



# MEISTERERNST DÜSING MANSTETTEN

Partnerschaft von  
Rechtsanwältinnen und  
Rechtsanwälten mbB  
Notarin

Oststraße 2  
48145 Münster

Tel. 0251/5 20 91-0  
Fax 0251/5 20 91-52

E-Mail: [info@meisterernst.de](mailto:info@meisterernst.de)  
[www.meisterernst.de](http://www.meisterernst.de)

**Bernd Meisterernst**  
(bis 2018)

**Mechtild Düsing**  
Fachanwältin für Agrar-,  
Erb- und Verwaltungsrecht

**Dietrich Manstetten**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Frank Schulze**  
Fachanwalt für Verwaltungs-  
recht, Dipl.-Verwaltungswirt

**Klaus Kettner**  
Fachanwalt für Arbeits- und  
Sozialrecht

**Wilhelm Achelpöhler**  
Fachanwalt für Verwaltungs- und  
für Urheber- und Medienrecht

**Dr. Dirk Schuhmacher**  
Fachanwalt für Agrarrecht

**Veronica Bundschuh**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Dr. Rita Coenen**  
Fachanwältin für Familien-  
und Sozialrecht, Lehrbeauf-  
tragte Universität Münster

**Jutta Sieverdingbeck-  
Lewers**  
Notarin, Fachanwältin für  
Agrar- und Erbrecht

**Marius Schaefer, MLE**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Anna-Kristina Pusch**  
Fachanwältin für Familien-  
und Sozialrecht

**Henning  
Schulte im Busch**  
Fachanwalt für Agrar- und  
Verwaltungsrecht

Meisterernst Düsing Manstetten Postfach 10 05 61 48054 Münster

Oberverwaltungsgericht für das Land  
Nordrhein-Westfalen  
Aegidiikirchplatz 5  
48143 Münster

## EILT! Prüfung am 8.3.2021

Az.: Sekretariat: Thomas Gottwald 26.02.2021 ach/th  
Durchwahl: 52091 - 15  
[achelpoehler@meisterernst.de](mailto:achelpoehler@meisterernst.de)

### Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO

- Antragsteller -

#### Verfahrensbevollmächtigte:

Meisterernst Düsing Manstetten, Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und  
Rechtsanwälten mbB Notarin, Oststr. 2, 48145 Münster

gegen

die Fernuniversität Hagen, Universitätsstraße 11, 58097 Hagen,

- Antragsgegnerin -

wegen: Hochschulrecht.

Wir beantragen:

**§ 5 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 d) der Regelungen des Rektorates über  
befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im  
Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der  
FernUniversität in Hagen („CoronaO“) in der Fassung der vierte  
Änderung vom 08. Dezember 2020 wird bis zur Entscheidung über**



Mitglied der  
bundesweiten Kooperation  
ArbeitnehmerAnwälte  
[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)



einen noch zu erhebenden den Normenkontrollantrag des Antragstellers außer Vollzug gesetzt.

**Begründung:**

**A Sachverhalt**

I.

Der Antragsteller ist als Studierender bei der Antragsgegnerin im Studiengang Rechtswissenschaften eingeschrieben. Er hat sich für eine am 8. März stattfindende Klausur 55504 (Strafrecht) im WS 2020/2021 angemeldet im Anschluss an die entsprechenden Module des Wintersemesters 20/21. Darüber verhält sich die als **Anlage 1** beigefügte Bestätigung.

In der Anmeldung heißt es:

*„Die Klausur wird als E-Klausur durchgeführt, das ermöglicht Ihnen eine Teilnahme von Ihrem Wunschort aus (z. B. zu Hause), damit Sie in einer vertrauten Umgebung schreiben können und Anfahrtswege, Übernachtungen und Infektionen vermeiden können.*

*Zusätzlich nimmt die Klausur 55504 als eine von zwei Klausuren der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an dem Pilotprojekt Live-Proctoring teil. Grundlage hierfür ist § 5 der Regelungen des Rektorates über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der FernUniversität in Hagen („CoronaO“).“*

Es steht bislang nicht fest, ob und wann ein alternativer Termin stattfindet, zu dem die Klausur als Präsenzprüfung oder als Klausur ohne Videoaufzeichnung durchgeführt werden kann.

II.

Das Rektorat der Antragsgegnerin erließ zur Regelung des Prüfungsverfahrens die „Regelungen des Rektorates über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der FernUniversität in Hagen („CoronaO“) vom 13. Mai 2020“.

