen kommt jedoch die Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO in Betracht (Rn. 114 ff.). Nach dieser Vorschrift ist eine Datenverarbeitung auch ohne Einwilligung rechtmäßig, wenn sie „für die Wahrnehmung einer **Aufgabe** erforderlich ist, die **im öffentlichen Interesse** liegt“.

- Sofern die Datenverarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden soll, bedarf es einer gesonderten gesetzlichen Grundlage (Rn. 116 ff.). Dabei ist insbesondere die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, wonach wesentliche Fragen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen. Mit Blick auf den Hochschulbereich bedeutet dies, dass der Landesgesetzgeber jedenfalls die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen für die Durchführung von Hochschulprüfungen selbst treffen muss. Nicht abschließend geklärt ist, ob die Regelungen in § 22 Abs. 1 Satz 1 sowie § 23 Abs. 1 Satz Nr. 14 BbgHG diesen Anforderungen genügen. Berücksichtigt man allerdings die Äußerungen in der Rechtsprechung und der juristischen Fachliteratur, erscheint die Auffassung des brandenburgischen MWFK, wonach für die Durchführung von Online-Prüfungen lediglich eine Regelung in der jeweiligen Rahmenprüfungsordnung der Hochschule erforderlich ist und es keiner weiteren Regelung im BbgHG bedarf, zumindest gut vertretbar.
- Die in der Spezifikation genannten Maßnahmen müssen geeignet sein, den von der Hochschule verfolgten Zweck – die Unterbindung bzw. Erschwerung von Täuschungsversuchen sowie die Dokumentation der Prüfung – zu fördern (Rn. 129 ff.). Dies ist der Fall (Rn. 132 ff.).
- Es erscheint plausibel, dass Täuschungsversuchen durch die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen effektiv vorgebeugt werden kann, und dass weniger eingriffsintensive aber gleich effektive Alternativen aus Sicht der Hochschule nicht bestehen. Dies wäre allerdings genauer zu prüfen, sofern die Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden soll (Rn. 148 ff.).

- Aus Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DSGVO folgt zudem, dass eine auf Art. 6 Abs. 1 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützte Verarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen muss. Ein angemessenes Verhältnis dürfte anzunehmen sein, sofern die unter Rn. 176 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

- 5 Neben der Frage, ob die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen auf eine ausreichende Rechtsgrundlage gestützt werden können, ist weiter zu klären, ob für einzelne Maßnahmen die besonderen Vorgaben für die **Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DSGVO** eingehalten werden müssen. Mit Blick auf die Videoüberwachung im Rahmen der elektronischen Prüfungsaufsicht lässt sich gut vertreten, dass keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden (Rn. 179 ff.). Für die Gesichtserkennung werden dagegen biometrische Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet. Insoweit ist daher eine ausdrückliche Einwilligung der Studierenden erforderlich (Rn. 185 ff.).
- 6 Sofern ein Foto vom Ausweis bei der händischen Prüfungskontrolle angefertigt wird, ist aufgrund der Vorgaben des Personalausweisgesetzes („**PAuswG**“) zudem die Zustimmung des Studierenden erforderlich (Rn. 190).
- 7 Setzt die Hochschule im Zusammenhang mit der Durchführung von Online-Prüfungen **technische Dienstleister** ein, können sich auf zwei Stufen weitere rechtliche Anforderungen aus der DSGVO ergeben:
- Zunächst bedarf es einer datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage für die Übermittlung. In der Regel wird eine solche Rechtsgrundlage durch Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages geschaffen (sog. 1. Stufe, hierzu Rn. 192).
  - Soweit im Rahmen der Einbindung des Dienstleisters personenbezogene Daten in sog. Drittländer übermittelt werden, bedarf es hierfür einer gesonderten Rechtfertigung gem. Art. 44 ff. DSGVO (sog. 2. Stufe, hierzu Rn. 193).
- 8 Sofern die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen, technisch den Zugriff auf Informationen, die auf dem Endgerät gespeichert sind, erfordern, bedarf es zudem einer **Einwilligung nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG**.

## B. Sachverhalt und Fragestellung

### I. Spezifikation für die Durchführung von Fernprüfungen

- 9 Die Technische Hochschule Wildau erarbeitet gemeinsam mit Projektpartnern eine gemeinsame Spezifikation für die Durchführung von Fernprüfungen mit einer elektronischen Aufsicht („**Spezifikation**“). Fernprüfungen sind Prüfungen unter Aufsicht, bei denen die Prüfungsleistung im Gegensatz zur Präsenzprüfung unter Aufsicht nicht in dafür von der Institution vorgesehenen Räumlichkeiten erbracht werden. Fernprüfungen erfolgen unter Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel zur Übertragung von Dateien und/oder Bild und/oder Ton. Die Spezifikation beschreibt Maßnahmen und Prozesse (nachfolgend nur „**Maßnahmen**“)
- zur Vorbereitung der elektronischen Aufsicht (hierzu unter Teil 1 – B.I.1),
  - zur Identitätsfeststellung (hierzu unter Teil 1 – B.I.2),
  - zur Durchführung der elektronischen Prüfungsaufsicht (hierzu unter Teil 1 – B.I.3) sowie
  - zur Prüfungsnachbereitung (hierzu unter Teil 1 – B.I.4).
- 10 Es ist geplant, dass Studierende Fernprüfungen entweder über einen Desktopcomputer oder Laptop ablegen („**Prüfungscomputer**“) oder schriftlich ohne Computer („**Papierprüfung**“). Bei Papierprüfungen ist vorgesehen, dass die Audio- und Videoaufsicht über ein auf dem Tisch zu positionierendes Smartphone oder Tablet („**Zweitgerät**“) erfolgt. Bei Ablegung der Prüfung über einen Prüfungscomputer können zusätzlich Zweitgeräte eingesetzt werden, um die Studierenden (zusätzlich) über die Kamera des Zweitgeräts in der Seitenansicht erfassen zu können. Bei der Fernprüfung können „**Endgeräte**“ also Prüfungscomputer und/oder Zweitgeräte sein.
- 11 Nachfolgend werden die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen genauer erläutert. Die eckigen Klammern enthalten dabei Verweise auf die entsprechenden Passagen in der Spezifikation.

## 1. Vorbereitung elektronische Aufsicht

- 12 Im Vorfeld der Prüfung werden der Hauptprüfer sowie ggf. weitere Prüfer und Aufsichtspersonen bestimmt. Die Prüfungsteilnehmer werden auf sog. Prüfungskohorten verteilt und jeder Prüfungskohorte Prüfern und Aufsichtspersonen zugeteilt. Diese Daten werden per Datenimport übernommen.
- 13 Im Vorfeld der Prüfungsdurchführung wird bei den Prüfungsteilnehmern eine Einverständniserklärung in die elektronische Aufsicht eingeholt [SPEC-1.3.0].
- 14 Denkbar ist, dass die Anwendung für die Videoaufsicht ohne Installation von Software als Webseite ausgeführt werden kann. Alternativ kann es sich als notwendig erweisen, dass auf dem Prüfungscomputer und/oder dem Zweitgerät eine spezielle Software installiert wird [SPEC-3.6.2]. Eine vollständige Deinstallation der Software ist nach der Fernprüfung möglich.
- 15 Prüflinge können Plattform und Endgeräte (einschließlich verwendeter Kamera und Mikrofon) vor der Prüfung testen [SPEC-1.4.0].

## 2. Identitätsfeststellung

- 16 Prüflinge melden sich in der Aufsichtssoftware mit ihrem institutionellen Account an. Es sind zwei Arten der Identitätsfeststellung möglich. Diese kann „händisch“ durch das Prüfungspersonal erfolgen. Alternativ ist auch eine automatisierte Identifizierung durch biometrische Gesichtserkennung angedacht [SPEC-2.6.0]. Ggf. soll die automatisierte Identifizierung auch ergänzend zur Identifizierung durch das Prüfungspersonal erfolgen. Deren Output ist dann ein Indikator für die Prüfungsaufsicht, die ggf. eine synchrone ID-Feststellung durchführt.

### 2.1 „Händisch“ durch Prüfungspersonal

- 17 Es erfolgt eine Feststellung der Identität und Authentifizierung durch Vorzeigen eines amtlichen Lichtbildausweises über die Webcam des Prüfungscomputers oder die Kamera des Zweitgeräts [SPEC-2.2.0]. Dabei werden Maßnahmen ergriffen, um zu verhindern, dass andere Prüflinge den gezeigten Ausweis einsehen können.
- 18 Das Aufsichtspersonal bekommt persönliche Daten aus der Studierendenverwaltung angezeigt, um die Identitätsfeststellung mit Sicherheitsabfragen zu unterstützen [SPEC-2.3.0].



19 Studierende, für die keine Einverständniserklärung hinterlegt ist, können an der elektronischen Prüfung nicht teilnehmen.

## 2.2 Automatisiert durch Gesichtserkennung

20 Die biometrische Gesichtserkennung soll als Alternative zur anfänglichen Feststellung durch die Aufsichtsperson genutzt werden [SPEC-2.6.0]. Fotoabbildungen der Prüflinge, die als Referenz für die Gesichtserkennung genutzt werden könnten, sind teilweise bei den Hochschulen bereits hinterlegt.

## 3. Prüfungsaufsicht

21 Ein Foto des Prüflings, das bei der händischen Prüfungskontrolle angefertigt wurde, oder ein Foto des Lichtbildausweises ist über die Dauer der Aufsicht verfügbar, um eine störungsfreie Identifizierung auch während der Prüfung durchzuführen zu können [SPEC-2.7.0].

22 Sofern eine biometrische Gesichtserkennung vorgesehen ist, soll diese eine dauerhafte Identitätsfeststellung über den gesamten Prüfungsverlauf ermöglichen [SPEC-2.6.0].

23 Die Software überträgt den Status des Audio- und Videosignals auf dem Endgerät an das Aufsichtspersonal. Werden Audio- oder Videoübertragung absichtlich oder durch eine technische Störung unterbrochen, wird das der Prüfungsaufsicht angezeigt, auch wenn der Arbeitsplatz des Prüflings in diesem Moment in der Kachelansicht nicht zu sehen ist [SPEC-3.5.5].

24 Die Software limitiert Netzwerkverbindungen des Prüfungscomputers auf die für die Prüfung erforderlichen bzw. gestatteten IP-Adressen (Whitelist).

25 Die Software fertigt in zufälligen Intervallen Screenshots vom Desktop des Prüflings auf dem Prüfungscomputer an. Die Screenshots werden in einem „rollenden“ Verfahren temporär gespeichert und können bei Täuschungsverdacht vom Aufsichtspersonal direkt zur Anzeige aufgerufen und ggf. als Beweis dauerhaft gesichert werden.

26 Das Aufsichtspersonal sieht den Desktop des Prüfungscomputers eines anlassbezogen ausgewählten Prüflings [SPEC-3.1.5].

27 Die Webcam des Prüfungscomputers oder die Kamera des Zweitgeräts wird verwendet, um zu Beginn und während der Prüfung verdächtige Gegenstände auf dem Arbeitsplatz zu überprüfen bzw. zu überprüfen, ob sich Dritte im Raum befinden (Raumscan) [SPEC-3.3.2].

28 Ein Textchat für Einzel- und Gruppenkommunikation ist durch die Prüfungsaufsicht zu- oder abschaltbar. Im Gruppenchat können die Prüflinge nur empfangen, aber nicht senden.

### 3.1 Videoaufsicht

29 Prüflinge können der Aufsicht in Kachelansicht angezeigt werden [SPEC-3.1.1]. Die Anzahl der dargestellten Kacheln sollte für jede Aufsichtsperson konfigurierbar sein, um bspw. eine Anpassung auf die Größe des Monitors vornehmen zu können.

30 Zusätzlich kann die Aufsicht einzelne Prüflinge für die Einzelansicht auswählen und in die Einzelansicht schalten [SPEC-3.1.2]. Auch kann sich die Aufsicht wechselnd zufällig ausgewählte Prüflinge in Einzelansicht anzeigen lassen [SPEC-3.1.3].

31 Durch Zweitgeräte wird die Seitenansicht des Prüflings sowie ggf. Teile des Arbeitsplatzes und des Raumes erfasst [SPEC-3.1.4]. Dabei kann auch vorgesehen werden, dass keine Dauerübertragung erfolgt, sondern lediglich Standbilder des Prüflings in der Seitenansicht vom Zweitgerät des Prüflings an die Aufsicht übertragen und in zufälligen Intervallen aktualisiert werden.

### 3.2 Audioaufsicht

32 Audioereignisse auf Endgeräten werden der Aufsicht als visuelle Ereignisse angezeigt, die den einzelnen Studierenden zuordenbar sind [SPEC-3.2.0]. Die Aufsicht kann nun das Audiosignal einschalten (dieses ist nur für die Aufsicht hörbar, nicht aber für die anderen Studierenden) und überprüfen.

