



BEITRÄGE

Prüfung und Lehre online

Die Zulässigkeit alternativer Hochschulveranstaltungen zu Zeiten von Corona

VON ASS. JUR. DR. CHRISTIAN LEWKE, LL.M.

„Außergewöhnliche Situationen erfordern außergewöhnliche Maßnahmen“ besagt ein deutsches Sprichwort. Das scheint ebenso banal wie zutreffend zu sein. Aber inwieweit sind besondere Maßnahmen zu Zeiten eines aktuell weltweit grassierenden, aggressiven Corona-Virus SARS-CoV-2 auf dem Feld der Hochschulverwaltung indiziert? Das Corona-Virus ist durch eine Reihe von Besonderheiten gekennzeichnet, die es besonders bedrohlich erscheinen lassen: Dies sind zum einen die extrem leichte Übertragbarkeit und die lange Inkubationszeit von bis zu 14 Tagen, während der der Krankheitsträger nichts von der eigenen Erkrankung bemerkt und eine Vielzahl anderer Menschen in seinem Umfeld unwissentlich ansteckt. Zum

anderen ist dies die besondere Gefährlichkeit des Virus, zumindest für bestimmte Risikogruppen – zudem kann die Erkrankung letztlich bei jedem einen tödlichen Verlauf nehmen, auch beim jungen und gesunden Menschen.¹ Kommt also eine große Zahl von Menschen zusammen, bedeutet dies ein großes Risiko der gegenseitigen Ansteckung mit einer potenziell tödlichen Krankheit – sei es für die Infizierten selbst oder Dritte, an die das Virus weitergegeben wird. Die Hochschule bietet damit einen geradezu idealen Nährboden für die Ausbreitung des Corona-Virus.

Wie dürfen oder müssen nun die Hochschulen auf diese Bedrohungslage reagieren? Zum einen gibt es

hier gesundheits- beziehungsweise seuchenrechtliche Vorgaben durch das Infektionsschutzgesetz des Bundes sowie landesrechtliche Vorgaben, hier vor allem die Niedersächsische Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 8. Mai 2020 iFv 11.5.2020. Diese sieht eine Reihe von Restriktionen bezüglich öffentlicher Veranstaltungen beziehungsweise des Sich-Bewegens im öffentlichen Raum vor, wobei für Bildungsveranstaltungen relativ großzügige Regelungen gelten. Nach § 2h der Verordnung ist die Wahrnehmung von Bildungsangeboten regelmäßig zulässig, wenn die Abstandsregeln von 1,5 Metern eingehalten sind. Im Übrigen fallen die notwendigen Vorkehrungen den Hochschulen im Rahmen ihrer Selbst-



verwaltung zu, das heißt, dass diese die maßgeblichen Regelungen für ihre wesentlichen gesetzlichen Aufgaben wie Forschung, Lehre und Studium (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 NLHSG) selbst treffen dürfen.

I. DER ONLINE-UNTERRICHT

Verhältnismäßig unproblematisch ist zunächst der Online-Unterricht der Hochschulen. Gegenwärtig finden zum Beispiel an der BELS nahezu 100 Prozent der Lehrveranstaltungen online statt. Theoretisch zur Verfügung stehen verschiedene Anbieter wie Skype, BigBlueButton oder Zoom, wobei letzteres Angebot wohl zunächst datenschutzrechtlich

nicht unproblematisch war – angeblich konnten sich Unberechtigte in eine Veranstaltung einloggen. Diese Anfangsprobleme sind wohl nach Nachbesserungen des Anbieters mittlerweile behoben. In jedem Fall dürften damit bei der Online-Lehre häufig lediglich die datenschutzrechtlichen Belange des Dozenten oder der Dozentin, nicht jedoch der Studierenden betroffen sein. Dem Lehrpersonal aber wird es möglicherweise gar nicht weiter wichtig sein, ob es von Dritten im Netz gesehen werden kann, sodass man unter Umständen von einer Einwilligung ausgehen kann. In jedem Fall besteht die Möglichkeit, auf Online-Unterrichtssoftware wie die BigBlueButton-Software zurückzugreifen, die insofern als weitgehend unbedenklich eingestuft wird.

Die Frage, ob eine dauerhafte Gefährdung des Lehrbetriebs und damit möglicherweise eine Institutsgarantie des Artikel 5 III S. 1, 4. Alt. GG besteht, wenn die traditionelle Form des Präsenzunterrichts aufgegeben wird, stellt sich dabei (zunächst) nicht ernsthaft. Es ist gegenwärtig nicht geplant, die Präsenzlehre abzuschaffen. Denn die Möglichkeit, in der Vorlesung nachzufragen, und der direkte Kontakt zwischen DozentInnen und Studierenden wirkt motivierend und intensivieren die Lernerfahrung. Die Präsenzlehre steht dabei in einer langen, westlichen wie orientalischen Tradition. Die Lehrvermittlung durch anwesende HochschullehrerInnen fand bereits in den frühen Universitäten des 12. bis 15. Jahrhunderts statt. Denn die gleichzeitige Anwesenheit der Interagierenden schafft Raum für freie geistige Entfaltung und soziales Zusammenspiel im wissenschaftlichen Austausch.² Insofern erscheint es fernliegend, dass das E-learning traditionelle Formen der Lehre verdrängen sollte.³ Andererseits muss es im Rahmen der Selbstverwaltung der Hochschule grundsätzlich gestattet sein,

bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auch neue Techniken zu erproben und einzusetzen. Dies muss umso mehr gelten in Zeiten einer gesundheitlichen Pandemie-Krise, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass die Hochschule als Vertreterin staatlicher Gewalt eine besondere Schutzpflicht gegenüber der Studentenschaft – und der Allgemeinheit – trifft.⁴ Die Grenze dürfte lediglich dort liegen, wo die Präsenzlehre dauerhaft aufgegeben wird und damit eine in Artikel 5 III GG auch enthaltene Institutsgarantie im Sinne der Aufrechterhaltung des klassischen Lehrbetriebs gefährdet würde.⁵

II. DIE ONLINE-PRÜFUNG

Angesichts der aktuellen Pandemie-Situation erscheint es naheliegend, auch mündliche oder schriftliche Prüfungen online durchzuführen. Die Online-Prüfung ist wie in § 17 des niedersächsischen Landeshochschulgesetzes (NLHSG) gefordert, in der Prüfungsordnung ausdrücklich vorgesehen (§7a VII, § 7 c I). Einschlägig ist hier zunächst das Datenschutzrecht. Bei der Übermittlung der während der Prüfung anfallenden Daten handelt es sich um eine Verarbeitung personenbezogener Daten, die nach den Artikel 5 ff DSGVO beziehungsweise landesgesetzlicher Spezialnormen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.

II.1. EINWILLIGUNG

Zulässig ist regelmäßig die Datenverarbeitung bei einer freiwilligen Einwilligung, das heißt diese muss ohne äußeren Zwang erfolgen. Dabei sind gerade an die Freiwilligkeit von Erklärungen gegenüber einem Hoheitsträger strenge Anforderungen zu stellen.⁶ Es muss echte Freiwilligkeit bestehen, in dem Sinne, dass dem Einwilligenden keine Nachteile aufgrund

eines öffentlich-rechtlichen Sonderverhältnisses drohen, wenn er seine Einwilligung verweigert.⁷ Von einem Nachteil aufgrund öffentlich-rechtlicher Monopolstellung wird man indessen im Hochschulbereich auszugehen haben, wenn der Proband durch seine Verweigerung einer Online-Prüfung zumindest ein Semester „verliert“. Eine „Einwilligung“ kommt somit nicht als Rechtsgrundlage infrage (anders läge es nur, wenn der Studentenschaft ein echtes Wahlrecht zwischen Online- und Präsenzprüfung gewährt würde.).

II.II. HOCHSCHULRECHT

Infrage kommt aber eine Zulässigkeit unter Gesichtspunkten der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe der Hochschule, wobei datenschutzrechtliche und hochschulrechtliche Aspekte ineinandergreifen. Artikel 6 DSGVO Absatz 1e bestimmt, dass die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe „erforderlich“ ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde; eine entsprechende Aufgabe folgt insbesondere aus § 3 Absatz 1 NLHSG, wonach Aufgaben der Hochschulen unter anderem in Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung bestehen. Dabei legt das NLHSG fest, dass der „berufsqualifizierende Abschluss durch eine Hochschulprüfung“ stattfindet. Wie dies durchzuführen ist, fällt grundsätzlich in das sogenannte Selbstverwaltungsrecht der Hochschule (vgl. § 15 NLHSG) das letztlich aus der Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes folgt.

Entscheidender Punkt bei der Prüfung ist dabei die Frage der „Erforderlichkeit“ im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung,⁸ das bedeutet letztlich

die Frage, ob ein legitimes Ziel auch mit einem milderen Mittel erreicht werden könnte (und keine unzumutbare Härte darstellt).⁹ Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung läuft daher immer auf eine Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen hinaus – des Datenschutzes der Studentin oder des Studenten auf der einen, der Interessen der Hochschule an einer funktio-

» Letztlich überwiegt das Anliegen des Gesundheitsschutzes gegenüber dem Datenschutz. «

nen Prüfungsausgestaltung auf der anderen Seite. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Datenschutz und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Studierenden auf der einen Seite ein hohes Gut darstellen. Dem gegenüber stehen das Selbstverwaltungsrecht der Hochschule, ihre öffentliche Aufgabe und das Erfordernis der Möglichkeit des Einsatzes neuer Techniken zu medizinischen Krisenzeiten unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Leib und Leben der Studierenden und Dritter. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass die Gefahr der Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben auch im regulären Hochschulbetrieb besteht und Fehler und Indiskretionen nie vollständig ausgeschlossen werden können. Letztlich überwiegt das Anliegen des Gesundheitsschutzes gegenüber dem Datenschutz.