Diese Regelungen sehen die Möglichkeit vor, Prüfungen auch als Videoprüfungen durchzuführen und zwar als mündliche Prüfungen, § 3. Für mündliche Videoprüfungen bestimmt § 3 Abs. 6 CoronaO:

*„Der Mitschnitt eines Prüfungsgesprächs, ganz oder auch teilweise, ist allen Prüfungsbeteiligten untersagt.“*

Mit der Ersten Änderung der Regelungen des Rektorates über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der FernUniversität in Hagen („CoronaO“) vom 15. Juli 2020 Amtliche Mitteilungen der FernUniversität in Hagen Nr. 16/2020 vom 17. Juli 2020 wurde mit § 4 die Möglichkeit häuslicher Klausuren eingeführt, wobei eine Videoüberwachung der Klausur nicht vorgesehen war.

Ferner wurde ein neuer § 5 eingeführt, der als Pilotprojekt elektronisch beaufsichtigte häusliche Klausuren vorsah.

III.

Mit der 4. Änderung der Regelungen des Rektorates über befristete Maßnahmen zur Bewältigung der Einschränkungen im Prüfungsbetrieb durch die Coronavirus SARS-CoV-2-Epidemie an der FernUniversität in Hagen („CoronaO“) vom 08. Dezember 2020 Amtliche Mitteilungen der FernUniversität in Hagen Nr.31/2020 vom 09. Dezember 2020 erhielt der § 5 die folgende Fassung (vgl. **Anlage 2**, Hervorhebung durch den Unterzeichner):

§ 5 Pilotprojekt zur Videoaufsicht bei häuslichen Klausuren  
(befristet bis zum Ablauf des 31.03.2021)

(1) Im Rahmen des Pilotprojektes werden im Wintersemester 2020/21 in ausgewählten Modulen häusliche Klausuren unter Einsatz einer Videoaufsicht erprobt. Die Videoaufsicht dient dem Ziel, eine validere Identitätsfeststellung durchzuführen sowie Täuschungsversuche generalpräventiv zu verhindern und Verstöße aufzudecken. Durch diese Maßnahmen wird der Grundsatz der Chancengleichheit verwirklicht. Mit dem Pilotprojekt werden erste Erfahrungen im Echtbetrieb mit der neuen Technik gesammelt, um deren Einsatzmöglichkeiten offen zu bewerten und die Handlungsoptionen der Hochschule zu eruieren, insbesondere für den Fall des erneuten Erlasses von Ansammlungsverboten im Rahmen der weiteren Entwicklung der Corona-Pandemie.

Veröffentlicht:

(2) Die Videoaufsicht beinhaltet:

1. die Feststellung der Identität aller an der Prüfung teilnehmenden Studierenden durch Vorlage eines amtlichen Identifikationsdokumentes zur Sichtung durch die Videoaufsicht vor der Prüfung.
2. die Beaufsichtigung aller teilnehmenden Studierenden durch prüfungsaufsichtsführende Personen über eine Video- und Tonverbindung während der Prüfung. Die Videoübertragung umfasst erstens eine Tisch-/Oberkörperaufnahme der Studierenden sowie zweitens eine Übertragung der Bildschirmansicht des Monitors.

**3. Die Aufzeichnung und vorübergehende Speicherung der Video- und Tonverbindung vom Beginn bis zum Ende der Prüfung (Prüfungsaufzeichnung).**

(3) Für videobeaufsichtigte häusliche Klausuren gelten folgende Bestimmungen:

- a) Der Zugang zu den Prüfungsaufgaben wird technisch beschränkt und setzt die Nutzung einer Software (Browser mit PlugIn) während der gesamten Prüfung voraus. Über diese Software wird die Videoaufsicht ermöglicht.
- b) Vor dem Beginn der Prüfung wählen sich die Studierenden in das Prüfungsportal ein, weisen gegenüber der Videoaufsicht durch Vorlage eines vom Prüfungsamt zugelassenen Identifikationsdokumentes ihre Identität nach und zeigen der Videoaufsicht, dass sich auf und unter ihrem Arbeitsplatz keine nicht-zugelassenen Hilfs- und Kommunikationsmittel befinden. Nicht relevante Daten des Identifikationsdokumentes (z.B. Ausweisnummer) können bei der Sichtung verdeckt oder zuvor abgeklebt werden.
- c) Bestehen Anhaltspunkte für den Verdacht eines Täuschungsversuches, so ist die Videoaufsicht während der Prüfung jederzeit berechtigt, die betroffene Person zur Aufklärung des Sachverhalts in Form einer geeigneten Fokussierung der Kamera aufzufordern. Kommt die oder der Studierende der Aufforderung nicht nach, so gilt die Prüfung als nicht-bestanden. Der Sachverhalt ist im Prüfungsprotokoll zu vermerken.