### 3.3 Anlassbezogene Täuschungskontrolle

33 Im Falle eines konkreten Täuschungsverdachts während der Prüfung ist eine Täuschungskontrollmöglichkeit [SPEC-3.3.0] vorgesehen, die in den folgenden Schritten ablaufen soll:

- 34 Die Webcam des Prüfungscomputers oder die Kamera des Zweitgeräts wird verwendet, um verdächtige Gegenstände auf dem Arbeitsplatz zu identifizieren bzw. zu überprüfen, ob sich Dritte im Raum befinden (Raumscan) [SPEC-3.3.2].
- 35 Eine Täuschungskontrolle wird vorangekündigt, sofern der Prüfling für die Durchführung der Täuschungskontrolle seine Prüfung unterbrechen muss [SPEC-3.3.1]. Die Ankündigung sowie die Kontrolle selbst werden nur zwischen dem Endgerät des betreffenden Prüflings sowie dem des Aufsichtspersonals übertragen. Das Zeitfenster der Kontrolle wird protokolliert und ggf. auf die Prüfungszeit angerechnet.
- 36 Werden relevante technische Störungen festgestellt, so werden sie auf die individuelle Prüfungszeit angerechnet und der Aufsicht angezeigt sowie im Protokoll vermerkt [SPEC-3.3.4].
- 37 Bei Täuschungsverdacht löst die Aufsicht manuell einen Screenshot vom Desktop des Prüflings aus und speichert ihn als Täuschungsbeweis [SPEC-3.4.1]. Ein Täuschungsbeweis muss das Ergebnis der Täuschungskontrolle rechtssicher belegen und für die Prüfungsnachbereitung protokolliert werden [SPEC-3.4.0]. Das System muss Funktionen bereitstellen, um verdächtiges Audio- bzw. Videomaterial als Täuschungsbeweis zu sichern.
- 38 Hinsichtlich der Speicherung von Audio-/Videomaterial sowie Desktop-Mitschnitten sind verschiedene Vorgehensweisen denkbar. Einerseits ist möglich, dass eine nicht nur (funktional notwendige) vorübergehende Speicherung nur bei einem konkreten Täuschungsverdacht vorgenommen wird. Andererseits könnte eine nicht nur vorübergehende Speicherung standardmäßig erfolgen. Die Löschung erfolgt erst, sofern sich innerhalb einer bestimmten Frist kein Täuschungsverdacht ergibt. Daneben sind auch Zwischenlösungen, wie eine nachträgliche Sicherung eines Audio-/Videobeweises durch rollende Sicherung und Löschung, möglich [SPEC-3.6.5].
- 39 Alle dem Aufsichtspersonal angezeigten Indikatoren werden in geeigneter Form auch dem Prüfling angezeigt [SPEC-3.3.3]. Die Darstellung erfolgt in einer Form, die Transparenz vermittelt, ohne von der Prüfung abzulenken, bspw. in Form von Icons oder Lautstärkeanzeigen. Prüflinge können sich somit in der Kommunikation mit dem Aufsichtspersonal darauf beziehen (bspw. "Sie hören ja, dass mein Nachbar ..."). Auch über Speicherort, Speicherdauer sowie die dauerhafte Löschung ggf. gespeicherter Daten werden die Prüflinge transparent informiert.

### 3.4 Automatisierte Täuschungskontrolle

- 40 Die Software wertet Tastaturanschläge aus. Bei signifikanten Anomalien, bspw. keine Anschläge, wird dem Aufsichtspersonal ein Indikator angezeigt. Ggf. kann nun eine Täuschungsprüfung vorgenommen werden [SPEC-3.6.6].
- 41 Die Software verhindert das Starten und Ausführen unerlaubter Prozesse (z. B. Aufruf unerlaubter Software, Deaktivierung nicht benötigter USB-Anschlüsse) auf dem Prüfungscomputer.
- 42 Über das Mikrofon des Gerätes werden Audiosignale ausgewertet [SPEC-3.6.7]. Bei signifikant dauerhaften Lautstärke-Peaks wird dem Aufsichtspersonal ein Indikator angezeigt. Ggf. kann nun eine Täuschungsprüfung vorgenommen werden.
- 43 Bei Täuschungsverdacht können Prüfungsartefakte automatisiert auf Plagiate überprüft werden [SPEC-4.5.0].

Hinweis:

Die Zulässigkeit der Plagiatsprüfung ist nicht Gegenstand der rechtlichen Prüfung im Rahmen dieses Memorandums.

### 3.5 Protokollierung

- 44 Die Einrichtung eines Ereignisprotokolls dient der nachträglichen Prüfung der Rechtskonformität der Prüfungsabnahme und -leistung [SPEC-7.1.0]. Eine Protokollierung von Ereignissen kann automatisiert oder manuell ausgelöst werden und kann folgende Daten beinhalten:
- Beginn, Ende der Prüfungszeit;
  - Resultat der Identitätsfeststellung;
  - Täuschungsverdacht;
  - Täuschungsüberprüfung;
  - Täuschungsbeweis;

- technische Störungen, Diagnose;
- Toilettenpause protokollieren;
- Zustimmung des Prüflings zur überwachten Fernprüfung;
- detaillierte Auflistung von erhobenen Daten, Screenshots u.Ä. mit Erhebungsgrund und ggf. Löschermerk.

#### 4. Prüfungsnachbereitung

45 Audio- und Tonaufzeichnungen werden für einen definierten Zeitraum gespeichert, um bei Täuschungsverdacht geprüft zu werden [SPEC-4.1.0]. Über Speicherort, Speicherdauer sowie die dauerhafte Löschung ggf. gespeicherter Daten werden die Prüflinge transparent informiert.

46 Das Prüfungsprotokoll wird archiviert und den berechtigten Stakeholdern zur Verfügung gestellt [SPEC-4.3.0]. Ein Protokoll des Prüfungsverlaufes wird berechtigten Personen als Report bereitgestellt. Die Täuschungsbeweise werden berechtigten Personen zugänglich gemacht.

## II. Hochschulrechtlicher Rahmen

47 Das Brandenburgische Hochschulgesetz („**BbgHG**“) enthält – anders als Regelungen in anderen Bundesländern – keine speziellen Vorgaben zur Durchführung von Fernprüfungen. Vielmehr ist die nähere Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens nach § 22 Abs. 1 Satz 1 BbgHG Aufgabe der Hochschulen und muss nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 14 BbgHG in der jeweiligen Rahmenordnung geregelt werden.

48 Die Regelung in § 22 Abs. 1 Satz 1 BbgHG hat folgenden Wortlaut:

§ 22  
Prüfungsordnungen für Hochschulprüfungen; Verordnungsermächtigung

Hochschulprüfungen werden aufgrund von Prüfungsordnungen der Fachbereiche und der Rahmenordnung nach § 23 abgelegt.

49 In § 23 Abs. 1 Satz Nr. 14 BbgHG heißt es:

## § 23

## Rahmenordnungen für Studium, Prüfungen, Zugang und Zulassung

(1) In Rahmenordnungen für Studium, Prüfungen, Zugang und Zulassung erlassen die Hochschulen Bestimmungen zu folgenden Regelungsbereichen:  
[...]

14. Organisation und Durchführung von Hochschulprüfungen,

**III. Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur**

50

Das brandenburgische Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur („**MWFK**“) hat in einem Schreiben zur „Durchführung von Online-Prüfungen; Aufnahmen von entsprechenden Regelungen in Rahmenordnungen der Hochschulen“ vom 1. Dezember 2020 („**MWFK-Schreiben**“) wesentlichen Grundsätze für die Durchführung von Online-Prüfungen mitgeteilt, die von den Hochschulen in der Rahmenprüfungsordnung zu regeln sind. Als notwendige Regelungsinhalte nennt das MWFK-Schreiben:

- Erprobung für die Dauer von 4 Semestern sowie eine Evaluierung nach 3 Semestern
- Festlegung der Online-Prüfungsform beziehungsweise des Settings, bei denen elektronische Informations- und Kommunikationstechnologien zum Einsatz kommen, und der dafür geltenden Regeln zur Durchführung
- Testmöglichkeit der Prüfungssituation für Studierende
- Sicherstellung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen mit konkretem Bezug auf Online-Prüfungen
- Freiwilligkeit und Sicherstellung einer echten Wahlmöglichkeit
- Regelungen zur Authentifizierung
- Aufsicht bei Online-Prüfungen
- Regelungen zum Umgang mit technischen Störungen, Prüfungsabbruch etc.

#### **IV. Fragestellung**

51 Im Rahmen dieses Memorandums soll untersucht werden, ob sich aus dem Datenschutzrecht, Grenzen für die in der Spezifikation vorgeschlagenen Maßnahmen ergeben. Im Zentrum der Prüfung soll die Frage stehen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine ausreichende datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage für die Maßnahmen vorliegt.

52 Daneben können sich bei der Durchführung von Fernprüfungen weitere rechtliche Fragestellungen ergeben. So sind etwa besondere datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten, wenn für die technische Durchführung der Prüfung Drittdienstleister beauftragt werden (hierzu Rn. 191 ff.). Sofern im Zusammenhang mit Aufsichtsmaßnahmen auf das Endgerät der Studierenden zugegriffen wird, sind zudem die Vorgaben des TTDSG zu beachten (hierzu Rn. 194 ff.). Einige dieser Fragestellungen sowie möglich Lösungsansätze werden im Rahmen der rechtlichen Ausführungen skizziert. Eine abschließende Prüfung dieser Fragen ist jedoch nicht Gegenstand dieses Memorandums.

#### **C. Rechtliche Würdigung**

##### **I. Datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung**

##### **1. Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Durchführung von Fernprüfungen**

53 Die Vorgaben der DSGVO finden Anwendung, sofern die Hochschule im Zusammenhang mit der Durchführung von Fernprüfungen personenbezogene Daten von Studierenden verarbeitet (Art. 2 Abs. 1 DSGVO).

54 Nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind personenbezogene Daten

„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (...) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.

55 Die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen sind in aller Regel mit einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch die Hochschule verbunden.

- So werden bei der Anmeldung in der Aufsichtssoftware und im Rahmen der Identitätsfeststellung in der Regel **Bestandsdaten** – etwa Identitätsdaten wie Matrikelnummer, Name, oder Mailadresse – verarbeitet.
- Um die Teilnahme an der Prüfung zu ermöglichen, werden in der Regel **Nutzungsdaten** wie IP-Adresse, Zeitpunkt, Dauer, Auswahl und Kombination von Zugriffen und Umfang der übertragenen Datenpakete verarbeitet.
- Zudem kann es zu der Verarbeitung von **Inhaltsdaten** kommen, etwa über das Speichern von Texten und Dokumenten zur Dokumentation der Prüfungsleistung.

56 Nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer der in Art. 6 Abs. 1 lit. a bis f DSGVO geregelten Verarbeitungsgrundlagen erfüllt sind. Die hierin zum Ausdruck kommende Regelungssystematik wird auch als datenschutzrechtliches „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ bezeichnet.

*Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 6 Rn. 1; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, DS-GVO Art. 6 Rn. 1; *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586. Kritisch zu dieser Begriffsverwendung *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 35. Ed., Stand: 1. Mai 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 11; *Roßnagel*, NJW 2019, 1 ff.

57 Jede Erhebung und Verarbeitung persönlicher Daten von Studierenden bedarf daher einer Rechtfertigung gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Dabei ist unerheblich, ob die Hochschule selbst als datenverarbeitende Stelle auftritt oder als Auftraggeber für eine Datenverarbeitung durch einen Dritten (Auftragsverarbeitung) bspw. durch Nutzung von Videokonferenzsystemen agiert.

58 Die in Art. 6 DSGVO geregelten Verarbeitungsgrundlagen sind ihrer rechtlichen Funktion nach gleichwertige Zulässigkeitstatbestände, die grundsätzlich nebeneinander Geltung beanspruchen und insbesondere in keinem Stufenverhältnis zueinander stehen. Der Verantwortliche kann daher grundsätzlich selbst entscheiden, auf welche Verarbeitungsgrundlage eine Verarbeitung gestützt werden soll.

*Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 10.



59 Er muss allerdings sicherstellen, dass die Voraussetzungen der gewählten Verarbeitungsgrundlage erfüllt sind.

60 Als Verarbeitungsgrundlage kommen in der vorliegenden Konstellation entweder die Einwilligung der Studierenden gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO (hierzu unter Teil 1 – C.I.2) oder die Verarbeitung in Wahrnehmung öffentlicher Interessen Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO (nachfolgend unter Teil 1 – C.I.2) in Betracht.

## 2. Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO

61 Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke eingewilligt hat. Eine Einwilligung ist gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO

„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.“

62 Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO legt zudem fest, dass die Einwilligung abgegeben werden muss

„zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke“.

Hervorhebungen durch Bearbeiter

### 2.1 Freiwilligkeit

63 Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen Studierende gegenüber der Hochschule freiwillig in die Datenverarbeitung für Fernprüfungen einwilligen können.