Fraglich ist, ob sonstige rechtliche Erwägungen entgegenstehen könnten. So wird das grundsätzlich allein den Hochschulen zustehende Recht

der Selbstverwaltung begrenzt durch den Gedanken der Wahrung der Einheitlichkeit und Gleichwertigkeit von Prüfungsanforderungen, der letztlich im Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 3 GG wurzelt. – So muss sichergestellt sein, dass ein absolvierter Hochschulabschluss Aussagekraft zur wissenschaftlichen Befähigung des Absolventen und der Absolventin besitzt, was unter anderem eine zweifelsfreie Identitätsfeststellung, den weitgehenden Ausschluss von Täuschungen und gleichwertige Prüfungsmaßstäbe gebietet.¹⁰

Daher werden gerade im Online-Bereich intensive Prüfpflichten der Hochschulen gefordert, um Zweifel an der Selbstständigkeit der Erbringung der Prüfungsleistung auszuschließen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Online-Prüfungen per se unzulässig sind.¹¹ Die Frage der Zulässigkeit von Online-Prüfungen beurteilt sich auch hier wiederum über eine Gesamtabwägung der Umstände. Dabei spricht zunächst gegen deren Zulässigkeit die Täuschungsanfälligkeit. Andererseits zeigen Beispiele aus den USA, dass eine effektive Überwachung mittels Beobachtung der Probandinnen und Probanden durchaus möglich ist.¹² Dabei ist auch die Möglichkeit zu beachten, Klausuren so zu konzipieren, dass ein rascher Blick in ein verbotenes Hilfsmittel keinen echten Vorteil bietet, weil es bei der Leistungsbeurteilung am Ende vor allem auf die Wissensanwendung und nicht den schlichten Abruf von Wissen ankommt.

Schließlich sind die besonderen Umstände der gegenwärtigen Pandemie zu bedenken. Diese bringt äußerst virulente Gefährdungen mit sich, was sich nicht zuletzt an den allgemein als zulässig angesehenen, ungewöhnlichen und historisch einmaligen Einschränkungen bürgerlicher Freiheitsrechte beweist. Das Schreiben

von Klausuren in räumlicher Nähe zu den KommilitonInnen bringt erhebliche Gefährdungen für die individuelle Gesundheit und möglicherweise das Leben der Studierenden sowie die allgemeine Gesundheit der Bevölkerung mit sich. Demgegenüber erscheint die Möglichkeit, dass es zu einzelnen unbemerkten Täuschungshandlungen kommt, als das bei weitem geringere und ergo hinzunehmende Übel. Entsprechend ist die Durchführung von Online-Prüfungen unter den gegebenen Umständen auch nach allgemeinen hochschulrechtlichen Grundsätzen zulässig. Zu bedenken bleibt, dass die Ausnahme nicht zur Regel werden darf und historisch gewachsene Strukturen des von sozialer Interaktion und gedanklicher Freiheitlichkeit geprägten Lehrbetriebs nicht zerstört werden dürfen. Die Online-Universität muss die Ausnahme bleiben – aus Gründen der aktiven Beteiligung der Studierenden, der Individualität des Lehrbetriebs und der Gefahr der Nivellierung und Gleichschaltung der Inhalte.

Zugleich bietet die Online-Lehre aber auch Chancen, etwa Vorlesungen in Nischenfächern anzubieten, an denen nur eine sehr geringe Zahl von Studierenden ein Interesse zeigt. Hier besteht die realistische Möglichkeit, online Vorlesungen anzubieten, die zwar nicht an einer einzelnen Hochschule, aber hochschulübergreifend einen nennenswerten Interessentenkreis finden. So gesehen lässt sich in der Corona-Krise wie in jeder Herausforderung auch eine Chance zur Optimierung eingefahrener und überkommener Strukturen des Lehrbetriebs sehen.

¹ Instrukтив die Darstellung des Robert-Koch-Instituts, vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText1 (zuletzt abgerufen am 16.05.20).

² R. A. Müller, Geschichte der Universität, 1990, S. 9.

³ Zwickel: Jurastudium 4.0? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, 881, 884ff.

⁴ Dorf, JA 2011, 116, 124.

⁵ GG Art. 5 Starck/Paulus von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz 7. Auflage 2018, Rn. 503.

⁶ Jan Erik Klement in: Simitis/Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Rn. 50.

⁷ Gierschmann, ZD 2016, 51,54; vgl. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 - DSGVO, Erw.Gr. 43.

⁸ vgl. Frenzel in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Auflage 2018, Rn. 23

⁹ vgl. EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-73/07, Rn. 56 – Satakunnan Markkinapörssi

¹⁰ Ehlers/Fehling/Pünder Bes. VerwaltungsR, Bd. 3 § 85, Rn.90.

¹¹ NRW LT-Drs. 17/4668, 179; Birnbaum in HG NRW, BeckOK, Hochschulrecht Nordrhein-Westfalen, von Coelln/Schemmer, 13. Edition, Stand: 01.12.2019, Rn. 51–52.1.

¹² vgl.: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/04/01/online-proctoring-college-exams-coronavirus/>



CHRISTIAN LEWKE

promovierte zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Er war Justiziar des hr (ARD) und des BZV. Seit Dezember 2016 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter an der BELS. Sein Interessensschwerpunkt ist Medienverfassungsrecht.