**d) Die Prüfungsaufzeichnung wird nach dem Ende der Prüfung gelöscht. Dies gilt nicht, wenn die Aufsicht Unregelmäßigkeiten im Prüfungsprotokoll vermerkt hat oder Studierende eine Sichtung der Aufnahme durch den Prüfungsausschuss beantragen. In diesem Fall erfolgt die Löschung der Aufzeichnung erst nach Abschluss des**

**Rechtsbehelfsverfahren. Bis zur Löschung gilt die Aufzeichnung als Teil der Prüfungsakte.**

e) Eine elektronische Auswertung der Aufzeichnung erfolgt nicht.

(4) Die Teilnahme der Studierenden erfolgt freiwillig. Die videobeaufsichtigten Prüfungen werden neben den planmäßigen Modulprüfungen zusätzlich angeboten.

(5) Für die Teilnahme an einer videobeaufsichtigten Prüfung müssen die Studierenden zusätzliche technische Voraussetzungen bereitstellen, u.a. eine Internetleitung mit geeigneter Bandbreite (mind. 1,5 Mbit/s im Upload), die bei der Prüfung eingesetzte Software (Browser mit PlugIn) sowie eine Kamera und ein Mikrofon. Eine Zulassung zur Prüfung kann davon abhängig gemacht werden, dass die Studierenden im Rahmen einer Probeklausur vor der Prüfung an einem Test der technischen Voraussetzungen (Video-Verifizierung, Audio-Verifizierung, Desktop-Verifizierung, ID-Verifizierung) erfolgreich teilgenommen haben.

(6) Die an der Pilotierung beteiligten Lehrenden informieren ihre Studierenden in geeigneter Form über das Angebot einer videobeaufsichtigten häuslichen Klausur. Dies soll auch Informationen zum Ablauf des Prüfungsverfahrens und der erforderlichen Software umfassen.

(7) Im Übrigen gilt die Prüfungsordnung des jeweiligen Studiengangs in der jeweils aktuellen Fassung dieser Rektoratsregelungen.

(8) Diese Regelung tritt mit Ablauf des 31.03.2021 außer Kraft.

Der vorliegende Antrag richtet sich gegen die Befugnis zur Aufzeichnung und Speicherung der Video- und Tonverbindung.

**B Rechtliche Würdigung**

I. Der Antrag ist zulässig.

1. Der Antrag ist statthaft.

Der Antrag ist gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO und §§ 109 a, 133 Abs. 3 Satz 2 JustG NRW statthaft. Bei der angegriffenen Regelung, handelt es sich um eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende andere Rechtsvorschrift, für deren Überprüfung das Oberverwaltungsgericht in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO zuständig ist.

Der Begriff der Rechtsvorschrift in § 109 a JustG NRW entspricht dem bundesrechtlichen Begriff der Rechtsvorschrift. In § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:

*„Der Bundesgesetzgeber sieht davon ab, den Begriff der Rechtsvorschrift über die in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO genannten Merkmale hinaus zu definieren. Danach kommen als Gegenstand einer Normenkontrolle nur landesrechtliche Vorschriften in Betracht, die im Range unter dem Landesgesetz stehen. Dazu gehören zweifelsfrei Satzungen und Rechtsverordnungen. Dem stehen Vorschriften gleich, die dadurch Rechtsnormqualität erlangt haben, dass sie unabhängig von ihrem materiellen Gehalt durch Satzung oder Rechtsverordnung für verbindlich erklärt worden sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 1988 - BVerwG 7 NB 2.88 - BVerwGE 81, 128; vgl. auch Urteil vom 3. November 1988 - BVerwG 7 C 115.86 - BVerwGE 80, 355). Ob zum Kreis der Rechtsvorschriften auch Regelungen gehören können, die nicht förmlich als Norm erlassen worden sind, lässt der Gesetzgeber offen. Sinn und Zweck des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO legen indes ein weites Verständnis nahe. Die Normenkontrolle dient der Rechtsklarheit und der ökonomischen Gestaltung des Prozessrechts (vgl. Bericht des Bundestagsrechtsausschusses BTDrucks III/1094 S. 6 zu § 46 des Entwurfs einer VwGO). Ihr Zweck liegt darin, durch eine einzige Entscheidung eine Reihe von Einzelklagen zu vermeiden und*