64 Nach Erwägungsgrund 42 Satz 5 DSGVO setzt Freiwilligkeit voraus, dass eine echte oder freie Wahl besteht und die Einwilligung ohne Nachteile verweigert werden kann. Erwägungsgrund 43 DSGVO stellt insoweit klar, dass eine wirksame Einwilligung ausgeschlossen sein kann, wenn zwischen der betroffenen Person und dem

Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht. Nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO muss ferner das sog. Koppelungsverbot beachtet werden.

### 2.1.1 Fehlende Freiwilligkeit aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses?

65 Die Beziehung zwischen Hochschulen und ihren Studierenden ist gerade in Prüfungssituationen durch ein Ungleichgewicht und Abhängigkeitsverhältnis geprägt. Die Hochschulen geben den Studien- und Prüfungsablauf einseitig vor. Die Studierenden sind auf den Erhalt des Abschlusses von der Hochschule angewiesen. Hochschulen und Studierende stehen sich somit in aller Regel nicht „auf Augenhöhe“ gegenüber, sondern im Rahmen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses.

66 Dieses Ungleichgewicht steht der Freiwilligkeit der Einwilligung jedoch nur dann entgegen, wenn es sich in der konkreten Verarbeitungssituation auch tatsächlich auswirkt und nicht durch andere Umstände ausgeglichen wird. Im Einzelfall ist eine Einwilligung trotz Machtdisparität wirksam, wenn sich das Ungleichgewicht in der konkreten Einwilligungssituation nicht niederschlägt, weil etwa die Verarbeitung im Interesse der betroffenen Person liegt oder diese keinerlei Nachteile erleidet, wenn sie die Einwilligung verweigert. Der Begriff des Nachteils ist hierbei eng zu verstehen und nicht bereits bei bloßen Unannehmlichkeiten, sondern nur bei schwerwiegenden Folgen für die betroffene Person anzunehmen.

*Stemmer*, in: BeckOK DatenschutzR, Stand: 1.11.2021, Art. 7 DSGVO Rn. 53  
*Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 29. Auch OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 35) weist darauf hin, dass Freiwilligkeit gerade nicht voraussetzt, dass keinerlei Nachteile bestehen.

### 2.1.2 Alternative Präsenzprüfung

67 Legt man diesen Maßstab zugrunde, stehe das grundsätzliche Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hochschulen und Studierenden jedenfalls dann der Freiwilligkeit der Einwilligung nicht entgegen, wenn die Studierenden zwischen Online- und Präsenzprüfung frei wählen können. In diesem Fall entstehen keine strukturell schwerwiegenden Nachteile für die Studierenden. Vielmehr wird der Handlungsspielraum der Studierenden erweitert, da eine zusätzliche Option für die Durchführung der Prüfung angeboten wird. Auch in der Rechtsprechung wird in der Wahlmöglichkeit ein wesentliches Indiz für die Freiwilligkeit der Einwilligung gesehen.

Nach dem OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 35) „erweitert“ die Möglichkeit einer elektronischen Prüfung den „Rechtskreis der Studierenden“. Vgl. auch zur Freiwilligkeit des Einverständnisses in eine Fernprüfung beim alternativen Angebot einer Präsenzprüfung VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 11. Mai 2021 – VG 1 L 124/21 –, BeckRS 2021, 11914 (Rn. 25). In diese Richtung auch *Dieterich*, NVwZ 2021, 511, 519.

68 Die Möglichkeit, an Fernprüfungen teilzunehmen, dürfte daher auch im Interesse vieler Studierenden liegen. So entfällt der Fahrweg zum Prüfungsort und es bietet sich eine alternative, möglicherweise stressreduzierende Prüfungssituation.

69 Ohne das Angebot einer alternativen Präsenzprüfung dürfte die Einwilligung in die Datenverarbeitung für eine Fernprüfung mit elektronischer Prüfungsaufsicht regelmäßig unfreiwillig und damit als unwirksam einzuordnen sein. Ausnahmen von diesem Grundsatz können sich aber bei veränderten Rahmenbedingungen ergeben, wenn z. B. die elektronische Prüfungsaufsicht im Rahmen eines Online-Studienganges erfolgt (hierzu in Rn. 101 ff.).

### 2.1.3 Gleichwertige Alternative zur Präsenzprüfung

70 Soll die Freiwilligkeit der Einwilligung mit dem Angebot einer Wahlmöglichkeit der Studierenden begründet werden, muss die Fernprüfung eine gleichwertige Alternative zur Präsenzprüfung darstellen.

71 An der Gleichwertigkeit der Präsenzprüfung kann es fehlen, wenn ihrer Durchführung strukturelle Hindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Art entgegenstehen. Während der COVID19-Pandemie können solche Hindernisse z. B. in einem unzureichenden Hygiene-Konzept und damit einer Gefährdung der Studierenden bei der Teilnahme an der Präsenzprüfung liegen. Bei der Präsenzprüfung muss es sich um eine echte Alternative handeln, die zu keinen Nachteilen für die Studierenden führt.

72 Nach der Rechtsprechung kann die Präsenzprüfung grundsätzlich auch zeitlich nachgelagert stattfinden, sofern den Studierenden hierdurch keine prüfungsrechtlichen Nachteile entstehen oder hieraus eine unzumutbare Verzögerung des Studienabschlusses folgt.

OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 35). Einzubeziehen sei insbesondere, ob die Gründe für die Verschiebung nicht im Einflussbereich der Hochschule liegen.

Hinweis:

Nach dem Schreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur zur „Durchführung von Online-Prüfung; Aufnahmen von entsprechenden Regelungen in Rahmenordnungen der Hochschulen“ vom 1. Dezember 2020 („**MWFK-Schreiben**“) hat eine alternative Präsenzprüfung „termingleich“ zur Online-Prüfung stattzufinden. Allerdings wird der Begriff „termingleich“ im Schreiben sehr weit als „innerhalb desselben Prüfungszeitraums unter strenger Beachtung der Grundsätze der Chancengleichheit“ definiert.

- 73 Davon abzugrenzen sind individuelle Fälle. Ist nur für einzelne Studierende (z. B. wegen Vorerkrankungen oder gesundheitlichen Problemen) die Präsenzprüfung nicht rechtskonform durchführbar, kann dies der Freiwilligkeit der Einwilligung ggf. entgegenstehen. Die Hochschule ist in einem solchen Fall gehalten, individuelle Lösungen für die betroffenen Studierenden zu finden – etwa in Form gesonderter Räumlichkeiten. Hierzu wäre die Hochschule allerdings auch verpflichtet, wenn Prüfungen ausschließlich in Präsenz durchgeführt werden. Dieser Umstand wirkt sich daher auch nicht strukturell auf die grundsätzliche Möglichkeit aus, anderen Studierenden die Durchführung einer Fernprüfung auf Grundlage einer Einwilligung anzubieten.

#### **2.1.4 Keine unzulässige Beeinflussung der Studierenden**

- 74 Die Hochschulen dürfen die Studierenden bei ihrer Entscheidung nicht in unzulässiger Weise beeinflussen. Problematisch könnte daher sein, wenn die Hochschule (bspw. um den mit dem Angebot zweier Prüfungsformate entstehenden Mehraufwand zu reduzieren) eines von zwei Prüfungsformaten präferiert und dies gegenüber den Studierenden kommuniziert. Gleichermaßen problematisch wäre unter diesem Gesichtspunkt auch, wenn die Teilnahme an Präsenzprüfungen durch die tatsächliche Ausgestaltung erheblich erschwert wird (etwa Präsenzprüfungen zu ungewöhnlichen Zeiten oder an Standorten, die eine sehr lange Anreise erfordern).

#### **2.1.5 Ausreichend zeitlicher Vorlauf**

- 75 Die Studierenden müssen mit ausreichend zeitlichen Vorlauf über die Durchführung der Fernprüfung und die damit verbundenen Datenverarbeitungen informiert werden. Die Studierenden müssen genügend Zeit haben, die zur Fernprüfung

mitgeteilten Informationen zu lesen und zu verstehen, bevor sie sich für ein bestimmtes Prüfungsformat entscheiden. Aus diesem Grund sollten zwischen der Mitteilung der Informationen über die Prüfungsmodalitäten und der letzten Anmelde-möglichkeit mindestens mehrere Tage liegen.

### 2.1.6 Keine Einwilligung in exzessive Maßnahmen

76 Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO muss die Datenverarbeitung dem Zweck ange-messen und auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein.

77 Daraus folgt auch, dass ein Ungleichgewicht zwischen Verantwortlichem und be-troffener Person nicht in einer exzessiven Datenverarbeitung niederschlagen darf.

Vgl. auch *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 45.

78 Eine solche exzessive Datenverarbeitung ist anzunehmen, wenn die von der Ein-willigung abgedeckte Verarbeitung in deutlichem Missverhältnis zu dem verfolg-ten Zweck steht. Liegt eine exzessive Datenverarbeitung vor, bestehen Zweifel, ob die Einwilligung tatsächlich freiwillig erfolgt. Je unvorteilhafter eine Einwilligung für die betroffene Person objektiv ist, umso mehr steht in Frage, ob die Einwilligungs-erklärung wirklich Ausdruck einer freien Entscheidung der betroffenen Person ist.

*Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DSGVO Rn. 54.

79 Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Einwilligung gerade eine zusätzliche Verarbeitungsgrundlage neben der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO darstellt. Wesentlicher Legitimationsgrund für die Datenver-arbeitung auf Grundlage einer Einwilligung ist nicht die Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, sondern die autonome Entscheidung der betroffenen Person für die Datenverarbeitung. Da sich die einwilligende Person aber auch für eine mit Nach-teilen oder Risiken verbundene Verarbeitung entscheiden kann, dürfen im Rah-men der Einwilligungsprüfung keine zu strengen Anforderungen an die Erforder-lichkeit gestellt werden. Der Maßstab ist hier daher weniger strikt als bei den ab-wägungsintensiven Verarbeitungsgrundlagen in Art. 6 Abs. 1 lit. f und e DSGVO.

80 Legt man dies zugrunde, bestehen bei den in der Spezifikation beschriebenen Maßnahmen keine grundsätzlichen Bedenken, dass diese das für die Zweckerreichung erforderliche Maß wahren und daher auf eine wirksame Einwilligung gestützt werden können. Im Einzelnen:

**a) Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Vorbereitung der elektronischen Aufsicht**

81 Sofern aufgrund der Anzahl der zu prüfenden Studierenden, diese auf mehrere Prüfer bzw. Aufsichtspersonen aufgeteilt werden müssen, stellt die entsprechende Kohortenbildung (hierzu Rn. 12) einen Verarbeitungsvorgang dar, der erforderlich ist, um den reibungslosen und ordnungsgemäßen Prüfungsablauf zu gewährleisten.

82 Auch gegen einen Abgleich bzw. Import von zusätzlichen Daten aus der zentralen Studierendendatenbank der betreffenden Hochschule überschreitet nicht das erforderliche Maß, sofern die importierten Daten für die Durchführung von – ihrerseits datenschutzrechtlich erforderlichen – Maßnahmen im Verlauf der Prüfung benötigt werden (z. B. Identifizierung und Prüfung der persönlichen Berechtigung zum Ablegen der Prüfung). Es ist zu empfehlen, für jedes zu importierende Einzeldatum jeweils zu hinterfragen, ob dieses in der Folge auch wirklich für einen datenschutzrechtlich zulässigen Verarbeitungsaspekt erforderlich ist.

83 Die Einholung der Einverständniserklärung in die elektronische Aufsicht (hierzu Rn. 13) sowie die Speicherung der entsprechenden Daten (z. B. Umstand und Zeitpunkt des Einverständnisses) dient der Umsetzung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO und ist ebenfalls erforderlich.

**b) Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Identitätsfeststellung**

84 Durch die Maßnahmen zur Identitätsfeststellung soll sichergestellt werden, dass nur zugelassene Personen an der Prüfung teilnehmen und die Prüfungsleistung der richtigen Person zugeordnet wird.

Vgl. auch VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 11. Mai 2021 – VG 1 L 124/21 –, BeckRS 2021, 11914 (Rn. 29).

