

Online-Prüfungen & Proctoring aus juristischer Perspektive

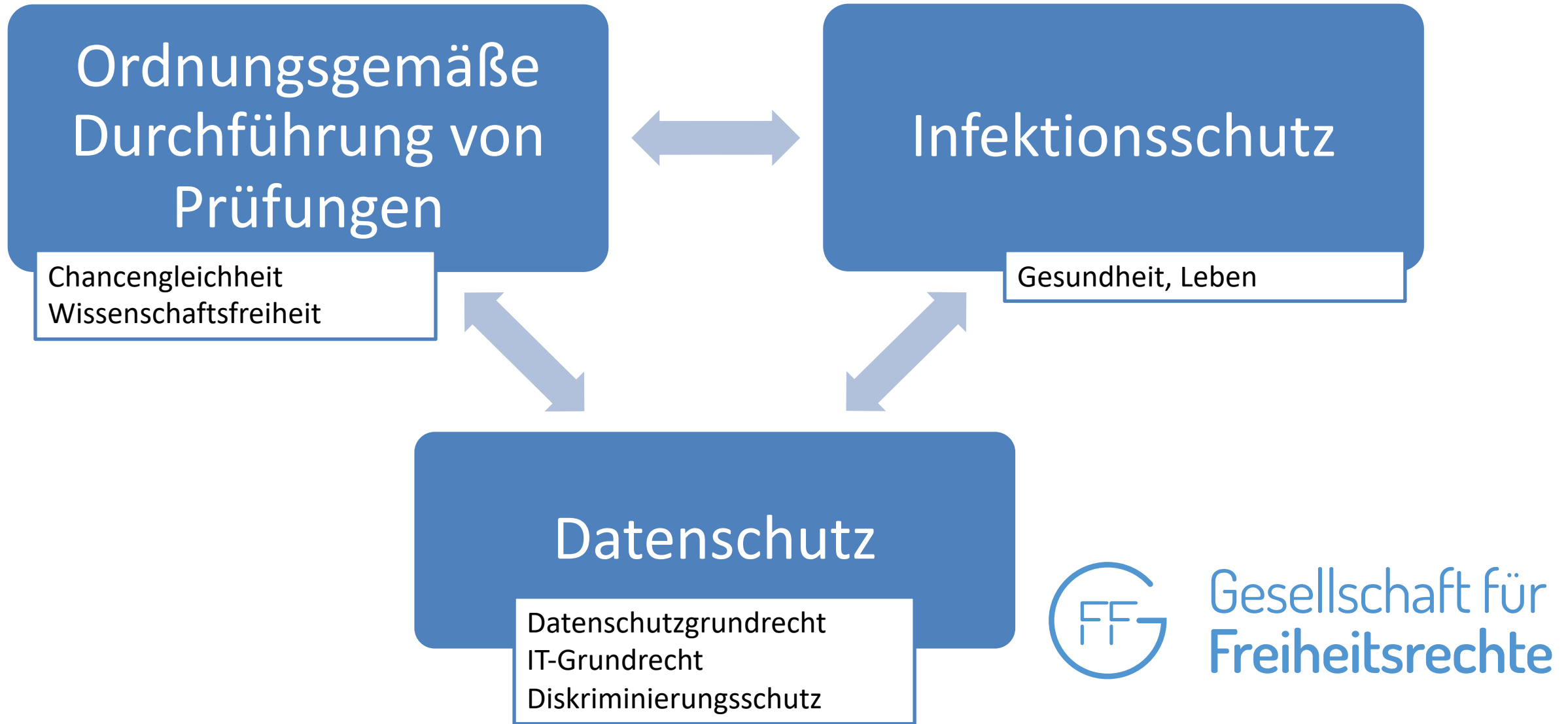
David Werdermann

david.werdermann@freiheitsrechte.org



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Rechtliches Spannungsverhältnis



Rechtliche Anforderungen

DSGVO

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, Art. 6 DSGVO

Verarbeitung besonderer Kategorien
personenbezogener Daten, Art. 9 DSGVO

Auftragsverwaltung, Art. 28 DSGVO
Übermittlung, Art. 44 ff. DSGVO

Automatisierte Entscheidung, Art. 22 DSGVO

Grundrechte

IT-Grundrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Schutz der Wohnung, Art. 13 GG

Diskriminierungsverbot, Art. 3 GG



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Artikel 6 DSGVO: Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

- (1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
- a) Die betroffene Person hat ihre **Einwilligung** zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
 - b) die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
[...]
 - e) die Verarbeitung ist **für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt**, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;
 - f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Unterabsatz 1 Buchstabe f gilt nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung.