*dadurch die Verwaltungsgerichte zu entlasten (so die Begründung zum Regierungsentwurf einer VwGO, BTDrucks III/55 a.a.O.). Durch sie wird ggf. einer Vielzahl von Prozessen vorgebeugt, in denen die Gültigkeit einer bestimmten Rechtsvorschrift als Vorfrage zu prüfen wäre. Überdies ist sie geeignet, den individuellen Rechtsschutz zu verbessern. Das Bundesverwaltungsgericht trägt der Grundtendenz, die in § 47 Abs. 1 VwGO zum Ausdruck kommt, dadurch Rechnung, dass es auch Regelungen, die anhand formeller Kriterien nicht oder nicht eindeutig als Rechtsnormen zu qualifizieren sind, vom Kreis der Rechtsvorschriften nicht von vornherein ausschließt (vgl. BVerwG, Urteile vom 18. September 1985 - BVerwG 2 C 48.84 - BVerwGE 72, 119, vom 6. November 1986 - BVerwG 3 C 72.84 - BVerwGE 75, 109 und vom 26. Januar 1996 - BVerwG 8 C 19.94 - NJW 1996, 2046; Beschlüsse vom 15. September 1987 - BVerwG 7 N 1.87 - NVwZ 1988, 1119 und vom 25. November 1993 - BVerwG 5 N 1.92 - BVerwGE 94, 335)“.*

BVerwG, Urteil vom 20. November 2003 – 4 CN 6/03 –, Rn. 25, juris.

§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO setzt nicht voraus, dass alle in einem Plan oder sonstigen Rechtsakt enthaltenen Einzelregelungen ein und dieselbe rechtliche Qualität aufweisen. Vielmehr ist für jede Regelung gesondert zu prüfen, ob sie den Kriterien genügt, die für eine Rechtsvorschrift unabdingbar sind. So hat das BVerwG angenommen, dass eine einzelne durch Gesetz geänderte Norm einer landesrechtlichen Rechtsverordnung, für die der Gesetzgeber aufgrund einer "Entsteinerungsklausel" die Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang angeordnet hat, ungeachtet des Umstandes, dass die übrigen Bestimmungen Gesetzesrang haben, eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sein kann (vgl. Urteil vom 16. Januar 2003 - BVerwG 4 CN 8.01 - BVerwGE 117, 313 = NVwZ 2003, 730).

Nach den in der Rechtsprechung zu diesem Problemkreis entwickelten Grundsätzen kommt es mithin nicht entscheidend darauf an, ob den Regelungen des Rektorats insgesamt Rechtsnormqualität beizumessen ist. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob die angefochtene Regelung eine abstrakt-generelle Regelung mit einem Außenwirksamkeitsanspruch ist.

Die angefochtenen Regelungen sind abstrakt generelle Regelung, die sämtliche Prüfungsverfahren an der Fernuniversität Hagen betreffen. Sie können damit mit der Normenkontrolle zur Überprüfung des OVG gestellt werden (vgl. OVG NW Beschluss vom 20.7.2020, Az. 14 B 853/20.NE).

2. Der Antragsteller ist auch antragsbefugt.

Er ist im Wintersemester 20/21 bei der Antragsgegnerin eingeschrieben und will am 8. März 2021 eine Klausur absolvieren will, die derzeit nur als Klausur mit Videoaufzeichnung angeboten wird.

II. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass

der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.02.2015 - 4 VR 5.14 -, ZfBR 2015, 381 = juris, Rn. 12; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.08.2019 – 4 B 1019/19.NE –, Rn. 12 - 13, juris)

Daran gemessen ist die Aussetzung der Norm unerlässlich. Der Normenkontrollantrag ist voraussichtlich begründet, weil § 5 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 d) CoronaO gegen höherrangiges Recht verstößt (1). Der weitere Vollzug der Norm lässt auch Nachteile befürchten, die so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (2).

#### 1. Verstoß gegen höherrangiges Recht

§ 5 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 d) CoronaO verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 DSGVO und gegen das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Schutz durch diese beiden Rechtsquellen verläuft weitgehend parallel.

Die Video- und Audioaufzeichnung ist eine in den Anwendungsbereich der DSGVO fallende automatisierte Datenverarbeitung und ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (a). Die Aufzeichnung ist weder durch eine Einwilligung durch die betroffenen Studierenden (b) noch durch den Zweck der Verhinderung von Täuschungen (c) gerechtfertigt. Zudem existiert keine hinreichend bestimmte Löschfrist (d).

##### a) Rechtfertigungsbedürftige Datenverarbeitung

Die Aufzeichnung der Video- und Tonverbindung ist eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 DSGVO. Zugleich greift die Aufzeichnung in allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung ein. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 <42 f.>; 67, 100 <143>; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, Rn. 37, juris).

## b) Keine Einwilligung

Die Videoaufzeichnung ist nicht bereits deshalb gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO zulässig, weil die betroffene Person durch die Anmeldung zur Prüfung ihre Einwilligung zur Verarbeitung für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO muss die Einwilligung insbesondere freiwillig, in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben werden.