- 85 Die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen stellen geeignete Mittel zur Identitätsfeststellung dar, die sich auf das erforderliche Maß beschränken. Durch den Abgleich der Informationen auf dem vorgezeigten Lichtbildausweis mit den Daten aus der Studierendenverwaltung (z.B. Name, Vorname und Geburtsdatum) kann festgestellt werden, ob es sich bei der betroffenen Person um den für die Prüfung angemeldeten Studierenden handelt.
- 86 Für die Identifizierung der Studierenden wird auch deren Ausweis über die Webcam bzw. die Kamera eines Zweitgeräts erfasst (hierzu Rn. 17). Der Ausweis ist nach § 20 Abs. 1 PAuswG als „Identitätsnachweis und Legitimationspapier“ zur Verwendung bei „öffentlichen und nicht öffentlichen Stellen“ vorgesehen. Auch die Erstellung einer Kopie des Ausweises zu Identifikationszwecken (hierzu Rn. 21) ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§ 20 Abs. 2 PAuswG), sofern die besonderen Voraussetzungen eingehalten werden (hierzu Rn. 190 ff.). Vor diesem Hintergrund ist die Verarbeitung des Ausweises zu Zwecken der Identifizierung ebenfalls erforderlich.
- 87 Neben der „händischen“ Identifikation sollen die Studierenden auch die Identifikation über die biometrische Gesichtserkennung nutzen dürfen. Darauf, ob diese wegen der alternativen Möglichkeit der „händischen“ Identifikation erforderlich ist, kommt es vorliegend nicht an, da die biometrische Gesichtserkennung den Studierenden nur als zeitsparendere Alternative angeboten werden soll. Da die technische Einsatzfähigkeit von Verfahren zur Gesichtserkennung – insbesondere bei Menschen mit vermeintlich von der Norm abweichenden äußeren Merkmalen – teilweise in Zweifel gezogen wird, sollte bei der technischen Prüfung des für die automatische Erkennung eingesetzten Lösung sichergestellt werden, dass es sich tatsächlich um ein geeignetes Verfahren zur Identifikation handelt.

Vgl. zum Einsatz intelligenter Gesichtserfassungssysteme auch *Heldt*, MMR 2019, 285, 286 f. sowie *Botta*, Virtuelle Prüfungsaufsicht zwischen Chancengleichheit und Privatheitsschutz, VerfBlog, 2020/12/21, <https://verfassungsblog.de/grundrechtseingriffe-durch-online-proctoring/> (aufgerufen am 06.03.2022).

Eine zwingende „Zertifizierung“ von Algorithmen zur Gesichtserkennung ist im geltenden Recht derzeit nicht vorgesehen. Das Thema wird allerdings derzeit im Zusammenhang mit dem Entwurf eines Gesetzes zu Anwendungen im Bereich der Künstlichen Intelligenz (auch „KI-Verordnung“) auf EU-Ebene diskutiert. Die weitere Rechtsentwicklung ist hier zu beobachten. Vgl. dazu auch *Britz/Indenhuck/Wettlaufer*, PinG 2022, 10, 16.

Hinweis:

Nach dem MWFK-Schreiben sollen „weitere, gleich geeignete Authentifizierungsverfahren (...) neben der Authentifizierung mit Hilfe eines gültigen Lichtbildausweises“ angeboten werden können. Auch dort scheint die Auffassung zu bestehen, dass andere Authentifizierungsverfahren nur als Alternative angeboten werden, nicht aber zum Standard erhoben werden sollen.

**c) Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Audio- und Videoaufsicht sowie der anlassbezogenen Täuschungskontrolle**

88 Eine schriftliche Prüfung in Präsenz ist – in Abgrenzung zu der sog. „Hausarbeit“ – auch als Fernprüfung eine grundsätzlich unter Aufsicht zu erbringende Prüfungsleistung. Der aus Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitende prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit gebietet eine zuverlässige und möglichst lückenlose Aufsicht von Klausuren, insbesondere zur Vermeidung von Täuschungen und Manipulation. Im Sinne der Gewährleistung der Chancengleichheit der Studierenden und der Aussagefähigkeit der Leistungskontrollen müssen die Hochschulen alle Möglichkeiten zur Täuschungsprävention und -aufdeckung im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens sowie des technisch, finanziell und zeitlich Machbaren und Zumutbaren nutzen.

Ebenso VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 11. Mai 2021 – VG 1 L 124/21 –, BeckRS 2021, 11914 (Rn. 27); OVR NRW, Beschl. v. 04.03.2021 – 14 B 278/21. NE –, Rn. 11 ff.; OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 42); BVerwG, Beschl. v. 16.01.1984 – 7 B 169.83 –, Rn.22.

89 Zur Erreichung einer effektiven Aufsicht überschreitet die Videoaufsicht sowohl in der Kachelansicht (hierzu Rn. 29) als auch in der (zufälligen) Großansicht einzelner Studierender (hierzu Rn. 30) – ggf. auch in Seitenansicht durch ein Zweitgerät (hierzu Rn. 31) – nicht die Grenzen des Erforderlichen. Gleiches gilt für die Anfertigung von Screenshots (hierzu Rn. 37) sowie für die Audioaufsicht (hierzu Rn. 32, 38 und 42); hier wird dem Grundsatz der Erforderlichkeit insbesondere Rechnung getragen, indem standardmäßig nicht der Ton generell übertragen wird, sondern durch ein visuelles Ereignis angezeigt wird, ob beim jeweiligen Studenten Geräusche auftreten. Auch wird der Ton nur an die Prüfer, nicht aber die übrigen Studierenden übertragen.



90 Für die Erforderlichkeit spricht zudem, dass vergleichbare Maßnahmen auch bei einer Präsenzprüfung üblich sind. Auch bei einer Präsenzprüfung können Prüfer einzelne Prüflinge in den Fokus nehmen ohne, dass dies für sie direkt erkennbar ist. Prüfer gehen üblicherweise auch durch die Reihen und blicken somit auch aus unterschiedlichen Blickwinkeln auf die Prüflinge.

Vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 3.3.2021 – 3 MR 7/21 -, Rn. 51.

91 Auch die Überprüfung des Arbeitsplatzes auf verdächtige Gegenstände (hierzu Rn. 34), für die der Prüfling ggf. seine Prüfung auch kurz unterbrechen muss (hierzu Rn. 35), ist spiegelbildlich zu den Kontrollen bei einer Präsenzprüfung, so dass auch hier die Grenzen der Erforderlichkeit gewahrt wird.

92 Anders als bei der Präsenzprüfung findet die Prüfung nicht im Kontrollbereich der Hochschule statt, sondern in einem durch die einzelnen Prüflinge ausgewählten Raum. Deswegen ist es dem Prüfling potenziell möglich, in dem Raum, in dem er die Prüfung ablegt, unzulässige Hilfsmittel zu platzieren und es kann auch nicht durch eine Einlasskontrolle ausgeschlossen werden, dass sich während der Prüfung andere Personen im Raum befinden. Um auch im eigenen Kontrollbereich des Prüflings eine effektive Prüfungsaufsicht zu gewährleisten, sind daher auch Maßnahmen wie ein 360-Grad-Scan vor und der Prüfung, um Personen im Raum oder unerlaubte Hilfsmittel zu erkennen, als erforderlich einzuordnen.

#### **d) Erforderlichkeit der nicht nur vorübergehenden Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen**

93 Die nicht nur vorübergehende Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen findet keine Entsprechung in bei der Präsenzprüfung üblichen Kontrollmaßnahmen. Dennoch ist davon auszugehen, dass diese Maßnahmen das Maß des Erforderlichen nicht überschreiten, sofern die so erhobenen und gesicherten Daten tatsächlich dazu geeignet sind potenzielle Täuschungsversuche und Unregelmäßigkeiten nachzuweisen.

94 Allerdings muss sichergestellt sein, dass die Dauer der Speicherung auf den Zeitraum beschränkt ist, in dem die Aufzeichnung der Zweckerfüllung noch benötigt werden. Die Erforderlichkeit entfällt, wenn eine nachträgliche Überprüfung und Dokumentation nicht länger notwendig ist. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Frist, gegen eine Prüfungsentscheidung vorzugehen, inzwischen abgelaufen ist.

Hinweis:

Nach dem MWFK-Schreiben ist die „Aufzeichnung der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten nicht zulässig“. Ein derart striktes Verständnis ist aus unserer Sicht nach dem geltenden Datenschutzrecht nicht geboten.

**e) Erforderlichkeit der Auswertung der Tastaturanschläge**

95 Auch die Auswertung von Tastaturanschlägen (hierzu Rn. 40) findet nur bedingt eine Entsprechung in bei der Präsenzprüfung üblichen Kontrollmaßnahmen (in der händischen Prüfung können etwa Diskrepanzen zwischen der beobachteten Schreibaktivität und dem deutlich höheren Umfang der abgegebenen Seiten einen Täuschungsverdacht indizieren). Allerdings können sich aus einer solchen Auswertung ggf. Hinweise für einen Täuschungsversuch ergeben. So kann hierdurch etwa kontrolliert werden,

- ob ein Prüfungsteilnehmer den Antworttext selbst geschrieben oder aber Passagen aus einem anderen Dokument übernommen hat;
- ob das Endgerät über andere externe Geräte ferngesteuert wurde.

96 Sofern derartige Täuschungsversuche sinnvoll nicht auch durch eine der übrigen Maßnahmen effektiv aufgedeckt werden können, ist die Auswertung von Tastaturanschlägen somit ebenfalls erforderlich.

Hinweis:

Nach dem MWFK-Schreiben soll die „automatisierte Auswertung von Bild- oder Tondaten der Videoaufsicht (...) unzulässig“ sein. Ein generelles Verbot der automatisierten Auswertung kann dem geltenden Datenschutzrecht allerdings nicht entnommen werden.

**f) Erforderlichkeit der Verhinderung unerlaubter Prozesse auf dem Prüfungscomputer**

97 Bei Präsenzprüfungen kann der Zugang zu unerlaubten Informationsquellen während der Prüfung üblicherweise effektiv im Rahmen der Eingangskontrollen

begrenzt werden. Dies ist bei der Ableistung einer Prüfung über einen Computer nicht möglich, da über den Rechner potenziell jegliche Information vorab abgespeichert und dann abgerufen oder über das Internet übermittelt werden können. Zur Sicherstellung der Einhaltung der Prüfungsregelungen ist es daher erforderlich, dass die Nutzungsmöglichkeit des Prüfungscomputer in der beschriebenen Weise eingeschränkt werden.

#### **g) Erforderlichkeit der Verarbeitung bei der Protokollierung**

98 Auch die Protokollierung des Prüfungsablaufes einschließlich der während der Prüfung auftretenden und für die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung relevanten Ereignisse (hierzu Rn. 44) entspricht der bereits bei einer Präsenzprüfung üblichen Vorgehensweise. Die Protokollierung relevanter Ereignisse und Vorgänge ist daher ebenfalls erforderlich.

#### **h) Zwischenfazit**

99 Die in der Spezifikation beschriebenen Maßnahmen sind geeignet, Täuschungsversuche während der Prüfung zu unterbinden bzw. zu erschweren und eine Dokumentation der Prüfung zu gewährleisten. Die Maßnahmen stehen zudem in angemessenem Verhältnis zu dem jeweils verfolgten Zweck. Eine freiwillige Einwilligung in die genannten Maßnahmen ist daher grundsätzlich möglich.

100 Im Rahmen der Erforderlichkeit ist zudem zu prüfen, ob die Kombination verschiedener Maßnahmen insgesamt noch im angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht. Bei der Zusammenstellung verschiedener Maßnahmen zur Durchführung von Fernprüfungen ist daher darauf zu achten, dass jede Einzelmaßnahme einem Zweck dienen muss, der nicht bereits durch eine andere vorgesehene Maßnahme erreicht werden kann. So kann es etwa an der Erforderlichkeit fehlen, wenn im Rahmen der Identitätsfeststellung neben einer „händischen“ Prüfung durch das Aufsichtspersonal zusätzlich eine automatisierte Gesichtserkennung durchgeführt wird. Kann der mit den Maßnahmen verfolgte Zweck (Feststellung der Identität des Prüfungsteilnehmers) bereits durch eine der Maßnahmen erreicht werden, wären weitere Maßnahmen zu diesem Zweck nicht erforderlich.

#### **2.1.7 Sonderfall: Online-Studiengänge**

101 Ohne alternativen Präsenzprüfung leidet eine Einwilligung im Regelfall an der fehlenden Freiwilligkeit (hierzu Rn. 69). Fraglich ist allerdings, ob eine Präsenzprüfung

als Alternative auch angeboten werden muss, wenn die Prüfung innerhalb eines Studienganges erfolgt, der bereits bei Einschreibung darauf ausgerichtet war, dass alle oder bestimmte Prüfung nur Online und nicht in Präsenz angeboten werden (z. B. Online-Studiengänge). Hier ließe sich argumentieren, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Fernprüfungen für die Erbringung einer geschuldeten Leistung durch die Hochschulen (hier eines Online-Studienganges) erforderlich ist. Dies würde entsprechend Art. 7 Abs. 4 DSGVO für die Freiwilligkeit der Einwilligung in diesem Sonderfall sprechen. Weiterhin wären in diesem Fall alternative Präsenzstudiengänge derselben oder anderer Hochschulen als Umstände zu beachten, die für eine freie Entscheidung der Studierenden sprechen.

102 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Art. 7 Abs. 4 DSGVO dem Wortlaut nach nur auf die Verarbeitung für die *Vertragserfüllung* anwendbar ist. Die Rechte und Pflichten der Studierenden ergeben sich aber nicht aus einem Vertrag mit der Hochschule, sondern auf Grundlage der Immatrikulation des Studierenden aus dem Brandenburgischem Hochschulgesetz und der auf dieser Grundlage erlassenen Normen.