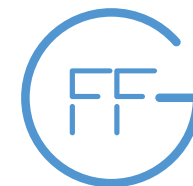


Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Artikel 6 Abs. 1 lit. a DSGVO: Einwilligung

Art. 4 Nr. 11 DSGVO: Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck: „Einwilligung“ der betroffenen Person 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;

Art. 7 Abs. 4 DSGVO: Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die **Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich** sind.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Artikel 6 Abs. 1 lit. a DSGVO: Einwilligung

Erwägungsgrund 42: Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, **ohne Nachteile zu erleiden**.

Erwägungsgrund 43: Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein **klares Ungleichgewicht** besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine **Behörde** handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Artikel 6 Abs. 1 lit. e DSGVO: Erfüllung öffentlicher Aufgaben

(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist: [...]

e) die Verarbeitung ist **für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt**, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:

- Geeignetheit
- Erforderlichkeit
- Angemessenheit



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Artikel 9 DSGVO: Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

(1) Die Verarbeitung **personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen**, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, **biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung** einer natürlichen Person, **Gesundheitsdaten** oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt.

(2) Absatz 1 gilt nicht in folgenden Fällen:

a) Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich **eingewilligt**, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden, [...]

g) die Verarbeitung ist auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahrt und **angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte** und Interessen der betroffenen Person vorsieht aus Gründen eines **erheblichen öffentlichen Interesses** erforderlich,

Erwägungsgrund 51: Die Verarbeitung von **Lichtbildern** sollte nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden, da Lichtbilder nur dann von der Definition des Begriffs „biometrische Daten“ erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Auftragsverarbeiter und Übermittlung ins Ausland

Art. 28 Abs. 1 DSGVO:

Erfolgt eine Verarbeitung im Auftrag eines Verantwortlichen, so arbeitet dieser nur mit Auftragsverarbeitern, die **hinreichend Garantien** dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen dieser Verordnung erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet.

Art. 44 DSGVO

Jedwede Übermittlung personenbezogener Daten, die bereits verarbeitet werden oder nach ihrer **Übermittlung an ein Drittland** oder eine internationale Organisation verarbeitet werden sollen, ist nur zulässig, wenn der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter **die in diesem Kapitel niedergelegten Bedingungen einhalten und auch die sonstigen Bestimmungen dieser Verordnung eingehalten werden**; dies gilt auch für die etwaige Weiterübermittlung personenbezogener Daten aus dem betreffenden Drittland oder der betreffenden internationalen Organisation an ein anderes Drittland oder eine andere internationale Organisation. Alle Bestimmungen dieses Kapitels sind anzuwenden, um sicherzustellen, dass das durch diese Verordnung gewährleistete Schutzniveau für natürliche Personen nicht untergraben wird.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Art. 22 DSGVO: Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling

(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer **ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung** – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Entscheidung

a) für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist,

b) aufgrund von **Rechtsvorschriften** der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten oder

c) mit ausdrücklicher **Einwilligung** der betroffenen Person erfolgt.

(3) In den in Absatz 2 Buchstaben a und c genannten Fällen trifft der Verantwortliche angemessene Maßnahmen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das **Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person** seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

IT-Grundrecht

(Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG)

Geschützt vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten **vertraulich** bleiben. Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist zudem dann anzunehmen, wenn die **Integrität** des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Art. 13 GG: Schutz der Wohnung

Art. 13

(1) Die Wohnung ist unverletzlich. [...]

(4) Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen **technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen** nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen. [...]

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender **Gefahren für die öffentliche Sicherheit** und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

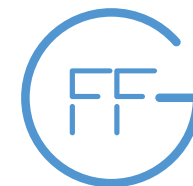


Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Art. 3 GG: Diskriminierungsverbot

Art. 3 Abs. 3 GG

Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner **Rasse**, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.



Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Schlussfolgerungen

- Angebot von Alternativen:
 - Präsenzprüfung mit Abstand und Hygiene
 - Leihgeräte
- Kein Abfilmen privater Räume
- Kein Zwang zur Installation von Software
- Keine Aufzeichnung und keine Gesichtserkennung
 - In der Folge auch keine automatisierte Entscheidung



Beispiel: Baden-Württemberg

§ 32a Hochschulgesetz - Online-Prüfungen

(1) Prüfungen, die unter Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme erbracht werden (Online-Prüfungen), regeln die Hochschulen durch die Prüfungsordnung nach § 32. In Textform erbrachte, mündliche oder praktische Online-Prüfungen, die jeweils unter Videoaufsicht durchgeführt werden, sind nach Maßgabe der Absätze 3 bis 6 sowie des § 32b zulässig. Prüfungen nach Satz 2 sind, soweit sie nicht in Räumen der Hochschule oder in Testzentren durchgeführt werden, **freiwillig**. Die Freiwilligkeit der Teilnahme kann insbesondere dadurch sichergestellt werden, dass eine **termingleiche Vor-Ort-Prüfung als Alternative** angeboten wird, soweit eine solche rechtlich zulässig ist.

(2) Für die Online-Prüfung sind ausschließlich von der Hochschule oder in ihrem Auftrag von Dritten betriebene elektronische Informations- und Kommunikationssysteme zulässig. Der **Einsatz privater Endgeräte im Rahmen der Online-Prüfung** bleibt unberührt. Bei der Nutzung der Informations- und Kommunikationssysteme nach Satz 1 dürfen personenbezogene Daten verarbeitet werden, soweit dies für die Online-Prüfung erforderlich ist. [...]

(5) Online-Prüfungen in Textform unter **Videoaufsicht** werden durch in der Regel wissenschaftliches Personal der Hochschule im Sinne des § 44 durchgeführt; mündliche oder praktische Online-Prüfungen unter Videoaufsicht werden als Videokonferenz durchgeführt. Zur Unterbindung von Täuschungshandlungen ist die Prüfungsteilnehmerin oder der Prüfungsteilnehmer bei Online-Prüfungen unter Videoaufsicht verpflichtet, die **Kamera- und Mikrofonfunktion** der zur Aufsicht eingesetzten Kommunikationseinrichtungen zu aktivieren, soweit dies für das Prüfungsformat erforderlich ist. Die Prüfungsteilnehmerinnen und Prüfungsteilnehmer haben bei Prüfungen außerhalb der Hochschule und von Testzentren bei der Wahl des Prüfungsorts und der Ausrichtung von Kamera und Mikrofon dafür Sorge zu tragen, dass nicht Bilder oder Töne Dritter übertragen werden. **Eine darüberhinausgehende Raumüberwachung findet nicht statt.** Das kurzzeitige Verlassen des Sitzplatzes ist nach Anforderung der Prüfungsteilnehmerin oder des Prüfungsteilnehmers zulässig. Die Videoaufsicht ist im Übrigen so einzurichten, dass der Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt werden.

(6) Eine **Aufzeichnung** der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten ist unzulässig, soweit sie nicht zur Übertragung der Online-Prüfung unter Videoaufsicht erforderlich ist; die Verbindungsdaten sind unverzüglich zu löschen. Die Regelungen der Prüfungsordnungen zu den Prüfungsprotokollen bleiben unberührt.



Beispiel: Bayern

§ 6 Fernprüfungserprobungsverordnung

(1) ¹Zur Unterbindung von Täuschungshandlungen während einer Fernklausur sind die Studierenden verpflichtet, die Kamera- und Mikrofonfunktion der zur Prüfung eingesetzten Kommunikationseinrichtungen zu aktivieren (Videoaufsicht). ²Eine darüberhinausgehende **Raumüberwachung** findet nicht statt. ³Die Videoaufsicht ist im Übrigen so einzurichten, dass der Persönlichkeitsschutz und die Privatsphäre der Betroffenen nicht mehr als zu den berechtigten Kontrollzwecken erforderlich eingeschränkt werden.

(2) ¹Die Videoaufsicht erfolgt durch Aufsichtspersonal der Hochschulen. ²Eine **automatisierte Auswertung von Bild- oder Tondaten der Videoaufsicht** ist unzulässig.

(3) ¹Eine Aufzeichnung der Prüfung oder anderweitige Speicherung der Bild- oder Tondaten ist nicht zulässig. ² § 5 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(4) ¹Abweichend von den Abs. 2 und 3 kann die Videoaufsicht auch automatisiert erfolgen, wenn die elektronische Fernprüfung als Alternative zu einer Präsenzprüfung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 angeboten werden soll, kein ausreichendes Aufsichtspersonal für die Durchführung der Videoaufsicht nach Abs. 2 Satz 1 zur Verfügung steht (**Kapazitätsüberlastung**) und die Studierenden ihre ausdrückliche Einwilligung erklärt haben.