Es ist bereits zweifelhaft, ob Studierende in Prüfungssituationen überhaupt eine freiwillige Einwilligung in eine Datenerhebung erteilen können. Erwägungsgrund 43 DSGVO besagt, dass eine wirksame Einwilligung ausgeschlossen sein kann, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht. Die Beziehung zwischen Hochschule und ihren Studierenden ist gerade im Zusammenhang mit Prüfungssituationen durch ein gewisses Ungleichgewicht und Abhängigkeitsverhältnis geprägt. Die Hochschule gibt insbesondere den Studien- und Prüfungsablauf einseitig vor. Die Studierenden sind auf den Erhalt des Abschlusses von der Hochschule angewiesen. Hochschule und Studierende stehen sich somit faktisch nicht gleichberechtigt gegenüber.

Ob dies bereits einer Freiwilligkeit entgegensteht, kann letztlich dahinstehen, weil jedenfalls im vorliegenden Fall keine echte Wahlmöglichkeit besteht. Nach Erwägungsgrund 42 S. 5 DSGVO ist die Einwilligung dann freiwillig erteilt, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“. Die Freiwilligkeit setzt mithin voraus, dass es eine Wahl gibt, die Klausur auch ohne Videoaufzeichnung zu schreiben.

Eine solche Alternative existiert nicht. Zwar sieht § 5 Abs. 4 CoronaO vor, dass die videobeaufsichtigten Prüfungen neben den planmäßigen Modulprüfungen zusätzlich angeboten werden. Eine Präsenzklausur kann derzeit jedoch nur zu einem noch unbestimmten Zeitpunkt angetreten werden. Eine erst deutlich später stattfindende Präsenzprüfung stellt einen erheblichen Nachteil dar, da der Studierende die bereits gelernten Inhalte bis zu diesem Zeitpunkt abrufbereit halten zu müssen. Wird die Prüfung in das nächste Semester verschoben, hat dies für den Prüfling zudem eine Mehrbelastung zur Folge, da er neben der verschobenen Klausur regelmäßig weitere, für das jeweilige Semester anstehende Prüfungen ablegen muss.

## c) Keine Rechtfertigung zum Zwecke der Täuschungsverhinderung

Die Aufzeichnung lässt sich auch nicht mit dem Zweck rechtfertigen, Täuschungen zu verhindern. Zwar dient die Überwachung von Prüfungen der Herstellung von Chancengleichheit und kann daher grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen (vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 1 DSGVO). Auch liegt mit §§ 64 Abs. 2 S. 2, 82a HSG NRW i.V.m. § 6 Corona-Epidemie-Hochschulverordnung i.V.m. § 5 CoronaO eine Rechtsgrundlage vor (vgl. Art. 6 Abs. 3 Satz 1 lit. b DSGVO).

Die Aufzeichnung ist jedoch nicht verhältnismäßig. Die Aufzeichnung der Klausur stellt sich als ein schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Es ist allgemein anerkannt, dass eine Videoaufzeichnung gegenüber der Videobeobachtung eine erheblich weitergehende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts darstellt. Videoaufzeichnung ist damit auch nicht erforderlich i.S.d. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Var. 1 DSGVO.

Die bloße Übertragung ist ein milderer Mittel (aa), das im vorliegenden Fall auch gleich geeignet ist (bb). Jedenfalls ist die Aufzeichnung nicht verhältnismäßig im engeren Sinne (cc).

aa) Übertragung als milderer Mittel

Es ist allgemein anerkannt, dass Videoaufzeichnungen gegenüber der Videobeobachtung deutlich weitergehender Eingriffsintensität haben. Dasselbe gilt für die Tonaufzeichnung gegenüber der Tonübertragung.

Den Unterschied zwischen einer bloßen Videobeobachtung und einer Videoaufzeichnung hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen wie folgt herausgearbeitet:

*„Die Videobeobachtung stellt sich als verdachtsloser Eingriff dar. Durch die Maßnahme werden alle Benutzer und Besucher der Bibliothek in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt und nicht nur diejenigen, bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie Verstöße beabsichtigen. Insoweit handelt es sich im Ausgangspunkt um einen Eingriff in das Recht der Kläger auf informationelle Selbstbestimmung von erheblichem Gewicht. Jedoch besteht im Hinblick auf die Informationen, die durch eine nicht mit einer Speicherung verbundene Videoüberwachung gewonnen werden, nicht die typische Gefahrenlage, der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung begegnet. Ohne Speicherung der Daten ist es der Beklagten nicht möglich, im Nachhinein auf das Bildmaterial zuzugreifen, um sich mit seiner Hilfe einen Eindruck über individuelle Verhaltensweisen oder Persönlichkeitsmerkmale einzelner Bibliotheksbenutzer zu verschaffen. Ebenso wenig können die Informationen aus den Bildern vervielfältigt, weitergegeben oder mit anderen Datenbeständen verknüpft werden. Da im Wechsel nur das Bild jeweils einer von vier vorhandenen Kameras auf dem Bildschirm zu sehen ist und dieser Bildschirm nicht ununterbrochen von einem Mitarbeiter der Beklagten überwacht wird, ist der einzelne Bibliotheksbenutzer keiner ständigen Beobachtung ausgesetzt. Angesichts dessen werden die Kläger durch den offenen Einsatz von Videotechnik im Ergebnis nicht wesentlich mehr beeinträchtigt, als wenn die Bibliotheksräume von einer dort anwesenden Person beobachtet würden. Die zusätzliche Belastung, der die Kläger durch den Einsatz der Videokameras ausgesetzt sind, beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass sie sich nicht jederzeit durch einen Blick darüber Gewissheit verschaffen können, ob sie gerade beobachtet werden oder nicht. Dieser Nachteil reicht nicht als Anhaltspunkt für ein überwiegendes Interesse der Kläger, von der Überwachung verschont zu bleiben, und ist von ihnen hinzunehmen. Die Situation, in der die Beobachtung erfolgt, ist nicht durch besondere Privatheit geprägt. Im Gegenteil müssen Personen, die sich in einer öffentlichen Bibliothek aufhalten, stets damit rechnen, den Blicken der übrigen Bibliotheksbenutzer sowie der dort Beschäftigten ausgesetzt zu sein. Die durch die hier in Rede stehende Beobachtung zu gewinnenden Informationen besitzen zudem keine besondere Persönlichkeitsrelevanz.*

(Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 08. Mai 2009 – 16 A 3375/07 –, Rn. 57, juris)

Dass die bloße Beobachtung ein milderer Mittel ist, ergibt sich auch aus den gesetzlichen Regelungen zu Videoaufnahmen in Gerichtsverhandlungen:

Nach § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG sind Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen während einer Gerichtsverhandlung unzulässig. Zu den damit geschützten Belangen gehören das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (vgl. BVerfGE 103, 44, 64 f.). Zwar ist die Vornahme von Verfahrenshandlungen und die Vernehmung von Parteien, Zeugen oder Sachverständigen im Rahmen des § 128 a Abs. 1, 2 ZPO auch per Bild- und Tonübertragung erlaubt. Allerdings verbietet §



128 a Abs. 3 S. 1 ZPO die Aufzeichnung der Übertragung. Dies dient zugleich den Grundsätzen der Datenminimierung und Speicherbegrenzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c und lit. e DSGVO (vgl. BeckOK ZPO/von Selle, 39. Ed. 1.12.2020, ZPO § 128a). Wird die Übertragung der Videokonferenzverhandlung oder -vernehmung nicht aufgezeichnet, werden, mit Ausnahme des Datums anderer Ort (§ 160 Abs. 1 Nr. 4), nicht mehr personenbezogene Daten als bei einer Präsenzverhandlung verarbeitet (vgl. BeckOK ZPO/von Selle, 39. Ed. 1.12.2020, ZPO § 128a Rn. 14-14.1).

#### bb) Übertragung als gleich geeignetes Mittel

Die bloße Übertragung ist ausreichend, um Täuschungen zu verhindern. Sie ist das funktionale Äquivalent zur Aufsicht bei der Präsenzprüfung und als solche geeignet, das durch die Online-Prüfung erhöhte Täuschungspotenzial auszugleichen (vgl. Albrecht/Mc Grath/Uphues, ZD 2021, 80, 81).

Es kann dahinstehen, ob eine Aufzeichnung unter Umständen gerechtfertigt werden kann, wenn sie der (eingriffsvertiefenden) automatisierten Auswertung und damit letztlich der Schonung personeller Ressourcen dient. Denn eine automatisierte Auswertung erfolgt nach § 5 Abs. 3 lit. e CoronaO nicht.

Im Ergebnis kann der Mehrwert einer Aufzeichnung allenfalls darin bestehen, Beweismittel für etwaige Streitigkeiten über Täuschungsversuche zu sichern. Dieser Gedanke liegt offenbar auch der Bestimmung des § 5 Abs. 3 lit. d CoronaO zugrunde, die eine Ausnahme von der Löschpflicht für den Fall statuiert, dass die Aufsicht Unregelmäßigkeiten im Prüfungsprotokoll vermerkt hat oder Studierende eine Sichtung der Aufnahme durch den Prüfungsausschuss beantragen.