103 Im Falle des „alternativlosen“ Einsatzes von Fernprüfungen im Rahmen von darauf zugeschnittenen Studiengängen, wären die Anforderungen an die Einwilligung anhand der sich dann ergebenden Umstände zu prüfen. Aufgrund der hohen Anforderungen, die an die Freiwilligkeit der Einwilligung gestellt werden, spricht im Ausgangspunkt einiges für den „alternativlosen“ Einsatz von Fernprüfungen auf eine zu schaffende rechtliche Regelung als Rechtsgrundlage zu setzen (siehe hierzu unter Rn. 115 ff.). Denn bei der Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse ist die Freiwilligkeit keine Voraussetzung.

## 2.2 Informiertheit und Transparenz

104 Die Einwilligung muss für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgen. Zur Orientierung dienen dabei die Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO. Die Studierenden sollten daher vor der Einwilligung insbesondere Informationen zu folgenden Punkten erhalten:

- den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen sowie gegebenenfalls seines Vertreters (Art. 13 Abs. 1 lit. a DSGVO);
- die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (Art. 13 Abs. 1 lit. b DSGVO);

- die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung (Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO);
- etwaige Empfänger (z.B. eingesetzte Dienstleister) oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten (Art. 13 Abs. 1 lit. e DSGVO);
- Angaben zu einer etwaigen Drittlandübermittlung der personenbezogenen Daten (Art. 13 Abs. 1 lit. f DSGVO);
- die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO);
- Angaben zu den Betroffenenrechten (Recht auf Auskunft, Recht Berichtigung, Recht auf Löschung oder Einschränkung, Recht auf Datenübertragbarkeit; vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b DSGVO);
- Angaben zum Widerrufsrecht (Art. 13 Abs. 2 lit. c DSGVO);
- Angaben zum Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 13 Abs. 2 lit. d DSGVO);
- Angaben dazu, ob die Bereitstellung der personenbezogenen Daten vorgeschrieben bzw. verpflichtend ist und welche möglichen Folgen die Nichtbereitstellung hätte (Art. 13 Abs. 2 lit. e DSGVO);
- Angaben dazu, ob die Daten für eine automatisierten Entscheidungsfindung gemäß Art. 22 Abs. 1 und 4 DSGVO genutzt werden (Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO);

105 Für die Mitteilung der Informationen kann nach Überwiegender Auffassung auf ein gestuftes Informationskonzept zurückgegriffen werden.

*Schulz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 40.*

106 Das bedeutet, dass im Einwilligungstext selbst nur die wichtigsten Informationen erwähnt werden (erste Ebene) und im Übrigen auf weitere Informationen – etwa die Datenschutzerklärung – verwiesen wird (zweite Ebene). Welche Informationen auf bereits auf erster Ebene erteilt werden müssen, ist bisher nicht abschließend geklärt. Der Europäische Datenschutzausschuss nennt in seinen Leitlinien zur

Einwilligung allerdings bestimmte Informationen, die für die Entscheidungsfindung wesentlich sind.

Europäische Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 vom 4. Mai 2020, S. 17

107 Legt man dies zugrunde, sollten auf erster Ebene mindestens folgende Informationen erteilt werden:

- die Identität des Verantwortlichen;
- der Zweck jedes Verarbeitungsvorgangs, für den die Einwilligung eingeholt wird;
- die (Art der) Daten, die erhoben und verwendet werden;
- das Bestehen eines Rechts, die Einwilligung zu widerrufen;
- ggf. Angaben dazu, ob die Daten für eine automatisierten Entscheidungsfindung gemäß Art. 22 Abs. 1 und 4 DSGVO genutzt werden;
- ggf. Angaben zu einer etwaigen Drittlandübermittlung und den damit einhergehenden Risiken.

108 Da die verschiedenen Maßnahmen, für die die Studierenden ihre Einwilligung erteilen, im Grundsatz denselben Verarbeitungszweck verfolgen (nämlich eine effektive Prüfungsaufsicht zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Leistungsüberprüfung), ist es datenschutzrechtlich nicht notwendig, die Einwilligung in verschiedene Verarbeitungsaspekte aufzuteilen. Von den Studierenden kann eine einheitliche Einwilligung verlangt werden, es muss nicht jeder Verarbeitungsaspekt einzeln zur Disposition der Studierenden gestellt werden. Gleichwohl ist es möglich, für besonders eingriffsintensive Maßnahmen eine separate Einwilligung einzuholen. Dies bietet sich insbesondere dann an, wenn im Rahmen der Fernprüfung bestimmte Funktionalitäten nur optional angeboten werden sollen (wie etwa die automatische Gesichtserkennung).

### 2.3 Widerruflichkeit der Einwilligung

109 Studierende müssen nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung zu widerrufen – auch unabhängig von einer Anmeldefrist. Im Fall eines Widerrufs ist die weitere Verarbeitung personenbezogener Daten unzulässig. Welche Konsequenzen ein Widerruf für die Prüfung und betroffene Studierende im Übrigen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens ab. So wird es insbesondere auf den Zeitpunkt des Widerrufs ankommen, ob die Hochschule noch die Teilnahme an einer Präsenzprüfung ermöglichen kann.

110 Die Hochschule muss die Studierenden darauf hinweisen, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann (siehe dazu bereits oben, Rn. 104 ff.). Die Hinweise müssen auch Informationen dazu enthalten, wie sich ein solcher Widerruf auf den weiteren Verlauf des Prüfungsverfahrens auswirkt und unter welchen Voraussetzungen im Falle eines Widerrufs noch an einer Präsenzprüfung teilgenommen werden kann.

### 2.4 Formelle Anforderungen

111 Die DSGVO sieht für die Erteilung der Einwilligung keine bestimmte Form vor. Die Einwilligung kann daher grundsätzlich auch in Form einer schriftlichen, elektronischen oder mündlichen Willensbekundung erfolgen.

*Schulz, in Gola: Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 7 Rn. 41;  
Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 7 Rn. 58a.*

112 Zu beachten ist allerdings, dass die Hochschule nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO nachweisen können muss, dass die betreffenden Studierenden ihre Einwilligung erklärt haben. Die Einwilligung sollte daher schriftlich oder elektronisch eingeholt und entsprechend dokumentiert werden.

### 2.5 Zwischenergebnis

113 Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die für die vorliegend geplanten Maßnahmen zur Durchführung der Fernprüfung erforderlich sind, im Grundsatz auf eine Einwilligung gestützt werden können. Die Einwilligung muss jedoch zwingend freiwillig erfolgen. Für die Freiwilligkeit

ist entscheidend, dass die Studierenden alternativ auch eine Präsenzprüfung ablegen können. Sofern eine obligatorische Fernprüfung eingeführt werden sollte, ist die Einwilligung dagegen problematisch. In diesem Fall ist als Rechtsgrundlage die Erfüllung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse in Verbindung mit einer umfassenden rechtlichen Regelung (z. B. in der entsprechenden Rahmenordnung der Hochschule) in Betracht zu ziehen. Generell lässt sich sagen, dass die Anforderungen an die Erforderlichkeit der Einzelmaßnahmen deutlich steigen, sofern den Studierenden keine Alternative zur Fernprüfung zur Verfügung steht.

### 3. Verarbeitung im öffentlichen Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO

114 Da öffentliche Hochschulen bei der Durchführung von Prüfungen zur Erfüllung der ihnen per Gesetz übertragenden Aufgaben im Rahmen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung tätig werden, kann die Datenverarbeitung nicht auf eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gestützt werden. Als Verarbeitungsgrundlage für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Fernprüfungen kommt jedoch die Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO in Betracht.

115 Nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO ist eine Datenverarbeitung auch ohne Einwilligung rechtmäßig, wenn sie

„für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.“

#### 3.1 Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen Befugnisnorm

116 Aus der Regelung in Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DSGVO folgt, dass Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO für sich genommen nicht ausreicht, um eine Datenverarbeitung zu legitimieren. Vielmehr bedarf es einer gesonderten gesetzlichen Grundlage im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten. Im deutschen Recht ist die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, wonach wesentliche Fragen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen.

So auch OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.03.2021 – 3 MR 7/21 –, Rn. 59.

117 Mit Blick auf den Hochschulbereich folgt daraus, dass der Landesgesetzgeber jedenfalls die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen für die



Durchführung von Hochschulprüfungen selbst treffen muss. Eine solche Regelung könnten § 22 Abs. 1 Satz 1 sowie § 23 Abs. 1 Satz Nr. 14 BbgHG darstellen. Allerdings enthalten diese Bestimmungen keine konkreten Vorgaben für die Durchführung von Fernprüfungen. Vielmehr sehen die Regelungen vor, dass die nähere Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens den Hochschulen obliegt.

- 118 Ob eine allgemeine landesgesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine ausreichende Rechtsgrundlage genügt, ist in der juristischen Literatur umstritten.

Dazu näher *Jeremias*, jM 2018, 25, 26 ff. Zum Gesetzesvorbehalt im Prüfungsrecht ausführlich *Nieheus/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, S. 9 ff.

- 119 Teilweise wird bezweifelt, dass eine allgemeine Satzungsermächtigung für den Erlass von Prüfungsordnungen in den Hochschulgesetzen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine ausreichende Rechtsgrundlage genügt. Der Landesgesetzgeber müsse vielmehr selbst Regelungen treffen, welche die Anforderungen an das Verfahren und die Gestaltung digitaler Prüfungen abdecken.

*Sandberger*, OdW 2020, 155, 161

- 120 Legt man dies zugrunde, wäre in den Regelungen in § 22 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1 Satz Nr. 14 BbgHG keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Einführung von Fernprüfungen über die Prüfungsordnungen der Hochschulen zu sehen. Vielmehr wäre nach dieser Auffassung eine zusätzliche Regelung im Brandenburgischen Hochschulgesetz erforderlich.

- 121 Nach anderer, wohl überwiegender Auffassung sollen allgemeine Regelungen in den Hochschulgesetzen, die den Hochschulen einen großen Gestaltungsspielraum einräumen, ausreichen.

*Jeremias*, jM 2018, 25, 26

- 122 Nach dieser Auffassung soll eine hinreichende normative Grundlage bereits dann anzunehmen sein, wenn die elektronische Prüfungsdurchführung in der Prüfungsordnung der Hochschule genauer geregelt ist.

So wohl *Jeremias*, jM 2018, 25, 28 sowie *Fischer/Dieterich*, NVwZ 2020, 657, 661 f. Ähnlich *Nieheus/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 7. Aufl. 2018, S. 16.

123 Nach dieser Auffassung wäre es ausreichend, wenn die Hochschule die Durchführung von Fernprüfungen in der jeweiligen Rahmenordnung genauer regelt. Auf Ebene der Landesgesetze wären die Regelungen in § 22 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1 Satz Nr. 14 BbgHG hinreichend.

124 Das OVG Schleswig-Holstein hat in einer Entscheidung zur Videoaufsicht eine ähnliche Sichtweise zugrunde gelegt.

OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.03.2021 – 3 MR 7/21 –, Rn. 60

125 Nach Auffassung des Gerichts ist eine nähere Regelung der Prüfungsformen in einem förmlichen Parlamentsgesetz nicht erforderlich. Vielmehr sei der mit einer Fernprüfung verbundene Grundrechtseingriff nicht so intensiv, dass diese Prüfungsform in einem förmlichen Gesetz geregelt werden müsse. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Teilnahme an einem elektronischen Prüfungsformat freiwillig erfolgt.

OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.03.2021 – 3 MR 7/21 –, Rn. 60

126 Auch dem MWFK-Schreiben liegt offenbar die Rechtsauffassung zugrunde, dass die bestehenden Regelungen im BbgHG als Rechtsgrundlage für die Einführung von Fernprüfungen ausreichen. So heißt in dem Schreiben

„Grundsätzlich wurde seitens des MWFK dazu mitgeteilt, dass derzeit keine landeseinheitliche Regelung, wie beispielsweise die Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung (BayFEV), im Land Brandenburg geplant sei. Gemäß § 23 Abs. 1 Ziff.14 BbgHG obliegt die Ausgestaltung der Rahmenprüfungsordnung hinsichtlich der Organisation und Durchführung von Hochschulprüfungen den Hochschulen selbst. [...]“

Mit diesem Schreiben teile ich Ihnen die wesentlichen Grundsätze für die Durchführung von Online-Prüfungen mit, die in der Rahmenprüfungsordnung zu regeln sind. Dabei weise ich vorsorglich darauf hin, dass die detaillierte inhaltliche Ausgestaltung der Rahmenprüfungsordnung den Hochschulen obliegt.“

MWFK-Schreiben, S. 1 f.