§ 8 Wahlrecht

(1) ¹Die Teilnahme an elektronischen Fernprüfungen erfolgt auf freiwilliger Basis. ²Die Freiwilligkeit der Teilnahme ist grundsätzlich auch dadurch sicherzustellen, dass eine **termingleiche Präsenzprüfung als Alternative** angeboten wird. ³Termingleich sind Prüfungen, die innerhalb desselben Prüfungszeitraums unter strenger Beachtung der Grundsätze der Chancengleichheit stattfinden.

(2) ¹Soll die elektronische Fernprüfung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 angeboten werden, stellen die Hochschulen fest, ob und für wie viele Studierende eine Präsenzprüfung unter Beachtung der jeweils geltenden infektionsschutzrechtlichen Vorgaben und Empfehlungen angeboten werden kann. ²Kann eine Präsenzprüfung nicht durchgeführt werden oder melden sich zu viele Studierende für die Alternative der Präsenzprüfung an, können die Hochschulen Studierende auf den voraussichtlich **nächstmöglichen Präsenzprüfungstermin verweisen**. ³Prüfungsrechtliche Nachteile dürfen dadurch nicht entstehen. ⁴Hierzu legen die Hochschulen Kriterien fest, wobei die Auswahl vorrangig nach dem Studienfortschritt erfolgen soll. ⁵Den betroffenen Studierenden muss ein Wechsel zur elektronischen Fernprüfung ermöglicht werden.



Beispiel: Erfurt

§ 3 Elektronische Prüfungen und elektronische Fernprüfungen

(1) Elektronische Prüfungen, einschließlich der elektronischen Fernprüfungen sind Prüfungen, die mithilfe telekommunikationsfähiger IT-Endgeräte online abgelegt werden; sie sind Fernprüfungen, wenn diese ortsungebunden abgelegt werden können; hierzu zählen insbesondere online überwachte Prüfungen, bei denen die Prüfungsaufsicht computergestützt (per Webkamera) erfolgt. Sie können in mündlicher Form (per Videokonferenz) oder als elektronische Prüfung (**E-Klausur, eine Prüfung, deren Erstellung und Durchführung sowie teilweise auch deren Auswertung computergestützt erfolgt**) unter ausschließlicher Verwendung der von der Universität freigegebenen Prüfungssysteme abgenommen werden. [...]

(3) Studierenden, die nicht über die für eine elektronische Fernprüfung benötigte technische Ausstattung (geeignetes IT-Endgerät, Webkamera, Betriebssystem, Software) verfügen, wird in dem der Universität Erfurt zur Verfügung stehenden Umfang die **Ausstattung** – mit Ausnahme von Webkameras – auf begründeten Antrag von der Universität übergangsweise für die Teilnahme an der Prüfung bereitgestellt. Hierzu werden im Regelfall EDV-Poolarbeitsplätze der Universität Erfurt zugewiesen. Studierende, die nicht über eine geeignete Webkamera verfügen, absolvieren die elektronische Prüfung (E-Klausur) am eigenen IT-Endgerät unter Aufsicht in den Räumlichkeiten der Universität; im Falle fehlender oder unzureichender Internetverbindung erfolgt eine Prüfungsteilnahme am eigenen IT-Endgerät in Prüfungsräumlichkeiten der Universität.

§ 5 Datenschutz

(2) Die Löschung von Prüfungsdaten richtet sich nach den Vorgaben der Rahmenprüfungsordnungen bezüglich der Aufbewahrung und Aussonderung von schriftlichen Prüfungsleistungen. **Bilddaten, die zum Zwecke des Abgleichs mit den während einer elektronischen Prüfung zur Authentifizierung angefertigten Fotoaufnahmen** im verwendeten Prüfungssystem gespeichert werden, sind zu löschen, sobald sie nicht mehr für den vorgenannten Zweck benötigt werden, spätestens jedoch ein Jahr nach der Exmatrikulation der/des Studierenden.





Gesellschaft für
Freiheitsrechte

Freedom needs
Fighters.

david.werdermann@freiheitsrechte.org

freiheitsrechte.org/join