Dabei bleibt indes unklar, was unter diesen „Unregelmäßigkeiten“ zu verstehen ist. Entweder es handelt sich bei diesen „Unregelmäßigkeiten“ um Täuschungsversuche. Dann ist die Aufzeichnung bereits deshalb nicht erforderlich, weil die Täuschungshandlung bereits vom Aufsichtspersonal beobachtet wurde. Insoweit besteht kein Unterschied zu einer Präsenzklausur, bei der es bislang nicht für erforderlich gehalten wurde, Videoaufzeichnungen der Teilnehmer der Klausur anzufertigen. Für den Nachweis der Täuschungshandlung reicht insoweit die Beobachtung durch die Aufsichtsperson und das von ihr angefertigte Protokoll. Oder aber es handelt sich bei den „Unregelmäßigkeiten“ gerade nicht um Handlungen, die sich als Täuschungshandlungen darstellen. Dann ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit der Videoaufzeichnungen daraus, dass die Prüflinge damit rechnen müssen, dass Aufzeichnungen ihrer Klausur bereits bei „verdächtigen“ Augenbewegungen etc. längerfristig gespeichert werden, was ein psychologisch belastendes Gefühl ständiger Überwachung begründet.

Dass die bloße Videoübertragung auch bei der Antragsgegnerin ein gleich geeignetes milderes Mittel darstellt, wird dadurch belegt, dass in anderen Prüfungen auf die Aufzeichnung verzichtet wird. So findet in einer anderen Prüfung des Antragstellers lediglich eine (stichprobenartige) Identitätsüberprüfung mittels Videoübertragung statt (vgl. **Anlage 3**). Als mildere Mittel kommen darüber hinaus, alternative Prüfungskonzepte wie die sogenannte Open-Book-Klausur, bei der Hilfsmittel verwendet werden dürfen, in Betracht. Hiermit hat die Antragsgegnerin in der Vergangenheit bereits positive Erfahrungen gesammelt.

#### cc) Keine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Jedenfalls ist die Aufzeichnung nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Der allenfalls minimale Vorteil für die (nachträgliche) Aufklärung von Täuschungsversuchen steht in keinem Verhältnis zum tiefen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht.

Die Video- und Audioaufzeichnung einer Klausur, die an einem häuslichen Arbeitsplatz geschrieben wird, ist durch die Privatheit der Situation geprägt. Das führt bereits für die Videobeobachtung zu einem besonderen Gewicht der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Die Aufzeichnung und Speicherung vertieft diese Beeinträchtigung und erhöht das Missbrauchspotenzial.

Die Studierenden befinden sich während der Prüfung regelmäßig in ihrer Privatwohnung, was Fragen nach der Vereinbarkeit mit Art. 13 GG aufwirft (vgl. Botta, Jonas: Grundrechtseingriffe durch Online-Proctoring: Virtuelle Prüfungsaufsicht zwischen Chancengleichheit und Privatheitsschutz, VerfBlog, 2020/12/21, <https://verfassungsblog.de/grundrechtseingriffe-durch-online-proctoring/>). Jedenfalls der Schreibtisch und die Wand, vor der die Studierenden sitzen, werden aufgezeichnet. Nach § 5 Abs. 3 lit. c CoronaO ist die Videoaufsicht darüber hinaus jederzeit berechtigt, die betroffene Person zur Aufklärung des Sachverhalts in Form einer geeigneten Fokussierung der Kamera aufzufordern. Voraussetzung dafür sind „Anhaltspunkte für den Verdacht eines Täuschungsversuches“. Ein Verdacht ist mithin nicht erforderlich. Ausreichend sind bereits Anhaltspunkte für einen Verdacht, die sich praktisch immer finden lassen. Die Studierenden müssen daher damit rechnen, von der Aufsichtsperson zur Fokussierung der Kamera aufgefordert zu werden. Dabei dürften die Studierenden regelmäßig aufgefordert werden, die Umgebung zu zeigen (vgl. FAQ der Antragsgegnerin, **Anlage 4**). Von der Aufzeichnung ist somit unter Umständen das studentische Schlafzimmer erfasst, das der Privatsphäre, wenn nicht sogar der Intimsphäre zuzurechnen ist. Die Aufzeichnung des Zimmers kann Studierende auch mit Scham erfüllen, etwa wenn sichtbar wird, dass sie in beengten räumlichen Verhältnissen leben.