Hinweis:

Eine vertiefte verfassungsrechtliche Prüfung der hochschulrechtlichen Regelungen im BbgHG ist nicht Gegenstand dieses Memorandums. Berücksichtigt man allerdings die Äußerungen in der Rechtsprechung und der juristischen Fachliteratur, erscheint die Auffassung des brandenburgischen MWFK, wonach für die Durchführung von Fernprüfungen lediglich eine Regelung in der jeweiligen Rahmenprüfungsordnung der Hochschule erforderlich ist und es keiner weiteren Regelung im BbgHG bedarf, zumindest gut vertretbar. Für den weiteren Verlauf der Prüfung wird diese Sichtweise zugrunde gelegt.

Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht bei einer etwaigen Überprüfung auf eine restriktivere Sichtweise abstellt, und die aktuellen Regelungen im BbgHG für nicht ausreichend hält. In diesem Fall wären sowohl Regelungen zu Fernprüfungen in der jeweiligen Rahmenprüfungsordnung als auch die hierauf gestützten Maßnahmen zur Durchführung der Prüfung rechtswidrig.

### 3.2 Erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse

127 Nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO muss die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich sein. Die Unterbindung von Täuschungsversuchen bei Fernprüfungen an öffentlichen Hochschulen sowie die Dokumentation der Prüfung sind öffentliche Aufgaben in diesem Sinne.

Vgl. *Dieterich*, NVwZ 2021, 511, 516; OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.03.2021 – 3 MR 7/21 –, Rn. 63.

128 Die Datenverarbeitung ist erforderlich, wenn sie aus Sicht der verantwortlichen Hochschule ein geeignetes Mittel zur Aufgabenerfüllung darstellt (hierzu unter **3.2.1**) und eine ebenso effektive, für die betroffene Person jedoch weniger invasive Alternative entweder nicht vorliegt oder dem Verantwortlichen vernünftigerweise nicht zugemutet werden kann (hierzu unter **3.2.2**). Außerdem muss die Verarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen (hierzu unter **3.2.3**).

### 3.2.1 Geeignetheit

129 Die in der Spezifikation genannten Maßnahmen müssen geeignet sein, den von der Hochschule verfolgten Zweck – die Unterbindung bzw. Erschwerung von Täuschungsversuchen sowie die Dokumentation der Prüfung – zu fördern. Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Eine Datenverarbeitung, die für den vom Verantwortlichen verfolgten Zweck keinen Unterschied macht, kann daher nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützt werden.

130 Zu beachten ist, dass allein der Umstand, dass Maßnahmen zur Prüfungsaufsicht im Rahmen einer Fernprüfung in der Regel weniger effektiv sein dürften als die Aufsicht im Rahmen einer Präsenzprüfung, die Geeignetheit der geplanten Maßnahme nicht ausschließt. Es ist rechtlich daher nicht erforderlich, dass durch den Einsatz der in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen Täuschungsversuche vollständig verhindert werden. Vielmehr ist die jeweilige Maßnahme bereits dann geeignet, wenn sie dazu beiträgt, die Durchführung der Prüfung zu organisieren und Täuschungsversuche zu erschweren bzw. deren Aufdeckung zu erleichtern.

OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 03.03.2021 – 3 MR 7/21 –, Rn. 46.

131 Ob die eingesetzten Maßnahmen geeignet sind, das mit deren Einsatz verfolgte Ziel – die Unterbindung bzw. Erschwerung von Täuschungsversuchen sowie die Dokumentation der Prüfung – zu fördern, muss mit Blick auf den konkreten Verarbeitungsvorgang geprüft werden.

#### a) Geeignetheit der Verarbeitung bei der Vorbereitung der elektronischen Aufsicht

132 Die Aufteilung der Prüfungsteilnehmer auf Prüfungskohorten und die damit verbundene Datenverarbeitung (hierzu Rn. 12) ist geeignet, die Prüfungsaufsicht zu organisieren und eine effektive Aufgabenteilung zu gewährleisten.

133 Auch der Abgleich bzw. Import von zusätzlichen Daten aus der zentralen Studierendendatenbank der betreffenden Hochschule stellt eine geeignete Maßnahme zur Vorbereitung der Prüfung dar, sofern die importierten Daten für die Durchführung von Maßnahmen im Verlauf der Prüfung benötigt werden (z. B. Identifizierung und Prüfung der persönlichen Berechtigung zum Ablegen der Prüfung). Es sollte allerdings für jedes zu importierende Einzeldatum geprüft werden, ob dieses auch wirklich für die Durchführung der Prüfung benötigt wird.

134 Die Einholung der Einverständniserklärung in die elektronische Aufsicht (hierzu Rn. 13) sowie die Speicherung der entsprechenden Daten (z. B. Umstand und Zeitpunkt des Einverständnisses) dienen der Umsetzung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO und stellen geeignete Mittel zur Umsetzung dieser Vorgaben dar.

**b) Geeignetheit der Verarbeitung bei der Identitätsfeststellung**

135 Durch die Maßnahmen zur Identitätsfeststellung soll sichergestellt werden, dass nur zugelassene Personen an der Prüfung teilnehmen und die Prüfungsleistung der richtigen Person zugeordnet wird.

Ebenso VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 11. Mai 2021 – VG 1 L 124/21 –, BeckRS 2021, 11914 (Rn. 29).

136 Die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen stellen geeignete Mittel zur Identitätsfeststellung dar. Durch den Abgleich des vorgezeigten Lichtbildausweises (hierzu Rn. 17) mit den Daten aus der Studierendenverwaltung kann festgestellt werden, ob es sich bei der betroffenen Person um den für die Prüfung angemeldeten Studierenden handelt.

137 Neben der „händischen“ Identifikation soll den Studierenden auch die Identifikation über die biometrische Gesichtserkennung angeboten werden. Auch eine solche automatische Erkennung scheint grundsätzlich geeignet, die betroffenen Person zu identifizieren. Da die technische Einsatzfähigkeit von Verfahren zur Gesichtserkennung – insbesondere bei Menschen mit vermeintlich von der Norm abweichenden äußeren Merkmalen – teilweise in Zweifel gezogen wird, sollte bei der technischen Prüfung des für die automatische Erkennung eingesetzten Lösung sichergestellt werden, dass es sich tatsächlich um ein geeignetes Verfahren zur Identifikation handelt.

Vgl. zum Einsatz intelligenter Gesichtserfassungssysteme auch *Heldt*, MMR 2019, 285, 286 f. sowie *Botta*, Virtuelle Prüfungsaufsicht zwischen Chancengleichheit und Privatheitsschutz, VerfBlog, 2020/12/21, <https://verfassungsblog.de/grundrechtseingriffe-durch-online-proctoring/> (aufgerufen am 06.03.2022).

138 Im Streitfall muss die Hochschule die Geeignetheit einer automatischen Erkennung anhand belastbarer Informationen darlegen können.

**c) Geeignetheit der Verarbeitung bei der Audio- und Videoaufsicht sowie der anlassbezogenen Täuschungskontrolle**

139 Wie bereits erläutert, muss die Hochschule aufgrund des prüfungsrechtlichen Grundsatzes der Chancengleichheit eine zuverlässige Aufsicht von Klausuren, insbesondere zur Vermeidung von Täuschungen und Manipulation, gewährleisten (hierzu bereits Rn. 88).

140 Zur Erreichung einer effektiven Aufsicht, sind die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen geeignet. Dies gilt für die vorgesehene Videoaufsicht sowohl in der Kachelansicht (hierzu Rn. 29) als auch in der (zufälligen) Großansicht einzelner Studierender (hierzu Rn. 30) – ggf. auch in Seitenansicht durch ein Zweitgerät (hierzu Rn. 31). Gleiches gilt für die Anfertigung von Screenshots (Rn. 37) sowie für die Audioaufsicht (hierzu Rn. 32, 38 und 42).

141 Auch die Überprüfung des Arbeitsplatzes auf verdächtige Gegenstände (hierzu Rn. 34), stellt eine geeignete Maßnahme dar. Dies gilt auch für die anlassbezogene Überprüfung (hierzu 35).

**d) Geeignetheit der nicht nur vorübergehenden Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen**

142 Die nicht nur vorübergehende Speicherung von Screenshots und Ton-/Bildaufnahmen ermöglicht die spätere Überprüfung der Prüfungssituation sowie die Dokumentation etwaiger Täuschungsversuche (hierzu Rn. 38). Im Gegensatz zur bloßen Aufsicht während der Prüfung ermöglicht die Speicherung von Ton- und Bildaufnahme auch eine nachträgliche Überprüfung – etwa wenn sich Anhaltspunkte für einen Täuschungsversuch erst aus den von den Studierenden abgegebenen Antworttexten ergibt. Die Speicherung von Ton-/Bildaufnahmen stellt daher grundsätzlich ebenfalls eine geeignete Maßnahme dar.

143 Die Geeignetheit entfällt allerdings, wenn aus Sicht der Hochschule eine nachträgliche Überprüfung und Dokumentation nicht länger notwendig ist. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Frist, gegen eine Prüfungsentscheidung vorzugehen, inzwischen abgelaufen ist. Die Hochschule muss daher sicherstellen, dass die Dauer der Speicherung auf den Zeitraum beschränkt ist, in dem die Aufzeichnung der Zweckerfüllung noch benötigt werden.

**Hinweis:**

Nach dem MWFK-Schreiben ist die „Aufzeichnung der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten nicht zulässig“. Ein derart striktes Verständnis ist aus unserer Sicht nach dem geltenden Datenschutzrecht nicht geboten.

**e) Geeignetheit der Auswertung der Tastaturanschläge**

144 Aus der Auswertung von Tastaturanschlägen (hierzu Rn. 40) können sich ggf. ebenfalls Hinweise für einen Täuschungsversuch ergeben. So kann hierdurch etwa kontrolliert werden, ob ein Prüfungsteilnehmer den Antworttext selbst geschrieben oder aber Passagen aus einem anderen Dokument übernommen hat. Zudem ermöglicht die Auswertung von Tastaturanschlägen Rückschlüsse darauf, ob das Endgerät während der Prüfung durch externe Dritte gesteuert wurde. Die Auswertung von Tastaturanschlägen ist daher ebenfalls geeignet, eine ausreichende Aufsicht zu gewährleisten.

**f) Geeignetheit der Verhinderung unerlaubter Prozesse auf dem Prüfungscomputer**

145 Bei Präsenzprüfungen kann der Zugang zu unerlaubten Informationsquellen während der Prüfung üblicherweise effektiv im Rahmen der Eingangskontrollen begrenzt werden. Dies ist bei der Ableistung einer Prüfung über einen Computer nicht möglich, da über den Rechner potenziell jegliche Information vorab abgespeichert und dann abgerufen oder über das Internet übermittelt werden können. Sofern die Hochschule technische Vorkehrungen zu Unterbindung unerlaubter Maßnahmen trifft, handelt es sich daher um eine geeignete Maßnahme zur Täuschungskontrolle.

**g) Geeignetheit der Verarbeitung bei der Protokollierung**

146 Die Protokollierung des Prüfungsablaufes sowie der während der Prüfung auftretenden und für die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung relevanten Ereignisse (hierzu Rn. 44) ist geeignet, die Prüfungsabnahme und -leistung zu protokollieren und eine nachträgliche Überprüfung zu ermöglichen.

**h) Zwischenfazit**

147 Die in der Spezifikation beschriebenen Maßnahmen sind geeignet, Täuschungsversuche während der Prüfung zu unterbinden bzw. zu erschweren und eine Dokumentation der Prüfung zu gewährleisten.

**3.2.2 Keine ebenso effektiven aber weniger invasiven Alternativmaßnahmen**

148 Geht man folglich von der Geeignetheit der in der Spezifikation genannten Maßnahmen aus, stellt sich weiter die Frage, ob diese Maßnahmen mit Blick auf das von der Hochschule verfolgte Ziel auch erforderlich sind. Dies ist der Fall, wenn die Hochschule das mit der Datenverarbeitung bezweckte Ziel nicht mit gleich effektiven aber weniger eingriffsintensiven Maßnahmen erreichen kann.

149 Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit sind nach zutreffender Ansicht auch Zumutbarkeitswägungen zu berücksichtigen. Die Hochschule muss mit anderen Worten nicht jede noch so teure oder aufwändige Maßnahme als Alternative zu der geplanten Datenverarbeitung in Betracht ziehen. Anhaltspunkte für einen solchen Zumutbarkeitsvorbehalt lassen sich auch in dem EuGH-Urteil zur Videoüberwachung finden. Danach soll es an der Erforderlichkeit fehlen, wenn das berechtigte Interesse „mit anderen Mitteln [...] vernünftigerweise ebenso wirksam erreicht werden kann“.

EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2019 – C-708/18 –, ZD 2020, 148, 149 (Rn. 47); das Urteil bezieht sich zwar auf die Vorgängerregelung in der europäischen Datenschutzrichtlinie, im Grundsatz können die Erwägungen u.E. aber auch für die Auslegung der DSGVO herangezogen werden. Vgl. auch Reimer, in: Sydow (Hg.), DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 47; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr/Heberlein (Hg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 23.