Aber auch wenn die Studierenden nicht aufgefordert werden, ihre Umgebung zu zeigen, wird tief in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Die Studierenden werden für die Dauer von mehreren Stunden frontal gefilmt. Diese Situation hat Martin Oswald, Professor an der Pädagogischen Hochschule Weingarten, jüngst auf SPIEGEL ONLINE wie folgt zutreffend beschrieben (Beitrag vom 22.2.2021, **Anlage 5**):

*„Der »ungeschminkte frontale Blick auf die Gesichter im Großformat« erfülle ihn mit Scham, sagt Oswald. »Auf Menschen, die sich beim Denken die Lippen streicheln, den Zeigefinger hinter das Ohr legen, das Haar zurückstreichen, sich kratzen, kauen, sich auf die Lippen beißen, Menschen, deren Gesichtshaut rot anläuft, die sich bei fortschreitender Prüfungsdauer zunehmend nervöser bewegen.« Es sei »eine Zumutung, und zwar für beide Seiten«, der Professor nennt das »Prüfungsporno«.“*

d) Keine hinreichend bestimmte Lösfrist

Bei der Videoaufzeichnung kommt zudem den Regelungen über die weitere Verarbeitung der Aufzeichnungen besonderes Gewicht zu, insbesondere wann und unter welchen Voraussetzungen die Aufzeichnungen gelöscht werden. Die Zulässigkeit der Aufzeichnungen kann daher nur in der Zusammenschau mit den Regelungen über ihre Löschung beurteilt werden (vgl. BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 17. Februar 2009 – 1 BvR 2492/08 zu Videoaufzeichnungen nach dem bayerischen Versammlungsgesetz).

Daran gemessen erweisen sich die Vorschriften über die Löschung der Aufzeichnungen als unbestimmt. Zwar heißt es in § 5 Abs. 3 lit. d CoronaO, dass die Prüfungsaufzeichnung nach dem Ende der Prüfung gelöscht. Allerdings ist der Termin der Löschung damit nicht bestimmt, da unklar bleibt, wann die Löschung nach der Prüfung erfolgt. Offenbar ist nicht gemeint, dass die Aufnahmen unmittelbar nach der Prüfung gelöscht werden, weil zunächst überprüft werden muss, ob die die

Aufsicht Unregelmäßigkeiten im Prüfungsprotokoll vermerkt hat oder Studierende eine Sichtung der Aufnahme durch den Prüfungsausschuss beantragen, vermutlich um sich gegen etwaige Vorhalte der Aufsicht zur Wehr zu setzen. Werden demnach die Aufnahmen nicht gelöscht, soll die Löschung der Aufzeichnung erst nach Abschluss eines Rechtsbehelfsverfahren erfolgen. Wann die Aufzeichnung gelöscht werden, wenn die Aufsichtsperson zwar „Unregelmäßigkeiten“ feststellt aber sich keine weiteren Maßnahmen der Prüfungsbehörde anschließen, ergibt sich aus der Vorschrift nicht.

Wie eine in dieser Hinsicht datenschutzkonforme Regelung aussehen kann zeigt die Bayerische Verordnung zur Erprobung elektronischer Fernprüfungen an den Hochschulen in Bayern (Bayerische Fernprüfungserprobungsverordnung – BayFEV). Deren § 6 Abs. 2 lautet:

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

§ 5 Abs. 2 BayFEV lautet:

(2) Eine Speicherung der im Zusammenhang mit der Authentifizierung verarbeiteten Daten über eine technisch notwendige Zwischenspeicherung hinaus ist unzulässig. Personenbezogene Daten aus der Zwischenspeicherung sind unverzüglich zu löschen.“

Eine ähnliche Regelung wurde in § 32a Abs. 6 Hochschulgesetz Baden-Württemberg getroffen:

(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.

## 2. Schwerer Nachteil

Der weitere Vollzug der Norm schwere Nachteile befürchten. Der mit der Aufzeichnung einhergehende schwerwiegende und rechtswidrige Eingriff in das Persönlichkeitsrecht (s.o.) lässt sich nicht nachträglich beheben.

Der Antragsteller hat derzeit auch keine andere Möglichkeit das Semester mit der Strafrechtsklausur abzuschließen. Es ist völlig offen, wann eine Klausur in anderer Form angeboten wird, entweder als Präsenzklausur oder als Klausur ohne Videoaufzeichnung. Deshalb hat der Antragsteller derzeit keine andere Möglichkeit, die Klausur zu schreiben (s.o. zur Freiwilligkeit).

Nach Beiziehung der Verwaltungsvorgänge bitten wir um

### **Akteneinsicht**

und werden den Antrag dann ggf. weiter begründen.



Achelpöhler  
Rechtsanwalt