150 Bezogen auf die vorliegende Konstellation bedeutet dies: Sofern ein ähnlich wirksamer Kontrollgrad bei Fernprüfungen nur mit ganz erheblichen finanziellen bzw. personellen Zusatzaufwänden erreicht werden kann, dürfte dies im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung unbeachtlich sein. Andererseits wird die Hochschule jedenfalls solche Alternativmaßnahmen in Betracht ziehen müssen, die mit moderat höheren Kosten oder Aufwänden verbunden sind.

151 Mit Blick auf die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen ist dabei auch zu berücksichtigen, ob die Kombination verschiedener Maßnahmen insgesamt noch den Anforderungen an die Erforderlichkeit genügt (dazu bereits oben, Rn. 100).



Bei der Zusammenstellung verschiedener Maßnahmen zur Durchführung von Fernprüfungen ist daher darauf zu achten, dass jede Einzelmaßnahme einem Zweck dienen muss, der nicht bereits durch eine andere vorgesehene Maßnahme erreicht werden kann.

152 Nach unserer Einschätzung erscheint es plausibel, dass Täuschungsversuchen durch die in der Spezifikation vorgesehenen effektiv vorgebeugt werden kann, und dass weniger eingriffsintensive aber gleich effektive Alternativen nicht verfügbar sind (siehe dazu auch ausführlich oben, Rn. 76 ff.). Insbesondere gehen wir davon aus, dass eine ausschließlich menschliche Überwachung ohne weitere technische Unterstützung einer Täuschung durch Verwendung unerlaubter technischer Hilfsmittel nicht in gleich effektiver Weise entgegenwirken würde.

Ähnlich *Hoeren*, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsfunktionen bei Online-Klausuren, S. 26 ff.; abrufbar unter: [https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/RiDHnrw\\_11.06.20\\_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf](https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/RiDHnrw_11.06.20_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf) (zuletzt aufgerufen am 7. März 2022).

153 Auf Grundlage der uns vorliegenden Informationen lässt sich dies allerdings nicht abschließend beurteilen. Die Hochschule sollte daher vor Einführung prüfen, ob die in der Spezifikation beschriebenen Maßnahmen jeweils durch datensparsamere und damit weniger eingriffsintensive Verfahren ersetzt werden können, ohne dass dies zu einer weniger effektiven Prüfungsaufsicht führen würde.

### 3.2.3 Verhältnismäßigkeit

154 Aus Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DSGVO folgt, dass eine auf Art. 6 Abs. 1 Abs. 1 lit. e DSGVO gestützte Verarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen muss. Die mit den vorgesehenen Maßnahmen verfolgten staatlichen Interessen müssen daher gegen die Rechtspositionen der betroffenen Studierenden abgewogen werden.

#### a) Verarbeitungsinteresse der Hochschule

155 Für das staatliche Verarbeitungsinteresse spricht, dass die Hochschule auf Grund des Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Hochschulprüfungen so zu organisieren, dass die prüfungsrechtliche Chancengleichheit gewahrt wird.

OVR NRW, Beschl. v. 04.03.2021 – 14 B 278/21. NE –, Rn. 11 ff.; OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 42); BVerwG, Beschl. v. 16.01.1984 – 7 B 169.83 –, Rn.22.

- 156 Nach dem OLG Schleswig verpflichtet der Grundsatz der Chancengleichheit die Hochschule dazu, mit Blick auf das Prüfungsverfahren

„möglichst gleichmäßige äußere Voraussetzungen für alle Prüflinge zu schaffen und damit allen Prüflingen gleiche Erfolgchancen einzuräumen (BVerwG B. v. 16.1.1984 - 7 B 169.83, Rn. 22). Dies schließt ein, dass, wenn nach der Konzeption der Prüfung die Verwendung von Hilfsmitteln nicht oder nur in begrenztem Umfang zulässig ist, eine dementsprechende Überwachung erfolgen muss. Ob eine solche Begrenzung von Hilfsmitteln vorgesehen ist, hängt von der Konzeption der Prüfung ab. Dabei liegt eine Begrenzung der Hilfsmittel nahe, wenn (auch) bestimmtes Faktenwissen abgefragt werden soll, während bei der Abprüfung von Transferleistungen oder der Anwendung bestimmter erlernter Methoden Hilfsmittel eher zulässig sein können. Soweit eine Begrenzung erfolgt, sind eine diesbezügliche Überwachung und damit auch eine Datenerhebung zur Prüfungsaufsicht erforderlich. Die entsprechende Aufsicht kann bei elektronischen Fernprüfungen auch nur elektronisch erfolgen.“

OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 42)

- 157 Auf Seiten der Hochschule ist darüber hinaus auch das Interesse an der Ausgestaltung und Organisation des Lehr- und Prüfungsangebots zu berücksichtigen. Unter dem Grundgesetz wird dieses Interesse durch die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt. Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch die Lehre, als die systematisch angelegte Weitergabe der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse.

Vgl. *Kempen*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), BeckOK Grundgesetz, 45. Edition, Stand: 15.11.2020, Art. 5 Rn. 183 m.w.N.

- 158 Als in der Regel öffentlich-rechtliche Körperschaften sind Hochschulen insoweit auch vom persönlichen Schutzbereich des Grundrechts umfasst, § 5 Abs. 1 S. 1 BbgHG.

*Kempen*, in BeckOK GG, 49. Ed. Art. 5 GG Rn. 185 m.w.N.

- 159 Auf Ebene des Europarechts wird die Lehrfreiheit zudem durch Art. 13 GRCh geschützt. Der Gewährleistungsgehalt entspricht dabei im Wesentlichen dem des Art. 5 Abs. 3 GG.

*Roßnagel, ZD 2020, 296, 297.*

160 In sachlicher Hinsicht schützt die Lehrfreiheit das Recht des Lehrenden, Inhalt und Ablauf von Lehrveranstaltungen grundsätzlich frei festlegen zu können. Auch die Durchführung von Hochschulprüfungen fällt unter den Lehrbegriff und damit in den sachlichen Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit.

*Britz, in: Dreier (Hg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaft), Rn. 30; Jarass, in ders. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 139.*

#### **b) Schutzinteressen der Betroffenen**

161 Gegen den Einsatz von digitalen Aufsichtsmaßnahmen spricht hingegen das Recht der betroffenen Studierenden auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie das Recht am eigenen Bild.

162 Das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) dürfte hingegen nicht berührt sein.

163 Zwar ist insoweit anerkannt, dass Art. 13 Abs. 1 GG neben dem physischen Zutritt sowie dem Verweilen in einer Wohnung auch die Gewährleistung einer Schutzsphäre vor technischen Überwachungsmaßnahmen als moderner Ausfluss des Grundrechts garantiert.

*BVerfG, Urt. v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u.a.*

164 Gleichwohl wird bereits begrifflich ein „Eindringen“ i.S.d. Norm dann nicht anzunehmen sein, wenn – wie hier – die Kamera und das Mikrophon durch Studierende selbst freigeschaltet und damit sowohl von dessen Willen getragen als auch einseitig bestimmbar sind. Entsprechende Erwägungen hat auch das OVG Schleswig in seiner Entscheidung zugrunde gelegt:

„Allein der Prüfling entscheidet daher darüber, ob den Mitarbeitern der Ag. akustisch und visuell Einblick in einen gegebenenfalls als Wohnung geschützten Raum gegeben werden soll. Der Prüfling entscheidet zudem auch, ob er überhaupt an der elektronischen Fernprüfung teilnimmt oder nicht.“,

*OVG Schleswig, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 MR 7/21 –, ZD 2021, 441, 442 (Rn. 33).*

165 Auf unionsrechtlicher Ebene sind zugunsten der Studierenden zudem die grundrechtlich verbürgten Rechte auf Achtung des Privatlebens (Art. 7 GRCh) und auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) zu berücksichtigen.

**c) Abwägungskriterien**

166 Die Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechtspositionen muss einzelfallabhängig erfolgen und insbesondere die konkrete Verarbeitungssituation sowie die Intensität der mit der Verarbeitung verbundenen Beeinträchtigung berücksichtigen. Je eingriffsintensiver eine Maßnahme ist, umso mehr spricht im Rahmen der Abwägung dafür, dass die betroffenen Personen ein Interesse am Ausschluss der betreffenden Datenverarbeitung haben. Im Rahmen der Abwägung sind insbesondere die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

**aa) Erwartungshaltung der Studierenden**

167 Entscheidende Bedeutung kommt zunächst der Erwartungshaltung der Studierenden zu. Müssen diese vernünftigerweise mit einer Fernprüfung und dem Einsatz von entsprechender Prüfungssoftware rechnen, spricht dies im Rahmen der Abwägung stark für die Zulässigkeit der Verarbeitung. Insofern ist insbesondere relevant, welche Informationen die Hochschule im Vorfeld zur Verfügung gestellt hat. Hat die Hochschule die Studierenden etwa mit ausreichendem Vorlauf über mögliche Fernprüfungen und die damit verbundene Datenverarbeitung informiert, ist dies in der Abwägung zugunsten der Hochschule zu berücksichtigen. Insbesondere bei reinen Online-Studiengängen werden die Studierenden vernünftigerweise erwarten, dass auch Prüfungen online durchgeführt werden und in diesem Zusammenhang auch technische Sicherheitsvorkehrungen zur Verhinderung von Täuschungsversuchen getroffen werden. Bei „klassischen“ Präsenzstudiengängen kann eine solche Erwartungshaltung hingegen nicht pauschal unterstellt werden.

**bb) Alternative Präsenzprüfung**

168 Wesentlich für die Abwägung ist zudem, ob den Studierenden eine Präsenzprüfung als Alternative angeboten wird.

- 169 Die Einräumung einer solchen Wahlmöglichkeit ist ein starkes Argument für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung. Denn die betroffene Person kann ihrem Willen Ausdruck verleihen und behält die Kontrolle über die Verarbeitung ihrer Daten.

Vgl. dazu auch *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 6 Abs. 1 Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, Rn. 88.

- 170 Haben die Prüfungsteilnehmer hingegen keine Wahlmöglichkeit, dürfte die Interessenabwägung regelmäßig zu Lasten der Hochschule ausgehen, sofern die Studierenden nicht aufgrund besonderer Umstände – etwa im Rahmen reiner Onlinestudiengänge oder aufgrund entsprechender Informationen vor Studienbeginn – mit einer Onlineprüfung rechnen müssen.

#### **cc) Live-Aufsicht und Videoaufzeichnungen**

- 171 Sofern die Live-Aufsicht der Prüfungssituation ausschließlich durch eine Prüfungssoftware übernommen wird, ist darin ein intensiverer Grundrechtseingriff zu sehen. Andererseits kann es zu einer deutlichen Reduktion der Eingriffsintensität führen, wenn die Prüfungsaufsicht während der Prüfung jedenfalls teilweise weiterhin durch menschliches Aufsichtspersonal sichergestellt wird. Von einem intensiveren Grundrechtseingriff ist zudem auszugehen, wenn die Hochschule sich nicht auf eine bloße Live-Aufsicht beschränkt, sondern auch Videoaufzeichnungen der Prüfung anfertigt.

#### **dd) Keine Unzulässige Diskriminierung**

- 172 Zur Vermeidung unzulässiger Diskriminierungen, muss die Hochschule sicherstellen, dass die Software zur automatischen Gesichtserkennung auch bei Menschen mit von der Norm vermeintlich abweichenden äußeren Merkmalen mit ausreichender Genauigkeit arbeiten kann (vgl. dazu bereits oben, Rn. 137 ff.). Sofern die eingesetzte Software diese Voraussetzung nicht erfüllt, führt dies im Rahmen der Abwägung regelmäßig zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung.

#### **ee) Alternative Prüfungsmodi**

- 173 Kein entscheidendes Gewicht dürfte hingegen dem Umstand zukommen, dass eine laufende Überwachung der Prüfungssituation bei Änderung der Prüfungsinhalte oder -anforderungen (z. B. durch Einführung sog. Open-Book-Prüfungen

oder Hausarbeiten) nicht erforderlich wäre. Die Auswahl der Lern- und Prüfungsinhalte sowie die Frage, wie diese sinnvoll abgefragt werden können, sind in der akademischen Ausbildung von besonderer Bedeutung. Die hochschulintern zuständigen Organisationseinheiten dürfen grundsätzlich nach eigenen wissenschaftlichen Kriterien festlegen, unter welchen Voraussetzungen die Studierenden als zur wissenschaftlichen Durchdringung der Lehrinhalte befähigt gelten. Sofern sich die Hochschule in Ausübung ihrer Lehrfreiheit auf ein bestimmtes Prüfungsformat festlegt, ist dies daher grundsätzlich zu akzeptieren.

**ff) Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz personenbezogener Daten**

174 Im Rahmen der Abwägung ist schließlich zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang die Hochschule Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz der personenbezogenen Daten der Studierenden ergriffen hat.

**d) Konkrete Abwägung im Einzelfall**

175 Das konkrete Ergebnis der Abwägung hängt davon ab, wie die jeweilige Hochschule Fernprüfungen konkret ausgestaltet und welche in der Spezifikation aufgeführten Maßnahmen sowie weitere Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten dabei zum Einsatz kommen.

176 Der Einsatz der in der Spezifikation genannten Maßnahmen dürfte aber in aller Regel auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO zulässig sein, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- die Studierenden werden vorab hinreichend über die Datenverarbeitung informiert (vgl. dazu oben, Rn. 104 ff.),
- den Studierenden haben die Wahl, die Prüfung online oder vor Ort abzulegen,
- es werden Maßnahmen zum Schutz der personenbezogenen Daten ergriffen, die mindestens dem aktuellen Stand der Technik entsprechen,
- Aufzeichnungen der Prüfung werden nur so lange gespeichert, wie unter Berücksichtigung der prüfungsrechtlichen Vorgaben zu Dokumentationszwecken erforderlich ist und

- die Aufsicht wird nicht vollständig automatisiert, sondern unter Einbeziehung menschlicher Aufsichtspersonen durchgeführt.

## II. **Zusätzlich Anforderung bei der Verarbeitung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten gemäß Art. 9 DSGVO**

177 Neben der Frage, ob die in der Spezifikation vorgesehenen Maßnahmen auf eine ausreichende Rechtsgrundlage gestützt werden können, ist weiter zu klären, ob für einzelne Maßnahmen die besonderen Vorgaben für die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten eingehalten werden müssen. Nach Art. 9 DSGVO dürfen besondere Kategorien personenbezogener Daten nur unter den engen Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO verarbeitet werden.

178 Mit Blick auf die Videoüberwachung im Rahmen der elektronischen Prüfungsaufsicht lässt sich gut vertreten, dass keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden (hierzu unter Teil 1 – C.II.1). Für die Gesichtserkennung werden dagegen biometrische Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet (hierzu unter Teil 1 – C.II.2).

### 1. **Bloße Videoübertragung**

179 Im Falle des Einsatzes einer personengenauen Auflösung von Videoaufnahmen kann nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes besondere Kategorien personenbezogener Daten (z. B. Gesundheitsdaten aufgrund Tragens einer Brille oder die ethnische Herkunft aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes) erfasst werden. Ob auch eine solche „beiläufige“ Erfassung unter Art. 9 Abs. 1 DSGVO fällt, ist umstritten.

180 Für ein weites Verständnis, das auch die nicht intendierte Verarbeitung sensibler Daten erfasst, könnte der Wortlaut in Art. 9 Abs. 1 DSGVO sprechen. Dieser setzt gerade keine Auswertungsabsicht voraus, sondern stellt auf den Begriff der Verarbeitung ab. Nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO kann grundsätzlich bereits allein die Möglichkeit des Zugriffs auf Daten – unabhängig vom Verarbeitungszweck oder der tatsächlichen Verwendung der Daten – eine rechtfertigungsbedürftige Datenverarbeitung darstellen.

181 Nach überzeugender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist der Anwendungsbereich hingegen nur eröffnet, wenn der Verantwortliche sich den spezifisch

sensiblen Informationsgehalt der besonderen Datenkategorie zu Nutzen machen will bzw. eine Auswertungsabsicht hat.

Vgl. VG Mainz, Urt. v. 24.09.2020 – 1 K 584/19.MZ –, Rn. 29; Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Auflage 2018, Art. 9 Rn. 1; zur Videoüberwachung Scholz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Anhang 1 zu Art. 6 DSGVO Rn. 101; EDPB, Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, Version 2.0, adopted on 29.01.2020, Rn. 62 ff.; vertiefend zur dieser Problematik Britz/Indenhuck/Langerhans, ZD 2021, 559.

182 Werden also die entstandenen Aufnahmen nicht dazu genutzt, den Gesundheitszustand eines Prüflings zu analysieren, seine ethnische Herkunft zu erkennen oder anderweitig sensible Daten auszuwerten, findet Art. 9 Abs. 1 DSGVO nach dieser Auffassung keine Anwendung. Eine Klärung dieser Rechtsfrage durch den EuGH steht allerdings aus.

Hinweis:

Sofern die Hochschule die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Durchführung von Fernprüfungen auf eine Einwilligung stützt, kann in diesem Zusammenhang vorsorglich auch eine Einwilligung in die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten eingeholt werden. Hierdurch lässt sich vermeiden, dass sich die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 9 DSGVO auf die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch die Hochschule auswirkt.

## 2. Gesichtserkennung

### 2.1 Begriff der biometrischen Daten

183 Zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO gehören auch die „biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person“. Biometrische Daten sind gemäß Art. 4 Nr. 14 DSGVO mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die eine eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten.

184 Art. 9 Abs. 1 DSGVO erfasst somit auch die Verarbeitung von Bilddaten durch Gesichtserkennungssoftware.



Vgl. *Albers/Veit*, BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 01.11.2021, DSGVO Art. 9 Rn. 44; *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spieker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, DSGVO Art. 4 Nr. 14 Rn. 10; *Ernst*, in *Paal/Pauly*, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 4 Rn. 103.

## 2.2 Ausdrückliche Einwilligung (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO)

185 Die Fälle, in denen besondere personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen, sind in Art. 9 Abs. 2 DSGVO abschließend aufgezählt. Die Verarbeitung ist nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO insbesondere zulässig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung für einen oder mehrere Zwecke ausdrücklich einwilligt.

186 Aus dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit der Einwilligung folgt, dass eine bloß mutmaßliche oder auch konkludente Einwilligung nicht genügt. Das bedeutet aber nicht, dass die Einwilligung schriftlich erteilt werden muss. Vielmehr kann eine ausdrückliche Einwilligung auch elektronisch erteilt werden.

187 Die Einwilligung muss sich explizit auf die Verarbeitung sensibler Daten beziehen. Die verwendeten Daten und der Verwendungszweck sind daher konkret zu benennen.

*Schulz*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 16. Ähnlich *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 01.11.2021, DSGVO Art. 9 Rn. 60; *Mester*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO – BDSG – TTDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 9 Rn. 18.

188 Weiterhin ist durch die formale Gestaltung darauf zu achten, dass die Einwilligung in die Verarbeitung biometrischer Daten nicht im übrigen Einwilligungstext untergeht und übersehen oder überlesen werden kann.

*Schiff*, in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 34.

189 Diese Vorgaben dürften jedenfalls dann umgesetzt sein, wenn die Verarbeitung in der entsprechenden Einwilligungserklärung der Studierenden einen eigenen Abschnitt erhält, der erläutert, dass im Rahmen der Identifikation auch besondere personenbezogene Daten verarbeitet werden.

## III. Zusätzliche Anforderungen bei der Verarbeitung des Lichtbildausweises

190 Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PAuswG darf der Ausweis von anderen Personen nur mit Zustimmung des Ausweisinhabers in einer Weise abgelichtet werden, dass die

Ablichtung eindeutig und dauerhaft als Kopie erkennbar ist. Sofern ein Foto vom Ausweis bei der händischen Prüfungskontrolle angefertigt wird (hierzu Rn. 21), ist also die Zustimmung des Studierenden einzuholen. Dies kann auch im Rahmen der datenschutzrechtlichen Einwilligung geschehen. Sofern die Verarbeitung im Rahmen der Fernprüfung nicht auf eine Einwilligung gestützt wird, sondern zur Erfüllung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse erfolgt, ist eine separate Einwilligung zur Erstellung der Ausweiskopie einzuholen.

#### **IV. Auftragsverarbeitung und Datenübermittlung in Drittländer**

191 Soweit die Hochschule im Zusammenhang mit der Durchführung von Fernprüfungen technische Dienstleister einsetzt und in diesem Zusammenhang personenbezogene Daten der Studierenden gegenüber dem Dienstleister offenlegt, können sich auf zwei Stufen weitere rechtliche Anforderungen aus der DSGVO ergeben:

- Zunächst bedarf es einer datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage für die Übermittlung. In der Regel wird eine solche Rechtsgrundlage durch Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages geschaffen (sog. 1. Stufe)
- Soweit im Rahmen der Einbindung des Dienstleisters personenbezogene Daten in sog. Drittländer übermittelt werden, bedarf es hierfür einer gesonderten Rechtfertigung gem. Art. 44 ff. DSGVO (sog. 2. Stufe).

##### **1. Stufe 1: Auftragsverarbeitung**

192 Typischerweise werden technische Dienstleister als sog. Auftragsverarbeiter tätig. Die erforderliche Rechtsgrundlage für den Datenaustausch zwischen der verantwortlichen Hochschule und dem Dienstleister ergibt sich in diesem Fall unmittelbar aus Art. 28 DSGVO. Hierfür ist insbesondere erforderlich, dass die Hochschule und der Dienstleister einen Auftragsverarbeitungsvertrag schließen, der die gesetzlichen Anforderungen in Art. 28 DSGVO erfüllt.

##### **2. Stufe 2: Übermittlung in Drittländer**

193 Sofern für die Durchführung der Fernprüfung Dienste von Anbietern mit Sitz außerhalb der EU/EWR genutzt werden bzw. Daten außerhalb der EU/EWR verarbeitet oder sonst Daten in Drittländer übermittelt werden, sind zusätzlich die Voraussetzungen von Art. 44 ff. DSGVO einzuhalten. Bei Anbietern aus Ländern für die kein Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission gemäß Art. 45 Abs. 1 DSGVO

vorliegt, setzt dies in der Regel die Vereinbarung von Standardvertragsklauseln gemäß Art. 46 Abs. 2 lit. c DSGVO sowie ggf. die Ergreifung zusätzlicher Maßnahmen zur Schaffung eines angemessenen datenschutzrechtlichen Schutzniveaus voraus.

## V. Besondere Anforderung nach TTDSG

- 194 Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 TTDSG ist die Speicherung von Informationen in der End-einrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der End-einrichtung gespeichert sind, nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grund-lage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat. Ein Zugriff auf Informationen, die auf dem Endgerät des Studierenden gespeichert sind, kann z. B. durch die Protokollierung von auf dem Endgerät gestarteten Prozessen (hierzu Rn. 41) erfolgen. Sofern weitere der in der Spezifikation vorgesehenen Maßnah-men, technisch den Zugriff auf Informationen, die auf dem Endgerät gespeichert sind, erfordern, wären auch diese Maßnahmen vom Einwilligungserfordernis nach dem TTDSG erfasst.
- 195 Sofern die Durchführung der Fernprüfung bereits aus datenschutzrechtlichen Gründen auf eine Einwilligung gestützt wird, kann dem Einwilligungserfordernis nach TTDSG Rechnung getragen werden, indem der Einwilligungstext auch den technischen Zugriff auf Informationen auf dem Endgerät umfasst. Voraussetzung ist auch hier, dass den Studierenden in transparenter Form erläutert wird, auf wel-che Informationen zugegriffen wird.
- 196 Sofern Rechtsgrundlage für die Verarbeitung die Erfüllung einer Aufgabe im öf-fentlichen Interesse sein soll, stellt sich die Frage, ob insoweit die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG greift. Hiernach ist eine Einwilli-gung nach dem TTDSG nicht erforderlich, wenn die Speicherung von Informatio-nen in der End-einrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der End-einrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich ge-wünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.
- 197 Es liegt nahe auch Fernprüfungssoftware grundsätzlich als Telemediendienst auf-zufassen.

Vgl. *Golla*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Daten-schutzrecht, 2019, § 23 Rn. 87

- 198 Ob die geschilderten Verarbeitungen der Anwendung für die Nutzung des Dienstes „unbedingt erforderlich“ sind, hängt insbesondere davon ab, was man als Gegenstand des Dienstes auffasst, der durch die Nutzer „gewünscht“ ist. Versteht man diesen eng als die Möglichkeit der Prüfungsteilnahme, so wäre zweifelhaft, ob die umfangreichen Überwachungsmaßnahmen erforderlich sind. Allerdings ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Prüfung, dass diese eine eigenständige Leistung des zu Prüfenden ist und nur mit zulässigen Hilfsmitteln zustande kam. Es spricht daher viel dafür, dass Gegenstand des Dienstes gerade auch die Dokumentation der Ordnungsgemäßheit der Prüfung ist. Soweit die Verarbeitungen unbedingt erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Durchführung der Fernprüfung sicherzustellen, wären diese demnach unbedingt erforderlich für die Erbringung des Dienstes.
- 199 Fraglich ist dann allerdings, ob der Dienst auch insoweit wirklich durch den Nutzer „gewünscht“ ist. Dies dürfte jedenfalls dann der Fall sein, wenn Studierende die Möglichkeit haben, alternativ an einer Präsenzprüfung, ohne die elektronische Aufsicht teilzunehmen oder wenn nach der gesamten Ausgestaltung des Studiums, für das die Studierenden sich eingeschrieben haben, von vorherein nur Fernprüfungen vorgesehen sind.

\* \* \*